

Herri-Ardura  
laritzako  
Euskal  
Aldizkaria

# REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

## Demetrio Loperena Rota *In memoriam*

IVAP

HERRI ARDURALARITZAREN  
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna  
Organismo Autónomo del



MAIATZA  
ABENDUA

2014

MAYO  
DICIEMBRE

99-100



Herri-Ardura  
laritzazko  
Euskal  
Aldizkaria

**REVISTA VASCA**  
DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA  
[www.ivap.euskadi.net/rvap](http://www.ivap.euskadi.net/rvap)

**IVAP**

HERRI ARDURALARITZAREN  
EUSKAL ERAKUNDEA

**DEMETRIO LOPERENA ROTA**  
*In memoriam*

Erakunde Autonomiaduna  
Organismo Autónomo del



Oñati (Gipuzkoa)

MAIATZA ABENDUA **2014** MAYO DICIEMBRE **99-100**

El Instituto Vasco de Administración Pública no se identifica con los juicios y opiniones de los autores reproducidos en esta Revista.

ISSN: 0211-9560

Depósito legal: BI - 551-89

Fotocomposición: Ipar, S. Coop. Zurbaran, 2-4 (48007 Bilbao)

Imprime: RGM, S.A., Polígono Igeltzera, Pabellón 1-bis - 48610 Urduliz (Bizkaia)

## DIRECCIÓN DE LA REVISTA:

*Director:* Edorta COBREROS MENDAZONA (UPV/EHU)  
*Secretaria:* Carmen AGOUÉS MENDIZABAL (UPV/EHU)  
*Secretaria técnica:* Begoña ALBERDI EZPELETA (IVAP)

## CONSEJO DE REDACCIÓN:

*Vocales:* Iñaki AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA (UPV/EHU)  
Peru BAZAKO ATUTXA (Diputación de Gipuzkoa)  
Elisabete BIZKARRALEGORRA OTAZUA (Ayuntamiento de Bilbao)  
José Manuel CASTELLS ARTECHE (UPV/EHU)  
Javier CORCUERA ATIENZA (UPV/EHU)  
Josu ERKOREKA GERVASIO (Universidad de Deusto)  
Miguel Ángel GARCÍA HERRERA (UPV/EHU)  
Juan Luis IBARRA ROBLES (Tribunal Superior de Justicia del País Vasco)  
Gurutz JÁUREGUI BERECIARTU (UPV/EHU)  
Rafael JIMÉNEZ ASENSIO (Universidad Pompeu Fabra)  
Santiago LARRAZABAL BASAÑEZ (Universidad de Deusto)  
Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (UPV/EHU)  
Alejandro SAIZ ARNAIZ (Universidad Pompeu Fabra)  
Ángel ZURITA LAGUNA (Ayuntamiento de Bilbao)

## CONSEJO ASESOR:

Luis AGUIAR DE LUQUE (Univ. Carlos III)  
Eliseo AJA FERNÁNDEZ (Univ. de Barcelona)  
Jokin ALBERDI BIDAGUREN (UPV/EHU)  
Enoch ALBERTÍ ROVIRA (Univ. de Barcelona)  
Juan Manuel ALEGRE AVILA (Univ. de Cantabria)  
Ricardo ALONSO GARCÍA (Univ. Complutense)  
Estanislao ARANA GARCÍA (Univ. de Granada)  
Esteban ARLUCEA RUIZ (UPV/EHU)  
Nieves ARRESE IRIONDO (UPV/EHU)  
Xabier ARZOZ SANTISTEBAN (UPV/EHU)  
Jasone ASTOLA MADARIAGA (UPV/EHU)  
José Luis ÁVILA ORIVE (Univ. de Deusto)  
José María BAÑO LEÓN (Univ. de Valencia)  
Javier BARNÉS VÁZQUEZ (Univ. de Huelva)  
Maggy BARRERE UNZUETA (UPV/EHU)  
Francisco BASTIDA FREIJEDO (Univ. de Oviedo)  
Joxerramon BENGOTXEA CABALLERO (UPV/EHU)  
Juan María BILBAO UBILLOS (Univ. de Valladolid)  
Ignacio BORRAJO INIESTA (Tribunal Constitucional)  
Iñigo BULLAIN LOPEZ (UPV/EHU)  
Francisco Javier CABALLERO HARRIET (UPV/EHU)  
Arantza CAMPOS RUBIO (UPV/EHU)  
Marc CARRILLO LÓPEZ (Univ. Pompeu Fabra)  
José Luis CASCAJO CASTRO (Univ. de Salamanca)  
Carmen CHINCHILLA MARÍN (Univ. de Alcalá de Henares)  
Silvia DEL SAZ CORDERO (UNED)  
Francisco Javier DíEZ REVORIO (Univ. de Castilla-La Mancha)  
Luis M.ª DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ (Univ. de Castilla La Mancha)  
Antonio EMBID IRUJO (Univ. de Zaragoza)

Eduardo ESPÍNTEMLADO (Univ. de Castilla-La Mancha)  
José ESTEVE PARDO (Univ. de Barcelona)  
Javier EZQUIAGA GANUZAS (UPV/EHU)  
Antonio FANLO LORAS (Univ. de La Rioja)  
Juan Ramón FERNÁNDEZ TORRES (Univ. Complutense de Madrid)  
Tomás FONT I LLOVET (Univ. de Barcelona)  
Enric FOSSAS ESPADALER (Univ. Autònoma de Barcelona)  
Mercedes FUERTES LÓPEZ (Univ. de León)  
Fco. Javier GARCÍA ROCA (Univ. Complutense de Madrid)  
Agustín GARCÍA URETA (UPV/EHU)  
Angel GARRORENA MORALES (Univ. de Murcia)  
Juana GOIZUETA VERTIZ (UPV/EHU)  
Angel GÓMEZ MONTORO (Univ. de Navarra)  
Juan IGARTUA SALABERRIA (UPV/EHU)  
María Victoria ITURRALDE SESMA (UPV/EHU)  
Antonio JIMÉNEZ-BLANCO (Univ. Politécnica de Madrid)  
Alberto LOPEZ BASAGUREN (UPV/EHU)  
Mariano LÓPEZ BENÍTEZ (Univ. de Córdoba)  
Luis LÓPEZ GUERRA (Univ. Carlos III)  
Fernando LÓPEZ RAMÓN (Univ. de Zaragoza)  
Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA (Univ. de Córdoba)  
Elisenda MALARET GARCÍA (Univ. de Barcelona)  
Luis MARTÍN REBOLLO (Univ. de Cantabria)  
Manuel MEDINA GUERRERO (Univ. de Sevilla)  
Juan MESTRE DELGADO (Univ. de Valencia)  
Antoni MILIAN i MASSANA (Univ. Autònoma de Barcelona)  
José María MORALES ARROYO (Univ. de Sevilla)  
Luis ORTEGA ÁLVAREZ (Tribunal Constitucional)  
Pablo PÉREZ TREMPES (Univ. Carlos III)  
José Luis PIÑAR MAÑAS (Univ. CEU-San Pablo)  
Antonio PORRAS NADALES (Univ. de Sevilla)  
Eunate PRIETO ETXANO (UPV/EHU)  
Ramón PUNSET BLANCO (Univ. de Oviedo)  
Tomás QUINTANA LÓPEZ (Univ. de León)  
Martín M.<sup>a</sup> RAZQUIN LIZARRAGA (Univ. Pública de Navarra)  
Manuel REBOLLO PUIG (Univ. de Córdoba)  
Miguel REVENGA SÁNCHEZ (Universidad de Cádiz)  
Fernando REY MARTÍNEZ (Univ. de Valladolid)  
Agustín RUIZ ROBLEDOS (Univ. de Granada)  
Eduardo RUIZ VIEYTEZ (Univ. de Deusto)  
Gerardo RUIZ-RICO (Univ. de Jaén)  
Miguel SÁNCHEZ MORÓN (Univ. de Alcalá de Henares)  
René Javier SANTAMARIA ARINAS (Univ. de La Rioja)  
Pablo SANTOLAYA MACHETI (Univ. de Alcalá de Henares)  
Juan José SOLOZABAL ECHEVARRIA (Univ. Autònoma de Madrid)  
Javier TAJADURA TEJADA (UPV/EHU)  
Leopoldo TOLIVAR ALAS (Univ. de Oviedo)  
Joaquín TORNOS MAS (Univ. de Barcelona)  
Ignacio TORRES MURO (Univ. Complutense de Madrid)  
Joan Manuel TRAYTER JIMÉNEZ (Univ. de Girona)  
Juan Ignacio UGARTEMENDIA EZEIZABARRENA (UPV/EHU)  
Maite URIARTE RICOTE (UPV/EHU)  
Roberto URIARTE TORREALDAI (UPV/EHU)  
Iñigo URRUTIA LIBARONA (UPV/EHU)  
Maite ZELAIA GARAGARZA (UPV/EHU)

# HERRI ARDURALARITZAKO ALDIZKARIAN KOLABORAZIOAK ARGITARATZEKO ARAUAK

1. Herri Ardularitzako Euskal Aldizkariak Zuzenbideari buruzko azterlanak zabaldu nahi ditu, jatorrizkoak, betiere herri-administrazioa eta, oro har, aginte publikoak aztergai hartuta; dena den, ildo bereko beste arlo batzuk ere jorra litezke, interesgarri direlakoan, argitaratzeko modukotzat joz gero. Hartzaileak? Batez ere, unibertsitate-mundua eta herri-administrazioetan diharduten langileak.

2. Lanek baldintza hauek bete beharko dituzte:

- A) Tarte eta erdirekin idatzitako 40 orrialde baino luzeagoak ez izatea.
- B) Egilearen izen-abizenak eta erreferentzia akademiko edo profesionala azaldu beharko dira, baita helbide elektronikoa ere. Datu horiek publiko egingo dira aldizkarian bertan.
- C) Lanek, izenburuaren ondoren, atalen aurkibidea izango dute. Letra «**lodia**» izenburuetan eta epigrafeetan baino ez da erabiliko; testu barruan, hala behar denean, letra «etzana» baino ez da erabiliko.
- D) Erreferentzia bibliografikoek era honetan, lehentasunez, bateratuta egon beharko dute:

— ABIZENAK, Izena, *Liburuaren izenburua*. Argitaletxea. Lekua, urtea, or. [Adibidea: CASTELLS ARTECHE, José Manuel, *La policía autónoma*. IVAP. Oñati, 1988, 59.or.]

— ABIZENAK, Izena, «Artikuluaren izenburua», *Aldizkariaren izenburua* zk., urtea, or. [Adibidea: AGOUÉS MENDIZABAL, Carmen, «La función social en la propiedad del subsuelo urbano», *RVAP 73 (I)* zk., 2005, 11. or.]

- E) Laburpen txiki edo *abstract* bat ere erantsi beharko zaio, 100 eta 150 hitz artekoa, eta, bertan, hiru edo bost «hitz gako» agertuko dira; laburpenak hizkuntza ofizial bietan eta ingelesez argitaratuko dira. Gutxienez, argitaratu beharreko lanaren hizkuntzan bidali beharko ditu egileak laburpena eta hitz gakoak. Aldizkariak egingo du itzulpena, egileak beste bertsio bietako bat ematen ez duenean.
- F) Hizkera sexista saihesteko [Europako kontseiluaren CM/Rec (2007)17 Gomendioa], IVAPek jarraibide batzuk argitaratu ditu *IVAPeko estilo-liburuan* (Oñati, 2005, 166. or.), erabilgarriak izango direlakoan.
- G) Lanak euskarri informatikoan bidali behar dira, posta elektronikoko bidez, aldizkariaren idazkaritzara: argitalpenak-ivap@ivap. es

3. Lanek jatorrizkoak izan beharko dute, eta, gutxienez, Herri Ardularitzako Euskal Aldizkariaren Aholku Batzordeko bi espezialistak (kanpokoak) ebaluatuko dituzte, anonimatu bikoitzeko sistemaren bidez. Txosten horiek eta behar diren txosten osagarriak ikusita, Erredakzio-kontseiluak hartuko du lanak argitaratzeari buruzko azken

erabakia; egileei jakinaraziko die, eta, egoki bada, beharrezko diren aldaketak egiteko eskatuko die. Lanak argitaratzeko bidaliz gero, Herri Ardularitzako Euskal Erakundeari, eta hari bakarrik, lagatzen zaizkio argitaratutako artikulua —euskarri informatikoak barne— erreproduzitzeko eskubideak. Halaber, IVA Pek bere web orrian jarri ahal izango ditu Herri Ardularitzako Euskal Erakundearen Aldizkarian argitaratutako artikulua, kontsultarako.

4. Inprentako proben zuzenketa, egin behar izanez gero, probak jaso, eta, asko jota, 72 orduko epean egin eta bidali beharko da. Ezin izango dira zuzenketa zabalak edo funtsezkoak egin bidalitako jatorrizkoaren gainean.



# NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN DE COLABORACIONES EN LA REVISTA VASCA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

1. La Revista Vasca de Administración Pública tiene por objeto la difusión de trabajos originales sobre el Derecho de la Administración Pública y de los poderes públicos en general, aunque también podrá hacerlo sobre materias afines cuando, por su interés, así se considere pertinente. Está dirigida, primordialmente, al mundo universitario y a personas que prestan sus servicios en las administraciones públicas.

2. Los trabajos deberán cumplir los siguientes requisitos:

- A) Su extensión no deberá sobrepasar las cuarenta páginas a espacio y medio.
- B) Deberá figurar el nombre y apellidos del autor o autora, su referencia académica o profesional, así como su correo electrónico. Datos que se harán públicos en la propia Revista.
- C) Los trabajos deberán llevar, tras el título, un sumario con los diversos apartados que contengan. El tipo de letra «**negrita**» sólo se podrá utilizar en los títulos y epígrafes; en el texto, cuando proceda, sólo se utilizará la «*cursiva*».
- D) Las referencias bibliográficas estarán unificadas, preferentemente, de la siguiente manera:
  - APELLIDOS, Nombre, *Título del libro*. Editorial. Lugar, año, pág. [Ejemplo: CASTELLS ARTECHE, José Manuel, *La policía autónoma*. Ivap. Oñati, 1988, pág. 59].
  - APELLIDOS, Nombre, «Título del artículo», en *Título de la Revista* núm. año, pág. [Ejemplo: AGOUÉS MENDIZABAL, Carmen, «La función social en la propiedad del subsuelo urbano», en *RVAP* núm. 73 (I), 2005, pág. 11].
- E) Deberá acompañarse de un breve resumen o abstract de entre 100 y 150 palabras y de tres a cinco «palabras-clave», que se publicarán en las dos lenguas oficiales del País Vasco y en inglés. La persona autora del trabajo deberá enviar el resumen y las palabras clave, al menos, en la misma lengua del trabajo a publicar. En el caso de no facilitarse alguna de las otras dos versiones, la propia Revista proveerá su traducción.
- F) Para un uso no sexista del lenguaje [Recomendación del Consejo de Europa CM/Rec (2007)17], el IVAP ha publicado unas indicaciones, en su *Libro de estilo del IVAP* (Oñati, 2005, págs. 169 a 176), que pueden resultar de utilidad.
- G) Los trabajos habrán de enviarse en soporte informático, por correo electrónico, a la Secretaría de la Revista: argitalpenak-ivap@ivap. es.

3. Los trabajos, que deberán ser originales, serán evaluados por al menos dos personas especialistas (externas) del Consejo Asesor de la Revista Vasca de Administración Pública por el sistema de doble anonimato. A la vista de tales informes y de los complementarios que se consideren precisos, el Consejo de Redacción

adoptará la decisión definitiva sobre su publicación, que se comunicará a los autores, requiriendo las modificaciones que se consideren necesarias en su caso. El envío de los trabajos para su publicación implica la automática cesión, en exclusiva, a la Revista Vasca de Administración Pública de los derechos de reproducción de los artículos publicados, incluidos soportes informáticos. Asimismo, el IVAP podrá incluir los trabajos publicados en la Revista Vasca de Administración Pública en su página web a efectos de consulta.

4. La corrección de las pruebas de imprenta, en su caso, deberá realizarse y reenviarse en un plazo máximo de 72 horas desde la recepción de las mismas. No se podrán efectuar correcciones amplias ni sustanciales sobre el original enviado.

# Sumario

# N.º 99-100

## VOLUMEN I

### Presentación

En homenaje a Demetrio Loperena Rota. En recuerdo de Ramón Martín Mateo  
**Edorta Cobreros Mendazona** ..... xxvii

### Estudios

**Aberasturi Gorriño, Unai:** «Interneten ahaztua izateko eskubidea» Europar Bata-  
suneko Justizi Auzitegiaren 2014ko maiatzaren 13ko epaiaren arabera. .... 1

**Agirreazkuenaga Zigorraga, Iñaki:** Selección y provisión de secretarios municipa-  
les en Navarra ..... 43

**Agoués Mendizabal, Carmen:** Los efectos de las sentencias que declaran la nul-  
dad de las disposiciones administrativas de carácter general ..... 65

**Agudo i Cudolà, Vicenç y Prado Pérez, Raquel:** Derecho a la protección de la  
salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para  
la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del bienestar. ... 87

**Agudo González, Jorge:** La administración del espacio administrativo europeo. . . 111

**Alegre Ávila, Juan Manuel:** Obras públicas y ejecución de sentencias [Considera-  
ciones a propósito de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del  
Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2014]..... 161

**Alenza García, José Francisco:** Perplejidad ante el almacenamiento geológico del  
dióxido de carbono ..... 187

<b>Alli Aranguren, Juan-Cruz:</b> La Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas . . . . .	209
<b>Alonso García, M.ª Consuelo:</b> La legalización, por la modificación de la Ley de Costas de 2013, de un negocio jurídico fraudulento: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2013. . . . .	241
<b>Alonso Ibáñez, María Rosario:</b> Las repercusiones urbanísticas y territoriales de un modelo agotado de crecimiento económico . . . . .	255
<b>Álvarez Rubio, Juan José:</b> La UE ante el reto de la contaminación marina por hidrocarburos. . . . .	271
<b>Amoedo Souto, Carlos Alberto:</b> El derecho de acceso a la cultura en España: diagnóstico y propuestas de estrategia jurídica. . . . .	295
<b>Arana Landin, Sofía:</b> Problemas prácticos en la adaptación de las Directivas comunitarias en materia tributaria para los territorios forales de la Comunidad Autónoma del País Vasco: un caso concreto. . . . .	329
<b>Arlucea Ruiz, Esteban:</b> El desarrollo en un escenario de sostenibilidad . . . . .	351
<b>Arnáez Arce, Vega María:</b> Planificación participativa y actuación de las Administraciones Públicas . . . . .	369
<b>Arrese Iriondo, M.ª Nieves:</b> La responsabilidad de los diarios digitales por los comentarios de sus usuarios. . . . .	387
<b>Artiach Camacho, Saioa:</b> El contrato de arrendamiento rústico en las legislaciones autonómicas. . . . .	415
<b>Arzoz Santisteban, Xabier:</b> La distribución de competencias en materia energética: bloque de constitucionalidad y jurisprudencia constitucional. . . . .	441
<b>Astola Madariaga, Jasone:</b> De la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo al anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada: buscando los porqués últimos de la supresión de derechos fundamentales . . . . .	465
<b>Barcelona Llop, Javier:</b> Patrimonio cultural submarino: dominio público, titularidad y competencias de las comunidades autónomas . . . . .	493
<b>Barrère Unzueta, M.ª Ángeles (Maggy):</b> La igualdad de género desde el activismo de las profesiones jurídicas . . . . .	513
<b>Bengoetxea Alkorta, Aitor:</b> Economía social e inserción laboral de las personas con discapacidad . . . . .	529
<b>Bengoetxea Caballero, Joxerramon:</b> Territorios, Soberanía Compartida y Sostenibilidad: Escocia y Euskadi en Europa. . . . .	549
<b>Bermejo Vera, José:</b> La controvertida figura de los sistemas generales. De nuevo sobre la cuestionable equivalencia con los bienes de dominio público. . . . .	565
<b>Betancor Rodríguez, Andrés:</b> Impacto y accidente. El caso de las prospecciones petrolíferas en Canarias. . . . .	599

<b>Bolaño Piñeiro, M.<sup>a</sup> del Carmen:</b> La necesidad de una protección ambiental específica del suelo en el Derecho de la Unión Europea. Especial referencia a los suelos contaminados. . . . .	625
<b>Borràs Pentinat, Susana:</b> Del derecho humano a un medio ambiente sano al reconocimiento de los derechos de la naturaleza. . . . .	649
<b>Boto Álvarez, Alejandra:</b> Simplificación procedimental y optimización del funcionamiento de la Administración francesa . . . . .	681
<b>Bouazza Ariño, Omar:</b> El respeto de los derechos fundamentales como límite constitucional al legislador (La STC 203/2013, de 5 de diciembre, por la que se declara la inconstitucionalidad de la Ley de la Ciudad del Medio Ambiente de Soria) . .	703
<b>Burlada Echeveste, José Luis y Burlada Echeveste, Inés María:</b> El artículo 149.1.18. <sup>a</sup> de la Constitución: un límite importante a la capacidad normativa tributaria de los Territorios Históricos. . . . .	719
<b>Campos Rubio, Arantza:</b> Participación y representación política de las mujeres: el MF y el 100% de la representación. . . . .	745
<b>Carbonell Porras, Eloísa:</b> Sobre la reforma local y las competencias municipales propias. . . . .	765
<b>Carmona Garias, Silvia:</b> La permanente renovación administrativa y la necesidad de regenerar la democracia: reinterpretación del panóptico a través del <i>Open Government</i> . . . . .	783
<b>Carro Fernández-Valmayor, José Luis:</b> Algunas notas de una relectura de V. E. Orlando y Santi Romano sobre la personalidad jurídica del Estado. . . . .	807
<b>Casado Casado, Lucía:</b> Estudio sobre el alcance de la supletoriedad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno sobre la Ley 27/2006, de 18 de julio, reguladora del derecho de acceso a la información ambiental . . . . .	819
<b>Castel Gayán, Sergio:</b> El nuevo régimen jurídico del derecho de participación ciudadana. Un repaso a la reciente oleada legislativa . . . . .	847
<b>Castells Arteche, José Manuel:</b> La nueva «Recentralización»: la Especificidad vasca . . . . .	877
<b>Castillo Blanco, Federico A.:</b> La nueva regulación de los consorcios públicos: interrogantes y respuestas sobre el régimen jurídico de su personal . . . . .	887
<b>Cobrerros Mendazona, Edorta:</b> Violación del plazo razonable en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: su compensación y dos consecuencias importantes. . .	921
<b>Coello Martín, Carlos y González Botija, Fernando:</b> El informe sobre las implicaciones de la independencia de Escocia y su adhesión a la Unión Europea . . . . .	943
<b>Conde Antequera, Jesús:</b> La compensación de impactos ambientales mediante adquisición de créditos de conservación: ¿una nueva fórmula de prevención o un mecanismo de flexibilización del régimen de evaluación ambiental? . . . . .	979

## VOLUMEN II

<b>Cubero Marcos, José Ignacio:</b> Proyectos y planes aprobados por Ley: contradicciones a la luz de la evaluación ambiental, el derecho de participación y el acceso a la justicia en materia ambiental . . . . .	1007
<b>Cuesta Revilla, José:</b> A vueltas con El Algarrobo: la historia interminable de un despropósito medioambiental . . . . .	1041
<b>Cueto Pérez, Miriam:</b> Crisis económica y Administración Pública . . . . .	1053
<b>Chinchilla Marín, Carmen:</b> La vulneración del derecho a la igualdad en el reparto de la publicidad institucional: comentario a la STC 104/2014. . . . .	1093
<b>De La Cuesta Arzamendi, José Luis:</b> Instalaciones y residuos contra los recursos naturales y el ambiente: el artículo 328 C.P . . . . .	1115
<b>Del Saz Cordero, Silvia:</b> ¿Debemos repensar los poderes del juez ante la constatación de la ilegalidad de una disposición general o un acto administrativo? La anulación parcial del Plan General de Madrid de 1997: un inmejorable ejemplo. . . . .	1141
<b>Díaz González, Gustavo Manuel:</b> Las limitaciones jurisprudenciales del recurso indirecto contra reglamentos. . . . .	1161
<b>Díez Sánchez, Juan José:</b> El indulto ante la justicia administrativa . . . . .	1179
<b>Embid Irujo, Antonio:</b> El acceso a la justicia en materia ambiental en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea . . . . .	1207
<b>Esteve Pardo, José:</b> La deconstrucción de las fórmulas de intervención administrativa: de la aplicación de la Ley a la contractualización . . . . .	1231
<b>Etxebarria Estankona, Katixa:</b> El inicio de una investigación por la Corte Penal Internacional: la superación del test de admisibilidad . . . . .	1241
<b>Etxeberria Guridi, José Francisco:</b> La mediación penal en las proyectadas reformas integrales del proceso penal español. . . . .	1265
<b>Ezeizabarrena Saenz, Xabier:</b> Montañas, riesgo y responsabilidad: breve aproximación jurídica. . . . .	1289
<b>Ezquiaga Ganuzas Francisco Javier:</b> La argumentación jurídica en la toma de decisión judicial . . . . .	1309
<b>Fernández de Gatta Sánchez, Dionisio:</b> Regulación de la obtención de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica: situación en la Unión Europea y en España . . . . .	1331
<b>Fernández, Tomás Ramón:</b> La dudosa constitucionalidad del régimen sancionador del dopaje deportivo . . . . .	1353
<b>Fortes Martín, Antonio:</b> Las mejores técnicas disponibles, versión 4.0 (o de la normatividad immanente a las mejores técnicas disponibles en su nueva condición de <i>euro-meaning technical regulations</i> ) . . . . .	1371
<b>Fuertes, Mercedes:</b> En defensa de la neutralidad de la red . . . . .	1397
<b>Galera Rodrigo, Susana:</b> Europa 2050: renovables y cambio de modelo energético. Consideraciones sobre su recepción en España. . . . .	1413

<b>Gallastegui Ormaechea, Itxaso:</b> Gardentasun kultura benetako baten ezarpenerako zenbait estrategia. . . . .	1441
<b>García Rubio, Fernando:</b> La disciplina urbanística en el Derecho vasco . . . . .	1461
<b>García Ureta, Agustín:</b> Natura 2000: deterioro, desclasificación de lugares de importancia comunitaria y derecho de propiedad . . . . .	1505
<b>Geis i Carreras, Gemma:</b> Cuestiones específicas de la ejecución de sentencias urbanísticas que inciden en la protección del medio ambiente. Especial referencia al principio de no regresión del suelo verde urbano . . . . .	1525
<b>Gil Cremades, Rafael:</b> Un giro jurisprudencial histórico: el Tribunal Supremo abandona su doctrina de que en la función pública administrativa no hay que justificar los nombramientos para puestos de libre designación . . . . .	1547
<b>Gil Franco, Agustín Juan:</b> Elementos necesarios o estructurales de las relaciones de puestos de trabajo del personal funcionario en el Estado y los municipios, desde las normas y la jurisprudencia. . . . .	1577
<b>Gómez-Reino y Carnota, Enrique:</b> Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública . . . . .	1609
<b>González Ríos, Isabel:</b> La incipiente regulación del autoconsumo de energía eléctrica: implicaciones energéticas, ambientales y urbanísticas . . . . .	1623
<b>González-Varas Ibáñez, Santiago:</b> La retasación por caducidad del justiprecio de la expropiación (enfoque jurisprudencial práctico) . . . . .	1651
<b>Huergo Lora, Alejandro:</b> Las paradojas del derecho de retasación en las expropiaciones de las entidades locales o con beneficiario privado . . . . .	1661
<b>Ibarloza Arrizabalaga, Ander; Erkizia Olaizola, Agustín; e Ibarloza Arrizabalaga, Errapel:</b> La situación financiera de los ayuntamientos en los Territorios Históricos: el caso de Gipuzkoa. . . . .	1677
<b>Igartua Salaverria, Juan:</b> Tergiversaciones casacionales sobre el razonamiento del jurado. . . . .	1701
<b>Iturralde Sesma, Victoria:</b> ¿Desacuerdos teóricos o decisiones <i>contra legem</i> ? . . . .	1723
<b>Jáuregui Bereciartu, Gurutz:</b> Democracia y sociedad tecnológica . . . . .	1737
<b>Jiménez Asensio, Rafael:</b> Los frenos del poder. Una introducción al principio de separación de poderes y al control de las instituciones en los sistemas constitucionales . . . . .	1753
<b>Jiménez-Blanco, Antonio:</b> Energías renovables y Tribunal Europeo: la sentencia de la Gran Sala de 1 de julio de 2014, <i>Ålands Vindkraft</i> . . . . .	1775
<b>Karrera Egialde, Mikel Mari:</b> Sobre la función de los montes y su planificación . . . .	1795
<b>Labaca Zabala, M.ª Lourdes:</b> La dignidad de la persona en el proceso de la muerte . . . . .	1805
<b>Larena Beldarrain, Javier:</b> Consideraciones generales sobre la ejecución provisional en la LEC . . . . .	1835
<b>Lasagabaster Herrarte, Iñaki:</b> La inviolabilidad del Parlamento Vasco y el Poder Judicial. . . . .	1857

<b>Lazkano Brotóns, Iñigo:</b> Los códigos de autorregulación de los contenidos audiovisuales y sus efectos jurídicos . . . . .	1881
<b>López Benítez, Mariano:</b> El nuevo régimen jurídico de los Centros de Internamiento de Extranjeros . . . . .	1905
<b>López Martínez, Diego:</b> La calidad en los servicios y gestión de las Universidades . . . . .	1937
<b>López Ramón, Fernando:</b> Reflexiones sobre el doctorado en Derecho . . . . .	1949
<b>López Tubía, Eva María:</b> Aspectos jurídicos de la implantación de centros comerciales en los mercados municipales y la protección del medio ambiente y del entorno urbano. La consideración de las razones imperiosas del interés general. . . . .	1961
<b>Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo:</b> Algunas manifestaciones de la libertad de conciencia en una sociedad globalizada . . . . .	1989
<b>Marzal Raga, Reyes:</b> La propiedad intelectual generada por la investigación universitaria. Un nuevo marco normativo . . . . .	2007

### VOLUMEN III

<b>Menéndez Sebastián, Eva M.ª:</b> El deber de conservación desde el prisma del Estado Social . . . . .	2031
<b>Mentxaka Elespe, Rosa:</b> Aproximación a la personalidad jurídica de las <i>civitates</i> romanas en época imperial . . . . .	2055
<b>Mieres Mieres Luis Javier:</b> La protección constitucional de los derechos a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones laborales: una visión desde la jurisprudencia constitucional . . . . .	2083
<b>Muñagorri Laguía, Ignacio y Pérez Machío, Ana I.:</b> Aproximación al sentido y alcance del artículo 8.2 del Convenio Europeo sobre indemnizaciones a víctimas de delitos violentos de 1983. Tensiones con el principio de legalidad . . . . .	2107
<b>Navarro Ortega, Asensio:</b> La ordenación de las energías renovables a la luz de las últimas reformas del sector. Especial consideración a la energía marina u oceánica . . . . .	2129
<b>Noguera de la Muela, Belén:</b> La apertura de establecimientos comerciales y la venta ambulante en el ámbito local catalán en la actualidad . . . . .	2157
<b>Noguera Fernández, Albert:</b> El valor pluralismo político del art. 1.1 de la Constitución ante la reestructuración del sistema político y económico . . . . .	2185
<b>Oliván del Cacho, Javier:</b> La legislación autonómica no puede asignar funciones administrativas al personal eventual. Comentario a la STC 156/2013, de 23 de septiembre . . . . .	2209
<b>Ordeñana Gezuraga, Ixusko:</b> Lectura crítica del sistema extrajurisdiccional de resolución del conflicto de consumo en la Unión Europea que prevén la Directiva 2013/11/UE y el Reglamento UE 524/2013 . . . . .	2221
<b>Orena Domínguez, Aitor:</b> Procedimientos tributarios: cuestiones polémicas. . . . .	2241
<b>Ortiz García, Mercedes:</b> La primavera gris. Sobre el declive de las abejas . . . . .	2261



<b>Pallarès Serrano, Anna:</b> Estudio sobre el aumento del papel coordinador del Estado en la reforma de la regulación de los Parques Nacionales . . . . .	2289
<b>Parejo Alfonso, Luciano:</b> Urbanismo y Medio Urbano bajo el signo del desarrollo sostenible . . . . .	2313
<b>Peñalver i Cabré, Alexandre:</b> El derecho humano al medio ambiente y su protección efectiva. . . . .	2333
<b>Pérez Estrada, M. Josune:</b> La importancia de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Su eficacia en el proceso . . . . .	2359
<b>Pérez Gálvez, Juan Francisco:</b> Obras complementarias e instalaciones accesorias en la zona de servidumbre de protección. . . . .	2383
<b>Pérez Pérez, Juan José:</b> Obligaciones de los Estados miembros en materia de gestión de los Espacios Natura 2000 derivadas de los apartados 1 y 2 del artículo 6 de la <i>Directiva Hábitats</i> . . . . .	2417
<b>Prieto Etxano, Eunate:</b> Segurtasun pribatuaren arloko azken berritasunak . . . . .	2457
<b>Quintana López, Tomás:</b> Los derechos de realojo y retorno. Antecedentes y regulación estatal en el modelo de urbanismo sostenible . . . . .	2479
<b>Razquin Lizarraga, Martín María:</b> La reforma local en la Comunidad Autónoma del País Vasco: la necesidad perentoria de una Ley municipal de Euskadi . . . . .	2505
<b>Rebollo Puig, Manuel:</b> Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes . . . . .	2527
<b>Ridao i Martín, Joan:</b> La poderosa y alargada sombra de la STC 103/2008 sobre la Ley vasca de consulta en el ejercicio del «derecho a decidir» un nuevo marco político para Cataluña . . . . .	2547
<b>Rodríguez Patarroyo, Mariana:</b> Fomento de las energías renovables en Colombia. Entre contradicciones e iniciativas fallidas. . . . .	2581
<b>Ruiz de Apodaca Espinosa, Ángel:</b> El permiso de explotación de la central nuclear de Garoña y su continua incertidumbre a la luz del ordenamiento jurídico nuclear español . . . . .	2605
<b>Sánchez Blanco, Ángel:</b> Secreto profesional e instrumentos electrónicos en el ejercicio de la Abogacía . . . . .	2633
<b>Santamaría Arinas, René Javier:</b> ¿Hacia la economía circular europea sin los municipios? Una crítica sectorial de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. . . . .	2671
<b>Sanz Larruga, Francisco Javier:</b> Ante la conflictividad ambiental que viene del mar: el caso de los sondeos petrolíferos en Canarias . . . . .	2703
<b>Serrano Gazteluurrutia, Susana:</b> La confianza legítima en la recuperación de ayudas de Estado en el caso de las «vacaciones fiscales vascas» . . . . .	2723
<b>Soriano García, José Eugenio:</b> Administrado y Administración. Administración y administrado. Un abecedario incompleto de reformas administrativas para convertirle en ciudadano . . . . .	2759

<b>Soro Mateo, Blanca:</b> La restauración y reparación del dominio público marítimo terrestre en el marco de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley de costas. . . . .	2775
<b>Suberbiola Garbizu, Iruñe:</b> Online jokoen gaineko tributuaK Ekonomi Itunean. . . .	2793
<b>Tajadura Tejada, Javier:</b> El guardián de la Constitución en la obra de E. Sieyès: un precedente de la Justicia Constitucional en Europa . . . . .	2807
<b>Tolivar Alas, Leopoldo:</b> Incidencia ambiental de incendios no forestales. Algunas pautas jurisprudenciales . . . . .	2835
<b>Tomos Mas, Joaquín:</b> El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad. . . . .	2853
<b>Uriarte Ricote, Maite:</b> Planificar la infraestructura verde urbana . . . . .	2873
<b>Urkola Iriarte, Miren Jasone:</b> ¿Gracia vs. Justicia? El control contencioso-administrativo del indulto a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013 . . . . .	2897
<b>Urrutia Libarona, Iñigo:</b> Duplicidades, concurrencias e ineficiencias en el entramado institucional vasco . . . . .	2947
<b>Velázquez Gardeta, Juan M.:</b> Algunas reflexiones en torno a la sentencia <i>Negropontis-Giannisis</i> contra Grecia y la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras .	2989
<b>Vaquer Caballería, Marcos:</b> La formación de conceptos en el Derecho público: un comentario . . . . .	3005

## Crónica

<b>Ruano Delgado, David:</b> El Parlamento Europeo: ¿esta vez es diferente? . . . . .	3027
---	------

## Bibliografía

<b>Muñoz Arnau, Juan Andrés:</b> <i>Algunas cuestiones sobre el desarrollo de la Constitución española de 1978</i> , Dykinson – Universidad de la Rioja, Madrid, 2014. (Javier TAJADURA). . . . .	3041
<b>Fernández Acevedo, Rafael:</b> <i>Las concesiones administrativas de dominio público</i> , Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012. (Pedro BRUFAO CURIEL). . . . .	3045
<b>Ordeñana Gezuraga, Ixusko:</b> El estatuto jurídico de la víctima en el derecho jurisdiccional penal español. Análisis <i>lege data</i> y <i>lege ferenda</i> a partir de la normativa europea en la materia, IVAP, Oñati, 2014, 484 pp. (José Francisco ETXEBERRIA GURIDI). .	3047
<b>Ortiz de Zárate Tercero, Alberto:</b> <i>Intraprendizaje público: Por una Administración Innovadora y Abierta</i> , Colección Innap Innova, Inap – Net Biblo. Madrid-A Coruña, 2013. (Alexandra MOLINA DIMITRIJEVICH) . . . . .	3049
<b>Rodríguez Gurtubay, Alfredo:</b> <i>Planificación de Recursos Humanos en las Administraciones Públicas. Gestión y desarrollo de personas en tiempos de austeridad</i> . Instituto Nacional de Administración Pública, 2013. (Estela RIBES CABALLER) . . . .	3058

# Colaboradores



# Colaboran en este número

---

**Unai ABERASTURI GORRIÑO.** Profesor Adjunto de Derecho Administrativo. UPV/EHU  
(unai.aberasturi@ehu.es)

---

**Iñaki AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA.** Catedrático de Derecho Administrativo. UPV/EHU  
(i.agirreazkuenaga@ehu.es)

---

**Carmen AGOUÉS MENDIZABAL.** Profesora Titular de Derecho Administrativo. UPV/EHU  
(carmen.agoues@ehu.es)

---

**Vicenç AGUADO I CUDOLÀ.** Profesor Titular de Derecho Administrativo (acreditado Catedrático). Universitat de Barcelona (vaguado@ub.edu)

---

**Jorge AGUDO GONZÁLEZ.** Profesor Titular Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid (jorge.agudo@uam.es)

---

**Juan Manuel ALEGRE ÁVILA.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Cantabria (juan.alegre@unican.es)

---

**José Francisco ALENZA GARCÍA.** Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Pública de Navarra (jose.f.alenza@unavarra.es)

---

**Juan-Cruz ALLI ARANGUREN.** Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Pública de Navarra (jcalli@unavarra.es)

---

**M.<sup>a</sup> Consuelo ALONSO GARCÍA.** Profesora Titular Derecho Administrativo (acreditada Catedrática). Universidad de Castilla – La Mancha (Consuelo.Alonso@uclm.es)

---

**María Rosario ALONSO IBÁÑEZ.** Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo (mralonso@uniovi.es)

---

**Juan José ÁLVAREZ RUBIO.** Catedrático Derecho Internacional Privado. UPV/EHU (juanjose.alvarez@ehu.es)

---

**Carlos Alberto AMOEDO SOUTO.** Catedrático de Escuela Universitaria de Derecho Administrativo. Universidade da Coruña (casou@udc.es)

---

**Sofía ARANA LANDIN.** Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario. UPV/EHU (sofia.arana@ehu.es)

---

**Esteban ARLUCEA RUIZ.** Profesor Titular de Derecho Constitucional. UPV/EHU (juanesteban.arlucea@ehu.es)

---

**Vega María ARNÁEZ ARCE.** Facultad de Derecho. Universidad de Deusto (vegamaria.arnaez@deusto.es)

---

**M.ª Nieves ARRESE IRIONDO.** Profesora Titular de Derecho Administrativo. UPV/EHU (nieves.arrese@ehu.es)

---

**Saioa ARTIACH CAMACHO.** Doctora en Derecho. Técnica de la Diputación Foral de Bizkaia (saioa.artiach@outlook.com)

---

**Xabier ARZOZ SANTISTEBAN.** Profesor Titular de Derecho Administrativo (acreditado Catedrático). UPV/EHU (xarzozs@tribunalconstitucional.es)

---

**Jasone ASTOLA MADARIAGA.** Profesora Titular de Derecho Constitucional. UPV/EHU (jasone.astola@ehu.es)

---

**Javier BARCELONA LLOP.** Profesor Titular de Derecho Administrativo (acreditado Catedrático). Universidad de Cantabria (barceloj@unican.es)

---

**M.ª Ángeles (Maggy) BARRÈRE UNZUETA.** Profesora Titular de Filosofía del Derecho (acreditada Catedrática). UPV/EHU (m.barrere@ehu.es)

---

**Aitor BENGOETXEA ALKORTA.** Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. UPV/EHU (aitor.bengoetxea@ehu.es)

---

**Joxerramon BENGOETXEA CABALLERO.** Profesor Titular de Filosofía del Derecho (acreditado Catedrático). UPV/EHU (joxerramon.bengoetxea@ehu.es)

---

**José BERMEJO VERA.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza (jbermejo@unizar.es)

---

**Andrés BETANCOR RODRÍGUEZ.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Pompeu Fabra (andres.betancor@upf.edu)

---

**María del Carmen BOLAÑO PIÑEIRO.** Profesora Asociada de Derecho Administrativo. UPV/EHU (mariadelcarmen.bolano@ehu.es)

---

**Susana BORRÀS PENTINAT.** Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Universidad Rovira i Virgili (susana.borras@urv.cat)

---

**Alejandra BOTO ÁLVAREZ.** Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo (acreditada Titular). Universidad de Oviedo (botoalejandra@uniovi.es)

---

**Omar BOUAZZA ARIÑO.** Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid (obouazza@der.ucm.es)

---

**José Luis BURLADA ECHEVESTE.** Profesor Agregado de Derecho Financiero y Tributario. UPV/EHU (jose Luis.burlada@ehu.es)

---

**Inés María BURLADA ECHEVESTE.** Profesora de la Facultad de Derecho. UPV/EHU (inesmaria.burlada@ehu.es)

---

**Pedro BRUFAO CURIEL.** Profesor Ayudante Doctor. Universidad de Extremadura (pbrufao@unex.es)

---

**Arantza CAMPOS RUBIO.** Profesora Titular de Filosofía del Derecho. UPV/EHU (arantza.garrastazu@gmail.com)

---

**Eloisa CARBONELL PORRAS.** Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Jaén (eloisa.carbonell@ujaen.es)

---

**Silvia CARMONA GARIAS.** Profesora Asociada de Derecho Administrativo. Universidad Rovira i Virgili (silvia.carmona@urv.cat)

---

**José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Santiago de Compostela (joseluis.carro@usc.es)

---

**Lucía CASADO CASADO.** Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universitat Rovira i Virgili (Lucia.casado@urv.cat)

---

**Sergio CASTEL GAYAN.** Administrador Superior de la Comunidad de Aragón (scastel@aragon.es)

---

**José Manuel CASTELLS ARTECHE.** Catedrático de Derecho Administrativo. UPV/EHU (josemanuel.castells@ehu.es)

---

**Federico A. CASTILLO BLANCO.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Granada (fblancougres@gmail.com)

---

**Edorta COBREROS MENDAZONA.** Catedrático de Derecho Administrativo. UPV/EHU (e.cobrerros@ehu.es)

---

**Carlos COELLO MARTÍN.** Doctor en Derecho. Magistrado de lo Contencioso-Administrativo (carlos.coello@wanadoo.es)

---

**Jesús CONDE ANTEQUERA.** Profesor Doctor de Derecho Administrativo. Universidad de Granada (jesusconde@ugr.es)

---

**José Ignacio CUBERO MARCOS.** Profesor Agregado de Derecho Administrativo. UPV/EHU (joseignacio.cubero@ehu.es)

---

**José CUESTA REVILLA.** Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Jaén (jcuesta@ujaen.es)

---

**Miriam CUETO PÉREZ.** Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo (mcuetop@uniovi.es)

---

**Carmen CHINCHILLA MARÍN.** Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de Alcalá de Henares (carmen.chinchilla@uah.es)

---

**José Luis DE LA CUESTA ARZAMENDI.** Catedrático de Derecho Penal. UPV/EHU (joseluis.delacuesta@ehu.es)

---

**Silvia DEL SAZ CORDERO.** Catedrática de Derecho Administrativo. UNED (silviadelsaz@gmail.com)

---

**Gustavo Manuel DÍAZ GONZÁLEZ.** Doctorando Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo (diazgustavo.uo@uniovi.es)

---

**Juan José Díez Sánchez.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Alicante (juanjo.diez@ua.es)

---

**Antonio EMBID IRUJO.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza (aembid@telefonica.net)

---

**Agustín ERKIZIA OLAIZOLA.** Profesor Titular de Escuela Universitaria de Economía Financiera y Contabilidad. UPV/EHU (agustin.erkizia@ehu.es)

---

**José ESTEVE PARDO.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona (jestevep@ub.edu)

---

**Katixa ETXEBARRIA ESTANKONA.** Profesora Derecho Procesal. UPV/EHU (katixa.echevarria@ehu.es)

---

**José Francisco ETXEBERRIA GURIDI.** Catedrático de Derecho Procesal. UPV/EHU (patxi.etxeberria@ehu.es)

---

**Xabier EZEIZABARRENA SAENZ.** Profesor de Derecho Administrativo. UPV/EHU (bcpecsaj@ehu.es)

---

**Francisco Javier EZQUIAGA GANUZAS.** Catedrático de Filosofía del Derecho. UPV/EHU (javier.ezquiaga@ehu.es)

---

**Dionisio FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ.** Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Salamanca (dgatta@usal.es)

---

**Tomás Ramón FERNÁNDEZ.** Catedrático Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid (trfernandezrz@gmail.com)

---

**Antonio FORTES MARTÍN.** Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III (afortes@der-pu.uc3m.es)

---

**Mercedes FUERTES.** Catedrática de Derecho Administrativo. Universidad de León (mercedes\_fuertes@yahoo.es)

---

**Susana GALERA RODRIGO.** Profesora Derecho Administrativo. Universidad Rey Juan Carlos (susana.galera@urjc.es)

---

**Itxaso GALLASTEGUI ORMAECHEA.** Licenciada en Derecho (itxaso\_55@hotmail.com)

---

**Fernando GARCÍA RUBIO.** Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Rey Juan Carlos (fernando.rubio@urjc.es)

---

**Agustín GARCÍA URETA.** Catedrático de Derecho Administrativo. UPV/EHU (agustin.garcia-ureta@ehu.es)

---

**Gemma GEIS I CARRERAS.** Profesora Lectora de Derecho Administrativo. Universidad de Girona (gemma.geis@udg.edu)

---

**Rafael GIL CREMADES.** Ex-Administrador Civil del Estado (rafaelgil38@hotmail.com)



---

**Agustín Juan GIL FRANCO.** Profesor Asociado de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III (gilfa@madrid.es)

---

**Enrique GÓMEZ-REINO Y CARNOTA.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Santiago de Compostela (enriqueantonio.gomez-reino@usc.es)

---

**Fernando GONZÁLEZ BOTIJA.** Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid (suricato@der.ucm.es)

---

**Isabel GONZÁLEZ RÍOS.** Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga (isa\_gonzalez@uma.es)

---

**Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ.** Catedrático Derecho Administrativo. Universidad de Alicante (sago\_va@yahoo.es)

---

**Alejandro HUERGO LORA.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo (ahuergo@uniovi.es)

---

**Ander IBARLOZA ARRIZABALAGA.** Profesor de Economía Financiera y Contabilidad. UPV/EHU (ander.ibarloza@ehu.es)

---

**Errapel IBARLOZA ARRIZABALAGA.** Profesor Titular de Economía Financiera y Contabilidad. UPV/EHU (errapel.ibarloza@ehu.es)

---

**Juan IGARTUA SALAVERRÍA.** Catedrático de Filosofía del Derecho. UPV/EHU (juan.igartua@ehu.es)

---

**Victoria ITURRALDE SESMA.** Profesora Titular de Filosofía del Derecho (acreditada Catedrática). UPV/EHU (victoria.iturralde@ehu.es)

---

**Gurutz JÁUREGUI BERECIARTU.** Catedrático de Derecho Constitucional. UPV/EHU (gurutz.jauregui@ehu.es)

---

**Rafael JIMÉNEZ ASENSIO.** Profesor Titular de Derecho Constitucional (acreditado Catedrático). Universidad Pompeu Fabra (rafael.jimenez@upf.edu)

---

**Antonio JIMÉNEZ-BLANCO.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Politécnica de Madrid (anjibl@telefonica.net)

---

**Mikel Mari KARRERA EGIALDE.** Profesor Titular Derecho Civil. UPV/EHU (mikelmari.karrera@ehu.es)

---

**M.ª Lourdes LABACA ZABALA.** Profesora Agregada de Derecho Eclesiástico del Estado. UPV/EHU (marialourdes.labaca@ehu.es)

---

**Javier LARENA BELDARRAIN.** Profesor de Derecho Procesal. Universidad de Deusto (javier.larena@deusto.es)

---

**Iñaki LASAGABASTER HERRARTE.** Catedrático de Derecho Administrativo. UPV/EHU (i.lasagabaster@ehu.es).

---

**Iñigo LAZKANO BROTONS.** Profesor Colaborador de Derecho Administrativo. UPV/EHU (inigo.lazkano@ehu.es)

---

**Mariano LÓPEZ BENÍTEZ.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba (ad1lobem@uco.es)

---

**Diego LÓPEZ MARTÍNEZ.** Funcionario Técnico. Universidad de Granada (diegolopez@ugr.es)

---

**Fernando LÓPEZ RAMÓN.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza (flopez@unizar.es)

---

**Eva María LÓPEZ TUBÍA.** Abogada (elopezt01@gmail.com)

---

**Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER.** Catedrático Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid (lmoretor@der.ucm.es)

---

**Reyes MARZAL RAGA.** Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo. Universitat de València (Reyes.Marzal@uv.es)

---

**Eva M.ª MENÉNDEZ SEBASTIÁN.** Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo (evamenendezs@gmail.com)

---

**Rosa MENTXAKA ELESPE.** Catedrática de Derecho Romano. UPV/EHU (dhpmeelr@ehu.es)

---

**Luis Javier MIERES MIERES.** Profesor Asociado de Derecho Constitucional. Universitat Pompeu Fabra (jmieres@cge.cat)

---

**Alexandra MOLINA DIMITRIJEVICH.** Abogada (molina\_alexandra@yahoo.com)

---

**Ignacio MUÑAGORRI LAGUÍA.** Catedrático de Derecho Penal. UPV/EHU (ignacio.munagorri@ehu.es)

---

**Asensio NAVARRO ORTEGA.** Profesor de Derecho Administrativo. Universidad de Granada (asenavort@ugr.es)

---

**Belén NOGUERA DE LA MUELA.** Profesora Titular de Derecho Administrativo (acreditada Catedrática). Universidad de Barcelona (bnoguera@ub.edu)

---

**Albert NOGUERA FERNÁNDEZ.** Profesor Derecho Constitucional. Universidad de Valencia (albertnoguera78@hotmail.com)

---

**Javier OLIVÁN DEL CACHO.** Magistrado de lo Contencioso-Administrativo (jj.olivan@poderjudicial.es)

---

**Ixusko ORDEÑANA GEZURAGA.** Profesor Agregado de Derecho Procesal. UPV/EHU (ixusko.ordenana@ehu.es)

---

**Aitor ORENA DOMÍNGUEZ.** Profesor Agregado de Derecho Financiero y Tributario (acreditado Titular). UPV/EHU (aitor.orena@ehu.es)

---

**Mercedes ORTIZ GARCÍA.** Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Alicante (merce.ortiz@ua.es)

---

**Anna PALLARÈS SERRANO.** Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo (acreditada Titular). Universitat Rovira i Virgili (anna.pallares@urv.net)

---

**Luciano PAREJO ALFONSO.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III  
(luciano@der-pu.uc3m.es)

---

**Alexandre PEÑALVER I CABRÉ.** Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de  
Barcelona (alexpenalvercabre@ub.edu)

---

**M. Josune PÉREZ ESTRADA.** Profesora Asociada de Derecho Procesal. UPV/EHU  
(mirenjosune.perez@ehu.es)

---

**Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ.** Catedrático Derecho Administrativo. Universidad de Almería  
(jperezg@ual.es)

---

**Ana I. PÉREZ MACHÍO.** Profesora Titular de Derecho Penal. UPV/EHU (anaisabel.perez@  
ehu.es)

---

**Juan José PÉREZ PÉREZ.** Técnico Administración General de la Diputación Foral de Gipuz-  
koa (jjuanjopperez@gmail.com)

---

**Raquel PRADO PÉREZ.** Departamento de Derecho Administrativo y Derecho Procesal. Uni-  
versitat de Barcelona (rprado@ub.edu)

---

**Eunate PRIETO ETXANO.** Profesora Agregada de Derecho Administrativo. UPV/EHU  
(eunate.prieto@ehu.es)

---

**Tomás QUINTANA LÓPEZ.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de León  
(taquil@unileon.es)

---

**Martín María RAZQUIN LIZARRAGA.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad  
Pública de Navarra (martin.razquin@unavarra.es)

---

**Manuel REBOLLO PUIG.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba.  
(ad1repum@uco.es)

---

**Estela RIBES CABALLER.** Licenciada en Ciencias Políticas y de la Administración. Universi-  
tat Pompeu Fabra. UPF-UB-UAB (estela.ribes@gmail.com)

---

**Joan RIDAO I MARTÍN.** Profesor de Derecho Constitucional (acreditado Titular). Universitat  
de Barcelona (jridao@ub.edu)

---

**Mariana RODRÍGUEZ PATARROYO.** Investigadora de Derecho Administrativo. UPV/EHU  
(marianadelpilar.rodriiguez@ehu.es)

---

**David RUANO DELGADO.** Investigador de Derecho Constitucional. UPV/EHU (david.ruano@  
ehu.es)

---

**Ángel RUIZ DE APODACA ESPINOSA.** Profesor Titular de Derecho Administrativo. Univer-  
sidad de Navarra (aruiz@unav.es)

---

**Ángel SÁNCHEZ BLANCO.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga  
(asblanco1@telefonica.net)

---

**René Javier SANTAMARÍA ARINAS.** Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universi-  
dad de La Rioja (rjsarq@telefonica.net)

---

**Francisco Javier SANZ LARRUGA.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidade da Coruña (fjsanz@udc.es)

---

**Susana SERRANO GAZTELUURRUTIA.** Profesora Derecho Financiero y Tributario. UPV/EHU (suserrano.gazteluurrutia@ehu.es)

---

**José Eugenio SORIANO GARCÍA.** Catedrático Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid (jesorianogarcia@gmail.com)

---

**Blanca SORO MATEO.** Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Murcia (blancasm@um.es)

---

**Irene SUBERBIOLA GARBIZU.** Profesora de Derecho Financiero y Tributario. UPV/EHU (irune.suberbiola@ehu.es)

---

**Javier TAJADURA TEJADA.** Profesor Titular de Derecho Constitucional. UPV/EHU (javier.tajadura@ehu.es)

---

**Leopoldo TOLIVAR ALAS.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Oviedo (ltolivar@uniovi.es)

---

**Joaquín TORNOS MAS.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona (jtornos@tornosabogados.com)

---

**Maite URIARTE RICOTE.** Profesora Agregada de Derecho Administrativo (acreditada Titular). UPV/EHU (maite.uriarte@ehu.es)

---

**Miren Jasone URKOLA IRIARTE.** Profesora Titular de Escuela Universitaria de Derecho Administrativo. UPV/EHU (jasone.urkola@ehu.es)

---

**Iñigo URRUTIA LIBARONA.** Profesor Agregado de Derecho Administrativo (acreditado Titular). UPV/EHU (i.urrutia@ehu.es)

---

**Juan M. VELÁZQUEZ GARDETA.** Profesor Agregado de Derecho internacional Privado. UPV/EHU (juanmanuel.velazquez@ehu.es)

---

**Marcos VAQUER CABALLERÍA.** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Carlos III (mvaquer@der-pu.uc3m.es)

# Presentación



## EN HOMENAJE A DEMETRIO LOPERENA ROTA. EN RECUERDO DE RAMÓN MARTÍN MATEO

I. Empieza a ser demasiado usual, desgraciadamente, encontrarnos con notas necrológicas referidas a personas significadas. El pasado año, en esta misma *Revista*, lo hacíamos *in memoriam* del maestro don Eduardo García de Enterría en el número 96 y, en el siguiente, conjuntamente, para dar noticia de la desaparición de dos miembros de su Consejo de Redacción, como eran Manuel Beldarrain y Demetrio Loperena.

Por su más intensa vinculación con la *Revista Vasca de Administración Pública*, en algunas ocasiones hemos elaborado un número especial: así pasó con el 41 (1995), en recuerdo de Pedro Larumbe Biurrun, miembro del Consejo de Redacción; y con el número doble 87/88 (2010), en recuerdo de Javier Berriatua San Sebastián, uno de sus impulsores —desde el puesto de Director del Instituto Vasco de Administración Pública— y Presidente de su Consejo de Redacción y luego Secretario de la misma durante muchos años.

Con esta experiencia, tras la conmoción producida por el súbito fallecimiento de Demetrio Loperena, en noviembre del pasado año, pensamos que había que hacer un esfuerzo y dedicar también un número especial en recuerdo y homenaje a quien murió siendo Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea y miembro del Consejo de Redacción de esta *Revista*, como ya se ha dicho. La fatalidad, sin embargo, hizo que durante su gestación —más en concreto, el pasado mes de mayo— falleciese don Ramón Martín Mateo, tras 86 años de fructífera existencia; con lo que nos sentimos, asimismo, obligados a dedicarle un recuerdo especial, con el convencimiento de que, también aquí, ambos se sentirían cómodos, uno en compañía del otro.

A ellos van destinadas, con reconocimiento, afecto y mucha tristeza por su ausencia, estas líneas de presentación de este número doble especial, 99/100, con el que se cierra el año 2014.

II. Como ya indicamos en la nota de urgencia de hace unos meses, DEMETRIO LOPERENA ROTA (Garralda, 1956) falleció repentinamente en Madrid tras ejercer en un acto académico de la Universidad Complutense la representación de la Facultad de Derecho de la UPV/EHU, de la que había sido elegido Decano hacía poco más de un año y a la que estuvo vinculado durante toda su trayectoria docente e investigadora, esto es, desde 1982. En efecto, tras cursar la carrera en Pamplona, llegó a Donostia / San Sebastián desde su Navarra natal por indicación de Kepa Larumbe (Profesor Asociado y, como ya se ha dicho, miembro del Consejo de Redacción de esta *Revista* hasta su fallecimiento, también inesperado, en 1994). Desde ese momento, sin per-

juicio de otras influencias, Demetrio Loperena fue siempre fiel al magisterio y leal a la amistad del profesor José Manuel Castells Arteché.

Catedrático de Derecho Administrativo (1999), fue autor de numerosas publicaciones (siete monografías y más de seis decenas de artículos y colaboraciones científicas) dedicadas a muy diversos ámbitos de su especialidad, como son, destacadamente, el régimen foral y local, el estatuto funcionarial, la autonomía universitaria, los bienes de dominio público o la transacción en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en esta *Revista* sus colaboraciones, de uno u otro tipo, aparecen en quince de sus números). El medio ambiente se convertiría durante muchos años en su pasión dominante, ámbito en el que recaló de la mano de su maestro, el profesor Ramón Martín Mateo, para entregarse a su estudio de forma decidida y ya irreversible.

Interesado en hacer llegar a círculos más amplios sus opiniones sobre diversos acontecimientos políticos o sociales (formuladas, a veces, de forma intencionadamente provocativa), publicó asimismo más de una cincuentena de colaboraciones periodísticas en diversos medios. Mantenía con rotundidad sus convicciones, pero nunca rompía puentes con quien pensaba de manera diferente. Y eso, en el País Vasco, cobraba especial valor.

Como universitario fue apreciado no sólo por sus más cercanos colegas, sino que fueron muchos los profesores que le estimaban sincera e intensamente y que buscaban su compañía y excelente talante. Don Eduardo García de Enterría le guardaba un gran afecto, según me consta personalmente. Buena prueba de esta alta y general consideración la tenemos en las páginas que componen este número especial.

En fin, durante 25 años formó parte del Consejo de Redacción de esta *Revista*, que ahora le recuerda especialmente.

Quienes tuvimos la fortuna de convivir con él creo que convendremos en que nuestro compañero Demetrio se caracterizó por su talante positivo, su carácter comunicativo, decidido y poco convencional en muchos aspectos (casi iconoclasta), así como por ser una persona nada envidiosa ni maledicente. Superó las adversidades que la vida le deparó y supo ganarse, merecidamente, el cariño de muchas personas.

De una generación anterior, RAMÓN MARTÍN MATEO (Villabragima, 1928) fue un auténtico innovador. Hombre de pensamiento audaz y creativo, dialogante, con una enorme curiosidad intelectual, que estimulaba, orientaba, sugería y dejaba trabajar; destacó, sobre todo, por ser un pionero entre nosotros en la atención al medio ambiente y en procurar su defensa a través del Derecho.

Sobre su prolífica obra, magisterio universitario y formidable trayectoria vital se ha escrito mucho y con acierto, tanto con motivo de su reciente fallecimiento como, anteriormente, en el libro homenaje que un gran número de compañeros, discípulos y amigos le dedicamos en el año 2000 [*El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI (Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo)*. Tirant lo blanch. Valencia]. En el primero de los tres gruesos tomos que componen esa obra encontramos «Semblanza de Ramón, o la vida como bella arte» (pp. 31 a 34), del coordinador de la publicación, Francisco Sosa Wagner, donde se recoge todo lo que cabría decir sobre su huella vital, así como un exhaustivo «Curriculum Vitae» (pp. 35 a 60) que da cuenta —hasta entonces, habría que precisar; pues siguió trabajando prácticamente hasta el final de su larga vida— de los incomparables resultados que deparó su esfuerzo intelectual. Valga, por tanto, con un remisión *in integrum* a lo allí recogido.



Aquí sólo añadiremos algún aspecto complementario, relativo a su estrecha vinculación con el propio Demetrio Loperena Rota, a su estancia en el País Vasco y a su relación con esta *Revista*. En referencia al cruce vital entre las dos personas que ahora recordamos, lo primero que hay que señalar es que el magisterio ejercido por el Prof. Ramón Martín Mateo sobre Demetrio Loperena fue innegable y reconocido siempre por éste. El Maestro del Derecho Ambiental tuvo una influencia y una relación directas con nuestro compañero Demetrio, tanto como fuente de inspiración intelectual y académica como en el desarrollo de diversas actividades (por ejemplo, la Corte Internacional de Arbitraje y otras relacionadas con el iusambientalismo). Presidió la Comisión en la que Demetrio Loperena obtuvo la Cátedra de Derecho Administrativo, así como el Tribunal que enjuició la tesis doctoral elaborada por su tan estimado discípulo Xabier Ezeizabarrena Sáez.

Pero hay un evento especialmente relevante, que merece recordarse ahora. En marzo de 2006, el Consejo de Gobierno de la Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea, a propuesta de la Facultad de Derecho —así como de la de Ciencias Económicas y Empresariales (Sarriko) y de la Escuela Politécnica de San Sebastián—, nombró a don Ramón Martín Mateo Doctor *Honoris Causa* de esta Universidad por la Facultad de Derecho. Antes lo había sido de la de León y después lo sería de la Rovira i Virgili (Tarragona) y de la de Murcia. El acto solemne de investidura tuvo lugar el 13 de junio de 2007, en el Palacio de Miramar de Donostia / San Sebastián y estuvo presidido por el Lehendakari. La *Laudatio*, repartida en cuatro apartados —«El ingeniero social», «El ambientalista», «El Rector» y «El sabio», respectivamente—, la dictó Demetrio Loperena, verdadero impulsor de la iniciativa y *alma mater* de su feliz consecución. Fue un acto especialmente grato, emotivo y, sobre todo, de agradecimiento por parte de nuestra Universidad; que, además, permitió que universitarios de diversa trayectoria pudiéramos compartir un significativo momento de reconocimiento al maestro de tantos.

Por lo que se refiere a su presencia académica en el País Vasco, hay que recordar que el profesor Ramón Martín Mateo se incorporó en diciembre de 1968 como Catedrático a la Facultad de Económicas de Sarriko, en la capital vizcaína, justo en los momentos de la transición de su dependencia de la Universidad de Valladolid a la incipiente Universidad de Bilbao. Muy pronto comenzó a asumir responsabilidades de Gobierno universitario, pues en febrero de 1969 sería nombrado Secretario General de la Universidad de Bilbao (hasta enero de 1971) y luego lo sería nuevamente, de 1974 a 1976, cargo que dejó para ser nombrado Rector. Según confesaría más tarde, «lo primero que hice tras el recuento de votos que me dio la mayoría fue trasladarme a Salamanca para captar la aportación a la nueva Universidad del más distinguido investigador vasco entonces existente, Koldo Michelena, lingüista indoeuropeo de fama universal» (*Memorias de un ingeniero social bienhumorado*. Península. Barcelona, 2005, p. 130). Desempeñó estas funciones, en muy difíciles circunstancias, durante tres años (hasta septiembre 1979), dejando preparada la transición de la Universidad de Bilbao a la actual Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea.

De su magisterio universitario entre nosotros podemos destacar ahora, entre otras, tres tesis doctorales que dirigió aquí: la de Javier Berriatua San Sebastián —sobre «Las asociaciones de vecinos», defendida en la Universidad Complutense de Madrid, en 1975—, quien luego sería Director del Instituto Vasco de Administración Pública e impulsor de esta *Revista*; la de Iñaki Lasagabaster Herrarte —sobre «La po-

testad legislativa de las Comunidades Autónomas», defendida en la Universidad de Deusto en 1982—, Catedrático de Derecho Administrativo de la UPV/EHU y miembro del Consejo de Redacción de esta *Revista* desde 1984; y la de Juan Luis Ibarra Robles —sobre «Las áreas metropolitanas en el modelo autonómico», defendida en la UPV/EHU en 1982—, en la actualidad Presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y también miembro del Consejo de Redacción de esta *Revista* desde hace treinta años.

De aquella época nada más adecuado que recoger su propia opinión: «Allí pasamos la mejor época de nuestra vida. Todos nos acordamos de aquellos años con añoranza y cierta tristeza, de los grandes amigos, vascos y no vascos, que allí dejamos. Pero con el paso del tiempo la convivencia se crispó en aquellas latitudes y tuvimos que cambiar de aires» (en las *Memorias...* cit., p. 120). Ese cambio de aires le hizo recalcar definitivamente en Alicante —con sorpresa para muchos y gran acierto para él—, de cuya Universidad sería también Rector (primer Rector estatutario, habría que precisar) unos pocos años más tarde, concretamente de 1986 a 1994.

Queda, en fin, por destacar un aspecto especialmente relevante en esta sede como es que Ramón Martín Mateo fue el primer Director de esta *Revista Vasca de Administración Pública*, siendo entonces Secretario de la misma el Profesor José Manuel Castells Arteche, que luego le sucedería en la dirección. En su primer número (1981), además de la «Presentación», aparece un trabajo suyo, titulado «Introducción al Derecho solar», verdaderamente pionero en el tratamiento (también jurídico) de las radiaciones solares.

III. En los tres volúmenes que componen este número especial encontraremos más de 125 aportaciones elaboradas expresamente para esta ocasión; y, de nuevo, la incondicional y generosa colaboración del IVAP posibilita que hoy presentemos el resultado de una iniciativa planteada de una manera intencionadamente abierta, como correspondía al talante del homenajeado. Los trabajos que se recogen a continuación abordan muy diversas materias, están elaborados por especialistas no sólo, ni mucho menos en Derecho Administrativo, sino de diferentes disciplinas, y han sido enviados desde una treintena de universidades. El interés de su contenido está —creo— fuera de toda duda.

Demetrio Loperena Rota y Ramón Martín Mateo están en nuestra memoria y en nuestro corazón, en nuestras bibliotecas, en nuestras universidades y también, para siempre, en esta *Revista Vasca de Administración Pública* que quería rendirles homenaje como mejor creía que podía hacerlo. Y nada mejor para finalizar la presentación de este número especial que hacerlo con un poema de Jose Angel Irigaray, apreciado paisano de Demetrio:

Iluntasunean baino ez dira izarrak ageri, laguna  
izartegia gau beltzean ikus daiteke soilik  
bergisan entzun betiereko isiltasunaren kanta,  
ortziari beha lurean etzanik  
existentzia osoaren zentzua hartzen  
giza beldur eta metaforen islak  
nire baitan dantzan sendi...  
eta ortzia datza isilik,

hala ere, bulartea zabal, hats amaigabeak laztan  
gogoa bete poz eta min jare hegan,

sortzen heriorekilako itzur-beldurrean  
bizitzen herioarengandiko ihesean.  
(*Joan-jinaren labirintoan*. Pamiela, 2002)

Compañero, las estrellas únicamente brillan en la oscuridad  
sólo en la negra noche puede vislumbrarse el firmamento  
así como percibir el canto del silencio eterno,  
mirar el cielo postrado en el suelo  
comprender el sentido de la existencia entera  
sentir temores humanos y reflejos de metáforas  
danzar en mi interior...  
y el cosmos yace silencioso,  
empero, el extenso seno, caricia de un interminable aliento,  
la mente vuela en libertad, plena de alegría y dolor

crear por temor de evasión para con la muerte  
vivir huyendo de la muerte  
(Traducción de J. Urkola)

Edorta COBREROS MENDAZONA  
Director de la *Revista Vasca de Administración Pública*



# Estudios



# «Interneten ahaztua izateko eskubidea» Europar Batasuneko Justizi Auzitegiaren 2014ko maiatzaren 13ko epaiaren arabera

Unai Aberasturi Gorriño

**Aurkibidea:** I. Sarrera.—II. Interneten ahaztua izateko eskubidea ordenamenduan. Europar batasuneko justizi auzitegiaren epaia.—III. Interneten ahaztua izateko eskubidearen edukia. III.1. Ahaztua izateko eskubidearen esanahia. III.2 Ahaztua izateko eskubidearen justifikazioa. III.3. Ahaztua izateko eskubidearen oinarri juridikoa. III.4. Ahaztua izateko eskubidea bilatzaile orokorren aurrean. III.5. Ahaztua izateko eskubidearen egikaritzaren adibide batzuk.—IV. Ondorioak.

## I. Sarrera

Teknologia berriek egungo gizartearen eraldaketan izan duten eragina sakonean eztabaidatua izan da dagoeneko. Informazioaren Gizartea deitu den horren sorrerari eta bere ezaugarriei buruz lan ugari argitaratu da. Ez da behar, beraz, honen inguruko azterketa sakonik. Ezaguna denez, Informazio eta Komunikazio Teknologiaek bizitzako alor guztietan eragin dute. Funtsean, teknologia hauek pertsonen arteko harremanak izateko erak aldatu dituzte. Harreman horiek, egun, ez dira bakarrik ohiko errealitate analogikoan garatzen, baizik eta, gero eta gehiago, «ziberespazioa» deritzon eremuan ematen dira, hiritar edota nekazal inguruneekin alderatuz, hirugarren ingurune gisa deitua izan den plaza birtualean. Plaza honetan, hain zuzen, gizartea osatzen duten subjektu guztiek jarduten dute eta beraien arteko harremanak lantzen dituzte; subjektu publiko eta pribatuek.

Printzipioz, teknologia berrien erabilerak oso ondorio mesedegarriak dakartza aipatu harreman horien garapenean, orain urte batzuk ezezagunak ziren aukerei ateak zabaldu dizkietelako. Batez ere, munduko edozein tokitara, edozein motatako formatuan eta berehala, informazioa igortzeko aukera ematen dute. Haatik, mesedegarri diren ondorio horiekin batera teknologia berriek arrisku berriak sortu dituzte. Giza eskubideak urratu edo bortxatzeko arrisku berriak hain zuzen. Urteotan hainbatetan azpimarratu denez, Informazioaren Gizartearen garapenak informazio fluxu berriak sortzeko aukera ekarri du. Informazioa eman eta jasotzeko bide berriak eraiki dira. Batez ere Interneten sorrerak etengabeko informazio fluxuz osaturiko gune berri bat sortu du. Informazio horrek eduki ezberdinak izan ditzake. Kasu batzuetan informazio horrek ez du pertsoneri buruzko inongo adierazpenik jasotzen, baina gehienetan identifikatuak izan daitezkeen pertsoneri buruzko erreferentziak jasotzen ditu, hau da, pertsona zeha-

tzei buruzko datuez osatzen da. Honela izanda agerikoa da informazio fluxu berri horiek giza eskubide ezberdinetan eragin dezaketela.

Interneten, eta bestelako sareetan, informazioa era askotan erabiltzen da: jaso, eman, aldatu, ezabatu, bildu, bilatu, argitaratu, etab. Operazio hauek guztiak pertsona zehatzei buruzko datuen gain gauzatzeak eskubide ezberdinei erasan diezaike. Eskubide horien artean azpimarratzeke norberaren datuak babesteko oinarritzko eskubidea. Ezaguna da gaur egun, Konstituzio Auzitegiak horrela erabaki zuenetik(1), eskubide hau guztiz errotua dagoela gure ordenamenduan, oinarritzko eskubide autonomo gisa. Ez da eskubide honi buruzko azterketa sakonik behar, izan ere, asko idatzi da gai honen inguruan(2). Nahikoa da eskubide honek norberak berari buruzko datuak kontrolatzeko ahalmena jasotzen duela aipatzea. Ahalmen hau bi ezaugarrik bereizten dute bereziki. Batetik, eskubide honen bitartez mota guztietako datuak babesten dira, intimoak edo barrukoak direnak eta ez direnak. Bestetik, eskubide honek ez ditu bakarrik ahalmen negatiboak, hau da, hirugarren batek gure aurka zerbait ez egiteko betebeharra, aurrezagutzen, baita ahalmen positiboak ere, hau da, eskubidearen titularrak aktiboki jardun dezake bere eskubidearen egikaritzan(3). Agerikoa denez, egungo gizarteetan informazioari eta berau erabiltzeko ahalmenari ematen zaion garrantzia dela eta, datuak babesteko eskubidea bereziki mehatxatua dagoela esan daiteke. Informazioaren Gizartearen ezaugarri edo oinarrietariko bat datuak erabiltzea den heinean, eskubide hau urratzea edo mugatzea teknologia berriek hainbesteko garrantzia eta hedapena ez zeukatenean baino errazagoa da.

Nahiz eta eskubide honek paperean jasotzen den informazioa ere babesten duen, teknologia berrien garapenari hertsiki lotua dago. Teknologia hauek etengabe ari dira aldatzen eta aplikazio edo erabilera berriak oso era naturalean gizarteratzen dira. Herri-tarrontzat ohikoa bilakatu da astero edo hilero aplikazio berriak jaso eta erabiltzea. Etengabeko eraldaketa honek autodeterminazio informatiborako eskubidean eragin zuzena dauka, izan ere derrigorrezkoa da teknologiaren ezaugarriak aldatzen diren heinean eskubidearen edukia eta konfigurazioa ere aldatzea eta berrikustea. Eduki egonkorragoa duten eskubideen aurrean, norberaren datuak babesteko eskubideak errealitateak planteatzen dizkion erronka berriei egin behar die aurre maiztasunez. Horren adierazle da, adibidez, datuak babesteko agentzia ezberdinen ebazpenek gero eta gai gehiago ukitzen dituztela. Administrazio elektronikoaren gaia, Big Data deritzonaren erregulazioa, SPAM bidez iragarkiak igortzeko aukeraren arauketa, cookieen erabilera mugatzea, esandakoaren adibidea besterik ez dira. Adibide garbia da, baita ere, araudiak izan duen garapena. Egun indarrean dagoen Norberaren Datuak Babesteko Lege organikoak arau egonkorra osatzen du, baina honen inguruan beste hainbat arau onartu da denboran zehar arazo berri eta zehatzak erregulatzeko: 34/2002 Legea, Informazioaren Gizartean ematen diren zerbitzuak eta salerosketa elektronikoak arautzen dituen, orain gutxi aldatua; 10/2007 Lege organikoa, DNA bitartez lortutako identifikadoreak jasotzen dituen poliziaren datu baseari buruzkoa; 25/2007 Legea, komunikazio

(1) Konstituzio Auzitegiaren Epaia (KAE), 2000. urteko azaroaren 30ekoa.

(2) MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas, *El Derecho a la Autodeterminación Informativa. La Protección de Datos Personales frente al Uso de la Informática*, Tecnos, Madrid, 1990; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, «La protección de la intimidad frente a la informática en la Constitución Española de 1978», *Revista de Estudios Políticos* n.º 9, 1979.

(3) KAE 2000. urteko azaroaren 30ekoa, 6. Oinarri Jurikoa (OJ) .



elektroniko eta komunikazioetarako sare publikoen bitartez sortutako datuak gordetze-koari buruzkoa; 9/2014, Telekomunikazio Lege berria; edo, Jabetza Intelektualaren berrikuntza onartu duen 21/2014 Legea, adibidez.

Norberaren datuak babesteko eskubidea, beraz, etengabe berrikusten ari den eskubidea dugu. Esan bezala, gehienetan garapen teknologikoak planteatu ditu konpondu beharreko gatazka berriak. Baina beste batzuetan eskubide honen inguruko eztabaida bere ohiko edukiaren aplikazio zehatzetik sortu da, ezagunak ziren edukiak birplanteatu direlako eduki horiek kasu zehatzetara aplikatzerakoan. Datuak babesteko agentziak alde batera uzten badira, eduki horien birplanteatzea auzitegien eskutik etorri da gehienbat. Auzitegiek, Alemanian eta Espainian adibidez, datuak babesteko eskubidea oinarritzko eskubide autonomo gisa aurrezagutu zuten bezala (4), beste hainbat erabaki hartu dituzte eskubide horren edukia zehaztuz eta moldatuz.

Zentzu honetan, azken hilabete hauetan azpimarragarriak izan dira Europar Batasuneko Justizi Auzitegiak (EJJA) hartutako erabaki batzuk. Honen adibide izan da gorago aipatu den 25/2007 Legearen oinarri izan zen Europar Batasuneko (EB) 24/2006/CE Zuzentaraua baliogabetu duen EJJAren epaia. Zuzentarau horrek derrigortu egiten zituen komunikazio zerbitzuak eskaintzen dituzten operadoreak herritarrek dituzten komunikazio elektronikoetatik sortzen diren hainbat datu epe batean zehar gordetzera, delitu batzuen aurka egiteko polizia informazio hori erabili ahal izateko. Auzitegiak arau hau baliogabetu du ezartzen den datuak gordetzeko betebeharrak hori oso era orokorrean deskribatzen delako, proportzionaltasun printzipioa errespetatu barik eta beharrezko diren segurtasun neurriak deskribatu barik (5).

Ildo berean, EJJAk aipatu epai honez gain komunikabideetan sona handia izan duen beste erabaki bat hartu du orain gutxi. Erabaki hau da, hain zuzen, artikulua honetan jorratuko den gaiari buruzko aipamena egin duena. «Interneten ahaztua izateko eskubidea» deritzonari buruzko epaia ari gara (6), 2014ko maiatzaren 13koa. Komunikabideek gai honen inguruan hartu diren erabaki ezberdinak oso hurbiletik jarraitu dituzte. Hurbileko jarraipen honen arrazoia zio ezberdinetan aurkitu daiteke: komunikabideek beraiek beraien interesak jokoan ikustea arrazoi bat izan daiteke, edota Google bezalako enpresa baten interesak jokoan egotea. Aipatu epaiaren garrantzia azpimarragarria da oso. Ukitzen duen gaiak berebiziko zurrunbiloa sortu du EBean, batez ere oso enpresa garrantzitsuen jokabidea zein izan beharko denari buruz ari delako. Ezin ahaztu daiteke EBeko Justizi Komisaria den Vivane Reding-ek bota zituen hitzak, enpresa horiek EBeko erakundeek gain egiten ari diren presioari buruz. Kontuan izan behar da kasu honetan, nahiz eta printzipioz gai zehatz bat landu, ahaztua izateko eskubideari buruzkoa hain zuzen, epai honetan ondorio garrantzitsuak plazaratu direla: Datuak Babesteko EBeko araudia kanpoko enpresei zein puntutaraino aplikagarri zaien adibidez.

Edozein kasutan, arrazoia edozein izanik, egia dena da azken hiru urteetan ahaztua izateko eskubidea deitua izan den ahalmen honi buruz iritzi ezberdinak eta kontrajarriak plazaratu direla. Praktikan zeresan handia eman duen gaia izan da, nahiz eta doktrinak

---

(4) Espainian KAE 2000. urteko azaroaren 30ekoa eta Alemanian Konstituzio Auzitegi Federalaren epaia 1983ko abenduaren 15ekoa.

(5) EJJAren apirilaren 8ko epaia, Digital Rights Ireland eta Seitlinger, eta beste batzuk.

(6) DRUMMOND, David, «En busca del equilibrio», *El País* 2014ko uztailaren 11; «Google pierde frente al derecho al olvido en Internet», *Publico* 2014ko maiatzaren 13.

sakonean aztertu ez duen (7). Lan honetan Interneten ahaztua izateko eskubidea izango da aztergai, EBJAren aipatu epaiak jasotako irizpideak aintzat hartuz. Zentzu honetan, azterketarekin hasi baino lehen, kontuan izan behar da epai honek kasu zehatz bati egiten diola erreferentzia, hain zuzen Interneten ahaztua izateko eskubidea eta informaziorako askatasunaren arteko talkari. Pentsatzekoa denez, ahaztua izateko eskubide honen edukia epaiak aztertutako egoera zehatza ez den beste hainbat suposamenduetara aplika daiteke. Honen adibide izan daiteke aldizkari ofizialen bertsio elektronikoetan argitaraturiko datuen gain ahazteko eskubide horren egikaritzea. Beraz, Interneten ahaztua izateko eskubidearen edukia eta helmena zein denari buruzko eztabaida hasi besterik ez dela egin esan daiteke. EBJAak ezarritako irizpideak, beranduago ikusiko direnak, kasu ezberdinetan aplikatu beharko dira eta suposamendu hauetan interes ezberdinen arteko talka nola konpontzen den aztertu beharko da ahaztua izateko eskubidearen edukia ezagutu ahal izateko: noren aurrean egikaritu daitekeen, zer galdatu daitekeen, noiz galdatu daitekeen, etab.

Ikusiko denez, eskubide honen inguruan iritzi eta erabaki ezberdinak, baita kontrajarriak ere, eman izan dira. Eta posible da etorkizunean ere, onartzean den Norberaren Datuen Babesari buruzko EBeko erregelamenduan adibidez, ahaztua izateko eskubidearen helmena aldatzea. Edozein kasutan, gaur arte Interneten ahaztua izateko eskubideari buruz arautu, erabaki eta komentatu dena kontuan hartuz, posible da ahalmen honen inguruko azterketa egitea. Hau da, hain zuzen, artikulua honen helburua.

## II. Interneten ahaztua izateko eskubidea ordenamenduan. Europar batasuneko justizi auzitegiaren epaia

Interneten ahaztua izateko eskubidearen inguruko eztabaida orain urte gutxi hasi zen komunikabideetan jasotzen. Eztabaida honetan, bere esanahi eta edukia dago-kionez anabasa handia egon da. Eskubide horri izena emateko erabili den adiera, bere mugen helmena zein den, teknikoki aplikagarria den, etab.en inguruan zalantza ugari planteatu da. Eztabaida teknikoak alde batera utziko da hemen (8). Askotan ahaztua izateko eskubidearen existentzia eta edukia hedapena zein izan behar den, berau aurrera eramateko dauden zailtasun teknikoaren arabera zehaztu behar dela aipatu da. Egia da teknikoki zailtasunak planteatzen ditzaizkeen eskubide honen egikaritzak. Haatik, ezin baldintzatu daiteke eskubide baten zentzua baldintza edo inguruaren teknikoaren arabera. Eztabaida juridikoa eztabaida teknikoaren aurretik jaso behar dela ulertzen da. Lehenengo, eskubidearen arteko oreka nola lortu daitekeen pentsatu behar da. Eta gero, bigarrenik, baliabide teknikoak oreka hori lortzera zuzendu beharko dira. Teknologia horiek oreka hori lortzea ezinezko egiten badute, tresna horien erabilera onargarria den ala ez planteatu beharko da. Esan denez, lan honetan Interneten ahaztua izateko eskubidearen ikuspuntu juridikoa hartuko da kontuan.

(7) SIMON CASTELLANO, Pere, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Balentzia, 2012; TOURIÑO, Alejandro, *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet*, Los libros de la catarata, Madrid, 2014; RALLO, Artemi, *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

(8) EUROPEAN NETWORK AND INFORMATION SECURITY AGENCY (ENISA), *The right to be forgotten-between expectations and practice*, 2013.

Era simple batean adieraziz, Interneten ahaztua izateko eskubideari buruz aritzean, Interneten dagoen norberari buruzko informazioa bilatzaileen bitartez aurkitu eta erabiltzeko aukerak mugatzeko ahalmenari egiten zaio erreferentzia. Ahalmen honek ordenamenduan izan duen oihartzuna aztertuko da orain.

Ahalmen hau norberaren datuak babesteko oinarritzko eskubidearen edukietako bat dela interpretatu izan da. Hirugarren batek norberaren datuak erabili ditzan baimena emateko eskubidea edo norberaren datuak nola erabiliko direnari buruzko informazioa jasotzeko eskubidearekin batera ahaztua izateko eskubidea jasoko luke autodeterminazio informatiborako oinarritzko eskubideak. Gaur egun «ahaztua izateko eskubidea» adiera hainbesteko normaltasunez erabiltzeak ahalmen hori datuak babesteko eskubidearen ohiko edukian barneratzen dela ulertzea eramango luke. Arauen edukiak ez du, aldiz, hori adierazten. Egund indarrean dauden izaera pertsonaleko datuen babesari buruzko erregimen juridikoa ezartzen duten arauen edukia aintzat hartu ezker, ahaztua izateko eskubidea aurreikusten ez dela ikusiko da. Estatuko Izaera Pertsonaleko Datuak Babesteko Lege organikoak (DBLO) ez du ahaztua izateko eskubideari buruzko erreferentziarik jasotzen(9). Lege organikoa garatzen duen erregelamenduak ere ez du eskubide horri buruzko adierazpenik egiten(10). Euskal Autonomia Erkidegoko (EAE) araudian ere gauza bera gertatzen da(11). Eta berdin Norberaren Datuen Babesari buruzko EBeko Zuzentarauan, non ez den ahaztua izateko eskubidea aipatzen(12). Hau honela izanda, ahaztua izateko eskubidearen oinarri juridikoa non kokatzen den galdetu daiteke. Gaur egun, eta eskubide honek izan duen oihartzuna dela eta, espresuki jasotzen hasi da testu juridiko batzuetan. Honen adibide izan daiteke Kalifornian 2015ean indarrean sartuko den, Interneten adingabeen eskubideak babesten dituen Legea. Edo, Nikaraguako Datuak Babesten dituen 2012ko Legea, espresuki ahazteko eskubide digitala aipatzen duena. Edo, batez ere, EBean onartzearen Izaera Pertsonaleko Datuak Babesteko Erregelamenduaren proposamena, zeinek espresuki jasotzen duen ahazteko eskubidea. Arau honetan jasotzen den ahaztua izateko eskubidearen edukia, dena den, oso mugatua da(13), nahiz eta orain gutxi Europar Parlamentuak testuaren aldaketa bat planteatu duen. EBeko erregelamendu proposamena aintzat hartuz ahaztua izateko eskubidea, orokorrean, informazioa sarean argitaratu duen subjektuaren aurrean egikaritu behar dela ematen du, ez bilatzailearen aurrean. Argitaratzearen erantzuleak ahal duen guztia egin beharko du berak sarean argitaratu zuen informazioaren bilaketa eta erabilera mugatzeko. Beraz, printzipioz, bere erantzukizuna izango da beste norbaitek berak argitaratu duen informazioa jaso eta argitaratzen badu, hirugarren honi informazioa ezabatu edo zuzentzeko edo ez-indexatzea eskatzea(14). Ahaztua izateko eskubide honen urraperak zigor garrantzitsuak jasoko li-

(9) 15/1999 Lege organikoa.

(10) 1720/2007 Errege Dekretua.

(11) 2/2004 Legea.

(12) EBeko 95/46/CE Zuzentaraua.

(13) WEBER, Rolf H., «The right to be forgotten. More than a Pandora's box?», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* 2011. EBeko Datuak Babesteko Zuzentarauaren 29. artikuluko Lan Taldearen 1/ 2012 eta 08/2012 Irizpenak, Datuak Babesteko Europar araudiaren berrikuntzari buruzkoa.

(14) Datuak Babesteko EBaren Erregelamenduaren proposamena, 2012ko urtarrilaren 25ekoa, 17. artikulua. SEMPERE SAMANIEGO, Javier, *Comentarios Prácticos a la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea*, www.privacidadlogica.es, 2013, 224. orrialdea.

tuzke: 500.000 Eurotarainoko zigorra edo, urratzailea enpresa bat izatekotan, mundu mailan urtean izan duen negozioaren bolumenaren % 1a(15). Batzordeak onartutako testuan aldaketa batzuk barneratu ditu Europar Parlamentuak. Batetik, «ahaztua izateko eskubidea» adiera ezabatu du. Eta bestetik, ematen du bilatzaileek izan dezaketen erantzukizun eremua handitu duela. Edozein kasutan, onartzen den azkeneko tesuaren edukia ikusi beharko da eskubidearen helmena zein izango den ezagutzeko.

Orokorrean, batez ere azkeneko EBeko erregelamenduaren proposamena ikusita, esan liteke arauen edukiek gai honen inguruan izan duten garapenak ahaztua izateko eskubideak gaur egun duen garrantzia islatzen duela. Doktrinak azpimarratu duenez, ahaztua izateko eskubidearen garrantzia estatu ezberdinetan azpimarratzen hasi da, batez ere Europan eta EEBBetan(16). Edozelan ere, esanguratsua da gaur egun arte arauak ahaztua izateko eskubidea aipatu ez izana. Egundako arauetan egon den hutsune honen azalpena erraza da: Interneten ahaztua izateko eskubideak aurrezagutzen dituen ahalmenak ez dira praktikan aplikatu orain gutxi arte. Hau da, herritarrek ez dute ahaztua izateko eskubide hori, egun aurrezagutzen zaion zentzuarekin gutxienez, egikaritu. Lehen esan bezala, izaera pertsonaleko datuak babesteko eskubidearen edukia etengabe eguneratu eta moldatzen da. Hain zuzen, ahaztua izateko eskubidea honen adibide argia da.

Ahaztua izateko eskubidearen edukia garapenean Datuak Babesteko Espainiako Agentziak paper garrantzitsua bete du (DBEA). Antzinetik eman dio Agentziak garrantzia berezia bilatzaileek Interneten betetzen duten funtzioari(17), beraien jarduerak norberaren datuak babesteko eskubidearen gain daukan eragina azpimarratuz eta, azken urteotan, bilatzaileak eskubide hori urratu izanagatik zigortuz(18). Administrazio hau izan da hein handi batean Europa mailan aipatu eskubidea gehien bultzatu duenetariko bat. Ebazpen ugari onartu ditu Agentziak gai honen inguruan. Kasu askotan ebazpen hauek nahaspena sortu dute. Are gehiago, auzitegiek beraiek noizbait gai honen inguruan Agentziaren jardura kritikatu dute(19). Nahiz eta kasu batzuetan ebazpen hauek oso argiak izan ez diren, azken urteotan argi geratu dena DBEAK ahaztua izateko eskubidea aurrezagutu duela eta araudian barneratu duela da, nahiz eta espresuki eskubide hau arauetan jasotzen ez den. Zentzu honetan, askotan kritikatu da DBEaren jarrera itxia ahaztua izateko eskubidea babesterako orduan. Dena den, kritika hau ez da beti zuzenbidean oinarritua egon. Izan ere, ez da egia Agentziak beti ahaztua izateko eskubidearen aldeko jarrera hartu duenik: kasuren batean auzitegiek beraiek Agentziaren kontra egin dute agentziak ahaztua izateko eskubidearen egikaritzea onartu ez duelako(20).

DBEArekin batera beste erakunde batzuek, batez ere EBarri loturikoek, ere luzatu dituzte beraien aipamen, txosten eta erabakiak ahaztua izateko eskubideari buruz. Azpimarratzekoa, zentzu honetan, 95/46/CE EBeko Zuzentarauaren 29. artikuluan aipatzen den Lan Taldearen txostenak. Lan Talde honek orain denbora asko azpimarratu zuen Interne-

(15) Datuak Babesteko EBaren Erregelamenduaren proposamena, 2012ko urtarrilaren 25ekoa, 79.5c) artikulua.

(16) WEBER, Rolf H., «The right to be forgotten. More than a Pandora's box?», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* 2011

(17) DBEaren «Interneteko bilatzaileei buruzko aitorpena», deitzen gomendia, 2007ko abenduaren 1ekoa.

(18) DBEaren R/02892/2013 ebazpena.

(19) Entzutegi Nazionalare Epaia (ENE) 2012ko ekainaren 15ekoa.

(20) ENE 2012ko ekainaren 15ekoa.

ten erabiltzaileen intimitatea eta beste eskubideak babestearen garrantzia(21). Interneten erabilerak plantearen arrisku ezberdinak plazaratu ditu eta arrisku hauen aurrean datuak babesteko Europar araudia nola aplikatu behar denari buruzko irizpideak argitaratu ditu (22). Baita bilatzaileek planteatzen dituzten arriskuen aurrean nola jokatu behar denari buruzkoak (23). Aldi berean, ahaztua izateko eskubideari buruz adierazpen zehatzik ere burutu du(24). Gauza bera egin du EBeko Datuak Babesteko Ikuskatzaileak, zeinek, labur bada ere, ahaztua izateko eskubidearen inguruan aipamenik gauzatu duen(25).

Aldi berean, eskubide honen edukia zehazterako orduan oso garrantzitsuak izan dira auzitegi ezberdinen erabakiak, izan ere hainbat epaietan ahaztua izateko ahalmen honi buruzko aipamenak aurki daitezke, nahiz eta, lan honetan zehar ikusiko denez, eduki eta zentzu ezberdinekin. Ildo honetatik, ahaztua izateko eskubideari dagokionez, bere edukia- ren zehaztapenean oso eragin garrantzitsua izan du aipatu den EBJAren epaiak. Epai honen edukia eta helmena zein izango zenari buruz asko espekulatu zen, batez ere EBJAren Abokatu orokorraren ondorioak argitaratu eta gero(26). Epai honetan suposamendu zehatz bat aztertzen da. Espainiako Entzutegi Nazionalak planteaturiko judizio-aurreko arazo bat ebazten du(27), Google Spain eta Google Inc.-ek Espainiako Datuak Babesteko Agentziak eta M. Costeja jaunak zeukaten gatazka baten inguruan. Egunkari batek Costeja jaunari buruzko informazio bat argitaratu zuen Interneten 1998 urtean. Informazio honek pertsona honek administrazioarekin zituen zor batzuk direla eta gauzatu ziren enbargo edo bahitura batzuei egiten zien erreferentzia. Nahiz eta urteak pasatu, pertsona honen izen-abizenak bilatzaileetan jarri ezker, informazio hori azaltzen zen. Costeja jaunak bilatzaileen bitartez berari buruzko informazio hau aurkitzeko aukerak mugatu nahi zituen Google-en aurrean ahaztua izateko eskubidea egikaritzuz. Kasu zehatzak aurkeztu ditzakeen berezitasunak alde batera utzita epaiak ondorio garrantzitsuak azpimarratzen ditu. Hain garrantzitsuak, epai hau ahaztua izateko eskubidea aurrezagutzen duen epaia dela esan daitekeela. Nahiz eta epai honek hainbat zalantza eta galdera berri planteatzen dituen(28), EBean ahaztua izateko eskubidea aurrezagutzen duen eta bere edukia zehazten duen erabakia da. Laburbilduz, epaiak ideia garrantzitsu ezberdinak plazaratzen ditu:

- a) Ahaztua izateko eskubidea existitzen den planteatzen da. Hau da, nahiz eta informazio bat egiazkoa izan, denbora pasatu izanagatik edo argitaratutakoak interesduna kaltetu dezakeela argudiatuz, Google enpresari informazio hori bila-

(21) EBeko Datuak Babesteko Zuzendarauaren 29. artikuluko Lan Taldearen 3/97 txostena, Interneten Anonimatuari buruzkoa, zeinetan Interneten erabilerak planteatzen dituen arrisku batzuk aztertzen diren.

(22) EBeko Datuak Babesteko Zuzendarauaren 29. artikuluko Lan Taldearen 2000. urteko azaroaren 21eko txostena, Interneten Pribatutasuna gordetzeari buruzkoa.

(23) EBeko Datuak Babesteko Zuzendarauaren 29. artikuluko Lan Taldearen 1/2008 Irizpenak, Norberaren Datuak Babesteko araudia bilatzaileei nola aplikatu aztertzen duena.

(24) EBeko Datuak Babesteko Zuzendarauaren 29. artikuluko Lan Taldearen 08/2012 Irizpena, Datuak Babesteko Europar araudiaren berrikuntzari buruzkoa.

(25) EBeko Datuak Babesteko Ikuskatzailearen «The right to be forgotten, or: How to exercise user rights», dokumentua, 2012ko ekainaren 28koa.

(26) SEMPERE SAMANIEGO, Javier, *Comentarios Prácticos a la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea*, www.privacidadlogica.es, 2013, 222. orrialdea; TOURINO, Alejandro, *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet*, Catarata, Madril, 2014, 37. orrialdea.

(27) ENE 2012ko otsailaren 27koa.

(28) PIÑAR MAÑAS, José Luis, «Caso Google: ¿una mejor privacidad?», *El País* 2014ko maiatzaren 15.

tzailetik ez-indexatzeko eska dakioken galdetzen da. Prozesuan parte hartu zuten askok aukera hau gaitzetsi zuten. Hauen ustetan, derrigorrezkoa da informazio baten argitaratzeak datuen babesa arautzen duen EBeko Zuzentaraua urratzea edo interesdunak oso interes garrantzitsua argudiatzea ahaztua izateko eskubidea egikaritzeko. EBJAren iritziz, aldiz, ahaztua egiteko eskubidea legezko erabilera baten aurrean ere egikaritu daiteke, besterik gabe denbora pasatu izanagatik (29).

- b) Google bilatzaileak egiten duena datuen erabilera den eta Google erabilera horren erantzule den planteatzen da. Honen inguruan iritziz ezberdinak plazaratu ziren auzian. Googlen iritziz, informazioa bilatzaile horren bitartez aurkitzean operazio hori ez da erabilera kontsideratu behar, eta izatekotan Google ez litzateke erabilera horren erantzule izango. Prozesuan parte hartu zuten estatuek iritziz ezberdinak aurkeztu zituzten honen inguruan. Auzitegiaren iritziz Googlek egiten duena datuen erabilera da. Googlek datuak jaso, erregistratu, antolatu eta igorri egiten ditu, nahiz eta informazio hori sarean beste subjektu batzuek kokatu duten. Gainera, Google da erabilera horren erantzule. «Erantzule» kontzeptuaren interpretazio zabal bat gauzatu behar da Auzitegiaren iritziz, hain zuzen, interesdunei babes handiago bat eskaintzeko. Bilatzaileek sarean aurkitzen diren datuak erabiltzeko aukerak biderkatzen dituztenez, informazioa sarean argitaratzen dutenek egindakoren ondorioak handitzen dituzte. Honela izanik, interesdunak hobeto babesteko, Google erabilera horren erantzule kontsideratu behar da. Nahiz eta informazioa sarean argitaratzen dutenek bilatzaileen bitartez datu horiek aurkitzea ekiditeko tresnak eskura dituzten, bilatzaileek erantzukizun propioa daukate datuak bilatzeko aukerak mugatzerako orduan.
- c) Norberaren datuak babesteko araudia Google enpresari aplikatzea posible den planteatzen da, enpresa horren egoitza soziala Estatu Batuetan dagoela kontuan hartuz. EBJAk baiezkua ondorioztatzen du. Argudio garrantzitsua Google enpresak Espainian establezimendua daukala baieztatzean datza. Establezimendu hau Google Spain izango litzateke. Datuak babesteko EBeko zuzentzarauak dionez, arau hau aplikagarri da fitxategiaren erantzuleak EBean establezimendua edukitzea eta datuen erabilera establezimendu horren jardueraren eremuan gauzatzen bada (30). Zuzentzarauak dionez establezimendua dagoela ulertzeko beharrezkoa izango da instalazio egonkor bat, jarduera zehatz bat era eraginkor eta egiazko batean gauzatzen duena. Zentzu honetan, derrigorrezkoa litzateke datuen erabilera Google Spain deritzonak paper garrantzitsu bat jokatzeko. Google enpresak dionez Google Spain-ek ez du datuen erabilerarik gauzatzen. EBJAk aldiz, «establezimendu» kontzeptuaren interpretazio zabala egin behar dela ulertzen du. Honela, nahiz eta Google Spain entitateak zuzenean datuak ez erabili, bere jardura Google Inc. enpresak egiten duen datuen erabileraren eremuan, datuen indexazioa edo bilatzea posible egitea, gauzatzen da. Google Spain-ek publizitate jardura edo jardura komertziala gauzatzen du batez ere. Bere funtzioa ez da zuzenean datuak manipulatzeko edo erabiltzeko. Baina bere jardura komertziala erabilera horren eremuan gauzatzen da. Gainera, kontuan

(29) EBJAren epaia 2014ko maiatzaren 13koa, 93. OJ.

(30) Datuak Babesteko EBeko Zuzentzarauaren 4.1. artikulua.

hartu behar da kasu batzuetan Googlek fitxategiak Datuak Babesteko Erregistro Orokorrean erregistratzean Google Spain finkatzen duela erantzule gisa. Honek guztiak posible egiten du Google Spain «establezimendu» gisa kontsideratzea eta honela Google Inc. enpresari Datuak Babesteko EBeko Zuzentaraua aplikatzea. Google enpresari estatuetakoa barne araudia aplikatzeko aukerak beste kasu batzuetan ere onartu dira, Espainiako auzitegien kasuan adibidez(31). Aldi berean, norberaren datuak babesteko eskubidearen bermatzean diharduten erakundeek ere irizpide bera jarraitu dute iraganean (32).

- d) Ahaztua izateko eskubidearen edukia zein den planteatzen da. Honen inguruan EBJAk eskubide hori egikaritzen denean kasuan kasu talka egiten duten interesen arteko oreka bilatu behar dela azpimarratu du. Ahaztua izateko eskubidea Datuak Babesteko Oinarrizko Eskubidearen edukia osatzen duten ahalmen ezberdinen bitartez egikaritu daiteke: ezabatzeko eskubidea, zuzentzeko eskubidea eta, batez ere, aurkatzeko eskubidearen bitartez. Aurkatzeko eskubide honek bi interesen arteko oreka aurkitzea galdatzen du: datuen jabeek daukaten informazioaren erabilera mugatzeko interesa, eta datuak sarean mantentzeko eta bilatzaileen bitartez aurkitu ahal izateko interesa. Bigarren interes hori alegatzerako orduan informazioarako askatasuna argudiatzen da; sarea erabiltzen duten irakurleen eta sarean informazioa argitaratzen dutenen informazioarako askatasuna. Izan ere, bilatzaileen funtzioak mugatzen direnean askatasun hau bortxatu daiteke. EBJAren iritziz, aipatu oreka bilatzerako orduan hainbat elementu hartu behar da kontuan: argitaratu den informazioaren sentiberatasuna edo garrantzia; informazioaren garrantzia publikoa, informazioa argitaratu zenean; informazioaren garrantzia publikoa ahaztua izateko eskubidea egikaritu denean; bilatzaile orokorren bitartez egiten den informazioaren bilaketak interesdunaren gain izan dezakeen eragina. Gainera, Auzitegiak dionez, bilatzaileek informazioarako askatasuna argudiatzea ez da guztiz zuzena, izan ere bilatzaileen interes zuzena ez da hainbeste askatasun hori bermatzea, publizitate helburuak betetzea baizik (33)

Aipatu da dagoeneko epai honek komunikabideetan izan duen sona handia. Oihartzun honen arrazoia agerikoa da: epaiak espresuki ahaztua izateko eskubidea aurrez gutzen duela, aurretik EBJAren abokatu orokorrak onarturiko ondorioek adierazitakoaren kontra. Praktikan normalena Auzitegiak abokatu orokorrak plazaratutako ondorioekin bat etortzea izaten da. Kasu honetan, aldiz, ez da horrela gertatu.

Abokatu orokorrak ez zuen bere ondorioetan bilatzaileen aurrean, zuzenean, ahaztua izateko eskubidea egikaritzeko aukera onartu. Bilatzaileei dagokienez honako ideia hauek plazaratu zituen (34):

---

(31) AGE 2013ko martxoaren 4koa, 3. OJ , zeinetan Google enpresari LSSI (Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico) aplikatzea onartzen den.

(32) EBeko Datuak Babesteko Zuzentarauaren 29. artikuluko Lan Taldearen 2000. urteko azaroaren 21eko txostena, Interneten Pribatutasuna gordetzeari buruzkoa; eta, 2002ko maiatzaren 30eko txostena, EBetik kanpo kokaturiko webguneei egindako datuen erabilerei EBeko Datuak Babesteko araudia aplikatzeko aukerak aztertzen dituen.

(33) EBJAren epaia 2014ko maiatzaren 13koa 81. OJ.

(34) EBJAren Abokatu Orokorraren 2013ko ekainaren 25eko ondorioak.

- a) EBeko zuzentarauak ez du ahaztua izateko eskubide orokor bat aurrezagu-tzen (35).
- b) Agerikoa da Google enpresak datuak erabili eta arakatzeko dituela: IP helbideak, bilaketa lehenetasunak, argitaratutako informazioen edukia, etab. Erabilera ho-rien helburu nagusia iragarkien bitartez dirua irabaztea da.
- c) Google enpresak gauzatzen duen datu erabilera Datuak Babesteko EBeko Zu-zentarauaren aplikazio eremuan kokatzen da.
- d) Google enpresa bere datuen erabileraren erantzule da, baina zalantzarik da ahaztua izateko eskubidea, Google-en aurrean, interesdunak nahi duen era ho-netan egikaritzeko aukera onargarria izatea. Abokatuaren iritziz, erantzule kon-zeptua funtzionala da eta norbait erantzule dela esan daiteke praktikan per-sona horrek erabiltzen diren datuen gain erabaki dezakeenean. Honela, Google ez da hirugarrenek argitaratzen dituzten datuen gaineko erabileraren erantzule. Google, bitartekari hutsa da, hirugarrenen erantzukizunpean diren web orrial-deetan argitaratu diren informazioen edukia kontrolatu ezin duelarik.
- e) Sarean egiten den datuen erabileraren erantzule nagusiak informazioa web orrialdeetan argitaratzen duten subjektuak dira, ez bilatzaileak. Bilatzaileek ezin dute argitaratzen diren informazio horietan EBeko zuzentarauaren 6, 7 eta 8. artikuluek jasotzen dituzten printzipioak betetzen direla bermatu. Honela izanda, ahaztua izateko eskubidea informazioa argitaratu duen subjektuaren au-rrean, eta ez bilatzailearen aurrean, egikaritu beharko litzateke. Bilatzailearen aurrean ahaztua izateko eskubidearen egikaritzea kasu batzuetan justifikatu li-teke abokatuaren iritziz: Google enpresak datuak ez-indexatzeko protokoloak bete ez ditueneko edo, batez ere, Google-ek informazioa argitaratu duen sub-jektuaren eskaera bete ez duenean. Abokatuak dionenez, EBJAak bilatzaileen au-rrean zuzenean ahaztua izateko eskubidea egikaritzeko eskubidea aurrezagu-tzen badu (azkenean egin duen bezala) eskubide honen egikaritzak eskubide ezberdinen arteko oreka bilaketa batera eraman beharko luke. Zentzu honetan, kontuan hartzen ditu datuak babesteko oinarritzko eskubidea, informaziorako eta adierazpen askatasuna, enpresa askatasuna eta bizitza pribatuaz gozatzeko eskubidea. Interes hauen arteko oreka bilatzerako orduan Abokatuaren ondo-riok funtsezko ideia batean oinarritzen dira: Informazioaren Gizartean Interne-ten argitaratutako informazioa bilatzeko eta erabiltzeko eskubidea informazio askatasuna egikaritzeko elementu funtsezkoa da. Eskubide hau oso baldintza-tua ikusiko litzateke Interneten pertsona bati buruzko informazioaren bilaketak emaitza mugatuak plazaratuko balitu. Are gehiago, Abokatu orokorrak «zen-tzura» hitza erabiltzen du: bilatzaileek pertsona batek sarean argitaratu duen in-formazio baten erabilera mugatzeko aukera izango balute, bilatzaile horiek argi-taratzailen jarduera eragozteko edo oztopatzeko aukera izango lukete. Kontuan hartu behar da Interneten informazioa bilatzeko erabiltzen diren bila-tzaile orokorrek beraien enpresa askatasuna eta adierazpen askatasuna egikari-tzen dituztela, informazioa aurkitzeko tresnak herritarren eskura jartzen dituzte-nean. Bilatzaile hauen aurrean ahaztua izateko eskubidea era orokor batean egikaritzea posible izango balitz, informaziorako eta adierazpen askatasuna be-

---

(35) EBJAren Abokatu Orokorraren 2013ko ekainaren 25eko ondorioak, 108. OJ.



zalako eskubide garrantzitsuak sakrifikatuko lirateke. Era berean, Abokatu orokorrak bilatzaileen aurrean ahaztua izateko eskubide orokortu baten egikaritzak praktikan sor ditzakeen arazo batzuk plazaratzen ditu: batetik, eskubide honen egikaritzak kasuan kasuko azterketa batera kondentatu dezakeela bilatzailea. Hau da, bilatzaileak berak, kasuan kasu aztertu beharko luke ahaztua izateko eskubidearen helmena. Bestetik, posible da eskubide horren onarpenak bilatzaile ezagunen funtzionamendua zailtzea eta saturatzea, izan ere eskubidea egikaritzeko eskaera kopuru izugarriarekin topatu daitezke (36).

Ikusi denez, EBJA-ak ez ditu Abokatu orokorraren ondorioak jarraitu eta, nahiz eta puntu batzuetan ados egon, azkeneko erabakia guztiz kontrakoa dela esan daiteke. Abokatuak ez zuen bilatzaileen aurrean egikaritu daitekeen ahaztua izateko eskubide orokortu baten existentzia onartu. Epaia, aldiz, eskubide honen existentzia baieztatu du, eta eskubide hau Datuak Babesteko EBeko Zuzendarauaren edukian oinarritu daitekeela ondorioztatu du. EBJAren ondorioak egokiagoak direla ulertzen da hemen. Laburbilduz, Abokatu orokorrak ahaztua izateko eskubidearen egikaritzan Interneten erabiltzen diren bilatzaile orokorren funtzioak zeintzuk izan beharko liratekeen ez du ondo argitzen. Inork ez du ahaztua izateko eskubidearen egikaritzaren delatzaile medio, bilatzaileek hirugarren batek argitaratu duen informazioa ezabatzeko edo aldatzeko aukera izan dezaten eskatzen. Hurrengo atalean ikusiko denez, bilatzaileek, besterik gabe, informazioa ez-indexatuko lukete informazio hori aurkitu eta erabiltzeko aukerak mugatuz.

Edozein kasutan, guri dagokigunez, ahaztua izateko eskubidearen inguruan, epaiak jasotako irizpideek ondorio ezberdinak izango ditu. Batetik, praktikan, eskubide hau nola aplikatzen den ikusi beharko da. Garrantzitsua izango da batez ere estatuetakoko barne auzitegiek, datuak babesteko agentziekin batera, ahaztua izateko eskubidea nola aplikatuko duten, kasuan kasu, ikustea. Nahiz eta eskubide honen egikaritzaren hein handi batean, bilatzaile orokorrei dagokien, auzitegiek zehaztuko dute hurrengo urteetan eskubidearen helmena. Bestetik, Datuak Babesteko EBren Erregelamendu proposamenaren edukia epaiak ezarritako irizpideetara egokitzen den ikusiko da.

### III. Interneten ahaztua izateko eskubidearen edukia

#### III.1. Ahaztua izateko eskubidearen esanahia

Ahaztua izateko eskubidearen eduki zehatza aztertu baino lehen derrigorrezkoa da ahalmen honen zentzua eta justifikazioa aipatzea. Era orokor batean adierazita, Interneten ahaztua izateko eskubideak sarean norberari buruz dagoen informazioaren erabilera mugatzeko edo informazioa bera ezabatu edo aldatzeko ahalmena aurrezagutzen du (37). Eskubide honen helburua zera da: pertsona bati buruz sarean dagoen informazioa bilatu eta erabiltzeko aukerak mugatzea, sarean pertsona horren nortasunari ez dakion beti informazio hori lotu. Ezaguna da pertsona bati buruzko informazioa Interneten baneratzan

(36) EBJAren Abokatu Orokorraren 2013ko ekainaren 25eko ondorioak, 131. OJ eta hurrengoak

(37) DE TERWANGNE, Cécile, «Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido», *Revista de Internet, Derecho y Política* n.º 13, 2012, 54. orrialdea.

denean informazio hori *ad infinitum* mantentzen dela bertan(38). Bestalde, informazio hori sarean jasotzean bere bilaketa erraztu egiten da Google bezalako bilatzaile orokorren bitartez, edonork datu horiek aurkitzeko aukerak handituz. Honela, praktikan, pertsona bati buruzko informazio bat sarean jasotzean, aipatu bezalako bilatzaileen bitartez informazio hori beti lotuko zaio pertsona horri eta pertsona hori betirako informazio horrekin identifikatzera kondenatua izango da. Egoera honek, era berezi batean eragiten du izaera pertsonaleko datuak babesteko eskubidearen gain. Pentsa bizitzako une zehatz batean sarean barneratzen den informazioak, nahiz eta une horretan ondorio negatiborik sortu ez, posible dela etorkizunean ondorio negatiboak sortzea. Ondorio hauek argitaratzen den informazioak pertsonaren atal ilun bat islatzen duelako sortu daitezke, edo, besterik gabe, informazio horrek pertsona horren profila osatzera lagundu dezakeelako. Edozein kasutan, oso erraza izaten da Interneten pertsona bati buruz argitaratu den informazioan oinarrituz pertsona horri buruzko ondorio okerrak edo ez-egokiak ataratzea. Zentzu honetan, oso ezagunak egin ziren Viviane Reding-k hitzaldi batean jaso zituen hitzak, «Jainkoak barkatu eta ahaztu egiten du, baina sareak inoiz ez» (39). Hain zuzen ere, ondorio negatibo hauek ekidin edo mugatzeko ahazteko eskubidea jaiotzen da. Ikusiko denez, ahaztua izateko eskubidearen egikaritzan bi subjektuk beteko dituzte funtzio garantzitsuak, datuen titularrak alde batera utzita: izaera pertsonaleko datuak sarean argitaratu dituen subjektuak eta Google bezalako bilatzaile orokorrek(40). Artikulu honetan bilatzaileen aurrean egikaritzen den ahaztua izateko eskubideari egingo zaio erreferentzia berezia, kasu hau izan delako EBJAak aztertu duena(41).

Lehen esan bezala, izaera pertsonaleko datuak sarean sartzean datu horiek denbora luzerako egongo dira eskuragarri sarean bilatzaileen bitartez. Bilatzaile horiek datuen jabea betirako lotuko dute informazio horrekin. Ahaztua izateko eskubideak hau horrela izatea ekiditen du. Aukera ematen dio datuen jabeari sareetan jaso den informazioaren erabilera mugatzeko. Mugatzeko ahalmen berri honek, beraz, informazioari sareek ematen dioten dimentsio berrian aurkitzen du bere justifikazioa. Helburua une zehatz batean pertsona bati buruz sarean argitaratu den informazio bat pertsona horri betirako lotzea ekiditea da. Norberaren datuak babesteko oinarritzko eskubidea definitzen duen eduki nagusia pertsonaren autonomia da, pertsonak daukan bere izaeraren alde bat, berari buruzko informazioa hain zuzen, kontrolatzeko autonomia. Horregatik oinarritzko eskubide hau «autodeterminazio informatiborako» eskubide gisa ere izendatu da(42). Autonomia hau oso arriskuan jartzen da norberari buruzko datuak Interneten argitaratzen direnean, izan ere sarean informazio hori erabiltzeko aukerak biderkatu egiten dira era nabarmen batean(43). Ezaguna denez pertsona baten izen-abizenak bilatzaile oroko-

(38) GEBEAren 2013ko urriaren 10eko ebazpena, Delfi v. Estonia, 92. OJ, subraya el riesgo de que la información que se publica en Internet circule para siempre..

(39) DE TERWANGNE, Cécile, «Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido», *Revista de Internet, Derecho y Política* n.º 13, 2012, 54. orrialdea

(40) Google enpresa aipatzen da berarekin planteatu delako EBJAren aurrean gatazka juridikoa eta enpresa hau delako bilatzaile erabiliena besteekiko ezberdintasun hnadiarekin.

(41) «El derecho al olvido exige un balance de intereses», entrevista a PIÑAR MAÑAS, José Luis, *acepresa* n.º 50/14, 25 de junio de 2014.

(42) MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas, *El Derecho a...*, zit., 1990.

(43) WEBER, Rolf H., «The right to be forgotten. More than a Pandora's box?», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* 2011

rretan jarri ezkeron normalean pertsona horri buruzko informazioarekin harremanetan jarzen da. Autonomia edo autodeterminazio hau Interneten bermatzeko helburuarekin Interneten ahaztua izateko eskubidea sortu edo erakitzen da.

«Ahaztua izateko eskubidea» adierak berak oso grafikoki islatzen du helburu hori: sarean ahaztua izateko ahalmena, hau da, sarean argitaratu den pertsona bati buruzko informazioaren erabilera mugatzeko ahalmena. Dena den, eskubide hau definituko duen adiera zein izan behar denari buruz zalantza ugari planteatu da. Nahiz eta eskubidea nola deitzen denari buruzko eztabaidak ondorio praktikorik ez duen, ikuspuntu teoriko batetik ahalmen honen izendapenak garrantzia izan dezake, eskubidearen edukiaren isla delako. Zentzu honetan oso kritikatu izan da gazteleraz erabili den «*derecho al olvido*» adiera. Kritika hauek bi arrazoiengatik plazaratu dira batez ere.

Lehenik, «*derecho al olvido*» adierak zerbait ahazteko eskubidea jasotzen duela ematen duelako. Adiera horren itzulpen literala «ahazteko eskubidea» litzateke. Hau da, norbaitek zerbait ahazteko eskubidea aurrezagutuko luke. Kasu honetan, ematen du zerbait ahazten duen subjektua interesduna bera dela, hau da, informazioaren titularrak bera. Antzinako egitate bat behin eta berriz ez berpizteko edo ber-bizitzeko eskubidea jasoko luke. Zentzu honetan, adiera honek ez luke era egokian islatuko aipatu den eskubidearen edukia. Edukiari begiratuz, eskubideak norbaiti buruz Interneten argitaratu den informazioa ahaztua izateko aukera jasoko luke. Hau da, informazioaren titularrak eskubidea dauka berari buruzko informazioa ahaztua izan dadin. Kasu honetan, interesdunak, informazioaren titularrak, eskubidea dauka hirugarrenek berari buruzko datuak bilatu eta erabiltzeko dituzten aukerak mugatzeko eta, honela, hirugarren pertsona horien aurrean «ahaztua izateko eskubidea». Zentzu honetan, beraz, «ahazteko eskubidea» barik, «ahaztua izateko eskubidea», «*derecho a ser olvidado*» (44) adiera egokiagoa dela esan daiteke, ingelesez «*The right to be forgotten*» erabiltzen den legez (45).

Bigarrenik, eskubide hau izendatzeko adiera berriak sortzeko beharrik ez zegoelako. Ikusiko denez, ahaztua izateko eskubidea deritzona norberaren datuak babesteko eskubidea osatzen duten eduki klasikoaren aplikazio zehatz bat besterik ez da. Honela, jadanik ezagunak diren ahalmen batzuen zehaztapen gisa jo daiteke. Honela izanik, ez du ematen izen berri bat beharrezkoa denik jadanik existitzen diren eta ezagunak diren ahalmenak izendatzeko. Baieztapen hau ondo argudiatua badago ere, ez du ematen egoera edo egitate berri bat izendatzeko adiera berri baten sorrerak inongo kalterik sortzen duenik. Are gehiago, esan liteke ahaztua izateko eskubidea adiera sortu izanak argitu egiten duela nolabait autodeterminazio informatiborako eskubidearen edukiaren aplikazio zehatz baten helmena. Nahiz eta eskubide hau jadanik existitzen diren edukien aplikazioa izan, egoera zehatz bati erreferentzia egiten dion legez, adiera zehatz batekin izendatua egotea positiboa izan daiteke eskubidearen helmena eta mugak hobeto finkatzeko. Horren froga izan daiteke gaur egun «ahaztua izateko eskubide» hori eta bere edukia ezagunak direla herritarren artean.

(44) DE TERWANGNE, Cécile, «Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido», *Revista de Internet, Derecho y Política* n.º 13, 2012, 54. orrialdea.

(45) WEBER, Rolf H., «The right to be forgotten. More than a Pandora's box?», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* 2011.

### III.2. Ahaztua izateko eskubidearen justifikazioa

Kasu batzuetan sarean argitaratu den informazioaren erabilera mugatzeko arrazoiak zeintzuk izan daitezkeen galdetu da. Galdera hau Interneten egiten den datuen erabilera askea izan daitekeela ematen duelako planteatu da. Sarean informazio fluxuak sortu eta informazio horiek manipulatzeko ahalmena mugagabea dela eman izan du batzuetan. Aldi berean, askotan interpretatu da Internet bere kabuz arautu daitekeela, Estatuaren edo arau ofizialen esku-hartzerik barik. Baieztapen hauek ez dira zuzenak.

Batetik, Internet sarean informazioa argitaratzeak ez du esan nahi informazio hori nahi den eran erabili daitekeenik (46). Pertsona bati buruzko informazioa sarean barneratzea datuen erabilera da duda barik, EBJAak orain asko adierazi zuenez (47). Kontuan izan behar da arauetan «erabilera» kontzeptuari oso esanahi zabala ematen zaiola. Horrela izanik, ez du ematen zalantza handirik egon daitekeenik datuak Interneten argitaratzea datuen erabilera denari buruz. Hain zuzen, datuen argitaratzea litzateke eta arauetan datuen lagapenari dagokion eraentza aplikatuko litzaioke. Aldi berean, sarea ez da sarrera publikoko iturri bat, komunikabide bat edo aldizkari ofizial bat izan daitekeen eran. Sarrera publikoko iturriak datuak babesteko legetan definitzen dira, zeintzuk diren zerrendatuz (48). Sarrera publikoko iturrietan jasotako datuak erabiltzeko nolabaiteko askatasuna dago, muga batzuk badira ere, datuok jabeen baimenik barik jaso eta erabili daitezkeelarik. Sarea sarrera publikoko iturria ez den heinean bertan jasotako informazioa erabiltzeko beharrezkoa izango da informazioaren jabearen baimena edo adostasuna (49). Edozein kasutan azpimarratzekoa da, nahiz eta hemen landuko den gaiarekin lotura hertsia ez izan, gero eta ate gehiago zabaltzen ari direla sarean argitaratutako informazioa erabiltzeko, merkatal helburuekin adibidez (50). Beste gauza bat izango da datuak sarean sarrera publikoko gisa definituriko iturri batean jasotzea: komunikabide baten bertsio elektronikoan edo aldizkari ofizial elektroniko batean, adibidez. Kontua da sarea, berez, ez dela komunikabide gisa, zentzu hertsian ulertuta, kontsideratu (51), eta beraz ez dela sarrera publikoko iturria. Honek baldintzatu egiten ditu sarean jasotako informazioaren erabilera posibleak.

Bestetik, aurrekoa kontuan hartuz, agerikoa da datuak sarean barneratzen direnean informazioaren erabilera hori datuak babesteko araudiaren menean kokatzen dela. Datuon erabilerak araudia hori errespetatu beharko du eta erabiltzaileek datuak babesteko eskubidea osatzen duten printzipio eta eskubideak kontuan hartu beharko dituzte. Ikusiko denez, ezabatzeko, zuzentzeko eta aurkatzeko eskubideek eduki hori osatzen

(46) EBeko Datuak Babesteko Zuzendarauaren 29. artikuluko Lan Taldearen 2000. urteko azaroaren 21eko txostena, Interneten Pribatutasuna gordetzeari buruzkoa.

(47) EBJAren 2003ko azaroaren 6ko epaia, Bodil Lindqvist.

(48) DBLOaren 3.j) artikulua.

(49) DBEAren 0398/2008 Txostena.

(50) EBeko 2013/37/EB Zuzendaraua, 2013ko ekainaren 26koa, Sektore Publikoko Informazioaren Berrerabilpenari buruzko aurreko Zuzendaraua aldatzen duena. EBeko Datuak Babesteko Zuzendarauaren 29. artikuluko Lan Taldearen 06/2013 irizpena, Datu Ireki eta Sektore Publikoko informazioaren berrerabilpenari buruzkoa.

(51) DBEAren 0342/2008 Txostena. Madrilgo Penaleko 16. Epaitegiaren 2009ko abenduaren 18ko epaia, 3. OJ, zeinetan, oso adiera polemikoa erabiliz, Auzitegiak Internet komunikabide soziala barik komunikabide unibertsa-la dela baieztatzen duen, Interneten egindako argitarapenei informaziorako askatasunak eman diezaieken batesa mugatuz. Epaia hau oso kritikatu izan zen eta, beranduago, goragoko instantzia batek zuzendua. Madrilgo Probintzi Entzutegiaren 2010eko ekainaren 11ko epaia.

dute. Beraz, eskubide hauek sarean jasotako informazioaren gain egikaritu daitezke. Eskubide hauen egikaritze oso garrantzitsua izan daiteke datuen erabilera Interneten eremuan gertatzen denean.

Abiapuntua hori izanik, pertsona bati buruzko informazioa sarean argitaratu bada eta argitaratze hori justifikatua izatekotan, zerk eraman dezake informazio hori bilatzaileen bitartez aurkitu eta erabiltzeko aukerak mugatzera? Erantzuna kasuan kasu ematen diren argudioak zeintzuk diren aztertzetik eratorri beharko litzateke. Arrazoiak ezberdinak izan daitezke: a) Argitaratutako informazioaren edukiak kalte egiten diola pertsona bati eta informazio horren egunerokotasuna galdu egin dela; b) Informazio horren argitaratzeak ez diola gaur egun inongo interes zehatzi erantzuten; c) Informazio hori zaharkitua dagoela eta islatzen duen errealtatea okerra dela edo ez-gaurkotua.

Ahaztua izateko eskubideak aurreko egoeretan bilatzaileen bitartez egin daitekeen informazio horren erabilera mugatu dezake. Ezaguna denez, sarean erabiltzen diren bilatzaileek posible egiten dute informazioaren erabilera berri bat. Hain zuzen erabilera berri honek sortu ditzakeen ondorioen aurka jarduteko sortzen da ahaztua izateko eskubidea. Bilatzaileek erraztu egiten dute parametro edo irizpide zehatzak erabiliz informazioa aurkitzea: pertsona, gauza, egitate, egoera zehatz, eta abarri buruzko informazioa. Nahikoa da bilatu nahi denari buruzko datu zehatz batetik abiatzea horri buruz sarean aurkitu daitekeen informazio guztia harremanetan jartzeko. Erabilera honek gatazkak sortu ditu bilatzen dena pertsoneri buruzko informazioa denean. Normalean, sarean pertsoneri buruz informazioa bilatzeko nahikoa izaten da bilatzailean pertsona horren izen-abizenak sartzeara. Ahaztua izateko eskubidea bilatzailean pertsona baten izen-abizenak sartzean azaltzen den informazioaren gain egikaritzen dela aipatu da. Emango luke izen-abizenak sartzeara, eta ez beste datu batzuk, izango dela ahaztua izateko eskubidea egikaritzeko betekizuna. Edozelan ere, esan liteke eskubide hau pertsona bati buruzko beste datu identifikatzaileak erabiliz azaltzen den informazioaren gain ere egikaritu daitekeela: NAN zenbakia adibidez, izan ere zenbaki hori pertsona zehatz bati lotuta dago hertsiki. Pertsona baten izen-abizenak, edo NAN zenbakia, edo ezaugarri zehatz bat ezagutzea nahikoa izan daiteke berari buruz argitaratutakoa jaso eta harremanetan jartzeko. Zentzu honetan bilatzaileek informazioaren argitarapenaren gain ondorio biderkatzaile garrantzitsua daukala azpimarratzen da(52), informazioa argitaratzea errazten delako, datuak aurkitzea errazten delako eta iturri ezberdinetatik eratorritako informazioa eskuragarri izatea errazten delako. Batzuetan, informazio horrek pertsona horren errealtate gaurkotua islatu dezake eta ez du pertsonaren atal edo ezaugarri negatiborik adieraziko. Beste batzuetan, aldiz, informazio horrek pertsonaren izaera edo jarrera edo ezaugarri edo egoera negatibo eta kaltegarri bat islatu dezake. Honela, bilatzaileen jarduerak era ezberdinetan kaltetu dezake pertsona.

Batetik, posible da bilatzaileak etengabe harremanetan jartzea pertsona bat informazio negatibo batekin. Kasu hauetan, sor daitekeen kaltea agerikoa da(53). Bilatzaile-

(52) DBEAren TD/266/2007 prozeduran onartutako ebazpena.

(53) GEBEAren 2013ko uztailaren 16ko epaia, Węgrzynowski eta Smolczewski v. Polonia, zeinetan egunkari baten bertsio elektronikoan argitaratutako informazio bat saretik kendu behar den ala ez denari buruzko eztabaida planteatzen den. Informazio honek abokatu batzuk delitu batzuekin lotzen zituen, eta bilatzaileak erabiliz etengabe lotzen ziren abokatuen izenak informazio horrekin. Epaia honek aztertzen duen suposamenduak oso agerian uzten du bilatzaileek planteatzen duten arazoa. Kasu honetan, nahiz eta barneko auzitegiek abokatuen eskubideak urratu zirela onartu, sarean argitaratutako informazioa bertan mantendu zen denbora batean zehar kaltea mantenduz. TOURINO, Alejandro, *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet*, Catarata, Madril, 2014, 34. orrialdea.

leak informazioa aurkitu eta erabiltzaileari azalarazteko irizpide propioak erabiltzen ditu. Pertsona baten izen-abizenak edo beste parametro bat erabiliz informazioa bilatzean bilatzaileek azalaraziko duten informazioa ez da beti ordena kronologiko eta mesedegarri batean agertuko. Askotan, parametro horiek erabiliz informazioa bilatzean pertsona hori beti jarriko da harremanetan informazio kaltegarri edo negatiboarekin, nahiz eta informazio hori aitzinekoa izan. Honela, nahiz eta sarean pertsona bati buruzko informazio ugari egon, bilatzaileek azaleratzen duten lehenengo informazioa datu negatibo horiek badira, agerikoa da bilatzaileek egindako datuen erabilerak kaltetu egiten duela nolabait informazioaren jabea. Kaltea zera da: pertsona bat etengabe harremanetan jartzea berari buruzko informazio zehatz batekin. Pentsa, adibidez, bilatzaileek erabiltzen duten «auto-osaketa» funtzioa deritzon horretan, zeinen bidez informazio zehatz bat bilatzeko irizpideak bilatzailean idaztean bilatzaileak berak automatikoki irizpide horiek osatu edota aberastu egiten dituen. Askotan gertatzen da bilatzailean idazten hastean automatikoki bilatzaileak berak gehitu egiten dituela hitzak edo letrak bilaketa errazteko (54). Batzuetan, informazioa bilatzeko izenak erabiltzean automatikoki gehitzen diren hitzek izen horren titularra den pertsona bati buruzko informazio negatiboa islatzen dute. Adibidez, Blesa hitza jartzean «kartzela» hitza gehitzen zitzaion automatikoki, pertsona horri buruzko errealitate bat, zaharra edo eguneratua, partziala edo osatua, faltua edo egiazkoa izan daitekeena, azaleraziz. Informazio honek pertsonari buruzko ezaugarri negatibo bat islatzen duenean kaltea agerikoa izango da, izan ere informazio horrek pertsona horren inguruan hartu daitezkeen erabakiak baldintzatu ditzake: lanpostu bat lortu, aseguru bat kontratatu, harreman sozialak izan...

Bestetik, nahiz eta informazioak eduki negatiboa ez izan kalteak eman daitezkeela baieztatuta daiteke. Hain zuzen, bilatzaileek posible egiten dute pertsona bati buruzko informazio ezberdina azaleratzea. Informazio hau, nahiz eta negatiboa ez izan, pertsona horren profil oso bat sortzeko erabil daiteke, profil hori hainbat helburu betetzeko oso erabilgarria izan daitekeelarik, produktu ezberdinen publizitate pertsonalizatua egiteko adibidez (55). Hain zuzen, egun ezaguna egiten ari den *Big Data* kontzeptuak etorkizunean, ez oso urrunean, teknologia berriek sortuko duten arrisku garrantzitsuenetako bati egiten dio erreferentzia: sarean jasotzen diren datu kopuru izugarritik informazio baliagarria ateratzeko aukerari. Helburu horren zehaztapeneteriko bat pertsona zehatzen profilak ondorioztatzea izango da, profil horiek merkatal xedeekin erabiltzeko. Beste egoera kaltegarri bat hurrengoa izan liteke: argitaratutako informazioak, berez, ezaugarri negatibo bat ez azaleratzea baina sarean informazioa mantentzeak eta bere bilaketa errazteak eragozpenak sortzea. Pentsa, adibidez, egiazko kasu honetan: pertsona baten telefonoa sarean argitaratu zen galdu zuen animalia bat aurkitzen laguntzeko. Hortik denbora batera animalia hori hilda zegoela ezagutu zuen jabeak. Horrela izanik, ez al da eragozpena pertsona horri telefonoz deitzen jarraitzea bere animalia buruzko informazioa emateko? Ez al dago justifikatua animalia jabearen telefonoa saretik ezabatzea eta bere bilaketa gauzatzeko aukerak mugatzea? (56) Edo pentsa

(54) DBEaren R/02647/2012 ebazpena, zeinetan Google zigortzen den, pertsona batek bilatzailean bere izen-abizenak sartzean «autocompletado» funtzioak «gay» terminoa atxikitzen zuelako automatikoki. SIMÓN CASTELLANO, Pere, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Balentzia, 2012, 46. orrialdea

(55) EBeko Datuak Babesteko Zuzentarauaren 29. artikuluko Lan Taldearen 2000. urteko azaroaren 21eko txostena, Interneten Pribatutasuna gordetzeari buruzkoa.

(56) DBEaren R/00355/2011 ebazpena.

profil bat sortzea, baina profil horrek pertsonaren errealitate ez-egoki edo faltsu bat islatzea (57). Kontuan hartu behar da bilatzaileen bitartez informazioa bilatzean, askotan informazioa era partial batean eta testuingururik barik azaltzen dela (58). Ahaztua izateko eskubideak egoera hauei aurre egiteko tresnak jasotzen edo aurrezagutzen ditu. Ezin ahaztu daiteke norberaren datuak babesteko eskubidearen sorreraren arrazoi funtsezkoena izaera pertsonaleko edozein motatako datuak babestea dela, edukia sentibera izan ala ez, hain zuzen pertsonen buruzko profilak egiteko aukerak mugatzeko.

### III.3. Ahaztua izateko eskubidearen oinarri juridikoa

Ahaztua izateko eskubideari egin zaion kritika garrantzitsuenetako bat honek arauetan oinarri juridiko sendo eta argirik ez izaeta izan da. Ikusi denez, araudiak oso gutxitan jasotzen ditu espresuki ahazteko eskubideari buruzko adierazpenak. Haatik, honek ez du esan nahi eskubide honek arauetan oinarririk ez daukanik.

Gorago esan denez ahazteko eskubideak ez du datuak babesteko eskubidearen eduki berriak planteatzen, baizik eta ohiko edukiaren interpretazio edo aplikazio berria suposatzen du. Nahiz eta egun indarrean dagoen araudiak ez duen ahazteko eskubidea espresuki jasotzen, honek ez du eskubide hau argudiatu ahal izatea eragotzi. Hau honela da eskubide hau berria bada ere bere edukia datuak babesteko oinarriko eskubidearen eduki klasikoetan oinarritzen delako. Ahaztua izateko eskubidea autodeterminazio informatiborako eskubidearen oinarriko edo funtsezko edukia osatzen duten ahalmen batzuen interpretazio berri batetik jaiotzen da. Ez da eduki edo ahalmen berri bat sortu, baizik eta jadanik ezagunak ziren edukiak era berri batean interpretatu dira egoera berrietara aplikatzeko (59). Ahazteko eskubidea praktikan kasu zehatzetara aplikatzea eskatzen denean, sarean dagoen informazio zehatz baten erabilera mugatzea eskatzen da. Mugaketa hau eskatzeko oinarri juridikoa ez da berria, baizik eta ezagunak diren datuak ezabatzeko eskubideak, zuzentzeko eskubideak eta aurkatzeko edo oposatzeko eskubideak (60) osatzen dute.

- a) Ezabatzeko eskubidea espresuki jasotzen da arauetan. Orokorrean esanda, datuen jabeak daukan datuak babesteko araudiak ezarritako printzipioak errespetatzen ez dituzten datuak ezabatzeko aukera jasoko luke. Datuak ezabatuko dira bere erabilera justifikatu duen helburua bete denean. Edo erabiltzen ari diren datuak faltsuak, edo ez-gaurkotuak, edo ez-osoak badira. Edo datu horien erabilera helburua betetzeko beharrezkoa ez denean. Praktikan ahaztua izateko eskubidea askotan oinarritu da ezabatzeko eskubidean. Batetik, informazioa argitaratu duen subjektuaren aurrean ezabatzea eskatu da. Batzuetan, argitaratu duen informazioa okerra delako eta informazio hori ezabatzeko. Eta beste batzuetan, nahiz eta argitaratzea legezkoa izan, honek bilatzaileetan informazioa

(57) TOURINO, Alejandro, *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet*, Catarata, Madril, 2014, 111. orrialdea.

(58) SIMÓN CASTELLANO, Pere, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Baletzia, 2012, 39. orrialdea

(59) SEMPERE SAMANIEGO, Javier, *Comentarios Prácticos a la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea*, [www.privacidadlogica.es](http://www.privacidadlogica.es), 2013, 219. orrialdea.

(60) DBLOaren 16. artikulua eta 6.4. artikulua.

aurkitzeko aukerak mugatzeko, *robots.txt* bezalako tresnak erabiliz. Bestetik, ezabatzea Google-en aurrean planteatu da Google-ek bere aurkibideetatik eta datu-baseetatik datuak ezabatzeko, bilaketa ezinezkoa eginez (61).

- b) Zuzentzeko eskubideak planteatzen duena zera da: okerrak diren datuak, edo zaharkituak daudenak edo osatugabeak direnak zuzentzeko ahalmena. Eskubide hau ez da egikaritu, dakigunez, ahaztua izateko eskubidea oinarritzeko, baina posible litzateke berau argudiatzea ahaztua izateko eskubidearekin lortu nahi dena argitaratu den informazio bat zaharkitua geratu denean, informazio hau datu gaurkotuekin lotzeko.
- c) Aurkatzeko eskubideak, azkenik, historikoki ezezaguna izan den eta oso gutxi erabili den ahalmena jasotzen du. Printzipioz, norbaitek beste pertsona baten datuak erabiliko baditu derrigorrezko izango da datuen jabearen adostasuna edo baimena eskatzea. Kasu ezberdinetan, aldiz, baimena eskatzeko betekizuna salbuetsi egiten da. Azken suposamendu hauetan, beraz, datuak bere jabeen adostasuna jaso barik erabili daitezke. Kasutan posible da jabeak erabileren horren aurka egitea, funtsezko arrazoiak argudiatzen baditu. Honela, datuen jabeak zio nahiko eta arrazoituak argudiatzen baditu posible izango du berari buruzko datuen erabileren hori ekiditea edo bertan behera uztea, lege baten ez badu aurkatze hori egikaritzeko aukera salbuesten. Ikusiko denez, eskubide hau izango da ahaztua izateko ahalmenaren oinarri juridiko garrantzitsuena.

Hiru ahalmen hauetan oinarritu da batez ere ahaztua izateko eskubidea. Praktikan, hiru ahalmen hauek harreman zuzena daukate. Aurkatzeko eskubideak datuen ezabatzea ekarriko du askotan. Edo zuzentzeko ahalmena egikaritzeak datu okerren ezabatzea ekarriko du. Harreman honek, hain zuzen, eskubide hauek etengabe nahastera eramandu. Edozein kasutan, praktikan eskubide hauek izan dira ahaztua izateko eskubidearen oinarri. Eta ez da harrizkoa horrela gertatu izana, izan ere eskubide hauek ahaztua izateko ahalmenak planteatzen duen antzeko gatazkak konpontzeko erabili izan dira. Hain zuzen, antzeko eztabaida berankorren zerrendan sartutako buruzko antzinako informazioaren inguruan ere gertatu zen. Zordun den pertsona bat zerrenda horretan barneratzean zerrenda horrek pertsona horren egoera egiazko eta gaurkotu bat islatzen du. Zorra kitatzean normalena pertsona horren izena zerrenda horretatik ezabatzea izango litzake. Zor hori kitatzen denean pertsona horri buruzko informazioa mantentzen bada pertsona hori egoera kaltegarri batean jartzen da. Haatik, askotan nahi izan da zerrenda horretan zordun izan zen pertsonari buruzko informazioa mantentzeko aukera onartzea. Informazio honek pertsona hau zordun izan zela eta zor hori ordaindu duela agertu lezake. Norbait zordun izan zelakoari buruzko informazioak egoera egiazko bat islatuko luke. Baina egoera honek antzinako egoera bat islatuko luke: pertsona bat iraganean zordun izan zenari buruzko informazioa. Informazio hau mantendu ahal izateak pertsona hori etengabe zordun izan zenaren egoerarekin harremanetan jarriko luke etengabe. Egoera honek

---

(61) DBEaren R/00566/2014 ebazpena: Google-en aurrean ezabatzeko eskubidea egikaritzen da, Aldizkari Ofizial Batean argitaratutako informazioa ez-indexatzeko. Lehenengo interesduna Aldizkariaren erantzulearen aurrean egikaritu zuen ahaztua izateko eskubidea, erantzule honek indexazio hori ekidin zezan. Erantzule honek berak egin zezakeen guztia egin zuela aipatu ondoren Google-en aurrera jotzeko eskatu zion Google-ek bere aurkibidea gaurkotzeko.



sortuko lituzkeen kalteak agerikoak dira. Aipatu ezabatzeko, zuzentzeko eta aurkatzeko ahalmenek posible egiten dute egoera honen aurka egitea (62). Eta egoera horrek zerikusi handia dauka ahaztua izateko eskubidearekin. Ahaztua izateko eskubidea era zabal batean ulertuta, aipatu kasuan ahalmen honek posible egingo luke berankorren zerrendatik desagertzea, ahaztua izatea, eta pertsona bati buruzko iraganeko informazioa erabiltzeko aukerak mugatzea edo ezabatzea.

Aipatu ezabatzeko, zuzentzeko eta aurkatzeko eskubideak alde batera utzita, ahaztua izateko eskubideak aurki dezake bestelako oinarri juridikorik datuak babesteko arauetako edukietan. Printzipioz, emango luke ahaztua izateko eskubideak ahalmen positibo bat jasotzen duela. Hau da, datuen jabeak egikaritu behar duen ahalmen bat. Haatik, eskubide honen egikaritzak datuen erabileraren erantzuleak ofizioz egikaritu beharreko jarduerak ere besarkatzen ditu. Gorago aipatu denez, norberaren datuak babesteko arauak datuen kalitateari buruzko printzipioak jasotzean, erantzule horiek datuak erabiltzen dituztenean ofizioz bete behar dituzten irizpideak zehazten ditu. Aipatu da dagoeneko helburu printzipioa: erantzuleak datuak erabiltzean erabilera hori helburu zehatz, espres eta legezko bat betetzeko dela justifikatu beharko du. Behin helburu hori beteta, datuak ofizioz ezabatu beharko lirakeke. Proporzionaltasun printzipioak helburu hori betetzeko beharrezko diren datuak bakarrik erabiltzea galdatzen du. Beharrezkoak ez diren datuak ezingo dira jaso eta erabili. Azkenik, egiazkotasun printzipioak erabiltzen diren datuak informazio horren jabe denaren errealitate gaurkotua islatzea galdatzen du. Errealitate hori islatzen ez duten datuak ezabatuak edo zuzenduak izan beharko dira (63). Printzipio hauek ofizioz, kasu guztietan, bete beharreko irizpideak zehazten dituzte. Interneten argitaratutako informazio batek printzipio hauek betetzen ez baditu informazio horren erabilera ez da legezkoa izango, eta beraz informazio hori ezabatua edo zuzendua izan beharko da. Ikusten denez, printzipio hauek, edukiaren ikuspegitik, harreman zuzena daukate gorago aipatu diren ezabatzeko eta zuzentzeko eskubideekin. Are gehiago, printzipio hauek errespetatzen ez direnean datuak ezabatu edo zuzentzeko betebeharra sortzen da. Ezberdintasuna zera litzateke, kasu batzuetan ezabatze edo zuzentzea ofizioz gertatu behar dela eta beste batzuetan interesdunak berak eskatu izanagatik. Ahaztua izateko eskubidearen ikuspegitik aztertu ezkerro, eskubide honen perspektiba pasibo edo negatiboak zera galdatuko luke: printzipio horiek betetzen ez dituen informazioa saretik desagertzea edo bere bilaketa gauzatzeko aukerak mugatzea. Ahaztua izateko eskubidea, nolabait, ofizioz errespetatu behar izateak konponbide bereziak planteatzera eraman du. Aipatu printzipioen aplikazioa errazteko posible litzateke sarean argitaratzen den informazioaren kasuan argitaratze-epe zehatzak aurreikustea (64). Datuak sarean argitaratzean argitaratze publikoa epe batzuetara mugatzea justifikatu liteke. Datuak babesteko agentziek beraiek ere sarean datuak

(62) Tarragonako Probintzia Entzutegiaren Epaia (PEE) 2007ko maiatzaren 14koa. DABLOa garatzen duen 1720/2007 erregelamenduaren 41. artikulua.

(63) Datuak Babesteko Kataluniako Agentziaren (DBKA) 2013ko uztailaren 31ko ebazpena, 6/2013 prozedura zigortzailea, zeinetan udaletxe bat zigortzen den, udaletxe horretako web orrialdean pertsona batzuei loturiko izaera pertsonaleko datuak argitaratzen direlako, datuok bilatzaileen bitartez eskuragarri izanik. Agentziaren iriziz argitaratzeak proporzionaltasun printzipioa urratzen du, izan ere beharrezkoak direnak baino datu gehiago argitaratzen dira.

(64) SIMÓN CASTELLANO, Pere, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Baletzia, 2012, 204. orrialdea.; MAYER-SCHÖNBERGER, Victor, *Delete*, Princeton University, Oxford, 2009, 171. orrialdea.

behar adina denbora baino gehiago mantentzeak datuen kalitatea bermatzen duten printzipioak urratzen dituela azpimarratu dute (65). Honela, pentsa liteke ahaztua izateko eskubidea ofizioz errespetatzea asko erraztuko litzatekeela kasuan kasu epe bartzuk zehaztuko balira. Behin epe horiek igarota, sarean argitaratutako informazioa ez litzateke eskuragarri egongo bilatzaile orokorrak erabiliz edota saretik desagertuko litzateke (66). Praktikan, epe batean informazioa automatikoki ezabatzea oso neurri mesedegarria izan liteke, segurtasun juridikoa bermatuko litzatekeelako. Haatik, posible litzateke, baita ere, datuak automatikoki saretik ezabatzeak herritarren interesen kontra egitea, batez ere pertsona horri buruz argitaratu den informazioa mesedegarria izatekotan (67). Edo, besterik gabe datuak sarean mantentzeak asko errazten duelako, adibidez, etorkizunean ikerketak egitea (68).

Datuak babesteko oinarrizko eskubidearen eduki klasiko hauetan oinarritzen da ahaztua izateko eskubidea. Haatik, eskubide honen funts sendo eta egokiena, printzipio eta eskubide horien guztien artean, aurkatzeko eskubidearena izango da. Ezabatze edo zuzentzeko eskubideen egikaritzea, edo datuen kalitatea bermatzen duten printzipioen aplikazioak ez lukete ekarpen berririk planteatuko, eskubide hauek daukaten ohiko edukiaz gain. Ahazteko eskubidearen ikuspegitik ezabatzeko eskubidearen aplikazioak zentzua dauka, eskatzen dena argitaratu den informazioa ezabatzea barik, Google bezalako bilatzaileek bilaketa zerbitzua eskaintzeko jasotzen eta pilatzen duten informazioa ezabatzea galdatzen denean. Google bezalako enpresari bere aurkibidetik url helbide bat ezabatzea eskatzen zaionean, ahaztua izateko eskubidearen egikaritzaz arituko ginateke, gero ikusiko denez. Beste kasuetan, argitaratu den informazioa ezabatzea eskatu denean, ezabatzeko eskubidearen egikaritzea, ohikotasunez erabili den ahalmenaren egikaritzea litzateke. Gauza bera gertatzen da datuen kalitateari buruzko printzipioak aplikatzen direnean ahaztua izateko eskubidea argudiatzeko. Sarean argitaratu den informazio batek printzipio hauek errespetatzen ez dituenean, besterik gabe, informazio hori ezabatu egin beharko da, ez bere bilaketa ezinezko egiteko, baizik eta edukia bera saretik kentzeko. Kasu honetan, sarean barik beste edozein fitxategitan jasotako informazioarekin gertatzen den bezala, datuak ezabatu edota zuzendu beharko lirateke. Haatik, aurkatzeko eskubidearen egikaritzak Interneten ahaztua izateko eskubidearen edukia islatzen duen oinarri egokiena osatzen du. Ikusi denez, aurkatzeko eskubidearen kasuan abiapuntua ez da datu faltsu edo osatugabe baten existentzia, ez eta kalitateari buruzko printzipioak hasieratik urratzen dituen informazio baten existentzia, baizik eta era egokian, legearekin bat etorritz, argitaratu den informazio baten existentzia. Gertatzen dena da, informazio horren jabe den herritarrek interes justifikatu berezi bat daukala informazio horren erabilera ekidin edo mugatzeko. Sarean argitaratu

(65) DBKAren 2013ko ekainaren 17ko ebazpena, 7/2013ko prozedura zigortzaileari dagokiona, zeinetan Unibertsitate bat zigortzen den bere web orrialdean unibertsitateko hautesle-errola denbora luzez argitaratzeagatik. Datuok sarean eskuragarri lirateke, erroldak argitaratu izanagatik, hauteskundeak ospatu eta gero denbora luzea igaro ondoren. Egoera honek proportzionaltasun printzipioa urratuko luke.

(66) DE TERWANGNE, Cécile, «Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido», *Revista de Internet, Derecho y Política* n.º 13, 2012, 60. orrialdea.

(67) SEMPERE SAMANIEGO, Javier, *Comentarios Prácticos a la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea*, [www.privacidadlogica.es](http://www.privacidadlogica.es), 2013, 221. orrialdea.

(68) Giza Eskubideen Babeserako Europar Auzitegiaren (GEBEA) 2009ko martxoaren 10eko epaia, Times Newspaper Ltd. v. Erresuma Batua, 27. O Jeta hurrengoak

den informazioa, bilatzaileen bitartez eskuragarri dena, era egokian argitaratu da baina interesdunak argitaratze hau mugatu nahi du. Argitaratze hau ekiditeko aurkatzeko eskubidea egikarituko luke. Normalena, aurkatze hau onartzen bada informazioa ezabatzea izango litzateke. Hori izango litzateke aurkatzeko eskubidearen ohiko edukiaren aplikazioaren ondorioa. Haatik, aurkatzeko eskubidea ahaztua izateko eskubidea bideratzeko egikaritzen bada, ahalmen honen onarpenak ez luke zertan argitaratutako informazioaren ezabatzea ekarri beharko. Nahikoa izango litzateke informazio hori bilatzaileen bitartez aurkitzeko aukerak mugatzearekin. Informazioak sarean jarraituko luke baina bilatzaileen bitartez ezingo litzateke aurkitu. Aurkatzea ez litzateke hainbeste argitaratzearen aurka egikarituko, baizik eta bilatzaileek sortzen duten efektu kaltegarria ekiditeko (69). Eta ahaztua izateko eskubideak aurkatzeko eskubidean oinarritzeak zentzu osoa dauka, ikusienez aurkatze honen alde edo kontra egiteko araudiak galdatzen duena jokoan dauden interes ezberdinen arteko oreka bilatzea delako, hau da, interesdunak datuen erabilera ekiditeko argudiatzen duen interesa, eta informazioa argitaratu duenak argitaratze hori gauzatu eta mantentzeko argudiatu duenaren arteko konparaketa galdatuko lukeelako. Eta hain zuzen ere, ikusikoenez, Interneten ahaztua izateko eskubidearen egikaritzak interes ezberdin hauen artean zein gailentzen den aztertzea darama (70). Beste gauza bat izango da interes ezberdin hauen arteko oreka bilatzerako orduan, norberaren datuak babesteko oinarriko eskubidearen beste edukiak kontuan hartzea. Adibidez, ohikoa da sarean argitaratutako datuak sarean mantentzeko interesak funtsik daukan ala ez ikusteko, bere argitaratzea justifikatu zuen helburua bete den aztertzea. Zentzu honetan, datuen kalitatea bermatzen duten printzipioak aintzat hartuko genituzke. Adibidez, datuak administrazio prozedura zehatz batean onartutako erabakia jakinarazteko argitaratzen badira, egintza hau helegiteko epeak igarota datuok sarean mantentzeak ez dio inongo interes bereziri erantzuten (71).

Orain arte esandakoa kontuan hartuta agerikoa geratzen da ahaztua izateko eskubidea norberaren datuak babesteko eskubidearen edukian oinarritu dela (72). Bai auzitegiek eta baita datuak babesteko agentziek oinarriko eskubide hau hartu dute aintzat. Dena den, autodeterminazio informatiborako eskubidea alde batera utzita, posible da ahaztua izateko eskubide hau beste oinarriko eskubide batzuekin harremanetan jartzea. Praktikan ahaztua izateko eskubidea beste interes batzuen itzalean egikaritu da. Ohorea babesteko eskubidea da adibide garbiena. Izan ere, kasu batzuetan, batez ere ahaztua izateko eskubidea komunikabideetan argitaratutako informazioaren gain egikaritu denean, ohorerako eskubidea urratu dela argudiatu da (73). Ahaztua izateko eskubi-

(69) DBKAren 2011ko uztailaren 13ko ebazpena, 4/2011 prozedurari lotua.

(70) DBKAren 2013ko ekainaren 17ko ebazpena, 24/2013 prozedurari dagokiona, zeinetan ezabatzeko eta aurkatzeko eskubideen arteko ezberdintasunak aztertzen diren, hain zuzen, ahaztua izateko eskubidearen egikaritza suposamendu batean. Pertsona batek Administrazio batek bere webgunean argitaratutako informazio bat Internetetik desagertzea nahi zuen. Administrazioak bere webgunetik datuok kendu zituen baina informazioa eskuragarri zen hirugarren pertsonen web orrialde ezberdinetan. Pertsona horrek informazio hori Interneten eskuragarri ez izatea nahi zuen. Hau lortzeko interesdunak ezabatzeko eskubidea egikaritu zuen baina Agentziaren ustez ezabatzeko eskubidea baino egokiagoa zen kasu honetan, xedea zein zen ikusita, aurkatzeko eskubideari buruz hitz egitea. Xedea ez zen datuak ezabatzea, baizik eta datuen erabilera zehatz bata urkatzea.

(71) DBKAren 2012ko urriaren 18ko ebazpena, 28/2012 prozedurari lotua.

(72) SIMÓN CASTELLANO, Pere, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Baletzia, 2012, 137. orrialdea.

(73) AGE 2011ko uztailaren 20koa; Bartzelonako (PEE) 2013ko otsailaren 8koa.

dea egikaritzean zein oinarritzko eskubide argudiatzen den zehaztea oso garrantzitsua da kasu bakoitzean zein araudi aplikatuko den zehazteko. Gogoratu, gure kasuan norberaren datuak babesteko oinarritzko eskubideari buruz ari garela. Egia da, kasu askotan praktikan eskubide hauen artean ezberdintzeko zailtasunak ematen direla, eskubide bakoitzak babesten duen interes eremua zehaztea oso zaila delako (74). DBLOa bera aztertzen bada ikusiko da datuak babesteko eskubidea beste eskubide batzuk babesteko eraiki dela, ohorea adibidez (75). Honek eskubide bakoitzaren helmena zein denari buruzko nahastea dakar. Honela izanda, ahaztua izateko eskubidearen egikaritzak interes ezberdinen arteko orekaren bilaketara bultzatuko du eta jarduera honetan oso garrantzitsua izango da jokoan sartzen diren eskubide ezberdinak identifikatzea.

Orokorrean, beraz, ahaztua izateko eskubidea norberaren datuak babesteko oinarritzko eskubidearen ohiko edukia osatzen duten printzipio eta eskubide ezberdinetan oinarritu da, batez ere aurkatzeko eskubidean. Baina, esan denez, ahaztua izateko eskubide honek ohiko eduki honen birplanteatzea galdatzen du. Ezin uka daiteke ahaztua izateko eskubidearen helburua ez dela ohiko ahalmen horiek normalean argudiatzen direnean bilatzen dena lortzea. Helburua bilatzaileek sortzen dituzten datuak erabiltzeko aukera berriak mugatzea da, auzitegiek beraiek azpimarratu dutenez (76). Ahaztua izateko eskubidearen eduki nagusia ez-indexatzea eskatzea izango da. Hau da, hain zuzen, eskubide hau definitzen eta identifikatzen duen elementua, honen bitartez sarean bilatzaileen bitartez egiten den informazioaren erabilerak sortu ditzakeen ondorio kaltegarri batzuk ekiditea posible delako. Hau da, helburua ez da hainbeste informazioa ezabatzea edo zuzentzea, baizik eta bilatzaileek sortzen duten pertsona baten eta berari buruzko informazio baten arteko harremana mugatzea, hain zuzen ere harreman horrek pertsona horri sortu diezazkiokeen ondorio kaltegarriak ekiditeko. Praktikan, kasu askotan, datuak babesteko agentzien aurrean Interneten ahaztua izateko eskubidearen babesa galdatu denean, helburu ezberdinen lorpena bultzatu dute datuen titularrek. Sareetan argitaratutako informazioaren erabileraren gain subjektu ezberdinek dituzten paper edo funtzio ezberdinak kontuan hartuz, datuen titularrek helburu ezberdinak bilatu dituzte ahaztua izateko eskubidea argudiatuz. Baina kasu guztietan azken helburu gisa informazio zehatz bat bilatzaileetatik ez-indexatzea eskatu izan da. Zentzu honetan, ahazteko eskubidea hertsiki ulertzekotan, berau azkeneko elementu honekin jarriko da harremanetan. Ahazteko eskubideak planteatzen duen eduki edo ahalmen berritzailea azaldu den azkeneko elementu hori da: bilatzaileek sortu dezaketen ondorio kaltegarria ekidin edo mugatzea.

#### III.4. Ahaztua izateko eskubidea bilatzaile orokorren aurrean

Bilatzaileek daukaten papera dela eta, ahaztua izateko eskubidearen inguruan sortu den eztabaida garrantzitsuenetako bat zera izan da: ea eskubide honen egikaritzea bilatzaileen aurrean edo informazioa argitaratzen duten erantzuleen aurrean egikaritu behar den. Ikusi denez, bilatzaileek argitaratutako datuen erabileran daukaten erantzukizuna oso eztabaidatua izan da. Gaur egun, dena den, bilatzaileen erantzukizuna ez da gaitzes-

(74) ENE 2012ko maiatzaren 25ekoa, 3. OJ.

(75) DBLOaren 1. artikulua.

(76) ENE 2012ko ekainaren 15ekoa.

ten. Hori azpimarratu du EBJAren epaiak eta horregatik hitz egiten da, gorago esan bezala, bilatzaileen aurrean egikaritu daitekeen ahazteko eskubideari buruz. Are gehiago, dagoeneko Auzitegiak onartzen hasi dira bilatzaileen aurkako kalte-ordainak ordaintzeko eskaerak, informazio zehatz bat indexatzeko aukerak mantentzeak sortu ditzakeen kalteengatik(77). Honela, abiapuntu gisa, kontuan izan behar da sarean jasotzen den informazioa bilatzea eta aurkitzea erraza izatea subjektu ezberdinek egiten dutela posible.

- a) Lehenik, informazioa argitaratzen duen pertsonak, hau da, webgune zehatz batean pertsona bati buruzko informazioa barneratzen duenak edukiko du erantzukizuna. Pertsona honek datuak argitaratzearen gaineko erantzukizuna izango du. Bera izango da, nolabait, datuak sarean jartzearen eta informazioa sarean sortu daitezkeen erabilera eta fluxu anitzten menean kokatzearen erantzule nagusia.

Batzuetan, datuen jabeak berak argitaratzen du informazio hau: sare sozialetan adibidez. Kasu hauetan, datuen jabeak behar adina segurtasun neurri aktibatzen ez baditu, informazio hori eskuragarri egongo da bilatzaileak erabiltzen dituen edonorentzat. Datuen jabeak berak informazioa argitaratzean bere adostasuna edo baimena ematen duela ulertuko da. Honen inguruan datuak babesteko agentziek borroka etengabea darabilte sare sozialekin, baita bestelako tresnekin, batez ere gazteek sare sozialen erabilera egoki bat egin dezaten kontzientziatzeko eta sare sozial horiek datuak babesteko araudia betetzeko(78). Kasu hauetan, informazioa herritarrak berak sarera igo duenean, ahaztua izateko eskubidearen egikaritzea absolutua izan behar dela ulertu liteke. Norberak informazioa igotzean erabilera hori adostu edo baimendu duela ulertzen da, eta gogoratu behar da adostasun hau errebokagarria dela DBLOak berak dionez, nahiz eta errebokatzeko ahalmen hau mugatua izan(79). Errebokazio honek zuzenean ekarri beharko luke interesdunak berak eman zituen datuen ezabatzea. Zentzu honetan, errebokazio horrek nolabaiteko ahaztua izateko eskubidearen egikaritzea suposatuko luke. Kasu hauetan ahaztua izateko eskubidearen egikaritzak oztopo garrantzitsu bat aurkitu lezake. Oztopo hau sare sozialak bezalako tresnen izaerak berak planteatuko luke. Datuak sare sozialak bezalako eremutan ezartzen badira, posible da norberaren datuak babesteko eskubidea erregulatzaren duten arauen aplikazioa salbuestea. Salbuespena datuen erabilera eremu pertsonal edo etxetiarrean gertatzeagatik aplikatuko litzateke, kasu hauetan ez da DBLO aplikatzen eta(80).

Bestetan, argitaratzea hirugarren batek gauzatzen du, datuen titularra ez den beste pertsona batek. Kasu hauetan, datuen argitaratzeak helburu zehatz bati erantzun beharko dio eta erabilera hori titulu juridiko zehatz batean oinarritu beharko da, datuen jabearen adostasunean edo argitaratzea justifikatzen duen eta jabearen baimena behar izatea salbuesten duen arrazoi batean. Azken egoera hau ematen da, adibidez, komunikabide batek pertsona bati buruzko informazioa argitaratzen duenean informaziorako askatasunaren egikaritzan, edo aldizkari ofi-

(77) Bartzelonako Entzutegi Probintzialaren 2014ko uztailaren 17ko epaia.

(78) DBEA eta Komunikazioen Teknologien Institutu Nazionala, «Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online»,

(79) DBLOaren 6.3. artikulua.

(80) DBLOaren 2.2.a) artikulua. DBEAren R/00668/2011 ebazpena.

zial batean pertsona bati buruzko informazioa argitaratzen denean, diru laguntza publiko bat jaso duelako adibidez. Interneten datuak argitaratzea datuen erabilera dela gogorarazi behar da, datuak babesteko eskubidea arautzen duten arauen begitan. Argi dago, pertsona bati buruzko informazioa sarean argitaratzen denean pertsona horren hainbat eskubide ukituak ikusi daitezkeela. Kasu batzuetan, intimitatea sartzen da jokoan. Ohorea ere ukitu daiteke, edo irudirako eskubidea. Bestetan, norberaren datuak babesteko eskubidea ukituko da.

Informazioa argitaratzeak aipatu eskubideak nola ukitzen dituenaren arabera informazio hori argitaratu duen pertsonari gauza bat edo beste eskatuko zaio. Posible da informazioa ezabatzea edo aldatzea eskatzea, gorago ikusi denez, adibidez argitaratzea inongo justifikaziorik barik gertatzen denean. Baina kasu honetan ez ginateke ahazteko eskubideari buruz arituko, izan ere, eskubide hauek egikartzeko argudioak ohiko argudioak izango lirarteke, beste edozein kasutan erabiliko lirartekeenak. Edo, ahaztua izateko eskubidearen ikuspegitik garrantzitsuena, informazio hori bilatzaile orokorren bitartez aurkitzeko aukerak mugatzea eskatu dakioke. Horretarako bide teknikoak badaude, nahiz eta praktikan berauen erabilera eztabaidagarria izan daitekeen. Honen adibide da gehienetan erabili den «robots.txt» deritzona. Edo bilatzaile propioak badituzte, komunikabideen bertsio elektronikoen hemerroteketan informazioa aurkitzeko bilatzaileekin gertatzen den bezala, bere bilatzaileetan informazioa aurkitzeko aukerak mugatzea galdatu dakioke(81), nahiz eta komunikabideen hemerroteken kasuan DBEAak aukera hau asko mugatu duen, hemerroteka horren existentzia eta osotasuna informazio eskubideak berak babesten duelako (82), nahiz eta auzitegiek Agentziaren argudio hori kontrajartzeko irizpideak ere ematen dituzten (83). Edo informazio bat bilatzen denean informazio hori irizpide zehatz batzuen arabera plazaratzea eskatu dakioke. Azken kasu honi begiraturik pentsa posible dela egunkari baten bertsio elektronikoa une batean argitaratutako informazioa zaharkitua egotea, eta informazio berri batek aurrerago argitaratutako datu horiek osatu edo kontra-esatea. Artikulu berri batean dagoen informazioak aurreko artikulu bateko informazioa kontra-esateak ez du esan nahi aurreko artikulua saretik desagerrarazi behar denik. Beste gauza bat da sarean informazio hori bilatzeko irizpideak mugatu edo ondo zehaztu behar izatea argitaratutako informazioaren titularraren informazio berrienarekin lotzeko eta ez zaharrenekin. Hau gertatzen da, adibidez, pertsona bat auzi batean inputatua izan denean eta gero absolutua. Sarean bilatzaileen bitartez pertsona hori inputatua izan denari buruzko informazioa azalerazten bazaigu etengabe, pertsona horren izena jartzerakoan, pertsona horri buruzko errealitate faltsu edo osatugabe bat emango luke sareak. Hori ekiditeko pertsona bati buruz sarean dagoen informazioa bilatzeko irizpideek egokiak izan behar dute pertsona horri buruzko egiazko informazio gaurkotu eta osatu bat emateko. Honek ez du esan nahi antzina argitaratutako informazioa ezabatu edo aldatu behar denik. Baina posible

(81) SIMÓN CASTELLANO, Pere, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Baletzia, 2012, 149. orrialdea.

(82) DBEAren R/02766/2013 ebazpena.

(83) AGE 2013ko abenduaren 9koa; 2012ko abenduaren 29koa eta 2012ko ekainaren 15koa.

litzateke, kasu horretan, informazioa sarean argitaratu duenari informazio hori bilatzailetik ez-indexatzea eskatzea, antzinako informazio hori bilatzaileen bitartez etengabe informazio horrek erreferentzia egiten dion pertsonaren izenarekin harremanetan ez jartzeko, edo informazio hori zuzenean harremanetan jartzeko informazio berri eta osoarekin, pertsona horri buruzko errealitate faltsu edo osatugabe bat izan ez dadin (84). Azken kasu hauetan ahaztua izateko eskubidearen egikaritzaren aurrean geundeke. Datuak babesteko oinarrizko eskubidearen ohiko ahalmenak helburu berri eta zehatz batekin erabiliko lirateke: bilatzaileen bitartez informazio zehatz bat aurkitzeko aukerak mugatzeko.

Aipatuenez, informazioa argitaratu duenaren aurrean ahaztua izateko eskubidea egikaritu denean planteatu den irtenbide ohikoena robots.txt deritzona erabiltzea izan da. Honen bitartez argitaratzaileak aukera dauka url helbide zehatz bat robots.txt fitxategian barneratzeke eta honela helbide horren indexazioa ekiditeko. Url helbideak ez-indexatzeko erabili den tresna ohikoena, robots.txt artxibategia alegia, kritikatu izan da hainbat kasutan. Kasu gehienetan, informazioa argitaratu duten subjektuei web orrialde bat ez-indexatzea eskatu zainean, robots.txt tresna erabiliz egitea eskatu zaie. Hori gertatu da, adibidez, DBEAak planteatzen duen irtenbidea. Url helbide bat ez-indexatzeko helbide hori robots.txt fitxategian sartzen da. Honek, ez-indexatzea barik helbide hori ez arakatzea edo jarraitzea posible egiten du. Honela, hedapen ezberdinarekin, orrialde bat bilatzaileen bitartez aurkitzea ekiditen da. Helburu honekin robots.txt tresna erabiltzea usadio edo konbentzio bat besterik ez da izan, izan ere beste tresnen erabilera planteatu zitekeen. Eta, egia esan, fitxategi honen erabilera ez da guztiz egokia edo ez du erabateko irtenbidea suposatzen (85). Kontuan izan behar da robots.txt fitxategiaren edukia publikoki eskuragarria dela eta, honela, tresna hau erabiliz ez-indexatu diren helbideak ezaizte erraza dela. Gainera, helbide bat robots.txt fitxategian sartzeak ez du suposatzen helbide horretara lotutako web orrialdea desagertzen denik. Orrialdea sarean mantentzen da baina ezin da bilatzaileen bitartez aurkitu. Beraz, argitaratzaile bakoitzaren robots.txt fitxategira sartuaz ez-indexaturiko helbideak ezaizte, erraza da ez-indexaturiko helbideari lotutako orrialdea ikustea jatorrizko iturrira joaz. Aldi berean, kontuan izan behar da posible dela robots.txt artxiboa kontuan hartzen ez duten bilatzaileak aurkitu daitezkeela. Kasu hauetan, nahiz eta tresna hau erabili bilatzaile horiek informazio hori indexatzen jarraituko lukete. Arrisku edo muga hauek datuak babesteko agentziek beraiek ere plazaratu dituzte (86).

- b) Bigarrenik, bilatzaileek beraiek izango dute nolabaiteko erantzukizuna sareetan egin daitezkeen datuen erabileren gain. Ahaztua izateko eskubidearen inguruan egon diren gatazka juridikoetan, bai bide administratiboan bai auzitegien aurrean egon direnetan, bilatzaile horiek beraiek datuen erabileraren erantzule ez direla argudiatu dute. Erantzuleak informazioa sarean jaso edo argitaratu dutenak soilik

---

(84) ENE 2012ko ekainaren 15ekoa.

(85) SIMÓN CASTELLANO, Pere, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Baletzia, 2012, 202. orrialdea.

(86) DBKAren 2011ko abenduaren 1eko ebazpena, 34/2011 prozedurari lotua.

izan behar dutela argudiatu dute. Argudio hau, aldiz, ez dute ez administrazio eskudunek ez auzitegiek onartu. Bilatzaileak datuen erabiltzaile direla onartu da (87). Praktikan, zaila da bilatzaileek informazioarekin gauzatzen dutena «datuen erabilera» gisa ez jasotzea. Gorago esan denez, izaera pertsonaleko datuak babesten dituzten arauak «erabilera» kontzeptuaren oso interpretazio zabalak jasotzen dituzte. Interpretazio zabal hau kontuan hartuz datu batzuen gain eginiko edozein motatako operazio izango da erabilera. Google bezalako bilatzaileek beraien zerbitzuak eskaintzeko datuekin egiten dutena bi fasetan ezberdindu daiteke: a) Batetik, edozein formatutan sarean kokatzen diren web orrialdeetan jasotakoa aztertzen du, eta eduki horren bilaketa errazteko irizpideak zehazten ditu eta zerbitzu hori emateko behar duen informazioa pilatzen du; b) Bestetik, datu horien bilaketa bat egiten denean, bilatzaileak aurreko irizpideak aplikatuz datu horiek azaleratzen ditu. Enpresak informazioa bilatzen duen pertsonak bilatzailean jartzen dituen hitzak eta bilatzaileak hitz horiekin definitu edo lotu dituen web orrialdeak harremanetan jartzen ditu, erabiltzaileari hitz horiek jasotzen dituen web orrialde horien zerrenda bat eskainiz, zerrenda horretan emaitza horiek irizpide batzuen arabera ordenatuz (88). Eta hau guztia bilatzaileak helburu batekin egiten du: publizitatea lortzea. Logikoki, bilatzaileak zerbitzu bat eskaintzen duen enpresa pribatua da. Horrela izanik enpresa horren helburua onura ekonomikoa lortzea izango da. Onura hau lortzeko bidea publizitatea kontratatzea izango da, era ezberdinetan azaldu daitekeen publizitatea (89). Argia ematen du, beraz, bilatzaileak egiten dutena datuen erabilera zehatz eta propioa dela. Beste gauza bat da bilatzaileak erabilera horren erantzule den ala ez erabakitzea. DBLOak dionez fitxategia edo tratamenduaren erantzulea datuen erabileraren edukia eta helburua erabakitzen duen subjektua da (90). Zentzu honetan, argi dago bilatzaileak ez dela sarean datuak sartzearen erantzule. Erantzukizun hau datuak argitaratzen duen pertsonari dagokio. Logikoa denez, subjektu hau da datuak bilatzailearen bitartez aurkitu ahal izatearen erantzule nagusia. Ezin zaio bilatzaileari sarean jasotzen den informazio guztia egiazkoa den, osoa den, proportzionala den egiaztatzea eskatu. Ez da bilatzailearen erantzukizuna informazio horren edukia arauarekin bat datorren ala ez datorren aztertzea. Bilatzaileak argitaratutako informazioaren edukia aldatu edo ezabatu ahalko balu adierazpen eta informaziorako askatasuna urratzeko aukera onartuko litzaiotke. Horregatik, bilatzailearen erantzukizuna mugatzea ezinbestekoa da. Haatik, honek ez du esan nahi bilatzaileek gorago aipatutako erabileran inongo erantzukizunik ez dutenik. Esan denez, bilatzaileek posible egiten dute beste batek argitaratutako informazioa era eraz batean aurkitzea eta erabiltzea. Aldi berean, zerbitzu hori onura ekonomikoak lortzeko ematen du-

(87) DBEAren R/00566/2014 ebazpena; EBeko Datuak Babesteko Zuzendarauaren 29. artikuluko Lan Taldearen 1/2008 Irizpenak, Norberaren Datuak Babesteko araudia bilatzaileei nola aplikatu aztertzen duena.

(88) Google enpresak informazioaren bilaketa zerbitzua eskaintzeko gauzatzen duen jarduera DBEAren hainbat ebazpenetan deskribatzen da. Horren adibide izan daiteke DBEAren R/01746/2011 ebazpena.

(89) DBAren R/01746/2011 ebazpena. EBJAren 2010eko martxoaren 23ko epaia, Google France SARL Google v. Louis Vuitton Malletier SA, Viaticum SA, Luteciel SA, Centre National de Recherche en Relations Humaines..., 23. OJ eta hurrengoak, non Google-entzako publizitateak daukan garrantzia azpimarratzen den. CARRILLO, Marc, «El derecho al olvido no es absoluto», *El País* 23 de febrero de 2013.

(90) DBLOaren 3.d) artikulua.



te(91). Ondorioz, bilatzailea berak egiten duen datuen erabileraren erantzule gisa hartu daiteke.

Bere erantzukizuna esandakoa izanik, ahaztua izateko eskubidearen ikuspegi-tik bilatzaileari eskatuko ziona informazioa bilatzailetik ez-indexatzea izango da. Ez-indexatze honek informazioa bilatzaileen bitartez aurkitzea ekidingo luke, edo gutxienez zaildu. Bilatzaileak bere aurkibidetik eta bestelako datu-baseetatik datuak ezabatu beharko lituzke bilaketa ekiditeko. Bilatzailearen jarrera hau informazioa argitaratu zuenarenarekin bateragarria izango litzateke (92). Ez-indexatze hau izango da, hain zuzen, ahaztua ez izateko eskubidearen eduki nagusia. Ikusi denez, posible da ez-indexatzea informazioa argitaratu den web orrialdearen jabeari eskatzea. Normalean, bilatzaile bati informazio bat ez-indexatzea eskatzen zaionean url helbide zehatz bat edo batzuk ez-indexatzea eskatzen zaio. Egun Google enpresak ahaztua izateko eskubidea egikaritzeko ezarri duen tresnak eskubide hori zein url helbideren gain egikaritu nahi den zehaztea galdatzen du adibidez. Honela izanik, esan daiteke bilatzaileen aurrean ahaztua izateko eskubidea egikaritzeko aukerak ezer gutxi gehitzen edo aportatzen duela, informazioaren argitaratzaileen aurrean egikaritu daitekeen ahaztua izateko eskubideak planteatzen duenaz gain. Izan ere, eskubide hori zein url-ren gain egikaritu den ezagutzen bada, kaltetuak aukera dauka helbide horren erantzule den argitaratzailearen aurrera jotzeko. Beraz, zerk justifikatuko luke bilatzaileen aurrean ahaztua izateko eskubidearen egikaritza?

Hau izan da ahaztua izateko eskubidearen inguruan sortu den gatazka juridiko garrantzitsuenetako bat: Google enpresaren iritziz ez dagokio berari informazioa ez-indexatzea, informazio hori sarean kokatu deneko webgunearen arduradunari baizik. Bilatzaileen aurrean ahaztua izateko eskubidearen egikaritza argudio ezberdinetan oinarritu da. Kontuan izan behar da informazio bat sarean argitaratzen denean, informazio hori lehenengo web orrialde batean argitaratzen dela baina gero posible dela informazio bera web orrialde ezberdinetan argitaratzea. Hau da, askotan gertatzen da hasiera batean iturri bakarrean zegoen informazioa egun gutxiren buruan iturri ezberdinetan argitaratzea. Informazio horren titularra den pertsonak edo informazio hori argitaratu duen subjektu erantzuleak ez-indexatzea informazio hori argitaratu deneko web orrialde bakoitzaren aurrean eskatu beharko balu, ahaztua izateko eskubidearen egikaritza praktikoa asko zailduko litzateke (93). Batetik, informazioa argitaratu duen subjektuak atzerrian egoitza izatekotan. Izan ere, atzerrikoa izanik bertako datuak babesteko araudia aplikatzea zailagoa izaten da. Aldiz, Google enpresari araudia hau aplikatzea posible dela ondorioztatuta da dagoeneko. Bestetik, informazioa iturri ezberdinetan argitaratu bada, kalte-tuak iturri bakoitzaren erantzulearen aurrera jo beharko luke bakoitzari ez-in-

---

(91) Google obtuvo un beneficio neto de 9.542 millones de euros en 2013, EL MUNDO, *El beneficio de Google creció en 2013 un 20,3 % hasta los 9.542 millones de euros*, 31 de enero de 2014, [www.elmundo.es](http://www.elmundo.es)

(92) DBEAren R/00566/2014 ebazpena, non argitaratzaileari, Aldizkari ofizial bati, ez-indexatzea eskatu ondoren eta aldizkariak ez-indexatzea egikaritu ostean, Google enpresari ez-indexatzea eskatzen zaio datuak bere aurkibidetik ezabatzeke.

(93) EBJAE, 2014ko maiatzaren 13koa, 84. OJ. EBeko Datuak Babesteko Zuzentarauaren 29. artikuluko Lan Taldearen 1/ 2012 Irizpena, Datuak Babesteko Europar araudiaren berrikuntzari buruzkoa

dexatzea eskatuz. Haatik, zuzenean bilatzailearen aurrera jo ezkerro, eskaera bakarrean helbide guztien ez-indexatzea gauzatzea posible egiten da. Honela, ikuspuntu praktikoa batetik bada ere, ahaztua izateko eskubide hau bilatzaileen aurrean, zuzenean, egikaritu ahal izatea oso mesedegarria da norberaren datuak babesteko oinarrizko eskubidearen ikuspuntutik, bilatzaile horiek errazago dute eta praktikan ez-indexatze hau gauzatzea. Are gehiago, kasu batzuetan gertatu da pertsona batek webgune batean informazio bat argitaratzea, informazio hori webgune horretako bilatzaile propioaren bitartez ezin bilatu ahal izatea, baina Google bezalako bilatzaile orokorren bitartez informazioa aurkitu ahal izatea. Azken suposamendu honetan auzitegiek zuzenean bilatzailearen aurka joateko aukera ikusi dute. Gainera, nahiz eta kritikagarria izan daitekeen, webgunearen erantzulearen aurrera joateko aukerari ateak itxi dizkio auzitegiak (94). Gerta daiteke, baita ere, argitaratze baten arduradun denak informazio bat ez-indexatu izana robots.txt bezalako tresnak erabiliz, baina denbora batean zehar, bilatzaileen indexazioak gaurkotu arte, informazio hori bilatzaileen bitartez eskuragarri izatea, adibidez «cache» memorian dagoen informazioa agertzen delako. Hori ekiditeko ere, baliagarri izan daiteke zuzenean bilatzailearen aurrean ahaztua izateko eskubidea egikaritu ahal izatea (95). Kontuan izan behar da Google bezalako bilatzaileek informazio ezberdinak gordetzen dituztela beren zerbitzuak emateko. Url helbideak gordetzeaz gain Google bezalako bilatzaileek web orrialdeetatik eratorritako bestelako informazioa gordetzen dute. Horren adibide da «cache» memorian gordetako informazioa (96). Kasu hauetan bilatzaileek web orrialdeen aurretiazko bertsioak pilatzen dituzte beraien zerbitzarietan. Honela, cache memorian gordetako informazioaren kasuan, adibidez, posible da bilatzaileen bitartez aipatu web orrialdeen aurretiazko bertsioak ezagutzea. Honek arazo bat suposatu dezake ahaztua izateko eskubidearen ikuspegitik: posible litzake web orrialde batetako azken bertsiotik ezabatu den informazio bat cache memorian jasotako web orrialde horren aurretiazko bertsioan mantentzea. Honela izanik, ahaztua izateko eskubidea egikaritzen denean garrantzitsua da informazioa aurkitzeko bide guztien gain eragin dela ziurtatzea. Bilatzaile bati informazioa ez-indexatzea eskatzen zaionean berau bilaketa guztietatik kentzea eskatuko zaio, bai cache memorian izan dezakeen informaziotik edota besteetatik.

Gaur egun ahaztua izateko eskubidearen egikaritzan bilatzaileek bete behar duten paperaren garrantzia agerian geratu da Google bezalako bilatzaileak esku-bide hori egikaritzeko tresna bat finkatu duenean (97). Tresna honen helmena mugatua da oraindik, baina agerian ipintzen du praktikan ahaztua izateko eskubidearen egikaritzak sortu dezakeen arazo garrantzitsuena. Emango luke tresna

(94) Entzutegi Nazioalaren (EN) 2012ko ekainaren 15eko epaia.

(95) DBKAren 2011ko uztailaren 13ko ebazpena, 4/2011 prozedurari lotua.

(96) DBEAren RR/00235/2012 ebazpena. Gai honi buruz, baina jabetza intelektualaren ikuspuntutik, ikus AG 2012ko apirilaren 3ko epaia, zeinetan Google-en cache memorian informazioa gordetzea baimentzen den, Google-ek egiten duen bilaketa funtzioa bermatzeko.

(97) <https://support.google.com>

honen erabilerarekin Googlek berak kontra egiten duten interes edo eskubideen artean oreka bilatzeko funtzioa daukala. Google bezalako bilatzaileak izan beharko dira praktikan ahaztua izateko eskubidea noiz aplikatuko den zehaztuko dutenak(98), nahiz eta erabaki horien aurka egiteko bideak aurrezagutzen diren, eskaera ezberdinak izapidetzerakoan. Hainbeste aipatu den EBJAaren epaiak kasuan kasuko azterketa batera igortzen du. Egoera hau kritikagarria da oso gaur egun, izan ere arauak ez dute zehazten ahaztua izateko eskubidearen edukia. Bilatzaileen jarduera segurtasun eremu batean egikaritu ahal izateko komenigarria litzateke ahaztua izateko eskubidea era zehatzean arautzea. Google bezalako enpresa baten esku hainbeste eskubideen arteko talka konpontzeko lana lagatzeak, arazo praktikoak zor ditzake, izan ere berak erabakiko du noiz onartu eta egikaritu ahaztua izateko eskubidea, gutxienez arauetan irizpide zehatzagoak ezartzen diren bitartean. Kontuan hartu behar da ahaztua izateko eskubidearen egikaritzan eskubide ezberdinek jokatzen dutela: informazioaren jabearen interesa bere nortasuna informazio horrekin bilatzaileen bitartez lotzea zailagotzeko interesa; informazioa argitaratu duen subjektuaren interesa; bilatzaileek daukaten beraien zerbitzua era egokienean emateko interesa; hirugarrenek izan dezaketen interesa, beraien informazioa ere agertu daitekeelako ez-indexatu nahi den orrialdean edo informazioak interes zientifiko edo historikoa daukalako(99), etab. Bilatzaileei interes hauen arteko oreka bilatzea eskatzea gehiegizkoa izan daiteke. Batetik, eskubidea aplikatzeko irizpideak zehaztugabeak izateak Googlek eskubidearen aplikazioa era ez-egokian egitera eraman dezake, DBEAak berak jadanik salatu duenez. DBEAak Google enpresak eskubidea gehiegikeriaz aplikatu dezakeela aipatu du(100). Google enpresak berak ere egoera honek segurtasun gabezia maila altua sortzen duela adierazi du eta ahaztua izateko eskubidea zehazki nola aplikatu behar duen ez jakitera eraman duela(101). Are gehiago, orain gutxi arte informazioa bilatzeko zein domeinu erabiltzen zenaren arabera (google.es edo google.com, adibidez) emaitza gehiago (ez-indexaturikoak barne) edo gutxiago (ez-indexatuak ezabatuz) azaltzen ziren(102). Bestetik, EBJAren Abokatu orokorrak jadanik aipatu zuen bilatzaileen aurrean ahaztua izateko eskubidea egikaritzea onartzeak bilatzaileen funtzionamendua saturatu dezakeela. Egun, Europan, epaia argitaratu zenetik ekainaren 30arte 70.000 bat eskari jaso ditu Google-ek(103).

Lkusi denez, gaur egun gutxienez, bilatzaileek ahaztua izateko eskubidearen egikaritzan bete behar duten paperaren garrantzia praktikan eskubide hori egikaritzeko erabiliko den tresnaren helmenaren arabera izango da. Arauek

(98) EBeko Datuak Babesteko Zuzendarauaren 29. artikuluko Lan Taldeak «ahaztua izateko eskubideari» buruz EBJAak onartutako epaiaren inguruan emandako irizpideak., zeintzuetan ahaztua izateko eskubideak Google-en nola eragingo duen jakitea ezinezkoa dela azpimarratzen den.

(99) SIMÓN CASTELLANO, Pere, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Baletzia, 2012, 130. orrialdea

(100) «Protección de datos analiza si Google se extralimita con el derecho al olvido», *Publico* 2014ko uztailearen 4.

(101) DRUMMOND, David (Google-en presidente-orde seniorra), «En busca del equilibrio», *El País* 2014ko uztailearen 11

(102) <http://www.eprivacidad.es/google-resuelve-derecho-al-olvido-con-aviso-busquedas/>

(103) «Protección de datos analiza si Google se extralimita con el derecho al olvido», *El País* 2014ko uztailearen 4.

ez dute inolako aipamenik egiten bilatzaileen paperari buruz. Besterik gabe EBJAak bilatzaileen erantzukizuna onartu du ahaztua izateko eskubidearen egikaritzan, baina nola egikaritu behar duen zehatz barik. Honela, ematen du bilatzaileen esku geratuko dela eskubide hau nola exekutatu behar denari buruzko erabakia. Zentzu honetan, esan liteke gaur egun bilatzaileek erabiltzen duten sistema edo tresnak helmen mugatua daukala. Esan denez, egun bilatzaileei url zehatzak ez-indexatzea eskatu dakieke, informazioa argitaratu duen subjektuari eskatu dakiokkeen antzera. Honela, nahiz eta bilatzaileen aurrera zuzenean jotzeko aukera onartzeak ezertarako balio ez duela baieztatu ezin bada ere, esan liteke bilatzaileen aurrean ahaztua izateko eskubidearen egikaritzak helmen handiagoa izan lezakeela. Bilatzaileen aurrean ahaztua izateko eskubidea egikaritzeko aukera onartzeak benetako ekarpena suposatuko luke bilatzaileari eskatu litzaiokkeen zera izatekotan: ez url zehatz baten ez-indexazioa, baizik eta pertsona identifikatu edo identifikagarri baten eta informazio zehatz baten arteko harremana apurtzea. Helburua ez litzateke web orrialde zehatz baten indexazioa ekiditea izango, izan ere kasu honetan posible litzateke informazio hori beste helbide batean jasotzea, edo etorkizunean informazio hori beste web orrialde batean argitaratzea. Bilatzaileen aurrean egikaritu litekeen ahaztua izateko eskubidearen helburu funtsezkoa pertsona bat eta informazio bat lotzea ekiditea izan beharko litzateke. Ematen du bide hau Frantzian martxan jarri zela pertsona bat eta berari buruzko argazki oso sentiberak lotzeko aukera mugatu zenean, Google-i argazki horiek etorkizunean, orokorrean, indexatzeko aukera mugatuz. Kasu honetan ez ziren url zehatz batzuk ez-indexatzen, baizik eta informazio bat bilatzaileen bitartez aurkitzeko aukera mugatzen zen (104). Helburu honen betetzeak planteatu ditzaizkeen zailtasun teknikoak alde batera utzita, bilatzaileen aurrean egikaritu daitezkeen ahaztua izateko eskubidearen oinarria helburu honen betetzean finkatu beharko litzateke.

### III.5. Ahaztua izateko eskubidearen egikaritzaren adibide batzuk

Orain arte ikusitakoak agerian utzi du ahaztua izateko eskubidearen egikaritzak gatazka ezberdinak planteatzen dituela, bai ikuspuntu teoriotik, eskubidearen oinarri juridikoa zein den zehazterako orduan adibidez, bai eta ikuspuntu praktikotik, berau egikaritzeko tresna egokiena zein den erabakitzerako orduan, adibidez. Gatazka hauen hondoan ez dira bakarrik ahaztua izateko eskubidearen inguruan ñabardurak planteatzen dituzten ideia edo teoriak aurkitzen. Kasu askotan ahaztua izateko eskubidearen inguruan planteatzen diren gatazken funtsean eskubidearen existentzia bera zalantzan jartzen duten ideiak kokatu dira (105). Ideia honen justifikazioa eskubide honek sarean argitaratu den informazioa ezagutu eta erabiltzeko askatasunaren gain izan dezakeen

(104) «Google condenado a bloquear las fotografías de la orgía de Mosley», *Diario As* 2013ko azaroaren 6.

(105) TOURIÑO, Alejandro, *El derecho al olvido y a la intimidad en Internet*, Catarata, Madril, 2014, 41. orrialdea: «*el derecho al olvido ha nacido muerto*»; Bretania Handiko Loren Ganbarako Europar Batasuneko gaiari buruzko Taldeak onartutako txostena: «EU Data Protection law: a right to forgotten?», 2014ko uztailaren 30eko, 9. orrialdea.

eragin negatiboan oinarritzen da. Eskubide honen egikaritzak nolabaiteko zentzura suposatuko luke, izan ere bilatzaile orokorren bitartez herritarrok daukagun informazioa bilatu eta jasotzeko informazioa mugatuko litzateke. Ahazteko eskubidea erabiliz informazioaren titularrak edo jabeak berari buruzko informazioa bilatzaileen bitartez bilatu eta erabiltzeko aukera mugatzeko ahalmena edukiko luke. Honela, Interneten funtzioa, informazio fluxu «askeak» sortzea, mugatuko luke(106). Planteamendu hauek ikuspuntu praktiko batetik aztertu ezker, ahaztua izateko eskubideak izan duen erabilera-rekin zerikusirik ez daukan errealtate batean oinarritu direla ikusiko da. Askotan, ahazteko eskubideak eduki edo helmen mugagabea daukala eman izan du(107). Eta errealtatea ez da hori. Kasuren batean ahaztua izateko eskubidea era oso orokorrean egikaritu nahi izan da, Interneten ez agertzeko eskubide gisa. Honela, Google-i bilatzailearen bitartez pertsona bati buruzko edozein informazio aurkitzeko aukerak ezabatzea eskatu zaio, orokorrean, informazio zehatz bat aipatu barik. Logikoa denez, ez da aukera hau onartu eta ahaztua izateko eskubidea informazio zehatz baten gain egikaritzeko eskatu da(108). Praktikan ahaztua izateko eskubidea egoera eta kasu zehatzetan aplikatu izan da, ez era mugagabean. Ahazteko eskubidea aztertzerako orduan praktikan eskubide honek izan duen aplikazioari begiratu behar zaio. Frogatu denez ahaztua izateko eskubidea suposamendu zehatzetan aplikatua izateko eskatu dute herritarrek, eta oso kasu zehatzetan onartu da aplikazio hau. Eskubide honek errealtatean izan duen aplikazioa ondo ezagutzen dutenek plazaratu dituzten datuak aztertu ezker, ikusiko da 2013an, adibidez, bilatzaileen aurrean ahaztua izateko eskubidea 89 suposamendutan planteatu dela eta suposamendu horietatik bakarrik 26 kasutan onartu duela DBEAak bere egikaritzatza(109). Honekin esan nahi dena da ahaztua izateko eskubidea ez dela era mugagabean, zuhurtziagabekeriak, aplikatzen, baizik eta kasu zehatzetan eta jokoan dauden interesak alderatuz.

Sareetan pertsonen buruzko informazioa argitaratzen duten subjektu ezberdinak aurki daitezke. Gatazka ohikoenak, dena den, komunikabide eta botere publikoen webguneetan argitaratutako informazioekin sortu dira. Bestelako webgunetan jasotako informazioaren gain ere egikaritu da ahazteko eskubidea, haatik, bi kasu horiei buruzko aipamena egingo da, laburra bada ere, interpretazio arazo zehatzak planteatu dituztelako.

- a) Ahaztua izateko eskubidea komunikabideek sarean argitaratutako informazioaren gain egikaritu daiteke. Normalean, adierazpen askatasuna eta informaziorako askatasunaren mugak aipatzean, intimitatea, ohorea eta irudirako eskubidea azpimarratzen dira. Ez hainbeste norberaren datuak babesteko eskubidea. Haatik, ezin uka daiteke azken eskubide honek adierazpen eta informaziorako askatasunen muga gisa jokatu dezakeenik. Hala ere, norberaren datuak babes-

---

(106) DANS, Enrique, «Sobre el imposible y absurdo derecho al olvido», [www.enriquedans.com](http://www.enriquedans.com), 2014ko maiatzaren 16.

(107) APARICIO SALOM, Javier, *Estudio sobre la protección de datos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2013, 313. orrialdea; RALLO, Artemi, *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madril, 2014, 25-26. orrialdeak.

(108) DBEAren RR/00146/2014 ebazpena eta R/03184/2012 ebazpena.

(109) <http://www.samuelparra.com>. Ildo beretik DBEAren 2013ko Memoriak aipatu duenez ahaztua izateko eskubidearen inguruan egin diren eskaeren %22a bakarrik onetsi da.

teko oinarritzko eskubidea eta informaziorako eta adierazpen askatasunaren arteko gatazka konpontzeko aipamenak oso eskasak dira arauetan(110). Orokorrean, gainera, intimitaterako eta ohorerako eskubidea, eta informaziorako eta adierazpen askatasunaren arteko talka konpontzeko erabiltzen diren irizpideak aipatzen dira(111). Bere partez, DBEAak, ahaztua izateko eskubidea komunikabideen aurrean egikaritu deneko kasuak aztertzerakoan, informazioa emateko eskubidea norberaren datuak babesteko eskubidearen gaineratik kokatzen dela ondorioztatu du, KAren jurisprudentziari jarraiki, subjektu horien aurrean ahaztua izateko eskubidea egikaritzeko aukerak asko mugatuz(112). Oso kritikagarria da Agentziak jarraitutako irizpidea.

Gaur egun, norberaren datuak babesteko eskubidea, eta informaziorako eta adierazpen askatasunaren arteko harremana indartu egin da, hain zuzen ahaztua izateko eskubidearen bitartez. Ikusi denez, Interneten ahaztua izateko eskubidearen inguruan eman den gatazka juridiko garrantzitsuena egunkari baten bertsio elektronikoan argitaratutako informazio bate dela eta gertatu da. Zentzu honetan, ezin ahaztu daiteke komunikabideek gizartean betetzen duten paper garrantzitsuen inguruan Internetek, orokorrean, eta bilatzaileek, era zehatzago batean, nolabaiteko iraultza ekarri dutela. Auzitegiek beraiek adierazpen eta informaziorako askatasunaren bermatzean Internetek daukan garrantzia azpimarratu dute(113). Eskubide horien egikaritzan Internetek ematen duen dimentsio berria ere azpimarratu dute, Internet bidez adierazpen edo informaziorako eskubideak egikaritzean irizpide bereziak kontuan hartu behar direla baieztatuz(114). Azken zentzu honetan, GEBEAk azpimarratu du Interneten balioa ez dela bakarrik gaur egun adierazpen eta informaziorako askatasuna bermatzea, baizik eta, baita ere, etorkizunean askatasun horiek bermatzekoa, izan ere informazioa sarean mantentzeak posible egiten du etorkizunean ikerketak egitea, adibidez(115). Ezin ahaztu daiteke sarean argitaratutako informazioak balio historikoa edo zientifikoa izan dezakeela(116). Aldi berean, bilatzaileek funtzio garrantzitsua daukate baita ere helburu honen betetzean. Are gehiago, auzitegien iritziz Google bezalako bilatzaileen funtzio garrantzitsua bermatzeak oinarritzko eskubideak mugatzera era-

(110) EBeko Datuak Babesteko Zuzentarauaren 9. artikuluan eta Datuak Babesteko EBeko Erregelamendu berriaren proposamenaren 80. artikuluan Estatuko araudiaren aldeko igorpena besterik ez da jasotzen.

(111) Zuzendaraua eta Erregelamendu berriaren proposamenan. Tesian esandakoa... EBeko Datuak Babesteko Zuzentarauaren 29. artikuluko Lan Taldearen 1/97 Txostena, Datuak Babesteko Araudia eta Komunikabideei buruzkoa. Auzitegiek ere irizpide berak aplikatu dituzte, ENaren 2011ko maiatzaren 12ko epaian adierazten denez.

(112) DBEAren R/00265/2014 eta R/00388/2014 ebazpenak.

(113) GEBEA 2012ko abenduaren 18ko epaia, Ahmet Yildirim v. Turkia, 48. OJ; GEBEAren 2009ko martxoaren 10eko epaia, Times Newspaper Ltd. v. Erresuma Batua, 27. OJ eta hurrengoak.

(114) GEBEAren 2013ko uztailaren 16ko epaia, Wegrzynowski eta Smolczewski v. Polonia, 58. OJ.

(115) GEBEAren 2009ko martxoaren 10eko epaia, Times Newspaper Ltd. v. Erresuma Batua, 45. O J, zeinetan Potentzialki iraingarria izan litekeen komunikabide batek sarean argitaratu zuen informazioa ezabatzea bilatzen zen.

(116) DE TERWANGNE, Cécile, «Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido», *Revista de Internet, Derecho y Política* n.º 13, 2012, 59. orrialdea.

man dezake(117), nahiz eta bilatzaileak komunikabide gisa hartzearen inguruan zalantzak planteatu diren(118). Hain zuzen, komunikabideak, eta Internet eta bilatzaileen arteko harreman honek sortu ditzakeen kalteak mugatu eta ekiditeko ahaztua izateko eskubideak tresna garrantzitsua suposatzen du.

Komunikabideek izaera pertsonaleko informazio ugari jasotzen dute. Gainera, bere webguneetan informazio horri buruzko komentarioak egiteko eta eztabaidak sortzeko plataformak eraikitzen dira, informazio horrek izan dezakeen sona handituz(119). Bilatzaile orokorren bitartez oso erraza izaten da komunikabideek argitaratu dituzten datuak jaso eta ezagutzea. Lehen esan bezala, komunikabide batek pertsona bati buruzko informazioa jasotzen duenean, informazio hori epe luzerako edo betirako jarriko da harremanetan pertsona horrekin bilatzaile orokor batean pertsona horren izena jartzen baldin bada. Kontua da, denbora pasatu ahala informazio horren gain eragiten duten hainbat egoera eman daitezkeela: errealitate berari buruzko datu berriak agertzea, argitaratu den informazioa egiazkoa ez dela azaltzen duten datuak agertzea, argitaratu den informazioak interes osoa galtzea denboraren poderioz, etab. Egoera hauetan interneten ahaztua izateko eskubidea egikaritzea planteatu daiteke. Eskubide hau egikaritzerako orduan argitaratutako informazioaren edukia ere eragin dezake. Kasu batzuetan informazio horrek pertsona bati buruzko ezaugarri negatiboak islatu ditzake. Hauetan ahaztua izateko eskubidea argudiatzeko arrazoi indartsuak aurkitu daitezke. Beste batzuetan informazioak ez du ezaugarri negatiborik azaltzen. Honek ez du esan nahi, aldiz, ahaztua izateko eskubidea egikaritu ezin denik. Esan bezala, une batean sarean kokaturiko informazio guztia sarean gorde edo mantendu ezkeru berau bilatzaileen bitartez eskuragarri izanik, ezer ezabatu edo zuzendu barik edo bilatzaileen bitartez bere bilaketa mugatu barik, informazio horrek guztiak pertsona bati buruzko profil oso bat azalerazi dezake. Ahaztua izateko eskubidea profil horiek sortzeko aukera mugatzeko tresna gisa aurreikusi daiteke. Beraz, nahiz eta argitaratutako informazioak inongo eduki negatiborik ez izan posible da datu horien gain ahaztua izateko eskubidea egikaritzea, berau sarean bilatzaile orokorren bitartez aurkitzeko aukerak mugatuz.

Orokorrean, beraz, komunikabideek argitaratutako informazioaren gain ahazteko eskubidearen egikaritzak ondorio ezberdinak eduki ditzake. Aurrerago esan denez, sarean informazioa argitaratzea datuen erabilera kontsideratu daiteke eta erabilera hau justifikatua egon behar da. Komunikabideen kasuan pertsona bati buruzko informazioa sarean argitaratzerakoan, argitaratzen diren datuen titularraren adostasunik barik, beharrezkoa da ezagunak diren baldintzak

---

(117) AGren 2012ko apirilaren 3ko epaia, zeinetan jabetza intelektualerako eskubidea mugatzen den bilatzailearen funtzioa bermatzeko.

(118) DBEAren RR/00235/2012 ebazpena.

(119) DBEAren ebazpena, RR/00099/2014: ABC egunkariaren aurrean ezabatzeko eskubidearen egikaritzea, 1978an argitaratu zen informazio bat ezabatzeko, eta Google Spain-en aurrean ezabatzeko eskubidearen egikaritzea, web lotura zehatz batean azaltzen den informazio bat ezabatzeko, informazio horren bilaketa ekiditeko. GEBEAren 2013ko urriaren 10eko ebazpena, Delfi v. Estonia, Delfi enpresak, Interneten berriak argitaratzen dituen webgune baten jabeak, Estoniaren aurka egiten du, ustez bere adierazpen askatasuna urratu duelako. Arazoa argitaratutako berri baten inguruan herritarrek webgune horretan egin zituzten komentario batzuk sortu zuten. Komentario horiek enpresa batetik oso iraingarriak ziren. Komunikabidea komentario horien erantzule gisa jo zen, nahiz eta komentarioak irakurleek egiten zituzten. GEBEAk Estoniaren alde egin zuen.

ematea: informazioaren egiazkotasuna edo/eta garrantzia publikoa. Baldintza hauek betetzen diren ala ez direnaren arabera ahaztua izateko eskubideak eduki ezberdina izan dezake.

- Informazioaren argitaratzea baldintza horiek bete barik ematen baldin bada helburua informazioa ezabatzea izango da. Pentsa pertsona baten aurrekari penal batzuei buruzko informazioa argitaratzen bada eta aurrekari horiek egiazkoak ez badira (120). Logikoki, betekizun horiek ematen ez badira argitaratzea ez da justifikaturik egongo; informazioaren erabilera ez da legezkoa izango. Egoera honetan, datuak babesteko eskubideak argitaratu den informazioa ezabatzea justifikatuko luke. DBLOan datuen erabilera legezkoa izan behar dela espresuki azpimarratzen da. Baldintza logiko hau bete ezean datuak ezabatzeko betebeharra inposatzen da. Kasu honetan ahaztua izateko eskubidea barik datuak ezabatzeko eskubidearen egikaritzea, zentzu hertsian, izango litzateke. Kasu honetan, ezabatzea erabilera aurrera eramantzen duten subjektu ezberdinek gauzatu beharko dute, bai informazioa argitaratu duenak eta baita informazioa bilatzea posible egiten dutenak ere (121). Datuak ezabatu behar direnean, bai argitaratzearen erantzuleek eta baita bilatzaileek ere datu horiek ezabatu beharko dituzte. Informazioa argitaratu duenak informazioa ezabatu beharko du, baina baita bilatzaileak ere bai bere memoriatik. Kasu hauetan eskubide hau egikaritzeko aukera inork ez du zalantzan jartzen. Are gehiago, hainbeste aipatu den EBJAaren aurrean jarraitutako prozesuan ahaztua izateko eskubidea kritikatu zuten hainbat alderdik ere, eskubide hau argitaratu den informazioa faltsua izatekotan edo argitaratzea legearen kontrakoa denean aplikatu daitekeela onartu zuten.
- Posible da argitaratutako informazioak aipatu baldintzak betetzea: egiazkotasuna edota garrantzia publikoa. Baina gerta daiteke denbora pasatu ahala informazio batek garai batean izan zezakeen garrantzia publikoa galtzea. Hau da, historiako une zehatz batean interes publikoa izan dezakeen informazio batek denbora pasatu ahala interesa galdu dezake. Kasu hauetan ahaztua izateko eskubidea antzina argitaratu zen informazioa bilatzaile orokorren bitartez Interneten aurkitzeko aukerak mugatzeko egikaritu daiteke. Gogoratu honek ez duela informazio horren ezabatzea suposatuko. Informazioa sarean mantenduko litzateke baina berau bilatzaileen bitartez aurkitzeko aukerak mugatuz. Informazio hori pertsona berari buruzko beste informazio batzuekin harremanetan jartzeko aukerak ere mugatuko lirateke. Honela, informazio hori aurkitzea posible izango litzateke zuzenean iturrira joaz, informazioa argitaratu zeneko web orrialde zehatzera joaz. Honekin lortuko litzatekeena zera da, antzina argitaratu zen informazio batek informazio horren titular denari sortu dakiokeen kaltea emateko aukerak mugatzea, izan ere bilatzaileen bitartez egin daitekeen informazio horren erabilera mugatuko da. Argitaratutako datuak bereziki negatiboak izan ala ez izan, datu horiek denbora pasatzearen poderioz antzina izan zuten garran-

(120) Bartzelonako (PEE) 2013ko otsailaren 8koa.

(121) AGE 2013ko martxoaren 4koa.



tzia galdu badute zentzuzkoa da bilatzaileen bitartez datu horiek erabiltzeko aukerak mugatzeko bideak zabaltzea, hain zuzen datuak babesteko eskubidearen edukia hertsiki errespetatzeko, batez ere pertsona bati buruzko profilak sortzeko aukerak mugatzeko. Kasu hauetan eskubide honen egikaritzeak oinarria izan dezake helburu eta proportzionaltasun printzipioetan, eta, batez ere, aurkatzeko eskubidearen egikaritzan (122). Informazioaren argitaratzeak bere helburua bete badu, interes publiko bat asetzen hain zuzen, informazio hori erabiltzeko aukerak mugatzeak zentzuzkoa ematen du. Nolabait, bertsio elektronikoan argitaratu den informazioa paperezko bertsioan argitaratutakoaren parean kokatuko litzateke. Aurreko paragrafoan aipatu kasuan, argitaratutako aurrekariak egiazkoak izango balira, baina aurrekari horiek jadanik ezabatu izan balira administrazioen erregistroetatik (123), argitaratze horrek ez luke pertsona horren birgizarteratzea baldintzatuko? Bilatzaileetan pertsona horren nortasuna antzina egindakoarekin lotzen bada birgizarteratzea ez da zailagoa izango? Aipatu epaiak espresuki aipatzen du arrisku hau, DBLOan aurrekari penalei buruzko informazioa informazio sentibera dela azpimarratuz (124).

- Gerta daiteke, baita ere, une batean argitaratutako informazioa egiazko gisa argitaratu izana baina denbora pasatu ahala informazio hori osatugabea geratu izana edo zaharkitua geratu izana gai berari buruzko informazio berria azaldu delako. Pentsa une zehatz batean erabaki judizial batetik eratorritako edukia argitaratu izan deneko kasu batean, erabaki hori errekurritua izan denean, eta denbora baten ondoren goragoko auzitegi batek aurreko erabaki hori kontraesan duenean (125). Kasu hauetan, informazio zahar horrek ez du errealitate gaurkotu bat adierazten. Ezaguna denez, DBLOak «egiazkotasun» printzipioa arautzen duenean, datuek pertsona bati buruzko errealitate gaurkotua islatzeko bete-beharra aurrezagutzen du. Une zehatz batean argitaratu zen informazio batek baldintza hori betetzen ez duenean eta errealitate gaurkotu bat islatzen ez duenean, ahaztua izateko eskubideak aukera eman beharko luke informazio zaharkitu horren Interneten bilatzaileen bitartez egin daitekeen erabilera mugatzeko. Ahaztua izateko eskubideak posible egin beharko luke zaharkitua geratu den informazio horren erabilera baldintzatzea. Helburua zera litzateke: pertsona bati buruz zaharkitua geratu den informazioa etengabe, sarean bilatzaileak erabiliz, pertsona horrekin harremanetan jartzea ekiditea. Honela, informazio horrek ez luke etengabe pertsona hori definitu edo sailkatuko. Ahaztua izateko eskubidearen aplikazioz, helburu hori lortzeko bide ezberdinak leudeke. Posible litzateke zuzenean argitaratutako informazio zaharra bilatzaileen bitartez ez-indexatzea, bilatzaileen bitartez pertsona hori informazio berriarekin soilik harremanetan jar-

(122) DBEAren RR/00869/2011 ebazpena.

(123) 95/2009 Errege Dekretua, otsailaren 6koa, zeinek Justizi Administrazioa laguntzeko administrazio erregistroen sistema arautzen duen.

(124) ENE 2012ko ekainaren 15ekoa, 4. O.J. Bartzelonako (PEE) 2013ko otsailaren 8koa.

(125) DE TERWANGNE, Cécile, «Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido», *Revista de Internet, Derecho y Política* n.º 13, 2012, 57. orrialdea; Sentencia de la Corte di Casazione, Terza Sezione Civile 5525/2012, de 5 de abril de 2012, zeinetan errealitate hori jasan zuen politikari baten egoera aztertu zen, CASINO RUBIO, Miguel, «El periódico de ayer, el derecho al olvido en Internet y otras noticias», *REDA* n.º 156, 2012.

tzeko. Edo, posible litzateke informazio zaharraren erabilera ez mugatzea, baina bilatzaileen bitartez informazio hau aurkitzean zuzenean harremanetan jartzea pertsona horri buruzko informazio berri edo eguneratua (126). Bide hauetatik pertsona horri buruzko errealitate gaurkotua islatzea bermatuko da.

- b) Ahaztua izateko eskubidea botere publikoek argitaratutako informazioaren gain ere egikaritu daiteke. Aipatuenez, botere publikoek hainbat bidetatik argitaratzen dituzte izaera pertsonaleko datuak. Pentsa dezagun aldizkari ofizial baten bitartez egiten den zigor baten jakinarazpen batean, pertsona bat zergatik zigortu denari buruzko informazioa ematen duena, adibidez kalean txiza egin izanagatik (127). Edo, aldizkari ofizialean eraso sexualak egin izanari buruzko informazioa argitaratzen denean, hori horrela izan dela baieztatzen duen epaiaren edukia argitaratuz (128). Edo administrazio zehatz bateko iragarki taulan diru-laguntza bat eskatu duen pertsona baten ez-gaitasun fisikoa azaltzen dela (129). Informazio hori bilatzaile orokorren bitartez aurkitzea posible egiten bada agerikoa da sentibera izatera iritsi daitezkeen datuak oso eskuragarri gera daitezkeela. Eskuragarritasun honek sortu ditzakeen ondorio kaltegarriak ekiditeko, ahaztua izateko eskubidearen egikaritzak posible egin beharko luke bilatzaileak erabiliz informazio hori aurkitzeko ahalmena mugatzea. DBEAak espresuki onartu du kasu hauetan ahaztua izateko eskubidearen egikaritzea. Ez da datuak iturri ofizialetatik ezabatzea eskatzen, baizik eta bere bilaketa mugatzea (130).

Kasu hauetan ahaztua izateko eskubidearen egikaritzea onartzeko zein betekizun eman behar diren oso argi plazaratu da. Aurkatzeko eskubidea oinarritzat harturik DBEAak eskubidea egikaritzeko elementu guztiak ematen direla onartu du hainbat kasutan: A) Datuak aldizkari ofizialean, interesdunaren baimenik barik, argitaratzea Lege batek justifikatzen du; B) Ez dago legerik kasu honetan aurkatzeko eskubidea egikaritzea espresuki debekatzen duenik; C) Geratzen den azkeneko betekizuna interesdunak aurkatze hori justifikatzen duen arrazoi bat argudiatzea litzateke. Arrazoi hori dagoen kasuan-kasu aztertu beharko litzateke. Azterketa hau egiterakoan hainbat egitate hartzen ditu kontuan Agentziak: —argitaratutako informazioak antzinako egoera bati egiten dion erreferentzia; —informazioak interesdunaren ohorea eta duintasuna ukitzen dituen; —aldizkari ofizialaren helmena handiagoa edo txikiagoa den: probintzia, autonomia erkidegoa edo Estatu (131). Beste kasu batzuetan Aldizkari Ofizialen aurrean ahaztua izateko eskubidea ezabatzeko eskubidearen egikaritzaren bitartez gauzatu da.

(126) Sentencia de la *Corte di Casazione, Terza Sezione Civile* 5525/2012, de 5 de abril de 2012. Epai honetan irtenbide hau eman zen: epaitua izan zen pertsonari buruzko berria harremanetan jarri behar zen berandua-go pertsona absolbitzen zuen erabaki judizialari buruzko berriarekin. Nolabait, sarean politikariaren errealitate gaurkotua azaltzea bermatu behar zen, berria kontextualizatuz.

(127) DBEAren R/01046/2007, ebazpenak aztertu zuen kasu ezagunean gertatu bezala.

(128) AGren 2012ko azaroaren 13ko epaia.

(129) ENaren 2012ko ekainaren 15eko epaia.

(130) DBEAren RR/00188/2012 ebazpena.

(131) DBEAren 0214/2010 Txostena, aldizkari ofizialetan jasotzen diren egintza zigortzaileak argitaratzean bilatzailearen jarrera zein izan behar denari buruzkoa, datu horien jabe den interesdunak informazio hori bilatzaileen bitartez aurkitzeko aukerak mugatzea eskatzen duenean.

Hau gertatu da indultu baten argitarapenarekin. Aldizkari Ofizialak informazio hori bilatzeko aukera mugatu zuen robot.txt deritzon tresna erabiliz. Google-en aurrean ezabatzeko eskubidea egikaritu zen bere aurkibidetik informazioa ezabatzeko bilaketa ezinezko eginez (132).

Aldizkari ofizial edo iragarki tauletan argitaratu daitekeen informazioaz gain, posible da botere publikoek bestelako iturriak erabiltzea informazioa plazaratzeko. Hori gertatzen da, adibidez, auzitegi eta epaileek onartutako epaietan argitaratu daitezkeen datuekin. Ezaguna da, batez ere juristen artean, historikoki epaietan izaera pertsonaleko datuak argitaratu direla. Eman izan du epaien eduki osoak ezagutzeko askatasuna egon dela eta eduki horiek argitaratzeko aukera mugagabea egon dela. Egoera hau ez dator bat izaera pertsonaleko datuak babesteko eskubidearen edukiarekin. Gauza bat izan liteke interes publiko agerikoa daukan epai baten edukia argitaratzea, eta beste bat epai guztien eduki osoa argitaratzeko aukera mugagabea izatea. Azterketa sakonago bat etorkizunerako utziaz, ideia orokor batzuk azpimarra daitezke (133). Konstituzio Auzitegiko epaiei dagokienez, araudiak epai hauen publizitatea baimendu eta galdatzen du. Honela Estatuko Buletin Ofizialean epai hauen argitaratzea ohikoa izaten da eta bilatzaileen bitartez epai hauen edukia jasotzea ere ohikoa izaten da. Publizitate honek, dena den, epaien eduki osoaren, baita bertan jasotzen diren datu pertsonalen, argitaratzea suposatu behar duen galdetu daiteke, auzitegiek beraiek egin duten bezala (134). Kasu hauetan, baina, epai hauen publizitateari ezarri dakizkiekeen mugak Konstituzio Auzitegiak berak onartu beharko ditu, DBEAak berak adierazi duenez, auzitegiek berretsita (135). Beste auzitegiek erabakitako epaietan araudiak ez du gauza bera jasotzen. Kasu hauetan, Botere Judizialaren Lege Organikoaren 235 eta 266 artikulua jarraituz, publizitate printzipioa ez da espresuki jasotzen, baizik eta kasuan-kasuko azterketa batera igortzen du, CENDOJ (*Centro de Documentación Judicial*) deritzon organoak egingo duena (136), epaien edukia ezagutu nahi duen pertsonaren interes legitimoa kontuan hartuz (137), GEBEAren jurisprudentzia jarraituz (138), beti ere «interes-dun» kontzeptu horren oso interpretazio hertsia eginez (139). Edozein kasutan,

(132) DBEAren R/00548/2014 ebazpena; R/01746/2011 ebazpena; RR/00023/2012 ebazpena.

(133) JACOBS, James B. eta LARRAURI, Elena, «¿Son las sentencias públicas? ¿Son los antecedentes penales privados? Una comparación de la cultura jurídica de Estados Unidos y España», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho* n.º 4 octubre 2010. SIMÓN CASTELLANO, Pere, *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Balentzia, 2012, 61. orrialdea

(134) Entzutegi Nazionalaren (EN) 2013ko azaroaren 11ko epaia, zeinetan KAren epaietan interesduneni zenabizenak agertu behar diren edo datu pertsonalen argitarapena mugatu behar den eztabaidatzen den.

(135) DBEAren RR/00188/2012 ebazpena. EN 2013ko azaroaren 11ko epaia; KAaren 2006ko apirilaren 5eko epaia eta 2013ko uztailaren 19ko epaia.

(136) 2010eko urriaren 28ko Botere Judizialeko Kontseilu Orokorreko osoko bilkurren Akordioa, 3/2010 Erregelamendua onartzen duena, epaien eta bestelako erabaki judizialen bir-erabilerari buruzkoa.

(137) ENaren 2013ko azaroaren 29ko epaia.

(138) GEBEAren 2000. urteko urtarrilaren 25eko epaia, Miragall Escolano v. Espainia.

(139) AGaren 2011ko abenduaren 5eko epaia; 1995eko martxoaren 3ko epaia.

epaiak eta bestelako erabaki judizialak argitaratzerako orduan izaera pertsonaleko datuak ezkatutzearen aldeko apamena egin da(140).

Botere publikoen kasuan ahaztua izateko eskubideak planteatzen dituen arazo edo gatazkak konpontzerako orduan irtenbideak ez dira hainbeste kasuan kasu eskubide hau aplikatu daitekeen ala ezin denaren inguruko eztabaidaren ildotik eratorri. Kasu honetan irtenbideak datuak babesteko eskubidea informazioaren argitaratzea gertatu aurretik bermatzeko bideak eta tresnak ezartzetik eratorri dira, *privacy by design* deritzonetik. Hau da, gero eta gehiago hartzen dira prebentzio neurriak, bilatzaileen bitartez informazioa aurkitzeko ahalmena mugatzeko eta autodeterminazio informatiborako eskubidea aurretiaz, kaltea sortu baino lehen, babesteko(141). Datuak babesteko EBeko erregelamenduaren proposamenak ere printzipio horri heltzen dio(142). Honela, gero eta gehiago informazioa bilatzaileen bitartez aurkitzeko aukerak mugatzen dira. Hau gertatu da, adibidez, TESTRA (Tablón Edictal de Sanciones de Tráfico) deritzonarekin, zeinek bertan jasotzen den informazioa Google bezalako bilatzaile orokorren bitartez aurkitzea ahalbidetzen ez duen. Bere bilatzaile propioa erabiliz informazioa erabiltzea posible da, baina ez bilatzaile orokorren bitartez. Ez da gauza bera gertatzen, aldiz, Euskal Herriko Agintaritzaren Aldizkari Ofizialarekin. Google-en Unai Aberasturi Gorriño eta Euskal Herriko Agintaritzaren Aldizkari Ofiziala hitzak erabiliz bilaketa bat egin ezkeroko pertsona horri buruzko informazioa aurkituko da. Edozein kasutan egia da aldizkari ofizial honen arduradunek martxan jarri dituztela ahaztua izateko eskubidea eraginkortasunez egikaritzeko tresna zehatzak(143). Orokorrean, botere publikoek argitaratzen dituzten datuen gain *privacy by design* delako printzipioa aplikatzeko oinarri juridiko nahikoa dagoela baieztatu daiteke. Argitaratze honek norberaren datuen babeserako oinarritzko eskubidea errespetatu dezan biderik egokiena ez da hainbeste ahaztua izateko eskubidea egikaritzeko bideak erraztea, nahiz eta ahalmen hau ere bermatu behar den, baizik eta argitaratze hori gertatzean oso era zorrotzean oinarritzko eskubidearen edukia aplikatzea, batez ere proportzionaltasun printzipioa errespetatzea. Ildo hau jarraitu dute auzitegiek(144) eta ordenamenduan bertan ere berau aplikatzeko oinarriak aurkitu daitezke(145), datuen babesa *ex ante* gertatu dadin.

(140) 2010eko urriaren 28ko Botere Judizialeko Kontseilu Orokorreko osoko bilkuraren Akordioa, 3/2010 Erregelamendua onartzen duena, epaien eta bestelako erabaki judizialen bir-erabilerari buruzkoa, 1.4. artikulua.

(141) Datuak Babesteko Madrilgo Agentziaren 3/2008 gomendioa, apirilaren 30ekoa, administrazio elektronikoen eremuan ematen diren zerbitzuetan izaera pertsonaleko datuak babesteari buruzkoa, eta 2/2008 gomendioa, apirilaren 25ekoa, Interneten aldizkari ofizialetan, erakundeen web orrialdeetan eta bestelako bide elektronikoen eta telematikoen izaera pertsonaleko datuak argitaratzeari buruzkoa; GUICHOT, Emilio, «La publicidad de los datos personales en Internet por parte de las administraciones públicas y el derecho al olvido», REDA n.º 154, 2012.

(142) Datuak Babesteko EBaren Erregelamenduaren proposamena, 2012ko urtarrilaren 25ekoa, 23. artikulua.

(143) <http://webzerbitzua.blog.euskadi.net/es/zein-da-ehaatik-datu-pertsonalak-ezabatzeko-prozesua/>

(144) AGren 2012ko azaroaren 13ko epaia eta EBJAren 2010eko azaroaren 9ko epaia, Volver und Markus Schecke eta Hartmut Eifert v. Land Hessen.

(145) Jakinarazpen eta argitalpenen abisua deritzon tresnaren kasua litzateke, 30/1992 Legea, azaroaren 26koa, Herri Administrazioen Araubide Jurikoaren eta Administrazio Prozedura Erkidearenaren 61. artikulua.

Edozein kasutan, aurrezaintza neurriak aztertzeak beste artikulua bat idaztea galdutako luke. Orain interesgarria dena zera da: ahaztua izateko eskubidea zein kasutan egikaritzen den ezagutzea

#### IV. Ondorioak

Teknologia berriekin hertsiki harremanetan dagoen gaia izanik, norberaren datuak babesteko eskubidea etengabe berrikusten ari den oinarrizko eskubidea da. Eskubide honen edukiak denboran zehar ñabardura ugari jasan ditu. Eduki honen zehaztapenaren inguruan azken urteetan sortu den eztabaida garrantzitsuenetakoa ahaztua izateko eskubidearen inguruan gertatu da. Ahaztua izateko eskubidea sarean argitaratu den pertsona zehatz bati lotutako informazioaren bilaketa eta erabilera mugatzeko ahalmena da. Batez ere Interneten erabiltzen diren informazioa bilatzeko bilatzaileek sortzen dituzten ondorio kaltegarriak mugatzeko ahalmena da, informazio zehatz bat eta informazioaren titularraren identitatearen arteko lotura ezabatu edo zailduz. Helburua sarean argitaratutako informazio zehatz bat eta bere titularraren arteko harremanak sortu ditzakeen kalteak ekiditeko tresnak aurrezagutzea izango litzateke, informazioaren titularraren pertsonaren iraganak pertsona hori betirako markatu ez dezan.

Ahaztua izateko eskubideak polemika ugari eragin du. Hasteko, eskubidea beraren existentzia zalantzan ere jarri delako. Eta gero, eskubidearen aplikazio eremua zein izan behar den zehaztea oso zaila delako.

Aipamen zehaztugabe gutxi batzuk alde batera utzita arauak ez dute orokorrean ahaztua izateko eskubideari buruzko xedapenik jaso. Honela, auzitegiek eta administrazioek zehaztu dute azken urteotan Interneten ahaztua izateko eskubidearen eduki eta helmena. Hain zuzen, gai honen inguruan eman den aipamenik garrantzitsuenak EBJAak aurten onartutako epai batek osatzen du, zeinek bilatzaileen aurrean ahaztua izateko eskubidea aurrezagutu duen.

Gaur egun, eskubidearen existentzia bera ezin uka daiteke. Batetik, erakundeek beraien horrela baieztatu dutelako. Eta bestetik, praktikan bere egikaritzea onartzen ari delako. Esanenez, ahaztua izateko eskubideak, nahiz eta indarrean dauden arauetan espresuki jasotzen ez den, oinarri juridiko sendoa dauka. Norberaren datuak babesteko oinarrizko eskubidearen ohiko edukian aurkitzen du bere funtsa, batez ere aurkatzeko eskubidean.

Edozelan ere, nahiz eta bere existentzia bera onartu, ezin uka daiteke ahaztua izateko eskubidearen edukiak zalantza ezberdinak planteatzen dituela. Batetik, bere helmena zein denaren inguruan. Praktikan, eskubide hau nola egikaritu den kontuan hartuz, berau noiz eta noren aurrean aplikatu daitekeen galdetzen da. Bestetik, ikuspegi teknikoak eskubide honen egikaritzea errealtatera nola eraman daitekeen galdetzen da.

Ikusienez, Interneten argitaratu den informazioaren gain ahaztua izateko eskubidea egikaritu nahi denean kontuan hartu behar da subjektu ezberdinek hartzen dutela parte informazioaren argitaratzean. Batez ere sarean, webgune batean, informazio hori jasotzen duen pertsona eta informazio honen bilaketa errazten duten bilatzaile orokorrak ezberdinu daitezke. Ahaztua izateko eskubidea subjektu hauen aurrean egikaritu daiteke. Informazioa argitaratu duten subjektuek badituzte bere esku eskubide hau egi bihurtzeko tresnak. Tresna hauen erabilerak arazoak planteatzen badituzte ere, argitaratzaileek posible daukate informazio zehatz bat Interneten bilatzeko aukerak mugatzea. Bilatzaileen aurrean ere egikaritu daiteke ahaztua izateko eskubidea. Nahiz eta bila-

tzaile hauek informazioa sarean argitaratzearen gaineko erantzule zuzenak ez izan, posible egiten dute argitaratu den informazio bat era erraz batean aurkitzea. Eta zerbitzu hori emateko bilatzaileek ere informazio hori era zehatz batean erabiltzen dute, beraien datu baseak sortuz. Honela izanik, bilatzaileen aurrean zuzenean ahaztua izateko eskubidea egikaritu daitekeela onartu da.

Edozein kasutan, ahaztua izateko eskubidearen eduki eta helmena zein izan behar den zehazten hasi besterik ez da egin. EBJAak onartutako epaiak atea zabaltzen du eskubide hau norberaren datuak babesteko erregimen juridikoa zehazten duten arauetan kontsolidatzeko. Bai EBean onartuko den arau berrian, bai eta estatuen barne eremuan onartu daitezkeen arauetan ahaztua izateko eskubideak aipamena izango du. Arriskua aipamen hori oso orokorra izatea izango da. Ikusi denez, ahaztua izateko eskubidearen egikaritzak arazo ezberdinak sortzen ditu eta arazo hauen funtsean, batez ere, arauen zehaztugabetasuna kokatzen da. Etorkizunean onartuko diren arauak eskubide hau noiz eta nola aplikatu behar den argitu behar dute. Gaur egun, eskubide hau segurtasun gabezia maila oso altuarekin egikaritzen da: zalantza handiak planteatzen dituzten tresnak erabiltzen dira (robots.txt fitxategia, adibidez), bilatzaileek aplikatu beharko dute kasu bakoitzean beren irizpidea eskubide hau onartu ala ez onartzeko, etab. Agerikoa da eskubideen arteko talka baten aurrean ezin dela eragile pribatuen esku utzi oreka egokia ezartzeko funtzioa. Ahaztua izateko eskubidearen egikaritza ezin da konbentzio edota irizpide subjektiboen menean kokatu. Arauek zehaztu beharko dute, behin eskubide honek norberaren datuak babesteko oinarrizko eskubidearen edukia osatzen duela onartuta, ahaztua izateko eskubidea noiz, nola eta noren aurrean egikaritu daitekeen.

Trabajo recibido el 1 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Norberaren datuak babesteko oinarrizko eskubidea etengabe berrikus-ten ari den ahalmena da. Berrikuspen honen nondik norakoa teknologia berrien garapenak baldintzatzen du. Azken urteetan asko azpimarratu da Interneten bilatzaile orokorrekin esku-bide honen gain sortzen dituzten arriskuak. Arrisku hauetariko bat da behin pertsona bati buruzko informazioa sarean jasota informazio hori epe luzearako geratuko dela Interneten eta bilatzaileen bitartez informazio hori beti jarriko dela harremanetan bere jabearekin. Bi-latzaileek pertsona bat informazio batekin lotzera kondentzen dute eta egitate horrek kal-teak sor ditzake, batez ere aurkitzen diren datuen edukia negatiboa denean. Hain zuzen, bilatzaileek sor ditzaketen kalteak ekiditeko «Interneten ahaztua izateko eskubidea» aurre-zagutu da. Eskubide honi buruz asko eztabaidatu da azken urteetan, batez ere Europar Ba-tasuneko Justizi Auzitegiak bere existentzia onartu zuenetik. Hain zuzen, eskubide honen edukia aztertu nahi da lan honetan.

**HITZ GAKOAK:** Norberaren datuak babesteko eskubidea. Interneten ahaztua izateko eskubidea. Europar Batasuneko Justizi Auzitegia.

**RESUMEN:** El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal consti-tuye una facultad en constante revisión. Esta revisión se produce al albur de la continua evo-lución de las nuevas tecnologías. En los últimos años se han subrayado de manera especial los riesgos que producen los buscadores que se utilizan en Internet para encontrar informa-ción. Entre estos riesgos cabe subrayar el hecho de que cuando una información se incluye en Internet ésta queda a disposición de los usuarios y el que a través de los buscadores esa información se pondrá en relación constantemente con el titular de la misma. Los buscado-res condenan a que una persona quede vinculada perpetuamente a una información y esta circunstancia puede producir graves perjuicios, sobre todo cuando el contenido de la infor-mación es negativo. Precisamente, para evitar estos perjuicios se reconoce el denominado derecho al olvido en Internet. Se ha discutido mucho en torno a este derecho, sobre todo a partir de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconociera expresamente su exis-tencia. Es el contenido de este derecho el que se va a analizar en este trabajo.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho fundamental a la protección de datos. Derecho al olvido en Internet. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**ABSTRACT:** The fundamental right to the personal data protection is a faculty in permanent revision. This revision is at the mercy of the continuous development of new technologies. Last years the risks produced by the search engines which are used to find information have especially been emphasized. Among the risks it can be emphasized the fact that when an information is included in internet it remains at the user's disposal and that by means of the search engines that information will constantly put in relation with the holder of it. Search engines condemn a person to be perpetually linked to an information and that circumstance can produce serious harm, especially when the content of that information is negative. Exactly, in order to avoid those damages it is been acknowledged the right to forget in Internet, There has been a lot of discussion about this right, especially after the European Court of Justice recognized specifically its existence. The content of that right will be analyzed in this work.

**KEYWORDS:** Fundamental right to the data protection. Right to forget in internet. Judgment of the Court of Justice of the European Union.





# Selección y provisión de secretarios municipales en Navarra (1)

Iñaki Agirreazkuenaga Zigorraga

**Sumario:** I. Introducción.—II. La problemática provisión de los secretarios funcionarios de carrera a la luz de las previsiones de la Ley 11/2004.—III. La STC 130/2009 y la pretendida habilitación extraordinaria de los secretarios a la luz de las previsiones de la Ley 11/2004.—IV. El imposible acceso a la función pública de los secretarios habilitados con anterioridad a 1984 que desarrollan sus funciones en municipios con menos de 1.000 Habitantes.—V. Las nuevas previsiones de la Ley Foral 4/2011 para los secretarios municipales en Navarra.

## I. Introducción

A la hora de elegir un tema para homenajear al amigo y compañero Demetrio Loperena resulta forzoso retrotraerse a su casa de Garralda. Tras una mañana de exitosa recolección de setas, en la que era un consumado especialista, mientras Ana las preparaba con mimo, asistía a sus explicaciones en relación con la mesa de trabajo —de madera a la que acariciaba y de la que me hablaba como si fuera un ser vivo— y me recordaba que allí había elaborado un informe sobre la inconstitucionalidad del apartado 1, de la disposición adicional primera de la Ley Foral 11/2004, de 29 de octubre, por la que se actualizaba el régimen local de Navarra.

Al efecto, cabe recordar que la STC 130/2009, de 1 de junio, estima las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por el TSJ de Navarra y declara inconstitucionales y nulos diversos incisos del apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley Foral 11/2004, de 29 de octubre, que actualiza el régimen local de Navarra, todo ello en relación con la provisión excepcional de los puestos de secretaría e intervención de las entidades locales de Navarra.

Resulta preciso poner de relieve que este mismo tema fue objeto de atención especial del profesor Loperena, puesto que en distintos trabajos analizó de forma específica tanto la provisión de plazas de secretario en Navarra como necesitada de una reforma urgente (2), así como de la necesaria reforma del mapa municipal de nava-

---

(1) Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación del Departamento de Educación del Gobierno Vasco, para grupos de investigación del sistema universitario vasco (ref. IT800-13).

(2) Demetrio Loperena, «Provisión de plazas de secretario de Ayuntamiento de Navarra: una reforma urgente», *Azpilcueta: cuadernos de derecho*, n.º 3, 1986, pp. 321-334.

rra(3), con su propuesta de «fusiones o incorporaciones generalizadas de aquellos municipios con población inferior a 2.000 habitantes»(4).

Obviamente, no resulta necesario recordar que en Navarra, la habilitación exigida a los secretarios municipales es foral, y hasta 1990 ha estado en vigor el Reglamento para la Administración Municipal de Navarra, de 3 de febrero de 1928(5), que ha permitido la selección y el nombramiento de secretarios por las propias corporaciones locales. Con la peculiaridad de que en municipios con menos de 1.000 habitantes no podía nombrarse al secretario sino de forma interina(6), todo ello sin perjuicio de haberse convocado por el Gobierno o Diputación Foral hasta 1982(7) «exámenes sobre habilitación de licenciados en Derecho para ejercer el cargo de secretario de Ayuntamientos de Navarra», de conformidad con lo dispuesto en el art. 123 del Reglamento para la Administración Municipal de Navarra de 1928.

---

(3) Demetrio Loperena, «El mapa municipal ante la reforma del régimen local de Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 5, 1988, pp. 107-118.

(4) *Ibid* p. 118. En la actualidad la vigente Ley Foral 4/2011, de 17 de marzo, por la que se modifica el título VII de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración local de Navarra, establece en su art. 243.2 que: «El puesto de Secretaría existirá en: a) Los Municipios con una población igual o superior a 2.000 habitantes.» Por su parte, la disposición adicional primera de la Ley Foral 4/2011 se refiere a la implantación de Agrupaciones de Municipios para compartir los puestos de secretaría e intervención en los siguientes términos: «Con anterioridad al 30 de septiembre de 2012, el Gobierno de Navarra remitirá al Parlamento de Navarra un Proyecto de Ley Foral que regule el Mapa Local y la ordenación de las entidades locales de Navarra, donde se observen los principios de subsidiariedad, claridad competencial, suficiencia financiera y solidaridad territorial y cuya implantación obligatoria se materialice con posterioridad a un periodo reducido de asunción voluntaria de sus previsiones. Dicho proyecto legislativo contendrá en todo caso un Mapa de las entidades locales de Navarra, en cuyos niveles estructurales estarán contenidos los Concejos, Municipios, Agrupaciones de servicios Administrativos y demás entidades de carácter supramunicipal.»

Pero a la vez la disposición transitoria primera de la misma Ley Foral 4/2011 dispone que: «Aquellas entidades locales que, a la entrada en vigor de la presente Ley Foral, dispongan en su plantilla orgánica de puestos de Secretaría y/o de Intervención, mantendrán dichos puestos hasta el momento en que, por aplicación de lo que establezca la Ley Foral que regule el Mapa Local y la ordenación de las entidades locales de Navarra, se proceda a la adaptación de sus plantillas orgánicas.»

Con anterioridad la citada Ley Foral 6/1990, en su disposición transitoria tercera establecía que: «Hasta la definitiva reestructuración de los puestos de trabajo de secretaría e intervención derivada de la constitución de las agrupaciones a que se refiere el artículo 46.3, queda en suspenso la aplicación de lo dispuesto en las Secciones 1.ª y 2.ª, Capítulo II, Título Séptimo, sobre convocatorias de habilitación para acceder a la condición de Secretario o Interventor y de provisión de tales puestos de trabajo, mediante los concursos generales que allí se prevén. Las vacantes de los puestos de trabajo de Secretario e Interventor que entre tanto se produzcan en las entidades locales, se cubrirán mediante contratación temporal de personal con titulación propia del cargo.»

(5) Vigente hasta la entrada en vigor de la disposición derogatoria de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración local de Navarra. Al respecto, y en general sobre el municipio navarro, puede verse el trabajo de J. C. Allí Aranguren, «El Municipio en la Comunidad Foral de Navarra. Historia, tradición y principios». *Iura Vasconiae*, 2/2005, pp. 149-198.

(6) Teniendo en cuenta la prohibición establecida por el Acuerdo del Parlamento Foral de 29 de enero de 1980 que ya preveía en su art. 7.2 «las agrupaciones forzosas de Ayuntamientos para servirse de un solo secretario». Y en su ejecución y desarrollo el Reglamento de la Diputación Foral de 21 de febrero de 1980 dispuso en su art. 10 que, hasta que no se llevara a efecto la reestructuración de Agrupaciones forzosas de Ayuntamientos para servirse de un solo Secretario, no podrían los Ayuntamientos o Agrupaciones de menos de 1.000 habitantes «cubrir las plazas de Secretario con carácter fijo de plantilla», agregando que las vacantes afectadas serían cubiertas «con carácter de interinidad o contratación de servicios» mientras durara tal situación especial.

(7) Por ejemplo puede verse la convocatoria de 1980 en el *BON* de 1 de octubre de 1980. Y la convocatoria de 1982 en el *BON* de 27 de octubre de 1982, con la lista de admitidos y excluidos en el *BON* de 7 de febrero de 1983.

Explícitamente estas convocatorias están dirigidas a los licenciados en derecho «que tengan la condición civil de navarros(8) y deseen habilitarse para el ejercicio del cargo de secretario de Ayuntamiento de Navarra». El examen de habilitación se realiza por escrito, y consiste en la resolución de casos prácticos «sobre materias concernientes al cargo de secretario de Ayuntamiento... el Tribunal será designado por la Diputación Foral... a la vista de la relación de aspirantes que hayan superado el examen, elevada por el Tribunal, la Diputación acordará el ingreso de los aprobados en el Cuerpo de Secretarios de Ayuntamiento de Navarra, expidiéndoles a su requerimiento la acreditación de la inclusión en dicho Cuerpo secretarial».

Pues bien, a la vista de todo lo expuesto las cuestiones problemáticas que subyacen en esta importante materia del régimen local navarro, es que no termina de implantarse el nuevo mapa municipal con las correspondientes agrupaciones de municipios y ello provoca subsiguientemente que multitud de plazas de secretario municipal esté cubierta de forma interina, durante años sin posibilidad alguna de provisión entre habilitados (9). Incluso compañeros de estudios de licenciatura de Demetrio Loperena, aunque en los primeros años de la década de los años 80 obtuvieron la habilitación foral, como empezaron a ejercer en municipios con menos de 1.000 habitantes, llevan más de 30 años como funcionarios interinos en su municipio, sin posibilidad alguna de acceder en provisión a ninguna plaza, dado que no son funcionarios de carrera y el sistema de provisión solo se ha articulado entre habilitados que han tomado posesión de una plaza como funcionarios de carrera en municipios con más de 1.000 habitantes, pero nunca para el resto de habilitados que ejercen siempre como funcionarios interinos.

Todas estas cuestiones van a analizarse a continuación, porque a todas ellas se quería poner solución por el legislador navarro con la disposición adicional primera de la Ley 11/2004 (10), pero ello se ha impedido en parte por la STC 130/2009, que ha declarado inconstitucional la provisión excepcional de los puestos de secretaría e intervención de las entidades locales de Navarra. Por ello en primer lugar se va a examinar de forma detallada la problemática provisión de los secretarios municipales funcionarios de carrera a la luz de lo dispuesto en la Ley 11/2004 (I), para pasar a continuación a analizar las cuestiones que circundan a la STC 130/2009 (II), las cuestiones pendientes a la luz de la disposición adicional primera, apartado primero, de la Ley 11/2004 y en especial el imposible acceso a la función pública de los secretarios habilitados con anterioridad a 1984, que desarrollan funciones en municipios

---

(8) Claramente el profesor Loperena juzga tal requisito establecido en el art. 123 del Reglamento de 1928 como contrario al art. 14 CE, en la nota 9, p. 128, de su trabajo «Provisión de plazas de secretario de Ayuntamiento de Navarra: una reforma urgente», *Azpilcueta: cuadernos de derecho*, n.º 3, 1986.

(9) La provisión entre habilitados funcionarios de carrera se ha producido por primera vez durante más 15 años tras la aprobación de la Ley 11/2004, pero el Gobierno Foral ante la imposibilidad de que se llevase a cabo el resto de previsiones de la disposición adicional primera de la Ley 11/2004, se negaba a autorizar la toma de posesión en sus nuevos Ayuntamientos, que solo judicialmente han podido conseguir algunos secretarios como el de Estella en marzo de 2008, y otros con posterioridad tras la Orden Foral 109/2009 (*BON* de 21 de diciembre), a pesar de la nulidad declarada de la cláusula que lo impedía con carácter general por la STSJN 176/2012, de 29 de febrero (JUR/2014\39845).

(10) *Vid* al respecto el trabajo sobre «El personal al servicio de las entidades locales» de M. M. Razquin Lizarraga y F.J. Eneriz Olaechea, publicado en la obra dirigida por ambos *Derecho Local de Navarra*, Pamplona 2005, en especial pp. 662-676.

con menos de 1.000 habitantes (III), y finalizar el trabajo con el examen de las previsiones legales para los secretarios habilitados tras la entrada en vigor de la Ley Foral 4/2011 (IV).

## **II. La problemática provisión de los secretarios funcionarios de carrera a la luz de las previsiones de la Ley 11/2004**

La disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 11/2004 de actualización de régimen local, en su apartado 3.<sup>o</sup>, párrafo 3, reza del siguiente tenor literal: «En los concursos de traslado a celebrar de conformidad con lo dispuesto en esta Ley Foral, participarán prioritariamente, es decir, en primer lugar, quienes ostenten al momento de su convocatoria plaza en propiedad, y, tras la cobertura de las plazas vacantes correspondientes, accederán en traslado los que hayan obtenido la habilitación de conformidad con las reglas establecidas en la presente Ley Foral.»

En desarrollo de tales previsiones la Orden Foral 164/2005, de 13 de junio, del Consejero de Administración Local, aprueba la convocatoria para la provisión, entre funcionarios, de plazas vacantes de Secretaría de las Entidades Locales de Navarra (11). En las bases de la convocatoria se establece de forma explícita que el Consejero de Administración Local del Gobierno de Navarra, resolverá el concurso, de acuerdo con la propuesta del Tribunal de valoración, «pudiendo determinar una fecha fija para las tomas de posesión derivadas de los respectivos nombramientos». Y «el plazo para la toma de posesión en los destinos adjudicados en el concurso, será el que quede establecido con motivo del nombramiento de los concursantes, quedando vinculados por aquél y por sus respectivas designaciones, tanto sus titulares, como los Presidentes de las Entidades locales a donde han sido destinados».

Por Orden Foral 509/2005, de 27 de diciembre, se resuelve el concurso entre funcionarios, para la provisión de las plazas vacantes de Secretaría de las Entidades Locales de Navarra, conforme a las previsiones contenidas en la Ley Foral 11/2004, con la consecuente adjudicación de las plazas y el consiguiente nombramiento como Secretarios titulares, a favor respectivamente de las personas relacionadas en el Anexo de la Orden Foral. La peculiaridad radica en que de conformidad con las bases de la convocatoria se determina que «la toma de posesión de los nombrados en los respectivos destinos se producirá en la fecha que se determine, tras la resolución del concurso de traslado que se celebre entre quienes han obtenido la habilitación como consecuencia del procedimiento extraordinario previsto por la Ley Foral 11/2004, de 29 de octubre».

Ahora bien, como consecuencia de la paralización del procedimiento extraordinario de habilitación, por las cuestiones de inconstitucionalidad interpuestas en relación con la disposición adicional primera de la Ley 11/2004, el Gobierno Foral se niega a fijar

---

(11) *BON* de 1 de julio de 2005. Asimismo, se indica que en el concurso podrán participar también los Secretarios e Interventores titulares que, a la fecha de la convocatoria del concurso, se encuentren en cualquiera de las situaciones previstas en el artículo 243.1 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración local de Navarra, así como los que ostentasen la condición de Vicesecretario en propiedad a la entrada en vigor de esta Ley Foral y no hayan accedido al puesto de Secretaría de su Entidad conforme a lo previsto en la disposición adicional tercera de la Ley 11/2004.

una fecha para la toma de posesión de los secretarios. Por lo que los secretarios funcionarios de carrera solicitan la determinación de una fecha para la toma de posesión(12), a lo que se niega el Gobierno Foral porque ello «supondría la modificación de las Ordenes Forales 509/2005 y 164/2005, con el consecuente quebrantamiento del carácter unitario y vinculado del procedimiento excepcional diseñado y concebido como un «todo» estructurado en las Disposiciones Adicionales 1.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup> de la Ley Foral 11/2004»(13).

Por todo ello, los secretarios se ven obligados a solicitar la revocación —o en su caso la revisión de oficio— de la cláusula accesoria establecida por la Orden Foral 509/2005, que según el Gobierno Foral impide la inmediata toma de posesión de sus plazas, teniendo en cuenta que el art. 245.1 de la Ley Foral 6/1990 determina con carácter legal que: «Quienes resulten nombrados en virtud de los concursos de méritos tomarán posesión en los puestos de secretaría para los que hubiesen sido nombrados dentro del mes siguiente a la publicación del nombramiento en el *Boletín Oficial de Navarra*, cesando, en su caso, en los puestos de trabajo que ocupaban». Por lo tanto, se argumenta que la situación que provoca la cláusula accesoria, al diferir sine die la toma de posesión, no puede perpetuarse a pesar de su firmeza, contra legem de forma tal que ponga en riesgo el principio de seguridad jurídica y de proporcionalidad, en el acceso a nuevas funciones del personal que ha sido legalmente nombrado, y no puede tomar posesión de su nuevo puesto de trabajo, vulnerando con todo ello el art. 23.2 CE. Al efecto, la STS de 30 de junio de 1990(14) recuerda que «aunque la doctrina suele remitir a la figura del acto-condición *para explicar el acto de toma de posesión...habría quizá que considerarla como acto de ejecución del acto de nombramiento*. Su particularidad consiste en que aquí la ejecución nunca puede ser forzosa, no cabiendo otra posibilidad que la voluntaria ejecución por el interesado presentándose a tomar posesión, *que para la Administración constituye un acto debido*».

Asimismo, la STS de 9 de julio de 1986(15) examina el recurso de un secretario de una administración local, que una vez nombrado no puede tomar posesión. Al efecto de forma textual señala: «Que enfocado el núcleo de la cuestión debatida a la luz de los criterios legales y jurisprudenciales expuestos, es de ver ante todo que no se debe examinar el acuerdo recurrido aislándolo de los antecedentes de hecho a que hemos hecho referencia anteriormente. Efectivamente no puede soslayarse que cuando se adopta tal acuerdo, el Boletín Oficial del Estado había publicado el nombramiento de un Secretario titular; que este funcionario se había presentado ante el Alcalde al objeto de que se le diese la reglamentaria posesión de su cargo y que ésta se le había denegado; por lo que prescindiendo de que tal acción pueda

---

(12) Una vez que la que parecía inicialmente prevista para el 1 de julio de 2006 no se cumplía. Como prueba al respecto de la fecha inicialmente prevista puede verse en la Resolución de la Alcaldía de Berrioplano publicada en el *BON* de 22 de marzo de 2006.

(13) Sin embargo tal proceso unitario, a juicio de los secretarios, no se deriva de la legislación o normativa aplicable, y además ni siquiera es así en la práctica, como lo prueba el hecho de que en los Ayuntamientos de Ansoain y Aranguren se ha dado posesión a los respectivos secretarios en aplicación implícita de la disposición adicional tercera de la Ley Foral 11/2004.

(14) Ardi 8962.

(15) Ardi 6876.

ser constitutiva de delito —sobre lo que se pronunciará en su momento la jurisdicción penal—, y de que con ella *se han vulnerado indudablemente derechos fundamentales a la igualdad y al trabajo de los que es titular el Secretario nombrado, según los artículos 14 y 35 de la Constitución, es lo cierto que la situación de secretaría vacante que contempla el acuerdo recurrido para justificar la necesidad de contratar una persona que realice los trabajos propios de aquélla, es una situación no sólo creada artificialmente por la propia Corporación, sino también impregnada de arbitrariedad»* (16).

A pesar de tales argumentos, tras la negativa del Gobierno Foral a revocar o iniciar el procedimiento de revisión de oficio de la cláusula accesorias, que dilata sine die la toma de posesión de los secretarios, se inicia la vía contenciosa (17), que no finaliza hasta que se dicta la STSJN de 176/2012, de 29 de febrero (18), que declara la nulidad de la cláusula accesorias, ya que «una vez obtenida la plaza, previa la participación en el concurso de traslado convocado por la Orden Foral 164/2005, debía haberse tomado posesión de la plaza obtenida, de conformidad a lo prevenido en el art. 245.1.º de la Ley 6/1990. Y a tal fin, al cumplimiento de la Ley, debían haber colaborado todos los poderes públicos, con carácter general... (y) haber cumplido el ACTO DEBIDO... en fin, que no cabía, ni cabe, otorgar validez al apartado 2 de la Orden Foral 509/2005 cuando dice que «la toma de posesión de los nombrados en los respectivos destinos se producirá en la fecha que se determine, tras la resolución del concurso de traslado que se celebre entre quienes han obtenido la habilitación como consecuencia del procedimiento extraordinario previsto en la Ley Foral 11/2004». Y no cabe otorgar validez a este apartado 2, porque es contrario a la Ley Foral 6/1990, en su art. 245 quebrantando el plazo máximo de toma de posesión... concretando tal doctrina judicial con el procedimiento instado cabe concluir que concurre causa de nulidad del artículo 62.1 a) al conculcarse el artículo 23.2 CE. En este sentido y habiendo sido debidamente invocado tal causa no cabe sino afirmar la procedencia de la revisión de oficio instada por el demandante en sede administrativa, lo que ahora nos lleva a estimar esta pretensión y declarar la nulidad del punto 2.º de la Orden Foral 509/2005.» (19)

(16) De forma complementaria por ejemplo, J. B. Lorenzo de Membiola, («Efectos jurídicos derivados de la inactividad administrativa en tramitar la toma de posesión de plaza por funcionario, obtenida en concurso de provisión y publicada en el BOE», n.º 28 de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2006, pp. 153-165) señala que «el atentado al derecho al cargo del art. 23.2 CE»... «constituye una flagrante violación» cuando no se permite la toma de posesión de la plaza para la que se ha sido nombrado. De forma literal se añade que: «El derecho a los cargos y funciones públicas implica el de mantenerse en ellos, SSTC 99/1987, de 11 de junio y ATC 1162/1988, de 24 de octubre. La CE garantiza que los que hayan accedido al desempeño de las funciones y cargos públicos «se mantengan en ellos sin perturbaciones ilegítimas y los desempeñen de conformidad con lo que la Ley disponga...», STC 32/1985, de 6 de marzo, ya que la norma constitucional perdería toda eficacia si, aun respetando el acceso a la función o cargo público en condiciones de igualdad, su ejercicio pudiera (luego en la toma de posesión tras un concurso de provisión) resultar mediatizado o impedido sin remedio jurídico» (pueden verse en especial las pp. 162-163).

(17) Recurso 399/2007, planteado directamente ante el TSJ de Navarra.

(18) JUR/2014/39845.

(19) Desde la perspectiva puramente procesal, la STSJN 176/2012, entiende que «cabe resolver la cuestión de fondo a pesar de que la Administración haya denegado la admisión a trámite del procedimiento de revisión, cuando constan en sede judicial todos los datos necesarios para resolver la cuestión nuclear de fondo. Así lo ha reiterado esta Sala en , por todas, nuestra STJ Navarra de fecha 7-4-2003 (Rc 539/2002) al

Por lo demás, la STSJN 176/2012, de 29 de febrero, juzga que no concurre la anti-juridicidad del daño para declarar la responsabilidad patrimonial del Gobierno de Navarra (20).

En resumen, este primer conflicto se resuelve satisfactoriamente para los recurrentes, aunque con anterioridad a que se dictase la STSJN 176/2012 (rec. 399/2007), el tema jurídicamente estaba resuelto, porque habían solicitado la toma de posesión de sus nuevas plazas ante el alcalde de su respectiva corporación municipal, y ante su negativa (21), recurrieron en vía judicial, y en los Juzgados en primera instancia, la tesis que se impuso fue la del Gobierno Foral, mientras que en apelación (22), el TSJ de Navarra a partir del 6 de marzo de 2008, ordenando la toma de posesión del secretario del Ayuntamiento de Estella, sienta las bases que jurídicamente se reiteran —de forma continua— hasta que se dicta de forma definitiva la STSJN 176/2012, de 29 de febrero (23).

---

señalar que: «Debe procederse al análisis de fondo de la pretensión de revisión de oficio, pues en cuanto se puede haber constatado ya en este procedimiento jurisdiccional la posible concurrencia de las causas de nulidad invocada, ha de procederse al estudio de las mismas, no limitándonos a la apertura del cauce formal de admisión de la pretensión ejercitada en vía administrativa, que devolvería a la Administración la resolución de fondo, en una especie de retroacción de actuaciones, lo que daría una respuesta solo formal al recurrente, con un posible peregrinaje jurídico en cuanto que la respuesta de fondo pudiera no ser ajustada a Derecho».

(20) El f.º 4.9 de la STSJN 176/2012 reza del siguiente tenor literal: «Conforme a la doctrina del margen de tolerancia rectamente aplicada no cabe sino concluir que las demandantes no tienen derecho a indemnización alguna. Debemos reiterar que atendemos en nuestra apreciación al aspecto objetivo (la valoración de la anti-juridicidad) y no al aspecto subjetivo del actuar administrativo conforme a las peculiaridades del caso que nos ocupa. Nos encontramos ante un acto enmarcado en un proceso administrativo complejo tanto desde el punto de vista fáctico como desde el punto de vista jurídico-material y el jurídico-organizativo, y que atiende a distintos aspectos jurídicamente discutidos y afectantes a una pluralidad de personas con intereses no coincidentes, todo ello en el marco de la resolución de una situación organizativa anómala en la Administración Local que se pretende resolver. Las especiales y singulares características complejas del proceso administrativo en que se enmarca la resolución impugnada unida a la no menos compleja situación jurídica que se pretendía resolver y la propia dificultad jurídica del objeto de tal procedimiento ( que ha dado lugar a numerosos procedimientos judiciales en distintos ámbitos y aspectos) hace que no podamos apreciar traspasados por la Administración ( a pesar de su nulidad) los márgenes de apreciación razonable y de tolerancia que han sido expuesto ut supra. Es por ello, conforme a la doctrina expuesta, por lo que debe desestimarse la demanda en este aspecto pues los demandantes quedan compelidas a soportar las consecuencias que derivan de la actuación administrativa, desapareciendo así la anti-juridicidad de la lesión.»

(21) En algunos casos los alcaldes eran favorables a dar posesión en sus plazas a los secretarios nombrados, porque incluso se trataba de las mismas personas físicas que ya ocupaban la plaza de secretaría interinamente (por ejemplo en Lesaka o Bera de Bidasoa), pero el Gobierno Foral se oponía mediante informes escritos que anunciaban recursos contra la toma de posesión. En ambos casos, frente a los recursos de los secretarios nombrados el Tribunal Administrativo de Navarra, en vía administrativa, dio la razón al Gobierno Foral.

(22) STSJN Navarra de 6-3-2008 (Rec. Apelación 17/2008), STSJN Navarra de 17-3-2010 ( Rec. Apelación 6/2010); incluso como medida cautelar en SSTSJN Navarra de 25-3-2009 (Rec. Ap 90/2009), de 30-9-2009 (Rec. Ap 268/2009) entre otras.

(23) Asimismo, la citada Orden Foral 109/2009, de 24 de noviembre, de la Consejera de Administración Local (*BON* de 21 de diciembre) fija en aplicación de las declaradas nulas previsiones de la cláusula accesoria de la Orden Foral 509/2005, un plazo de un mes, a partir del 21 de diciembre de 2009, para que se proceda a la toma de posesión de las plazas para las que fueron nombrados. A pesar de que en su exposición previa la Orden Foral 109/2009 declare que «con motivo de decisiones personales y de la resolución de sucesivos procedimientos judiciales interpuestos por el colectivo de Secretarios nombrados por la referida Orden Foral 509/2005, la situación actual de éstos es diferente, ya que mientras unos se han jubilado voluntariamente, otros han podido tomar posesión de sus plazas, de forma cautelar o definitiva y el resto, no lo han hecho».

### III. La STC 130/2009 y la pretendida habilitación extraordinaria de los secretarios a la luz de las previsiones de la Ley 11/2004

La disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la Ley 11/2004 de actualización de régimen local establece las bases jurídicas de un sistema denominado de «provisión excepcional de los puestos de Secretaría e Intervención de las entidades locales de Navarra». Al efecto indica que: «La Administración de la Comunidad Foral de Navarra, en el término de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley Foral, iniciará un proceso excepcional de provisión de vacantes de las plazas de Secretaría e Intervención en aquellos Ayuntamientos, Mancomunidades, Agrupaciones de carácter tradicional y Agrupaciones de Municipios para servicios administrativos comunes...». Y en su apartado primero establece que:

«Con carácter previo a la provisión de puestos de las vacantes que se convoquen se llevará a cabo el proceso para la obtención de la habilitación concedida por la Administración de la Comunidad Foral para acceder a la condición de Secretario o Interventor de las entidades locales de Navarra, mediante la superación de pruebas selectivas de concurso-oposición realizadas con sujeción a los programas y baremos de méritos que se determinen por el Gobierno de Navarra, y de los cursos de formación que a tal efecto se organicen por el Instituto Navarro de Administración Pública, restringidos a quienes, en el momento de publicación de la convocatoria para obtener la citada habilitación, vinieren ocupando plaza en interinidad por un período ininterrumpido de al menos un año o de forma discontinua de hasta dos años durante los cuatro precedentes a la convocatoria mencionada, y que estuviesen en posesión de los títulos académicos exigidos en la Ley Foral de la Administración Local de Navarra.

Quienes ocupasen plazas para el ejercicio compartido de Secretaría e Intervención, sólo podrán participar en las convocadas para el acceso a la condición de Secretario.

Quienes hubieran recibido la habilitación para ejercer el puesto de Secretario o Interventor de Ayuntamiento con anterioridad a 1984 con arreglo a la normativa anteriormente vigente, y a la fecha de entrada en vigor de esta Ley Foral se encuentren ejerciendo con carácter interino dicho puesto habiéndolo ejercido al menos durante quince años, se considerarán en posesión de la habilitación regulada en este apartado y podrán concurrir a los concursos regulados en los apartados siguientes.»

Las cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas (24) están interpuestas todas ellas en relación con los párrafos primero y segundo de la disposición adicional primera, número 1. Por lo tanto, se refieren a las pruebas restringidas para lograr la habilitación previa al concurso de los interinos que han ocupado plaza «por un período ininterrumpido de al menos un año o de forma discontinua de hasta dos años durante los cuatro precedentes a la convocatoria», y a que quienes hubiesen compartido al

---

(24) Números: 7514-2005, 7515-2005, 7885-2005 y 7557-2006.



mismo tiempo plaza «de Secretaría e Intervención, sólo podrán participar en las convocadas para el acceso a la condición de Secretario».

La cuestión relativa a las pruebas restringidas para conseguir la habilitación queda circunscrita al inciso «restringidos a quienes, en el momento de publicación de la convocatoria para obtener la citada habilitación, vinieren ocupando plaza en interinidad por un período ininterrumpido de al menos un año o de forma discontinua de hasta dos años durante los cuatro precedentes a la convocatoria mencionada», extremo al que limita su razonamiento el órgano judicial, por ser el relevante para la resolución de los procesos a quo. A este propósito, respecto al art. 23.2 CE existe una consolidada doctrina del TC (25), por la que las condiciones de acceso a la función pública corresponden al legislador, siempre con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 103.3 CE). Además el art. 23.2, en relación con el 103.3 CE, contiene un derecho a la no restricción injustificada de las condiciones de acceso, lo que —en principio y salvo excepciones— proscribe las llamadas «pruebas restringidas» para el acceso a la función pública (26).

No obstante, el Gobierno Foral de Navarra y su Parlamento avalan la excepcionalidad de las pruebas restringidas de la Ley 11/2004 como consecuencia de la imposibilidad de reorganizar de otro modo más eficaz el mapa municipal navarro en lo que hace al ejercicio de las funciones de secretaría e intervención. Incluso la propia exposición de motivos de la Ley 11/2004 justifica en este caso la convocatoria restringida a fin de «paliar la situación creada por la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Foral (6/1990) de la Administración Local de Navarra, derogándola y regulando una alternativa, para regularizar la anómala situación de la provisión de puestos de Secretaría e Intervención, necesarios en la Administración local como garantía del correcto y ordenado desarrollo de las actividades locales para la satisfacción del interés público local».

Sin embargo, al respecto la STC 130/2009 (fj 5.º) señala que «no estamos ante esa situación excepcional que... permitiría apreciar que, conforme a nuestra doctrina, se dan las condiciones para entender que no se vulnera el art. 23.2 CE. No estamos aquí en uno de los casos excepcionales en los que la diferencia de trato, establecida por una sola vez en una norma con rango de Ley, a favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, teniendo presente tanto la excepcionalidad de la situación creada como la legitimidad constitucional de la finalidad perseguida. Por el contrario, se configuran unas pruebas restrictivas para el acceso a la función pública que han de considerarse como un procedimiento proscrito por el art. 23.2 CE.»

(25) Vid por ejemplo SSTC 38/2007, de 15 de febrero fj 9 y 30/2008, de 25 de febrero, fj 6.

(26) SSTC 27/1991, de 14 de febrero; 151/1992, de 19 de octubre; 4/1993, de 14 de enero; 60/1994, de 28 de febrero; 16/1998, de 26 de enero; o 12/1999, de 11 de febrero. Sin embargo, la doctrina de la STC 126/2008, de 27 de octubre, fj 3 indica «que no cabe considerar como pruebas restringidas aquellas a las que puedan presentarse aspirantes que nunca hubieran desempeñado puestos en régimen de interinidad» (por todas, STC 83/2000, de 27 de marzo, fj 4) y, por otro, que, de cualquier modo, «no cabe excluir que, en determinados casos excepcionales, la diferencia de trato establecida en la Ley en favor de unos y en perjuicio de otros pueda considerarse como razonable, proporcionada y no arbitraria a los efectos de la desigualdad de trato que establece, siempre que dicha diferenciación se demuestre como un medio excepcional para resolver una situación también excepcional, expresamente prevista en una norma con rango de Ley y con el objeto de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, entre las que se integra también la propia eficacia de la Administración (por todas, STC 12/1999, de 11 de febrero, fj 3)».

Al efecto, es cierto que existe una situación de excepcionalidad, derivada de la necesidad de racionalizar el mapa municipal de Navarra, y provocada a juicio del TC (fj 5.º) «por las propias instituciones forales, o, cuando menos, su tácita anuencia a la cobertura de los puestos de secretaría e intervención con personal en régimen de interinidad... (puesto que) han transcurrido más de catorce años desde la aprobación de la Ley Foral 6/1990 hasta su modificación por la Ley Foral 11/2004, e, incluso, más de veinticuatro desde la primera decisión normativa en torno a la vinculación de la provisión de plazas de secretaría e intervención en determinados Ayuntamientos con la previa necesidad de reestructurar el mapa municipal navarro (Norma sobre equiparación de las retribuciones de los funcionarios de la administración municipal de Navarra con las de los funcionarios de la Diputación Foral, aprobada mediante Acuerdo del Parlamento Foral de 29 de enero de 1980). No debe olvidarse tampoco que el ya mencionado sistema de acceso a la condición de Secretario e Interventor de las Entidades Locales de Navarra diseñado por la propia Ley Foral 6/1990 no se ha llevado nunca a la práctica por decisión de ese mismo legislador foral, ya que todo el sistema de acceso y provisión de puestos por él mismo diseñado fue dejado en suspenso en tanto en cuanto se produjera la constitución de agrupaciones de municipios. Así, es la decisión de legislador foral vinculando ambas cuestiones la que determina que la ausencia del citado proceso de reestructuración administrativa haya supuesto la cobertura de las vacantes de puestos de secretaría e intervención, aplicando el procedimiento previsto en la disposición transitoria tercera de la Ley Foral 6/1990, con personal interino que ostenta la titulación propia del cargo.»

Por lo tanto, a juicio del TC, «no resulta admisible que el carácter excepcional de la situación creada sea alegado por aquel que, con sus decisiones, en particular la suspensión de la provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación conferida por la Comunidad Foral, ha contribuido a crearla», y tras ello pretenda justificar la constitucionalidad de una disposición legal restrictiva del acceso en condiciones de igualdad a la función pública. En conclusión, «esta situación no reúne las notas de excepcionalidad que, conforme» a la doctrina constitucional permitirían una diferencia de trato a favor del personal interino, ya que como señala el ministerio fiscal «ni aquellos que reunieren los requisitos generales pero que no hubieran estado vinculados a la Administración local de Navarra desempeñando esos cargos, ni tampoco aquellos otros que, aun acreditando su desempeño como interinos tuvieran una antigüedad menor a la exigida legalmente, podrían concurrir al proceso» (27), es decir a las pruebas para obtener la habilitación.

En suma, se declara inconstitucional y nulo por contrario al art. 23.2 CE, el inciso «restringidos a quienes, en el momento de publicación de la convocatoria para obte-

---

(27) La STC 130/2009 concluye señalando que «la ablación del derecho fundamental no está justificada ni es proporcional a la finalidad perseguida, pues la misma podría conseguirse sin restringir, hasta hacerlo desaparecer, el derecho de los potenciales aspirantes a acceder a la habilitación necesaria para obtener la condición de Secretario o Interventor al servicio de las entidades locales de Navarra. Además tampoco resulta acreditado, ni es por sí mismo evidente, que la eficacia de la Administración y la satisfacción del interés local, como respecto a este último se afirma en la exposición de motivos de la Ley, justifiquen la limitación que al derecho a la igualdad en el acceso a la función pública supone en este caso la convocatoria restringida prevista en la disposición legal cuestionada, pues, aun siendo cierto que, conforme a nuestra doctrina, el tiempo efectivo de servicios prestados puede reflejar la aptitud o capacidad para desarrollar un empleo público tal apreciación no puede ser entendida de forma tal que se haga imposible el acceso de otras personas a dichos empleos.»

ner la citada habilitación, vinieren ocupando plaza en interinidad por un período ininterrumpido de al menos un año o de forma discontinua de hasta dos años durante los cuatro precedentes a la convocatoria mencionada» del párrafo primero del apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley Foral 11/2004.

En segundo lugar, el TSJ de Navarra plantea la cuestión de inconstitucionalidad también del párrafo 2.º, de la disposición adicional primera, apartado 1, por resultar contrario al art. 23.2, cuando determina la participación condicionada en la prueba de habilitación de «quienes ocupasen plazas para el ejercicio compartido de Secretaría e Intervención, sólo... en las convocadas para el acceso a la condición de Secretario». Al efecto, la STC 130/2009 (fj 6.º) señala que «si bien el criterio de diferenciación empleado no podría ser tildado de arbitrario o irrazonable si se examinara únicamente a la luz de la regulación de las funciones necesarias de secretaría e intervención contenida en la legislación foral sobre régimen local, lo cierto es que, apreciada la inconstitucionalidad del carácter restrictivo de las pruebas previstas en el primer párrafo del apartado cuestionado, la misma ha de extenderse también a este segundo párrafo, por cuanto la limitación en él establecida solamente cobra su pleno sentido en el seno de procesos restringidos para el acceso a la condición de Secretario o Interventor de las Entidades Locales de Navarra». Es decir que el párrafo cuestionado solo determina «en cuál de las restringidas pruebas de habilitación podrían participar determinadas personas en función del puesto que hubieran venido ocupando de forma interina durante el período de tiempo exigido por el primer párrafo del apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley Foral 11/2004». Por lo que, con toda lógica, el párrafo segundo del apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley Foral 11/2004 resulta también —a juicio del TC— inconstitucional y nulo.

Por consiguiente, en la disposición adicional primera, apartado 1, de la Ley Foral 11/2004 sólo permanece en vigor, a partir de la STC 130/2009, su tercer párrafo (28), que hace referencia a quienes ya ostentasen habilitación, pero no fuesen funcionarios de carrera, porque estuviesen ejerciendo funciones de secretaría en municipios con población inferior a 1.000 habitantes, donde se prohibía —a la espera de la aprobación de mapa municipal y a la correspondiente agrupación de municipios— el acceso a la función pública de carrera a los secretarios habilitados. ¿Qué ha sucedido con estos secretarios habilitados, que durante 30 años a pesar de su habilitación no han podido acceder a la función pública de carrera y han debido permanecer desarrollando sus funciones de forma interina?

#### **IV. El imposible acceso a la función pública de los secretarios habilitados con anterioridad a 1984 que desarrollan sus funciones en municipios con menos de 1.000 habitantes**

Realmente resulta incomprensible que haya secretarios municipales en los Ayuntamientos de Navarra que —a pesar de haber obtenido idéntica habilitación que el resto de secretarios funcionarios de carrera con anterioridad a 1984— hayan tenido que desarro-

---

(28) «Quienes hubieran recibido la habilitación para ejercer el puesto de Secretario o Interventor de Ayuntamiento con anterioridad a 1984 con arreglo a la normativa anteriormente vigente, y a la fecha de entrada en vigor de esta Ley Foral se encuentren ejerciendo con carácter interino dicho puesto habiéndolo ejercido al menos durante quince años, se considerarán en posesión de la habilitación regulada en este apartado y podrán concurrir a los concursos regulados en los apartados siguientes.»

llar toda su actividad profesional, a lo largo de los últimos 30-35 años, de forma interina. Como se sabe ello es debido a que comenzaron a prestar servicios en municipios de menos de 1.000 habitantes, que formalmente esperan la forzosa agrupación con otros, y mientras tanto no ha existido concurso en provisión en que se les permitiese participar, porque tanto el celebrado en 2005 (29), como uno posterior celebrado en 2012 (30), se han reservado en exclusiva a funcionarios de carrera, y ellos nunca han tenido oportunidad de tomar posesión de plaza de secretario como funcionarios de carrera.

Ahora bien, la Orden Foral 3/2005, de 11 de febrero, del Consejero de Administración Local, establece el procedimiento para la toma de razón de las habilitaciones para el ejercicio de las funciones públicas de Secretaría e Intervención en la Administración Local de Navarra y su inscripción en el correspondiente Registro de habilitados (31). Asimismo dispone que el Departamento de Administración Local, a la vista de la documentación aportada por los solicitantes, comprobado el cumplimiento de los requisitos establecidos, procederá a la toma de razón de las citadas habilitaciones y publicará la relación de los secretarios habilitados. Igualmente establece que «la toma de razón de las habilitaciones para ejercer el cargo de Secretario o de Interventor de la Administración Local de Navarra, realizadas de conformidad con las Disposiciones Adicionales 1.ª, 3.ª y 4.ª de la Ley Foral 11/2004, así como las que se comprueben de oficio de quienes ejercen plaza en propiedad, conllevará la sucesiva y ordenada inscripción en el Registro de habilitados creado por esta Orden Foral y otorgará el derecho a obtener la expedición de las credenciales a sus titulares».

Con posterioridad la Orden Foral 148/2005, de 31 de mayo, del Consejero de Administración Local (32), aprueba con carácter definitivo la inscripción en el Registro de habilitados para el ejercicio de las funciones públicas de Secretaría e Intervención de las Administraciones Locales de Navarra, de quienes acreditan la vigencia de sus respectivas habilitaciones. Y entre todos ellos están los habilitados con anterioridad a

---

(29) Vid la citada Orden Foral 164/2005, de 13 de junio, del Consejero de Administración Local, que aprueba la convocatoria para la provisión, entre funcionarios, de plazas vacantes de Secretaría de las Entidades Locales de Navarra.

(30) Vid la Orden Foral 25/2012, de 23 de enero, por la que se aprueba la convocatoria para la provisión entre funcionarios habilitados, mediante traslado por concurso de méritos, de plazas vacantes de puestos de secretaría de las entidades locales de Navarra (BON 31 de enero 2012).

(31) BON de 23 de febrero de 2005. En la Orden Foral se establece que se inscribirá en el Registro de habilitados: 1.—El personal de las Entidades locales de Navarra que a la entrada en vigor de la Ley Foral 11/2004, de 29 de octubre, estuviese ejerciendo funciones para las que la Ley Foral de la Administración Local de Navarra exige habilitación conferida por la Administración de la Comunidad Foral y se encontrase en esa misma fecha en alguna de las situaciones contempladas en el párrafo tercero del punto 1 de la Disposición Adicional 1.ª de la citada Ley Foral 11/2004, de 29 de octubre, *deberán solicitar* del Departamento de Administración Local del Gobierno de Navarra la toma de razón de dicha habilitación y la inscripción de la misma en el correspondiente Registro, en el plazo de un mes contado a partir del siguiente al de entrada en vigor de esta Orden Foral. 2.—Quienes se encuentren ejerciendo la función de Vicesecretaría a la entrada en vigor de la Ley Foral 11/2004, de 29 de octubre y estén en alguna de las situaciones contempladas en la Disposición Adicional 3.ª de dicha Ley Foral, podrán solicitar la toma de razón de la habilitación prevista en dicho texto legal en el plazo de un mes contado desde el siguiente a la entrada en vigor de esta Orden Foral. 3.—El personal de las Entidades locales de Navarra que, a la entrada en vigor de la Ley Foral 11/2004, de 29 de octubre, se encuentre ejerciendo funciones de Intervención y concurren en el mismo las situaciones contempladas en la Disposición Adicional 4.ª de dicha Ley Foral, podrán solicitar del Departamento de Administración Local la toma de razón de la habilitación prevista en dicho texto legal en el plazo de un mes contado desde el siguiente a la entrada en vigor de esta Orden Foral.

(32) BON de 17 de junio de 2005.

1984, que no han tenido oportunidad de ser nombrados como funcionarios de carrera, porque desarrollaban sus funciones en municipios con menos de 1.000 habitantes.

En principio, el concurso de provisión para estos últimos, se convocó mediante Orden Foral 513/2005, de 27 de diciembre, al que debían presentarse junto con los nuevos habilitados(33). Sin embargo, esta Orden Foral —513/2005— fue declarada nula de pleno derecho por la STSJN 274/2006, de 12 de abril(34), y el posterior recurso de casación interpuesto por el Gobierno Foral fue declarado inadmisibile por Auto del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2008(35).

Al respecto, el problema jurídico radica en que los habilitados con anterioridad a 1984, a pesar de estar completamente identificados en el concurso de provisión anulado y convocado mediante la Orden Foral 513/2005(36), no fueron emplazados personalmente en el procedimiento judicial(37), y cuando tras la STC 130/2009, solicitan a la Consejera de Administración Foral que resuelva el concurso de provisión(38), se

---

(33) *BON* 16 de enero de 2006. En concreto se establece que: «participarán en la convocatoria quienes hayan obtenido la habilitación para acceder a la condición de Secretario de las Entidades Locales de Navarra o se les haya considerado en posesión de la misma conforme a lo establecido en el apartado 1 de la Disposición Adicional Primera de la Ley Foral 11/2004, de 29 de octubre, para la actualización del régimen local de Navarra».

(34) JUR\2006\184355. Para decretar la nulidad su fundamento se resume en que: «en el proceso de selección ha primado de forma absoluta el mérito «antigüedad» sobre los otros valorados en el ámbito del concurso, y éste, el concurso, sobre la oposición que queda al final tan desdibujada que la recurrente que, como hemos dicho, había obtenido un puesto entre los diez primeros de valorarse sólo la oposición, resulta al final situada en el 57 de valorarse solo el concurso ( y solo en su primera fase). Este resultado es inadmisibile a la luz de la doctrina constitucional... hace radicalmente nulo ex. art. 62.a) L.R.J.PC la Orden Foral 513/2005», por vulneración del art. 23.2 CE.

(35) JUR 2008\211478. De forma equivocada señala el Auto del TS que la sentencia impugnada, versa sobre una cuestión de personal «en la que no está en juego el nacimiento» de una relación de empleo público, por lo que se encuentra excluida del recurso de casación. En consecuencia, declara la inadmisión del recurso de casación, de conformidad con los artículos 86.2.a) y 93.2.a) de la LJ. Sin embargo, si hubiesen estado personados los secretarios habilitados, hubieran podido argumentar que mediante el concurso de provisión se accedería al nacimiento de su relación funcional de carrera, y por consiguiente el recurso de casación debería haberse admitido a trámite.

(36) La Orden Foral 513/2005, de 27 de diciembre, en ningún caso establece de conformidad con lo dispuesto en el art. 59.6.b) de la Ley 30/1992, el tablón de anuncios o medios de comunicación donde se efectuarán las sucesivas publicaciones, de los actos integrantes del procedimiento selectivo de concurrencia competitiva, y claramente cuando ello no sucede el propio art. 59.6.b) de la Ley 30/1992 dispone que carecen de validez las publicaciones que se lleven en lugar distinto al indicado en la convocatoria.

(37) La Resolución 46/2006, de 3 de febrero, publicada en el *BON* de 15 de febrero, afirma que en cumplimiento del 116.1 LJ procede a emplazar edictalmente a los interesados en el recurso interpuesto contra la Orden Foral 513/2005. Sin tener presente que todos los interesados estaban identificados con sus datos personales en el procedimiento administrativo selectivo de provisión, cuyo plazo para la concurrencia había finalizado en enero, y por lo tanto la Administración Foral debería haber procedido forzosamente a su emplazamiento personal en el correspondiente procedimiento contencioso administrativo. Sin perjuicio de que el art. 49.3 LJ establece que el TSJ en ese procedimiento debería haber procedido a exigir el emplazamiento personal, puesto que «recibido el expediente, el Juzgado o Tribunal, a la vista del resultado de las actuaciones administrativas y del contenido del escrito de interposición y documentos anejos, comprobará que se han efectuado las debidas notificaciones para emplazamiento y, si advierte que son incompletas, ordenará a la Administración que se practiquen las necesarias para asegurar la defensa de los interesados que sean identificables.»

(38) Lógicamente con la exclusión del proceso de los nuevos habilitados, que se quedan habilitación posible tras la STC 130/2009, pero en el que el concurso mantiene plena virtualidad para los habilitados con anterioridad a 1984, de conformidad con las previsiones legales de la disposición adicional primera, apartado primero, párrafo tercero de la Ley Foral 11/2004.

les notifica que fue anulado mediante la STSJN 274/2006. Por lo que se encuentran obligados a plantear la nulidad de actuaciones por falta de emplazamiento personal en el procedimiento judicial en el que eran directamente interesados, solicitando la reposición de las actuaciones al momento anterior a su forzoso emplazamiento personal como interesados en el procedimiento preferente y sumario que desembocó en la anulación de la Orden Foral 513/2005, de 27 de diciembre.

Al efecto, el Auto del TSJN de 24 de septiembre de 2010 desestima el incidente de nulidad de actuaciones, porque «según el art. 49 LJ el emplazamiento por la Administración demandada de quienes aparezcan como interesados en el expediente se ha de hacer con arreglo a lo dispuesto en la Ley 30/1992, art. 59.6.b)» (39). Y de forma conclusiva se indica que el emplazamiento —«correctamente efectuado»— se hizo mediante publicación edictal en el *BON* de 15 de febrero de 2006 (40). Sin embargo, por ejemplo, la STC 166/2008, de 15 de diciembre, en un caso idéntico, estima el amparo tras el incidente de nulidad de actuaciones, desestimado a los recurrentes, que no fueron emplazados en el procedimiento judicial, cuando estaban plenamente identificados en el correspondiente proceso selectivo (41).

En concreto, la STC 166/2008, razona que «la interpretación efectuada por el órgano judicial ha producido el efecto de impedir a los interesados el acceso a un proceso en el que se veían afectados sus intereses legítimos, hemos declarado reiteradamente que nuestro canon de enjuiciamiento es especialmente riguroso y se orienta por el principio pro actione». La misma STC 166/2008, de modo inequívoco establece la siguiente doctrina vinculante para todos los jueces y Tribunales (art. 5.1 LOPJ): «El art. 59.6.b) LRJ-

---

(39) *Vid lo ya expuesto al respecto en la nota 35.*

(40) *Vid lo ya expuesto al respecto en la nota 36.*

(41) En la STC 166/2008, de 15 de diciembre, se reconoce incluso por los recurrentes que «es cierto que la convocatoria del proceso selectivo en el que participaron incorporaba la previsión de que los recursos contencioso-administrativos que se interpusieran contra la convocatoria y sucesivos actos del proceso selectivo serían anunciados en el *Diario Oficial de Galicia* para los efectos de citación a posibles interesados». No obstante, la consolidada doctrina del TC, vinculante para todos los jueces y Tribunales (art. 5.1 LOPJ) en materia de emplazamientos en el orden jurisdiccional contencioso es la siguiente (y arranca de la establecida en la STC 9/1981, de 31 de marzo): «la efectividad de la comunicación de los actos procesales a quienes ostenten algún derecho o interés legítimo en la existencia misma del proceso resulta trascendental en orden a la debida garantía del derecho reconocido en el art. 24.1 CE, pesando, por esta razón, sobre los órganos judiciales la responsabilidad de velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal, sin que, claro está, ello signifique exigir al Juez o Tribunal correspondiente el despliegue de una desmedida labor investigadora. En la STC 207/2005, de 18 de julio, F. 2, recordábamos que: «Son tres los requisitos que han de concurrir cumulativamente, en virtud de nuestra jurisprudencia, para que la falta de emplazamiento tenga relevancia constitucional, y pueda dar lugar al otorgamiento del amparo: a) Que el demandante de amparo sea, en primer lugar, titular de un derecho o de un interés legítimo y propio, susceptible de afectación en el proceso contencioso-administrativo en cuestión, lo que determina su condición material de demandado en aquel proceso. La situación de interés legítimo resulta identificable con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida. En todo caso hay que destacar que la titularidad del derecho o interés legítimo debe darse al tiempo de la iniciación del proceso contencioso-administrativo (SSTC 53/2003, de 24 de marzo, F. 3; y 102/2003, de 2 de junio, F. 2). b) Que el interesado fuera, en segundo lugar, identificable por el órgano jurisdiccional. El cumplimiento de este requisito depende esencialmente de la información contenida en el escrito de interposición del recurso, en el expediente administrativo o en la demanda (SSTC 53/2003, F. 3; y 102/2003, F. 2). c) Que se haya ocasionado al recurrente, en tercer lugar, una situación de indefensión real y efectiva. No hay indefensión real y efectiva cuando el interesado tiene conocimiento extraprocesal del asunto y, por su propia falta de diligencia, no se persona en la causa. A la conclusión del conocimiento extraprocesal de un proceso se debe llegar mediante una prueba suficiente, lo que no excluye las reglas del criterio humano que rigen la prueba de presunciones (SSTC 53/2003, F. 3; y 102/2003, F. 2)».

PAC, al referirse a los «actos integrantes de un procedimiento», despliega sus efectos en el seno del procedimiento administrativo, pero que no resulta aplicable en el marco de un proceso judicial en el cual la intervención de la Administración emplazando a los interesados reviste carácter ancilar respecto de los órganos judiciales. De manera que la remisión que el art. 49.1, in fine, LJCA efectúa a la Ley de procedimiento administrativo común, en cuanto a la práctica de la notificación a los interesados de la remisión del expediente administrativo con emplazamiento de éstos ante el órgano judicial, se limitaría a los aspectos formales de la notificación, o al menos no permitiría prescindir de la notificación personal a los interesados cuando éstos estuvieran identificados» (42).

Sin embargo, la nefasta reducción de la admisión del recurso de amparo a los supuestos en que concurra una especial trascendencia constitucional del recurso, a partir de la reforma de la LOTC en 2007 (43), supone que la vulneración de un derecho fundamental, solo es amparable en nulidad de actuaciones por los mismos órganos jurisdiccionales ordinarios, que han vulnerado con sus actuaciones el art. 24 CE. En la práctica tal sistema adolece de una ingenuidad palmaria —quizá inconstitucional (44)— e irresponsable, desde la perspectiva de la protección jurídica de los derechos fundamentales de las personas, primando obviamente liberar al TC de un trabajo primordial, al que solo se dedicará cuando, a su juicio, concurra una especial trascendencia constitucional del recurso de amparo (45). Obviamente, en supuestos como el expuesto en el caso de los secretarios habilitados con doctrina constitucional consolidada, la falta

---

(42) Por su parte, por ejemplo, la STS de 10 de octubre de 2005 (RJ 2005\7588) recuerda que «la Diputación Provincial de Cuenca, antes de remitir el expediente a la Sala de Albacete, debió emplazar a los participantes admitidos a las pruebas selectivas para que pudieran comparecer en el proceso. Y que la Sala de instancia, al recibirlo y comprobar que no se había practicado personalmente esa notificación, debió ordenar que se hiciera. Y es que no basta con publicar el anuncio de la interposición del recurso en el diario oficial correspondiente cuando hay interesados en el procedimiento y la Administración dispone —o puede disponer sin excesivo esfuerzo— de los datos necesarios para realizar esa comunicación a cada uno. En tales casos, como aquí sucede, los citados preceptos, interpretados desde la perspectiva del artículo 24 de la Constitución, así lo imponen, tal como ha puesto de manifiesto, de forma constante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.» Además se indica que «la remisión del artículo 49.1 de la Ley de la Jurisdicción a la Ley que regula el procedimiento administrativo común en lo que se refiere a la forma en que se han de practicar las notificaciones no significa que la aplicación del artículo 59.6.b) de la Ley 30/1992 sea suficiente en este supuesto. En efecto, este precepto sustituye la notificación personal por la publicación pero lo hace para los actos integrantes de un procedimiento selectivo o de concurrencia competitiva. Y no estamos ni ante lo uno ni ante lo otro, sino en un proceso judicial en el que se combate la legalidad de la actuación administrativa que condujo a que los señores Franco y Gema adquirieran la condición de funcionarios.»

(43) Reforma introducida en el art. 50 de la LOTC por la LO 6/2007, de 24 de mayo. Al respecto me remito al trabajo de Margarita Beladiez Rojo, «La función constitucional del incidente de nulidad de actuaciones regulado en el art. 241 LOPJ» publicado en el libro homenaje a Javier Delgado, *El Juez del Derecho Administrativo*, Madrid 2014.

(44) Sostienen la inconstitucionalidad por falta de imparcialidad, Pablo Morenilla Allard y José Luis de Castro Martín, «Sobre la inconstitucionalidad del artículo 241.1.11 LOPJ, en cuanto que atribuye la competencia para el conocimiento y resolución judicial del incidente excepcional de nulidad de actuaciones al mismo Tribunal que dictó la resolución judicial firme cuya rescisión se postula», La Ley, n.º 7784, de 26 de enero de 2012. Por su parte, Margarita Beladiez, *op. cit.*, entiende que «la quiebra del principio de imparcialidad puede producirse» porque el mismo órgano judicial que resuelve la nulidad de actuaciones, al haber adoptado la resolución precedente, «tiene un prejuicio sobre la corrección jurídica de la misma».

(45) Que la conocida STC 155/2009 (fj 2.º) entiende que concurre cuando no haya doctrina constitucional sobre el supuesto enjuiciado, se quiera cambiar o aclarar la doctrina existente, se impute la vulneración directamente a la una Ley o reglamento, se reitere una interpretación jurisprudencial lesiva para un derecho fundamental, se incumpla de modo reiterado y generalizado la doctrina constitucional, se incurra por un órgano judicial en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional, o, finalmente, un caso trascienda a todos los anteriores y plantee una cuestión relevante de especial repercusión social, económica o de política general.

de emplazamiento personal, en el que no se respeta la jurisprudencia constitucional, podría encontrarse acomodo en el supuesto «de que un órgano judicial incurra en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional», pero no lo entendió así la simple Providencia, irrecurrible, que apodícticamente inadmitió el recurso de amparo interpuesto por los secretarios habilitados con anterioridad a 1984.

Por todo ello, se ven obligados a iniciar un nuevo procedimiento en el que exigen el cumplimiento de las previsiones legales de la Ley Foral 11/2004, que les son de directa aplicación, inicialmente al Gobierno Foral, y —tras su negativa— en vía judicial. Si bien sus pretensiones también se desestiman por la STSJN 1003/2013, de 28 de noviembre(46), que en la actualidad está recurrida en casación(47). Todo ello ha llevado a establecer en la nueva Ley Foral 4/2011, de 17 de marzo, una previsión en la disposición transitoria tercera, número dos, del siguiente tenor literal: «Por otra parte, mientras se encuentre pendiente de resolución firme cualquier reclamación, administrativa o judicial, fundamentada en la previsión del párrafo tercero del apartado uno de la disposición adicional primera de la Ley Foral 11/2004, de 29 de octubre, para la actualización del régimen local de Navarra, no se ofertarán en ninguna convocatoria aquellas plazas vacantes de secretaría que fueron incluidas para su provisión definitiva en el concurso convocado conforme a lo previsto en el párrafo primero del apartado tres de la referida disposición adicional.»

La tesis de la citada STSJN —1003/2013— es que la STC 130/2009 afecta a toda la disposición adicional primera, en su apartado primero, y no le parece significativo que los que obtuvieron la habilitación con anterioridad a 1984, mediante la superación de las correspondientes pruebas, tras la convocatoria publicada en el *BON*, se diferencien de quienes acceden a la función pública mediante pruebas restringidas proscritas por la STC 130/2009. Y al efecto afirma, de forma literal, que: «es cierto que, formalmente, sigue vigente el mandato que encabeza la D.A. 1.<sup>a</sup>: iniciación del proceso excepcional de provisión de vacantes, puesto que no ha sido derogado ni declarado inconstitucional ni de ningún otro modo expulsado del ordenamiento. Y sigue siendo válida y eficaz la habilitación concedida a los actores para participar en el mismo. Pero no puede aceptarse que el proceso se desarrolle solo con ellos, como a tenor del suplico de la demanda, postulan, porque como alguien ha dicho aquí, la S.T.C. anula solamente parte de la D.A. pero materialmente, hace imposible todo el sistema de provisión que esencialmente es de carácter restringido, justamente lo vedado por esa sentencia. Así que, a la postre, aunque lo anulado formalmente es solo parte de la D.A., materialmente ha dejado sin virtualidad alguna toda la disposición, incluida la habilitación de los actores que, como tal es una habilitación *ad hoc*. Una habilitación para participar en un proceso específico —y solo en ese— que la Administración foral no puede ya convocar mientras el legislador navarro no provea en orden a solucionar la situación creada por el T.C... La suerte de los demandantes, en la aplicación de la D.A. 1.<sup>a</sup>, no puede separarse de la de los demás habilitados pues solo con todos ellos cabe iniciar la segunda fase. En los estrictos términos de la D.A. no cabe otra conclusión. Y si los demandantes, en atención a su habilitación anterior a 1984 tienen determinados derechos, háganlos valer en otro contencioso,

---

(46) JUR\2014\102929.

(47) Rec. casación 388/2014.



pero no esgriman esa habilitación en el contexto o a efectos de la D.A. porque no es la que les habilita para participar en la segunda fase del proceso de selección, sino la que a los que tenían esa habilitación y cumplen los otros requisitos exigidos en el párrafo tercero les concede la propia D.A.».

Entre los motivos esgrimidos en el recurso de casación contra la STSJN —1003/2013— destaca el abuso de jurisdicción (art. 88.1.a LJ) en la medida que la STC 130/2009, solo declara, como se ha visto, la inconstitucionalidad de dos incisos puntuales, pero permanece vigente el resto, y el TSJN no puede presuponer ni menos declarar la inconstitucionalidad in totum de la disposición adicional primera de la Ley Foral 11/2004, sin incurrir en claro abuso de jurisdicción, invadiendo la jurisdicción constitucional reservada al TC. Materialmente, se entiende que no es posible anudar la suerte de los secretarios habilitados con anterioridad a 1984, con la de los pretendidamente nuevos, frustrada por la STC 130/2009, porque en ningún caso ni la STC 130/2009, ni menos la Ley 11/2004, impone la participación simultánea en un concurso, ni la simultánea toma de posesión entre todos los habilitados. Por lo tanto si para los que se pretendía inconstitucionalmente habilitarlos es imposible la participación en el concurso de provisión, las previsiones legales de la disposición adicional primera de la Ley 11/2004 permanecen totalmente vigentes para los legalmente habilitados.

Además, tal concurso no estaría reservado como afirma la Sentencia recurrida en casación a los recurrentes, sino de conformidad con el apartado tercero de la disposición adicional primera de la Ley 11/2004, además de los secretarios habilitados también puedan participar en tal concurso de provisión «los Secretarios e Interventores titulares que, a la fecha de la convocatoria del concurso, se encuentren en cualquiera de las situaciones previstas en el artículo 243.1 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio de la Administración Local de Navarra, así como los que ostentasen la condición de Vice-secretario en propiedad a la entrada en vigor de esta Ley Foral y no hayan accedido al puesto de Secretaría de su Entidad conforme a lo previsto en la Disposición Adicional Tercera de esta Ley Foral...».

Finalmente, cabe señalar que la Sentencia recurrida en casación ve imposible aplicar a los recurrentes de forma conjunta las previsiones de la Ley 6/1990 y la Ley 11/2004. Al efecto distingue, de forma radical entre el procedimiento ordinario de provisión (nunca aplicado hasta entonces de la Ley 6/1990) y el excepcional de la Ley 11/2004. Sin embargo a juicio de los recurrentes, y de la propia jurisprudencia de TSJ de Navarra(48), cabe la aplicación conjunta de preceptos de ambas Leyes 6/1990 y 11/2004, todo ello sobre la base de que se trata de los únicos habilitados que no han podido acceder como funcionarios de carrera a ejercer las funciones de secretaría en los Ayuntamientos navarros entre todos los que aparecen en la lista publicada en el *BON* el 17 de junio de 2005, que obtuvieron su habilitación, en procedimientos selectivos abiertos, como todos los actuales secretarios que son funcionarios en las corporaciones locales de Navarra.

En resumen, en la sazón aplicable art. 241.6 de la Ley 6/1990 de Administración Local de Navarra establecía que: «La obtención de la habilitación conferirá la condición de Secretario de las corporaciones locales de Navarra, pero la adquisición del carácter de

---

(48) Sentencia n.º 176/2012, de 29 de febrero, rec. 399/2007, ya citada (JUR/2014\39845), y todas las citadas en ella en idéntico sentido como la STJ Navarra de 6-3-2008 (Ap 17/2008), STJ Navarra de 17-3-2010 (Ap 6/2010); incluso se ha pronunciado esta Sala en sede cautelar en STJ Navarra de 25-3-2009 (Ap 90/2009), de 30-9-2009 (Ap 268/2009) entre otras.

funcionario sólo se producirá con la toma de posesión del correspondiente puesto de trabajo». Por lo que los recurrentes defienden de conformidad con lo dispuesto en el art. 241.6 de la Ley 6/1990 y en la disposición adicional primera de la Ley 11/2004, que ostentan el derecho constitucional a acceder a la función pública (art. 23.2 CE) mediante un proceso ordinario o excepcional de provisión de vacantes de las plazas de Secretaría, nunca restringido, sino totalmente abierto a todos los legalmente habilitados como secretarios de las Corporaciones locales de Navarra, y a la consiguiente toma de posesión de su plaza como funcionarios de carrera, sin que se vulnere el art. 23.2 CE.

## **V. Las nuevas previsiones de la Ley Foral 4/2011 para los secretarios municipales en Navarra**

La Ley Foral 4/2011, de 17 de marzo (49), modifica el título VII de la Ley Foral 6/1990, de la Administración local de Navarra. En su exposición de motivos afirma que: «El vigente sistema ordinario de provisión de los puestos de secretaría e intervención de la Administración Local de Navarra, plasmado en el Título VII de la Ley Foral 6/1990, de la Administración Local de Navarra y la incompatible coexistencia de algunas de sus determinaciones con las establecidas en la citada Ley Foral 11/2004, de 28 de octubre, para la actualización del régimen local de Navarra, recomiendan disponer de una nueva regulación de carácter legal que garantice la normalización del sistema de provisión y acceso a los puestos reservados para el ejercicio de las funciones públicas necesarias en la Administración Local de Navarra. Para conformar la nueva regulación, ha sido necesario identificar las carencias y demás limitaciones del vigente sistema que lo hacen insostenible e inviable para la pretendida normalización, como son, entre otras, la inexistencia de una regulación del régimen jurídico del personal habilitado, la falta de determinación de unos umbrales compatibles con la pretendida reorganización administrativa y funcional de la administración local de Navarra o la incompatible rigurosidad de los hitos temporales con la complejidad del procedimiento establecido, así como la excesiva dependencia de las entidades locales en la determinación de las plazas vacantes y de sus específicos criterios de valoración, inconciliables con la estable y segura consecución de los concursos unitarios de provisión.»

Además desde la misma exposición de motivos se persiste en la idea de que debe abordarse un mapa funcional, que responda a la complejidad del asentamiento territorial y de la estructura administrativa y que, tras ser consultado a los Ayuntamientos, resulte estable. Asimismo, debe fijarse un período transitorio para la implantación voluntaria del modelo y medidas de fomento para quienes tomen la iniciativa durante ese período; deben encauzarse las legítimas demandas de estabilidad, movilidad y promoción del personal, fijo e interino, de las entidades locales y deben establecerse medidas para paliar los problemas existentes y facilitar el tránsito entre la situación actual y el modelo de futuro.

Se confirma que los puestos de secretaría e intervención de las entidades locales de Navarra, invariablemente clasificados conforme a la normativa precedente, son los únicos que quedan reservados a funcionarios con habilitación a otorgar por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra. Se atribuye al Departamento del Gobierno de Na-

(49) BON 28 de marzo.

varra competente en materia de administración local, la responsabilidad de la selección y nombramiento del personal que haya de ocupar con funcionarios de carrera los puestos de secretaría e intervención, conforme a las determinaciones de las respectivas plantillas orgánicas. Se condiciona el acceso definitivo a la condición de secretario e interventor, a la previa obtención de habilitación por oposición o concurso-oposición en turno libre y de acuerdo al perfil lingüístico de cada plaza, sin que el número de las habilitaciones pueda superar el de vacantes resultantes de los previos concursos de provisión.

Se mantiene, con una periodicidad máxima de celebración sucesiva, el concurso unitario de méritos para la provisión entre funcionarios habilitados de las plazas vacantes de secretaría e intervención, mediante sistema de elección preferente según la puntuación obtenida por aplicación de un único baremo y en su caso, de la normativa vigente en materia lingüística. Se confirma y actualiza, como único régimen especial para la provisión de puestos de secretaría e intervención, el reconocido al Ayuntamiento de Pamplona, en la disposición adicional decimosexta de la LFAL. Y se establece el deber de las entidades locales de facilitar la información de las características de los puestos de secretaría e intervención, para posibilitar la correcta resolución de las convocatorias de acceso y provisión.

Por su parte, la disposición adicional primera de la Ley Foral 4/2011 dispone sobre la «implantación de Agrupaciones de Municipios para compartir los puestos de secretaría e intervención» que: «Con anterioridad al 30 de septiembre de 2012, el Gobierno de Navarra remitirá al Parlamento de Navarra un Proyecto de Ley Foral que regule el Mapa Local y la ordenación de las entidades locales de Navarra, donde se observen los principios de subsidiariedad, claridad competencial, suficiencia financiera y solidaridad territorial y cuya implantación obligatoria se materialice con posterioridad a un período reducido de asunción voluntaria de sus previsiones. Dicho proyecto legislativo contendrá en todo caso un Mapa de las entidades locales de Navarra, en cuyos niveles estructurales estarán contenidos los Concejos, Municipios, Agrupaciones de servicios Administrativos y demás entidades de carácter supramunicipal.» Resulta superfluo indicar que una vez más la Ley establece plazos para solventar una cuestión problemática, de difícil o imposible aprobación hasta el momento, aunque sea cierto que se trabaja en la aprobación de una nueva Ley foral (50), y en el Parlamento Foral se haya constituido una comisión para reformar el mapa local (51).

---

(50) El Gobierno de Navarra ha conocido en su sesión de 3 de octubre de 2012 el anteproyecto de Ley Foral de reorganización de la Administración Local de Navarra, que contempla la reducción de las mancomunidades y agrupaciones tradicionales que prestan los servicios de aguas, basuras, etc. De las 67 existentes en la actualidad se quieren reducir a un total de 6, y la centralización de las funciones de secretaría e intervención de los municipios, se quiere que pasen de las 166 unidades de gestión existentes en la actualidad a 103 en una fase intermedia, y reducir las en el futuro hasta 40. El número de municipios y concejos navarros prácticamente permanecerá como en la actualidad: 272 municipios y 348 concejos, aunque se prevé la extinción de municipios y concejos si no se presentan candidatos a las elecciones. En cuanto a la gestión administrativa, en la actualidad existen 166 unidades de gestión que prestan las funciones de secretaría y/o intervención: 105 dan servicio de manera individual a otros tantos Ayuntamientos, 50 son agrupaciones de secretaría y 11, agrupaciones de servicios administrativos. Es bajo esta última figura (agrupaciones de servicios administrativos) como se quieren reorganizar los servicios administrativos derivados del ejercicio de las funciones de secretaría e intervención que se presten en todas las entidades locales.

(51) El 29 de octubre de 2013 se ha creado en el Parlamento Foral una ponencia para estudiar los diversos planteamientos de los grupos sobre la reorganización de la Administración Local de Navarra. En el fragmentado Parlamento Foral la creación de la ponencia salió adelante en la Comisión de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local con los votos favorables de UPN, PSN, Bildu, PPN y Geroa Bai, mientras que

Finalmente, en las cuatro disposiciones transitorias se establece lo siguiente:

- 1.<sup>a</sup> Aquellas entidades locales que, a la entrada en vigor de la Ley Foral 4/2011, dispongan en su plantilla orgánica de puestos de Secretaría y/o de Intervención, mantendrán dichos puestos hasta el momento en que, por aplicación de lo que establezca la Ley Foral que regule el Mapa Local y la ordenación de las entidades locales de Navarra, se proceda a la adaptación de sus plantillas orgánicas.
- 2.<sup>a</sup> No obstante lo dispuesto por el artículo 253, quien a la entrada en vigor de la Ley Foral 4/2011, viniera ocupando puestos de trabajo de Secretaría e Intervención, podrán mantener el régimen de prestación de servicios que disfrutaban con anterioridad, en tanto permanezcan en el mismo puesto de trabajo.
- 3.<sup>a</sup> En tanto no entre en vigor la Ley Foral relativa al Mapa Local, solo se aprobará una convocatoria para la cobertura de las plazas vacantes de secretaría e intervención de los Municipios referidos en los artículos 243.2 y 244.2 (52). Las pruebas para la obtención de la habilitación y acceso a las plazas ofrecidas en dicho proceso no podrán comenzar antes del segundo semestre de 2012 y, en todo caso, la convocatoria deberá aprobarse con una antelación mínima de seis meses respecto del comienzo de las pruebas (53).
- 4.<sup>a</sup> Las tres primeras convocatorias que se aprueben, a partir de la presente Ley Foral, para la obtención de la habilitación y acceso a los puestos de secretaría e intervención, se realizarán por el sistema de concurso oposición. En dichas convocatorias, y sin perjuicio de lo establecido para la valoración adicional del vascuence, las fases de oposición y concurso tendrán una valoración proporcional del 70 y 30 respectivamente, y se habrá de poder alcanzar la puntuación total máxima de la fase de concurso, tanto con 20 años de servicios prestados en los puestos de secretaría e intervención de las entidades locales de Navarra, como por la adición a éstos de otros méritos.

---

Aralar e I-E se abstuvieron. Los trabajos deberán intentar poner en común el proyecto de Ley que presentó el Gobierno de UPN, sobre la base citada en la nota precedente, y la proposición de Ley del PSN que también se tramita en el Parlamento.

(52) Art. 243.2: «El puesto de Secretaría existirá en: a) Los Municipios con una población igual o superior a 2.000 habitantes. b) Las Agrupaciones tradicionales cuyos Reglamentos, Ordenanzas, Convenios, Acuerdos, Sentencias o Concordias así lo dispongan. c) Las Agrupaciones de servicios administrativos y el resto de entidades locales, cuando así lo establezca la Ley Foral a que se refiere la Disposición Adicional Primera de la presente Ley Foral y de conformidad con los requisitos y circunstancias que la misma contemple.»

Art. 244.2: «El puesto de trabajo de Intervención existirá necesariamente en: a) Los Municipios con una población igual o superior a 3.000 habitantes. b) Las Agrupaciones tradicionales cuyos Reglamentos, Ordenanzas, Convenios, Acuerdos, Sentencias o Concordias así lo dispongan, siempre y cuando su gasto corriente anual en los últimos cinco años haya sido superior a tres millones de euros. c) Las Agrupaciones de servicios administrativos y el resto de entidades locales, cuando así lo establezca la Ley Foral a que se refiere la Disposición Adicional Primera de la presente Ley Foral y de conformidad con los requisitos y circunstancias que la misma contemple.»

(53) Asimismo, en esta disposición transitoria tercera en un apartado segundo se añade lo siguiente, ya citado, en relación a los secretarios habilitados con anterioridad a 1984: «mientras se encuentre pendiente de resolución firme cualquier reclamación, administrativa o judicial, fundamentada en la previsión del párrafo tercero del apartado uno de la disposición adicional primera de la Ley Foral 11/2004, de 29 de octubre, para la actualización del régimen local de Navarra, no se ofertarán en ninguna convocatoria aquellas plazas vacantes de secretaría que fueron incluidas para su provisión definitiva en el concurso convocado conforme a lo previsto en el párrafo primero del apartado tres de la referida disposición adicional.»

Desde la aplicación práctica de las previsiones legales, en primer lugar se ha aprobado la Orden Foral 25/2012, de 23 de enero, por la que se aprueba la convocatoria para la provisión entre funcionarios habilitados, mediante traslado por concurso de méritos, de plazas vacantes de puestos de secretaria de las entidades locales de Navarra (54). La posterior Orden Foral 186/2012, de 8 de mayo, resuelve la convocatoria, nombrando los titulares de las cuatro plazas vacantes convocadas de Secretaría de las Entidades Locales de Navarra (55).

En segundo lugar, la Orden Foral 196/2012, de 11 de mayo, del Consejero de Presidencia, Administraciones Públicas e Interior, aprueba la convocatoria para la obtención de la habilitación, conferida por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, y el acceso al puesto de Secretario de las Entidades Locales de Navarra, mediante el sistema de concurso-oposición (56). Las plazas destinadas a ser cubiertas son aquellas que, hallándose comprendidas en los supuestos a que se refiere el art. 243.2 de la Ley 4/2011 (municipios con más de 2000 habitantes) han resultado vacantes tras la resolución del proceso que, con carácter previo, se ha llevado a cabo para la provisión entre funcionarios habilitados, mediante traslado por concurso de méritos. La posterior Orden Foral 172/2013, de 27 de mayo, del Consejero de Desarrollo Rural, Medio Ambiente y Administración Local, confiere a los ocho aspirantes aprobados la habilitación para acceder a la condición de Secretario de las entidades locales de Navarra y se les nombra funcionarios en las plazas que respectivamente se les adjudica (57).

Trabajo recibido el 17 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

---

(54) *BON* de 31 de enero de 2012.

(55) *BON* de 17 de mayo de 2012.

(56) *BON* de 17 de mayo de 2012.

(57) *BON* de 31 de mayo de 2013.

**LABURPENA:** Nafarroako udal-idazkarien araubide juridikoaren arazoa aztertzen da. Funtsean hornikuntza eta hautapena, aurretiazko foru-gaikuntza lortuta. Azken hogeita hamabost urteetan oztopo handia izan da udalak derrigorrez taldekatu nahia, orain arte ezinezkoa. Horrekin, udal-idazkaritzaren zerbitzuak ere taldekatu egingo lirateke. Gaur egon 272 udalerrri eta 348 kontzeju daude Nafarroan, bai eta 67 mankomunitate eta elkarte tradizional ere, zerbitzu publikoak emateko. Idazkarien araubide juridikoa antolatzeko onartutako bata bestearen ondorengo Foru Legeek arazoak sortu dituzte: bitarteko lan-kontratu asko metatu dira azken hiru hamarkadetan, gatazka ugari judizializatu dira, eta inkonstituzionaltzat jo dira 11/2004 Foru Legeko lehen xedapen gehigarriaren bi tarteki ere.

**HITZ GAKOAK:** Udal-idazkaria. Toki-araubidea. Nafarroa. Hornikuntza. Foru-gaikuntza.

**RESUMEN:** Se analiza la problemática que circunda al régimen jurídico de los secretarios municipales en Navarra. Fundamentalmente el relativo a la provisión y selección mediante la obtención de la previa habilitación foral. Todo ello entorpecido en los últimos treinta y cinco años, por la voluntad de proceder a una forzosa agrupación de municipios —hasta el momento imposible— con lo que también se agruparían los servicios prestados por la secretaría municipal. En la actualidad en Navarra existen 272 municipios y 348 concejos, además de 67 mancomunidades y agrupaciones tradicionales para la prestación de servicios públicos. Las sucesivas Leyes Forales aprobadas para ordenar el régimen jurídico de los secretarios han resultado problemáticas, al existir una alta tasa de interinidad acumulada en las tres últimas décadas y por la multitud de conflictos que se han judicializado, incluso con la inconstitucionalidad declarada de dos incisos de la disposición adicional primera de la Ley Foral 11/2004.

**PALABRAS CLAVE:** Secretario municipal. Régimen local. Navarra. Provisión. Habilitación foral.

**ABSTRACT:** The problems around the legal regime of municipal legal secretaries in Navarra are analyzed. Basically the problem related to the provision and selection by means of the achievement of a previous foral authorization. And all of it impeded for the last thirty five years by the will of proceeding to a mandatory assemblage of municipalities —so far impossible— that brings the assemblage of the services provided by the municipal legal secretary. To date there exist 272 municipalities and 348 councils, besides 67 grouping of municipalities and traditional groupings for the provision of public services. The consecutive Foral Acts enacted to arrange the legal regime of legal secretaries have been problematic because there is a high rate of temporary staff during last three decades and by a ton of conflicts which were judicialized even with the unconstitutionality of two subsections of the first additional provision of the Foral Act 11/2004.

**KEYWORDS:** Municipal legal secretary. Local regime. Navarra. Provision. Foral authorization.

# Los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de las disposiciones administrativas de carácter general

Carmen Agoués Mendizabal

**Sumario:** I. Introducción.—II. Los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de las disposiciones administrativas de carácter general sobre los actos firmes. II.1. La eficacia ex tunc de la nulidad de los Reglamentos y la subsistencia de los actos firmes (sean favorables o de gravamen). II.2. Las distintas soluciones jurídicas en torno a la limitación de los efectos de las sentencias. II.3. La subsistencia de los actos firmes favorables o de gravamen.—III. Los actos administrativos emanados tras dictarse la sentencia anulatoria y antes de su publicación.—IV. Los efectos de la sentencia anulatoria no firme.—V. La incidencia indirecta de la sentencia anulatoria sobre los actos firmes.—VI. Conclusiones

## I. Introducción (1)

Con frecuencia, cuando un fallo judicial declara la nulidad de una disposición administrativa, la Administración se encuentra con la dificultad y, a veces, imposibilidad, de deshacer los efectos de los actos dictados bajo la cobertura del Reglamento declarado nulo, que ha generado situaciones irreversibles. Así, es habitual que en el momento de declararse la nulidad de un plan urbanístico por sentencia judicial, numerosas viviendas y locales comerciales construidos al amparo de dicho plan se encuentren totalmente terminados, vendidos a terceros, y, en muchos casos, habitados y ocupados.

Los arts. 72.2 y 73 de la LJCA regulan los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de las disposiciones administrativas de carácter general. Tanto la doctrina (2)

---

(1) Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación del Departamento de Educación del Gobierno Vasco, para grupos de investigación del sistema universitario vasco (ref. IT800-13).

(2) *Vid.* DE ASIS ROIG, E. «La conservación de actos no firmes dictados en ejercicio de una disposición general declarada nula» en *REDA* 59, 1988, pp. 455-469. CALONGE VELÁZQUEZ y J.A GARCÍA DE COCA., «Nulidad de pleno derecho y derogación de las normas: reciente doctrina sobre el art. 120 LPAC del TS», *REDA* 72 1992, pp. 89-100; GARCÍA LUENGO, «La declaración de nulidad en vía administrativa de disposiciones generales (A propósito de la STS de 22 de diciembre de 1999)», *RAP* 154 (2001), pp. 202-242 GÓMEZ-FERRER MORANT, R. «Nulidad de reglamentos y actos dictados bajo su vigencia», *REDA* 14 (1977), pp. 387-400. GÓMEZ DÍAZ, A.B. «La eficacia de las sentencias contencioso administrativas: entre la dogmática y la ingeniería judicial», *RAP* 144, 1997, pp. 245-282. PÉREZ ANDRÉS, A, *Los efectos de las sentencias en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Pamplona, Aranzadi, 2000. SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *La Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Iustel, 2010, pp. 727-738. REBOLLO PUIG, M. «Comentarios a los artículos 72 y 73» en el volumen extraordinario de la *REDA*, Núm. 100, p. 531.

como la jurisprudencia dan buena cuenta de las dificultades que plantea la interpretación de dichos preceptos. Reflejar aquí la tensión subyacente en la aplicación de estos preceptos tiene indudable interés, puesto que en ella radica la explicación última de la solución adoptada por el legislador.

De la lectura del art. 73 LJCA cabe inferir, en primer lugar, que las sentencias y actos administrativos firmes en el momento en que la sentencia que declara la nulidad de la disposición que aplican alcance o tenga efectos generales, resultan, como regla general, intangibles. La fugacidad de los plazos de los recursos administrativos y judiciales provoca, muchas veces, que los actos administrativos viciados se conviertan en firmes.

En segundo lugar, el precepto establece que frente a las sentencias y actos que no hayan adquirido tal firmeza puede hacerse valer la declaración de nulidad de la disposición que aplicaron; finalmente, se dispone que las sanciones impuestas se ven, en todo caso, afectadas por la nulidad de la disposición que les sirvió de cobertura, siempre que dichas sanciones no hayan sido ejecutadas completamente. Este precepto establece sólo una excepción a la regla general en relación a los actos firmes, «salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente» (3). El análisis que se hace en las siguientes líneas dejará de lado el examen de este último inciso porque se entiende que su complejidad exige un tratamiento autónomo y diferenciado.

A lo largo de este trabajo habrá ocasión de comprobar que el alcance de los efectos de estas sentencias anulatorias de Reglamentos no resulta muy claro y que en la práctica plantea numerosos conflictos. ¿A quién afecta la declaración de nulidad de la disposición administrativa? ¿Cabe esgrimir la nulidad de la disposición para conseguir la anulación de los actos dictados en aplicación de la misma? ¿Desde qué momento cabe considerar nula dicha disposición?

La realidad nos muestra que, en la mayoría de los casos, cuando se declara la nulidad de una disposición administrativa se han dictado ya numerosos actos en ejecución de dicha disposición y, en virtud de los mismos, se han creado distintas situaciones jurídicas (que pueden ser favorables o desfavorables para los ciudadanos).

Otro de los conflictos jurídicos que derivan del análisis jurisprudencial es la cuestión del alcance de los efectos de la sentencia que todavía no es firme por haber sido recurrida en casación, y cuyo fallo declara la nulidad de una disposición administrativa o de algunos preceptos de una disposición administrativa. ¿Ha de desplegarse efectos dicha sentencia —no firme— sobre los recursos interpuestos contra los actos dictados en ejecución de dicha disposición? Así, cuando se declara la nulidad de un plan general por una sentencia de un Tribunal Superior de Justicia, recurrida en casación, ¿procede traer a colación dicha sentencia —aún no firme— al recurso interpuesto frente a una licencia otorgada al amparo de dicho plan general?

Finalmente, se analizarán las posibilidades que el ordenamiento jurídico ofrece al interesado afectado por un acto administrativo firme dictado en aplicación de una disposición administrativa que posteriormente ha sido declarada nula por sentencia judi-

---

(3) Solución parecida a LPA de 1958, cuyo art. 120.1 dispuso que «la estimación de un recurso contra una disposición de carácter general implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados a su amparo». Aunque el precepto se refería a la anulación de Reglamentos en vía administrativa, los tribunales contenciosos la aplicaron pacíficamente a la anulación mediante sentencia.



cial firme. Piénsese en la situación de quien ha cumplido con su obligación tributaria y ha pagado y consentido un tributo impuesto en virtud de una disposición administrativa, que, posteriormente, se declara nula; ¿Puede el interesado afectado por dicho acto, si es nulo, pedir su revisión de oficio? ¿Qué otra alternativa cabe plantear?

En los siguientes apartados veremos cómo junto al principio de seguridad jurídica que rige como regla general en esta materia, se deben ponderar otros factores para responder a conflictos, que, con arreglo a la aplicación estricta de la regla general, se verían expuestos a resultados injustos o incoherentes. Este va a ser, pues, el objeto del presente trabajo.

Para analizar el alcance y extensión de la declaración de nulidad de un Reglamento procede analizar en primer lugar, brevemente, la teoría general de la nulidad y su modulación ante los actos dictados en aplicación de un Reglamento declarado nulo por sentencia judicial.

## **II. Los efectos de las sentencias que declaran la nulidad de las disposiciones administrativas de carácter general sobre los actos firmes**

### **II.1. La eficacia ex tunc de la nulidad de los Reglamentos y la subsistencia de los actos firmes (sean favorables o de gravamen)**

En virtud del art. 73 LJCA las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectarán por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales.

El ordenamiento jurídico castiga con la nulidad de pleno derecho los Reglamentos ilegales (art.62.2 LPAC). Se trata de la sanción más grave, el grado de invalidez más intenso previsto en el ordenamiento jurídico administrativo. En puridad de doctrina, la declaración de nulidad no está sometida a plazo alguno ni requiere petición del afectado por la norma viciada, de modo que la nulidad de pleno derecho puede declararse en cualquier momento, a instancia de parte o, incluso de oficio por la propia Administración o por los Tribunales. Asimismo, como sostienen GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (4), el simple transcurso del tiempo no sana la norma viciada, que sigue siendo absolutamente nula como en el momento en que fue dictada. Por otra parte, la nulidad de pleno derecho, a diferencia de la anulabilidad, produce efectos en cadena y se comunica a los actos y normas subsiguientes de forma automática. Tal y como se indica por los citados autores, si la ilegalidad de un Reglamento determinase la anulabilidad y no la nulidad, quedaría al arbitrio de las personas afectadas todo el sistema de producción normativa y se habría introducido una nueva causa de derogación de leyes formales; «la vigencia de una Ley no puede quedar extinguida por ningún Reglamento contrario a la misma, por mucho que sea el aquietamiento de los interesados y el tiempo que transcurra sin que se produzca reacción contra dicho Reglamento» (5). Por dicho motivo, el Reglamento es una norma cuya aplicación ha de

(4) *Vid. Curso de Derecho Administrativo*, vol. I. Ed. Civitas, Cizur Menor, 2011 (16.ª ed.), *cit.*, vol. I, pp. 29-251.

(5) GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ T.R. *Op. cit.* p. 259.

ser cuestionada antes de su aplicación, incluso por los propios tribunales. El propio art 6 LOPJ prohíbe a los jueces y tribunales, de modo categórico, aplicar los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la Ley o al principio de jerarquía normativa.

Desde la perspectiva de la teoría general de la invalidez, la declaración de nulidad de una disposición general, por ser de pleno derecho, produce efectos *ex tunc* y obliga a eliminar la disposición del ordenamiento jurídico(6). Siguiendo esta teoría, tras anular una disposición de carácter general, quedan anuladas cuantas normas de desarrollo se amparen en aquélla, pues quedan desprovistas de toda cobertura jurídica, máxime teniendo en cuenta el principio de jerarquía normativa(7).

Sin embargo, la autotutela de la Administración y el principio de seguridad jurídica ha llevado al propio legislador y a la jurisprudencia a modular los efectos *ex tunc* de la nulidad de la norma reglamentaria. La necesidad de que la Administración actúe para satisfacer el interés público, impone, como es de sobra conocido, además de la autotutela de la Administración, la presunción de validez de las actuaciones administrativas. La intervención de la Administración pública conlleva, por tanto, que la teoría de la nulidad de los actos administrativos queda modulada o atemperada por esa presunción de validez (art. 57 LPAC). Esta modulación se refleja, asimismo, en el principio de *intransmisibilidad* (la nulidad del acto no se comunicará a los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero)(8), en el *principio de conversión*(9) (los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste ), y en el principio de *conservación* de los actos, (la Administración conservará siempre aquellos actos y trámites nulos o anulables cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción)(10).

Por otro lado, los actos administrativos dictados en ejecución de una disposición administrativa son, en principio, inmediatamente eficaces y la Administración puede imponer su ejecución forzosa, sin esperar a que se resuelva sobre su validez, de modo que la ejecución de dichos actos puede generar situaciones irreversibles a pesar de su invalidez. Un acto radicalmente nulo, dictado en ejecución de una disposición administrativa nula, puede modificar situaciones jurídicas como si fuera un acto válido, desde el momento en que la Administración cuenta con el privilegio de la ejecución forzosa. En consecuencia, el particular afectado por la modificación de la situación o realidad jurídica se verá obligado a reaccionar contra dicho acto a través de los

---

(6) Vid. el informe del Consejo de Estado de 15 de junio de 1995, emitido con ocasión del inicial Anteproyecto de la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

(7) Vid. STS Sentencia de 30 Ene. 2014, rec. 3045/2011. El TS falla la nulidad de la modificación puntual de unas normas subsidiarias de Planeamiento Municipal para dotaciones de equipamiento social y servicios por falta de la cobertura normativa requerida. El Reglamento que le dio cobertura (D. 92/2008, 10 Jul.) fue anulado por resolución judicial, en particular el precepto que regulaba el procedimiento simplificado, bajo cuyo amparo se tramitó la modificación puntual. Aunque tal nulidad no es firme, el TS extiende sus efectos a todos los actos dictados en su aplicación, porque entiende el Tribunal enjuiciador que trató ambas cuestiones no puede desvincularse de sus resoluciones precedentes.

(8) Además la nulidad parcial del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado (art. 64 LPAC).

(9) Art. 65 LPAC.

(10) Art. 66 LPAC.

recursos correspondientes. En caso contrario, deberá soportar la modificación de su situación jurídica, por muy perjudicial que le sea tal modificación. Si no recurre en plazo, el acto seguirá produciendo efectos, pero esto no lo convierte en un acto válido; será eficaz pero seguirá siendo nulo, de modo que la única forma de declarar su nulidad será a través del recurso extraordinario de revisión (118 LPAC) o del procedimiento de revisión de oficio (102.1 LPAC) que procede en cualquier momento, sin perjuicio de los límites establecidos en el art. 106 LPAC (11).

En realidad, a través de la subsistencia de los actos firmes, se otorga eficacia indirecta a actos notoriamente ilegales, como son los actos nulos. El TS ha declarado que la anulación de los instrumentos de planeamiento deja a salvo la eficacia de las licencias firmes (12).

Como se infiere de la lectura del art. 73 LJCA, el ordenamiento jurídico, por razones de seguridad jurídica (13), se inclina por la conservación o mantenimiento de los efectos de los actos firmes de desarrollo y ejecución de la disposición de carácter general anulada por un fallo judicial. Los actos firmes se mantienen vivos para el Derecho, se conservan, pero ello no impide que a través del procedimiento de revisión de oficio (art. 102 LPAC), siempre que el acto sea nulo de pleno derecho, pueda llegarse a la declaración de nulidad de tales actos. El art. 73 LJCA pretende garantizar las relaciones establecidas y consolidadas, y por ello, dispone la subsistencia de los actos firmes, de manera que para estos actos, la sentencia que declara la nulidad de la disposición administrativa tendrá efectos *ex nunc* y no *ex tunc*. En cuanto a los actos no firmes, pueden ser impugnados una vez declarada nula la disposición general (14).

En principio, la anulación de una disposición general comunica sus efectos a los actos dictados en su aplicación, salvo a los actos firmes. Ahora bien, el TS ha indicado que, en algunos casos, podría concurrir la falta de comunicación de la nulidad a los actos posteriores (15). Por ejemplo, en el ámbito del planeamiento urbanístico, donde el otorgamiento de una licencia, dictada al amparo del planeamiento declarado nulo, pudiera encontrar cobertura en alguna otra norma del ordenamiento jurídico (16).

Es preciso indicar que no cabe extender la aplicación del art. 73 LJCA a la relación entre dos disposiciones infraordenadas entre sí. El TS ha entendido que la norma que contiene el art. 73 LJCA se refiere a la relación entre una disposición declarada nula y los actos de aplicación firmes dictados antes de dicha declaración de nulidad, pero en

---

(11) *Vid.* en este sentido, la STS de 23 de septiembre de 2003 (Ar.7789), que abrió una nueva vía de control respecto a los actos firmes dictados al amparo de una disposición de carácter general declarada nula por sentencia judicial.

(12) *Vid.* STC de 8 de julio de 1992, 22 de diciembre de 2003 ó 14 de noviembre de 2004.

(13) *Vid.* JORDANO FRAGA, J. *Nulidad de los actos administrativos y Derechos fundamentales*, Madrid, 1997, Marcial Pons, pp. 205 y ss. El autor sostiene que el problema de fondo está en torno al equilibrio que ha de mantenerse entre la nulidad o anulabilidad y otros principios jurídicos como el de seguridad jurídica o el de buena fe.

(14) *Vid.* STS de 12 de diciembre de 2003 (rec. de cas. 4615/1999); STS de 4 de julio de 2007 (rec. de cas. 296/2004) y STS de 17 de junio de 2009 (rec. de cas. 5491/2007).

(15) *Vid.* en este sentido, Sentencia de 30 enero 2014. RJ 2014\802

(16) En dicha Sentencia el TS entiende que en el caso que se plantea es claro que la legitimidad la Orden cuestionada procedía del Reglamento anulado (Decreto 92/2008), que es el que configuraba el procedimiento abreviado bajo cuyo marco se procedió a la aprobación de la modificación puntual no sustancial de la ordenación urbanística vigente en el municipio.

ningún caso a la relación entre dos disposiciones infraordenadas entre sí, de modo que la desaparición de la primera arrastra a la segunda (17).

## II.2. Las distintas soluciones jurídicas en torno a la limitación de los efectos de las sentencias

La regulación del art. 73 LJCA sobre el alcance de los efectos de las sentencias anulatorias de disposiciones generales se asimila a lo dispuesto en art. 40.1 LOTC (18). El artículo 40 de la LOTC establece que «Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes, disposiciones o actos con fuerza de ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad» (19). En consecuencia, la LOTC no permite revisar procesos fenecidos.

En alguna ocasión, el TC ha evitado atribuir carácter retroactivo a su sentencia anulatoria y ha permitido, incluso, que se continúe aplicando el criterio de la ley declarada inconstitucional (20) con el objeto de dar cumplimiento a otros valores constitucionales o evitar situaciones más inconstitucionales (21). También cabe señalar sentencias en las que el TC ha asumido el criterio del TJUE de la necesidad «de evitar daños financieros relevantes » al fisco (22), para evitar el carácter retroactivo de los efectos de sus sentencias.

(17) Vid. STS de 25 Mayo de 2012, rec.1235/2009. En el caso examinado, el TS sostiene que no pueden analizarse las divergencias surgidas entre la delimitación del Plan Parcial y el Parque Natural, ya que el citado Plan Parcial se ha quedado sin cobertura por la nulidad del Plan General, declarada judicialmente, y del que es un desarrollo.

(18) Vid. sobre este particular GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S «Los efectos de las sentencias anulatorias de los Tribunales Constitucionales» en *RAP*, núm. 178, Madrid, enero-abril (2009), pp. 361-367. DIAZ REVORIO, F.J. «Tipologías y efectos de las Sentencias del Tribunal Constitucional en los procedimientos de inconstitucionalidad ante la reforma de la LOTC» en *La Reforma del Tribunal Constitucional: actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España* / coord. por Pablo Pérez Tremps, Ed. Tirant lo Blanch, 2007, pp. 149-176.

(19) La STC 45/1989 (F.J.11) resolvió los problemas de tributación familiar derivados de la aplicación del impuesto sobre la renta de las personas físicas a las unidades matrimoniales; declaró situaciones consolidadas de imposible revisión las decididas mediante sentencia firme (art. 40.1 LOTC) y también, por aplicación del principio de seguridad jurídicas del art. 9.3 CE, las situaciones creadas mediante actuaciones administrativas firmes.

(20) Así, por ejemplo, más o menos en esta línea, la sentencia del TC español 19/1987 declaró que hasta que el legislador español no dictase una nueva Ley ajustada a la STC, los tributos habrían de continuar fijándose conforme a la Ley de Haciendas Locales afectada por el fallo constitucional.

(21) Vid. también STC 36/1991, que declara la validez del sistema legal de tutela de los menores, de tipo judicial, hasta que el legislador instaure un nuevo sistema ajustado a dicha Sentencia.; la STC 222/1992 (la prestación no sólo ha de ser para mujeres, sino también para hombres), 195/1998 (para evitar daños ambientales en el Parque Natural de Santoña), 208/1999 y 61/1997. Véase GONZÁLEZ BEILFUSS, M. *Tribunal Constitucional y reparación de la discriminación normativa*, Ed. Centro de Estudios políticos y constitucionales. Madrid, 2000.

(22) Así en la STC 13/1992, a la hora de declarar la inconstitucionalidad de las Leyes de Presupuestos de 1987 y 1988, el TC sostuvo que «La anulación de tales partidas presupuestarias podría suponer graves perjuicios y perturbaciones, también en Cataluña, a los intereses generales, afectando a situaciones jurídicas consolidadas y particularmente a la política económica y financiera del Estado. Por otra parte, dichas partidas presupuestarias se refieren a ejercicios económicos ya cerrados y que han agotado sus efectos».

De la Jurisprudencia constitucional se infiere que el TC admite la posibilidad de limitar los efectos de las sentencias que declaren la nulidad de normas con fuerza de ley, al entender que el art. 40.1 LOTC prohíbe *exclusivamente* revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada; a contrario, entiende el TC que, en el resto de los casos, se atribuye al Tribunal la posibilidad de decidir los efectos de la sentencia (23). No obstante, el propio TC considera que la decisión sobre los efectos de la sentencia habrá de motivarse sobre la base de principios generales o positivos incardinados en el ordenamiento jurídico.

Por lo que se refiere a las situaciones consolidadas que han de considerarse no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la nulidad, el TC incluye entre las mismas, no sólo aquéllas que han sido decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, sino también, por exigencia del principio de seguridad jurídica, las situaciones creadas mediante las actuaciones administrativas firmes. El TC entiende que la solución contraria, para quien recurrió sin éxito ante los Tribunales, en contraste con el trato recibido por quien no instó en tiempo la revisión del acto de aplicación de las disposiciones declaradas inconstitucionales (24).

El TC declara que el principio constitucional de seguridad jurídica del art. 9.3 CE también reclama, en ocasiones, que la declaración de inconstitucionalidad sólo sea eficaz «pro futuro», esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme. De esta manera se mantienen intangibles todas las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de la norma declarada inconstitucional, no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada, sino también las situaciones administrativas firmes (25).

También el Tribunal de Justicia de la UE se ha pronunciado sobre el alcance temporal de los efectos de sus sentencias (26). Como regla general, el TJUE ha propugnado los efectos *ex tunc* de sus sentencias. Así, ha mantenido que la interpretación que el TJUE, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, hace de una norma de Derecho de la Unión aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, *tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma así interpretada puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen*

---

(23) En este sentido, el art. 66 LOTC, en relación a los conflictos de competencia, dispone que el TC declarará la titularidad de la competencia controvertida y acordará, en su caso, la anulación de la disposición, resolución o actos que originaron el conflicto en cuanto estuvieren viciados de incompetencia, pudiendo disponer lo que fuera procedente respecto de las situaciones de hecho o de derecho creadas al amparo de la misma. Para el recurso de amparo, el art. 55 LOTC también establece que si la sentencia otorga el amparo contendrá, si es lo procedente, la declaración de nulidad de la decisión que haya impedido el pleno ejercicio de derechos o libertades protegido, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos.

(24) STC 45/1989 (J 11) y STC 180/2000 (FJ 7).

(25) *Vid.* STC 40/2014 (FJ 6) que recoge la doctrina de las SSTC 45/1989, de 20 de febrero (FJ 11); 180/2000, de 29 de junio, (FJ 7); 365/2006, de 21 de diciembre, (FJ 8), y 161/2012, de 20 de septiembre, (FJ 7).

(26) *Vid.* MICHAEL LANG. «Limitation of Temporal Effects of CJEU Judgments - Mission impossible for Governments of EU Member States». WU International Taxation Research Paper Series No. 2013 - 06. Universität Wien.; GONZÁLEZ-VARAS *o. p.* pp. 361-367.

los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma (27).

El Tribunal sólo ha admitido con carácter excepcional limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, el TJUE sostiene que han de concurrir dos criterios esenciales: la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves (28).

En la reciente Sentencia de 27 de febrero de 2014 (29), que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el TSJ de Cataluña, se plantea si el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/12 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma nacional que establece un impuesto sobre la venta minorista de hidrocarburos, como el IVMDH controvertido en el litigio principal. La Generalitat de Catalunya y el Gobierno español habían solicitado al TJUE que limitara los efectos en el tiempo de la sentencia en el supuesto de que declarara que la Directiva 92/12 se opone al establecimiento de un impuesto como el IVMDH. El TJUE recuerda que «únicamente ha permitido la limitación en el tiempo de los efectos de una sentencia en circunstancias muy concretas, cuando existía un riesgo de repercusiones económicas graves debidas en particular al elevado número de relaciones jurídicas constituidas de buena fe sobre la base de una normativa considerada válidamente en vigor y era patente que los particulares y las autoridades nacionales habían sido incitados a observar una conducta contraria a la normativa de la Unión en razón de una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance de las disposiciones del Derecho de la Unión, incertidumbre a la que habían contribuido eventualmente los mismos comportamientos observados por otros Estados miembros o por la Comisión» (30).

En todo caso, para el Tribunal el criterio de los perjuicios económicos no es por sí solo motivo suficiente para acceder a limitar los efectos de la sentencia (31). Si ello no fuera así, según el TJUE, las violaciones más graves del ordenamiento europeo recibirían el trato más favorable, en la medida en que son éstas las que pueden entrañar las consecuencias económicas más cuantiosas para los Estados miembros. Además, señala el Tribunal, que limitar los efectos de una sentencia en el tiempo basándose únicamente en consideraciones de este tipo redundaría en un menoscabo sustancial de

(27) Vid. las sentencias de 17 de febrero de 2005, *Linneweber y Akritidis*, C-453/02 y C-462/02, Rec. p. I-1131, apdo. 41; de 6 de marzo de 2007, *Meilicke y otros*, C-292/04, Rec. p. I-1835, apdo. 34, y de 10 de mayo de 2012, *Santander Asset Management SGIIC y otros*, C-338/11 a C-347/11, apdo. 58).

(28) Vid. las sentencias de 10 de enero de 2006, *Skov y Bilka*, C-402/03, Rec; de 3 de junio de 2010, *Kalinchev*, C-2/09, y *Santander Asset Management SGIIC y otros*.

(29) Asunto C-82/12S, *Transportes Jordi Besora, S.L. / Generalitat de Catalunya*. En este caso, el Tribunal de Justicia considera que no puede admitirse que la Generalitat de Catalunya y el Gobierno español hayan actuado de buena fe al mantener el IVMDH en vigor durante un período de más de diez años. El Tribunal de Justicia deduce de ello que no procede limitar en el tiempo los efectos de la sentencia. En efecto, el Tribunal de Justicia ya se había pronunciado en el año 2000 sobre un impuesto con características análogas a las del IVMDH. Además, en 2001, la Comisión había informado a las autoridades españolas de que la introducción de dicho impuesto sería contraria al Derecho de la Unión. Por otro lado, en 2003 (el año siguiente a la entrada en vigor del IVMDH), la Comisión inició un procedimiento de incumplimiento contra España en relación con dicho impuesto.

(30) El propio TJUE hace referencia a las sentencias *Richards*, C-423/04; *Kalinchev*, C-2/09, y *Santander Asset Management SGIIC y otros*, C-338/11 a C-347/11.

(31) Vid. sentencias de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, *Bidar*, C 209/03.

la protección jurisdiccional de los derechos que la normativa fiscal de la Unión confiere a los contribuyentes (32).

Tras este breve repaso de las soluciones adoptadas por la jurisprudencia constitucional y europea en relación al alcance temporal de los efectos de sus sentencias anulatorias, cabe sostener que mientras el art. 73 LJCA y el art. 40 LOTC adoptan soluciones parecidas, sin embargo, la jurisprudencia del TJUE entiende que la limitación temporal es excepcional y únicamente puede admitirse en la misma sentencia que resuelve sobre la interpretación solicitada de forma motivada y atendiendo básicamente a dos factores: las graves repercusiones económicas o trastornos que puede generar la sentencia y la buena fe de los operadores intervinientes.

Procede, ahora, centrarse en el análisis del art. 73 LJCA, y, concretamente a los actos que se mantienen intangibles ante la sentencia anulatoria de la disposición general que les daba cobertura.

### II.3. La subsistencia de los actos firmes favorables o de gravamen

La simplicidad del artículo 73 LJCA oculta un importante número de problemas irresueltos. Otra cuestión que se plantea es si el art. 73 LJCA, al aludir a los actos firmes, pretende referirse estrictamente a los actos favorables, a los actos de gravamen, o a cualquier tipo de acto. No cabe olvidar que el art. 105 LPAC atribuye a las Administraciones públicas la posibilidad de revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico. De una primera lectura cabe apreciar una contradicción: el art. 73 LJCA obliga a la Administración a mantener los actos firmes y el art. 105 LPAC, por su lado, permite la revocación de los actos de gravamen en cualquier momento.

El TSJ en su sentencia de 31 mayo 2012 (33) ha declarado que la potestad de revisión que el artículo 105 concede a la Administración para los actos de gravamen o desfavorables, no constituye una fórmula alternativa para impugnar fuera de plazo los actos administrativos consentidos y firmes, sino sólo para revisarlos por motivos de oportunidad. Sostiene que «la petición de revisión no puede ser ocasión para discutir si el acto de gravamen se ajusta o no al ordenamiento jurídico, pues ello sólo puede hacerlo el interesado impugnando en tiempo y forma el acto discutido».

En consecuencia, cabe entender que el art. 73 LJCA no hace depender la subsistencia de dichos actos del carácter favorable o desfavorable de los mismos, de modo que subsistirán los actos firmes al margen de que los afectados por dichos actos se hayan beneficiado de la aplicación de la norma anulada, o hayan visto su situación jurídica perjudicada en el ejercicio de dicha aplicación.

Como ejemplo de la primera posibilidad cabe traer a colación la STS de 4 de abril de 2012 (34) por la que se enjuicia un recurso de Casación interpuesto contra una Sentencia del TSJ del País Vasco que desestimaba un recurso interpuesto por una em-

---

(32) Vid. la sentencia *Rodriguez y otros*, C-367/93 a C-377/93.

(33) RJ 2012/7144

(34) RJ 2012/5177.

presa contra el acuerdo del Tribunal Económico Administrativo Foral de Bizkaia, que, a su vez, había desestimado una reclamación contra una liquidaciones del impuesto de Sociedades; la reclamación se había formulado porque la oficina gestora había rechazado la aplicación de deducciones de cuota líquida en el Impuesto de Sociedades en algunos ejercicios. El TSJ del País Vasco había desestimado el recurso exclusivamente porque el art. 60 de la Norma foral aplicable al caso había sido anulado en firme por una sentencia del TS de 2004; en su opinión, los preceptos declarados nulos no pueden ser aplicados a partir de la publicación de la sentencia que así lo declara. Según el TSJ, la sentencia anulatoria debía producir sus efectos no sólo sobre todas las liquidaciones que debían practicarse a partir de publicarse la nulidad, sino también sobre las no firmes por encontrarse impugnadas ante los tribunales, Como dice el tribunal de instancia «la clave exclusiva radica en que la norma ha sido expulsada en firme del ordenamiento jurídico, y aunque sus aplicaciones ya consolidadas queden al abrigo de la anulación conforme al artículo 73 LJCA ( RCL 1998, 1741 ), la eficacia general de la sentencia conlleva que el precepto declarado nulo no puede ser ya aplicado a partir de la publicación de la misma (...)».

El recurrente en casación entiende que la sentencia de instancia ha aplicado indebidamente los art. 72 y 73 LJCA ya que la anulación del art. 60 de la norma foral no puede perjudicar las autoliquidaciones ya presentadas por el contribuyente, porque se vería privado retroactivamente de un beneficio fiscal, en clara colisión con el principio de confianza legítima. Sin embargo, el TS sostiene, en primer lugar, que en los casos de declaración de nulidad de las disposiciones generales, la nulidad absoluta es la consecuencia ordinaria, de manera que la ineficacia de los Reglamentos ilegales es una ineficacia *ex tunc*. Asimismo declara que el art. 73 sienta el principio general de la ineficacia de la sentencia anulatoria de una disposición general a las sentencias o actos administrativos que la hubiesen aplicado antes de la anulación, de manera que subsistirán los actos administrativos firmes, así como las situaciones jurídicas derivadas de ellos.

Por ello, según el TS, el hecho de que haya sujetos que se han beneficiado de la norma anulada, por haberse consolidado las liquidaciones correspondientes antes del dictado de la sentencia de nulidad del Reglamento, «no puede servir nunca para extender esa circunstancia al caso de autos, en orden a dejar sin efecto la sentencia del Tribunal Supremo y tampoco puede equipararse la situación del recurrente, como dice la sentencia recurrida, a la de aquellos otros que han cumplimentado los supuestos de la disposición del artículo 60 en términos de la legalidad que han sido administrativamente asumidos y reconocidos por la Administración Tributaria, quedando al socaire de la eliminación posterior de la norma».

En consecuencia, en este caso se perjudica la situación del ciudadano que recurre un acto no firme porque no se le han reconocido las deducciones de cuota líquida en el Impuesto de Sociedades reguladas en la norma foral anulada, mientras se favorece a aquellos que se beneficiaron de tales deducciones antes de la declaración de nulidad de la norma que daba cobertura a tales deducciones.

En el mismo sentido, en la STS de 2 de junio de 2009(35) se plantea la legalidad de la autorización de apertura y funcionamiento de una oficina de farmacia. La Sala de instancia consideraba que dicha autorización se había de reputar como un acto nulo de

---

(35) R.J. 2009/5761.



pleno derecho, en la medida que se había dictado en aplicación de un Decreto que posteriormente había sido declarado nulo por un Sentencia del Tribunal Supremo. Sin embargo, el TS señala que, siendo firme la resolución de adjudicación, a ella no le afecta la posterior declaración de nulidad del Decreto de cobertura. El Alto Tribunal sostiene que el mantenimiento de los actos firmes y consentidos dictados al amparo de la disposición que posteriormente resulte anulada o modificada, recoge el principio impuesto por el derecho a la seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución) tradicional en nuestro Derecho (36).

Nuevamente, en este caso, el acto firme es un acto favorable para el titular de la autorización y la declaración de nulidad de la norma de cobertura no le afecta. Sin embargo, tal y como se ha adelantado, no todos los actos firmes subsistentes son actos favorables; en ocasiones, los actos subsistentes son actos de gravamen, que, en la medida en que no cabe calificarlos como «sanciones aún no ejecutadas completamente» —que es el único supuesto que excepciona la regla de la intangibilidad de los actos firmes del art. 73 LJCA— se mantienen intactos a pesar de la declaración de nulidad de la norma en cuya ejecución han sido dictados.

Un supuesto típico es el enjuiciado por el STSJ de Cataluña 1096/2001, de 25 de octubre, donde se pretendía la anulación de las unas liquidaciones tributarias —que se encontraban en procedimiento de apremio— combatidas en base a la nulidad de pleno derecho de la ordenanza fiscal de la que traían causa; sin embargo, el Tribunal entiende que los actos de liquidación fueron consentidos por la actora (que por ello habían entrado en vía de apremio) y, por lo tanto, habían devenido firmes, por lo que las liquidaciones tributarias no se verían afectadas por la declaración de nulidad de la ordenanza fiscal (37).

Como vemos, si el acto firme es un acto de gravamen (por ejemplo, el caso de una liquidación tributaria) se mantiene intacto y no se verá afectado por la sentencia que declara la nulidad del precepto o preceptos reglamentarios. Sin embargo, si el acto firme es una sanción administrativa y no ha sido ejecutada completamente, la anulación del precepto reglamentario supondrá la exclusión o la reducción de la sanción.

No parece que esta distinción tenga mucho sentido. Si se mantienen los actos firmes porque se entiende que resulta difícil deshacer situaciones irreversibles o porque se han consolidado distintas situaciones jurídicas de buena fe, desde dicha perspectiva, no se entiende el diferente tratamiento que se otorga por el art. 73 LJCA a las sanciones no ejecutadas completamente, frente a, por ejemplo, las liquidaciones tributarias no abonadas totalmente. Quizás fuera más coherente extender la excepción que se prevé por el art. 73 LJCA a todos los actos de gravamen que, en el momento

---

(36) Además, el TS precisa que « En todo caso, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que ha abordado en ocasiones similares los efectos de la anulación de una disposición general por motivos formales, como aquí sucede, es legal que la nueva regulación emanada para subsanar el defecto advertido por la sentencia del Tribunal Supremo, reconozca plena validez y eficacia a cuantos actos se han llevado a cabo por la Administración Autonómica, durante la vigencia del Decreto 65/1998 , y que no hubieran sido revocados, ni resulten contrarios a lo que establecía la Ley 4/1996 en el momento en que se hubieron dictado».

(37) *Vid.* asimismo la STSJ de Murcia, Sentencia núm. 717/2004 de 26 noviembre. El recurrente solicitó de la Administración la devolución de las cantidades abonadas por el concepto Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales derivadas de tres operaciones de dación en pago por asunción de deudas. La base de la petición se encontraba en que la norma reglamentaria que daba cobertura a la sujeción del negocio jurídico gravado, fue declarado nulo por Sentencia del TS. Se desestima la pretensión del recurrente porque el Tribunal entiende que la autoliquidación realizada era un acto firme.

de dictarse sentencia firme anulatoria de una disposición administrativa no hubiesen sido totalmente ejecutados.

### III. Los actos administrativos emanados tras dictarse la sentencia anulatoria y antes de su publicación

Otro de los problemas que se plantean ante los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa es si la sentencia —aún no publicada— anulatoria de una disposición general puede o debe afectar a los actos administrativos dictados en su aplicación.

En virtud del art. 72. 2 LJCA, la eficacia general de las sentencias que anulan una disposición administrativa sólo se producirá tras la publicación de su fallo y de los preceptos anulados en el mismo periódico oficial en que aquélla fue publicada cuando se dictó.

Este precepto plantea problemas porque es evidente que mientras la nulidad de la disposición administrativa no sea publicada en el boletín correspondiente, la Administración, concedora de la nulidad de la disposición, puede seguir dictando actos con cobertura en dicha disposición y esos actos van a producir efectos, a pesar de su invalidez. Esta es una muestra más de que la invalidez no conlleva siempre la ineficacia del acto o disposición, porque en la medida en que los actos se ejecuten, el contenido de la disposición anulada sigue teniendo eficacia, por lo menos indirecta, a través de los actos administrativos dictados bajo su cobertura.

La publicación del fallo anulatorio de la disposición habrá de producirse en el plazo de 10 días a contar desde *la firmeza* de la sentencia (art. 107.2 LJCA). En este tiempo, la Administración, concedora de que la disposición ha sido anulada, puede continuar dictando actos de aplicación del Reglamento anulado; según SANTAMARÍA PASTOR(38), este plazo no tiene justificación, puesto que las sentencias deben vincular a las partes a partir del momento de su notificación, y no desde su publicación. Desde el momento que se conoce el sentido del fallo, la Administración no debería dictar actos aplicativos del Reglamento declarado nulo.

Quizás, cabría distinguir entre aquellas sentencias firmes anulatorias de disposiciones, de aquellas otras que han sido objeto de recurso y que, por lo tanto, carecen de firmeza. En el primer caso, tal y como sostiene el autor citado, no parece justificable que la Administración actúe en contra de lo dispuesto en el fallo, cuando el fallo es definitivo. Si la Administración procediera de este modo, atentaría contra el principio de legalidad, porque al aplicar un Reglamento nulo se inaplica o se contradice la legalidad y, en segundo lugar, vulneraría el art. artículo 118 de la CE en virtud del cual «es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto».

Sin embargo, como veremos en el siguiente capítulo, cuando la sentencia anulatoria de la disposición general no es firme, la solución no es tan contundente; la concurrencia de los distintos intereses en juego, exigirá del juez que conozca de la invalidez

---

(38) *Op. cit.* pp. 727 y ss.

del acto administrativo en virtud de la nulidad del Reglamento de cobertura, un proceso de ponderación de dichos intereses.

En consecuencia, cuando la sentencia declaratoria de la nulidad de una disposición administrativa es firme, la Administración no podrá desconocer su contenido y actuar en contra o al margen de lo dispuesto en la misma a pesar de que la sentencia no haya sido publicada. Como sostiene el TC en su Sentencia 195/2005, «la publicación de las normas cumple una ineludible función de notoriedad de las mismas, que justifica la presunción de su conocimiento general e implica la exigencia de dar a conocer de manera oficial y pública, mediante su inserción en los correspondientes diarios oficiales, las nuevas normas que entran a formar parte del ordenamiento jurídico, pero necesariamente también las normas, en este caso reglamentarias, que sean expresamente excluidas del mismo mediante su derogación o su declaración de nulidad por los órganos jurisdiccionales competentes.» (...). En definitiva, los ciudadanos no están obligados a soportar los efectos negativos de la falta de publicación de una sentencia que expulsa del ordenamiento una norma, sobre todo en un ámbito como el sancionador, por lo que hay que concluir que no resulta exigible en este caso la invocación formal en la vía judicial previa del derecho fundamental vulnerado».

El art. 72.2 puede interpretarse en el sentido de que los preceptos anulados de la disposición general adquieren efectos generales desde la publicación del fallo, pero ello no quiere decir que, antes de la publicación, la sentencia no pueda producir los efectos propios de una sentencia anulatoria y hacerse valer entre las partes.

PÉREZ ANDRÉS(39) plantea la hipótesis de que en el plazo que transcurre entre que se dicte una sentencia anulatoria y se publique el fallo, puedan adquirir firmeza situaciones anteriores en las que se aplicó el precepto anulado. Señala el autor que los afectados por tales actos y sentencias, para cuando tengan conocimiento de la sentencia por su publicación, ya no tendrán opción alguna para impugnar, a través de los recursos administrativos y judiciales tales resoluciones administrativas o jurisdiccionales; sin embargo, en el momento en que se dictó la referida sentencia, sí hubieran podido satisfacer sus pretensiones mediante los recursos pertinentes. Así mismo se postula a favor de entender que el art. 72.2 demora los efectos generales de la sentencia pero no la producción de los efectos inter partes, de modo que desde que la sentencia es notificada a las partes procesales, éstas se verán afectados por la anulación de los preceptos de la disposición general.

El TS ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto y en su sentencia de 24 de marzo de 2004(40) ha manifestado que el art. 72.2 exige la publicación del fallo para que este tenga «efectos generales (...). Pero en el presente caso los efectos son contra alguien (la Comunidad Autónoma de Madrid) que fue parte en aquel proceso anterior, y que, por ello, no puede desconocer la sentencia».

Siguiendo dicha doctrina, cabe entender que la sentencia firme deberá ser eficaz para las partes a pesar de que todavía no haya sido publicada. La publicación se exige para que el fallo tenga efectos generales, pero no efectos entre las partes procesales.

---

(39) *Op. cit.*, pp. 174 y ss.

(40) RJ 2005, 2144

Tal y como se ha adelantado, otra de las controversias que se suscita en torno al art. 73 LJCA gira en torno a si la firmeza de la sentencia anulatoria de la disposición general es una condición inexcusable o no para que la anulación produzca efectos entre las partes afectadas.

#### IV. Los efectos de la sentencia anulatoria no firme

Es habitual que el afectado por una disposición general que ha interpuesto un recurso directo contra la disposición acuda también a impugnar el acto de aplicación de dicha disposición (recurso indirecto), pues de lo contrario podría verse en la situación de que obtiene una sentencia declarativa de la nulidad de la disposición, pero el acto de aplicación ha quedado firme, y por lo tanto, no se vería afectado por la nulidad de la disposición.

Si el órgano que dicta la sentencia que estima el recurso indirecto es competente también para conocer del recurso directo, declarará la validez o nulidad de la disposición general (Art. 27 LJCA). En la mayoría de los casos, el órgano competente para conocer del recurso directo e indirecto no es el mismo. Cómo sostiene HUERGO LORA(41) no cabe olvidar que el órgano que normalmente decide en última instancia sobre el recurso directo de una disposición general es el TS, mientras que los órganos judiciales que deciden de manera definitiva sobre los recursos indirectos son los Tribunales Superiores de Justicia o la Audiencia Nacional.

¿Qué ocurre cuando el órgano jurisdiccional competente va a resolver el recurso indirecto frente a un Reglamento y, en ese momento, se ha dictado ya una sentencia no firme que declara la nulidad del Reglamento del que trae causa el acto recurrido en el recurso indirecto?

La doctrina no es unánime sobre las soluciones aplicables en estos casos. Huergo Lora se pronuncia a favor de que la sentencia anulatoria de la disposición general, aunque no sea firme, produzca efectos. El autor hace valer distintos argumentos, así en primer lugar, sostiene que a diferencia de lo que sucede con los actos administrativos (57 LPAC), la presunción de validez de los Reglamentos carece de respaldo normativo. Asimismo, parte de la consideración de que los Reglamentos ilegales son nulos de pleno derecho y por tanto, nunca quedan firmes, permaneciendo abierta siempre la vía para su impugnación o para la declaración de su nulidad; por ello, entiende que los jueces no pueden ni deben dar por bueno ningún Reglamento; tal y como dispone el art. 6 LOPJ, los Jueces y Tribunales no aplicarán los Reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa. En consecuencia, para el citado autor, el juez que conoce de un recurso indirecto contra un Reglamento debe inaplicar éste si lo considera contrario a Derecho, sin necesidad de que exista una sentencia que lo declare nulo. Por tanto, si además existe una sentencia, aunque no sea firme, debe tener efectos sobre el recurso indirecto(42). Ade-

(41) HUERGO LORA, A, «Los efectos en otros procesos de las sentencias no firmes que declaran la nulidad de un Reglamento» en *Administración y justicia un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Ed. Civitas, 2012, pp. 1464-1487.

(42) Esta tesis que aquí se defiende fue sostenida también por la STS de 16 de junio de 2009 (RJ 2009, 4645). EITS entendió que el tribunal que conoce del recurso indirecto debe tener en cuenta la sentencia sobre

más, indica que para el juez que conoce del recurso indirecto, el fallo que declara la nulidad de la disposición administrativa resulta relevante porque el tribunal que ha dictado la nulidad será el que conozca, normalmente, del recurso de apelación que pueda interponerse contra la sentencia que resuelva en primera instancia el recurso indirecto.

Esta doctrina arranca de la STS de 17 de septiembre de 2008(43). En virtud de la misma, el art. 73 LJCA prescribe, por un lado, los *efectos generales* de las sentencias que sólo se producen tras publicar el fallo; y por otro, sus *efectos para las partes* procesales, para quienes sería indiferente que la sentencia hubiera ganado o no firmeza. Según dicha doctrina, las sentencias anulatorias que aún no han adquirido firmeza tendrán eficacia inter partes, de modo que la Administración autora de la disposición anulada no podrá adoptar actos de ejecución mientras dure la sustanciación del recurso de casación

Otra posición distinta(44) critica la doctrina jurisprudencial que admite una doble regulación del art. 72.2 porque entiende que del art. 72.2 no cabe extraer dos regímenes diversos; argumentan que, en principio, sólo las sentencias firmes son de obligado cumplimiento(45); asimismo, se sostiene que, conforme al art. 91 LJCA(46), la ejecución de la sentencia recurrida sólo procede si las partes favorecidas por ella instan su ejecución provisional y la misma es acordada por el juez; por otro lado, consideran que admitir la eficacia de la sentencia no firme restringe indebidamente el derecho a la tutela judicial efectiva de la Administración, en la medida en que se impide que los actos aplicativos de la disposiciones general anulada sin firmeza puedan ser discutidos ante los órganos judiciales competentes. Se alega que aunque los tribunales tienden a reproducir sus propias decisiones, la Administración puede defender la legalidad de sus actos y tratar de cambiar el criterio de la sala que ha emitido el fallo anulatorio.

En la reciente STS de 30 enero 2014(47) el Tribunal Supremo matiza la interpretación realizada hasta entonces, en virtud de la cual, no procede esperar a la firmeza de la anu-

---

el recurso directo, aunque haya sido recurrida en casación, pero sin seguirla ciegamente. En este caso, el Reglamento recurrido era un plan urbanístico, mientras que el acto de aplicación era un deslinde de costas recurrible ante la Audiencia Nacional y en casación ante el TS. La sentencia de la Audiencia nacional tuvo en cuenta la sentencia del TSJ de Canarias, recurrida en casación, que declaraba la nulidad de las normas subsidiarias del municipio que eran relevantes para el deslinde. La Sala 3 confirme la sentencia de la Audiencia y desestima el motivo de casación al decir que la sala de instancia no se había limitado a seguir la decisión adoptada por el TSJ, sino que, en el marco de su proceso valorativo de las pruebas aportadas había procedido a tomar en consideración la sentencia de referencia como dato relevante a analizar junto con los demás datos.

(43) (R. de casación núm. 5310/2004). Esta interpretación se ha reproducido en numerosas resoluciones; muestro de ello son la STS 5438/2008, la STS de 20 de abril de 2009 (R. de C 157/2005), de 26 de junio de 2009 (R.de C. 1253/2005), 9 de julio de 2009 (R de C. 566/2005), 6 de octubre de 2011 (R. de C. 4282/2008).

(44) MUÑOZ MACHADO, S y CARRO MARINA, M. «La eficacia de las Sentencias no firmes (impugnación de una corriente jurisprudencial: desde la sentencia de 17 de septiembre de 2008 a la de 10 de octubre de 2011)» en *Administración y justicia un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Ed. Civitas, 2012, pp. 1805-1827.

(45) Se esgrime como argumento lo dispuesto en el art. 17.2 LOPJ que impone a las Administración el respeto y, en su caso, el cumplimiento de las sentencias y demás resoluciones judiciales, que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes.

(46) Este precepto dispone que «la preparación del recurso de casación no impedirá la ejecución de la resolución recurrida».

(47) RJ 2014/802.

lación de una disposición general para que la anulación produzca efectos entre las partes afectadas y que dichos efectos se producen desde que la indicada anulación tiene lugar. En la citada sentencia rectificar dicha argumentación y se acoge a una nueva doctrina; el TS considera que la Administración siempre resulta afectada por la anulación de un Reglamento propio, pero que «no le es exigible que venga obligada a aplicar de forma inexorable una resolución carente de firmeza en punto a las resoluciones que deba dictar en aplicación de dicho reglamento y le es dable esperar a que la dictada resolución adquiera firmeza a tal efecto». El TS precisa que «la Administración puede optar por enderezar su rumbo a partir de la anulación decretada en sede judicial, o puede optar por seguir aplicando el reglamento, salvo que proceda dar el curso correspondiente a la ejecución provisional de la sentencia. Si opta por la segunda posibilidad y se confirma la sentencia dictada en instancia, entonces sí tiene forzosamente que enderezar su rumbo inicial; si, por el contrario, dicha resolución judicial llega a revocarse, la Administración podría seguir ajustando sus resoluciones al sentido inicial de sus disposiciones, sin que pueda formularse reproche alguno contra ella por la expresada razón».

Por lo tanto, el Alto Tribunal deja en manos de la Administración optar por una opción u otra, es decir, seguir aplicando el Reglamento declarado nulo o dejar de aplicarlo. Sin embargo, el TS introduce una precisión y sostiene que «el propio órgano jurisdiccional que ha estimado la procedencia de anular el reglamento no puede, sin más, simplemente con base en ello, apartarse de su propia doctrina y desvincularse de sus anteriores resoluciones, al menos, sin ofrecer una razón, más allá de la falta de firmeza de la sentencia (RJCA 2010, 490) dictada por el mismo órgano, porque en tal caso su actuación resultaría sencillamente inconsistente».

Esta última argumentación abona, en consecuencia, una solución distinta a la anterior. En primer lugar, la anulación de un Reglamento por una resolución judicial carente de firmeza no vincula por sí sola al órgano que conoce del recurso indirecto; en segundo lugar, dicha sentencia obligará al órgano jurisdiccional a guardar un grado de coherencia suficiente, de modo que si el órgano jurisdiccional que resuelve el recurso indirecto es el mismo que ha anulado la disposición administrativa, no podrá desvincularse de sus resoluciones precedentes y de las consecuencias a que éstas desembocan sin aportar alguna razón, más allá de la mera falta de firmeza de aquéllas.

En definitiva cuando el tribunal encargado de resolver el recurso indirecto coincide con el que ha estimado el recurso directo lo normal es que mantenga su criterio y estime también el recurso indirecto. En este sentido, cabe citar también la STS de 17 de noviembre de 2009 (48); el TS mantiene que la sentencia anterior del TSJ de la Rioja —recurrida en casación— que anuló la modificación puntual del Plan General de Calahorra, *aunque carecía de firmeza*, constituía causa suficiente para que la misma Sala que la dictó anularse en congruencia con aquélla los posteriores actos de aplicación del plan (entre ellos, la aprobación definitiva del proyecto de compensación de una Área) que había sido declarado nulo, en los que se reprodujo el mismo vicio de nulidad, y en los que concurren las mismas partes afectadas (art.72.2). El Tribunal invoca los criterios de *coherencia y de seguridad jurídica*, como argumentos principales de su decisión (49).

---

(48) RJ 2010/822.

(49) Asimismo alude a las sentencias de 29 abril de 2009 (157), 25 de septiembre 2008 (7139) y 12 de junio de 2007 (3416). *Vid.* también en el mismo sentido la Sentencia 4430/2007.

## V. La incidencia indirecta de la sentencia anulatoria sobre los actos firmes

¿Puede el interesado afectado por un acto nulo que ha ganado firmeza pedir la revisión de oficio de ese acto con posterioridad a la sentencia firme anulatoria del precepto reglamentario que le dio cobertura? En principio, el art. 73 LJCA establece el principio general de que las sentencias firmes que anulen un precepto de una disposición general no afectan por sí mismas a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes (50) que lo hayan aplicado antes de que la anulación alcanzara efectos generales; esta regla se excepciona para el caso de que la anulación del precepto suponga la exclusión o la reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente.

La subsistencia de los actos firmes se vincula al principio de seguridad jurídica. Sin embargo, la concurrencia motivos de nulidad de los actos administrativos debe permitir, en principio, la revisión de los actos administrativos firmes. Éste es el sentido de la revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho regulado en el art. 102 LPAC. Ahora bien, la facultad revisora de la Administración está sujeta a límites (106 LPAC). Así, la existencia de intereses de terceros dignos de protección, la equidad, la buena fe... representan límites para la revisión de un acto firme.

Santamaría Pastor entiende que cuando el art. 73 LJCA establece que los efectos de dichas sentencias «no afectarán por sí mismas...» parece que quiere dar a entender que puede existir una incidencia indirecta de la sentencia anulatoria sobre las sentencias y actos firmes posteriores (51).

La posibilidad de revisión parece factible si tenemos en cuenta que el art. 102 LPAC no establece límite alguno para solicitar la revisión de los actos nulos («en cualquier momento») y, además, se refiere expresamente a los actos firmes al aludir a los «actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo».

La STS de 23 de septiembre de 2003 (52) declaró esta posibilidad al sostener que *para declarar la nulidad radical de los actos administrativos dictados al amparo de una disposición general nula de pleno derecho es inexcusable la vía de la revisión de oficio de dichos actos, siendo la decisión administrativa susceptible de control jurisdiccional*. Asimismo entendió que la revisión requiere previamente examinar si el acto, dictado al amparo de una norma declarada nula de pleno derecho, tiene cobertura en otra norma del ordenamiento jurídico, en cuyo caso tendrá plena validez.

Si el acto firme careciese de cobertura en el ordenamiento jurídico, en principio, procederá su revisión, salvo cuando por la prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, tal declaración resulte contraria a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes (art 106 LPAC) (53).

---

(50) Vid. LÓPEZ BENÍTEZ, M. «Jurisdicción contencioso-administrativa e inejecución por la administración de sus actos firmes (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2005, recurso de casación núm. 3100/2003)» en *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: op. cit.* pp. 1519-1544.

(51) *Op. cit.* p. 732 y ss.

(52) Ar.7789.

(53) Vid. ASIS ROIG, «La conservación de actos no firmes dictados en ejercicio de una disposición general declarada nula» *REDA* n. 59, 1988, pp. 455 y ss.; SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*. Madrid, 1972.

En la citada sentencia, el TS se aparta de su doctrina anterior y sostiene que la revisión de oficio «no sólo procede en los casos contemplados en el artículo 62.1 de la misma Ley sino también cuando el acto ha perdido cualquier cobertura en el ordenamiento jurídico siempre con los límites establecidos en el artículo 106 de dicha Ley», y considera que ése es el motivo por el que el artículo 102.4 de la Ley 30/1992, utiliza la expresión «sin perjuicio», seguida del modo subjuntivo «subsistan», según el TS se expresa una posibilidad, es decir, que pueden subsistir o no; si el legislador hubiese pretendido la subsistencia en todo caso de los actos, habría utilizado expresiones como la de subsistiendo los actos firmes dictados a su amparo, o las de subsistirán o subsisten, evidenciadoras de una realidad y no de una mera posibilidad.

Aplicando dicha doctrina al caso enjuiciado, el TS considera que los actos cuya revisión de oficio se pidió a la Administración, además de lesionar el derecho de igualdad, carecían de cobertura en el ordenamiento jurídico, dado que la norma urbanística del Plan General de Ordenación Urbana, que se la daba, fue declarada nula de pleno derecho por sentencia firme y no existía ninguna otra que los legitimara. De manera que privados los actos de la norma habilitante, y de cualquier otro soporte normativo, considera los actos radicalmente nulos y, por tanto, susceptibles de revisión. El Tribunal sostiene que los vicios de nulidad o anulabilidad no se verán nunca convalidados o sanados porque el acto adquiera firmeza. Lo que se trata es, una vez declarado nulo el Reglamento en cuestión, de determinar las reglas para poder concretar cuándo deben conservarse los actos dictados en su aplicación y las actuaciones materiales que se hayan podido realizar. Para ello, lo determinante será el ordenamiento jurídico que queda vigente tras la expulsión del Reglamento anulado, teniendo muy en cuenta, al mismo tiempo, los principios de seguridad jurídica, buena fe, conservación de los actos.

En definitiva, cabe sostener que, en virtud del artículo 73 LJCA, la sentencia que declara la nulidad de una norma reglamentaria no produce la anulación automática de todos los actos dictados y situaciones creadas al amparo de la misma. No obstante, las situaciones creadas por actos firmes nulos de pleno de derecho, podrán ser objeto de revisión siempre teniendo en cuenta los límites establecidos en el art. 106 y que no encuentren acomodo en el ordenamiento jurídico (54).

Para finalizar el examen de los efectos indirectos de las sentencias anulatorias de las disposiciones administrativas sobre los actos firmes, no cabe olvidar que la declaración de nulidad de la disposición administrativa puede conllevar el inicio de procedimientos de responsabilidad administrativa para resarcir los daños causados por la disposición administrativa anulada. Si el daño se ha producido a través de un acto de aplicación firme, lo procedente será, en virtud del art. 102.4 que la Administración autora del acto, al declarar la nulidad del mismo, establezca en la misma resolución, las

---

(54) Las sentencias del TS de 31 de octubre de 2006 ( RJ 2006, 7712 ) y 16 de febrero de 2005 ( RJ 2005, 1844 ) , reiterando lo declarado en sentencia de 26 de abril de 2004 ( RJ 2004, 2822 ) han sostenido que «... el recurso extraordinario de revisión previsto en el artículo 118 de la Ley 30/1992 ( RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246 ) , de 26 de noviembre , es un recurso excepcional que, aparte de una interpretación estricta de los motivos invocados —sólo los enumerados en dicho precepto—, impide examinar cuestiones que debieron invocarse en la vía de los recursos ordinarios o en el jurisdiccional contra el acto que puso fin a la vía administrativa, pues lo contrario atentaría contra la seguridad jurídica, dejando en suspenso sine die la firmeza de los actos administrativos, a la vez que permitiría soslayar la vía de los recursos ordinarios, por lo que no cabe la admisión de argumento alguno de los contenidos en la demanda que suponga el examen, más allá de los motivos específicos invocados en el recurso extraordinario, de la concurrencia de otras posibles circunstancias que pudieran afectar a la situación de los recurrentes en este tipo de recursos ».



indemnizaciones que proceda reconocer al interesado, si se dan las circunstancias previstas en los artículos 139.2 y 141.1 de la LPAC.

La obligación de indemnizar no es consecuencia de la simple anulación de las resoluciones administrativas o de las disposiciones que le sirven de cobertura; para que proceda dicha indemnización deberán concurrir los requisitos establecidos legalmente para que proceda la indemnización. En consecuencia, la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición declarada nula, puede resultar compatible con la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la declaración de nulidad (55).

## VI. Conclusiones

El ordenamiento jurídico administrativo, por razones de seguridad jurídica, introduce una modulación en la teoría de la invalidez de los actos administrativos y, ello se refleja en los efectos que las sentencias que declaran la nulidad de las disposiciones de carácter general tienen sobre los actos de aplicación.

De la lectura del art. 73 LJCA cabe derivar que los actos administrativos firmes no se verán afectados por la sentencia que declara la nulidad de la disposición que aplican; sin embargo, el ordenamiento, a través del procedimiento de revisión de los actos nulos de pleno derecho, ofrece la posibilidad de hacer valer la pretensión del interesado que en su día cumplió debidamente con la obligación que le impuso la administración en virtud de una norma, que posteriormente es declarada nula por sentencia firme. Tanto la Administración como, en su caso, los Tribunales, habrán de analizar en cada caso los diversos intereses en presencia y adoptar una decisión sobre la conservación de actos y actuaciones a la luz del resto de la normativa vigente y de los principios generales del Derecho.

La subsistencia de los actos firmes ha pretendido penalizar la posición del particular que ha consentido un acto, aunque se trate nulo de pleno derecho y, al contrario, premiar al particular diligente que a través del correspondiente recurso no ha permitido que el acto adquiera firmeza. Sin embargo, tal y como se ha expuesto, en algunas ocasiones, el que ha consentido la firmeza del acto puede resultar beneficiado; por ejemplo, cuando se trate de un acto favorable, como la concesión de un beneficio fiscal con cobertura en una norma, que posteriormente es declarada nula por sentencia judicial.

Ante los actos de gravamen, los particulares afectados se verán obligados a recurrirlos en plazo; de lo contrario, es decir, si el acto adquiere firmeza, no podrán invocar en defensa de sus derechos la nulidad del Reglamento que dio cobertura a dicho acto.

En segundo lugar, del análisis realizado podemos inferir que mientras la nulidad de la disposición administrativa no sea publicada en el Boletín correspondiente, la Administración, concedora de la *sentencia firme* que declara la nulidad de la disposición,

---

(55) *Vid.* en este sentido, la STS de 21 julio 1992 (RJ 1992\5957). El TS sostiene que cuando la norma que ampara el acto es nula, nulidad inicial que puede ser declarada en cualquier momento posterior, es decir, por tanto, con posterioridad a la terminación de los plazos normales del recurso, no se aplicará la excepción del acto consentido del art. 40 a) LJCA.

no podrá desconocer su contenido y actuar en contra o al margen de lo dispuesto en la misma a pesar de que la sentencia no haya sido publicada. Desde el momento que se dicta la sentencia —firme— y es notificada a las partes, debería tener efectos para las mismas, de manera que la Administración no podría dictar actos de aplicación de la norma declarada nula.

Otra es la solución que se propone en relación a los recursos indirectos contra Reglamentos declarados nulos por *sentencia —no firme—*, los principios de coherencia e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, obligarán al juez o tribunal que ha conocido del recurso directo y que resulta también competente para conocer del recurso indirecto contra el Reglamento a actuar de modo coherente y acordar la misma solución, salvo que haya un cambio de circunstancias. A pesar de que la sentencia de nulidad del Reglamento haya sido recurrida, el principio de prohibición de arbitrariedad determina la vinculación de los tribunales por sus propias decisiones.

Trabajo recibido el 16 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Epai judicial batek xedapen administratibo baten agindua baliogabetzen dituztenean sortzen diren gatazka juridikoak aztertzen ditu lan honek. Zehazki, baliogabetutako arauaren babesean emandako egintza irmoekin zer gertatzen den aztertzen da. Halaber, baliogabetzeko epaiak baliogabetutako araua gauzatzean emandako administrazio-egintzen gainean zer eragin dituen ere aztertzen da, batetik, epaia artean argitaratu ez denean, eta, bestetik, epaiari errekurtsioa jarri diotenean eta, beraz, artean irmoa ez denean.

**HITZ GAKOAK:** Administrazio-xedapen orokorra. Egintza irmoa. Egintza baliogabeak berraztertzea. Baliogabetzeko epaien eraginak: Segurtasun juridikoaren printzipioa.

**RESUMEN:** El presente estudio analiza los conflictos jurídicos que se plantean cuando los preceptos de una disposición administrativa se declaran nulos por sentencia judicial. Concretamente, se trata de ver qué ocurre con los actos firmes dictados al amparo de la norma anulada; asimismo se analizan los efectos de la sentencia anulatoria sobre los actos administrativos dictados en ejecución de la norma anulada, cuando la sentencia todavía no se ha publicado y en segundo lugar, cuando la sentencia ha sido recurrida y, por lo tanto, no es firme

**PALABRAS CLAVE:** Disposición administrativa de carácter general: Acto firme: Revisión de actos nulos. Efectos de las sentencias anulatorias. Principio de seguridad jurídica.

**ABSTRACT:** This study analyzes the legal conflicts which arise when the provisions of an administrative order are found null and void by a judicial ruling. In particular, it is about to see what happens with those acts with no further recourse pronounced under the protection of the annulled norm; additionally, it is also studied the effects of the annulling judgement over the administrative acts pronounced in order to implement the annulled norm when the judgment has not been published yet and secondly, when the judgment has been appealed and accordingly it has not become final yet.

**KEYWORDS:** General administrative provision. Final act. Review of null and void acts. Effects of annulling judgments. Principle of legal certainty.



# Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del estado del bienestar (1)

Vicenç Aguado i Cudolà  
Raquel Prado Pérez

«La pregunta que como jurista y ciudadano me surge es si el legislativo es libre para decidir de dónde recortar. Y mi contestación es que no. [...] recortes sí, pero con criterio constitucional, no con un presuntamente aséptico criterio gubernamental. Y éste es el riesgo que estamos corriendo, el desconocimiento de las prioridades constitucionales en la elaboración de los proyectos de presupuestos. Todo el mundo entiende que si no hay dinero de alguna manera sufrirán los servicios públicos. [...] Pero todo el mundo entiende también que mantener un hospital es prioritario a la construcción de la carretera que circunvala un pueblo.»

(LOPERENA ROTA, Demetrio: «La irreversibilidad de los Derechos sociales», *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2012)

**Sumario:** I. La crisis económica como pretexto para el desmantelamiento del estado del bienestar: I.1. El derecho a la asistencia sanitaria y el estado del bienestar. I.2. Crisis económica y reformas normativas. El caso de los decretos-leyes y leyes de presupuestos; I.3. Los límites a la reversibilidad de los derechos sociales.—II. Las nociones de asegurado y beneficiario como vías de acceso al sistema público de salud. II.1. ¿Un simple cambio terminológico?; II.2. Examen específico de los requisitos de residencia, ingresos y edad. II.3. El reconocimiento de la condición de asegurado o beneficiario y su control jurisdiccional.—III. La dudosa constitucionalidad de la exclusión de colectivos vulnerables.—IV. La discutida ampliación del ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria por las comunidades autónomas.—V. El acceso mediante contraprestación: el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria.—VI. Conclusiones generales.

---

(1) Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia «Público y privado en la ordenación y prestación de actividades y servicios: intereses generales, derechos sociales y libertades económicas» (DER2012-32130). Los autores quisieran agradecer especialmente las observaciones y comentarios formulados por los profesores Dr. Marco Aparicio Wilhelmi y Dr. David Moya Malapeira.

## I. La crisis como pretexto para el desmantelamiento del estado del bienestar

### I.1. El derecho a la asistencia sanitaria y el Estado del bienestar

El Estado del Bienestar (*Welfare State*) se materializa hacia mediados del siglo XX después de la II Guerra Mundial como reacción a la crisis económica y social del período de entreguerras. Uno de sus hitos fundacionales fue el informe de W. BEVERIDGE al Gobierno británico el 20 de noviembre de 1942, hecho público el 1 de diciembre siguiente, bajo el título de *Social Insurance and allied Services*(2). Este informe abogaba por el principio de cobertura universal de la seguridad social para todos los ciudadanos. Cobertura que alcanzaba, según una gráfica expresión, «desde la cuna hasta la tumba» («*from cradle to grave*»). Se proponía que la financiación de esta cobertura se realizara a través de los presupuestos generales a cargo de todos los ciudadanos. Con la ascensión al poder del *labour* y la victoria de C. ATTLEE frente al conservador W. CHURCHILL se inicia el denominado «espíritu del 45»(3). En este contexto se empieza a construir el Estado del Bienestar británico cuyo buque insignia será el *National Health Service*, que se pone en marcha el 5 de julio de 1948, basado en los principios de gratuidad y universalidad.

La evolución del Estado después de la Segunda Guerra Mundial como un Estado del Bienestar enlazó la noción de ciudadanía con los derechos sociales. Según T. H. MARSHALL, la construcción del concepto de ciudadanía es el resultado de un proceso de acumulación de tres niveles de derechos: civiles, políticos y sociales. Para este autor, el elemento social de la ciudadanía significa «the whole range from the right to a modicum of economic welfare and security to the right to share to the full in the social heritage and to life of a civilised being according to the standards prevailing in the society»(4).

La realización del Estado del bienestar provoca una modificación de las relaciones entre Estado y sociedad civil, que ha sido explicada brillantemente entre nosotros por J. ESTEVE PARDO(5). Si hasta entonces el Estado liberal se había caracterizado por una nítida separación entre Estado y sociedad civil, con el Estado del bienestar se pretende alcanzar una integración o fusión entre ambas realidades. El Estado asume como propia la realización de una serie de prestaciones de contenido social. Se trata de un Estado decididamente intervencionista cuya razón de ser es proporcionar bienestar a través de derechos y prestaciones sociales a los ciudadanos.

(2) Sobre el informe Beveridge y sus críticas, Vid. LOWE, Rodney: *The Welfare State in Britain since 1945*, 3a ed., Ed. Palgrave Macmillan, New York, 2005.

(3) Así se ha titulado la película documental del cineasta Ken LOACH en que se recuerdan los logros obtenidos por la sociedad británica a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial <<http://www.vertigo-films.es/catalogo-peliculas/e/el-espiritu-del-45.html>> en contraste con las posteriores reformas de los primeros ministros conservadores M. THATCHER y D. CAMERON. Una noticia de ella se da en la revista *Mientras Tanto* en la siguiente dirección electrónica <<http://www.mientrastanto.org/boletin-118/en-la-pantalla/el-espiritu-del-45>>

(4) Vid. MARSHALL, Thomas Humphrey, BOTTOMORE, Tom, *Citizenship and social class*, London, Pluto Press, 1992, p. 8

(5) Vid. ESTEVE PARDO, José. *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons. 2013.

En el Estado español se implantó el seguro obligatorio de enfermedad, por Ley de 14 de diciembre de 1942, a través del Instituto Nacional de Previsión, destinado a proteger a los trabajadores con menos recursos, cuyas rentas de trabajo por todos los conceptos no excedieran de los límites reglamentariamente fijados. Estos trabajadores eran denominados entonces «productores económicamente débiles». Quedaban equiparados a los ciudadanos españoles los hispanoamericanos, los portugueses y los de Andorra. Para «los demás extranjeros que trabajen en España» únicamente se preveía el derecho a los beneficios de esta ley «en caso de reciprocidad pactada en Tratados o Convenios internacionales». El seguro obligatorio no se basaba en la asistencia sanitaria universal sino que tuvo su inspiración en el modelo alemán implantado por O. VON BISMARCK, vinculado a las cotizaciones que aportaban los trabajadores(6). La tendencia hacia universalización de la atención sanitaria en el Estado español será, como veremos, el resultado de un proceso de evolución progresiva(7).

A partir de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de bases de la Seguridad Social, así como el texto articulado de la misma aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril, se realiza una ampliación de la cobertura a los trabajadores por cuenta ajena. Respecto a los extranjeros beneficiarios se equiparan a los ciudadanos españoles los «hispanoamericanos, los andorranos, filipinos, portugueses y brasileños que residan en territorio español. La prestación sanitaria se produce no por razón de enfermedad o maternidad, sino para hacer frente a las contingencias que se especifican (enfermedad común y accidente no laboral, maternidad, accidente laboral y enfermedad profesional)(8).

El reconocimiento en la Constitución de 1978 del derecho a la protección de la salud (art. 43) posibilita la universalización del sistema y su diferenciación de la Seguridad Social (art. 41). En este contexto la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que fue impulsada por el Ministro E. LLUCH I MARTÍN, afirma las bases tendentes a establecer un sistema basado en la universalización de las prestaciones sanitarias, en las que el Estado autonómico se convierte en el motor que lo impulsa(9). Será a través de la Ley de presupuestos para 1989 (Ley 37/1988, de 28 de

---

(6) Como se ha señalado en referencia a la Ley de 14 de diciembre de 1942 se introduce con «notable retraso respecto a otros países europeos: nada menos que casi 60 años habían transcurrido desde que Bismarck impulsara en Alemania la protección social de los trabajadores a través del *Krankenversicherung* (Ley de 15 de julio de 1833) alumbrando una fórmula llamada a perdurar y que se extendería a otros países europeos en las décadas posteriores». Vid. PEMÁN GAVÍN, Juan María: «Del seguro obligatorio de enfermedad al sistema nacional de salud. El cambio en la concepción de la asistencia sanitaria pública durante el último cuarto del siglo XX» en la obra del mismo autor *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud. Estudios jurídicos*, Ed. Comares, Granada, 2005, pp. 6-7.

(7) Para una exposición de este proceso evolutivo Vid. PEMÁN GAVÍN, Juan María: «Del seguro obligatorio de enfermedad al sistema nacional de salud...» *op. cit.*, pp. 3-42.

(8) Vid. PEMÁN GAVÍN, Juan María. «Del seguro obligatorio de enfermedad al sistema nacional de salud...» *op. cit.*, pp. 6-7.

(9) El papel del autogobierno como motor del Estado del Bienestar en el Estado español es puesto de relieve en AGUADO I CUDOLÀ, Vicenç: «El derecho a los servicios sociales en el Estatuto de Autonomía de Catalunya» en MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (Ed.): *Derechos sociales y Estatutos de Autonomía. Denominaciones de origen. Nuevo estatuto del PDI universitario. Actas del IV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Valladolid, 6-7 de febrero de 2009*, Ed. Asociación española de Profesores de Derecho Administrativo, Escuela de Administración Pública de Castilla y León, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 233-247. Vid. también del mismo autor «El régimen jurídico de las prestaciones de los servicios sociales» en EZQUERRA HUERVA, Antonio: *El marco jurídico de los servicios sociales en España: realidad actual y perspectivas de futuro*, Ed. Atelier, Barcelona, 2012.

diciembre), que se establece un punto de inflexión respecto a la financiación de la asistencia sanitaria, pasando a ser mayoritaria la aportación del Estado a través de los presupuestos generales en vez de las cotizaciones de la Seguridad Social cuyo régimen económico es competencia estatal. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, estableció el criterio del empadronamiento para equiparar a españoles y extranjeros, así como la asistencia universal para urgencias, menores y mujeres embarazadas durante el embarazo, parto y posparto (art. 12).

Consolidando esta tendencia, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud: proclamó, entre sus principios generales, el «aseguramiento universal y público por parte del Estado». Y la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, procedió a extender el derecho a la asistencia sanitaria pública a todos los españoles residentes a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas de ordenamiento jurídico.

## 1.2. Crisis económica y reformas normativas. El caso de los decretos-leyes y leyes de presupuestos

Las crisis económicas han puesto, sin embargo, de relieve las limitaciones financieras para garantizar la sostenibilidad del Estado del bienestar. En la década de los setenta, la crisis del petróleo desembocó en las políticas neoliberales de la premier M. THATCHER que pusieron en cuestión el Estado del bienestar británico. La relevancia de las medidas adoptadas durante el mandato de la Dama de Hierro llevó a los autores a preguntarse si todavía existe el Estado del bienestar en Gran Bretaña(10). En el caso específico de la sanidad, el fundamento teórico de las privatizaciones fue el Libro Blanco *Working for Patients*, gestado durante el último año del mandato de M. THATCHER y aplicado por su sucesor J. MAJOR, con el objetivo de impulsar la gestión privada de los centros sanitarios en detrimento de las autoridades locales.

El pretexto de la demoledora crisis económica mundial, en especial su incidencia en la denominada «zona euro», se ha utilizado para justificar la aplicación de políticas de contención del gasto y de reducción del déficit que han supuesto un drástico recorte de la financiación del Estado del Bienestar. En base a ello se ha puesto en cuestión el mantenimiento de determinadas coberturas y prestaciones sociales, pese a ser más necesarias que nunca ante el aumento de las situaciones de necesidad de los ciudadanos(11). Se corre, así, el riesgo de no justificar adecuadamente la adopción de medidas limitadoras en función de los parámetros constitucionales existentes y las obligaciones internacionales asumidas. En este proceso, además, han cobrado espe-

(10) Vid. LOWE, Rodney, *The Welfare State in Britain*. 3.ª ed. Basingstoke: Palgrave. Macmillan, 2005, pp. 18-23.

(11) En este sentido, como señalan CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis, MÍGUEZ MACHO, Luis: «Se produce así la paradoja de que, cuando mayores son las necesidades sociales a las que ese sistema debe atender, menor es la capacidad de las Administraciones públicas para dar respuestas a las mismas». Vid. de estos autores «Servicios sociales y crisis económica: los límites del estado asistencial» en BLASCO ESTEVE, Avelino (Coord.): *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, Ed. INAP, Madrid, 2012.



cial protagonismo las fórmulas de colaboración entre el sector público y el privado (12), adquiriendo éste último cada vez más un mayor peso.

En el caso del Estado español una gran parte de las reformas normativas impulsadas para contener la crisis económica han sido aprobadas a través de normativa de urgencia (13), soslayando su tramitación parlamentaria como ley ordinaria. Durante el año 2012 se aprobaron una treintena Reales Decretos-leyes que contenían diversas medidas que se pretenden justificar con la crisis económica. Respecto al ámbito sanitario encontramos el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Esta norma con rango de ley introduce relevantes modificaciones en la Ley 16/2003, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud y en la Ley Orgánica 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Con este Real Decreto-Ley se retorna a las nociones de asegurado y de beneficiario para delimitar el ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria pública.

La justificación de esta reforma sobre el acceso al sistema sanitario se encuentra en el Preámbulo del Real Decreto-Ley 16/2012. Este Preámbulo se apoya en un Informe del Tribunal de Cuentas de fiscalización sobre determinados aspectos de la gestión de la asistencia sanitaria, especialmente relativos a ciudadanos europeos de otros Estados miembros (14). En este Informe se detectaban desajustes entre la asistencia efectivamente prestada y la facturación realizada, en unos casos a través de métodos de estimación que no reflejaban adecuadamente el coste efectivo de estos servicios (15). Se trata, por tanto, de problemas de gestión en la facturación que deberían resolverse mediante instrumentos que permitan solventar estos problemas para conseguir cobrar los servicios prestados. En cambio, la reforma va dirigida a la exclusión

---

(12) Como señala la Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas «Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la Unión Europea (SEC(2006) 516)» Bruselas, 26.4.2006. COM(2006) 177 final: «Se suele recurrir cada vez más a colaboraciones público-privadas para la prestación de servicios sociales de interés general.»

(13) La literatura jurídica sobre el abuso del Decreto-ley es muy abundante. Sobre la utilización de esta técnica en el año 2012 por el Gobierno central pueden citarse GÓMEZ LUGO, Yolanda, «Decreto Ley versus Ley parlamentaria: Notas sobre el uso de la legislación de urgencia». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* núm. 4, marzo-agosto 2013, pp. 102-117 y CARMONA CONTRERAS, Ana M., «El decreto-ley en tiempos de crisis». *Revista catalana de dret públic*, núm. 47 (2013), pp. 1-20.

(14) *Vid.* la Resolución de 18 de diciembre de 2012, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas en relación con el Informe de fiscalización de la Gestión de las Prestaciones de Asistencia Sanitaria derivadas de la aplicación de los Reglamentos Comunitarios y Convenios Internacionales de la Seguridad Social (BOE 72, de 25 de marzo de 2013, pp. 23154 a 23331).

(15) No dejan de ser muy ilustrativas las siguientes consideraciones que extractamos de este Informe: «Este Tribunal ha verificado que, hasta el 31 de diciembre de 2008, las prestaciones sanitarias proporcionadas a las personas protegidas por la Seguridad Social del Reino Unido durante su estancia temporal en España, por la utilización de Tarjetas Sanitarias Europeas, fueron facturadas a la Seguridad Social del Reino Unido por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, mediante estimaciones basadas en el número de turistas recibidos en España, a diferencia de las facturaciones emitidas al resto de Estados, para los que se emitieron facturaciones en función del coste efectivo de las prestaciones sanitarias servidas por cada centro, servicio y establecimiento sanitario del Sistema Nacional de Salud (costes efectivos o gasto real). Este Tribunal de Cuentas verificó, mediante la comparación de los dos sistemas de facturación (estimaciones basadas en el número de turistas y el estimado en función de los costes efectivos de los servicios sanitarios prestados o gasto real), que la diferencia entre la facturación mediante el sistema de estimaciones y lo que hubiera obtenido España de haber facturado las prestaciones por sus costes efectivos o gasto real, supuso una pérdida estimada anualmente en, al menos, 20 millones de euros, en los ejercicios 2007 y 2008».

de determinados colectivos que no siempre se corresponden con aquellos a los que hace referencia el Informe del Tribunal de Cuentas.

En el Real Decreto-Ley se invocan fundamentalmente razones de ahorro económico y de descoordinación (16) entre los diversos servicios sanitarios de las Comunidades Autónomas. Tales medidas se adoptan en un contexto económico delicado como es el año 2012 con la crisis de la deuda soberana. Ahora bien, con independencia de la concurrencia del presupuesto habilitante de «extraordinaria y urgente necesidad», la regulación a través de Real Decreto-Ley de la titularidad del derecho a la protección de la salud afecta a elementos esenciales del derecho por lo que podría entenderse contrario al artículo 86.1 de la Constitución (17). La razón de la prohibición de afectar a través del Decreto-ley los elementos esenciales de los «derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I», entre los cuales se encuentra el derecho a la protección a la salud del art. 43 de la Constitución, se encuentra en la necesidad de reservar al legislador ordinario aquellas cuestiones que pueden afectar a la propia configuración del derecho constitucional para garantizar, a través del procedimiento legislativo, el debate parlamentario sobre el mismo entre las diversas fuerzas políticas que representan a los ciudadanos.

Las reformas relativas al ámbito subjetivo del sistema sanitario de salud pública no se ha realizado solamente a través de normativa de urgencia, sino también a través de leyes de presupuestos. Es el caso significativo de los emigrantes que están más de 90 días en el extranjero y que no tienen derecho a prestación de desempleo (18).

La exclusión de un grupo de personas del sistema público de salud a través de una ley de presupuestos puede plantear dudas sobre su constitucionalidad puesto que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el contenido de estas leyes ha de referirse a aspectos presupuestarios (previsión de ingresos y habilitación de gastos) o a aquellos otros que inciden en la política de ingresos y gastos del sector público o la condicionan (19). La ley de presupuestos constituye una normativa provisional o temporal que no tiene vocación de permanencia, por lo que en caso contrario cuando se incluyan normas propias del Derecho codificado podría menoscabar el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 de la Constitución). El hecho que la determinación de los sujetos que tienen derecho a una prestación sanitaria guarde relación con el gasto público no significa a nuestro entender que entre dentro de las materia propias de las leyes de presupuestos. Cabe advertir que la inmensa mayoría de las normas tiene una trascendencia económica por lo que se desbordaría el ámbito material de este tipo de leyes. En realidad no nos encontra-

(16) Una crítica contundente a la utilización en este caso del término «descoordinación», por lo demás no acreditada, puede encontrarse en GARRIDO CUENCA, Núria: «La igualdad y cohesión del Sistema Nacional de Salud. La protección de la salud en el modelo autonómico» en PALOMAR OLMEDA, Alberto; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Dirs.): *Tratado de Derecho Sanitario* vol. I. Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor. 2013, p. 109.

(17) PONCE SOLÉ, Juli, *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Ed. INAP, Madrid, 2013, pp. 68-69. Disponible en el momento de elaboración de este trabajo en la siguiente dirección electrónica: [http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Monografias/el\\_derecho\\_y\\_la\\_reversibilidad/EI%20derecho\\_y\\_%20la\\_reversibilidad.pdf](http://bibliotecadigital.inap.es/Datos/Monografias/el_derecho_y_la_reversibilidad/EI%20derecho_y_%20la_reversibilidad.pdf)

(18) *Vid.* Disposición Final Décima de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014.

(19) Sobre el tema *Vid.* por todos MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio, «Artículo 134» en CASAS BAAMONDE, María Emilia, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel (Dirs.), *Comentarios a la Constitución española... op. cit.*, pp. 2.042-2.044.

mos tanto ante un tema de política económica del Gobierno sino que estamos ante la concreción de un derecho constitucional como es el derecho a la protección de la salud.

### I.3. Los límites a la reversibilidad de los derechos sociales

La crisis económica ha puesto de relieve la necesidad de establecer medidas de estabilidad presupuestaria y contención del déficit para garantizar la viabilidad y sostenibilidad del Estado del bienestar. Ello ha planteado la posibilidad de reconsiderar la titularidad y el alcance de las prestaciones sociales, por las dificultades en asumir el gasto que pueda producir su crecimiento ilimitado en un contexto de escasez de recursos. Como se ha señalado, «el curso de los acontecimientos confirma que se impone la propuesta reductora del acceso y contenido de las prestaciones en aras de unas exigencias financieras que están condicionadas por datos económicos más próximos a la primacía del mercado que a la realización del modelo del Estado Social» (20).

De entrada, parece razonable que el legislador tenga un margen más o menos amplio al regular los derechos de contenido social o prestacional, margen que vendrá determinado por el marco constitucional vigente en el sistema jurídico de cada país. Ahora bien, el hecho que el legislador tenga un margen amplio en la regulación de los derechos sociales, no quiere decir que no existan límites y un orden de prioridades que deben seguir los poderes públicos al definir la titularidad y el alcance de las prestaciones sociales (21), así como en la asignación de los recursos para hacerlas efectivas (22).

En este contexto se plantean cuál es el límite en la reducción de los derechos sociales (23). Parece que no sería admisible jurídicamente la mera negación de los dere-

---

(20) Vid. M. Á. GARCÍA HERRERA: «Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española» en *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, 2003-2004, pp. 277-304.

(21) Como se ha puesto acertadamente de relieve: «Si se acepta que la formulación constitucional del derecho puede ser universal para todos los ciudadanos, pero en realidad se puede definir quienes son los titulares reales de ese derecho *a posteriori* sin respetar esa formulación nos estamos alejando del paradigma de los derechos. Estamos, como mucho, en el paradigma de la beneficencia». Vid. LEMA ANÓN, Carlos, «La disputada universalidad de los derechos sociales. Entre asistencialismo y desmercantilización» en RIBOTTA, Silvina, ROSSETTI, Andrés (Ed.): *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el Derecho y la Justicia*, Ed. Dykinson, Madrid, 2010, p. 88.

(22) El tema de los límites constitucionales a los recortes en materia de ventajas sociales fue planteado en Estados Unidos a raíz de la crisis energética de los años 70. Vid. E. ALONSO GARCÍA: «Los *Welfare Rights* y la libertad parlamentaria de ordenación del gasto público: La lucha de dos principios constitucionales de política socio-económica» en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 4; y del mismo autor «Los límites de la justicia constitucional: la constitucionalidad de los derechos prestacionales del Welfare State en norteamérica» en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 11.

(23) Sobre el debate respecto a la reversibilidad o irreversibilidad de los derechos sociales Vid., entre otros, S. MUÑOZ MACHADO, «La crisis del Estado del Bienestar y la cuestión de la reversibilidad de los derechos sociales: el caso de los minusválidos», *La integración social de los minusválidos*, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1993, pp. 28-29; A. OJEDA MARÍN: *Estado social y crisis económica*, Ed. Complutense, Madrid, 1996; M. Á. GARCÍA HERRERA: «Veinticinco años de derechos sociales en la experiencia constitucional española» en *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, 2003-2004, pp. 277-304; J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «Derechos fundamentales socio-económicos y prestaciones esenciales», *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, p. 377 y ss.; PONCE SOLÉ, Juli: *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos...* op. cit.

chos reconocidos en el bloque de la constitucionalidad. En el proceso de reconstrucción de los derechos sociales los autores han acudido a diversas categorías jurídicas para asegurar el contenido mínimo del derecho. Entre estas fórmulas encontraríamos la del contenido esencial, la de las condiciones básicas y la garantía institucional para delimitar el alcance de la posible reversión y establecer una resiliencia de los derechos sociales (24). Este contenido mínimo vendría delimitado por la evolución en cada momento histórico que fuera adecuado con la dignidad de la persona (25). Contenido que, en cualquier caso, supondrá un límite indisponible por el legislador.

Según veremos más adelante, además del contenido mínimo de estos derechos, cobran especial relevancia los principios de razonabilidad y de proporcionalidad (26) para valorar el alcance de la regulación legal de los derechos sociales. Parámetros jurídicos que son utilizados por el Tribunal Constitucional y que permiten establecer un adecuado equilibrio entre la prioridad de aplicar medidas de contención en períodos de crisis económica con la no menor necesidad de garantizar un contenido mínimo imprescindible de los derechos sociales que son los que permiten hacer realidad la cláusula del Estado social.

## II. Las nociones de asegurado y beneficiario como vías de acceso al sistema público de salud

### II.1. ¿Un simple cambio terminológico?

A partir de la reforma del Real Decreto-Ley 16/2012, se dispone que «la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado». Se introduce un cambio cualitativo volviendo a una terminología propia de un sistema de Seguridad Social, cuya utilización tiene como veremos efectos jurídicos relevantes (27). Esta terminología evoca a la persona que contribuye a la financiación del sistema a través del pago de una cuota periódica.

La condición de asegurado se refiere, de acuerdo con esta normativa, a los siguientes supuestos: a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a

(24) PONCE SOLÉ, Juli: *El Derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos...* op. cit. pp. 62-65.

(25) Vid. M. Á. GARCÍA HERRERA: «Veinticinco años de derechos sociales de la experiencia constitucional española» en *Revista de Derecho Político*, núms. 58-59, 2003-2004, pp. 277-304.

(26) Vid. ROCA TRÍAS, Encarnación; AHUMADA RUIZ, Ma Ángeles, «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española» en *Reunión de tribunales constitucionales de Italia, Portugal y España*, Roma, octubre 2013. Disponible en la siguiente dirección electrónica en el momento de elaboración de este trabajo: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XV%20Trilateral/PONENCIA.pdf>>.

(27) Según señalan algunos autores la principal novedad del Real Decreto-Ley 16/2012 es la de volver a utilizar expresiones propias de la Seguridad Social como «asegurado» o «beneficiario» y se relativiza el cambio producido por cuanto con anterioridad a esta norma el sistema no era absolutamente universal. Vid. LOMAS HERNÁNDEZ, Vicente, «De ciudadano a asegurado o el tránsito inacabado hacia la universalización de la asistencia sanitaria» en *Revista Cesco de Derecho de Consumo* núm. 8/2013, disponible en la siguiente dirección electrónica: <http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco>

la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta; b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social; c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo; d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título (28).

La utilización de la noción de asegurado enlaza, consiguientemente, con la persona que está dada de alta y aporta unas cuotas a la Seguridad Social como consecuencia de una relación de trabajo. Régimen que es extensivo a otras personas que están asimiladas, que perciben prestaciones o que han acabado las mismas pero cumplen determinadas condiciones.

Por su parte, tendrán la condición de beneficiarios de un asegurado, siempre que residan en España, el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, que deberá acreditar la inscripción oficial correspondiente, el ex cónyuge a cargo del asegurado, así como los descendientes a cargo del mismo que sean menores de 26 años o que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%.

La fijación del límite de los 26 años parece que se trata de la previsión de una edad estimada de finalización de los estudios y de incorporación al mercado de trabajo (29). Las Naciones Unidas viene considerando a la población joven entre los 10 y los 24 años. Parece, por tanto, que la fijación de esta edad responde a criterios razonables que permiten establecer medidas de protección a la familia y a la juventud, ante el retraso cada vez mayor de la incorporación de la población al mercado de trabajo.

La normativa también establece que: «En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente». Esta remisión al reglamento ha sido concretada por el RD 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. De acuerdo con este Reglamento este límite se fija en: «no teniendo ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía». El Reglamento añade que sin cobertura legal precisa, el hecho que los nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza «deben estar inscritos en el Registro Central de Extranjeros».

---

(28) Este último apartado ha sido objeto de modificación por la Disposición Final Décima Primera de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014. Con esta modificación se ha introducido el requisito de «residir en España» en los supuestos de «haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza, encontrarse en situación de desempleo, no acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título». Con ello se está dejando fuera al colectivo de los emigrantes españoles que se encuentran en tales situaciones y que estén fuera del país más de noventa días.

(29) En esta línea *Vid.* el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya 6/2012, de 1 de junio, sobre el Real decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y la seguridad de sus prestaciones.

## II.2. Examen específico de los requisitos de residencia, ingresos y edad

Para determinar la condición de asegurado o beneficiario, uno de los conceptos clave a los que acude la reforma de la legislación sanitaria es el de residencia. Esta exigencia se configura en algunos casos como una situación administrativa en la que se exige la correspondiente autorización, como es el caso de los extranjeros extracomunitarios. En el caso de los ciudadanos europeos de otros Estados miembros y asimilados se distingue entre una estancia inferior a tres meses o una residencia superior a este período, requiriéndose en este último caso la inscripción en el Registro General de Extranjeros. Para los ciudadanos europeos deberá tenerse en cuenta la normativa de la Unión Europea y su transposición por la legislación española.

En el caso de los ciudadanos extranjeros de terceros Estados miembros de la Unión Europea se procede a excluir a todos aquellos que no tengan la situación administrativa de residencia, de acuerdo con la Ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Pese a que ni el preámbulo del Real Decreto-Ley ni el Informe del Tribunal de Cuentas realizan, como hemos señalado anteriormente, una evaluación de cual ha sido el impacto de los ciudadanos extranjeros de terceros Estados en el sistema sanitario se produce a endurecerse los requisitos de acceso de este colectivo (30). Si hasta ahora el requisito devenía el empadronamiento (31), a partir de este momento se exigirá la situación administrativa de residencia. De acuerdo con el art. 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, según redacción del Real Decreto-Ley 16/2012: «Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica. b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles»

Como hemos visto anteriormente, la residencia efectiva en territorio español se exige para acceder a la asistencia sanitaria cuando se ha agotado la prestación o el subsidio por desempleo, además de figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título. Es el caso de los emigrantes españoles que se encuentran en esta situación y que ha generado polémica tanto por la exclusión en sí misma de este colectivo como por la vía utilizada —la ley de presupuestos—. La recuperación pasaría, por tanto, por volver a residir en territorio español y cumplir con la condición de asegurado o beneficiario.

Respecto a los requisitos de capacidad económica ya se ha señalado que el Real Decreto-Ley 16/2012 otorga un amplio margen para su determinación en los casos en

---

(30) Tanto el Preámbulo como el Informe del Tribunal de Cuentas se están refiriendo al supuesto de los ciudadanos europeos de otros Estados miembros y no a los ciudadanos de terceros Estados.

(31) La aprobación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España (LODYLE) comportó una sistematización de los derechos de los extranjeros como mecanismo de integración social de los inmigrantes, desmarcándose de la regulación anterior (Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España) que se centraba prioritariamente en las situaciones administrativas. En ese contexto, se reconoció el derecho a la prestación sanitaria de los extranjeros en torno al requisito del empadronamiento. El padrón municipal constituía no solamente un registro administrativo que permitía acreditar la residencia efectiva en el municipio sino que suponía la adquisición de unos derechos y obligaciones de los inscritos en el padrón. Esta regulación se inscribe en un momento de auge económico que permitió establecer unas bases sólidas del Estado del Bienestar.

que no se reúna los requisitos generales para acceder a la condición de asegurado. Para estos supuestos se exige que las personas sean ciudadanos europeos o asimilados (Espacio Económico Europeo o Suiza) que residan en España, o bien ciudadanos de terceros Estados que sean titulares de una autorización para residir en territorio español. La fijación de los ingresos en cien mil euros permite llegar a amplios sectores de la población, quedando excluidas las rentas con unos ingresos elevados. Con ello se atenúan los efectos de la reforma cuya exclusión de circunscribe a colectivos concretos (32). Ello ha permitido mantener la prestación sanitaria a los mayores de veintiséis años que todavía no han podido incorporarse al mercado de trabajo. De esta forma, han perdido la condición de beneficiarios pero una gran parte de ellos ha podido adquirir la condición de asegurado en la medida que no tenga unos ingresos superiores a cien mil euros. Sin embargo, el hecho que este límite quede fijado en un reglamento deja abierta la posibilidad de introducir en un futuro más restricciones en el ámbito subjetivo.

El tema de la edad también es utilizado por la normativa para regular el acceso a la asistencia sanitaria. Se señala, en cualquier caso, que los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. La previsión de los menores es acorde con la Convención de los Derechos del niño (33) (art. 24) que establece que «los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud». En concreto este derecho comprende, entre otros, que los Estados parte adoptarán las medidas necesarias para: «Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud».

### **II.3. El reconocimiento de la condición de asegurado o beneficiario y su control jurisdiccional**

La normativa establece que corresponderá al Instituto Nacional de Seguridad Social, o en su caso al Instituto Social de la Marina, el reconocimiento y el control de quien reúne la condición de asegurado y beneficiario. Una vez se reconoce tal condición se prevé que el derecho a la asistencia sanitaria se hará efectivo por las administraciones sanitarias competentes. Éstas facilitarán el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de asistencia sanitaria mediante la expedición de la tarjeta sanitaria individual.

Esta centralización del reconocimiento de la condición de asegurado o beneficiario puede cuestionarse desde un punto de vista de las competencias autonómicas. Tal reconocimiento no deja de ser una competencia ejecutiva que, como tal, habría de corresponder a las Administraciones autonómicas. De acuerdo con la nueva normativa, éstas se limitan a expedir la tarjeta sanitaria en base a una decisión previa que ha realizado el

---

(32) Como señala M. GÓMEZ MARTÍN: «Tras el desarrollo reglamentario, si comparamos la situación actual con la existente tras la entrada en vigor de la disposición adicional sexta de la Ley General de Salud Pública, no podemos afirmar que el proceso de universalización haya dado un paso atrás, pues en ningún momento llegó a completarse. Simplemente cambian los colectivos que quedan excluidos...» Vid. GÓMEZ MARTÍN, Milagros, «Régimen jurídico de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud» en PALOMAR OLMEDA, Alberto, CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Dirs.): *Tratado de Derecho Sanitario...* op. cit. pp. 535-356.

(33) Disponible en el momento de elaboración de este trabajo en la siguiente dirección electrónica: <<http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>>.

INSS. Tal previsión deja sin contenido propiamente dicho a la competencia autonómica. Por ello, entendemos que tal previsión es contraria al orden constitucional de competencia y debería ser anulada. Otra solución más respetuosa con el sistema de distribución de competencias sería, a nuestro entender, que la decisión fuera atribuida a la Administración sanitaria autonómica y que tal decisión se le reconociera efectos extraterritoriales por las otras Administraciones competentes en la materia (34).

Por lo que se refiere al control jurisdiccional sobre el reconocimiento de la condición de asegurado o beneficiario se atribuye en coherencia con su vinculación a la Seguridad Social a la jurisdicción social. Así, se manifiesta el art. 6.4. in fine del Reglamento en los siguientes términos: «Las resoluciones, expresas o presuntas, dictadas por la entidad gestora serán recurribles en la forma prevista en el artículo 71 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social.». Sin embargo, a pesar de esta supuestas coherencia, cabe plantearse si realmente la asistencia sanitaria se incluye en la materia Seguridad Social (art. 149.1.17 de la CE) o bien en la materia sanidad interior (art. 149.1.16 de la CE). A nuestro juicio la posición debería decantarse por esta última. En este sentido, cabe traer a colación las palabras de M. GÓMEZ MARTÍN: «Tal vez va siendo hora de plantearse si no ha llegado el momento de que, al igual que sucedió antes con responsabilidad por daños causados y en materia de personal estatutario sea la jurisdicción contencioso-administrativa la que conozca también de los conflictos surgidos en materia de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud» (35).

### III. La dudosa constitucionalidad de la exclusión de colectivos vulnerables

Durante casi tres décadas (1986 hasta 2013) se ha evolucionado hacia la universalización de la asistencia sanitaria, la desvinculación de la Seguridad Social y la financiación a través de los presupuestos generales del Estado por todos los ciudadanos. Sin embargo, en 2013 se ha procedido a una involución de este proceso puesto que se ha producido un retorno hacia la configuración a través de la Seguridad Social y su articulación a través de la figura del asegurado y beneficiario. Ello plantea una serie de dudas: ¿Esta reversibilidad de la configuración del derecho a la salud y de la protección pública tiene respaldo constitucional? ¿Tiene el legislador discrecionalidad para realizar este cambio o queda limitado por normas constitucionales? Como veremos a continuación, si bien el marco constitucional permite acoger diversos modelos en la prestación de servicios sanitarios, el legislador no goza de una discrecionalidad absoluta, por lo que parece de dudosa constitucionalidad la exclusión de determinados grupos.

Con la Constitución de 1978 se reconoce expresamente el derecho a la protección a la salud (art. 43) de forma diferenciada al mandato a los poderes públicos de establecer un régimen público de Seguridad Social (art. 41). Ello resulta coherente con la existencia

(34) En otro ámbito, ésta es la solución que adoptó la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. En este sentido el art. 28.2: «El reconocimiento de la situación de dependencia se efectuará mediante resolución expedida por la Administración Autonómica correspondiente a la residencia del solicitante y tendrá validez en todo el territorio del Estado.»

(35) Vid. GÓMEZ MARTÍN, Milagros, «Régimen jurídico de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud» en PALOMAR OLMEDA, Alberto; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Dirs.): *Tratado de Derecho Sanitario* vol. I... *op. cit.*, p. 545.



de títulos competenciales con diverso alcance: bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE) y legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de que las comunidades autónomas ejecuten sus servicios (art. 149.1.17 CE). Pese a ello, todavía persiste una cierta confusión como pone de relieve el Real Decreto-Ley 16/2012(36). A través de esta confusión, probablemente interesada, late una concepción interesada con un propósito claramente recentralizador.

El derecho a la protección de la salud es más amplio que el derecho a la asistencia sanitaria por cuanto incluiría la posición subjetiva respecto a la «actividad desarrollada por los poderes públicos para proteger la salubridad pública» como también la «propia salud no se vea amenazada por acciones externas realizadas por cualquier sujeto público o privado» (37). A pesar de ello, desde la perspectiva del ciudadano el contenido más relevante es el de la asistencia sanitaria, por lo que nos referiremos fundamentalmente a éste último.

Más allá de su consideración como «principio rector de la política social y económica», que puede ser alegado por los ciudadanos de acuerdo con las leyes que lo desarrollen (art. 53), se trata de un derecho constitucional, de carácter subjetivo y con un núcleo resistente a las intervenciones normativas de los poderes públicos (38). Como tal no tiene un carácter meramente programático (39), sino con un valor jurídico que «impide considerarlos normas sin contenido, obligando a los poderes públicos a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes» (40). Si bien no establece obligaciones jurídicas de resultados, como puede suceder con otro tipos de derechos, impone obligaciones jurídicas de medios, por lo que debe ser considerado como un derecho subjetivo (41).

Además, de acuerdo con el art. 10.2 de la Constitución, debe ser interpretado de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Estado español (42). En este sentido, debe destacarse el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 que reconoce el derecho al disfrute del más alto nivel

---

(36) Vid. PALOMAR OLMEDA, Alberto: «El modelo de sanidad pública: algunas consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la conformación de un servicio público esencial» en PALOMAR OLMEDA, Alberto; CANTERO MARTINEZ, Josefa (Dirs.): *Tratado de Derecho Sanitario vol. I...op. cit.*, pp. 67-102

(37) Vid. MENÉNDEZ REXACH, Ángel: «El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas» en *Derecho y salud* Volumen 11-Mayo 2003. Extraordinario XI Congreso Derecho y Salud, en especial pp. 16-18.

(38) Vid. PISARELLO, Gerardo, «Los derechos sociales y sus enemigos: elementos para una reconstrucción garantista», en *Los derechos sociales en tiempos de crisis*, Observatori DESC, diciembre 2009. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <[http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Gerardo\\_Pisarello\\_-\\_Enemigos\\_de\\_los\\_ds.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Gerardo_Pisarello_-_Enemigos_de_los_ds.pdf)> . Este autor parte de la identificación de los «enemigos» de los derechos sociales para proceder a su reconstrucción. Entre estos «enemigos» está la visión de los derechos sociales como subordinada respecto a los derechos fundamentales.

(39) Un estudio clásico sobre el carácter jurídico inmediato y directo de la Constitución puede encontrarse en GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE, Eduardo: *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Ed. Civitas, 4.ª ed., Madrid, 2006.

(40) Vid. entre otras las SSTC 19/1982, de 5 de mayo y 14/1992, de 10 de febrero.

(41) Vid. PONCE SOLÉ, Juli, *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos...op. cit.*, pp. 33-34.

(42) Vid. PONCE SOLÉ, Juli, *El derecho y la (ir)reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos... op. cit.*, p. 75.

posible de salud. Dicho derecho ha sido objeto de una Observación General por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la que se señala, entre otras cuestiones, que: «los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos».

Debe advertirse, además, que la jurisprudencia constitucional ha puesto de relieve su vinculación con determinados derechos fundamentales recogidos en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero de la CE. Así, ha puesto de relieve su conexión directa con el derecho a la integridad física (art. 15 CE) y el deber de motivación de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE) y otras conexiones más mediatas con la prohibición de discriminación (art. 14 CE), el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) (43). En especial, la vinculación que ha señalado el TC de la asistencia sanitaria con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física comporta que éstos deban prevalecer «sobre el moderno sempiterno principio de estabilidad, la corrección del déficit y la necesidad de ahorro» (44).

El Real Decreto-Ley 16/2012 ha sido objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Parlamento de Navarra (45), por el Gobierno del Principado de Asturias (46), por el Gobierno de la Junta de Andalucía (47), por el Gobierno de Catalunya (48), por el Gobierno Vasco (49) y por el Gobierno de Canarias (50). En síntesis, las principales cuestiones objeto de polémica que se esgrimen para cuestionar el Real

(43) Vid. SANTIAGO REDONDO, Koldo: «Artículo 43» en CASAS BAAMONDE, María Emilia, RODRÍGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER, Miguel (Dir.), *Comentarios a la Constitución española XXX aniversario*, Ed, Función Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 1070-1082.

(44) Vid. GARRIDO CUENCA, Núria: «La igualdad y cohesión del Sistema Nacional de Salud. La protección de la salud en el modelo autonómico» en PALOMAR OLMEDA, Alberto; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Dir.): *Tratado de Derecho Sanitario*, vol. I, ... op. cit. pp. 136-137.

(45) Vid. el recurso de inconstitucionalidad núm. 4123-2012 promovido por el Parlamento de Navarra en el que se impugnan el art. 1 uno y por conexión 1 dos; 2 dos, tres y cinco; 4 doce, trece y catorce; y disposición adicional tercera; y transitoria primera (BOE 176, de 24 de julio de 2012). Vid. asimismo el Dictamen del Consejo de Navarra 29/2012, de 30 de Julio. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <<http://www.cfnavarra.es/consejonavarra/pdf.asp?id=711>>

(46) Vid. el recurso de inconstitucionalidad núm. 4530-2012 promovido por el Gobierno del Principado de Asturias en el que se impugna el art. 10 cuatro (BOE 228/2012, de 21 de septiembre de 2012). Vid. asimismo el Dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias núm. 216/2012, de 12 de julio. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <[http://www.ccasturias.es/Documentos/2012/dictamen\\_0216-12.pdf](http://www.ccasturias.es/Documentos/2012/dictamen_0216-12.pdf)>

(47) Vid. el recurso de inconstitucionalidad núm. 4585-2012 promovido por el Gobierno de la Junta de Andalucía en el que se impugna el art. 1 uno y dos; 4 uno y cuatro; y 10 cuatro y cinco (BOE 228, de 21 de septiembre de 2012). Vid. asimismo el Dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía 575/2012, de 11 de julio. Disponible en el siguiente buscador electrónico: <<http://server.knosys.es/ccandalucia/knpag?x=index>>

(48) Vid. el recurso de inconstitucionalidad n.º 414-2013, promovido por el Gobierno de Catalunya contra los artículos 1.Uno, Dos y Tres; 4.Uno, Cuatro, Cinco y Catorce; 6, apartados 2 y 3; 8.Dos; 10.Cuatro y disposición final sexta. Uno (BOE 46, de 22 de febrero de 2013). Vid. asimismo el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries 6/2012, d'11 de juny. Diponible en la siguiente dirección electrónica: <[www.cge.cat](http://www.cge.cat)>

(49) Vid. el recurso de inconstitucionalidad n.º 419-2013, promovido por el Gobierno Vasco contra determinados preceptos (BOE 46, de 22 de febrero de 2013).

(50) Vid. el Recurso de inconstitucionalidad n.º 433-2013, promovido por el Gobierno de Canarias contra diversos preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones (BOE 46, de 22 de febrero de 2013). Vid. asimismo el Dictamen del Consejo Consultivo de Canarias 59/2013, de 1 de marzo. Disponible en la siguiente dirección electrónica: <<http://dcc.consultivodecanarias.org/2013/0059.pdf>>

Decreto-Ley serían las siguientes: a) la sustitución del concepto de ciudadanos por el de asegurados y beneficiarios en relación con el derecho a la protección a la salud del art. 43 de la CE; b) la centralización del reconocimiento y del control de la condición de asegurado y beneficiario; c) la incidencia en las competencias autonómicas en materia de asistencia farmacéutica; d) la imposición de la integración del personal funcionario al servicio de instituciones sanitarias públicas respecto a las competencias autonómicas en materia de autoorganización.

Por su parte, otros sujetos legitimados como el Defensor del Pueblo entiende que no se vulnera el derecho a la salud del art. 43 de la Constitución y ni el derecho a la igualdad del art. 14(51). No obstante realiza cinco recomendaciones relativas a colectivos vulnerables, las personas con padecimientos graves, el transporte sanitario de pacientes sometidos a tratamientos periódicos y de larga duración, el precio para medicamentos financiados y prescripción de medicamentos para indicaciones diferentes a las autorizadas. Pese a la negativa a interponer el recurso de inconstitucionalidad se advierte de posibles incumplimientos por parte del Estado español de determinadas obligaciones previstas por Tratados internacionales.

Debe aludirse también a la existencia de normas estatutarias que entran en contradicción con el Real Decreto-Ley 16/2012(52). En el Estatut de Catalunya de 2006 que abrió la vía a la incorporación de un catálogo de derechos se dispone que «todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios de responsabilidad pública, en los términos que establezcan las leyes» (art. 23.1). En términos más rotundos se pronuncia el Estatuto de Andalucía cuando dispone que: «Se garantiza el derecho constitucional previsto en el artículo 43 de la Constitución Española a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal» (art. 22.1).

Pese a que los derechos estatutarios se incorporan en el denominado bloque de constitucionalidad, se ha señalado que éstos no pueden ser parámetro de constitucionalidad de normas estatales, sino que deben tenerse en cuenta dentro del ámbito de competencia autonómico sirviendo como una garantía adicional a los derechos previstos por la Constitución(53). Sin embargo, ello no quiere decir que no puedan ser utilizados como parámetro de las leyes autonómicas que deban aplicar el contenido de la norma estatal en un ámbito de competencias concurrentes (legislación básica y desarrollo legislativo) Por tanto, la legislación autonómica sanitaria no debe limitarse a aplicar, sin más, el Decreto-Ley estatal, sino que debe hacerlo teniendo en cuenta desde una interpretación sistemática también y, especialmente, a las normas estatutarias que establecen un claro mandato, a través del reconocimiento de derechos sociales, hacia la universalización de la asistencia sanitaria.

---

(51) *Vid.* la Resolución de la Defensora del Pueblo (e.f.) de 20 de julio de 2012 con motivo de la solicitud de interposición de recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-Ley 16/2012. Disponible en el momento de elaboración de este trabajo en la siguiente dirección electrónica: <<http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Recursos/inconstitucionalidad/PDFs/Resolucion.pdf>>.

(52) Una completa panorámica de las normas estatutarias puede encontrarse en N. M. GARRIDO CUENCA: «La igualdad y cohesión del Sistema Nacional de Salud. La protección de la salud en el modelo autonómico» en A. PALOMAR OLMEDA; J. CANTERO MARTÍNEZ (Dir.): Tratado de Derecho Sanitario, vol. I, ... *op. cit.* pp. 103-138.

(53) *Vid.* GARRIDO CUENCA, Núria: «La igualdad y cohesión del Sistema Nacional de Salud. La protección de la salud en el modelo autonómico» en PALOMAR OLMEDA, Alberto; CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Dirs.): Tratado de Derecho Sanitario, vol. I, ... *op. cit.*

Para comprobar si los límites que fija el legislador son compatibles con el derecho a la protección de la salud creemos que resultará necesario acudir a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad.

El principio de razonabilidad se ha proyectado especialmente en relación con el derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación, así como en referencia al derecho a la tutela judicial efectiva (54). Este principio está conectado con la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos que exige una justificación objetiva y razonable, la cual puede exteriorizarse a través de las exposiciones de motivos y los preámbulos de las leyes. Esta justificación debe basarse en la consecución, de acuerdo con criterios de razonable proporcionalidad, de un fin legítimo no contrario a la Constitución.

Como hemos visto, el Real Decreto-Ley 16/2012 establece diversos regímenes diferenciados en torno a las figuras de asegurado y beneficiario. La exclusión de determinados colectivos, sin embargo, no parece justificarse adecuadamente de una forma razonable y coherente. El Real Decreto-Ley hace referencia a la necesidad de combatir el turismo sanitario como consecuencia de la gestión no eficiente de la facturación de ciudadanos de otros Estados miembros de la Unión Europea. Lo razonable sería establecer mecanismos que permitan el cobro de la factura ajustado a los gastos reales en los instrumentos de compensación entre los Estados miembros de la Unión Europea. En lugar de eso se procede a excluir a los ciudadanos de terceros estados de la Unión Europea, sin que se haya justificado la carga que los mismos supone dentro de una gestión mínimamente eficiente del sistema. Además de ello, debe traerse a colación el art. 13 de la Constitución que establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el Título I en los términos que establezcan los tratados y la ley, exceptuando los derechos de participación política (art. 23.2 de la Constitución). Ahora bien, tales modulaciones deben realizarse en base a criterios razonables que no deben pasar sin más en la exclusión del derecho sino en la fijación de un contenido mínimo.

La limitación a situaciones de urgencia y de embarazo, parto y postparto de la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares podría comportar que el derecho fuera irreconocible, siendo necesario dar una respuesta aunque fuera mínima a otras situaciones que entran dentro del derecho a la protección de la salud como el tratamiento de enfermedades crónicas o situaciones de salud pública (como la inclusión de determinados programas de atención a la población en general. Para reforzar esta argumentación el alcance de este contenido debe interpretarse de acuerdo con los tratados internacionales suscritos por el Estado español.», según los cuales la asistencia sanitaria comprendería los servicios preventivos, curativos y paliativos (55). Tales servi-

(54) *Vid.* ROCA TRIAS, Encarnación: «Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española». Disponible en el momento de elaboración de este trabajo en la siguiente dirección electrónica: <<http://www.tribunalconstitucional.es/es/actividades/Documents/XV%20Trilateral/PONENCIA.pdf>>

(55) En concreto la Observación del Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas sobre el PIDESC señala, entre otras cuestiones, que: «los Estados tienen la obligación de respetar el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer. Además, las obligaciones de respetar incluyen la obligación del Estado de abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos,

cios, aunque puedan modularse en algunos aspectos según el *quantum* prestacional de acuerdo con los recursos presupuestarios, no serían solamente en situaciones de urgencia como pretende el Real Decreto-Ley 16/2012, sino que irían dirigidos a promover la salud.

El test alemán de proporcionalidad que ha venido aplicando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional consiste en constatar si se cumplen tres requisitos o condiciones que son los siguientes: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación. La idoneidad hace referencia a la aptitud o adecuación de la medida objeto de control para conseguir la finalidad perseguida. Por su parte, la necesidad consiste en la ausencia de alternativas más moderadas o menos gravosas para la consecución, con igual eficacia, de la finalidad perseguida. Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto o ponderación comporta que la medida sea proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Dentro de la proporcionalidad en sentido estricto se debe ponderar la incidencia disuasoria de la medida impugnada en relación con el legítimo ejercicio del derecho restringido.

La aplicación del test de proporcionalidad es argumentada en el Voto particular de E. AJA FERNÁNDEZ en el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries sobre el Real Decreto-Ley 16/2012 (56). Según este razonamiento en la idoneidad para conseguir la finalidad se plantea la dificultad en relacionar el gasto de los inmigrantes en sanidad con los problemas financieros del Sistema sanitario. Por lo que hace referencia a la necesidad de la restricción para conseguir el objetivo parece que no existe tal necesidad por cuanto pasaría por mejorar la técnica del empadronamiento para evitar los posibles abusos que pudieran producirse. Y finalmente en la proporcionalidad en sentido estricto debería valorarse el perjuicio que se puede producir en la salud de los interesados y el peligro en la salud pública que puede ocasionar la exclusión del colectivos de extranjeros.

Respecto a los emigrantes españoles en el extranjero la Constitución estableció (art. 42) que: «El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno.» El precepto se refiere a los «trabajadores españoles en el ex-

---

salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas. El texto se encuentra disponible en el momento de elaborar este trabajo en la siguiente dirección electrónica: <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm14s.htm>. Sobre las obligaciones jurídicas internacionales en materia de derechos económicos, sociales y culturales y los períodos de crisis *vid.* BONET PÉREZ, Jordi, «Dret internacional dels drets humans en períodes de crisi: criteris d'aplicació de les obligacions jurídiques internacionals en matèria de drets econòmics, socials i culturals» en Revista Catalana de Dret Públic núm. 46, (2013), p. 14-46, DOI: 10.2436/20.8030.01.2. Además, en materia de obligaciones jurídicas asumidas por el Estado español *vid.* también EUROPEAN SOCIAL CHARTER European Committee of Social Rights Conclusions XX-2 (ESPAGNE) Articles 3, 11, 12, 13 and 14 of the 1961 Charter. November 2014. Disponible en la siguiente dirección electrónica: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/State/SpainXX2\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/conclusions/State/SpainXX2_en.pdf). En estas conclusiones se cuestiona claramente la exclusión de ciertos grupos de la asistencia sanitaria como el colectivo de los inmigrantes en situación irregular.

(56) Para el entonces Presidente de este alto órgano estatutario la inconstitucionalidad del art. 1, apartados 1 y 3, del Real Decreto-Ley 16/2012 encuentra su justificación no sólo en la vulneración de los artículos 14 y 43, sino también al artículo 13.1 de la Constitución.

tranjero» lo que comprende la emigración por motivos laborales no comprendiendo otro tipo de motivaciones como las políticas (57). Entre los derechos económicos y sociales que deben salvaguardarse se encuentra el derecho a la protección de la salud (58). Sin embargo, a través de la Ley de presupuestos generales del Estado para el 2014 (disposición final cuarta), se ha considerado que «a efectos del mantenimiento del derecho de las prestaciones sanitarias en las que se exija la residencia en territorio español, se entenderá que el beneficiario de dichas prestaciones tiene su residencia habitual en España aún cuando haya tenido estancias en el extranjero siempre que éstas no superen los 90 días a lo largo de cada año natural».

Como pone de relieve J.M. GOIG MARTÍNEZ (59) «la protección de la emigración no solo deriva del artículo 42 CE, sino que el Capítulo III del Título I, reconoce una serie de principios que también deben estar dirigidos a los ciudadanos españoles en el extranjero como elementos necesarios para la salvaguardia de sus derechos económicos y sociales». Por tanto, la exclusión de la asistencia sanitaria de los emigrantes debe valorarse a través de este conjunto de normas constitucionales. La salvaguardia de estos derechos debería posibilitar un trato igual al que hubiera recibido el emigrante si hubiese permanecido en su país de origen.

#### IV. La discutida ampliación del ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria por las comunidades autónomas

El tema de la constitucionalidad de la exclusión de colectivos del ámbito sanitario a través del Real Decreto-Ley 16/2012 se ha planteado también de forma indirecta a través de la legislación de las Comunidades Autónomas. La duda que se plantea está en si la legislación básica estatal establece una uniformidad de las condiciones de acceso al Servicio Nacional de Salud, en base a criterios de estabilidad presupuestaria, que no pueden ser alteradas por las comunidades autónomas. Según nuestra opinión, se está utilizando la noción de legislación básica con unos propósitos distintos de los que inicialmente fue concebida, es decir como un mínimo común denominador normativo que establece el Estado, el cual puede ser objeto de ampliación por las comunidades autónomas en función de sus políticas propias y sus correspondientes prioridades presupuestarias. El hecho que se amplíe una determinada cobertura social no implica necesariamente que no se pueda cumplir el objetivo de estabilidad presupuestaria previsto en el art. 135 de la CE, pues la comunidad autónoma puede recortar sus

(57) Vid. CORTE HEREDERO, Nieves, «Artículo 42» en CASAS BAAMONDE, María Emilia, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel (Dirs.), *Comentarios a la Constitución española XXX aniversario*, Ed. Función Wolters Kluwer, Madrid, 2008, p. 1063. Según esta autora: «la emigración que resulta protegida es la que afecta a los trabajadores españoles que, por motivos laborales, han dejado nuestro país para establecerse en otro con la finalidad de trabajar en él (o que, en su caso, retornan después de haberlo hecho), quedando fuera, por el contrario, aquellas otras cuya emigración obedece a motivos diversos, como puede ser el caso de los exiliados políticos».

(58) Vid. CORTE HEREDERO, Nieves, «Artículo 42» en CASAS BAAMONDE, María Emilia, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel (Dirs.), *Comentarios a la Constitución española... op. cit.*, p. 1063.

(59) Vid. GOIG MARTÍNEZ, Juan Manuel, «Derechos de la ciudadanía española en el exterior» en *Revista de Derecho UNED*, 7, 2010, pp. 325-372. Disponible en el momento de elaboración de este trabajo en la siguiente dirección electrónica: <http://espacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:RDUNED-2010-7-2100&dslD=Documento.pdf>

gastos en otras partidas presupuestarias diferentes, como puede ser las destinadas a construcción de infraestructuras. En realidad, la estrategia del Estado tiene un claro propósito recentralizador que limita seriamente la posibilidad de las comunidades autónomas de establecer políticas propias dentro de un mínimo común denominador normativo fijado por el Estado.

Las Comunidades Autónomas han reaccionado de forma diversa ante la aplicación del Real Decreto-Ley 16/2012 en función esencialmente de la coincidencia o no con el signo político entre el Gobierno autonómico y el Gobierno central. Lo que sí puede destacarse es la heterogeneidad de normas e instrumentos jurídicos utilizados que van desde normas con rango de ley o reglamentario hasta instrucciones y órdenes de servicio.

En el caso de Euskadi y de Navarra, que gozan de un sistema de financiación especial a través del régimen del concierto económico, se han aprobado diversas normas que han ampliado el ámbito subjetivo y que por ello han sido impugnadas, entre otros motivos, ante el Tribunal Constitucional. Al impugnar el Estado dichas normas se produce, como es sabido, la suspensión automática de tales normas que el Tribunal Constitucional ha tenido que ratificarla o levantarla en un plazo no superior a cinco meses, de acuerdo con el art. 161.2 de la CE. El tema ha sido resuelto, desde un punto de vista cautelar, por el ATC 239/2012, de 12 de diciembre (Decreto 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi) y ATC 114/2014, de 8 de abril (Ley Foral 8/2013, de 25 de febrero, por la que se reconoce a las personas residentes en Navarra el derecho de acceso a la asistencia sanitaria gratuita del sistema público sanitario de Navarra).

En ambos casos la impugnación alega que se está produciendo una vulneración de la normativa básica estatal. Esta vulneración se produciría a juicio del Gobierno central por cuanto se estaría introduciendo diferencias por lo que se refiere al ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria, así como al tema del copago en materia de prestaciones farmacéuticas. La decisión del Alto Intérprete Constitucional es la de levantar la suspensión por lo que se refiere al primer tema y mantenerla respecto al segundo.

El Tribunal Constitucional para proceder a resolver la suspensión de la normativa autonómica impugnada realiza una ponderación de intereses entre la redefinición del ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria y el derecho a la protección de la salud. En concreto valora los perjuicios que puede ocasionar en la salud individual y en la colectiva la suspensión de la normativa autonómica. Para llevar a cabo esta ponderación realiza una vinculación entre el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral (art. 15 CE), de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tal operación pone de relieve la importancia de los intereses en juego respecto a unos hipotéticos perjuicios de carácter económico, que no son suficientemente acreditados. Considera que estamos ante «intereses asociados a la defensa de bienes constitucionales particularmente sensibles». Ello comporta que considere que pueda levantarse la suspensión respecto al ámbito subjetivo de la asistencia sanitaria. Cuestión distinta considera, en cambio, que sucede respecto al copago sanitario al señalar que ello provoca un incremento de gasto que puede comprometer las medidas de racionalización y sostenibilidad del sistema.

La ampliación del ámbito subjetivo no sólo se ha planteado a través de normas como leyes o reglamentos, sino incluso a través de instrucciones u órdenes de servicio(60). Probablemente, en algún caso pueda haber influido en la adopción de este instrumento jurídico el querer evitar su impugnación. Las circulares o instrucciones deberían, en definitiva, limitarse a tener un valor meramente interpretativo del ordenamiento jurídico(61). Sin embargo, en determinados casos llega a introducir requisitos temporales y de renta para acceder a las prestaciones sanitarias, como en el caso de Catalunya mediante la Instrucción 10/2012. Debe valorarse positivamente que esta instrucción invoca el principio de proporcionalidad para seguir manteniendo la asistencia sanitaria los ciudadanos extranjeros empadronados. Para ello realiza una valoración, por una parte, entre el ahorro económico y, por otro, los perjuicios que se pueden producir en la salud de las personas, los inconvenientes del peligro para la salud pública de la sociedad por dejar una parte de la población empadronada en los diferentes municipios de Catalunya sin control médico, el aumento de vulnerabilidad de los colectivos en riesgo de exclusión social y colectivos vulnerables y los riesgos generales en el ámbito de la salud pública.

Ahora bien, la Instrucción catalana sin una cobertura normativa precisa(62) establece diversos niveles de asistencia sanitaria para los que establece determinadas limitaciones. Así, dispone un primer nivel de asistencia sanitaria, que requiere un empadronamiento de al menos tres meses, el cual comprende: la atención urgente (incluye el transporte sanitario urgente), los programas de interés sanitario (incluye la prestación farmacéutica asociada a estos programas) y la atención primaria. Incluye la prestación farmacéutica con aportación del usuario del 40%. En este nivel también prevé el acceso excepcional a la asistencia especializada programada en caso de gravedad, riesgo vital o necesidad inaplazable de atención. Por su parte, el segundo nivel

---

(60) Así, por ejemplo, podemos mencionar en el caso de Catalunya: CatSalut. Instrucció 10/2012, d'accés a l'assistència sanitària de cobertura pública del CatSalut als ciutadans estrangers empadronats a Catalunya que no tenen la condició d'assegurats o beneficiaris del Sistema Nacional de Salut; de Aragón: Instrucción de 30 de abril de 2013, de la Dirección General de Calidad y Atención al Usuario, por la que se crea el Programa Aragonés de Protección Social de la Salud Pública; de Galicia: Resolución de 31 de agosto de 2012, de la Secretaría General Técnica de la Consellería de Sanidad, por la que se acuerda la publicación de la Instrucción de 31 de agosto de 2012 sobre la prestación de asistencia sanitaria en Galicia a las personas que no tienen la condición de asegurado o de beneficiario reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social o, en su caso, por el Instituto Social de la Marina (Diario Oficial de Galicia 175, de 13 de septiembre de 2012); Andalucía: Circular de la Subdirección de Gestión y Evaluación de Resultados en Salud, dependiente de la Dirección General de Asistencia Sanitaria del Servicio Andaluz de Salud, de 3 de septiembre de 2012; Principado de Asturias: Instrucciones para el servicio de salud del Principado de Asturias sobre la autorización de asistencia sanitaria, con carácter provisional, a las personas extranjeras en situación irregular sin recursos. (BOPA 204, de 1 de septiembre de 2012).

(61) Como pone de relieve el art. 21 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, las instrucciones y órdenes de servicio constituyen una manifestación del principio de jerarquía administrativa, que tiene efectos puramente internos, cuyo incumplimiento no afecta por sí solo a la validez de los actos administrativos, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, pudiendo llegarse a publicar en los boletines oficiales cuando se estime conveniente, por razón de los destinatarios o de los efectos que puedan producirse. *Vid.* COELLO MARTÍN, Carlos; GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando: «Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: ¿meros actos internos, actos administrativos o reglamentos. Comentarios a las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de junio y 12 de diciembre de 2006» en RVAP 78, 2007, pp. 267-305.

(62) La Ley 21/2010, de 7 de julio, de acceso a la asistencia sanitaria de cobertura pública a cargo del Servicio Catalán de la Salud, si bien establece el requisito del empadronamiento no establece los períodos temporales a los que se hacen referencia en la Instrucción.



de asistencia sanitaria, que requiere un empadronamiento de un año, incluye el acceso a la asistencia sanitaria especializada programada.

En cualquier caso, consideramos que un aspecto tan esencial como es el ámbito subjetivo del derecho a la asistencia sanitaria no puede dejarse simplemente en manos de circulares y órdenes de servicio. Además, al carecer de la cobertura normativa precisa no son los instrumentos adecuados para establecer requisitos para el acceso a estos servicios y prestaciones.

## **V. El acceso mediante contraprestación: el convenio especial de prestación de asistencia sanitaria**

Para completar la visión del acceso a la asistencia sanitaria no puede desconocerse la previsión de un convenio especial que puede suscribirse por aquellos que han quedado apartados del sistema. Tal convenio encuentra su cobertura legal en la redacción dada a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Según esta norma legal: «Aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial» (art. 5.3 según redacción dada por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril). Más allá de esta previsión genérica, el régimen jurídico de este convenio especial se detalla en el Real Decreto 576/2013, de 26 de julio, por el que se establecen los requisitos básicos del convenio especial de prestación de asistencia sanitaria a personas que no tengan la condición de aseguradas ni de beneficiarias del Sistema Nacional de Salud y se modifica el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

Se prevé, por tanto, para aquellos que han quedado excluidos del sistema, por no reunir la condición de asegurado ni de beneficiario, la posibilidad de acceder a las prestaciones sanitarias mediante el pago de una contraprestación en el marco de un convenio especial. Es lo que ha venido a denominarse como «póliza sanitaria pública».

Para poder suscribir este convenio y acceder a estas prestaciones se han de cumplir una serie de requisitos<sup>(63)</sup> que giran en torno al empadronamiento, a una residencia efectiva de un año y no tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título. Debe remarcarse que tales requisitos son introducidos por la normativa reglamentaria.

Este convenio especial permitirá obtener la referida prestación mediante el pago de una contraprestación. El coste es fijado por el Real Decreto en función de la edad del suscriptor del convenio. Si éste tiene menos de 65 años la cuota mensual

---

(63) Estos requisitos son los siguientes: a) Acreditar la residencia efectiva en España durante un período continuado mínimo de un año inmediatamente anterior a la fecha de la solicitud del convenio especial. b) Estar empadronadas, en el momento de presentar la solicitud de suscripción del convenio especial, en algún municipio perteneciente al ámbito territorial al que extienda sus competencias la administración pública competente para su suscripción. c) No tener acceso a un sistema de protección sanitaria pública por cualquier otro título, ya sea por aplicación de la normativa nacional, de los reglamentos comunitarios en materia de Seguridad Social o de los convenios bilaterales que en dicha materia hayan sido suscritos por España con otros países.

de 60 euros. En cambio si tiene 65 o más años la cuota mensual de 157 euros. Cabe advertir que en la cuota no se distingue en función de la renta del individuo, por lo que pagará de igual una persona con rentas elevada que un ciudadano extranjero en situación irregular. La previsión de esta medida parece que no se aviene con las previsiones que en torno al derecho a la salud ha realizado el CEDSC de NNUU (64).

Prima, por tanto, una relación de tipo convencional. Para los colectivos que han quedado fuera del sistema a raíz del Real Decreto-Ley 16/2012 se pasa de un régimen estatutario, definido por las leyes y reglamentos, a un régimen de carácter convencional fijado por un convenio especial que vuelve a abrir la puerta de acceso, si bien condicionada al pago de una cuota como si se trataran de una empresa aseguradora.

Por su naturaleza, se trata de un convenio excluido de la aplicación del Texto refundido de la Ley de contratos del sector público, aprobado por el Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre [art. 4.d)]. El régimen jurídico viene determinado fundamentalmente por su regulación especial a través del reglamento de aplicación. Este reglamento vendría a cumplir el papel de una suerte de pliego de cláusulas generales de la contratación, que sería concretado en cada caso por el convenio.

Causa cierta perplejidad el hecho que una persona que pueda encontrarse en situación de irregularidad y, por tanto, ser susceptible de expulsión, formalice con la Administración un convenio especial para la prestación de servicios de carácter sanitario. La formalización de este convenio no producirá efectos sobre la eventual regularización de la situación administrativa de la persona que lo suscriba. Con todo, podría ser un elemento para demostrar que dicha persona se encontraba en territorio español desde una determinada fecha. También podría pensarse en la posibilidad que pudiera servir junto con otras circunstancias para demostrar la vinculación del extranjero a efectos de tratar evitar su expulsión (65).

Las prestaciones que garantiza el convenio especial corresponden «a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del Sistema Nacional de Salud regulada en el artículo 8 bis de la Ley 16/2003, de 28 de mayo». Se prevé también que las comunidades autónomas podrán completar las prestaciones con las de la cartera de servicios complementaria de las comunidades autónomas (art. 8 quinquies). No se mencionan, en cambio, las prestaciones de la cartera común suplementaria del Sistema Nacional de Salud (art. 8 ter), ni las de la cartera común de servicios accesorios del Sistema Nacional de Salud (art. 8 quáter). Como señala M. GÓMEZ MARTÍN no parece que pudiera limitarse por vía reglamentaria a una parte de la cartera de servicios, si bien podría establecerse diversas cuotas en función de si se

---

(64) Según la Observación General del CEDSC: «Los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos».

(65) Cabe advertir, sin embargo, que el art. 575.d) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se refiere entre los supuestos en que impedirían una sanción de expulsión, con la salvedad de las excepciones legales a su vez previstas, «a beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral».

opta al contenido completo o bien solamente a las prestaciones de la cartera común básica (66). Si que parece que correspondería a las CCAA fijar la cuota respecto a la cartera de servicios complementaria.

## VI. Conclusiones generales

La reforma del régimen jurídico de la asistencia sanitaria se ha realizado a través de una normativa de urgencia (real decreto-ley) o relativa al régimen de ingresos y gastos públicos (ley de presupuestos) que ha procedido a excluir a determinados colectivos vulnerables como son los inmigrantes irregulares y los emigrantes que no perciben prestación de desempleo y están más de 90 días fuera de territorio español. Si bien se mantiene una cobertura amplia para una gran parte de la población a través de exigir unos ingresos altos para denegar la asistencia sanitaria, se deja abierta la puerta a ulteriores restricciones al concretarse estos requisitos por vía reglamentaria. La exclusión de determinados colectivos se enmarca en una serie de medidas, entre las que se encuentra también el recorte de las prestaciones sanitarias, que ponen en cuestión los logros alcanzados por el Estado del bienestar.

Los argumentos expuestos ponen de relieve como las exclusiones que se realizan en relación de la titularidad del derecho a la protección de la salud comportan problemas de constitucionalidad. No puede desconocerse, en ningún caso, el carácter plenamente normativo y no programático del derecho de protección a la salud. Tampoco puede ignorarse las conexiones de este derecho con el derecho a la vida y a la integridad física que gozan de una protección constitucional más reforzada. En cualquier caso, los principios de razonabilidad y proporcionalidad adquieren una importante relevancia respecto al control de los límites que pueda imponer el legislador respecto a los derechos sociales.

La reforma concebida bajo un propósito recentralizador se ha encontrado, sin embargo, con la resistencia en su aplicación por determinadas comunidades autónomas que lo han realizado a través de diversos instrumentos jurídicos: desde leyes a circulares e instrucciones. La normativa estatal pretende imponer un tope máximo a las autonomías que deja sin contenido propio las competencias en materia sanitaria. A parte de reclamar su espacio competencial, se han esgrimido razones de salud pública para atender a colectivos que habían sido excluidos por el sistema.

Trabajo recibido el 3 de julio de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(66) *id.* GÓMEZ MARTÍN, Milagros, «Régimen jurídico de la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud» en PALOMAR OLMEDA, Alberto, CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (Dirs.): *Tratado de Derecho Sanitario...* *op. cit.* pp. 537-538.

**LABURPENA:** 16/2010 Errege Lege Dekretuak osasun-laguntzan ezarrirako erreformak asegurdun eta onuradun kontzeptuak erabiltzen ditu osasun-sistema publikoa erabiltzeko bide gisa. Sistema guztiz unibertsalizatzeko joera geldiarazten da horrela, eta, soilik irizpide ekonomikoetan oinarrituta, sistematik kanpo utzi nahi dira egoera ahulean dauden zenbait kolektibo, hala nola, egoera irregularrean dauden etorkinak eta langabezia dauden, laurogeita hamar egun baino gehiagoz atzerrian dauden eta langabezia-prestazioa edo -subsidioa jasotzeari utzi dioten emigratzaile espainiarrak. Defendatzen den tesia da egoera ahulean dauden taldeak kanporatzea osasuna babesteko konstituzio-eskubidearen eta estatu espainiarrak bere gain hartutako nazioarteko betebeharren kontrakotzat jo daitekeela. Gainera, erreformak berriz zentralizatzeko asmo garbia dauka, Gizarte Segurantzako berezko ideiak erabiliz; autonomia-erkidegoek barne-osasunaren alorrean haien gain hartutako eskumenak zatikatzen ditu erkidegoetako osasun-zerbitzuak deskoordinatuta daudenaren aitzakian baina hori inola frogatu gabe.

**HITZ GAKOAK:** Osasun-laguntza jasotzeko eskubidea. Ongizate-estatuaren krisia. Egoera ahulean dauden kolektiboak kanporatzea. Immigrazioa. Emigrazioa.

**RESUMEN:** La reforma de la asistencia sanitaria llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 16/2012 utiliza las nociones de asegurado y beneficiario como vías de acceso al sistema público de salud. Se frena una tendencia dirigida a una plena universalización del sistema para excluir, en base a criterios meramente económicos, a determinados colectivos vulnerables como los inmigrantes en situación irregular y los emigrantes españoles en paro que están más de noventa días en el extranjero y que han dejado de percibir la prestación o subsidio de desempleo. La tesis que se defiende es que la exclusión de grupos vulnerables puede entenderse contraria al derecho constitucional a la protección de la salud y a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado español. La reforma tiene, además, un rasgo claramente recentralizador, a través de la utilización de las nociones propias de la Seguridad Social, que laminan competencias que habían asumido las comunidades autónomas en materia de sanidad interior, bajo el pretexto de una no acreditada descoordinación entre los servicios de salud autonómicos.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho a la asistencia sanitaria. Crisis estado del bienestar. Exclusión colectivos vulnerables. Inmigración. Emigración.

**ABSTRACT:** The reform of medical care carried out by means of the Royal Decree-law uses the concepts of insured and beneficiary as ways of access to the public health system. It curbs the trend towards a full univesalization of the system in order to exclude, based upon merely economic criteria, some specific vulnerable groups as irregular immigrants and Spanish unemployed emigrants who are abroad more than ninety days and who are not receiving the unemployment benefit. The thesis is that the exclusion of vulnerable groups can be considered against the constitutional right to the health protection and to the international obligations assumed by the Spanish state. Besides the reform has a clear recentralizing feature by using notions typical to Social Security which laminate the competences that had been taken by the Autonomous Communities in the field of home health, with the excuse of a non proved discordination between the automic health services.

**KEYWORDS:** Right to medical care. Crisis of the Welfare State. Exclusion of vulnerable groups. Immigration. Emigration.

# La administración del espacio administrativo europeo (1)

Jorge Agudo González

**Sumario:** I. Introducción.—II. El espacio administrativo europeo. Apunte metodológico.—III. Principios que ordenan la administración del espacio administrativo europeo. III.1. Compartición administrativa y función administrativa. III.2. Determinaciones desde el punto de vista organizativo-procedimental.—IV. Criterios para construir una tipología de la administración del espacio administrativo europeo. IV.1. La supranacionalidad de la actuación administrativa. IV.2. Mecanismos jurídicos que articulan la cooperación administrativa.—V. Tipos de actuación administrativa cooperativa. V.1. La administración compartida. Procedimientos administrativos compuestos. V.2. La administración transnacional. Reconocimiento mutuo. V.3. La administración «colegiada». Comités europeos. V.4. La administración instrumental. Agencias y «redes» de autoridades nacionales. V.5. La administración independiente. Autoridades independientes y «redes» de autoridades independientes.—VI. Conclusiones.—Bibliografía.

## I. Introducción

La Administración centralizada, burocrática y jerarquizada, en el sentido «weberiano», representa una concepción de la Administración que es inescindible del proceso de consolidación de los Estados-nación(2). Sin embargo, uno de los efectos más destacados del proceso de integración europea es, precisamente, el opuesto: la desestatalización y desterritorialización de las Administraciones públicas. Es cierto que a ese resultado han contribuido otras causas (S. CASSESE: 2004c y 2012), pero no se puede minusvalorar el protagonismo de la integración europea, sobre todo, desde los años noventa en paralelo al desarrollo del mercado interior y a la ampliación competencial de la Unión Europea (UE).

Tras la constitución de la Comunidad Económica Europea (CEE), los esfuerzos se centraron en la construcción de una comunidad de Derecho: el proceso de integración a través del Derecho. La preocupación original fue lograr la plena eficacia de las nor-

---

(1) Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación financiado por la Universidad Autónoma de Madrid «La Administración Pública del Mercado Interior Europeo» (CEMU-2013-08).

(2) El fenómeno de la administrativización acontece en Europa a partir del siglo XVI. El análisis epistemológico del mismo nace con el *cameraalismo* y, desde el siglo XVIII, con la ciencia de la policía, antesala del *droit administratif*, producto de las revoluciones liberales de finales de siglo (J. SCHWARZE: 2006, 3; S. CASSESE: 2013, 25; A.V. BOGDANDY y P. HUBER: 2013, 65; G. VESPERINI: 2011, 120).

mas comunitarias mediante una concepción del Derecho que guarda cierto paralelismo con la concepción exorbitante del Derecho Administrativo(3). Se dio vida, por otro lado, a un ordenamiento que, todavía bajo la influencia del Derecho Internacional y de la tradicional limitada institucionalidad de las estructuras organizativas de las organizaciones internacionales (M. CHITI: 2007, 417), no estableció estructuras administrativas que permitieran la directa aplicación e imposición de las normas comunitarias(4). En los Tratados constitutivos la cuestión organizativa fue desarrollada, por este motivo, sólo de forma marginal, en el entendimiento de que no se trataba de una cuestión «relevante» desde la perspectiva común, sino de un aspecto que debía dejarse a los Estados miembros. Como Jean MONNET afirmara en 1976, las CCEE se crearon asumiendo una «*administration qui ne fait pas mais fait faire*».

La ejecución del Derecho Comunitario se sustentaría, de este modo, en la preferente ejecución del Derecho Comunitario por las Administraciones nacionales (ejecución indirecta), sin perjuicio de las funciones subsidiarias de la Comisión en ese sentido (ejecución directa). El modelo originario, por tanto, se fundaba en el fenómeno de la disociación o de la separación (la «teoría de las dos esferas»), en virtud de la cual, la ejecución del Derecho comunitario debía llevarse a cabo sólo de forma excepcional por las instituciones comunitarias, recayendo esa función ordinaria sobre la Administración de cada Estado miembro, evitándose, de este modo, confusiones entre la esfera comunitaria y la nacional(5).

Desde luego que la excepcionalidad con que se concebiría la ejecución del Derecho Comunitario por la propia Comisión tenía directa conexión con el estricto otorgamiento competencial conferido a la CEE, en virtud tanto del principio de competencias de atribución, como más tarde del principio de subsidiariedad(6). Asimismo, el dualismo ejecución directa-ejecución indirecta era, además, coherente con el destacado sentido finalista que ha caracterizado al Derecho Europeo, orientado a garantizar su *effet utile* y, por ello, el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los Estados miembros. La

(3) G. VESPERINI (2011: 15 y 112) afirma que el Derecho Europeo vincula a la normativa nacional con técnicas propias del Derecho Administrativo. Las garantías que los ordenamientos nacionales desarrollaron para limitar a los poderes públicos y salvaguardar los derechos de los ciudadanos, ahora son utilizadas por el Derecho Europeo para limitar el ejercicio de los poderes de los Estados miembros y favorecer la protección de los derechos de los operadores económicos extranjeros, con el fin de realizar el objetivo de la integración del mercado: asistimos a la instrumentalización de las garantías clásicas como mecanismo para lograr la eficacia del Derecho Europeo; un nuevo Derecho exorbitante, en definitiva, donde un «complejo» gubernativo-administrativo acomete la tarea de transformar la sociedad en el marco de una nueva unidad política y jurídica (A.V. BOGDANDY: 2013, 309).

(4) M. CHITI (2004: 38) lleva a cabo un repaso acerca de la trascendencia del Derecho Administrativo y de la Administración en las Comunidades Europeas, poniendo de relieve la muy distinta relevancia de estas cuestiones en la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y en la CEE. Mientras que la primera fue concebida como una organización esencialmente administrativa, la segunda marginalizó ese aspecto en favor del interés por la constitucionalización del sistema jurídico europeo (M. CHITI: 2004, 41; H.C. HOFMANN: 2010, 37). R. SCHÜTZE (2010: 1385) confirma esta tesis señalando que mientras la CECA siguió el modelo federal americano (en el que los poderes legislativo y ejecutivo son co-extensos, de forma que la Unión establece sus propias infraestructuras ejecutivas para implementar el Derecho de la Federación, lo que requiere una regulación de los aspectos administrativos de tipo estructural-organizativo), la CEE siguió el modelo federal alemán (en el que los poderes legislativos de la Federación no son co-extensos a los ejecutivos, ya que la ejecución se confía a los Estados federados).

(5) No obstante, esto no impidió que los Tratados acogieran competencias compartidas desde temprano, como la Política Agrícola Común o, tras el Acta Única Europea, los Fondos estructurales (P. CRAIG: 2012, 6-10).

(6) En este sentido, era esclarecedora la Declaración n.º 43 adoptada en la Conferencia del Tratado de Amsterdam, relativa al Protocolo de Aplicación de los Principios de Subsidiariedad y Proporcionalidad.

preferencia por la ejecución indirecta no sólo suponía el reconocimiento de la soberanía del Estado para aplicar y ejecutar en su territorio las normas supranacionales (autonomía institucional y procedimental), sino también otorgar la ejecución del Derecho Europeo a las Administraciones que gozaban de mayor capacidad para lograrlo.

El modelo estaba claro. Se trataba de una organización con inspiración federal y, más concretamente, en el «federalismo de ejecución» (M. CHITI: 2007, 417; H.C. HOFMANN: 2010, 38; R. SCHÜTZE: 2010, 1386) basada en dos pilares: 1.º) La atribución a la Comunidad de potestades esencialmente normativas, de forma que el Derecho Europeo se transformaba en Derecho nacional a través de su incorporación al ordenamiento de cada Estado miembro; 2.º) La ejecución del Derecho comunitario fundada en una concepción concreta de Administración pública: la concepción estatista de Administración pública que subyace bajo el principio de preferencia de ejecución por la Administración interna de cada Estado.

La realidad de las últimas décadas, sin embargo, ha superado con creces el enfoque de la implementación del Derecho Europeo desde el prisma dualista. Con el Acta Única Europea en 1986, pero, sobre todo, tras el Tratado de Maastricht en 1992, se asiste a una intensa revitalización de la Comunidad Europea basada en una generosa ampliación competencial y en un énfasis redoblado por la construcción del mercado interior. Paralelamente, en las dos últimas décadas, hemos asistido a la consolidación en el Derecho Europeo de una estrategia regulativa que ha dotado de una relevancia fundamental al Derecho de la organización y al procedimiento administrativo (7). Este planteamiento regulativo ha sido desencadenante de una intensa administrativización de la UE ratificada al más alto nivel jurídico en el Tratado de Lisboa. La Unión, con ello, no sólo ha superado el limitado aparato administrativo con el que nació la CEE y la consecuente dependencia de las Administraciones nacionales, sino que, además, ha forjado un *nuevo paradigma* de Administración desestatalizada y desterritorializada, cooperativa, policéntrica, multinivel y pluralista, que responde a criterios principalmente funcionales.

## II. El espacio administrativo europeo. Apunte metodológico

El nuevo paradigma administrativo se desenvuelve en el «espacio jurídico europeo» que proclama el art. 3.2 del TUE, cuando dispone que la UE constituye «un espacio de justicia sin fronteras interiores» (8). Detrás de esa afirmación se encuentra la constitución de la UE como un «dominio político-jurídico» (9) cimentado sobre la constituciona-

---

(7) Con una incidencia clave en el proceso de europeización de los Derechos Administrativos nacionales, como afirma K-P. SOMMERMANN (2012: 5-6). En esta dirección también, véase J. AGUDO (2013).

(8) Las versiones lingüísticas del Tratado no coinciden en la terminología utilizada por este precepto. La versión inglesa usa el concepto «*justice*», la francesa el término «*justice*» y la italiana, «*giustizia*». Sin embargo, la alemana se refiere a un espacio de Derecho («*Die Union bietet (...) einen Raum (...) des Rechts*»), lo que ha permitido a la doctrina germana deducir la noción del «espacio jurídico europeo».

(9) La UE es un ordenamiento compuesto integrable entre las denominadas uniones de Estados (o de ordenamientos), que tiene, en particular, la forma de unión constitucional. Las Constituciones nacionales se integran en una estructura normativa compleja ordenada en dos niveles: la constitucional-nacional y la europea encarnada por los Tratados. En el vértice de este entramado normativo se encontraría el Derecho Europeo (L. de LUCIA: 2009, 2-3).

lización de los Tratados (10) y en la consecuente validez autónoma del Derecho Europeo a la que se someten los Estados miembros (art. 1 del TUE) (11). Esta apreciación conlleva importantes consecuencias en la concepción absoluta e indivisible de la soberanía estatal y su renovación por una estatalidad abierta, permeable y favorable a la integración (12), superadora de la interpretación del sistema europeo en la versión del «federalismo de ejecución» (H.C. HOFMANN y A. TÜRK: 2006c, 581) (13).

La naturaleza integrada del ordenamiento europeo, la creación de un espacio jurídico europeo y la amplia compartición competencial que domina los Tratados son la base para una implementación integrada del Derecho Europeo, articulada en el que se ha denominado «espacio administrativo europeo» (E. SCHMIDT-ASSMANN: 2003, 384; M.P. CHITI: 2005, 378-380 y 2011, 9; H.C. HOFMANN: 2008) que incorporaría una «unión administrativa europea» del mercado interior (J-P. SCHNEIDER: 2008, 26; M. RUFFERT: 2008, 88; G. BRITZ: 2008, 160). En definitiva, a la estructura constitucional prevista en los Tratados le corresponde un espacio administrativo que acoge un ámbito de intensa cooperación conformado por las estructuras de una unión administrativa, transposición al nivel administrativo de la unión constitucional (L. de LUCIA: 2009, 4). La UE se alza, por tanto, como sede para la construcción de un incipiente Derecho Administrativo Europeo que presupone la «liberación» del Derecho Administrativo de su anclaje con el Estado (14).

(10) Nos referimos a los Tratados como marco constitucional, en coherencia con la temprana doctrina del Tribunal de Justicia (TJCE/TJUE) que hizo valer su estatuto como norma vinculante tanto para los Estados miembros, como para sus ciudadanos. R. SCHÜTZE (2009: 1080), utilizando el parangón del federalismo norteamericano, afirma que los Tratados han evolucionado en Tratados-Constitución, a la par que la autonomía normativa del Derecho Europeo proclamada por el TJCE ha cortado su conexión con el Derecho Internacional. Esa constitucionalización ha supuesto que los Estados miembros, individualmente considerados y, por tanto, no en su conjunto en cuanto *dominus* de los Tratados, han perdido su *Kompetenz-Kompetenz*. Sobre la dimensión de esta cuestión y su tratamiento desde la teoría constitucional del Estado, véase A.V. BOGDANDY (2000). Véase también la crítica de R. SCHÜTZE (2009: 1092) a la reacción estatista promovida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán tras el Tratado de Maastricht, confirmando la negación de los elementos constitutivos del constitucionalismo europeo, centrada en una noción absoluta e indivisible de la soberanía estatal y en el entendimiento del Derecho Europeo como Derecho Internacional. Relacionado con este punto de vista, G. della CANANEA (2007: 67-69) observa que la noción de «espacio» a que se refiere el Tratado tiene que ver con que la UE no sustituye la relación inherente entre Estado, poder soberano y territorio, ya que la Unión, al no ser un Estado, no tendría territorio. Lo constituido por los Tratados es un «espacio jurídico» en el que la Unión puede desarrollarse en un área de cooperación intergubernamental.

(11) M. CHITI (2011: 10): «la nozione di ‘Spazio giuridico europeo’ sta a significare il peculiare ‘ordinamento di ordinamenti’ che si è formato nell’Unione, tramite la composizione unitaria dell’ordinamento giuridico dell’Unione e dagli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Ovvero, un ‘sistema di sistemi’ senza precedenti...; espressione primaria del carattere sovranazionale dell’Unione».

(12) Para H.C. HOFMANN (2008: 669) las consecuencias son más profundas: la consideración del espacio europeo como la esencia de la noción de soberanía compartida.

(13) Como señalan A.V. BOGDANDY y P. DANN (2008: 2013), los conceptos convencionales (federalismo, confederalismo o centralismo) no incorporan ya la complejidad de la realidad europea. Para otros, lo que R. SCHÜTZE (2006: 167) denominara como «federalismo cooperativo», habría sido constitucionalizado en los sucesivos Tratados desde 1986 (P. CRAIG: 2012: 13). El propio SCHÜTZE (2009: 1089) matiza esta cuestión desde el doble prisma del federalismo americano y alemán. La flexibilidad del federalismo americano acepta gradaciones estructurales inaceptables para la ciencia jurídica europea. La idea absoluta de soberanía propia de nuestro continente no permite explicar adecuadamente la constitución de la UE en un punto intermedio entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional, a pesar de que la realidad del Derecho Europeo sólo pueda ser explicada desde una vía intermedia entre el federalismo americano y el alemán (R. SCHÜTZE: 2010).

(14) Esta consecuencia ha dado lugar al doble discurso del «fin del Derecho Administrativo», frente al «nuevo Derecho Administrativo». La primera corriente, de origen francés, afirma que el Derecho Administrativo ha



Los calificativos empleados para conceptualizar al nuevo modelo de Administración configurado por el Derecho Europeo son variables. En unos casos se recurre a la noción de Administración integrada (H.C. HOFMANN y A. TÜRK: 2006c, 583 y 2007, 262; H.C. HOFMANN: 2008, 671; E. CHITI: 2004, 405 y 2011, 10; E. SCHMIDT-ASSMANN (2011: 6), mientras que en otros se utiliza la idea de Administración común (S. CASSESE: 2004a, 32; S. STICCHI DAMIANI: 2006, 74) (15). No obstante, detrás de ambas conceptualizaciones hay un pensamiento compartido: la idea de tendencia hacia la integración, es decir, hacia una Administración común que, aunque no goza de una estructura organizativa unitaria, se ordena de una forma tendencialmente unificadora a través de mecanismos de cooperación funcional y mediante figuras jurídicas de composición y codependencia (16). La realidad del Derecho positivo Europeo muestra que esa tendencia es irrefrenable, no todavía, desde luego, ni de una forma general, ni tampoco en el plano estrictamente organizativo (aunque, como veremos, cada vez más hay ejemplos de una creciente integración de este tipo), pero sí en el plano sectorial y desde una perspectiva fundamentalmente funcional.

El elevado riesgo de que la construcción del espacio jurídico-administrativo europeo quede en una proclamación vacía de contenido, exige un esfuerzo con amplias consecuencias transformadoras de la ciencia jurídico-administrativa. Aunque la imbricación entre los distintos niveles administrativos ha sido objeto de un relevante planteamiento politológico, todavía constituye un gran reto para la dogmática jurídico-administrativa: partiendo del origen y el bagaje estatal de los conceptos jurídicos organizativo-procedimentales, se ha de construir una dogmática que responda a la realidad de la actividad administrativa en el seno de la UE (17). Se abren las puertas, de este modo, a la compatibilización con el análisis dogmático de un inevitable pluralismo metodológico.

El punto de arranque de este planteamiento metodológico supone, en primer lugar, afrontar el análisis jurídico-administrativo desde cuestiones «infraestructurales». Como ya

---

perdido sus peculiaridades, transformándose en un híbrido desestructurado que va perdiendo lentamente su *raison d'être*. Frente a esta corriente, otra de origen alemán, apuesta por un Derecho Administrativo renovado, centrado en la dirección más que en la imposición, dando lugar a un nuevo rol del Estado como promotor, facilitador, regulador de riesgos y «timonel» de la economía y la sociedad. El inmovilismo frente a la transformación, la estabilidad del conocimiento dogmático y la renovación interdisciplinar, caracterizan, respectivamente, a ambas tesis (S. CASSESE: 2012, 603-604).

(15) La noción de «Administración integrada» descrita por H.C. HOFMANN y A. TÜRK (2006c: 583) ha suscitado críticas. Se considera que si bien ese calificativo puede ser apropiado para describir la conjunción entre ordenamientos, no lo es para describir las fórmulas de cooperación administrativa (S. CASSESE: 2004a, 36). Para CASSESE el concepto de integración indica un resultado unitario que está lejos de ser realidad: «La realtà è, invece, fatta di accomodamenti, giu'tapposizioni e sovrapposizioni, assemblaggi, combinazioni, aggiunte, inserimenti, e, quindi, presenta caratteristiche meno organiche e unitarie di quelle indicate dal termine integrazione». En términos similares se pronuncia R. SCHÜTZE (2010: 1405 y 1419). Sin embargo, es paradójico que el propio CASSESE (2004a: 34) hable de una evolución hacia «sistemas comunes» y que esa evolución afirme que se articula a través de una «strategia di integrazione amministrativa».

(16) P. CRAIG (2012: 28) utiliza el calificativo de «*shared administration*» y R. SCHÜTZE (2010: 1405) el de «*mixed administration*». Siguiendo a E. SCHMIDT-ASSMANN (2011), A.V. BOGDANDY y P. DANN (2008: 2013) y H.C. HOFMANN (2008: 665) utilizan el concepto de «*composite administration*».

(17) El pensamiento jurídico necesita de los elementos de la tradición dogmática que aporta la ciencia jurídico-administrativa estatal. Ahora bien, la desestatalización de la Administración y del Derecho Administrativo debe conllevar la disolución de la impregnación estatal de las categorías jurídicas, para avanzar hacia una convergencia del análisis desde el punto de vista europeo, más coherente con la forma de reparto de poder que caracteriza a la UE (A.V. BOGDANDY : 2000, 209).

hemos anticipado, el actual estado de integración europea trae causa de una estrategia regulativa centrada en la regulación tendencialmente predominante de contenidos procedimentales y organizativos, seguida paralelamente de una disminución de contenidos sustantivos, en la medida en que la necesidad de contenidos formales está en directa proporción a la reducción de los contenidos sustantivos (J. BARNÉS: 2010, 342). Así pues, la convergencia de los ordenamientos nacionales se garantiza mediante una prominente procedimentalización y el recurso (creciente) a estructuras organizativas mixtas.

Esta estrategia regulativa tiene como consecuencia dotar de una relevancia fundamental al Derecho de la organización y al procedimiento administrativo como instrumentos de programación de la actividad administrativa (M. RUFFERT: 2008, 99; E. SCHMIDT-ASSMANN: 2011, 13). Aunque este planteamiento pudiera apuntar a una aparente subversión de la accesoriadad tradicional imputable al procedimiento y a la organización administrativa respecto del Derecho sustantivo, lo cierto es que la realidad del Derecho Europeo demuestra lo contrario. No podemos olvidar que nos enfrentamos a un Derecho fundamentalmente implementativo, lo que anticipa que las soluciones organizativo-procedimentales están sometidas por una aproximación netamente funcionalista y, por ello, por el acogimiento de aquellos mecanismos que mejor puedan servir para la consecución de los fines sectoriales de las políticas comunitarias (18). Es decir, la realidad es que en el ámbito del espacio administrativo europeo la Administración evoluciona en función del Derecho material al que sirve. La heterogeneidad de las soluciones jurídicas así lo confirma.

El funcionalismo y la sectorialización acentúan la asistematicidad del ordenamiento comunitario. En cualquier caso, esos dos efectos son igualmente patentes en los ordenamientos nacionales: una sectorialización subrayada por la ampliación de los fines del Estado y una paulatina asistematicidad que, en buena medida, se debe a la incidencia del Derecho Europeo.

La sectorialización dominante en la realidad del Derecho Público justifica el recurso a «sectores de referencia» de la parte especial del Derecho Administrativo como herramienta metodológica, para confrontar las técnicas jurídicas utilizadas en esas materias, y la concreta articulación de intereses que tiene lugar en las mismas, a la luz de las categorías y conceptos de la parte general del Derecho Administrativo. Se propone, así, un complejo proceso (inductivo/deductivo) de construcción sistemática, que permite examinar en qué medida los conceptos jurídicos fundamentales deben ser reconstruidos o asumir una interpretación evolucionada o adaptada que, al tiempo de garantizar la función de simplificar y clarificar el material jurídico, eviten la fragmentación sectorial (E. SCHMIDT-ASSMANN: 2003, 128; A. VOSSKUHLE: 2007, 138).

La eficacia de esta aproximación es inversamente proporcional a la heterogeneidad del material normativo que ha de ser analizado. Ese proceso de reconstrucción sistemática parece más factible (sin menospreciar el enorme reto que representa) en el seno de los ordenamientos estatales, sobre todo de aquellos con tradiciones jurídicas fuertes, donde las estructuras estáticas del sistema jurídico (ancladas en una sólida parte general del Derecho Administrativo y un sistema de valores constitucional) permiten ese proceso de confrontación sectorial. Sin embargo, en el seno de un ordenamiento jurídico donde su propio dinamismo favorece la ausencia de ese soporte estructural, la

---

(18) En este sentido, A. PRONTERA (2010: 85), citando a S. CASSESE.

complejidad del proceso se eleva exponencialmente. Primero, porque la construcción conceptual trae causa, en buena medida, de la construcción casuística a través del *case-law* del TJUE, dominada por las limitaciones inherentes al pensamiento tópico para construir sistemáticamente. Segundo, porque en la medida en que el objetivo sea la construcción de un espacio jurídico europeo y un Derecho Administrativo Europeo, aquel proceso reclama, no ya sólo la consolidación de un sistema de valores y de derechos común, sino también un análisis comparado del sistema conceptual europeo con los sistemas conceptuales de los ordenamientos jurídicos nacionales, incorporando así un nuevo elemento metodológico de enorme trascendencia que añade nuevas dosis de complejidad al análisis. Aquí, a la heterogeneidad de las soluciones normativas a nivel comunitario, se ha de unir la singularidad de cada ordenamiento nacional, lo que pone en primera línea la tensión existente entre las decisiones de las instituciones europeas y su adaptabilidad en el seno de los sistemas jurídicos nacionales (19).

Por último, el interés por las formas de organización y actuación administrativa focaliza la atención en la práctica de las Administraciones en el espacio administrativo europeo. Esto nos coloca ante otro elemento metodológico determinante: la influencia de otras disciplinas en el proceso de transformación del Derecho Administrativo (20). Entramos aquí de lleno en la diversificación del método. No se puede negar que los avances en la ciencia de la administración y en la ciencia política son determinantes a los efectos de contextualizar la realidad de la actividad de la Administración europea. En este orden de consideraciones, el Derecho Europeo ha interiorizado conceptos extrajurídicos como el de «gobernanza» que se han instalado en el «núcleo duro» del sistema interno del Derecho Europeo. No es preciso señalar la trascendencia que ello tiene a los efectos de establecer un sistema jurídico unitario y coherente que afecta a veintiocho Estados. Por esta razón, la idea de dar una adecuada «traducción jurídica» a los principios de la nueva gobernanza adquiere una relevancia metodológica determinante en un ordenamiento como el europeo que carece de un sistema conceptual acabado (21).

La dimensión del reto es enorme. En este trabajo se tratará de alcanzar una meta mucho más modesta, aunque esa moderación no pueda servir para ocultar que los términos en que se plantea lograr los objetivos marcados constituya un primer paso imprescindible para profundizar en un análisis más complejo. La propuesta se divide en tres niveles: 1.º) Identificación de los principios «constitucionales» que gobiernan la

---

(19) Sobre esta cuestión, véase J. AGUDO (2013).

(20) Como ponen de relieve los teóricos de la ciencia de la dirección, la ciencia jurídico-administrativa debe orientar la construcción dogmática hacia las condiciones reales de las conductas decisorias procurando, por tanto, los presupuestos que hagan que el Derecho contribuya a la eficacia y a la eficiencia administrativa. En la «conexión entre el ser y el deber ser» que subyace a este planteamiento, la influencia de las ciencias sociales se revela muy útil (E. SCHMIDT-ASSMANN: 2006, 137; M. RUFFERT: 2007, 47; A. VOSSKUHL: 2007, 115; W. HOFFMANN-RIEM: 2007, 203).

(21) El pluralismo científico es común en todos los ordenamientos en los que el discurso implementativo es relevante. Un Derecho Europeo centrado en una perspectiva funcionalista explica la focalización de la atención en los procesos de decisión y ejecución, sobre la base del análisis de problemas reales y de las posiciones de los distintos niveles de decisión. El verdadero efecto desde el plano metodológico que se deriva de esta realidad lo enfatiza A.V. BOGDANDY (2013: 334), señalando que el proceso de transformación del Derecho Administrativo nos avoca a asumir un pluralismo metodológico en el que la investigación interdisciplinar abra paso a una ciencia jurídico-administrativa que deje de definirse por un único método. De las palabras de V. BOGDANDY no debe deducirse ni resignación, ni aceptación de una apertura sin límites al pluralismo científico, sino la necesidad de una integración dogmática «controlada».

acción cooperativa de la Administración del espacio jurídico europeo; 2.º) La heterogeneidad que caracteriza al Derecho Europeo respalda la realización de una construcción inductiva que, del examen de las formas de actuación administrativa en los distintos sectores, permita identificar criterios jurídicos de actuación común; y 3.º) La identificación de esos parámetros comunes permitirá determinar tipos de actuación cooperativa característicos desde el punto de vista organizativo-procedimental, compartidos en los distintos sectores materiales.

### III. Principios que ordenan la administración del espacio administrativo europeo

La inexistencia de claras bases constitucionales para una Administración europea y la ausencia de una nítida distinción entre potestad legislativa y ejecutiva han sido características propias del Derecho Europeo (M. CHITI: 2004, 42). Sin embargo, los avances habidos en el Tratado de Lisboa y en la Carta de los Derechos Fundamentales (CDFUE) en la caracterización de la función ejecutiva/administrativa en Europa (R. SCHÜTZE: 2010, 1397; M. CHITI: 2011, 2; A.V. BOGDANDY: 2013, 324), no obstante sus limitaciones (22), son la base para la construcción de un sistema principal que incorpore los valores inmanentes del ordenamiento comunitario —un *higher law* (C. FRANCHINI: 2010, 13)— que: 1.º) Otorguen coherencia y unidad al ordenamiento europeo; 2.º) Den soporte a la construcción de un Derecho Administrativo para un espacio administrativo europeo (23); 3.º) Que, consecuentemente, sean determinantes de los parámetros que gobiernan toda actuación administrativa; y 4.º) Cumplan, al mismo tiempo, la función de reconducción a la unidad de los ordenamientos de los Estados miembros (24).

Partiendo de estas premisas, es posible concretar de forma esquemática los siguientes principios que gobiernan la actuación de la Administración en el espacio administrativo europeo:

- a) *Principios vinculados con el Estado de Derecho*: 1.º) *Principios clásicos* del Estado de Derecho [arts. 2 del Tratado de la UE (TUE) y Preámbulo del TUE y de la CDFUE]; 2.º) *Protección de los derechos fundamentales* (art. 6 del TUE): buena administración (art. 41 de la CDFUE); acceso a documentos (art. 15.3 del TUE y art. 42 de la CDFUE); tutela judicial efectiva (art. 47 de la CDFUE).

(22) El actual marco constitucional europeo refleja parcialmente la evolución de la Administración europea (H.C. HOFMANN y A. TÜRK: 2007, 255). Esas limitaciones han llevado a identificar en el Derecho derivado disposiciones de las que se subraya su relevancia «constitucional», como P. CRAIG (2004: 107) en relación con el Reglamento 1605/2002, de 25 de junio, por el que se aprueba el reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas. Con más moderación, S. VAGALUZZA (2008: 23 y 24) señala que el paso de una «amministrazione europea di missione» a una «amministrazione europea di gestione», entendiendo por tal, la asunción de competencias de administración directa, ha supuesto que el Derecho Europeo haya introducido normas específicas que disciplinan la actividad de implementación de la propia Administración europea. Esa realidad permitiría la reconstrucción del sistema de principios generales del Derecho Administrativo Europeo desde el plano sectorial.

(23) La doctrina asume de forma generalizada que la determinación de ese marco principal es la base para alcanzar tal resultado: S. VAGALUZZA: 2008, 30; J. SCHWARZE: 2006, cxiv; J-B. AUBY: 2005, 367; S. de la SIERRA: 2005; A.V. BOGDANDY: 2000, 229, entre otros.

(24) G. VESPERINI (2011: 4) habla, precisamente, de la relevancia constitucional de esos principios y de su capacidad para crear la unidad en la diversidad.

- b) Principios relativos al «buen funcionamiento» del espacio administrativo europeo: 1.º) Responsabilidad y distribución de competencias [arts. 4.3, 5.1, 13 y 17 del TUE, 1-4 (categorías y ámbito competencial de la UE), 7, 197, 291.1 y 298.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) y 51.1 de la CDFUE]; 2.º) Coherencia en las relaciones interadministrativas (arts. 5.3, 11.3 y 13.1 del TUE y 7 del TFUE): cooperación (arts. 4.3 y 13.2 del TUE y 6.g) y 197.3 del TFUE); reconocimiento mutuo; coordinación (art. 17.1 del TUE) y colaboración (art. 4.3 del TUE y 197.2 y 291.1 y 298.1 del TFUE); 3.º) Eficacia (arts. 4.3, 13.1 y 17.1 del TUE y 197.1 y 3, 291.1 y 298.1 del TFUE); 4.º) Transparencia (arts. 11.3 del TUE, 15.1, 298.1 del TFUE y 42 del CDFUE); 5.º) Participación (art. 11.3 del TUE y 15.1 del TFUE).

Centrado nuestro análisis en la acción administrativa, debemos fijar nuestra atención en el segundo grupo de principios y, más concretamente, en aquellos que ordenan la actuación administrativa multinivel. Desde este punto de vista, cabe señalar que el sistema principal de los Tratados es lo suficientemente flexible como para reconocer que admite un conjunto no cerrado, ni prefijado de modelos de dirección y organización administrativa. Sin embargo, esa flexibilidad encuentra límites intensos en la determinabilidad de las soluciones jurídicas condicionadas por un parámetro común: la compartición competencial como factor determinante de un modelo integrador de relaciones administrativas multinivel que se caracterizan por ser fundamentalmente cooperativas.

Que la compartición competencial es la forma de distribución de competencias dominante en la UE, se confirma tanto en el carácter residual que el art. 4.1 del TFUE otorga a este tipo de competencias, como porque, como mostraremos más adelante, la compartición competencial es acogida, incluso, en el ámbito de las competencias exclusivas. Segundo, que ese sistema de distribución competencial sea la base de un modelo integrador y cooperativo se pone de relieve, por ejemplo, en el art. 4.3 del TUE cuando, al referirse al principio de cooperación leal, añade que la UE y los Estados miembros «se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados»; sucede lo mismo a la vista de las competencias otorgadas a la UE en materia de «cooperación administrativa», que le habilitan para apoyar, coordinar y complementar la acción de los Estados miembros a que alude el art. 6.g) del TFUE; finalmente, y sobre todo, se pone de manifiesto cuando el art. 197.1 del TFUE establece que «la aplicación efectiva del Derecho de la Unión por los Estados miembros, que es esencial para el buen funcionamiento de la Unión, se considerará asunto de interés común».

Esta proposición principal tiene varias consecuencias jurídicas. La primera se refiere a la ausencia de simetría entre las tareas a realizar y las competencias otorgadas a cada nivel administrativo: un objetivo común, pero varias competencias para lograrlo. En el plano vertical de las relaciones inter-administrativas esa falta de simetría se plasma en la compartición competencial entre Administración europea y nacional: una sola Administración es insuficiente para lograr los objetivos, de modo que sólo la agregación de esfuerzos y tareas lo permite; en el plano horizontal se pone de relieve en el principio de territorialidad que condiciona la jurisdicción de cada Administración nacional: una sola Administración no goza de autoridad suficiente para lograr los objetivos comunitarios, de forma que sólo las relaciones cooperativas permiten alcanzar ese resultado. La segunda consecuencia jurídica es resultado inmediato de la anterior y pone de relieve que la simetría entre las tareas a llevar a cabo y el complejo sistema de dis-

tribución competencial sólo se logra mediante el carácter de complementariedad de las actuaciones administrativas concurrentes (integración administrativa) y en el otorgamiento de efectos supranacionales a las actuaciones administrativas *pro unione*.

Estas premisas devuelven nuestro interés hacia los mecanismos organizativos y procedimentales que articulan la acción administrativa en un espacio europeo definido por estos moldes. Atendiendo a esta circunstancia, es razonable entender que el análisis deba ser afrontado desde los que anteriormente hemos calificado como principios de responsabilidad y coherencia, ya que son estos principios los que: 1.º Ordenan la distribución de competencias y la imputación de responsabilidades en función de las facultades atribuidas; y 2.º Determinan el régimen de las relaciones interadministrativas en el marco de un sistema complejo, con múltiples actores y diferentes niveles de acción política y administrativa.

El recurso nominativo a los principios de responsabilidad y coherencia se hace intencionadamente para llamar la atención sobre algo que ya hemos anticipado y que desde el punto de vista metodológico es relevante: la constatación positiva de la integración en el Derecho positivo de parámetros de buena gobernanza (25). Esta afirmación tiene una sólida base constitucional (26): los modelos de dirección y, por ello, las soluciones organizativo-procedimentales en el Derecho Europeo, están dominadas por principios que imponen soluciones alejadas de la separación propia de la distinción entre ejecución directa y ejecución indirecta y superadoras del dualismo centralización-descentralización. Dicho de otro modo, la lógica de los Tratados induce a una configuración de un modelo administrativo no excluyente (compartición competencial) e integrador que puede ser explicado de forma adecuada con base en los parámetros de buena gobernanza (27).

---

(25) Con esta consideración no hacemos referencia a un precepto que puede tener una relevancia menor, como es el art. 15.1 del TFUE que hace expresa mención del principio de «buena gobernanza». Esa alusión es colateral e instrumental de la salvaguarda de los principios de transparencia y participación.

(26) Los ejemplos se reiteran en la gran mayoría de los preceptos citados en el esquema precedente, pero puede ser suficiente la mención del art. 197.1 del TFUE. Este precepto es un magnífico ejemplo en el que se compendian: 1.º Una referencia al principio de eficacia («la aplicación efectiva del Derecho de la Unión»); 2.º Otra al de cooperación («se considerará asunto de interés común»); y 3.º Otra general a la idea de buen gobierno («esencial para el buen funcionamiento de la Unión»).

(27) Sobre los desafíos que ello implica, véase R. MAYNTZ (1998). No se puede desconocer que la propia indeterminación del concepto de gobernanza ha marcado la aceptación de su tratamiento jurídico. Una actitud muy común ha sido la negación. Es habitual que muchos juristas piensen que conceptos como el de gobernanza no añaden nada al Derecho Administrativo, de ahí que no deban ser tenidos en cuenta. Ahora bien, al no considerar un concepto que ya es Derecho positivo y que se incorpora de forma cada vez más prolija en la legislación sectorial, el jurista, con su negativa, está contribuyendo a la sectorialización y fragmentación del ordenamiento, con consecuencias directas en su asistematicidad. Aquella negativa, en fin, podría provocar que el sistema conceptual se convierta en una especie de construcción simbólica con nulas repercusiones para ordenar los nuevos modelos de dirección. Una segunda actitud ha sido la asimilación. No es infrecuente que los conceptos extrajurídicos se traten de explicar mediante su reconducción a los parámetros legales comunes, bajo la vieja idea de la coherencia interna del sistema jurídico. Esa actitud ha contribuido a que cualquier novedad se intente pasar por el tamiz de las claves jurídicas formalmente estructuradas en la parte general del Derecho Administrativo. Esto, en muchos casos, puede ser forzado y conducir a un conceptualismo arriesgado. El jurista se puede quedar tranquilo porque los nuevos conceptos no se transforman en *legal irritants* que quiebran la coherencia interna del sistema jurídico: el Derecho Europeo habría permitido un parangón con nuestras categorías. Ahora bien, esa interiorización no habría permitido dotarles de la relevancia sustantivadora que tienen esos nuevos fenómenos jurídicos. Una última actitud ante conceptos extrajurídicos como el de gobernanza es la integración. La incorporación de conceptos extrajurídicos (en muchos casos, con funciones de alarde o virtuosismo) no es algo nuevo en el Derecho (la *Daseinvsorge* de FORSTHOFF). Ahora bien, sólo un proceso de integración dogmática controlada ha de ser el único admisible para la ciencia jurídico-administrativa.

El concepto de gobernanza actúa aquí como un concepto-depósito que incluye una variedad de soluciones jurídicas, de soluciones organizativas y procedimentales, en definitiva, todas ellas gobernadas por la distribución de funciones y la integración cooperativa (28). El concepto de gobernanza posee una función heurística y descriptiva que sirve para poner de relieve esa multiplicidad de modelos de dirección (29). Además, constituye, al mismo tiempo, una solución provisional para definir situaciones complejas que, en algunos casos, gozan de un débil contenido jurídico. Ahora bien, lo más destacado es que todas esas soluciones jurídicas están predeterminadas por los principios y objetivos comunes expuestos que permiten valorar el grado de satisfacción alcanzado y su adecuación constitucional.

No se puede dejar de insistir en que el acervo comunitario, a este respecto, es relativamente flexible. Esto ha contribuido a que la conformación del espacio administrativo europeo se haya caracterizado por la heterogeneidad de las soluciones organizativas y procedimentales a la que ya hemos aludido. El enfoque analítico que domina el estudio de las soluciones normativas adoptadas se ha centrado en problemas prácticos, esto es, en cuestiones puramente burocráticas sobre los efectos de la interacción en el ejercicio de funciones en el caso concreto. El análisis típicamente politológico suele quedarse, en estos casos, en una descripción y clasificación de las soluciones organizativo-procedimentales y una valoración sobre su eficacia o de su eventual transparencia, así como sobre los problemas de legitimación que plantea, problemas todos ellos muy relevantes, pero que no profundizan en el análisis jurídico-sistemático desde la perspectiva organizativa y del ejercicio de poder público. En otras palabras, no son muchos los trabajos que utilizan un método que sirva para la tarea de la reducción de la complejidad que corresponde a la teoría general. Con ello no se quiere decir que deban menospreciarse los trabajos orientados a la práctica, sino que deben ser tenidos en cuenta en atención a su conexión con la realidad y en la medida en que puedan transmitir nuevas concepciones al proceso integrador (30).

Nuestro planteamiento intenta ser distinto. Como ya hemos indicado, debemos partir de la consideración de que la indeterminación del concepto de gobernanza como concepto-depósito de modelos de dirección se concreta en virtud de los principios de responsabilidad y coherencia. Estos principios operan como «con-

---

(28) La doctrina ha ido desgranando la indeterminación apriorística que caracteriza a ese compendio de modelos de dirección. En muchas ocasiones lo ha hecho sin una vinculación expresa con el concepto de gobernanza. En otras, el concepto de gobernanza se ha utilizado desde una perspectiva analítica, para enfatizar un modelo de ejercicio del poder público de tipo cooperativo (H.C. HOFMANN y A. TÜRK: 2006a, 4). Lo que sí ha sido más frecuente es el uso de terminología procedente de otras disciplinas (la noción de red o de cooperación multi-nivel, por ejemplo), para denominar modelos de actuación administrativa basados en criterios de nueva gobernanza. En otros casos, se han creado conceptos de forma innovadora, o bien adaptada con base en otros tradicionales que, en todo caso, se alzan como conceptos con una función descriptiva e identificadora de modelos de dirección cooperativa: desde los más genéricos («espacio administrativo europeo» y «unión administrativa»), a otros más específicos [*mixed administration* (CRAIG o CASSESE), *co-administration* (FRANCHINI), *composite administration* (SCHMIDT-ASSMANN) o *decentralised integration* (E. CHITI)].

(29) Constituye una útil «formula descriptiva» que circunscribe la multiplicidad de modelos de dirección que coexisten tanto a nivel nacional y supranacional, como entre autoridades públicas y actores privados (E. SCHMIDT-ASSMANN: 2006, 43; W. HOFFMAN-RIEM: 2007, 215).

(30) A.V. BOGDANDY (2000: 204) afirma que centrarse en un primer estadio en la solución de problemas prácticos es el modo más fácil para lograr el consenso, debido a los enfrentamientos que la concreción teórica puede generar en esa primera instancia.

ceptos puente» (31) que abren el análisis jurídico de la actividad administrativa y de las categorías jurídicas que la articulan a los nuevos escenarios prácticos de la acción de la Administración moderna (32): nuevos modelos de organización, nuevos procedimientos y nuevas formas de actuación. Esto significa que los modelos de dirección formulables deben poder concretarse en exigencias jurídicas que sean compatibles con los principios superiores que informan la actuación de la Administración. En otras palabras, se trata de pasar de modelos heurísticos, descriptivos y provisionales a la determinación de consecuencias estrictamente jurídicas que, en nuestro caso, se formalizarán en criterios jurídicos determinantes de tipos de actividad administrativa.

### III.1. Compartición competencial y función administrativa

La perspectiva funcional ha sido determinante en la ejecución del Derecho Europeo, condicionando la actuación de las autoridades nacionales a cumplir eficazmente con los objetivos de las políticas europeas (H.C. HOFMANN: 2010, 39), así como a asegurar una ejecución del Derecho Europeo uniforme y coherente (C. FRANCHINI: 2002, 657) (33). A pesar de las correcciones que expone C. HARLOW (1998) al funcionalismo inherente al Derecho Europeo (34), la actuación administrativa en la UE se define, fundamentalmente, por esta perspectiva.

---

(31) La utilización desde el punto de vista metodológico de «conceptos clave» (*Schlüsselbegriffe*) y «conceptos puente» (*Brücken o Verbundbegriffe*) ha sido puesta de relieve por E. SCHMIDT-ASSMANN (2006, 150-152) y A. VOSSKUHL (2007, 134-138). Ambos son conceptos convencionales que se solapan, pues su función es similar: ser origen del pensamiento jurídico y de la reflexión en torno a los conceptos del sistema externo o de reactivación aplicativa de principios tradicionalmente sojuzgados por el principio de legalidad. La diferencia que suele marcarse como determinante es que los conceptos puente son conceptos extrajurídicos. Ahora bien, SCHMIDT-ASSMANN pone de relieve que los conceptos puente pueden ser también jurídicos o mixtos. Por otro lado, alguno de los conceptos clave que VOSSKUHL identifica son, sin embargo, calificados como conceptos puente por SCHMIDT-ASSMANN. Lo que se quiere transmitir es que no es tan importante la identificación de un concepto como concepto clave o concepto puente, sino recalcar que ese concepto sirve para comenzar un proceso reflexivo y analítico que incide en el sistema jurídico.

(32) Con ello no se pretende afirmar que los conceptos nacidos en ciencias no jurídicas deban sustituir la función del Derecho como ordenamiento material, pero sí que deben servir para propugnar una apertura y transformación del sistema jurídico (J. AGUDO: 2013, 86).

(33) El principio de aplicación eficaz y uniforme, consagrado en los arts. 197 y 291.1 del TFUE, ha sido desencadenante de dos procesos determinantes. En primer lugar, ha permitido que «el ordenamiento europeo (...) module y condicione la ejecución del Derecho europeo por los Estados miembros, superando así el dogma de la autonomía institucional y procedimental de los Estados» y, en segundo lugar, «al toparse la práctica administrativa europea con los propios límites del principio de ejecución indirecta, ha amparado la progresiva creación de un sistema administrativo europeo, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el punto de vista orgánico, cuya confluencia constituye la construcción de una auténtica Administración europea» (J.A. FUENTE-TAJA: 2009, 101).

(34) La autora resume sus argumentos del siguiente modo: «the striking emphasis on jurisprudence, seldom critically examined by commentators; the conceptual, dogmatic, or 'thin' version of the Rule of Law theory which infuses the Court's doctrine of legal equality; the Court's prioritization of judicial remedy in the name of the Rule of Law; are all symptomatic of classic control theory». Para C. HARLOW (1998) la teoría del Derecho Administrativo puede categorizarse como una «control theory» o como una «instrumentalist theory» propia de las concepciones funcionalistas. Las primeras se centran en el control de la Administración y en la protección de los derechos y, las segundas, en la actuación administrativa. HARLOW afirma que todo ordenamiento comparte ambas vertientes con intensidad variable.



Partiendo de esta premisa, debemos insistir en que la distribución de competencias en la UE se fundamenta en dos criterios que pueden resultar contradictorios desde la perspectiva funcional: 1.<sup>ª</sup>) Una extensa y variable compartición competencial que fomenta la dependencia entre los distintos niveles de acción; y 2.<sup>ª</sup>) El equilibrio de poderes, pues las soluciones organizativo-procedimentales previstas en la legislación comunitaria, en muchos casos son más el resultado de la búsqueda de la composición de intereses y de la armonización de los poderes en sede comunitaria y estatal, que de la búsqueda de las soluciones más eficaces. La contradicción entre ambos criterios se pone de relieve cuando se observa que algunas de las soluciones orgánico-procedimentales «diseñadas» son disfuncionales y su única razón de ser es la búsqueda del equilibrio de poderes Comisión/Estados miembros (35). Sin embargo, no se puede ocultar que la actuación cooperativa también puede contribuir a una mayor eficacia y uniformidad en la consecución de objetivos a través de la incorporación de la acción supranacional, nacional y transnacional, aparte de operar como elemento cohesionador y superador de las limitaciones de la cooperación estrictamente multinacional, contribuyendo a fomentar la idea de tendencial reconducción a la unidad y de pertenencia a una organización política superior.

Los límites constitucionales a esta paradoja son relativos. De hecho, la ampliación competencial de la UE, mostrando una tendencia a la universalidad material (arts. 3 a 6 del TFUE) y, en consecuencia, a la generalización de la compartición competencial con los Estados miembros, es trasladable, incluso, al ámbito de las competencias exclusivas. Esta consideración contribuye a la relativización de la distinción entre competencias exclusivas y compartidas, ya que hay ámbitos de competencia exclusiva donde se produce la integración activa de la Administración que *a priori* no goza de competencias (art. 2.1 del TFUE). El resultado es el ejercicio de competencias legislativas exclusivas apuntaladas sobre competencias ejecutivas compartidas.

En el ámbito de las competencias compartidas la realidad del Derecho positivo muestra un amplio elenco de competencias entrecruzadas o de responsabilidades cooperativas (M. RUFFERT: 2008, 98 y 100), con una intervención creciente a nivel ejecutivo de la Administración europea. A diferencia de los Tratados anteriores, el art. 17.1 del TUE y los arts. 288 a 292 del TFUE acogen una sólida fundamentación de la función ejecutiva y administrativa de la UE (36). El art. 291.2 establece un poder propio y autónomo de ejecución que, sin perjuicio de la existencia de previsiones especiales en el Tratado, subraya la noción de supranacionalidad ejecutiva. La «universalidad» tendencial de la competencia comunitaria se salda, por tanto, con una tendencia al reconocimiento de funciones ejecutivas tendencialmente co-extensas a las funciones legislativas (37), siempre y cuando, como aclara el art. 291.2, «se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión», en cuyo caso esas facultades se confe-

---

(35) La opción por esta alternativa tampoco es casual: ante la alternativa centralización/descentralización, la compartición e integración competencial es el resultado de un compromiso estrictamente político.

(36) El reconocimiento de la Administración directa de la UE por los Tratados es una de las «nuove basi costituzionali europee per le pubbliche amministrazioni» (M. CHITI: 2011, 3).

(37) «La progressiva configurabilità della Comunità quale ordinamento a fini generali, pur non provocando un formale abbandono del método funzionalista, ha innanzitutto determinato, come effetto consequenziale, l'ampliamento dell'apparato amministrativo diretto» (S. STICCHI DAMIANI: 2006, 56).

rirán a la Comisión, como regla general, o al Consejo (38), «en casos específicos debidamente justificados», además de en los previstos en los arts. 24 y 26 del TUE (39).

Tampoco se detectan límites determinantes a la compartición competencial derivados del principio de separación de poderes. A la tradicional confusión entre funciones legislativas y ejecutivas, y a pesar de los avances habidos en el Tratado de Lisboa, en el seno de la UE se ha consolidado el entrecruzamiento de funciones (M. RUFFERT: 2008, 101; A.V. BOGDANDY: 2013, 296) con importantes efectos en los Estados modernos (40). En primer lugar, la prolija regulación competencial recogida en los Tratados no está acompañada de una especificación de las potestades que la Administración del espacio europeo ejerce. No obstante, esas funciones pueden ser deducidas y, desde luego, están presentes en toda la legislación derivada (41). A la vista del examen del Derecho derivado se puede mantener que en el ámbito comunitario no cabe acudir a una definición residual o negativa de la actuación de la Administración, configurando como propio de la «administración» todo aquello que no sea calificable como «legislar» o «juzgar». Cosa distinta es que, como señala M. CHITI (2002, 162), esa definición pueda servir para circunscribir la que sigue siendo la actividad típica de toda Administración. Es decir, es un elemento definitorio necesario, pero no suficiente:

1. No cabe hablar de una Administración estrictamente de ejecución, en la medida en que la Administración ya no sólo ejecuta la ley, sino que también goza de ámbitos de acción autónoma e independiente del legislador. A pesar del rechazo de muchos ordenamientos nacionales a las conocidas como reservas de administración, ese resultado es el que exige el Derecho Europeo a favor de las modernas administraciones independientes (J.M. BAÑO: 2011) (42). Sobre ello volveremos más adelante.
2. La integración que se deriva de la compartición competencial tiene lugar, además, en todas las fases de las políticas europeas (H.C. HOFMANN y A. TÜRK: 2006c, 573). La tradicional separación inducida por la distinción entre ejecución directa e indirecta ha contribuido a focalizar la relevancia de la actuación admi-

(38) Sin perjuicio de los controles que puedan conferirse a los Estados miembros (art. 291.3), actualmente regulados en el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 182/2011, de 16 de febrero, el que establece las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión.

(39) Aunque sea una obviedad, no se puede olvidar que la atribución de funciones ejecutivas tanto en el art. 291, como en el art. 2 del TFUE, depende de condiciones que el propio Derecho Europeo remite a la valoración de las instituciones comunitarias. Esta apreciación tiene directa relación con el principio de subsidiariedad. A estos efectos, debe recordarse la amplia discrecionalidad que la jurisprudencia otorga al legislador europeo [STPI de 8 de marzo de 2007 (T-339/04, France Télécom v. Comisión)], de modo que la actuación ejecutiva comunitaria queda en manos de las propias instituciones europeas.

(40) Una de las manifestaciones más relevantes es la transformación de la función del legislador al que corresponde una función de ejecución del Derecho Europeo más cercana a la potestad reglamentaria, que a su omnipotencia característica. El legislador pierde su papel de *dominus* del Derecho Administrativo y la relación legislador-Administración se ve sustituida por la relación legislador europeo-Administración, la cual, incluso, podría inaplicar la Ley contraria al Derecho Europeo (G. VESPERINI: 2011, 146).

(41) Tales funciones van desde la decisión/intervención en casos concretos, a la regulación y planificación, pasando por la información/investigación, la inspección y supervisión, o la coordinación.

(42) G. VESPERINI (2011: 15 y 107), a diferencia de J.M. BAÑO (2011), no llega a hablar de una reserva de administración, pero sí que afirma que el legislador estatal no puede elegir si confía o no las funciones en cuestión a una entidad independiente, ya que sólo puede concretar cómo garantizar esa independencia.

nistrativa en la fase de ejecución del Derecho Europeo. Sin embargo, en el estado actual del Derecho Europeo no cabe definir a la Administración europea por esa sola dimensión: una de las cuestiones clave para un buen entendimiento del rol de la Administración en el espacio jurídico europeo es la superación de la frecuente limitación de su estudio al marco de la ejecución del Derecho Europeo (H.C. HOFMANN y A. TÜRK: 2007, 265) (43).

3. La estrategia regulativa adoptada por el Derecho Europeo asume un modelo de dirección que supera la tradicional compartimentalización entre regulación y ejecución, para asumir un modelo de interacción dinámica entre elaboración, aprobación y ejecución (J-P. SCHNEIDER: 2009, 30; J. BARNÉS: 2010, 338) (44).
4. El Derecho Europeo abre las puertas a que la Administración del espacio administrativo europeo pueda resolver conflictos jurídicos con una independencia semejante a la de los órganos jurisdiccionales (sectores regulados, contratación pública o Convenio de Aarhus). En otros casos realiza funciones de mediación informal y, por ello, de evitación de la generación de eventuales conflictos (Red SOLVIT).

### III.2. Determinaciones desde el punto de vista organizativo-procedimental

Una lectura descontextualizada del art. 5 del TUE y del art. 291 del TFUE permite mantener todavía hoy la vigencia formal del principio de preferencia por la ejecución indirecta. La relación entre el principio de subsidiariedad (y el de autonomía institucional y procedimental) accedería a deducir una preferencia apriorística por la «descentralización» de la ejecución a nivel estatal, en consonancia con la pervivencia del modelo del federalismo de ejecución.

Esta interpretación estricta del art. 291 no parece adecuarse a una interpretación sistemática del TUE y del TFUE, pero sobre todo se muestra alejada de la realidad del Derecho derivado. Como ya hemos afirmado, el TFUE prevé funciones ejecutivas comunitarias que pueden gozar de una expresión co-extensa a las funciones legislativas y cuya limitación depende de una previa y propia decisión a nivel comunitario. Esto significa que las facultades ejecutivas nacionales quedan limitadas por la *preemption* (ejecutiva), como el art. 2.2 del TFUE establece, con un alcance variable (desde la total sustitución, lo que es, por otro lado, poco frecuente incluso en materias de competencia exclusiva comunitaria —art. 2.1—, a la participación en la toma de decisiones). El Derecho derivado pone de manifiesto como esas intervenciones de tipo ejecutivo son bastante habituales, aunque, insistimos, no necesariamente de tipo decisorio.

La evolución del Derecho Europeo permite interpretar que tanto el art. 17.1 del TUE, como los arts. 7.1, 197 y 298 del TFUE son favorables a soluciones implementativas y

---

(43) H.C. HOFMANN (2008: 666 y 667) propugna levantar el velo de la implementación para observar la existencia de estructuras administrativas en todo el *policy cycle*, desde las actuaciones preparatorias de los grupos de expertos vinculados a la Comisión, pasando por el proceso de toma de decisiones en el seno del COREPER a, desde luego, la fase de implementación con una amplia gama de manifestaciones.

(44) Por ejemplo, la previsión de mecanismos de seguimiento que permiten la evaluación de las prácticas administrativas y la propuesta de modificación de las normas y planes, así como la consecuente adaptación de la actuación administrativa, es frecuente en materias como medio ambiente.

organizativas flexibles y, por tanto, abiertas a la interconexión de los distintos ámbitos de acción. Esta afirmación da lugar a poner de manifiesto que, en el estado actual del Derecho Europeo, se ha superado el dualismo ejecución directa-ejecución indirecta (M. CHITI: 2002, 102 y 151; S. STICCHI DAMIANI (2006: 54, 73); J-P. SCHNEIDER: 2007, 315; H.C. HOFMANN: 2008: 667; G. VESPERINI: 2011, 2)(45). La preferencia que pudo deducirse a favor del principio de ejecución indirecta no se identifica ya con el actual escenario de integración. Es más, en coherencia con la flexibilidad puesta de manifiesto desde la perspectiva funcional, puede decirse que el Derecho Europeo no establece ningún límite a las interrelaciones administrativas (J-P. SCHNEIDER: 2008, 33; G. BRITZ: 2008, 184; B. SHÖNDORF-HAUBOLD: 2011, 53)(46).

Si algún concepto acoge en toda su extensión este nuevo escenario, éste es el de acción multinivel. Este concepto describe y refleja, por un lado, la idea de policentrismo, denotando la superación del principio de separación e invocando la necesidad de integración e interconexión. Por otro lado, expresa la idea de pluralismo y de versatilidad en las soluciones jurídicas tanto a nivel orgánico, como procedimental. En definitiva, describe bien la flexibilidad de la actuación administrativa que amparan los Tratados. La sectorialización que domina al Derecho Europeo confirma esta apreciación con una definición administrativa fragmentaria, integrada funcionalmente a través de procedimientos complejos, aunque con pocos criterios definitorios desde una dimensión orgánica o subjetiva. La consecuencia es doble: por un lado, que, más allá del lógico protagonismo general de la Comisión (47), el Derecho Europeo sólo incorpora definiciones de Administración que tienen validez sectorial y, segundo, que el modelo de Administración que cabe vislumbrar, carece de definición estructural y no posee *a priori* ningún soporte cerrado, respondiendo a criterios netamente funcionales (48).

Desde el punto de vista de la integración y de la relación de los distintos centros de decisión y de la actividad administrativa, esa acción multinivel se concreta jurídica-

---

(45) R. SCHÜTZE (2010: 1402) reconoce una evolución hacia un federalismo cooperativo, pero la concibe como algo excepcional. Sin embargo, los límites constitucionales del que denomina poder ejecutivo primario de los Estados miembros son, en realidad, manifestaciones de la *preemption* ejecutiva que habilita actuaciones ejecutivas comunitarias. Es decir, al contrario de la pretensión del autor, esos límites manifiestan que la preferencia de la ejecución indirecta queda coartada por límites sustantivos y formales establecidos por el Derecho Europeo favorables a la intervención directa de la Administración europea.

(46) No sucede así, sin embargo, en algunos Estados miembros, por ejemplo, en Alemania, en relación con la creación de Administraciones mixtas. Véase, M. FEHLING y S. ARNOLD (2008).

(47) La idea de que la Comisión esté involucrada es una idea fuerza para definir una Administración europea según F. BIGNAMI (2004: 2). M. CHITI (2004: 151) considera, igualmente, que la función administrativa comunitaria corresponde principalmente a la Comisión, sin perjuicio de las funciones de este tipo del Consejo. En la misma línea, J.A. FUENTETAJA (2007: 157, 233).

(48) S. STICCHI DAMIANI (2006: 69) explica correctamente la existencia de una unidad (una Administración común) que acoge a las Administraciones nacionales «*prese in prestito*» por el Derecho Europeo para su ejecución, precisamente, desde la total funcionalización de su actividad en relación con los objetivos comunitarios. La realidad pone de manifiesto la importante instrumentalización y funcionalización de la autonomía institucional y procedimental. Como señala D-U. GALETTA (2009) en relación con la autonomía procedimental, este principio ha sido «funcionalizado» para servir y garantizar la efectividad del Derecho Europeo sustantivo. STICCHI DAMIANI mantiene la misma afirmación respecto del plano organizativo, asegurando que en este aspecto no existe unidad alguna, por la sencilla razón de que el modelo organizativo permanece siendo fundamentalmente estatal. Igualmente, A.V. BOGDANDY y P. DANN (2008: 2016). Una puntualización: en muchas materias el Derecho Europeo exige soluciones organizativas a nivel nacional (dando lugar a una Administración organizada conforme al Derecho Europeo y «*prese in prestito*» del Derecho Europeo) o a una Administración integrada a nivel europeo, condicionando, en ambos casos, las potestades de auto-organización de los Estados miembros.

mente en la superación del dualismo centralización *versus* descentralización (49), por los mismos motivos por los que se ha superado el principio de separación entre la esfera supranacional y nacional. En el contexto actual es cada vez más complicado encontrar ámbitos estrictamente centralizados en la Comisión Europea o estrictamente descentralizados. La realidad cada vez más común es el entrecruzamiento e interconexión competencial.

Esas «estructuras de interconexión» variables se articulan con base en dos principios: cooperación y «jerarquía» (M. RUFFERT: 2008, 98; A.V. BOGDANDY y P. DANN: 2008, 2013; E. SCHMIDT-ASSMANN: 2011, 7). En cuanto al primero, sin ánimo de ser reiterativos, porque la actuación administrativa se fundamenta en la confianza mutua y en la colaboración entre las instituciones comunitarias y los Estados miembros y de estos entre sí (50). Respecto del segundo principio, porque la ejecución integrada y cooperativa no desconoce las funciones de la Comisión Europea (y sus organismos) y no es infrecuente que se confiera una posición de subordinación a las autoridades nacionales (supervisión, coordinación, resolución por la Comisión...). Las dificultades conceptuales que suponen aplicar el concepto de jerarquía a una Administración compuesta no unitaria (ni jerarquizada orgánicamente) (51) no impiden reconocer la existencia de tales relaciones de subordinación (52). En cualquier caso, la fortaleza de cada uno de esos principios depende de cada política comunitaria, aunque como

---

(49) En el nuevo contexto, tratar de aplicar los conceptos tradicionales resulta, en muchos casos, forzado. Es interesante observar las contradicciones doctrinales a la hora de calificar el mayor o menor protagonismo adquirido por las instituciones comunitarias o por los Estados miembros en la ejecución del Derecho Europeo. Por ejemplo, J-P. SCHNEIDER (2008: 28) habla de que el principio transnacional que gobierna el mercado interior tiene como efecto a una «centralización horizontal de las competencias». Sin embargo, M. RUFFERT (2008: 98) se refiere a esa realidad calificándola de ejecución descentralizada.

(50) Esa cooperación se lleva a cabo sin estar sujeta a la dirección de la Administración asistida, es decir, la Administración asistente actúa en su propio nombre (F. WETTNER: 2011, 311). Por esta razón, lo habitual es que esa actuación se someta al Derecho estatal, sin perjuicio de los condicionamientos impuestos por el Derecho Europeo. Raramente la normativa comunitaria prevé que la actuación de la Administración que asiste se lleve a cabo en nombre o por cuenta de la Administración asistida. Por ejemplo, el art. 22.1 del Reglamento 1/2003, en materia de competencia, prevé que una autoridad nacional realice inspecciones en su territorio en nombre y por cuenta de la autoridad de otro Estado.

(51) En este sentido, S. GALERA RODRIGO (1998: 74-83) habla de «jerarquía imperfecta».

(52) En términos generales cabe decir que la organización de las estructuras administrativas europeas no se organiza con base en el principio de jerarquía (H.C. HOFMANN y A. TÜRK: 2006c, 584). La interdependencia funcional y estructural reclama el protagonismo del principio de cooperación (C. FRANCHINI: 2010, 14). R. SCHÜTZE (2010: 1405) muestra su oposición a la aplicación del principio de jerarquía señalando que como no existe una administración integrada jerárquicamente, no puede existir una subordinación de las Administraciones nacionales a la Administración de la UE. Esto es correcto, máxime si se asume que los destinatarios de las decisiones de la primera son los Estados y no sus Administraciones. Sin embargo, esta afirmación está marcada por un formalismo que no tiene en cuenta que la legislación derivada prevé relaciones directas entre la Administración europea y las nacionales, del mismo modo que en muchos sectores existen intervenciones atribuidas a la Comisión que sólo se pueden explicar desde la posición de subordinación de las Administraciones nacionales. Así, B. SCHÖNDORF-HAUBOLD (2011: 44) en el marco de la regulación de los Fondos Estructurales, J. SOMMER (2011: 68) en el campo de la cooperación informativa, o F. WETTNER (2011: 313) en materia de ayudas de Estado. En otras palabras, desde el punto de vista funcional hay múltiples manifestaciones de la preeminencia de la Administración comunitaria en el marco de relaciones directas entre Administraciones. A un escenario parecido se refiere S. CASSESE (2003: 42) cuando afirma que el funcionamiento de la Administración europea «è fondato su un complicato equilibrio tra gerarchia ed equidivisione, 'command and control' e gioco di preferenze», para referirse a los casos en que la actuación multinivel dificulta la individualización de las competencias que corresponden a cada nivel administrativo, si bien concreta que esa «supremazía» se define sectorialmente y, por ello, no siempre corresponde a la Comisión (S. CASSESE: 2004a, 34).

afirma E. SCHMIDT-ASSMANN (2011: 13), en el espacio administrativo europeo la «jerarquía» está siempre amortiguada por mecanismos cooperativos.

#### **IV. Criterios para construir una tipología de la administración del espacio administrativo europeo**

La heterogeneidad del Derecho Europeo dificulta los intentos de realizar una tipología con consecuencias jurídicas prescriptivas de las formas de actuación administrativa cooperativa en el espacio administrativo europeo, entendiéndose por tal, aquella determinación tipológica que permite, a partir de la fijación de los rasgos particulares de cada tipo, identificar las actuaciones administrativas que comparten las características del tipo general. A pesar de ello, cabe realizar un intento, en todo caso provisional, fundado en un análisis sectorial e inductivo que permita concretar criterios jurídicos definitorios de los tipos de actuación administrativa. La tipología propuesta toma como clave definitoria dos criterios: 1.<sup>o</sup>) La vertiente de la supranacionalidad en la que encaje la actuación administrativa; y 2.<sup>o</sup>) El mecanismo jurídico relevante que permite articular la cooperación administrativa.

##### **IV.1. La supranacionalidad de la actuación administrativa**

Dentro del amplio escenario jurídico-administrativo europeo, un fenómeno jurídico clave define la actividad administrativa desde el punto de vista de su eficacia y de su alcance aplicativo: la *supranacionalidad*. El concepto de supranacionalidad constituyó la alternativa para definir el ejercicio de poder público *pro unione*, distinto, por tanto, al ejercicio de poder soberano en el territorio de cada Estado y al enmarcado en el seno de las relaciones sometidas al Derecho Internacional<sup>(53)</sup>.

La supranacionalidad se ha identificado tradicionalmente con el ejercicio de poderes por parte de la Comisión (sobre todo, originalmente, en su poder de iniciativa legislativa), desvinculado de la toma de decisiones intergubernamental que gobierna al Consejo y, por ello, más cercano al modelo de relaciones sujetas al Derecho Internacional. En el estado actual de la integración europea esa supranacionalidad se traslada también a todas las actuaciones llevadas a cabo por «las instituciones, órganos y organismos de la Unión» a los que hace referencia el TFUE. Pero lo más importante es que la actuación de los Estados miembros también goza de esa supranacionalidad, aunque con diferente relevancia jurídica. En el marco de la ejecución indirecta del Derecho Europeo, la supranacionalidad tiene un carácter limitado, y surge debido a la relevancia jurídica comunitaria que adquieren las actuaciones administrativas dictadas para ejecutar el Derecho Europeo (apertura vertical de los sistemas jurídicos nacionales derivada de los principios de primacía y de interpretación conforme). En segundo lugar, y con mayor intensidad, se detectan efectos similares en las relaciones horizontales (apertura horizontal de los ordenamientos nacionales), en las que las actuaciones administrativas estatales adquieren una dimensión neta *pro unione*.

---

(53) Véase, R. SCHÜTZE (2009) o H.C. HOFMANN (2008).

Se podría decir que en todos estos casos la supranacionalidad caracteriza los efectos jurídicos de la actuación administrativa que opera «en función comunitaria», es decir, que desempeña sus tareas de forma integrada en el marco de una unión funcional, sometida al control de la Comisión, sujeta al Derecho Europeo y a los principios que gobiernan la actuación administrativa del espacio jurídico-administrativo europeo, y dirigida a satisfacer los intereses comunes previstos por el Derecho Europeo.

Así pues, se puede afirmar que toda actuación administrativa en el espacio administrativo europeo goza de efectos supranacionales (variables en su intensidad) con independencia de que la actuación administrativa proceda de la Comisión o de los organismos europeos, o bien de un Estado miembro. La noción amplia de supranacionalidad que aquí se maneja incorpora tres vertientes diferenciables en función del nivel administrativo competente para la toma de decisiones (responsabilidad), así como de la complejidad de los mecanismos de cooperación (coherencia de las relaciones interadministrativas):

1. *Supranacionalidad vertical* vinculada con las relaciones verticales entre la Administración europea y las Administraciones nacionales<sup>(54)</sup>, en las que la oposición tradicional entre la esfera supranacional y la nacional se va desdibujando en función de la relevancia jurídica que el Derecho Europeo confiere a la actuación de la Administración europea o nacional que no decide en última instancia:

a) *Supranacionalidad plena*: las decisiones son tomadas al «nivel más alto». Este supuesto tradicionalmente se ha identificado con la actuación administrativa directa en sentido estricto, esto es, con las decisiones vinculantes tomadas por la Comisión Europea. En el estado actual de integración europea no es infrecuente que en el proceso de toma de decisiones intervengan también las Administraciones estatales con facultades variables y, por ello, con diferente capacidad de influencia en la decisión final (relaciones verticales *bottom-up*, en las que tras una fase nacional, le sigue una posterior fase europea). En estos casos, la decisión de la institución o entidad europea asume en toda su intensidad el carácter supranacional que subyace a la toma de decisiones al «nivel más alto» y, por ello, con jurisdicción territorial mayor: la decisión tiene eficacia comunitaria y, dependiendo de sus destinatarios, en todo o parte de la UE. En los casos cada vez más habituales en los que esas decisiones son tomadas con la participación de los Estados miembros, es decir, con entidades u organizaciones del «nivel más bajo», además esas decisiones se enriquecen con la mayor legitimación de las mismas: ese proceso permite la generación de un reflujo re-legitimatorio que favorece a las decisiones tomadas a nivel superior.

b) *Supranacionalidad limitada*: las decisiones son tomadas al «nivel más bajo», esto es, por los Estados miembros; ahora bien, el Derecho Europeo les confiere eficacia comunitaria. Estos casos tradicionalmente han coincidido con las manifestaciones más habituales de ejecución indirecta. En la actualidad, con frecuencia este tipo de decisiones se integran en procedimientos compuestos verticales descendentes (relaciones *top-down*), en los que tras una fase euro-

---

(54) Que nos refiramos a relaciones verticales no excluye la participación de otros Estados miembros, pues la integración de elementos horizontales (por ejemplo, la consulta a otros Estados miembros) es frecuente.

pea, el proceso de toma de decisiones culmina con una fase nacional y, por tanto, la decisión final corresponde a los Estados miembros. La supranacionalidad de la decisión puede ser más o menos difusa, pero, en todo caso, goza de la relevancia jurídica que el Derecho Europeo le otorga, aunque no sea un acto jurídico eficaz más allá de las fronteras del Estado de origen (caso distinto, por tanto, a las actuaciones administrativas transnacionales a las que se hará referencia más tarde). Aquí, en definitiva, la jurisdicción de la decisión sigue siendo limitada territorialmente, pero ello no elimina su carácter supranacional: tiene eficacia plena en el país de origen, pero también una eficacia relativa a nivel europeo, en la medida en que ejecuta Derecho Europeo.

2. *Supranacionalidad horizontal o transnacionalidad.* Esta noción de supranacionalidad otorga una eficacia jurídica complementaria a la actuación administrativa que tiene lugar en el marco de las relaciones horizontales entre Estados miembros (55). Ese efecto jurídico complementario es la transnacionalización o trans-territorialidad de la actuación administrativa nacional, directamente vinculada con el principio de reconocimiento mutuo (H.C. HOFMANN y A. TÜRK: 2007, 259). El sentido de la transnacionalidad de la actividad administrativa, al tener lugar en el marco de relaciones horizontales a un mismo nivel administrativo, es siempre cooperativo (aunque la intervención de la Comisión puede introducir elementos de tipo «jerárquico») y tiene como consecuencia jurídica característica la apertura horizontal de los ordenamientos nacionales (56).

La transnacionalidad es el efecto más notable de la superación del modelo de Administración estatista limitada jurisdiccionalmente al territorio del Estado: una decisión de un Estado miembro puede gozar de la misma eficacia supranacional que caracterizaría, por ejemplo, a una decisión de la Comisión, es decir, puede tener eficacia plena en la jurisdicción del «nivel administrativo más alto», a pesar de haber sido tomada al «nivel más bajo» (57). En definitiva, la transnacionalidad implica el nacimiento, la extinción o la modificación de una obligación o de un

---

(55) Esto no significa, de nuevo, que en las relaciones horizontales no puedan existir elementos verticales, en la medida en que la participación de la Comisión, de un comité o de una entidad europea esté prevista.

(56) Tanto el Derecho Europeo, como la jurisprudencia del TJUE han instituido «pasarelas» entre los sistemas jurídicos nacionales, a través de los cuales se transita de un ordenamiento a otro. Utiliza esa expresión S. CASSESE, citado por L. de LUCIA (2009: 4). Esas «pasarelas» tienen intensidad variable en función de que la aplicación del principio de reconocimiento mutuo tenga lugar en ámbitos armonizados o no armonizados, pero en términos generales implica el reconocimiento de un derecho en el país de acogida basado en un acto dictado en el país de origen conforme a la normativa de dicho país. Por este motivo, como afirma L. de LUCIA (2009: 11-13), la transnacionalidad en sentido estricto no incluye los supuestos en que la actuación administrativa en otro Estado miembro pueda tener meros efectos «factuales». Éste sería el caso de los actos transnacionales identificados por M. RUFFERT (2011: 286), cuyo carácter transnacional vendría dado exclusivamente por la extensión de los efectos del acto más allá de las fronteras del Estado en que fue dictado (acto que genera efectos ambientales en otro Estado). Tampoco se consideran los actos dictados en procedimientos en los que, aun estando previsto en una Directiva europea, la participación de la Administración de otro Estado se limita a una mera cooperación informativa. Aquí las «pasarelas» son de baja intensidad.

(57) R. SCHÜTZE (2010: 1410) plantea si sería posible otorgar carácter general a la ejecución *pro unione* que define a las actuaciones transnacionales. Señala que ello encontraría un límite en la preferencia por la ejecución indirecta. Sin embargo, el Derecho Europeo viene fomentando la expansión de las actuaciones transnacionales a todas las libertades comunitarias y a ámbitos armonizados y no armonizados. Los motivos para que no se produzca aquella generalización no son tanto los expresados por SCHÜTZE, como las necesidades aplicativas de cada sector.



derecho en otro ordenamiento de la UE, de modo que, en virtud de la eficacia que el Derecho Europeo atribuye a la actuación administrativa del país de origen, ésta sustituye total o parcialmente a la actividad administrativa equiparable que el órgano competente del país de destino o de acogida hubiera tenido que llevar a cabo, a pesar de tener su base jurídica en un ordenamiento foráneo.

3. *Supranacionalidad agregada.* El último nivel de supranacionalidad de la actuación administrativa es, en realidad, el resultado de la combinación variable de las vertientes anteriores. En estos supuestos la actuación es supranacional porque se articula a través de estructuras organizativas comunitarias más o menos formalizadas; además, como en esas estructuras organizativas es común la integración de representantes/autoridades nacionales, la toma de decisiones es articulada a través de procedimientos compuestos en el marco de aquellas estructuras organizativas. Ahora bien, en estos supuestos la toma de decisiones puede corresponder tanto a la propia Administración europea (a la Comisión o a uno de sus organismos), gozando, por tanto, de efectos supranacionales plenos, como a las autoridades nacionales, incluso, con efectos transnacionales.

Aquí, por tanto, la idea de agregación que caracteriza a este tipo de supranacionalidad se concreta en: 1.º) La especial intensidad de los mecanismos cooperativos y la variabilidad cumulativa de esas relaciones (más que de combinación de relaciones verticales —*top-down* y *bottom-up*— y horizontales, cabe hablar de una integración variable de todas ellas); 2.º) La existencia a nivel europeo de estructuras organizativas específicas para la articulación de esas relaciones; y 3.º) La modulación del efecto supranacional de las decisiones administrativas (supranacionalidad plena-transnacionalidad) en función de la relevancia determinante otorgada a la Administración europea en sentido estricto o a las Administraciones nacionales. En definitiva, la idea de agregación pretende reflejar la honda integración y co-dependencia de los distintos ámbitos administrativos y la indiferencia del centro decisor, en la medida en que los efectos jurídicos de la decisión administrativa serán semejantes con independencia de quien la tome en última instancia.

## IV.2. Mecanismos jurídicos que articulan la cooperación administrativa

El segundo criterio utilizado para formular nuestra tipología tiene en cuenta los instrumentos jurídicos que permiten articular la actuación administrativa de un modo cooperativo. Se ha de aclarar, por tanto, que nuestra tipología no atenderá a las manifestaciones de Administración directa y de Administración indirecta en sentido estricto, sin perjuicio de su eventual consideración a efectos expositivos. Desde este punto de vista, se deben considerar dos perspectivas distintas, la dinámica o procedimental y la estructural u organizativa (58). En cualquier caso, debe

---

(58) Esta elección se fundamenta en dos de los pilares del proceso de europeización del Derecho Administrativo, lo que K-P. SOMMERMANN (2012: 7) denomina adaptación funcional de la Administración y del Derecho Administrativo vinculada al principio de cooperación: 1.º) Una «adaptación relacionada con las tareas», cuyo ejercicio eficaz reclama nuevas estructuras organizativas y de toma de decisiones; y 2.º) La «conectividad organizativa» que la creación de entidades como las agencias reguladoras genera, mejorando la comunicación

recalcarse que esas dos vertientes jurídicas que permiten articular la cooperación interadministrativa son combinables. De hecho, la dimensión estructural no existe sin la dimensión dinámica, aunque sí se pueden encontrar, eso sí, cada vez con más dificultades, procedimientos compuestos que no entrañan elementos estructurales (59):

1. La dimensión dinámica atiende a la ejecución integrada y cooperativa en el seno de procedimientos compuestos que entrañan diferentes estadios de intensidad cooperativa y decisonal; se trata, por tanto, de una actuación conjunta que se desarrolla en el marco relacional dinámico que caracteriza al procedimiento administrativo. Sus elementos definitorios son: a) La articulación mediante relaciones procedimentales verticales *top-down* y, por ello, con intervención final de la Administración supranacional, o bien la ordenación a través de relaciones procedimentales verticales *bottom-up* con intervención final de las Administraciones nacionales; b) La previsión de relaciones horizontales con participación de distintas Administraciones nacionales; c) La incorporación de elementos mixtos (horizontales o verticales) que pueden incidir de forma accesoria en cualquiera de las variantes precedentes; d) La intensidad variable de la intervención de cada una de esas Administraciones; y e) La existencia de procedimientos compuestos tanto en la fase ascendente (aprobación), como en la fase descendente (ejecución) del Derecho Europeo.

En estos supuestos, los efectos supranacionales dependen del tipo de relación multinivel que se entable. Es decir, la supranacionalidad podrá ser plena, limitada o transnacional. No obstante, insistimos en que cada vez es más difícil encontrar actuaciones administrativas que no incorporen elementos agregados.

2. La *dimensión estructural* tiene en cuenta si la actuación administrativa se articula a través de *mecanismos orgánico-estructurales o institucionales*. Las mani-

---

entre el nivel nacional y el nivel comunitario, pero también entre las Administraciones nacionales a través de «estructuras europeizadas».

E. SCHMIDT-ASSMANN (2003: 391 y 2011: 5) incorpora una tipología de manifestaciones de la «Verwaltungsverbund» —«composite administration»— que también hace referencia a la cooperación procedimental y a la institucional. En ella incorpora un nivel básico de cooperación que denomina «cooperación informativa» o «simple» y que constituye la manifestación más habitual de la actuación integrada de la Administración en el espacio administrativo europeo. Aquí no se asume ese nivel de cooperación, no porque no se reconozca, sino porque constituye una manifestación básica del principio de cooperación leal que tiene lugar en toda actuación administrativa a nivel europeo. A este respecto, la Resolución del Consejo, de 20 de junio de 1994, relativa a la coordinación en materia de intercambio de datos entre administraciones (94/C181/01). No en vano, J. SOMMER (2011: 56) afirma que «the European Administration first of all is an administration of information» y lo confirma con una clasificación de procedimientos cuya finalidad es cumplir con el deber de proporcionar o recopilar información, así como con una exposición sobre las estructuras establecidas para recopilar información, incluso de tipo informal. También F. WETTNER (2011: 310) habla de una «assistance by information» que se deduce básica en el ejercicio cooperativo de funciones. Con esto se quiere trasladar la idea de que centrarse en el intercambio y tratamiento de la información como objeto de la actuación administrativa enturbia la percepción de su articulación a través de procedimientos administrativos y estructuras organizativas complejas. Dicho de otro modo, aquí tenemos en cuenta el «cómo se coopera» y no cuál sea el objeto o la finalidad de esa cooperación.

(59) La combinación de la vertiente dinámica o procedimental y la estructural o institucional muestra, como señala L. PAREJO ALFONSO (2012), que la diferenciación entre ambas vertientes es cada vez más problemática: «organización y procedimiento, estructura y funcionamiento son dos caras del mismo fenómeno organizativo».

festaciones de esta vertiente a nivel europeo, en intensidad creciente, son: a) La actuación administrativa se articula mediante estructuras informales a nivel supranacional; b) La actividad de las Administraciones se articula a través de la creación de órganos administrativos creados en sede europea; c) La actuación se lleva a cabo mediante estructuras organizativas autónomas en sede europea; d) La actuación se articula a través de estructuras organizativas autónomas e independientes en sede europea.

Esas estructuras suelen estar interrelacionadas funcional y/u organizativamente con las Administraciones nacionales, ya con la mera participación de sus representantes en el seno de los órganos comunitarios, ya con la designación de la autoridad competente, ya con la creación de organismos o entidades autónomas y/o independientes. En estos casos, es imprescindible la contemplación conjunta de la perspectiva orgánico-estructural con la dimensión dinámica propia del Derecho procedimental. Esto es determinante, por ejemplo, cuando la legislación europea impone la creación de estructuras organizativas a los Estados miembros que se integran en redes organizativas europeas articuladas a través de procedimientos compuestos. En casos como los descritos es fácil identificar que la actuación administrativa gozará de efectos supranacionales de tipo agregado. Por otra parte, es habitual que los distintos niveles de cooperación institucional se superpongan. Por ejemplo, es común que la creación de agencias o administraciones independientes europeas se combine con la constitución de redes más o menos formalizadas y con la participación de comités.

Desde una perspectiva de política legislativa puede afirmarse que el legislador europeo no mantiene una preferencia aparente por ninguna de las dimensiones enunciadas: la elección parece depender de las necesidades de cada sector material y de la exigencia de resguardar el equilibrio competencial. No obstante, desde un plano teórico, cabría corregir este planteamiento para admitir que, por su menor demanda en términos formales y mayor consideración a los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad, las soluciones meramente procedimentales deberían ser consideradas preferentemente frente a las estructurales. El inconveniente de admitir esta conclusión es la preclusión evidente que sufre el principio de autonomía procedimental justificado en el cumplimiento abstracto del principio de subsidiariedad.

Se ha de enfatizar, por otro lado, que no parece relevante considerar qué Administración resuelve en última instancia. Desde la perspectiva dinámica se ha considerado este dato a efectos puramente descriptivos, con el fin de identificar el doble direccionamiento de los procedimientos administrativos. Ahora bien, este dato no resulta definitivo como criterio jurídico relevante en la identificación de tipos, pues hay decisiones integradas, es decir, fruto de la interacción de distintas Administraciones que, si bien son imputables en última instancia a una única Administración (la supranacional o la estatal), no pueden equipararse con otras decisiones que pueden ser adoptadas por la misma Administración, pero sin una dimensión cooperativa tan intensa.

Tampoco es determinante, ya se ha señalado, si la actuación administrativa opera en la fase ascendente o en la fase descendente o de ejecución del Derecho Europeo. Aunque el interés se centra, en buena medida, en la fase descendente,

hemos insistido en que también en la fase ascendente existen mecanismos de integración administrativa (60). Del mismo modo, tampoco es útil centrar la atención en las facultades que son ejercidas por las Administraciones involucradas. Primero, porque como ya hemos comentado, las Administraciones del espacio administrativo europeo ejercen todas las que una Administración nacional ejerce ordinariamente, y, segundo, porque cualquiera de ellas puede ser ejercida en los distintos escenarios cooperativos (las puramente informativas, las decisoras, las de inspección, las planificadoras...).

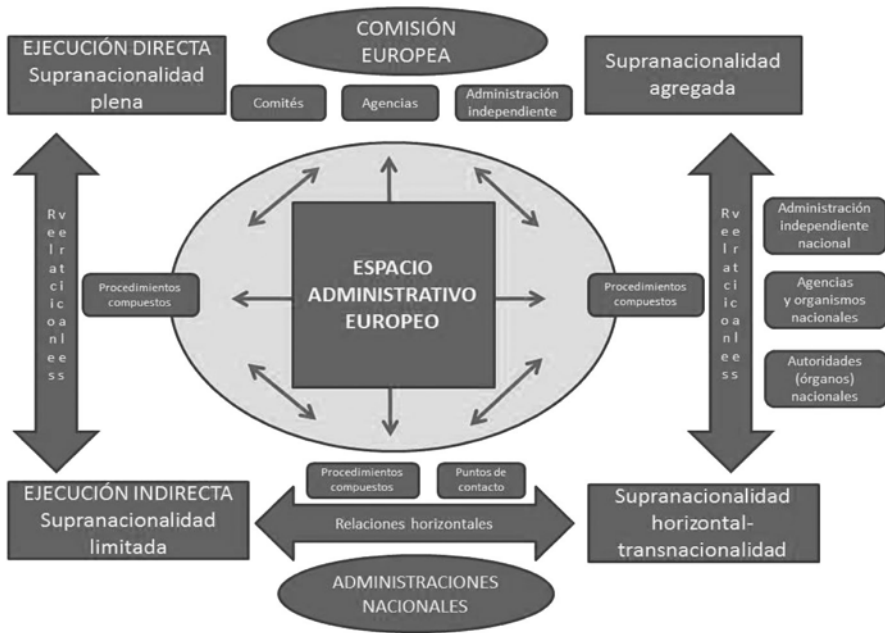
Finalmente, tampoco parece determinante el grado de formalización de la actuación administrativa. En este ámbito, la informalidad que puede gobernar la actuación administrativa no es un elemento determinante que permita identificar un tipo de actuación específico. De hecho, la informalidad tiene lugar con intensidad variable también en ámbitos formalizados (P. CRAIG: 2012, 199), de modo que ciertas actuaciones y foros informales se desenvuelven con normalidad y parámetros semejantes de acción en el seno de actuaciones formalizadas y procedimentalizadas (J. SOMMER: 2011, 68), de la misma forma que en las actuaciones informales no sólo no se aprecian parámetros diferenciales de actuación, sino que, además, siempre cabe identificar algún grado de formalización y procedimentalización (61) que transforma este aspecto en una cuestión de grados de informalidad, más que en una cuestión de tipos autónomos específicos.

---

(60) Véase F. WETTNER (2010: 310).

(61) El *Open Method of Coordination* (OMC) es un magnífico ejemplo. El OMC contrasta con el tradicional modelo regulativo del *command and control* más cercano al tradicional *Community Method*. La esencia del OMC no es establecer un marco jurídico uniforme, sino iniciar un proceso iterativo de aprendizaje sobre la base de la diversidad de las experiencias nacionales. Aunque el OMC confiere una considerable autonomía a los Estados miembros, no es menos cierto que la Comisión juega un papel destacado tanto en el establecimiento de los estándares de actuación que los Estados miembros tienen que cumplir, como en la evaluación posterior de sus actuaciones. Cuatro elementos definen las distintas estrategias del OMC (Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa de 2000): 1.º El establecimiento a nivel europeo de directrices para alcanzar objetivos a corto, medio o largo plazo; 2.º El establecimiento de parámetros cualitativos y cuantitativos e indicadores específicos que permitan comparar las mejores prácticas nacionales; 3.º El traslado de las directrices europeas a políticas nacionales adaptadas a sus necesidades; y 4.º El seguimiento, evaluación y *peer review* periódico, organizado como un proceso recíproco de aprendizaje. Este sistema ha sido analizado como una forma de cooperación en red a nivel supranacional (H.C. HOFMANN: 2008, 668) con un papel destacado tanto de las instituciones comunitarias (a las que hay que añadir la participación de comités especializados como en el caso del procedimiento de déficit excesivo o en materia de empleo), como de una estructura básica de cooperación intergubernamental que implica un grado mínimo de institucionalización y un nivel básico de procedimentalización de los procesos de actuación (preparación, intercambio de información, seguimiento...). Por ello, hay que ser cautelosos al calificar al OMC como un método de acción basado exclusivamente en *soft law*. P. CRAIG (2012: 199) aclara que los instrumentos jurídicos que gobiernan el OMC pueden ser perfectamente de *hard law*. Desde luego es muy distinto el procedimiento de déficit excesivo, que la flexibilidad de la política de empleo o de exclusión social. Considerando esas diferencias, las determinaciones normativas pueden ser relativamente cerradas y vinculantes.

Otro ejemplo es la Red SOLVIT. Constituye una red informal que, mediante el establecimiento de un sistema de «conciliación», permite que a través de las autoridades nacionales designadas se pueda reclamar el cumplimiento del Derecho Europeo y la salvaguardia de las libertades comunitarias ante una eventual vulneración en otro Estado miembro. Ahora bien, la red se fundamenta en una leve institucionalización (designación de puntos de contacto) y en una mínima ordenación de los procesos de actuación por la Recomendación de la Comisión, de 7 de diciembre de 2001, sobre los principios para la utilización de «SOLVIT»-Red de Resolución de Problemas en el Mercado Interior (2001/893/CE).



Entrecruzamientos cooperativos en el espacio administrativo europeo.

## V. Tipos de actuación administrativa cooperativa

Considerando los dos criterios jurídicos analizados, se propone una tipología en la que se identifican cinco tipos de actuaciones administrativas cooperativas que acogen buena parte de la actividad de las Administraciones del espacio administrativo europeo. Antes de dar paso a esa exposición, se ha de señalar que, desde el punto de vista metodológico, el recurso a tipos constituye una herramienta fundamental para explicar la Administración en un contexto tan diverso, dúctil y mutable como el que presenta la Administración del espacio administrativo europeo. La construcción de tipos responde adecuadamente a las necesidades de la ciencia jurídico-administrativa en contextos complejos, pues los tipos permiten explicar las distintas actuaciones administrativas (por muy heterogéneas que sean) realizando una abstracción de la realidad jurídico-administrativa a partir de la selección de los criterios caracterizadores de dicha realidad. Hay que aclarar que la integración en el tipo no depende de una identidad estricta en la forma de manifestación de todos esos criterios jurídicos, sino de la concurrencia «fuerte», dentro de la heterogeneidad de supuestos trasladables al tipo, de aquellos rasgos que se consideran determinantes y definitorios del tipo general. Dicho de otro modo, de la adscripción tipológica se derivan algunas consecuencias prescriptivas que permiten caracterizar a todas las actuaciones incorporadas al tipo. Esta relativa debilidad prescriptiva imputable al tipo es la que le otorga su gran versati-

lidad y flexibilidad; esto, añadidamente, permite establecer relaciones escalares entre tipos que lejos de ser excluyentes, habilitan su integración.

Partiendo de esta premisa metodológica, la tipología propuesta se ordena expositivamente con base en las siguientes consideraciones: 1.<sup>a</sup>) Se asume una exposición escalar, es decir, ordenada de menor a mayor intensidad tanto en el recurso a los mecanismos que articulan la actuación administrativa (entendiendo que las relaciones puramente dinámicas son menos intensas que las que añaden estructuras organizativas que, por lógica, son acompañadas de procedimientos que permiten articular la actuación administrativa), como en el grado de supranacionalidad que caracteriza a la acción administrativa; 2.<sup>a</sup>) Se reitera que esta ordenación es integrativa, de modo que según se intensifica escalarmente la cooperación interadministrativa, los niveles más intensos pueden incorporar a los anteriores (no necesariamente todos), en coherencia con la agregación que define a la supranacionalidad subyacente; y 3.<sup>a</sup>) Se mantiene que esta ordenación no es excluyente, pues no es infrecuente que los niveles menos intensos de actuación incorporen algún elemento incidental definitorio de tipos superiores; no obstante, esos elementos no son característicos, sino instrumentales y accesorios, de ahí que no quepa hablar en puridad de una eficacia supranacional agregada.

### V.1. La Administración compartida. Procedimientos administrativos compuestos

Se utiliza la noción de Administración compartida para representar la estructuración de la toma de decisiones a través de procedimientos compuestos cooperativos (dimensión dinámica). Se trata de una categoría de procedimientos que se caracterizan por la integración de la intervención de la Administración europea y la nacional en una única secuencia procedimental. Estas soluciones procedimentales complejas tienen una dimensión vertical (*bottom-up* y *top-down*), en el sentido de que incorporan un reparto de intervenciones por fases (europea/nacional) con sujeción a Derecho Europeo y/o nacional en virtud de la fase de actuación (E. CHITI: 2005, 7) (62) y en ejercicio de funciones variables (inspección, transmisión de información, toma de decisiones, etc.). Las decisiones que ponen fin a esos procedimientos gozan de efectos supranacionales plenos o limitados en función de la Administración competente para resolver.

La gran heterogeneidad de los procedimientos que pueden ser incorporados en este tipo general pone de relieve las limitaciones de algunas clasificaciones empíricas doctrinales. Más útil se muestran los intentos de identificación de rasgos comunes propios de este tipo de procedimientos. Siguiendo a S. CASSESE (2004a: 36) y G. della CANANEA (2004: 207) se pueden identificar los siguientes elementos comunes: 1.<sup>o</sup>) Son procedimientos previstos y regulados con mayor o menor intensidad por normas comunitarias, determinando las funciones de todas las Administraciones involucradas. En muchas ocasiones, los Estados miembros deben completar la regulación pormenorizada del procedimiento, de ahí que, como ya se ha señalado, cabe afirmar

---

(62) El propio E. CHITI (2005: 7) afirma que, según el sector, la intensidad de la regulación varía de forma considerable. En unos casos se limita a introducir fases o trámites en procedimientos preexistentes en los Estados miembros que pueden ser desarrollados por el Derecho nacional. En otros, el Derecho Europeo adopta una completa regulación... Relacionado con ello, P. CRAIG (2012: 31) señala que la discrecionalidad atribuida a las autoridades nacionales varía según la materia y que el hecho de que un procedimiento sea *bottom-up* no quiere decir que las competencias estatales sean más relevantes.

que el procedimiento puede tener una sujeción más o menos intensa al Derecho nacional; 2.º) Se trata de procedimientos dirigidos a alcanzar objetivos establecidos en el Derecho Europeo y que atiendan a intereses compartidos por los distintos niveles involucrados (comunitario-nacional); 3.º) Son procedimientos regulados por normas sectoriales y, por tanto, tan heterogéneos como precisen las características de cada materia y los objetivos a alcanzar en cada caso, eso sí, sin perjuicio del sometimiento de todos ellos a los principios que la jurisprudencia del TJUE ha ido determinando, luego positivizados en el art. 41 de la CDFUE; 4.º) En los procedimientos, como se ha reiterado, pueden participar diversas Administraciones (comunitaria y nacional), de ahí la relevancia que tiene la ordenación secuencial del procedimiento de acuerdo con el principio de cooperación leal; 5.º) La distribución en fases multinivel no impide que los procedimientos mantengan una estructura unitaria, de modo que todas sus fases están dirigidas a producir los mismos efectos; 6.º) En estos procedimientos se puede producir una mezcla de roles; en particular, respecto de la Administración nacional, ésta puede figurar como parte en el procedimiento y, por ello, representante de los intereses nacionales, pero también como Administración decisora (63); y 7.º) Como regla general, la Comisión actúa como responsable del procedimiento, en el sentido de que es a ella a la que corresponde asegurar que el procedimiento sea resuelto.

Como ya hemos indicado, las clasificaciones doctrinales de procedimientos compuestos son variables. En algunos casos, esas clasificaciones se limitan a distinguir en función de la dirección en la que se desarrolla el procedimiento (*bottom-up* y *top-down*). Otras clasificaciones pretenden atender a las funciones que son ejercidas por cada nivel administrativo (64). En todo caso, esas clasificaciones incorporan procedimientos compuestos horizontales que aquí son tratados como un tipo distinto de actuación cooperativa.

---

(63) No se pueden incluir, sin embargo, los procedimientos en los que el Estado es destinatario de la decisión supranacional, ya que aquí los Estados no instruyen ninguna de las fases del procedimiento (G. della CANANEA: 2004, 210).

(64) Siguiendo a S. CASSESE (2004a y 2004b), cabría distinguir seis tipos de procedimientos compuestos: 1.º) Procedimientos desarrollados en ámbitos de competencia de la Comisión, respecto de los que ésta requiere la asistencia de las Administraciones nacionales (prohibiciones en materia de acuerdos anticompetitivos y abuso de posición dominante); 2.º) Procedimientos en materias de competencia europea exclusiva, pero donde la Comisión comparte con las autoridades nacionales (competencia); 3.º) Procedimientos en materias compartidas en los que la Comisión y los Estados miembros ejercen sus competencias según la fase del procedimiento (primero nacional y, segundo, supranacional) (procedimientos para la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios), sin perjuicio de que en la fase europea, las Administraciones nacionales puedan jugar un papel más o menos intenso; 4.º) Procedimientos en materias compartidas en las que el procedimiento comienza con una fase europea y concluye a nivel estatal (ecoetiqueta).

Los otros dos tipos, en atención a las especificidades de nuestra tipología, serían excluidos por tratarse de relaciones horizontales que dan lugar a decisiones transnacionales: 1.º) Procedimientos en materias compartidas pero distribuidas entre los Estados miembros y ejecutadas por ellos de forma concertada; no obstante, la Comisión y el Consejo pueden intervenir como último recurso en caso de desacuerdo (liberación de organismos genéticamente modificados al medio ambiente); 2.º) Procedimientos en materias de competencia estatal de acuerdo con el Tratado, pero en los que existe un interés en fijar criterios comunes generales, de ahí que a las autoridades nacionales se les impongan deberes de consulta, asistencia y cooperación mutua (exportaciones de tecnología de doble uso civil y militar). Ambos casos se incluirían entre los que E. CHITI (2005: 8-9) denomina como procedimientos compuestos con doble dimensión: vertical, si hubiera una conexión supranacional, y horizontal, porque se entabla una relación entre los ordenamientos nacionales (eficacia transnacional). Lo mismo cabría decir en relación con clasificaciones alternativas como la de G. della CANANEA (2004: 199), asumida por P. CRAIG (2012: 29), quienes distinguen entre procedimientos *bottom-up*, *top-down* e híbridos, incluyendo, entre estos últimos, procedimientos con efectos horizontales.

Considerando estos matices, cabe señalar que los criterios clasificatorios se pueden reducir a los siguientes: 1.º) El tipo de competencia de que se trate, es decir, si las competencias son comunitarias o son compartidas; 2.º) Las Administraciones intervinientes (comunitaria, nacional o nacionales), incorporando, incluso algún elemento horizontal (consultas a otros Estados miembros, por ejemplo); 3.º) La «dirección» del procedimiento (*bottom-up* y *top-down*); 4.º) Las funciones atribuidas a cada Administración (decisorias, consultivas...) y la incorporación de elementos de subordinación de las Administraciones nacionales.

Considerando estos cuatro criterios, el tipo de actuación administrativa incluiría las siguientes clases de procedimientos: a) Procedimientos tramitados en materias de competencia comunitaria en los que la Administración europea requiere la participación (incluso decisoria) de las Administraciones nacionales (65); b) Procedimientos en materias compartidas en los que la Administración europea y los Estados miembros ejercen sus competencias según la fase del procedimiento (primero nacional y, segundo, supranacional), sin perjuicio de que en la fase europea, las Administraciones nacionales puedan jugar un papel más o menos intenso; c) Procedimientos en materias compartidas en las que el procedimiento comienza con una fase europea y concluye a nivel estatal, sin perjuicio de que en la fase nacional, la Administración europea, generalmente la Comisión, pueda gozar de funciones variables (66).

## V.2. La Administración transnacional. Reconocimiento mutuo

El ámbito en el que la transnacionalidad de las actuaciones administrativas adquiere pleno sentido es aquel gobernado por el principio de reconocimiento mutuo. Fue la STJCE de 20 de febrero de 1979 (as. *Cassis de Dijon*) la que generalizó su aplicación en el ámbito de la libre circulación de mercancías en ámbitos no armonizados. El principio impone que todos los productos provenientes de un Estado miembro (Estado de origen) puedan ser comercializados libremente en el territorio de cualquier otro Estado miembro (Estado de destino), siempre que hayan sido fabricados conforme a la regulación del primero. En estos casos, el control continúa en manos de las autoridades nacionales, lo que implica que los Estados miembros pueden requerir la protección de determinados bienes jurídicos de interés general (exigencias imperativas), pudiendo, a tal efecto, imponer controles a los productos (67), para lo cual gozan de cierto margen de apreciación (68), aunque, en todo caso, sujeto al principio de proporcionalidad (69).

---

(65) Un ejemplo podría ser Derecho de la competencia. En esta materia, no obstante, como luego se dirá, concurren otros elementos de tipo estructural que no permiten hablar de relaciones cooperativas puramente dinámicas.

(66) Véase S. GALERA RODRIGO (1998: 31 y ss.) donde se realiza una pormenorización ejemplificativa de estos supuestos.

(67) Véanse, las SSTJUE de 1 de marzo de 2012 (C-484/10) o de 10 de noviembre de 2005 (C-432/03).

(68) SSTJUE de 2 de diciembre de 2010 (C-108/09, *Ker-Optika*), 1 de junio de 2010 (Blanco Pérez y Chao Gómez, C-570 y 571/07), o de 9 de junio de 2005 (C-211/03 y otros).

(69) Así, las SSTJUE de 9 de junio de 2005 (C-211/03), 5 de mayo de 1998 (*National Farmers' Union* y otros, C-157/96) o de 9 de septiembre de 2003 (*Monsanto Agricultura Italia*, C-236/01).



La ampliación aplicativa del principio de reconocimiento mutuo se ha consolidado, posteriormente, por varias vías: 1.<sup>ª</sup>) Mediante la extensión del principio de reconocimiento mutuo a otras libertades básicas, sin perjuicio de que su intensidad aplicativa dependa de cada libertad; en el caso de la libre circulación de mercancías una aplicación intensa está justificada porque, al igual que la libre prestación de servicios, se refiere a relaciones de carácter temporal. Por contraposición, la libre circulación de trabajadores y el derecho de establecimiento suponen una relación duradera o permanente en el mercado del Estado de acogida, lo que ha llevado a moderar la aplicación del principio con una aplicación condicionada del principio de reconocimiento mutuo; 2.<sup>ª</sup>) A través de la nueva estrategia regulativa conocida como «*Nuevo Enfoque*» adoptada en los años 80 por la Comisión(70). El «*Nuevo Enfoque*» supuso poner la armonización al servicio del reconocimiento mutuo, mediante la regulación de condiciones mínimas o exigencias esenciales relacionadas con la protección de la salud y la seguridad de los consumidores y trabajadores, aunque en otras ocasiones pudieran tener relación con la protección del medio ambiente(71). Las Directivas obligan a adoptar a los fabricantes un nivel de protección estándar para todos los productos que se fabriquen en cada Estado miembro, aunque otorgan flexibilidad para elegir la forma en la que satisfacen tales obligaciones. Si se satisfacen esos requisitos, la consecuencia es la declaración de esos productos como conformes, pudiendo portar la marca CE(72).

La aplicación del principio de reconocimiento mutuo es semejante en ámbitos no armonizados (reconocimiento activo) y armonizados, aunque existen algunas diferencias. En cuanto a la premisa operativa del reconocimiento mutuo, la presunción de equivalencia entre los ordenamientos nacionales que impide que *a priori* en los ámbitos no armonizados se apliquen exigencias imperativas que imposibiliten la práctica del reconocimiento mutuo, es evidente que en los ámbitos armonizados se produce de forma automática a través del proceso de aproximación de legislaciones nacionales, sin perjuicio, lógicamente, de los matices que todas las Directivas incorporan. En segundo lugar, en el caso del reconocimiento mutuo activo, la recepción de la actuación administrativa en origen implica en el Estado de destino un reenvío completo al ordenamiento jurídico de origen, esto es, una especie de «domesticación» de la regulación extranjera a través

---

(70) Comunicación «Cassis de Dijon» de 1980 (DOCE 3.10.1980 C 256) y, especialmente, el Libro Blanco de 1985 *Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council* (Milán, 28-29 de junio de 1985) [COM (85) 310].

(71) Se ha que tener en cuenta que el recurso a la armonización de legislaciones como instrumento del reconocimiento mutuo tiene verdadero carácter innovador en la libre circulación de mercancías, pues por lo que se refiere a la libre prestación de servicios, era ya una realidad con base en el antiguo art. 57 del Tratado de Roma. En este sentido, el art. 57.1 del Tratado de Roma preveía ya que el Consejo adoptara las Directivas necesarias para que se pudiese aplicar la regla de reconocimiento mutuo tanto en lo relativo al reconocimiento de los títulos y diplomas, como a las condiciones en las que se habría de producir el acceso y ejercicio a ciertas profesiones.

(72) El Nuevo Enfoque implicó también depurar los mecanismos de evaluación de la conformidad (Enfoque Global). La Decisión 768/2008/CE, de 9 de julio, establece el marco común para la comercialización de los productos, fijando las directrices y procedimientos para la evaluación de la conformidad. Introduce un enfoque que subdivide la evaluación de la conformidad en varios módulos que difieren de acuerdo con la fase de desarrollo del producto (diseño, prototipo, plena producción), el tipo de evaluación que interviene (comprobaciones documentales, homologación de tipo, aseguramiento de la calidad) y la persona que realiza la evaluación (el fabricante o un tercero). Asimismo, establece una serie de procedimientos de evaluación de la conformidad, entre los que el legislador puede elegir el más apropiado, destacando la marca CE y el certificado de conformidad para vehículos (COC).

de su traslación a reglas nacionales equivalentes. En los sectores armonizados el principio de reconocimiento mutuo implica una actuación jurídica de menor intensidad fundada en la equivalencia interordinamental inherente al proceso de armonización y en la eficacia que el Derecho Europeo armonizado otorga a los actos dictados en el Estado de origen. En este segundo caso, por tanto, se otorga en principio mayor automaticidad al reconocimiento(73). No obstante, como vamos a poner de relieve, esa afirmación sólo debe entenderse en términos genéricos, pues la armonización no es necesariamente determinante de la automaticidad del reconocimiento; en esa automaticidad influye más el tipo de libertad comunitaria en juego o las exigencias sectoriales.

Sin perjuicio de estos matices, se ha de mantener que la operatividad del principio es común: en coherencia con su concepción original en el marco de las relaciones internacionales, el principio de reconocimiento mutuo incorpora una regla conflictual con alcance variable. En los casos de reconocimiento activo (ámbitos no armonizados), el principio de reconocimiento mutuo actúa como norma de conflicto que determina como norma aplicable a la íntegra regulación del país de origen, sin perjuicio de las facultades de verificación que pueden derivar en la no aplicación del reconocimiento mutuo(74); en segundo lugar, en los supuestos de armonización, donde las facultades de la Administración del país de destino o de acogida se reducen a reconocer (y, en su caso, verificar) un procedimiento y un acto administrativo dictado conforme a otro ordenamiento nacional.

Dando un paso adelante y sin perjuicio de reconocer esa naturaleza conflictual, lo cierto es que en el seno del espacio administrativo europeo el principio de reconocimiento mutuo ha adquirido una «naturalidad» que deja en un segundo plano esa otra vertiente que se identifica con el origen internacionalista del principio. De hecho, en el espacio administrativo europeo la vertiente conflictual se encuentra contemporizada, en todo caso, por el contexto cooperativo que gobierna su aplicación en relaciones horizontales entre Estados miembros. En otras palabras, la solución conflictual inherente al principio de reconocimiento mutuo está condicionada porque el principio del país de origen, consecuencia fundamental de la aplicación del principio de reconoci-

---

(73) En el marco de la libre circulación de mercancías, cuando se cumplen los requisitos previstos en las Directivas Nuevo Enfoque, la consecuencia es que los Estados no pueden impedir la comercialización de los productos. Excepcionalmente, si un Estado constata que un producto corre el riesgo de poner en peligro la seguridad de las personas, de los animales domésticos o de los bienes, puede adoptar las medidas necesarias para retirar o prohibir la comercialización del producto. En tal caso, podrá restringirse temporalmente la circulación del producto, aunque vaya acompañado de un certificado de conformidad. Para ello, el Estado miembro deberá informar a la Comisión justificando los motivos de su decisión; la Comisión consultará a los Estados miembros implicados y al comité permanente. Si se considera justificada una acción, la Comisión informará a los Estados para que prohíban la comercialización.

(74) En relación con este tipo de consideraciones, en el marco de la libre circulación de mercancías, el Reglamento 764/2008, de 9 de julio, establece los procedimientos que los Estados miembros tienen que satisfacer cuando pretendan no aplicar la regla del principio de reconocimiento mutuo en virtud de una norma técnica nacional. Estos procedimientos son conocidos como procedimientos de simple información y se dividen en tres fases. La primera es la fase de recabar información previa acerca del producto. La segunda es la fase de aviso al agente económico, en la que las autoridades nacionales están obligadas a informar motivadamente y por escrito de su intención de adoptar una decisión que impida el reconocimiento del producto. La última fase es la fase de notificación motivada a la Comisión y a los agentes económicos de la decisión. La omisión de notificación o el transcurso de los plazos establecidos para dictar la resolución, suponen la plena eficacia del reconocimiento mutuo. Se ha de añadir que, el art. 5 del Reglamento dispone que, en ningún caso, las autoridades nacionales pueden impedir el reconocimiento de los productos avalados por un organismo de evaluación de la conformidad, de acuerdo con el Reglamento 765/2008, al que luego nos referiremos.

miento mutuo, se instala sobre un escenario de cooperación que se concreta en el establecimiento de vínculos interadministrativos que dan lugar a una división transterritorial del trabajo administrativo (75).

Esta afirmación nos ubica ante la verdadera dimensión jurídica del principio de reconocimiento mutuo: es la expresión principal de la articulación cooperativa de la Administración del espacio europeo en el plano horizontal, que se fundamenta en una presunción de equivalencia entre los ordenamientos nacionales que encuentra su apoyo «constitucional» en la confianza mutua que ordena las relaciones entre los Estados miembros (76), materializada en el principio de cooperación leal (art. 4.3 del TUE). En otras palabras, equivalencia entre ordenamientos, confianza mutua, cooperación y atribución de valor jurídico a las decisiones del país de origen son las premisas que, en todo caso, determinan la aplicación del principio de reconocimiento mutuo.

En ese marco cooperativo de aplicación del principio, la doctrina ha distinguido distintos supuestos en los que cabe identificar actos del Estado de origen con efectos transnacionales. La propuesta clasificatoria más conocida es la formulada por G. SYDOW (77). Del modelo clasificatorio de SYDOW sólo dos de los cuatro tipos de licencias identificadas en el ámbito de la libre circulación de mercancías pueden ser calificadas en puridad como actos transnacionales (78). En el primer modelo de licenciamiento transnacional estatal (*Transnationalitätsmodell*), la distribución de un producto requiere, únicamente, la licencia de un único Estado miembro para ser comercializado en toda la UE, sin que sea precisa ninguna actuación adicional de control por los Estados de destino de esos productos. Se trata de un supuesto de aplicación estricta del principio de reconocimiento mutuo. El segundo modelo, también generador de actos transnacionales, es el modelo de licenciamiento estatal de referencia (*Referenzentscheidungsmodell*), en virtud del cual un fabricante puede seleccionar un Estado miembro para su primer licenciamiento, el cual gozará de efecto transnacional y no será reemplazado por otras licencias dictadas a nivel nacional; no obstante, las autoridades de los Estados de destino pueden verificar la licencia e, incluso, disentir de los términos en que fue dictada.

Los modelos identificados por SYDOW son útiles para analizar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo en otras libertades. Se puede observar, desde este punto de vista, una compartición de dos tipos básicos de actos transnacionales en las distintas materias y libertades comunitarias (L. de LUCIA: 2009, 50). Dos tipos de actos, que coinciden con los dos tipos de reconocimiento mutuo que identifican N. BASSI (2008: 7-39) y G. VESPERINI (2011: 29-52): automático y condicionado. El primero puede tener lugar en ámbitos armonizados, mientras que el segundo tanto en

---

(75) A esta conclusión llega L. de LUCIA (2009: 45), pero aplicada a los ámbitos armonizados.

(76) Así, la STJCE de 11 de mayo de 1989 (C-25/88, Bouchara).

(77) Seguida por J-P. SCHNEIDER (2007: 315), M. RUFFERT (2008: 90) y A. KEESSEN (2009: 27).

(78) G. SYDOW distingue, en primer lugar, un modelo de licenciamiento de productos descentralizado en los Estados miembros, cuyos actos sólo tienen eficacia en el territorio de dicho Estado (*Einzelvollzugsmodell*). En definitiva, en este modelo cada Estado da autónoma ejecución de la norma comunitaria. Aquí no cabe hablar de actos transnacionales. En el polo opuesto SYDOW distingue un modelo de licenciamiento a nivel comunitario (*Direktvollzugsmodell*). Éste es un buen ejemplo de decisiones centralizadas en la UE. Aquí tampoco puede hablarse de actos transnacionales.

armonizados, como en no armonizados(79). En cualquier caso, en ambos supuestos el reconocimiento no sólo actúa desde el plano formal, sino que también opera desde el plano sustantivo, ya que supone reconocer al destinatario del acto transnacional la facultad de ejercer una libertad fundamental en toda la UE.

En primer lugar, respecto de los actos que gozan de eficacia transnacional automática, cabría decir que el reconocimiento mutuo es perfecto, en la medida en que la decisión del país de origen produce *ipso iure* efectos en otros Estados miembros(80). El segundo tipo de acto transnacional es aquel en el que la decisión administrativa foránea produce efectos extraterritoriales previa verificación o evaluación de conformidad por la Administración en el Estado de destino. Desde este punto de vista, el reconocimiento mutuo puede estar, por tanto, condicionado. Puede estarlo, porque con base en el principio de proporcionalidad, y en aras a evitar duplicidades administrativas innecesarias, la Administración hospedante debe otorgar pleno valor jurídico a la actuación administrativa de origen (homologaciones, certificados). Ahora bien, el legislador europeo introduce en estos casos la posibilidad de que el país de destino niegue esa eficacia. En tal caso, se prevé un procedimiento comunitario para decidir sobre ese punto en el que participan órganos nacionales y europeos.

Se discute si una variante de este supuesto es, siguiendo a G. SYDOW, los que se pueden denominar como «decisiones comunes». Este supuesto se refiere a aquellas decisiones tomadas en materias de competencia estatal, pero en las que los intereses públicos relevantes (implicados en el ejercicio de libertades fundamentales) requieren de la participación preventiva de otros Estados miembros(81). La decisión, en definitiva, es el resultado de un procedimiento en el cual participan los Estados interesados (y a veces la Comisión) con poderes para elevar objeciones a la decisión propuesta por la Administración del Estado de origen. En estos casos, los Estados actúan de una manera «coral» (S. CASSESE: 2004b, 28) y en caso de disenso decide la Comisión de conformidad con el procedimiento de comitología. En cualquier caso, la decisión administrativa final emanará de la Administración nacional destinataria de la decisión tomada a nivel europeo.

La duda en estos supuestos es si nos encontramos ante verdaderos actos transnacionales, o bien, si debido a la relevancia de la fase comunitaria cuando exista, cabría afirmar que la decisión final no es una auténtica decisión nacional con efectos transnacionales. L. de LUCIA (2009: 52) considera que no cabe hablar de una asimilación de este tipo de decisiones con aquellas integrables en los supuestos de reconocimiento

---

(79) La Directiva 2005/36, de 7 de septiembre, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, prevé ambos tipos de reconocimiento mutuo: 1) Automático, para profesiones reguladas y armonizadas por la Directiva; 2) Sujeto a verificación, en el caso de profesiones reguladas no armonizadas y profesiones no reguladas.

(80) Estos casos incorporan peculiaridades sectoriales relevantes y la automaticidad queda un tanto relativizada, en la medida en que se incorporen facultades de verificación o supervisión a favor de los Estados de destino. Por ejemplo, la autorización en el Estado de origen para el acceso a la actividad como entidad de crédito, regulada por la Directiva 2006/48, de 14 de junio, tiene esos efectos, pero el establecimiento queda sujeto a posterior comunicación a la autoridad del Estado de acogida. Algo similar sucede en el caso de la Directiva 18/2001, de 12 de marzo, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente, pero sólo para el caso de que ni los Estados miembros, ni la Comisión presenten objeciones a la autorización del Estado de primera comercialización.

(81) Por ejemplo, así sucede en el Reglamento 258/1997, de 27 de enero, sobre nuevos alimentos y nuevos ingredientes alimentarios, o en la Directiva 18/2001, de 12 de marzo, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente.

automático. No obstante, mantiene que esa diferencia no permite dejar de considerarlas como actos transnacionales: a pesar de la actuación de la Comisión, el acto final es imputable a la Administración nacional, produciendo efectos transnacionales. Estos supuestos realmente acogen una decisión nacional que es el resultado de la composición de distintos sujetos públicos a través de procedimientos compuestos.

Para terminar debe realizarse una puntualización final en torno a los mecanismos que gobiernan este tipo de cooperación. La generación de actos transnacionales se basa en estructuras cooperativas articuladas mediante procedimientos compuestos horizontales a los que cabe añadir la existencia de ciertos elementos organizativos. Por ejemplo, en el caso de los actos transnacionales en el marco de la libre circulación de mercancías en ámbitos no armonizados, el Reglamento 764/2008 prevé la designación de puntos de contacto (arts. 9 a 11) (82). Cada Estado miembro debe designar uno o varios puntos de contacto de productos en su territorio y comunicar los datos de contacto a la Comisión y al resto de Estados miembros. Los puntos de contacto deben proporcionar, gratuitamente, a los ciudadanos, a los agentes económicos y a las autoridades de los Estados miembros la información relativa a las normas técnicas aplicables en el territorio en el que se encuentra establecido, los datos de contacto de las autoridades competentes y las vías de recurso disponibles. La designación de estos puntos de contacto suele recaer en unidades administrativas cuya relevancia orgánica es menor.

No obstante su relativa accesoriadad, los puntos de contacto constituyen las estructuras organizativas básicas de la Administración del mercado interior. Varios motivos contribuyen a esta calificación. En primer lugar, sus funciones tienen que ver con la realización efectiva del Derecho Europeo y, por ello, con el ejercicio real de las libertades de prestación de servicios o de establecimiento. Segundo, aunque sus funciones son puramente informativas y de asistencia, tienen cierta relevancia en la medida en que son específicas y distintas a las que puedan corresponder a las autoridades competentes en cada Estado miembro designadas para ejecutar la Directiva; es decir, no les atañe el cumplimiento interno del Derecho Europeo, sino facilitar la efectividad del Derecho Europeo, tratando de superar los problemas que impidan el ejercicio de las actividades reguladas. Tercero, el punto de contacto es una unidad administrativa de conexión entre el ciudadano, la Administración nacional y, por extensión, el resto de Administraciones estatales, así como con la Administración europea (la Comisión).

Otro ejemplo de complementación de la aplicación del reconocimiento mutuo con soluciones organizativas también tiene lugar en el marco de la libre circulación de mercancías. El Reglamento 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio, establece un sistema de acreditación que garantiza la aceptación mutua del grado de competencia de los organismos de evaluación de la conformidad, complementando la Decisión 768/2008/CE que establece el marco común para la comercialización de los productos. Los organismos de evaluación de la conformidad son entidades privadas acreditadas por los Estados miembros con base en el citado Reglamento. La función de estos organismos es decidir sobre la conformidad de los productos con efectos en toda la UE. Tanto el acto de la autoridad nacional de acreditación, como las decisiones unila-

---

(82) Se trata, en cualquier caso, de una exigencia ordinaria en el mercado interior y extrapolable a las distintas libertades comunitarias. Lo mismo sucede en el campo de la libertad de prestación de servicios o de establecimiento en el marco de la Directiva 2005/36, de 7 de septiembre, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

terales de los organismos de evaluación de la conformidad son ejemplos de actos transnacionales. En definitiva, el sistema implica una leve institucionalización a través de la atribución de funciones públicas a entidades privadas (H.C. RÖHL: 2011, 211).

En conclusión, la Administración de reconocimiento mutuo se caracteriza por la implementación de estructuras cooperativas mediante procedimientos compuestos horizontales (dimensión dinámica), que no excluyen una cierta dimensión organizativa, y que, en todo caso, da lugar a decisiones que gozan de efectos transnacionales.

### V.3. La Administración «colegiada». Comités Europeos

Los comités de la UE constituyen un amplio y complejo grupo de órganos que operan como mecanismos de integración entre el nivel comunitario y el estatal. Esta consideración es la que explica una opinión generalizada que mantiene que los comités no son parte de la Administración directa de la UE en sentido estricto. M. CHITI (2004: 187) afina, sin embargo, esa calificación para admitir que nos encontramos ante «órganos compuestos de la Administración europea compleja» y, por tanto, de la Administración comunitaria entendida en sentido amplio (acogiendo, en consecuencia, un complejo de órganos y organismos de composición mixta).

Entre la amplia bibliografía existente, M. SAVINO (2006) ha realizado una sistematización que permite distinguir dos tipos de comités, en atención a su composición interna y a los intereses que son defendidos por sus miembros:

#### V.3.1. LOS COMITÉS TRANSGUBERNAMENTALES

- a) *Comités de comitología*: el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo 182/2011, de 16 de febrero, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión, reemplaza a la Decisión 1999/468/CE del Consejo, y establece dos tipos de procedimientos: el consultivo y el de examen (83). En ambos casos un representante de la Comisión preside un comité compuesto por representantes de los Estados miembros. El procedimiento de examen (art. 5) se aplica, en particular, a las medidas de alcance general y a medidas específicas con un impacto potencialmente importante, por ejemplo, en el campo de la agricultura, la pesca, el medio ambiente, la salud, el comercio y los impuestos. Su objetivo es garantizar que los actos de ejecución de la Comisión sean apoyados por una mayoría cualificada del comité. Si el comité se opone a la propuesta de medidas por mayoría cualificada, la Comisión no debe adoptar la decisión. Si se considerara un acto necesario, la Comisión podrá o bien presentar una versión modificada del proyecto de acto de ejecución ante la misma comisión en el plazo de dos meses, o bien presentar el

---

(83) Sobre esta nueva regulación, P. CRAIG (2011: 671) replica que, aunque el Reglamento 182/2011 prevé dos procedimientos, en realidad, cabe distinguir cuatro, pues el art. 8 regula los actos de ejecución inmediatamente aplicables por razones imperiosas de urgencia debidamente justificadas, así como a la vista de las diferentes consecuencias que, en el procedimiento de examen, tiene que el comité no emita un dictamen favorable o dicte uno desfavorable (art. 5).

proyecto en el plazo de un mes ante el comité de apelación para una nueva deliberación. Si el comité no emitiera ningún dictamen, la Comisión podrá adoptar el proyecto condicionadamente. El procedimiento de consulta (art. 4), por su parte, se aplica a procedimientos para la adopción de actos de ejecución en otros campos (por ejemplo, medidas individuales en el ámbito de la cultura). En estos casos, la Comisión debe tener muy en cuenta las opiniones del Comité, adoptadas por mayoría simple (84).

- b) *Comités del Consejo*: conocidos como *preparatory committees* o *groupes de travail* del Consejo, intervienen en la fase legislativa. Hay en torno a 150 y son coordinados por el COREPER. Sus miembros son funcionarios de las representaciones nacionales, presididos por un funcionario del Estado miembro que asume la presidencia del Consejo; una delegación de la Comisión participa en estos comités. Aunque sus facultades son meramente preparatorias, *de facto* ejercen poderes decisoriales (85).
- c) *Comités de expertos gubernamentales*: es el grupo más heterogéneo (más de 1.000) y no goza de base regulativa general. Sus funciones son fundamentalmente consultivas en relación con la Comisión y el Consejo. Asimismo, aunque la mayor parte son consultados en la fase de iniciativa de la Comisión, también los hay que actúan en fase de ejecución a los efectos de elaborar guías de seguimiento de las normas europeas; del mismo modo, otros tienen competencias de dirección política (comités de alto nivel). Sin perjuicio de la naturaleza de sus funciones, estos comités garantizan a las autoridades nacionales representadas un poder sustancial de codecisión, pues todas las iniciativas legislativas y normativas secundarias de la Comisión son fruto de un preciso análisis en el seno de estos comités. Es frecuente, además, que la Comisión confíe a estos comités la tarea de preparar proyectos normativos.

### V.3.2. LOS COMITÉS TRANSNACIONALES

- a) *Comités científicos*: compuestos por expertos seleccionados por criterios de excelencia e independencia, no tienen funciones representativas y, por ello, intervienen a título personal con el fin de salvaguardar intereses comunes. Muchos de estos comités están integrados en autoridades independientes y Agencias Europeas, pero también a otros se les encarga una función consultiva de las instituciones legislativas y de la Comisión (86), con intervención en la fase

---

(84) En ambos procedimientos, el Parlamento Europeo y el Consejo gozan de un «derecho de control» (art. 11) que les habilita a indicar en todo momento a la Comisión, siempre que el acto de base se adopte con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, que el proyecto de acto de ejecución excede de las competencias otorgadas en el acto de base. En tal caso, la Comisión ha de revisar el proyecto teniendo en cuenta las posiciones expresadas y ha de informar si lo mantiene, modifica o retira.

(85) El acuerdo equivale a una aprobación sustancial, ya que el expediente que se califica como «punto A» en el orden del día del Consejo, es aprobado sin discusión (J.A. FUENTETAJA: 2007, 253).

(86) Quince comités operan en los sectores de la salud y de la safety regulation (nueve operan en el marco de la Agencia Europea de Seguridad Alimentaria, tres en la Agencia Europea del medicamento y otros tres operan en el ámbito de la dirección general para la defensa y la protección de los consumidores. Además, hay doce comités que operan en materia ambiental y de la salud humana, animal y vegetal.

de elaboración de las propuestas normativas legislativas y ejecutivas. En términos generales, se puede decir que sus funciones son de dos tipos: 1.<sup>a</sup>) Valoración técnica destinada a la identificación de riesgos actuales o potenciales de un producto o de un proceso; y 2.<sup>a</sup>) Coordinación de las autoridades nacionales e internacionales para valorar la existencia de riesgos en un sector determinado, favoreciendo el intercambio de información científica en la materia.

- b) *Comités de representantes de intereses*: sus miembros representan, en el marco del *decision-making* europeo, a grupos organizados de intereses a nivel europeo y nacional. Pueden tener una organización doble: 1.<sup>a</sup>) Los comités con estructura paritaria, compuestos exclusivamente por miembros no-gubernamentales, representantes de intereses socio-económicos a nivel europeo; y 2.<sup>a</sup>) Los de estructura tripartita, en los que un tercio de sus miembros son funcionarios estatales, mientras que los dos tercios restantes se integran por representantes de intereses organizados a nivel nacional. Mientras que los primeros, por regla general, son creados por la Comisión, los segundos, lo son por el Consejo. Su consulta no es preceptiva. Los comités tripartitos suelen estar integrados tanto en la preparación, como en la ejecución de actos jurídicos con funciones variables (valoración, propuesta, coordinación, concertación), mientras que los paritarios son consultados en relación con propuestas normativas, con funciones de diálogo y de definición de políticas.

Esta clasificación descriptiva es complementada con una tipología mucho más interesante por el propio M. SAVINO (2006: 45), con base en el criterio que denomina «colegialidad real». Desde este punto de vista, distingue entre los comités que actúan como órganos colegiados reales (o de ponderación, ya que intervienen para garantizar la consistencia técnica de las decisiones) y los que operan como órganos colegiados virtuales (o de composición, porque actúan para evitar de forma preventiva conflictos entre intereses nacionales):

1. *Comités colegiados reales*: los comités científicos actúan como auténticos colegios, pues en ellos prima el interés en decidir mejor (la calidad de la normativa comunitaria y la facilitación de la posterior actividad de composición), dado que no existen intereses nacionales en juego; por esta razón, la discusión no se centra en el equilibrio entre intereses contrapuestos. El intercambio de opiniones y de conocimientos técnicos es la clave para valorar la consistencia científica de las propuestas que se someten a su conocimiento. La función de ponderación que se deriva de la colegialidad real también tiene lugar en los comités de expertos gubernamentales. En estos casos, es cierto que los miembros del comité representan a los Estados, pero también es verdad que desarrollan una actividad prevalentemente destinada a ponderar, sobre la base del *expertise* de sus miembros y de la práctica administrativa de sus países, la solución técnica y normativa que podrían ser asumidos como estándares comunes. En la fase de análisis de iniciativas, la actividad de estos comités se centra más en el intercambio de puntos de vista y de suministro de información a la Comisión, que en una composición de intereses nacionales contrapuestos. Ahora bien, no cabe duda de que una valoración precisa y adecuada de la consistencia técnica de la propuesta contri-



buye también a facilitar la acomodación de los intereses estatales. En otras palabras, la labor ponderativa tiene una función de facilitación de la composición de intereses subsiguiente.

2. *Comités colegiados virtuales*: los comités del Consejo y de comitología se caracterizan por favorecer la toma de decisiones consensuadas, así como la implicación de las Administraciones nacionales en la actuación de las instituciones europeas. El trabajo de estos comités está dominado por la heterogeneidad de los intereses en juego, fuente de potenciales conflictos. Estos comités actúan con base en el principio mayoritario (comités del Consejo) o de mayoría cualificada (procedimiento de examen en el caso de los comitología), orientados por una misma *ratio*: alcanzar acuerdos que eviten la politización de la cuestión y su decisión, en última instancia, en sede del Consejo, lo que es aún más patente en el caso de la comitología, pues aquí las decisiones son puramente ejecutivas y resulta un contrasentido que decida en última instancia un órgano político. La evitación de conflictos, por tanto, hace que prevalezca el principio cooperativo y la adopción de acuerdos por consenso.

Esta clasificación no empece la idea de supranacionalidad que define a todos los comités. La relación entre comités colegiados reales y virtuales atiende a una distribución de funciones destinada a contribuir a la eficiencia del proceso decisorio y a la eficacia del Derecho Europeo con perspectiva diferente: los primeros son llamados a valorar la racionalidad de las propuestas normativas y a facilitar la posterior labor de composición de intereses; los segundos, por su parte, tienen la función de desactivar los conflictos de intereses mediante la búsqueda del consenso, asegurando la implicación de las Administraciones en la aprobación y aplicación de la norma comunitaria.

Frente a quienes afirman que la perspectiva supranacional atribuida a las instituciones europeas quedaría contrarrestada por la toma de decisiones intergubernamental en sede de los comités virtuales (87), cabe destacar que la dimensión transgubernamental adquiere también en estos comités una dimensión relativa (H.C. HOFMANN y A. TÜRK: 2006b, 81-82). Los miembros de estos comités asumen, generalmente, la condición de ser miembros de un órgano que afronta problemas transnacionales (88). Aquí, la administrativización del proceso decisorio a través del procedimiento administrativo, no sólo sirve para articular el proceso decisorio, sino también los intereses nacionales con los supranacionales: entre la normativa supranacional y las decisiones intergubernamentales en sede de los distintos comités, se alza la supranacionalidad administrativa como elemento de conexión y estabilidad del sistema. En cualquier caso, el conjunto de la actuación de los comités va más allá de la mera constatación de una transferencia del proceso de ponderación de intereses diversos a aquella administración colegiada. Como señala M. SAVINO (2006: 64-65), nos encontramos ante la institucionalización de un sistema de decisión que es una primera manifestación de una incipiente administración

---

(87) La «trampa de la decisión conjunta» que conduce a acuerdos de mínimos que impedirían el desarrollo del Derecho Europeo.

(88) La idea de «deliberative supranationalism» manejada por C. JOERGES y J. NEYER (1997: 273), en relación con la comitología, es clarificadora.

europea unitaria, construida con base en la ponderación de intereses que tiene lugar en sede de los procedimientos administrativos supranacionales.

A modo de resumen, cabe concluir señalando que los comités europeos actúan con base en estructuras cooperativas articuladas en el seno de órganos que actúan a través de procedimientos compuestos (dimensión estructural y dinámica con una formalización variable) y cuyas decisiones gozan de efectos supranacionales de tipo agregado. Esta última afirmación, no obstante, hay que matizarla, pues las decisiones de los comités no gozan de carácter definitivo, ni resolutorio, sino informativo y propositivo. Ahora bien, la supranacionalidad que caracteriza a la actuación de los comités se transmite a la decisión finalmente adaptada, matizando de esta forma su eficacia supranacional con tipo agregado.

#### **V.4. La Administración instrumental. Agencias y «redes» de autoridades nacionales**

La diversidad organizativa y funcional de las agencias europeas no permite identificar un modelo uniforme. No obstante, algunas coincidencias han sido puestas de relieve por D. GERADIN (2005: 17), H.C. HOFMANN y A. TÜRK (2006b: 85), J.A. FUENTETAJA (2007: 310) o W. WEISS (2009: 48 y 56): 1.<sup>a</sup>) Las agencias gozan de personalidad jurídica propia para ejercer, con una autonomía variable, sus competencias en el ámbito específico en el que son creadas (89); 2.<sup>a</sup>) Todas son creadas mediante un acto legislativo europeo secundario (90) y son utilizadas por la Comisión para «descentralizar» funciones públicas confiadas a nivel comunitario (91); 3.<sup>a</sup>) Las razones que llevan a la Comisión a crear agencias son la mejora tanto de la eficiencia en sectores especializados, como de la integración administrativa, dejando que la Comisión centre sus esfuerzos en la elaboración de la *policy* (92); 4.<sup>a</sup>) Las funciones de las agen-

(89) El equilibrio entre esa autonomía y el control al que se encuentra sometida su actividad es una de las claves del régimen jurídico de las agencias. J.A. FUENTETAJA (2007: 328) pone de manifiesto la variabilidad de los controles según agencias, poniendo de relieve que su autonomía está «compensada» con algún tipo de control por parte de la Comisión o de otras instituciones. Esa dependencia es el elemento jurídico que distingue las agencias reguladoras de las autoridades independientes.

(90) Las agencias han sido creadas por Reglamento del Consejo o del Consejo y el Parlamento Europeo y, prácticamente todas ellas, con base jurídica en el vigente art. 352 del TFUE. A partir de la Comunicación de la Comisión «The Operating Framework for the Regulatory Agencies» [COM (2002) 718 final], la Comisión consideró que, siendo un instrumento de implementación de una concreta política comunitaria, la base jurídica debía ser la de esa política, sin perjuicio del recurso subsidiario al art. 352.

(91) Se debe a E. CHITI (2004) el calificativo de «decentralised integration» o «integrazione decentrata». Aquí haremos referencia a la «descentralización» en un sentido funcional e instrumental (J.A. FUENTETAJA: 2007, 299). De hecho, parte de la doctrina utiliza esa noción de forma impropia. D. GERADIN (2005: 18) y H.C. HOFMANN y A. TÜRK (2006b: 87) lo emplean para significar el traslado de competencias sin considerar la tutela que se reserva la Comisión, lo que en el marco de la teoría general de la organización nos ubicaría en relaciones jurídicas más cercanas a la delegación que a la descentralización.

(92) La Comunicación [COM (2002) 718 final] pone de relieve que el recurso a estas entidades se valora positivamente en los casos en que la materia en cuestión esté caracterizada por un alto componente técnico, donde se requiere un alto nivel de *expertise* y la continuidad y credibilidad de la acción pública. Sus funciones son calificables como «reguladoras» sólo en un sentido amplio, en la medida que contribuyen a la creación, formación y equilibrio de actores en el mercado, aun cuando persigan objetivos de tipo social. Ahora bien, detrás de esas razones también se encuentran otras estrictamente políticas: la oposición a que fuera la Comisión la que centralizase esas competencias.

cias suelen limitarse a tareas técnicas y científicas y, generalmente, no disponen de competencia para dictar decisiones vinculantes; en todo caso, deben ser consideradas como funciones ejecutivas (93); 5.<sup>a</sup>) Orgánicamente están encabezadas por un Director ejecutivo y un comité de gestión, en el que la mayoría de sus miembros son representantes nacionales, apoyados, en muchos casos, por comités científicos.

La Comisión europea distingue dos tipos de agencias, las ejecutivas (94) y las reguladoras (95). En este estudio nos centraremos en las segundas (96), pues una de sus notas características más importantes es su carácter transnacional. Su especial

---

(93) Las agencias se caracterizan por el ejercicio de competencias específicas de naturaleza técnica no discrecional: STJCE de 13 de junio de 1958 (C-10/56, Meroni). Una parte de la doctrina entiende que ninguna de las agencias son auténticas agencias reguladoras. Esa negativa se basa en dos consideraciones. Primera, se maneja como modelo comparativo el de las agencias norteamericanas, caracterizadas por su independencia y el ejercicio de facultades discrecionales que pueden afectar de forma vinculante a terceros, incorporando, incluso, potestades normativas. Segunda, la imposibilidad de que las agencias ejerzan competencias discrecionales, en los términos establecidos por la STJCE Meroni. Con base en estas razones, P. CRAIG (2012: 149) considera que entre las que la Comisión denomina como agencias reguladoras, en realidad se debe distinguir entre *decision-making agencies* (que pueden tomar decisiones vinculantes, pero que ni gozan de facultades de resolución de conflictos ni, por supuesto, de facultades regulativas), *quasi regulatory agencies* (que se caracterizan por gozar de facultades puramente recomendatorias) e *information and co-ordination agencies* (cuya principal función es generar y analizar información, asistir a la Comisión en la formulación de políticas y actos legislativos, así como coordinar e interactuar con otros agentes). Desde esta perspectiva, la existencia de auténticas autoridades independientes estaría vedada por las limitaciones de la doctrina Meroni. En términos similares, tanto D. GERADIN (2005: 26), como J.A. FUENTETAJA (2007: 318) proponen una clasificación con matices diferenciales, pero que excluye la existencia de auténticas agencias reguladoras.

Una reinterpretación de esta doctrina es propuesta por J-P. SCHNEIDER (2009), considerando que una jurisprudencia dictada en 1958 no puede mantenerse en el actual estado de integración europea. Igualmente, M. CHITI (2004: 205 y 2011: 5). Por su parte, D. GERADIN (2005: 11) afirma que la interpretación restrictiva de la doctrina Meroni no es hoy aceptable, aunque deba aplicarse en ausencia de un cambio en los Tratados. H.C. HOFMANN y A. TÜRK (2006b: 89) añaden que la interpretación restrictiva de la doctrina Meroni se debe también a motivos políticos: la Comisión es reacia a otra interpretación, en la medida en que ello pudiera servir para constreñir la ampliación de sus competencias, del mismo modo que al Consejo le permite mantener el otorgamiento de competencias a la Comisión bajo el control de la comitología.

(94) Las Agencias ejecutivas son, como afirma P. CRAIG (2012: 28), el nuevo paradigma de ejecución centralizada. Por ello, no son objeto de nuestro análisis. Estas agencias son entidades con personalidad jurídica creadas mediante Decisión de la Comisión de conformidad con el Reglamento 58/2003, de 19 de diciembre, por el que se establece el estatuto de las agencias ejecutivas encargadas de determinadas tareas de gestión de los programas comunitarios. Estos programas han sido aprobados en materias donde la UE goza de competencias complementarias de las propias de los Estados miembros. Ahora bien, la ejecución del programa se realiza íntegramente por la agencia. Además, estas agencias se encuentran bajo el control y responsabilidad de la Comisión (J.A. FUENTETAJA: 2007, 201).

(95) Como afirman D. GERADIN (2005: 23) y W. WEISS (2009: 49), esa diferenciación es poco útil si se considera que la propia Comisión distingue, dentro de las agencias reguladoras, agencias con *decision-making powers* y agencias ejecutivas sin esas facultades. La relativa utilidad de esta distinción ha llevado a la propia Comisión a asumir una clasificación puramente funcional [*Draft Interinstitutional Agreement on the Operating Framework for the European Regulatory Agencies*, COM (2005) 59 final]. Aquí, mantenemos esa distinción, en la medida en que se consideran agencias ejecutivas únicamente a las creadas con base en el Reglamento 58/2003.

(96) Siguiendo a D. GERADIN (2005), se pueden distinguir tres fases en la constitución de agencias. Una primera fase corresponde con el año de creación de las dos primeras agencias europeas, 1975. La segunda comienza en los años 90 del siglo pasado, siendo creadas diez agencias. Con el nuevo milenio fueron creadas otras quince agencias. Las dos últimas fases son las más importantes, no sólo en número de entidades, sino también en función de las políticas afectadas y las competencias atribuidas a las agencias.

composición (incorporando funcionarios comunitarios y nacionales(97)) permite enfatizar que estas agencias no son un ejemplo cualquiera de «descentralización», en la medida en que concurre un componente integrador muy importante: se combina la «descentralización» hacia los Estados miembros y la integración de las distintas entidades nacionales, con la creación de una entidad a nivel europeo.

A pesar de la falta de homogeneidad, del examen del régimen aplicable a las distintas agencias cabe inducir estructuras regulatorias comunes (E. CHITI: 2004). En primer lugar, la integración descentralizada se caracteriza por la creación de una entidad comunitaria con personalidad jurídica que goza de autonomía en su relación con la Comisión, aunque ésta mantenga una posición de superioridad concretada en funciones de supervisión y control variables. Conjuntamente con esa dimensión estructural, se combina una distribución de competencias con las autoridades nacionales, cuya designación puede venir condicionada por el Derecho Europeo, con la imposición de la creación de soluciones organizativas determinadas(98).

La articulación de las entidades europeas y las nacionales se lleva a cabo con su integración en estructuras administrativas unitarias. Desde este punto de vista, cabe diferenciar dos formas de integración que, desde luego, no son excluyentes. La primera se basa en la ordenación de procedimientos compuestos, exclusivamente regulados por el Derecho Europeo y con participación multinivel, con el fin de garantizar la complementariedad e integración funcional de las distintas entidades competentes. La segunda, sin embargo, es el resultado de la creación de una organización compleja, una estructura alternativa a la creación de una única entidad integradora, que se caracteriza por constituir una «red» de autoridades competentes(99). El carácter unitario de esa compleja estructura se logra gracias a las funciones de coordinación y programación otorgadas a la agencia europea, ejercidas a través de instrumentos jurídicos no necesariamente vinculantes. Todo ello da lugar a una estructura compleja de relaciones operativas que, en la práctica, genera una complementariedad e interdependencia funcional activa.

Cabe terminar afirmando que el fenómeno de la «agencificación» se cimienta sobre estructuras organizativas complejas articuladas con mecanismos procedimentales complejos (dimensión estructural y dinámica), cuyas actuaciones gozan de efectos supranacionales agregados, o bien, como sucedía en el caso de los comités, transmiten esa eficacia a las decisiones adoptadas con su intervención.

---

(97) El carácter colegiado de las agencias se concreta en una representatividad europea o nacional que varía de agencia en agencia. Esa estructura orgánica muestra cómo las agencias son foros para la composición de intereses, eso sí, circunscrita a su labor eminentemente científico-técnica; es decir, las agencias no son foros para defender intereses nacionales. Esta conclusión es la que permite considerar el importante factor cooperativo que tiene lugar dentro de la agencia, lo que contribuye a la estabilidad institucional.

(98) Que la base jurídica del art. 114 del TFUE (antiguo art. 95) podría dar lugar a medidas de aproximación de legislaciones que comprendan la obligación de establecer un modelo organizativo determinado, no es nuevo, pues ya la STJCE de 9 de agosto de 1994 (C-359/92) alcanzó esta conclusión. Con anterioridad, la STJCE de 12 de junio de 1990 (C-8/88) mantuvo que los Estados están obligados a proporcionar la organización administrativa necesaria para garantizar la correcta aplicación del Derecho comunitario.

(99) No es infrecuente que la doctrina distinga entre agencias y redes europeas. Sin embargo, esa distinción ha ido perdiendo importancia, en la medida en que la constitución de redes se ha ido institucionalizando en el marco de las agencias reguladoras y de las administraciones independientes. En este sentido, W. WEISS (2009: 47) y H.C. HOFMANN y A. TÜRK (2006b: 91).

## V.5. La Administración independiente. Autoridades independientes y «redes» de autoridades independientes

La Comisión califica a las agencias como entidades descentralizadas e independientes. Esta calificación no se ajusta a la realidad, aunque no se puede desconocer que esta cuestión doctrinalmente está lejos de ser pacífica. E. CHITI (2004: 403) considera que uno de los grandes errores de la inadecuada conceptualización utilizada en este marco es la identificación entre agencias europeas y autoridades independientes. De hecho, desde el punto de vista institucional, las agencias se distinguen de las Administraciones independientes por la posición que asume la Comisión en relación con las primeras. Las agencias no gozan de una posición de independencia garantizada respecto de la propia Comisión, pues ésta mantiene una posición jerárquica prevalente, sin perjuicio de la autonomía de que puedan gozar.

Las autoridades independientes, por el contrario, se caracterizan por ser precisamente eso, plenamente independientes, y por ejercer sus funciones de forma ajena a cualquier influencia de terceros o cualquier injerencia política (100). Así lo mantienen las SSTJUE de 3 de diciembre de 2009 (C-424/07, Comisión v. Alemania) y de 9 de marzo de 2010 (C-518-02, Comisión v. Alemania). Es más, aunque la existencia y las condiciones de funcionamiento de estas autoridades debe ser garantizada por el legislador estatal, esa facultad queda constreñida por la atracción de la ordenación de las autoridades independientes al ámbito supranacional.

La independencia funcional tiene un efecto ambivalente. Por un lado, el sistema remarca su independencia respecto de las autoridades del Estado de pertenencia. Por otro lado, el desarrollo del sistema europeo debilita a las autoridades independientes nacionales en el plano supranacional, donde las decisiones se toman de forma colectiva. Así pues, las autoridades nacionales se transforman en elementos constitutivos de esa estructura común y son terminales operativos de las decisiones tomadas en aquel nivel. En otras palabras, operan como ejecutantes de las decisiones que contribuyen a legitimar. Esto significa tres cosas: 1.<sup>a</sup>) Que la independencia se reduce en sede europea; 2.<sup>a</sup>) Que ello se debe a que estas disciplinas están plenamente europeizadas; y 3.<sup>a</sup>) Que esa europeización favorece el desarrollo de una «red» de relaciones funcionales horizontales y verticales que exigen una alta coordinación para lograr una aplicación uniforme.

Una de las características que define la estructura administrativa de las autoridades independientes es su heterogeneidad. Esa variabilidad es detectable tanto en la propia regulación de la organización de las autoridades nacionales, como en el propio marco europeo. En cuanto al primer extremo, cabe poner de relieve que la ordenación de las autoridades nacionales en el plano organizativo suele ser relativamente débil.

---

(100) La fuente de la existencia misma de las autoridades independientes es variable. En algún caso, el Tratado así lo prevé (el art. 130 del TFUE en relación con el Banco Central Europeo y los Bancos Centrales nacionales, o el art. 16.2 del TFUE en materia de protección de datos de carácter personal). En otros casos, cabe deducir esa obligación de las normas de Derecho derivado [Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, en materia de libre competencia (art. 35), o de la Directiva 2005/2009, de 11 de mayo, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (art. 11)] (G. VESPERINI: 2011, 98). Finalmente, en otros casos, la independencia de la autoridad nacional no es fijada por las normas europeas, pero es inferible de la relación que deben mantener con los operadores económicos [SSTJCE de 10 de septiembre de 2004 (C-389/04, Comisión v. Francia) y de 27 de octubre de 1993 (C-69/91, Decoster)].

Dicho de otra manera, la obligación de crear una estructura organizativa con funciones independientes suele ser incompleta a nivel europeo y queda en manos estatales. No obstante, según los casos, las normas europeas pueden dictar alguna prescripción principal sobre las condiciones de efectividad del ejercicio de las funciones atribuidas (101).

Respecto a la integración de las autoridades nacionales en un sistema común europeo, no puede decirse que exista tampoco un sistema claro, sino, más bien, una aproximación plural y casuística. Además, esa integración en sede europea no es un elemento definitorio en todos los ámbitos del mercado. Cabría decir que las Administraciones independientes tienen una presencia heterogénea en el mercado interior también desde el punto de vista de su presencia a nivel nacional y europeo en ámbitos materiales comunes:

- a) En algunos mercados sectoriales coexisten autoridades independientes en el nivel nacional del mercado junto con la Comisión en el nivel europeo. El mejor ejemplo es el Derecho de la competencia; otras veces es el propio Derecho europeo el que exige que ciertos mercados sectoriales nacionales estén gobernados por autoridades independientes creadas por cada Estado miembro, pero el mismo Derecho Europeo no exige autoridades independientes a nivel europeo. Es el caso del sector postal o del sector ferroviario. En estos casos las relaciones entre las autoridades nacionales y la Comisión se articulan a través de procedimientos más o menos formalizados, pero no existe una estructura organizativa a nivel europeo como en el siguiente grupo. El «efecto red» es netamente procedimental.
- b) En otros ámbitos se combinan Administraciones independientes a nivel nacional del mercado con una Administración o «autoridad independiente» en el ámbito europeo. En estos casos, por el momento lo más correcto es hablar de una tendencia hacia un sistema común europeo de poderes públicos independientes, pudiéndose observar varios tipos. Desde el punto de vista funcional, puede decirse que todos los tipos organizativos que se van a describir gozan de un fundamento funcional común. Una clasificación de estas estructuras organizativo-procedimentales ha sido elaborada por E. CHITI (2006) considerando dos elementos. Aquí se asume, aunque con algunos matices: 1.º) La naturaleza de los organismos europeos involucrados con creación de algún tipo de estructura organizativa, con especial referencia al papel otorgado a la Comisión: desde este punto de vista, se plantean cuestiones como la idoneidad de la independencia atribuida a nivel comunitario, como, en sentido opuesto, los

---

(101) En algunos casos las normas europeas prevén que las autoridades nacionales dispongan de los medios o recursos necesarios, mientras que en otros la previsión es más detallada, haciendo alusión a medios personales y financieros. Finalmente, en casos como los de los Bancos Centrales o en el mercado de la energía eléctrica se establecen normas sobre la duración del mandato de sus miembros o la renovación y revocación de los mismos. Tampoco es infrecuente que la normativa europea deje abierta esta regulación y remita a los Estados miembros la posibilidad, por ejemplo, de optar por una pluralidad o una única autoridad (art. 35 de la Directiva 2009/72, sobre el mercado interior de la energía eléctrica); o bien de escoger entre una autoridad pública y un organismo privado delegado del primero (art. 48 de la Directiva 2004/39, relativa a los mercados de los instrumentos financieros; art. 7 de la Directiva 2004/54, relativa a los requisitos mínimos de seguridad para los túneles de la red de carreteras transeuropea; arts. 16 y 17 de la Directiva 97/67, relativa a las reglas comunes para el desarrollo del mercado de los servicios postales comunitarios).

límites de esa independencia con dos orientaciones, primera, entre las instituciones y organismos europeos y, segunda, con las autoridades independientes nacionales; y 2.º) Las características de la actuación que corresponde a las autoridades nacionales y el grado de independencia funcional; la idea del equilibrio de poderes se manifiesta aquí en toda su intensidad, pues las soluciones organizativas buscan la armonización de una solución que evite la atracción de la competencia a un único organismo independiente centralizado, al tiempo que sortea los problemas que la atribución descentralizada de competencias puede tener para la construcción de un mercado interior (102). Empleando ambos criterios, E. CHITI (2006) identifica tres tipos de autoridades independientes, aunque aquí se asumen sólo dos (103):

1. Aquel que se caracteriza por la creación de una institución europea dotada de independencia (sistema europeo de bancos centrales, seguridad alimentaria) y articulada internamente con la incorporación de las autoridades nacionales a las que se atribuyen específicas competencias. Las relaciones desde el punto de vista organizativo y procedimental permiten hablar de una administración unitaria, garantizada por la posición de preeminencia que se confiere a la entidad europea. La independencia otorgada tanto a la propia entidad europea, como a las autoridades nacionales es importante, explicando el discreto papel de la Comisión (funciones de gestión en el caso de la seguridad alimentaria o prácticamente inexistentes en el caso del Banco Central).
2. Los denominados «conciertos europeos de reguladores» (telecomunicaciones, energía) no constituyen realmente una entidad independiente, sino un «cole-

---

(102) La intervención ponderada del legislador europeo, por tanto, tiene varios elementos positivos. El primero, combinar una organización mixta y variable a nivel comunitario con las estructuras organizativas y funcionales a nivel nacional. El segundo, el recurso a múltiples mecanismos (procedimentales) que aseguran la distribución de competencias y la participación de todas las administraciones. Ambos efectos no hacen desaparecer los elementos problemáticos: la multiplicación de organismos competentes, burocracia, disparidad de regímenes jurídicos...

(103) El último tipo identificado por E. CHITI se refiere al Derecho de la competencia. Aquí, el legislador comunitario no ha creado ninguna autoridad independiente, ni una «red» de autoridades nacionales organizadas colegiadamente, aquí las funciones se singularizan a nivel europeo en la Comisión, asistida por el respectivo comité sectorial. Aunque la competencia corresponde a la Comisión, de forma delegada se confieren competencias a las autoridades nacionales con base en el principio de «centro de gravedad de la infracción» (arts. 101 y 102 del TFUE) organizadas en red en el seno de la *European Competition Network*. Como regla general, la competencia es ejercida por las autoridades nacionales de forma coordinada entre ellas, mientras que la Comisión es competente para conocer de las infracciones que tengan relevancia comunitaria. En todo caso, la Comisión mantiene una posición de clara supremacía (por ejemplo, avocación de un asunto en el que puedan estar involucradas varias autoridades nacionales, sin que exista acuerdo entre ellas sobre quién debe ser la competente).

Aquí, sin embargo, no se asume este supuesto por varios motivos: 1.º) La Comisión ejerce sus competencias con la misma independencia que lo haría en cualquier otra materia en la que goza de competencias exclusivas; 2.º) No existe ningún elemento estructural a nivel europeo en el que se localice el ejercicio de competencias con independencia; el «efecto red» es el resultado de la ordenación de la participación de las autoridades nacionales a través de procedimientos compuestos de acuerdo con la Nota de la Comisión «On cooperation within the Network of Competition Authorities» (2004/C 101/03). En otras palabras, es un buen ejemplo de organización cooperativa en red de la actuación administrativa (M. RUFFERT: 2008,93), sin la creación a nivel europeo ni de una autoridad independiente de la Comisión, ni de una estructura organizativa más o menos institucionalizada en la que se articule el ejercicio de aquellas funciones independientes. Esto significa que aquí las relaciones multinivel se estructuran de forma dinámica, lo que nos ubica en el supuesto de la letra a) del texto principal.

gio» formado por los directores de las autoridades nacionales (Grupo de los reguladores europeos), asistida por uno o más comités, que goza de una independencia parcial. Se trata, como se habrá podido deducir, de una estructura organizativa flexible y simple (no goza de personalidad jurídica), al mismo tiempo que compleja, tanto por su vinculación con la Comisión, como con las autoridades nacionales; es un embrión de autoridad independiente. El protagonismo es adquirido por la coordinación de las autoridades nacionales en el seno del Grupo, integrando una suerte de «Administración unitaria», que no es más que el resultado de la apertura horizontal de las Administraciones nacionales, configurando una «red» de reguladores(104). El Grupo asume funciones de consulta y asistencia, así como de coordinación, que le otorgan una cierta posición de preeminencia en relación con el resto de actores. Sin embargo, la independencia asumida por este organismo es limitada. Realmente, el mayor grado de independencia lo mantienen las autoridades nacionales y, en menor medida, la propia Comisión. De hecho, la menor independencia del Grupo favorece la posición de preeminencia funcional creciente que adquiere la Comisión.

En definitiva, la Administración independiente se caracteriza por la creación de estructuras organizativas complejas dotadas de independencia funcional (incluso dotadas de cierta informalidad) articuladas a través de procedimientos compuestos (dimensión estructural y dinámica), cuyas decisiones gozan de eficacia supranacional agregada.

## VI. Conclusiones

La UE es escenario del surgimiento de un nuevo paradigma de Administración desestatalizada y desterritorializada, cooperativa, policéntrica, multinivel y pluralista. Asistimos a la configuración de una compleja Administración integrada en el espacio administrativo europeo que se ordena unitariamente a través de una intensa cooperación funcional y mediante figuras jurídicas de composición y codependencia (una intensa cooperación procedimental, aunque también crecientemente de tipo organizativo).

Ese nuevo paradigma es producto de la intensa administrativización sufrida por la UE, luego ratificada en el Tratado de Lisboa, y su correlativa plasmación en una estrategia regulativa centrada en la regulación de contenidos procedimentales y organizativos. El protagonismo jurídico de estas cuestiones ha condicionado nuestro análisis desde la perspectiva de los principios de responsabilidad y coherencia apuntalados por el Tratado de Lisboa, en la medida en que estos principios son los que ordenan la distribución de competencias y la imputación de responsabilidades en función de las facultades atribuidas, del mismo modo que determinan el régimen de las relaciones interadministrativas en el marco de un sistema complejo y multinivel.

Desde este punto de vista, hemos podido constatar que los Tratados no imponen un modelo de Administración único, aunque sí establecen principios que condicionan cualquier solución asumida por el legislador europeo: 1.º) Mediante la generalización de la compartición competencial, se predetermina un modelo integrador de relaciones

---

(104) El modelo de organización en red implica una estructuración organizativa de articulación integradora que en este segundo tipo adquiere relevancia específica, como manifestación única de la débil institucionalización existente.



multinivel fundamentalmente cooperativas; esto no quiere decir que se proscriban las relaciones de subordinación que colocan a la Comisión y sus organismos en una posición preeminente de supervisión, de resolución de conflictos, etc., sino que éstas tienen carácter secundario; 2.º) A través de una flexibilización de las posibles soluciones implementativas y organizativas, si bien necesariamente abiertas a la interconexión de los distintos niveles administrativos; esta conclusión nos ha permitido afirmar la superación del dualismo ejecución directa-ejecución indirecta.

Otra de las características jurídicas de la Administración del espacio administrativo europeo es la supranacionalidad de las actuaciones administrativas. La noción de supranacionalidad define el ejercicio de poder público *pro unione*. Los efectos que confiere la supranacionalidad atribuible a la actuación administrativa del espacio administrativo europeo son variables, desde una supranacionalidad plena (identificable con la actuación de las instituciones y organismos europeos) a una supranacionalidad limitada (propia de la tradicional ejecución indirecta del Derecho Europeo), pasando por los efectos transnacionales que el Derecho Europeo confiere a actuaciones de las Administraciones nacionales (la Administración del principio de reconocimiento mutuo) y terminando con la que hemos denominada supranacionalidad agregada (caracterizada por la integración y co-dependencia procedimental y estructural de los distintos ámbitos administrativos).

La sectorialización y asistematicidad que caracteriza al Derecho Europeo ha orientado metodológicamente nuestro análisis hacia la realización de una construcción inductiva que, del examen de las formas de actuación administrativa en los distintos sectores, ha permitido identificar dos criterios jurídicos de actuación común. Dichos parámetros han permitido realizar una propuesta tipológica de manifestaciones de estructuras cooperativas de acción administrativa en el espacio europeo administrativo. En concreto, los criterios utilizados han sido: 1.º) La vertiente de la supranacionalidad en la que encaje la actuación administrativa; y 2.º) El mecanismo jurídico relevante que permite articular la cooperación administrativa, es decir, si la actuación administrativa se articula, fundamentalmente, a través de una ejecución integrada y cooperativa en el seno de procedimientos compuestos (dimensión dinámica) o mediante mecanismos orgánico-estructurales o institucionales (dimensión estructural).

Considerando estos criterios, se han distinguido cinco niveles de cooperación ordenados escalarmente (de menor a mayor intensidad), integradamente (los niveles más intensos incorporan variablemente a los inferiores) y no excluyente (los niveles menos intensos pueden incorporar elementos incidentales propios de tipos superiores): 1.º) La Administración compartida, basada en estructuras cooperativas articuladas mediante procedimientos compuestos verticales (*bottom-up* y *top-down*) con efectos supranacionales verticales plenos o limitados, según la Administración competente para resolver; 2.º) La Administración de reconocimiento mutuo, articulada a través de estructuras cooperativas principalmente procedimentales horizontales, determinante de actos con eficacia transnacional; 3.º) Los Comités Europeos, órganos comunitarios con composición transnacional que actúan a través de procedimientos compuestos (supranacionalidad agregada); 4.º) La integración descentralizada en que se deduce la creación de agencias reguladoras europeas, en cuanto estructuras organizativas complejas articuladas con mecanismos procedimentales compuestos (supranacionalidad agregada); y 5.º) Las organizaciones independientes que suponen la creación de estructuras organizativas complejas dotadas de independencia funcional articuladas a través de procedimientos compuestos (supranacionalidad agregada).

## Bibliografía

- AGUDO GONZÁLEZ, J. (2013): Sobre la europeización del Derecho y la evolución de la teoría del procedimiento administrativo, *REDE* 45.
- AUBY, J-B. (2005): I diritti amministrativi dell'Europa: una convergenza verso principi comuni?, FALCON, G., *Il Diritto Amministrativo dei Paesi Europei*, Milán: CEDAM.
- BAÑO LEÓN, J.M. (2011): Reserva de Administración y Derecho comunitario, *Working paper on European Law and Regional Integration WP IDEIR 7*.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. (2010): Towards a third generation of administrative procedure, ROSE-ACKERMANN, S., y LINDSETH, P., Cheltenham: Ed. Elgar Pub.
- BASSI, N. (2008): *Mutuo Riconoscimento e Tutela Giurisdizionale*, Milán: Giuffrè.
- BIGNAMI, F. (2004): Foreword: The Administrative Law of the EU, *L&CP* 68(1).
- BRITZ, G. (2008): Estructuras de la Unión Administrativa Europea en la regulación de los mercados de la energía alemán y europeo, VELASCO, F., y SCHNEIDER, J-P., *La Unión Administrativa Europea*, Madrid: Marcial Pons.
- CASSESE, S. (2003): Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?, *Rv. Tri. Dir. Pubbl.* 1.
- , (2004a): Il procedimento amministrativo europeo, BIGNAMI, F. y CASSESE, S., *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milán: Giuffrè.
- , (2004b): European Administrative Proceedings, *L&CP* 68(1).
- , (2004c): Tendenze e problema del Diritto Amministrativo, *Rv. Tri. Dir. Pubbl.* 4.
- , (2012): New Paths for Administrative Law: A Manifesto, *I-CON* 10(3).
- , (2013): El surgimiento y el desarrollo del Estado Administrativo en Europa, V. BOGDANDY, A. y MIR, O., *El Derecho Administrativo en el espacio jurídico europeo*, Valencia: Tirant.
- CHITI, E. (2004): Decentralization and Integration into the Community Administrations: A New Perspective on European Agencies, *European LJ* 10(4).
- , (2005): The relationship between National Administrative Law and European Administrative Law in Administrative Procedures, *EUI WP* 2005/10.
- , (2006): I «sistema comuni» europei di pubblici poteri indipendenti, BATTINI, S. y VESPERINI, G., *Lezioni di Diritto Amministrativo Europeo*, Milán: Giuffrè.
- CHITI, M.P. (2002): *Derecho Administrativo Europeo*, Madrid: Civitas.
- , (2004): Forms of European Administrative Action, *L&CP* 68(1).
- , (2005): Il diritto amministrativo dell'integrazione, FALCON, G., *Il Diritto Amministrativo dei Paesi Europei*, Milán: CEDAM.
- , (2007): L'organizzazione amministrativa comunitaria, CARTEI, G.F. y GALETTA, D-U., *Trattato di diritto amministrativo europeo*, tomo I, Milán: Giuffrè.
- , (2011): Lo Spazio amministrativo europeo, CHITI, M. y NATALINI, A., Gruppo di studio ASTRID «Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona».
- CRAIG, P. (2004): A New Framework for EU Administration: The Financial Reg. 2002, *L&CP* 68(1).
- , (2011): Delegated Acts, Implementing Acts and the New Comitology Regulation, *Eur. Law Rw.* 36.
- , (2012): *EU Administrative Law*, 2.ª ed., Oxford: University Press.
- DE LA SIERRA, S. (2005): The Constitutional Bases of European Administrative Law, *EUI WP* 2005/10.
- DELLA CANANEA, G. (2004): The European Unión's Mixed Administrative Proceedings, *L&CP* 68(1).
- , (2007): Dal territorio statale allo spazio giuridico europeo, CAMMELLI, M. *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna: Mulino.
- DE LUCIA, L. (2009): *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo. Saggio sul pluralismo amministrativo*, Turín: Giappichelli.
- FEHLING, M. y ARNOLD, S. (2008): Interrelaciones administrativas en el ordenamiento jurídico alemán, VELASCO, F., y SCHNEIDER, J-P., *La Unión Administrativa Europea*, Madrid: Marcial Pons.

- FRANCHINI, C. (2002): L'organizzazione amministrativa comunitaria, *Rv. Tri. Dir. Pubbl.* 3.
- , (2010): L'evoluzione dell'organizzazione amministrativa europea, STICCHI, S. y VETRÒ, F., *Lezioni di Diritto Amministrativo Europeo*, Turín: Giappichelli.
- FUENTETAJA PASTOR, J.A. (2007): *La Administración Europea. La ejecución europea del Derecho y las políticas de la Unión*, Madrid: Thomson-Civitas.
- , (2009): Hacia una Gobernanza Administrativa Europea, *RDUE* 16.
- GALERA RODRIGO, S. (1998): *La aplicación administrativa del Derecho comunitario. Administración mixta: tercera vía de aplicación*, Madrid: Civitas.
- GERADIN, D. (2005): The Development of European Regulatory Agencies: What the EU should learn from American Experience, *Columbia Journal of European Law* 11(1).
- HARLOW, C. (1998): European Administrative Law and the Global Challenge, *RSC WP 98/23*.
- HOFMANN, H.C.H. y TÜRK, A. (2006a): An introduction to EU administrative governance, HOFMANN y TÜRK, *EU Administrative Governance*, Cheltenham: Ed. Elgar Pub.
- , (2006b): Policy Implementation, HOFMANN y TÜRK, *EU Administrative Governance*, Ed. Elgar Pub.
- , (2006c): Europe's integrated administration, HOFMANN y TÜRK, *EU Administrative Governance*, Ed. Elgar Pub.
- , (2007): The Development of Integrated Administration in the EU and its Consequences, *Eur. LJ* 13(2).
- HOFMANN, H.C.H. (2008): Mapping the European Administrative Space, *West Eur. Politics* 31(4).
- , (2010): Seven challenges for EU Administrative Law, *REALaw* 2009/2.
- JOERGES, C. y NEYER, J. (1997): From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalization of Comitology, *European LJ* 3.
- KEESEN, A. (2009): *European Administrative Decisions*, Groningen: Eur. Law Pub.
- MAYNTZ, R. (1998): New Challenges to Governance Theory, *Eur. Uni. Inst. Jean Monnet Chair Paper* 98/50.
- PAREJO ALFONSO, L. (2012): *Transformación y ¿Reforma? del Derecho Administrativo en España*, Sevilla: Global Law Press.
- RÖHL, H.C. (2011): Conformity Assessment in European Product Safety Law, JANSEN, O. y SCHÖNDORF-HAUBOLD, B., *The European Composite Administration*, Cambridge: Intersentia.
- RUFFERT, M. (2008): De la Europeización del Derecho Administrativo a la Unión Administrativa Europea, VELASCO, F., y SCHNEIDER, J-P., *La Unión Administrativa Europea*, Madrid: Marcial Pons.
- , (2011): European Composite Administration: The Transnational Administrative Act, JANSEN, O. y SCHÖNDORF-HAUBOLD, B., *The European Composite Administration*, Cambridge: Intersentia.
- SAVINO, M. (2006): I comitati europei e il *procedural supranationalism*: il «terzo» carattere della sovranazionalità europea, BATTINI, S. y VESPERINI, G., *Lezioni di Diritto Amministrativo Europeo*, Milán: Giuffrè.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (2003): *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Madrid: Marcial Pons.
- , (2006): Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del Derecho Administrativo, BARNÉS VÁZQUEZ, J., *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Sevilla: Global Law Press.
- , (2011): European Composite Administration and the Role of European Administrative Law, JANSEN, O. y SCHÖNDORF-HAUBOLD, B., *The European Composite Administration*, Cambridge: Intersentia.
- SCHNEIDER, J-P. (2007): Regulation and Europeanisation as Key Patterns of Change in Administrative Law, RUFFERT, M., *The Transformation of Administrative Law in Europe*, Groningen: Eur. Law Pub.

- , (2008): Estructuras de la Unión Administrativa Europea, VELASCO, F. y SCHNEIDER, J-P., *La Unión Administrativa Europea*, Madrid: Marcial Pons.
- , (2009): A Common Framework for Decentralized EU Agencies and the *Meroni* Doctrine, *Administrative Law Review* 61.
- SCHÖNDORF-HAUBOLD, B. (2011): Common European Administration: The European Structural Funds, JANSEN, O. y SCHÖNDORF-HAUBOLD, B., *The European Composite Administration*, Cambridge: Intersentia.
- SCHÜTZE, R. (2006): Co-operative Federalism Constitutionalised: The Emergence of Complementary Competences in the EC Legal Order, *European Law Rev.* 31.
- , (2009): On «Federal» Ground: The EU as an (Inter)National Phenomenon, *CMLR* 46.
- , (2010): From Rome to Lisbon: «Executive Federalism» in the (New) EU, *CMLR* 47.
- SCHWARZE, J. (2006): *European Administrative Law*, Londres: Sweet and Maxwell.
- SOMMER, J. (2011): Information cooperation procedures, JANSEN, O. y SCHÖNDORF-HAUBOLD, B., *The European Composite Administration*, Cambridge: Intersentia.
- SOMMERMANN, K-P. (2012): El desarrollo de una cultura administrativa europea, <http://www20.gencat.cat/docs/eapc/Home/Publicacions>.
- STICCHI DAMIANI, S. (2006): *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario*, Turín: Giappichelli.
- VAGALUZZA, S. (2008): *La frammentazione della fattispecie nel Diritto Amministrativo a conformazione Europea*, Milán: Giuffrè.
- VESPERINI, G. (2011): *Il vincolo europeo sui diritti amministrativi nazionali*, Milán: Giuffrè.
- VON BOGDANDY, A. (2000): Notas sobre la Ciencia del Derecho Europeo, *Teoría y Realidad Constitucional* 5.
- , y DANN, P. (2008): International Composite Administration, *German LJ* 9(11).
- , y HUBER, P.M. (2013): Estado, Administración y Derecho Administrativo en Alemania, V. BOGDANDY y MIR, O., *El Derecho Administrativo en el espacio jurídico europeo*, Valencia: Tirant.
- , (2013): El Derecho Administrativo en el Espacio Jurídico Europeo, V. BOGDANDY y MIR, O., *El Derecho Administrativo en el espacio jurídico europeo*, Valencia: Tirant.
- VOSSKUHLE, A. (2007): The reform approach in the German Science of Administrative Law, RUFFERT, M., *The Transformation of Administrative Law in Europe*, Groningen: Eur. Law Pub.
- WEISS, W. (2009): Agencies versus Networks: From Divide to Convergence in the Administrative Governance in the EU, *Admi. Law Rev.* 61.
- WETTNER, F. (2011): The General Law of Procedure of EC Mutual Administrative Assistance, JANSEN, O. y SCHÖNDORF-HAUBOLD, B., *The European Composite Administration*, Cambridge: Intersentia.

Trabajo recibido el 10 de julio de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Integrazio europarraren prozesua sendotzea eta eskumenak modu zaballean partekatzea dira Europako Zuzenbidea administrazioan ezartzeko oinarri, «espazio administratibo europarra» delakoaren esparruan. Ikuspegi horretatik, doktrina alemaniarrek espazio juridiko europartzat jotakoak zentralizatu gabeko eta lurraldeen arabekoa ez den administrazio-paradigma berri bat sorraraziko luke, lankidetzan oinarritutakoa eta maila anitzekoa. Lan honetan, hiru mailatan aztertzen da gai hori: 1) Espazio administratibo europarrako administrazioaren lankidetzak ekintza zuzentzen duten printzipio «konstituzionalekin» identifikatzea; 2) Zuzenbide europarra oso heterogeneoa denez, eraikuntza inductibo bat egitea, sektore desberdinetako administrazio-jardueraren moduak aztertuta, lankidetzak jarduerako irizpide juridiko komunak aurkitu ahal izateko; 3) Parametro komun horietatik abiatuta, antolaketaren eta prozeduraren ikuspegitik berezkoak diren eta sektore materialetan partekatzen diren lankidetzak-jardueraren motekin identifikatzea.

**HITZ GAKOAK:** Espazio administratibo europarra. Administrazio integratua eta komuna. Maila anitzeko lankidetzak. Lankidetzako administrazioaren motak.

**RESUMEN:** La consolidación del proceso de integración europea y la amplia compartición competencial son la base para una implementación administrativa integrada del Derecho Europeo, articulada en el que se ha venido en denominar como «espacio administrativo europeo». Desde este punto de vista, la creación de lo que la doctrina alemana ha denominado como un espacio jurídico europeo tendría su correlato en un nuevo paradigma de Administración desestatalizada y desterritorializada, cooperativa y multinivel. En el presente trabajo, se afronta esta cuestión en tres niveles: 1.º) Con la identificación de los principios «constitucionales» que gobiernan la acción cooperativa de la Administración del espacio administrativo europeo; 2.º) Debido a la heterogeneidad que caracteriza al Derecho Europeo, con la realización de una construcción inductiva que, del examen de las formas de actuación administrativa en los distintos sectores, permita identificar criterios jurídicos de actuación cooperativa común; y 3.º) A partir de dichos parámetros comunes, con la identificación de tipos de actuación cooperativa característicos desde el punto de vista organizativo-procedimental compartidos en los distintos sectores materiales.

**PALABRAS CLAVE:** Espacio administrativo europeo. Administración integrada y común. Cooperación multinivel. Tipos de administración cooperativa.

**ABSTRACT:** The consolidation of the European integration process and the broad sharing of powers are the basis for an integrated administrative implementation of European law articulated in which has been called «European Administrative Space». From this point of view, the creation of what the German doctrine refers to as an European legal space might have its correlative in a new paradigm of a non-state and deterritorialized, cooperative and multilevel administration. In this work we face this issue in three levels: 1) by identifying the «constitutional» principles which manage the cooperative action by the Administration within the administrative space; 2) due to the heterogeneity which defines European Law, by the realization of an inductive construction that from the analysis of the form of administrative action in different areas, let us identify the legal criteria of the common cooperative action and 3) from those mentioned common parameters, by identifying the characteristic types of cooperative action from an organizational and procedural point of view within the different material areas.

**KEYWORDS:** European administrative space. Common integrated administration. Multilevel cooperation. Types of cooperative administration.



# Obras públicas y ejecución de sentencias (Consideraciones a propósito de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2014)

Juan Manuel Alegre Ávila

**Sumario:** I. La sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo de 16 de mayo de 2014: ejecución de la sentencia de la sala de instancia que declaraba la ilegalidad de la licencia municipal de construcción de una biblioteca estatal.—II. Los argumentos de la sentencia para desestimar la pretensión de inejecución por causa de imposibilidad legal: extemporaneidad y fraude de ley en la invocación del régimen de los bienes de interés cultural.—III. El voto particular y las «particularidades del supuesto de autos»: obra pública, dominio público y bien de interés cultural: la existencia de una «razón jurídicamente atendible» como supuesto obstativo a la ejecución en sus propios términos de un pronunciamiento jurisdiccional firme: el juicio de proporcionalidad.—IV. Consideraciones sobre la cláusula «la ejecución en sus propios términos» y la imposibilidad de ejecución por causas legales: la inejecución por imposibilidad legal como una expropiación en sentido material: ponderación de intereses e indemnización.

## **I. La sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo de 16 de mayo de 2014: ejecución de la sentencia de la sala de instancia que declaraba la ilegalidad de la licencia municipal de construcción de una biblioteca estatal**

1. La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2014 [Sección Quinta; recurso de casación número 1.621/2013; ponente: Peces Morate] declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria y la Administración General del Estado contra el Auto de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, de 14 de febrero de 2013, dictado en ejecución de la Sentencia pronunciada por la Sala de instancia con fecha de 10 de octubre de 2002 [recurso contencioso-administrativo número 814/1998], por el que se deniega la solicitud de declaración de imposibilidad legal de ejecutar dicha sentencia planteada por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria. A la Sentencia del Tribunal Supremo se formula Voto Particular por el magistrado Suay Rincón, al que se adhiere el magistrado, y presidente de la Sección Quinta, Fernández Valverde.

2. Los hechos de que trae causa la Sentencia del TS de 16 de mayo de 2014 son, en síntesis, los que siguen.

- La Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, de 10 de octubre de 2002 [recurso contencioso-administrativo número 814/1998] anuló la licencia otorgada por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria para la construcción de un edificio destinado a biblioteca estatal. La anulación era consecuencia de la disconformidad del proyecto con la ordenación urbanística vigente, tal y como se razona en el fundamento jurídico tercero de la sentencia de instancia, reproducido en el Antecedente de hecho segundo de la sentencia del Supremo.
- La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2006 [recurso de casación número 2.014/2003] declaró no haber lugar a los recursos de casación interpuestos frente a la sentencia de instancia por el Abogado del Estado y por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria [Antecedente de hecho tercero].
- De resultas de una modificación del planeamiento urbanístico, el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria solicitó de la Sala sentenciadora la declaración de inejecución material de la Sentencia de 2002. El Auto de la Sala de instancia de 16 de septiembre de 2008 acordó «no haber lugar a declarar la nulidad de las determinaciones del planeamiento vigente en relación a la parcela [declaración instada por la comunidad de propietarios recurrente] y declarar inejecutable por imposibilidad material la sentencia recaída en los autos, cuya indemnización sustitutoria se fijaría por los trámites del artículo 105.2 de la Ley Jurisdiccional en relación con el artículo 713 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil» [Antecedente de hecho cuarto]. El recurso de súplica deducido frente a dicho Auto por la comunidad de propietarios recurrente en la instancia fue desestimado por Auto de 1 de julio de 2009.
- Interpuesto recurso de casación frente a los Autos de la Sala de instancia de 16 de septiembre de 2008 y 1 de julio de 2009 por la comunidad de propietarios, fue estimado por la Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2010 [recurso de casación número 6.528/2009], que declaró que «la ordenación de la parcela, en la que se sitúa el edificio de la Biblioteca Pública del Estado [...], es nula de pleno derecho por haberse aprobado para eludir el cumplimiento de la referida sentencia de fecha 10 de octubre de 2002, la que debe ejecutarse inmediatamente con demolición de lo construido al amparo de la licencia municipal anulada por dicha sentencia» [Antecedente de hecho séptimo]. Los Antecedentes de hecho octavo a undécimo extractan los fundamentos en que se basa el meritado pronunciamiento.
- Desatendido por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria el requerimiento de ejecución formulado por la Providencia de 18 de marzo de 2011, reiterada, ante la solicitud de la comunidad de propietarios, por la de 7 de julio de 2011, el Auto de la Sala sentenciadora de 1 de diciembre de 2011 acordó «requerir al Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria para que lleve a puro y debido efecto la sentencia recaída en los presentes autos» con la



- «expresa advertencia de que el incumplimiento de la obligación que esta resolución impone al Sr. Alcalde determinaría remitir testimonio de particulares al Ministerio Fiscal, por si los hechos fueran constitutivos de un delito de desobediencia grave, así como la imposición de multas por importe de quinientos euros que será reiterada cada veinte días» [Antecedente de hecho duodécimo].
- El Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria solicita, con citas de la Constitución, de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español y del Código Penal, que se declare «la imposibilidad legal de ejecutar» la Sentencia de 2002, así como «la apertura de la pieza separada para indemnizar, en su caso, los daños y perjuicios que tal inejecución pudiera representar a la parte recurrente» [Antecedente de hecho decimotercero]. Por Providencia de 29 de febrero de 2012 la Sala de instancia declara «no [haber] lugar a acceder a lo solicitado dado que esta Sala se ha de limitar a dar cumplimiento a lo acordado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 17 de noviembre de 2010», por lo que «procede dar cumplimiento a lo prevenido en Auto de fecha 1 de diciembre de 2011, y como consecuencia de ello imponer al Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria una primera multa coercitiva en cuantía de quinientos euros» [Antecedente de hecho decimocuarto].
  - Amén de solicitar «la suspensión de la ejecución en virtud de un acuerdo transaccional al que había llegado con la Comunidad de Propietarios demandante», el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria formaliza recurso de reposición contra la Providencia de 29 de febrero de 2012 [Antecedente de hecho decimoquinto]. Un recurso frente al que el Abogado del Estado manifiesta su no oposición; oposición que, por el contrario, es sustentada por la comunidad de propietarios recurrente [Antecedente de hecho decimosexto]. El Auto de la Sala de instancia de 14 de febrero de 2013 desestima el referido recurso de reposición [Antecedente de hecho decimoséptimo], con base en los argumentos que sintetiza el Antecedente de hecho decimoctavo.
  - Por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria y el Abogado del Estado se deducen sendos recursos de casación frente al Auto de 14 de febrero de 2013, y por la comunidad de propietarios interesada las pertinentes oposiciones [Antecedentes de hecho decimonoveno y vigésimo]. Los Antecedentes de hecho vigesimoprimero a vigesimotercero dan cuenta de las razones de las respectivas posturas.

## **II. Los argumentos de la sentencia para desestimar la pretensión de inejecución por causa de imposibilidad legal: extemporaneidad y fraude de ley en la invocación del régimen de los bienes de interés cultural**

1. La Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2014, como se ha adelantado, desestima los recursos de casación interpuestos por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria y por el Abogado del Estado. Ambos recursos se entablan al amparo del artículo 87.1 c) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 [en adelante, LJCA], que declara susceptibles de recurso de casación, «en los mismos supuestos previstos en el

artículo anterior», los Autos «recaídos en ejecución de sentencia, siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta». Tal como explica el fundamento de derecho primero, entienden los recurrentes que «el auto recurrido contradice lo ejecutoriado al haberse negado a sustanciar un nuevo incidente de imposibilidad legal de ejecutar la sentencia, en contra de lo establecido concordadamente [*sic*] en los artículos 105.2 y 109 de la misma Ley [la LJCA], que, contrariamente a lo declarado por la Sala de instancia en el auto recurrido, permiten el planteamiento de sucesivos incidentes de imposibilidad legal de ejecutar una sentencia mientras no conste en autos la total ejecución de los mismos».

Una tesis que para el Tribunal Supremo «resulta inadmisibles por ser contraria abiertamente a la literalidad y a la finalidad de lo dispuesto en los referidos artículos 105.2 y 109 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa».

A partir de la contraposición entre los artículos 105.2 y 109 LJCA [«Es evidente que en este último precepto sólo se contempla el planteamiento de cuestiones que no contraríen el contenido del fallo de la sentencia y nada es más contrario a aquél que la imposibilidad de ejecutarlo»], se plantea, a fin de justificar el aserto antes transcrito, si es posible, tal como pretendían los recurrentes en casación, «al amparo de lo establecido en el artículo 105.2 [...] promover sucesivos incidentes tendentes a declarar la imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia», habida cuenta, tal como el propio Tribunal Supremo ha aceptado, de que «el plazo de dos meses, establecido por el citado artículo 105.2 de la Ley Jurisdiccional, no es un plazo de caducidad absoluto, de manera que su inobservancia, si está justificada, no impide promover, transcurrido el plazo de dos meses, el incidente de imposibilidad legal o material de ejecutar las sentencias».

Interrogante que, aplicado al caso considerado, se despacha con una respuesta negativa:

«No es este el supuesto que nos ocupa, sino que estamos ante un incidente ya sustanciado de imposibilidad legal de ejecutar una sentencia, en el que se decidió que no concurría la causa alegada y se declaró nula de pleno derecho la nueva ordenación urbanística de la parcela por tener la exclusiva finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia, y el planteamiento de un nuevo incidente por la misma Administración municipal con fundamento en una causa de imposibilidad legal que ya existía al tiempo de haberse promovido el incidente anterior».

Una pretensión, la de suscitar «un nuevo incidente por la misma Administración municipal con fundamento en una causa de imposibilidad legal que ya existía al tiempo de haberse promovido el incidente anterior», que, se dice, es contrario no sólo al artículo 105.2 LJCA sino a los artículos 118 de la Constitución y 103.2 y 3 LJCA pues «la ejecución de una sentencia firme no puede quedar supeditada indefinidamente a la promoción sucesiva de incidentes de imposibilidad legal o material de ejecución de una sentencia por causas existentes al momento de haberse promovido el primero».

2. Invocación extemporánea de la causa de imposibilidad legal de inejecución, pues, como óbice para admitir «el nuevo incidente de inejecución de la sentencia». Mas, en el fundamento de derecho segundo se examina también «si la razón, que ahora se ofrece por la Administración obligada al cumplimiento de la misma, es justifi-

cada aunque haya sido invocada extemporáneamente». Una razón que, según los recurrentes en casación, estriba en la improcedencia de demoler la construcción *ex* artículos 24.2 y 60.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español [en adelante, LHPHE] «al estar destinado el edificio ilegalmente construido a biblioteca de titularidad estatal y gozar ésta de un régimen jurídico igual al de los bienes inmuebles declarados de interés cultural». Conviene, antes de dar cuenta de los argumentos del Supremo, transcribir el tenor de los preceptos legales mencionados.

Dice el artículo 24.2 [inserto en el Título II: «De los bienes inmuebles] LPHE:

«En ningún caso podrá procederse a la demolición de un inmueble sin previa firmeza de la declaración de ruina [en los términos del precedente apartado 1] y autorización de la Administración competente, que no la concederá sin informe favorable de al menos dos de las instituciones consultivas a las que se refiere el artículo 3».

Por su parte, el artículo 60.1 [incluido en el Capítulo II, «De los Archivos, Bibliotecas y Museos», del Título VII, «Del Patrimonio Documental y Bibliográfico y de los Archivos, Bibliotecas y Museos»] LPHE tiene este texto:

«Quedarán sometidos al régimen que la presente Ley establece para los Bienes de Interés Cultural los inmuebles destinados a la instalación de Archivos, Bibliotecas y Museos de titularidad estatal, así como los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español en ellos custodiados».

3. La apelación a este argumento, sostiene el Tribunal Supremo, «encubre [...] un fraude de ley por tratar de aplicar al supuesto enjuiciado la literalidad de unos preceptos promulgados con otra finalidad».

Luego de transcribir [sin citarlo expresamente] unos pasajes del Preámbulo LPHE, el razonamiento del fundamento de derecho segundo se desglosa así:

- «No parece, pues, que el fin de esta Ley sea amparar la construcción de un edificio de nueva planta contrario a las disposiciones urbanísticas aplicables, y que, entre otras infracciones, ha eliminado zonas verdes y constituye una pantalla arquitectónica que cercena las vistas del litoral».
- «Es evidente que la finalidad de la cita Ley de Patrimonio Histórico Español es amparar las bibliotecas de titularidad del Estado bajo el presupuesto de que éstas se hayan construido legalmente y no parece que su objetivo sea permitir las edificaciones ilegales destinándolas a bibliotecas, archivos o museos estatales, pues, de lo contrario, quebraría el Estado de Derecho».
- Abundando en esta línea, el Tribunal Supremo recuerda que «el edificio, para el que se pidió en su día licencia municipal de construcción, tenía un uso previsto de biblioteca de titularidad estatal, licencia que fue concedida por el Ayuntamiento recurrente en contra de los informes técnicos, y cuya construcción, hasta ser terminada la obra, se continuó a pesar de que dicha licencia había sido impugnada en sede jurisdiccional por ser contraria a una serie de determinaciones urbanísticas», tal y como pusieron de relieve las Sentencias de instancia de 2002 y del Supremo de 2010.

En este punto, y a propósito de la situación de *litis pendencia* de la licencia municipal [la «construcción, hasta ser terminada la obra, se continuó a pesar de que dicha licencia había sido impugnada en sede jurisdiccional», remarca el inciso transcrito], es pertinente traer a colación lo que se dijo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2010, tal y como se recoge en el Antecedente de hecho octavo de la ahora reseñada:

«Dicha sentencia se basa, entre otros, en el siguiente fundamento jurídico sexto: <Aunque no se haya suspendido la ejecutividad de un acto impugnado en sede jurisdiccional, *ello no impide la precaución con la que debe proceder la Administración para evitar las consecuencias que pudiesen derivarse de la anulación de dicho acto. De lo contrario, habría que interpretar lo dispuesto en el artículo 130.1 de la Ley Jurisdiccional como una suspensión automática de la ejecutividad de los actos impugnados ante la inexorable pérdida de la finalidad legítima del recurso.*

>Si no se ha suspendido la ejecución de un acto y la Administración autora del mismo lo ejecuta o permite su total consumación, ha de ser muy consciente de que, al anularse aquél por sentencia, las cosas habrán de reponerse a su situación original aun a costa de demoler, como en el caso enjuiciado, una edificación y soportar todas las consecuencias derivadas de ello. De no ser así, el recurso jurisdiccional pierde su finalidad, que no es la de obtener una indemnización sustitutoria de la ejecución».

— Prosigue el argumento. A pesar de la vulneración por la licencia municipal de «una serie de determinaciones urbanísticas, entre otras las encaminadas a preservar zonas verdes y vistas del litoral, y, aunque tanto en la instancia como en casación se declaró la ilegalidad de la licencia concedida, la Administración urbanística, en contra de lo establecido en los artículos 103.1 y 118 de la Constitución, 3.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 103. 1, 2 y 3 de la Ley de esta Jurisdicción, aprueba una nueva ordenación urbanística con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia, que fue declarada nula en nuestra Sentencia de fecha 17 de noviembre de 2010 (recurso de casación 6.528/2009)». Anulación por el Tribunal Supremo de la «nueva ordenación urbanística» aprobada «con la finalidad de eludir el cumplimiento de la sentencia [la de instancia de 2002]» cuyo fundamento recuerdan, ahora, los Antecedentes de hecho noveno a undécimo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2014, cuya redacción es la siguiente.

«NOVENO. También se declar en el fundamento jurídico séptimo de la misma sentencia que: <Efectivamente, la fecha de la sentencia dictada en la instancia, que devino firme por no haber lugar a los recursos de casación interpuestos contra ella, es de fecha posterior a la construcción de la biblioteca pública, pero tanto la Administración municipal que la [la licencia] concedió como la Administración del Estado, titular de la misma, eran conscientes de que estaba planteado un litigio en el que se discutía la conformidad o no a derecho de la referida

licencia y la sentencia que lo pusiera fin podría ser estimatoria de la acción ejercitada, a pesar de lo cual se ejecutó la obra.

>La aprobación del planeamiento municipal, que ahora se esgrime como causa para declarar inejecutable la sentencia, tuvo lugar el 9 de marzo de 2005, es decir, dos años y medio después de que la Sala de instancia anulase la licencia por no ajustarse al planeamiento urbanístico vigente, aunque dicha sentencia se hubiese recurrido en casación>.

«DÉCIMO. Continúa declarando aquella nuestra sentencia, de fecha 17 de noviembre de 2010, que: <Con la aprobación del nuevo planeamiento municipal se levantaron los escollos que el planeamiento urbanístico anterior ofrecía para el otorgamiento de la licencia de obras y construcción del edificio destinado a biblioteca pública, a pesar de que, como certeramente expresa la representación procesal de la Comunidad recurrente al articular el motivo de casación aducido, el referido cambio 'no responde a eventuales circunstancias sobrevenidas en el desarrollo de la ciudad' sino al designio de conferir cobertura a una actuación declarada contraria a derecho por sentencia.

>No compartimos la apreciación de la Sala de instancia acerca de que '*el objeto de este incidente cuenta con un importante componente subjetivo*' [la cursiva en el original], pues no se trata de enjuiciar intenciones sino de constatar hechos y éstos son los que hemos dejado expuestos: un cambio de la ordenación urbanística de un singular y concreto ámbito, que ampara el otorgamiento de una licencia de edificación que había sido anulada por ser contraria al ordenamiento existente al ser otorgada, vigente también cuando se pronunció la sentencia anulatoria.

>De tales circunstancias se deduce que el cambio o alteración del planeamiento tuvo como finalidad eludir el cumplimiento de la sentencia, y, por consiguiente, los autos recurridos contradicen los términos del fallo que se trata de ejecutar, por lo que el motivo de casación alegado debe prosperar y los referidos autos deben ser anulados, resolviendo nosotros lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, que se circunscriben a enjuiciar la solicitada nulidad de las determinaciones del planeamiento contenidas en el vigente Plan General en relación a la parcela y edificio litigioso, a resolver el incidente de inejecución de la sentencia por imposibilidad legal y a la demolición reiteradamente pedida de la edificación levantada al amparo de la licencia declarada contraria a Derecho>.

«UNDÉCIMO. Finalmente, en el noveno fundamento jurídico de la mencionada sentencia de fecha 17 de noviembre de 2010 declaramos que: <Todas esas cuestiones han de recibir respuesta y solución coherente con lo ya expresado al examinar el motivo de casación esgrimido.

>En resumen, no cabe apreciar la causa de inejecución de la sentencia firme porque la aprobación de la nueva ordenación urbanística del ámbito en cuestión no tuvo otra finalidad que eludir el cumplimiento de una sentencia, cuya ejecución en forma específica y plena impone la demolición de la edificación destinada a biblioteca pública, según lo establecido en los artículos 103.4 y 5, 105.1 y 2, 108 y 109 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y la interpretación jurisprudencial recogida, entre otras, en las Sentencias de esta Sala anteriormente citadas>».

- Anulación, por tanto, en el seno del [primer] incidente de imposibilidad legal de ejecución, de la nueva ordenación urbanística aprobada con la finalidad de no ejecutar la Sentencia de instancia de 2002, tras de lo cual, continúa el fundamento de derecho segundo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2014, la Administración municipal «ahora invoca, para perseverar en el incumplimiento de la sentencia, lo dispuesto en el artículo 46 de la Constitución, la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español y hasta los preceptos del Código Penal que tipifican los daños al patrimonio histórico, *cuestiones todas que no guardan relación alguna con el hecho inicial de haber concedido una licencia ilegal ni con su intento de ampararla después con una ordenación urbanística ad hoc para evitar la ejecución de la sentencia firme, que declaró ilegal aquella licencia anulándola*».
- Y concluye el Supremo con una declaración de principios:

«Esta Sala es consciente de los conflictos que plantean las actuaciones administrativas jurisdiccionalmente declaradas ilegales cuando los hechos se han consumado, como sucede en este caso con el edificio destinado a biblioteca de titularidad estatal, pero nuestro cometido institucional (artículo 117 de la Constitución) es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado y no amparar o dar cobertura a actuaciones ilegales».

4. El fundamento de derecho tercero examina otro de los argumentos esgrimidos por los recurrentes para sostener que el Auto impugnado en casación es «contrario a lo resuelto en la sentencia», a saber, que «no toda sentencia anulatoria de una licencia de obras ilegal comporta la demolición de lo edificado a su amparo, ante todo si, como en este caso, se trata de un inmueble declarado bien de interés cultural por ministerio de la ley, cual es una biblioteca de titularidad estatal», en cuyo supuesto, y para evitar la demolición contraria al artículo 24.2 LPHE, «la forma de ejecutar la sentencia [...] debe ser una congrua indemnización».

Argumento frente al que el Tribunal Supremo arguye que «ninguna razón existe para excluir de la demolición una obra cuya licencia fue jurisdiccionalmente declarada ilegal por el hecho de que el uso asignado a dicha edificación ilegal sea albergar un archivo, museo o biblioteca de titularidad estatal, ya que la protección conferida a éstos por la citada Ley de Patrimonio Histórico Español presupone que la construcción o edificación, que lógicamente es previa o anterior a su uso, sea conforme al ordenamiento jurídico, de manera que no es sostenible, como sostienen los recurrentes, que, una vez que se haya instalado el uso protegido (archivo, museo o biblioteca), el edificio resulta legalizado, y por ello la demolición consiguiente a la ejecución de la sentencia, que declaró ilegal la licencia de obra, se haya de sustituir por una indemnización en favor de quien ejercitó la acción tendente a la protección de la legalidad urbanística».

Una indemnización de carácter sustitutorio que, en el sentir del Supremo, presupone que «antes se ha declarado la imposibilidad legal o material de ejecutar la sentencia»; una imposibilidad que, por las razones apuntadas, ha sido descartada, de suerte que el destino del edificio o construcción, una biblioteca de titularidad estatal en el caso, «no es razón para, en aplicación de la Ley de Patrimonio Histórico Español, declarar la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia, encubriendo tal pretensión un

auténtico fraude de ley» pues la finalidad de la LPHE «no es proteger edificios ilegales construidos para destinarlos a bibliotecas de titularidad estatal, sino preservar de la demolición las bibliotecas para favorecer el acceso a la cultura y no para legitimar infracciones urbanísticas». Lo contrario, insiste el Supremo, «supondría una auténtica reserva de dispensación, vulneradora del principio de igualdad en aplicación de la ley, en favor de la Administración del Estado igualmente sometida, ex artículo 103.1 de la Constitución, a la Ley y al Derecho».

Como colofón de su razonamiento, el fundamento de derecho tercero de la Sentencia de la que se da cuenta recuerda el supuesto de que conoció la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2000 [recurso de casación número 3.699/1999, asunto: Teatro Romano de Sagunto], cuya ejecución [*recte*: la de la Sala de instancia confirmada por aquella] siguió, en palabras del Supremo, un «sendero tortuoso». Un supuesto, se dice, que concluyó con «un auto de inadmisión del recurso de casación contra el auto que declaró la imposibilidad legal de ejecutarla dictado por la Sala de Valencia», y que «no guarda analogía alguna con el caso enjuiciado, pues en aquél la intervención del legislador autonómico dejó inoperante la Ley estatal 16/1985 aplicada, sin que, en cualquier caso, pueda esgrimirse como precedente para doblegar al Estado de Derecho ante actuaciones administrativas ilegales, que no pueden contar con el respaldo de los jueces y tribunales sometidos exclusivamente al imperio de la Ley».

5. Una última cuestión [«la insistente solicitud de ambas Administraciones recurrentes (estatal y municipal)»] aborda el fundamento de derecho cuarto, esto es, la solicitud de sustituir «la ejecución en forma específica de la sentencia por una indemnización de daños y perjuicios en favor de quienes obtuviesen satisfacción de la pretensión que ejercitaron con el argumento de que el derecho a la ejecución de una sentencia, como manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, se obtiene indistintamente por la ejecución «*in natura*» o mediante una congrua indemnización». A este propósito, los recurrentes aducen el supuesto resuelto por la Sentencia de la Sala de instancia de 13 de enero de 1998 [recurso contencioso-administrativo número 67/1995], dictada en relación a una parcela, contigua a aquella en la que fue construida la biblioteca del supuesto ahora enjuiciado, destinada a levantar el edificio de la Jefatura Superior de Policía.

Ante este alegato aduce el Tribunal Supremo:

«Es cierto que esta sentencia fue declarada inejecutable por imposibilidad material (sic) [la cursiva y la advertencia en el original] mediante auto de la Sala de instancia de fecha 7 de diciembre de 2004, en el que se ordenó sustanciar el incidente para la fijación de una indemnización sustitutoria, pero no cabe esgrimirlo como contraste porque dicho auto devino firme por no haber sido impugnado en casación, al parecer porque los demandantes, como demuestra lo que indebida e ilegalmente plantearon en el pleito, trataban precisamente de conseguir una indemnización sustitutoria de la ejecución «*in natura*» de la sentencia, a pesar de que el cumplimiento de la legalidad urbanística ni está sometido a la disponibilidad de las partes ni puede, por eso mismo, ser objeto de transacción».

Frente al comportamiento de los demandantes en aquella ocasión, el de los recurrentes en la ocasión que nos ocupa es diferente, aunque, en todo caso, irrelevante desde la perspectiva considerada:

«Aunque la Comunidad de Propietarios, demandante en este pleito, hubiese pedido la ejecución de la sentencia mediante el cobro de una indemnización sustitutoria, *lo que no ha hecho a pesar de las insinuaciones del Ayuntamiento*, no cabría acceder a tan ilegal pretensión de no concurrir una causa de imposibilidad legal o material de ejecución de la sentencia, que, en este caso, según lo expresado, no existe, encontrándonos ante un pronunciamiento firme relativo al cumplimiento de la legalidad urbanística, interés general que no se satisface porque [*sic*: debe ser «por que»] el interés particular de quien ejercitó la acción resultase compensado económicamente mediante una indemnización».

### **III. El voto particular y las «particularidades del supuesto de autos»: obra pública, dominio público y bien de interés cultural: la existencia de una «razón jurídicamente atendible» como supuesto obstativo a la ejecución en sus propios términos de un pronunciamiento jurisdiccional firme: el juicio de proporcionalidad**

1. El voto particular se estructura, cada uno rotulado con el oportuno epígrafe, en siete apartados [el último alberga la conclusión]. El primero ciñe «las particularidades del supuesto de autos», que, en el sentir del magistrado redactor de la disidencia, justifican el apartamiento de una sentencia que, se dice, «se sitúa en línea con la reiterada doctrina de esta Sección en la materia concernida; por lo que las conclusiones que alcanza difícilmente pueden ser cuestionadas con arreglo a ella». Particularidades que se califican de «rigurosamente infrecuentes» y cuya enunciación es la que sigue: el «carácter demanial» del bien «sobre el que gravita la controversia», una biblioteca de titularidad pública construida, de resultas de una obra pública, sobre una parcela igualmente pública; unos bienes, las bibliotecas estatales, que, por mor del artículo 60.1 LPHE, «con carácter general expresamente gozan de la condición de bienes de interés cultural; que forman parte de la «red de bibliotecas de titularidad estatal» [artículos 149.1.28.<sup>a</sup> de la Constitución, 66 LPHE y 14 de la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la Lectura, del Libro y de las Bibliotecas], integrado, a su vez, en el «sistema español de bibliotecas»; un sistema que «obedece a una clara razón de ser», hecha explícita en el apartado 3 del artículo 14 de la Ley 10/2007, a saber, el fomento de «la igualdad del acceso a un servicio público de biblioteca de calidad en el conjunto del Estado para que no se produzcan desigualdades entre los ciudadanos en sus distintas zonas o de los municipios con menos índice de población»; y que «mira a preservar en última instancia la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de derechos constitucionales», como el derecho de acceso a la cultura o el propio derecho a la educación ex artículos 44 y 27. Unas particularidades que, en la opinión de los magistrados discrepantes, hacen que «difícilmente [quepa] hallar en nuestra jurisprudencia el enjuiciamiento de un supuesto en que concurren análogas características», «necesaria-



rio punto de partida desde el que hemos de acometer el examen de los problemas que dicho supuesto plantea», sin por ello «orillar otros principios y valores constitucionales igualmente concurrentes en el caso».

2. Estos «otros principios y valores constitucionales igualmente concurrentes en el caso» dicen relación con «las exigencias constitucionales dimanantes del derecho fundamental a la ejecución de sentencias» [apartado II del voto particular], a propósito del que se formulan las siguientes «observaciones».

Así, el referido derecho, que se integra «dentro del contenido primario o esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva», no «puede calificarse como absoluto o ilimitado [...]: la propia Ley jurisdiccional contempla expresamente su sacrificio o ablación (artículo 105.3), aunque solo en circunstancias excepcionales». Su «contenido propio», se añade, «consiste, además, en el derecho a la ejecución [...] «in natura» o en sus propios términos», en tanto que «derivado del derecho a la inmodificabilidad [sic] del fallo», de acuerdo a la jurisprudencia constitucional. Un alcance que, asimismo, no es «ilimitado; es más, cabría agregar aquí que el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos no goza de una protección constitucional exactamente igual que la propia del derecho a la ejecución de tales resoluciones del que dicho derecho deriva», de donde se extrae la siguiente consecuencia:

«Cabría incluso considerar en principio desafortunados los términos de alguna resolución proveniente del Tribunal Constitucional, de la que pudiera deducirse que el derecho a la tutela judicial efectiva no alcanza a cubrir las distintas modalidades de ejecución de sentencias y que por eso tan constitucional puede resultar una u otra modalidad de cumplimiento de las sentencias (STC 58/1993 y 194/1991), porque en efecto no es así; y especialmente cabría alcanzar dicha conclusión si se interpretan tales declaraciones sin el alcance que en cualquier caso también precisan las propias resoluciones antes indicadas. Porque leídas adecuadamente, en efecto, lo que en realidad pretende indicarse por medio de ellas es que, si concurre una razón atendible (STC 58/2003, 140/1989 y 73/2000), podría resultar tan constitucional la ejecución de una sentencia en sus propios términos como la ejecución por equivalente de esa misma sentencia; pero solo en el supuesto de que efectivamente sea así y concurra por tanto dicha razón jurídicamente atendible».

3. A la consideración de esa «razón jurídicamente atendible» se encamina el apartado III del voto particular [«La determinación de una razón jurídicamente atendible: imposibilidad de cumplimiento de una sentencia y sus exigencias materiales y formales»].

En el introito de este apartado se moteja de «auténtico <quid> de la cuestión» la determinación de «lo que constituye una razón jurídicamente atendible». Con una advertencia metodológica acerca del desarrollo argumental de los apartados II y III del voto particular, se enfatiza, a este respecto, que «lo verdaderamente importante, en cualquier caso, son las conclusiones alcanzadas».

- Se constata, en primer lugar, que «en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, la Ley jurisdiccional no prevé sino una única razón atendible (o dos, si se prefiere), la imposibilidad de ejecución de las resoluciones judiciales por causa natural o legal (artículo 105.2)», cuya concurrencia, en todo caso, ha de ser apreciada por el órgano jurisdiccional (STC 67/1984 y artículo 18.2, segundo inciso, de la Ley Orgánica del Poder Judicial).
- A los efectos considerados, se circunscriben las consideraciones que siguen al supuesto de inejecución «por causa de imposibilidad legal», sintagma en el que, por ser más adecuado, el término «jurídico» debería reemplazar al de «legal», habida cuenta de que «no sólo las leyes propiamente dichas pueden determinar la inejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos: aparte de ellas —y en el campo del urbanismo, es lo más frecuente—, puede resultar la indicada causa de instrumentos normativos de rango reglamentario, cabalmente, en dicho campo, planes urbanísticos».
- La inejecución, pues, «puede encontrar amparo en normas de uno u otro rango», mas, sin perjuicio de que «el rango puede desde luego ponderarse a los efectos de concretar su incidencia en las resoluciones judiciales sobre las que pretende proyectarse», importa destacar que «para enervar el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales en sus propios términos [...] se precisa atender también al cumplimiento de otro género de exigencias, ya de carácter material: y ni siquiera las propias leyes escaparían a estas exigencias».
- En este sentido, y con base en la STC 73/2000 [caso: presa de Itoiz; confirmada por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de abril de 2004], que toma pie «en una temprana jurisprudencia europea sobre [...] las convalidaciones legislativas», entienden los discrepantes que «la invocación de la existencia de una razón atendible sólo puede prosperar: 1) si dicha razón aparece fundada en el interés general y se sitúa al servicio de bienes y valores constitucionales y 2) si el sacrificio resultante no es desproporcionado».
- En este marco, y como adelanto de lo que a continuación se desarrolla, se afirma que «tales circunstancias», en tanto que fundamento de la preconizada «razón atendible», concurren en el supuesto enjuiciado: «lo primero, porque la preservación del bien mira a amparar el acceso a la cultura y a la educación (bienes y valores de rango constitucional) en una parte singular del territorio del Estado; y lo segundo, porque los intereses invocados de contrario pueden encontrar satisfacción por vía alternativa».

4. Antes de abordar la extensión al caso enjuiciado [apartados V y VI] de los parámetros, formales y materiales, que delimitan la «razón jurídicamente atendible» a fin de fundar la inejecución [jurídica] de las resoluciones judiciales firmes, el apartado IV del voto particular [«Los argumentos de la sentencia y su alcance»] examina «las razones sobre las que [la opinión mayoritaria de la que se disiente] hace descansar su fundamentación», acerca de cuya «confluencia en el caso» «no podemos sino convenir». Razones que son tres: la extemporaneidad del incidente de inejecución de cuyo examen se trata; la no alegación de la causa de imposibilidad legal de ejecución en el primer incidente promovido; la indebida cobertura de la causa de imposibilidad de ejecución aducida en relación a «edificaciones contrarias a las disposiciones urbanísticas». Y razones, se dice, que «salvada acaso esta última línea argumental, las restantes son

de carácter esencialmente procesal», cuyo alcance, en todo caso, ha de armonizarse con «los valores materiales en presencia» antes referidos.

- El rigor del plazo de dos meses previsto para promover el incidente de inejecución ha sido, se arguye, «flexibilizado» por el Tribunal Supremo, de suerte que esta circunstancia, la del incumplimiento del mismo, si bien «no deja de constituir un consistente indicio en contra de la pretendida imposibilidad [de ejecución]», «no resulta excluyente por sí sola para que pueda prosperar un incidente de imposibilidad promovido con posterioridad (entre otras, nuestras Sentencias de 27 de noviembre de 2008 RC 4.285/2005 y de 9 de febrero de 2009 RC 1.622/2005)».

Más aún, este entendimiento flexible «mejor se compadece con los dilatados plazos de que disponen los titulares de los derechos reconocidos por las resoluciones judiciales para hacer valer justamente tales derechos, según tenemos también reconocido (entre las más recientes, nuestras Sentencias de 17 de diciembre de 2010 RC 6.067/2009 y de 15 de octubre de 2013 RC 4.004/2012, con cita de muchas otras recaídas con anterioridad, en que se considera que el plazo aplicable a dicho efecto se extiende a quince años)».

- En segundo lugar, y en conexión con el citado plazo de quince años para hacer valer los derechos reconocidos por las resoluciones judiciales, se apunta la eventualidad de que esta consideración «podría asimismo esgrimirse para legitimar, con todas las cautelas, que a lo largo del período señalado pudiera haber lugar para la sustanciación de nuevos incidentes». Tal ocurriría «si se invoca la aparición sobrevenida de hechos o causas nuevas» [como, justamente, acaeció en el caso del Teatro Romano de Sagunto, en el que, luego de desestimarse judicialmente la intentada en un primer momento imposibilidad de ejecución, posteriormente se declaró haber lugar a la misma por mor de una modificación legal, posterior al primer incidente de inejecución]. Más: «Y aun cuando no sea así [«la aparición sobrevenida de hechos o causas nuevas»], no cabe excluir por completo que pudiera acreditarse alguna circunstancia explicativa de la dilación en la invocación tardía de alguna causa determinante de la imposibilidad de ejecución de una resolución judicial en sus propios términos —si bien las dificultades puedan ser ya entonces prácticamente insuperables—».

Como refuerzo de esta apreciación, se recuerda el supuesto de la edificación [ilegal] destinada a jefatura superior de policía, ubicada en parcela contigua a la de la biblioteca ahora considerada. A este propósito, se dice que entonces «prosperó el incidente para legitimar a la sazón la construcción [...] con la sola invocación de la misma causa de imposibilidad legal alegada inicialmente en este caso —esto es, la sobrevenida aprobación de un nuevo instrumento de planeamiento, que contemplaba la actuación anulada, de tal manera que, si ahora se procediera a cumplir la resolución judicial, dicha actuación resultaría contraria [sic] a la ordenación sobrevenida—» [nota bene.— obsérvese la diseminia, dilogia o equívoco en el uso del término «actuación»; para que el párrafo sea coherente, en su primera utilización «actuación» hace referencia a la edificación o construcción, en tanto que en la segunda, so pena de resultar incoherente el calificativo «contraria» —de ahí la advertencia hecha—, «actuación» ha de referirse a la ejecución de la sentencia que ordena la demolición].

Observación que, no sin antes advertir de la diferencia entre ambos supuestos [en el primer caso el Auto por el que, por la razón dicha, se acogía la imposibilidad legal de ejecución no fue recurrido en casación, en tanto que en el segundo el Tribunal Supremo en la Sentencia de 17 de noviembre de 2010 desestimó la pretensión de que la nueva ordenación urbanística se erigiera en causa para no ejecutar la sentencia que declaraba la ilegalidad de la construcción destinada a biblioteca estatal], concluye con un a modo de juicio de intenciones para justificar el comportamiento procesal del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria y, por ende, la procedencia de un nuevo incidente de ejecución:

«A tenor de ello, cumple indicar que puede explicarse que la entidad recurrente, la misma en ambos casos [el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria], actuara inicialmente del mismo modo y que su actuación pudiera estar presidida por la fundada y razonable creencia de que la misma causa inicialmente alegada habría de llevar al mismo pronunciamiento (cosa que efectivamente acaeció en instancia) y por ende a desencadenar también la misma solución al conflicto».

- En tercer lugar, y en la línea dialéctica que recorre este apartado del voto particular, se acepta que la mera invocación de los artículos 18 y 24.2 LPHE «no puede servir por sí a los efectos pretendidos en el recurso con carácter general, ni tampoco su conexión con valores constitucionales permite soslayar sin más las consecuencias resultantes de una resolución ordenada en sede jurisdiccional o que de ella traigan su causa, como ha sido el caso». Mas:

«[...] que ello sea así no impide que los propios órganos jurisdiccionales puedan y deban tomar en consideración el indicado precepto [el artículo 18 LPHE] y calibrar la relevancia de los valores incorporados a él en la resolución de las controversias sometidas a su consideración. No puede ser lo mismo, por ejemplo, la titularidad estatal de la biblioteca y su consiguiente servicio a garantizar la igualdad —al menos, en las condiciones básicas— en el ejercicio de derechos constitucionales; como tampoco sería igual la condición del suelo sobre el que pudiera asentarse la actuación ejecutada —incluso, si se dispone o no efectivamente de la titularidad pública requerida al efecto—; o el valor del entorno que resulta afectado: de ningún modo, pueden excluir los órganos jurisdiccionales la toma en consideración de tales circunstancias».

5. El siguiente apartado del voto particular, el V [«La concurrencia de una razón jurídicamente atendible: razones fundadas al servicio de bienes y valores constitucionales»], prosigue en la línea dialéctica enunciada: «[...] de la misma forma que consideramos acreedores de la debida atención los argumentos de los que se sirve la sentencia, igualmente estimamos que no deben ser los únicos». «Por sí solos», se enfatiza, «los [argumentos] que se pusieron de manifiesto al inicio de este voto particular tampoco justificarían [...] la procedencia de acordar la imposibilidad legal de ejecución de una sentencia en sus propios términos». Argumentos, los del voto particular, que ahora se reiteran, que

son los atinentes al carácter de dominio público del bien afectado por la sentencia de demolición, así como la sujeción del mismo al régimen de los bienes de interés cultural.

— En relación al primero se dice:

«La construcción de un bien demanial de resultados de una obra pública podría no ser por sí causa suficiente a tal efecto, como sostuvimos en nuestra Sentencia de 22 de diciembre de 2008 (RC 1.330/2007), a propósito de un polideportivo y una plaza pública, a diferencia de lo que parecía deducirse con anterioridad de nuestra STS de 10 de marzo de 1992 sobre un centro escolar (RAp. 1.373/1990); y, desde luego, muy al contrario también del postulado en que se sitúa como punto de partida por ejemplo el derecho francés, en las antípodas del nuestro, conforme expresa el adagio «*ouvrage mal planté ne se détruit pas*», taxativa prohibición que, sin embargo, comienza a flexibilizarse últimamente, al menos en algún caso límite, como ante expropiaciones realizadas por la vía de hecho u ocupaciones ilegítimas del suelo».

— Y, a propósito del sometimiento del edificio en cuestión, una biblioteca de titularidad estatal, al régimen dispuesto para los bienes de interés cultural, se señala:

«Y tampoco podría bastar la sola consideración de la biblioteca como un bien de interés cultural, como sostuvimos en nuestra Sentencia de 10 de octubre de 2013 (RC 3.342/2012): a la sazón, sin embargo, la biblioteca no era de titularidad estatal, por un parte; y, todavía más importante, otras dos consideraciones, por un lado, justamente a tenor de su destino la Sala de instancia había venido a acordar ya le inejecución parcial del fallo (en sus propios términos); y, aún más, la construcción amenazaba a la sazón la integridad, no ya de una edificación, sino de un recinto monumental entero de extraordinario valor histórico y artístico; nada de lo cual sucede en el supuesto que estamos enjuiciando».

— «Escasos precedentes», se constata, que, en todo caso, «pueden servirnos de orientación con vistas a atender las particularidades del supuesto sometido ahora a nuestro enjuiciamiento» —y sobre el que, en concreto, ya se dispone de la Sentencia dictada en casación por el Tribunal Supremo en 17 de noviembre de 2010—. Particularidades que, en el criterio de los magistrados disidentes, permiten alcanzar una primera conclusión así formulada:

«Pero, a nuestro juicio, aun cuando no pudieran resultar suficientes por sí, la peculiar confluencia en un mismo supuesto de la triple condición del bien controvertido en que venimos insistiendo repetidamente —la consideración de la demanialidad de dicho bien por razón de su destino (doblemente convergente en este caso: uso y servicio público), su integración en el ámbito de los bienes de interés cultural con miras a la aplicación de sus mismas prerrogativas y, en fin, la titularidad estatal del bien y su vinculación funcional a la salvaguardia de valores constitucionales dignos de protección— sí nos lleva a apartarnos del criterio sustenta-

do por la opinión mayoritaria, y determinan la concurrencia de una razón jurídicamente atendible que legitima la declaración de imposibilidad de cumplimiento de la sentencia en sus propios términos» [la negrita en el original].

6. Amén de su anclaje en «razones fundadas al servicio de bienes y valores constitucionales», la «razón jurídicamente atendible» que ampare la imposibilidad jurídica de ejecución en sus propios términos de una resolución judicial firme demanda la concurrencia de la debida «proporcionalidad de las medidas alternativas dispuestas para el cumplimiento del fallo». Aquilatar el contenido de este requisito es el objetivo del apartado VI [«La concurrencia de una razón jurídicamente atendible: proporcionalidad de las medidas alternativas dispuestas para el cumplimiento del fallo»] del voto particular.

- Con este designio, esto es, que «el sacrificio consiguiente de los derechos reconocidos por la sentencia no result[e] desproporcionado», se descarta de inicio una, esgrimida, objeción al planteamiento defendido, a saber, que «concurr[a]n circunstancias que habrían de resultar insuperables a fin de evitar la ejecución *in natura* de la sentencia» [dicho de otra manera, que de concurrir tales circunstancias no podría enervarse la ejecución *in natura*], tales como la ubicación de la construcción ilegal «en dominio público marítimo terrestre o [...] en un espacio natural protegido, supuestos en que prácticamente procedería de suyo la efectividad de la restauración de la realidad física preexistente». Si no es el caso, arguyen los discrepantes, «está de más, por tanto, trazar este género de equivalencias».
- Supuesto esto, «lo que sí concurren son intereses dignos de protección que en todo caso sí han de quedar salvaguardados, máxime si resultara ello posible». De ahí que «estemos ante un supuesto de imposibilidad de proceder a su cumplimiento en sus propios términos; porque lo resuelto y fallado debe ser efectivamente lo que ha de cumplirse, solo que de un modo alternativo y por equivalente», en línea, así, con lo dispuesto en el artículo 105.2 LJCA y su interpretación por el Tribunal Supremo [Sentencias de 16 de abril de 2013 —recurso de casación número 918/2012— y de 4 de junio de 2013 —recurso de casación número 1.211/2012—], que remarca la «habilitación al Juez o Tribunal para que, en el marco del supuesto de imposibilidad que el precepto regula, el mismo órgano jurisdiccional pueda adoptar —incluso de oficio, previa audiencia— cuantas medidas sean necesarias para la ejecución de la sentencia, aunque fuese de una manera diferente a la contemplada en el fallo».
- Así pues, «debe compensarse puntual e integralmente a todos los propietarios afectados en sus bienes y derechos, si no pudiera cumplirse la resolución en sus propios términos».
- Compensación siempre y cuando «se haya producido una lesión efectiva en sus bienes y derechos», cual acaece respecto de «los vecinos cuyas titularidades dominicales hubieran experimentado alguna merma de valor en sus bienes de resultas de la realización de la obra ilegal».
- Y una compensación que, asimismo, ha de extenderse a «la ciudad» mediante «la recuperación del espacio libre reconocido con anterioridad por la ordenación urbanística preexistente», «en una zona o un entorno lo más próximo posible,

porque justamente resulta imprescindible mantener el equilibrio y la proporción entre las necesidades de la población y la red de equipamientos y dotaciones puestos a su servicio».

- Corolario: «De no procederse en el sentido apuntado y no adoptarse estas medidas compensatorias, sí podrían socavarse los cimientos del Estado de Derecho y se estaría poniendo también en cuestión el cumplimiento de la legalidad urbanística como un valor acreedor de protección por sí mismo».
- El voto particular se cierra con unas consideraciones encaminadas a modular las que la sentencia efectúa a propósito de la integridad del ordenamiento urbanístico. A este propósito se dice:

«El ordenamiento jurídico así pues ha de velar por el cumplimiento de la legalidad urbanística, valor cuya vigencia quedaría comprometida si no dispusiera aquél de los resortes precisos para asegurarla o si dichos resortes no llegaran a activarse para atajar situaciones irregulares. Sin embargo, *no podemos convenir en que, ante supuestos ciertamente excepcionales, la previsión de fórmulas alternativas de cumplimiento [sic; parece necesario, para hacer inteligible la frase, incluir el adverbio «no»] puedan servir igualmente al mismo fin, incluso, cabría agregar, tales fórmulas pudieran llegar a ser más eficaces para satisfacer el indicado propósito* (por ejemplo, mediante la imposición de las compensaciones que procedan al interés general). Dicho propósito sí quedaría comprometido, en cambio, si tales fórmulas dejaran de establecerse o no se aplicaran realmente. Por las razones antes expuestas, resultan indispensables para evitar la desproporcionalidad de la medida dispuesta, en los términos antes indicados».

7. La conclusión [apartado VII] del voto particular se sintetiza, pues, en la estimación de los recursos de casación entablados, la anulación de las resoluciones impugnadas y el dictado de una nueva resolución acorde con los argumentos expuestos en la opinión disidente.

#### **IV. Consideraciones sobre la cláusula «la ejecución en sus propios términos» y la imposibilidad de ejecución por causas legales: la inejecución por imposibilidad legal como una expropiación en sentido material: ponderación de intereses e indemnización**

1. Cuestiones procesales y razones materiales o de fondo se entrecruzan en los razonamientos de la opinión mayoritaria y de la discrepancia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2014. En síntesis, aquélla entiende que es extemporánea la alegación de la causa de inejecución legal fundada en el destino de la edificación cuya licencia de construcción fuera declarada ilegal, una biblioteca de titularidad estatal, por cuanto dicha causa pudo, y debió, ser esgrimida con ocasión del primer incidente de inejecución, promovido por razón del cambio en la ordenación urbanística, un cambio que amparaba, de manera sobrevenida, pues, la construcción y su destino. No obstante, y con independencia de este óbice procesal, se examina asimismo la

«justificación» de la meritada causa, cuya invocación no pasa de ser, a juicio de la sentencia, un «fraude de ley», en la medida en que aquel destino «no es razón para, en aplicación de la Ley de Patrimonio Histórico Español, declarar la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia, encubriendo tal pretensión un auténtico fraude de ley», «una auténtica reserva de dispensación, vulneradora del principio de igualdad en aplicación de la ley, en favor de la Administración del Estado singularmente sometida, ex artículo 103.1 de la Constitución, a la Ley y al Derecho».

A conclusión diferente llega el voto particular para cuyos promotores, sin merma de la bondad de los argumentos, singularmente considerados, esgrimidos en la sentencia, es plausible la «conurrencia de una razón jurídicamente atendible que legitima la declaración de imposibilidad de cumplimiento de la sentencia en sus propios términos», basada en «la peculiar confluencia en un mismo supuesto de la triple condición del bien controvertido», a saber, un bien de dominio público, un bien sujeto al régimen de protección de los bienes de interés cultural y, en fin, un bien vinculado funcionalmente a «la salvaguardia de valores constitucionales dignos de protección». Una «imposibilidad de cumplimiento de la sentencia en sus propios términos» que, empero, no se erige en «sacrificio desproporcionado», en la medida en que la ejecución de la sentencia «de un modo alternativo y por equivalente», esto es, mediante la debida compensación de todos los afectados, satisface las exigencias del Estado de Derecho, en general, y, en concreto, de la propia legalidad urbanística.

2. Esta superposición de causas procesales y de razones materiales o de fondo es la primera circunstancia en la que conviene reparar. A despecho del preconizado carácter extraordinario del recurso de casación, la sentencia, una vez dejada constancia de la extemporaneidad de su alegación, se cree impelida a dar respuesta a la pretensión de inejecución articulada sobre el destino de la edificación declarada ilegal, cabe suponer, ya para no defraudar la expectativa de entera satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, ya, como dice el voto particular, por «las particularidades propias» del caso enjuiciado, del que, se apostilla, «difícilmente cabe hallar en nuestra jurisprudencia [...] un supuesto en que concurren análogas características». Una extemporaneidad cuya refutación por la opinión disidente no es en absoluto convincente [apartado IV, números 1) y 2)], más allá de escudriñar el comportamiento procesal del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria en el precedente de la construcción, curiosamente ubicada en parcela contigua a aquella en la que se situaba la biblioteca estatal, de un edificio para jefatura superior de policía [«[...] puede explicarse que la entidad recurrente, la misma en ambos casos, actuara inicialmente del mismo modo y que su actuación pudiera estar presidida por la fundada y razonable creencia de que la misma causa inicialmente alegada habría de llevar al mismo pronunciamiento (cosa que efectivamente acaeció en instancia) y por ende a desencadenar también la misma solución al conflicto»].

Aunque transcritos más arriba, es oportuno reproducir de nuevo las consideraciones que la sentencia [fundamento de derecho cuarto] hace en relación a este precedente y a propósito de «la insistente solicitud de ambas Administraciones recurrentes (estatal y municipal) para que sustituyamos la ejecución en forma específica de la sentencia por una indemnización de daños y perjuicios»:

«Es cierto que esta sentencia [la de instancia de 13 de enero de 1998 —recurso contencioso-administrativo— número 67/1995] fue declarada



inejecutable por *imposibilidad material* (sic) [la cursiva y la advertencia en el original] mediante auto de la Sala de instancia de fecha 7 de diciembre de 2004, en el que se ordenó sustanciar el incidente para la fijación de una indemnización sustitutoria, pero no cabe esgrimirlo como contraste porque dicho auto devino firme por no haber sido impugnado en casación, *al parecer porque los demandantes, como demuestra lo que indebidamente e ilegalmente plantearon en el pleito, trataban precisamente de conseguir una indemnización sustitutoria de la ejecución «in natura» de la sentencia, a pesar de que el cumplimiento de la legalidad urbanística ni está sometido a la disponibilidad de las partes ni puede, por eso mismo, ser objeto de transacción.*

Aunque la Comunidad de Propietarios, demandante en este pleito, hubiese pedido la ejecución de la sentencia mediante el cobro de una indemnización sustitutoria, *lo que no ha hecho a pesar de las insinuaciones del Ayuntamiento, no cabría acceder a tan ilegal pretensión de no concurrir una causa de imposibilidad legal o material de ejecución de la sentencia, que en este caso, según lo expresado, no existe, encontrándonos ante un pronunciamiento firme relativo al cumplimiento de la legalidad urbanística, interés general que no se satisface porque [sic; debe ser «por que»] el interés particular de quien ejercitó la acción resultase compensado económicamente mediante una indemnización».*

3. La patología que, en todo caso, supone la [eventual] inejecución de un pronunciamiento judicial firme, en el caso considerado, la sentencia que declara la invalidez de la licencia municipal y, en su consecuencia, la demolición de lo indebidamente construido, trae causa de la no suspensión, en el curso del proceso judicial, de la ejecutoriedad del correspondiente acto administrativo. Es oportuno recordar lo que a este propósito decía el fundamento jurídico sexto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2010 [que, con estimación del recurso de casación entablado, había considerado improcedente la declaración de inejecución, acordada por la Sala de instancia, por mor del cambio en el planeamiento urbanístico], tal y como es transcrito en el Antecedente de hecho octavo de la Sentencia de 16 de mayo de 2014:

«Aunque no se haya suspendido la ejecutividad de un acto impugnado en sede jurisdiccional, ello no impide la precaución con la que debe proceder la Administración para evitar las consecuencias que pudiesen derivarse de la anulación de dicho acto. De lo contrario, habría que interpretar lo dispuesto en el artículo 130.1 de la Ley Jurisdiccional como una suspensión automática de la ejecutividad de los actos impugnados ante la inexorable pérdida de la finalidad legítima del recurso.

Si no se ha suspendido la ejecución de un acto y la Administración autora del mismo lo ejecuta o permite su total consumación, *ha de ser muy consciente de que, al anularse aquél por la sentencia, las cosas habrán de reponerse a su situación original aun a costa de demoler, como en el caso enjuiciado, una edificación y soportar las consecuencias derivadas de ello. De no ser así, el recurso jurisdiccional pierde su finalidad, que no es la de obtener una indemnización sustitutoria de la ejecución».*

Obsérvese el giro que, en punto a la entrada en juego de la tutela cautelar, propicia el razonamiento consignado. De no proceder la Administración con la debida «precaución [...] para evitar las consecuencias que pudiesen derivarse de la anulación» del acto administrativo, «habría que interpretar lo dispuesto en el artículo 130.1 de la Ley Jurisdiccional [y 129.1, por supuesto] como una suspensión automática de la ejecutividad de los actos impugnados ante la inexorable pérdida de la finalidad legítima del recurso [o de «la efectividad de la sentencia» ex artículo 129.1 LJCA]». Una «precaución» que, en el caso presente, no parece haber distinguido la actuación de la Administración, habida cuenta [Antecedente de hecho noveno] que la modificación del planeamiento se aprobó más de dos años después de que fuera dictada la Sentencia de instancia que anulaba la licencia municipal, si bien [Antecedente de hecho tercero] un año antes de que fueran desestimados los recursos de casación interpuestos contra aquélla.

Este modo de razonar subvierte, fácil es convenir en ello, la lógica de la ejecutoriedad de los actos administrativos y, de resultas, la propia actuación de la Administración pública ex artículo 103.1 de la Constitución. Las reglas que pautan la suspensión o cese provisional de aquella ejecutoriedad [la ponderación a que se refiere el artículo 130.2 LJCA como operación que presupone la concurrencia en el solicitante de la medida cautelar de un interés que podría verse frustrado, y de resultas «la efectividad de la sentencia» o la «finalidad legítima del recurso», de procederse a la ejecución del acto] no consienten «el traslado» a la Administración de una decisión *preventiva* o *precautoria* [ya descartada, por hipótesis, por el órgano jurisdiccional], so pena de arrostrar «las consecuencias que pudiesen derivarse de la anulación» del acto administrativo, como la de no llevar a cumplido efecto el contenido de este último, en el caso concreto, la ejecución de una obra pública. El *riesgo* es consustancial a todo proceso judicial: llegado el momento de ejecutar una sentencia que, como aquí acaece, anula una licencia de construcción y con ello ordena la demolición de lo ilegalmente edificado, los términos de la alternativa son claras, o ejecución en sus propios términos o inexecución, total o parcial, con o sin indemnización, ex artículos 105.2, 108 y 109 LJCA.

4. *Imposibilidad* [«material o legal»] de ejecución y *expropiación* aparecen sistemáticamente [y, cabe añadir en este momento, a expensas de lo que se diga más abajo, conceptualmente] diferenciadas en el artículo 105 LJCA como supuestos impeditivos de la ejecución «en sus propios términos» de un pronunciamiento judicial firme, el primero en el apartado 2 y el segundo en el apartado 3 [en términos más lacónicos, aunque sustancialmente coincidentes, el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, si bien con la importante salvedad de que en este último hay una remisión en blanco al Gobierno para que determine la «causa de utilidad pública o interés social» en cuya virtud puedan expropiarse «los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme», frente a la taxativa previsión de las concretas y específicas «causas» en el texto del párrafo primero del apartado 3 del artículo 105 LJCA]. A este propósito, es pertinente formular las observaciones que siguen.

— En puridad, no hay causas, materiales o legales, que hagan imposible el cumplimiento de una resolución judicial firme. A lo sumo, podría aceptarse, cuando de la demolición de lo indebidamente construido se trate, tal sería el caso prototípico, que encaja en el supuesto de imposibilidad material la ejecución, en sus propios términos, que suponga daños irreversibles o sustanciales

- en la realidad preexistente, cuando las medidas de corrección ordenadas no alcancen a restaurar totalmente, o, al menos, de manera apreciable, aquella realidad. Esta tendría que haber sido, de haberse así puesto de manifiesto a través de la oportuna pericia, la directriz que inspirara la solución en el caso del Teatro Romano de Sagunto y no la imbricación de aquella solución en el supuesto de imposibilidad legal, máxime cuando [si bien este argumento nos aleja de la discusión planteada, al abocarnos al asunto del binomio ley estatal-ley autonómica en materia de patrimonio histórico] «la intervención del legislador autonómico dejó inoperante la Ley estatal 16/1985», por utilizar las palabras de la Sentencia de 16 de mayo de 2014 [fundamento de derecho tercero], y que condujo a la nada satisfactoria respuesta dada por el Tribunal Supremo en su Auto de 29 de octubre de 2009, que declaró la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto frente al de instancia de 7 de abril de 2009 [la referencia en el número 2) del apartado IV del voto particular a la Sentencia de 16 de mayo de 2014].
- Así pues, la imposibilidad de ejecución de un pronunciamiento judicial firme se plantea, de ordinario, por causas legales [o «jurídicas», por aceptar la precisión del voto particular: números 2) y 3) del apartado III], esto es, como consecuencia de una modificación del ordenamiento jurídico que da cobertura, a posteriori, a la actuación administrativa anulada judicialmente.
  - Esta imposibilidad de ejecución es, lato sensu, materialmente, una expropiación. La llamada «ejecución por sustitución», «ejecución por modo alternativo» o «ejecución por equivalente», no es sino una perífrasis, una circunlocución que encubre un eufemismo. Si, y ninguna duda hay al respecto, es inherente al derecho a la tutela judicial efectiva la ejecución de lo efectivamente juzgado, el contenido de este derecho se agota con la referencia al efectivo cumplimiento de lo decidido por el órgano jurisdiccional, esto es, por acudir a la dicción de la primera frase del artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, a la ejecución «en sus propios términos» de la oportuna resolución judicial. La conversión de lo ordenado jurisdiccionalmente en una prestación de signo diferente [la «indemnización» y aun las «medidas necesarias» a que aluden el artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el párrafo primero del artículo 105.2 LJCA] nos sitúa extramuros del artículo 24.1 de la Constitución para llevarnos derechamente al terreno de la garantía del derecho de propiedad ex artículo 33.3 de la Constitución.
  - En este sentido, el llamamiento que los preceptos indicados hacen al órgano judicial para que «adopte las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria», o es redundante, en la medida en que si tales medidas se encaminan al cumplimiento, a la ejecución, a hacer efectivo lo juzgado, se sitúan de lleno en el ámbito de la ejecución [parcial] tout court, o va más allá de este propósito, en tanto que su objetivo se ordene a lograr una adecuada satisfacción «por la parte en que no pueda [la sentencia] ser objeto de cumplimiento pleno», en cuyo caso estas medidas cumplen una finalidad similar o equivalente a la de la «indemnización» allí mismo prevista.
  - En esta tesitura, la «apreciación» por el órgano jurisdiccional de la concurrencia de la causa de imposibilidad de ejecución alegada por la Administración ha de resolverse en última instancia en una ponderación de intereses. La modulación

por el Tribunal Supremo de los tajantes términos del artículo 103.4 LJCA [«Serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento»] pone de relieve, más allá del concreto apartamiento de un criterio más o menos homogéneo [los «desfallecimientos» o «quiebras» de este criterio que cita el voto particular —números 1) y 2) del apartado V— son reveladores] que en el juicio de ponderación llevado a cabo por su jurisprudencia latén consideraciones de densidad, a saber, que si la modificación del ordenamiento, que de manera sobrevenida da cobertura a lo previamente declarado ilegal [de modo destacado, en el ámbito urbanístico], se inscribe en un marco de reordenación [más o menos] general, se da prioridad al interés de la imposibilidad de ejecución frente al interés de la ejecución en sus propios términos, que, por el contrario, es considerado prevalente de tener aquella modificación el designio de amparar «un singular y concreto ámbito» [por venir a las palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2010, que reproduce el Antecedente de hecho décimo de la de 16 de mayo de 2014].

- Esta modificación del ordenamiento requiere, en ocasiones, de la intermediación de una decisión con valor de ley. El Tribunal Constitucional ya abordó esta cuestión en su Sentencia 73/2000 [caso: presa de Itoiz; Sentencia avalada por la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de abril de 2004, como recuerda el voto particular en el número 3) de su apartado III], en la que, a despecho de la clara y terminante declaración del legislador, autonómico, en el sentido de que la modificación de la ley de espacios naturales protegidos se hacía con la finalidad de prestar cobertura a la construcción, declarada ilegal por sentencia firme, de la presa de Itoiz, no se consideró aquella modificación contraria a los artículos 9.2, 24.1 117.1 y 118 de la Constitución.

Un asunto, el de las convencionalmente llamadas validaciones o convalidaciones legislativas, que ha conocido un nuevo episodio con ocasión de la aprobación por una Comunidad Autónoma de una ley en la que se condicionaba el derribo, declarado por sentencia firme, de unas viviendas a la previa puesta a disposición de aquéllas, como requisito para el pago de las oportunas indemnizaciones, en favor de la Administración. En la ocasión, la Sentencia del Tribunal Constitucional 92/2013 declara la inconstitucionalidad de la ley autonómica por vulneración de la competencia estatal sobre legislación procesal *ex* artículo 149.1.6.<sup>a</sup> de la Constitución, soslayando, así, el examen de otros aspectos suscitados en la oportuna cuestión de inconstitucionalidad, cuales los atinentes al sistema de responsabilidad civil extracontractual, asimismo competencia exclusiva o plena del Estado *ex* artículo 149.1.28.<sup>a</sup> de la Constitución, o la propia ejecución de sentencias *ex* artículos 24.1 y 118 del texto constitucional.

*Nota bibliográfica.* A propósito de la interrelación ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos, medidas cautelares y tutela judicial efectiva, es de todo punto obligado remitirse a la exposición de Javier Barcelona Llop, *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Prólogo de Lorenzo Martín-Rortillo Baquer, Universidad de Cantabria, 1995, en particular, 409 ss. Asimismo, y del mismo autor, por lo que a la tutela cautelar se refiere, *¿Pero de verdad existe la tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo?*, en *Escritos jurídicos en memoria de Luis Mateo Rodríguez*, tomo I, Universidad de Cantabria, Santander, 1993, 89 ss.

Sobre el principio —o «adagio», como lo llama el voto particular a la Sentencia de 16 de mayo de 2014: número 1) del apartado V— del derecho francés *ouvrage [public] mal planté ne se détruit pas* o intangibilidad de la obra pública, Tomás-Ramón Fernández Rodríguez, «Revista de Administración Pública», 100-102, volumen III, 1983, 2.427 ss., en concreto, 2.437; y, especialmente, Javier Barcelona Llop, *La obra pública y su protección jurídica en Francia. En especial, el principio de intangibilidad (Ouvrage public mal planté ne se détruit pas)*, «Revista de Administración Pública», 154, 2001, 463 ss. y, del mismo autor, *Nuevas tribulaciones del principio de intangibilidad de la obra pública en Francia*, «Revista de Administración Pública», 164, 2004, 371 ss.

El artículo 228 de la Ley del Suelo de 1956 contemplaba la posibilidad de dejar sin efecto, indemnización mediante, las sentencias que ordenaran el derribo de una construcción. Sobre este precepto, y su incompatibilidad con la Constitución, tal y como fue entendida por el Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1983, Pedro González Salinas, *El artículo 228 de la Ley del Suelo de 1956 y la Constitución (Auto de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1983)*, «Revista Española de Derecho Administrativo», 39, 1983, 623 ss. [sobre este mismo precepto, y del mismo autor, si bien desde la perspectiva de la aplicación del artículo 228 de la Ley del Suelo de 1956 a los procesos judiciales incoados, y pendientes de apelación, con anterioridad a la Ley de reforma 19/1975, y antes, en todo caso, de la entrada en vigor de la Constitución, *Las normas transitorias del proceso administrativo y el art. 228 de la Ley del Suelo (Texto de 1956 (Sentencia de 30 de septiembre de 1978. Aranzadi, núm. 3.196)*, «Revista Española de Derecho Administrativo», 20, 1979, 141 ss.]

Acerca del artículo 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y su contradicción con la Constitución, Eduardo García de Enterría, *Sobre el principio de inembargabilidad, sus derogaciones y sus límites constitucionales y sobre la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración*, «Revista Española de Derecho Administrativo», 52, 1986, 485 ss., en concreto, 498-500.

En relación a la STC 73/2000 [caso: presa de Itoiz], Juan Manuel Alegre Ávila, *Legislador y tutela judicial efectiva: el caso Itoiz y la Sentencia del Tribunal Constitucional 73/2000, de 14 de marzo*, «Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional», 17, 2000, 13 ss.

Sobre la STC 99/2013, Luis Martín Rebollo, *Ejecución de sentencias de derribo y técnicas obstruccionistas (A propósito de la STC 99/2013, de 22 de abril)*, «Urbanismo y Edificación», 28, 2013, 19 ss.

Trabajo recibido el 13 de agosto de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Hurrengo lerroak Auzitegi Gorenaren Administrazioarekiko Auzietako Salaren 2014ko maiatzaren 16ko sententzia bati buruzkoak dira. Lortutako kasazio-errekurtsoak baztertu eta estatuaren titulartasuna duen liburutegi bat eraikitzeke obren udal-lizentzia baliogabetzat jo zuen sententzia bat lege-ezintasunagatik ez betearazteko prententsioa ukatzen duen instantziako auzitegiaren ebazpena berresten du. Epaiaren arabera, obra publikoa izatea ez dela nahikoa arrazoi ez betearazteko eskaera dekretatzeko, nahiz eta obra horren bidez jabetza publikoko ondasun bat lortu eta interes kulturalako ondasunen erregimenari lotuta egon. Aitzitik, boto partikularrak dio, hiru gertakari horiek bat egin dutenez, instantziaren salak lege-ezintasunagatik ez betearazteko eskaera onartu beharko lukeela, Administrazioarekiko Auzien Jurisdikzioaren Legearen 105.2 artikuluz haratago. Planteamendu horiek alde batera utzita, testuak honako tesi hau defendatzen du: ebazpen judicial irmo bat ez betetzea, bai kausa materialengatik, bai kausa legalengatik edo juridikoengatik, nahitaezko desjabetzearen suposizio bat da eta Konstituzioaren 33. artikulua hartzen du barne (ez, ordea, 24. artikulua). Ildo horretatik, aintzat hartuz ebazpen judicial guztiak, oro har, dagozkion baldintzetan bete behar direla, ordezkapen edo baliokidetasun bidez betetzea benetako desjabetzea ezkututzen duen aitzakia baino ez da, eta «kalte-ordain egokien» izenean, behar bezalako erreparazioa edo balio justua eskatzen du.

**HITZ GAKOAK:** Ebazpen judicial irmoak betetzea. Obra publikoak. Kauso materialengatik edo legalengatik ez betetzea. Nahitaezko desjabetzea. Desjabetze kalte-ordaina.

**RESUMEN:** Las líneas que siguen se articulan sobre una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 16 de mayo de 2014, que, con desestimación de los recursos de casación entablados, ratifican la decisión del tribunal de instancia de denegar la pretensión de inejecución, por imposibilidad legal, de una sentencia que había declarado la invalidez de la licencia municipal de obras en cuya virtud se había construido una biblioteca de titularidad estatal. La Sentencia niega que sea causa bastante para decretar la inejecución solicitada el tratarse de una obra pública cuya realización da lugar a un bien de dominio público que, además, está sujeto al régimen de los bienes de interés cultural. Por el contrario, el voto particular sostiene que la confluencia de estas tres circunstancias debería haber conducido por la sala de instancia a acceder a la pretensión de que fuera declarada la referida inejecución por causa de imposibilidad legal ex artículo 105.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Frente a estos planteamientos, en el texto se defiende la tesis de que la inejecución de una resolución judicial firme, ya por causas materiales ya, en particular, por causas legales o jurídicas, es un supuesto de expropiación forzosa, en el que está implicado no el derecho del artículo 24 sino el del artículo 33 de la Constitución. En este sentido, por tanto, y dado que, en puridad, todo pronunciamiento judicial firme es, con carácter general, susceptible de ser ejecutado en sus propios términos, la llamada ejecución por sustitución o por equivalente no es sino un subterfugio que encubre, en realidad, una verdadera privación de carácter expropiatorio, que demanda, incluso bajo la veste de una «congrua indemnización», la debida reparación o justiprecio.

**PALABRAS-CLAVE:** Ejecución de los pronunciamientos judiciales firmes. Obra pública. Inejecución por causa de imposibilidad material o legal. Expropiación forzosa. Indemnización expropiatoria.

**ABSTRACT:** The lines that follow deal with a judgment by the Contentious-administrative section of the Supreme Court, from May 16th of 2014 that with the dismissal of the appeals on point of law ratifies the decision adopted by the judge of first instance who had declared the invalidity of a municipal license for building by virtue of which a library owned by the State was built. The judgment denies to be a sufficient reason to decree the requested non execution the fact that it is a public work whose execution leads to a public domain property that besides it is bound by the regime of cultural assets. On the contrary, the dissenting opinion maintains that the convergence of these three circumstances should have led the section to accept the claim that the non execution be agreed by cause of a legal impossibility of article 105.2 of the Act of the Contentious-Administrative jurisdiction. Opposite this approach, this text stands up for the thesis that the non execution of a final judicial decision either because of material reasons or in particular because of legal reasons is forceful expropriation case where it is at stake not article 24 but article 33 of the Constitution. In this sense, therefore, and due to the fact that strictly speaking every final judicial ruling can generally be subject to be executed in its own terms, the so called execution by substitution or by equivalent is not but a subterfuge that in reality conceals a true loss of the expropriatory nature which claims, even under the garb of a congruent compensation, the due reparation or fair value.

**KEYWORDS:** Execution of final judicial rulings. Public works. Non execution by cause of material or legal reasons. Forceful expropriation. Reparation for expropriation.





# Perplejidad ante el almacenamiento geológico del dióxido de carbono

José Francisco Alenza García

**Sumario:** I. La incesante perplejidad del iusambientalista.—II. Riesgos, ventajas y problemas que demandan una regulación jurídica. II.1. Una tecnología para luchar contra el cambio climático y para limpiar el carbón. II.2. Algunas dudas y algunos riesgos.—III. ¿Era necesaria una ley específica del almacenamiento geológico del dióxido de carbono? III.1. Las razones del legislador. III.2. Las «sinrazones» de la ley: regulación parcial, regulación incompleta, regulación diferida y regulación muy técnica.—IV. La perplejidad competencial.—V. La perplejidad ante la imposición obligatoria del almacenamiento de CO<sub>2</sub>.—VI. Resolución legal frente a perplejidad científica ante la transferencia de responsabilidad sobre los lugares de almacenamiento.—VII. Reflexión final sobre el incierto futuro de la CAC.

## I. La incesante perplejidad del iusambientalista

Con el título y el enfoque de este trabajo quiero evocar uno de los trabajos más originales y sugerentes que realizó nuestro añorado Demetrio Loperena: precisamente el que realizó para el libro homenaje del también añorado Ramón Martín Mateo y que tituló «La perplejidad del iusambientalista» (1).

Repasaba en aquél trabajo algunos elementos claves del Derecho ambiental (el concepto de medio ambiente, la estructura administrativa para la protección ambiental, las características de las normas ambientales) que provocaban en el jurista una notable perplejidad por las paradojas, contradicciones e incomprensiones que encerraba una disciplina jurídica que consideraba en formación.

En este trabajo voy a señalar algunas de las inconsistencias que presenta la regulación del almacenamiento geológico del dióxido de carbono en nuestro país, como muestra de que esa perplejidad del iusambientalista que denunciaba el profesor Loperena, no cesa de incrementarse.

En nuestro país, la regulación viene constituida, fundamentalmente, por la Ley 40/2010, de 29 de diciembre, de almacenamiento geológico de dióxido de carbono (en

---

(1) LOPERENA ROTA, D. «La perplejidad del iusambientalista», en el vol. col. *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, t. III, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 3567-3588.

adelante, LAGDC)(2) que incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva 2009/31/CE, de 23 de abril de 2009, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono(3).

Perplejidad significa «irresolución, confusión, duda de lo que se debe hacer en algo». Pues bien las perplejidades (en esos variados sentidos de confusión, duda o irresolución) que cabe apreciar en la citada normativa son, al menos, cuatro y se refieren a la necesidad de una ley específica, a la cuestión competencial, a la imposición obligatoria del almacenamiento de CO<sub>2</sub> y a la regulación de la transferencia de responsabilidad a las Administraciones públicas. Pero, antes de entrar en el análisis de dichas cuestiones, considero conveniente mostrar las ventajas y problemas que presentan estas actividades tecnológicas de la captura y almacenamiento del carbono.

## II. Riesgos, ventajas y problemas que demandan una regulación jurídica

### II.1. Una tecnología para luchar contra el cambio climático y para limpiar el carbón

El CO<sub>2</sub> es uno de los gases —el más abundante— causantes del efecto invernadero. Como es sabido, la reducción de emisiones de los gases de efecto invernadero constituye la principal medida de la lucha contra el cambio climático.

Los procesos industriales que producen de CO<sub>2</sub> pueden evitar las emisiones a la atmósfera mediante la aplicación de unas complejas actividades tecnológicas conocidas como CAC (captura y almacenamiento de carbono) o CCS (en inglés: carbon capture and storage). Con ellas se puede capturar el dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) emitido por las instalaciones industriales, transportarlo a un emplazamiento de almacenamiento e inyectarlo en una formación geológica subterránea adecuada con vista a su almacenamiento permanente(4).

El impulso y desarrollo de la CAC se ha incluido en la política energética de muchos países por considerarla necesaria para el cumplimiento de los objetivos de re-

(2) Para un estudio más detallado de la ley me remito a ALENZA GARCÍA, J. F., «El nuevo régimen legal del almacenamiento geológico del dióxido de carbono», *RAP*, núm. 185, 2011, pp. 289-322.

(3) Para un conocimiento más detallado de la Directiva véase SANZ RUBIALES, I., «El almacenamiento geológico de dióxido de carbono en la Directiva 2009/31, de 23 de abril», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 19, pp. 75-98.

(4) Debe advertirse que no se trata de almacenar un gas bajo la tierra, en galerías, o en oquedades subterráneas. Se trata de que mediante complejos procesos tecnológicos, físicos y químicos el CO<sub>2</sub> quede atrapado en estructuras subterráneas indefinidamente (o, al menos, durante cientos o miles de años) e incluso pueda desaparecer al transformarse y mineralizarse en la estructura rocosa en la que sea inyectado. Para una aproximación a las tecnologías de CAC me remito a la explicación divulgativa muy accesible y «apta para todos los públicos» que puede encontrarse en la página web de la Fundación Ciudad de la Energía (<http://www.ciuden.es>). Especialmente recomendable por su claridad es el video explicativo que se puede ver en <http://multimedia.ciuden.es/video09a.php>.

Con mayor profundidad y detalle, pero también asimilable por quien no disponga de conocimientos técnicos especializados, es el informe especial del IPCC: *The IPCC special report on CO<sub>2</sub> Capture and Storage*. Existe también un resumen en español: GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO, *La captación y el almacenamiento de dióxido de carbono. Resumen para responsables de políticas y Resumen técnico* ([www.ipcc-wg3.de/publications/special-reports/files.../SRCCS-Esp.pdf](http://www.ipcc-wg3.de/publications/special-reports/files.../SRCCS-Esp.pdf)).

ducción de emisiones de dióxido de carbono(5), por el desarrollo tecnológico que supone y, también, porque resulta imprescindible para la continuidad de la utilización de combustibles fósiles en un marco hipocarbónico.

En efecto, a pesar de la creciente aportación de las energías renovables, sigue siendo necesaria la contribución de las centrales térmicas convencionales para garantizar la seguridad del abastecimiento energético y la reducción de la dependencia exterior. Además, la continuidad de la producción energética basada en el carbón permitirá la amortización de unas instalaciones que han tenido que adaptarse a las exigencias de los compromisos de reducción de gases de efecto invernadero, así como la preservación del empleo de los trabajadores del sector minero(6).

A todo lo anterior debe sumarse el contexto actual de crisis económica. El bajo precio del carbón le permite competir con otras fuentes energéticas convencionales y, por su puesto, con las renovables. Además, seguirá siendo abundante después de que el petróleo y el gas natural empiecen a escasear. Todo ello explica que la producción de energía a partir del carbón, a pesar de que produzca más emisiones de CO<sub>2</sub> por unidad de electricidad generada que la del fuelóleo o la del gas, y a pesar de sus otras consecuencias negativas (vaciado de montes, deforestación, emisiones atmosféricas, contaminación de aguas, fraccionamiento de ecosistemas, riesgos laborales asociados a la extracción), esté creciendo. En definitiva, el interés que está despertando la CAC radica en que permite una «descarbonización» de la producción eléctrica en las centrales térmicas de carbón. Dicho de otra manera, la CAC contribuirá a «limpiar» el carbón de una de sus principales afecciones, permitiendo que se reconcilie su utilización con las exigencias de mitigación del cambio climático(7).

Con el objetivo de facilitar la implantación y desarrollo de esta tecnología la Unión Europea aprobó una regulación específica de la misma: la Directiva 2009/31/CE, de 23 de abril de 2009, del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al almacenamiento geológico de dióxido de carbono. Esta regulación se enmarca dentro de la estrategia de mitigación del cambio climático y la propia la Directiva 2009/31/CE es una de las disposiciones derivadas de la nueva política integrada de energía y clima, que arrancó con el denominado «paquete energético» de 2007.

La trasposición de esta Directiva hizo que los Estados miembros se dotaran de normas específicas sobre esta actividad(8). El ejemplo europeo y el impulso de la

---

(5) Entre las distintas informaciones recogidas en los considerandos de la Directiva 2009/31/CE merece destacar los datos incluidos en su número 5: «Estimaciones preliminares, efectuadas con vistas a evaluar el impacto de la Directiva y a las que se refiere la evaluación de impacto de la Comisión, indican que se podrían almacenar siete millones de toneladas de CO<sub>2</sub> de aquí a 2020, y hasta 160 millones de toneladas de aquí a 2030, si se logra una reducción del 20 % de las emisiones de efecto invernadero de aquí a 2020 y si la tecnología de CAC obtiene apoyo privado, nacional y comunitario y resulta ser una tecnología segura desde la perspectiva ambiental. Las emisiones de CO<sub>2</sub> que se eviten en 2030 podrían representar aproximadamente el 15 % de las reducciones exigidas en la Unión».

(6) Como ha indicado SANZ RUBIALES, esta circunstancia permitió a España ampliar las ayudas públicas a la minería («El almacenamiento geológico de dióxido de carbono en la Directiva 2009/31, de 23 de abril», *cit.*, p. 77).

(7) CANINE, C., «How to clean coal», *OnEarth*, Fall 2005, pp. 21-29; y HAWKINS, D., LASHOF, D., y WILLIAMS, R., «¿Qué hacer con el carbón?», *Investigación y Ciencia*, núm. 362, 2006, pp. 34-41

(8) Una aproximación a la situación en el Derecho comparado europeo puede verse en GÁMEZ MEJÍAS, M., «El marco jurídico del almacenamiento geológico profundo de dióxido de carbono en el contexto de la lucha

Agencia Internacional de la Energía(9), han promovido la extensión de la regulación específica sobre el CAC a otros países de todo el mundo, como Estados Unidos, Canadá(10), Australia(11), y en otros que todavía no disponen de dicha legislación, están sintiendo la necesidad de ella, caso de China(12) y de Nueva Zelanda(13).

## II.2. Algunas dudas y algunos riesgos

Los beneficios que cabe esperar de la CAC no pueden ocultar que también presenta también algunos inconvenientes y riesgos de diverso orden.

En primer lugar, los relativos a la seguridad ambiental y sanitaria. La finalidad de la CAC es el confinamiento permanente del carbono, pero cabe la posibilidad de que se produzcan fugas graduales o, en el peor de los casos, fugas masivas del carbono antes de que se produzca su asimilación o mineralización. Evidentemente, esas fugas de carbono reducirían la eficacia principal de la CAC al liberar emisiones que se han pretendido eliminar y causar «daños climáticos» y sobre la salud de las personas. Otros riesgos ambientales asociados son la movilización e introducción de metales y otros contaminantes en el subsuelo, el desplazamiento y contaminación de acuíferos, impacto paisajístico, incremento de la sismicidad, etc.

En segundo lugar, pueden surgir problemas jurídicos diversos con los derechos de propiedad y con los derechos mineros. En el primero de los casos, parece claro que la elección del lugar de inyección y almacenamiento del carbono implicará una serie de limitaciones o restricciones de los usos del suelo de la propiedad subyacente que habrá que indemnizar o compensar. Por otro lado, en el subsuelo afectado puede haber colisión de intereses con los titulares de otros derechos mineros en los lugares de almacenamiento que habrá solucionar.

---

contra el cambio climático. Perspectivas y reflexiones tras la transposición al derecho interno», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 20, 2011, pp. 49-79.

(9) La IEA publicó en 2010 el *CCS Model Regulatory Framework* identificando 29 cuestiones que debían ser objeto de regulación ([http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/model\\_framework.pdf](http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/model_framework.pdf)). Una aproximación a la situación actual de la regulación de la CAC en el mundo puede verse en el *Workshop Report 2012. 4th IEA International CCS Regulatory Network Meeting* ([http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/WR\\_4th\\_CCS\\_Regulatory\\_Meeting\\_FINAL\\_WEB.pdf](http://www.iea.org/publications/freepublications/publication/WR_4th_CCS_Regulatory_Meeting_FINAL_WEB.pdf)).

(10) BANKES, N., «The legal and regulatory issues associated with carbon capture and storage in Arctic States», *Carbon and Climate Law Review*, 6, 2012, pp. 21-32 y, del mismo autor, *Developing a legal regime for carbon capture and storage in Canada: some reflections based upon a survey of natural gas storage regimes*, ISEEE, University of Calgary, 2009.

(11) CROMMELIN, M., «Australian responses to subsurface conflicts: greenhouse gas storage v petroleum», en el vol. col. (eds. Zillman, McHarg, Barrera-Hernández and Bradbrook), *The law of energy underground*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 419-432.

(12) El desarrollo de la CAC forma parte de la política china sobre el cambio climático. Existen más de 20 proyectos de investigación y varios proyectos pilotos de CAC desarrollándose en la actualidad, lo que ha llevado a demandar la creación de una estructura legal específica sobre la materia. MINGYUAN, W. and FENG, J., «Carbon capture and storage development in China», en el vol. col. (eds. Zillman, McHarg, Barrera-Hernández and Bradbrook), *The law of energy underground*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 275-293.

(13) En este país no se aprobado todavía una ley específica, pero existen ya informes favorables a la misma. Véase al respecto BARTON, B., KIMBERLEY, J., and SEVERINSEN, G., *Carbon Capture and Storage: designing the legal and regulatory framework for New Zealand*, ed. Centre for Environmental, resources and Energy Law (The University of Waikato), Hamilton, 2013.

En tercer lugar, son fáciles de imaginar los problemas económicos que se derivan de la financiación de una costosa tecnología que requiere de complejos procesos y complejas instalaciones, de amplios y selectos espacios para su ubicación, de conductos o tuberías que transporten el dióxido de carbono a cientos de kilómetros de su captura, etc. Unas inversiones necesarias que requieren de un marco jurídico que aporte estabilidad, confianza y seguridad.

La regulación legal que tiene por objetivo impulsar las tecnologías de CAC se enfrenta al problema de equilibrar debidamente los riesgos públicos (ambientales, sanitarios, territoriales, inversiones públicas) y los riesgos privados (coste de las inversiones tecnológicas, riesgo de la responsabilidad de los promotores, riesgos regulatorios, etc.) (14). Una vez realizada la ponderación general de los riesgos de la CAC (la ponderación regulatoria) será en los procedimientos autorizatorios y concesionales en los que se deberán ponderar los concretos riesgos de cada caso, resultando fundamentales en dichos procesos decisorios la información y la participación del público (15).

Además de los riesgos, otras objeciones a la CAC se han basado en la posible incoherencia o confrontación con la política climática.

En efecto, la CAC no acaba de suscitar adhesiones unánimes y planean sobre ella dudas, no solo sobre la seguridad ambiental, sino también por su influencia sobre las estrategias de reducción de los GEI. Desde algunos sectores, se considera que la regulación y el apoyo al almacenamiento de carbono puede comprometer y debilitar otras estrategias de sustitución de las energías fósiles y de ahorro y eficiencia energética (16).

No obstante, la propia directiva ya había salido al paso de estas previsible críticas al advertir que es una tecnología de transición que no debe servir para reducir los esfuerzos de otras estrategias de mitigación del cambio climático (17).

Por el momento, la normativa no obliga a las principales instalaciones emisoras a realizar operaciones de captura y almacenamiento de GEI, sino que tan sólo les obliga a disponer de lugares de almacenamiento. Es posible que en el futuro se amplíe esa obligación. Y ello no sería incoherente con otras políticas ambientales o de fomento de las renovables, sino que sería un ejemplo de la aplicación del principio de respon-

---

(14) Sobre las dificultades de armonizar estos riesgos por parte de la regulación véase McHARG, A., and POUSTIE, M., «Risk, regulation, and carbon capture and storage: the United Kingdom Experience», en el vol. col. (eds. Zillman, McHarg, Barrera-Hernández and Bradbrook), *The law of energy underground*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 249-274.

(15) Así lo ha subrayado RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., «Régimen del almacenamiento geológico de dióxido de carbono y de la gestión de su dinámica problema-solución-nuevo riesgo ambiental», *RADA*, núm. 23, 2012, pp. 259-291.

(16) Éstos fueron algunos de los argumentos manejados por los grupos parlamentarios españoles que, con carácter minoritario, se opusieron a la ley de almacenamiento geológico alegando que constituye una solución cortoplacista y miope que puede entorpecer los caminos para encontrar soluciones definitivas. También las asociaciones ecologistas se han mostrado en contra (Cfr. Vila, A. y Montón, R., «Por qué la captura y almacenamiento de carbono no salvará el clima», *Revista Greenpeace*, 2/08, pp. 42-43).

(17) Dice así en su considerando 4.º: «La captura y el almacenamiento geológico de carbono (CAC) es una tecnología de transición que contribuirá a mitigar el cambio climático (...). Esta tecnología no debe ser un incentivo para aumentar la proporción de las centrales eléctricas que utilizan combustibles fósiles. Su desarrollo no debe llevar a la reducción de los esfuerzos de apoyo a las políticas de ahorro energético, a las fuentes renovables de energía y a otras tecnologías seguras y sostenibles con baja emisión de carbono, ni en el ámbito de la investigación ni en el financiero».

sabilidad. Al igual que sucede en otros sectores ambientales —como el de los residuos—, la exigencia a los productores de la contaminación de hacerse cargo de su eliminación no significa que se abandonen otros objetivos prioritarios (como la reducción y el aprovechamiento en el caso de los residuos).

Téngase en cuenta, por otro lado, que lo que se pretende es que el almacenamiento de carbono sea definitivo. No es un aplazamiento del problema. No consiste sólo de «esconder la basura debajo de la alfombra». No es un mero «secuestro» del carbono que tratará inexorable y pertinazmente de escapar a la atmósfera (18). Como se ha visto, es posible que el carbono quede almacenado durante cientos o miles de años. Y hasta puede que hasta desaparezca si se logra su mineralización en la roca almacén en la que se inyecta. Eso sí debe hacerse «en condiciones seguras para el medio ambiente», como proclama el primer artículo de la Directiva 2009/31/CE.

### III. ¿Era necesaria una ley específica del almacenamiento geológico del dióxido de carbono?

#### III.1. Las razones del legislador español

La Ley 42/2010 fue objeto de una rápida y consensuada tramitación parlamentaria. Probablemente ello se debió a la pre-existencia de la Directiva comunitaria, su elevado contenido técnico y que no se incorporaran apenas innovaciones significativas al contenido de aquella (19).

El objeto de la ley es establecer «el marco jurídico para el almacenamiento geológico de dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), en condiciones seguras para el medio ambiente, con el fin de contribuir a la lucha contra el cambio climático», según se dice en su artículo 1.1. Y el apartado 2.º, con una finalidad más didáctica que reguladora, profundiza en la finalidad del almacenamiento geológico del carbono:

«El objetivo del almacenamiento geológico de CO<sub>2</sub> es su confinamiento permanente, en condiciones seguras para el medio ambiente, de manera que se eviten y, cuando no sea posible, se reduzcan al máximo, los efectos negativos o riesgos que pudiera tener dicho almacenamiento, sobre el medio ambiente y la salud humana».

Siguiendo una terminología aristotélico-tomista, podríamos afirmar que la *causa final* de LAGDC (*para qué* se elabora la nueva ley) es el establecimiento de un marco jurídico para el almacenamiento geológico del dióxido de carbono, que dote de claridad y seguridad a su régimen jurídico y garantice que se eviten o reduzcan

(18) A veces se ha denominado a la Directiva 2009/31 como la «Directiva secuestro». Deben tenerse cuidado con estas expresiones que tienen connotaciones negativas (el secuestro es siempre una actividad ilícita) y que pueden llevar a impresiones equivocadas (el secuestrado tenderá siempre a escapar o a ser liberado) que generen prejuicios mal fundados.

(19) La cuestión más controvertida fue la asignación de competencias en relación con el control de los lugares de almacenamiento, que finalmente se solventó, en parte, con la introducción de la posibilidad de unas enmiendas a través de unas enmiendas transaccionales. Para un mayor detalle sobre la tramitación me remito a ALENZA GARCÍA, J. F., «El nuevo régimen legal del almacenamiento geológico del dióxido de carbono», *cit.*, pp. 298-299.

los efectos o riesgos de dicho almacenamiento sobre el medio ambiente y la salud humana.

La *causa eficiente* de la ley (el *porqué* de esta regulación) tiene que ver con el objetivo último de «contribuir a la lucha contra el cambio climático». Tal y como he adelantado, existe el convencimiento de que el almacenamiento geológico del carbono constituye una vía —necesaria e imprescindible— de mitigación del cambio climático y que contribuirá al cumplimiento de los objetivos de reducción de emisiones de carbono.

No obstante, por lo que se refiere a nuestro ordenamiento jurídico parece claro que si no hubiera habido una previa regulación europea, no se habría elaborado una ley específica sobre esta actividad. Por eso, cabe afirmar que la *causa inmediata* de la LAGDC es la preexistencia de la Directiva 2009/31/CE, a la que sigue con gregaria fidelidad. En la propia exposición de motivos de la LAGDC se pone por delante del objetivo de la lucha contra el cambio climático la existencia de la Directiva (20), y la misma idea se pudo constatar en los debates parlamentarios.

En dichos debates, sin embargo, no hubo reflexiones serias sobre la necesidad real de una ley específica para trasponer la Directiva comunitaria. Hubiera sido posible incorporar las exigencias comunitarias en el seno de las diversas leyes que regulan esta actividad, como la legislación minera y la legislación ambiental. Se optó, sin embargo, por la promulgación de una ley específica, convirtiendo a la ley de minas en derecho supletorio respecto a esta actividad (21). Es indudable que esta opción aporta una mayor claridad a la regulación y a la obligación de trasponer la Directiva. La propia Directiva se autojustificó por la necesidad de evitar la aplicación conjunta de una normativa muy diversa (residuos, emisiones industriales, aguas) que podría generar una cierta inseguridad jurídica (22).

No obstante, algunos países (Reino Unido, Polonia, Holanda, Francia) rechazaron aprobar una ley específica y han incorporado las exigencias comunitarias en la legislación minera, en la de hidrocarburos o en la ambiental. Otros países entre los que se encuentran Alemania, Italia o Rumanía, además de España, optaron por una ley específica. La exposición de motivos de la LAGDC explica que «se ha decidido abordar la transposición a través de un proyecto de Ley *ad hoc*, en lugar de reformar otras normas de nuestro ordenamiento, como la Ley de Minas, debido a las singulares características de la CAC. Más que en el aprovechamiento de un recurso geológico, el interés

---

(20) Apartado I, sexto párrafo: «Esta ley tiene por objeto incorporar al ordenamiento interno español las disposiciones contenidas en la Directiva citada, adaptándolas a la realidad industrial, geológica y energética de nuestro país, y estableciendo una base jurídica para el almacenamiento geológico de dióxido de carbono, en condiciones seguras para el medioambiente, para contribuir a la lucha contra el cambio climático».

(21) DEL GUAYO, I., and ALENZA, J., «Spain's approach to new technologies: from underground structures to carbon dioxide storage», en el vol. col. (eds. Zillman, McHarg, Barrera-Hernández and Bradbrook), *The law of energy underground*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 464-465.

(22) La Propuesta de Directiva consideraba necesaria una regulación «ad hoc» del almacenamiento de dióxido de carbono que considerara sus peculiaridades, puesto que de lo contrario le serían aplicables muchas normas sobre residuos, aguas o emisiones industriales lo que generaría una cierta inseguridad jurídica. Por su parte la exposición de motivos de la LAGDC indica que «se ha decidido abordar la transposición a través de un proyecto de Ley *ad hoc*, en lugar de reformar otras normas de nuestro ordenamiento, como la Ley de Minas, debido a las singulares características de la CAC. Más que en el aprovechamiento de un recurso geológico, el interés se centra aquí en contribuir a la mitigación del cambio climático mediante una técnica novedosa que exige un régimen jurídico propio, orientado fundamentalmente a garantizar la seguridad para el medio ambiente y las personas».

se centra aquí en contribuir a la mitigación del cambio climático mediante una técnica novedosa que exige un régimen jurídico propio, orientado fundamentalmente a garantizar la seguridad para el medio ambiente y las personas».

Al igual que el corazón tiene razones que la razón no entiende, debemos preguntarnos si las razones que da el legislador no se entienden racionalmente a la vista del resultado final y constituyen un motivo de perplejidad para el jurista.

### **III.2. Las «sinrazones» de la ley: regulación parcial, regulación incompleta, regulación diferida y regulación muy técnica**

Si la justificación de una ley específica radica en la necesidad de un régimen jurídico propio por las singulares características de la CAC, entonces no se entiende por qué ese régimen legal es parcial (se limita sólo al almacenamiento), es incompleto (no agota la regulación jurídica de la CAC) y difiere al futuro desarrollo reglamentario muchas cuestiones esenciales para el desarrollo de las actividades de CAC. Veamos por separado dichas características de la ley.

#### **A) UNA REGULACIÓN PARCIAL QUE SE CENTRA ÚNICAMENTE EN UN DETERMINADO TIPO DE ALMACENAMIENTO DE CARBONO.**

La captura y el almacenamiento geológico de carbono (CAC) se describe como «una tecnología de transición que contribuirá a mitigar el cambio climático. Consiste en captar el dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>) emitido por las instalaciones industriales, transportarlo a un emplazamiento de almacenamiento y finalmente inyectarlo y confinarlo en una formación geológica subterránea adecuada, con vista a su almacenamiento permanente» (23).

Son tres, por tanto, los elementos del proceso completo: la captura o captación del CO<sub>2</sub>, el transporte hasta el lugar de almacenamiento y, por último, el almacenamiento permanente. Sin embargo, de esas tres fases la LAGDC —al igual que la Directiva 2009/31— se centra exclusivamente en la actividad de almacenamiento. Sobre la captura y el transporte la LAGDC establece unas mínimas determinaciones, cuya completa regulación se emplaza a una futura reglamentación (24).

Y, por lo que se refiere al almacenamiento de carbono, la ley restringe su aplicación a aquél que se caracteriza por estas tres notas:

(23) Así se describe en el considerando 4 de la Directiva 2009/31 y en la reproducción que realiza el apartado I de la exposición de motivos de la LAGDC.

(24) Sobre la *captura* la LAGDC no establece regulación alguna, sino que se limita a someter a las instalaciones de captura de CO<sub>2</sub> con fines de almacenamiento de dióxido de carbono a autorización ambiental integrada y a evaluación de impacto ambiental. En cuanto al *transporte*, además de someter las tuberías para el transporte de flujos de dióxido de carbono a evaluación de impacto ambiental, el capítulo IV de la LAGDC regula el acceso a las redes de transporte y a los lugares de almacenamiento a los potenciales usuarios. Pero se trata de una regulación muy elemental respecto de la cual prevé expresamente su desarrollo reglamentario hasta en tres ocasiones: para la implantación de las redes auxiliares de transporte (art. 1.3); para precisar las medidas necesarias para garantizar el acceso (art. 26.1); y para el establecimiento del régimen retributivo (art. 26.3).



1. Carácter territorial. La Ley se aplica sólo al almacenamiento realizado «en estructuras subterráneas en España, incluyendo su mar territorial, su zona económica exclusiva y su plataforma continental» (art. 2.1). Comprende, por tanto, el almacenamiento geológico tanto bajo la superficie terrestre como bajo el subsuelo marino (25), pero siempre en territorio español. Por eso, se advierte que «no se autorizará el almacenamiento de CO<sub>2</sub> en un lugar de almacenamiento que se extienda más allá de la zona contemplada en el apartado 1» (art. 2.3).
2. El almacenamiento autorizable es el que se produce en estructuras subterráneas, excluyéndose expresamente la posibilidad de autorizar «el almacenamiento de CO<sub>2</sub> en la columna de agua ni sobre el lecho marino» (art. 2.4) (26).
3. El almacenamiento geológico de carbono «realizado con fines de investigación, desarrollo o experimentación de nuevos productos y procesos siempre que la capacidad prevista de almacenamiento sea inferior a 100 kilotoneladas» queda fuera del ámbito de aplicación de la LAGDC (art. 2.2) (27).

#### **B) UNA REGULACIÓN INCOMPLETA: LA NECESIDAD DE INTEGRAR EL MARCO JURÍDICO DEL ALMACENAMIENTO DE DIÓXIDO DE CARBONO CON OTRAS NORMAS**

La LAGDC establece una regulación incompleta del almacenamiento geológico del carbono. Quizá por asegurar la transposición de la Directiva en plazo, quizá por falta de ambición, el legislador español se limitó a realizar una transposición de mínimos, sin desarrollar todas las posibilidades que ofrecía la directiva y sin completar el marco jurídico de las operaciones implicadas en el almacenamiento de carbono.

Por ello será necesario complementar su regulación con otras normas de control ambiental (EIA, IPPC, aguas, emisiones industriales, residuos); con la normativa de responsabilidad ambiental, con la legislación minera y con la de cambio climático (régimen del mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero y régimen de los mecanismos para un desarrollo limpio y de acción conjunta).

#### **C) UNA REGULACIÓN DIFERIDA: EL PENDIENTE DESARROLLO REGLAMENTARIO**

Como ya he dicho, la regulación legal es parcial y muy contenida, abordando únicamente los aspectos imprescindibles para una correcta —aunque mínima— transposición.

Quizá ese apresuramiento para cumplir con el plazo de trasposición ha motivado que se aplazaran multitud de aspectos a futuras regulaciones reglamentarias. Así,

---

(25) El mismo artículo 2.1 advierte, quizá de manera innecesaria, que «en los supuestos de almacenamiento geológico de CO<sub>2</sub> en el subsuelo marino deberá respetarse, asimismo, lo previsto en la legislación estatal y comunitaria y en los acuerdos internacionales suscritos por España para la protección del medio ambiente marino». La disposición adicional 3.<sup>a</sup> establece las limitaciones y condiciones que habrán de cumplirse para autorizar el almacenamiento geológico del carbono en el subsuelo marino.

(26) La Directiva contempla la prohibición de autorizar el almacenamiento en la columna de agua (art. 2.4), y no dice nada del almacenamiento sobre el lecho marino, aunque va de suyo tampoco sería autorizable.

(27) Para estas instalaciones se prevé un futuro reglamento específico y en tanto no se apruebe o, una vez aprobado, en lo no previsto en el mismo, al almacenamiento de CO<sub>2</sub> para investigación y desarrollo, le resultará de aplicación la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas (art. 2.2).

además de la genérica habilitación para el desarrollo reglamentario de la ley (disposición final 9.<sup>a</sup>), la LAGDC contiene diez remisiones expresas a futuras normas reglamentarias en los siguientes artículos:

1. Condiciones necesarias para el desarrollo de las redes auxiliares de transporte y el de otras instalaciones de carácter auxiliar directamente vinculadas a lugares de almacenamiento (art. 1.3).
2. Lugares de almacenamiento realizado con fines de investigación, desarrollo o experimentación de nuevos productos y procesos siempre que la capacidad prevista de almacenamiento sea inferior a 100 kilotoneladas (art. 2.2).
3. Procedimiento de tramitación de los permisos de investigación (art. 9.1).
4. Documentación exigible para la presentación de ofertas en competencia, la forma y plazos de presentación y el procedimiento de adjudicación de los permisos de investigación (art. 9.5).
5. Procedimiento de otorgamiento de las concesiones de almacenamiento (art. 11.2).
6. Documentación exigible para la participación de los concursos de adjudicación de las concesiones, la forma y plazos para la presentación de ofertas, el procedimiento para su adjudicación y los criterios para su valoración (art. 11.3).
7. Forma, procedimientos y modalidades de la garantía financiera exigible para la solicitud de concesión de almacenamiento (art. 12.2).
8. Instrumento financiero para los costes de seguimiento de los lugares de almacenamiento de dióxido de carbono tras la transferencia de responsabilidad (art. 25.2).
9. Medidas necesarias para garantizar el acceso a la red de transporte (art. 26.1).
10. Establecimiento del régimen retributivo de las redes de transporte (art. 26.3).
11. Obligaciones para instalaciones de combustión de más de 300 megavatios (apartado 3 de la disposición adicional 2.<sup>a</sup>).

Además de estas remisiones expresas, la normativa reglamentaria de desarrollo está llamada a concretar otros aspectos que no han quedado suficientemente precisados en la LAGDC. Algunos son de carácter procedimental, como por ejemplo, en el procedimiento de otorgamiento de los permisos de investigación la determinación del momento en el que se deben evacuar los informes preceptivos del Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino y de las Comunidades Autónomas.

Otros son más sustanciales, como las relativas a las instalaciones de combustión de más de 300 megavatios (disp. adicional 2). Por un lado, deberá precisarse qué autorización queda supeditada al cumplimiento de las obligaciones establecidas para las instalaciones de combustión de más de 300 megavatios. Tampoco quedan claramente establecidos algunos de los aspectos de dichas obligaciones. Por ejemplo si las instalaciones de transporte deben pertenecer al titular de la instalación, o si pueden encomendar el transporte y el almacenamiento a terceros. Si deben estar ya construidas o si basta con que estén proyectadas.

El informe de la UE ante la Agencia Internacional de la Energía del año 2012 se subrayaba el hecho de que la Comisión tuvo que iniciar procedimientos de infracción por no trasposición de la Directiva contra 26 de los 27 miembros de la Unión, siendo la España la excepción. Si bien también advertía en relación con la legislación española de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por razones competenciales y

también de que quedaban pendientes de desarrollo ciertos aspectos de la regulación legal (28).

Lo cierto es que cuatro años después de la promulgación de la ley no se ha producido todavía ni uno solo de los desarrollos reglamentarios previstos en ella.

#### D) UNA REGULACIÓN DE ELEVADO CONTENIDO TÉCNICO

Una de las características más señaladas de la normativa ambiental es su elevado contenido técnico. Que sea inevitable la incorporación de terminología técnica en la legislación no significa que no se deban denunciar algunos excesos. Porque como indicaba Loperena Rota en el trabajo citado a comiendo de este artículo, el problema se produce cuando el contenido íntegro de los preceptos resulta indescifrable para el jurista, de manera que éste no puede hacer otra tarea interpretativa que la que el perito haya realizado. En estos casos, la tarea del jurista es sustituida íntegramente por la del técnico. Por ello denunciaba Loperena el intrusismo profesional en las tareas regulatorias y reclamaba el papel que deben tener los juristas en el establecimiento y la aplicación de las normas jurídicas (29).

Las definiciones que la LAGDC ofrece en su artículo 4 o los dos anexos son buenos ejemplos del elevado componente técnico de la ley. Y como botón de muestra de la ininteligibilidad de alguna disposición puede verse la manera en la que se describe la delimitación física del derecho conferido por el permiso de investigación (30).

Por otro lado, el contenido técnico de la normativa ambiental explica la necesaria flexibilidad de sus prescripciones a fin de mantenerlas continuamente actualizadas. En el caso de la LAGDC esa flexibilidad se refleja en la deslegalización prevista de los anexos, que pueden ser modificados mediante Real Decreto para adaptarlos a las modificaciones que introduzca la normativa comunitaria (aptd. 2.º de la disposición final 13.ª).

### IV. La perplejidad competencial

Otra muestra de la perplejidad legal (en este caso, en el sentido de confusión) es la relativa a la cuestión competencial. Sin duda alguna el aspecto más cuestionado de la LAGDC durante su tramitación parlamentaria fue el de la asignación de competencias (31). También lo ha sido después de su aprobación, como lo prueba el hecho de que se ha-

---

(28) International Energy Agency, Workshop Report 2012, *4th IEA International CCS Regulatory Network Meeting*, pp. 10-11.

(29) LOPERENA ROTA, D. «La perplejidad del iusambientalista», *cit.*, p. 3586.

(30) Artículo 8.3: «Los permisos de investigación conferirán al titular el derecho exclusivo a llevar a cabo la investigación en un volumen de profundidad indefinida cuya base superficial estará delimitada por paralelos y meridianos referidos a los sistemas de referencia geodésicos en vigor, quedando definida por la agrupación de cuadriláteros de un minuto de lado, en coincidencia con minutos enteros de latitud y longitud, adosados al menos por uno de sus lados siempre que no supere un máximo de 100.000 hectáreas».

(31) Buena prueba de que el Gobierno era consciente de que la cuestión competencial, tal y como se había regulado en el proyecto de ley, iba a ser muy discutida es el enorme esfuerzo justificativo que realiza en la exposición de motivos. Más de un tercio del Preámbulo de la LAGDC se dedica a esta cuestión. Dicho Preámbulo está dividido en tres bloques: en el primero se explican las razones que justifican la ley y los resultados que con ella se esperan conseguir; el segundo explica el contenido de cada uno de los capítulos de la ley; y el tercero —que es el de mayor extensión— se dedica a justificar la distribución de competencias establecida.

yan interpuesto tres recursos de inconstitucionalidad por las Comunidades Autónomas de Aragón, Cataluña y Galicia contra 18 de sus disposiciones (32).

En su extenso artículo 5 la LAGDC enumera las funciones atribuidas al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, al Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino y a las Comunidades Autónomas. La competencia sobre los permisos de investigación y sobre las concesiones de almacenamiento se realiza de la siguiente manera.

El otorgamiento de los *permisos de investigación* corresponde al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, si afectan al ámbito territorial de más de una Comunidad Autónoma o al subsuelo marino. En caso de que no excedan del ámbito territorial autonómico la competencia es de la Comunidad Autónoma.

El otorgamiento (y, en su caso, revocación) de las *concesiones de almacenamiento* corresponde en todo caso al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

Al Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino le corresponden funciones de informe y de evaluación de impacto ambiental cuando la resolución corresponde al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, así como otras funciones de seguimiento y supervisión de los lugares de almacenamiento.

Las Comunidades Autónomas tienen también funciones de informe sobre las solicitudes de concesión de almacenamiento, así como las de aprobar el plan de seguimiento y el plan provisional de gestión posterior al cierre que se incorporan a la concesión de almacenamiento. También se le asignan las competencias sobre el sistema de inspecciones en los lugares de almacenamiento y la adopción de medidas correctoras en caso de irregularidades significativas o fugas de carbono, así como responsabilizarse del seguimiento y de las medidas correctoras una vez cerrado un lugar de almacenamiento y hasta la transferencia de responsabilidad (33).

Las competencias sancionadoras siguen el criterio del titular de la competencia sustantiva. Es decir, que se atribuyen a los órganos autonómicos competentes, salvo en los supuestos de permisos o concesiones sobre lugares cuya gestión corresponda a la Administración del Estado (art. 38.1).

Cabe apreciar, en definitiva, la utilización de un criterio de territorialidad al establecer la Administración competente, salvo en las concesiones de almacenamiento. La competencia para el otorgamiento de estas concesiones corresponde en todo caso al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, aunque los aspectos estrictamente ambientales (plan de seguimiento, plan de gestión posterior al cierre, inspecciones, medidas correctoras) se asignan a las Comunidades Autónomas. Cabe deducir de lo anterior que la concepción que tiene el legislador estatal de las concesiones de almacenamiento es que no constituyen un actuación de gestión o de ejecución ambiental. ¿Qué son entonces?

La ley se fundamenta en tres títulos competenciales: la legislación básica sobre protección del medio ambiente (art. 149.1.23.<sup>a</sup> CE), las bases del régimen energético y minero (art. 149.1.25.<sup>a</sup>) y las bases y coordinación de la planificación general de la actividad

(32) Los preceptos concretamente impugnados en cada recurso pueden verse en la tabla ofrecida por CARO PATÓN, I., «Problemas competenciales derivados de la Ley 20/2010 de almacenamiento geológico de dióxido de carbono», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. IV, núm. 1, 2013 p. 26-27.

(33) A estas funciones se añadió como enmienda transaccional en la tramitación parlamentaria de la ley la edulcorante posibilidad de que la Administración General del Estado encomiende el ejercicio de determinadas actividades a aquellas Comunidades Autónomas que así lo soliciten, en el marco de lo establecido en el artículo 15 de la LRJAP (párrafos finales de los apartados 2 y 3 del art. 5 LAGDC).

económica (art. 149.1.13.<sup>ª</sup>). Este último título competencial sirve al legislador para justificar las competencias ejecutivas atribuidas a la Administración General del Estado, pues considera que «el almacenamiento de dióxido de carbono se configura como una pieza clave en el conjunto de medidas que se están llevando a cabo con el fin de favorecer un cambio de modelo energético que garantice un desarrollo económico sostenible» (34).

No es posible entrar en el análisis profundo de esta justificación «económica» de las competencias ejecutivas estatales sobre las concesiones de almacenamiento (35).

Pero no puedo dejar de señalar la perplejidad que suscita la —cuando menos aparente— contradicción de que una norma que auto-proclama su «finalidad claramente ambiental» (apdo. III de su preámbulo), pero que acaba utilizando el criterio económico como el determinante de la atribución de competencias, relegando lo ambiental a algo meramente accesorio. De esta manera, los aspectos ambientales se atribuyen a las Comunidades Autónomas, pero la decisión final sobre el otorgamiento de la concesión se lo reserva un órgano de la Administración General del Estado por la previsible importancia económica que tendrán las instalaciones de almacenamiento (36).

## V. La perplejidad ante la imposición obligatoria del almacenamiento de CO<sub>2</sub>

Perplejidad también tiene un significado de irresolución e indecisión. Pues bien, en dicho sentido cabe apreciar una perplejidad del legislador español ante la obligatoriedad del almacenamiento de CO<sub>2</sub> que, finalmente, no se decidió a imponer el almacenamiento obligatorio a las grandes instalaciones de emisión.

La captura y almacenamiento de carbono es, en estos momentos, una tecnología en transición que debe ser incentivada. Por el momento, se ha rechazado establecer su carácter obligatorio. Durante el proceso de elaboración de la Directiva se planteó si debía imponerse a determinadas instalaciones emisoras de dióxido de carbono la obligación de capturar y almacenar dichas emisiones. El coste económico, la inmadurez de la tecnología y los riesgos ambientales hicieron que se aplazara la obligatoriedad del almacenamiento geológico del carbono. La Directiva estableció únicamente obligaciones de evaluación y de reserva de espacio para el equipo necesario para la cap-

---

(34) A este respecto, el Preámbulo de la LAGDC explica que «el almacenamiento de dióxido de carbono se configura como una pieza más en el conjunto de medidas que se están llevando a cabo con el fin de favorecer un cambio de modelo energético que garantice un desarrollo económico sostenible. En este sentido, debe destacarse la estrecha conexión entre el almacenamiento y las políticas energética y en materia de cambio climático (...) el almacenamiento de dióxido de carbono está llamado a formar parte integrante de estas políticas, con la consiguiente repercusión en la economía en su conjunto y en la toma de decisiones empresariales en los distintos sectores que la integran».

(35) En realidad, el Preámbulo de la LAGDC indica tres razones de orden económico y una cuarta de carácter territorial.

(36) Esa importancia económica está muy lejos de lograrse por el momento. Una contundente y fundada crítica de la cuestión competencial de la LAGDC ha sido realizada por Caro Patón, quien considera que existe una notable confusión de títulos competenciales y que es contrario al principio de eficacia la intervención de cuatro órganos administrativos con una atribución de responsabilidades aparentemente diferenciadas pero parcialmente concurrentes considera. Se señala, además, que existe un déficit de técnicas de coordinación competencial y considera, por todo ello, que la atribución competencial efectuada por la ley es desproporcionada y no ajustada a la Constitución. CARO PATÓN, I., «Problemas competenciales derivados de la Ley 20/2010 de almacenamiento geológico de dióxido de carbono», *cit.* pp. 25 y 26.

tura y comprensión de CO<sub>2</sub> en el caso de las instalaciones de combustión de más de 300 megavatios (art. 33) (37).

En la tramitación de la LAGDC ni siquiera se planteó la cuestión de la obligatoriedad de la CAC. Tampoco se planteó si las obligaciones de la Directiva debían extenderse a otro tipo de instalaciones que son grandes emisoras de CO<sub>2</sub> (cementeras, siderurgia). Como en el resto de sus prescripciones, la LAGDC se limitó a trasladar las exigencias de la Directiva 2009/31. De manera que las instalaciones de combustión de más de 300 megavatios obligaciones de captura, transporte y almacenamiento quedan sometidas a dos tipos de obligaciones (disp. adic. 2.<sup>a</sup>):

1. Evaluación del cumplimiento de las siguientes condiciones:

- a) Que disponen de lugares de almacenamiento adecuados.
- b) Que las instalaciones de transporte son técnica y económicamente viables.
- c) Que es técnica y económicamente viable una adaptación posterior para la captura de CO<sub>2</sub>.

La determinación de si se cumplen estos requisitos corresponde al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio «basándose en la evaluación del titular y en la información de que disponga, en particular la relativa a la protección del medio ambiente y la salud humana» (38).

2. Reserva de espacio. Cuando se cumplan las condiciones anteriores, «el titular deberá reservar suficiente espacio en los locales de la instalación para el equipo necesario para la captura y compresión de CO<sub>2</sub>».

En definitiva, la CAC no se configura como obligatoria. Por el momento, tan sólo es obligatorio realizar la evaluación y, en su caso, reservar suficiente espacio en los locales de la instalación. Ahora bien, si no se cumplen esas obligaciones se podrá denegar la autorización a la instalación de combustión (39).

---

(37) El considerando 47 de la Directiva explica de la siguiente manera: «La transición hacia una generación de electricidad con bajo contenido de carbono exige que, en caso de que se genere electricidad con combustibles fósiles, se hagan nuevas inversiones que favorezcan reducciones substanciales de las emisiones». Sin embargo, esas inversiones por el momento no se han traducido en la obligación de realizar la captura, sino solo en disponer de espacio en la instalación para la captura de CO<sub>2</sub>, si se dispone de emplazamientos de almacenamiento adecuados y si el transporte de CO<sub>2</sub> y la adaptación posterior con vistas a la captura de CO<sub>2</sub> son viables desde el punto de vista técnico y económico.

(38) La Directiva 2009/31 señala un criterio fundamental para realizar esa evaluación que se ha silenciado en la LAGDC, pero que deberá incorporarse en la futura reglamentación. Ese criterio se explica en el considerando núm. 47 de la directiva de la siguiente manera: «La viabilidad económica del transporte y de la adaptación posterior debe evaluarse teniendo en cuenta los costes previstos del CO<sub>2</sub> que se haya evitado con las condiciones locales específicas en caso de adaptación posterior y los costes previstos de asignaciones de CO<sub>2</sub> en la Comunidad. Las proyecciones deben basarse en los últimos datos obtenidos; también se debe hacer una revisión de las opciones técnicas y un análisis de incertidumbres en los procedimientos de evaluación. La autoridad competente debe determinar si se reúnen estas condiciones basándose en una evaluación efectuada por el titular y en la demás información disponible, en particular la relativa a la protección del medio ambiente y la salud humana».

(39) Se rechazó una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Popular (la número 7 en el Congreso y la núm. 39 en el Senado) que proponía añadir un último apartado a esta disposición adicional estableciendo que si no cumplen las condiciones establecidas en su apartado 1 no podrá llevar asociada la denegación de la autorización administrativa correspondiente.

La evaluación se erige en requisito necesario «para la obtención de la resolución de autorización administrativa correspondiente». La Directiva 2009/31 se refiere a «la primera licencia de construcción o, en ausencia de dicho procedimiento, la primera licencia de explotación». Como se ve, la LAGDC sorprendentemente rehuye identificar la licencia o autorización cuyo otorgamiento se supedita a la realización de la evaluación. Como he señalado en otro lugar (40), esa «autorización administrativa correspondiente» debe ser la de emisiones a la atmósfera. Lo entiendo así porque el artículo 33 de la Directiva 2009/31 lo que hace, en realidad, al establecer estas obligaciones de evaluación y de reserva de espacio es introducir un nuevo artículo 9 bis en la Directiva 2001/80/CE reguladora de las emisiones a la atmósfera procedentes de grandes instalaciones de combustión. Pero no pueden descartarse otras como la licencia urbanística (mencionada en la Directiva), la autorización de producción de energía eléctrica, o la autorización ambiental integrada. Por ello y, para cumplir con el principio de seguridad jurídica, la LAGDC debería haber identificado de manera expresa qué autorización era la afectada.

Hay otros extremos que tampoco quedan claros. Por ejemplo si las instalaciones de transporte deben pertenecer al titular de la instalación, o si pueden encomendar el transporte y el almacenamiento a terceros. Si deben estar ya construidas o si basta con que estén proyectadas. Todos estos extremos deberán ser concretados en las modificaciones reglamentarias que la propia disposición adicional prevé (41).

En definitiva, se ha obrado con extrema prudencia tanto en la fijación de estas mínimas obligaciones, como en las instalaciones afectadas. Se ha estimado que una primera fase no era conveniente imponer como obligatoria la CAC. Se trata de una compleja situación puesto que los costes de su implantación han frenado esa obligatoriedad. Pero los estímulos derivados del ahorro en derechos de emisión o su posible utilización en los proyectos de los mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kyoto (mecanismos de acción conjunta y para un desarrollo limpio) no están siendo suficientes para impulsar la CAC por el bajo precio de los derechos de emisión (42).

## **VI. Resolución legal frente a perplejidad científica ante la transferencia de responsabilidad sobre los lugares de almacenamiento**

Si el legislador se ha mostrado indeciso o irresoluto a la hora de imponer la obligatoriedad de la CAC a determinadas actividades emisoras de CO<sub>2</sub>, en lo que se ha mostrado muy decidido —y nada perplejo— es en la transferencia de responsabilidad sobre los lugares de almacenamiento.

---

(40) ALENZA GARCÍA, J. F., «El nuevo régimen legal del almacenamiento geológico del dióxido de carbono», *cit.*, p. 308.

(41) Disposición adicional segunda, apartado 3: «Reglamentariamente se desarrollarán las previsiones de esta disposición, introduciendo las modificaciones oportunas, a estos efectos, en el Real Decreto 430/2004, de 12 de marzo, por el que se establecen nuevas normas sobre limitación de emisiones a la atmósfera de determinados agentes contaminantes procedentes de grandes instalaciones de combustión, y se fijan ciertas condiciones para el control de las emisiones a la atmósfera de las refinerías de petróleo, y en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica».

(42) Sobre estos incentivos véase SANZ RUBIALES, I., «El almacenamiento geológico de dióxido de carbono ...», *cit.*, 93-98.

La regulación de la CAC consiste en una particular combinación de elementos públicos y privados con el objetivo de fomentar su desarrollo y utilización(43). Las estructuras subterráneas donde se almacena el CO<sub>2</sub> son de dominio público, pero la investigación y la actividad de almacenamiento son actividades privadas. Por otro lado, sobre dichas actividades privadas intervienen las Administraciones públicas con potestades muy variadas y con un gran protagonismo.

En primer lugar, intervienen en el control previo y el seguimiento de la actividad, así como en el impulso de la actividad de almacenamiento, con robustas potestades dotadas de una amplísima discrecionalidad, tanto sobre las condiciones de los permisos de investigación y de las concesiones de almacenamiento(44), como sobre su revisión o modificación(45).

En segundo lugar, se les apodera con potestades arbitrales para resolver las incidencias que puedan surgir en áreas donde concurren derechos mineros y de almacenamiento y en los conflictos sobre el acceso a las redes de transporte y a los lugares de almacenamiento(46).

Pero quizá, donde más se refleja esa combinación de componentes públicos y privados en la CAC es en la responsabilidad sobre el seguimiento y las medidas correctoras de los lugares de almacenamiento tras su cierre. Esa responsabilidad corresponde inicialmente al titular de la concesión de almacenamiento. Pero no es una responsabilidad eterna o de plazo indefinido, sino que la Administración pasará a asumir —después de amplios plazos y tras el cumplimiento de estrictos requisitos— la responsabilidad sobre el seguimiento y las medidas correctoras de los lugares de almacenamiento tras su cierre.

El objetivo del almacenamiento geológico del dióxido de carbono es su confinamiento permanente. Al titular del lugar de almacenamiento se imponen unas obligaciones de seguimiento posterior al cierre —un cierre que tiene que ser autorizado por la Administración— y que se prolongan durante un mínimo de 20 años.

Parece claro que esas obligaciones no pueden ser indefinidas ni extenderse *ad infinitum*. Pero, el control de esos lugares debe garantizarse de un largo período de tiempo. Por esta razón, la ley prevé la transferencia de responsabilidad a la Administración General del Estado. Esa transferencia de responsabilidad se refiere a las obligaciones de seguimiento y, en su caso, medidas correctoras, preventivas, reparadoras y de entrega de derechos de emisión(47).

(43) DEL GUAYO, I., and ALENZA, J., «Spain's approach to new technologies: from underground structures to carbon dioxide storage», en el vol. col. (eds. Zillman, McHarg, Barrera-Hernández and Bradbrook), *The law of energy underground*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 465-466.

(44) Algunos ejemplos de amplia capacidad de apreciación o de potestades discrecionales pueden verse, entre otros, en los artículos 8.1; 9.5; 9.7; 12.3; 12.4; y 13 de la LAGDC.

(45) *Vid.* artículo 15 de la LAGDC.

(46) *Cfr.* artículos 6 y 27 de la de la LAGDC.

(47) Lo que no parece que se transfiera es la responsabilidad por daños ambientales. O mejor dicho, sí se transfiere esa responsabilidad puesto que la ley se refiere a las medidas de reparadoras necesarias. Lo que es dudoso es que para la concreción de dichas medidas sea aplicable la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, ya que la LAGDC sólo somete a dicha ley «la explotación de los lugares de almacenamiento de carbono» (disp. final 3.ª), sin que se hayan incluido expresamente las labores de seguimiento posteriores al cierre.



Desde el punto de vista de la seguridad jurídica, la transferencia de responsabilidad está justificada. Otra cosa es si los plazos y las condiciones para que se produzca la transferencia de responsabilidad son razonables, ya que, no existen garantías científicas de que la retención permanente del carbono (a través de los procesos de mineralización o de disolución) tenga una duración determinada. Frente a esta incertidumbre, irresolución o perplejidad científica (el confinamiento permanente puede durar décadas o puede durar de cientos de años), el legislador se ha mostrado decidido al fijar un plazo de 20 años.

Ahora bien, además del transcurso de dicho plazo, se requiere la concurrencia acumulativa de otros tres requisitos. Concretamente, deben darse las siguientes circunstancias (art. 24.1):

- a) Todas las pruebas disponibles indiquen que todo el CO<sub>2</sub> almacenado permanecerá completa y permanentemente confinado.
- b) Hayan transcurrido al menos 20 años, salvo que el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino determine un plazo inferior tras haber comprobado que antes de que transcurra ese plazo existe certeza acerca de lo contemplado en párrafo anterior.
- c) Se haya cumplido con las obligaciones financieras mencionadas en el artículo 25.
- d) El lugar de almacenamiento haya sido sellado y se hayan retirado las instalaciones de inyección».

Por lo tanto, la transferencia de la responsabilidad se concibe en términos muy restrictivos al admitirse sólo cuando se cumplan cumulativamente los cuatro requisitos citados.

Además, se requiere la tramitación de un complejo procedimiento en el que en sucesivas fases se vayan acreditando ante el Ministerio de Medio Ambiente el cumplimiento de los requisitos exigidos. También es necesario un informe preceptivo de la Comisión Europea. Y, finalmente, es el Consejo de Ministros el que aprueba la transferencia de responsabilidad (art. 24.4) (48).

La transferencia de responsabilidad alcanza a la realización del seguimiento de los lugares de almacenamiento cerrados, pero no a su coste. Durante un plazo mínimo de 30 años, los costes de seguimiento de los lugares de almacenamiento serán sufragados por el titular de la concesión de almacenamiento, mediante la aportación económica que debe realizar antes de la transferencia de responsabilidad, al instrumento financiero que regulará el Gobierno con dicha finalidad (art. 25).

Es decir, que tras el cierre autorizado de un lugar de seguimiento el titular de la concesión será el responsable jurídico y económico del seguimiento de dicho lugar durante un plazo mínimo de 20 años. Esa responsabilidad económica estará cubierta por la garantía financiera que debe constituirse antes de que comience la inyección del carbono. Y cuando hayan transcurrido esos 20 años del cierre —y se cumplan las otras condiciones establecidas en el artículo 24 LAGDC— la responsabilidad del se-

---

(48) Como es lógico pueden recuperarse del titular de la concesión de almacenamiento los costes de gestión realizados tras la transferencia de responsabilidad, si éste hubiese incurrido en incumplimientos, en particular en los casos de presentación de datos deficientes, ocultación de información pertinente, negligencia, engaño intencionado o ausencia de la diligencia debida (art. 24.6).

guimiento se transfiera a la Administración General del Estado. Pero la responsabilidad financiera seguirá siendo del titular de la concesión durante al menos otros 30 años y se hará efectiva a través de las aportaciones económicas que anticipadamente debe realizar al instrumento financiero previsto al efecto.

Dicho de otra manera. Después del cierre y hasta 50 años después, el coste del seguimiento de los lugares de almacenamiento se imputa al titular de la concesión de almacenamiento. En los primeros 20 años será dicho titular el responsable de realizar el seguimiento. Y tras constatar el cumplimiento de las circunstancias indicadas, la responsabilidad del seguimiento se podrá transferir a la Administración, aunque se sufragará durante 30 años con las aportaciones económicas efectuadas por el titular de la concesión.

## VII. Reflexión final: sobre el incierto futuro de la CAC

El marco jurídico de la CAC se ha aprobado con el objetivo de facilitar su implantación y desarrollo. En casi todos los países las políticas de cambio climático han incluido la CAC como uno de los elementos fundamentales de la misma (49). En la Unión Europea la apuesta por la CAC está firmemente asentada en la política integrada de clima y energía. Según la Comisión Europea, para la consecución de un sistema energético seguro, competitivo y descarbonizado en 2050, la CAC está llamada a desempeñar un papel fundamental. La Comisión considera que en la mayoría de las hipótesis «una contribución significativa» con un papel «especialmente determinante de hasta un 32% de la producción de electricidad en el caso de una producción nuclear restringida y cuotas entre el 19 y el 24% en otros casos» (50). Ha advertido también la Comisión que «dado que se están alcanzando los límites teóricos de eficiencia y las emisiones vinculadas a los procesos son inevitables en algunos sectores, la CAC puede ser la única opción de que se disponga para la reducción de las emisiones directas de los procesos industriales que es necesaria a gran escala a más largo plazo» (51).

Sin embargo, por el momento, todas las posibilidades de la CAC se presentan en potencia. En la actualidad son muy escasos los proyectos en funcionamiento y lo que predomina son los proyectos de investigación y demostración (52).

(49) HELMAN, L., PARCHOMOVSKY G., and STAVANG, E., «Dynamic regulation and technological competition: a new legal approach to carbon capture and storage», en el vol. col. (eds. Zillman, McHarg, Barrera-Hernández and Bradbrook), *The law of energy underground*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 295-308.

(50) «Hoja de Ruta de la Energía para 2050» (Comunicación de la Comisión de 15 de diciembre de 2011).

(51) «Un marco estratégico en materia de clima y energía para el período 2020-2030» [Comunicación de la Comisión de 22 de enero de 2014].

(52) Según la IEA, en el 2020 se espera que unos 30 proyectos estén funcionando y almacenando 50 Mt de CO<sub>2</sub> al año. Pero para alcanzar los objetivos de reducción de emisiones es imprescindible que en el 2050 se hayan almacenado un total acumulado de 120 Gt de CO<sub>2</sub>. Para ello la IEA fija un objetivo intermedio para 2030 en el que el la CAC se use habitualmente en la producción de energía y en ciertos usos industriales, almacenando unos 2 Gt de CO<sub>2</sub> por año. Y espera que en el 2050 que el uso del CSS esté normalizado en la producción eléctrica e industrial y que se almacenen 7 Gt de CO<sub>2</sub> por año (*Role of CCS Globally: IEA 2013 CCS Roadmap*). En España existen en la actualidad varias iniciativas con desarrollos muy distintos e inciertos: el de Compostilla promovido por el Ministerio de Industria (a través de CIUDEN) y ENDESA; los proyectos de HUNOSA en Asturias, las investigaciones realizadas por ENDESA en Aragón; y el de CEPSA en la Rábida.

La Comisión Europea reconoce que existe cierta incertidumbre sobre el futuro de la CAC que «depende esencialmente de la aceptación del público y de unos precios del carbono adecuados; para ser viable para un uso generalizado en el 2030, tiene que haber sido sometida a una demostración suficiente a gran escala, garantizarse la inversión en la tecnología en la presente década y posteriormente implantarse a partir de 2020» (53).

Es evidente que el funcionamiento del mercado europeo de emisiones ha contado con un exceso de oferta de los derechos de emisión que ha generado un precio muy bajo de dichos derechos por lo que no ha habido ningún tipo de remuneración o estímulo económico para el desarrollo de la CAC. En cuanto al desarrollo comercial, la Comisión europea se propone intensificar en la próxima década la iniciativas de I+D y de demostración comercial de la CAC y contar con un marco de apoyo de la UE mediante un uso permanente y reforzado de los ingresos procedentes de las subastas(54). También la Agencia Internacional de la Energía propone la aplicación de diversas acciones clave para un impulso acelerado de la CAC(55).

Quizá el rasgo más sobresaliente de la LAGDC es que se trata de una norma adelantada a su tiempo. Quizá excesivamente adelantada. Y no me refiero a que, contrariamente a lo que suele ser habitual, se haya logrado realizar la transposición de una Directiva comunitaria ambiental mucho antes de su plazo —cosa que no es meritoria si la transposición se limita a repetir miméticamente las disposiciones de la directiva—. Me refiero a que se está regulando una tecnología que la propia normativa califica de transitoria y que se están tomando decisiones fundamentales sobre la asunción de responsabilidades sobre la misma(56). Porque la LAGDC no sólo establece de garantías para que el almacenamiento se realice en condiciones ambientalmente seguras; es que determina el momento a partir del cual el Estado se convierte en el responsable y garante de los lugares de almacenamiento, cuando no existe seguridad alguna

(53) «Hoja de Ruta de la Energía para 2050» (Comunicación de la Comisión de 15 de diciembre de 2011).

(54) «Un marco estratégico en materia de clima y energía para el período 2020-2030» [Comunicación de la Comisión de 22 de enero de 2014].

(55) Las siete acciones clave para los próximos siete años son las siguientes (*Role of CCS Globally: IEA 2013 CCS Roadmap*):

- Introducir mecanismos de apoyo financiero a la demostración y el despliegue inicial de la CAC para impulsar la financiación privada de los proyectos.
- Implementar políticas que estimulen la exploración de almacenamiento, caracterización y desarrollo de proyectos de CAC.
- Desarrollar leyes nacionales y reglamentos, así como las disposiciones para la financiación multilateral que requieren efectivamente de nueva construcción, de carga base, la capacidad de generación de energía de combustibles fósiles para ser aptas para la CAC.
- Demostrar sistemas de captura a escala piloto en aplicaciones industriales donde la captura de CO<sub>2</sub> aún no ha sido demostrada.
- Aumentar significativamente los esfuerzos para mejorar la comprensión entre el público y las partes interesadas de la tecnología CCS y la importancia de su implementación.
- Reducir el costo de la electricidad de las centrales eléctricas equipadas con captura a través del desarrollo de tecnología continua y el uso de altos ciclos de generación de energía posible de eficiencia.
- Fomentar el desarrollo eficiente de la infraestructura de transporte de CO<sub>2</sub> mediante la previsión de ubicación de los futuros centros de demanda y los futuros volúmenes de CO<sub>2</sub>.

(56) En la tramitación parlamentaria el portavoz del Grupo Socialista en el Congreso, con la intención de tranquilizar a la opinión pública, afirmó que «es una tecnología que estará desplegada y desarrollada en la segunda mitad de siglo». Lejos de tranquilizar esa advertencia arroja dudas sobre los fundamentos para adoptar decisiones sobre dicha tecnología.

de que en los plazos establecidos se haya conseguido el resultado de confinar permanentemente el dióxido de carbono en las estructuras geológicas del subsuelo (57).

En cualquier caso, la regulación específica de la CAC se ha mostrado, por el momento, insuficiente para impulsar el desarrollo de la CAC. Ha podido eliminar algunas incertidumbres y otorgar ciertas seguridades para el desarrollo de la misma, al centrarse en los controles técnicos y ambientales de la actividad y en la responsabilidad que de ella se puede derivar, pero ni la ha impuesto con carácter obligatorio a las grandes instalaciones emisoras de CO<sub>2</sub>, ni ha incorporado estímulos eficaces para su impulso. Queda mucho por hacer si se quiere que la CAC tenga ese papel protagonista en la transformación hipocarbónica del sistema energético.

Trabajo recibido el 12 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

---

(57) Constituye un claro ejemplo de lo que ESTEVE PARDO ha denominado la adopción de decisiones jurídicas en la incertidumbre científica, a la que aboca el desarrollo tecnocientífico (*El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009).

**LABURPENA:** Teknologiak aurrera egin ahala ingurumenean sortzen diren arriskuen kudeaketa juridikoa eronka zaila izaten da legegilearentzat. Ikusi besterik ez dago zer ahultasun dituen karbono dioxidoaren biltegitratze geologikoari buruzko abenduaren 29ko 40/2010 Legeak, arlo horretako arautegi nagusia denak. Lan honetan, ahultasun horietako batzuk lantzen dira: adibidez, gaiari buruzko berariazko lege bat egin beharra, eskumenen arazoa, instalazio igorle handiek CO<sub>2</sub> biltegitratzeko obligaziorik ez izatea, eta Administrazio publikoer erantzukizuna transferitzearen erregulazioa.

**HITZ GAKOAK:** Karbono dioxidoa biltegitratzea. Berotegi-efektuko gasak. Klima-aldaketa. Arriskuak arautzea eta kudeatzea. Ingurumen-erantzukizuna.

**RESUMEN:** Los retos jurídicos de la gestión de los riesgos ambientales derivados del avance tecnológico no siempre encuentran una adecuada respuesta por el legislador. Una buena muestra de ello son las inconsistencias que presenta la regulación del almacenamiento geológico del dióxido de carbono en nuestro país llevada a cabo, fundamentalmente, por la Ley 40/2010, de 29 de diciembre, de almacenamiento geológico de dióxido de carbono. En este trabajo se analizan alguna de ellas como la necesidad de elaborar una ley específica sobre la materia, la controvertida cuestión competencial, la ausencia de imposición obligatoria del almacenamiento de CO<sub>2</sub> a las grandes instalaciones emisoras y la regulación de la transferencia de responsabilidad a las Administraciones públicas.

**PALABRAS CLAVE:** Almacenamiento de dióxido de carbono. Gases de efecto invernadero. Cambio climático. Regulación y gestión de riesgos. Responsabilidad ambiental.

**ABSTRACT:** The legal challenges of the environmental risks management that derive from the technological progress do not always find a suitable answer in the legislator. A good example of it are the inconsistencies in the regulation of the geological storage of carbon dioxide in our country, specially, by Act 40/2010 of December 29th of geological storage of carbon dioxide. In this work some of those are analyzed as for example the need to draft a specific act on the subject, the controversial issue of competences, the lack of a compulsory imposition to store CO<sub>2</sub> to the large emitting facilities and the regulation of the transfer of liabilities to the public administrations.

**KEYWORDS:** Carbon dioxide storage. Greenhouse gases. Climatic change. Risk regulation and management. Environmental liability.



# La Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas

Juan-Cruz Alli Aranguren

**Sumario:** I. Objeto.—II. Afección normativa.—III. Introducción sobre los motivos de la ley.—IV. Título preliminar.—V. Título I. El informe de evaluación de los edificios (IEE).—VI. Título II. Las actuaciones sobre el medio urbano. VI.1. Actuaciones y sujetos obligados. VI.2. Ordenación y gestión. VI.3. Fórmulas de cooperación y coordinación para participar en la ejecución.—VII. Disposiciones adicionales. VII.1. Sistema informativo general. VII.2. Sistema informativo catastral. VII.3. Infracciones y sanciones en materia de certificación de la eficiencia energética de los edificios.—VIII. Disposiciones transitorias. VIII.1. Calendario para la realización del informe de evaluación de los edificios (Dt 1.ª). VIII.2. Regla temporal de aplicación excepcional de la reserva mínima de suelo para vivienda protegida (Dt 2.ª).—IX. Modificaciones normativas introducidas por las disposiciones finales. IX.1. Modificaciones de mayor relieve. IX.2. La disposición final 12.ª y la ley de suelo.—X. Conclusión.

El título de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas(1), ya conocida como «LRRRU», promueve este tipo de actuaciones desde una concepción sostenible del medio urbano, ya invocada por la Ley 8/2007, a la que ahora se añade la del fomento de la actividad económica y la calidad ambiental de los edificios en cuanto al cambio climático.

Sin embargo, como se apreciará, su amplio contenido afecta a numerosos aspectos, entre ellos a los del régimen del suelo, regulados por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, y por su Texto Refundido publicado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio. Aunque el esquema lo hace de toda la Ley, se destacan las innovaciones sobre esta última norma, que se recogen en su Título II sobre las «actuaciones en el medio urbano», que es donde se hallan las edificaciones que han de ser objeto de las políticas para su rehabilitación, regeneración y renovación. Ya que se trata del suelo urbano, aprovecha para introducir otras reformas sobre el mismo que no tienen relación con las anteriores.

---

(1) Publicada en el *Boletín Oficial del Estado* 153, de 27 de junio de 2013. Entró en vigor el 28 de junio de 2013.

## I. Objeto

El artículo 1 regular las condiciones básicas que garanticen un desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano, mediante el impulso y el fomento de las actuaciones que conduzcan a la

- rehabilitación de los edificios,
- regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes, cuando sean necesarias para asegurar a los ciudadanos una adecuada calidad de vida y la efectividad de su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE).

Como recoge la Exposición de motivos, cuantificando la importancia del parque edificado, tanto residencial como turístico, hay en estos procesos un potencial económico y de trabajo, necesarios en el actual momento económico. Así lo entiende la Ley cuando invoca como uno de los títulos competenciales el relativo a la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.<sup>a</sup> CE), que le permite fijar un «común denominador normativo» con margen para la actuación de las Comunidades Autónomas y los Municipios.

La Ley supera la concepción sobre la rehabilitación referida exclusivamente a las edificaciones aisladas, para introducir la «regeneración y renovación urbanas», que se podrán realizar por medio de instrumentos de planeamiento, en continuidad con las figuras históricas de la «renovación y reforma interior de poblaciones» y de los «planes especiales de reforma interior» (art. 12 LS 1956). Así lo confirma el artículo 7.1 sobre el objeto de las actuaciones al prever la «regeneración y renovación urbanas, cuando afecten [...] a tejidos urbanos, pudiendo llegar a incluir obras de nueva edificación en sustitución de edificios previamente demolidos». En el mismo sentido el artículo 10.1 cuando se refiere a «alterar la ordenación urbanística vigente», a los «programas u otros instrumentos de ordenación» y a la delimitación del ámbito. Entra en el propio de la competencia urbanística de las Comunidades Autónomas establecer los instrumentos de planeamiento adecuados a tales fines.

Aunque la Ley no lo recoge de modo explícito, implícitamente considera que se trata de una función pública directiva que, lo mismo que la urbanística, cuenta con los particulares en las varias situaciones en que participan(2). La experiencia ha demostrado que no es suficiente la adopción de medidas de policía, como las «órdenes» de ejecución» o la «ruina», sino que es precisa una acción más decidida que abarque desde la planificación hasta la sustitución del tejido urbano, del mismo modo que se ha venido realizando en la ocupación del exterior de la ciudad.

A todo ello se une la búsqueda de mecanismos que pretenden conseguir que la financiación para la rehabilitación sea más accesible y se encuentre al alcance de los interesados. Se establecen además, otros mecanismos específicos para facilitar la financiación de estas actuaciones, entre los que destacan los convenios entre las Administraciones Públicas actuantes, los propietarios y demás sujetos que vayan a intervenir en la ejecución.

---

(2) Así se desprende de la modificación por la DF 12.<sup>a</sup>.3.1. del artículo 6 TRLS: «1. Los particulares, sean o no propietarios, deberán contribuir, en los términos establecidos en las leyes, a la acción urbanística de los entes públicos, a los que corresponderá, en todo caso, la dirección del proceso, tanto en los supuestos de iniciativa pública como privada».



## II. Afección normativa

Una vez más, el legislador ha aprovechado una ley y, con mayor o menor relación con su contenido material, ha introducido otras reformas(3). Son muchas las normas directamente afectadas por la Ley 8/2013, de 26 de junio, como se recoge en sus Disposiciones Finales, según su orden:

- Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal (DF 1.<sup>ª</sup>).
- Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria (DF 2.<sup>ª</sup>).
- Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (DF 3.<sup>ª</sup>).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (DF 4.<sup>ª</sup>).
- Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea (DF 5.<sup>ª</sup>).
- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (DF 6.<sup>ª</sup>).
- Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (DF 7.<sup>ª</sup>).
- Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria (DF 8.<sup>ª</sup>).
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (DF 9.<sup>ª</sup>).
- Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, Ley Reguladora de las Haciendas Locales (DF 10.<sup>ª</sup>).
- Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación (DF 11.<sup>ª</sup>).
- Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley de Suelo (DF 12.<sup>ª</sup>).
- Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (DF 13.<sup>ª</sup>).
- Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos (DF 14.<sup>ª</sup>).
- Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (DF 15.<sup>ª</sup>).
- Ley 17/2012, de 27 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013 (DF 16.<sup>ª</sup>).
- Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social (DF 17.<sup>ª</sup>).

La disposición derogatoria contiene la cláusula general y la derogación explícita de los artículos de las Leyes citadas, subsumidos con una nueva redacción.

## III. Introducción sobre los motivos de la ley

Como es propio de los preámbulos de las leyes, la 8/2013 expone los motivos y principios que la inspiran, lo que es más necesario cuando se trata de una norma de contenido complejo y heterogéneo. Es realmente extenso y está dividido en nueve

---

(3) Aunque con menor incidencia, recuerda a la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, denominada Ley ómnibus, que modificó 47 leyes y 116 decretos-leyes y otras muchas disposiciones para implementar en España la Directiva 2006/123/CE, conocida como Directiva Bolkestein.

partes, que se invocan en relación con la regulación de sus 19 artículos, 4 disposiciones adicionales, 2 transitorias, 1 derogatoria y 20 finales, que constituyen una importante modificación del ordenamiento jurídicos vigente, como se ha recogido en el epígrafe anterior.

Los cuatro primeros apartados del preámbulo exponen el diagnóstico de la situación del mercado del suelo y de la vivienda en España en el actual momento de crisis económica, que ha contribuido a agravar los existentes con anterioridad.

a) Urbanismo disperso frente a urbanismo concentrado:

Invoca la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, que expuso cual había sido el modelo de crecimiento urbano propio de los periodos de desarrollismo y especulación inmobiliaria:

La tradición urbanística española, como ya reconoció el legislador estatal [...] se ha volcado fundamentalmente en la producción de nueva ciudad, descompensando el necesario equilibrio entre dichas actuaciones y aquellas otras que, orientadas hacia los tejidos urbanos existentes, permiten intervenir de manera inteligente en las ciudades, tratando de generar bienestar económico y social y garantizando la calidad de vida a sus habitantes.

b) Dificultades de la intervención sobre el interior de la ciudad y el patrimonio edificado, que se han incrementado con el cambio de ciclo económico:

Estas otras intervenciones son mucho más complejas, tanto desde el punto de vista social como económico; complejidad que se agrava en el momento presente a consecuencia de un contexto desfavorable para la financiación pública, debido a los procesos de estabilización presupuestaria, y también para la financiación privada, por las restricciones en el acceso a los créditos, derivadas de la crisis del sector financiero y del empobrecimiento de muchas familias a consecuencia de los altos niveles de desempleo.

c) Cambio de modo de actuar: del exterior al interior de la ciudad para lograr un modelo sostenible e integrador, por la rehabilitación, regeneración y renovación urbanas:

Sin embargo, el camino de la recuperación económica, mediante la reconversión del sector inmobiliario y de la construcción y también la garantía de un modelo sostenible e integrador, tanto ambiental, como social y económico, requieren volcar todos los esfuerzos en aquellas actuaciones, es decir, las de rehabilitación y de regeneración y renovación urbanas, que constituyen el objeto esencial de esta Ley.

d) Exceso de oferta de suelo exterior y de viviendas nuevas vacías:

Tal y como se deduce del Sistema de Información Urbana y el Estudio de Sectores Residenciales en España 2011, ambos elaborados por el Ministerio de Fomento, España posee actualmente, si no se reactiva la demanda, suelo capaz de acoger nuevos crecimientos urbanísticos para los próximos cuarenta y cinco años. Esta situación se

agrava cuando se observa que gran parte de estos suelos se encuentran situados en entornos donde no es previsible ningún incremento de demanda en los próximos años. A ello se une el dato significativo de vivienda nueva vacía, 723.043 viviendas.

- e) Este modelo tiene excedentes y un régimen normativo que difícilmente va a contribuir al crecimiento económico y a crear empleo:

Tanto a corto, como a medio plazo, será muy difícil que los sectores inmobiliario y de la construcción puedan contribuir al crecimiento de la economía española y a la generación de empleo si continúan basándose, principalmente y con carácter general, en la transformación urbanística de suelos vírgenes y en la construcción de vivienda nueva.

- f) Sin embargo, la actuación hacia el interior por medio de la rehabilitación, regeneración y renovación urbanas carecen de un régimen adecuado, incluso existen obstáculos legales y falta de viabilidad técnica y económica:

Es preciso, por tanto, generar un marco normativo idóneo para dichas operaciones, que no sólo llene las lagunas legales actualmente existentes, sino que remueva los obstáculos que las imposibilitan en la práctica y que propicie la generación de ingresos propios para hacer frente a las mismas.

- g) Se utilizan la rehabilitación y la regeneración y renovación urbanas como medio para la recuperación económica, coadyuvando a la reconversión de otros sectores, particularmente de uno tan importante para la economía española como es el turismo:

La actividad turística es clave para la economía de nuestro país y supone más de un 10,2 % del PIB, aportando un 11,39 % del empleo. Numerosos destinos turísticos «maduros» se enfrentan a un problema sistémico en el que tiene mucho que ver el deterioro físico de sus dotaciones y respecto de los cuales, la aplicación de estrategias de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas podría generar impactos positivos que, a su vez, servirían de palanca imprescindible para el desarrollo económico de España.

En el apartado II del preámbulo se expone y justifica la necesidad de intervenciones de rehabilitación, regeneración y renovación para poder hacer efectivo el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), y el deber de los propietarios de mantener los inmuebles en las adecuadas condiciones de conservación. Aproximadamente el 55 % (13.759.266) de dicho parque edificado, que asciende a 25.208.622 viviendas, es anterior al año 1980 y casi el 21 % (5.226.133) cuentan con más de 50 años. Sin embargo existe un déficit normativo:

- a) El único instrumento que actualmente permite determinar el grado de conservación de los inmuebles es la Inspección Técnica de Edificios:

no sólo es insuficiente para garantizar dicho objetivo, y así se pone de manifiesto desde los más diversos sectores relacionados con la

edificación, sino que ni siquiera está establecido en todas las Comunidades Autónomas, ni se exige en todos los municipios españoles.

- b) Inadecuación de la eficiencia energética de los edificios y, a través de ellos, de las ciudades, a las exigencias europeas recogidas en la norma básica de la edificación NBE-CT-79, sobre condiciones térmicas en los edificios (4):

La Unión Europea ha establecido una serie de objetivos en el «Paquete Verde» 20-20-20 «Energía y Cambio Climático», que establece, para los 27 países miembros, dos objetivos obligatorios: la reducción del 20 % de las emisiones de gases de efecto invernadero y la elevación de la contribución de las energías renovables al 20 % del consumo (5), junto a un objetivo indicativo, de mejorar la eficiencia energética en un 20 %.

- c) Estos objetivos obligan a reducir las emisiones de gases de efecto invernadero del sector y a mejorar la eficiencia del conjunto del parque residencial, conforme a la Directiva 2012/27/UE, relativa a la eficiencia energética con una

estrategia a largo plazo, hasta el año 2020 —para minorar el nivel de emisiones de CO<sub>2</sub> y hasta el año 2050 —con el compromiso de reducir el nivel de emisiones un 80-95 % en relación a los niveles de 1990—, destinada a movilizar inversiones en la renovación de edificios residenciales y comerciales, para mejorar el rendimiento energético del conjunto del parque inmobiliario. A través de esta estrategia de renovaciones exhaustivas y rentables que reduzcan el consumo de energía de los edificios, en porcentajes significativos con respecto a los niveles anteriores a la renovación, se crearán además oportunidades de crecimiento y de empleo en el sector de la construcción.

- d) Contribución a la sostenibilidad ambiental y a la cohesión social y a la mejora de la calidad de vida de todos los ciudadanos, tanto en las viviendas y en los edificios, como en los espacios urbanos:

No en vano, muchas de las más importantes operaciones de regeneración y renovación urbanas tienen, además, un carácter integrado, es decir, articulan medidas sociales, ambientales y económicas, que se suman a las estrictamente físicas para lograr, mediante una estrategia unitaria, la consecución de aquellos objetivos.

- e) Integración de la actividad de rehabilitación en áreas que permitan aplicar políticas integrales

(4) Certificado de eficiencia energética exigida por la Directivas 2002/91/CE y 2010/31/UE, regulado por los Reales Decretos 235/2013, de 5 de abril, procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios, y 238/2013, de 5 de abril, modificación de las del Real Decreto 1027/20007, de 20 de julio, Reglamento de Instalaciones térmicas de los edificios.

(5) Las expresadas medidas recibieron el refrendo del Consejo Europeo (8 y 9 de marzo de 2007) y se aprobaron las correspondientes Directivas del Parlamento y del Consejo en el año 2009, ratificando el triple objetivo 20-20-20 en el umbral del 2020. La Directiva 2009/28/CE, de 23 de abril, sobre fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables, modificó y derogó las anteriores Directivas reguladoras (2001/77/CE y 2003/30/CE).

que contemplen intervenciones no solo en el ámbito físico-espacial, sino también en los ámbitos social, económico, ambiental y de integración de la ciudad. El tamaño de estas operaciones permitirá la puesta en servicio de redes de instalaciones energéticas a escala de barrio, con menor consumo de recursos, y que permitirían que los barrios tiendan a la autosuficiencia energética en el medio plazo.

- f) La consecución de un medio urbano sostenible es una exigencia comunitaria e internacional, que obliga al Estado a ejercitar sus competencias, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de vivienda y urbanismo:

La Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, refundida posteriormente en la Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios y la Directiva 2012/27/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, relativa a la eficiencia energética, a las que pueden añadirse la Estrategia Temática para el Medio Ambiente Urbano, el Marco Europeo de Referencia para la Ciudad Sostenible, o la Declaración de Toledo —aprobada [...] el 22 de junio de 2010—, de acuerdo con la cual «la batalla principal de la sostenibilidad urbana se ha de jugar precisamente en la consecución de la máxima ecoeficiencia posible en los tejidos urbanos de la ciudad ya consolidada», y en la que se destaca la importancia de la regeneración urbana integrada y su potencial estratégico para un desarrollo urbano más inteligente, sostenible y socialmente inclusivo en Europa.

- g) Es, además, una política adecuada en tiempos de crisis comprobada la inadecuación de la política de crecimiento externo expansivo de las ciudades, «tales como la generación de nueva ciudad y nuevas viviendas, sólo es posible actuando sobre el patrimonio inmobiliario y la edificación existente», con importantes exigencias y efectos económicos:

También se enmarca en la necesidad de operar, paralelamente, sobre el patrimonio inmobiliario existente a los efectos de contribuir al ahorro energético, con el relanzamiento de la industria de materiales, así como de la relativa a las restantes instalaciones y dotaciones de la edificación y de las tecnologías de energías renovables, para hacer frente, no sólo a los retos energéticos de la economía española —dependencia del exterior en energías primarias e incremento de costes y riesgos que tal dependencia supone—, sino también a los compromisos adquiridos en el contexto de la Unión Europea y su paquete de objetivos en materia energética y de lucha contra el cambio climático para el año 2020. Estos compromisos incluyen la intervención sobre el parque de viviendas existentes en cuanto sector en el que es posible un ahorro energético considerable y en el que hay que incidir también desde el punto de vista de la lucha contra el cambio climático, inducido por los gases de efecto invernadero.

- h) Competencia básica estatal basada en los siguientes títulos:

- establecer las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13.<sup>a</sup> CE), que fija un «común denominador» de «carácter nuclear», que deja suficiente margen a las Comunidades Autónomas para el ejercicio de las competencias que les son propias, particularmente en cuanto a los instrumentos de planeamiento y gestión (6).
- títulos competenciales reconocidos en el artículo 149.1.1.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup>, 14.<sup>a</sup>, 16.<sup>a</sup>, 18.<sup>a</sup>, 23.<sup>a</sup>, 25.<sup>a</sup> y 30.<sup>a</sup> CE sobre regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, legislación civil, hacienda general y deuda del Estado, bases y coordinación general de la sanidad, bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, procedimiento administrativo común, legislación sobre expropiación forzosa y el sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, legislación básica sobre protección del medio ambiente, bases del régimen energético y regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales.

i) Objetivos perseguidos:

El apartado III del preámbulo expone los objetivos que concreta como mandato el artículo 1 de la Ley.

En primer lugar, potenciar la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas, eliminando trabas actualmente existentes y creando mecanismos específicos que la hagan viable y posible.

En segundo lugar, ofrecer un marco normativo idóneo para permitir la reconversión y reactivación del sector de la construcción, encontrando nuevos ámbitos de actuación, en concreto, en la rehabilitación edificatoria y en la regeneración y renovación urbanas.

En tercer lugar, fomentar la calidad, la sostenibilidad y la competitividad, tanto en la edificación, como en el suelo, acercando nuestro marco normativo al marco europeo, sobre todo en relación con los objetivos de eficiencia, ahorro energético y lucha contra la pobreza energética.

Termina vinculándolo con los objetivos y mandatos comunitarios respecto a la eficiencia energética, atender a los desafíos del cambio climático y la transformación del modelo productivo

hacia parámetros de sostenibilidad ambiental, social y económica, con la creación de empleos vinculados con el medio ambiente, los llamados empleos verdes, en concreto, aquellos vinculados con las energías renovables y las políticas de rehabilitación y ahorro energético.

Para conseguirlos modifica numerosas normas para eliminar obstáculos que impiden alcanzar los objetivos propuestos y para adaptar los existentes a los nuevos.

---

(6) Se ha de citar como importante precedente de esta Ley la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de renovación y modernización turística de las Islas Canarias. Regula la modernización turística por medio de los planes generales y de otros planes de modernización con objeto de «viabilizar la renovación urbana y edificatoria».

#### IV. Título preliminar

Recoge los siguientes aspectos de la Ley:

- El artículo 1 describe su objeto, como se ha expuesto.
- El artículo 2 recoge las definiciones de los conceptos que utiliza en relación con la residencia habitual, la infravivienda (7), el coste de reposición, los ajustes razonables, los complejos inmobiliarios y la tipología residencial colectiva. Deja a salvo las definiciones más pormenorizadas de la legislación específica.
- El artículo 3 enumera los fines comunes de las políticas públicas para un medio urbano más sostenible, eficiente y competitivo. De modo que «los poderes públicos formularán y desarrollarán en el medio urbano las políticas de su respectiva competencia de acuerdo con los principios de sostenibilidad económica, social y medioambiental, cohesión territorial, eficiencia energética y complejidad funcional, para:
  - a) Posibilitar el uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual en un contexto urbano seguro, salubre, accesible universalmente, de calidad adecuada e integrado socialmente, provisto del equipamiento, los servicios, los materiales y productos que eliminen o, en todo caso, minimicen, por aplicación de la mejor tecnología disponible en el mercado a precio razonable, las emisiones contaminantes y de gases de efecto invernadero, el consumo de agua, energía y la producción de residuos, y mejoren su gestión.
  - b) Favorecer y fomentar la dinamización económica y social y la adaptación, la rehabilitación y la ocupación de las viviendas vacías o en desuso.
  - c) Mejorar la calidad y la funcionalidad de las dotaciones, infraestructuras y espacios públicos al servicio de todos los ciudadanos y fomentar unos servicios generales más eficientes económica y ambientalmente.
  - d) Favorecer, con las infraestructuras, dotaciones, equipamientos y servicios que sean precisos, la localización de actividades económicas generadoras de empleo estable, especialmente aquéllas que faciliten el desarrollo de la investigación científica y de nuevas tecnologías, mejorando los tejidos productivos, por medio de una gestión inteligente.
  - e) Garantizar el acceso universal de los ciudadanos a las infraestructuras, dotaciones, equipamientos y servicios, así como su movilidad.
  - f) Integrar en el tejido urbano cuantos usos resulten compatibles con la función residencial, para contribuir al equilibrio de las ciudades y de los núcleos residenciales, favoreciendo la diversidad de usos, la aproximación de los servicios, las dotaciones y los equipamientos a la comunidad residente, así como la cohesión y la integración social.

---

(7) Según el artículo 2.2. es infravivienda «la edificación, o parte de ella, destinada a vivienda, que no reúna las condiciones mínimas exigidas de conformidad con la legislación aplicable. En todo caso, se entenderá que no reúnen dichas condiciones las viviendas que incumplan los requisitos de superficie, número, dimensión y características de las piezas habitables, las que presenten deficiencias graves en sus dotaciones e instalaciones básicas y las que no cumplan los requisitos mínimos de seguridad, accesibilidad universal y habitabilidad exigibles a la edificación». Resulta conceptualmente contraria a la «vivienda digna y adecuada» que el artículo 47 CE declara como derecho a su disfrute, que se ha concretado como derecho subjetivo exigible por algunas Comunidades Autónomas.

- g) Fomentar la protección de la atmósfera y el uso de materiales, productos y tecnologías limpias que reduzcan las emisiones contaminantes y de gases de efecto invernadero del sector de la construcción, así como de materiales reutilizados y reciclados que contribuyan a mejorar la eficiencia en el uso de los recursos.
- h) Priorizar las energías renovables frente a la utilización de fuentes de energía fósil y combatir la pobreza energética con medidas a favor de la eficiencia y el ahorro energético.
- i) Valorar, en su caso, la perspectiva turística y permitir y mejorar el uso turístico responsable.
- j) Favorecer la puesta en valor del patrimonio urbanizado y edificado con valor histórico o cultural.
- k) Contribuir a un uso racional del agua, fomentando una cultura de eficiencia en el uso de los recursos hídricos, basada en el ahorro y en la reutilización.

## V. Título I. El informe de evaluación de los edificios (IEE)

Integrado por tres artículos contiene la regulación básica del Informe de Evaluación de los Edificios (IEE), que parte de otra disposición heterogénea, el Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, superando algunas de sus insuficiencias.

Con este instrumento el legislador estatal trata de establecer el régimen para evaluar el estado de conservación de los edificios, sus condiciones de accesibilidad universal (8), y de eficiencia energética para

- a) Asegurar la calidad y sostenibilidad del parque edificado, así como obtener información que le permita orientar el ejercicio de sus propias políticas. Su exigencia también se limita a aquellos edificios que tienen verdadera trascendencia en relación con los mencionados objetivos, así como con una determinada política económica y de vivienda a escala estatal, que son los de tipología colectiva y siempre que su uso sea el residencial o asimilado.
- b) Facilitar a las Administraciones competentes un instrumento que les permita disponer de la información precisa para evaluar el cumplimiento de las condiciones básicas legalmente exigibles, tanto en materia de conservación, como de accesibilidad, reguladas por la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, y la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que exige la realización de los ajustes razonables en materia de accesibilidad universal (con sus obras correspondientes), estableciendo incluso un plazo, que finaliza en el año 2015, momento a partir del cual

---

(8) Conforme a la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación de la Convención Internacional sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, que se realizarán hasta 2015, momento en que será legalmente exigibles.



pueden ser legalmente exigidos, tanto para los edificios, como para los espacios públicos urbanizados existentes y, por tanto, controlados por la Administración Pública competente.

- c) Valorar con carácter orientativo la eficiencia energética y el cumplimiento de los compromisos de España con Europa en el horizonte 2020: la Certificación de la Eficiencia Energética de los Edificios, exigida por la Directiva 2002/91/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, relativa a la eficiencia energética, y por la Directiva 2010/31/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 2010, que la refunde y completa. Por medio de la calificación del edificio a tales efectos (mediante letras, de la A a la G), recomendaciones sobre las mejoras energéticas que podrían realizarse, analizadas en términos de coste/beneficio y clasificadas en función de su viabilidad técnica, económica y funcional y de su repercusión energética. Dado que la Directiva exige que esta certificación se adjunte cuando una vivienda se ponga en venta o en alquiler, en aras de una mayor transparencia del mercado, una mayor información para los propietarios y un menor coste en su emisión, se busca la doble racionalidad y sinergia que supone incluirla en el informe de evaluación del edificio.

El artículo 4 establece su régimen:

- a) Administración requirente: Podrá ser la Comunidad Autónoma o el Municipio (arts. 4.1 y DT 1.<sup>ª</sup>).

- b) Sujetos obligados (art. 4.1):

Los propietarios de inmuebles ubicados en edificaciones con tipología residencial de vivienda colectiva podrán ser requeridos por la Administración competente para que acrediten la situación en la que se encuentran aquéllos, al menos en relación con el estado de conservación del edificio y con el cumplimiento de la normativa vigente sobre accesibilidad universal, así como sobre el grado de eficiencia energética de los mismos.

- c) Plazos (DT 1.<sup>ª</sup>):

- Los edificios de tipología residencial de vivienda colectiva con una antigüedad superior a 50 años, en el plazo máximo de cinco años, a contar desde la fecha en que alcancen dicha antigüedad, salvo que ya cuenten con una inspección técnica vigente, realizada de conformidad con su normativa aplicable y con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. En este último caso, se exigirá el Informe de Evaluación cuando corresponda su primera revisión de acuerdo con aquella normativa, siempre que la misma no supere el plazo de diez años, a contar desde la entrada en vigor de esta Ley. Si así fuere, el Informe de Evaluación del Edificio deberá cumplimentarse con aquellos aspectos que estén ausentes de la inspección técnica realizada.
- Los edificios cuyos titulares pretendan acogerse a ayudas públicas con el objetivo de acometer obras de conservación, accesibilidad universal o eficiencia energética, con anterioridad a la formalización de la petición de la correspondiente ayuda.

— El resto de los edificios, cuando así lo determine la normativa autonómica o municipal, que podrá establecer especialidades de aplicación del citado informe, en función de su ubicación, antigüedad, tipología o uso predominante.

d) Contenido del Informe:

Los requisitos del Informe los establece el apartado 2, con el alcance que se detalla en los apartados siguientes.

— El Informe de Evaluación realizado por encargo de la comunidad o agrupación de comunidades de propietarios extenderá su eficacia a todos y cada uno de los locales y viviendas existentes (art. 4.3).

— Tendrá una periodicidad mínima de diez años, pudiendo establecer las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos una periodicidad menor (art. 4.4).

— Si no se cumplimenta debidamente, se incurre en una infracción urbanística (art. 4.5).

— Los propietarios obligados deberán remitir una copia del mismo al organismo que determine la Comunidad Autónoma, con el fin de que dicha información forme parte de un Registro integrado único.

e) Coordinación:

Dispone el artículo 5 que para la coordinación administrativa, los Informes de Evaluación nutrirán los censos de construcciones, edificios, viviendas y locales que precisen rehabilitación.

Se dictan criterios para relacionarlo con el Informe de Evaluación de los Edificios del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, para evitar duplicidades. Se debe de tener en cuenta que se derogan en el mismo:

— La disposición adicional tercera sobre la aplicación de la Inspección Técnica de Edificios obligatoria, a la que sustituye, integrándose en la ITE.

— Las disposiciones transitorias primera y segunda, sobre la eficacia de las inspecciones técnicas ya realizadas y el calendario para las inspecciones técnicas.

f) Competencia:

La capacitación para la emisión del Informe la regulan el artículo 6 y la DF 18.<sup>a</sup>, conforme a la cual la determinación de las cualificaciones que se requerirán para suscribir los Informes de Evaluación de Edificios (9) y el modo de acreditarlas será objeto de desarrollo reglamentario, mediante Orden Ministerial (DF 18.<sup>a</sup>).

## VI. Título II. Las actuaciones sobre el medio urbano

Este título contiene las actuaciones sobre el medio urbano en su enumeración (art. 7) identificando los sujetos obligados (art. 8). Respecto a las primeras ofrece nuevos instrumentos para facilitar la gestión y la cooperación interadministrativa tan necesaria en estos casos, diferenciando entre los de «ordenación y gestión» (arts. 9-14) y las fórmulas de cooperación y coordinación en la ejecución (arts. 15-19).

---

(9) Conforme a la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, quienes están habilitados para la redacción de proyectos, dirección y ejecución de obras.

## VI.1. Actuaciones y sujetos obligados

### A) Tipos de actuaciones sobre el medio urbano (art. 7):

Son aquéllas que tienen por objeto realizar obras

- de rehabilitación edificatoria: cuando existan situaciones de insuficiencia o degradación de los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad de las edificaciones (10),
- de regeneración y renovación urbanas: cuando afecten, tanto a edificios, como a tejidos urbanos, pudiendo llegar a incluir obras de nueva edificación en sustitución de edificios previamente demolidos. Tendrán carácter integrado cuando articulen medidas sociales, ambientales y económicas enmarcadas en una estrategia administrativa global y unitaria.

### B) Sujetos obligados (art. 8):

Con carácter general aquellos a los que la legislación de ordenación territorial y urbanística atribuya dicha obligación y, además, los siguientes

- a) Los propietarios y los titulares de derechos de uso otorgados por ellos, en la proporción acordada en el correspondiente contrato o negocio jurídico que legitime la ocupación. En ausencia de éste, o cuando el contrato no contenga cláusula alguna relativa a la citada proporción, corresponderá a éstos o a aquéllos, en función de si las obras tienen o no el carácter de reparaciones menores motivadas por el uso diario de la vivienda, sus instalaciones y servicios. La determinación se realizará de acuerdo con la normativa reguladora de la relación contractual y, en su caso, con las proporciones que figuren en el Registro de la Propiedad, relativas al bien y a sus elementos anexos de uso privativo.
- b) Las comunidades de propietarios y, en su caso, las agrupaciones de comunidades de propietarios, así como las cooperativas de viviendas, con respecto a los elementos comunes de la construcción, el edificio o complejo inmobiliario en régimen de propiedad horizontal y de los condominios, sin perjuicio del deber de los propietarios de las fincas o elementos separados de uso privativo de contribuir, en los términos de los estatutos de la comunidad o agrupación de comunidades o de la cooperativa, a los gastos en que incurran estas últimas.
- c) Las Administraciones Públicas, cuando afecten a elementos propios de la urbanización y no exista el deber legal para los propietarios de asumir su coste, o cuando éstas financien parte de la operación con fondos públicos, en los supuestos de ejecución subsidiaria, a costa de los obligados.

La Ley amplía las facultades reconocidas a las comunidades de vecinos, agrupaciones de propietarios y cooperativas de viviendas, para actuar en el mercado inmobiliario con plena capacidad jurídica para todas las operaciones, incluidas las crediticias, relacionadas con el cumplimiento del deber legal de conservación, e introduce los instrumentos de gestión y los mecanismos de cooperación interadministrativa que tienen por objeto fortalecer el marco en el que las citadas actuaciones se desenvuelven.

---

(10) El artículo 3 de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación, sobre las condiciones de habitabilidad,

## VI.2. Ordenación y gestión

A) La iniciativa en la ordenación de las actuaciones de rehabilitación edificatoria, regeneración y renovación urbanas (art. 9.1) corresponde a

- Las Administraciones Públicas, las entidades públicas adscritas o dependientes de las mismas, en las condiciones que se detallan seguidamente.
- Los propietarios de terrenos, construcciones, edificaciones y fincas urbanas, los titulares de derechos reales o de aprovechamiento.
- Las comunidades y agrupaciones de comunidades de propietarios, las cooperativas de viviendas constituidas al efecto.
- Las empresas, entidades o sociedades que intervengan en nombre de cualesquiera de los sujetos anteriores(11).

En el caso de las Administraciones Públicas (art. 9.2):

- Adoptarán medidas que aseguren la realización de las obras de conservación, y la ejecución de actuaciones de rehabilitación edificatoria, de regeneración y renovación urbanas que sean precisas.
- Formularán y ejecutarán los instrumentos que las establezcan, cuando existan situaciones de insuficiencia o degradación de los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad de las edificaciones; obsolescencia o vulnerabilidad de barrios, de ámbitos, o de conjuntos urbanos homogéneos; o situaciones graves de pobreza energética.
- Serán prioritarias, en tales casos, las medidas que procedan para eliminar situaciones de infravivienda, para garantizar la seguridad, salubridad, habitabilidad y accesibilidad universal y un uso racional de la energía, así como aquellas que, con tales objetivos, partan bien de la iniciativa de los propios particulares incluidos en el ámbito, bien de una amplia participación de los mismos en ella.

B) Reglas básicas para la ordenación y ejecución de las actuaciones (art. 10):

- Si hay necesidad de alterar la ordenación urbanística vigente, se observarán los trámites procedimentales requeridos por la legislación aplicable para realizar la correspondiente modificación, la cual podrá prever la aprobación simultánea (art. 10.1.1.º). Se acompañará el informe o memoria de sostenibilidad económica del artículo 11.
- Si lo anterior no es preciso, se hará una delimitación y aprobación de un ámbito de actuación conjunta, o la identificación de la actuación aislada que corresponda, a propuesta de los sujetos obligados y a elección del Ayuntamiento (art. 10.1.2.º).
- El acuerdo administrativo que delimite los ámbitos de actuación o autorice las actuaciones aisladas garantizará, en todo caso, la realización de las notificaciones requeridas, el trámite de información al público cuando éste sea preceptivo.

---

(11) Como prevé el art. 13.3.1.º, en las actuaciones por iniciativa pública podrán presentar ofertas en los concursos «cualquiera personas físicas o jurídicas, interesadas en asumir la gestión», incluso los propietarios constituidos en asociación administrativa.

- Un avance de la equidistribución que sea precisa, entre todos los afectados, de los costes derivados de la ejecución de la correspondiente actuación y de los beneficios imputables a la misma, incluyendo entre ellos las ayudas públicas y todos los que permitan generar algún tipo de ingreso vinculado a la operación (12)
- El plan de realojo temporal y definitivo, y de retorno a que dé lugar, en su caso (artículo 10.2) (13).
- Se prevé la posibilidad de ocupar las superficies de espacios libres o de dominio público que resulten indispensables que detalla (art. 10.3).
- También la de otros espacios sobre los que se deban realizar obras para reducir al menos, en un 30 % la demanda energética anual de calefacción o refrigeración del edificio (art. 10. 4).
- Cuando afecten a inmuebles declarados de interés cultural o sujetos a régimen de protección, se buscarán soluciones innovadoras que serán informadas favorablemente por el órgano competente (art. 10.5).

C) Memoria de viabilidad económica (art. 11):

Con carácter previo a las actuaciones de ordenación y ejecución se precisa elaborar una memoria que asegure su viabilidad, la rentabilidad, la adecuación a los límites del deber legal de conservación y del equilibrio entre beneficios y cargas con los elementos y determinaciones que establece.

De entre ellos se ha de destacar que, en primer lugar, se refiere al estudio comparado de los parámetros urbanísticos existentes y, en su caso, de los propuestos, con identificación de las determinaciones urbanísticas básicas referidas a edificabilidad, usos y tipologías edificatorias y redes públicas que habría que modificar. De modo que se podrán ponderar «las modificaciones sobre incremento de edificabilidad o densidad, o introducción de nuevos usos, así como la posible utilización del suelo, vuelo y subsuelo de forma diferenciada, para lograr un mayor acercamiento al equilibrio económico, a la rentabilidad de la operación y a la no superación de los límites del deber legal de conservación» (14).

---

(12) La equidistribución tomará como base las cuotas de participación que correspondan a cada uno de los propietarios en la comunidad de propietarios o en la agrupación de comunidades de propietarios, en las cooperativas de viviendas que pudieran constituirse al efecto, así como la participación que, en su caso, corresponda, de conformidad con el acuerdo al que se haya llegado, a las empresas, entidades o sociedades que vayan a intervenir en la operación, para retribuir su actuación.

(13) La DF 12.<sup>a</sup> modifica el art. 16 TRLS, que garantiza, como uno de los «deberes vinculados a la promoción de las actuaciones de transformación urbanística y a las actuaciones edificatorias», «el realojamiento de los ocupantes legales que se precise desalojar de inmuebles situados dentro del área de actuación y que constituyan su residencia habitual, así como el retorno cuando tenga derecho a él, en los términos establecidos en la legislación vigente».

(14) Constituyen medidas de flexibilidad normativa para lograr la viabilidad económica de estas complejas y costosas operaciones de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que alcanzan a la reducción de las cesiones de suelo, recuperación mayor de plusvalía por el aumento de la densidad y la edificabilidad. En este mismo sentido se ha de contemplar la previsión por la Disposición Transitoria Segunda de la posibilidad de que las Comunidades Autónomas dejen temporalmente en suspenso el cumplimiento del artículo 10.1.b) TRLS, sobre previsión de un 30 % del suelo con destino a uso residencial de protección, siempre que exista un porcentaje de viviendas protegidas construida y sin vender superior al 15 % de las previstas o resultantes del planeamiento vigente y una evidente desproporción entre la reserva legalmente exigible y la demanda real; que los instrumentos de ordenación no hayan sido aprobados definitivamente antes de la entrada en vigor de esta Ley o que, si lo hubiese sido, no cuenten con la aprobación definitiva del proyecto o proyectos de equidistribución.

El análisis de la inversión ponderará la capacidad de generar ingresos suficientes para financiar la mayor parte del coste de la transformación física propuesta, garantizando el menor impacto posible en el patrimonio personal de los particulares, medido en cualquier caso, dentro de los límites del deber legal de conservación. Se considerará para integrarse en la gestión, mediante la financiación de parte de la misma, o de la red de infraestructuras o de la operación por medio de ahorros amortizables en el tiempo.

D) Efectos de la delimitación de los ámbitos de gestión y ejecución de las actuaciones (art. 12):

- a) Comporta la declaración de la utilidad pública o, en su caso, el interés social, cara a expropiaciones, venta y sustitución forzosas de los bienes y derechos, y su sujeción a los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración actuante.
- b) Legitima la ocupación de las superficies de espacios libres o de dominio público de titularidad municipal que sean indispensables para la instalación de ascensores u otros elementos para garantizar la accesibilidad universal, siendo la aprobación definitiva causa suficiente para que se establezca una cesión de uso del vuelo por el tiempo en que se mantenga la edificación o, en su caso, su recalificación y desafectación, con enajenación posterior a la comunidad o agrupación de comunidades de propietarios correspondiente, siempre que resulte inviable técnica o económicamente cualquier otra solución y quede garantizada la funcionalidad del dominio público correspondiente. Si fuere preciso ocupar bienes de dominio público pertenecientes a otras Administraciones, los Ayuntamientos podrán solicitar a su titular la cesión de uso o desafectación de los mismos.
- c) La aprobación definitiva es causa suficiente para que se establezca una cesión de uso del vuelo por el tiempo en que se mantenga la edificación o, en su caso, su recalificación y desafectación, con enajenación posterior a la comunidad de propietarios correspondiente, siempre que resulte inviable técnica o económicamente cualquier otra solución y quede garantizada la funcionalidad del dominio público correspondiente.
- d) Marca el inicio de las actuaciones a realizar, de conformidad con la forma de gestión por la que haya optado la Administración actuante.

E) Formas de ejecución (art. 13):

Las Administraciones Públicas podrán utilizar todas las modalidades de gestión directa e indirecta admitidas por la legislación de régimen jurídico, de contratación de las Administraciones Públicas, de régimen local y de ordenación territorial y urbanística, conforme a las siguientes reglas:

- a) En la expropiación, no será preciso el consentimiento del propietario para pagar el correspondiente justiprecio expropiatorio en especie, cuando el mismo se efectúe dentro del propio ámbito de gestión y dentro del plazo temporal establecido para la terminación de las obras correspondientes. La liberación de la expropiación no tendrá carácter excepcional, y podrá ser acordada discrecionalmente por la Administración actuante, cuando se aporten garantías suficientes sobre el cumplimiento de sus obligaciones, por parte del propietario liberado.

- b) En la ejecución subsidiaria a cargo de la Administración Pública, ésta sustituirá al titular o titulares del inmueble, asumiendo la facultad de edificar o de rehabilitarlos con cargo a aquéllos.
- c) La Administración, en los dos casos anteriores, como cuando la iniciativa fuese pública, podrá optar por ejecutar las obras directamente o por convocar un concurso público. Para poder participar los propietarios, han de constituir previamente una asociación administrativa que se regirá por lo dispuesto en la legislación de ordenación territorial y urbanística, en relación con las Entidades Urbanísticas de Conservación. En el concurso público podrán participar «cualesquiera personas físicas o jurídicas, interesadas en asumir la gestión de la actuación, incluyendo los propietarios que formen parte del correspondiente ámbito» constituidos en asociación administrativa (15). Se establecen las condiciones para la adjudicación dando prioridad a las más ventajosas, salvo en el incumplimiento de la función social de la propiedad o los plazos de ejecución (art. 9.2 LS).
- d) Podrán suscribirse convenios de colaboración entre las Administraciones Públicas y las entidades públicas adscritas o dependientes de las mismas, que tengan como objeto, entre otros, conceder la ejecución a un Consorcio previamente creado, o a una sociedad de capital mixto de duración limitada, o por tiempo indefinido, en la que las Administraciones Públicas ostentarán la participación mayoritaria y ejercerán, en todo caso, el control efectivo, o la posición decisiva en su funcionamiento.
- F) Derechos de realojamiento y de retorno (art. 14).

En la ejecución de las actuaciones que requieran el desalojo de los ocupantes legales de inmuebles que constituyan su residencia habitual, deberán garantizar el derecho de aquéllos al realojamiento en los términos establecidos por la Ley de Suelo y por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística, en las siguientes condiciones:

- Están obligados a realizarlo la Administración expropiante, el beneficiario de la expropiación, o el promotor de la actuación. Se ha de hacer en viviendas sometidas a algún régimen de protección pública y superficie adecuada a sus necesidades, dentro de los límites establecidos por la legislación protectora. La entrega de la vivienda de reemplazo, en el régimen en que se viniera ocupando la expropiada, equivaldrá al abono del justiprecio expropiatorio, salvo que el expropiado opte por percibirlo en metálico, en cuyo caso no tendrá derecho de realojo.
- En las actuaciones aisladas sin expropiación, los arrendatarios tendrán el derecho a un alojamiento provisional, así como a retornar cuando sea posible, siendo ambos derechos ejercitables frente al dueño de la nueva edificación, y por el tiempo que reste hasta la finalización del contrato.

---

(15) Medida que abre el camino al «agente rehabilitador», al que no se le atribuye el nombre, aunque la variante es la de las «empresas o entidades de rehabilitación», algo más matizado en su contenido pero con el mismo criterio de comprometer al capital privado en el proceso. Esta figura ya ha sido creada por algunas Comunidades Autónomas, como el Decreto 137/2013, de 30 de julio, por el que se aprueba el Plan de Rehabilitación y Vivienda de Extremadura 2013-2016, que configura al Agente Rehabilitador como entidad colaboradora. Ha sido regulado por la Orden de 23 de julio de 2013.

- El derecho de realojamiento es personal e intransferible, salvo en el caso de los herederos forzosos o del cónyuge superviviente, si era también su residencia habitual.
- Se determinan las reglas mínimas aplicables al procedimiento de realojamiento.
- Se ha derogado la DA 11.ª LS que aludía a esta materia.

### VI.3. Fórmulas de cooperación y coordinación para participar en la ejecución

A) Facultades de los sujetos legitimados (art. 15).

a) Sujetos (art. 15.1):

Podrán participar en la ejecución de las actuaciones de rehabilitación edificatoria y en las de regeneración y renovación urbanas, además de las Administraciones Públicas competentes, las entidades públicas adscritas o dependientes de las mismas y las comunidades y agrupaciones de comunidades de propietarios, las cooperativas de viviendas y las asociaciones administrativas constituidas al efecto, los propietarios de terrenos, construcciones, edificaciones y fincas urbanas y los titulares de derechos reales o de aprovechamiento, así como las empresas, entidades o sociedades que intervengan por cualquier título en dichas operaciones y las asociaciones administrativas que se constituyan por ellos de acuerdo con lo previsto en la legislación sobre ordenación territorial y urbanística o, en su defecto, por el artículo siguiente.

b) Régimen (art. 15.2).

La participación se producirá, siempre que sea posible, en un régimen de equidistribución de cargas y beneficios.

c) Facultades de los sujetos (art. 15.3):

- Plena capacidad jurídica para todas las operaciones, incluidas las crediticias, relacionadas.
- Constituir asociaciones administrativas para participar en los concursos públicos que la Administración convoque a los efectos de adjudicar la ejecución de las obras correspondientes, como fiduciarias con pleno poder dispositivo sobre los elementos comunes del correspondiente edificio o complejo inmobiliario y las fincas pertenecientes a los propietarios miembros de aquéllas, sin más limitaciones que las establecidas en sus correspondientes estatutos.
- Asumir por sí mismos o en asociación con otros sujetos públicos o privados, intervinientes, la gestión de las obras.
- Constituir un fondo de conservación y de rehabilitación, que se nutrirá con aportaciones específicas de los propietarios a tal fin y con el que podrán cubrirse impagos de las cuotas de contribución a las obras correspondientes.
- Ser beneficiarios de expropiaciones y de las medidas de fomento y de las ayudas otorgadas a los propietarios de las fincas.
- Otorgar escrituras públicas de modificación del régimen de propiedad horizontal, de los elementos comunes como a las fincas de uso privativo, para



acomodarlas a los resultados de las obras de rehabilitación edificatoria y de regeneración y renovación urbanas en cuya gestión participen o que directamente lleven a cabo.

- Solicitar créditos para obtener financiación para las obras de conservación y para las actuaciones previstas.

B) Asociaciones administrativas (art. 16).

- a) Tendrán personalidad jurídica propia y naturaleza administrativa, se registrarán por sus estatutos y por lo dispuesto en esta Ley, con independencia de las demás reglas procedimentales específicas que provengan de la legislación de ordenación territorial y urbanística.
- b) Dependerán de la Administración urbanística actuante, a quién competirá la aprobación de sus estatutos, a partir de cuyo momento adquirirán la personalidad jurídica.
- c) Los acuerdos se adoptarán por mayoría simple de cuotas de participación, salvo que en los estatutos o en otras normas se establezca un quórum especial para determinados supuestos. Podrán impugnarse en alzada ante la Administración urbanística actuante.
- d) Su disolución se producirá por el cumplimiento de los fines para los que fueron creadas y requerirá acuerdo de la Administración urbanística actuante, previa constancia del cumplimiento de las obligaciones que queden pendientes.

C) Convenios para la financiación de las actuaciones (art. 17):

Las Administraciones Públicas actuantes, los agentes responsables de la gestión y ejecución de actuaciones de rehabilitación edificatoria y de regeneración y renovación urbanas, y los demás sujetos podrán celebrar entre sí los siguientes contratos:

- a) Contrato de cesión, con facultad de arrendamiento u otorgamiento de derecho de explotación a terceros, de fincas urbanas o de elementos de éstas por tiempo determinado a cambio del pago aplazado de la parte del coste que corresponda abonar a los propietarios de las fincas.
- b) Contrato de permuta o cesión de terrenos o de parte de la edificación sujeta a rehabilitación por determinada edificación futura.
- c) Contrato de arrendamiento o cesión de uso de local, vivienda o cualquier otro elemento de un edificio por plazo determinado a cambio de pago por el arrendatario o cesionario de todos o de alguno de los siguientes conceptos: impuestos, tasas, cuotas a la comunidad o agrupación de comunidades de propietarios o de la cooperativa, gastos de conservación y obras de rehabilitación y regeneración y renovación urbanas.
- d) Convenio de explotación conjunta del inmueble o de partes del mismo.
- e) A las cooperativas de viviendas, los contratos de cesión y arrendamiento sólo alcanzarán a los locales comerciales y a las instalaciones y edificaciones complementarias de su propiedad.
- f) Se derogan los artículos sobre Rehabilitación y Vivienda (107 al 111) de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

## D) Cooperación interadministrativa (art. 18):

- a) Podrán beneficiarse de la colaboración y la cooperación económica de la Administración General del Estado las actuaciones con cobertura en los correspondientes planes estatales que tengan por objeto:
- La conservación, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas y se conciban en los correspondientes Planes estatales.
  - Los instrumentos para la ordenación y gestión de las actuaciones que tengan por finalidad actuar sobre ámbitos urbanos degradados, desfavorecidos y vulnerables o que padezcan problemas de naturaleza análoga que combinen variables económicas, ambientales y sociales.
  - Las actuaciones que tengan como objeto actuar en ámbitos de gestión aislada o conjunta, con la finalidad de eliminar la infravivienda, garantizar la accesibilidad universal o mejorar la eficiencia energética de los edificios.
- b) Las Administraciones Públicas fomentarán de manera conjunta la actividad económica, la sostenibilidad ambiental y la cohesión social y territorial por medio de convenios interadministrativos de asignación de fondos que correspondan.

## E) Organización de la cooperación (art. 19):

## a) Convenios:

Las Administraciones Públicas que cooperen en la gestión de las actuaciones reguladas por esta Ley podrán acordar mediante convenio con los sujetos legitimados (art. 15):

- La organización de la gestión de la ejecución, que podrá revestir la forma de consorcio o de sociedad mercantil de capital mixto, incluso con participación privada minoritaria.
- El procedimiento y la competencia para la determinación del gestor directamente responsable de la ejecución cuando no la asuma directamente una de las Administraciones actuantes o el consorcio o la sociedad constituidos al efecto.
- Los términos y las condiciones concretas, incluidas las ayudas e incentivos públicos, de la ordenación y la ejecución de la actuación de que se trate, los cuales podrán, a su vez, concretarse mediante acuerdos entre el gestor responsable de la actuación y cualesquiera de los sujetos.

## b) Naturaleza:

Los convenios tendrán carácter jurídico-administrativo, correspondiendo a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de cualesquiera cuestiones relacionadas con ellos.

## **VII. Disposiciones adicionales**

### **VII.1. Sistema informativo general**

La DA 1.<sup>a</sup> establece un sistema informativo general para asegurar la obtención, actualización permanente y explotación de la información necesaria para el desarrollo de las políticas y las acciones a que se refieren los artículos 3, 4 y 5 para un medio urbano sostenible.

La Administración General del Estado, en colaboración con las Comunidades Autónomas y las Administraciones Locales, definirá y promoverá la aplicación de los criterios y principios básicos que posibiliten, desde la coordinación y complementación con las administraciones competentes en la materia, la formación y actualización permanente de un sistema informativo general e integrado, comprensivo, al menos, de los siguientes instrumentos:

- a) Censos de construcciones, edificios, viviendas y locales desocupados y de los precisados de mejora o rehabilitación.
- b) Mapas de ámbitos urbanos deteriorados, obsoletos, desfavorecidos o en dificultades, precisados de regeneración y renovación urbanas, o de actuaciones de rehabilitación edificatoria.
- c) El sistema público general e integrado de información sobre suelo y urbanismo, previsto en la disposición adicional primera del texto refundido de la Ley del Suelo, que tendrá la consideración de información urbanística para el acceso a la misma.

### **VII.2. Sistema informativo catastral**

Según la DA 2.<sup>a</sup> lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de lo previsto en el texto refundido de la Ley del Catastro inmobiliario (RDL 1/2004, de 5 de marzo), en particular en lo que se refiere a la utilización de la referencia catastral, la incorporación de la certificación catastral descriptiva y gráfica y las obligaciones de comunicación, colaboración y suministro de información previstas por la normativa catastral. Conforme a su DF 2.<sup>a</sup> de aquella, que se deroga.

### **VII.3. Infracciones y sanciones en materia de certificación de la eficiencia energética de los edificios**

Tipifica las infracciones y las sanciones en las DDAA 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup>.

Las primeras podrán ser muy graves, graves y leves.

Gradúa las sanciones en función de la tipificación anterior en infracciones leves, multa de 300 a 600 euros; infracciones graves, multa de 601 a 1.000 euros; muy graves, multa de 1.001 a 6.000 euros. Si el beneficio fuese superior a la sanción el importe será el equivalente al beneficio obtenido.

## VIII. Disposiciones transitorias

### VIII.1. Calendario para la realización del Informe de Evaluación de los Edificios. (DT 1.ª)

Con independencia de lo que puedan regular con mayor exigencia las CCAA, se establece la obligación de disponer del Informe de Evaluación como mínimo, en relación con los siguientes edificios y en los plazos que se establecen:

- a) Los edificios de tipología residencial de vivienda colectiva con una antigüedad superior a 50 años, en el plazo máximo de cinco años, a contar desde la fecha en que alcancen dicha antigüedad, salvo que ya cuenten con una inspección técnica vigente. Se exigirá el Informe de Evaluación cuando corresponda su primera revisión de acuerdo con aquella normativa, siempre que la misma no supere el plazo de diez años, a contar desde la entrada en vigor de esta Ley.
- b) Los edificios cuyos titulares pretendan acogerse a ayudas públicas con el objetivo de acometer obras de conservación, accesibilidad universal o eficiencia energética, con anterioridad a la formalización de la petición de la correspondiente ayuda.
- c) El resto de los edificios, cuando así lo determine la normativa autonómica o municipal, que podrá establecer especialidades de aplicación del citado informe, en función de su ubicación, antigüedad, tipología o uso predominante.
- d) El informe de la Inspección Técnica de Edificios o instrumento de naturaleza análoga se integrará como parte del informe regulado por la Ley, teniéndose éste último por producido, en todo caso, cuando el ya realizado haya tenido en cuenta exigencias derivadas de la normativa autonómica o local iguales o mayores a las establecidas por esta Ley.

### VIII.2. Regla temporal de aplicación excepcional de la reserva mínima de suelo para vivienda protegida (DT 2.ª)

Durante un plazo máximo de cuatro años a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, las Comunidades Autónomas podrán dejar en suspenso la aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.1 b) del texto refundido de la Ley de Suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, determinando el período de suspensión y los instrumentos de ordenación a que afecte, siempre que se cumplan, como mínimo, los siguientes requisitos:

- a) Que los citados instrumentos justifiquen la existencia de un porcentaje de vivienda protegida ya construida y sin vender en el Municipio, superior al 15 % de las viviendas protegidas previstas o resultantes del planeamiento vigente y una evidente desproporción entre la reserva legalmente exigible y la demanda real con posibilidad de acceder a dichas viviendas.
- b) Que dichos instrumentos de ordenación no hayan sido aprobados definitivamente antes de la entrada en vigor de esta Ley o que, en el caso de haber sido aprobados, no cuenten aún con la aprobación definitiva del proyecto o proyectos de equidistribución necesarios.

## IX. Modificaciones normativas introducidas por las disposiciones finales

Como se ha recogido al inicio, las 20 disposiciones finales afectan a 16 leyes y un Real Decreto.

### IX.1. Modificaciones de mayor relieve

Se destacan algunas directamente relacionadas con el contenido material de la Ley:

- DF 1.<sup>a</sup> afecta a los arts. 2, 3, 9, 10 y 17 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, en relación con su ámbito, cuotas, obligaciones de los propietarios, realización de obras, autorizaciones administrativas, división de elementos, régimen de mayorías y fondos de reserva. Se trata de dar facilidades para las operaciones de rehabilitación, regeneración y renovación del patrimonio edificado en régimen de propiedad horizontal, incorporando medidas que, hasta ahora, se iban logrando por resoluciones judiciales en aras al interés general de las comunidades de vecinos para la mejora de los servicios. Así, por ejemplo, la modificación de su artículo 10 regula la obligatoriedad, sin acuerdo de la Junta de propietarios, aunque modifique el título o los estatutos, de las obras de rehabilitación, regeneración y renovación urbana.
- La DF 3.<sup>a</sup> afecta a los arts. 2.2 b), 3.1 y 3.2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, en cuanto al concepto de edificación incluyendo todos los edificios existentes, los requisitos básicos de la edificación y la aplicación del Código Técnico de la Edificación.
- La DF 11.<sup>a</sup> modifica los artículos 1 y 2 y el anejo III del Código Técnico de la Edificación para resolver los problemas que plantea en relación con la rehabilitación, que en los aspectos técnicos se tratará por Orden Ministerial.
- La DF 14.<sup>a</sup> alcanza al RD-L 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos sobre el ámbito subjetivo, incluyendo a los fiadores, y al beneficio de excusión, incorporando a los avallistas.
- La DF 17.<sup>a</sup> se refiere a la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, con el objetivo de aportar una mejora técnica, que afecta al Fondo social de viviendas (DA 1.<sup>a</sup>), a la desaparición del derecho a las plusvalías compartidas, al procedimiento extrajudicial y a las mejoras en el procedimiento de ejecución.

### IX.2. La disposición final 12.<sup>a</sup> y la Ley de Suelo

De entre todas las modificaciones la más importante, a estos efectos, por su contenido es la DF 12.<sup>a</sup>, respecto a los artículos 2, 5, 6, 8 a 10, 12, 14 a 17, 20, 36, 37, 39, 51 y 53, la DA 3.<sup>a</sup> y la DF 1.<sup>a</sup> del texto refundido de la Ley de Suelo-TRLS, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que reciben una nueva redacción. Con base en el epígrafe IX del Preámbulo se realiza una exposición resumida, que exige, en todo caso, acudir a los nuevos textos legales.

A) Se completa la regulación del deber legal de conservación en los tres niveles que la legislación vigente configura (16):

a) Primer nivel básico o estricto:

- El deber de conservación conlleva, con carácter general, el destino a usos compatibles con la ordenación territorial y urbanística y la necesidad de garantizar la seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles (art. 9 LS), además de garantizar la accesibilidad universal a cumplir el año 2015.
- El deber legal de conservación también contiene la necesidad de satisfacer los requisitos básicos de la edificación, establecidos en el artículo 3.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, sin que el cumplimiento de estos requisitos signifique, con carácter general, la aplicación retroactiva del Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, a la edificación construida con anterioridad a la entrada en vigor del mismo.

b) Un segundo nivel, en el que el deber de conservación incluye los trabajos y obras necesarios para adaptar y actualizar progresivamente las edificaciones, en particular las instalaciones, a las normas legales que les vayan siendo explícitamente exigibles en cada momento. No se trata de aplicar con carácter retroactivo la normativa, sino de incluir en este deber las obligaciones que para la edificación existente explícitamente vaya introduciendo la normativa del sector con el objetivo de mantener sus condiciones de uso, de acuerdo con la evolución de las necesidades sociales.

c) Tercer nivel, que define con mayor precisión y se perfila más específicamente, el carácter de las obras adicionales incluidas dentro del propio deber de conservación (art. 9 LS), por motivos de interés general, desarrollando lo que la Ley de Suelo definió como «mejora» en dos supuestos que introdujo la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible: motivos turísticos o culturales y mejora para la calidad y sostenibilidad del medio urbano. En ambos por

- La adecuación parcial, o completa, a todas o a alguna de las exigencias básicas establecidas en el ya citado Código Técnico de la Edificación.
- La imposición del deber requerirá que la Administración, de manera motivada, determine el nivel de calidad que deba alcanzar el edificio.

B) Eliminar las cargas urbanísticas injustificadas sobre los suelos ya urbanizados, que están establecidas con una práctica identidad entre los suelos en situación de urbanizados y los suelos en situación rural, con destino a una operación de transformación urbanística:

- Se completa la escueta regulación contenida respecto del suelo en situación de urbanizado, por el artículo 12.2, con el objeto de permitir su utilización

---

(16) La DF 12.<sup>a</sup> modifica el artículo 9.1 TRLS respecto a los deberes y cargas de la propiedad del suelo, añade a las habituales de seguridad, salubridad, ornato, mejora y rehabilitación las «obras adicionales por motivos turísticos y culturales, o para la mejora de la calidad o sostenibilidad del medio urbano», con el límite de la «mitad del valor actual de construcción de un inmueble de nueva planta», en las restantes condiciones que establece respecto a la participación de la Administración en los costes superiores de hasta el 75 %.

instrumental al servicio del estatuto jurídico básico de la propiedad del suelo y del régimen de valoraciones e indemnizaciones.

- Se pretende también limitar, a aquellos efectos, la posible consideración como suelos en situación de urbanizados de determinados suelos que, incluso al amparo del planeamiento urbanístico, y sobre la base de su clasificación como suelos urbanos en su categoría de no consolidados, en absoluto la tienen, tanto de conformidad con la definición estatal, como con la propia regulación autonómica.
- Esta modificación se complementa con la derogación del artículo 2 del Reglamento de valoraciones, aprobado por el Real Decreto 1492/2011, de 24 de octubre, que se considera incompatible con la modificación legal.

C) Modificación de las actuaciones de transformación urbanística, para adecuar sus actuales parámetros a la realidad del medio urbano y de las actuaciones que se producen sobre el patrimonio edificado y sobre los propios tejidos urbanos de dotación y las denominadas «actuaciones edificatorias», que engloban:

a) Las de nueva edificación y de sustitución de la edificación existente, como las de rehabilitación edificatoria en la misma, sus instalaciones y espacios comunes, en los términos dispuestos por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, cuando no concurren los elementos que configuran la esencia de las actuaciones de transformación urbanística.

b) La urbanización, la reforma o renovación de ésta y los reajustes entre nuevas dotaciones y los incrementos de edificabilidad o densidad, los cambios de uso y la utilización del suelo, vuelo y subsuelo de forma diferenciada (17). Entre estas medidas de flexibilidad se establece la posibilidad de que las Comunidades Autónomas dejen temporalmente en suspenso el cumplimiento del artículo 10.1.b) TRLS, sobre previsión de un 30 % del suelo con destino a uso residencial de protección, siempre que exista

- un porcentaje de viviendas protegidas construida y sin vender superior al 15 % de las previstas o resultantes del planeamiento vigente y
- una evidente desproporción entre la reserva legalmente exigible y la demanda real;
- que los instrumentos de ordenación no hayan sido aprobados definitivamente antes de la entrada en vigor de esta Ley o que, si lo hubiese sido, no cuenten con la aprobación definitiva del proyecto o proyectos de equidistribución.

c) Los deberes urbanísticos establecidos por el artículo 16 LS.

Se incorpora en la documentación de los instrumentos de planificación de dichas intervenciones, una memoria de sostenibilidad económica cuyo

---

(17) Estas medidas de flexibilidad se han de relacionar con la Disposición Transitoria Segunda respecto a la posibilidad de que las Comunidades Autónomas dejen temporalmente en suspenso el cumplimiento del artículo 10.1.b) TRLS, sobre previsión de un 30 % del suelo con destino a uso residencial de protección, siempre que exista un porcentaje de viviendas protegidas construida y sin vender superior al 15 % de las previstas o resultantes del planeamiento vigente y una evidente desproporción entre la reserva legalmente exigible y la demanda real; que los instrumentos de ordenación no hayan sido aprobados definitivamente antes de la entrada en vigor de esta Ley o que, si lo hubiese sido, no cuenten con la aprobación definitiva del proyecto o proyectos de equidistribución.

objeto será asegurar, con carácter previo a la ejecución de las mismas, que se produce un adecuado equilibrio entre los beneficios y las cargas.

- D) Modificación de la previsión básica del 30. % de la edificabilidad residencial para viviendas de protección oficial en los suelos que fuesen objeto de actuaciones de urbanización.

La estableció con carácter básico la Ley 8/2007, posibilitando una cuantía mayor por la legislación urbanística autonómica, como ha ocurrido generalmente, que se aplicaba por igual a los suelos urbanos y a los suelos urbanizables.

Se flexibiliza cuando la actuación se realiza sobre suelo en situación de urbanizado, con la idea de asegurar en la mayor medida posible la ya complicada viabilidad de las operaciones de renovación urbana que impliquen una reurbanización del ámbito de actuación.

- E) Actuaciones sobre zonas muy degradadas de las ciudades, o con un porcentaje de infravivienda muy elevado.

La inexistencia de suelos disponibles en su entorno inmediato para dotar de coherencia a los deberes de entrega de suelo, o para el cumplimiento de determinadas cargas, podrían frustrar su finalidad prioritaria, que es superar tales situaciones. En tales casos, la regla excepcional se justifica por la necesidad de priorizar entre los diversos intereses públicos en presencia.

- F) Conforme a los citados principios, se introducen modificaciones del articulado de la Ley de Suelo en su texto refundido:

- a) Artículo 2 sobre el Principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, que ha de inspirar todas las políticas:

— Se introducen dos nuevas finalidades:

- La prevención adecuada de riesgos y peligros para la seguridad y la salud públicas y la eliminación efectiva de las perturbaciones de ambas.
- La prevención y minimización, en la mayor medida posible, de la contaminación del aire, el agua, el suelo y el subsuelo.

— Se incorpora un apartado 3, que sustituye al 2.c) anterior, incorporando nuevos objetivos sobre el medio urbano: movilidad en coste y tiempo razonable, accesibilidad universal, uso eficiente de recursos y energía, prevención o minimización de impactos negativos de los residuos y contaminación acústica.

- b) Artículo 5 sobre los deberes del ciudadano en general en su respeto al medio:

— Respetar y contribuir a preservar el paisaje urbano y el patrimonio arquitectónico y cultural absteniéndose en todo caso de realizar cualquier acto o desarrollar cualquier actividad no permitidos.

- c) Artículo 6 sobre la iniciativa pública y privada en las actuaciones de transformación urbanística y de las edificaciones. Destacan aspectos como

— la dirección del proceso por la Administración tanto en los supuestos de iniciativa pública como privada;



- la iniciativa de los propietarios de transformación urbanística podrá redactar y presentar los instrumentos de ordenación y gestión;
  - prohibición del incremento convencional de las obligaciones legales.
- d) Artículo 8, sobre las facultades del derecho de propiedad del suelo.
- El nuevo texto integra el anterior artículo 13 que se deroga. Se concretan las del propietario del suelo rural para transformarlo en urbanizado conforme al planeamiento, y las facultades del propietario del suelo en situación de urbanizado.
- e) Artículo 9, sobre los deberes y cargas del derecho de propiedad del suelo. Se han sistematizado incorporando mayores exigencias.
- Al deber genérico de conservar los terrenos para un uso compatible, la seguridad, salubridad, accesibilidad universal y ornato exigible, se añaden las «obras adicionales por motivos turísticos o culturales» y la «mejora de la sostenibilidad del medio urbano» (Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible). Se limita el importe de la carga a la mitad del valor actual de la construcción de un inmueble de nueva planta(18).
  - Para los edificios se añade el deber de realizar los trabajos y obras para cumplir los requisitos del art. 3.1 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, y para adaptarlas y actualizar sus instalaciones a las normas exigibles.
  - Imposición de la realización de obras para el cumplimiento del deber legal de conservación, con afección real directa e inmediata inscribible como nota marginal en el Registro de la Propiedad, que recogerá su evolución por medio de certificado administrativo. Su incumplimiento da lugar a la ejecución subsidiaria u otras formas de reacción administrativa, con el límite máximo del 75 % del coste de reposición de la construcción o edificio correspondiente.
  - Deber de edificar en el suelo urbanizado en los plazos y completar la urbanización para hacerlo.
  - Necesidad de autorización para la edificación. Establecimiento, en relación con el artículo 23 del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, del régimen del silencio negativo de la aprobación o autorización administrativa para los movimientos de tierras, obras de edificación e instalaciones de nueva planta, ubicación de casas prefabricadas y talas de masas de arbolado. La denegación deberá ser motivada y no podrán adquirirse por silencio administrativo facultades o derechos contrarios a la ordenación territorial o urbanística.
  - Sobre la primera ocupación o utilización de edificaciones, si no se cumplen los requisitos, la Administración deberá adoptar las medidas para el cese de la ocupación o utilización comunicada, siendo responsable de los perjuicios a terceros de buena fe si no adopta las medidas en seis meses.
  - Prohibición de parcelaciones urbanísticas en suelo en situación rural, sin divisiones, segregaciones o fraccionamientos contrarios a la legislación agraria, forestal o similar.

---

(18) Conforme al concepto de «coste de reposición» del art. 2.3 de la Ley 8/2013.

- f) Artículo 10.1.b), sobre criterios básicos de utilización del suelo.

Se ha de destacar la previsión de la reserva del 30 % del suelo residencial a vivienda protegida y el 10 % a las actuaciones de reforma o renovación urbana para el suelo urbanizado. Sin embargo se flexibiliza por medio de la legislación urbanística que las puede reducir o eximir cuando los instrumentos de ordenación prevean su cumplimiento en su ámbito territorial de aplicación.

En la Disposición Transitoria 2.<sup>a</sup> se establece una regla temporal sobre la aplicación excepcional de la reserva mínima de suelo para vivienda protegida durante un plazo máximo de cuatro años, en las condiciones que se han expuesto.

- g) Artículo 12, se modifica el apartado 3 y se añade un apartado 4, sobre las situaciones básicas del suelo.

Cambia la definición del suelo urbanizado (19), exigiendo que concurren:

- Estar legalmente integrado en una malla urbana conformada por una red de viales, dotaciones y parcelas propia del núcleo o asentamiento de población del que forme parte,
- Cumplimentar alguna de estas condiciones: Haber sido urbanizado en ejecución de la correspondiente ordenación; tener instaladas y operativas las instalaciones en las condiciones que establece; estar ocupado por la edificación, en el porcentaje de espacios aptos, conforme a la legislación y ordenación (anterior suelo consolidado por la edificación).

- h) Artículo 14, sobre actuaciones de transformación urbanística y actuaciones edificatorias.

- i) Artículo 15, apartado 4, sobre el informe de sostenibilidad económica.

Se incluirá entre la documentación de los instrumentos de ordenación para las actuaciones de nueva urbanización, reforma o renovación de la urbanización y de las dotaciones, ponderando el impacto de la actuación en las Haciendas Públicas afectadas por la implantación y el mantenimiento de las infraestructuras necesarias o la puesta en marcha y prestación de los servicios resultantes, la suficiencia y adecuación del suelo destinado a usos productivos.

- j) Artículo 16, sobre deberes vinculados a la promoción de las actuaciones de transformación urbanística y a las actuaciones edificatorias.

Se diferencian los deberes según se trate de actuaciones de urbanización, de dotación, edificatorias o en núcleos rurales:

— Actuaciones de urbanización (art. 13.1.a): Entregar a la Administración competente:

- El suelo reservado para viales, espacios libres, zonas verdes y restantes dotaciones públicas incluidas en la propia actuación o adscritas a ella para su obtención.
- Los terrenos que el instrumento de ordenación adscriba a la dotación pública de viviendas sometidas a algún régimen de protección, con

---

(19) Por el cambio del concepto se deroga el artículo 2 del Real Decreto 1492/2011, de 14 de febrero, Reglamento de Valoraciones de la Ley de Suelo.

destino exclusivo al alquiler, por la legislación aplicable o cuando de la memoria del correspondiente instrumento se derive la necesidad de contar con este tipo de viviendas de naturaleza rotatoria, y cuya finalidad sea atender necesidades temporales de colectivos con especiales dificultades de acceso a la vivienda.

- Con destino a patrimonio público de suelo, el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación, o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística. Con carácter general, el porcentaje no podrá ser inferior al 5 % ni superior al 15 %. La legislación sobre ordenación territorial y urbanística podrá permitir excepcionalmente reducir o incrementar este porcentaje de forma proporcionada y motivada, hasta alcanzar un máximo del 20 % en el caso de su incremento, para las actuaciones o los ámbitos en los que el valor de las parcelas resultantes sea sensiblemente inferior o superior. La legislación podrá prever su sustitución por otras formas de cumplimiento del deber, excepto cuando pueda hacerse con suelo destinado a vivienda de protección.
- Costear la urbanización y reintegro por las empresas suministradoras de los gastos de instalación.
- Entrega del suelo y obras de infraestructura para el dominio público.
- Garantizar el realojamiento y retorno de los ocupantes de áreas de actuación de regeneración o renovación urbanas.
- Indemnizar a los titulares de derechos sobre las construcciones y edificaciones que deban demolerse, y las obras, instalaciones, plantaciones y sembrados que no puedan conservarse.

— Actuaciones de dotación (art. 14.1.b): Salvedades respecto a los deberes anteriores:

- El deber de entregar a la Administración competente el suelo libre de cargas de urbanización correspondiente al porcentaje de la edificabilidad media ponderada de la actuación o del ámbito superior de referencia en que ésta se incluya, que fije la legislación reguladora de la ordenación territorial y urbanística, se determinará atendiendo sólo al incremento de la edificabilidad media ponderada que, en su caso, resulte de la modificación del instrumento de ordenación. Dicho deber podrá cumplirse mediante la sustitución de la entrega de suelo por su valor en metálico, con la finalidad de costear la parte de financiación pública que pudiera estar prevista en la propia actuación, o a integrarse en el patrimonio público de suelo, con destino preferente a actuaciones de rehabilitación o de regeneración y renovación urbanas.

— El deber de entregar a la Administración competente el suelo para dotaciones públicas relacionado con el reajuste de su proporción, podrá sustituirse, en caso de imposibilidad física de materializarlo en el ámbito correspondiente, por la entrega de superficie edificada o edificabilidad no lucrativa, en un complejo inmobiliario, situado dentro del mismo, tal y

como prevé el artículo 17.4, o por otras formas de cumplimiento del deber en los casos y condiciones en que así lo prevea la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.

— Actuaciones edificatorias:

En relación con las actuaciones edificatorias serán exigibles, de conformidad con su naturaleza y alcance, los deberes referidos en las letras e) y f) del apartado 1 de las actuaciones de urbanización, así como el de completar la urbanización de los terrenos con los requisitos y condiciones establecidos para su edificación.

— Exención:

Con carácter excepcional y siempre que se justifique adecuadamente que no cabe ninguna otra solución técnica o económicamente viable, los instrumentos de ordenación urbanística podrán

- eximir del cumplimiento de los deberes de nuevas entregas de suelo que les correspondiesen, a actuaciones sobre zonas con un alto grado de degradación e inexistencia material de suelos disponibles en su entorno inmediato.
- Eximir a los aumentos de la densidad o edificabilidad que fueren precisos para sustituir la infravivienda por vivienda que reúna los requisitos legalmente exigibles, con destino al realojamiento y el retorno que exija la correspondiente actuación.

— Núcleos tradicionales legalmente asentados en el medio rural:

Las actuaciones comportarán los deberes legales establecidos, de acuerdo con las características que a éstos atribuya su propia legislación.

— Garantía real y cumplimiento de los deberes:

- Los terrenos incluidos en el ámbito de las actuaciones y los adscritos a ellas están afectados, con carácter de garantía real, al cumplimiento de los deberes de los apartados anteriores.
- Estos deberes se presumen cumplidos con la recepción por la Administración competente de las obras de urbanización o de rehabilitación y regeneración o renovación urbanas correspondientes, o en su defecto, al término del plazo en que debiera haberse producido la recepción desde su solicitud acompañada de certificación expedida por la dirección técnica de las obras, sin perjuicio de las obligaciones que puedan derivarse de la liquidación de las cuentas definitivas de la actuación.

k) Artículo 17, apartados 3, 4 y 6, sobre la formación de fincas y parcelas de los complejos inmobiliarios.

Aconsiderar en cuanto al régimen de los complejos inmobiliarios, su régimen y autorizaciones.

l) Artículo 20, sobre declaración de obra nueva, sus requisitos notariales y registrales.

m) Artículo 36, sobre la procedencia y alcance de la venta o sustitución forzosas.

n) Artículo 37, sobre régimen de venta o sustitución forzosas.

- o) Artículo 39 apartado 1, sobre el destino de los bienes de los patrimonios públicos de suelo.
- p) Artículo 51, sobre actos inscribibles en el Registro de la Propiedad.
- q) Artículo 53, sobre clases de asientos en el Registro de la Propiedad.
- r) Disposición adicional tercera sobre potestades de ordenación urbanística en Ceuta y Melilla.
- s) Disposición final primera, apartado 4, letra b), sobre aplicación en Ceuta y Melilla del porcentaje de entrega de suelo del artículo 16.1.b), conforme a la STC 240/2006, de 20 de julio.

## X. Conclusión

Examinando el contenido de la Ley se comprueba que trata de establecer un nuevo marco normativo tendente a la rehabilitación, regeneración y renovación urbanas con los siguientes fines:

- a) La mejora de la calidad de vida del tejido urbano desde la transformación de la acción urbanizadora sobre el espacio exterior para aprovechar el interior de las ciudades, pasando del urbanismo expansivo al concentrado renovado y de mayor calidad residencial y turística.
- b) Alcanzar los objetivos comunitarios de eficiencia y ahorro energéticos para contribuir al cumplir las normas comunitarias y los compromisos del Protocolo de Kyoto, en el espacio urbano y las edificaciones.
- c) Progresar en la mejora de las condiciones de accesibilidad, servicios y eficiencia del patrimonio edificado.
- d) Utilizar la rehabilitación, la regeneración y la renovación para la reconversión del sector inmobiliario urbano antiguo y fomentar la actividad económica en el sector, generar empleos y fomentar el turismo.

Se implementa el derecho comunitario sobre la calidad del medio y la reducción del cambio climático por el certificado de eficiencia energética.

Se introducen en el régimen del suelo y la edificación, a través de importantes modificaciones en el Texto Refundido de la Ley de Suelo, a la que se dota de flexibilidades sobre las exigencias establecidas en los deberes vinculados a aquél, justificadas por el exceso de viviendas construidas, la caída del mercado y los costes de las operaciones de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

Trabajo recibido el 9 de mayo de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Hiri-birgaikuntzaren, -berroneraketaren eta -berritzearen gaineko erregimen berri bat ezartzen du, hiri-zoruaren iraunkortasunean eta erabileran arreta berezia jarri, bai eta eraikitako ondarearen kalitatean, irisgarritasunean, zerbitzuetan eta eragin-kortasunean ere. Hiri-espazioan eta eraikinetan energia-eraginkortasunari eta -aurrezteari buruzko erkidegoko helburuak lortu nahi ditu erkidegoko arauekin eta Kyotoko Protokoloan jasotako konpromisoekin bat. Horretarako, aldaketa handiak egiten ditu hirigintza-legedian; hiri-zoruko betebeharrak malgutzen ditu, etxebizitza gehiegi dagoelako eraikita, merkatuak behera egin duelako eta hiria birgaitzeko, berroneratzeko eta berritzeko lanek kostu handia dutelako.

**HITZ GAKOAK:** Hiri-birgaitzea, -berroneratzea eta -berritzea. Hiri-zoruaren erregimena eta iraunkortasuna. Jarduera ekonomikoa sustatzea. Eraikinen ingurumen-kalitatea.

**RESUMEN:** Establece un nuevo régimen sobre la rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, incidiendo en el régimen de la sostenibilidad y uso del suelo urbano, y en la calidad, accesibilidad, servicios y eficiencia del patrimonio edificado. Pretende alcanzar los objetivos comunitarios de eficiencia y ahorro energéticos conforme a las normas comunitarias y los compromisos del Protocolo de Kyoto, en el espacio urbano y las edificaciones. Para ello introduce importantes modificaciones en la legislación urbanística flexibilizando los deberes en suelo urbano, justificándolo en el exceso de viviendas construidas, la caída del mercado y los costes de las operaciones de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

**PALABRAS CLAVE:** Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Régimen y sostenibilidad del suelo urbano. Fomento de la actividad económica. Calidad ambiental de los edificios.

**ABSTRACT:** A new regime for the urban restoration, regeneration and renovation has been established which affects the regime of sustainability and the use of urban soil and the quality, accesibility, services and efficiency of the build patrimony. It purports to accomplish the Community objectives of energetic efficiency and saving according to the Community rules and the Kyoto's agreements within the urban space and buildings. For that purpose it introduces important amendments in the urban legislation by making flexible the duties for the urban soil, justifying it with the surplus of built housing, the decline of the market and the costs of the operations of restoration, regeneration and renovation.

**KEYWORDS:** Urban restoration, regeneration and renovation. Regime and Sustainability of urban soil. Promotion of the economic activity. Enviromental quality of buildings.

# La legalización, por la modificación de la Ley de Costas de 2013, de un negocio jurídico fraudulento: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2013

M.<sup>a</sup> Consuelo Alonso García

**Sumario:** I: introducción.—II. Las vicisitudes judiciales de la piscina situada en la finca mallorquina del periodista Pedro J. Ramírez.—III. Situación jurídica de la instalación con arreglo a la legislación de costas de 1988.—IV. Los razonamientos de las sentencias: en especial, el fraude de la transmisión inter vivos de la concesión de ocupación del dominio público marítimo-terrestre.—V. Novedades introducidas por la ley de costas de 2013 que afectarán a la finca del periodista.—VI. Conclusiones.—VII. Bibliografía

## I. Introducción

El presente trabajo es una profundización de la comunicación que bajo el título «¿Es realmente de uso público la piscina del periodista Pedro J. Ramírez en Mallorca? (El caso resuelto por las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2013)», presenté en el IX Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Santiago de Compostela en febrero de 2014.

He querido seguir abundando en la reflexión sobre este tema dada la importancia de la protección del litoral para el Derecho medioambiental, una disciplina tan querida y tan entendida por nuestro querido compañero Demetrio Loperena, y particularmente, porque considero que, desgraciadamente, situaciones de apropiación privativa de tramos de nuestra costa como la planteada en los fallos judiciales aquí analizados van a seguir, gracias a la aprobación de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Protección y Uso sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley de Costas, perpetuándose.

El estudio aborda el análisis de las consecuencias de sendas sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2013 (recursos 3615/2009 y 3605/2009), resolutorias de los recursos de casación interpuestos contra dos fallos dictados por la Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional sobre el uso público de una piscina incluida en una concesión de ocupación de bienes de dominio público marítimo-terrestre en el término municipal de Son Servera-Mallorca, concretamente en la vivienda que el periodista Pedro J. Ramírez tiene en la isla.

Antes de continuar avanzando en la exposición y estudio del tema, conviene aclarar que, como no podía ser de otro modo y en aras de la protección de los datos de carácter personal, en ningún momento la recopilación jurisprudencial identifica a las

partes intervinientes en los procesos judiciales. Sin embargo, la relevancia mediática del caso y las propias declaraciones del editor al respecto, nos permiten tener constancia de su carácter de recurrente en ambos casos(1).

## II. Las vicisitudes judiciales de la piscina situada en la finca mallorquina del periodista Pedro J. Ramírez

El periodista Pedro J. Ramírez es propietario de una finca en la denominada Costa de los Pinos, en el municipio mallorquín de Son Servera. Dicha parcela se había adquirido a título oneroso. La antigua propietaria de la finca era beneficiaria de una Orden Ministerial, de 23 de enero de 2001, firmada por el entonces Ministro de Medio Ambiente, Jaume Matas, en la que se le otorgaba la concesión de ocupación de 350 m<sup>2</sup> de la zona de dominio público, que comprendía embarcadero, terraza y piscina. En la misma se reconoció el «uso general, público y gratuito» de estas instalaciones(2). El 27 de julio de 2004, el editor firmó con la anterior dueña un contrato mediante el cual aquélla le encargaba la «gestión» de la referida concesión(3).

Una vez realizado este negocio jurídico, Ramírez propuso a la Administración que, al objeto de garantizar el uso y disfrute exclusivo de su solarium y piscina durante la época estival, el resto de meses del año estuviera a disposición de los escolares del municipio en el que la misma se ubica.

Mediante Resolución de 17 de mayo de 2005, el Director General de Costas del Ministerio de Medio Ambiente, —por delegación de la Ministra de Medio Ambiente, Cristina Narbona—, acordó lo siguiente: otorgar al actual dueño un plazo de 3 meses para presentar un proyecto de uso público de la piscina incluida en la concesión(4), suspender temporalmente su uso público hasta la aprobación del proyecto y la ejecución de las obras previstas en el mismo, —uso social que, no obstante, nunca se había realizado—, así como la improcedencia tanto de incoar el expediente de caducidad de la concesión como el sancionador(5).

(1) Manifestaciones del periodista Pedro J. Ramírez en su twitter recogidas por el diario *El País*, de 14 de noviembre de 2013.

(2) Según señala el diario *El País*, de 14 de noviembre de 2013: «La autorización [concesión de 2001] reconoció el «uso general, público y gratuito» de la piscina. La propiedad, para garantizar el uso y disfrute veraniego de su solarium y piscina exclusivos, propuso a la Administración que el resto de meses del año estuviera a disposición de los escolares del municipio de Son Servera. Nunca se ejecutó este proyecto de apertura y uso sociales»... «En 2007, la dirección general de Costas proyectó un camino litoral en la zona para retomar el uso público en la Costa de los pinos que nunca cuajó...».

(3) Entre las obligaciones del beneficiario del contrato como gestor de la concesión se encuentran: «realizar a su cargo todo lo necesario para la adecuada conservación y el mantenimiento de los terrenos y obras integrados en el dominio público marítimo-terrestre que afecta a la concesión y para el cumplimiento de las obligaciones que respecto de ello resultan para la concesionaria de la Orden del Ministerio de Medio Ambiente de 23 de enero de 2001, del Pliego de Condiciones Generales, del Pliego de Condiciones Particulares y Prescripciones y de la legislación de costas.

(4) En dicho proyecto habría de determinarse la accesibilidad a la zona, el carácter —gratuito o no— del uso de la misma, el período de acceso, el número máximo de personas que podrían realizarlo y cuantas cuestiones fueran necesarias para garantizar el uso público sin daño para el dominio público, los usuarios, la concesionaria y el titular gestor de la concesión y familiares

(5) Esta Resolución fue confirmada por otra de 29 de marzo de 2007, de la Subsecretaría de Estado de Medio Ambiente, por delegación de la Ministra, vía recurso de reposición.



Esta resolución fue recurrida ante la Audiencia Nacional, que se pronunció sobre su invalidez en su Sentencia de 14 de mayo de 2009 (recurso 375/206). En la misma se estima en parte el recurso contencioso administrativo planteado, declarando dicho acuerdo contrario a la ley en cuanto otorgaba al periodista un plazo para presentar un proyecto de uso público de la piscina y acordaba la suspensión temporal de dicho uso hasta la aprobación del proyecto.

Esta decisión fue confirmada por el Tribunal Supremo en el primero de los referidos fallos: sentencia de 5 de noviembre de 2013, dictada en el recurso 3615/2009, y de la que es ponente el Magistrado Rafael Fernández Valverde, por las motivaciones que más adelante serán analizadas.

En agosto de 2005, la piscina fue ocupada por un grupo de personas encabezadas por el diputado nacional de Esquerra Republicana de Catalunya Joan Puig, quienes pretendían, según sus propias declaraciones, reivindicar un derecho de paso suspendido administrativamente y la aplicación de la Ley de Costas (6).

Más adelante, la Orden Ministerial de 7 de julio de 2006 ratifica la suspensión del uso público de la piscina objeto de la concesión acordada en 2005. Dicha Orden fue objeto de la sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2009 (recurso contencioso administrativo 231/2006) y de la posterior sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2013 (recurso 3605/2009. Ponente Magistrado Eduardo Rojas Calvo), declarándose en ambas su ilegalidad.

### III. Situación jurídica de la instalación con arreglo a la legislación de costas de 1988

Aunque del relato fáctico de los hechos referidos en los fallos judiciales analizados no se puede conocer cuál fue la situación jurídica en la que quedó la propiedad mallorquina del periodista Ramírez tras la aprobación de la Ley de Costas de 1988, lo cierto es que en una de las sentencias se manifiesta que la porción del dominio público sobre la que recae la concesión es, formalmente, con arreglo al asiento correspondiente del Registro de la Propiedad de Manacor, parte integrante de la finca transmitida. De ello, podemos colegir que, previsiblemente, el precepto aplicable al caso analizado sería el apartado 2.º de la disposición transitoria 1.ª de dicha norma (7), que ampara a los

---

(6) La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo ratificó que la irrupción del Diputado catalán no fue constitutiva de delito —de allanamiento de morada, de coacciones, de manifestación ilegal, de lesiones y amenazas, como había calificado tales conductas el querellante—, sino de una falta de amenazas. La condición de aforado de Puig determinó que la causa la asumiese precisamente el Alto Tribunal, mientras que para el resto de querrelados el asunto se despachó en el Juzgado de Instrucción correspondiente, que inicialmente había llevado la causa, a fin de no vulnerar el derecho al juez predeterminado por la ley.

(7) El texto de esta disposición establece que «Los terrenos de la zona marítimo-terrestre o playa que no hayan podido ser ocupados por la Administración al practicar un deslinde anterior a la entrada en vigor de esta Ley, por estar amparados por los títulos a que se refiere el artículo 6.3 de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, quedarán sujetos al régimen establecido en la presente Ley para la utilización del dominio público, si bien los titulares inscritos podrán solicitar, en el plazo de un año, a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, la legalización de usos existentes, mediante la correspondiente concesión, en los términos de la disposición transitoria cuarta. Asimismo, tendrán preferencia, durante un período de diez años, para la obtención de los derechos de ocupación, o aprovechamiento que, en su caso, puedan otorgarse sobre dichos terrenos. Todo ello sin perjuicio de las acciones civiles que aquéllos puedan ejercitar en defensa de sus derechos».

titulares registrales de dichos derechos (conforme al artículo 6.3 de la Ley de Costas de 26 de abril de 1969, en relación con el 34 Ley Hipotecaria).

La primera consecuencia del nuevo régimen jurídico instaurado por el legislador de 1988 para cualquier enclave privado situado en dominio público marítimo-terrestre, y por ello, el del director periodístico, fue su polémica transformación en concesión administrativa (8), y la subsiguiente limitación y restricción de las facultades de uso y disfrute sobre el mismo.

Entre estas limitaciones se encuentra la obligación que se impone a los propietarios de solicitar de la Administración pública, en un plazo determinado, la legalización de los usos existentes en su propiedad, mediante la correspondiente concesión. Dicho plazo es de un año a contar desde la entrada en vigor de la Ley cuando la titularidad de los terrenos hubiera sido declarada por sentencia judicial firme (DT 1.<sup>a</sup>.1) o, como suponemos que será de aplicación al caso que nos ocupa, si se trata de legalizar los usos ya existentes por los titulares registrales (apartado 2.<sup>o</sup> de dicha DT). Ignoramos si dicha solicitud fue realizada o no a su debido tiempo por la antigua propietaria de la finca que actualmente posee el periodista, pero lo cierto es que la misma no la obtuvo hasta el año 2001 (9).

Pero la referida no es la única restricción que la Ley impone a los dueños, —ahora titulares de un derecho real administrativo de contenido concesional—, de este tipo de enclaves: el disfrute de este nuevo derecho de uso se somete a una contraprestación económica, traducida en el abono del correspondiente canon (de obligada exigencia salvo en el supuesto descrito en el número 1 de la DT 1.<sup>a</sup> LC).

Asimismo, el plazo de dicha concesión será, como regla general, el previsto en el artículo 66.2 LC para este tipo de derechos, es decir, treinta años (10). Durante dicho período de tiempo, la concesión de las obras y usos existentes será respetada, procediéndose a su demolición una vez transcurrido el mismo, dada la remisión que hace la norma considerada a lo previsto en su disposición transitoria 4.<sup>a</sup> (concretamente será de aplicación a este supuesto el apartado 2 a) de la misma).

(8) El Tribunal Constitucional zanjó bien pronto la cuestión, tal y como bien advierte el profesor L. MARTÍN REBOLLO (*Leyes administrativas*, Thomson Reuters-Aranzadi, 16.<sup>a</sup> ed, 2010, nota a la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> de la Ley de Costas), quien señala que la STC 149/1991, de 4 de julio mantuvo que el cese de dichas titularidades deriva de un imperativo constitucional y que su transformación en concesión implica «una muy singular forma de expropiación», sin que pueda hablarse de inexistencia de indemnización, ya que «Si la expropiación se opera precisamente por la transformación de la propiedad en concesión, el valor económico de ésta no puede ser entendido sino como compensación, determinada «ope legis», por la privación del título dominical» (FJ 8 B a). El debate doctrinal al respecto fue también muy amplio, con posturas claramente contradictorias entre sí, como las representadas por el profesor Jesús LEGUINA VILLA, partidario del sometimiento de todo el litoral a un uso público («Propiedad privada y servidumbre de uso público en las riberas del mar», *Revista de Administración Pública*, 65 (1971), y el Abogado del Estado Mario CONDE CONDE, posicionado a favor de la tesis de que el uso público sólo se puede predicar de los bienes del dominio público («El pretendido uso público de las playas y zona marítimo-terrestre de propiedad particular», *Revista de Administración Pública*, 73 (1974)). Sobre esta cuestión puede examinarse el volumen de J.R. CALERO RODRÍGUEZ: *Régimen Jurídico de las Costas Españolas*, Aranzadi, Pamplona, 1995. Págs: 475 ss.

(9) Podría haber sucedido que dicha propietaria hubiera ejercido el derecho que, durante un período de diez años, asiste a los titulares registrales de estas fincas para obtención de otros derechos de ocupación o aprovechamiento que, en su caso, puedan otorgarse sobre dicha superficie, y que respalda el apartado 2.<sup>o</sup> de estas misma DT 1.<sup>a</sup>.

(10) El plazo general de 30 años para el disfrute de las concesiones se puede ampliar a otros 30 en el supuesto de que los enclaves situados en la zona marítimo-terrestre hubieran sido declarados de propiedad privada por sentencia judicial firme —(DT 1.<sup>a</sup> 1 LC)—.

Dicho derecho deberá ser objeto de inscripción en el Registro de usos de dominio público marítimo-terrestre.

Además, los terrenos deberán respetar los usos y aprovechamientos ya existentes, prohibiéndose las obras de consolidación, aumento de volumen, modernización o incremento de su valor expropiatorio.

Finalmente, dichas concesiones no podrán transmitirse mediante negocios jurídicos inter vivos, al estar dicho tipo de transacción absolutamente proscrita por el artículo 70.2 de la ley de Costas (11).

Así las cosas, se puede afirmar que cuando Pedro J. Ramírez adquiere su vivienda mallorquina, lo hace con arreglo a la ya entonces vigente legislación de 1988, aplicándosele, por tanto, el mismo régimen jurídico que al resto de los propietarios de enclaves en nuestro litoral (12), lo que significa: primero, que ostenta la propiedad de la parte de la parcela no ubicada en el dominio público marítimo-terrestre; segunda, que sobre la porción de la finca que se incluye dentro del dominio público, y en la que se emplaza la piscina, la terraza y el embarcadero en cuestión, ni siquiera le corresponde una concesión administrativa de ocupación y aprovechamiento, ya que dicha concesión la mantiene la antigua propietaria, quien no se la puede transmitir al periodista, al ser ésta una operación prohibida por la Ley; finalmente, en cuanto la utilización de este espacio, ha de respetar los usos existentes, limitando los posibles nuevos usos que a la misma pudiera darse a las obras necesarias para su conservación en adecuadas condiciones de seguridad y salubridad.

Veamos, a continuación, los pronunciamientos de las sentencias que analizamos acerca de la hipotética infracción por parte del periodista Ramírez de las reglas jurídicas que acabamos de definir.

#### **IV. Los razonamientos de las sentencias: en especial, el fraude de la transmisión *inter vivos* de la concesión de ocupación del dominio público marítimo-terrestre**

En realidad, nos vamos a referir básicamente a las fundamentaciones jurídicas expresadas en la primera de las decisiones judiciales estudiadas (recurso 3615/2009), ya que los pronunciamientos de la segunda son consecuencia necesaria del primer fallo y poco aportan al debate jurídico aquí planteado.

En primer lugar, y aun referido a un asunto menor, es necesario poner de manifiesto que, pese a ser uno de los argumentos claves esgrimidos por el recurrente, el Tribunal Supremo confirma la inadmisión del recurso en orden a examinar la validez de

---

(11) El artículo 70: 2 LC establece que «Las concesiones no serán transmisibles por actos intervivos», aunque admite que lo sean mortis causa. Considera el precepto que «En caso de fallecimiento del concesionario, sus causahabientes, a título de herencia o legado, podrán subrogarse en los derechos y obligaciones de aquél en el plazo de un año. Transcurrido dicho plazo sin manifestación expresa a la Administración concedente, se entenderá que renuncian a la concesión».

(12) La organización ecologista en defensa del paisaje ECOVOZ, denuncia en su página web ([www.ecovoz.org](http://www.ecovoz.org), el día 28 de julio de 2014), que lamentablemente, la piscina de Pedro J. Ramírez no es la única edificación que invade en dicha zona el DPMT, ya que en la misma, denominada costa de los Pinos, tienen sus mansiones un importante número de millonarios. Ilustra esta afirmación mediante siete fotografías. A su modo de ver, a estos propietarios nadie les molesta por no estar «...tan claramente posicionados en la esfera nacional o al no tener tantos enemigos».

la Orden Ministerial de 23 de enero de 2001, por la que, —recordemos—, se concede a la antigua propietaria de la finca la concesión para la ocupación del dominio público marítimo-terrestre.

La Sala de la Audiencia Nacional ya había inadmitido, en 2009, por extemporánea, esta pretensión, al entender que la Orden en cuestión había adquirido firmeza. Mantenía que la demandante había dejado transcurrir el plazo de dos meses de que disponía para recurrir dicha disposición, lo que, sin embargo, podría haber hecho, ya que, al menos desde el momento de la notificación de la resolución de 17 de mayo de 2005, habría certeza de que conocía su otorgamiento.

Este argumento es reiterado por la alta instancia jurisdiccional en el primer recurso analizado. Para la misma, este razonamiento se basa tanto en el hecho de que dicha resolución administrativa no es una auténtica disposición de carácter general, sino un acto administrativo, por lo que su falta de publicación no ha de suponer que pueda ser eternamente impugnabile hasta que se produzca tal hecho, como en razones de seguridad jurídica, que aconsejan no dejar abierto *ad aeternum* el debate judicial sobre situaciones administrativas ya consolidadas.

Igualmente, la Audiencia Nacional desestima la pretensión del recurrente de que, al ser nulo de pleno derecho el acto de otorgamiento de la concesión, —por haberse producido, a su juicio, cuando estaba iniciado el expediente de deslinde (art. 12.5 LC)—, su impugnación no estaba sujeta a plazo. No obstante, para suprema Corte lo que no está sometido a plazo es el ejercicio de la acción de nulidad en vía administrativa, pero no su impugnación jurisdiccional.

Sin embargo, la decisión más importante que se adopta en este juicio es la referida a la invalidez del contrato de gestión de la concesión suscrito entre el editor periodístico y la antigua propietaria de la finca en 2004.

Tanto para la Sala de instancia como para la del Supremo, no cabe duda de que el verdadero objeto que se perseguía con la firma de dicho contrato de «gestión» era camuflar la transmisión *inter vivos* de la concesión administrativa, pretendiendo otorgar legitimidad a una operación que está absolutamente proscrita por el artículo 70.2 de la Ley de Costas de 1988.

A juicio del Tribunal Supremo, y ratificando en punto el criterio mantenido por el Tribunal *a quo*,

«... se ha transmitido la propiedad de la finca aneja a la porción del demanio marítimo terrestre sobre el que recae la concesión, de lo que deduce que carece de sentido lógico entender que se ha acordado una gestión de la concesión, sino que por el contrario se ha pretendido dar apariencia de legalidad a una verdadera transmisión *inter vivos* afectante a una concesión que la Sala consideró contraria a las prohibiciones del artículo 70.2 de la Ley de Costas» (FJ 9.º de la primera sentencia), siendo esta situación tan clara que «... ningún esfuerzo interpretativo es preciso efectuar de la sola lectura del contrato de 27 de julio de 2004 para colegir que su objeto es transmitir la concesión demanial otorgada....» (FJ 16.º).

En definitiva, el negocio jurídico realizado entre la vendedora del terreno y su actual adquirente supone un traspaso de la concesión administrativa inicialmente otorgada a favor de la primera, que deviene ilegal al infringir claramente el artículo 70.2 de la Ley de Costas.

La consecuencia de la ilegalidad y fraude de dicho negocio jurídico privado no puede ser otra, a juicio de ambas Salas juzgadoras (en primera y segunda instancia), que la nulidad de las resoluciones por las que se prevén la obligación del propietario de presentar un proyecto de uso público de la piscina y la suspensión, entre tanto se apruebe el mismo, el uso público de la misma. Ello es así porque entender lo contrario se basaría, según los dos Tribunales, en reconocer efectos a un contrato, el de gestión de la concesión, que conculca la legislación reguladora de nuestro dominio público marítimo-terrestre.

En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en la segunda sentencia referida, pero esta vez en relación con la Orden Ministerial de 7 de julio de 2006, que ratifica la suspensión anteriormente acordada y aprueba el proyecto de uso público de la piscina. Entienden los Magistrados que esta resolución es, asimismo, contraria a la Ley, puesto que se limita a ratificar la anterior de 2005. La consecuencia, por tanto, no puede ser otra que su anulación. Y ello porque ambas tienen como premisa y sustento un «acuerdo de cesión que en realidad encubre una transmisión inter vivos de la concesión» (FJ 11.<sup>o</sup>).

## **V. Novedades introducidas por la ley de costas de 2013 que afectarán a la finca del periodista Pedro J. Ramírez**

No obstante, buena parte del descrito régimen jurídico relativo a los enclaves privados en el dominio público marítimo-terrestre español se ha visto modificado por la aparición en nuestro panorama legislativo de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Protección y Uso sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley de Costas, que, siguiendo en este punto las recomendaciones indicadas por el Parlamento Europeo en el Informe Auken (13), introduce importantísimas novedades en el mismo

---

(13) Informe del Parlamento Europeo de 20 de febrero de 2009, sobre «El impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas» (2008/2248 (INI), denominado «Informe Auken» por el apellido de la eurodiputada ponente del mismo. Las claves del documento europeo se centran básicamente en el reconocimiento del derecho de propiedad privada y en otorgamiento de una mayor seguridad jurídica a los propietarios de terrenos situados en el litoral español, tanto en dominio público como en la servidumbre de protección, especialmente los primeros, dada la incertidumbre que generaba la expiración, en 2018, del plazo de treinta años otorgado por la Ley de Costas para la ocupación privativa de los terrenos en DPMT a través de la correspondiente concesión.

Desde Bruselas se denuncia, por un lado, la restricción que en los derechos legítimos de los ciudadanos de la UE significó la aplicación de la Ley de Costas de 1988, como la conversión de los mismos en concesiones o las trabas a su transmisibilidad, sin una justa compensación, y por otro, la inadecuada legislación existente, que ha provocado una nefasta gestión urbanística llevada a cabo por las autoridades locales y una especulación sin límites de los agentes urbanizadores y promotores inmobiliarios, que han permitido la construcción en masa de un gran número de urbanizaciones en el litoral en franca oposición a los postulados de la Ley de Costas. Estas viviendas, adquiridas legítimamente por terceros de buena fe, consideradas en muchos casos ilegales, son objeto de órdenes de demolición, lo que provoca una situación de desamparo de sus propietarios.

Por ello, el Parlamento pide a las autoridades nacionales una profunda revisión de todas la legislación que afecta a los derechos de los propietarios particulares que permita garantizar el respeto de la propiedad legítima de los bienes adquiridos legalmente, y una mejor gestión del proceso urbanizador, incluida la suspensión y revisión de todos los planes urbanísticos nuevos que no respeten los criterios rigurosos de sostenibilidad ambiental, de tal manera que se evite la especulación y la destrucción del litoral.

para, a nuestro entender, mantener y consolidar el estatus privativo de estos terrenos (14).

Entre estas modificaciones destacan por su trascendencia, tres: la primera, la posibilidad de transmitir por actos *inter vivos* las concesiones administrativas de uso y aprovechamiento de estas parcelas, la segunda, la prórroga del plazo de duración de las mismas y, finalmente, la opción que asiste a los concesionarios de realizar las obras de reparación, mejora, consolidación y modernización de las construcciones e instalaciones existentes (15).

#### A) POSIBILIDAD DE TRANSMITIR POR ACTOS *INTER VIVOS* LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS DE USO Y APROVECHAMIENTO DE LOS TERRENOS SITUADOS EN DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-TERRESTRE

Quizá el razonamiento más relevante de todo el proceso judicial seguido contra Pedro J. Ramírez es la reflexión que hace la propia suprema instancia jurisdiccional acerca de las consecuencias que hoy en día, a la luz de la publicación de la Ley 2/2013, tendría el negocio jurídico por el que se le transmitió al periodista el derecho de uso y aprovechamiento de la piscina de su casa mallorquina.

Y es que la solución aportada en el primer fallo que venimos analizando, por la cual se considera ilegal la traslación de este derecho concesional, no podría ser aceptada en el marco de la nueva normativa, ya que el artículo 1.22 de la misma permite estas cesiones, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa* (16), aunque supedita la validez de esta primera modalidad al reconocimiento previo por parte de la Administración del cumplimiento por el adquirente de las condiciones establecidas en la concesión (17).

El propio Tribunal Supremo propone al periodista la utilización de esta vía para la posible adaptación a la legalidad vigente de la parte de su finca afectada por esta si-

(14) La postura más unánime de nuestra doctrina administrativista a los cambios introducidos en el régimen jurídico del litoral por la Ley de 2013, ha sido la de crítica a la mayor parte de sus determinaciones. Sirva como botón de muestra a este respecto las Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo. Santiago de Compostela, 7 y 8 de febrero de 2014, publicadas por el Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2014.

(15) Las novedades introducidas en el régimen jurídico del litoral español por la legislación de 2013 no se reducen exclusivamente a consolidar el nuevo estatus de las propiedades situadas en el dominio público marítimo-terrestre. Alcanzan, asimismo, a la propia determinación del dominio público y su deslinde, a la previsión del alcance de los derechos de los propietarios de construcciones e instalaciones ubicadas en las playas y en la servidumbre de protección, al establecimiento de medidas para evitar la corrupción urbanística y la protección de la costa frente al cambio climático, etc. Lógicamente, el análisis de dichas previsiones no pueden ser objeto de este trabajo.

(16) La modalidad de transmisión por actos *mortis causa* era admitida por la Ley de Costas de 1988. La novedad es que ahora se amplía a 4 años (antes era 1), el plazo para que los causahabientes comuniquen expresamente a la Administración el fallecimiento del concesionario y la voluntad de subrogarse en su derecho.

(17) El artículo 1.22 de la Ley 2/2013, establece que «Las concesiones serán transmisibles por actos *inter vivos* y *mortis causa*. La transmisión *inter vivos* solo será válida si con carácter previo la Administración reconoce el cumplimiento, por parte del adquirente, de las condiciones establecidas en la concesión. En caso de fallecimiento del concesionario, sus causahabientes, a título de herencia o de legado, podrán subrogarse en los derechos y obligaciones de aquel, siempre que en el plazo de cuatro años comuniquen expresamente a la Administración el fallecimiento y la voluntad de subrogarse. Transcurrido dicho plazo sin que se hubiera hecho la comunicación, la concesión quedará extinguida».

tuación, aunque si bien indica, acertadamente, que no es la propia Sala juzgadora la que puede plantearse tal opción en este momento, ya que la aplicación de la nueva disposición general, en su caso, y su consiguiente valoración jurídica, corresponde a la Administración pública (18).

Esta no es, sin embargo, la única medida que la Ley 2/2013 concede a los propietarios de las fincas encavadas en el litoral afectados por la regulación de 1988 para mantener el disfrute de sus derechos de forma privativa. Los mismos podrán beneficiarse, asimismo, de otra serie de novedades que pasamos a analizar.

## B) NUEVO PLAZO DE DURACIÓN DE LAS CONCESIONES

El nuevo artículo 1.21 de la disposición legal de 2013, modificando el apartado 2 del artículo 66 de la anterior norma, amplía notablemente la duración de las concesiones sobre el dominio público marítimo-terrestre, que pasan de los 30 años que como máximo permitía ésta, hasta un plazo que no podrá exceder de los 75 (19).

Esta duración lo es para las concesiones que se otorguen tras la entrada en vigor de la norma, pero la modificación legal, en su artículo 2, prevé también la prórroga de las concesiones otorgadas al amparo de la normativa anterior, —concretamente para los derechos de ocupación y aprovechamiento amparado por la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> LC—, previsión que sería aplicable al caso que nos ocupa.

En este caso, la titular de la concesión —y antigua dueña de la finca—, podrá solicitar la ampliación temporal de la misma desde la entrada en vigor de la Ley de 2013, y antes de que se extinga el plazo para el que fue concedida. El plazo de la prórroga se computa desde la fecha de la solicitud de la concesión, con independencia del tiempo que reste para su extinción.

Si entendemos que dicho plazo ha de contarse desde la solicitud del derecho real, y recordando que la Orden Ministerial por la que se otorgó la concesión a la anterior

---

(18) El FJ 18.º es revelador a este respecto, señalando que «Como hemos expuesto a lo largo de los razonamientos anteriores, los preceptos que, en cuanto al fondo del asunto, hemos aplicado han sido —en síntesis— el artículo 70.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas y 137.3 del Reglamento General para el desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre.

El precepto legal de precedente cita señalaba, expresamente, que «las concesiones no serán transmisibles por actos inter vivos», habiendo sido la transmisión de la concesión efectuada en el supuesto de autos —así deducida por la Sala de instancia y confirmada en esta sentencia— la causa determinante de la estimación del Recurso Contencioso-administrativo contra la resolución que imponía la obligación de la elaboración de un proyecto al Sr. Sixto. Sin embargo, tal artículo 70.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas ha sido modificado por el artículo 1.22 de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, que actualmente señala: «las concesiones serán transmisibles por actos inter vivos y mortis causa. La transmisión inter vivos solo será válida si con carácter previo la Administración reconoce el cumplimiento, por parte del adquirente, de las condiciones establecidas en la concesión».

A pesar de ello, sin embargo la Sala no puede plantearse, en este momento, la aplicación de la nueva normativa por cuanto, en su caso, con carácter previo, tal aplicación y consiguiente valoración jurídica, corresponde a la Administración».

(19) La ampliación del plazo de la concesión se contempla, asimismo, por el nuevo texto legal (incorporando al artículo 13 el apartado bis) para los titulares de aquellos terrenos que se incorporen al dominio público tras la revisión por parte de la Administración del correspondiente deslinde. En este supuesto, además, la concesión se otorgará de oficio por la Administración y se eximen al concesionario de la obligación de abonar el canon, aunque habrán de respetarse los usos y aprovechamientos existentes (art. 1. 8 de la Ley de modificación).

propietaria tenía fecha de 2001, nos encontramos que, cuando se efectúe, llegado el caso, la transmisión de la misma, restará todavía a Pedro J. Ramírez unos 63 años para continuar en el disfrute de dicho derecho. Pero podría concluirse, como hace el profesor Menéndez Rexach, que dicho cómputo obedece a la suma del plazo inicialmente concedido más la prórroga, por lo que estaríamos ante una duración de la concesión de unos 100 años (20).

Teniendo en cuenta que Pedro J. Ramírez no ha visto nunca mermado el derecho a usar de su piscina, pese a invadir una porción del dominio público estatal, nos parece que, sea cual sea el tiempo que le reste de concesión, su estatus se igualará, mientras tanto, al de un propietario.

En cualquier caso, la prórroga podrá fijar un plazo de duración inferior y prever prórrogas sucesivas dentro de aquel límite temporal.

### C) POSIBILIDAD DE REALIZAR OBRAS DE REPARACIÓN, MEJORA, CONSOLIDACIÓN Y MODERNIZACIÓN EN LAS CONSTRUCCIONES EXISTENTES

La Ley 2/2013 ha procedido también a modificar el régimen jurídico previsto en la disposición transitoria 4.<sup>a</sup> de la LC de 1988 para las obras e instalaciones construidas en el dominio público con anterioridad a la entrada en vigor de la misma, —aunque también en las servidumbres de tránsito y protección—, y en el cuya regulación se puede encuadrar la piscina y terraza de Pedro J. Ramírez, ya debidamente legalizadas.

Aunque la anterior regulación no preveía nada respecto de las obras que podrían ser realizadas en estas construcciones preexistentes, debía entenderse que sólo se admitirían las necesarias para mantener las mismas en las debidas condiciones de salubridad, seguridad y ornato público. La nueva norma, sin embargo, si bien mantiene que las mismas serán demolidas una vez se extinga la concesión, admite que, mientras ésta permanezca vigente, se podrán realizar las de reparación, mejora, consolidación y modernización, siempre que no impliquen aumento de volumen, altura ni superficie de las construcciones existentes (art. 1. 40 de la Ley de 2013). No parece muy probable que esta situación se vaya a producir en la parte de la finca del periodista afectada por la concesión, dado que las únicas construcciones existentes en la misma se reducen a una piscina, un solárium y un embarcadero. No obstante, las posibles reparaciones y mejoras de estas instalaciones podrían prolongar, durante un larguísimo período de tiempo, —el que dure la concesión—, su existencia en la franja del dominio público marítimo-terrestre, sin opción de uso público de la misma (21).

(20) A. Menéndez Rexach, en la comunicación presentada al IX congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho administrativo titulada «La nueva regulación de las costas. Un giro hacia el dominio privado marítimo-terrestre». P. 43 del texto remitido a los miembros de la Asociación en noviembre de 2013.

(21) El profesor Menéndez Rexach ha señalado a este respecto que a estas edificaciones les será de aplicación el mismo régimen jurídico que a las existentes en la zona de servidumbre de protección, matizando que «Ahora bien, como el plazo máximo de las concesiones será de 75 años, esto significa prolongar considerablemente la vida de esas edificaciones o perpetuarla, ya que nada impide que, a la extinción de la concesión la Administración opte por el mantenimiento de las instalaciones y decida su gestión mediante otra concesión o mediante alguna fórmula contractual (arts. 72.3 LC y 144.2 RC). Teniendo en cuenta que muchas concesiones anteriores a la LC se refieren a usos no admisibles en la ribera del mar según la propia Ley (art. 32), por no estar vinculados al mar, se debería haber distinguido entre las concesiones que amparan usos admisibles y las que no, permitiendo sólo en las primeras la prolongación del plazo y la realización de obras de mejora y modernización». *Cit.* P. 40.



## VI. Conclusiones

Algunos medios de comunicación, —no precisamente afines a la línea editorial mantenida por el diario que dirige el periodista Pedro J. Ramírez (22)—, han lanzado las campanas al vuelo señalando, con toda rotundidad, que el Tribunal Supremo ha venido a confirmar el uso público de la piscina del mismo.

Sin embargo, y según lo que hemos venido analizando, esta afirmación debe ser objeto de dos matizaciones:

Primera, que dicha utilización pública no ha sido la efectuada hasta el momento en esa instalación. En efecto, nunca se ha elaborado el proyecto ni ejecutado las obras necesarias para la apertura y uso social de la misma, que parece ser que era una de las condiciones establecidas administrativamente en la resolución por la que se otorgaba la concesión de ocupación de la zona de dominio público en la que se ubicaba la piscina.

La secuencia de los hechos así lo demuestra: La concesión no se otorga hasta 2001, doce años después de la publicación de la Ley de Costas; el contrato —por demás, ilegal—, de transmisión de la concesión se suscribe en julio de 2004, es decir, dieciséis años después de publicada la disposición general, y hasta 2005 no surge el debate administrativo acerca del uso privativo o público de la piscina y terraza. Además, y si bien en ese mismo año la Administración solicita del propietario la elaboración de un proyecto para adaptar la instalación al uso público, un año después, en 2006, —y por los graves incidentes de seguridad producidos en la finca—, dicha resolución queda suspendida, no resolviéndose judicialmente el conflicto hasta 2009, en primera instancia, aunque el mismo no se zanja definitivamente, como hemos comprobado, hasta hace tan solo unos meses, es decir, veinticinco años después de la publicación de la Ley de Costas de 1988.

Pues bien, en todo este tiempo el propietario de la finca no ha dejado de disfrutar privativamente de un espacio enclavado en dominio público, y que la legislación de Costas de 1988 sometía a un uso público, sin que, además, dicho aprovechamiento viniera amparado en un título concesional legítimamente otorgado o transmitido a su favor.

Segunda, porque dudamos de que tal uso se vaya a producir en el futuro, ya que las nuevas prescripciones de la Ley 2013 permitirán no sólo la válida transmisión de la concesión inicialmente acordada por la Administración en 2001 a favor del periodista y actual dueño de la finca, sino también la prórroga de la misma por un período de 75 años, así como la realización de las obras necesarias para su reparación, mejora, consolidación y modernización. ¿Qué diferencia habrá, por consiguiente, entre el título de propiedad y el derecho real de concesión administrativa?

En definitiva, el transcurso del tiempo ha sido el mejor aliado para consolidar la plena ocupación y disfrute privativo de terrenos situados en dominio público.

Y permítanme a este respecto incluir, a modo de homenaje al maestro García de Enterría, una pequeña anécdota que refleja su gran y prospectiva visión del Derecho: recién comenzado el curso académico 1989-90, y recién aprobada, por tanto, la Ley de Costas, yo era una joven estudiante de doctorado que acudía regularmente a los seminarios que tenían lugar los miércoles en la Universidad Complutense de Madrid. El gran debate que se planteaban los profesores en esas fechas era la posición jurí-

---

(22) *El País*, *Público.es*, *Elconfidencial.es*, *La Vanguardia* o *Elplural.com*.

dica en la que iban a quedar los enclaves privados situados en la zona marítimo-terrestre con la nueva disposición legislativa. En un momento dado, don Eduardo les comentó que no se alterarían tanto por dicha situación, que ya enmendaría el legislador una vez se aproximase la fecha del vencimiento de las concesiones otorgadas. ¡Cuánta razón amparaba al eximio profesor!

De esta manera, uno de los principales objetivos que pretendía el Legislador con la Ley de 1988, cual era el uso público de todo el dominio marítimo-terrestre, incluyendo las apropiaciones privadas del mismo en un horizonte temporal de 30 años, ha quedado definitivamente arrumbado con la reforma de 2013 que conduce, irremediablemente, a consagrar la ocupación privativa de estos enclaves.

Y lo que queda ahora por preguntar es cuántas instalaciones y terrenos de nuestra costa, —que no han despertado el mismo interés mediático que el caso aquí analizado, ni sus detentadores están en el punto de mira de determinados grupos de presión y partidos políticos—, se encuentran en similar situación, sin que ni el legislador ni el ejecutivo hayan podido, en más de veinticinco años, recuperarlos para el disfrute y aprovechamiento común.

## VII. Bibliografía

- GARCÍA PÉREZ, M: «La reforma de la Ley de Costas: un lobo con piel de cordero», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2012, (31).
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.V: «Cuestiones problemáticas de protección del litoral en el proyecto de ley de reforma de la Ley de Costas», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, 26 (2012).
- INFORME del Parlamento Europeo de 20 de febrero de 2009, sobre «El impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibidas» (2008/2248 (INI)).
- LOZANO CUTANDA, B: «Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral: las diez reformas clave de la ley de costas», *Diario La Ley* n.º 8096, Sección Documento *on-line*, 3 junio 2013.
- MENENDEZ REXACH, A: «La nueva regulación de las costas: un giro hacia el dominio privado marítimo-terrestre», ponencia presentada en el IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, febrero 2013.
- SANZ LARRUGA, F.J: «Temores y expectativas ante la reforma de la ley de Costas», *Observatorio de Políticas Ambientales 2013*. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

Trabajo recibido el 5 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Lan honetan, azaldu nahi da 2/2013 Legeko —maiatzaren 29koa, itsas-bazterren babes eta erabilera jasangarriari buruzkoa eta Kostaldeei buruzko Legea aldatzen duena— xedapenek zer-nolako eragina duten itsaso eta lehorren arteko jabari publikoan dauden lurren erabilera eta aprobetxamendurako administrazio-emakiden titularren eskubideak sendotu eta zabaltzeari dagokionez. Eragin hori zehazteko, Auzitegi Gorenak 2013ko azaroaren 5ean emandako epaietan aztertutako adibide zehatza erabili da.

**HITZ GAKOAK:** Itsasertzak. Eremu pribatuak. Administrazio-emakida. Legezko aldaketa. Pribatizazioa

**RESUMEN:** El presente trabajo pretende poner de manifiesto, siguiendo el ejemplo concreto analizado por las Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2013, el alcance de las previsiones contenidas en la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Protección y Uso sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley de Costas, en orden a la consolidación y ampliación de los derechos de los titulares de concesiones administrativas de uso y aprovechamiento de terrenos situados en el dominio público marítimo-terrestre.

**PALABRAS CLAVE:** Costas. Enclaves privados. Concesión administrativa. Modificación legal. Privatización.

**ABSTRACT:** This paper aims to highlight, following the specific example analyzed by the Spanish Supreme Court in its judgement of 5 November 2013, the scope of the provisions contained in the Act 2/2013 of 29 May 2013 on the Protection and Sustainable Use of the Coastal Area and on the amended Coast Act, issued with the purpose of consolidating and expanding the rights of the holders of administrative concessions for use and development of land situated in the maritime public domain.

**KEYWORDS:** Coasts. Private enclaves. Administrative authorization. Legal modification. Privatization



# Las repercusiones urbanísticas y territoriales de un modelo agotado de crecimiento económico

María Rosario Alonso Ibáñez

**Sumario:** I. La falta de atención a la escala territorial de las políticas económicas.—II. La ocupación desmedida de suelo.—III. Formas urbanas complejas y espacios intermedios.

## I. La falta de atención a la escala territorial de las políticas económicas

Aunque en ocasiones lo evidente sea obvio y reiterativo hasta el agotamiento, hemos de partir de la coincidencia global en considerar la sociedad del siglo XXI como eminentemente urbana. La inmensa mayoría de los seres humanos reside en las ciudades, o, si se prefiere, en núcleos de población que de ninguna manera pueden considerarse rurales. Toda la población es ya urbana en el sentido que posee pautas de comportamiento, actitudes y sistemas de valores semejantes a los de los habitantes de lo que tradicionalmente se consideran ciudades. En España, esa transformación se produce en la segunda mitad del siglo pasado, y desde entonces, desde distintas aproximaciones doctrinales, se intenta captar la transcendencia de la ciudad, su concepto, formación, organización, estructura y realidad como marco de convivencia y actividad.

Sobre la ciudad, sobre las áreas urbanas en general, vamos a reflexionar en este trabajo, sobre ese «fenómeno de aglomeración de gentes que viven juntas en estructura de vecindad», tal como a ella se refiriera ADOLFO POSADA(1), fenómeno que responde esencialmente, decía, «a influjos económicos de infraestructura», puesto que, en el fondo, «la distribución de la población es una cuestión de organización eco-

---

(1) «Nada más fácil que una definición superficial de la ciudad [...] *fenómeno de aglomeración de gentes que viven juntas en estrecha vecindad* [...]. Ni tomamos tampoco la ciudad en el sentido de la comunidad de ciudadanos, que se diferencia del resto de la población por su especial condición jurídica. Para la investigación presente, ciudad significa el grupo denso de población», en *El Régimen municipal de la ciudad moderna*, 4.ª edición revisada, Madrid, 1936, pp. 9-10, preguntándose, más adelante, «Cualquiera aglomeración de personas y casas, formando un núcleo, ¿es ciudad? ¿Basta el hecho estructural de la contigüidad y de la intimidad de la vida para que se produzca el espacio urbano en forma de ciudad?, para concluir que »La ciudad, aglomeración que, por la intensificación de su núcleo, la integración del esfuerzo común, la extensión de su acción y la fuerza de su resistencia se diferencia y distingue, al fin, de las demás aglomeraciones —rurales—, responde a la doble necesidad que actúa como una causa general en la evolución de las sociedades: la de lucha unida a la de cooperación: es un fenómeno de cooperación defensiva —y ofensiva— para atender, en su círculo, al cumplimiento general de todos los fines de la vida humana» (pp. 13-14).

nómica, entendido lo económico en su sentido más amplio» (2). No hemos encontrado una aproximación que condense, en fórmula más acertada, las connotaciones que van a caracterizar el devenir de la intervención pública en la ciudad.

En efecto, la distribución en el espacio de la actividad económica ha sido siempre uno de los factores más influyentes en la configuración de las ciudades. Es más, es en el espacio urbano que la actividad económica capitalista se ha desenvuelto básicamente (3). Por ello, cualquier observador con una mínima capacidad de análisis podrá llegar a la conclusión que, si la economía real es la que siempre ha marcado el rumbo de los cambios históricos, la situación económica siempre deja su impacto en las ciudades.

El crecimiento a que conduce el modelo de desarrollo urbanístico que venimos manteniendo en el tiempo, con independencia del cariz ideológico de los sucesivos gobiernos, tanto en el nivel central del Estado como en el autonómico o en el municipal, conllevaba que fuera habitual en las décadas pasadas anteriores a la actual crisis económica exaltar el planeamiento «al límite de la capacidad», en el que se venía a agotar prácticamente todo el suelo estrictamente no protegido del término municipal, entendido como fuente de riqueza a corto plazo o como simple mecanismo de financiación municipal. El nunca bien afrontado problema de financiación local (4) es determinante de esta falta de perspectiva interterritorial, así como de entender que los ayuntamientos hayan encontrado en los convenios urbanísticos y en las recalificaciones de suelo consiguientes una forma de financiar los servicios públicos deficitarios. Si a ello añadimos que persisten en la cultura urbanística española ciertas inercias como la práctica ausencia de verdaderos instrumentos de planeamiento territorial y de órganos de coordinación o gestión supramunicipal que puedan orientar y determinar desde una perspectiva de globalidad el modelo futuro de la ciudad, sobre la base de un interés común que trascienda los intereses locales y las visiones estrictamente

---

(2) Trata POSADA de establecer la diferenciación entre la significación de la ciudad en sus orígenes y la ciudad moderna, «en la evolución de la ciudad moderna ha disminuido, o se ha anulado, la acción de aquellos influjos primarios que actuaban cuando la ciudad centraba el esfuerzo defensivo de un pueblo; en cambio, persiste siempre el de la diferenciación sociológica de la población resultante del divorcio, y hasta emancipación de las gentes respecto del medio tierra, lo que determina la liberación del contacto inmediato con el suelo —agricultura, pastoreo, ganadería— y la creación del núcleo comercial, industrial, político, de los artesanos, de los gobernantes, de clases directoras. El divorcio de las gentes del suelo contribuye en buena parte al crecimiento de la ciudad. La formación y desarrollo de la ciudad son una consecuencia de la diferenciación social del trabajo profesional, con la consiguiente complicación e integración de la vida colectiva. La diferenciación entre ciudad y campo es un importante suceso en la historia económica, porque señala la separación de la industria y de la agricultura», *El Régimen municipal de la ciudad moderna*, cit. pp. 100-101.

(3) En la ciudad se encuentra la mano de obra necesaria y, sobre todo, los posibles consumidores: el mercado, según VILLAREJO GALENDE, señalando cómo «en el capitalismo de producción la ciudad era concebida como centro industrial y campamento del ejército laboral. Buena parte de las actividades industriales y prácticamente la totalidad de los servicios se asentaban en el caso urbano, y solo cuando la escala de la producción y los inconvenientes de la industrialización se mostraban muy evidentes se trasladaba la actividad a los polígonos de la periferia. En el capitalismo de consumo, a su vez, las ciudades crecieron perfilándose como centros de comercio y servicios. En la madurez de la sociedad de consumo de masas, constituyen el lugar donde se muestran rutilantes los objetos de consumo. En la sociedad de masas la ciudad se convierte en el escenario en el que por antonomasia se desarrollan los comportamientos asociados al consumo», en «Sostenibilidad y revitalización urbana: nuevas propuestas para la regulación de la implantación de los grandes establecimientos comerciales», *Ciudad y territorio. Estudios Territoriales*, 156, 2008, p. 277-278.

(4) Los ayuntamientos representaban en el año 2010 el 14 por ciento del gasto público, frente al 36 por ciento de las autonomías, cuando la idea original de 1978 era llegar a un 25 por ciento para cada nivel administrativo. Así se recoge en la *Estrategia Española de Sostenibilidad Urbana y Local*, 2010.

municipales —claramente insuficientes para articular las complejas dinámicas del territorio contemporáneo, muy especialmente en los espacios metropolitanos—, encontraremos en buena medida explicación de lo que ha ocurrido.

La combinación de estas circunstancias con el alejamiento efectivo de los ciudadanos de la toma de decisiones sobre el desarrollo urbano (5), terminó por erosionar la legitimidad social del planeamiento, reduciéndolo a un simple instrumento formalista para dar cobertura legal a modelos urbanos formalmente impecables pero cuestionables desde el punto de vista de su impacto en el territorio y en el espacio de la ciudad (6).

Ciertamente, la normativa urbanística ha primado el proceso de fijación de usos y aprovechamientos, en detrimento de lo social, del espacio público, «la magia urbana que permite considerar una pieza como lugar de convivencia» (7). Ha posibilitado espacios con usos urbanos, pero sin vida urbana.

El interés y constatación de la necesidad de la escala territorial son crecientes, y se han visto acompañados de un importante desarrollo de análisis y documentos de reflexión sobre las implicaciones territoriales y urbanas y sobre cómo abordar, desde las políticas públicas, el futuro del territorio con objeto de gestionar con prudencia y reversibilidad la herencia especulativa de unos años en los que, además de lo mucho edificado, quedan otras muchas huellas, menos visibles, de suelos urbanizados sin ocupar y de terrenos clasificados por el planeamiento municipal como urbanos y urbanizables que configuran nuevas formas urbanas (8).

(5) La falta de participación y de consenso ciudadano real en el planeamiento urbanístico es una de las conclusiones alcanzadas en el *Libro Blanco del Planeamiento Urbanístico en España*, 2010.

(6) A. SERRANO, «Transformaciones territoriales en España, 1978-2008 y Perspectivas 2015. Donde se resume la resumen de la investigación «Informe de prospectiva sobre las transformaciones territoriales en España tras 30 años de Constitución Española», realizada para el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, analizando las transformaciones, objetivos de desarrollo territorial y evolución en los niveles de bienestar y sostenibilidad ambiental registrados en España y en cada uno de sus ámbitos territoriales significativos a lo largo de los 30 años transcurridos desde la aprobación de la Constitución Española, con especial referencia a las consecuencias de la incorporación a la Unión Europea y a la asunción de los objetivos de la Agenda de Lisboa, la misma se ha centrado en la consideración de la evolución de las principales variables socioeconómicas y ambientales en el ámbito provincial, con referencias específicas a las conurbaciones supramunicipales (regiones funcionales urbanas, áreas metropolitanas y áreas urbanas) definibles en el territorio español y a su evolución en el período 1940-2008, pero con especial particularización en el período 1978-2008.

(7) E. BARDAJÍ, «El planeamiento de escala intermedia como corazón del planeamiento español: una propuesta de nueva organización de la figura del planeamiento», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, 169-170, 2011, p. 580.

(8) Una crónica de algunas de estas implicaciones puede verse en R.MATA OLMO, «Urbanización reciente y cambios paisajísticos en España. Por una nueva cultura del territorio y un urbanismo renovado», en J.M. JURADO ALMONTE (coord.) *Ordenación del territorio y urbanismo: conflictos y oportunidades*, UNIA, 2011, pp. 21 y ss. Con una aproximación en la escala europea, *vid.* F. INDOVINA, quien propugna que, en un mundo crecientemente urbanizado y con cada vez más población residiendo en grandes ciudades, el modelo europeo de formación de las áreas urbanas es un modelo específico: disperso, pero que integra en su seno ciudades de distinto tamaño, polígonos industriales, centros comerciales, áreas de esparcimiento, etc., que por no alcanzar un gran tamaño en sus urbes, tiene problemas de economías de escala y de competitividad; pero que él valora positivamente porque rechaza la proximidad forzada, respeta las decisiones individuales y crea oportunidades para el desarrollo económico basadas en el desarrollo social y cultural; aunque es un modelo de metrópoli que no está exento de contradicciones ni de problemas (contaminación, congestión del tráfico, soledad de las personas, etc.). Aduce que estos problemas de las metrópolis pueden ser subsanados a través de una planificación dirigida a una utilización más racional del espacio que mejoraría el bienestar de los ciudadanos. Pero advierte que hacer un plan no significa ni que éste se aplique ni que sus resultados finales sean positivos; por lo que para evitar esto, una buena planificación debe ir dirigida a alcanzar objetivos generales para todos los ciudadanos y a propiciar un buen gobierno de las transformaciones espaciales; para ello han de ser flexibles y adecuarse a cada territorio y a su historia de forma específica. No valen recetas generales y no se puede olvi-

## II. La ocupación desmedida de suelo

La ocupación del suelo refleja los cambios económicos y sociales que ocurren en un territorio. El mantenimiento en el tiempo de un espacio territorial ordenado por unos planes urbanísticos municipales sobredimensionados, sin ninguna o escasa planificación territorial para el conjunto del territorio autonómico o para ámbitos de escala subregional, unido a la incapacidad política y profesional de mantener un equilibrio en la ocupación territorial, no podían ser un cóctel más explosivo sobre lo que ha acontecido en las ciudades y sus periferias en las últimas décadas: un proceso explosivo de expansión urbana con una ocupación desmedida de suelo y una profundización en los desequilibrios territoriales existentes (9). Desde el punto de vista estrictamente urbanístico, la ruptura del modelo de ciudad compacta y continua y la generalización de un modelo de desarrollo urbano disperso, fragmentado y desequilibrado. Desde el punto de vista social, una distribución de la riqueza cada vez más desigual, que en las áreas urbanas se traduce en desigualdades sociales y espaciales cada vez más rotundas que implican segregación en la movilidad diaria, segregación en el acceso a bienes y servicios, o segregación por consumo energético en el hogar.

La crisis del modelo industrial, del capitalismo en todas sus formas, está siendo combatida con herramientas poco adecuadas ya que dejan de lado la profundidad real de la crisis y sus implicaciones urbanas, territoriales, ambientales, sociales y del modelo económico y productivo. Pero los cambios de ocupación del suelo más rápidos e irreversibles en toda la historia de nuestro país se vienen produciendo en los últimos veinticinco años no son resultado directo y exclusivo de la última década inmobiliaria, aunque se haya popularizado la expresión «tsunami urbanizador» como metáfora del desaforado ritmo de urbanización y edificación que se constata en España en estos últimos años (10). Es un fenómeno que viene aconteciendo desde la segunda mitad de la década de los noventa del pasado siglo, hasta el brusco freno de la actividad inmobiliaria sobrevenido a partir del año 2008.

El incremento de la velocidad de urbanización se ha podido documentar para toda la Unión Europea gracias a los datos obtenidos por el proyecto *Corine Land Cover* (11) y del proyecto SIOSE, dados a conocer por el Observatorio de la Sostenibilidad en España, hoy

---

dar la alta velocidad de los cambios sociales que requieren respuestas rápidas en la decisión sobre el territorio. En su opinión, es así necesario mejorar los instrumentos que puedan adaptar y hacer eficaz la planificación territorial de las metrópolis, que hemos de aceptar y mejorar porque son insustituibles y no tienen alternativa en el actual marco histórico. Vid. en «Un modelo europeo de metrópoli», *Crisis y Territorio...*, cit. pp. 91 y ss.

(9) Vid. en la *Estrategia Española de Sostenibilidad Urbana y Local*, cit., y en el *Atlas de las Áreas Urbanas en España, Ciudades & Capitales Españolas*, accesibles [http://www.fomento.gob.es/MFOM/LANG\\_CASTELLANO\\_ESPECIALES/SIU/](http://www.fomento.gob.es/MFOM/LANG_CASTELLANO_ESPECIALES/SIU/) También en A. MARTÍN ESPINOSA, "La insostenible expansión de suelos artificiales en España en el período 1987-2006", Cuadernos de Ordenación del Territorio, 2, 2012.

(10) F. GAJA I DÍAZ, «El tsunami urbanizador en el litoral mediterráneo. El ciclo de hiperproducción inmobiliaria 1996-2006», en *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, 1 de agosto de 2008, XII, 270 (66), <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-270/sn-270-66.htm>, Universidad de Barcelona. La expresión «tsunami» urbanístico la utiliza por primera vez J. GARCÍA BELLIDO

(11) El proyecto *Corin Land Cover* se realiza mediante imágenes de satélite para toda Europa, con colaboración de todos los Estados, se utilizan unos mismos estándares y unos mismos criterios de ocupación del suelo relacionados con un año base. El sistema es interoperable e igual para todas las administraciones públicas, de cualquier nivel, comparable a una escala espacial y temporal y permite a cualquier ciudadano conocer de primera mano qué es lo que está pasando con su territorio. Sus datos se publican por el Instituto Nacional Geográfico en 2010



desaparecido, y por el Sistema de Información Urbana (12). Estos datos cuantifican cual es la ocupación del suelo en España, y son las principales herramientas que permiten saber cuál es la situación anterior (de dónde venimos), la situación actual (en qué contexto estamos) y en qué situación nos veremos (escenarios) si seguimos con las mismas tendencias (13), y son la primera y única evidencia de lo que ha pasado en estos tres momentos del tiempo en cuanto a la ocupación del suelo en España. Datos que, por otro lado, confirman las tendencias que todos percibimos. Solo en la costa española se urbanizó 7,7 hectáreas diarias durante dieciocho años consecutivos (14). Algunos autores se han referido a estos años como «década prodigiosa», destacando tan notable actividad constructora (15),

(12) Accesible en <http://visorsiu.fomento.es/siu/PortalSiu.html#app=54b0&db9-selectedIndex=0&388e-selectedIndex=0&4a71-selectedIndex=0&2757-selectedIndex=0&4f42-selectedIndex=0&32a4-selectedIndex=2>

(13) Con los datos del *Corin Land Cover* publicados por el Instituto Nacional Geográfico en 2010, por primera vez se ha podido analizar en tres momentos del tiempo (1987-2000-2005-, a una escala estatal, y con la misma metodología la evolución de la ocupación del suelo. El análisis del conjunto de la evolución se ha realizado recientemente por F. PRIETO, M. CAMPILLOS, J.M. DÍAZ PULIDO «Recientes tendencias de evolución del territorio en España (1987-2005)», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, 168, 2011, pp. 261-278. El Sistema de Información Urbana, al que acabamos de referirnos, evidencia que entre 1987 y 2006 se han producido incrementos de la superficie artificial superiores a un cincuenta por ciento (aumento de la urbanización e infraestructuras), así como una ligera disminución de superficies agrícolas y forestales, y un ligero aumento de zonas húmedas y un fuerte incremento de las láminas de agua. La fecha de la primera imagen satélite (1987) es muy relevante en la historia reciente ya que el 1 de enero de 1986 se produce la entrada de España en la CEE, lo que está asociado a fuertes inversiones europeas en infraestructuras, así como un despegue de la economía, y un primer boom inmobiliario. Por otra parte, en el periodo transcurrido entre 2000 y 2005 se produjo la aceleración del boom inmobiliario, con grandes incrementos de la construcción residencial. Y a partir del año 2007 es cuando se produce la gran caída del sector inmobiliario. Los cambios más profundos son aquellos relacionados con la artificialización del suelo, por su carácter de irreversibilidad, con una tasa anual (linealizada) entre el año 2000 y 2005 de 76 hectáreas al día o lo que es lo mismo 3 hectáreas a la hora de aumento de superficies urbanas e infraestructuras entre 2000 y 2005, con un incremento que será mayor cuando se conozcan los datos de la evolución hasta 2007, año de inicio de la crisis. Es la tasa más importante de transformación que nunca ha habido en España, según estos autores, cit. p. 265. Destaca especialmente en el periodo 2000-2005 el aumento detectado en urbanizaciones dispersas (9 por ciento), en zonas industriales y comerciales (19 por ciento) y en infraestructuras —redes varias, ferroviarias y terrenos asociados— (166 por ciento). Las zonas en construcción aumentaron de forma sustancial (173 por ciento), lo que evidencia que el proceso estaba en pleno auge en el año 2005, cuando se realizó la imagen, deteniéndose drásticamente en 2007, como evidencian otros indicadores, como el consumo de cemento y las viviendas iniciadas. La ciudad compacta solo aumentó un 3 por ciento, lo que indica que la gran transformación ha correspondido a la urbanización dispersa, un proceso que se había iniciado hace décadas y que se ha incrementado en este periodo. Son indiscutibles las necesidades posteriores de infraestructuras y de transporte privado provocadas por la urbanización dispersa, incuestionables los impactos ambientales, en consumo de agua, necesidades de calefacción, consumo energético, producción de residuos, ocupación de suelo, banalización de paisajes, etc. Está demostrada también la dificultad de dotar de servicios a esta ocupación de suelo, como sanidad, educación, instalaciones deportivas, centros sociales, etc. la cohesión y la integración social son más difíciles en estos espacios difusos, y la pérdida de identidad es una realidad. El análisis de la edificación que ha acogido tan ingente cantidad de urbanización muestra incrementos importante a partir de 1999, se intensifican a partir de 2003, en los años 2004, 2005 y 2006 se superaron las 600.000 viviendas iniciadas, tendencia que se empieza a romper a partir de 2007, especialmente en 2008 y 2009.

(14) *Informe anual Greenpeace sobre el estado del litoral*, 2009, utilizando datos del Corine Land Cover referidos a 2005.

(15) «La sociedad española se ha escandalizado ante las 13.000 nuevas viviendas de Seseña (Toledo). Pero no es un caso tan excepcional; en la Comunidad Valenciana [...] o en la Región de Murcia [...] se han presentado también numerosas actuaciones para más de 10.000 viviendas. Son muy frecuentes las propuestas de urbanizaciones de entre 2.000 y 7.000 viviendas, en general para segunda residencia y casi siempre con campo de golf. E incluso en municipios de apenas unos centenares de habitantes se plantean actuaciones urbanísticas de entre 1.000 y 2.000 que supondrían multiplicar por 5 o más la población actual y una transformación radical del actual territorio [...] E.L. BURRIEL, «La década prodigiosa del urbanismo español (1997-2006)», en *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, 1 de agosto de 2008, XII, 270 (64), Universidad de Barcelona. <http://www.ub.es/geocrit/sn/sn-270/sn-270-64.htm>.

una época en la que se han prodigado actuaciones urbanísticas de una magnitud desconocida hasta entonces, que, se mire por donde se mire, ha sido un despropósito colectivo difícilmente reversible.

El efecto espacial de las transformaciones en la ocupación del suelo ha sido fundamentalmente la relajación de la función distancia y del requerimiento de la contigüidad como determinantes del crecimiento urbano, pasando a primar el factor tiempo y la posibilidad de conexión a las redes, fundamentalmente de transporte, como requisito básico para acceder a la mayoría de las funciones urbanas (16). Todo ello ha permitido la dispersión de la ciudad, el desparramamiento (*urban sprawl*) de nuevos tejidos urbanos, generalmente monofuncionales y de baja densidad, conectados por las infraestructuras, yuxtapuestos sobre las estructuras territoriales existentes, en ocasiones destruyendo sus valores naturales, hasta conformar un nuevo paisaje periférico carente de personalidad y de límites.

Y si la polarización basada en las oportunidades de desarrollo económico y en la accesibilidad han sido claves a nivel territorial, también lo han sido a nivel urbano. En efecto: las ciudades se han visto sometidas a la necesidad de desarrollar estrategias, en ocasiones fuertemente competitivas, mediante procesos de renovación urbana, para la atracción de la inversión, la conexión con el territorio red y la inserción en las estructuras económicas productivas nacionales y globales. En muchos casos estas estrategias se han impuesto con violencia sobre el espacio urbano consolidado y su patrimonio histórico y arquitectónico, mediante procesos —espontáneos o planificados— de gentrificación, tematización, terciarización, etc., o han supuesto la concentración de la inversión sobre ciertos espacios de oportunidad (parques empresariales, logísticos, grandes infraestructuras, aeropuertos, etc.) o grandes operaciones urbanas emblemáticas (renovación urbana selectiva de cara al turismo, provisión de grandes equipamientos simbólicos, etc.) o especulativas, relegando a un segundo plano las necesidades cotidianas de la mayoría de la población.

Esta ocupación desmedida y desequilibrante de suelo, como hemos dicho, hunde sus raíces mucho antes de la última década. Tampoco es una situación específicamente española, es tributaria del urbanismo funcional que empieza a desarrollarse después de

---

(16) Así, factor clave de los últimos años ha sido el progresivo desarrollo de la red de transportes de alta capacidad y alta velocidad, desde el AVE al avión, pasando por la intensificación de la reticulación del territorio en base a las redes viarias. El AVE o las mejoras de la red viaria han podido realizar una relativa contracción del espacio temporal de los recorridos, pero sin el generoso planeamiento urbanístico que ha posibilitado nuevas estructuras urbanas, no hubiese sido posible la progresiva ocupación del suelo. Todo ello ha ido disolviendo las barreras espaciales y haciendo que los factores de la distancia y la contigüidad, que habían sido tradicionalmente los soportes básicos de los patrones de crecimiento urbano pierdan importancia ante el factor tiempo, provocando una contracción espacio-temporal en la que la función distancia ha sido sustituida por la función tiempo, expresada a través de la accesibilidad relacional o la conectividad con el territorio red. «Sobre la base de este territorio red fuertemente anisótropo de líneas y nodos conectores e hiperconectores», se ha asistido a una reorganización y polarización de las dinámicas territoriales sobre determinados núcleos, y en torno a las infraestructuras de transporte, que han pasado a actuar como verdaderos difusores del crecimiento urbano. De este modo, puede decirse que las redes de transporte se han convertido en las principales herramientas de construcción territorial y de definición y orientación de los patrones de crecimiento urbano a gran escala, siendo a su vez la principal estructura soporte desde el punto de vista relacional de los espacios que funcionan integradamente a escala territorial como mercados unitarios de trabajo, bienes y servicios. Así pues, la posibilidad de conexión e integración funcional provoca la formación progresiva de una estructura reticular basada en relaciones y flujos (de personas, información, recursos, etc.) entre nodos, compuesta por los tradicionales aglomerados urbanos (áreas metropolitanas, ciudades medias, etc.) pero también por una serie de unidades discontinuas vinculadas umbilicalmente por las redes (urbanizaciones, contenedores monofuncionales, etc.) en un mosaico territorial mestizo y difuso en el que se van diluyendo paulatinamente las barreras tradicionales entre las categorías de urbano y rural, en distinta medida y con diferentes ritmos. *Vid. en Estrategia Española de Sostenibilidad Urbana y Local, cit.*

la Segunda Guerra Mundial (17). Entre nosotros, como es sabido, el modelo de urbanismo funcional se llevó a la Ley de Suelo de 1956, perviviendo desde entonces. De esta manera es que se introdujeron en el planeamiento clásico «transformaciones radicales, no solo en niveles de densidad urbana, complejidad de usos y funciones o movilidad, sino en la esencia misma de la ciudad. Ha supuesto la desaparición del espacio público como eje de ordenación y vertebración de la ciudad, del espacio de relación y encuentro, en definitiva, de los elementos que históricamente han definido su esencia» (18).

### III. Formas urbanas complejas y espacios intermedios

Los tejidos urbanos que el urbanismo funcional trajo de la mano se han caracterizado mayoritariamente, como ha analizado la ciencia urbana, por su baja densidad, su carencia de complejidad y variedad urbana (tanto en términos funcionales como sociales), su frecuente segregación en términos espaciales y aislamiento con respecto a su entorno urbano y/o natural, su casi exclusiva accesibilidad a través del vehículo privado, etc. La falta generalizada de densidad hace inviables no sólo determinadas actividades urbanas (que, como el comercio de proximidad, necesitan una cierta densidad para resultar rentables), sino que también dificulta la implantación de redes de transporte público (que se optimizan en los tejidos densos) y la formación de una masa crítica que garantice cierto nivel de vitalidad urbana en el espacio público y en las calles. En términos sociales, la mayoría de estos nuevos sectores urbanos carecen de una mínima variedad, configurando —en ocasiones de forma voluntaria, o incluso como ‘valor añadido’— espacios de una gran homogeneidad y uniformidad social. Por su parte, la falta de variedad de usos y la especialización funcional obligan a multiplicar la demanda de movilidad entre la residencia y el empleo, los centros de ocio y comercio, etc. (19).

Mención aparte merecen los nuevos espacios públicos, en los que es visible la crisis del urbanismo contemporáneo. A pesar de la importante dotación cuantitativa de espacios públicos que suele existir en los nuevos sectores residenciales, se puede observar en ellos una falta de uso y de vivencia, derivada frecuentemente no sólo de los cambios culturales, del incremento del individualismo, de la aparición de nuevas formas de socialización (entre ellas, las surgidas a través de las tecnologías de la información y la comunicación) o de la competencia con las nuevas centralidades, sino

---

(17) Empieza a desarrollarse después de la Segunda Guerra Mundial, pero se había formalizado en la Carta de Atenas de 1933 adoptada en el Congreso Internacional de Arquitectura Moderna, y en modelos anteriores de ocupación del territorio en Estados Unidos basados en las nuevas industrias del automóvil y el petróleo, modelos que se exportaron internacionalmente como un modelo «cultural». La idea fundamental de este movimiento, como ha recordado LÓPEZ RAMÓN, consistía en identificar y separar las distintas funciones que realiza el ser humano en la ciudad: residencia, trabajo, ocio y el desplazamiento debían desenvolverse en espacios exclusivamente destinados a tales fines. Así se han legitimado las redes de autopistas urbanas, las grandes superficies comerciales, las zonas residenciales formadas por típicos edificios contruidos sobre columnas a fin de evitar la formación de calles con tiendas. Solo a partir de finales de los sesenta va a empezar a recuperarse, mediante su introducción en determinados proyectos emblemáticos, la idea de ciudad clásica mediterránea, compacta y compleja, al tiempo que por toda Europa se inician estrategias y proyectos de recuperación y renovación urbana, como las intervenciones llevadas a cabo en la ciudad histórica de Bolonia, consideradas pioneras en su momento en cuanto a nuevos modos de recuperación de patrimonio cultural de carácter inmueble. *Vid. en Introducción al Derecho urbanístico*, Marcial Pons, 2009, p. 26.

(18) *Vid. en Oriol BOHIGAS, «Reconsideración moral de la arquitectura y la ciudad», 2008.*

(19) Seguimos en este punto a F. PRIETO, M. CAMPILLOS, J.M. DÍAZ PULIDO «Recientes tendencias de evolución del territorio en España (1987-2005)», *Ciudad y territorio. Estudios Territoriales*, 168, 2011, pp. 261-278

también del carácter marginal de la localización de estos nuevos espacios públicos y de su falta de articulación urbana, su sobreabundancia, su redundancia con respecto a los patios privados de parcela o de manzana, del exceso de formalismo y la dureza de su diseño. El espacio público por excelencia, que fue antaño la calle, ha quedado relegado en las «urbanizaciones» a mero canal viario que garantiza la conexión de la célula residencial con la urbanidad externa y en los «nuevos ensanches» al escenario vacío y fosilizado de una urbanidad pretérita e idealizada (20).

Todos estos procesos ligados al urbanismo funcional que se han llevado a nuestros planes urbanísticos tienen su correspondencia y correlación con las transformaciones que se vienen produciendo en la ciudad consolidada, en la ciudad ya hecha. Es ahí donde se revela una mayor falta de consideración de las peculiaridades que presenta el espacio y la memoria histórica. Hemos avanzado significativamente en clarificar en base a qué parámetros se deben trazar los confines entre zonas y ámbitos urbanos en que la presencia de construcciones de interés cultural imponen una prioritaria acción de tutela y conservación, pero se desatienden aquellos otros ámbitos urbanos que aun presentando valores culturales ambientales y paisajísticos, la protección no se extiende a sus edificios y elementos que no poseen aisladamente valor singular (21). Las dinámicas urbanas no siempre se han desarrollado asumiendo criterios respetuosos con la conservación y puesta en valor de aquellos elementos contruidos existentes en nuestros pueblos y ciudades que, aun no poseyendo un valor cultural intrínseco y relevante, resultan de un modo u otro irrepitibles porque constituyen partes fundamentales que identifican y singularizan el paisaje urbano y rural de los concejos, o poseen valores ciertos de carácter cultural para el conjunto de la población. Elementos todos ellos que, especialmente desde una perspectiva local, adquieren una importancia fundamental como parte de la imagen urbana y de la memoria histórica del territorio y de la ciudad.

A pesar que el dinamismo de la inmigración que tuvimos en el último decenio invirtió el declive demográfico de las grandes ciudades españolas (22), no se frenaron los procesos de deterioro y déficits urbanos (suburbanización) ni la salida de población que su nivel de rentas lo permite desde la ciudad tradicional hacia las nuevas periferias de baja densidad. Lo que se ha superpuesto en la ciudad consolidada, en un fenómeno bien conocido por la ciencia urbana, son varias dinámicas al mismo tiempo, con resultados no siempre predecibles ni controlables a corto o medio plazo. En los centros, al contraste entre los clásicos procesos de desarrollo del sector terciario de determinadas zonas, y el envejecimiento, abandono y marginalización de otras, se han sumado intensas dinámicas de gentrificación o elitización (expulsión de habitantes de zonas urbanas degradadas, que pertenecen a clases sociales menos favorables, a consecuencia de la revalorización de esta zona a partir de una intervención urbanística) y de tematización y conversión en espacios representativos de la «marca ciudad», que coexisten ahora con

(20) Así lo han destacado F. PRIETO, M. CAMPILLOS, J.M. DÍAZ PULIDO «Recientes tendencias de evolución del territorio en España (1987-2005)», *cit.*

(21) C. BARRERO RODRÍGUEZ, *La ordenación urbanística de los conjuntos históricos*, lustel, 2006, pp. 183 y ss. *Vid.* también M.R. ALONSO IBÁÑEZ, *Los espacios culturales en la ordenación urbanística*, Marcial Pons, 1994; *id.* *Los catálogos urbanísticos*

(22) Como media, en las grandes áreas urbanas más del 20,5 por ciento de la población era ya en 2006 de origen extranjero, frente a la media nacional del 19,8 por ciento. Datos recogidos en el *Atlas Estadístico de las Áreas Urbanas de España 2006*, Ministerio de Vivienda, 2007.

el asentamiento de inmigrantes extranjeros en los espacios vacantes que les deja el selectivo mercado inmobiliario local. Aunque la trayectoria y casuística concreta de estos procesos de competición entre usos y rentas suele ser compleja, casi siempre el desenlace final sobre el espacio urbano viene a ser la especialización funcional y social de la ciudad «barrio a barrio», de modo que o bien se terminan generando espirales de degradación en la cuales la población con más recursos emigra a otras zonas, o bien se emprenden operaciones de intensa renovación urbana más o menos traumáticas, expulsando a la población y/o los usos originales, siendo infrecuentes los casos de balance realmente equilibrado en términos sociales y funcionales.

A pesar de las fuertes inversiones acometidas sobre los centros urbanos en los últimos años, en muchos casos éstas han consistido en la simple renovación de fachadas y pavimentos, sin entrar a resolver los problemas estructurales, entre los que destacan los provocados por la progresiva erosión de la calidad urbana (congestión, contaminación, ruido, invasión por el coche, inseguridad ciudadana, etc.) o las carencias funcionales (falta de zonas verdes, deportivas y equipamientos de proximidad) y la obsolescencia del parque residencial (inadecuación tipológica, deterioro constructivo, falta de instalaciones, problemas de accesibilidad, etc.). En mucha menor medida se ha tomado en consideración en estos procesos de renovación la compleja problemática social de algunas de estas zonas (envejecimiento, concentración de población marginal, etc.), aproximación que es imprescindible para su regeneración urbanística.

Por otra parte, aunque en los bordes de las áreas centrales y en las periferias urbanas mejor situadas se han producido algunos procesos de revitalización, cambio de uso y recualificación urbana, han sido mucho menos frecuentes estos procesos en las periferias residenciales de bloque abierto que se levantaron durante el desarrollismo de los años cincuenta, sesenta y setenta. A pesar de la relativa homogeneidad que tuvieron en su origen, la posterior evolución de los procesos urbanos, ha ido reorientando la evolución concreta de cada uno de estos barrios o polígonos, en algunos casos de forma positiva (mediante la mejora y renovación interior de las viviendas, la resolución de los déficit originales de equipamiento y zonas verdes, la aparición espontánea de unos niveles mínimos de variedad urbana, la superación del aislamiento original y la mejora de la accesibilidad, etc.), en otros de forma negativa (envejecimiento demográfico, acumulación de población marginal o con problemas sociales, degradación física de los espacios interbloque, etc.), convirtiéndolos en la cantera principal que ha alimentado los numerosos procesos de relocalización residencial y mejora de vivienda que se han producido durante los años anteriores a la crisis, en los cuales buena parte de la población que podía permitírselo ha salido de estas zonas en pos de una «calidad urbana» —real o ficticia— que no encontraban en ellas (23).

Estas transformaciones y dinámicas han supuesto que se generaran políticas que, asumiendo las tradicionales intervenciones de renovación, rehabilitación edificatoria y mejora urbana, las han acompañado de una dimensión socioeconómica que hasta entonces no se había tomado en consideración, con objeto de mejorar las condiciones físicas y de frenar procesos de segregación o al menos de mitigar los problemas sociales, económicos, ambientales y urbanísticos que contribuyen a reforzar. Pero la escala a la que se ha llegado a desarrollar estas políticas ha sido muy limitada.

---

(23) F. PRIETO, M. CAMPILLOS, J.M. DÍAZ PULIDO «Recientes tendencias de evolución del territorio en España (1987-2005)», *cit.*

En las últimas dos décadas se ha venido acuñando el término eco-ciudad o eco-barrio de manera cada vez más frecuente para definir aquellos entornos urbanos que se caracterizan por contar con una serie de características que los definen como sostenibles y ecológicos. A menudo el concepto hace referencia o es entendido en un contexto de nueva construcción y se ha convertido en un sinónimo de entornos con una alta calidad de vida y habitacional. Esta categorización pasa por una escala de grados que van desde la sostenibilidad estrictamente referida al ámbito constructivo, a un concepto de sostenibilidad integral que incluye enfoques diversos en la estrategia urbanizadora (24).

La dispersión urbana debe considerar también su pobre aportación en términos de identidad urbana. Quizás el mayor problema de nuestras periferias, como se ha destacado, no sea solo la dispersión, «sino la indiferencia ocasionada por modelos de ocupación ajenos al contexto y desprovistos de sentido cívico» (25), diluyendo lo que es el campo y lo que es la ciudad, y un mapa de infraestructuras infrautilizadas, de equipamientos sin uso posible por incapacidad financiera para mantenerlos abiertos siquiera, promociones de viviendas fallidas, espacios a medio urbanizar con menoscabo de servicios imprescindibles. Como ha señalado CAPEL, «probablemente deberemos dejar ya de utilizar la simple e indiscriminada expresión de «urbano» como término integrador de entidades profundamente diferentes» (26), y, sin matices, como sostiene BARDAJÍ, «podemos afirmar que los resultados de la actividad común en construcción, transformación y ampliación de las ciudades y pueblos en España en los últimos cincuenta años es, en términos generales, un campo de mediocridad, despilfarro, simplicidad, insostenibilidad, depredación del territorio y fealdad arquitectónica insuperables, y casi por igual en todo el territorio español, con independencia de las distintas regulaciones legales en cada una de las Comunidades Autónomas» (27), aunque el juicio lo sea

(24) En España se han desarrollado numerosas iniciativas con la etiqueta de ecobarrio o incluso de ecociudad de nueva construcción. Entre las más veteranas esta Sarriguren ([http://urban-e.aq.upm.es/articulos/ver/la-ecociudad-de-sarriguren\\_1/completo](http://urban-e.aq.upm.es/articulos/ver/la-ecociudad-de-sarriguren_1/completo)) en Navarra, ya en marcha y con excelentes resultados. Otras en cambio se han visto afectadas por la crisis financiera e inmobiliaria y no se han podido concluir, como es el proyecto de Sociópolis (<http://www.sociopolis.net/web/sociopolis.php>) en Valencia, donde diversas propuestas planteaban reforzar la interacción social entre residentes, si bien con ambiciosos desarrollos inmobiliarios donde se mezclaban diversas tipologías residenciales enfatizando el concepto de ciudad compacta. Por otro lado diversas promociones ha sido «barnizadas» con la etiqueta verde de ecobarrio para desarrollar proyectos no siempre sostenibles y de dudosa viabilidad en plena burbuja inmobiliaria. Un ejemplo sería Valdechivillas, en la periferia de Valladolid que llegó a planear 46.000 plazas de aparcamientos en el proyecto, lo que según los expertos cuestionaba la dimensión de una movilidad sostenible manteniendo una dependencia funcional con respecto a los centros urbanos tradicionales. En otros, en cambio, se han desarrollado estrategias de ahorro y eficiencia energética tanto en obra nueva como en regeneración de barrios ya construidos. Precisamente uno de los ejemplos más veteranos de eco-barrio, la Trinitat Nova en Barcelona, (<http://habitat.aq.upm.es/boletin/n15/aivel.html>) sigue siendo hoy ejemplo de eco barrio desde una perspectiva integral: la dimensión física de la rehabilitación (aislamiento, eficacia energética), la medioambiental (espacios públicos, movilidad, etc.) y la social (participación *bottom-up*, desarrollo comunitario). A este modelo han seguido otros, aunque con distinta fortuna debido a la crisis.

(25) VALL CASAS «Territorios intermedios en la ciudad metropolitana de Barcelona» *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, 164, 2010, p. 281

(26) En H. CAPEL, *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, 169-170, 2011, p. 579.

Los documentos aportados por los ponentes y recogidos en esta publicación, nos permiten destacar la gravedad de una realidad marcada por la dispersión, el descontrol y la práctica perversa del urbanismo, y una ausencia de una adecuada ordenación del territorio, que ha implicado un gran consumo desordenado de territorio, con altos costes ambientales, paisajísticos, económicos y sociales.

(27) E. BARDAJÍ, «El planeamiento de escala intermedia como corazón del planeamiento español: una propuesta de nueva organización de la figura del planeamiento», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, 169-170, 2011, p. 579.

desde el punto de vista de la conformación física de la ciudad, y vaya por delante que no se trata de desconocer las mejoras en la calidad de vida de los ciudadanos que han podido acceder a viviendas de indudable dignidad constructiva y funcional, a equipamientos imposibles de prever treinta años atrás y a sistemas de comunicación amplios y cómodos (28). Como recuerda NAREDO, «la preocupación por la sostenibilidad global debe inducir a relajar y a condicionar la presión que han venido ejerciendo las ciudades sobre el resto del territorio, transformando las relaciones de simple explotación y dominio unidireccional hombre-naturaleza o ciudad-campo, en otras de mutua colaboración y respeto, conscientes de la simbiosis que a largo plazo está llamada a producirse entre ambos extremos» (29). En un sentido similar se han pronunciado distintas instituciones europeas, recogiendo la necesidad de una nueva cultura del territorio y la ciudad, y de unas nuevas relaciones más articuladas entre ambos. En la *Estrategia Territorial Europea*, en la *Agenda Territorial Europea*, o en el *Programa de Acción* para su puesta en marcha adoptado 2011 se apunta que no es posible contemplar las ciudades de una manera aislada, desatendiendo las importantes relaciones entre el medio rural y el urbano; y que es preciso evaluar adecuadamente en el diseño de las distintas medidas y acciones de la política sectorial su posible impacto en las ciudades y en el territorio (30).

En efecto, como se señala en el *Libro Verde sobre la Cohesión Territorial*, «muchos de los problemas a que se enfrentan los territorios afectan a diversos sectores y para solucionarlos de manera eficaz son precisos un enfoque integrado y una cooperación entre las distintas autoridades y las partes afectadas. A este respecto, el concepto de cohesión territorial tiende puentes entre la eficacia económica, la cohesión social y el equilibrio ecológico, situando el desarrollo sostenible en el centro de la formulación de las políticas» (31).

De este modo, «el reto clave consiste en garantizar un desarrollo territorial equilibrado y sostenible de la UE en su conjunto, fortaleciendo su competitividad económica y su capacidad de crecimiento, respetando a la vez la necesidad de conservar sus activos naturales y garantizando la cohesión social» (Comisión Europea, 2008, p. 6). Para ello, en el Libro Verde se propone evitar excesivas concentraciones de crecimiento y facilitar el acceso a las crecientes ventajas de los centros urbanos en todos los territorios; conectar los territorios para superar las distancias, y profundizar en la cooperación para superar la división.

Sin embargo, las relaciones entre ambos mundos se suelen desarrollar en paralelo, cuando no de espaldas o a expensas el uno del otro. Sus respectivas políticas, a nivel nacional como europeo, han estado centradas, hasta hace apenas una década,

---

(28) M. GAVIRIA, en «La excelencia española en la producción del espacio urbano y el territorio en el siglo XXI», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, 169-170, 2011, p. 571. Señala que a pesar de todos los errores, a pesar de los pesares, «nuestras ciudades tampoco están tan mal», excepto la prioridad del automóvil, y se pueden corregir los errores, dice, porque no hay casi nada irreversible en la producción del espacio urbano. En los comienzos de los años 2012, afirma, la arquitectura, la vivienda, el espacio urbano, la ordenación del territorio, los espacios urbanos y las grandes infraestructuras de todo tipo desarrolladas en España son las mejores entre las mejores del mundo. La arquitectura, la ingeniería, la construcción, todas ellas juntas para la producción del espacio habitado han alcanzado un nivel de calidad difícilmente superable, excepto en lo relacionado con la sostenibilidad energética (p. 572)

(29) J.M. NAREDO Sobre la insostenibilidad de las actuales conurbaciones y el modo de paliarla. En Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente. (1996). *Primer Catálogo Español de Buenas Prácticas. Volumen Primero. Ciudades para un futuro más sostenible. Hábitat II*. Madrid, p. 53.

(30) M. ORTEGA, Cuadernos de Ordenación del Territorio, 3, 2012.

(31) Comisión Europea, 2008.

bien en la problemática urbana, identificada con la de las ciudades y su desarrollo, bien en el medio rural, identificando lo rural como fundamentalmente agrario. Todavía se sigue considerando como ciudad aquello que no es campo, o campo aquello que no es ciudad, dando por supuesto que sus intereses son opuestos. La ciudad ha venido siendo el núcleo urbano de referencia, para la prestación de determinados servicios, incluidos los comerciales, culturales y educativos, o para el desarrollo económico, y el campo se ha considerado como mero entorno de abastecimiento, ignorando su medio y su población. Esta visión enfrentada hoy día no resulta ya aceptable, pero las realidades urbanas y rurales siguen siendo muy diversas.

La densidad de población y la actividad económica, que son los criterios más empleados para realizar una distinción entre lo urbano y lo rural, no reflejan ya con exactitud toda la creciente diversidad, características socioeconómicas y multifuncionalidad territorial de las zonas rurales, siendo necesario introducir una visión territorial que reconozca las especificidades, ventajas e inconvenientes de los distintos territorios, pero sin definir de forma simplista un espacio como la negación del otro, ni priorizar de forma excluyente, unos espacios frente a otros. El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo afirmaba, ya en el año 2000, que la clave de la solución de muchos problemas de las áreas urbanas se encuentra fuera de dichas áreas, mientras que la solución de muchos de los problemas de las zonas rurales tiene su raíz en las áreas urbanas. Aunque existan problemas específicos, rurales o urbanos, o particularidades en la problemática común, las soluciones deben responder a unos principios y estrategias compartidas. Y ello exige unas políticas con amplitud de miras, que aseguren una aplicación eficiente y concertada de los recursos disponibles, de modo que la «solución» de un problema urbano no implique un nuevo problema a nivel rural, o bien a la inversa, o que pueda provocar un deterioro en el delicado equilibrio de estas relaciones rurales y urbanas. Es necesario avanzar en el desarrollo de lógicas de complejidad y de intercambio, de manera que la gestión del mundo rural y del mundo urbano se rija por un marco conceptual común, aunque con operativos diferentes adaptados a las especificidades, singularidades, y condiciones de cada uno.

A nivel comunitario, la política de desarrollo rural de la UE ha evolucionado desde una política centrada en los problemas estructurales del sector agrícola hacia una política que aborda los múltiples papeles que la agricultura desempeña en la sociedad y, en particular, los desafíos a los que se enfrenta en su contexto rural más amplio. Así, la reforma fundamental de la política de desarrollo rural puesta en marcha en el año 2005 pone ahora el énfasis en las facetas económica, medioambiental y social de la sostenibilidad, y uno de sus objetivos principales es la valorización del entorno y el paisaje rural, a través de apoyo a la gestión de este territorio. En el plano nacional, la Exposición de Motivos de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural, terminó por reconocer que «toda política rural debe buscar el logro de una mayor integración territorial de las zonas rurales, facilitando una relación de complementariedad entre el medio rural y el urbano».

Sin embargo, el desarrollo urbano no se ha desenvuelto con estos objetivos. El resultado de los procesos de crecimiento urbano disperso ha situado el hecho urbano ante una nueva fase que ya empezamos a denominar como la «urbanización del campo» o el «campo urbanizado», donde lo rural y lo urbano se entrelazan sin posibilidad de supervivencia por separado. Se producen, así, intercambios y prestaciones de servicios, mucho más complejas, que ligan el futuro común de ambas realidades, a través de flujos, visi-



bles e invisibles, de personas, capitales, bienes, información y tecnología. Estas interacciones se producen en el terreno económico (comercio, desplazamientos diarios hasta y desde el lugar de trabajo, turismo y emigración); social, a través de las diferentes redes sociales, y político-administrativo (colaboración interadministrativa, desarrollo conjunto de políticas regionales), variando según la escala territorial en que se planteen.

La incorporación al desarrollo urbano de lógicas espaciales propias de una economía globalizada, que se articula, a su vez, con la hipertrofia de las economías locales basadas en el crecimiento inmobiliario, han propiciado estas nuevas formas de ocupación del territorio, conformando no solo nuevos sistemas metropolitanos sino también las nuevas periferias urbanas. Es por ello que los retos de las relaciones campo-ciudad necesitan superar la visión fragmentada, sectorial y separada de la política urbana y la política rural, ampliándola a la dimensión territorial en que las ciudades interactúan y en la que proyectan su influencia. La consideración del ámbito interurbano, urbano, periurbano y rururbano de influencia de cada ciudad debe ser parte intrínseca de consideración en los procesos de desarrollo sostenible del campo y de la ciudad. La complementariedad, la colaboración interadministrativa y la competitividad de las economías urbanas y rurales solo tienen sentido en el marco de esta escala territorial.

Frente a la antigua y tradicional dicotomía, que distinguía simplemente entre lo rural y lo urbano, el campo y la ciudad, debemos hoy aceptar una diversidad de situaciones caracterizadas por una complejidad creciente desde el punto de vista de la organización espacial.

La actual extensión y configuración de los procesos urbanos en España permiten sostener, con FERIA, que «en España la ciudad real es ya, desde hace algunas décadas, una ciudad metropolitana, que se extiende más allá de límites administrativos municipales y que, en su conjunto, alberga a más del sesenta por ciento de la población española» (32).

Lo que ello implica en términos de planificación urbana y territorial, de gestión de transportes públicos, o de dotación de equipamientos y servicios, o de políticas fiscales uniformes, por poner algunos ejemplos, es de una relevancia que difícilmente puede soslayarse, porque, entre otras cosas, afecta a la vida cotidiana de casi treinta millones de personas. Esta realidad nos coloca ante la necesidad de adoptar una ordenación urbana distinta, con una visión continua, que no desatienda las periferias, el periurbano, el rururbano. Diseños globales orientados a vertebrar centros y periferias en un sistema urbano único, de igual dignidad urbana. Nos referimos a la necesidad de asumir este espacio urbano-rural como barrios de una «ciudad» común, parte de nuestra propia identidad urbana: calles y caminos, parques territoriales, espacios libres periurbanos, núcleos de población de distintas densidades se encadenan conformando una estructura urbana que necesita ser ordenada desde su misma unidad. En la medida que ignora el uso social de los espacios periurbanos, el tratamiento segregado del suelo urbano y del suelo no urbanizable resulta inadecuado.

Se viene reclamando desarrollar un urbanismo distinto para la nueva escala física y los nuevos comportamientos urbano-rurales que nos ha dejado un determinado mo-

---

(32) J.M. FERIA TORIBIO, «La delimitación y organización espacial de las áreas metropolitanas españolas: una perspectiva desde la movilidad residencia-trabajo», *Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales*, 164, 2010, p. 208. Papa este autor, la ciudad metropolitana, entendida «como ámbito unitario de mercado de trabajo y vivienda», «espacio de vida colectivo», es claramente, frente a la ciudad administrativa municipal, el referente adecuado de la ciudad real en España.

delo de desarrollo económico(33). Pero de igual manera para tomar en consideración la extrema diversidad y heterogeneidad del entero universo urbano-territorial(34). Aún siendo el modelo claramente dominante el de formas urbanas centralizadas, que parten de una ciudad origen que «derrama» el crecimiento urbano por su entorno, existen también otras formas de configuración, polinucleares o en red, que añaden diversidad a los modelos metropolitanos de ciudad(35).

En el escalón superior de este complejo mosaico urbano que ha venido de la mano de la globalización, la ciencia urbana sitúa a las áreas metropolitanas, en la que el espacio construido y, con ello, también el de las funciones y los flujos superan los límites tradicionales, físicos y administrativos, de la ciudad tradicional. Aprender en profundidad e intentar explicar esta realidad constituye una necesidad para adecuar numerosas políticas públicas (transportes, planificación física, gestión ambiental urbana, vivienda, fiscalidad, etc.) a la escala real que éstas requieren ser gestionadas, Pero, con propia singularidad en el nivel metropolitano, se observa una tendencia a la consolidación de ámbitos con cierto grado de consistencia funcional, denominados precisamente por ello *áreas funcionales*, de rango supramunicipal, sin responder estrictamente a las divisiones administrativas establecidas, sino a delimitaciones *ad hoc*, con enfoque diverso, esto es, respondiendo a objetivos diversos, como protección de espacios agrícolas, preservación de ámbitos periféricos de valor patrimonial y turístico, gestión de corredores fluviales, implantación de grandes enclaves de servicio

---

(33) De los que se ocupa J. BORJA, *cit.* pp. 49 y ss. Entre las Conclusiones del VI Congreso Internacional de Ordenación del Territorio, se señala que «han de internalizarse los efectos externos de las distintas actividades que se producen sobre el territorio, evitando que el medio rural asuma los efectos más negativos de las disfuncionalidades del medio urbano. La internalización debe ser territorial y económica. Así, las áreas urbanas deben internalizar sus efectos ligados a la contaminación (tratamiento de basuras, generación eléctrica, depuradoras, etc.) evitando que con la localización de estos aspectos en el medio rural aledaño, se produzcan en estos espacios rurales el doble perjuicio de la ocupación del suelo para actividades que no les son propias, y el soportar los efectos negativos asociados a las mismas. Por otra parte, con la internalización se hace conscientes a los ciudadanos de las consecuencias del propio hecho urbano y se ayuda a su toma en consideración de procesos de racionalización/ ahorro, frente a la segregación espacial y discriminación que implican la externalización de los procesos urbanos más disfuncionales sobre población y áreas no beneficiadas por los mismos», *Crisis y Territorio. Aportaciones y conclusiones del VI CIOT, FUNDICOT*, 2011, p. 30

(34) Francesc MUÑOZ se plantea si los homogeneizados paisajes actuales, resultado de la globalización de los procesos territoriales y que hibridan los usos urbanos con las preexistencias agrícolas y naturales, representan nuestra cultura, identidad e imaginario colectivos, cuando cada vez es más difícil establecer las diferencias en el paisaje derivadas de una cultura o historia del lugar. Piensa que estamos ante paisajes «en tránsito» en consonancia con una situación en la que lo efímero y lo móvil parecen gobernar al conjunto de la sociedad. En este contexto, caracterizado por tales tendencias uniformizadoras (urbanización) señala que la gestión de lo específico y peculiar de cada lugar sobrepasa lo que sería el terreno del patrimonio estricto sensu, para formar parte de lo que no es otra cosa que una nueva agenda para la sostenibilidad, no sólo ambiental, sino también cultural, de los territorios y de sus paisajes. Opina que es absolutamente necesaria una tarea de protección, valorización, gestión y dinamización de los valores patrimoniales/paisaje, orientada hacia el 'rescate' de sus valores colectivos en cada una de las cuatro situaciones territoriales y paisajísticas que define: los paisajes de la dispersión; los urbanos; los ambientales metropolitanos y los paisajes patrimoniales. Volver a la diversidad y a la complejidad que pueden y deben contener un territorio y su paisaje, es un reto y una obligación fundamental desde la perspectiva de la sostenibilidad en una sociedad en la que su percepción aparece progresivamente vinculada al uso de prótesis que amplían nuestra posibilidad de percepción con imágenes enciclopédicas «enlatadas». Potenciar la regeneración y rehabilitación desde una perspectiva más flexible y territorialmente más amplia, que compagine estas políticas con las de renovación y diversificación, es una alternativa estratégica fundamental, en su opinión, que hay que unir, en su complejidad, con las políticas de contemplar el paisaje como un valor más del territorio.

(35) J.M. FERIA TORIBIO, «La delimitación y organización espacial de las áreas metropolitanas españolas: una perspectiva desde la movilidad residencia-trabajo», *cit.* p. 208

metropolitano, reciclaje de continuos residenciales e industriales de baja densidad. También estos espacios necesitan ser considerados en los procesos de ordenación urbana de forma conjunta, precisamente por presentar cierta autonomía funcional. Su regeneración, abordar su viabilidad económica y social, es una demanda reciente (36).

En general hay que decir que el cuidado por los centros urbanos tradicionales contrasta con la despreocupación por los crecimientos periféricos. Está pendiente abordar la reconstrucción urbana de este puzle metropolitano que aglutina formas urbanas tan variadas y complejas. El planeamiento municipal ha sido incapaz de garantizar por sí solo la calidad del crecimiento disperso, donde se presentan sin articulación, desordenados, sistemas generales, dotaciones y equipamientos locales y urbanizaciones de diferentes tipologías en cada término municipal.

La naturaleza territorial del fenómeno y la magnitud de las inversiones necesarias para normalizar su condición urbana, subrayan la impotencia de las administraciones municipales, siendo demandados por todos aquellos que se han acercado a este fenómeno marcos de coordinación supramunicipal, que requiere un esfuerzo sostenido de coordinación mediante instrumentos de planeamiento y gestión mancomunada.

Por otro lado, todos estos espacios con formas urbanas tan heterogéneas tienen la consideración de *paisajes culturales*. Frente a la tendencia dominante de fosilización de paisajes emblemáticos, a impulsos de la legislación de patrimonio histórico, los paisajes intermedios, periurbanos, rururbanos, funcionales, dada su expresión discreta y a menudo degradada, están completamente desatendidos.

Los retos que presenta la intervención pública en estos espacios son los mismos que presenta la ciudad consolidada, en el sentido de que en ambos caos de lo que se trata es de hacerlos viables en términos sociales, ambientales y económicos, ahora bien, «no tanto para congelar su imagen como para aprovechar a fondo su capacidad de articular identidades nuevas», esto es, a diferencia de la ciudad consolidada, donde su identidad histórica normalmente ya existe, en las periferias y aglomeraciones metropolitanas esta identidad está por construir. Se trata por tanto de intervenir «aglutinando voluntades en torno a un proyecto colectivo que no se reduzca a resolver la degradación material de lo existente, sino que de sentido a la comunidad y la comprometa en torno a su paisaje como parte esencial de la propia identidad» (37).

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(36) En entornos metropolitanos maduros, como la región metropolitana de Barcelona, afloran numerosas iniciativas encaminadas en esta dirección, a las que se ha aproximado VALL CASAS en «Territorios intermedios en la ciudad metropolitana de Barcelona», *cit.* pp.268 y ss.

(37) Así, VALL CASAS, para el que «la construcción de identidades locales vigorosas no se reduce al mero cumplimiento de ciertos códigos de diseño favorables al encuentro colectivo, ni tampoco a la restitución de escenografías históricas. La singularidad y la idiosincrasia de un territorio vivo requieren una visión generativa abierta, a largo plazo, capaz de integrar a las comunidades en la toma de decisiones sobre su entorno», *vid.* en «Territorios intermedios en la ciudad metropolitana de Barcelona», *cit.* pp.268 y ss.

**LABURPENA:** Lurzoruaren okupazioan ikusten dira lurralde bateko aldaketa ekonomikoak eta sozialak. Azken hamarkadetan, hirietako eta aldirietako hirigintza-planak neurritz gaineakoak izan dira, erkidego osoaren edo azpi-eskualdearen lurralde-plangintzarik gabe edo oso gutxirekin, eta ez da gaitasun politiko eta profesionalik egon lurrak modu orekatuan okupatzeko. Denboran zehar ezagutu dugun garapen ekonomikoaren eredutik sortu diren hirigintza- eta lurralde-aldaketak aztertzen dira lan honetan. Hiri-hazkunde sakabanatuaren ondorioz, «landa hiriertzea» esaten zaion fase berri baten aurrean gaude, non landa eta hiria elkarri loturik dauden, zein bere aldetik bizitzeko modurik gabe.

**HITZ GAKOAK:** Lurzorua. Lurraldea. Hiri-ingurunea. Landa-ingurunea. Hiriertzea.

**RESUMEN:** La ocupación del suelo refleja los cambios económicos y sociales que ocurren en un territorio. El mantenimiento en el tiempo de un espacio territorial ordenado por unos planes urbanísticos municipales sobredimensionados, sin ninguna o escasa planificación territorial para el conjunto del territorio autonómico o para ámbitos de escala subregional, unido a la incapacidad política y profesional de mantener un equilibrio en la ocupación territorial, no podían ser un cóctel más explosivo sobre lo que ha acontecido en las ciudades y sus periferias en las últimas décadas. En este trabajo se analizan las transformaciones urbanísticas y territoriales a que ha conducido el modelo de desarrollo económico que venimos manteniendo en el tiempo. El resultado de los procesos de crecimiento urbano disperso ha situado el hecho urbano ante una nueva fase que ya empezamos a denominar como la «urbanización del campo» o el «campo urbanizado», donde lo rural y lo urbano se entrelazan sin posibilidad de supervivencia por separado.

**PALABRAS CLAVE:** Suelo. Territorio. Medio urbano. Medio rural. Urbanización.

**ABSTRACT:** The occupation of land reflects the economic and social changes in a territory. The maintenance in time of a territorial space organized according to oversized municipal urban plans, without any or with poor territorial planning for the whole autonomous territory or for areas with a subregional scale, together with the political and professional incompetence to keep a balance in the territorial occupation could not be but the most explosive cocktail regarding what has happened in cities and outskirts for the last decades. We analyze the urban and territorial transformations to what the economic model of development has driven us and that we are keeping on time. The result of the process of dispersed urban growth has placed urban fact in front of a new phase which is being called the «urbanization of the countryside» or the «urban countryside» where rural and urban are intertwined not being possible for them to live apart.

**KEYWORDS:** Land. Territory. Urban field. Rural field. Urbanization.

# La UE ante el reto de la contaminación marina por hidrocarburos

Juan José Álvarez Rubio

*Todo pronunciamiento judicial en torno a cuestiones medioambientales ofrece al jurista un campo para el análisis. Nuestro recordado Demetrio aportó dosis de pasión y de originalidad científica, propia de un precursor, a todos sus siempre atinadísimos estudios vinculados a este sector. Marcó pautas de trabajo, innovó, debatió, aportó su sabiduría y su pasión....nos dio tanto a tantos que solo podemos pensar en mantener vivo su recuerdo, su vitalidad, su bonhomía, su compañerismo, su ancestral sentido de la amistad.*

**Sumario:** I. La sentencia del caso prestige. I.1. Instrumentos normativos en presencia: prevención y reparación del daño medioambiental y privado causado. I.2.Las lecciones del caso prestige.—II. Derecho Internacional Privado, Derecho Marítimo y Unión Europea.—III. Desarrollo normativo en el seno de la unión europea: ¿a golpe de siniestro?—IV. La proyección exterior de la política de seguridad marítima europea.—V. Consideraciones finales.

## I. La sentencia del caso Prestige

El pronunciamiento judicial de la Audiencia Provincial de A Coruña ha despertado un caudal de reacciones sociales, políticas y mediáticas. Como juristas nos corresponde superar la mera valoración sociológica de esa suma de indignación e incompreensión, todo un exponente de respuestas que deben dejar paso a una reflexión serena y técnica en torno al sentido y alcance de este pronunciamiento judicial no definitivo (ya se han anunciado por diversas partes personadas recursos ante el Tribunal Supremo), una sentencia anclada en un cauce procesal penal sin duda inadecuado para los fines y la complejidad del proceso abierto tras el hundimiento, once años atrás, del buque *Prestige*. A una tortuosa y complicadísima instrucción se ha de sumar la presencia de diversos bloques normativos aplicables al caso, sin los cuales es muy difícil comprender el verdadero sentido del fallo judicial ahora dictado. El *Prestige*, un petrolero monocasco construido 26 años antes, naufragó el 19 de noviembre de 2002 vertiendo al mar miles de toneladas de fuel. Ante el mayor desastre ecológico en la historia de siniestros marítimos acaecidos en aguas españolas es preciso desentrañar, desde una óptica internacional pública y privada, los principales elementos jurídico-normativos en presencia y sentar las bases de una política efectiva de prevención de futuros siniestros de esta naturaleza dentro de la Unión Europea.

Este caso pone de manifiesto ese factor de complejidad adicional, derivado de la interrelación e interacción entre diversos Convenios Internacionales que proyectan su operatividad normativa sobre el supuesto, en materias como la limitación de responsabilidad del naviero, la cuantificación de la responsabilidad por contaminación de hidrocarburos e incluso las normas convencionales que regulan el transporte marítimo de mercancías.

No debe olvidarse que los Convenios Internacionales *CLC 92* y el *Fund Convention 92* prevén ya una responsabilidad objetiva y automática por los daños y un sistema de compensación de amplio contenido cuya operatividad inmediata queda frenada por el propio proceso penal. El siniestro del *Prestige* obliga a realizar una cuidadosa selección de la norma o normas aplicables, al confluir sobre el mismo tres grandes bloques normativos: legislación interna española, normativa convencional internacional y por último las reglas elaboradas en el seno de la UE.

### **I.1. Instrumentos normativos en presencia: prevención y reparación del daño medioambiental y privado ocasionado**

El siniestro del buque *Prestige* obliga a realizar una cuidadosa selección de la norma o sistema jurídico aplicable, al confluir sobre el mismo tres grandes bloques normativos: legislación interna española, normativa convencional internacional y por último las reglas de Derecho Europeo/Comunitario.

La existencia, a su vez, de Convenios Internacionales sucesivos sobre una misma materia (por ejemplo, en el ámbito de la limitación de responsabilidad) y la estrecha interrelación entre Convenios complica un poco más el análisis de la determinación subjetiva y objetiva de la responsabilidad por contaminación de hidrocarburos.

En textos convencionales como el del FIDAC o el de Responsabilidad Civil (CLC) se fija una compensación tope de 190 millones de euros, y el segundo (que se cierne sobre la responsabilidad del armador) se calcula el importe final en función de factores como la carga y el peso del buque.

El objetivo o finalidad de ambos Convenios es complementarse, de forma que se indemnice a toda víctima de un daño por contaminación en la medida en que ésta no haya obtenido una compensación plena y adecuada, y siempre bajo los supuestos contemplados en el Convenio de 1969, que incluye el coste de las eventuales medidas preventivas adoptadas.

Los dos Convenios Internacionales citados (CLC y *Found*, de 1992) amparan automáticamente los daños, a través de fondos procedentes de los clubes de armadores y de los países que negocian con el crudo, y garantizan así las reparaciones, de forma que el FIDAC y los clubes fijan oficinas in situ, y luego reclaman contra los responsables.

En la época del siniestro del *Prestige*, la Directiva Comunitaria sobre control en los puertos, en vigor desde 1997, preveía ya la prohibición de navegar por aguas comunitarias a partir de 2005 a este tipo de buques peligrosos por su tamaño, avanzada edad, su bandera de conveniencia, y por tratarse de buques monocasco. La asignatura pendiente sigue siendo que, ante la cercanía de paso por las costas de tales buques, se legisle fijando nuevas reglas más estrictas en esta clave vertiente preventiva.

La citada directiva en vigor obligaba a los puertos a inspeccionar de forma aleatoria, y sin tener en cuenta su peligrosidad, el 25% de los barcos que hicieran escala en ellos. Seguía habiendo entonces dos medidas fundamentales, ya previstas en directi-

vas elaboradas pero todavía no en vigor, como eran la de imponer unas estrictas normas a las sociedades de clasificación (y extremar así los criterios de calidad y de asunción de responsabilidad en caso de que haya una responsabilidad probada de la tragedia, y obligar a centrar las inspecciones en los llamados barcos basura). Tras la tragedia del petrolero Erika (en diciembre de 1999, ocurrido en aguas francesas de Bretaña), la UE decidió adoptar medidas adicionales de prevención, a través de dos grupos de directivas, denominadas Erika I y Erika II.

Las tres directivas sobre seguridad marítima tenían un plazo para su trasposición o incorporación a los ordenamientos nacionales que vencía en principio en julio de 2003 (las dos primeras) y en febrero de 2004 (la tercera): las dos primeras se proyectaban sobre las sociedades de clasificación, encargadas de las revisiones y de la adscripción de un buque a una determinada categoría o función, y sobre el refuerzo de controles de los buques en los puertos, y la tercera norma regulaba cuestiones vinculadas a los puertos de refugio, obligatoriedad de instalar cajas negras a bordo de los buques y otras medidas que ponen el acento en los aspectos preventivos.

A la fecha en que tuvo lugar el siniestro del Prestige ninguno de los entonces quince Estados Comunitarios cumplía las normas de seguridad marítima previstas en dichas directivas de la UE y el clima de sensibilización despertado por la nueva catástrofe del Prestige permitió encauzar una decisión política coordinada con el fin de acortar esos mencionados plazos de incorporación interna.

Por todo ello, era y sigue siendo necesario desarrollar todas las potencialidades que los textos internacionales ya en vigor presentan; así, y dentro de las 200 millas que delimitan la Zona Económica Exclusiva, el Convenio de NU de 1982 sobre Derecho del Mar autoriza a intervenir a los países ribereños en casos como el presente, de forma anticipada y preventiva, al prevenir, entre otros, en los artículos 204 y ss. La posibilidad de medidas de vigilancia, evaluación ambiental, y medidas necesarias para prevenir, reducir y controlar esa contaminación marina, más allá del mar territorial, siempre que guarden proporción con el daño real o potencial y a fin de proteger sus costas o intereses conexos, incluida la pesca.

El propio Convenio de Bruselas de 1969 sobre intervención en accidentes por contaminación marina con hidrocarburos reconoce idénticas facultades, incluso más allá de las 200 millas.

El ejemplo comparado de la legislación estadounidense es revelador: la denominada *Oil Pollution Act* de 1990 consagró la responsabilidad civil ilimitada del armador por los derrames, la obligatoriedad del doble casco para los buques que recalen en sus puertos y la prohibición del paso de buques monocascos a 50 millas de sus costas, junto a la exigencia de tener dispuestos planes de contingencia de limpieza. El resultado de estas medidas normativas fue contundente: no se ha registrado ningún incidente de gravedad desde su adopción.

## 1.2 Las lecciones del caso Prestige

¡Quién contamina paga!; frente a este acuñado lema medioambiental, cabe preguntarse quién ha de abonar los más de 4000 millones de euros en que han quedado evaluados los daños derivados del siniestro del buque Prestige. Ante el mayor desastre ecológico en la historia de siniestros marítimos acaecidos en nuestras aguas, es

preciso sentar las bases de una política efectiva de prevención de futuros siniestros de esta naturaleza dentro de la Unión Europea. ¿Permite el sistema vigente proteger debidamente nuestras costas y garantizar, caso de que se produzca un siniestro grave, el cobro de las indemnizaciones derivadas del mismo? la respuesta era negativa en el momento del hundimiento de Prestige y sigue siéndolo, por desgracia, en este momento. Y por nuestras costas, a modo de autopista mundial del tráfico de hidrocarburos, pasan más de 70000 petroleros al año. ¿Por qué se mantiene en vigor aquí un sistema de Convenios internacionales que ampara una limitación de responsabilidad de los navieros, de forma que el cálculo tope de ésta quede siempre muy lejos de los daños generados? ¿Por qué no adoptamos un modelo similar al de EEUU, quien tras la catástrofe del buque «Exxon Valdez» en Alaska fijó por ley unas potentísimas exigencias de seguridad marítima y una responsabilidad ilimitada, sin topes, en caso de siniestros ecológicos de tal naturaleza?

Pendiente ahora del Tribunal Supremo, y tras diez años de investigación judicial y nueve meses de juicio, el caso «Prestige», la mayor causa judicial jamás instruida en España por un delito medioambiental, se ha resuelto con una única condena penal: nueve meses de prisión al capitán del barco, el griego Apostolos Mangouras, por un más que cuestionable delito de desobediencia grave a las autoridades españolas. La frustración que en muchos de los afectados ha provocado esta decisión judicial no hace sino confirmar que la vía penal iniciada en el caso del Prestige devino inadecuada para valorar el alcance de las responsabilidades derivadas de esta catástrofe.

Buscar un chivo expiatorio en la persona del marino para así desviar la atención frente a los muchos errores cometidos en la gestión de las horas que siguieron a la petición de socorro del capitán no fue sino una estrategia político-jurídica tan injusta como populista.

Se ha desarrollado un proceso penal complicado y dilatado en el tiempo de forma exasperante y respecto al cual cabe incluso cuestionar el ejercicio del *ius puniendi* (es decir, la posibilidad de accionar por vía penal) por parte del Estado español: en efecto, y conforme al tenor del artículo 230 del Convenio de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982 (ratificado por España en 1997, y que prima sobre nuestro Derecho interno, incluido el propio Código penal) los Estados sólo pueden imponer a los marinos implicados sanciones pecuniarias, salvo el caso de que se acredite que el siniestro es consecuencia de un acto intencional y grave de contaminación en el mar territorial, algo que no ocurrió en este caso.

El pronunciamiento judicial de la Audiencia Provincial de A Coruña ha despertado un caudal de reacciones sociales, políticas y mediáticas. Hay que realizar una reflexión serena y técnica en torno al sentido y alcance de este pronunciamiento judicial no definitivo, una sentencia anclada en un cauce procesal penal sin duda inadecuado para los fines y la complejidad del proceso abierto tras el hundimiento, once años atrás, del buque Prestige, un petrolero monocasco construido 26 años antes y que naufragó el 19 de noviembre de 2002 vertiendo al mar más de 40.000 toneladas de fuel.

¿Ha servido para algo la vía penal? ¿Ha permitido determinar la responsabilidad civil de los responsables? la respuesta es negativa; De hecho, y tras la sentencia, las únicas indemnizaciones garantizadas, además de las cantidades aportadas por las Aseguradoras del buque (hasta el tope de su limitada responsabilidad, fijada por convenios internacionales) son los 171 millones que debe abonar el Fondo Internacional



de Indemnización de Daños debido a la Contaminación por Hidrocarburos (Fidac), de los que ya han sido pagados 120.

La sentencia establece que la gestión política que desató un movimiento de indignación ciudadana sin precedentes en Galicia no fue delito. La derivada política es inevitable, pero una cosa es la supuesta irrelevancia penal de la suma de improvisaciones, mala praxis y decisiones poco acertadas que se adoptaron tras la petición de socorro por parte del capitán, con un buque herido seriamente pero que podía no haber acabado como pecio hundido a 4000 metros de profundidad, y otra pretender afirmar que la gestión del siniestro fue modélica, como se pretende concluir sin base alguna a partir de la no condena penal al director general de la marina mercante. Una autocrítica y la adopción de medidas preventivas a futuro sería un gesto político y social mínimo y justo que mitigaría algo la impotencia, la desazón y la indignación que sufren todos los afectados por la catástrofe.

El interrogante que sigue pendiente de respuesta es si desde una óptica jurídica medioambiental realmente el sistema es eficaz o, por el contrario, permite perpetuar privilegios inadmisibles en el momento actual.

## II. Derecho Internacional Privado, Derecho Marítimo y Unión Europea

La especial sensibilización de la opinión pública europea y de las propias instituciones Comunitarias tras la sucesión de desastres ecológicos (y en particular, los siniestros del buque *Erika* en aguas francesas y del buque *Prestige* en las costas gallegas) se ha traducido en toda una *batería* de medidas y propuestas legislativas cuya operatividad futura como eficaz mecanismo de prevención y, en su caso, como instrumento o vía indemnizatoria frente a los daños ecológicos y sus consecuencias económicas deberá ser evaluada y objeto de una prospección jurídica detallada, para analizar la dificultad técnica que conlleva su materialización normativa.

La nota de internacionalidad predicada del Derecho Marítimo y la tendencia hacia su uniformidad normativa internacional se plasmó históricamente en un protagonismo y una profusión de textos convencionales(1), que coexisten con normas de fuente u origen autónomo e institucional, junto a la paulatina importancia de las prácticas y usos mercantiles elaborados por los operadores intervinientes en cada sector.

Si proyectamos ese escenario normativo clásico sobre la nueva realidad normativa que representa la *comunitarización* del Derecho privado y la proyección externa de este proceso(2) se constata la existencia de serias trabas a esa tarea codificadora, junto a la aparición en esta dimensión *ad extra* de problemas difíciles de prever cuando aquélla se materializó por vez primera a través del Tratado de Ámsterdam, ahora plasmado de forma reforzada y consolidada en el vigente Tratado de Lisboa.

Una de las principales aportaciones doctrinales del Prof. J.D. González Campos es la relativa al necesario estudio del sistema español de DIPr. A través del análisis de los

---

(1) En tal sentido, Vid. TREVES, T., «Il nuovo Diritto del Mare e le Convenzioni Internazionali sulla protezione dell'ambiente marino», *Il Diritto Marittimo*, 1999-I, pp. 219-231.

(2) Sobre el particular, el excelente trabajo de la profra. BORRÁS, A., «La proyección externa de la comunitarización del Derecho Internacional Privado: los datos del problema», *La Ley*, n.º5611, 13-septiembre-2002, pp. 1-15.

diversos subsistemas o estructuras que lo integran, junto a los novedosos elementos que modulan el objeto de nuestra disciplina. Sólo de esta forma será viable reflexionar sobre sus caracteres internos y las técnicas de reglamentación, así como la proyección sobre nuestro sistema de las *tendencias* que caracterizan en la actualidad al DIPr.

Nuestro maestro de internacionalistas definió así perfectamente las tendencias actuales de la disciplina de Derecho Internacional Privado(3): una primera tendencia general que mantiene su vigencia se orienta hacia la *especialización* de las normas de DIPr. En relación a la materia regulada, junto a la doble tendencia hacia la *flexibilización* y la *materialización*, en lo que respecta a la determinación del sistema jurídico aplicable por el juez.

La especialización, la flexibilización y la materialización quedan configuradas como ideas ordenadoras del proceso de reforma y modulación del método clásico, y las tres tendencias se encuentran directamente vinculadas entre sí(4). Tal estrecha interacción tiene lugar principalmente entre el proceso de materialización del sistema y el de especialización, por un lado, y de flexibilización, por otro: las tres ideas ordenadoras del proceso de reforma del paradigma clásico en los sistemas de DIPr. Europeos contemporáneos constituyen, por consiguiente, realidades complementarias.

Sobre la primera de las citadas tendencias se proyectan estas reflexiones, focalizándolo en el sector del nuevo Derecho marítimo(5) que en relación a la *seguridad marítima* se está diseñando en el seno de la Unión Europea: la *especialización o sectorialización* de sus normas, en atención a la materia regulada, factor que implica una necesaria relativización de las categorías dogmáticas clásicas o tradicionales y que responde a la creciente complejidad de las relaciones privadas internacionales, junto a los múltiples y novedosos factores que inciden sobre el tráfico privado externo.

En la actualidad, el DIPr., tal y como destacó la Prof. M.<sup>ª</sup>A. Asín Cabrera(6), obedece a la nota de precisión cualitativa del tráfico externo, en una evolución caracterizada por la especialización por sectores y una división *ratione materiae* que relativiza las técnicas de reglamentación tradicionales y les atribuye un valor sectorial. Esta sectorialización se ha manifestado, en primer lugar, en una *primacía convencional* (al orientarse el fenómeno de la codificación internacional por esta vía cada vez con mayor intensidad, puesta hoy día en cuestión como único o exclusivo cauce codificador, acentuándose en todo caso el factor de especialización de las materias objeto de re-

(3) GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., «Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et matérialisation des règles de Droit International Privé. Cours Général», *Recueil des cours*, tome 287 (2002), pp. 156 y ss.

(4) Sobre el particular, *Vid.* GARCÍA VELASCO, I., *Derecho Internacional Privado (Reflexiones Introductorias)*, Salamanca, 1994, pp. 191-205, al analizar desde una perspectiva de racionalización del sistema el desarrollo de las tres tendencias, junto a la cooperación como paradigma fundamental del DIPr. actual.

(5) En este sector, *Vid.* ARROYO, I., «El Derecho Marítimo. Derecho especial o Derecho de la especialización», *Anuario Derecho Marítimo*, vol.XIII, 1996, pp. 17-37.

(6) ASÍN CABRERA, M.A., «La technique des règles spéciales de rattachement dans les Conventions de La Haye de Droit international: répercussions dans le Droit International Privé espagnol», *Permeabilité des ordres juridiques. Rapports présentés à l'occasion du colloque-anniversaire de l'Institut Suisse de Droit Comparé*, Zurich, 1992, pp. 265 y ss., al señalar que la especialización de las normas de conflicto es inherente a la búsqueda de soluciones particulares, y que tal tendencia responde a la necesidad de adaptar el DIPr. a la evolución del mundo internacional actual, caracterizado por una intensificación del comercio internacional y la complejidad de relaciones privadas internacionales.

gulación convencional(7)). En segundo lugar, se aprecia, como destacó brillantemente el Prof.P.Lagarde(8), en la vigencia de los *principios de DIPr.*, al avanzarse hacia su reordenación, sustituyendo o modulando los vigentes en aras a alcanzar una mayor flexibilización. Sobre todo este proceso emerge efervescente la eclosión del Derecho privado europeo, con el recursos a técnicas y normas de Derecho internacional privado, alternado y modernizando la *planta* de los respectivos sistemas internacional privatistas de los veintiocho Estados de la UE.

Desde un punto de vista funcional el DIPr. persigue evitar los inconvenientes derivados del pluralismo jurídico. Por ello, es preciso complementar una visión publicista (que atienda al reparto de competencias legislativas estatales, inspiradas en el concepto de soberanía), con una nueva dimensión que tenga presente la exigencia de justicia, de forma que no sólo la elección del Derecho aplicable responda a una *jurisprudencia de valores e intereses*, sino también, y sobre todo, a la propia respuesta material o sustantiva. La alternativa, destacada doctrinalmente(9)9, es el recurso al mecanismo de las *normas materiales especiales* como vía de especialización para alcanzar una solución satisfactoria a las relaciones privadas internacionales, a través de la positivación y de la codificación, atendiendo a la especificidad del supuesto(10).

Tal cláusula tiene su reflejo, por ejemplo, en el *Convenio de Bruselas de 1969 sobre responsabilidad por contaminación por hidrocarburos*. Conforme a su art.12,

«Este Convenio derogará cualesquiera otros Convenios internacionales que en la fecha en que se abre a la firma estén en vigor o abiertos a la firma, ratificación o adhesión; no obstante, esta derogación se aplicará únicamente a las disposiciones de esos Convenios que contravengan lo previsto en el presente. En todo caso, lo dispuesto en este artículo no afectará en modo alguno a las obligaciones contraídas por los Estados contratantes ante los Estados no contratantes en virtud de esos otros Convenios internacionales».

El tenor de las cláusulas de compatibilidad expuestas refleja en todo caso la primacía del Convenio que contenga una regulación más específica de la materia en cuestión, así como el carácter coordinado o armónico de las referidas cláusulas en

---

(7) En todo caso, y como subraya el Prof. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D., *op. cit.*, p. 117, en la actualidad, y teniendo en cuenta el grado de especialización que alcanzan igualmente las recientes reglamentaciones autónomas de DIPr., «les avantages de l'effort d'unification internationale par rapport au défi de qualité qu'on a mentionné sont moins évidentes aujourd'hui».

(8) LAGARDE, P., «Le principe de proximité dans le Droit International Privé contemporain. Cours général de Droit International Privé», *Recueil des cours*, t.196 (1986), pp. 9-238.

(9) VON OVERBECK, A.E., «Les règles de Droit International Privé matériel», *De Conflictu Legum. Mélanges offerts à R.D. Kollwijn/J. Offerhaus*, Leiden, 1962, pp. 362 y ss.

(10) VON OVERBECK, A.E., «Les questions générales du Droit International privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours général de Droit international privé», *Recueil des cours*, tome 176 (1982-III), pp. 45 y ss., destaca igualmente tal tendencia favorable a la especialización apreciable en recientes codificaciones internas de DIPr.

sus relaciones mutuas, al apreciarse un paralelismo entre éstas y los particulares objetivos de cada Convenio(11).

Si proyectamos las reflexiones anteriores sobre la necesaria prospección jurídica que un siniestro de la magnitud ecológica y económica del *Prestige*(12) requiere, comprobamos que es obligado realizar una cuidadosa selección de la norma o normas aplicables, al confluir sobre el mismo, como mínimo, tres grandes bloques normativos: la legislación interna española, la normativa convencional internacional y por último la reglas de Derecho Comunitario Europeo.

La existencia, a su vez, de Convenios Internacionales sucesivos sobre una misma materia (por ejemplo, en el ámbito de la limitación de responsabilidad) y la estrecha interrelación entre normas convencionales y las europeo/comunitarias complica un poco más el análisis de la determinación subjetiva y objetiva de la responsabilidad por contaminación de hidrocarburos. Y la técnica de compatibilidad entre dichos bloques normativos se articula a través de la regla de especialidad.

La regla de especialidad como cauce para superar los Conflictos normativos entre el Derecho Comunitario y los Convenios Internacionales en materias especiales ha sido objeto de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales por parte del TJUE; la Sentencia TJCE de 4 de mayo de 2010 ( Asunto C-533/08, TNT Express Nederland BV c. AXA Versicherung AG), aporta un canon o criterio hermenéutico de especial trascendencia en su proyección sobre el vigente artículo 71 del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, conocido en nuestra «jerga» comunitaria como Reglamento Bruselas-I. Se pronuncia en el sentido que reclama la ratio última de la regla de especialidad, consagrada ya en el art.57 del viejo Convenio de Bruselas 27 de septiembre de 1968.

La sentencia del TJCE formula una interpretación integradora del sistema competencial y procesal gestado a través del Reglamento 44/2001, y estima que la remisión contenida en su artículo 71, en beneficio de los foros competenciales establecidos en los Convenios especiales (en este caso, el CMR, en materia de transporte de mercancías por carretera) forma parte, en realidad, del propio Reglamento 44/2001, por lo que al aplicar la norma convencional especial se está dando cumplimiento a las previsiones de dicho Reglamento Comunitario. Pero la sentencia va más lejos, y reconoce de forma expresa que tal remisión a las reglas contenidas en las normas convencionales especiales no puede frustrar los objetivos o la ratio perseguida con la norma Comunitaria.

La decisión del TJCE permite abordar definitivamente el estudio del artículo 71 del Reglamento n.º 44/2001 en cuanto cauce normativo para la articulación de las relaciones entre dicho Reglamento y los Convenios elaborados en ámbitos materiales espe-

---

(11) Destaca así MAJOROS, F., *Les Conventions Internationales en matière de Droit Privé. Abrégé théorique et traité pratique*, t.I, paris, 1976, p. 359, que «La primauté du traité portant sur la matière plus spéciale résulte du caractère même de la réglementation. La responsabilité civile des exploitants des navires atomiques ou la responsabilité dans le domaine du transport maritime des matières nucléaires, de même que celle pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, sont des matières assez particulières pour exclure, selon toute probabilité, une subdivision ultérieure de la codification internationale. Alors ces traités constituent la cercle intérieur de la réglementation. Par conséquent, les clauses de compatibilité incorporées dans ces traités établissent des lignes de défense seulement «du côté extérieur», donc en face des traités concurrents plus généraux».

(12) En este marco de reflexión, Vid.ARROYO, I., «Problemas jurídicos relativos a la Seguridad de la Navegación marítima (Referencia especial al *Prestige*)», *Anuario de Derecho Marítimo*, vol.XX, 2003, pp. 23-62.

ciales (como en es el caso de los textos convencionales vigentes en materia de contaminación marina por hidrocarburos) y permite apreciar a su vez la interacción existente entre ambos bloques normativos, presidida por la operatividad de dicha regla de especialidad como solución básica ante el conflicto normativo.

El factor relativizador, que se opone a un alcance o interpretación extensiva, ilimitada o absoluta de tal regla de especialidad es expresado con claridad por el TJCE, al subrayar que dicho artículo no puede interpretarse en el sentido de que, en un ámbito comprendido en el citado Reglamento Comunitario n.º 44/2001 un Convenio especial pueda conducir a resultados menos favorables para la realización del buen funcionamiento del mercado interior que aquéllos a los que dan lugar las disposiciones del mencionado Reglamento.

Tal afirmación, coherente con los objetivos del Reglamento 44/2001, permite afirmar que pese a la prioridad conferida a favor de la aplicación de la norma convencional especial, tal precepto convencional sólo puede aplicarse en el seno de la Unión Europea si permite alcanzar los objetivos de libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil así como el de la confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión en condiciones al menos tan favorables como las resultantes de la aplicación del Reglamento n.º 44/2001.

Por ello, la primera conclusión que cabe inferir de la sentencia del TJCE es que la regla de especialidad del artículo 71 del Reglamento n.º 44/2001 podría no tener operatividad en relación a la totalidad de los Convenios especiales. Deberá individualizarse cada norma convencional en particular y verificar la concurrencia de los presupuestos señalados en la sentencia. Si alguno de tales presupuestos no concurre, no se aplicará tal regla de especialidad y entrarán en juego las reglas «comunes» de competencia establecidas en el propio Reglamento n.º 44/2001.

Cabe recordar que tal regla de especialidad vino establecida como solución inicial en el art.57 del Convenio de Bruselas de 1968. Este precepto, que fue completado y matizado en los sucesivos Convenios de Adhesión, otorgaba primacía en la aplicación a aquellas normas convencionales que aportaran una mayor aproximación a la problemática específica de cada sector de la codificación internacional con regulación de la competencia judicial internacional (directa y/o indirecta).

El doble presupuesto que debe concurrir para la aplicación de tal regla se concreta en que el Convenio en cuestión sea calificable como especial, es decir, regulador de una «materia particular», y que a su vez contenga una ordenación de la competencia judicial internacional o del reconocimiento o ejecución de resoluciones judiciales.

Inobjetable desde la lógica o dinámica interna del Reglamento 44/2001 (que, como es sabido, limita temporalmente el alcance de la norma a los Convenios que estuvieran ya en vigor en el momento de aprobación del Reglamento), el contenido de su art. 71 no consigue sin embargo resolver los múltiples supuestos prácticos que tal concurrencia de normas (convencionales y Comunitaria) genera, ante la atomizada estructura de los respectivos Convenios especiales.

La orientación del TJCE no deja lugar a dudas y reafirma la extensión de la regla de especialidad del art.71 como cauce inicial para solucionar los conflictos entre el propio Reglamento y los Convenios reguladores de la competencia judicial internacional en sectores específicos, pero delimita la extensión de tal regla de especialidad, relativiza su alcance y no admite una mera aplicación automática de la misma, al señalar de manera inequívoca, como pronunciamiento final de la decisión antes citada que

«El artículo 71 del Reglamento (CE) n.º 44/2001 (...) debe interpretarse en el sentido de que, en un asunto como el litigio principal, se aplican las reglas de competencia judicial, de reconocimiento y de ejecución previstas en un Convenio relativo a una materia particular, como la regla de la litispendencia establecida en el artículo 31, apartado 2, del Convenio CMR (...), y la regla sobre la fuerza ejecutiva recogida en el artículo 31, apartado 3, de dicho Convenio, siempre que presenten un alto grado de previsibilidad, faciliten una buena administración de justicia y permitan reducir al máximo el riesgo de procedimientos paralelos y además garanticen, en condiciones al menos tan favorables como las previstas en el mencionado Reglamento, la libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil y la confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión (favor executionis)».

De este modo, la decisión del TJCE permite consolidar una orientación ciertamente acertada, expresada de manera más rotunda y clara que en decisiones precedentes, como la contenida en la Sentencia de fecha 6 de diciembre de 1996, en el asunto C-406/92.

En efecto, la sentencia del TJCE aporta elementos de enorme interés y clarificación en el marco del debate doctrinal y práctico abierto en torno al alcance y significado de la regla de especialidad contenida en el art. 71 del Reglamento 44/2001. En particular, la decisión permite defender una correcta línea de interpretación integrada en relación al alcance del precepto, acorde con la sistemática y los objetivos y finalidad del Reglamento 44/2001 y constituye un pronunciamiento del TJCE definitivamente aclaratorio sobre su verdadero sentido.

De inicio, el tenor de la regla contenida en el art. 57 supuso incorporar un factor de fragmentación o aparente dispersión en la selección de la norma aplicable en materia de competencia judicial internacional, toda vez que provoca indirectamente una multiplicación o atomización de los foros competenciales potencialmente aplicables en el marco normativo Comunitario. Debe tenerse en cuenta que tal efecto o consecuencia jurídica no era rechazada por el Convenio de Bruselas de 1968 (ni ahora tampoco por el Reglamento Bruselas-I): en efecto, tal y como ya destacó el TJCE en la decisión antes citada, de 6 de diciembre de 1994,

«El art. 57 introduce una excepción a la regla general según la cual el Convenio prevalece sobre los demás Convenios firmados por los Estados contratantes en materia de competencia judicial, de reconocimiento o de ejecución de las resoluciones. El objetivo de esta excepción es que se respeten las reglas de competencia previstas por los Convenios especiales, por haber sido dictadas teniendo en cuenta las características específicas de las materias a que afectan», (...) y debe interpretarse en el sentido de que cuando un Estado contratante es también parte contratante de otro Convenio relativo a una materia particular, que contiene reglas sobre la competencia judicial, dicho Convenio especial sólo excluye la aplicación de las disposiciones del Convenio de Bruselas en los casos regulados por el Convenio especial y no en los que éste no regula».

En este contexto, de relación entre los diversos bloques normativos en presencia, cobra especial relieve el pronunciamiento efectuado ahora por el TJCE, al delimitar el alcance de la regla de especialidad, que no se configura como un criterio de simple subordinación o de remisión global, al estilo de lo dispuesto en el art. 30.2 del Convenio de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

Conforme a esta orientación, el contenido del art. 57 viene a representar una traslación del principio *lex specialis derogat generalis*, regla que no persigue, en este caso, establecer una remisión global a la norma convencional especial.

En todo caso, la sentencia revela de nuevo en qué medida tal genérica regla de especialidad no soluciona toda la compleja problemática derivada de la frecuente concurrencia de normas convencionales, y solo alcanza a resolver parcialmente ésta. La sentencia del TJUE permite anticipar una primera conclusión: la regla contenida en el art. 71b Reglamento 44/2001 no opera como una referencia in toto a las normas convencionales especiales, no responde a una sistemática acorde a una remisión global. Es decir, tal regla de especialidad y la remisión que incorpora llega o abarca en principio hasta donde alcance la regulación contenida en el Convenio especial.

Tal y como destacó el Informe Schlosser, pese a admitir que la regla general es que el Convenio de Bruselas representaba la regulación común válida para todos los Estados miembros, de forma que siempre que no existiera regulación específica en los Convenios especiales el Convenio de Bruselas primaría en su aplicación, el grupo de expertos no quiso prejuzgar la respuesta a la cuestión de si el mencionado principio podía efectivamente aplicarse de forma consecuyente en todas sus implicaciones. Y la sentencia ahora comentada pone de manifiesto y resuelve esta incógnita.

Otra aportación clave de la sentencia ahora comentada radica en clarificar si el TJCE es competente para interpretar el tenor literal de una norma contenida en dichos Convenios especiales por razón de la materia. El TJCE no es competente en principio para interpretar en el marco de un procedimiento prejudicial Acuerdos internacionales celebrados entre Estados miembros y Estados terceros (véase, en este sentido, la sentencia de 27 de noviembre de 1973, Vandeweghe y otros, 130/73, Rec. p. 1329, apartado 2; auto de 12 de noviembre de 1998, Hartmann, C 162/98, Rec. p. I 7083, apartado 9, y la sentencia Bogiatzi, apartado 24).

Un problema de particular incidencia práctica es el relativo a la calificación de cada instrumento convencional concurrente como regulador de la competencia judicial, el reconocimiento y/o la ejecución de resoluciones judiciales en materias particulares. En todo caso, la inicial redacción del precepto, completada por los diversos Convenios de Adhesión pero no alterada en cuanto a la ratio inspiradora de tal criterio de especialidad, permitió calificar al Convenio de Bruselas de 1968 (y ahora al Reglamento 44/2001) como general, frente a la regulación contenida en los diversos Convenios especiales, y, entre éstos, los integrantes del Derecho convencional regulador del transporte internacional en sus diferentes modalidades (terrestre, ferroviario, marítimo o aéreo, ya que el multimodal, carece hasta el momento de norma convencional en vigor a nivel internacional).

La escueta redacción inicial dada al artículo 57 por el Convenio de Bruselas planteó importantes dudas sobre su alcance en las relaciones con los Convenios especiales. Así, quedaban sin respuesta clara aquellos supuestos en los que un Convenio especial regulase sólo la vertiente de la competencia judicial directa o sólo la indirecta. El Convenio de Bruselas tampoco aclaraba si éste se aplicaba a aquellas vertientes no

cubiertas por el Convenio especial, cuestión ya resuelta en precedentes decisiones jurisprudenciales del propio TJCE.

La aplicación de la regla de especialidad consagrada en el antiguo artículo 57 del Convenio de Bruselas de 1968, actual art. 71 del Reglamento 44/2001 (y cuya inclusión, como ha sido indicado, obedeció al hecho de que los criterios de atribución previstos en tales Convenios especiales responden a la peculiar característica de la materia regulada, al establecerse en éstos criterios o foros de competencia no contemplados en el Convenio de Bruselas y que debían ser respetados) cuenta con la dificultad añadida que representa la profusión de Convenios existentes, en materias especiales.

Debe tenerse presente que la regla de especialidad no tendrá operatividad en relación a la totalidad de los Convenios especiales. Debe individualizarse cada norma convencional en particular, y verificar la concurrencia de los dos presupuestos señalados: en primer lugar, que se trate de un Convenio calificable como especial o particular, en atención a la materia abordada, y en segundo lugar, que tal Convenio contenga una regulación de la competencia judicial directa o indirecta. Si alguno de tales presupuestos no concurre, no se aplicará tal regla de especialidad, y entrarán en juego las reglas «comunes» de competencia establecidas en el propio Convenio de Bruselas.

Se abre por tanto un margen de discrecionalidad judicial en la aplicación de la regla de especialidad, que deberá ser objeto de concreción en cada supuesto litigioso a través de un juicio valorativo, a modo de canon hermenéutico clave para decidir qué norma ha de recibir aplicación, y que deberá sustentarse en la apreciación de si las normas contenidas en la norma convencional especial presentan un alto grado de previsibilidad, facilitan una buena administración de justicia y permiten reducir al máximo el riesgo de procedimientos paralelos y además garantizan, en condiciones al menos tan favorables como las previstas en el mencionado Reglamento, la libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil y la confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión.

En sus conclusiones generales, previas a la sentencia antes citada del 6 de diciembre de 1994, el Abogado General M.G.Tesauro empleó una terminología peculiar, que ahora surge de nuevo, como una especie de *Guadiana jurídico*, y que pretendía definir el sentido de la cláusula de relación o de interacción entre bloques normativos contenida en el artículo 57, al señalar que una lectura sistemática del precepto pone de manifiesto su naturaleza de cláusula de coordinación, tendente a permitir una aplicación combinada de las disposiciones de las normas convencionales (Convenio de Bruselas y Convenio especial) que concurren en un supuesto litigioso. Esta construcción interpretativa es perfectamente extrapolable al ámbito de relaciones entre el vigente art. 71 Reglamento 44/2001 y los convenios especiales por razón de la materia.

En conclusión, el principal valor de la sentencia del TJCE radica en la afirmación de que las relaciones entre los diversos bloques normativos en presencia deben interpretarse, de acuerdo con el art. 71 Reglamento 44/2001, en términos de integración recíproca. De esta forma se logra coordinar la plena legitimidad del recurso a las reglas competenciales sentadas en los Convenios especiales con la necesaria aplicación de las disposiciones del Reglamento para colmar las eventuales lagunas existentes en tales normas convencionales especiales y para garantizar en todo caso el cumplimiento de los objetivos previstos en el Derecho Comunitario, en términos de aportar un alto grado de previsibilidad, facilitar una buena administración de justicia, reducir al máximo el riesgo de procedimientos paralelos y garantizar, en condiciones al menos tan favorables



como las previstas en el Reglamento 44/2001, la libre circulación de las resoluciones en materia civil y mercantil y la confianza recíproca en la justicia en el seno de la Unión.

Como antes fue indicado, tras la tragedia del petrolero *Erika* (en diciembre de 1999, en aguas francesas de Bretaña), la UE decidió adoptar medidas adicionales de prevención frente a la contaminación marina por hidrocarburos, a través de dos grupos de directivas, denominadas *Erika I* y *Erika II*. El Parlamento Europeo, mediante Resolución de fecha 21 de noviembre de 2002 (*P5\_TA\_PROV/2002/0575*), solicitó ya al Consejo y a los Estados miembros que aceleraran la aplicación de las medidas adoptadas en el marco de los paquetes propuestos por la *Comisión Erika I* (introducción del doble casco, normas para los buques que hacen escala en los puertos de la Comunidad y normativa de las sociedades de clasificación) y *Erika II* (sistema de seguimiento, inspección e información y Agencia Europea de Seguridad Marítima).

Se planteó asimismo la oportunidad de desarrollar todas las potencialidades que los textos internacionales ya en vigor presentan; así, y dentro de las 200 millas que delimitan la Zona Económica Exclusiva, el Convenio de Montego Bay de 1982 sobre Derecho del Mar autoriza a intervenir a los países ribereños en casos como el presente, de forma anticipada y preventiva, al prever (entre otros, en los artículos 204 y ss.) la posibilidad de medidas de vigilancia, evaluación ambiental, y todas aquéllas necesarias para prevenir, reducir y controlar esa contaminación marina, más allá del mar territorial, siempre que guarden proporción con el daño real o potencial y a fin de proteger sus costas o intereses conexos, incluida la pesca.

La materialización de medidas unilaterales (estatales o de la propia Unión Europea) en esta dirección podría tal vez frenar la grave secuencia de siniestros como el del *Prestige* y garantizar un necesario equilibrio entre el desarrollo del tráfico marítimo intra y extracomunitario. El objetivo normativo final es alcanzar una estructura propia e interna europea de seguridad marítima, contar con un *corpus legislativo* propio de la UE, una estrategia propia en este sector (13). El interrogante, todavía irresuelto, es determinar cuál ha de entenderse como la solución más idónea para evitar una atomización de soluciones (internacionales y Europeo/Comunitarias) no siempre fácilmente compatibles, atendiendo al conjunto de intereses públicos y privados en presencia. Un acertado ejemplo de combinación de técnicas normativas se aprecia en el Proyecto de Ley de navegación marítima, actualmente en tramitación parlamentaria.

Frente a la repetición de tales catástrofes marítimas, la respuesta tanto en términos de prevención como de sanción debe necesariamente coordinarse a nivel internacional y europeo. Aunque no existe el riesgo cero en materia de transporte marítimo, las instituciones europeas estiman necesario que diversas disposiciones sean rápidamente aplicadas o creadas, de cara a prevenir los riesgos del transporte marítimo de sustancias nocivas o peligrosas, tales como hidrocarburos y derivados.

De hecho, las medidas de los paquetes «Erika 1» y «Erika 2» tenían como objetivo colmar las lagunas más graves de la legislación Comunitaria en materia de seguridad marítima. Corresponde en primer lugar a los Estados europeos dotarse de los medios para aplicar lo más rápidamente posible esta legislación, transponiéndola al Derecho nacional y completarla con nuevas medidas, reforzando el control de los navíos por parte de la autoridad gubernativa competente de la que dependa el puerto.

---

(13) En línea con lo defendido en el Informe de la Comisión para el Consejo Europeo de Biarritz, presentado el 27 de septiembre de 2000 (*COM/2000/603 final*).

Se reitera así la necesidad de proceder al refuerzo de la seguridad marítima a escala europea, forzar la rápida e íntegra aplicación de la normativa ya aprobada, y reglamentar *ex novo* la acogida de los buques en peligro, previendo la fijación de pautas indemnizatorias que se concederán a los lugares de refugio, e incluso fijar un régimen de responsabilidad financiera para los puertos que no permitan el acceso a los buques en dificultades.

¿Es posible diseñar una política preventiva frente a la contaminación marítima en este sector que fragmente en dos una realidad indisolublemente unida en el concierto marítimo mundial? ¿Por qué crear subcategorías normativas que colocarán de hecho a los operadores europeos fuera del mercado, debido al incremento de costes que implicarán este tipo de unilaterales medidas? Son interrogantes de difícil respuesta, pero que han de ser tenidas en cuenta en el proceso de elaboración normativa Comunitaria y nacional.

Tal y como luego será analizado, en la Unión Europea se han adoptado ya un gran número de disposiciones destinadas a aumentar la seguridad e impedir la contaminación en el transporte marítimo. Para ser eficaz, esta normativa debe ser aplicada de forma adecuada y uniforme. Sólo así se garantizarán unas condiciones iguales para todos, reduciendo el falseamiento competitivo derivado de la ventaja económica que supone operar con buques que no cumplen las prescripciones, y recompensando al mismo tiempo a los operadores marítimos cumplidores.

Para aplicar correctamente la legislación Comunitaria en los ámbitos de la seguridad marítima y la prevención de la contaminación por los buques, así como para llevar un seguimiento de su aplicación y evaluar la eficacia de las medidas vigentes, se estima necesario contar con un respaldo técnico y científico y con unos conocimientos técnicos sólidos y de alto nivel. A tal fin respondió la creación de la Agencia Europea de Seguridad Marítima, con el fin de garantizar ese nivel elevado, uniforme y eficaz de seguridad marítima y de prevención de la contaminación por los buques en la Comunidad y facilitar la cooperación entre los Estados miembros y la Comisión en el desarrollo, dentro del respeto a los diferentes ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, de una metodología común para investigar los accidentes marítimos según los principios internacionales acordados, el apoyo a los Estados miembros en actividades referentes a las investigaciones relativas a los accidentes marítimos graves y la realización de análisis de los informes actuales de investigación de los accidentes.

La Agencia debe proporcionar a la Comisión y a los Estados miembros una información objetiva, fiable y comparable en materia de seguridad marítima y de prevención de la contaminación por los buques, de manera que aquéllos puedan tomar las medidas pertinentes para mejorar las disposiciones vigentes y evaluar su eficacia, así como favorecer el establecimiento de una mayor cooperación entre los Estados miembros de cara a determinar y divulgar códigos de buenas prácticas en la Comunidad.

Estas reflexiones introductorias han pretendido poner de manifiesto los problemas específicos que plantea la puesta en marcha de esta nueva política o estrategia de las instituciones Europeas, vinculada a la seguridad marítima. El objetivo final perseguido es alcanzar la máxima eficiencia en la lucha preventiva y sancionadora frente a la contaminación marítima, pero tal loable *ratio* no debe generar un desequilibrio entre los ámbitos de Derecho público y privado que se entremezclan e interaccionan, y se aprecia la concurrencia de diversos bloques normativos que compiten entre sí, dando como resultado un sector jurídicamente fragmentado.

Es clave y posee enorme importancia lograr que todo este estratégico sector quede regido por una normativa armonizada y uniforme, y para ello es preciso, en definitiva, un equilibrio entre el deseado logro de los objetivos políticos a nivel europeo, evitar la aprobación de nuevas legislaciones internas o nacionales y coordinar toda medida en el plano internacional y en el Europeo/Comunitario, para poder así cerrar el eslabón que falta en la cadena de medidas destinadas a frenar la contaminación marítima.

### **III. Desarrollo normativo en el seno de la Unión Europea: ¿A golpe de siniestro?**

Todo el ámbito competencial relativo al sector de prevención y protección del mar frente a los vertidos voluntarios o accidentales de hidrocarburos queda vinculado de forma paralela a distintas políticas europeas, como la de transportes (arts. 90 y ss. TFUE), el medio ambiente (arts. 191 y ss. TFUE) o la protección civil (art. 196 TFUE). La base jurídica de la acción legislativa europea en este ámbito, por tanto, puede descansar, a priori, sobre distintos preceptos del TFUE, aunque de facto, y en la práctica europea la lucha contra la contaminación del mar por hidrocarburos ha quedado adscrita a la vertiente de seguridad marítima vinculada a la materia de transportes.

En efecto, las principales medidas adoptadas por la Unión Europea en materia de seguridad marítima se han basado en el título VI dedicado a transportes, y más concretamente en el art. 100.2 del TFUE (antiguo 80.2 del TCE). El título de transportes cuenta con disposiciones que a primera vista podrían encajar con la materia de la seguridad marítima —dentro de esta política común cabe citar especialmente el art. 91.1.c) del TFUE (presente desde el Tratado de Maastricht) que prevé expresamente la facultad del Parlamento y el Consejo de adoptar medidas para mejorar la seguridad en los transportes— el art. 100.1 establece claramente que las disposiciones de este título se aplican a los transportes de ferrocarril, carretera o vías navegables, y el art. 100.2, conforme a cuyo tenor, «el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, disposiciones apropiadas para la navegación marítima y aérea».

Es interesante retener que el art. 100.2 no permite a los Estados miembros —salvo que las directivas concretas adoptadas sobre la base de este artículo prevean lo contrario— adoptar estándares más estrictos que los previstos por las medidas comunitarias; de lo contrario, la coexistencia de distintos estándares podría llegar a falsear el logro de los objetivos de la legislación de la Unión. La legislación de la Unión en este ámbito busca la uniformidad y la completa armonización de las legislaciones internas de los Estados miembros, ya que, además de los evidentes intereses medioambientales, también se encuentran presentes y se defienden objetivos eminentemente económicos y comerciales como el de la libre competencia.

La intervención competencial de la UE en materia de transportes y medio ambiente es compartida con los Estados miembros; se trata, por tanto, de una competencia regida por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, lo que significa, por una parte, que en estos ámbitos la Unión sólo interviene cuando los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, sino que puedan materializarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala europea; y, por otra parte, que el contenido y la forma de la acción no excederán de lo necesario para lograr los objetivos previstos en los Tratados.

El sector de la protección del mar frente a los vertidos de hidrocarburos provenientes de los buques queda caracterizado como un ámbito donde los objetivos pueden ser alcanzados de mejor manera mediante una acción comunitaria. La acción unilateral de los Estados resulta insuficiente e inadecuada para lograr una protección eficaz del mar a través de la imposición de estándares de seguridad, salvando al mismo tiempo las exigencias de competitividad que impone el comercio marítimo.

En la época del siniestro del *Prestige* la directiva Comunitaria sobre control en los puertos, en vigor desde 1997, preveía ya la prohibición de navegar por aguas comunitarias a partir de 2005 a este tipo de buques peligrosos por su tamaño, avanzada edad, su bandera de conveniencia y por tratarse de buques monocasco.

La citada directiva en vigor obligaba a los puertos a inspeccionar de forma aleatoria, y sin tener en cuenta su peligrosidad, el 25 por 100 de los barcos que hicieran escala en ellos. Tras la tragedia del petrolero *Erika* (en diciembre de 1999, ocurrido en aguas francesas de Bretaña), la UE decidió adoptar medidas adicionales de prevención, a través de dos grupos de directivas, denominadas *Erika I* y *Erika II*. Las tres directivas sobre seguridad marítima tenían un plazo para su trasposición o incorporación a los ordenamientos nacionales que vencía en principio en julio de 2003 (las dos primeras) y en febrero de 2004 (la tercera): las dos primeras proyectaban su ámbito de aplicación sobre las *sociedades de clasificación*, encargadas de las revisiones y de la adscripción de un buque a una determinada categoría o función y sobre el refuerzo de controles de los buques en los puertos, y la tercera norma regula cuestiones vinculadas a los puertos de refugio, obligatoriedad de instalar *cajas negras* a bordo de los buques y otras medidas que ponían el acento en los aspectos preventivos.

A la fecha en que tuvo lugar el siniestro del *Prestige* ninguno de los entonces quince Estados Comunitarios cumplía las normas de seguridad marítima previstas en dichas directivas de la UE, y sólo el clima de sensibilización despertado por la nueva catástrofe del *Prestige* permitió encauzar una decisión política coordinada con el fin de acortar esos mencionados plazos de incorporación interna.

La descripción normativa del sector marítimo posterior al accidente del *Erika*, expuesta en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre seguridad marítima del transporte de petróleo, mostró la existencia de ciertas prácticas relacionadas con la propiedad y la actividad de fletamento que en nada ayudaban a prevenir desastres como el del *Erika*. La proliferación de armadores independientes y de sociedades ficticias registradas en paraísos fiscales, unida a la competencia existente entre los fletadores, imponía la práctica del «precio más bajo», favoreciendo la navegación de los buques más viejos. No se tenía en cuenta la calidad del transporte sino el precio, lo que actuaba en detrimento de la seguridad. Existía una necesidad real de endurecer las inspecciones de los buques, con el fin de evitar que los operadores que aplicaban normas de alta calidad se viesan perjudicados por la competencia que deslealmente ejercían los operadores que no aplicaban normas tan severas; se trataba de favorecer el empleo de buques de mayor calidad, lo que revertiría en una mayor seguridad del tráfico marítimo.

En definitiva, es posible sostener que *Erika* ha supuesto para Europa lo mismo que *Exxon Valdez* supuso para los EE UU de América(14). Puso de relieve, por una

---

(14) Respecto a la experiencia estadounidense *Vid.* ESPINO HERNÁNDEZ, D., «Aproximación a la ley estadounidense de contaminación por hidrocarburos», en *el Prestige: ¿Caso cerrado?* (coords. E. González Pillado y M. A. Michinel Álvarez), Serv. Public. de la Universidad de Vigo, España, 2006, pp. 175-189.

parte, el riesgo que suponían los buques viejos para la seguridad marítima y, por otra, la necesidad de reforzar la mal aplicada normativa entonces en vigor mediante la adopción unilateral de normas comunitarias más avanzadas que las normas de la OMI. Así, y como consecuencia de las presiones derivadas de una opinión pública seriamente afectada por el accidente del buque *Erika*, la Comisión planteó una serie de medidas para la superación de los problemas enunciados(15)15. Se propusieron unas medidas inmediatas (paquete de medidas *Erika I*) y otras medidas proyectadas a más largo plazo (paquete de medidas *Erika II*).

Entre las medidas del paquete *Erika I*, una primera proponía reformar la Directiva 95/21/CE, de 19 de junio de 1995, con el fin de reforzar los controles de los buques (16). Mediante esta reforma se pretendía contrarrestar, en la medida de lo posible, la actitud de ciertos empresarios y algunos Estados de pabellón que no respetaban las normas de la OMI. Como segunda medida, se previó un control más riguroso de las sociedades de clasificación, a través de la reforma de la Directiva 94/57/CE(17). Una tercera medida propuso la prohibición progresiva de los petroleros de casco único, estableciendo un calendario para la implantación de los buques de doble casco(18).

A los seis meses de la Comunicación de la Comisión donde se propusieron las medidas de *Erika I* se presentó la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre un segundo conjunto de medidas comunitarias en materia de seguridad marítima a raíz del naufragio del petrolero *Erika* (paquete de medidas *Erika II*). Las nuevas medidas, que habían sido adelantadas en la Comunicación anterior, constaron de una propuesta de Directiva relativa al establecimiento de un sistema comunitario de seguimiento e información sobre el tráfico marítimo y dos propuestas de Reglamento: una relativa a la constitución de un fondo de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos en aguas europeas y medidas complementarias, y otra por la que se crea la Agencia Europea de Seguridad Marítima.

Frente a esta doble iniciativa de la Comisión, el Consejo frenó las negociaciones atinentes a la propuesta de Reglamento relativo a la constitución de un fondo de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos en aguas europeas (Fondo COPE)(19). La creación de este fondo tenía como objetivo subsanar ciertas limitaciones de la regulación internacional vigente. El régimen internacional se organizaba en torno a dos Convenios: el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, de 29 de noviembre de 1969, y el Convenio internacional de constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos (FIDAC), de 18 de diciembre de 1971. Ambos Convenios instituyen un sistema de responsabilidad a dos niveles: en un primer momento la responsabilidad es del

---

(15) JENISCH, U., «The European Union as an Actor in the Law of the Sea: The Emergence of Regionalism in Maritime Safety, Transportation and Ports», German Yearbook of International Law, vol. 48, 2005, pp. 244 y ss.

(16) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la seguridad marítima del transporte de petróleo, COM(2000) 142 final/2, pp. 23-24.

(17) *Ibid.*, pp. 25-26.

(18) *Ibid.*, pp. 26-29.

(19) Vid. DE LA FAYETTE, L.A., «New Approaches for Addressing Damage to the Marine Environment», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 20, núm. 1, 2005, pp. 205-208.

propietario del buque, aunque ésta no podrá superar en ningún caso un importe máximo actualizado; en un segundo nivel, cuando se cumpla alguna de las condiciones previstas en el Convenio del FIDAC, será el Fondo quien asuma las indemnizaciones suplementarias restantes hasta el límite máximo de unos 200 millones de euros.

En opinión de la Comisión, el siniestro de *Erika* había puesto de relieve que una de las deficiencias más importantes del sistema internacional era la inadecuación de los límites de indemnización (20). Sin embargo, el Consejo consideró más adecuado redirigir la cuestión de la creación de un Fondo suplementario (un tercer nivel de responsabilidad) a una escala universal, en lugar de la creación del Fondo COPE limitado al marco comunitario. Como consecuencia de tal posicionamiento del Consejo, la OMI adoptó el Protocolo de 2003, por el se constituía un Fondo Complementario relativo al Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, de 1992 (21). El Protocolo entró en vigor el 3 de diciembre de 2004, cuando se materializaron las ratificaciones de Alemania, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Japón y Noruega. En la actualidad, 19 de los 28 Estados miembros de la UE son parte en el citado Fondo Complementario.

La iniciativa más controvertida de las adoptadas tras el accidente del *Prestige* fue la Directiva 2005/35/CE, de 7 de septiembre de 2005, relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones (22). Su negociación fue larga y difícil, especialmente por la oposición de Grecia y Malta (23). Tratándose de materia penal, la fundamentación de la Directiva en el art. 80.2 TCE (actual 100.2 TFUE), fuera del tercer pilar, resultaba bastante controvertida (24). Sin embargo, el TJCE terminó con la discusión sosteniendo que era posible incluir tal iniciativa en el primer pilar en la medida en que su finalidad y su contenido estuvieran principalmente dirigidos al logro de los objetivos del TCE, como el de la protección medioambiental (25).

La Directiva ha ido, además, acompañada de la adopción de la Decisión marco 2005/667/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques, donde se precisa el régimen de sanciones penales aplicables al comportamiento tipificado en la Directiva.

(20) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre un segundo conjunto de medidas comunitarias en materia de seguridad marítima a raíz del naufragio del petrolero *Erika*, COM(2000) 802 final, p. 62.

(21) Vid. GONSAELES, G., «The Impact of EC Decision-Making on the International Regime for Oil Pollution Damage: the Supplementary Fund Exam», en *Marine Resource Damage Assessment, Liability and Compensation for Environmental Damage*, (Ed. F. Maes), Springer, Netherlands, 2005, pp. 85-131.

(22) BOELAERT-SUOMINEN, S., «The European Community, the European Court of Justice and the Law of the Sea», *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 23, 2008, pp. 699-711, analiza el caso C-308/06, *Intertanko*.

(23) FRANK, V., *The European Community and Marine Environmental Protection in the International Law of the Sea. Implementing Global Obligations at the Regional Level*. Martinus Nijhoff, Leiden / Boston, 2007, pp. 248 y ss.

(24) JENISCH, U., «The European Union as an Actor...», *loc. cit.*, pp. 248-249.

(25) Caso C-176/03 *Comisión c. Consejo*, párr. 51, señala que «tanto por su finalidad como por su contenido, los artículos 1 a 7 de la Decisión marco tienen como objetivo principal la protección del medio ambiente y podrían haber sido adoptados válidamente sobre la base del artículo 175 CE».

En la actualidad, cabe afirmar, apreciando este desarrollo normativo, que la legislación de la UE en materia de protección del mar de la contaminación por hidrocarburos ha adquirido una entidad y un desarrollo realmente relevantes (26). En el 2009 se adoptaron los instrumentos normativos propuestos en el tercer paquete de medidas legislativas para la seguridad marítima en la UE (*Erika III*), medidas que vienen a modificar normas comunitarias anteriores o a plantear nuevos ámbitos materiales de regulación para la UE (27). Los instrumentos normativos adoptados —todos de 23 de abril de 2009— en este último paquete de medidas han sido los siguientes:

1. Directiva 2009/21/EC, sobre el cumplimiento de las obligaciones del Estado de abanderamiento.
2. Reglamento (CE) n.º 391/2009 sobre reglas y normas comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques y la Directiva 2009/15/EC sobre reglas y normas comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques y para las actividades correspondientes de las administraciones marítimas.
3. Directiva 2009/16/EC sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto.
4. Directiva 2009/17/EC por la que se modifica la Directiva 2002/59/CE relativa al establecimiento de un sistema comunitario de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo.
5. Directiva 2009/18/EC, por la que se establecen los principios fundamentales que rigen la investigación de accidentes en el sector del transporte marítimo y se modifican las Directivas 1999/35/CE del Consejo y 2002/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.
6. Reglamento (CE) n.º 392/2009 sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente. Esta iniciativa de la UE complementa y amplía (de forma gradual) el sistema de responsabilidad y seguro previsto en el Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar, de 1974.
7. Directiva 2009/20/EC, relativa al seguro de los propietarios de buques para las reclamaciones de Derecho marítimo, viene a llenar un vacío del Derecho marítimo internacional, donde no existe una obligación general de seguro.

Uno de los mayores problemas que inciden negativamente en la efectividad de la normativa de la UE es la falta de implementación por parte de los Estados miembros, bien por la ausencia de una voluntad decidida, bien por su incapacidad para cumplir con estándares altamente técnicos (28). La creación y puesta en marcha de la antes citada Agencia Europea de Seguridad Marítima (AESM) ha supuesto un factor importante en la implementación de esta legislación, ya que fue creada, entre otros motivos, para asistir a la Comisión y a los Estados miembros en esta tarea. De hecho, ha

---

(26) NENGYE (L.) y F. MAES, «The European Union's role in the prevention of vessel-source pollution and its internal influence», *The Journal of International Maritime Law*, vol. 15, 2009 p. 415, considera que en esta materia, hoy, la UE dispone de uno de los marcos regulatorios más avanzados y exhaustivos del mundo.

(27) Comunicación de la Comisión, COM(2005) 585 final.

(28) FRANK, V., *The European Community and Marine...*, op. cit., p. 247.

demostrado ser un aliado efectivo de la Comisión respecto a la implementación de la legislación comunitaria (29). Así, la AESM se ocupa de prestar apoyo y asesoramiento a la Comisión y a los Estados miembros en ámbitos de la seguridad y de supervisar la aplicación de las normas comunitarias en los diferentes Estados y organizaciones comunitarias. La AESM supervisa en apoyo de la Comisión Europea el cumplimiento de las normas internacionales y europeas comprobando cómo se han puesto en práctica las exigencias de esta legislación (30).

#### IV. La proyección exterior de la política de seguridad marítima europea

La proliferación de los instrumentos normativos en la UE no se debe a la inexistencia de normas de Derecho internacional sobre seguridad marítima; de hecho, existen normas internacionales muy relevantes que afectan directa e indirectamente a esta cuestión (31). En realidad responde a la evidencia de que Derecho del mar no ofrece un régimen suficientemente sólido que sirva para evitar gravísimos accidentes marítimos como el de *Erika* o el *Prestige* (32) (32), en parte por la ausencia de instrumentos de control de la aplicación efectiva de los instrumentos legales internacionales (33). Las limitaciones que ofrece el Derecho internacional para la prevención y lucha ante supuestos de contaminación del mar por hidrocarburos condicionan y limitan la facultad reguladora de la UE en esta materia (34).

Por una parte, la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar (CNUDM), de 30 de abril de 1982, dispone cuáles son las competencias de los Estados en materia de protección y preservación del medio marino, así como los principios rectores en este ámbito (35) (35). Por otra parte, en el seno de la OMI se ha conformado una compleja red de instrumentos legales, entre los que pueden ser destacados, por su importancia, el Convenio internacional para prevenir la contaminación por buques de 1973 y el Protocolo de 1978 (MARPOL 73/78), y el Convenio sobre la seguridad de la vida humana en el mar, de 1974, (SOLAS 74) y los Protocolos de 1978 y 1988.

El principio de libertad de navegación ocupa un lugar destacado en el régimen de la CNUDM. La doctrina constata que la Convención ha primado los derechos de navegación de los Estados de pabellón frente a los derechos de protección de los Estados

(29) FRANK, V., *The European Community and Marine...*, op. cit., p. 247.

(30) Vid. <http://www.emsa.europa.eu/>. SOBRINO HEREDIA, J.M., «Una aproximación desde el Derecho comunitario a la catástrofe del *Prestige*», Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, n.º 8, 2004, pp. 110-111; JENISCH, U., «The European Union as an Actor...», loc. cit., pp. 254-258.

(31) JORGE URBINA, J., «El régimen jurídico internacional de seguridad marítima y protección del medio marino. Una valoración de su eficacia a la luz del accidente del *Prestige*», en *La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige* (coords. M. P. García Rubio y S. Álvarez González), Iustel, Madrid, 2007, pp. 228.

(32) Vid. *ibid.*, pp. 229. PUEYO LOSA (J.), I. LIROLA DELGADO y J. JORGE URBINA, «En torno a la revisión del régimen jurídico internacional de seguridad marítima y protección del medio marino a la luz del accidente del *Prestige*», *REDI*, vol. LV, núm. 1, 2003, pp. 43-77.

(33) MEILÁN GIL, J.L. (director), *Problemas Jurídico-Administrativos Planteados por el Prestige*, Navarra, Thomson - Aranzadi, 2005, p. 80.

(34) Vid. *ibid.*, pp. 79-92.

(35) JORGE URBINA, J., «El régimen jurídico internacional de seguridad...», loc. cit., pp. 228.



riberieños ante los riesgos de contaminación (36). Además, para la protección y preservación del medio marino, el art. 197 de la CNUDM prevé la cooperación de los Estados en el plano regional (37) en la formulación y elaboración de reglas y estándares, y prácticas y procedimientos recomendados, siempre y cuando éstas sean compatibles con la Convención.

Todo ello implica que en aquellos ámbitos materiales en los cuáles la UE sea competente para adoptar normas institucionales debe respetar y cumplir lo estipulado en la CNUDM. En materia de seguridad marítima y protección y preservación del medio marino, la CNUDM distribuye las competencias y la responsabilidad de velar por el cumplimiento de sus normas de forma desigual entre los Estados de pabellón, los Estados ribereños y los Estados del puerto. De este modo, cuando la UE pretenda adoptar medidas legislativas que impongan obligaciones a sus Estados miembros en calidad de Estados del pabellón, ribereños o del puerto, deberá respetar el marco competencial y, por tanto, las limitaciones que imponga la normativa internacional.

Como antes se ha indicado, la competencia en materia de prevención y protección del medio marino frente a la contaminación de hidrocarburos es compartida entre los Estados miembros y la UE. No obstante, en su dimensión *ad extra*, ha de tenerse muy presente la doctrina AETR (38), desarrollada posteriormente en los Dictámenes 1/76, 1/94 y 1/03 del TJCE (39). Conforme a esta doctrina, la UE adquiere competencia externa en aquellas materias que previamente han sido objeto de una armonización completa en el plano interno o cuando los Acuerdos internacionales en esas materias sean necesarios para la consecución de los objetivos del TFUE y siempre que esos objetivos no puedan ser alcanzados a través de la acción unilateral de los Estados. Esta doctrina elaborada por el TJCE ha sido incorporada —aunque existen dudas sobre si ésta ha sido reflejada correctamente (40)— en el art. 216.1 del TFUE (41), y su carácter exclusivo ha sido establecido en el art. 3.2 del TFUE (42).

Siguiendo la línea diseñada por esta doctrina, en muchos ámbitos de la seguridad marítima y prevención y protección del medio marino es posible sostener que la UE

---

(36) Vid. PUEYO LOSA, J., I. LIROLA DELGADO Y J. JORGE URBINA, «En torno a la revisión del régimen jurídico internacional de seguridad marítima y protección del medio marino a la luz del accidente del *Prestige*», *REDI*, vol. XV, núm. 1, 2003, p. 499.

(37) El art. 305.1 f) de la CNUDM permite a las organizaciones internacionales —conforme al anexo IX— participar como parte contratante. Vid. la Decisión 98/392/CE del Consejo, de 23 de marzo de 1998, relativa a la celebración por la Comunidad Europea de la CNUDM y del Acuerdo de 28 de julio de 1994 relativo a la aplicación de la parte XI de dicha Convención.

(38) Sentencia del TJCE 31 de marzo de 1971, As. 22/1970, *Comisión c. Consejo*, *Rec.*, p. 273. Vid. NENGYE (L.) y F. MAES, «The European Union's role...», *loc. cit.*, pp. 416-418.

(39) Vid. ELVIRA BENAYAS, M.J., «Las competencias externas de la UE y el Derecho internacional privado tras el Dictamen del Tribunal de Justicia relativo al Convenio de Lugano», *REEL*, n.º 16, 2008, pp. 1-19.

(40) WOUTERS, J. y otros, *Study for the Assessment of the EU's Role in International Maritime Organisations*, Leuven Centre for Global Governance Studies, p. 73.

(41) «La Unión podrá celebrar un acuerdo con uno o varios terceros países u organizaciones internacionales cuando así lo prevean los Tratados o cuando la celebración de un acuerdo bien sea necesaria para alcanzar, en el contexto de las políticas de la Unión, alguno de los objetivos establecidos en los Tratados, bien esté prevista en un acto jurídicamente vinculante de la Unión, o bien pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas».

(42) «La Unión dispondrá también de competencia exclusiva para la celebración de un acuerdo internacional cuando dicha celebración esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas».

ha adquirido una competencia exclusiva para celebrar Tratados internacionales con terceros Estados y organizaciones internacionales (43).

Ello es así porque la compleja red de instrumentos legales adoptados suelen prever estándares máximos y realizan una armonización completa de las legislaciones internas de los Estados miembros, no permitiendo a los Estados adoptar medidas más rigurosas. Por tanto, la UE ha adquirido la competencia exclusiva *ad extra* en un gran número de materias reguladas en la OMI y los Estados han perdido de facto la capacidad de negociar y ejercer sus competencias en esas materias (44).

El hecho de que la UE haya adquirido en virtud del efecto AETR una competencia exclusiva para celebrar tratados internacionales con terceros Estados en muchas de las materias de la OMI explica el gran interés de la Unión por participar en dicha organización. No obstante, la UE no es parte en la Convención de la OMI ni en los más de treinta Convenios OMI que regulan el transporte marítimo internacional (45). A pesar de ello, el estatus legal de la UE en la OMI no afecta a la naturaleza de las competencias y a la necesidad de cooperación (46).

Por último, en las materias sobre las que la UE no haya adquirido una competencia exclusiva exterior —como pueden ser el ejercicio de la jurisdicción sobre los buques, el abanderamiento y registro y la ejecución de sanciones administrativas o penales— los Estados miembros no son libres de ejercer su competencia, sino que su actuación deberá ser coherente y leal con el Derecho de la Unión (47).

## V. Consideraciones finales

Uno de los principales debates que provoca la actividad legislativa de la UE en materia de seguridad marítima hace referencia a su carácter unilateral. Ciertamente, *a priori*, el marco más adecuado para la lucha contra la contaminación del mar por hidrocarburos es el universal, y de forma particular la OMI. La coexistencia de diversos regímenes jurídicos puede crear confusión en los Estados de abanderamiento y en los propios operadores privados, a la vez que puede deteriorar el papel de la OMI como principal agente en este ámbito. El propio Secretario General de la OMI, en diciembre de 2003, declaró que el ámbito adecuado para adoptar las medidas seguridad marítima era el de la OMI y que no había lugar para medidas unilaterales.

Sin embargo, la insuficiencia de las normas y estándares adoptados en el seno de la OMI y las dificultades para su implementación han llevado a la UE a elaborar normas adicionales más estrictas, siempre dentro de los límites marcados por el Derecho internacional. ¿Debe la UE dejar de regular cuestiones de su competencia y abstenerse de dar respuesta a las exigencias de la sociedad europea?

Lo cierto es que la UE, con el fin de erradicar la triste realidad de los accidentes de buques que provocan situaciones graves de contaminación marina, no debería dejar

(43) FRANK, V., *The European Community and Marine...*, *op. cit.*, pp. 62 y ss, y 110 y ss.

(44) *Ibid.*, p. 260.

(45) JENISCH, U., «The European Union as an Actor...», *loc. cit.*, pp. 232.

(46) WOUTERS, J. y otros, *Study for the Assessment of the EU's Role...*, *op. cit.*, pp. 22-23.

(47) FRANK, V., *The European Community and Marine...*, *op. cit.*, p. 260.

de regular (tal y como viene haciéndolo de forma intensa en los últimos años) en los ámbitos de su competencia y dentro de las limitaciones impuestas por el Derecho internacional, siempre y cuando estas normas regionales sean necesarias, bien por la inacción de la OMI, bien por la insuficiencia de las medidas internacionales existentes.

Todo ello, asumiendo que es la escala universal el marco más adecuado y efectivo para la adopción de medidas destinadas a mejorar la seguridad marítima y, por tanto, sin perder la referencia y la consideración del papel fundamental que cumple la OMI. En este sentido, la búsqueda del mayor grado de coordinación posible entre el marco europeo y el universal sería una muy buena noticia para la seguridad de los mares.

Por otra parte, la actitud de la Unión ha sido respetuosa con la función que desempeña la OMI; no ha pretendido sustituir ni minorar su papel. Al contrario, siempre ha tratado de poner en valor la normativa internacional. Por ejemplo, en la Comunicación de la Comisión sobre una política común en seguridad marítima, de 24 de febrero de 1993, se propusieron medidas destinadas a establecer una aplicación convergente de la normativa internacional en la Comunidad, mediante la adhesión de la Comunidad y/o de los Estados miembros a los Convenios internacionales, dando carácter obligatorio a las reglas internacionales que no eran obligatorias, o adoptando Directivas comunitarias de interpretación común de aquellas normas establecidas con carácter de principios generales.

Esta misma actitud ha sido refrendada en la Comunicación de la Comisión, de 2009, «Objetivos estratégicos y recomendaciones para la política de transporte marítimo de la UE hasta 2018». En general, las normas internacionales han sido bien acogidas y seguidas en el Derecho de la Unión. El interés que muestra la UE para ser miembro de la OMI y los esfuerzos realizados para coordinar las posiciones de los Estados miembros son también muestra de esta actitud respetuosa con la OMI.

La actividad legislativa unilateral de la Unión también ha servido como estímulo en el ámbito internacional. Algunas de las modificaciones de las normas internacionales —por ejemplo, respecto al calendario para la supresión de los buques de casco único o en lo relativo a la instauración de un tercer nivel de responsabilidad por los daños causados por los vertidos de hidrocarburos (fondo complementario)— han sido resultado de la presión ejercida por la UE y de la posibilidad de adoptar medidas unilaterales en esos ámbitos.

En el ámbito de la UE debe superarse la precedente metodología de elaboración normativa, basada en el actuar legislativo a golpe de siniestro, para pasar a centrar los esfuerzos en la instauración un régimen de carácter más preventivo que reparador, más acorde con los principios que rigen la normativa medio ambiental, lo que exige una concienciación y un ejercicio efectivo de los poderes por parte de los Estados habilitados a tal efecto por la normativa internacional (especialmente los Estados del pabellón) o la modificación y actualización de dicha normativa, que pasa por el reconocimiento de mayores facultades preventivas a los Estados ribereños.

Trabajo recibido el 20 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Coruñaeko Probintzia Auzitegiak emandako epaiaren ondoren, Prestige itsasontziko istripuaren gako juridikoak aztertu behar dira, batik bat eskatu ahal diren erantzukizunak. Amaitzeko, etorkizunean Europar Batasunean beharko diren prebentzio-neurriak aztertu dira, itsasoa hidrokarbuoz kutsatzearen arloan.

**HITZ GAKOAK:** Kutsadura. Ingurumen-babesa. Erantzukizunak mugatzea. Jurisdikzioa. Lege aplikagarria. Ordena publikoa. Erkidegoaren eskumena.

**RESUMEN:** Tras la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña es preciso analizar las claves jurídicas del siniestro del buque Prestige, y en particular estudiar los diferentes ámbitos de responsabilidad exigibles en relación al caso, para concluir estudiando las medidas preventivas necesarias a futuro en el ámbito de la Unión Europea dentro de este sector de la contaminación marítima por hidrocarburos.

**PALABRAS CLAVE:** Polución. Protección medioambiental. Limitación de responsabilidad. Jurisdicción. Ley aplicable. Orden público. Competencia Comunitaria.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the legal keys of the Prestige incident, and in particular explore the different areas of responsibility applicable in relation to the case, to conclude studying the necessary preventive measures for the future in this area of marine pollution by hydrocarbons.

**KEYWORDS:** Pollution. Environmental protection. Limitation of liability. Jurisdiction. Applicable law. Law enforcement.

# El derecho de acceso a la cultura en España: diagnóstico y propuestas de estrategia jurídica

Carlos Alberto Amoedo Souto

**Sumario:** I. Introducción.—II. El reconocimiento internacional de los derechos culturales como derechos humanos. II.1 El reconocimiento y protección de derechos culturales en el ámbito de la ONU. II.2. Los derechos culturales en el ámbito del Consejo de Europa. II.3. Los derechos culturales en el ámbito de la Unión Europea.—III. El reconocimiento del derecho de acceso a la cultura en la Constitución de 1978. III.1. El derecho fundamental de acceso a la cultura de la población penitenciaria. III.2. La promoción y tutela del acceso a la cultura, principio rector de la política económica y social. III.3. El servicio de la cultura del art.149.2 CE.—IV. El deterioro postconstitucional del derecho de acceso a la cultura. IV.1. La imperfecta concurrencia pública en el desarrollo del derecho de acceso a la cultura. A) Las zonas inmunes al derecho de acceso en España: la iglesia católica. B) Una concurrencia competencial desequilibrada. C) Los efectos perversos de la concurrencia competencial en materia cultural. IV.2 La mercantilización del consumo cultural.—V. Recesión económica y acceso a la cultura.—VI. Final: «*taking cultural rights seriously*».

## I. Introducción

En el actual debate sobre la degradación de los derechos económicos, sociales y culturales vinculados al desarrollo y crisis del Estado de Bienestar, no es frecuente que se profundice en la que quizá sea la parte más quebradiza de este frágil terreno: los derechos culturales y, más precisamente, el derecho de acceso a la cultura. Pese a los graves problemas que la situación de recesión está provocando en la sostenibilidad de nuestros servicios públicos culturales —recortes de plantillas, externalizaciones, cierres de infraestructuras— y en el consumo cultural —subida del IVA al tipo de 21%, reducción de subvenciones a las industrias culturales, menor gasto administrativo en programación cultural, etc.—, pocas veces se ha analizado el impacto de todo ello en términos de impacto sobre el derecho de acceso a la cultura: un derecho formulado en la Constitución de 1978, pero con escasa musculatura jurídica. Atrofiado.

El presente trabajo pone el foco en la configuración jurídica de este derecho en nuestro país, describiendo sus rendimientos institucionales y señalando las causas de

su poquedad(1). Las debilidades congénitas de su fundamentación, tributarias del planteamiento constituyente de 1978, se hacen hoy más agudas, a medida que la profunda recesión económica de los últimos años conduce a un desmantelamiento discreto de las estructuras del Estado de Bienestar español, entre las que se encuentran los servicios públicos culturales mediante los cuales se organizan las misiones de depósito y la creación cultural que hacen posible el acceso a la cultura de la ciudadanía y, por ende, los compromisos constitucionales más generales de pluralismo cultural, interdicción de la arbitrariedad, vigencia de los derechos de libertad de expresión y creación artística, igualdad y solidaridad social, descentralización, etc.

Tras repasar los aspectos del impacto de esta recesión en la configuración de los mecanismos institucionales que propician el acceso a la cultura, el trabajo adopta un enfoque propositivo: partiendo de la vigencia (internacional) del reconocimiento del acceso a la cultura como un derecho humano, se debaten las estrategias jurídicas con las que propiciar una mayor operatividad de este derecho en nuestro país. A nuestro juicio, es necesario elevar su rango en la propia Constitución, equiparando su eficacia a los restantes derechos previstos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Sin embargo, más allá de una compleja —e improbable— reforma constitucional de estos aspectos, se apunta la posibilidad de explotar jurisprudencialmente en el corto plazo la vía del art. 10.2 CE para aplicar en el ámbito interno los estándares protectores que se vayan fijando a nivel internacional con motivo de la reciente entrada en vigor del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la asamblea general de las Naciones Unidas en diciembre de 2008.

## II. El reconocimiento internacional de los derechos culturales como derechos humanos

Tanto en el plano de la discusión doctrinal como en el plano de su configuración jurídico-positiva, las dificultades para delimitar correctamente una categoría propia de los derechos culturales son grandes(2). No por casualidad, se han considerado los hijos pródigos de los derechos humanos(3), «parientes pobres», o «categoría descuidada»(4).

La doctrina iusfilosófica y constitucional más común asocia estos derechos a la segunda generación de derechos humanos, esto es, al grupo de derechos económicos, sociales y culturales cuya procura ciertas constituciones del siglo xx atribuyen al

(1) El presente artículo se enmarca en los trabajos desarrollados bajo los auspicios de la *Rede Armelade investigación en igualdade, dereitos e Estado Social*, dirigida por la profesora Alba Nogueira López, de la Universidad de Santiago de Compostela. Agradezco las aportaciones y críticas hechas desinteresadamente por los doctores Carlos Lema Añón y Belén Bermejo López a versiones previas del mismo.

(2) Cfr. Carlos LÓPEZ BRAVO, *El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1999, p. 133.

(3) Jesús PRIETO DE PEDRO, «Derechos culturales, el hijo pródigo de los derechos humanos», *Crítica*, n.º 952, 2008, pp. 19-23.

(4) Cfr. Janusz SYMONIDES, «Cultural rights. A neglected category of human rights», *International Social Science Review*, diciembre de 1998, n.º 158, pp. 559-572. Hay traducción castellana en el sitio <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/74/dtr/dtr17.pdf>

Estado para la consecución de la igualdad social, más allá del papel garantista de las libertades individuales que caracteriza al Estado gendarme liberal(5). Papel interventor o prestacional del Estado que recae así, también, sobre ese intangible que es el hecho cultural, al que se atribuye la condición de necesidad humana específica, que no se confunde con lo económico o lo social, y que reclama una acción positiva por parte de los poderes públicos para que su acceso se produzca en términos de igualdad a toda la población, con independencia de circunstancias de edad, raza, género o condición social.

La positividad de los derechos culturales en el ámbito internacional ha sido liderada por la ONU (1). En el ámbito europeo, el liderazgo le ha correspondido al Consejo de Europa (2), siendo menor el papel jugado por la Unión Europea(3).

## II.1. El reconocimiento y protección de derechos culturales en el ámbito de la ONU

La positividad de los derechos culturales en el ámbito internacional ha sido liderada por la Organización de las Naciones Unidas (6). La política jurídica de la ONU, codificada en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, distingue entre la educación (art. 26) y el derecho a la cultura (artículo 27.1), que se enuncia como derecho de toda persona «(...) a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten». La misma distinción sistemática se incorpora al *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* de diciembre de 1966 (PIDESC), cuyos artículos 13 y 14 regulan minuciosamente el derecho a la educación, y cuyo artículo 15 contempla a renglón seguido que:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:
  - a) Participar en la vida cultural;
  - b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones;
  - c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.
2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

(5) Sobre las generaciones de derechos humanos, me remito a Enrique PÉREZ LUÑO, «Las generaciones de Derechos», en *La tercera generación de Derechos Humanos*, Madrid, Thomson, 2006, pp. 25-48. Para una visión crítica general del punto de vista «generacional» sobre los derechos sociales, perfectamente aplicable también a los culturales, nos remitimos a Gerardo PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007.

(6) Cfr. Carlos FERNÁNDEZ LIESA, *Cultura y derecho internacional*, Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, Madrid, 2012; Carlos FERNÁNDEZ LIESA y Daniel OLIVA MARTÍNEZ, «La cultura en el derecho internacional contemporáneo», *Patrimonio cultural y Derecho* n.º 14, 2010, pp. 11-47. Patrice MEYER- BIRSCHT, «La integración de los derechos culturales en el sistema de derechos humanos», en José VIDAL BENEYTO (coord.), *Derechos humanos y diversidad cultural*, Barcelona, Icaria, 2006, pp. 205-226. Cfr. también el estudio de Beatriz GONZÁLEZ MORENO: *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Madrid, Civitas, 2003.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales.

El alcance y contenido del derecho de participación en la vida cultural previsto en el párrafo 15.1.a) ha sido recientemente objeto de la *Observación General n.º 21*, aprobada por el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en diciembre de 2009 (7). Esta Observación nos permite ya contar con una interpretación «auténtica» del derecho a participar en la vida cultural:

«El derecho a participar o a tomar parte en la vida cultural tiene, entre otros, tres componentes principales relacionados entre sí: a) la participación en la vida cultural; b) el acceso a la vida cultural, y c) la contribución a la vida cultural.

a) La participación en la vida cultural comprende, en particular, el derecho de toda persona (sola, en asociación con otras o como una comunidad) (8) a actuar libremente; a escoger su propia identidad; a identificarse o no con una o con varias comunidades, o a cambiar de idea; a participar en la vida política de la sociedad; a ejercer sus propias prácticas culturales y a expresarse en la lengua de su elección. Toda persona tiene igualmente derecho a buscar, desarrollar y compartir con otros sus conocimientos y expresiones culturales, así como a actuar con creatividad y tomar parte en actividades creativas.

b) El acceso a la vida cultural comprende, en particular, el derecho de toda persona (sola, en asociación con otras o como una comunidad) a conocer y comprender su propia cultura y la de otros, a través de la educación y la información, y a recibir educación y capacitación de calidad con pleno respeto a su identidad cultural. Toda persona tiene también derecho a conocer formas de expresión y difusión por cualquier medio tecnológico de información y comunicación; a seguir un estilo de vida asociado al uso de bienes culturales y de recursos como la tierra, el agua, la biodiversidad, el lenguaje o instituciones específicas, y a beneficiarse del patrimonio cultural y de las creaciones de otros individuos y comunidades.

c) La contribución a la vida cultural se refiere al derecho de toda persona a contribuir a la creación de las manifestaciones espirituales, materiales, intelectuales

(7) Este Comentario está disponible en el site <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4ed35beb2>. Asimismo, *cfr.* Roger O'KEEFE, «The right to take part in cultural life under the article 15 of the ICESCR», *International and comparative law quarterly*, 1998, 4, pp. 904-923.

(8) Se reconoce que el derecho de participación lo es tanto de ejercicio individual como colectivo (conexión con el derecho de asociación). Tal enfoque colectivo del derecho de participación cultural había sido proclamado en la Declaración de principios de la cooperación cultural internacional adoptada en la Conferencia General de la UNESCO de 4 de noviembre de 1966, cuyo artículo 1 reconoce que «toda cultura tiene una dignidad y un valor que deben ser respetados y protegidos», y que «todo pueblo tiene el derecho y el deber de desarrollar su cultura». Desde entonces, el derecho a la identidad cultural se ha recogido en otras declaraciones de similar naturaleza, hasta la aprobación de la Convención de la UNESCO para la diversidad cultural de 2005. *Cfr.* Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA, *Cultura y derecho internacional, op. cit...* p. 56 ss.



tuales y emocionales de la comunidad. Le asiste también el derecho a participar en el desarrollo de la comunidad a la que pertenece, así como en la definición, formulación y aplicación de políticas y decisiones que incidan en el ejercicio de sus derechos culturales»

La UNESCO ha desarrollado desde los años cincuenta una intensa labor positiva de mecanismos convencionales de protección de distintos bienes culturales (9), precisamente desde la consciencia de su irrepetibilidad como testimonios de civilización pertenecientes a toda la Humanidad, y no sólo a las presentes generaciones (10).

Conviene destacar también que, en el ámbito internacional, la eficacia de los derechos culturales es homóloga a la del derecho a la educación, sin que pueda justificarse una menor protección para el caso de los derechos culturales. Ambas, cultura y educación, se consideran necesidades básicas: «La esencia del PIDESC es la obligación de los Estados partes de respetar, proteger y aplicar progresivamente los derechos económicos, sociales y culturales, utilizando al máximo los recursos disponibles. Para lograrlo, los Estados deben adoptar y aplicar leyes y políticas encaminadas a introducir mejoras crecientes en el acceso universal a los bienes y servicios básicos, como la atención de la salud, la educación, la vivienda, la seguridad social y la vida cultural» (11). En esta comprensión tiene mucho que ver la común relación entre los derechos a la cultura o a la educación y el libre desarrollo de la personalidad. Ambos derechos hacen posible ese libre desarrollo de la personalidad y se nutren de un potente fundamento iusfilosófico común: el iluminismo racionalista y, en particular, la filosofía idealista alemana (12). Enfoque que luce en el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos («Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad») y en la Constitución Española (art. 10 CE, cuyos dos párrafos son elocuentes al respecto). Desde esta perspectiva,

---

(9) Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, «El Comité considera que la cultura, a los efectos de la aplicación del párrafo 1 a) del artículo 15, comprende, entre otras cosas, las formas de vida, el lenguaje, la literatura escrita y oral, la música y las canciones, la comunicación no verbal, los sistemas de religión y de creencias, los ritos y las ceremonias, los deportes y juegos, los métodos de producción o la tecnología, el entorno natural y el producido por el ser humano, la comida, el vestido y la vivienda, así como las artes, costumbres y tradiciones, por los cuales individuos, grupos y comunidades expresan su humanidad y el sentido que dan a su existencia, y configuran una visión del mundo que representa su encuentro con las fuerzas externas que afectan a sus vidas. La cultura refleja y configura los valores del bienestar y la vida económica, social y política de los individuos, los grupos y las comunidades».

(10) Cabe destacar en tal sentido la Convención de la Haya de 1954, sobre protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, y la Convención de París de 1972, sobre protección del patrimonio mundial, cultural y natural, ambas ratificadas por España.

(11) Vid. «Carta de fecha 16 de mayo de 2012 dirigida a los Estados partes en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por el Presidente del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con la protección de los derechos consagrados en el Pacto en el contexto de la crisis económica y financiera», disponible en la web <http://www.ohchr.org/en/hrbodies/cescr/pages/cescrinde.aspx>

(12) Cfr. Jesús GARCÍA CÍVICO, «¿Emanciparse de qué? Truffaut de madrugada. Fundamento, obstáculos y eficacia del derecho de acceso a la cultura» *Revista Telemática de Filosofía del Derecho* n.º 12, 2009, p. 35.

Peter HÄBERLE ha podido afirmar que «los derechos humanos caerían en el vacío si no tuvieran el asidero de las obras creadoras de la cultura que, en cuanto «patrimonio» abren la posibilidad de una apropiación interna y, con ella, excitan nuevos procesos creativos que en el futuro, por su parte, algún día podrán madurar y llegar a ser patrimonio cultural de todos los pueblos del mundo o de la humanidad» (13).

Con todo, lo cierto es que en no pocos sistemas jurídicos europeos, entre los que se encuentra el español, la educación se sigue considerando un derecho de primera generación, mientras que la cultura se vincula a una segunda generación de derechos. Lo cual, pudiendo ser cierto desde el punto de vista histórico, no justifica por sí solo una prelación axiológica ni, por tanto, una gradación jerarquizante de su naturaleza como derechos humanos o de su atención por los poderes públicos.

Hasta hace pocas fechas, el único mecanismo de garantía del cumplimiento de las obligaciones contenidas en el PIDESC eran los informes periódicos que rendían los Estados miembros al *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, creado en el año 1985 (14). En el caso de España, el último examen periódico universal se produjo con fecha 16 de junio de 2010, durante los primeros estertores del *shock* inducido por la crisis de deuda soberana de España, pero antes de la reforma constitucional exprés de agosto de 2011, que significó, entre muchas otras cosas, el desplazamiento de los derechos humanos del pedestal de la *preferred position* constitucional, que ocupa ahora, en virtud del art. 135 CE, el pago de la deuda soberana. Este último informe no contiene mención alguna al grado de cumplimiento de los derechos culturales en nuestro país.

## II.2. Los derechos culturales en el ámbito del Consejo de Europa

Como es sabido, uno de los primeros frutos del Consejo de Europa, la más antigua de las organizaciones internacionales europeas al servicio de la cooperación, reconocimiento y protección de los derechos humanos, fue el Convenio de Roma de noviembre de 1950.

En él, sin embargo, no se positivaron específicos derechos culturales, sino apenas los denominados derechos o libertades clásicas, de primera generación: es sobre este elenco de derechos, *koiné* de las tradiciones jurídicas liberales europeas, sobre el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido construyendo los marcos jurídicos de discusión de los choques culturales más habituales en la Europa contemporánea: uso del hiyab, caricaturas de Mahoma, presencia de crucifijos en instituciones públicas, etc. Para ello, el TEDH ha interpretado el derecho a la vida privada y familiar (art. 8), la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9), así como la libertad de expresión (art. 10) y la prohibición de discriminación (art. 14). Especial relevancia a nuestros efectos tiene la jurisprudencia en la que se admiten limitaciones no indemnizables al derecho de propiedad (artículo 1 del Pro-

(13) Cfr. «La protección constitucional y universal de los bienes culturales: un análisis comparativo», en *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 54, 1998, p. 33.

(14) Sobre su praxis, *vid* A. PASTOR PALOMAR, «El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», en C. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ (dir.), *España y los órganos de control en materia de Derechos Humanos*, Dilex, Madrid, 2010, pp. 109-124.

tocono 1) impuestas en aras de la protección —y, en última instancia, acceso y disfrute— a los bienes culturales (15). Con el paso de los años, sin embargo, el Consejo de Europa ha incorporado nuevas preocupaciones y enfoques sobre los derechos culturales.

Así, destaca la reciente incorporación de guías de buenas prácticas sobre el derecho de participación en la vida cultural (16), sin olvidar la Carta Europea de las Lenguas Minoritarias o Regionales, que entró en vigor para España el 1 de agosto de 2001 (17), y en la que se reconocen importantes medidas de protección y acceso a la cultura (minorizada) propia (18), que los Estados miembros deben satisfacer, aunque no una jurisdicción especializada que garantice la correcta aplicación de tales compromisos estatales.

La Carta proporciona un mecanismo de control para evaluar cómo se aplica la Carta en cada Estado miembro con el propósito, en caso de ser necesario, de realizar

(15) *Cfr.* sentencias *Ferme de Fresnoy vs. Francia*, de 1 de diciembre de 2005; *Perinelli vs. Italia y Longobardi vs. Italia* de 26 de junio de 2007; *Sinan Yildiz vs. Turquía*, de 12 de enero de 2010; *Potomska y Potomski vs. Polonia*, de 29 de marzo de 2011. Afirmando la existencia de indemnización por considerarse la limitación una ablación del derecho de propiedad, *vid.* la sentencia *Kozacioglu vs. Turquía*, de 31 de julio de 2007 y la sentencia *Beleyer vs. Italia*, de 5 de enero de 2000.

(16) *Cfr.* el informe sobre el derecho de todos a participar en la vida cultural, aprobado por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su sesión de 9 de enero de 2012 (disponible en <http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=13201&>)

(17) *Vid.* el instrumento de ratificación de la Carta en el *BOE* n.º 222, de 15 de septiembre de 2001.

(18) Por ejemplo, en materia de actividades y servicios culturales (art. 11), los compromisos reconocidos son los siguientes: «1. En materia de actividades y de servicios culturales —en particular de bibliotecas, videotecas, centros culturales, museos, archivos, academias, teatros y cines, así como trabajos literarios y producción cinematográfica, expresión cultural popular, festivales, industrias culturales, incluyendo en particular la utilización de tecnologías nuevas—, las Partes, en lo que se refiere al territorio en el que se hablan dichas lenguas y en la medida en que las autoridades públicas tengan competencias, atribuciones o un papel que representar en dicho ámbito, se comprometen a:

- a) fomentar la expresión y las iniciativas propias de las lenguas regionales o minoritarias, y a favorecer los diferentes medios de acceso a las obras producidas en esas lenguas;
  - b) favorecer los diferentes medios de acceso en otras lenguas a las obras producidas en las lenguas regionales o minoritarias, ayudando y desarrollando las actividades de traducción, doblaje, postsincronización y subtítulo;
  - c) favorecer el acceso en lenguas regionales o minoritarias a obras producidas en otras lenguas, ayudando y desarrollando las actividades de traducción, doblaje, postsincronización y subtítulo;
  - d) velar por que los organismos encargados de organizar o apoyar diversas formas de actividades culturales integren de manera adecuada el conocimiento y la práctica de las lenguas y de las culturas regionales o minoritarias en las actividades cuya iniciativa depende de ellos o a las que presten su apoyo;
  - e) favorecer la dotación de los organismos encargados de organizar o apoyar actividades culturales con un personal que domine la lengua regional o minoritaria, además de la(s) lengua(s) del resto de la población;
  - f) favorecer la participación directa, en lo que se refiere a los servicios ya los programas de actividades culturales, de representantes de hablantes de la lengua regional o minoritaria;
  - g) fomentar y/o facilitar la creación de uno o varios organismos encargados de recoger, recibir en depósito y presentar o publicar las obras producidas en lenguas regionales o minoritarias;
  - h) en su caso, a crear y/o promover y financiar servicios de traducción y de investigación terminológica con vistas, en especial, a mantener y desarrollar en cada lengua regional o minoritaria una terminología administrativa, mercantil, económica, social, tecnológica o jurídica apropiadas.
2. En lo que se refiere a los territorios distintos de aquellos en que se emplean tradicionalmente las lenguas regionales o minoritarias, las Partes se comprometen a autorizar, fomentar y/o prever, si el número de hablantes de una lengua regional o minoritaria así lo justifica, actividades o servicios culturales apropiados, de conformidad con el párrafo precedente.
3. Las Partes se comprometen, en su política cultural en el extranjero, a dar un lugar apropiado a las lenguas regionales o minoritarias y a la cultura que las mismas expresen».

recomendaciones para mejorar su legislación, su política y sus prácticas. Los cuatro elementos de este mecanismo (informes periódicos trianuales de los Estados, los informes del Comité de Expertos, las recomendaciones dictadas por el Consejo de Ministros y el control de la Asamblea Parlamentaria) permiten a los Estados miembros, al Consejo de Europa y al público en general seguir, observar y evaluar su aplicación. Los informes periódicos dan cuenta de la aplicación concreta de la Carta, de la política general dirigida a las lenguas que se hallen bajo la protección de la Parte II y, en términos más precisos, de todas las medidas adoptadas para la aplicación de las disposiciones elegidas para cada lengua protegida.

### II.3. Los derechos culturales en el ámbito de la Unión Europea

Por último, no puede dejar de hacerse mención a la positivación de derechos fundamentales realizada a nivel de la Unión Europea con la Carta de Derechos Fundamentales redactada en diciembre de 2000 e incorporada ya como derecho comunitario vinculante mediante su inclusión como protocolo del Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 (19).

Pese a su juventud, sin embargo, el derecho a la cultura tiene una escasa presencia en la Carta: apenas recibe un tratamiento específico en el título III (dedicado a la «igualdad»), cuando se dice que la Unión Europea «respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística» (art. 22); y en el artículo 25, cuando se reconoce el derecho de las personas mayores a «participar en la vida social y cultural». ¿A qué se puede deber una tan escasa presencia y, en especial, la renuncia a la adquisición de deberes positivos de actuación por parte de los poderes públicos en este ámbito?

A mi juicio, el escaso reconocimiento de derechos culturales en el ámbito de la Unión Europea tiene que ver con tres factores interrelacionados entre sí: el hecho de que el estándar de derechos humanos que se ha tomado como referencia en la UE sea el previsto en instrumentos acuñados en el seno del Consejo de Europa (Convenio de Roma de 1950, Carta Social Europea de 1961), pero no el PIDESC de 1966; el enfoque de subsidiariedad de esta carta, que sólo se aplica a las instituciones comunitarias o a los Estados miembros cuando aplican derecho comunitario; y el enfoque de subsidiariedad existente respecto del conjunto de políticas culturales habilitadas por los Tratados (hoy, art. 167 TFUE).

### III. El reconocimiento del derecho de acceso a la cultura en la Constitución de 1978

Dentro de su parte dogmática, el derecho de acceso a la cultura fue incorporado a la Constitución de 1978 en dos ubicaciones bien distintas por sus consecuencias jurídicas: como derecho fundamental, apenas para la población reclusa, y como principio rector de la política económica y social.

Además, dentro del título destinado a regular la organización territorial del Estado, el famoso título VIII, el artículo 149.2 introdujo una especie de comodín competencial

(19) Vid. *DOUE* de 14 de diciembre de 2007, C-303/1.

consistente en que «Sin perjuicio de las competencias que podrán asumir las Comunidades Autónomas, el Estado considerará el servicio de la cultura como deber y atribución esencial y facilitará la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, de acuerdo con ellas». Como veremos, este servicio de la cultura como deber del Estado no es sino lo que podríamos denominar un *hermano putativo* del derecho de acceso a la cultura.

### III.1. El derecho fundamental de acceso a la cultura de la población penitenciaria

El único derecho fundamental de contenido cultural expresamente previsto en la Constitución es el reconocido por el artículo 25.2 CE para la población reclusa, cuando se considera el acceso a la cultura como uno de los derechos de la persona privada de libertad, vinculado a la finalidad resocializadora de la pena (20).

En este reconocimiento influyen dos factores. El primero, sustancial, derivado de las corrientes criminológicas y penitenciarias modernas, sería la función educadora y resocializadora que para el recluso o reclusa tendría el acceso a la cultura durante el cumplimiento de su pena de privación de libertad: función inherente a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, reconocidos en el art. 10.1 CE como fundamentos del orden político y de la paz social. El segundo, procesal o adjetivo, sería el otorgamiento de amparo constitucional al recluso como mecanismo de reforzamiento de su posición jurídica frente a la institución pública «cerrada», responsable de la privación de libertad y, al mismo tiempo, de la garantía de ciertos derechos vinculados al carácter resocializador de la pena.

Los artículos 24, 25.2, 56 y 57 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, general penitenciaria, desarrollan este derecho, labor de concreción jurídica que continúa con pormenor el capítulo tercero del Reglamento Penitenciario actualmente en vigor, aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 febrero: acceso a unidades educativas (art.126), bibliotecas (art. 127), libros, revistas y periódicos (art. 128), ordenadores personales (art. 129), aunque no se permita el acceso a internet, actividades socioculturales (art. 131)...

Sin embargo, sorprendentemente el Tribunal Constitucional cerró en 2006 cualquier consideración del artículo 25.2 como generador de un derecho subjetivo fundamental: «ha de rechazarse la pretendida lesión del art. 25.2 CE, en relación con el art. 10 CE, porque la alusión al acceso a la cultura y al desarrollo integral de la personalidad por parte de los internos en centros penitenciarios, así como a su reeducación y reinserción social, no constituyen derechos subjetivos protegibles a través del recurso de amparo, sino mandatos de orientación dirigidos a los poderes públicos que, en el caso de la Administración penitenciaria y los órganos judiciales, pueden condicionar la interpretación y aplicación de la normativa peniten-

---

(20) Dice el artículo 25.2 CE que «Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, *así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad*».

ciaria, pero que por sí mismos no pueden sustentar demandas de amparo constitucional» (21). Ni siquiera en este caso, pues, cabe predicar la existencia de un verdadero derecho subjetivo fundamental de acceso a la cultura, tutelable por vía de amparo y regulable apenas por Ley Orgánica (art. 53.2 y 81 CE), ni tampoco, correlativamente, el Estado resulta sujeto a una posición *fuerte* de garante de ese acceso.

Matización de esta afirmación es, sin embargo, la prevista en el artículo 20 CE, cuando introduce dentro del elenco de derechos fundamentales de protección reforzada la libertad de comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.1.d); añadiendo que, respecto de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público, la ley debe regular su organización y su control parlamentario, *garantizando el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España* (art. 20.3 CE). Aunque no se trate, en puridad, del reconocimiento de un derecho individual de acceso a la cultura, sí se enuncian unas obligaciones de respeto del pluralismo social y de la diversidad lingüística, que presuponen el reconocimiento constitucional de la existencia de grupos culturales (especialmente los dotados de lenguas propias), aunque se remita a la ley toda una serie de cuestiones para su interpretación por la jurisprudencia y el legislador constituido, que deberán aclarar en cada momento qué sea un medio de comunicación social (la radio y la televisión tradicionales, claramente; pero ¿la TDT e internet?), el grado de dependencia (definida en términos jurídicos) del Estado o de cualquier ente público, mecanismos de concreción de la garantía de acceso, de respeto de la diversidad lingüística, etc (22).

(21) Se trata de la STC 11/2006, de 16 de enero, que denegó amparo a un preso de ETA frente a una decisión del establecimiento penitenciario de prohibirle acceder a dos números de la revista *Kale Gorria*. La cita se encuentra en el primer fundamento jurídico, y se justifica en las SSTC 19 1988, de 16 de febrero, FJ 9; 150/1991, de 4 julio, FJ 4; 55/1996, de 28 de marzo, FJ 4; 234/1997, de 18 de diciembre, FJ 7; y 88/1998, de 21 de abril, FJ 3.

(22) Así, *vid.* art. 3.2 de la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal. *Vid.* también la Ley 7/2010, de 31 de marzo, general de comunicación audiovisual, que establece en su artículo 5.1 que «todas las personas tienen el derecho a que la comunicación audiovisual incluya una programación en abierto que refleje la diversidad cultural y lingüística de la ciudadanía. Las Comunidades Autónomas con lengua propia podrán aprobar normas adicionales para los servicios de comunicación audiovisual de su ámbito competencial con el fin de promover la producción audiovisual en su lengua propia». El párrafo segundo de este mismo artículo dispone que «Para la efectividad de este derecho, los prestadores del servicio de comunicación televisiva de cobertura estatal o autonómica deben reservar a obras europeas el 51% del tiempo de emisión anual de cada canal o conjunto de canales de un mismo prestador con exclusión del tiempo dedicado a informaciones, manifestaciones deportivas, juegos, publicidad, servicios de teletexto y televenta. A su vez, el 50% de esa cuota queda reservado para obras europeas en cualquiera de las lenguas españolas. En todo caso, el 10% del total de emisión estará reservado a productores independientes del prestador de servicio y la mitad de ese 10% debe haber sido producida en los últimos cinco años. Los prestadores de un catálogo de programas deben reservar a obras europeas el 30% del catálogo. De esa reserva la mitad lo será en alguna de las lenguas oficiales de España». Desde el punto de vista jurisprudencial, *vid.* STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 8, y STS de 16 de febrero de 1993 (RJ 1993/992, FJ 8). *Vid.* también el análisis de Iñigo URRUTIA LIBARONA, «Las cuotas lingüísticas en los servicios de comunicación audiovisual y en el cine», en Antoni MILIAN I MAS-SANA (coord.) *Drets Lingüístics de debò? Drets lingüístics en les actuacions administratives i en determinades activitats supervisades per les administracions*, Barcelona, Institut d'Estudis Autònoms, 2012, pp. 37 ss.

### III.2. La promoción y tutela del acceso a la cultura, principio rector de la política económica y social

En segundo lugar, ya en el capítulo III del Título I, el artículo 44.1 CE dice que «Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho» (23).

La elaboración de este precepto en el seno de la ponencia nombrada por la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados no estuvo sometida a grandes controversias doctrinales o políticas (24). Se aceptó una distinción entre lo que sería el acceso a la cultura (art. 44.1) y la garantía de conservación y enriquecimiento del patrimonio cultural (art. 46), que no es sino una faceta, importante pero no única, de lo cultural, y un evidente presupuesto de su acceso. Con todo, los trabajos constituyentes no dejaron huella de las razones de tal distinción sobre las que poder sustentar una interpretación sistemática de sus complejas relaciones mutuas (25).

Como se puede deducir del tenor literal gramatical de este precepto constitucional, en puridad el artículo 44.1 no reconoce un derecho de acceso a la cultura, sino a) una obligación doble, de promoción y tutela del acceso a la cultura, que recae sobre todos los poderes públicos; y b) un derecho genérico a la cultura, que legitima aquellas obligaciones públicas. Ahora bien, desde un punto de vista sistemático, relacionado con la inserción de este artículo en la economía dogmática interna del texto constitucional, lo que el constituyente hizo fue a) diluir cualquier contenido subjetivo-fundamental del derecho a la cultura, eliminándolo de protección en amparo ante el Tribunal Constitucional y b) definir esa obligación de promoción y tutela como principio

---

(23) En el párrafo segundo del artículo 44 se plasma una manifestación concreta de la cultura: «Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general». Sin embargo, este precepto presenta un juego jurídico distinto del acceso a la cultura, en la medida en que la Constitución sí reconoce un derecho subjetivo fundamental a la producción y creación científica y técnica (art. 20.1.b) CE).

(24) En la preparación del Anteproyecto de Constitución durante los meses de agosto y diciembre de 1977, la ponencia introdujo en el artículo 28 del Borrador, junto con el «derecho a disfrutar y el deber de conservar el medio ambiente», el embrión del posterior artículo 46 (salvaguarda, conservación y promoción del enriquecimiento del legado histórico, cultural y artístico de los pueblos de España), tras propuesta de Gregorio Peces-Barba. En el art. 32, la ponencia redactó lo siguiente: «1. Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso de todos a la cultura y a la ciencia. 2. La ciencia y la investigación, así como su aplicación técnica, serán fomentadas por los Poderes Públicos». En el texto final del anteproyecto elaborado por la ponencia (BOCG de 5 de enero de 1978), estos artículos pasarían a ser reenumerados respectivamente con los artículos 39 y 37, ya ubicados en el capítulo III y rebajados dogmáticamente al nivel de «principios rectores». Numeración y sistemática que, sin alteraciones sustanciales de contenido, cambiarían finalmente a los artículos 46 y 44 en el texto constitucional finalmente aprobado por las Cortes Generales. Citamos las actas de la ponencia según fueron publicadas en el n.º 2 de la *Revista de las Cortes Generales*, 1984, pp. 251 y ss.

(25) No siempre el acceso general es compatible con la conservación del bien cultural. Así ocurre, en el caso más paradigmático, con las cuevas de Altamira, pero también ocurre con otros bienes frágiles, como los restos arqueológicos de los castros o las mámoas: dado que no es económicamente posible excavar y musealizar todas estas tipologías de bienes, lo más aconsejable es mantenerlos en el estado «latente» que garantice su conservación (o sea, catalogados y enterrados). Otros casos límite de conflicto entre bienes jurídicos se plantean con el cumplimiento de las normas de accesibilidad de personas discapacitadas en determinados monumentos: ¿es jurídicamente exigible la instalación de un ascensor y rampas de acceso a bienes de tan frágil estructura como la Torre de Hércules, la Torre de Pisa o la Muralla de Lugo?

de la política *económica y social*(26). Apurando aún más los instrumentos de interpretación jurídica, podríamos circunscribir a cuatro los rasgos jurídicos de este precepto.

### A) LA AMPLIA TITULARIDAD SUBJETIVA DEL DERECHO

El precepto imputa la titularidad del derecho a «*todos*». De ello se deriva la inclusión de los inmigrantes, y no simplemente de los «ciudadanos» mencionados en el art. 9.2 CE, así como la apertura hermenéutica de su titularidad a los grupos y no sólo a las personas individualmente consideradas, en coherencia, ahora sí, con lo previsto por el art. 9.2 CE. Ello abre una importante clave constitucional de fundamentación de la diversidad cultural, en cuanto ejercicio colectivo de libertades individuales.

### B) EL OBJETO DEL DERECHO: CULTURA Y CULTURAS

El objeto es un derecho a la «*cultura*», término cuya ambigüedad semántica deja abierta la cuestión de si esa cultura se puede entender en el sentido universal (cultura como «ilustración»), o étnico, como acceso a las «*culturas*» (27).

Aunque la mayor parte de la doctrina ha interpretado —a mi juicio, incurriendo en una petición de principio— que el art. 44.1 CE se refiere apenas a la cultura como «*Ilustración*», la conexión sistemática o contextual del derecho de acceso del art. 44.1 con el otro principio rector previsto en el art. 46, que impone a los poderes públicos la obligación de garantizar la conservación y promover el enriquecimiento del patrimonio cultural de los *pueblos de España*, así como el de los elementos que los integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad, permite leer el objeto del derecho de acceso a la cultura *también* en clave de promoción de la *diversidad cultural*(28), esto es, como un derecho de acceso a la cultura *propia*, y no simplemente como un derecho a la cultura «universal». Esta es la clave interpretativa que mejor se alinea, por lo demás, con la definición que de la cultura hacen los más recientes textos internacionales ratificados por el Reino de España.

Conectado con ello, a nuestro juicio el pluralismo ideológico sobre el que se sustenta el conjunto del edificio constitucional impide que, jurídicamente, se pueda interpretar el objeto de este derecho de acceso a «la cultura» en un sentido excluyente de las diversas interpretaciones semánticas de lo que sea la cultura. Esto es, sería cons-

(26) Obsérvese que ni siquiera se consideraron tales obligaciones como principios rectores de la política propiamente cultural, diluyendo así en el magma de lo económico y social el reconocimiento de una política pública, propia y distinta, sobre la cultura.

(27) Cfr. Jesús PRIETO DE PEDRO, *Cultura, culturas y Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1.ª edición de 1992, 2.ª reimpresión de 1995, por donde se cita.

(28) PRIETO DE PEDRO distingue entre pluralidad, que sería un dato social histórico que la Constitución se limita a reconocer, y pluralismo, que sería «el sistema de principios y reglas constitucionales por medio de los cuales los poderes públicos quedan comprometidos en la garantía y desarrollo de la pluralidad constitucional reconocida». Cfr. *Cultura, culturas y Constitución*, *op. cit.*, p. 102. Ahora bien, este pluralismo no se limita a las culturas de base territorial, pues la Constitución reconoce también autonomía cultural a las colectividades asentadas en un territorio inferior: los municipios y provincias, ex artículo 137 CE, y también a los grupos sin base territorial específica, pero portadores de una cultura peculiar, ex artículo 9.2 CE. En tal sentido, cfr. Luciano PAREJO ALFONSO, «Minorías y Constitución», en María Eugenia RODRÍGUEZ y Andrés TORNOS (eds.), *Derechos culturales y derechos humanos de los emigrantes*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, 2000, pp. 145-146.



titucionalmente lícito que los poderes públicos opten por garantizar en mayor o menor medida el acceso a la cultura en sentido universal o particular; pero sería ilícita una opción excluyente de algunos de estos sentidos. Lo cual no impide que exista un específico *deber* constitucional de acceso a la cultura cuando se trata de la lengua castellana (el deber *personal* de conocerla, art. 3.1 CE), deber positivo asimétrico, que no alcanza ni puede alcanzar, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, a las restantes lenguas cooficiales. Más adelante volveremos sobre esta característica asimetría del reconocimiento constitucional de las tradiciones culturales españolas.

### C) LA AMPLITUD DE MEDIOS: LA NOCIÓN DE «ACCESO»

Este derecho se concreta en una de sus facetas, el «acceso», cuya tutela y promoción se atribuyen constitucionalmente a los poderes públicos (no así a los privados), pero sin prever medios concretos que garanticen tal «acceso»: esos medios quedan al albur de lo que decidan en cada caso los poderes públicos constituidos, tanto los parlamentos como los respectivos ejecutivos en el ámbito de sus competencias.

A poco que se reflexione se pueden identificar variados modos o mecanismos institucionales de estímulo de tal «acceso a la cultura». Desde la creación, regulación y sostenimiento público de las clásicas instituciones de depósito cultural (museos, archivos, bibliotecas) y de producción cultural (teatros, orquestas y coros, etc.), hasta la promoción de medios de comunicación públicos (televisión, radio, cine) y, por supuesto, la promoción del acceso gratuito por medios telemáticos a la Red(29), acceso que algunos consideran un nuevo derecho fundamental, entre otras cosas, por abrir al consumo ciudadano una enorme cantidad de bienes culturales en tiempo real (*streaming*, bases de datos, etc.), salvando así las barreras de acceso inherentes a la ubicación geográfica del usuario.

La Constitución, sin embargo, no hace mención a ninguna obligación prestacional pública concreta, como podría ser la creación de centros públicos de depósito cultural como instrumento de consecución de esa garantía de acceso, o la gratuidad en el acceso a esos centros, ya sea de modo presencial o telemático. Lo más parecido a una *publicatio* en el ámbito de la cultura, el art. 149.2 CE, que considera el «servicio de la cultura» un deber y atribución esenciales del Estado, no es sino un precepto destinado a reservar una competencia general de la Administración general del Estado, sin que ello pueda considerarse cláusula habilitante de la técnica de los servicios públicos en el ámbito de la cultura. Ello contrasta con la obligación recogida en el art. 27.5 CE como parte de las garantías prestacionales del Estado respecto del derecho a la educación: «Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de *centros docentes*» (30).

---

(29) *Vid.* en este sentido el art. 8 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos. Desde hace años, todas las administraciones con competencias culturales vienen desarrollando proyectos de digitalización y apertura a la red de los contenidos de sus centros de depósito cultural, desde libros, colecciones y revistas en dominio público hasta fondos archivísticos y museísticos de todo tipo.

(30) Aun siendo distinta, la técnica seguida en el ámbito francés acaba teniendo, a la postre, similares consecuencias jurídicas que en el caso español. El párrafo 13 del Preámbulo de 1946 de la Constitución francesa establece que «La Nation garantit l'égal accès de l'enfant et l'adulte à la instruction, à la formation professionnelle et à la culture. L'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'Etat», pero no se reconoce un derecho constitucional positivo que garantice el acceso a la cultura.

## D) LA DEGRADACIÓN SUBJETIVA DEL DERECHO

Ni el derecho a la cultura ni el acceso a la misma se configuran como derechos fundamentales de protección reforzada (sección primera del Capítulo II), ni derechos y libertades (sección segunda del Capítulo II), sino apenas como principios rectores de la política económica y social, cuyo reconocimiento, respeto y protección, en la conocida expresión del artículo 53.3 CE, «informa la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» y, como advierte el constituyente, «Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen».

No estamos, pues, ante verdaderos derechos subjetivos garantizados por la Constitución, sino ante derechos apócrifos o, por decirlo en palabras de Peter Häberle, *platónicos*(31), remitidos a lo que en cada momento quieran reconocer los distintos poderes constituidos (poder ejecutivo, legislativo y judicial). La referencia de la cláusula del Estado social (art. 9.2 CE) a la participación cultural —un precepto con indudable potencial jurídico, que conecta hermenéuticamente con el artículo 44 CE (32)— ha quedado huérfana de atención por la jurisprudencia.

### III.3. El servicio de la cultura del art. 149.2 CE

Para entender correctamente la naturaleza de este precepto es imprescindible acudir a sus antecedentes históricos, pues su origen no es otro que el artículo 48 de la Constitución republicana de 1931, en virtud del cual se consideraba que «El servicio de la cultura es atribución esencial del Estado, y lo prestará mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada (...)».

Más que insertarse como una cláusula competencial de contrapeso (central) al reconocimiento republicano de ciertos derechos culturales en determinados territorios (33), este precepto obedecía a la visión republicana del Estado-nación decimonónico español como garante de Ilustración y civilización, cuya tutela y salvaguarda se atribuía en exclusiva a la Administración central, no sólo ni principalmente frente a las emergentes regiones autónomas, sino sobre todo —y esto es importante subrayarlo— frente a la propia Iglesia Católica, institución dotada de una enorme presencia en todos los órdenes de la vida cultural y política española. De ello es testimonio el artículo 45(34) o, más clara-

(31) Cfr. «La protección constitucional y universal de los bienes culturales», *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 54, 1998, p. 26.

(32) «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

(33) Al mismo tiempo que se mantenía el tradicional uniformismo cultural castellano —plasmado en el carácter oficial de este idioma para todo el Estado, junto con la obligación de todos los españoles de conocerlo (artículo 4)—, la Constitución republicana contemplaba la posibilidad de que el Estado reconociese las lenguas de «provincias o regiones», remitiendo a leyes especiales la posibilidad de «exigir el conocimiento o el uso» de esas lenguas. Además, se contemplaba la cultura propia como uno de los criterios necesarios, junto con los económicos e históricos, para considerar que una «región» podía acceder a la autonomía política (art. 10), solución novedosa para integrar las minorías culturales del Estado español, que posteriormente retomaría la Constitución de 1978.

(34) «Toda la riqueza artística e histórica del país, sea quien fuere su dueño, constituye un tesoro cultural de la Nación y estará bajo la salvaguarda del Estado, que podrá prohibir su exportación y enajenación y decretar las expropiaciones legales que estimare oportunas para su defensa».

mente, el ya transcrito artículo 48, que situaba bajo la garantía del Estado no tanto la acción cultural cuanto el sistema educativo. Algo que debe entenderse en una clave distinta a la del modelo territorial del Estado: la de la lucha de los republicanos contra la hegemonía del sistema educativo privado y, más concretamente, eclesiástico, dirigido desde otro Estado (el Vaticano).

Pues bien, la paternidad intelectual del artículo 149.2 CE le corresponde a Ricardo de la Cierva, senador por nominación real, y posterior ministro de Cultura con la UCD, quien durante la tramitación del proyecto de Constitución en el Senado «recicló» el artículo 48 de la Constitución Republicana (35) para transformar su significado originario en una habilitación competencial «universal» del Estado en materia cultural, con la que contrapesar, llegado el caso, un ejercicio «excesivo» de los títulos compenciales exclusivos de las comunidades autónomas en materia cultural. En línea con ello, la *opinio iuris* mayoritaria, encabezada por Santiago MUÑOZ MACHADO, ha interpretado este «servicio de la cultura» atribuido al Estado por este precepto constitucional no como la atribución de una posición de garante del Estado en general respecto del acceso a la cultura reconocido por el artículo 44 CE, sino como un criterio atributivo de competencias, añadido al sistema de lista de los precedentes artículos 148 y 149. Sería una expresión paralela a la expresión «fomento de la cultura», consignada como criterio de determinación de competencia autonómica en la lista del artículo 148 CE, de tal modo que la Administración General del Estado y las Cortes Generales habrían sido habilitadas por la Constitución para intervenir legítimamente sobre cualesquiera manifestaciones culturales, paralelamente a la intervención de cualquier otro poder territorial (conurrencia total o plena) (36).

Y, en efecto, pese a que los contenidos jurídicos del precepto son más amplios (incluye, por ejemplo, la escasamente cumplida atribución a la administración general del

---

(35) Resumía así el propio Ricardo de la Cierva el sentido de su enmienda al artículo 149.2, aprobada en la comisión constitucional del Senado: «En la misma defensa de la enmienda, declaráramos que estábamos abiertos a cualquier formulación que salvase el principio básico de la función cultural del Estado. En efecto, la idea inicial contemplaba los tres fines perfectamente asumidos por el Estado que ahora se proponen: primero, la consideración de la cultura como atribución esencial y exclusiva del Estado, misión básica que no figuraba expresamente en parte alguna de la Constitución, la cual solamente se refería, genéricamente, a los «poderes públicos», y citaba, en términos profusamente inconcretos, las competencias culturales de las Comunidades Autónomas. Segundo, la no interferencia de la función cultural del Estado en lo que compete a las Comunidades Autónomas, que debe armonizarse y basarse en el mutuo respeto y no en el conflicto cultural; y tercero, la introducción del importantísimo concepto de la comunicación cultural entre las Comunidades Autónomas, que el Estado facilitará, de acuerdo con ellas». Cfr. *Diario de Sesiones del Senado* n.º 65, 3 de octubre de 1978, p. 3.267.

(36) Cfr. Santiago MUÑOZ MACHADO, *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, I, Madrid, lustel, 2007, p. 474 y 802 y ss., donde se opina que «la cultura es un asunto que admite difícilmente el tratamiento competencial de las demás materias; en cuanto expresión de los individuos y la comunidad, la atención a sus manifestaciones pertenece por esencia a las atribuciones institucionales de cualquier ente representativo». La STC 49/1984, de 5 de abril, recogió casi literalmente el pensamiento de este autor, plasmado en la primera edición del libro anteriormente citado: «(...) Pecaría de superficial todo intento de construir sobre la idea de competencia en materia de cultura (...) una competencia omnimoda y excluyente (...) la cultura es algo de la competencia propia e institucional tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, y aún podríamos añadir de otras comunidades, pues allí donde vive una comunidad hay una manifestación cultural respecto de la cual las estructuras públicas representativas pueden ostentar competencias, dentro de lo que entendido en un sentido no necesariamente técnico-administrativo puede comprenderse dentro de «fomento de la cultura» (FJ 6.º). Frente a esa interpretación, José ASENSI SABATER interpretó que «la anterior afirmación, según la cual el Estado reserva para sí el “servicio de la cultura como deber y tribución esencial”, debe entenderse como facultad que reside, no en el Estado considerado como poder central, sino en el Estado global, es decir, en el conjunto de los poderes centrales, autónomos y descentralizados» (cfr. «Cultura y Constitución. Una propuesta cultural en la crisis», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 35, 1983, p. 271), interpretación bastante más fiel al origen republicano del artículo 149.2 CE.

Estado del «deber de facilitar la comunicación cultural entre comunidades autónomas, de acuerdo con ellas»), el artículo 149.2. CE ha funcionado frecuentemente como un comodín competencial legitimador de la regulación de materias culturales necesitadas de «tratamientos generales» (37), incluidas las referidas al patrimonio cultural (38). Más que como cláusula de legitimación del papel de lo público en la provisión cultural, el artículo 149.2 CE se ha convertido así en un título prevalente con el que garantizar un *statu quo* de supremacía cultural central frente a las comunidades con cultura nacional propia.

Con todo, preciso es indicar que esta interpretación de la concurrencia plena de competencias en materia cultural fue matizada por el propio Tribunal Constitucional a partir de la STC 109/1996 en un sentido restrictivo en el ámbito de las ayudas públicas, al afirmarse que «la competencia de cultura del art. 149.2 no constituye un título que se superponga sin más a los demás títulos específicos...», por lo que no podría ser esgrimida para justificar una competencia genérica del Estado cuando exista un título específico que atribuya competencias a las Comunidades Autónomas. Tal interpretación restrictiva fue reiterada por la STC 71/1997: el Estado puede «desempeñar también una actividad genérica de fomento y apoyo a las diversas manifestaciones culturales, aunque en este supuesto, como se dijo en la STC 109/1996 en relación a un asunto similar al aquí enjuiciado, deberá limitarse a prever las ayudas que estime pertinentes sin llevar a cabo otras actividades normativas y de gestión superpuestas o duplicadas respecto de las que corresponden a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia de cultura» (39).

(37) La expresión es de la STC 49/1984, antes citada. El artículo 149.2 ha sido invocado como cobertura competencial general de la Ley 10/2007, de 22 de junio, de la lectura, el libro y las bibliotecas; también de la Ley 55/2007, de 28 de diciembre, del cine, para regular el fomento de la cinematografía y el audiovisual en las lenguas cooficiales distintas del castellano para promover «la pluralidad cultural de España y la igualdad de oportunidades de las lenguas propias de cada territorio en materia de expresión y difusión audiovisual» (art. 36). En algún caso, incluso se ha llegado a esgrimir el artículo 44.1 CE y el art. 149.2 como títulos legitimadores de la aprobación de servicios mínimos ante el ejercicio del derecho de huelga en el Museo del Prado. *Vid.* en este sentido la STC 362/1993, de 13 de diciembre.

(38) La STC 17/1991 alegó el servicio a la cultura para ampliar el alcance del artículo 149.1.28.º, dotando así de constitucionalidad la regulación del conjunto del patrimonio histórico español por el legislador estatal mediante la ley 16/1985: «No hay duda de que estos bienes, por su naturaleza, forman parte de la cultura de un país y por tanto del genérico concepto constitucional de la cultura; es posible, por ello, hallar en la referida integración fundamento para una competencia estatal más amplia que la derivada del concreto título antes dicho». Durante el año 2013, diversas sentencias del Tribunal Constitucional han venido a confirmar la amplitud de los títulos competenciales estatales exclusivos sobre la cultura, fundamentalmente en materia de patrimonio documental y archivos de titularidad estatal. *Vid.* SS.TC 14/2013, de 31 de enero (caso del Archivo de la Corona de Aragón I), 20/2013, de 31 de enero (caso del Archivo de la Guerra Civil I), 38/2013, de 14 de febrero (caso sobre la integración en sistema archivístico autonómico en archivos estatales), 66/2013, de 14 de marzo (caso Archivo de la Corona de Aragón II), 67/2013, de 14 de marzo (Archivo de la Guerra Civil II), 68/2013, de 14 de marzo (Archivo de la Guerra Civil III) y, finalmente, STC 136/2013, de 6 de junio, sobre declaración de bien de interés cultural como colección de documentos contenidos en archivos estatales. Juan Manuel ALEGRE AVILA ha analizado esta jurisprudencia en «Archivos estatales: integración en sistemas archivísticos autonómicos y restitución de documentos», *Patrimonio Cultural y Derecho* n.º 17, 2013, pp. 169-213.

(39) En esta sentencia, el Tribunal aplica a continuación la doctrina general establecida a partir de la STC 13/1992 sobre los límites competenciales de la acción de fomento estatal, afirmando que «el Estado puede regular la concesión de ayudas y subvenciones al sector del libro para fomentar la difusión de la cultura escrita común a todos los pueblos que lo conforman, pero no puede reservarse competencias de gestión salvo en los casos excepcionales que justifican su gestión centralizada, lo que habrá de parecer razonablemente justificado y deducirse sin esfuerzo de la naturaleza de la medida de fomento de que se trate». Al no haberse justificado en el caso concreto la absorción estatal de las competencias de gestión de las ayudas, el Tribunal declaró que se habían vulnerado las competencias de la Generalitat de Cataluña.

## IV. El deterioro postconstitucional del derecho de acceso a la cultura

Durante la experiencia postconstitucional, el débil diseño constitucional del derecho de acceso a la cultura se ha visto paulatinamente distorsionado por la confluencia de dos aspectos: (1) una imperfecta concurrencia pública en el desarrollo del acceso a la cultura, tributaria de unos planteamientos constitucionales claramente insatisfactorios y (2) la indiferencia constitucional sobre la provisión privada del consumo cultural, esto es, sobre la creciente mercantilización de los sectores culturales, que arroja paulatinamente la provisión pública a las dinámicas liberalizadoras propias de la Unión Europea, en cuyo desarrollo los derechos de acceso y sus aspectos conexos —por ejemplo, la función social de la propiedad o la denominada «*excepción cultural*»— se contraponen a las cada vez más intensas dinámicas transnacionales de liberalización de la circulación de mercancías, servicios y capitales.

### IV.1. La imperfecta concurrencia pública en el desarrollo del derecho de acceso a la cultura

La consideración constitucional del acceso a la cultura como un principio rector de la política económica y social que vincula a todos los poderes públicos abre *prima facie* su desarrollo a la concurrencia competencial de las distintas administraciones, tanto territoriales como no territoriales. Ya hemos visto cómo la opinión jurídica mayoritaria (doctrinal y jurisprudencial) ha apoyado sin dudas este tipo de planteamientos. Sin embargo, pocas veces se han señalado las limitaciones y efectos perversos de este planteamiento institucional, y quizá sea este momento de recesión el apropiado para la reflexión al respecto. Veamos, pues, algunos problemas.

#### A) LAS ZONAS INMUNES AL DERECHO DE ACCESO EN ESPAÑA: LA IGLESIA CATÓLICA

La formulación constitucional de los sujetos vinculados por el acceso a la cultura incluye a los poderes públicos, pero excluye a quien es la mayor titular privada de bienes culturales en España: la Iglesia Católica.

El enorme patrimonio mueble e inmueble de la Iglesia goza de la privilegiada posición jurídica derivada de los acuerdos internacionales suscritos con el Reino de España el 3 de enero de 1979. El acuerdo sobre educación y asuntos culturales (art. XV) no menciona ningún mecanismo jurídico que permita resolver los conflictos entre el valor cultural general y el valor de culto de un bien, y se limita a remitir a una comisión mixta Iglesia-Estado la regulación de la conservación, catalogación y acceso a ese patrimonio cultural, manteniéndolo alejado de la regulación común (40).

---

(40) El único artículo del Acuerdo de 1979 que se dedica a los asuntos culturales, el XV, dice, de una manera más imprecisa que el art. 21 del Concordato de 1953, que «La Iglesia reitera su voluntad de continuar poniendo al servicio de la sociedad su patrimonio histórico, artístico y documental y concertará con el Estado las bases para hacer efectivos el interés común y la colaboración de ambas partes, con el fin de preservar, dar a conocer y catalogar este patrimonio cultural en posesión de la Iglesia, de facilitar su contemplación y estudio, de lograr su mejor conservación e impedir cualquier clase de pérdidas en el marco del artículo 46 de la Constitución. A estos efectos, y a cualesquiera otros relacionados con dicho Patrimonio, se creará una Comisión Mixta en el plazo máximo de un año a partir de la fecha de entrada en vigor en España del presente Acuerdo». La

La Ley estatal 16/1985 omitió también una regulación general del acceso al patrimonio cultural de titularidad eclesiástica, previendo apenas en el art. 28 la prohibición de enajenación o cesión de bienes muebles integrantes del patrimonio cultural español en posesión de instituciones eclesiásticas. Posteriormente, las Comunidades Autónomas han incorporado las relaciones con la Iglesia Católica a sus propias leyes de patrimonio, desarrollando también sus propios convenios y comisiones mixtas (41).

Treinta y cinco años después, sin embargo, esta regulación arroja un balance desigual e insatisfactorio respecto de la eficaz protección del derecho de acceso de los ciudadanos a un patrimonio, el eclesiástico, que, a pesar de ser el principal beneficiario de los fondos públicos destinados a la restauración del patrimonio, sigue guardado en una zona muerta, un no-lugar jurídico, bajos los múltiples mantos de privilegio que sigue conservando la Iglesia Católica en España. Testimonio de ello es la más que discutible inscripción registral privilegiada —una suerte de *reamortización* en pleno siglo XXI— que ha permitido poner sin mayores problemas candado privado a un importantísimo patrimonio cultural (42).

## B) UNA CONCURRENCIA COMPETENCIAL DESEQUILIBRADA

La naturaleza jurídico-constitucional de las competencias en materia cultural se caracteriza habitualmente bajo la clave de la concurrencia: una suerte de liberalización competencial, que habilitaría por igual a todos los poderes públicos para desarrollar sus mecanismos de garantía del acceso a la cultura y a las culturas, esto es, el acceso a las identidades culturales respectivas.

Tal planteamiento de la concurrencia tiene, sin embargo, un indudable contenido ideológico: es más un *desideratum* que una descripción de la realidad jurídico formal y político-administrativa constitucional.

En efecto, por el miedo político de los constituyentes a que la acción cultural de las Comunidades Autónomas con identidad cultural propia pudiese erosionar la cohesión unitaria de un Estado presuntamente fundado sobre una cultura común, el título

---

Comisión mixta prevista en este artículo se constituyó el 30 de octubre de 1980 con la firma del «Documento relativo al marco jurídico de actuación mixta Iglesia-Estado sobre Patrimonio histórico-artístico», que daba prioridad a la función de culto de los bienes sobre el acceso especializado (el de los estudiosos) y general.

(41) Para el caso gallego, por ejemplo, *vid.* art. 5 de la Ley 8/1995, de 30 de octubre, y el convenio entre la Xunta de Galicia y los obispos de las diócesis gallegas de 17 de abril de 1985, publicado en el *DOG* n.º 107 de 5 de junio de 1985. En nuestro caso, no existe regulación alguna del ejercicio del derecho de acceso a los bienes culturales de titularidad eclesiástica.

(42) El artículo 206 de la Ley Hipotecaria y los artículos 303-304 del reglamento de esta Ley autorizan a los obispos de la Iglesia Católica a emitir unilateralmente certificaciones de dominio sobre los bienes que la Iglesia considere suyos y pretenda inmatricular en el Registro de la Propiedad. A partir de 1998, por Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, esa facultad se amplió a edificios de culto, templos, ermitas y otros bienes que forman parte del patrimonio cultural de España. Este medio privilegiado de inmatriculación, por el que una autoridad eclesiástica —a la que se equipara, sin serlo, como fedatario público— puede expedir la certificación de dominio acreditando que el bien que se pretende registrar es propiedad de la Iglesia, todo ello mediante un procedimiento extraordinario y sin publicidad, que no requiere información pública, ni notaría, ni publicación de edictos y con un coste de tramitación que oscila entre los 25 y los 30 euros, ha permitido la silente apropiación por parte de la Iglesia de catedrales, templos, ermitas, casas parroquiales, cementerios, fincas, frontones, garajes, huertos, olivares, villas, pastos y prados, y un largo catálogo de bienes inmobiliarios exentos de impuestos que, en no pocos casos, se han costeadado, sostenido y mantenido con fondos públicos, Ayuntamientos y vecinos durante siglos.

VIII de la Constitución otorgó una posición cultural preeminente a la Administración General del Estado (43), rompiendo así con uno de los aspectos menos controvertidos del federalismo de nuestro entorno (que la competencia de la Federación en materia cultural sea subsidiaria y residual) (44). El poder central —es decir, los dos partidos estatales mayoritarios— ha asumido esa misión de garantía de la cultura (española) presuntamente común —en realidad, una construcción ideológica e historiográfica ecléctica, asentada sobre la base del castellano—, mediante el uso de potentes títulos competenciales de legislación y ejecución (45), que se superponen —e imponen— a los títulos exclusivos autonómicos, y que aparecen económicamente respaldados con los créditos de un sistema de financiación sesgado hacia la Administración General del Estado, como pone de manifiesto, por ejemplo, la inversión unilateral del 1% cultural generado por esa enorme maquinaria inversora que son los Ministerios, o el hecho de que, en plena época de recortes presupuestarios —y en medio de acusaciones del despilfarro que supone, presuntamente, el gasto autonómico—, el Ministerio de Cultura siga subvencionando ámbitos de la competencia (cultural) exclusiva de las Comunidades Autónomas, a sabiendas de su inconstitucionalidad (46).

La pesada herencia del uniformismo político-cultural base del *nation building* moderno de España, no sólo cristalizó en la distribución constitucional de competencias de 1978, sino que revela una tendencia estructural de fondo, reflejada de manera pa-

(43) Santiago MUÑOZ MACHADO expresa muy bien en el siguiente pasaje esta visión de las identidades culturales autonómicas como amenaza tendencial de la unidad del Estado; semilla del separatismo contra la que, en consecuencia, es necesario salvaguardarse: «(...) cuando las colectividades con rasgos culturales específicos que existen en el seno de un Estado o Federación son amplias suelen reservarse a los poderes centrales facultades de acción en la materia para preservar la cultura común, que es una base capital de sostenimiento de las estructuras políticas unitarias». Cfr. *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, I, op. cit., p. 792. Este tipo de planteamientos han contribuido a fundamentar en términos ideológicos más asumibles el tradicional asimilacionismo de las culturas españolas no castellanas, pasando del nacionalismo tradicionalista franquista a un nacionalismo constitucional, fundado sobre valores como la igualdad o la libertad individual. Cfr. Jordi MUÑOZ MENDOZA, *La construcción política de la identidad española. ¿Del nacionalcatolicismo al patriotismo democrático?* Madrid, CIS, 2012.

(44) De hecho, la única competencia exclusiva que la Constitución Federal alemana atribuye a la Federación es «la protección del patrimonio cultural alemán contra la evasión al extranjero» (art. 73.5.a). El resto de competencias culturales son asumidas en exclusiva por los *Länder*. También es significativo que, cuando en 1982 Canadá aprueba la *Charte canadienne des droits et libertés*, previó en su artículo 27, tras regular los derechos lingüísticos en los distintos territorios, que «*Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens*»: uno de los reconocimientos más claros del valor constitucional del multiculturalismo a nivel de interpretación de los derechos constitucionales.

(45) Así, aunque la propia Constitución otorga competencias a las comunidades autónomas sobre las instituciones de depósito cultural y el patrimonio monumental «de interés para la Comunidad Autónoma» (art. 148.1.15.º y 16.º CE), así como sobre el fomento de la cultura y de la enseñanza de la lengua propia (art. 148.17.º CE); y aunque la STC 17/1991, de 31 de enero, ha limitado la interpretación expansiva de los títulos estatales en materia cultural que se plasmaba en la Ley 16/1985, de patrimonio histórico español, lo cierto es que la Constitución reserva para la administración general del Estado la titularidad de las instituciones de depósito cultural más importantes (la red provincial de museos, archivos y bibliotecas, art. 148.1.28.º, aunque haya encomendado su gestión a las comunidades autónomas), y tres potentes títulos competenciales transverales: la defensa del patrimonio cultural, artístico y monumental español contra la exportación y expoliación (art. 149.1.28.º); el «servicio a la cultura como deber y atribución esencial del Estado» (art. 149.2 CE), y el derecho de negociar y firmar tratados internacionales (art. 149.1.3.º y 94 CE).

(46) La anulación por el Tribunal Constitucional de convocatorias estatales de ayudas en ámbitos de exclusiva competencia autonómica se produce cuando ya han sido concedidas y justificadas las convocatorias, por lo que tal anulación no genera efectos concretos sobre los actos administrativos firmes. Ello alienta que se vuelvan a convocar las ayudas en años sucesivos. *Vid.* en este sentido las convocatorias anuladas por las SS.TC 89/2012, de 7 de mayo, y 179/2013, de 21 de octubre.

radigmática por la Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la tauromaquia como patrimonio cultural, en cuyo articulado se enarbolan cual rejonos los títulos culturales estatales —incluido el derecho de acceso a la cultura(47)— para salir al paso de ciertas leyes autonómicas que prohibían las corridas de toros al amparo de la normativa de protección de los animales (48).

Tampoco cabe olvidar que Estado retiene otros importantes títulos competenciales sobre las herramientas más potentes de consecución —o cierre— del acceso a la cultura: las normas básicas del régimen de los medios de comunicación social (art. 149.1.27.º), la legislación sobre propiedad intelectual (art. 149.1.9.º) (49) o la legislación fiscal (art. 149.1.14.º), que incluye aspectos tan esenciales para el consumo cultural como su tributación (IVA de los bienes y servicios culturales), el acceso a contenidos digitales, o los beneficios fiscales por inversiones culturales; sin olvidar el fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica (art. 149.1.15.º), utilizado recientemente para dar una regulación, muy diluida y confusa, del *open access* científico (50).

Ante semejante batería de títulos competenciales prevalentes, los márgenes que poseen los diseños autonómicos de políticas de democratización del acceso a la cultura (o a su cultura) son escasos y débiles, claramente dependientes, además, de su

---

(47) En el preámbulo de la Ley puede leerse que «La Tauromaquia es un conjunto de actividades que se conecta directamente con el ejercicio de derechos fundamentales y libertades públicas amparados por nuestra Constitución, como son las de pensamiento y expresión, de producción y creación literaria, artística, científica y técnica. Y resulta evidente que la Tauromaquia, como actividad cultural y artística, requiere de protección y fomento por parte del Estado y las Comunidades Autónomas. Es necesario contemplar la protección y regulación de tan importante Patrimonio Cultural, Artístico, Social y Económico como una actividad de todos los poderes públicos para el servicio a los ciudadanos, por mandato de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, pues aquellos deben promover y tutelar el acceso a la Cultura, a la que todos tienen derecho, y en el artículo 46, que impone a los poderes públicos la obligación de garantizar su conservación y promover su enriquecimiento, así como el de los elementos que los integran, cualquiera que sea su régimen jurídico y su titularidad. Por último, debe concluir esta referencia constitucional con la cita del artículo 149.2, que expresa la preocupación del legislador constituyente por la preservación y progreso de los valores culturales de la sociedad española, y que impone al Estado la obligación de considerar el servicio de la cultura como un deber y atribución esencial».

(48) Aunque la primera comunidad autónoma que prohibió en su territorio las corridas de toros fue Canarias, mediante la Ley 8/1991, de 30 de abril, de protección de los animales, la polémica surge cuando el parlamento catalán aprueba una iniciativa legislativa popular en la que se prohíbe explícitamente las corridas de toros y los espectáculos con toros que incluyan la muerte del animal y la aplicación de suertes como la pica, banderillas y estoques. Se permiten en cambio los «correbous». *Vid.* Ley 28/2010, de 3 de agosto, de modificación del artículo 6 del texto refundido de la Ley catalana de protección de los animales, aprobado por el Decreto legislativo 2/2008.

(49) Ejemplo destacado en este ámbito es la tutela de acceso a la cultura frente al derecho moral de los causahabientes de un autor fallecido a mantener una obra inédita, así como los plazos de explotación económica de una obra, cuyo transcurso hace entrar a esta en el dominio público. El art. 40 del vigente texto refundido de la Ley de propiedad intelectual establece que «Si a la muerte o declaración de fallecimiento del autor, sus derechohabientes ejerciesen su derecho a la no divulgación de la obra, en condiciones que vulneren lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución, el Juez podrá ordenar las medidas adecuadas a petición del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, las instituciones públicas de carácter cultural o de cualquier otra persona que tenga un interés legítimo». Otro límite es el derecho de cita previsto en el art. 32 TRLPI (sobre este límite, puede verse la interesante Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 de junio de 2012, ID CENDOJ 28079370282012100171).

(50) El artículo 37 de la Ley 14/2011, de la ciencia, la tecnología y la innovación, regula el acceso abierto a las publicaciones científicas, aunque «sin perjuicio» de los derechos de explotación de la propiedad intelectual que le corresponda a los autores y a las entidades gestoras de tales derechos.



capacidad de gasto público. Es cierto que, durante los últimos veinticinco años, las leyes autonómicas han venido reconociendo y desarrollando normas y políticas de desarrollo del derecho de acceso a la cultura: creación y regulación de los sistemas autonómicos públicos de depósito cultural (museos, bibliotecas, archivos), con acceso mínimo y gratuito a los bienes de interés cultural durante cuatro días al mes, o de cinco meses cada dos años en el caso de bienes muebles(51); reconocimiento estatutario del derecho de los residentes ausentes a participar en la vida cultural de su comunidad autónoma(52); derecho de los discapacitados al acceso cultural(53); creación de medios propios de comunicación (radios y televisiones)... Sin embargo, estas medidas se caracterizan por su reversibilidad, del mismo modo que no existen garantías financieras legales de un gasto público mínimo vinculado al derecho de acceso a la cultura. Apenas se ha reconocido la garantía de un nivel mínimo de inversión pública en la conservación y rehabilitación del patrimonio(54).

Los Estatutos de Autonomía de última generación, elaborados durante la legislatura 2004-2008(55), han supuesto el último y más ambicioso intento de ampliación de los derechos de acceso cultural, en un marco en el que las identidades culturales propias han consolidado una relevancia esencial para la propia autonomía política(56), incluso más allá de las nacionalidades históricas (Euskadi, Cataluña, Galicia). Sin embargo, ante la eventual inconstitucionalidad de normas estatutarias positivadoras de derechos que entrasen a regular contenidos reservados al Estado (por ejemplo, art. 3, art. 81 o 149.1.º.28.º CE) o desvirtuasen «las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos» (art.149.1.1.º CE), se ha impuesto una cautela o configuración del reconocimiento estatutario de derechos como normas

---

(51) En el caso gallego, *vid.* art. 27 Ley 8/1995, de patrimonio cultural de Galicia, además de las normativas autonómicas y estatal de museos, normalmente de rango reglamentario.

(52) En el caso de Galicia, *vid.* art. 7.1 de su Estatuto de Autonomía, y art. 23 de la ley 7/2013, de galleguidad.

(53) Las leyes autonómicas sobre accesibilidad y supresión de barreras incluyen los teatros, cines, bibliotecas, archivos, etc. en su ámbito de aplicación. *Vid.* por ejemplo art. 13 de la Ley 8/1997, de 20 de agosto, de accesibilidad y supresión de barreras de la Comunidad Autónoma de Galicia. El Código Técnico de Edificación ha incorporado con carácter básico las reglas de accesibilidad de edificios a las personas con discapacidad. *Vid.* Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, por el que se modifica el Código Técnico de la Edificación, aprobado por el Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, en materia de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad.

(54) Según el art. 86 Ley 8/1995, de patrimonio cultural de Galicia, «A los efectos de concretar las obligaciones establecidas en esta Ley, se destinará un mínimo del 0,15 por 100 de los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma para fines de conservación, restauración y rehabilitación del patrimonio cultural de Galicia, el cual será gestionado por la Consejería de Cultura».

(55) Si bien el primer Estatuto reformado fue el de Valencia (Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril), el liderazgo jurídico y político en las formulaciones del derecho de autonomía de las nacionalidades y regiones le corresponde al Estatuto de Cataluña, aprobada por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, y posteriormente recortado en importantes aspectos por la famosa STC 31/2010, de 28 de junio. También se reformaron los Estatutos de Autonomía de Illes Balears (Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero), Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo), Aragón (Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril) y Castilla León (Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre).

(56) Sobre el refuerzo cuantitativo y cualitativo de la identidad cultural como presupuesto de las Comunidades Autónomas mismas y de sus (renovados) Estatutos de autonomía, me remito a la panorámica realizada por Susana DE LA SIERRA MORÓN, «Principios y objetivos relacionados con el reforzamiento de la identidad cultural de la comunidad autónoma», en Francisco BALAGUER CALLEJÓN *et al* (coords.), *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008, pp. 789-811.

de mayor protección, o, por decirlo en los términos del propio Tribunal Constitucional, de «*sobreprotección*» (57), permitiendo así la lícita codificación estatutaria de políticas autonómicas de acceso a la cultura (58) así como una conexión directa con los estándares protectores acuñados en el derecho internacional en materia cultural (59). Sin embargo, los rendimientos de tales planteamientos se han visto cercenados por el impacto de la crisis económica desatada a partir del año 8 en el gasto público cultural, al carecer estos derechos de la garantía financiera necesaria para su desarrollo: algo a lo que no ha sido ajena la propia reforma del artículo 135 CE en agosto de 2011, cuyas determinaciones pesarán como una losa durante muchos años sobre cualquier intento de recuperación de la financiación adecuada y suficiente de los servicios públicos culturales (60).

Si acudimos al nivel local, veremos que la Constitución no reserva a este ámbito territorial competencias culturales. Estas competencias son atribuidas por el legislador básico, con la consecuente variabilidad de soluciones. Hasta hace muy poco, la Ley de Bases de Régimen Local vigente reconocía en el art. 25, 26 y 28 LBRL competencias en protección del patrimonio histórico-artístico (61) y actividades o instalaciones culturales, con la obligatoriedad de biblioteca pública para aquellos ayuntamientos de más de 5.000 habitantes, así como una habilitación genérica para realizar actuaciones complementarias en materia cultural respecto de las otras administraciones territoriales. Paradójicamente, pese a esa irrelevancia competencial constitucional del nivel municipal, lo cierto es que el mayor gasto público en cultura —y, por ende, buena parte de las herramientas de acceso público a la cultura— le corresponde a este nivel administrativo local (62), cuyo papel jurídico-constitucional no es sino subsidiario de los restantes niveles, y cuyo músculo presupuestario propio suele estar atrofiado por la aversión político-electoral al aumento de los tributos locales.

(57) *Vid.* fundamento jurídico 74 de la STC 31/2010, de 28 de junio, a propósito de la constitucionalidad de la disposición adicional decimotercera del Estatuto de Autonomía de Cataluña en lo atinente a la introducción en el sistema archivístico catalán de fondos documentales «*propios*» depositados en los archivos de titularidad estatal.

(58) Por ejemplo, el art. 22 del Estatuto catalán reconoce los siguientes derechos y deberes en el ámbito cultural: 1. Todas las personas tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a la cultura y al desarrollo de sus capacidades creativas individuales y colectivas. 2. Todas las personas tienen el deber de respetar y preservar el patrimonio cultural. A ello se le añade el principio rector reconocido en el art. 44.5: «Los poderes públicos deben emprender las acciones necesarias para facilitar a todas las personas el acceso a la cultura, a los bienes y a los servicios culturales y al patrimonio cultural, arqueológico, histórico, industrial y artístico de Cataluña».

(59) Así, *vid.* art. 4 del Estatuto catalán, y art. 374: «Los derechos y principios del presente Título no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes. Ninguna de las disposiciones de este Título puede ser desarrollada, aplicada o interpretada de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados y convenios internacionales ratificados por España».

(60) *Cfr.* el premonitorio trabajo de Gonzalo MAESTRO BUELGA, «El vínculo presupuestario comunitario y los derechos sociales», *Revista Vasca de Administración Pública* n.º 64, 2002, pp. 192-222.

(61) Es en este campo de la actividad municipal donde se detecta una temprana aplicación jurisprudencial de los artículos 44 y 46 CE, para ampliar la protección patrimonial que brindaba la legislación republicana, vigente hasta 1985. *Vid.* las SS.TS de 13 de abril de 1981 (RJ 1838; relator: Emilio Díaz Eimil), 10 de diciembre de 1981 (RJ 5382; relator: José María Sánchez-Andrade), o de 6 de mayo de 1983 (RJ 2466; relator: José Luis Ruiz Sánchez).

(62) Según el *Anuario de Estadísticas Culturales de 2013*, del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, en 2011 el gasto liquidado de la Administración General del Estado fue de 957 millones, frente a los 1.483 millones de euros de las comunidades autónomas y los 3.397 de las entidades locales.

### C) LOS EFECTOS PERVERSOS DE LA CONCURRENCIA COMPETENCIAL EN MATERIA CULTURAL

El diseño constitucional concurrencial del derecho a la cultura, las luchas político-culturales características del Reino de España y la propia naturaleza de la cultura como bien social ampliamente demandado, ha convertido la inversión cultural en una disputada arena político-administrativa. Manantial de legitimación político-electoral y social que ha contribuido a mantener este sector, en buena medida, al margen de los criterios de eficiencia y economía que guían la programación del gasto público (art. 32 CE), o de los principios de lealtad institucional que guían las relaciones interadministrativas (art. 4 LPAC). Lo cual ha propiciado la actual generalización de una visión del gasto cultural público como un «despilfarro», y del acceso a la cultura como una coartada, carente ya de credibilidad social, muy alejada de su significación constitucional originaria.

La cultura ha funcionado frecuentemente, en efecto, como factor de legitimación en el marco de luchas político-electorales más amplias; pero también como una simple coartada de un gasto público cuya justificación poco tiene que ver con la satisfacción de necesidades o demandas sociales propiamente culturales. No pocas infraestructuras culturales, líneas de subvención y patrocinios publicitarios se han duplicado, en función de criterios político-electorales o de políticas (económicas) colaterales, como la turística, sin tener en cuenta previamente las necesidades efectivas, la funcionalidad propiamente cultural o las consecuencias que esas inversiones tienen en la sostenibilidad del gasto público corriente, en especial la dotación de personal profesional y el gasto en programación anual de los servicios públicos correspondientes. Museos de todo tipo, centros de arte contemporáneo, auditorios, ciudades de la cultura o de las artes y las ciencias, proliferan por el territorio con escaso personal y menos fondos públicos para programación cultural. Ante la carestía de lo público, se imponen cada vez más las técnicas de externalización de la gestión hacia la iniciativa privada y a la correlativa lógica de obtención de beneficios. Lo cual, a su vez, redundando en dos graves efectos: una oferta cultural *mainstream*, poco respetuosa con el pluralismo cultural existente; y el paulatino abandono de la gratuidad en el acceso, con la finalidad de generar ingresos con los que equilibrar la cuenta de explotación. Nadie está libre de pecado: ningún nivel político territorial —y ningún partido político— está dispuesto a renunciar al gasto cultural o, por decirlo más propiamente, al juego político que proporciona. Pero el contexto de crisis económica, como veremos, ha convertido en virtud privatizadora la necesidad (¿coyuntural?) de renunciar al gasto público cultural.

## IV.2. La mercantilización del consumo cultural

Una de las características del actual desarrollo socioeconómico del sistema capitalista global es la atención creciente que el mercado presta al consumo cultural, en especial al generado por Internet. Libro y publicaciones periódicas, artes plásticas y escénicas, artes musicales, sector audiovisual y un largo etcétera son contemplados como un sector propio basado en la creatividad, con un alto potencial de generación de valor añadido.

La consolidación de una *lex mercatoria* global en el ámbito de los servicios y bienes culturales, en especial digitales y audiovisuales, forma parte de la agenda nego-

ciadora de la Organización Mundial del Comercio (GATT y GATS) desde la ronda Uruguay (1986-1994), y se ha encontrado en diversas ocasiones con las reservas de países que protegen sus propias industrias culturales frente al libre comercio (la denominada excepción cultural) (63).

En Europa, son múltiples los documentos que centran la atención en las industrias culturales y su creatividad como un territorio específico de la actividad económica europea (64), superando así, mediante la ultraactividad de los títulos competenciales sobre políticas comunitarias armonizadas, el esquema de subsidiariedad previsto en los tratados sobre el ámbito cultural (art. 151 TCE y 167 TFUE). Y, a medida que el mercado global atiende la provisión de estos bienes de consumo cultural y pone énfasis en la generación de actividad empresarial a su alrededor, crecen los planteamientos liberalizadores, como por ejemplo:

- Una regulación estricta de la explotación económica de la creatividad frente al consumo cultural gratuito (en especial, digital), básicamente mediante la unificación del régimen de propiedad intelectual, la mejora de los mecanismos recaudatorios y de las potestades de las entidades gestoras, y por último, la garantía penal. En la medida en que la propiedad intelectual ha sido armonizada a nivel europeo mediante distintas Directivas, el Estado ha perdido su capacidad para limitar los derechos de explotación de la propiedad intelectual en mérito del acceso a la cultura. Muestra de ello es la Sentencia del TJUE de 26 de octubre de 2006, que condenó al Reino de España por incorrecta trasposición de la Directiva 92/100/CEE, de 19 de noviembre, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual, obligando a eliminar la no remuneración de los autores por los préstamos bibliotecarios, mecanismo clásico de acceso (gratuito) a la cultura (65).
- Un mayor control de las ayudas de Estado en el ámbito de las industrias culturales y creativas, amparadas por el art. 87.3.d) del TCE (hoy art.07.3.d)TFUE),

(63) Vid. el sintético informe de Lluís BONET, «La excepción cultural», publicado en 2004 y disponible en línea en el sitio del Real Instituto Elcano, <http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/513/ARI-94-2004-E.pdf>.

(64) Desde el informe Delors, o *Libro Blanco de la Comisión sobre crecimiento, competitividad y empleo. Desafíos y pistas para entrar en el siglo XXI* (vid. DOCE serie C n.º 700, de 5 de diciembre de 1993, p. 143) se ha venido señalando la importancia económica en alza del sector cultural europeo. Posteriormente, y en el marco de la Estrategia de Lisboa, ha insistido en estos temas la Comunicación sobre una Agenda Europea para la Cultura en un Mundo en vías de Globalización, de 10 de mayo de 2007, elaborada por la Comisión (DOUE COM 242 final) y finalmente acogida en noviembre de 2007 por el Consejo de la Unión (Resolución de 16 de noviembre, DOUE C 287/1). Uno de sus frutos es el *Libro Verde Liberar el potencial de las industrias culturales y creativas* (DOUE de 27 de abril de 2010, COM (2010) 183 final), ya alineado con la Estrategia Horizonte 2020.

(65) Para ejecutar esta sentencia, la Ley 10/2007, estatal del libro, la lectura y las bibliotecas, modificó el artículo 37.2 del TRLPI, introduciendo el sistema actual, consistente en fijar el devengo de la remuneración del autor por la adquisición de libros para préstamo (0,20 € por cada libro); el obligado a abonar esa remuneración es el titular de la biblioteca pública (por tanto, el usuario no se ve obligado a pagar nada, siendo asumido el coste con cargo al erario público); esa remuneración es liquidada por el titular de la biblioteca a las sociedades de gestión de los derechos de autor, que son las encargadas del abono final de la remuneración a los autores. No obstante, están exentas de esta remuneración las bibliotecas del sistema educativo (por su contribución al derecho a la educación) y la de los ayuntamientos de población inferior a 5.000. El desarrollo reglamentario de esta norma ha llegado seis años después de la Ley, mediante el Real Decreto 624/2014, de 18 de julio (BOE de 1 de agosto).

para evitar que la defensa de la diversidad cultural falsee la libre competencia, en especial en el sector audiovisual (66).

- El reflujo de la provisión cultural del Estado para que, de acuerdo con la libre circulación de mercancías, bienes y servicios, las demandas de cultura se satisfagan por el mercado cultural de iniciativa privada. El reflujo se complementa con la mimesis, dado que los valores comerciales y los agentes económicos a ellos vinculados cobran cada vez más peso en la definición estratégica y en la gestión de las políticas culturales públicas, degradando los planteamientos de gratuidad en el acceso y de servicio público (67).

Esta demanda de abstención estatal se proyecta sobre las distintas políticas públicas culturales: desde la reducción de las ayudas públicas a los sectores culturales, hasta la paulatina privatización o externalización de los servicios públicos culturales, las alternativas mixtas de financiación público-privada (donaciones, mecenazgos, *crowdfunding* cultural), con independencia de si los servicios públicos organizan el depósito cultural (bibliotecas, archivos y museos) o generan producción cultural pública (teatros, editoriales, orquestas...) (68). En la medida en que la privatización de la provisión cultural suponga el traslado de la gestión a un poder privado (empresarial), este deja de estar constitucionalmente sujeto a lo previsto en el art. 44 CE (cuyo ámbito subjetivo atañe a los poderes públicos), y sólo se sujetará, en sus relaciones con los usuarios, a los términos que disponga en cada caso el correspondiente documento contractual.

Precisamente por la debilidad constitucional congénita del derecho de acceso a la cultura, no parece posible construir jurídicamente sobre bases sólidas la existencia de un *mínimo cultural vital* cuya provisión le corresponda al Estado (69), para que de este modo se garantice la cobertura de los fallos del mercado cultural cuando este se revela incapaz de satisfacer correcta e igualitariamente las necesidades culturales de la

---

(66) *Vid.* la Comunicación de la Comisión, de 26 de septiembre de 2001, sobre determinados aspectos jurídicos vinculados a las obras cinematográficas y otras producciones del sector audiovisual (*DOUE* serie C 43, de 16 de febrero de 2002), y la Resolución del Consejo de 12 de febrero de 2001 sobre las ayudas nacionales al sector del cine y al sector audiovisual (*DOUE* serie C 73, de 6 de marzo de 2001).

(67) Tales riesgos aparecen frecuentemente descritos tanto en el Informe para la reforma de los medios de comunicación de titularidad pública del Estado, elaborado por el Consejo creado al efecto por el Real Decreto 744/2004, de 23 de abril, y aprobado el 4 de febrero de 2005, como en su resultado legal, la Ley 17/2006, de 5 de junio, de radio y televisión estatal. Baste la cita de la p. 24 del Informe: «Menos visible, pero seguramente tan negativa como la acusación anterior, para unos medios al servicio de una democracia plural y participativa, ha sido la parcial y paulatina, pero demostrable, desviación de los programas informativos desde el modelo público europeo, —como órgano esencial para la información, la expresión y el juicio de valor de los ciudadanos— hacia el modelo comercial que, bajo la presión publicitaria y en consonancia con las cadenas privadas, ha tendido a reflejar cada vez menos la vida política y social, nacional e internacional. Se ha llegado, así, a saturar los telediarios con noticias sobre sucesos y «crónica rosa», a dilatar desproporcionadamente el tiempo dedicado a los deportes y a tergiversar incluso la sección de cultura, convirtiéndola con frecuencia en espectáculo banal. En esta misma línea, los telediarios han tendido a la redundancia, con pérdida de diversidad informativa y de características diferenciales entre las distintas ediciones y cadenas»

(68) Juan Manuel ALEGRE AVILA, «Público y privado en la prestación de servicios culturales: fórmulas personales, organizativas y funcionales», en *Patrimonio Cultural y Derecho* n.º 10, 2006, pp. 71-90.

(69) Aunque sin referencias a la «procura cultural», puede verse el trabajo de Encarna CARMONA CUENCA, «Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital», en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, N.º 2, 2006 (Ejemplar dedicado a los derechos sociales), pp. 172-197.

población, con independencia de su poder adquisitivo o territorio (70). Ni el art. 44 CE, ni el art. 149.2 CE, con su consideración del servicio a la cultura como misión o deber esencial del Estado, pueden poder oponerse fácilmente al cada vez mayor peso de las políticas comunitarias armonizadas de liberalización de los mercados audiovisuales, de provisión privada de servicios culturales o de apuesta por una oferta cultural pública más *comercial*, más capaz de *generar ingresos*.

## V. Recesión económica y degradación del derecho de acceso a la cultura

La recesión experimentada desde el año 8 ha puesto de manifiesto las agudas debilidades congénitas del dispositivo jurídico e institucional español de defensa de los derechos de acceso a la cultura.

Pese a no ser excesivo en términos objetivos respecto del que se produce en países de nuestro entorno, el gasto cultural ha sido, en efecto, uno de los principales damnificados de la grave contracción de la actividad económica española. Los ciudadanos han recortado sensiblemente su gasto en cultura. A ello no sólo ha contribuido el altísimo paro o la generalizada devaluación salarial experimentada en España (especialmente en el sector público), sino también el incremento del IVA del consumo cultural, medida netamente procíclica que ha contribuido a agravar la depresión del consumo cultural privado. Desde el 1 de septiembre de 2012, las entradas a bibliotecas, archivos y centros de documentación y museos, galerías de arte y pinacotecas han pasado a tributar al tipo del 10%. Y las entradas a teatros, circos, museos y otros espectáculos han pasado desde el 8% al 21% (71). Claman en el desierto las múltiples voces que reclaman la inclusión del cine, el teatro o la música entre los subsectores que tributasen al IVA reducido o superreducido (en la actualidad, apenas libros, revistas y periódicos que no contengan única o fundamentalmente publicidad, así como los elementos complementarios que se entreguen conjuntamente con estos bienes mediante precio único) como mecanismo de acceso a la cultura (72).

(70) Mecanismos públicos al servicio del acceso universal de la población a la cultura han sido, por ejemplo, las «bibliotecas móviles», bibliobuses que durante años han posibilitado el consumo cultural de proximidad, es decir, el acceso a la cultura en poblaciones esparcidas. También cabe citar los programas públicos de cine de barrio, itinerancias que han propiciado el acceso de la ciudadanía a esa experiencia cultural, o los circuitos de actuaciones musicales en vivo.

(71) Vid. art. 23 del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE de 14 de julio). Los productos y servicios que venían tributando al tipo reducido del 8 y pasan a hacerlo al tipo general, son las flores y plantas ornamentales, los servicios mixtos de hostelería, la entrada a teatros, circos y demás espectáculos y los servicios prestados por artistas personas físicas, los servicios funerarios, los servicios de peluquería, los servicios de televisión digital y la adquisición de obras de arte.

(72) Según el comunicado institucional de la SGAE de septiembre de 2012, «La subida del IVA sobre bienes y servicios culturales al 21% dificulta el acceso a la cultura de las capas menos acomodadas de la sociedad, incentiva la adquisición de productos que infringen las leyes de propiedad intelectual, supone un freno al desarrollo de una industria con potencial y con capacidad de producir empleo de calidad en España, contraviene la línea marcada por la UE en cuanto a la homogeneización de tipos impositivos y da marcha atrás con la propuesta programática del Gobierno de potenciar el mecenazgo»

Paradójicamente, aunque el *Plan Estratégico General* de la Secretaría de Estado de Cultura para el período 2012-2015 señala como su primer objetivo general «Articular una política de Estado que garantice el derecho de acceso a la cultura y contribuya a vertebrar la ciudadanía y favorecer la cohesión social», el recientemente publicado *Anuario de Estadísticas Culturales* del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte correspondiente al año 2013 contiene significativos datos sobre la serie correspondiente al período de recesión (2008-2012), que ponen de manifiesto una dinámica de fondo contraria a esa política de Estado (73).

Pero los efectos de la recesión van más allá de una contracción del gasto cultural, ya sea público o privado. La crisis fiscal del Estado, sumada al draconiano programa de ajustes demandado por la *troika* comunitaria, confluye con una apuesta ideológica contra las estructuras públicas de provisión cultural, cuyas especificidades y misiones constitucionales pasan, pura y simplemente, desapercibidas (74). Y es que, si, en la priorización del gasto público no se ha salvado ni el educativo ni el sanitario, menos se iba a salvar el cultural, que no goza del reconocimiento legal como servicio público esencial, ni aparece respaldado por un derecho fundamental pleno. La prédica de la austeridad en la lucha contra el déficit público sacrifica tendencialmente el gasto cultural como algo superfluo y prescindible; puro ornamento del que el Estado ya no puede hacerse cargo, salvo si puede ser utilizado políticamente para reforzar la administración general del Estado frente a otros entes territoriales (75).

Al no estar contemplado el sector de servicios públicos culturales dentro de las excepciones a la tasa de reposición 0, desde la llegada del gobierno del Partido Popular al poder, en concreto desde la promulgación del Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre, se están amortizando todos los puestos de trabajo que quedan vacantes con los decesos y jubilaciones, lo que supone la destrucción neta del empleo público de en un sector tradicionalmente inatendido y mal dotado de efectivos. Aunque está pendiente de una evaluación rigurosa, el *shock* presupuestario experimentado por este sector durante los últimos tres ejercicios no parece coyuntural, y su permanencia durante otros cuantos ejercicios presupuestarios supondrá, a buen seguro, el desmantelamiento de los avances logrados durante los últimos años en tér-

---

(73) España ha destruido empleo cultural a un ritmo alto, de modo que el empleo de 2012 es similar al del 2002 (450.000). El gasto público liquidado se ha visto también reducido, dado que en 2011, el gasto liquidado de la Administración General del Estado fue de 957 millones, frente a los 1.483 millones de euros de las comunidades autónomas y los 3.397 de las entidades locales. Ello ha supuesto una bajada interanual, respectivamente, del 8,9%, 16,2% y 16%, frente a los incrementos de alrededor del 7% que experimentaban los presupuestos públicos en el período 2004-2008. Por su parte, el gasto de los hogares españoles en bienes y servicios culturales fue en 2012 de 13.371 millones de euros, lo que representa el 2,6% del gasto total en bienes y servicios. El gasto medio por hogar vinculado a la cultura fue de 739 euros, y el gasto medio por persona, 288 €, por debajo de los casi 400 € de 2008.

(74) El documento oficial «Programa Nacional de Reformas», aprobado por el Gobierno en el año 2012 y disponible en la web de la Moncloa, no contiene ninguna mención a la cultura, salvo a la «cultura de los emprendedores», aunque muchas de sus medidas afecten de lleno a los servicios públicos culturales.

(75) La «Subcomisión de Duplicidades» del informe CORA (Reforma de las Administraciones Públicas, 2013) ha detectado la duplicidad que supone el ejercicio de las competencias de la Administración General del Estado en el ámbito cultural (p. 116). Sin embargo, la propuesta de la Comisión consiste en potenciar las políticas de programación, producción y coordinación del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte hacia comunidades autónomas y entidades locales, aprovechando su crisis financiera y la presunta «concurcencia» sobre las materias culturales (pp. 118-119).

minos de consolidación de un sector cultural público y plural, a la altura de los postulados constitucionales.

La reforma del artículo 135 CE en septiembre de 2011, con la fijación del pago de la deuda como prioridad absoluta del gasto público, diluye cualquier intento de blindaje de un mínimo vital cultural prestado por los poderes públicos, pues difícilmente se va a poder alegar, para evitar aquella prioridad absoluta, que la procura cultural constituya causa de justificación de la *insostenibilidad social* del Estado, tal como reza el párrafo cuarto del precepto.

El caso de la supresión de la televisión pública valenciana en noviembre de 2013, ha sido paradigmático de esta construcción ideológica del gasto público cultural como no esencial y, por supuesto, desvinculado de cualesquiera derechos subjetivos de los ciudadanos respecto del acceso cultural (76). A pesar de que la posible existencia de medios de comunicación públicos de nivel autonómico se contempla en el art. 56 del actual Estatut valenciano, y que esos medios son fundamentales herramientas de cumplimiento de las obligaciones estatutarias de defensa de la identidad y lenguas valencianas (art. 6 y 12 del Estatut), tras la anulación oficial del ERE de la televisión valenciana, la Ley 4/2013, de 27 de noviembre, ha suprimido la prestación de servicios de radiodifusión y televisión de ámbito autonómico, ordenando la disolución y liquidación de Radiotelevisión Valenciana, SAU, por considerar que prestaba un servicio público «no básico» (77).

Alguien podría pensar, no sin cierta razón, que con esta disolución se evita seguir pagando con dinero público una estructura patrimonializada, politizada por el voraz *spoils system* implantado por el PP valenciano. Puede ser así en este particular caso, pero lo cierto es que el *spoils system* en España es resiliente, y ni se crea ni se destruye; simplemente se transforma, de modo que seguirá encontrando nuevos festines, por ejemplo, en las externalizaciones de los servicios culturales que la crisis induce (78). Como han puesto de manifiesto casos polémicos como el de la *Ciutat de les Arts i les Ciències de València* o la *Cidade da Cultura de Galicia*, el peligro es que

---

(76) Cfr. por ejemplo la opinión del profesor sevillano Jesús JORDANO FRAGA, para quien «hay campo para la austeridad en aquellos sectores no rentables socialmente. Este es el caso de las televisiones públicas al servicio del poder en todas las comunidades autónomas y muchos municipios. El mantenimiento de canales públicos con la oferta digital existente y la tendencia de la población a ver contenidos televisivos en internet es, además de un lujo (o un intento patético de autobombo), sencillamente insostenible». Cfr. su trabajo «El derecho administrativo de la crisis», en José Luis PIÑAR MANAS (dir.) *Crisis económica y crisis del Estado de Bienestar. El papel del Derecho Administrativo*, Madrid, Reus, 2013, p. 133.

(77) Vid. BOE n.º 293, de 7 de diciembre. El tema ha sido recurrido ante el Tribunal Constitucional, que tardará sus años en fallar sobre el asunto.

(78) En el caso gallego puede citarse las licitaciones de los contratos de concesión de servicio museístico de los nuevos parques arqueológicos de arte rupestre (Campolameiro, Pontevedra) y de la romanización (San Cibrán de Lás, Ourense), dependientes de la Xunta de Galicia. Al no haber posibilidad de cubrir estas nuevas infraestructuras con personal propio, se opta por la externalización mediante contrato, con las dificultades de atraer visitas en la actual coyuntura y, por tanto, hacer sostenible la explotación económica de estos museos. El contrato de Campolameiro fue licitado en 2010 (DOG de 20 de diciembre de 2010), y el de San Cibrán de Lás en 2013 (DOG de 19 de julio de 2013). El primero se adjudicó a INGENIAQed, S.A (empresa sevillana que pasó posteriormente a estar en liquidación), y en febrero de 2012 el contrato fue cedido a una empresa creada un mes antes, Espiral Xestión Cultural S.L, fundada por el hijo del Alcalde de Campo Lameiro y por un hermano de una concejal, ambos del Partido Popular (vid. *El País* Edición Galicia de 4 de mayo de 2012, [http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/05/04/galicia/1336165533\\_363996.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/05/04/galicia/1336165533_363996.html)). Esta empresa ha resultado ser la adjudicataria, también, del contrato de San Cibrán de Lás.



los excesos de este juego político se paguen —o disimulen— arrojando el bebé de la política cultural pública por la ventana de la privatización (79).

Es también sintomática la reforma en marcha de las competencias locales, cuyo impacto potencial sobre la gestión de los servicios culturales no ha sido advertido todavía suficientemente.

En efecto, la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (BOE de 30 de diciembre) sigue contemplando en su artículo 25.2 competencias municipales sobre protección y gestión del patrimonio histórico (letra a) y sobre promoción de la cultura y equipamientos culturales (letra m). A renglón seguido, el artículo 25.3 establece que estas competencias municipales se determinarán por Ley, «debiendo evaluar la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera». Lo cual está muy bien, cuando los ayuntamientos, muchas veces con la financiación de Comunidades Autónomas o del Estado (ahí está el poco edificante ejemplo del Plan E de 2008-2009), asumen la construcción de auditorios, teatros o museos sin prever el gasto corriente necesario para afrontar las posteriores necesidades de personal y de suministros. También parece correcto el mantenimiento de la biblioteca pública como servicio municipal obligatorio en aquellos municipios con más de 5.000 habitantes (art. 26), y la supresión de la competencia general subsidiaria de los ayuntamientos en materia cultural (art. 28), para evitar las malas prácticas de gasto público no sostenible o duplicado.

Ahora bien, lo más problemático de la reforma es que, tras lo anterior, el art. 27 contemple la posibilidad de que la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas puedan delegar en los municipios la gestión de instalaciones culturales de titularidad de la Comunidad Autónoma o del Estado, con estricta sujeción al alcance y condiciones que derivan del artículo 149.1.28.º CE. Esto, que puede parecer en principio una sana apuesta por el servicio de proximidad o la subsidiariedad local, no es, a mi juicio, sino una herramienta para deshacerse de unos servicios culturales autonómicos muy deficitarios tras los recortes iniciados en 2008, trasladándolos a unas entidades, las locales, tanto o más carentes de recursos que las entidades delegantes, poco profesionalizadas (80), y que trabajan un círculo de interés (cultural) local.

---

(79) La Ciudad de la Cultura de Galicia se diseñó en los años 1998-1999 por el gobierno de Manuel Fraga como gran proyecto turístico internacional, complementario del Camino de Santiago, destinado a situar Galicia en la competición con el Guggenheim de Bilbao o la Ciudad de las Artes y las Ciencias de Valencia. Del concurso internacional de ideas fue ganador el arquitecto Peter Eisenmann, que diseñó un macrocomplejo de seis edificios cuyo coste fue incrementándose con el paso de los años, hasta situarse en unos cuatrocientos millones de euros. En 2013 se paralizó la construcción de los dos últimos edificios, adjudicados en julio de 2005, cuando el gobierno Fraga estaba en funciones. El gobierno bipartito 2005-2009 trató de rediseñar la funcionalidad de varios de los edificios del complejo, tratando de servir a las necesidades propiamente culturales. Sin embargo, el debate social sobre el coste de mantenimiento del complejo llevó a que el 29 de diciembre de 2008 se otorgase ante notario la escritura fundacional de la *Fundación Gaiás* (finalmente constituida en septiembre de 2009, DOG n.º 189, de 25 de septiembre de 2009), participada por las principales empresas gallegas en un 51% de la dotación fundacional (11,5 millones de euros), siendo el 49% restante desembolsado por la Xunta de Galicia. A esta fundación se le atribuyó la gestión del Centro de Arte Internacional (finalmente no construido), el Museo de Nenos y el Centro de Recursos Obradoiro (finalmente no construido). Desde entonces, esta Fundación ha asumido en un entorno jurídico-privado absoluto la gestión del mayor museo gallego, hoy Museo *Centro Gaiás* (un museo literalmente «sin papeles»), y la programación de la *Cidade da Cultura*.

(80) Dicho sea de paso, aprovechando la crisis, los actuales gestores de la Xunta de Galicia (PP) han convertido en puestos de LD (libre designación) los puestos de dirección de los museos, archivos y bibliotecas, que desde el traspaso de competencias del Estado se habían venido cubriendo por concurso como garantía de im-

Por lo demás, en otros lugares he señalado cómo la presión por superar cuanto antes la crisis económica está produciendo en las instituciones una suerte de banalización de derecho cultural (81), que presagia malos tiempos para la realización de los compromisos constitucionales de los poderes públicos respecto del acceso a la cultura. Testimonio de la escasa virtualidad jurídica práctica del derecho de acceso a la cultura es su ausencia en el elenco de derechos sociales del Plan de Derechos Humanos, aprobado por el gobierno socialdemócrata de Rodríguez Zapatero en el año 2008 (82). La demanda de crecimiento económico centra en el desarrollismo, de nuevo, las prioridades políticas, relegando la materialización de otros bienes sociales no menos importantes, como la cultura. Esta banalización de las obligaciones legales en materia cultural no es sólo imputable a los gobiernos, pues también los tribunales de justicia se muestran poco proclives a amparar interpretaciones progresivas, avanzadas, de los principios rectores de la política económica y social referentes al fenómeno cultural. El propio Tribunal Constitucional tendría mucho margen, si quisiera, para aprovechar por vía de amparo la protección indirecta de estos derechos por conexión con los derechos de primer nivel (83). De momento, sin embargo, no lo ha hecho. Esto nos sitúa ya en el último punto de este trabajo.

## VI. «*Taking cultural rights seriously*»: una propuesta de política jurídica

La degradación de la eficacia jurídica del derecho de acceso a la cultura en España es consecuencia, en definitiva, de la suma de los factores que acabamos de repasar: un diluido diseño constitucional, una praxis posconstitucional manifiestamente crítica, un proceso de mercantilización cultural global y una fuerte deslegitimación social del gasto público cultural en el marco de la recesión, que conduce a su recorte irreversible. El liberalismo cultural resultante de la interacción de estos cuatro factores se ha convertido en hegemónico, tanto a nivel ideológico como político, haciendo harto difícil cualquier intento de reconocimiento de la cultura como derecho fundamental y, por ende, la restitución del papel prestacional de los poderes públicos respecto de su producción, difusión y acceso en términos de igualdad.

Pues bien, estimo que el reconocimiento del acceso a la cultura como derecho humano fundamental —y no simplemente como un principio rector— no es una opción simplemente deseable desde el punto de vista filosófico, moral o político, en especial ante la potencia de las fuerzas que en nuestras sociedades actúan a favor de la homo-

---

parcialidad, profesionalidad y autonomía en la programación cultural. Los puestos de dirección se han abierto también a la cobertura por funcionarios del grupo A2. Esta RPT (publicada en el *DOG* n.º 93, de 16 de mayo de 2013) ha sido objeto de impugnación contencioso-administrativa.

(81) Cfr. «La desprotección judicial del Camino de Santiago», *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 155, 2012, pp. 189-217. En coautoría con Teresa NIETO FREIRE, *Camino de Santiago. 50 años de desprotección patrimonial dun itinerario cultural*, Baiona, Editorial Trea, 2013, en especial pp. 251-262.

(82) Vid. el Plan en [http://www.ohchr.org/Documents/Issues/NHRA/Spain\\_NHRAP.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Issues/NHRA/Spain_NHRAP.pdf). Este plan se limita a citar, como derechos sociales, los derechos a la educación, vivienda, salud, derechos del ámbito laboral, derechos de las personas con discapacidad, derechos de autonomía personal. Sin embargo, se cita en la medida 48 la intención de redactar y aplicar un Plan de acción para mejorar las condiciones de vida de la población gitana, entre cuyas medidas se encuentra el impulso del Instituto de Cultura Gitana.

(83) Vid. en este sentido el trabajo de María DÍAZ CREGO, «Derechos sociales y amparo constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública* n.º 94, 2012, pp. 17-57.

geneización cultural global y la desigualdad social en el acceso a los bienes culturales. Tal opción es, sobre todo, una obligación jurídica para el Reino de España.

Más allá de un texto constitucional agotado en muchos de sus contenidos y superado por el devenir histórico de los últimos treinta años, en el ámbito internacional, como hemos visto, se han acuñado nuevas perspectivas para el reconocimiento y evolución de los derechos culturales, ayudando a precisar su contenido subjetivo y, por tanto, a aumentar su operatividad jurídica y política en un mundo globalizado. El efecto tractor de estos avances internacionales sobre nuestro dispositivo jurídico-constitucional y administrativo es requisito imprescindible de superación de la particular dinámica de degradación del derecho de acceso en nuestro país.

La restitución de la fuerza subjetiva de este derecho frente a los poderes públicos constituidos mediante la incorporación a nuestro ordenamiento interno de los avances acuñados en el ámbito internacional es, pues, un requisito necesario. Pero no resulta ser, con todo, requisito suficiente. Porque para que estos avances puedan y deban ser incorporados de manera eficaz no basta la ratificación estatal de los tratados y convenios internacionales en los que se sustentan, sino también su aplicación por la jurisprudencia a través de los portazgos por los cuales la propia Constitución abrió nuestro ordenamiento jurídico a tales desarrollos (art. 10.2 CE, 93 y 96 CE; apertura también propiciada por los Estatutos de Autonomía reformados). Esta es, en definitiva, la política jurídica posible de avance en materia de derechos humanos del ámbito cultural; dicho en términos más realistas, la política jurídica necesaria para evitar el retroceso de los (escasos) logros alcanzados hasta ahora en materia de acceso subjetivo a la cultura y a la diversidad cultural.

Así, la diversidad cultural ha sido reconocida por la Convención de la UNESCO para la promoción y protección de la diversidad cultural de 20 de octubre de 2005, habiendo sido ratificada por el Reino de España en 2007 (84). El art. 22 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales ha reconocido la diversidad cultural del siguiente modo: «La Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística». España ha ratificado también en 2007 la Convención para la salvaguarda del patrimonio cultural inmaterial, aprobada por la asamblea general de la UNESCO, reunida en París el 17 de octubre de 2003 (85). Pero quizá la medida más importante, la más dotada de potencialidad jurídica hacia el futuro —dado el hieratismo jurídico de los máximos intérpretes del ordenamiento jurídico español—, es la aprobación, en diciembre de 2008, del *Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* por parte de la asamblea general de las Naciones Unidas. Se trata de un hito en la evolución de la protección y eficacia de los derechos humanos a escala universal, en la medida en que instaura un sistema de control y garantía supranacional de esos derechos (86), con potencialidad para hacer

---

(84) *Vid.* el instrumento de ratificación de esta Convención en el *BOE* n.º 37, de 12 de febrero de 2007.

(85) La convención fue ratificada el 6 de octubre de 2006. Su Instrumento de ratificación figura en el *BOE* n.º 31, de 5 de febrero de 2007.

(86) *Cfr.* Francisco Javier QUEL LÓPEZ, «Un paso esencial hacia la eficacia internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Luces y sombras del Protocolo Facultativo del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales», en Antonio EMBID IRUJO (dir.): *Derechos Económicos, sociales y culturales*, Madrid, Lustel, 2009, p. 306. En opinión de este autor, «El protocolo facultativo va a suponer un valioso instrumento de garantía de aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales que está llamado a impedir la adopción de ilícitas medidas de bloqueo o incluso regresivas so pretexto de un contexto económico desfavorable» (*op. cit.*, p. 313).

evolucionar la constitución cultural española, junto con la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Los Estados firmantes del protocolo se han comprometido a reconocer la competencia del denominado «Comité» para recibir y examinar comunicaciones, que se definen (art. 2) del siguiente modo: «Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se encuentren bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto». Estas comunicaciones, sin embargo, sólo serán admisibles cuando se hayan agotado todas las vías internas de recurso, y darán lugar, tras el correspondiente procedimiento, a dictámenes o, en su caso, recomendaciones. Aunque el plenipotenciario del Reino de España firmó el Protocolo el 24 de septiembre de 2009, el instrumento de ratificación correspondiente se publicó cuatro años más tarde en el *BOE*(87), entrando en vigor el 5 de mayo de 2013.

Está por ver la eficacia de este nuevo mecanismo de protección de los derechos culturales. En especial, cuando en el caso de España la praxis de defensa de estos derechos ha dejado mucho que desear(88), como se ha puesto de manifiesto con motivo del análisis de los sucesivos informes periódicos —el último, de 11 de febrero de 2011— rendidos sobre el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales. Pero es aquí, en el ámbito internacional, donde hay que obtener los materiales capaces de resolver dialécticamente las tensiones y bloqueos jurídicos del ámbito interno, si queremos que los derechos culturales, en sus variadas dimensiones, se acaben tomando alguna vez en serio en España.

Trabajo recibido el 27 de agosto de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(87) *Vid. BOE* n.º 48, de 25 de febrero de 2013.

(88) Es significativo que lo que concierne a las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los criterios desarrollados por el Comité respecto de los alcances de las obligaciones del Protocolo de 1966, el Tribunal Constitucional haya desestimado que se encuentren entre los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España a los que remite el artículo 10.2 CE (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 20). *Vid.* también Informe de Amnistía Internacional de 27 de abril de 2011, «Derechos a la intemperie. Obstáculos para hacer valer los derechos económicos, sociales y culturales en España», disponible en su página web.

**LABURPENA:** Lan honek kultura eskuratzeko Espainiako eskubidearen konfigurazio juridikoa ikertzen du. Eskubide horrek nazioartean izan duen hedapena aztertu ondoren, 1978ko Espainiako Konstituzioan hartutako ikuspegia azaldu eta instituzioen errendimendu eskasaren diagnosa egiten du. Eskubide horren aintzatespen urria are nabarmenagoa da egungo krisialdian. Izan ere, herritarrek kultura eskuratzeko duten aukeretan krisiak izan dituen ondorioek anbizio handiagoko politika juridikoa eskatzeko balio izan dute. Hala, nazioarteko zuzenbidearen aurrerapen berrienak gure zuzenbide konstituzionalean txertatzeko eskatzen dute.

**HITZ GAKOAK:** Kultura eskuratzeko eskubidea. Espainiako Erresuma. Diagnostikoa eta aldatzeko proposamena.

**RESUMEN:** El presente trabajo estudia la configuración jurídica del derecho de acceso a la cultura en España. Tras analizar la positivación de este derecho en el ámbito internacional, se expone el enfoque constituyente adoptado en 1978 y se diagnostican sus escasos rendimientos institucionales. Las debilidades congénitas de su reconocimiento en España se ponen de manifiesto con especial intensidad en el actual período de recesión, cuyas consecuencias sobre el acceso cultural de la población se convierten en el telón de fondo desde el que se reclama una política jurídica más ambiciosa, consistente en la incorporación a nuestro derecho constitucional de los más recientes avances del derecho internacional vigente sobre la materia.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de acceso a la cultura. Reino de España. Diagnóstico y propuestas de cambio.

**ABSTRACT:** This paper studies the legal construction of the right of take part in cultural life in Spain. After analyzing the positivization of this right at the international level, we expose the constitutional approach adopted in 1978 and its limited institutional yield. Congenital weakness of its recognition in Spain are demonstrated with particular intensity in the current recession. The crisis consequences on cultural access of the population become the backdrop from which a more ambitious legal policy is claimed, based in an up-to-date approach to the most recent international law statements on this particular subject.

**KEYWORDS:** Right to take part in cultural life. Kingdom of Spain. Legal review and better regulation.



# Problemas prácticos en la adaptación de las Directivas comunitarias en materia tributaria para los territorios forales de la Comunidad Autónoma del País Vasco: un caso concreto

Sofía Arana Landin (1)

**Sumario:** I. Planteamiento de la cuestión.—II. La transposición de Directivas comunitarias en España.—III. La especialidad del sistema tributario vasco.—IV. La transposición de las directivas comunitarias en materia tributaria en el caso de los territorios forales. IV.1. La participación de los territorios forales en la aplicación de la Directiva: cuestiones problemáticas.—V. Conclusiones y líneas de avance.—VI. Bibliografía.

## I. Planteamiento de la cuestión

La transposición de las normas europeas en materia tributaria no es más que un caso particular de la transposición del Derecho europeo en general, en nuestro país y en los de nuestro entorno comunitario.

En todos los países miembros de la UE se plantea el problema de cómo realizar la adaptación de estos instrumentos jurídicos a la normativa interna en cuanto a diferentes aspectos: temporales, participación de las entidades infra-estatales con competencia en la materia, participación activa en la fase de elaboración, instrumentos jurídicos internos utilizados para la adaptación (2), etc. En definitiva, se trata de cumplir con las obligaciones comunitarias, siguiendo sus principios y cumpliendo con las diferentes exigencias materiales, temporales y formales de la mejor manera posible mediante los instrumentos jurídicos internos ofrecidos por cada Estado Miembro.

Dentro del proceso de adaptación a la Directiva un aspecto que ha de ser reforzado es el de la necesidad de estudiar la misma a priori y de intentar resolver y prever la forma en

---

(1) Miembro del proyecto de investigación del Gobierno Vasco titulado «*Tributación de las actividades económicas en el País Vasco: la incidencia del Derecho Comunitario*», (IT604-13), del Gobierno Vasco.

Miembro del proyecto de investigación del Ministerio de Economía y competitividad titulado «*La coordinación de los distintos niveles de imposición como herramienta para evitar la sobreimposición y la elusión fiscal*» (DER2012-39342-C03-01), del Ministerio de Economía Competitividad y en la Unidad de Formación de Investigación (UFI), código de registro: UFI 11/05, de la UPV/EHU.

(2) En el acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 se dan indicaciones formales con respecto a la transposición de las directivas comunitarias como la utilización de disposiciones finales para señalar expresamente que una norma se dicta con el fin de «incorporar Derecho de la Unión Europea» y criterios para la cita de la normativa comunitaria (Vid. Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, *BOE* n.º 180, de 29 de julio de 2005).

que los diferentes proyectos de Directiva van a afectar a la normativa interna. Lógicamente, tal y como se señala en las guías y manuales transposicionales que ya han sido elaborados por diferentes países, como el de Reino Unido(3) o Francia(4), cuanto antes se adopten las medidas oportunas y se intente formar parte activa en el proceso de formación de la Directiva, mejor se van a poder resolver los posibles problemas a afrontar.

Se podría afirmar que, en gran parte, este proceso se basa en la máxima «prevenir es mejor que curar», de este modo, el ideal consiste en intentar evitar los problemas con anterioridad a que surjan, ejerciendo una influencia en la fase de elaboración de la Directiva de modo que, una vez el texto sea definitivo, ya se encuentre relativamente adecuado a la regulación (y a los intereses) del Estado Miembro en cuestión. En suma, mediante la participación activa en esta fase, denominada «fase ascendente», se consigue aligerar el peso que recae en la denominada «fase descendente» o de adaptación de la normativa nacional a la Directiva comunitaria.

Sin embargo, cada Estado Miembro funciona de forma diferente a la hora de aprovechar los posibles beneficios de participación en esta denominada «fase ascendente», tal y como prueba el estudio realizado por STEUNENBERG y VOERMANS (5).

Así, por ejemplo, el Consejo de Estado francés basa este proceso en tres ideas clave: anticipar, adaptar y simplificar. Anticipar, para poder conseguir la mejor participación posible en el proceso de elaboración de la norma comunitaria. Adaptar, para lograr una mejor colaboración del Parlamento y las diferentes instituciones. Simplificar, intentando que las técnicas de redacción de la norma nacional sean lo más sencillas posibles.

Es precisamente con respecto a estas tres ideas clave francesas donde debe intentar mejorar España como Estado miembro, entre otros, ya que en el caso en que no se aprovechen al máximo las posibilidades de participación en esta denominada fase ascendente (adelantar y adaptar), la situación puede complicarse muy especialmente en la fase descendente, redundando igualmente en una falta de simplificación.

En nuestro caso, existen varios motivos adicionales que aconsejan el aprovechamiento de la fase ascendente: primero, porque todavía no existe un manual transposicional que sirva de guía procedimental para el proceso; segundo, porque los instrumentos jurídicos adoptados para la transposición de Directivas son muy variados tal y como muestran las estadísticas elaboradas por la Secretaría de Estado de Asuntos Europeos(6), tercero, por la inexistencia de un órgano especializado y creado al efecto que se dedique exclusivamente a comprobar la bondad del procedimiento transposicional y el cumplimiento con los principios comunitarios en la materia, al estilo del Reino Unido mediante el Reducing Regulation Cabinet Committee (RRC) y, por último, porque además, la peculiar estructura del país descentralizado, con competencias de unos u

(3) HM GOVERNMENT (2013), *Transposition guidelines: how to implement European Directives effectively*

(4) CONSEIL D'ETAT (2007) *Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national.*

(5) STEUNENBERG, B. y VOERMANS, W (2005), *Report on a research project into processes, instruments and techniques of transposition of EC Directives in six Member States of the EU commissioned by the Dutch Government (Ministry of Justice)*. Se trata de un estudio comparativo en el que se procede a verificar el modo en que se realizan las transposiciones de Directiva en seis Estados miembros: Alemania, Dinamarca, Francia, Italia, Reino Unido y España.

(6) Según el estudio realizado por la Secretaría de Estado de Asuntos Europeos a fecha 23 de febrero de 2005 los diferentes instrumentos jurídicos para llevar a cabo la transposición de Directivas comunitarias eran los siguientes: Ley orgánica 0.60%, Ley ordinaria 11.41%, Real decreto-ley 0.64%, Real decreto-legislativo 2.59% Real decreto 42.06%, Orden 40.31% , 0.88% , Instrucción 0.02%, Circular 0.80%.



otros poderes territoriales, dependiendo de la materia, termina por dificultar en gran medida una participación activa por parte de aquellas personas que, en realidad, van a tener la competencia en cuestión.

Según el estudio de SCHAGEN Y KOELMAN (7) en el año 2003 en España se calculaba que dadas las competencias de las diferentes Comunidades Autónomas cae sobre las mismas el peso de adaptar aproximadamente un 20% de las normas adoptadas por la Unión Europea. Sin embargo, no se puede apreciar ese tanto por ciento de participación por su parte en la fase ascendente de realización de Directivas comunitarias, sino que es el Gobierno quien lo realiza, incluso en los casos en que las Comunidades Autónomas tienen competencia exclusiva sobre la materia.

Y es que la peculiar estructura de España hace especialmente recomendable dicha participación en la fase ascendente para evitar el problema señalado. Ello es más en el terreno financiero, ya que en nuestro sistema van a coexistir muy diferentes criterios para el reparto competencial y financiero entre las distintas Comunidades Autónomas de régimen común y las denominadas como de «régimen foral», que van a contar con más amplias facultades en el ámbito tributario, pudiendo afirmarse que se trata este último de un modelo único dentro de la Unión Europea.

De este modo, si en el ámbito autonómico sería recomendable la elaboración de propuestas de transposición en paralelo a la elaboración de los proyectos normativos comunitarios para que las diferentes Comunidades Autónomas pudieran incidir en la denominada fase ascendente, en el caso de los Territorios Históricos lo es más. Y es que el caso de los Territorios Forales ha de ser tenido en cuenta de forma especial, ya que su régimen particular puede hacer preciso, en ocasiones, un procedimiento también diferente. Una coordinación y consenso entre los diferentes entes que tengan competencia en la materia se vuelve, por tanto, muy deseable. Además, se debe recordar que son los principios de coordinación y de armonización los que deben guiar las relaciones tributarias entre el Estado y el País Vasco (8).

Durante el presente trabajo se va a estudiar la forma en que España como Estado Miembro procede a la transposición de Directivas comunitarias para después pasar a la adecuación a una Directiva tributaria concreta, por parte de los territorios forales a posteriori, intentando señalar los problemas encontrados en la adecuación de la misma, en gran parte, derivados de la falta de presencia y coordinación en la citada fase ascendente.

## II. La transposición de Directivas comunitarias por parte de España como Estado miembro

La forma en que se cumple con el deber de adecuada transposición de las Directivas comunitarias ha sido ya estudiada por autores como THOMSON (9) quien señala que a pesar de las diferencias de opinión mostradas por los diferentes Estados Miembros

---

(7) SCHAGEN, J., Y KOELMAN, S., (2003), *Het wetgevingsproces in Spanje*, Den Haag: Kenniscentrum Wetgeving, p. 10.

(8) *Vid.* Art. 41.2 del Estatuto de Autonomía del País Vasco que queda desarrollado por los artículos 2 y 3 del Concierto Económico, aprobado por la Ley 12/2002, de 23 de mayo.

(9) THOMSON, R., «Opposition through the back door in the transposition of EU directives», *European Union Politics*, 2010.

durante la fase ascendente, el incumplimiento real con la adaptación de la Directiva comunitaria es anecdótico. Así, de 1455 disposiciones examinadas por el autor solo 48 (lo que constituye un 3,3 por ciento) presentan problemas en cuanto a su transposición pasados 9 años de la fecha límite. Sin embargo, la forma de realizar la transposición de cuatro directivas específicas por parte de los diferentes Estados Miembros se considera sub-óptima en un 46.7 por ciento de las ocasiones. Pues bien, es precisamente en este punto en el que queremos incidir, ya que se puede cumplir perfectamente con la transposición al ordenamiento de una Directiva comunitaria y, sin embargo, realizar dicha transposición de manera que no resulte ser la óptima, que es el caso que nos ocupa.

Así, cabe señalar que la forma en que España realiza la transposición de sus Directivas comunitarias suele ser calificada como muy buena en instancias europeas debido a que el parámetro que se valora es el de la adecuada transposición en el plazo marcado por la Directiva. Así, en cuanto a este parámetro España cumple de forma generalizada con los plazos otorgados para realizar las transposiciones por lo que se considera que tiene un muy elevado nivel de cumplimiento.

Sin embargo, existen otros parámetros que podrían de ser tenidos en cuenta, a nivel interno, que no han sido estudiados todavía con suficiente detenimiento, por ejemplo, si los instrumentos jurídicos utilizados son los más aconsejables, o simplemente los más rápidos de cara a poder cumplir en tiempo y forma con los plazos señalados por parte de la Directiva y si se da una participación activa a los órganos que tienen asumida la competencia o el papel de los mismos se limita a un posible desarrollo posterior(10).

En España, es el Gobierno central el encargado de emprender el proceso transposicional mediante el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. El principal problema que podemos señalar es la falta de discusión sistemática de las iniciativas de la Comisión a otros niveles dentro de la Administración, a excepción de la REPER.

En cuanto a esta fase, denominada «fase ascendente», anterior a la Directiva el procedimiento es a grandes líneas el que sigue: es dentro de la Secretaría de Estado para la Unión Europea (en Madrid) y la REPER (en Bruselas) donde se preparan las negociaciones en Bruselas conforme a las instrucciones dadas en Madrid normalmente por parte del ministerio implicado.

En este proceso de propuesta y elaboración de la Directiva comunitaria se debería entrar a valorar las repercusiones en los diferentes niveles del derecho del Estado Miembro de adoptar la Directiva de una forma u otra. Un posible estudio temprano del impacto de la norma podría aconsejar una opción u otra, previniendo, en la medida de lo posible, las opciones peores. Sin lugar a dudas, ello exige una toma de conciencia por parte de los diferentes ministerios españoles, ya que no se da a este tema la importancia que debiera. Así, se escatiman los recursos dedicados a esta fase o a la participación de nuestros funcionarios en organismos internacionales, los apoyos a la REPER y a la Secretaría de Estado para la Unión Europea y ello va a incidir muy negativamente en el proceso, resultando, a la larga, bastante más costoso en todos los sentidos.

---

(10) Son pocos los casos de incumplimiento, entre los mismos podemos citar la Sentencia de 24 Sep. 2009 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Quinta, rec. C-504/2008 que entiende que hay un incumplimiento por parte de España de la obligación de adaptar todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias a la Directiva 2006/70/CE de la Comisión, por la que se establecen disposiciones de aplicación de la Directiva 2005/60/CE en lo relativo a la definición de «personas del medio político» y los criterios técnicos aplicables en los procedimientos simplificados de diligencia debida con respecto al cliente así como en lo que atañe a la exención por razones de actividad financiera ocasional o muy limitada, habiéndose finalizado el plazo.

En cuanto al procedimiento, si el ministerio al que ha sido asignada la tarea entiende que la misma, por un motivo u otro, no le corresponde, se procede a una reunión de coordinación entre los posibles ministerios implicados. En el caso en que no se alcance un acuerdo se pide opinión a la Secretaría de Estado para la Unión Europea. Caso de no alcanzar un consenso, la Comisión interministerial para la Unión Europea tendría la última palabra, teniendo en cuenta que el Presidente de dicha Comisión es el Secretario de Estado para la UE, quien es asesorado por funcionarios de los diferentes ministerios no sólo en cuanto a la transposición de Directivas comunitarias sino también sobre la posible adaptación de nuestro derecho a los *rulings* del TJUE. Puede ser que en este estadio se consulte a las posibles partes indicadas(11), que bien pudieran ser las CCAA en el caso en que la proposición afecte sus competencias. A estos efectos, la Ley 2/1997, de 13 de marzo, regula la Conferencia para Asuntos relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE) como cauce institucional para fomentar su participación. Por su parte, los nuevos Estatutos de Autonomía han establecido algunas peculiaridades en esta materia. Por lo tanto, en la actualidad la coordinación con las Comunidades Autónomas, tanto en fase ascendente como descendente, se ha de canalizar a través de la CARCE (12).

Además, la disposición adicional primera de la Ley 2/1997 prevé la cooperación bilateral, en relación con la participación en los asuntos que afecten en exclusiva a una Comunidad Autónoma o que tengan para ésta una vertiente singular en función de su especificidad autonómica.

El problema a señalar a los efectos que nos ocupan es la falta de representación en la REPER de las Comunidades Autónomas, ya que la misma está integrada por altos funcionarios del ministerio central (con la excepción del caso vasco que será visto más adelante, con voz, pero sin voto, ocupando una plaza de funcionarios del Ministerio central). De este modo, la participación real de las Comunidades Autónomas en cuanto a la fase ascendente es mínima e indirecta.

En lo referente a la «fase descendente» o de implementación de la Directiva, una vez publicada en el Boletín Oficial de la Unión Europea, el ministerio encargado en la fase ascendente mediante el procedimiento descrito suele ser también el encargado de realizar la adaptación de la Directiva comunitaria a la normativa española, obviamente con la ayuda de la Secretaría General de Técnicos del ministerio en cuestión, quien será la encargada de realizar un borrador para el ministro oportuno. Si las competencias son compartidas o exclusivas de otros entes se deberían realizar consultas con anterioridad a la redacción de dicho borrador.

Como se puede observar el proceso precisa de una absoluta coordinación y cooperación entre las diferentes instituciones para conseguir el resultado de realizar una adaptación al derecho interno de las Directivas comunitarias no sólo en tiempo y forma, de modo que se consiga un cumplimiento formal con el derecho comunitario, sino también con la debida participación y coordinación con los órganos implicados para conseguir un buen cumplimiento sustancial.

---

(11) Recordar el Acuerdo de la Conferencia para Asuntos Relacionados con la Comunidad Europea de 30 de noviembre de 19948 prevé el papel de las Conferencias Sectoriales en el proceso de aprobación y transposición de las normas comunitarias.

(12) Constituida al amparo del artículo 4 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre y la Ley la Ley 2/1997, de 13 de marzo.

Ahora bien, en cuanto a la forma, como hemos visto, no hay una sola forma jurídica para realizar las adaptaciones de Directivas comunitarias y, por tanto, dependiendo de la forma jurídica elegida al efecto puede ser necesaria la intervención de otros órganos como el Consejo de Estado. Así, en el caso en que la adaptación a la Directiva comunitaria se vaya a realizar mediante la forma de Ley o Decreto la propuesta ha de pasar por la Secretaría técnica del Ministerio de la Presidencia, mientras que en los casos anteriores o el de la forma de orden ministerial, el Consejo de Estado también tiene que dar su visto bueno en cuanto a la compatibilidad de la norma con nuestro ordenamiento interno.

Jurídicamente, se realizan las adaptaciones de Directivas comunitarias de forma correcta y además con un alto grado de cumplimiento con los plazos establecidos para las mismas, con lo cual las aplicaciones directas son escasas.

Ahora bien, el procedimiento en materia tributaria podría ser diferente para el caso en que el ministerio en cuestión no tuviera ningún tipo de competencia sobre la materia en cuestión debido al reparto competencial, es lo que puede suceder con respecto a los impuestos concertados de normativa autónoma de las haciendas forales vascas, o los convenidos con Navarra.

### III. La especialidad del sistema tributario vasco

El sistema tributario vasco tiene su máxima expresión en el texto constitucional a través de la Disposición Adicional Primera, que es por todos conocida, ya que su sentido ha sido una cuestión de la que mucho se ha escrito y resuelto, no sólo por parte de la doctrina(13), sino también por la jurisprudencia.

Sin embargo, sí que es importante resaltar, el hecho de que a pesar de las distintas consideraciones históricas(14), incluso reconocidas por la jurisprudencia(15) las especialidades en materia tributaria de los Territorios Históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de la Comunidad Foral de Navarra tienen su apoyo en el propio texto constitucional, en su Disposición Adicional Primera(16) y vienen también limitadas por el propio texto constitucional.

(13) *Vid.*, entre otros, COELLO MARTÍN, C. (1997), *La Disposición Adicional Primera y la Organización Autonómica vasca*, Univ. De la Rioja, Logroño; CORCUERA ATIENZA, J.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.; HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M.; LUCAS VERDÚ, P.; NOVO ARBONO, A. (2010), *La excepcionalidad del modelo federal foral vasco*, Tirant lo Blanch, Valencia.

(14) Véase lo dicho por el TC en su sentencia de 2 de febrero de 1984: «Las fuentes de las que nacen las competencias de los territorios históricos, por un lado, y de las Comunidades Autónomas, por otro, son necesariamente distintas. Los territorios forales son titulares de «derechos históricos» respetados, amparados y sujetos a actualización en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía, en virtud de lo dispuesto por la disposición adicional primera de la Constitución; por lo que la delimitación de las competencias de tales territorios podrá exigir una investigación histórica acerca de cuáles sean tales «derechos». Mientras que las competencias de las Comunidades Autónomas son las que éstas, dentro del marco establecido por la Constitución, hayan asumido mediante sus respectivos Estatutos de Autonomía; habrá que acudir, en consecuencia, a la Constitución, a los Estatutos de Autonomía y a otras posibles normas delimitadoras de competencias dictadas en el marco de las anteriores, para saber cuáles sean las correspondientes a cada Comunidad».

(15) Por ejemplo, en la STC 76/1988, de 26 de abril, actuando como ponente LÓPEZ GUERRA, en su FJ 2.º y la STC 181/1998, de 13 de octubre, actuando como ponente RODRÍGUEZ PIÑEIRO en su FJ 3.º.

(16) «La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía».

Gran parte de la doctrina, es partidaria de situar en la D.A. primera la razón de ser de nuestro sistema, llegándose a señalar por parte de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (17) que: «La razón de la validez del ordenamiento foral, esto es, su fundamento jurídico reside simplemente en la Constitución. La preconstitucionalidad del régimen foral que algunos proclaman solamente es aceptable en sentido histórico, pero no desde el punto de vista técnico jurídico».

A mayor abundamiento interesa destacar lo señalado por RODRIGO RUIZ (18), cuando afirma: «la Constitución, a través de su disposición adicional, otorga directa protección a los derechos históricos y, con ello, al sistema concertado. Resulta necesario enfatizar esta circunstancia, de singular trascendencia, por cuanto es la primera vez, a lo largo de toda su historia, en que el Concierto cuenta con la garantía máxima que, en el orden jurídico, confiere el reconocimiento constitucional... asegura la pervivencia del Concierto, y dotan al sistema de una estabilidad sin precedentes»

Esta postura viene refrendada por el propio Tribunal Constitucional en diversas sentencias (19) por ejemplo, cuando en la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1984, de 2 de febrero afirma: «... de la consideración de la disposición adicional primera de la Constitución en su totalidad, en relación con los mandatos constitucionales y la nueva estructura territorial que la Constitución prevé, se deriva que la garantía, o, literalmente, el amparo y respeto por parte de la Constitución de los derechos históricos de los territorios forales no puede estimarse como una garantía de toda competencia que pueda legítimamente calificarse de histórica. Lo que la Constitución ha venido a amparar y respetar no es una suma o agregado de potestades, facultades o privilegios, ejercidos históricamente, en forma de derechos subjetivos de corporaciones territoriales, susceptibles de ser traducidos en otras tantas competencias de titularidad o ejercicio respaldadas por la Historia. Como resulta de la misma dicción del párrafo segundo de la disposición adicional primera de la Constitución, lo que se viene a garantizar es la existencia de un régimen foral, es decir, un régimen propio de cada territorio histórico de autogobierno territorial, esto es, de su «foralidad», pero no de todos y cada uno de los derechos que históricamente la hayan caracterizado».

Igualmente la Sentencia del TC, 76/1988, de 26 de abril, cuando en relación con el segundo apartado de la disposición adicional primera de la Constitución dice lo siguiente: «En efecto, la actualización que se prevé resulta consecuencia obligada del mismo carácter de norma suprema de la Constitución. Y ello, al menos, desde dos perspectivas. Primeramente, desde la necesaria adaptación a los mandatos constitucionales de esos derechos históricos que se amparan y respetan. El carácter de norma suprema de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes del Estado (art. 9) y que resulta del ejercicio del poder constitucional del pueblo español, titular de la soberanía nacional, y del que emanan todos los poderes del Estado (artículo 1. 2) imposibilita el mantenimiento de situaciones jurídicas (aun con una probada tradi-

---

(17) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (1985): *Los derechos históricos de los territorios forales. Bases constitucionales y estatutarias de la Administración foral vasca*, edit. Civitas/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p.8.

(18) RODRIGO RUIZ, M.A., (2006), *Las fuentes del Derecho Financiero en la C.A del País Vasco*, EDERSA, Madrid, p. 29.

(19) Por ejemplo, la Sentencia 123/1984, de 18 de diciembre, la Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1988, de 26 de abril y la Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1984, de 2 de febrero.

ción) que resulten incompatibles con los mandatos y principios constitucionales. La Constitución no es el resultado de un pacto entre instancias territoriales históricas que conserven unos derechos anteriores a la Constitución y superiores a ella, sino una norma del poder constituyente que se impone con fuerza vinculante general en su ámbito, sin que queden fuera de ella situaciones «históricas» anteriores. En este sentido, y desde luego, la actualización de los derechos históricos supone la supresión, o no reconocimiento, de aquellos que contradigan los principios constitucionales. Pues será de la misma disposición adicional primera de la Constitución y no de su legitimidad histórica de donde los derechos históricos obtendrán o conservarán su validez y vigencia.»

El respeto al que hace referencia la citada Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> es específicamente a los llamados «derechos históricos de los territorios forales», lo que significa que la titularidad de los derechos fiscales son las Diputaciones Forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya y no la Comunidad Autónoma del País Vasco.

Por su parte, el Estatuto de Autonomía del País Vasco, aprobado por la Ley Orgánica 2/1979, de 18 de diciembre, (EAPV) en su artículo 41.1 viene a complementar lo dicho en la D.A 1.<sup>a</sup>, estableciendo que las relaciones de orden tributario entre el Estado y el País Vasco vienen reguladas por el sistema del Concierto Económico, que establece para la Comunidad Autónoma del País Vasco la titularidad de la totalidad de los ingresos que conforman su propio sistema tributario, con los cuales deben financiar el gasto generado por la realización de sus competencias. El hecho de que se reconozca dicha titularidad implica un estatus diferente al del resto de Comunidades Autónomas (20).

Ahora bien, realizando un estudio sistemático de lo contenido en la norma constitucional sobre esta materia junto a las referencias realizadas por parte del Concierto Económico cabe destacar que la potestad tributaria del Estado ostenta cierta preeminencia, ello es así por tres motivos: por la obligación de ajustar el sistema tributario de los territorios forales al sistema tributario estatal y por el deber de mantener una presión fiscal equivalente a la establecida por el Estado y por las exigencias derivadas de la armonización fiscal (21). Pero no son estos los únicos límites que encuentran los territorios forales sino que al serles aplicables todos los preceptos de contenido tributario del texto constitucional también se han de respetar los artículos derivados del mismo relativos al principio de solidaridad entre todos los españoles, igualdad, generalidad, capacidad económica, progresividad, no confiscatoriedad y justicia tributaria.

De este modo y con los límites referidos, va a pertenecer a los propios Territorios Históricos la capacidad para modificar sus propios sistemas tributarios siempre y cuando se haga coordinadamente y manteniendo una «presión global efectiva equivalente» y se respeten todos los principios constitucionales en materia tributaria, ya que resultan tan directamente aplicables como en cualquier Comunidad Autónoma. Siendo estos los únicos límites establecidos para el desarrollo de sus competencias tributarias parece congruente la postura de que no se les pueda impedir la participa-

(20) Vid. MERINO JARA, I., (2004), *La imposición directa en el País Vasco (especialidades de su régimen sustantivo)*, EDERSA, Madrid.

(21) Vid. SERRANO-GAZTELUURRUTIA, S. (2012), *El Concierto Económico ante el Juez europeo. La judicialización de las Normas Forales tributarias en el ámbito jurídico europeo. Situación vigente (ayudas de Estado) y perspectivas de futuro*. Premio José M.<sup>o</sup> Leizaola 2011, IVAP, Oñati.

ción en el denominado proceso ascendente de realización de las Directivas comunitarias con pleno respeto a los límites aludidos. De lo contrario se estaría imponiendo *de facto* un límite inexistente en los textos legales y que de hecho, contribuiría a la coordinación que debe regir el proceso.

Si bien la Ley 12/2002, de 23 de mayo del vigente Concierto Económico establece el sometimiento de nuestros sistemas a los Tratados o Convenios internacionales firmados y ratificados por el España, siguiendo a MARTÍNEZ BÁRBARA(22), se introduce una precisión por parte de la citada Ley, cual es «la inclusión de un segundo párrafo en el artículo 2.Uno.Quinto, inexistente en el Concierto de 1981, en referencia expresa a la materia tributaria, estableciendo que los sistemas tributarios de los Territorios Históricos «deberán atenerse a lo dispuesto en los Convenios Internacionales suscritos por España para evitar la doble imposición y en las normas de armonización fiscal de la Unión Europea». Este principio añade además una regla competencial de carácter procedimental que establece que los Territorios Históricos deberán asumir las devoluciones que proceda practicar a los no residentes como consecuencia de la aplicación de los Convenios para evitar la doble imposición y las normas de armonización europea».

#### **IV. La transposición de las Directivas comunitarias en materia tributaria en los territorios forales**

En materia tributaria, parece adecuado que, a priori, la Ley General Tributaria no contenga disposiciones específicas puesto que la materia desborda ampliamente su ámbito de aplicación.

Sin embargo, existe alguna ocasión en que las circunstancias del caso concreto han hecho que la Directiva comunitaria haya provocado un ineludible cambio en la Ley General Tributaria, como es el caso de la adaptación a la Directiva 2010/24/UE de 16 de marzo, relativa a la asistencia mutua para la recuperación de deudas tributarias y otras medidas. Este cambio obligado en la LGT hace que se susciten una serie de cuestiones importantes como

hasta qué punto resulta necesario o conveniente hacer la debida transposición de dicha Directiva a las normas forales de los diferentes territorios históricos de la Comunidad Autónoma del País Vasco y Navarra y si se ha realizado dicha adaptación exclusivamente en la fase descendente o ha habido la oportunidad de realizarla también en la fase ascendente.

Como hemos señalado anteriormente, la normativa interna que regula la adaptación la encontramos en la Ley Orgánica del Consejo de Estado y dicha norma prevé un trámite preceptivo de consulta cuando se trate de desarrollar la normativa comunitaria mediante norma con rango de ley, mediante dictamen del Pleno o disposiciones reglamentarias, mediante dictamen de la Comisión Permanente.

Por otra parte, existe una Comisión Mixta Congreso-Senado para la Unión Europea para informar sobre el estado de tramitación de las directivas europeas a la legislación española.

---

(22) MARTÍNEZ BARBARA, G. (2014), *Armonización fiscal y poder tributario foral en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, ed. IVAP, Bilbao.

En cuanto a la transposición de las directivas comunitarias de contenido tributario por parte de los territorios forales, tenemos que comenzar por desgranar lo establecido por el Concierto Económico para ver si es o no posible. Dicho texto, configura el IVA, los Impuestos Especiales e Impuestos sobre las operaciones societarias, como tributos concertados de normativa común. Esta calificación implica que los Territorios Forales del País Vasco no tienen capacidad propia de cara a la posible regulación de dichos impuestos y por tanto, se ha de aplicar la normativa estatal que exista en relación a los mismos.

Por tanto, los Territorios Históricos carecen de capacidad para la regulación de los tributos contenidos en el 113TFUE, por lo que estos impuestos, al ser tributos concertados de normativa común, según el sistema del Concierto Económico, se han de regir por las mismas normas sustantivas y formales establecidas por parte del Estado, quedando la potestad de los Territorios Históricos limitada básicamente a cuestiones formales como los modelos y plazos de declaración.

De acuerdo con MARTÍNEZ BÁRBARA(23), cabe realizar una matización importante, que es la diferenciación existente entre las habilitaciones competenciales y el alcance de los artículos 113 y 115 del TFUE, ya que *«los sistemas tributarios forales no sólo habrán de adecuarse a las normas de armonización fiscal stricto sensu, tal como reza la literalidad del precepto, sino también a las dictadas en el ámbito fiscal tomando como título competencial la aproximación de legislaciones»*.

Este hecho va a tener una implicación importante en cuanto al tema que nos ocupa y es que en estas materias el ámbito competencial de los Territorios Históricos hace que no puedan dictar sus propias normas de adaptación sino que será el Estado quien tenga que realizar su adaptación normativa y los Territorios Históricos se tendrán que limitar a aplicar la transposición normativa ya realizada por el Estado. Cabe plantearse si los Territorios Históricos podrían realizar su propia adaptación normativa en esta materia en el caso en que el Estado no lo hiciera o si pudieran suplir hipotéticas lagunas en el caso en que la transposición normativa no las tuviera. La respuesta habrá de ser negativa, ya que al ser los tributos señalados concertados de régimen común, no tienen competencia alguna sobre dichos impuestos por lo que su papel es exclusivamente el de aplicar la transposición realizada por el Estado y sólo pueden entrar a regular cuestiones menores y meramente formales, que quedan fuera del ámbito de la regulación por medio de la Directiva. Caso de no realizar el Estado la transposición normativa no cabría sino la aplicación directa de la Directiva comunitaria en cuestión.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la mayoría de las Directivas comunitarias en materia tributaria son precisamente en este ámbito, especialmente en el del IVA y los Impuestos Especiales e incluso Operaciones Societarias, lo cual hace que los derechos de estos Territorios Forales no se vean, por lo general, cercenados, en este sentido, con carácter general, al tratarse normalmente de materias que no son concertadas de normativa común.

La situación cambia totalmente con la tributación directa, ya que se trata de tributos concertados de normativa autónoma. En este caso, cuando se dicten Directivas en relación a los mismos, se nos plantea la cuestión de si los Territorios Forales

---

(23) MARTÍNEZ BÁRBARA, G., *op. cit.*, p.55.



pueden anticiparse a la adaptación estatal y realizar su propia adaptación a la Directiva comunitaria, ya que sí que se trataría de materia de su competencia. La doctrina se encuentra enfrentada al respecto en relación a si ha de hacerse cuando incidan en impuestos concertados de normativa autónoma cuando la Directiva resulta imperativa, y no en aquellos otros donde en vez de una imperatividad se pueda ver un cierto margen de libertad o maniobra para los Estados miembros. La normativa comunitaria nada dice al respecto, por lo que se trata de una cuestión meramente de carácter interno, que habrá de dilucidarse a raíz de lo establecido por el Concierto Económico.

Tal y como hemos visto a través de la interpretación que se hace por parte del TC de la Disposición Adicional Primera y del régimen del Concierto, entendemos que la ejecución del Derecho Comunitario corresponde a quien materialmente sea titular de la competencia según las reglas del Derecho interno por no existir una competencia específica para la ejecución del Derecho Comunitario.

La cuestión es que al quedar la tributación directa fuera del ámbito de la potestad comunitaria, en principio, parece difícil que puedan existir Directivas en relación a los impuestos que sí que resultan ser concertados y de normativa autónoma. Y es que a nivel comunitario, la base otorgada por el art. 115 TFUE, que constituye el soporte a las posibles Directivas sobre imposición directa, encuentra obstáculos serios a su posible desarrollo al afectar a la soberanía de los Estados miembros y por tanto, requerir el cumplimiento de los principios de unanimidad y subsidiariedad.

De esta forma, la forma de la Directiva ha resultado muy escasa y parcial en el ámbito de la imposición directa, por lo que sólo se pueden mencionar Directivas sobre matrices y filiales operaciones de reestructuración empresarial, fusiones, absorciones y escisiones a nivel comunitario.

De este modo, nos encontramos con una primera conclusión, al coincidir el ámbito de los tributos concertados de normativa común prácticamente con el ámbito de imposición indirecta, será el Estado y no los Territorios Históricos quien tenga que llevar a cabo las normas de adaptación a las Directivas comunitarias en materia tributaria con carácter general. Sólo en los escasos casos en que existan Directivas Comunitarias en materia referente a tributos concertados de normativa autónoma, los Territorios Históricos tendrán que realizar su propia adaptación a la normativa comunitaria. Ahora bien, en dichos casos ese proceso de adaptación tendría que ser completo, comprendiendo tanto la fase ascendente como la fase descendente.

Si bien es previsible un cierto cambio en la actuación comunitaria, cada vez más reguladora de la imposición directa y ello va a afectar al ámbito competencial de los Territorios Históricos, la adopción de la forma de Directiva resulta difícil dado que ya son 28 Estados miembros los que han de dar su consentimiento por unanimidad, por lo que pudieran utilizarse otros instrumentos jurídicos para los que no resulta necesaria esa difícil unanimidad (24).

Por otra parte, en cuanto a la posición de nuestros tribunales sobre los límites de dicha competencia, que son los establecidos por el Concierto Económico ha habido sentencias contrapuestas, pero parece que, por lo general, se puede afirmar que una

---

(24) *Vid.* SUBERBIOLA GARBIZU, I., «El papel de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la coordinación de los Estados Miembros en materia de fiscalidad directa» en *European Inklings*, n.º 3, IVAP, Vitoria.

adaptación diferente pero fiel a la Directiva en materia concertada de normativa autónoma, es perfectamente posible siempre y cuando no vulnere los principios generales del Concierto Económico.

En relación a la adaptación por parte de los territorios forales de la Directiva del Consejo 90/435/CEE, de 23 de julio, tenemos jurisprudencia contradictoria ya que el TSJPV en su sentencia de 11 de mayo de 1994 (25) estableció que «... no puede llevar a la errónea interpretación de que... quede vacía de contenido la competencia de los Territorios Históricos para vehicular a través de sus propias normas las del ordenamiento jurídico comunitario que sean de obligado cumplimiento en el ámbito territorial de aquéllos, como ocurre en este caso con la Directiva del Consejo 90/435/CEE, de 23 de julio»

Todo lo contrario es lo que se llegó a firmar en la casación de dicha sentencia por parte del Tribunal Supremo cuando manifestó el 4 de diciembre de 1999 que «una transposición del Derecho comunitario por parte de los Territorios Históricos diferente a la realizada por el Estado supone automáticamente el incumplimiento de los principios de armonización y coordinación fiscal con el Estado exigidos por el Concierto Económico.

Hoy en día, se puede entender superada esta visión y perfectamente válida una transposición diferente en materia de su competencia, siempre y cuando se respeten los principios de armonización y coordinación. En el siguiente epígrafe pasamos a ver un caso concreto.

#### UN CASO CONCRETO DE TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO INTERNO POR PARTE DE LOS TERRITORIOS FORALES

La Directiva 2010/24/UE, de 16 de marzo, se transpone al ordenamiento español en dos Reales Decretos: por una parte el Real Decreto-Ley 20/2011, de 30 de diciembre introduce numerosas modificaciones en la LGT con la finalidad de adaptarlo a priori a la transposición de la citada Directiva; por otra parte el Real Decreto 1558/2012, de 15 de noviembre introduce cambios en los RGR y RGGI para transponer la normativa comunitaria sobre asistencia mutua y cooperación administrativa en el ámbito fiscal. Es de esta manera como queda la Directiva 2010/24/UE, de 16 de marzo, perfectamente engarzada en nuestro ordenamiento tributario.

Una de las primeras preguntas que podemos realizar en Estados miembros como España y, particularmente, en relación con los territorios históricos de régimen especial de Gipuzkoa, Bizkaia, Álava y Navarra, es hasta qué punto resulta necesaria la transposición por su parte de la Directiva 2010/24 UE, de 16 de marzo, relativa a la asistencia mutua para la recuperación de deudas relativas a tributos, aranceles y otras medidas. Podemos plantearnos si era necesario e incluso si era posible o conveniente, habiendo realizado previamente su transposición el Estado a través de la figura del decreto ley (RDL 20/2011 y RDL1558/2012), independientemente de que la forma de Decreto ley no estimamos que fuera la más adecuada para realizar modificaciones de este tipo. La propia Exposición de Motivos de dicho Decreto ley establece

---

(25) Stca n.º 365/2014

que las modificaciones son de tal calado que quedan incorporadas a la LGT. Si bien es cierto que las transposiciones de Directivas anteriores en este ámbito habían sido realizadas a través de la categoría normativa de reglamento (26).

Así, en la modificación de la LGT con respecto al art. 1, relativo al ámbito de aplicación se establece en un primer apartado la salvedad de los territorios forales «Lo establecido en esta ley se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes que aprueban el Convenio y el Concierto Económico en vigor, respectivamente, en la Comunidad Foral de Navarra y en los Territorios Históricos del País Vasco» para en un segundo apartado no realizar dicha salvedad con respecto a la asistencia mutua: «la asistencia mutua a la que se refiere este apartado participa de la naturaleza jurídica de las relaciones internacionales a las que se refiere el artículo 149.1.3.ª de la Constitución», que, como es sabido, resultan ser competencia exclusiva del Estado.

El mismo tipo de modificación resulta del art. 5.3 al establecer la diferencia entre las competencias relativas a la aplicación de los tributos y el ejercicio de la potestad sancionadora derivada de dicha aplicación para CCAA y entidades locales para después precisar que «Corresponden a la Agencia Estatal de Administración Tributaria las competencias en materia de aplicación de los tributos derivadas o atribuidas por la normativa sobre asistencia mutua.»

Por otra parte, el artículo 2 del Concierto Económico, al referirse a los principios generales que lo informan en su apartado 1.5 establece lo siguiente: «Sometimiento a los Tratados o Convenios internacionales firmados y ratificados por el Estado español o a los que este se adhiera. En particular, deberá atenerse a lo dispuesto en los Convenios internacionales suscritos por España para evitar la doble imposición y en las normas de armonización fiscal de la Unión Europea, debiendo asumir las devoluciones que proceda practicar como consecuencia de la aplicación de tales Convenios y normas».

Así las cosas, sí que se ha realizado la transposición de la Directiva 2010/24, de 16 de marzo, relativa a la asistencia mutua para la recuperación de las deudas relativas a tributos, aranceles y otras medidas por parte de los diferentes territorios históricos del País Vasco en las siguientes normas: Norma Foral 18/2013, de 3 de junio, de Principios Básicos y Medidas de lucha contra el fraude fiscal en el Territorio Histórico de Álava y otras medidas tributarias; Norma Foral 3/2013, de 27 de febrero, por la se aprueban medidas adicionales para reforzar la lucha contra el fraude fiscal y otras modificaciones tributarias en Bizkaia y Norma Foral 5/2013, de 17 de julio, de medidas de lucha contra el fraude fiscal, de asistencia mutua para el cobro de créditos y de otras modificaciones tributarias de Gipuzkoa.

En el caso que nos ocupa no se trata de la trasposición de tributos concertados de normativa autónoma ni de normativa común, se trata de cuestiones procedimentales en el ámbito de la cooperación en el marco de la UE.

La legislación interna de los territorios Forales puede diferir de la regulada a nivel general, por lo que se puede entender necesaria la adaptación de la Norma Foral General Tributaria de cada territorio, o cuando menos, conveniente.

Por otra parte, entendemos que se puede plantear otra cuestión en relación a la transposición de dicha Directiva: la transposición de los diferentes territorios vascos ha

---

(26) *Vid.*, en este sentido, el Real Decreto 704/2002, de 19 de julio, junto a su desarrollo normativo que quedaba en la Orden HAC 2324/2003 de 31 de julio.

sido realizada en marzo de 2013 en Bizkaia, en Alava en el mes de junio y en Guipúzcoa en julio de ese mismo año 2013. Podemos preguntarnos si la falta de su transposición para el período que abarca desde el primero de enero de 2012 hasta la fecha de la entrada en vigor de sus respectivas transposiciones puede haber tenido consecuencias. En este sentido, podemos preguntarnos cuál era la situación, si la Directiva era directamente aplicable o si fue la transposición adoptada por el Real Decreto la aplicable en relación con el procedimiento de asistencia administrativa mutua. Creo que la respuesta es afirmativa para esta segunda opción ya que la transposición por parte del Estado se había realizado en tiempo y forma era la única norma que había estado en vigor durante ese período. Así, como la Ley General Tributaria tiene el carácter de una ley supletoria, era directamente aplicable en los territorios vascos y Navarra en relación con el procedimiento de asistencia mutua durante el período comprendido entre su entrada en vigor el primero de enero de 2012 (sólo un día después de la publicación) y la transposición particular a los territorios forales en marzo de 2013 de Bizkaia y posteriores de Alava y Guipúzcoa, llegando al 17 de julio de 2013 en este territorio.

En este sentido, durante estos hasta 18 meses, podemos pensar en casos curiosos como que un posible deudor, responsable subsidiario, puede haber tenido una razón para pedir la aplicación directa de la transposición realizada por el Estado, por entender su posición como más fuerte gracias al procedimiento de asistencia mutua, no habiéndose realizado la transposición de la directiva de su propio territorio Foral. Por seguir con este ejemplo, en este caso, un responsable subsidiario habría visto aumentar sus garantías en el caso en que el contribuyente o los posibles responsables solidarios hubieran tenido bienes situados en el extranjero. La aplicación de la Directiva era ya obligatoria y sólo tras el agotamiento de este procedimiento se puede considerar fallidos tanto al contribuyente como a los posibles responsables solidarios. La falta de aplicación de la Directiva podría conllevar que las declaraciones de fallido de estos otros obligados tributarios no fueran válidas.

Por último, resulta importante destacar en el plano aplicativo el *Acuerdo del Pleno del Parlamento Vasco celebrado el 26 de septiembre de 2013* por el que se establece que se realizarán Campañas conjuntas contra el fraude fiscal y una nueva Interconexión informática de las bases de datos tributarias de las HHFF. La cooperación entre las tres Haciendas forales se vuelve imprescindible en el ámbito de una cooperación generalizada.

En cuanto a Navarra, la Ley Foral 21/2012, de 26 de diciembre (27), introduce la disposición adicional decimosexta en su Ley Foral Tributaria estableciendo que «De conformidad con lo establecido en el artículo 5.3 del Convenio Económico suscrito entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, en defecto de regulación propia, será de aplicación en Navarra el Régimen fiscal sobre asistencia mutua previsto en el capítulo VI del título III de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y demás disposiciones sobre dicha materia establecidas en la misma norma, y en particular lo relativo al cobro de intereses de demora, al aplazamiento y fraccionamiento del pago, a la interrupción de los plazos de prescripción, a la prelación y garantías de créditos, a la cesión de datos tributarios, a los medios y valoración de pruebas, a la adopción de medidas cautelares y al devengo de recargos en periodo

---

(27) BON n.º 253 de 31.12.12, artículo 2, apartado seis, con efectos a partir del 1 de enero de 2013).

ejecutivo». De este modo, al contrario que los otros tres territorios históricos de régimen especial, no han entendido que era necesario adoptar una normativa propia al respecto de momento.

Además, el camino adoptado por Navarra ha sido el de la firma de un convenio con la AEAT, el 25 de mayo de 2011 a fin de, entre otras cosas, intercambiar información tributaria de forma electrónica e inmediata y el acceso directo a las bases de datos de ambos organismos, agilizar la cooperación en los supuestos de verificación del domicilio fiscal, al objeto de recabar la información y las pruebas necesarias para acreditar el verdadero domicilio de los obligados tributarios, reforzar la asistencia administrativa mutua en materia fiscal y la cooperación que se derive de los convenios internacionales de intercambio de información y de la normativa de la Unión Europea y colaborar en materia de recaudación ejecutiva para avanzar en la asistencia mutua para el cobro de las deudas tributarias.

Es por ello por lo que se entiende que a pesar de la falta de transposición expresa el problema queda resuelto por el reforzamiento de la coordinación horizontal entre la Agencia tributaria navarra y la AEAT.

Por otra parte, hay que tener en cuenta con respecto al País Vasco que dicha coordinación queda también reflejada en el Concierto Económico a través de la Ley 28/2007, de 25 de octubre, que establece en cuanto al principio de colaboración el apartado 4 del art. 4 por el que el Estado y las autoridades competentes del País Vasco *arbitrarán los procedimientos de intercambio de información que garanticen el adecuado cumplimiento de los Tratados y Convenios internacionales del Estado, y en particular, la normativa procedente de la Unión Europea sobre cooperación administrativa y asistencia mutua.*

Conviene señalar que así como se han articulado los mecanismos para resolver los posibles conflictos de competencias entre la administración del Estado y las administraciones vascas derivados de otro tipo de situaciones, básicamente a través de la Junta Arbitral, no se ha previsto todavía ningún tipo de mecanismo para la resolución de los conflictos derivados de la aplicación de la normativa comunitaria, ni por esta vía ni por ninguna otra. Evidentemente, los posibles conflictos quedarían al margen de las funciones de la referida Junta. Sin embargo, tal y como veremos, un elemento imprescindible de cara a la correcta aplicación de los procedimientos establecidos en la Directiva resulta ser la correcta aplicación de los puntos de conexión, lo cual, previsiblemente puede generar problemas y habrá que darles solución.

#### **IV.1. La participación de los territorios forales en la aplicación de la Directiva: cuestiones problemáticas**

Hay que señalar que la referida Directiva 2010/24/UE, de 16 de marzo, establece una nueva estructura organizacional creando una organización en la que caben, en cada Estado miembro que así lo desee, tres niveles de comunicación entre Estados: una única oficina central de enlace por Estado, de existencia obligatoria; varias oficinas de enlace en los países que opten por crearlas, delimitadas por el tipo de crédito sobre el que se extiende su ámbito competencial; y, también de existencia potestativa, los servicios de enlace, que pueden crearse tanto atendiendo a criterios territoriales como al tipo de crédito sobre el que tienen competencias.

Los Estados miembros pueden crear voluntariamente varias oficinas de enlace (OE) y/o servicios de enlace (SE), en cuyo caso los mismos también tendrían competencia para solicitar y recibir peticiones de asistencia mutua. Mientras las Oficinas de Enlace pueden tener competencias sobre un ámbito material específico, compuesto por uno o varios tipos o categorías específicas de créditos, por ejemplo, una OE de impuestos sobre la renta, otra de IVA, otra de Impuestos Especiales y derechos de aduanas, otra de multas y sanciones, etc., los Servicios de Enlace del art.4.1 de la Directiva, en cambio, se pueden crear atendiendo tanto a criterios territoriales como a criterios de competencia material.

La lista de las autoridades competentes para la aplicación de la Directiva vigente a partir del año 2010, se publicó en el diario oficial de 12.10.2011. En cuanto a España, su única «autoridad competente» es la Agencia Estatal de Administración Tributaria. Puede entenderse perfectamente la opción elegida por España en el sentido de poder centralizar todas las solicitudes en una única autoridad, ya que facilita la coordinación y de cara a las otras autoridades requirentes o que vayan a recibir una solicitud resulta más claro. De este modo, la Oficina Central de Enlace(28) cursará todas las solicitudes de asistencia mutua internacional en relación con todos los tipos de intercambio de información. Así el art. 205 RGGI: «Cuando en virtud de la normativa sobre asistencia mutua se deba transmitir de forma automática determinada información a otro Estado o entidad internacional o supranacional, la misma se comunicará, en todo caso, al órgano competente de la Agencia Estatal de Administración Tributaria para su remisión al otro Estado o entidad».

La OCE requerirá la colaboración necesaria del órgano correspondiente, que deberá remitir la información con carácter general en el plazo de tres meses. Si no fuera posible responder en ese plazo se informará de inmediato de las causas y se precisará nuevo plazo de respuesta.

Así es la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) la Administración encargada de decidir de quién resulta ser la competencia y distribuir las solicitudes (art. 204 RGGI). Sin embargo, no siempre esta competencia va a ser clara porque podría existir la posibilidad de la competencia de uno u otro dependiendo de los puntos de conexión que podrían no siempre ser claros. En este sentido, en cuanto a los territorios forales se podrían dar diferencias importantes, no hay más que remitirse al más de centenar de resoluciones de la Junta Arbitral al respecto. Según esto, podría haber una oficina de enlace que recibe una solicitud fuera de la competencia asignada por la autoridad competente, si éste es el caso, deberá remitir la solicitud a la oficina competente o departamento afectados si conoce y es consciente de la oficina competente o departamento, deberá remitir la solicitud a la oficina central de enlace e informar en consecuencia.

Si no es capaz de responder a la solicitud en el periodo de tres meses dado por art. 204.2 RGGI la Administración correspondiente informará de la AEAT de los motivos que le impiden hacerlo y de la fecha estimada en que podrá dar una respuesta adecuada.

Arte. 207 del RGGI establece la preferencia de medios electrónicos para dichas transmisiones, reflejando lo establecido por la directiva. En el tratamiento de las soli-

---

(28) De aquí en adelante OCE.

citudes, una oficina de enlace deberá actuar conforme a sus propias prácticas o procedimientos.

Por lo tanto cada comunicación enviada por cualquier territorio Foral, Comunidad Autónoma o local en España a otro Estado miembro deberá enviarse a través de la oficina central de enlace. En el cumplimiento de sus funciones la oficina central de enlace evaluará cada solicitud caso por caso. Es en esta fase en la que pueden darse complicaciones indeseadas en el caso de no existir una cooperación leal o simplemente, debido a la utilización de los puntos de conexión, que, en demasiadas ocasiones, dan lugar a conflictos.

Como se puede observar, no se encuentra esta medida recogida por la Ley General Tributaria, pero tampoco se podría aplicar el art.4 del Real Decreto 704/2002, ya que su vigencia se ha limitado hasta el 1 de enero de 2013, por lo que nos hemos remitido al Reglamento de Gestión e Inspección, el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio.

No obstante, lo que llama la atención es la ausencia de otras posibles autoridades competentes, ya que hay que destacar el hecho de que en algunos otros países como Bélgica, Grecia, Francia y Chipre han nombrado varias autoridades competentes, acogiendo a la posibilidad otorgada por el artículo 4.1 de la mencionada Directiva. Ello es así precisamente por la diferente estructura administrativa que pueden tener los Estados Miembros, siendo posible que más de una administración pueda tener competencia sobre un asunto por la descentralización.

España ha optado por tener una autoridad competente que centraliza todas las cuestiones con respecto a este procedimiento para posteriormente, distribuir los asuntos entre las administraciones competentes.

Este procedimiento sólo puede funcionar si otras administraciones cooperan con la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por lo que una cooperación leal se convierte en una necesidad.

Ahora bien, en virtud del apartado segundo del artículo cuarto del Concierto Económico se establece que «el Estado arbitrará los mecanismos para que se permita la colaboración de las instituciones del País Vasco en los acuerdos internacionales que incidan en la aplicación del Concierto Económico». En virtud de tal precepto el Gobierno Vasco ya tiene una representación en la REPER española y de este modo, funcionarios vascos participan en Bruselas en algunas comisiones, como la D-4, en tributación directa, encargada de fijar las bases de una posible Directiva Comunitaria de Base Común Consolidada o del Impuesto sobre Transacciones Financieras. Por lo tanto, no parece descabellado que se hubiera podido establecer un servicio de enlace más para los territorios forales, tal y como se prevé en el 4.1 de la referida Directiva y muy especialmente, teniendo en cuenta, por una parte, el artículo cuarto del Concierto Económico y por otra, que se trata de una posibilidad expresamente prevista y que ya lo han hecho otros países menos descentralizados que el nuestro.

Según el párrafo tercero del artículo 4 de la Directiva debe ser una Oficina Central de enlace, la que sirva como contacto principal con otros Estados miembros en materia de asistencia mutua y otras oficinas o servicios de enlace pueden ser responsables de contactos con otros Estados miembros en materia de asistencia mutua con respecto a una o más categorías de impuestos y aranceles. Será la función de esta oficina Central de Enlace actuar como autoridad requerida o solicitante, según sea el caso. Esta Oficina Central de Enlace también será la responsable de distribuir las soli-

citades a las oficinas de enlace según su área de competencia y de asistir a las oficinas de enlace con sus peticiones.

Según la ley española durante el procedimiento de ejecución el deudor siempre puede saldar su deuda o él puede sugerir los bienes, derechos o bienes que prefiera. Esta posibilidad no está en el procedimiento de mutuo acuerdo, por lo que podría encontrarse en peor situación si se le ejecutan bienes en el exterior, pudiendo tener bienes en el propio país de residencia.

¿Podría probar que tenía activos en cualquier Comunidad Autónoma o Territorio Foral que debían ejecutarse antes de hacer una solicitud para la recuperación de la deuda a otro Estado miembro? ¿El procedimiento interno español manda hacer este tipo de petición a las distintas Comunidades Autónomas y territorios Forales antes de solicitar asistencia para la ejecución a otro Estado miembro? Nuestra legislación no ordena hacerlo, pero creo que implícitamente está presente esta obligación dada la redacción de la Directiva, que ha de utilizarse como último recurso cuando no existan bienes o derechos en el Estado requirente o si los hay, ello conllevara grandes dificultades. Hay que tener en cuenta que la falta de intercambio de bases de datos es un hecho entre algunos de los territorios Forales. ¿Guipúzcoa, por ejemplo, puede pedir una solicitud de recuperación a Francia, siendo físicamente un vecino y teniendo en cuenta que muchas personas en Guipúzcoa tienen activos en ese país vecino, sin haber hecho la misma petición a Vizcaya, Álava, Navarra o la AEAT?

En este sentido, es de destacar el Acuerdo del Pleno del Parlamento Vasco celebrado el 26 de septiembre de 2013 para la elaboración de campañas conjuntas contra el fraude fiscal y la interconexión informática de las bases de datos tributarias de las Haciendas Forales, que esperemos que puedan dar, en la práctica, buenos resultados, ya que, hasta el momento la situación se ha caracterizado por no compartir este tipo de datos.

La solicitud deberá ir acompañada de un instrumento uniforme que permita la ejecución en el Estado miembro requerido que deberá reflejar el contenido sustancial del instrumento inicial que permite el procedimiento. Dicho instrumento no será sujeto a ningún acto de reconocimiento, adición o reemplazo en dicho Estado miembro.

Ahora bien, en la transposición realizada por España este instrumento da al deudor un tiempo adicional que no está en la Directiva. Así, al equipararlo a la providencia de apremio le da los plazos otorgados para el pago previstos para la misma. Los plazos otorgados por los territorios forales son más amplios, ya que son de un mes y aquí encontramos una divergencia en el caso en que haya que aplicar la transposición a la directiva realizada por la Norma Foral General tributaria guipuzcoana o vizcaína.

Así, en el caso alavés se establecen los mismos plazos que los establecidos por la LGT para el caso de la utilización del procedimiento de asistencia mutua, ya que se ha entendido que, de otro modo, cumplir con el procedimiento habría conllevado plazos más largos.

Es así como nos encontramos con ciertas divergencias que pueden complicar el procedimiento en los territorios forales. En Álava, quedan equiparados a los plazos de pago para deudas procedentes de otros Estados Miembros con los establecidos por la LGT (art.61.6 de la NFGT de Álava), mientras que se mantiene el plazo de un mes con carácter general para deudas internas. Sin embargo, en Guipúzcoa el artículo correspondiente (61.6 de la NFGT de Guipúzcoa) establece que el plazo coincide con el suyo interno, que es superior: «El pago de las deudas de titularidad de otros Estados



o entidades internacionales o supranacionales cuya actuación recaudatoria se realice en el marco de la asistencia mutua será requerido al obligado tributario, que deberá efectuarlo en el plazo de un mes desde la fecha de notificación del instrumento de ejecución». Por su parte, Vizcaya en el art.60.1.c NFGT de Vizcaya establece también una previsión similar otorgando el plazo de un mes.

Como hemos tenido oportunidad de ver, este tipo de cuestiones podrán provocar problemas en el día a día de la aplicación de la Directiva.

## V. Conclusiones y líneas de avance

Se hace necesaria una toma de conciencia de España como Estado Miembro en la importancia de cuidar su participación en las instituciones europeas, con mayor apoyo a la REPER y a sus funcionarios destacados ahí. Así, se puede conseguir una mayor participación en la denominada «fase ascendente» de realización de las Directivas comunitarias de modo que se prevengan problemas en la denominada «fase descendente» de adaptación de las Directivas comunitarias a nuestro sistema tributario.

Es deseable la participación en dicha fase ascendente de los órganos que van a tener asignada la competencia en cuestión, de modo que puedan aprovechar los beneficios de la participación en dicha fase para poder evitar problemas en la denominada fase descendente. La peculiar estructura de nuestro país lo hace especialmente aconsejable.

Las competencias en materia tributaria de los Territorios Históricos son muy amplias, hasta el punto de poder afirmarse que tienen un sistema único dentro de la UE, que sin embargo, no tiene reflejo en la participación del proceso de adaptación a las Directivas comunitarias. Este hecho que puede dar lugar a problemas importantes que pueden ser fácilmente evitados. Dichos Territorios Históricos están realizando esfuerzos armonizatorios importantes, pero todavía quedan situaciones que han de ser corregidas. La participación de estos territorios en la fase ascendente de la realización de Directivas se vuelve más que aconsejable.

Las Directivas de asistencia mutua están logrando que exista una mayor armonización y cooperación entre los diferentes Estados Miembros en materia tributaria pero curiosamente, están también propiciando una mayor armonización entre territorios Históricos y un reforzamiento de la cooperación entre los mismos y el Estado. El marco de cooperación europeo está propiciando una mayor cooperación a nivel interno que no había existido en este grado hasta el momento.

## VI. Bibliografía

- APARICIO PÉREZ, A., y ÁLVAREZ GARCÍA, S., «Incidencia de la Normativa fiscal europea en la Fiscalidad española: especial referencia a la autonomía tributaria de las Comunidades Autónomas», doc. n.º 6/09
- ARANA LANDIN, S., (2008), *Factores que inciden en el tratamiento tributario de las obligaciones tributarias*, Dykinson, Madrid.
- BAZ SORIA, J., «Novedades en asistencia mutua: la directiva 2010/24 y el Real Decreto Ley 20/2011», CEF, *Revista de contabilidad y tributación*, n.º 350, 2013.

- COELLO MARTÍN, C. (1997), *La Disposición Adicional Primera y la Organización Autonómica vasca*, Univ. De la Rioja, Logroño;
- CONSEIL D'ETAT (2007) *Pour une meilleure insertion des normes communautaires dans le droit national*.
- CORCUERA ATIENZA, J.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.; HERRERO RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, M.; LUCAS VERDÚ, P.; NOVO ARBONO, A. (2010), *La excepcionalidad del modelo federal foral vasco*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R (1985) *Los derechos históricos de los territorios forales. Bases constitucionales y estatutarias de la Administración foral vasca*, edit. Civitas/Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- GRAU RUIZ, M. A., «Mecanismos de coordinación legislativa entre haciendas territoriales», *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, n.º3, 2006.
- HM GOVERNMENT (2013), *Transposition guidelines: how to implement European Directives effectively*.
- MARTÍNEZ BARBARA, G. (2014), *Armonización fiscal y poder tributario foral en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, ed. IVAP, Bilbao.
- MERINO JARA, I.(2004), *La imposición directa en el País Vasco(especialidades de su régimen sustantivo)*, EDESA, Madrid.
- MORENO GONZÁLEZ, S., «Asistencia mutua en materia de recaudación: análisis de los cambios introducidos en la Ley General Tributaria en transposición de la Directiva 2010/24/UE», *Crónica tributaria*, n.º 146, 2013.
- RODRIGO RUIZ, M.A.(2006), *Las fuentes del Derecho Financiero en la CA del País Vasco*, ed. EDESA, Madrid.
- SCHAGEN, J., y KOELMAN, S., (2003), *Het wetgevingsproces in Spanje*, Den Haag: Kenniscentrum Wetgeving.
- SERRANO-GAZTELUURRUTIA, S. (2012), *El Concierto Económico ante el Juez europeo. La judicialización de las Normas Forales tributarias en el ámbito jurídico europeo. Situación vigente (ayudas de Estado) y perspectivas de futuro*. Premio José M.ª Leizaola 2011, IVAP, Oñati.
- STEUNENBERG, B. y VOERMANS, W (2005), *Report on a research project into processes, instruments and techniques of transposition of EC Directives in six Member States of the EU commissioned by the Dutch Government (Ministry of Justice)*.
- SUBERBIOLA GARBIZU, I., «El papel de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la coordinación de los Estados Miembros en materia de fiscalidad directa» en *European Inklings*, n.º 3, IVAP.
- THOMSON, R., «Opposition through the back door in the transposition of EU directives», *European Union Politics*, 2010.
- VIRSEDA MORENO, M.ªJ., «Contenido y análisis de la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo de 2010», *Tribuna Fiscal*, N.º 245, Sección Brújula, Marzo 2011.

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Espainiak Zuzentarauen transposizioa nola egiten duen aztertu nahi izan da, formari ez ezik, batik bat betetze-mailari begira. Hain zuzen ere, zerga-arloko eskumena duten organoen Zuzentaraia moldatzeko prozesuan parte hartzeko maila ikusi nahi da, gehienbat Lurralde Historikoen kasuan.

**HITZ GAKOAK:** Moldaketa. Zuzentaraiak. Lurralde historikoak. Eskumena. Zerga-arloa.

**RESUMEN:** Es objeto del presente trabajo comprobar la forma en que se realiza la transposición de las Directivas por parte de España, como Estado Miembro, no sólo desde un punto de vista formal, sino sobre todo el grado de cumplimiento sustancial. Concretamente se trata de ver el grado de participación en el proceso de adaptación de la Directiva de los órganos que tienen la competencia en cuestión y en materia tributaria, destacando el caso particular de los Territorios Históricos.

**PALABRAS CLAVE:** Adaptación. Directiva. Territorios Históricos. Competencia. Tributario.

**ABSTRACT:** The scope of this work is to check how Directives are transposed in Spain as a member state not only from a formal point of view but above all as from the point of view of the degree of material compliance. Specifically, it deals with the degree of participation in the process of adaptation of Directives of the bodies that do have competence in the tax field, highlighting the particular case of Historical Territories.

**KEYWORDS:** Adaptation. Directive. Historical Territories. Competence. Tax field.



# El desarrollo en un escenario de sostenibilidad

Esteban Arlucea Ruiz

**Sumario:** I. Introducción.—II. La insuficiente fórmula del desarrollo sostenible.—III. Su significado.—IV. La actualidad.—V. Hacia otra propuesta de desarrollo-posdesarrollo sostenible. V.1. La nueva ética del posdesarrollo. V.1.1. Las personas. V.1.2. El territorial. V.1.3. El funcional

## I. Introducción

El ambiente parece que ha cobrado singular carta de naturaleza desde hace aproximadamente medio siglo. Podríamos hablar del fin de la segunda guerra mundial como punto de arranque de las intervenciones y actitudes que, en dicho campo, nos llevan al momento presente, tan diverso, en cambio, de sus inicios. Un signo de nuestra era(1).

Sin embargo, la anterior afirmación no significa, obviamente, el *dies a quo* de su toma en consideración. La naturaleza ha estado presente desde el comienzo de la humanidad, si bien bajo diversas ópticas. La preventiva y restauradora es aquella en la que nos encontramos, una vez advertidos de que el ser humano en su concepción moderna precisa servirse de ella para su desarrollo económico-social, pero también, y antes, para su desarrollo vital. Sencillamente, sin un determinado tipo y calidad de nuestro entorno, el desarrollo de la vida humana sería imposible y ante degradaciones de aquél, ésta empeoraría irremediablemente como todos los estudios al respecto no dudan en asegurar(2). Pero siempre ha sido utilizada y contemplada como la fuente en la que se da la vida y de la cual ésta se extrae, desde el alimento, hasta la vivienda, ocio, ropa, cultura, etc. En definitiva, el marco en el que se encuadra y permite la existencia en todas sus formas, llegando hasta condicionar y modular la propia cultura.

Ha sido, precisamente, la realidad que encierra esta última aseveración la que se ha valorado diversamente a lo largo de la vida del ser humano. Y no porque sólo éste posea capacidad transformadora del ambiente. La misma plural existencia es, *per se*, un concepto dinámico y evolutivo. Nunca la vida sobre el planeta ha sido una foto fija ni lo será, ni lo deba ser. Sin embargo, lo que sí ha introducido el ser humano y en radical diferencia con respecto al resto de especies vivas, ha sido su capacidad para transformar los ecosistemas a un ritmo y con una intensidad mayores a la posibilidad

---

(1) JORDANO FRAGA, J., «El futuro del derecho ambiental», en *Medio Ambiente y Derecho*, n.º 24/2013.

(2) Como mero ejemplo, «Un air plus pur pour une meilleure santé», en *Medio ambiente para los europeos*, n.º 52, junio 2014, p. 3. A nivel global europeo el VII Programa de acción medioambiental en su mismo título constata esta realidad: «Un medio ambiente mejor para una vida mejor».

de estos de reequilibrarse (3). Como ha destacado recientemente el PNUMA, «las evidencias muestran que actualmente las actividades humanas son tan impactantes y profundas que sus consecuencias tienen efectos sobre la Tierra a escala planetaria» (4). De esta dicronía nacen desajustes ambientales que revierten en la misma naturaleza y por ende, en los seres humanos como parte de ella (5), al igual que en el esquema socio-organizativo que representa el estado actual de convivencia, basado en modelos más concentrados y urbanos de aglomeración humana. El interesado enfrentamiento entre intervención ambiental prudente y racional y desarrollo-progreso sólo es cierto si este último va más allá de lo que los territorios permiten.

En la modernidad, en tanto que sociedades tecnológicamente avanzadas, se ha impuesto la visión de la regeneración ambiental mediante las herramientas que tales tecnologías permiten. Parece ser que la vía regeneracionista discurre a través de la misma filosofía que produce su degeneración (la del ambiente). De ahí que la casi totalidad de planteamientos y discursos provengan del mismo estilo socio-económico de vivir y producir que ocasiona la mayor parte, si no absoluta sí relativa, de impactos negativos. En un desarrollismo verde que apuesta por las soluciones de mercado y los parches tecnológicos que dejan intacta la estructura de los actuales sistemas de producción y gobernanza (6). Un estilo de entender la sociedad apartándola de las leyes infranqueables de la naturaleza. Es más, concibiendo el proceso civilizatorio como un dominio de los ecosistemas y reconceptualizando los problemas ambientales como problemas de eficiencia de mercados.

Esta utilitarista manera de pensar llegará a su cénit (aunque para algunos ya podemos hablar de un punto de no retorno) en el momento en que población mundial más estilo de vida desborden la regeneración natural que permite el equilibrio necesario para la vida. Y este último concepto (el de vida) no es baladí, ni neutro, ni ceñido exclusivamente al presente. Encierra un sentido intergeneracional que se ha instalado ya con fuerza en nuestra legislación: el que sirve al polisémico concepto de desarrollo sostenible que se impone tras el informe Brundlandt de 1987 (7), porque, como señala Zagrebelsky, «la tierra pertenece a los hoy vivos tanto como a los aún no vivos» (8) como principal vía para evitar lo que él mismo califica de prevaricaciones intergeneracionales.

De este modo, una serie de cuestiones complejas y asentadas en la forma predominante de abordar cuanto rodea al bienestar lastra y todavía conduce a un determi-

(3) O'BRIEN, K. et al., «Rethinking social contracts: building resilience a changing climate», en *Ecology and Society*, vol. 14, n.º 2/2009. Se estima que la tierra precisa de un año y medio para producir y regenerar lo que la población consume en un año (ESTEBAN, A., «De la economía de las 5is a la economía verde», en *Ecología Política* n.º 44/2012).

(4) PNUMA, «Geo 5. Perspectivas del medio ambiente mundial», 2012.

(5) FOLKE y GUNDERSON señalan que «we have now entered the antropocene era, the era in which the magnitude and impacto f human actions have become a powerful planetary force, modifying the biosphere at th escale of the globe. Humanity in this new situation needs to understand its role and responsibility as a dominant force in the biosphere », («Reconnecting to the biosphere: a social-ecological renaissance», en *Ecology and Society*, vol. 17, n.º 4/2012).

(6) McAFEE, K., «Selling nature to save it? Biodiversity and the rise of green developmentalism», en *Environment and Planning*, vol. 17, n.º 2/1999.

(7) ROCA, J., «La economía verde: término y contenido», en *Ecología Política*, n.º 44/12.

(8) ZAGREBLELSKY, G., «Constitucionalismo», en *Derechos y Libertades*, n.º 29/2013, p. 33.

nado discurso en torno a cómo proceder de cara a la satisfacción de lo que tomamos como nuestras necesidades. Necesidades que se parametrizan desde la óptica de las sociedades capitalistas. Y ello representa un grave problema de inicio, pues en éstas frecuentemente se confunde lo necesario con lo superfluo y no se quiere caer en la cuenta de que mantener y generalizar las exigencias inherentes al *modus vivendi* que se adopta como referente haría necesario contar con más planetas tierra de los que extraer recursos naturales y emplear como sumideros de la ingente cantidad de desechos y externalidades generados. Lo inalcanzable de tal planteamiento a medio plazo genera importantes problemas de injusticia social interterritorial e intergeneracional. Desde el lado del derecho (derecho ambiental, ecológico, etc) no se han dejado de lado estas constataciones, aunque sus plurales y ricas aportaciones escasamente han encontrado hueco en la práctica efectiva de los operadores económicos y políticos (9), siendo que hoy en día medio ambiente de calidad e injusticia social representan dos realidades que conviven enfrentadas.

Por ello no causa extrañeza que los esfuerzos por determinar las herramientas a emplearse no duden en conectar ineluctiblemente ambiente natural y ambiente humano y sirviéndose de ese antropocentrismo del cual tan difícil parece desprenderse, introducir en el debate de la sostenibilidad natural la también sostenibilidad social como factor necesariamente presente en la ecuación. La fórmula que se consensuó a finales de los ochenta de manos de las Naciones Unidas no fue otra que la del desarrollo sostenible como síntesis conceptual de ambos discursos ambientales. Como ya se sabe, el informe Brundlandt (nombre de la presidenta del Comité), por título «Nuestro futuro común», lo definió como aquel tipo de desarrollo capaz de satisfacer las necesidades actuales sin comprometer los recursos y posibilidades de las generaciones venideras. Esta fórmula de cohabitación ha durado hasta nuestros días, en los que está viéndose acompañada por el giro que representa «un crecimiento inteligente, sostenible e integrado» de las actuales estrategias globales sobre el ambiente y una «economía verde» (10).

## II. La insuficiente fórmula del desarrollo sostenible

La época antropocena iniciada, según datan Crutzen y Stoermer (11), en el s. XVIII con el advenimiento de la revolución industrial, ha ido derivando a una situación con respecto a la naturaleza en la cual los seres humanos han pasado a ser las verdaderas fuerzas rectoras de ésta. La capacidad de incidencia sobre el medio ha aumentado conforme la capacidad tecnológica evoluciona y ésta se ha desenvuelto en un estilo económico y social que ha distinguido y perfectamente separado los planos humano

---

(9) Comunicación COM (2008)773 final, del 18 de noviembre de 2008, sobre la aplicación de la legislación ambiental comunitaria.

(10) PNUMA de 2011 «Hacia una economía verde. Guía para un desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza», junto con las conclusiones del Consejo de la UE del 11 de junio de 2012 (COM (2011)571 final, del 20 de septiembre) y el considerando 18 de la decisión 1386/2013/UE del Parlamento y Consejo, del 20 de noviembre por la que se aprueba el VII Programa ambiental de la UE (DOEU serie L-354, del 28 de diciembre), como más significativos.

(11) CRUTZEN, P. y STOERMER, E.F., «The Anthropocene», en *Global Change Newsletter* n.º 41/2000, p. 17.

y natural. El ser humano ha sido concebido como algo distinto, autónomo y cualitativamente superior a cuanto le rodea, sea biótico o abiótico.

En este orden de cosas, todo el proceso socio-industrial se ha llevado a cabo de espaldas al entorno, extrayendo de éste cuanto fuera necesario al proceso transformador y devolviéndole lo económicamente ineficiente, esto es, extrayendo materias primas y espacios limpios y revertiendo desechos, residuos y polución, ya que el proceso transformador del que nos servimos lo es fundamentalmente de materias primas y originador de residuos y polución.

Unido a lo anterior no hay que dejar de soslayo el incremento poblacional con su correspondiente impacto sobre el medio físico (12) (se estima que la población mundial alcance los 9.000 millones de personas hacia mediados de siglo, a partir de los más de 7.000 millones de la actualidad. Esto es, 2.000 millones más en los siguientes treinta y cinco años) (13). Si bien a ambas realidades el ecosistema planetario ha respondido amortiguando sus impactos, científicos de todas las disciplinas coinciden en señalar que dicha capacidad planetaria ha sido ya sobrepasada (SUPRA), de ahí que nos encontremos ya en un momento histórico en el cual no actuar o hacerlo equivocadamente no sea una opción válida de perdurabilidad.

La realidad del impacto de nuestras sociedades sobre el entorno ha sido un hecho que no cabe ignorarse. Y aunque, cohonestar nuestra existencia con él ha devenido una preocupación que, al menos, formalmente está presente en todas las agendas públicas, si bien, a nadie se le escapa, que con diversas intensidades (14), en abordaje escasamente ha pasado de un mero maquillaje. De las dos principales facetas con mayor incidencia en los ecosistemas, la población humana y la manera socio-industrial de concebir el desarrollo económico, donde más se han concentrado los esfuerzos ha sido en esta última de manos de una idea de progreso sintetizada en 1987 bajo la expresión de desarrollo sostenible, pero éste es claramente deudor de la actitud que se materializa en la Conferencia de NNUU sobre el medio ambiente humano, celebrada en Estocolmo en junio de 1972 (pese a que la antigua Unión Soviética y la mayoría de sus aliados no acudieran).

### III. Su significado

A) Esta Conferencia es el referente obligado cuando se analiza el ambientalismo de los años setenta, habiendo llegado a entenderse su declaración final (26 principios y 103 recomendaciones) como la Carta Magna sobre ecología y desarrollo, aunque, paradójicamente, no cuestione el modelo económico causante de los efectos nocivos

---

(12) Patrick O'SULLIVAN señala que «The number of people on Earth is the most important factor driving environmental change», artículo titulado «Global Change and Global Economy», en *Global Change Newsletter* n.º 58/2004, p. 16. A nivel comparativo mundial puede verse el capítulo respectivo de *The UE in the World 2013. A statistical portrait*, elaborado por la oficina Eurostat (ed. Oficina de publicaciones de la UE, Luxemburgo, 2012, pp. 29 y ss).

(13) Informe conjunto de la AEMA, CCI y la OMS por título «Los impactos del cambio climático en Europa. Evaluación basada en indicadores», ed. Ministerio de medio ambiente, medio rural y marino, Madrid, 2011, pp. 23 y ss.

(14) Por ejemplo, la negativa de EEUU a suscribir el protocolo de Kyoto sobre gases de efecto invernadero.



que advierte (quizá como consecuencia de encontrarse en estrecha relación con la Secretaría del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), a la que se solicitó su colaboración durante los preparativos de aquella(15)), lo cual supondrá negar una de las causas fundamentales del deterioro y agotamiento de la naturaleza. Precisamente Engels ya había advertido en su ensayo «El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre» (1876) que el crecimiento económico no había de dañar la armonía del ser humano con la naturaleza, ya que el dominio de ésta por aquél podría plantear una amenaza para el mismo avance material(16).

Nació como elemento reflexivo y ejecutivo frente a un estilo de vida en fase de consolidación que prácticamente ignoraba todo aquello que no fuera incremento de productividad. Sin embargo, algunos años antes comenzaban ya a articularse esfuerzos que harían oír sus propuestas frente a esta monotonía discursiva. En 1955 se celebraba en Princeton el Simposio internacional *Man's role in changing the face of the Earth*(17); en 1965 la Conferencia sobre el medio ambiente futuro de EEUU; en el 68 la UNESCO convoca en París la Conferencia de la biosfera (Conferencia de expertos para sentar las bases científicas sobre un uso racional y conservación de los recursos naturales de la biosfera) cuyo resultado más sobresaliente fuera el inicio del programa Hombre y Biosfera (MaB), que incluía como uno de sus objetivos la constitución de una red mundial de reservas de la biosfera; PECCEI funda también en 1968 el Club de Roma; Greenpeace nacerá también por estas fechas (1971)(18); MANSHOLT dirigirá en febrero de 1972 una carta al Presidente de la Comisión de la CEE advirtiendo de la incompatibilidad entre el modo de producción capitalista y la supervivencia de la humanidad(19); en 1972 se crea la fundación Bariloche, versión latinoamericana del Club de Roma; también este mismo año conoce la publicación de *Los límites del crecimiento* (conocido como Informe Meadows) del Club de Roma y *Blueprint for Survival* en el vol. 2, n.º 1 de la revista *The Ecologist*. Los ejemplos pueden multiplicarse. Lo que resulta apreciable es que durante estos sesenta y comienzos de los setenta el enfoque del crecimiento económico comienza a verse interrogado a la luz de las críticas que destacan su incapacidad para frenar la pobreza en el tercer mundo(20) y para revertir los procesos de degradación ambiental causados en el primero(21).

---

(15) En el estudio que preparó esta Secretaría (*Lucha contra la contaminación industrial y comercio internacional*) se prestaba especial atención a las repercusiones de las políticas de protección ambiental en el comercio internacional y reflejaba el temor de los responsables del comercio a que tales políticas pudiesen llegar a convertirse en obstáculos al comercio y constituir una nueva forma de proteccionismo. Algo semejante a la preocupación que las Comunidades europeas manifestaron en torno al programa ambiental de la RFA de también estos principios de los setenta.

(16) Puede verse en <http://www.buenastareas.com/ensayos/El-Papel-De-Trabajo-En-La/3614200.html>.

(17) [http://www.princeton.edu/forbescollege/about/history/\(mans-role-in-changing-th/](http://www.princeton.edu/forbescollege/about/history/(mans-role-in-changing-th/)

(18) A raíz de la protesta contra las pruebas nucleares que EEUU estaba llevando a cabo en el archipiélago Amchitka (Alaska) al norte de Canadá.

(19) Véase REICHENBACH, R y URFER, S., *La croissance zéro*, ed. Presses Universitaires de France, París, 1974, p. 65.

(20) De lo cual son fiel reflejo las declaraciones de DE GAULLE en 1958 en el acto de su toma de poder al destacar que la liquidación del subdesarrollo era el mayor problema de nuestro siglo xx.

(21) En 1967 el superpetrolero Torrey Canyon se hunde en el sur de la costa de Inglaterra, creando un desastre ecológico marino sin precedentes. Un año más tarde el cantante francés Serge Gainsbourg le dedica una canción con igual título, *Le Torrey Canyon*.

La preparación de la Conferencia fue larga y costosa, viéndose precedida y resultando sus principios directamente tributarios del Informe Founex sobre medio ambiente y desarrollo de junio de 1971, que ya identificara ambas realidades (ambiente y desarrollo) como las dos caras de una misma moneda. Se sostiene que los problemas relacionados con el ambiente son el resultado de un nivel elevado de desarrollo económico.

Durante las sesiones de su Comité preparatorio, integrado por expertos de 27 países, se puso de manifiesto el enfrentamiento que oponía a los Estados según su mayor o menor grado de desarrollo industrial. A lo anterior hubo de unirse el boicot que llevaron a cabo los países socialistas europeos, cuya representación se redujo a Rumania y Yugoslavia, por no permitirse la participación oficial y con pleno derecho de la República Democrática alemana. Finalmente logró sacarse adelante un texto conciliador base del debate posterior: el citado Informe Founex de junio de 1971. La Conferencia tuvo lugar del 5-15 de junio, bajo la presidencia del ministro sueco de agricultura, Ingemund Bengtsson, y la participación de 1200 delegados de 110 países.

En Estocolmo se habló de desarrollo, término que no se puso en entredicho. Fundamentalmente de desarrollo económico, e incluso, de desarrollo acelerado (principio 9), pero también junto a aquél, de desarrollo social y de medio ambiente. Sin embargo, se nota lo incipiente de estas reflexiones pues escasamente accederán a guiar políticas públicas, siendo una preocupación prácticamente limitada al mundo académico hasta la publicación del Informe de la Comisión Mundial del medio ambiente y del desarrollo de 1987; si bien los tres elementos se encuentran ya presentes (desarrollos económico, social y ambiental), su necesaria articulación conjunta no resulta todavía expresamente formulada bajo parámetros de unidad en foros internacionales. Para ello habrá que esperar algún año más. Pero indudablemente tal idea se hallaba ya subyacente en su principio 2 (22) y en el término ecodesarrollo que un año más tarde elaborará Maurice Strong, director ejecutivo del recientemente creado PNUMA, como desarrollo que aúne las siguientes cinco exigencias: su finalidad ha de ser ética y social, ha de basarse en la prudencia ecológica, ha de asegurar la eficacia con criterios macrosociales y no sólo de rentabilidad macroeconómica, ha de perseguir soluciones aceptables y, finalmente, tender a producir nuevos equilibrios espaciales. Estas ideas, conceptualmente más desarrolladas por Ignacy Sachs, se encuentran ya en su *Environnement et styles de développement*, aparecido en 1974 (23).

Esta Conferencia se enmarca bajo los parámetros de la economía de mercado. Este modelo económico, en cambio, no se prejuzga y es en su marco en el que se tratará de buscar soluciones a los problemas detectados. Es más, el sistema económico de mercado no es que no se ponga en entredicho, sino que, partiendo de él, se pretende instalar un modelo de ejecución de políticas que contemplen, al lado de las estrictamente económicas, acciones integradoras teleológicamente orientadas a la consecución de otras metas: mejora del bienestar humano («de cuanto existe en el

---

(22) «Los recursos naturales de la tierra, incluidos el aire, el agua, la tierra, la flora y la fauna, y especialmente muestras representativas de los ecosistemas naturales, deben preservarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras mediante una cuidadosa planificación u ordenación, según convenga».

(23) En la revista *Annales. Économies, sociétés, civilisations*, n.º 3/74. En la red puede consultarse en la siguiente página: <http://www.youscribe.com/catalogue/presse-et-revues/savoirs/sciences-humaines-et-sociales/environnement-et-styles-de-developpement-article-n-3-vol-29-pg-1057746>.

mundo, los seres humanos son lo más valioso», se afirma en la Conferencia por parte de la representación china) y junto a ésta, una omnipresente mejora del desarrollo económico. Y sólo en la medida del logro de ambos objetivos interviene el medio ambiente como variable en la anterior ecuación, de ahí que se enuncie la necesidad de hacer compatibles desarrollo y medio ambiente en su principio n.º 13.

Este desarrollo, insistentemente acompañado del vocablo «económico», precisa moverse dentro de otras coordenadas diversas a las solas derivadas de su comprensión dentro del estricto marco económico. Sin embargo, poco de ello se plasmará en una alteración de su comprensión, pese a que su planificación haya de atribuir importancia a la conservación del medio ambiente como se desprende de su principio 4.º. No obstante, esta declaración es insuficiente por sí sola para desplegar el sentido revolucionario que encierra. La única lectura de la misma parece sugerir no más que una anecdótica introducción de la preocupación ambiental, pero no como variable en la toma de decisiones.

La polaridad países desarrollados/en desarrollo marcó también los debates y acuerdos adoptados; igualmente, la prepotencia del modelo occidental, remedio a las deficiencias de las sociedades en desarrollo. Se llegó a afirmar que la mejor manera de subsanar el deterioro del medio originado por las condiciones del subdesarrollo, era el desarrollo acelerado mediante la transferencia de cantidades considerables de asistencia financiera y tecnológica (principio 9). Esto es, un desarrollo capitalista, lo que provocó que paralelamente se dieran cita diversas reuniones ecologistas contestatarias (Barry Commoner, la asociación Dai-Dong ).

Con todo, significó la toma internacional de conciencia de un problema acuciente con efectos globales, y la necesidad de ser tratados *ad hoc*, haciendo un lugar a todos los intereses en presencia. A raíz de esta Conferencia se crea el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente con sede en Nairobi que sustituirá a la UNESCO que desde 1949 (año de celebración de la reunión sobre problemas medioambientales de Lake Success) se venía también haciendo cargo de estas cuestiones (24).

Sin embargo, lo que se aprecia en este incipiente estadio de la nueva reflexión en torno a un desarrollo pluralizado en tres órdenes diversos, pero interdependientes, es precisamente su escasa (o nula) intercomunicación. Se contemplan más bien, como tres referentes incomunicados que van cediendo espacio para su convivencia pacífica. Sin embargo, sustituir decididamente esta fragmentada visión por el todo que decíamos más arriba precisará de unos años más, aunque ya al año siguiente Sachs escribiera que «les problèmes de ressources, d'énergie, d'environnement, de population et de développement ne pourront être correctement perçus que s'ils sont examinés dans leurs rapports mutuels, ce qui implique un cadre conceptuel unifié de planification» (25). Desarrollo y medio ambiente —dirá Meadows en la página 295 de su Informe— deberán ser tratados como un solo y mismo problema.

Será sin embargo, a partir de los ochenta cuando se intente reordenar los elementos anteriores en torno a un término específico: el desarrollo sostenible en cuanto empresa multidimensional con el fin de lograr una mejor calidad de vida para todos (26).

---

(24) Asimismo se estableció el día 5 de junio como mundial del medio ambiente.

(25) En su *Environnement et styles de développement* ya citado, p. 554.

(26) Resolución de la Asamblea General de las NNUU A/RES/51/240, del 15 de octubre de 1997.

De la expresión desarrollo sostenido empleada en el documento de 1980 «Estrategia mundial para la conservación» elaborado por el PNUMA, la World Wildlife Fund y la Unión internacional para la conservación de la naturaleza (fundada en Fontainebleau en 1948), en tanto que gestión del uso humano de la biosfera para que pueda producir el mayor beneficio sostenible para las generaciones presentes a la vez que se mantenga su potencial para cubrir las necesidades y aspiraciones de las generaciones futuras, se pasará a la de desarrollo sostenible o sustentable del documento *Nuestro futuro común* de 1987.

B) Será el Informe Bruntland de 1987 bajo el título «*Nuestro futuro común*», gestado durante tres años, el que dé carta de naturaleza al término que pretenderá asentar un nuevo modelo de organizar los tres aspectos diversos, pero necesariamente presentes en todo proceso de desarrollo.

La Comisión entiende por desarrollo sostenible *aquél que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las futuras para satisfacer sus propias necesidades*. La sencillez teórica del concepto y el hecho de que difícilmente se pueda mantener un desacuerdo con el sentido común que encierra, lo han convertido en un término de rápida difusión, reconocimiento y aceptación, pero que, en paralelo, presenta dificultades de gran calado a la hora de elaborar estrategias encaminadas a la consecución de tal tipo de desarrollo debido a su, también, gran ambigüedad, como ya tempranamente llegó a señalar Sachs en 1974 (27). Tampoco ha de olvidarse una cierta contraposición entre las dos expresiones empleadas. El desarrollo implicaría una noción dinámica, de sistema abierto y en movimiento, con fluctuaciones inevitables, discontinuidades, sorpresas, es decir, un comportamiento de tipo caótico. Por el contrario, lo sustentable (sostenible) evocaría más una noción de estabilidad, de equilibrio, continuidad y previsibilidad. Por otra parte, y no menos importante es que, como destacara Orton, buscar la sostenibilidad bajo el capitalismo no deja de ser una mera ilusión (28). Y, bajo nuestro punto de vista, éste es el principal problema del concepto.

Pero quizá la riqueza de esta propuesta radique precisamente en cohesionar ambas ideas ubicadas en polos opuestos. A ningún miembro de esta Comisión Mundial sobre el medio ambiente y el desarrollo se le escapó la complejidad de la tarea de conceptualizar bajo una nueva expresión el enfoque cualitativo que, a la postre, nuestras sociedades debían abordar, y por ello, la tensión que se adivina es reflejo del esfuerzo que impone esta visión planificadora de un avance (desarrollo) para todos, no sujeto a plazos temporales (sostenible). Desde esta perspectiva alguna doctrina ha visto —Sander de Bruyn y Hans Opschoor— en él hasta una «metafísica que unirá a todo el mundo» (29).

Se trataba de conectar economía, política y reflexión con las ciencias de la naturaleza, en un proceso revisionista donde las ideas imperantes se mostraban caducas y necesitadas de reformulación si se deseaba responder con firmeza a la ecocrisis global que más mercado, mayor internacionalización económica y menos reglas del juego habían originado. Por ello, cuando en 1982 se empiezan a debatir las atribucio-

---

(27) SACHS, I., *Environnement et styles*, ya citado, p. 555.

(28) ORTON, D., «El biocentrismo de izquierdas», en *EP* n.º 12/1996, p. 153.

(29) En EKINS, P., *Economic growth and environmental sustainability. The prospects for green growth*, ed. Routledge, Londres, 2000, p. 200.

nes de esta Comisión para el medio ambiente y el desarrollo, se descartó limitarlas a cuestiones estrictamente ambientales, pues se planteó que el medio ambiente no podía ser entendido como una esfera separada de las acciones, ambiciones y necesidades humanas consideradas en un plano integral. Precisamente, este mandato produjo una perspectiva de análisis centrada en el ser humano que concluyó en una visión de la interrelación crecimiento/ambiente de corte totalmente antropocéntrico (30), y ello pese a que unos años antes el informe Founex había ya proclamado que la mayor parte de los problemas ambientales no eran sino un resultado directo de un elevado nivel de desarrollo económico.

El Informe Brundtland arrojó a la escena mundial un concepto que podía y pedía alterar el modelo de articulación de la asimétrica convivencia entre explotación natural, humana y económico-industrial. Pero no se construyó en clave imperativa. Su ambigüedad y relatividad han dejado puertas abiertas a lo que, por otra parte, se ha entendido una de sus mismas elogiadas características: la adaptabilidad a las diversas realidades económico-ambientales. Esta nota derivada de los diversos ritmos de desarrollo del planeta ha permitido, en cambio, que, al socaire de pretendidas políticas de sostenibilidad, se emplee como una elaborada excusa para no renunciar a un crecimiento económico continuo y despilfarrador. Hoy en día la generalidad del mismo continúa representando una de sus características más denunciadas, por cuanto permite llevar a cabo estrategias falsamente sustentables, amparadas en interesadas interpretaciones del concepto que conducen, en la práctica, a supuestos de crecimientos exponencialmente ininterrumpidos.

Consecuentemente, este desarrollo sostenible se está viendo limitado a un conjunto de medidas dirigidas a suavizar los efectos nocivos del crecimiento. Por ello, desde esta formulación de mediados de los ochenta hasta nuestras fechas, las matizaciones a la definición han venido desde todos los sectores implicados, intentando encontrar en sus términos justificaciones suficientes para la implementación de acciones teñidas de hasta contrapuestos objetivos a alcanzar, desde políticas encubridoras de filosofías instaladas en el dogma neoliberal del crecimiento económico a ultranza que nos conduzca a una situación Pareto-eficiente, hasta intentos de una reestructuración a escala mundial de las organizaciones sociales al amparo de una distribución equitativa de todos los recursos con objeto de fomentar el surgimiento del bienestar como progresivo sustituto del concepto de riqueza. Como dijera el Consejo Económico y Social de la UE, «una atractiva estrategia de inversión en aras de la prosperidad, el bienestar y la justicia social» (31).

#### IV. La actualidad

Esta es variada, compleja y epidérmica. Por supuesto, nada unívoca. Desde concebirlo como un mal oxymoron en palabras de Herman Daly (32), hasta perfectamente realizable, como destacan Ian Goldin y Alan Winters (33). Lleva razón Ekins al afirmar

(30) AGUILERA VAQUES, M., *El desarrollo sostenible y la constitución española*, ed. Atelier, Barcelona, 2000, p. 43.

(31) Dictamen del CES «La estrategia de Lisboa y el desarrollo sostenible» del 27 de febrero de 2003, p. 3.

(32) En «Sustainable growth: a bad oxymoron», en *Journal of environmental science and health*, vol. 8, n.º 2/90, p. 1.

(33) En su obra clásica *The economics of sustainable development*, ed. Universidad de Cambridge, 1995, p. 14.

que precisamente la relación entre el uso sostenible de los recursos y la idea de desarrollo es la clave de la economía dominante, es decir, la capitalista. (34)

Sin embargo, el problema de raíz que comporta esta visión de la economía citada es que es heredera de una concepción mecanicista del mundo y de cuantos procesos se encuentran en él, que ha llevado a una equivocada idea de progreso centrada en exclusiva en potenciar el desarrollismo científico-técnico, marginando cuestiones éticas y reduciendo la idea de bienestar de las sociedades a consumo, dogmatizando la falacia de a mayor consumo, mayor bienestar. Nada diferente a lo que en 1955 Lebow escribía en el *Journal of Retailing* abogando por que se hiciera del consumo nuestra forma de vida. «Necesitamos —continuaba— cosas consumidas, quemadas, reemplazadas y descartadas a paso acelerado» (35). Nada más lejos que esto, el desarrollo sostenible implica redefinir el objeto del progreso (36).

El Informe Brundtland también condujo a la preparación de una convención internacional que ahondará más en las relaciones ambiente/desarrollo. En 1989, mediante resolución de Naciones Unidas 22/228, se pone en marcha el proceso que llevaría a la celebración de la Cumbre de Río de 1992.

Desde un principio quedaron patentes las posturas de los dos grandes bloques norte/sur. El llamado Norte quería algo corto, más simbólico que prescriptivo, tratando de evitar los compromisos concretos, incluso alguno de sus países negándose a comprometerse a modificar sus comportamientos no sustentables de consumo, producción y utilización de recursos (fundamentalmente EEUU, cuyo presidente Bush fundamentó su negativa con palabras como: «*Nuestro estilo de vida no está sujeto a negociación*»). No es de extrañar que desde estas posturas inmovilistas las negociaciones se vieran envueltas en tensión, conflictos y presiones, dando lugar a compromisos muy diluidos, sobre todo, cuando el llamado grupo de los 77 y China apostaron por abordar soluciones en la tarea de igualar el norte con el sur.

En la llamada declaración de Río (veintisiete principios) se retoma la terminología de 1987 (extendida ya globalmente desde esa fecha hasta la celebración de este encuentro brasileño), incorporándose dicha expresión en el principio primero. Pero la evolución de su alcance desde 1972 a 1987 y de éste a 1992 es más que notable. Si en la declaración de Estocolmo la idea de desarrollo (sostenible ¿?) se representaba como cooperación internacional para la tutela del medio físico, si la Comisión Brundtland positiviza la expresión acompañando a su sentido (crecimiento netamente económico) de tímidas ponderaciones sociales (crecimiento demográfico, medio ambiente), en Río se rubrica, definitivamente ya, la imprescindible exigencia de compatibilizar desarrollo económico-social-cultural y medio ambiente (37). A partir de entonces, esta triple interacción de contenidos queda fijada en un término aceptado por gobiernos, instituciones y empresas y como tal resulta trasladada a los ciudadanos. Concepto que aúna intereses, al parecer, tan diversos, pero unidos por el modelo socioeconómico capitalista que les sirve de base, llegán-

(34) EKINS, P., *Economic growth and environmental sustainability. The prospects for green growth*, ya citado, p. 1.

(35) En su artículo «Price competition in 1955», publicado en *Journal of Retailing*, vol. XXXI, n.º 1/1955, p. 7.

(36) URRUTIA, I., «Protección del medio ambiente», en la obra colectiva *La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, coed. Gobierno vasco/Fundación Leizaola/Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2014, p. 653.

(37) PEPE, V., *Lo sviluppo sostenibile: tra governo dell'economia e profili costituzionali*, ed. La Tribuna, Piacenza, 2002, p. 24.

dose al sobreentendido que apunta McAfee de la reconceptuación de las cuestiones ambientales (e igualmente sociales) en problemas de eficiencia de mercados (38).

Cinco años más tarde, Río-92 se convirtió en Río+5 como necesario impulso de las decisiones allí tomadas. En este año, 1997, también se celebra la cumbre de Kyoto en Japón, con resultados, en la práctica, muy semejantes por lo decepcionante: EEUU, Rusia, Canadá,... se negaron a suscribir el protocolo (39). Y siguiendo con la práctica de añadir años a la declaración del 92, esta vez Río+10, es decir, Johannesburgo (2002), concluye sin la propuesta de firma de tratado alguno, lo cual parece ser reflejo de ese proceso de degradación semántica del término desarrollo sostenible que al respecto señaló nuestro recordado maestro Loperena (40).

Dos de los tres ámbitos que ha de unir en pie de igualdad el término se han visto supeditados inexorablemente por la visión predominante de la economía que permanece en la base de nuestros modelos sociales y de crecimiento. La naturaleza continúa mayoritariamente desde los focos de decisión siendo concebida como un almacén infinito de materias primas y desechos, que escasamente aparece bajo esta perspectiva en el mundo económico. La polución, la capacidad de carga del sistema, los umbrales de estos, la renovación del capital biológico son los grandes ausentes de una idea predominante de desarrollo que se asimila al omnímodo crecimiento. El crecimiento, la mejora cualitativa y el bienestar —insiste Novo— obedecen a leyes bien distintas (41). Mientras tanto, ese indicador ambiental integrado que representa la huella ecológica (ecological footprint) (42), continúa aumentando en los países económicamente desarrollados (38%) y en todos aquellos que ven en estos su modelo a imitar. Como apunta Marcellesi, ha de irse ya al posdesarrollo, a esa evolución progresiva hacia niveles de vida acordes con los límites ecológicos del planeta y que cubra las necesidades básicas de todos sus habitantes (43).

---

(38) McAFEE, K., «Selling nature to save it?...», ya citado.

(39) En él los países desarrollados se comprometen a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero en un 5% de media en el período 2008-2012 respecto a los niveles de 1990. EEUU y Europa se comprometieron a una reducción mayor, 7% y 8% respectivamente. EEUU firmó el protocolo bajo la presidencia de Bill Clinton, aunque no fuera ratificado durante su mandato debido a la hostilidad del Senado. Poco después llegó G. Bush a la presidencia y una de sus primeras decisiones fue anunciar su rechazo a los objetivos contenidos en el protocolo, basándose fundamentalmente en que el acuerdo penalizaba a los países ricos (los más contaminantes, por cierto, responsables de un 75% de las emisiones de los mismos —el acuerdo de Kyoto atribuía una reducción de estas emisiones, por ejemplo a EEUU, de un 33%, responsable como es, del 36% de las emisiones globales de estos gases) y que aceptarlo representaría para su país una pérdida de unos 400.000 millones de dólares y unos 5.000.000 de puestos de trabajo. El llamado G-77+China, 132 países en desarrollo, se encuentran exentos de llevar a cabo las reducciones del protocolo.

La sexta cumbre climática, más conocida como cumbre de Bonn, de julio de 2001 relanzó el acuerdo al precio de rebajar el límite del 5% al 1,8%, pero eso sí, ha conseguido el compromiso de su ratificación por parte de Canadá, Rusia, Ucrania, Nueva Zelanda, Japón, etc, el llamado *grupo paraguas*. A finales de 2004 Rusia ratificaba el protocolo y con ello se aseguraba su entrada en vigor, hecho que acació el 16 de febrero de 2005.

(40) LOPERENA, D., *Desarrollo sostenible y globalización*, coed. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 70.

(41) NOVO, M.ª, «El desarrollo sostenible: sus implicaciones en los procesos de cambio», en *Polis* n.º 5/03.

(42) Indicador ambiental integrado como se ha apuntado, del impacto que ejerce una cierta comunidad humana sobre su entorno, considerando tanto los recursos necesarios como los residuos generados para el mantenimiento del modelo de producción y consumo de tal comunidad. Su formulación se debe a William Rees y Mathis Wackernagel.

(43) MARCELLESI, F., «Del desarrollo al posdesarrollo: otra cooperación es posible y deseable», en *Pueblos* 54/2012, p. 55.

## V. Hacia otra propuesta de desarrollo-posdesarrollo sostenible

Su significado adquiere verdadera relevancia en momentos en los que el desarrollo continúa entendiéndose ilimitadamente, a la vez, que los recursos de los que se alimenta comienzan, indiscutiblemente, a dar síntomas de agotamiento. Si a ello unimos el modelo generador de manufacturas en el que sólo se cuantifican (y, por tanto, se tienen en cuenta) determinados bienes y de una forma parcial (monetariamente), entendiéndose que los desechos han de ir a parar a los lugares menos onerosos económicamente (algo que también se encuentra detrás del comercio netamente economicista de los derechos de emisión de GEIs), el resultado aboca a la insostenibilidad de ese modelo creador de discriminación y minoritarios bienestar y riqueza.

Este crecimiento, muchas veces escondido bajo una expresión más bondadosa como la de desarrollo, es el que en los momentos presentes pone en entredicho la pervivencia de ecosistemas que han de encontrarse en equilibrio. Ecosistemas en los que necesariamente nos vemos inmersos los seres humanos.

Por ello, las reflexiones sobre el desarrollo sostenible, más que debates en torno a su denominación, han de centrarse en el significado que deba albergar. Desarrollo sostenible ha de cobijar la idea de un desarrollo conforme a pautas ecológicas. Un desarrollo (ahora ya no necesariamente sinónimo de crecimiento económico) que, como dijera Giddens, devuelva a nuestras sociedades principios que respeten el equilibrio en que la naturaleza se basa (44). De ahí que este posdesarrollo lo deba ser, ante todo, social y ambiental, y no sólo económico, pese a que la sociedad continúe teniendo como modelo ideal el mercado como bien muestra La Torre (45). A la luz de ello, no se trata, pues, de adjetivar de ecológicos la política, el derecho, la economía y la sociedad, pues ya se ha comprobado que la recurrencia adjetiva a la ecología no ha alterado en nada el sentido y carácter del discurso dominante, sino de fundamentar todos estos espacios en la sola clave que permita un futuro que asegure a todos una digna calidad de vida, *conscientes de nuestra responsabilidad para con las generaciones futuras y la Tierra* (preámbulo del fallido proyecto de Constitución europea).

Ello nos conduce a replantearnos aspectos que habían sido cerrados en falso. Por ello, cuando el resultado de recientes encuestas arroja cifras como que un 80% de la población europea opina que ha de alterar su estilo de vida para proteger el medio ambiente, lo que de verdad se esconde tras ello, es la apreciación de que nos conducimos bajo parámetros de conducta equivocados, que, sin embargo, resultan demasiado fructíferos para unos pocos, pero totalmente fallidos para el resto.

Algunos economistas sostienen todavía la inexistencia de límites al crecimiento económico, pues siempre que se llegue al agotamiento de un recurso —se argumenta— utilizaremos lo que han dado en llamar mecanismos de sustitución. Nada hablan de desechos, de capacidad de carga de los ecosistemas, de justicia social, de bienestar, de generaciones venideras. Por otra parte, parece existir una fe ciega en las bondades del consumo desde que ya en 1950 Víctor LEBOW se refiriera a él como la

---

(44) GIDDENS, A., *Más allá de la izquierda y la derecha. El futuro de las políticas radicales*, ed. Cátedra, Barcelona, 1996, p. 234.

(45) LA TORRE, M., «La Constitución de Europa en tiempos de imperio», en *Pasajes de pensamiento contemporáneo*, n.º 15/2004, p. 65.



tabla de salvación del modelo económico capitalista en el que nos encontramos. La crisis actual en que nos encontramos inmersos desde 2008 es una buena muestra de ello. Sólo se saldrá —se afirma— si se activa el consumo, sin que rotundas declaraciones, como, por ejemplo, las recogidas en la llamada Carta de la Tierra adoptada por la Cumbre de Río, parezcan hacer mella en nuestros comportamientos (46).

Pero ello desconoce nuevamente la finitud global del ecosistema y su interrelación, a la vez que no da cumplida respuesta no ya a normas de *lege ferenda*, sino al mismo ordenamiento en vigor. La sustitución económica y este consumo forzado ¿aseguran o tienden a asegurar a todo el planeta una digna calidad de vida y un grado de bienestar aceptable? ¿supone una conducta responsable para con las generaciones venideras legarles un planeta yermo? ¿y para con la misma Tierra? Son interrogantes ciertamente incómodos, pero que necesariamente están ahí recordándonos que el ser humano es también lo que hace y que existe una profunda ligazón entre nuestra manera de usar la Tierra y servirnos de los demás. La sostenibilidad es, ante todo, un proceso social (47) y como tal, un camino de pasado, presente y futuro; en cuanto proceso, necesariamente presidido por la racionalidad, la solidaridad planetaria y la reserva de recursos (48). En Río de Janeiro se dejó ya apuntado que «la causa principal de la degradación constante del medio ambiente es un esquema de producción y consumo no viable, sumamente preocupante en la medida que agrava la pobreza y los desequilibrios».

Pero resulta curioso que, incluso en nuestros días, no se renuncie al objetivo del crecimiento ilimitado, una vez demostrada su insuficiencia para generar bienestar global.

Sin embargo, el posdesarrollo sostenible abarca otra concepción bien distinta. Alude a un proceso que aporta respuestas globales a la situación generada por nuestra intervención en el planeta. Este es el nexo de unión entre medioambiente, sociedad, política, derecho, economía, moral,.... La apuesta por un futuro de bienestar, donde la naturaleza represente la guía de nuestra concepción de la vida y el ecosistema no se encuentre de cualquier forma al servicio del ser humano; algo así como poner en práctica la idea de que el ambiente no existe como esfera separada de las acciones, ambiciones y necesidades humanas. La sostenibilidad es futuro y ésta, en un ecosistema cerrado donde cualquier cosa está relacionada con el resto, impone ciertas pautas de comportamiento calificadas desde muchos sectores como de revolución. En este caso el calificativo es fiel reflejo de la importancia del cambio que exige.

Ante ello, el posdesarrollo sostenible ampara a un nuevo modelo de entendimiento y relación con el resto de la naturaleza, que abarque lo que se ha dado en llamar globalización ecosistémica como paradigma de la necesaria reestructuración económica global, de cambios en nuestro comportamiento reproductivo y de otros no menos trascendentes en valores y estilos de vida.

---

(46) En concreto su Principio 3.º dice: «Vivir sosteniendo, promoviendo y adoptando modos de consumo, producción y reproducción que respeten y salvaguarden los derechos humanos y las capacidades regenerativas de la Tierra».

(47) BERMEJO, R., *Economía sostenible. Principios, concepto e instrumentos*, ed. Bakeaz, Bilbao, 2001, p. 240.

(48) CAÑO MORENO, J., «Desarrollo sostenible», en AAVV., *Estudios jurídicos en memoria de don José M.ª Lidón*, ed. Universidad de Deusto, Bilbao, 2004, p. 792.

## V.1. La nueva ética del posdesarrollo

La sostenibilidad de nuestra vida en el planeta impone conductas de solidaridad y cooperación universales. Esto, de suyo, implica una perspectiva totalmente diversa a los localismos y regionalismos con los que, más o menos ampliamente, venimos trabajando. El espacio europeo, el subsahariano, el sudeste asiático, el americano, etc representan planteamientos si acaso ágiles para las concepciones política y, ante todo, económica en las que estamos inmersos; sin embargo, la interdependencia creciente de naciones y espacios produce que las conmociones en uno no se detengan ante las fronteras nacionales.

La alternativa es bien otra. Muy posiblemente calificable de utópica y voluntarista. No otros diferentes suelen ser los calificativos reservados a las revoluciones, ya que desde nuestro actual estado comprensivo de las relaciones, no se trata de otra cosa.

Partimos de la siguiente aseveración de Naciones Unidas adoptada en la Declaración de Copenhague de 1995 sobre desarrollo social: «*Los seres humanos, todos los seres humanos, son el elemento central de nuestras preocupaciones sobre el desarrollo sostenible y tienen derecho a una vida sana y productiva en armonía con el medio ambiente*» (punto 8 del anexo I). Aquí están presentes ya las tres vertientes que ha de interactuar este desarrollo: la social, la económica y la ambiental. Un desarrollo en un marco ambiental global al objeto de generar cotas de bienestar al género humano inevitablemente a través de una actividad económica (en sentido *lato*) mundializada bajo premisas diversas de las puestas en juego por la globalización de transnacionales y mercados. Esta declaración no hace sino publicitar lo que desde mediados los noventa se aceptaba ampliamente, que el desarrollo debía ser una noción global de síntesis centrada en el logro de una mejor calidad de vida. De ahí que pueda concebirse como un replanteamiento del orden establecido que incluye tres ámbitos de intervención:

### V.1.1. LAS PERSONAS

Son el sustrato social del desarrollo sostenible. Y como hemos visto anteriormente, desarrollo humano encaminado hacia la consecución de bienestar que, al socaire de esta nueva cosmovisión, debe ser cualitativo. Este nuevo desarrollo descansa en su proyección holística. Se ha de plantear por todo y para todo el género humano.

En este sentido se viene afirmando que las sociedades menos desarrolladas son las que más degradan su entorno, que la marginación del Tercer mundo corre pareja con la marginación de la naturaleza. Esta afirmación encierra una importante dosis de veracidad, pero, no obstante, precisa de cierta matización. Sus daños ocasionados al entorno generalmente lo son directos y derivados de la necesidad de subsistencia en la que se encuentran, de ahí que no debe causarnos extrañeza que la satisfacción de las mínimas necesidades vitales de los 1200 millones de personas que en el planeta viven en situación de extrema pobreza (menos de 1,25 dólares/día) (49) implique la

---

(49) Informe sobre desarrollo humano 2014 «Sostener el progreso humano: reducir vulnerabilidades y construir resiliencia», del Programa de NNUU para el desarrollo. Según el mismo, concederles prestaciones sociales básicas no llegaría al 2% del PIB mundial. No obstante, según fuentes de NNUU, entre 1990 y 2010 el número de seres humanos en pobreza extrema en el planeta ha descendido en 700 millones, un 22% menos (Informe 2014 sobre los Objetivos de desarrollo del milenio).

provisión de ese mínimo de subsistencia allí donde se encuentre, muy posiblemente sin tener en consideración las consecuencias de tales actos. La deforestación, la desertificación y la aridez a la que suele conducir aquélla es el ejemplo que más comúnmente ilustra esta realidad: recientes proyecciones coinciden en apreciar que hacia el ya cercano año 2020 todos los bosques físicamente accesibles en el Sur habrán desaparecido (Informe Global 2000). La solución pasa obviamente por una redistribución del bienestar con parámetros de justicia social universal, para que la pobreza no sea el resultado inequívoco de relaciones específicas entre el ambiente natural y las estructuras socioeconómicas.

Por otra parte, también es cierto que las sociedades más opulentas son, asimismo, las que mayor impacto causan. Impacto diverso al anterior pues principalmente se materializa en forma de riesgos derivados de sus propias decisiones, que se unen a los también impactos directos, si bien estos generalmente irrogados fuera de sus fronteras. Las pruebas nucleares, los residuos altamente tóxicos y peligrosos y, hoy en día, ciertos criterios tenidos en cuenta a la hora de deslocalizar centros productivos, son exportaciones cotidianas del primer mundo hacia el resto. A ello se une el imperativo de materias primas a transformar para satisfacer el gran mercado de necesidades inducidas del que somos parte. Hemos arribado ya a ese momento en que los países ricos ya no pueden mantener sus índices de desarrollo sin exportar devastación a territorios ajenos, y esta acumulación que se necesita para satisfacer las demandas de la población implica un alto coste tanto en agotamiento de recursos como en generación de desperdicio.

Por ello, el nuevo discurso no ha de continuar siendo sectorial; tiene que partir de una visión integral de toda la ciudadanía del planeta. El desarrollo tiene que dejar de ser aquel proceso destinado a asegurar que una población privilegiada continúe teniendo acceso a sus privilegios (se formule así o no), lo que dentro de los sistemas políticos y económicos que lo sustentan sólo cabe excluyendo de los mismos a un elevado porcentaje de la población del planeta.

Pero si, como hemos apuntado, la nueva consideración incluye a todos, pues todos los estilos de vida originan repercusiones en el entorno, no hemos de dejar de soslayo las mismas posibilidades de subsistencia de las generaciones venideras, las cuales también han de ser objeto de reflexión desde las actuales. El nuevo rumbo a imprimir a nuestro desarrollo debe tener en consideración la componente temporal en la elaboración de políticas, y dentro de éstas, integrar visiones intergeneracionales. Sin embargo, esta idea, más o menos pacífica, plantea no pocos problemas a la hora de materializarse, pues precisa, ante todo, un consenso generalizado sobre los estándares de calidad a dejar, muy lejos, hoy en día, de ser aceptados por los intereses en juego de la comunidad internacional. El discurso sobre ello degenera en una ausencia de decisiones que perpetúa el modelo vigente basado en la insostenible recogida de beneficios a corto plazo.

Sin embargo, se están realizando esfuerzos que reconocen la necesidad de salvaguarda de una calidad existencial para las generaciones por venir. Singularmente la declaración de la UNESCO de 12 de noviembre de 1997 sobre las responsabilidades de las generaciones actuales para con las futuras. Pues es a nivel planetario como el destino de las generaciones próximas depende de las decisiones y medidas que se tomen hoy, que han de salvaguardar la posibilidad de libre elección de su sistema político, económico y social y preservar su diversidad cultural y religiosa (art. 2) en aras de

la cobertura de sus necesidades e intereses. Ello impone limitaciones a las intervenciones presentes concretables en la idea recogida en el art. 4 de dicha declaración: «al recibir la Tierra en herencia temporal, cada generación debe procurar utilizar los recursos naturales razonablemente y atender a que no se comprometa la vida con modificaciones nocivas de los ecosistemas y a que el progreso científico y técnico en todos los ámbitos no cause perjuicios a la vida en la Tierra».

### V.1.2. EL TERRITORIAL

Esta manera de actuar al objeto de alcanzar un bienestar conveniente a toda la humanidad pasa obviamente por la aplicación de límites comunes en todo el globo. De nada sirve actuar sosteniblemente en una zona si en la contigua los comportamientos son profundamente antisociales y antiecológicos. Con toda seguridad, esta actuación supondrá desequilibrios que llevarán, en un mayor o menor plazo de tiempo, a la insostenibilidad del modelo. Las consecuencias son hoy en día perfectamente visibles: procesos sociales inadecuados provocan traslados poblacionales hacia centros urbanos no preparados para su recepción, surgiendo infectos extrarradios que perpetúan desequilibrios económicos, sanitarios, culturales, de futuro..., en definitiva, humanos. Se estima que hacia el 2030 más del 60% de la población mundial vivirá en zonas urbanas. Una mirada a grandes conurbaciones latinoamericanas o asiáticas basta para poner nombre a lo que se apunta. Pero, igualmente, el uso de determinadas partes del planeta como basurero de las externalidades de nuestra tecnología provoca que éstas reviertan, a su vez, al ecosistema global, generando una socialización contaminante de incontables efectos adversos. Como sostuvo Engels en su *Introducción a la dialéctica de la Naturaleza*, después de cada victoria sobre la naturaleza, ésta se toma su venganza, pues pertenecemos inevitablemente a ella. En definitiva, como se puede constatar, la relación sociedad/naturaleza no tiene dirección única; se trata de un proceso esencialmente recíproco y cambiante.

### V.1.3. EL FUNCIONAL

Es decir, la orientación de la economía y de los procesos industriales según los extremos anteriores. Apuntó Commoner a principios de los setenta que «los seres humanos hemos perturbado el ciclo de la vida, no impulsados por una necesidad biológica, sino por la organización social inventada para conquistar la naturaleza a través de medios de obtener riqueza que entran en conflicto con los que gobiernan la naturaleza» (50). Riqueza, por otra parte, entendida como velocidad de crecimiento de magnitudes monetarias, pero ontológicamente intransformable en vida. De ahí que se venga afirmando cada vez con mayor intensidad la necesidad de que una parte sustancial de la metodología de la economía provenga de una aplicación de las reglas de la naturaleza. Estas afectarán a los objetivos, indicadores e instrumentos de la ciencia económica. En relación con los objetivos, se hace necesario sustituir el criterio cuantitativo (más producción, más consumo, de más cosas) por criterios de calidad de vida.

---

(50) COMMONER, B., *The closing circle*, ed. Jonathan Cape, Londres, 1972, p. 299.

Más cantidad no necesariamente significa mayor bienestar y lo que, en cambio, sí conlleva es mayor incidencia en los procesos naturales afectados por su transformación: extracción, manufactura, puesta a disposición del público, todos ellos generadores de ingentes gastos energéticos y residuos.

Esta sustitución del objetivo dominante implica, a su vez, una alteración de indicadores: los mismos han de desplazarse del PIB (sistema de medición del incremento de la producción de mercancías y servicios y de sus cambios año a año, ideado en los años treinta del siglo xx) a un indicativo de bienestar que contemple integradamente fines y medios para su alcance. La salud de las personas, el estado general de los recursos naturales, la disminución de sus reservas, la equidad social, entre otros, resultarían las principales variables que, en modo alguno, habría que dejar de lado. Sin duda que lo anterior lleva a diseñar, insistir y difundir nuevos instrumentos económicos; entre ellos la contabilidad física de recursos naturales, otro monetario integrador de medio ambiente y recursos, una imposición ecológica entendida como elemento de tránsito hacia formas de producción y prestación de servicios ambientalmente tolerables por el medio, así como medidores del grado de satisfacción de la población. Tarea a emprender en modo alguno fácil, ya que esta sustitución de una parte importante del bagaje conceptual de la economía ortodoxa ha de verse alterado por modelos que vulneran en esencia el objeto final de aquélla: el alcance de más riqueza productiva.

En el epílogo a su obra *La humanidad ante la encrucijada*, Mesarovic afirma que «lo que realmente se necesita es una integración total de todos los estratos dentro de nuestra visión del desarrollo del mundo; esto es, una consideración simultánea de todos los aspectos de la humanidad, desde valores y actitudes individuales hasta condiciones ecológicas, económicas y ambientales» (51). Un buen epílogo que sintetiza adecuadamente esa nueva actitud a emprender alteradora de la estructura fragmentaria y unidimensional del pensamiento moderno.

Trabajo recibido el 17 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(51) MESAROVIC, M., *La humanidad ante la encrucijada*, ed. Ministerio de Planificación y desarrollo, Madrid, 1975, p. 185.

**LABURPENA:** Hasieratik, garapenaren kontzeptua ekonomiarekin lotu da gehienbat. Hitz hori beste esparru batzuetara zabaldu duenean ere, ezin izan du jatorriko esanahi hori gainetik kendu. Hala, ekologiarra jauzi egin duenean, ekonomia-zentzu osoa berekin eraman eta planeta zaintzeari begira baliogabea den esamolde ambiguo bat sortu da. Horregatik, planetako bizi-kalitatea benetan jasangarria izatea nahi bada, esanahi berri bat eman behar zaio.

«Garapen-ostea» erabiltzea proposatzen da, baina paradigma-aldaketa da benetan esanguratsua. Eszenatoki berri horrek maila berean integratu behar ditu esku hartzeko hiru eremuak: humanoa, naturala eta ekonomikoa. Horretarako, maila guztietako egitura-aldaketak onartu behar dira, baina batik bat planetarekiko gure harremana.

**HITZ GAKOAK:** Ingurumena. Garapen jasangarria. Garapen-ostea. Ekonomia.

**RESUMEN:** El desarrollo ha sido un concepto desde su origen principalmente vinculado al mundo económico. Cuando este término ha pasado a otros ámbitos no ha podido desprenderse de su carga originaria. Así, cuando ha dado el salto a la ecología ha transportado toda su carga económica, dando origen a una ambigua expresión que se ha manifestado inválida a los fines de preservación del planeta. De ahí que deba superarse su significado, si lo que realmente se desea es dar sostenibilidad a una vida de calidad en el planeta.

Se propone otra expresión —posdesarrollo— aunque lo realmente significativo es el cambio de paradigma. Este nuevo escenario ha de saber integrar en pie de igualdad los tres acertados ámbitos de intervención: el humano, el natural y el económico. Ello supone aceptar importantes y estructurales cambios en todos los órdenes, pero principalmente nuestra manera de entendernos en el planeta.

**PALABRAS CLAVE:** Medio ambiente. Desarrollo sostenible. Posdesarrollo. Economía.

**ABSTRACT:** Development has from the very beginning a concept linked to the economic world. When this term crossed to other fields it did not get rid of its original burden. Hence when it took the leap to ecology it brought with it its whole economic burden originating an ambiguous expression that has revealed to be invalid for the purpose of conservation of the planet. Therefore its meaning has to be exceeded in order to promote sustainability to a life of quality in the planet.

Another term is proposed —postdevelopment— although the most relevant is the change of paradigm. This new scenario has to be able to settle in equal terms the three accurate fields of intervention: human, natural and economic. It implies accepting important and structural changes in all orders, but basically in our way of getting on in the planet.

**KEYWORDS:** Environment. Sustainable development. Postdevelopment. Economy.

# Planificación participativa y actuación de las Administraciones Públicas

Vega María Arnáez Arce

**Sumario:** I. Introducción.—II. Aproximación al concepto y las características de la planificación administrativa. II.1. La potestad administrativa de planificación. II.2. Características esenciales de la planificación administrativa. II.3. La planificación y los principios constitucionales de la actuación administrativa. A) Planificación y objetividad. B) Planificación y eficacia. C) Planificación y coordinación.—III. Planificación administrativa y participación ciudadana.—IV. A modo de conclusión.

## I. Introducción

En el contexto actual de una economía global en el que nos vemos inmersos, la crisis financiera y económica internacional que nos afecta exige que tanto las Administraciones y demás entidades del sector público como los agentes económicos privados aúnen sus esfuerzos en torno a la recuperación económica, para la consolidación de los aspectos más sólidos y estables de nuestro modelo productivo (1).

Para ello, la desburocratización de la organización y del funcionamiento de las Administraciones Públicas se presenta como uno de los retos más importantes y como el objetivo más inmediato del Derecho administrativo de nuestros días. Hasta tal punto que la externalización y simplificación administrativa se ha convertido en un requisito básico y esencial para la construcción de un nuevo modelo de organización y de gestión administrativa, capaz de garantizar el servicio objetivo a los intereses generales así como la prestación efectiva y eficiente de los servicios públicos (2).

En este sentido, merecen significarse las reflexiones del profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO calificando la simplificación administrativa como una necesidad inmediata de nuestras Administraciones Públicas que «[...] se enuncia siempre con un significado dinámico y operativo; en definitiva, como tarea a realizar que, según se verá, se proyecta en ámbitos muy distintos.

---

(1) Véase en este sentido el Preámbulo de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (BOE n.º 55, de 5 de marzo), en el que se afirma la necesidad de impulsar la eficiencia especialmente en el ámbito de la contratación pública y la colaboración entre el sector público y privado como «elementos fundamentales de relación entre la Administración Pública y el tejido empresarial y, a la vez, como ámbitos en los que debe reforzarse la vinculación a parámetros de sostenibilidad económica [...]».

(2) PALOMAR OLMEDA, A.: «Simplificación administrativa» en La Ordenación de las actividades de servicios: Comentarios a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, dir. QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., Aranzadi, Pamplona, 2010, pp. 338 a 345.

En todo caso, y como punto de partida, parece obligado reconocer la necesidad de llevarla a cabo. Es algo que no cabe cuestionar; tampoco que haya que hacerlo en términos rigurosos y que no admiten demora [...]» (3).

Tal necesidad de transformación de las Administraciones, bajo nuevas fórmulas de gestión pública que garanticen la integración de conocimientos técnicos junto con las destrezas y habilidades materiales, resulta imprescindible para una gestión eficaz y eficiente de los servicios públicos.

Se puede afirmar, en definitiva, que desde los primeros años del siglo XXI, vivimos inmersos en un entorno cada vez más cambiante, en el que se suceden importantes transformaciones sociales, políticas y económicas, que llevan implícita una necesidad inminente de reconfiguración del Estado, de las Administraciones públicas y, en definitiva, del derecho administrativo, en cuanto rama específica del ordenamiento jurídico reguladora del funcionamiento, la organización y la actuación de los poderes públicos (4).

En este contexto, existe en la actualidad una estrategia clara, a nivel estatal, europeo e internacional, que apuesta y trabaja por la innovación de las Administraciones públicas como elemento clave para potenciar su competitividad, eficacia y eficiencia. Se trata, en definitiva, de una nueva forma de entender la actuación y organización de las Administraciones Públicas, así como de su interacción con los ciudadanos, que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional sostenible.

## **II. Aproximación al concepto y las características de planificación administrativa**

### **II.1. La potestad administrativa de planificación**

Se puede definir la planificación administrativa como un enunciado normativo en virtud del cual se determinan las pautas y las directrices básicas que inspiran y condicionan la actuación, tanto de los poderes públicos como de los particulares, incluyendo las relaciones que se establezcan entre ellos; pautas y directrices que se materializan e instrumentan jurídicamente a través de los diferentes planes, proyectos y programas administrativos.

### **II.2. Características esenciales de la planificación administrativa**

Además de las características propias de cualquiera de sus manifestaciones o expresiones, desde el punto de vista del Derecho administrativo la planificación tiene unas características propias y esenciales que la definen como una potestad pública. En este sentido, la planificación se puede definir como una de las facultades de actuación o prerrogativas que el ordenamiento jurídico atribuye a las Administraciones Pú-

---

(3) MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: «De la simplificación de la Administración Pública», *Revista de Administración Pública*, n.º 147, Sept.-Dic., Madrid, 1998, p. 7.

(4) MIR PUIG, O.: *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 19



blicas, revistiéndolas de un estatus especial de *imperium* derivado de su misión de servicio a la protección, garantía y realización del interés general.

En este sentido y de acuerdo con el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA cuando afirma que el Derecho «*parte de una determinada realidad social a la que, en alguna forma, pretende reconfigurar o, en último extremo, fijar y sostener*» (5), las potestades administrativas se pueden definir como los instrumentos a través de los cuales los poderes públicos trabajan en la configuración de un modelo de realidad social y de Administración Pública adecuado a los postulados enunciados en la Constitución (6).

Desde esta perspectiva, se puede afirmar que las características propias de la potestad administrativa de planificación son las siguientes: su *normativismo*, en tanto que en cada una de las manifestaciones instrumentales de la planificación se establecen pautas de comportamiento y directrices de actuación orientadas a la consecución de fines u objetivos concretos y que son susceptibles de vincular tanto a los poderes públicos como a los administrados; su *virtualidad como cauce de participación* tanto de los poderes públicos (trámite de audiencia) como de los particulares (información pública) y de determinados colectivos técnicos o peritos en el ámbito de la gestión administrativa y, finalmente, su *instrumentalización para la ejecución de los principios constitucionales* de objetividad, eficacia y coordinación de la actuación de las Administraciones Públicas (7).

### II.3. La planificación y los principios constitucionales de la actuación administrativa

Dentro de la enumeración de las características propias de la potestad planificadora que venimos realizando, no podemos olvidar su instrumentalización al servicio de la ejecución de los principios constitucionales que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 103 de la Constitución, inspiran y sustentan la actuación de

---

(5) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 4.<sup>a</sup> ed. 1998, p. 112.

(6) En este sentido, BERMEJO VERA y FERNÁNDEZ FARRERES han apuntado la importancia de la potestad administrativa de planificación cuando indican que ésta, a través de sus instrumentos (planes, proyectos y programas) «ha llegado a convertirse en el modelo por excelencia del sistema de ordenación programada en el ámbito de la actividad general de las Administraciones Públicas», en «Actuaciones Administrativas aisladas versus planificación: modelo urbanístico y protección del patrimonio histórico-artístico», *Cuadernos Aragoneses de Economía*, 1981/1982, p. 130. En la misma línea EMBID IRUJO ha afirmado que «[...] en realidad y en un plano puramente abstracto, la acción administrativa y la misma idea de Administración Pública no se conciben sino unidas a la existencia del plan administrativo [en definitiva, de la planificación administrativa]», *La planificación hidrológica: régimen jurídico*, Tecnos, Madrid, 1991, pp. 16 y 17. Sin embargo, y a pesar de esta afirmación, el mismo autor ha apuntado que se ha producido un proceso de desglose sectorial de la planificación y que en cada uno de estos sectores está dotada de unas especificidades propias que hacen que no sea posible darle un tratamiento unívoco en todas y cada una de sus manifestaciones sectoriales. En sus palabras «[...] la realidad de la planificación administrativa, por ofrecer una valoración personal ante esta cuestión, hace que el planteamiento más correcto no deba, en modo alguno, ser general. La variedad de la planificación administrativa es muy amplia tanto por el objeto de los planes como por su forma de elaboración y su eficacia [...]», en *La planificación hidrológica...*, *op. cit.* p. 221.

(7) Véase lo señalado al respecto por el profesor BERMEJO VERA en cuanto afirma que «[...] el reconocimiento de la planificación en sentido constitucional —refiriéndose a la planificación económica— como potestad pública está orientada al logro de objetivos de interés general [...]», en *Constitución y planificación hidrológica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 55.

la Administración Pública (8). Nos referimos, concretamente, a los principios de objetividad, eficacia y coordinación (9).

## A) PLANIFICACIÓN Y OBJETIVIDAD

En el seno de una Administración Pública propia de un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro, el principio de objetividad en el servicio a los intereses generales destaca como uno de los principios constitucionales de actuación administrativa. Ello es así porque en este contexto, la adjetivación del Estado como democrático implica la consolidación de un sistema administrativo que se articule y funcione de acuerdo con directrices objetivas y al margen de cualquier tipo de servidumbre política y de toda implicación ideológica (10).

De esta forma, entendemos que la consagración constitucional de este principio es especialmente relevante, básicamente por dos motivos: primero, porque refuerza e intensifica el proceso de profesionalización creciente en el que está inmersa nuestra Administración y, segundo, porque se erige como una garantía de los ciudadanos con respecto al servicio de los poderes públicos en su tarea de realizadores y garantes del interés general.

Así pues, en cuanto se refiere a la incidencia de este principio de objetividad en la profesionalización y tecnificación de la organización y del funcionamiento de las Administraciones Públicas, así como a las implicaciones que esto conlleva en términos de imparcialidad y neutralidad en el servicio al interés general, la potestad administrativa de planificación contribuye de manera decisiva a la ejecución de dicho principio (11). En este sentido, la planificación, a través de sus específicas expresiones instrumentales, favorece la sistematización y la ordenación de la actuación pública mediante la de-

(8) El artículo 103. 1 de la Constitución dispone que «La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

(9) Atendiendo al tenor literal de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 103 de la Constitución y a la luz de su interpretación sistemática, PAREJO ALFONSO ha enumerado como principios constitucionales de la actuación administrativa estos de objetividad, eficacia y coordinación. Véase en *Estado social y Administración Pública...*, op. cit., p. 135. Además, con respecto al significado, contenido y alcance de este precepto, el mismo autor ha señalado que «... se refiere por completo su contenido a la Administración subjetivamente considerada (...); el mandato principal no es otro que el de servir con objetividad el interés general, pues el de actuación no es sino su consecuencia lógica: la Administración ha de actuar precisamente para servir el interés general (...); el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho se predica de la actuación administrativa precisa para el servicio del interés general. No existe, pues, una identidad total, en términos de confusión absoluta, entre el servicio al interés general y el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho...», en *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1995, p. 123.

(10) Así se ha pronunciado GARCÍA DE ENTERRÍA cuando dice que en nuestro actual modelo de Estado democrático se hace cada vez más acuciente «la exigencia de un gobierno sometido a reglas objetivas, no dejado al arbitrio de los elegidos, y no hay otras reglas objetivas formalmente exigibles en la sociedad que las que son Ley y Derecho», *Democracia, jueces y control...*, op. cit., pp. 112 y 113.

(11) De este modo, se da cumplimiento a lo que GARCÍA DE ENTERRÍA ha calificado como «una exigencia [la de la objetividad de la actuación administrativa] especialmente enérgica en el funcionamiento de la Administración actual», refiriéndose a esta de «robustecer su objetividad e imparcialidad, la de su buena fe correlativa y todo ello, necesariamente, con la garantía de su *neutralidad política* [la cursiva no está en el original]...», *Democracia, Jueces y Control...*, op. cit., p. 114.

terminación de las pautas y directrices que deben regirla, haciendo abstracción, en la medida de lo posible, de valoraciones políticas de cualquier signo. Sin embargo, la anterior afirmación no debe hacernos olvidar el hecho de que la planificación y, más concretamente, los sujetos titulares de esta potestad forman parte de la estructura administrativa y, por lo tanto, actúan de acuerdo con el superior jerárquico en cada caso responsable del órgano administrativo al que pertenecen, con lo cual, pueden estar, al menos indirectamente, condicionados por la opción ideológica y política del mismo(12).

No obstante, no cabe duda de que, la planificación, al igual que las demás potestades administrativas, forma parte del aparato instrumental que el ordenamiento jurídico otorga a los poderes públicos y no al ideario político e ideológico de los diferentes gobiernos. Por este motivo, entendemos que se trata de una potestad pública susceptible de ser utilizada en el seno de cualquier sistema político e idónea para la ejecución de este principio constitucional de objetividad (13).

Así pues, la objetividad, entendida como término sinónimo a los de neutralidad e imparcialidad, implica, desde el punto de vista del Derecho administrativo, la realización efectiva de una gestión de los servicios públicos conforme con el Derecho vigente(14). De esta forma, la planificación, como potestad administrativa que el ordenamiento jurídico ha atribuido a los poderes públicos con el fin de procurar una mejor adecuación de su actuación a las exigencias del interés general, opera a modo de técnica de intervención e instrumento de actuación pública que es susceptible de operar al margen de connotaciones políticas de todo signo y que contribuye así a la ejecución del principio de objetividad en el servicio al interés general de todos los administrados(15).

Además, este principio de objetividad y su realización a través del ejercicio de la potestad planificadora destaca como una garantía para los administrados ya que, de

---

(12) No obstante, no hay que perder de vista que la objetividad se hace efectiva a través de diferentes instrumentos jurídicos, como la planificación, entre otros, de tal forma que, al final, estamos ante decisiones administrativas en las que se oculta el trasfondo de la opción política de quien adopta dichas decisiones y las ejecuta. Véanse, entre otras, las reflexiones de MANZANEDO, J.A.; HERNÁNDO, J.; GÓMEZ REINO, E.: *Curso de Derecho administrativo económico*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1970, pp. 52 a 57.

(13) Esta idea la hemos expuesto más detenidamente en el Capítulo primero al referirnos a las implicaciones y connotaciones ideológicas inherentes al concepto de planificación. En este sentido, traemos ahora a colación unas afirmaciones de DROMI en las que dice que «la planificación o el planificador no pueden considerarse separadamente, aislados de la Administración (...). Debe ser entendida en el sentido de que cualquier organización sociopolítica y económica recurre de una y otra forma a la técnica de la planificación (...). Por lo tanto, se hace planificación. Se debe aclarar entonces que la inherencia [de la planificación a la Administración Pública] es de carácter técnico, no de carácter «ideológico-doctrinario», y que por lo mismo, no es exclusiva de ningún sistema político en particular», *Derecho administrativo económico*, op. cit., pp. 137 y 138.

(14) De acuerdo con PAREJO ALFONSO, la objetividad «... remite a las ideas de neutralidad o imparcialidad y de gestión conforme a Derecho. Si bien es claro que la actuación administrativa ha de obedecer a la racionalidad jurídica, no es menos cierto que la objetividad no se confunde con la igualdad (así como tampoco con la eficacia). Mientras que la legalidad (y también la eficacia) operan (en su caso, también) en el plano objetivo de la actividad y de su resultado. La objetividad es a la Administración (organización) lo que la imparcialidad es a los funcionarios públicos...», *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1995, pp. 125 a 127.

(15) En este sentido, EVERSLEY ha definido la planificación como una potestad administrativa a través de cuyo ejercicio se expresan los compromisos y las directrices de actuación de los poderes públicos frente a los administrados. Véase en *El planificador en la sociedad. Rol cambiante de una profesión*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1973, pp. 368 y 369.

esta manera, se potencia la diligencia de los poderes públicos en su actuación, que debe estar adecuada a las directrices previamente planificadas, de servicio a la tutela y realización del bien común y del interés público (16).

## B) PLANIFICACIÓN Y EFICACIA

A medida que nuestro modelo de Estado ha ido avanzando hasta su calificación por la Constitución como un Estado social y democrático de Derecho, se ha producido una evolución paralela en los principios jurídicos que lo sustentan y conforman. En este sentido, la eficacia se ha consolidado como uno de los principios constitucionales que definen la esencia y el modo de ser y de actuar de nuestra Administración Pública (17).

De este modo, partiendo de la definición del Derecho administrativo como aquel sector del ordenamiento jurídico que regula las garantías de los administrados frente al conjunto de privilegios de los poderes públicos, la eficacia se erige como uno de los principios jurídicos básicos de este nuevo modelo de Administración y como una garantía de los ciudadanos (18).

Ahora bien, a la vista de estas consideraciones nos formulamos a continuación la siguiente hipótesis, ¿cómo se mide o se valora la eficacia de la actividad administrativa?, o lo que es aún más importante, ¿de qué forma, o a través de qué instrumentos, se ejecuta este principio constitucional de eficacia?

Pues bien, en cuanto a la valoración de la eficacia de la actuación administrativa, del mismo modo que respecto a cualquier otra organización privada, habremos de atender

(16) En este sentido, MARTÍN REBOLLO ha afirmado que desde la perspectiva del principio de objetividad se trata de «... adoptar el punto de vista del administrado, no para hacer un Derecho contra la Administración, sino para facilitar su mutuas relaciones, de modo que ese Derecho sea un útil instrumento para la consecución de los fines que la Constitución encomienda a la Administración y, al mismo tiempo, significa una eficaz garantía para los ciudadanos [la cursiva no está en el original]...», en *El Derecho administrativo...*, *op. cit.*, pp. 21 y 22. Igualmente, PAREJO ALFONSO ha indicado que «la Administración sólo puede manifestarse «con objetividad» (...). Y para ello, su modo de manifestación único es la aplicación objetiva del interés general, es decir, su medio de manifestación consiste sólo en la inducción objetiva (lo que es igual a jurídica) de dicho interés general...», Estado social y Administración Pública..., *op. cit.*, pp. 103 y 104. Sin embargo, hay que tener también en cuenta que, como dice GARCÉS SANAGUSTÍN, «la Administración, con independencia del cumplimiento del mandato relativo al servicio objetivo del interés general, es portadora también de unos intereses propios, en cuanto organización, que pueden entrar en conflicto con el interés general, máxime cuando pueden subsistir en el ámbito social tendencias hacia el «clientelismo político» por (...) los detentadores del poder...», *Prestaciones sociales...*, *op. cit.*, p. 55.

(17) Así, sobre la operatividad y trascendencia del principio de eficacia constitucionalizado en el artículo 103.1, véase lo que han dicho, entre otros, DELGADO BARRIO quien, al analizar su ejecución en el ámbito judicial ha señalado que «... sirve de criterio para elegir una entre las variadas soluciones posibles (...). En otros supuestos, el Tribunal Supremo contempla las exigencias del principio de eficacia para atenuarlas, moderarlas o restringirlas armonizándolas con las consecuencias que indudablemente derivan de la finalidad propia de un Estado de Derecho...», en «Reflexiones sobre el artículo 106.1 CE...», *op. cit.*, p. 2334.

(18) En este sentido, estamos de acuerdo con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ cuando dice que «la Administración de la [estricta] legalidad está superada y (...) es necesario sustituirla por la Administración de la eficiencia [de la eficacia, diríamos nosotros]...», en «¿Desaparece el recurso contra reglamentos?», *Revista de Administración Pública*, n.º 65, 1971, p. 144. Del mismo modo, VILLAR PALASÍ ha afirmado que «el edificio del Derecho administrativo se sustentaba, hasta hace muy poco, en una única clave, el sistema de garantías (...). Hoy, el protagonista de la actividad administrativa no es ya la garantía, sino la eficiencia. Una y otra no están reñidas; más la primera perspectiva de una institución ha pasado a ser su eficacia [la cursiva no está en el original], quedando la garantía como su característica institucional. Una administración sin eficacia viene a ser hoy como un cuchillo que no corta...», en *Administración y Planificación*, Cultura Hispánica, Madrid, 1953., pp. 117 y 118.

al grado de cumplimiento de los objetivos que la Administración en cuestión tenga encomendados, tanto desde el punto de vista social, económico, político y jurídico (19).

En lo que respecta a la hipótesis relativa a la instrumentalización jurídica del principio constitucional de eficacia, más concretamente, en qué medida las expresiones de la planificación administrativa se adecuan a la ejecución de dicho principio se trata de valorar su idoneidad para contribuir a la eficaz realización de los fines y de los objetivos públicos previamente formulados. En este sentido, a través de las expresiones de la potestad de planificación se definen los fines y las directrices que marcan la pauta de la actuación pública en todos los sectores y de esta forma, en la medida en que se respeten y se cumplan sus previsiones, se contribuye a la consolidación y realización del principio de eficacia de la actuación pública (20).

Además, en el seno de un proceso de tecnificación creciente como en el que estamos inmersos, se ha producido una traslación al ámbito de la Administración Pública, al objeto de fomentar la eficacia de su organización y funcionamiento, de los mecanismos e instrumentos propios de las organizaciones privadas, entre ellos, la potestad planificadora, al objeto de garantizar y contribuir a la eficacia de su funcionamiento y organización (21). De este modo, a través del ejercicio de la potestad planificadora se contribuye a la consolidación del principio de eficacia, en definitiva, a la consolidación de una Administración Pública eficaz en la prestación y gestión de los servicios públicos (22).

---

(19) Para DE LA CRUZ FERRER, la eficacia del funcionamiento y de la actuación de los poderes públicos, en general, se mide a través de la verificación del «... grado de cumplimiento de los objetivos asignados a una organización...», así como relacionando «... los resultados obtenidos con los recursos económicos invertidos por la organización...», *Apuntes de Derecho público...*, op. cit., p. 266. Para COSCULLUELA MONTANER la eficacia se mide teniendo en cuenta la «... adecuada relación entre la medida adoptada y el objetivo perseguido...», en «Reflexiones sobre los presupuestos constitucionales y de Derecho comunitario europeo y los principios generales de Derecho público económico», *Estudios de Derecho público económico. Libro Homenaje al profesor Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 135. En palabras de PAREJO ALFONSO la eficacia se mide, en el Derecho administrativo, en términos de «... satisfacción de los objetivos sociales...», en *Estado social y Administración Pública...*, op. cit., p. 100; a lo que añade en otro momento que la eficacia sirve para «... enjuiciar la aplicación de los medios y la consecución de los fines u objetivos (...). Con la extensión de la actividad del Estado y su formalización al más alto nivel bajo la fórmula de Estado social de Derecho se plantea ya también en términos de cumplimiento de fines y objetivos, de producción para el Estado de resultados y, por lo tanto, de rendimientos de sus organizaciones, esencialmente, las administrativas...», en *Eficacia y Administración...*, op. cit., pp. 90, 91 y 99.

(20) En este sentido, véanse, por todos, las reflexiones de KAISER, J.H.: «Reflexiones filosóficas sobre la planificación», *loc. cit.* y MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN, G.: «La planificación: un reto, un mito, una utopía...», op. cit., p. 140.

(21) En este sentido, PAREJO ALFONSO se ha referido a la incorporación del principio de eficacia a la gestión de los intereses públicos indicando que «... el criterio de eficacia general empresarial acaba proyectándose a la Administración Pública (...), se ha manifestado en la decantación de una política y de un plan de modernización de la Administración...», en *Eficacia y Administración...*, op. cit., 1995, pp. 115 y 116. En opinión de VILLAR PALASÍ, «... con la tecnificación acelerada de los últimos tiempos, la Administración viene a concebirse no sólo en términos lógicos como Poder, sino también en su aplicación práctica como una empresa industrial, y por ello no es extraño que se lleven también al ámbito de la Administración los criterios y las prácticas que anteriormente eran exclusivas de las empresas privadas [nosotros destacamos la incorporación de la planificación al ámbito público] (...). Se crean o destruyen las instituciones administrativas, no por su mayor o menor adecuación a los principios, sino por su eficacia o ineficacia demostrada...», en *Administración y Planificación*, op. cit., p. 119.

(22) De esta forma, estamos de acuerdo con MARTÍN REBOLLO cuando afirma que «... lo que interesa al ciudadano es (...) el potenciamiento de unas Administraciones Públicas que presten eficazmente servicios de calidad», en *El Derecho administrativo...*, op. cit., p. 24. En idéntico sentido, PAREJO ALFONSO ha dicho que «... la eficiencia operativa (...) se relaciona con la planificación (...). La programación [instrumento en que se concre-

En este sentido, la planificación contribuye decisivamente a la realización del principio constitucional de eficacia ya que mediante el ejercicio de esta potestad los poderes públicos estructuran de forma racional su actuación en todos los sectores del ordenamiento jurídico en los que intervienen. De este modo, se produce una sistematización y ordenación de la actuación pública y, al mismo tiempo, se garantiza la diligencia y la eficacia de los poderes públicos en la gestión, garantía y realización del interés general, que es, en definitiva, lo que interesa y preocupa a los ciudadanos.

La instrumentalización de la planificación para la ejecución del principio constitucional de eficacia es una característica inherente a esta potestad administrativa, a través de cuyo ejercicio se estimula el funcionamiento de la propia Administración Pública en aras a satisfacer unos determinados objetivos, que redundan tanto en la optimización del funcionamiento de los servicios públicos, como en la distribución y utilización de los recursos y, en definitiva, en el buen funcionamiento de la organización administrativa en su misión de servicio al interés general del que participamos todos los ciudadanos (23).

### C) PLANIFICACIÓN Y COORDINACIÓN

El concepto de coordinación ha sido incorporado a nuestro ordenamiento como uno de los principios constitucionales que rigen la actuación de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus competencias. Así pues, como tal principio jurídico debe procurar que la actuación pública se acomode a sus exigencias (24). Sin embargo, estudiar la coordinación significa enfrentarnos al análisis de un concepto jurídico indeterminado

---

ta la potestad planificadora[...] de la actuación administrativa (...) parece comprender el entero contenido del principio de que ahora se trata (...), la eficacia a que se refiere el artículo 103.1 de la Constitución, en cuanto tiene por destinatario al concreto sujeto del proceso de ejecución administrativa y se concreta en su aptitud específica para realizar el interés general (...), como principio independiente de la actuación administrativa, con la misma pretensión de configuración (...) que los restantes simultáneamente consagrados—con rango constitucional—en el artículo 103.1 de la Constitución...», en *Eficacia y Administración...*, op. cit., pp. 98 a 111.

(23) En este sentido, para ALBERTI ROVIRA «la planificación no se limita ya al campo presupuestario o al de las medidas de emergencia, sus dos grandes dominios clásicos, sino que se extiende por la práctica totalidad de los sectores donde los poderes públicos proyectan su actuación. Ello es así porque una vez ampliados los campos del interés y la acción estatal hasta prácticamente todos los rincones de la vida social, la planificación se presenta como el método más adecuado para lograr la necesaria y exigible racionalidad y eficacia de la actuación pública...», para ello ha definido a la planificación como un «... medio racional, sistemático y eficaz a través del cual se expresa el poder público en relación a la sociedad...», en «La planificación conjunta en el federalismo cooperativo», *Congreso de Derecho Público de la Economía*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Victoria-Gasteiz, 1988, pp. 271 y 272. Del mismo modo, CIRANO DE VELA, al estudiar la planificación económica la ha calificado como «... una muestra de la necesidad de dejar a un lado los instrumentos jurídicos tradicionales en aras de conseguir la *eficacia* [la cursiva no está en el original] de la actuación administrativa...», en *Principio de legalidad e intervención económica*, Atelier, Barcelona, 2000, pp. 117. Con relación a la planificación hidrológica, GALLEGO ANABITARTE, DÍAZ LEMA y MENÉNDEZ REXACH han afirmado que «la planificación de las aguas es un concepto que evoca en primer lugar la idea de racionalización en la gestión de las aguas, y además, en el plano subjetivo, la de que tal racionalización ha de ser impuesta por los poderes públicos (...). La planificación supone, por tanto, la forma más reciente e incisiva de la intervención estatal en la gestión de las aguas...», a continuación se refiere a que la ejecución del principio de eficacia a través de la potestad planificadora, significa, en este caso, «una optimización en el uso y aprovechamiento de los recursos hidráulicos disponible», en *El Derecho de aguas en España*, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, Madrid, 1986, pp. 590 y 591.

(24) En opinión de ÁLVAREZ RICO, se trata de un Principio jurídico fundamental para la organización y para la actuación administrativa; véase en *Principios constitucionales de organización de las Administraciones Públicas*, Dykinson, Madrid, 2.ª ed., 1997, p. 71. También SÁNCHEZ MORÓN ha destacado la importancia de este principio de actuación pública en «La coordinación administrativa como concepto jurídico», *Documentación Administrativa*, núm. 230/231, pp. 19 a 21.

que impregna con su presencia la absoluta totalidad de la realidad jurídico-administrativa, tanto en la organización como en la actuación de los poderes públicos (25).

La coordinación implica siempre la idea de un resultado o un final ordenado y coherente de la actividad y del funcionamiento de las Administraciones Públicas. No obstante, al igual que ocurre con la planificación, se trata de un concepto especialmente abstracto y ambiguo que adquiere diferentes matices según la perspectiva desde la que lo estemos analizando. No es lo mismo, por lo tanto, estudiar la coordinación en el ámbito de las relaciones interadministrativas que analizar la coordinación desde la perspectiva de su definición como una cualidad de la actuación pública, o lo que es más como el resultado o el fin de la misma.

Desde el punto de vista de las relaciones interadministrativas, la coordinación se refiere a la interrelación de los diferentes órganos administrativos que forman parte de la estructura de la Administración Pública. En este ámbito, la coordinación se confunde con otros conceptos paralelos como los de cooperación y colaboración, ya que los tres sugieren la necesidad de articular las relaciones entre los poderes públicos de tal forma que quede garantizado el funcionamiento ordenado y sistemático de la Administración Pública en cuanto a las relaciones entre los órganos que la integran. Sin embargo, no son términos sinónimos porque existe un matiz en su significado y alcance que los convierte en conceptos próximos pero no idénticos.

Las relaciones interadministrativas se han caracterizado a lo largo de la historia por la existencia, por una parte, de un nivel de órganos administrativos superiores que toman las decisiones y por una pluralidad de órganos administrativos gestores, encargados de la ejecución de tales decisiones. En este sentido, la coordinación entra en relación directa con el principio constitucional de jerarquía, ya que, siguiendo a BAENA DEL ALCAZAR, consiste en «la actividad que desarrolla el jefe de una organización para evitar las habituales fricciones de competencia [o, lo que es lo mismo, la descoordinación] entre los órganos subordinados» (26).

Pues bien, esta relación entre coordinación y jerarquía es una característica presente en todos los ámbitos de las relaciones y de la actuación de los poderes públicos, los cuales se han caracterizado, desde siempre, por la presencia de un nivel de órganos administrativos superiores dotados de autoridad suficiente para responder de la adopción de las decisiones más importantes con el fin de articular una actuación administrativa coordinada (27).

---

(25) Para CORCUERA ATIENZA el problema de la definición del término coordinación consiste, básicamente, en un «... problema de voluntad política. En el caso de que tal voluntad [coordinadora] exista, aparecen los mecanismos susceptibles de realizarla...», en «Participación de las Administraciones autonómicas y locales en la economía», *Congreso de Derecho público en la economía*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1988, p. 314. Por otra parte, según PAREJO ALFONSO se trata de «... una necesidad insita en la condición misma de las organizaciones administrativas (...) que juega y opera en las relaciones internas y externas de las organizaciones y constituye, así, un principio jurídico de validez general...», en *Estado social y Administración Pública...*, *op. cit.*, p. 137.

(26) BAENA DEL ALCAZAR, M.: *Curso de Ciencia de la Administración. Vol. I*, Tecnos, Madrid, 4.ª ed., 2000, p. 79.

(27) Para ÁVILA ORIVE el fundamento de la dependencia jerárquica entre el órgano administrativo coordinador y los órganos coordinados se justifica por la concurrencia de un «interés superior que se deriva del correspondiente título competencial», en «Consideraciones añadidas sobre el principio de coordinación en las relaciones interadministrativas», *Actualidad Administrativa*, núm. 39, 1995, p. 657. También SIMON ha afirmado que, a través de esta relación de dependencia jerárquica de unos órganos administrativos sobre otros «se asegura el comportamiento coordinado dentro de un grupo», en *El comportamiento administrativo. estudio de los procesos decisivos en la organización administrativa*, Aguilar, Madrid, 1962, p. 128.

De esta forma, la coordinación se identifica, más que con un principio jurídico, con un título competencial atribuido a los órganos administrativos superiores. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha analizado y reflexionado en reiterada jurisprudencia acerca del significado y del alcance del concepto de coordinación (28).

Por otra parte, la cooperación y la colaboración como principios básicos de las relaciones interadministrativas, se caracterizan, a diferencia de la coordinación, por la voluntariedad con la que los poderes públicos los realizan. No existe ningún título competencial que habilite a un órgano administrativo a imponer la colaboración o la cooperación de otro en el ejercicio de sus competencias. Se trata, más bien, de un modo voluntario de articular las relaciones interadministrativas e intraorgánicas que no tiene otra finalidad sino la de auxiliarse mutuamente en su actuación, de tal forma que su servicio a la realización del interés general se satisfaga de la manera más óptima y eficaz posible (29).

En el ámbito de la actividad administrativa, la coordinación se ha incorporado a nuestra Constitución como uno de los principios jurídicos que fundamentan la actuación de las Administraciones Públicas (30). Ahora bien, ¿qué significado y qué alcance jurídico tiene este principio? Y lo que es más importante, ¿a través de qué instrumentos jurídicos se hace efectivo?

Hablar de la ejecución del principio de coordinación significa tanto como garantizar que la actuación de las Administraciones Públicas se articula de tal forma que cumple con el propósito u objetivo básico de evitar las posibles disfunciones. El principio constitucional de coordinación persigue el resultado final o el estado de cosas que se anhela o que se quiere alcanzar a través de la actuación diligente de los poderes públicos; o lo que es lo mismo, mediante el ejercicio responsable y coherente de las potestades que el ordenamiento jurídico les ha atribuido como defensores y garantes últimos de la realización y protección del interés general.

En este sentido, conviene plantearse la valoración de la especial relación que une la potestad planificadora con la ejecución del principio de coordinación. Entre ambos con-

(28) Esta misma definición de la coordinación ha sido reiteradamente citada, consolidándose como interpretación jurisprudencial este concepto, entre otras, por las siguientes Sentencias del Tribunal Constitucional: STC 42/1983, de 29 de mayo (Fundamento jurídico 3.º); STC 11/1984, de 2 de febrero (Fundamento jurídico 6.º); STC 77/1984, de 3 de junio (Fundamento jurídico 2.º); STC 27/1987, de 27 de febrero (Fundamento jurídico 6.º); STC 214/1989, de 21 de diciembre (Fundamento jurídico 20.º); STC 45/1995, de 28 de febrero (Fundamento Jurídico 4.º) y STC 90/1992, de 11 de junio (Fundamento jurídico 2.º).

(29) En este sentido, estamos de acuerdo con ÁVILA ORIVE cuando expone su teoría acerca de la existencia de tres grados de coordinación diferentes según la entendamos como un título competencial de los órganos jerárquicamente superiores que se impone a los inferiores o como resultado de la decisión voluntaria de los poderes públicos de auxiliarse en el desarrollo de su actuación. Véase en «Consideraciones añadidas...», *op. cit.*, pp. 655 a 658. Del mismo modo, SANTAMARÍA PASTOR ha afirmado que «... de la cooperación a la coordinación hay un salto cualitativo nada desdeñable: la cooperación es el campo del acuerdo en pie de igualdad, de la participación, del *goverment by persuasion*, en la coordinación, en cambio, un ente superior hace uso de su posición de supremacía para lograr autoritariamente la coherencia de la actuación de los entes territoriales inferiores...», en *Fundamentos de Derecho administrativo*, Centro de Estudios Universitarios Ramón Areces, Madrid, 2.ª ed. 2009, Vol. I, p. 39.

(30) En este sentido, ÁVILA ORIVE ha subrayado la circunstancia de que «... estamos ante un principio que inspira y orienta las relaciones de sus poderes públicos en todas sus manifestaciones en general, pero particularmente, en aquellas zonas de coincidencia donde, por tanto, concurren potestades de distintos orígenes y que consiste básicamente en facilitar al máximo las competencias del otro ente...», en «Consideraciones añadidas...», *op. cit.*, p. 659. Igualmente, PALOMAR OLMEDA se ha referido a la importancia del respeto al principio de coordinación en el seno del Estado de las autonomías al afirmar que «... no parece un exceso indicar que la construcción del denominado Estado autonómico no está resultando un proceso sencillo y sin problemas...», en «Los principios de la actividad administrativa y las relaciones entre las Administraciones», *Documentación Administrativa*, n.º 254/255, 1999, p. 70.



ceptos se establece una vinculación especial puesto que, aunque en el ordenamiento jurídico existen diversas fórmulas y posibilidades de coordinación el ejercicio de esta potestad destaca de entre todas ellas, hasta el punto de que, en función de la concreta materia que sea objeto de planificación, se puede llegar a afirmar que cuando *se planifica se coordina*. De esta forma, la potestad planificadora se erige como una importante técnica de coordinación tanto de la organización administrativa como de la actuación e intervención de los poderes públicos en los diferentes sectores del ordenamiento jurídico.

Pues bien, teniendo en cuenta esta breve presentación del significado y del alcance del concepto de coordinación en el Derecho administrativo español, pasamos, a continuación, a exponer los términos de su ejecución a través de la potestad administrativa de planificación o, lo que es lo mismo, la relación entre la planificación y la coordinación. En este sentido, diferenciamos dos aspectos de su vinculación: el estrictamente formal o terminológico y el sustantivo o material.

En primer lugar, atendiendo al aspecto formal, la planificación y la coordinación están unidas por su común calificación como conceptos jurídicos indeterminados, como consecuencia de la ambigüedad inherente a los mismos y de la abstracción de su definición jurídica por tratarse de términos afectados por importantes connotaciones o implicaciones políticas e ideológicas que en ellos concurren (31).

En segundo lugar, desde un punto de vista sustantivo o material, el principio de jerarquía se presenta como el criterio común o el nexo de unión de estos conceptos ya que, de la misma forma que la coordinación expresa la relación de superioridad de unos órganos administrativos sobre otros, también la potestad planificadora ha sido atribuida por el ordenamiento jurídico a los poderes públicos que ostentan una posición de superioridad dentro de la estructura organizativa de las Administraciones Públicas, concretamente a aquellos órganos administrativos que tienen encomendada la función de dirección de la gestión de los intereses públicos. De esta manera, se potencia una actuación administrativa coordinada y, al mismo tiempo, se garantiza, a través del ejercicio de esta potestad planificadora, la realización efectiva del principio constitucional de coordinación (32).

Por lo tanto, hay que entender que la potestad administrativa de planificación y el principio de coordinación están indisolublemente unidos en virtud de una *especial relación de instrumentalidad* (33). Así pues, cualquier expresión o manifestación en la

---

(31) En este sentido, extendemos al concepto de planificación administrativa, la adjetivación que BLANCO DE TELLA ha hecho de la coordinación como un «concepto multiforme», o, «una expresión vacía de significado real», en «El mito de la función coordinadora», *loc. cit.*

(32) Para BLANCO DE TELLA «... *la coordinación se logra planificando* [la cursiva no está en el original], organizando, dirigiendo y controlando...», «El mito de la función coordinadora», *op. cit.*, p. 26. MENÉNDEZ REXACH entiende que «el principio de coordinación proclamado en la Constitución persigue la obtención de un resultado que debe venir del correcto ejercicio de las competencias correspondientes a las diferentes entidades territoriales (...). Hay (...) técnicas jurídicas generales [por ejemplo, la planificación] que se utilizan al servicio de un resultado: la actuación coherente de las diferentes esferas territoriales, que en eso es, en definitiva, en lo que consiste la coordinación», en «Coordinación de la Ordenación del Territorio con las políticas sectoriales que inciden sobre el medio físico», *Documentación Administrativa*, núm. 230/231, 1992, p. 292. Igualmente, PAREJO ALFONSO ha señalado que el ámbito propio de aplicación del principio de coordinación «se extiende (...) al ejercicio de las potestades administrativas distintas de la reglamentaria, es decir, cubre la total actividad administrativa (...) con vistas a la producción de un resultado final coherente desde el punto de vista del interés general y de la eficaz prestación de los servicios públicos...», en *Estado social y Administración Pública...*, *op. cit.*, p. 140.

(33) Esta relación de instrumentalidad que une a la planificación y a la coordinación la han señalado, entre otros autores, BERMEJO VERA al calificarla como «la técnica más eficaz para proteger los recursos hidráulicos [se refiere a la planificación hidrológica], puesto que permite *coordinar* [la cursiva no está en el original]

que se concrete el ejercicio de la potestad administrativa de planificación implica, necesaria e inevitablemente, la coordinación de la actuación pública en aras a la realización de unos fines u objetivos previamente definidos. En otras palabras, la descripción de la planificación como una potestad administrativa instrumentalizada al servicio de la coordinación de la actuación de los poderes públicos es una característica esencial de esta potestad y así ha sido, también, formalmente reconocida por la legislación administrativa vigente (34), y por la jurisprudencia (35).

### III. Planificación administrativa y participación ciudadana

La planificación forma parte del ordenamiento jurídico administrativo en el que se presenta como una realidad inherente al funcionamiento de las Administraciones Públicas y como una institución básica del Derecho administrativo. Este planteamiento se constata fácilmente a través de una aproximación a nuestro Derecho positivo vigente, tanto desde el punto de vista del régimen jurídico general del funcionamiento de las Administraciones Públicas, como a partir del análisis de la legislación sectorial.

Debe significarse a este respecto que, pese a su consolidación como institución jurídico-administrativa básica, se trata de un término sujeto a una pluralidad de usos e

---

las distintas potestades y títulos de intervención de los poderes públicos...», *Constitución y Planificación hidrológica*, Civitas, Madrid, 1995, p. 68. EMBID IRUJO, al analizar la importancia del Plan Hidrológico Nacional, pone de relieve su virtualidad y su eficacia como un importante instrumento de coordinación pública. Sus reflexiones se refieren a la planificación hidrológica, sin embargo son extrapolables a la potestad administrativa en general, véanse en «La planificación hidrológica...», *op. cit.*, p. 100. En el mismo sentido, DELGADO PIQUERAS ha descrito esta funcionalidad coordinadora de la planificación al examinar la vinculación entre el Plan Hidrológico Nacional y el Plan Nacional de Regadíos, en «Planificación hidrológica y planificación agraria. Consideraciones jurídicas», *Planificación hidrológica y política hidráulica (El libro blanco del agua)*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 186 a 191. Finalmente, QUINTANA PETRUS se ha referido a la ejecución del principio de coordinación a través de la potestad administrativa de planificación diciendo que «... un principio que afecta a los planes tanto intercomunitarios como intracomunitarios es el que exige que todos los planes hidrológicos [en nuestra opinión, todas las expresiones de la planificación] se elaboren en *coordinación* [la cursiva no está en el original] con las diferentes planificaciones que les afecten...», *Derecho de aguas...*, *op. cit.*, pp. 274 y 275.

(34) Desde el punto de vista de la legislación administrativa vigente, el propio texto de la Constitución pone de manifiesto esta relación entre la planificación y la coordinación de forma expresa, en el apartado 13 del artículo 149.1, al enunciar como competencia exclusiva del Estado la de «coordinación de la planificación económica» y de forma implícita en los números 15 y 16 del mismo precepto al citar como competencias exclusivas del Estado las bases y coordinación de la educación y la sanidad.

A nivel normativo, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, ha consagrado la relación de instrumentalidad existente entre las manifestaciones de la planificación y la coordinación de la actuación pública cuando dispone en su artículo 7.1. que «La Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas pueden acordar la realización de *planes y programas* [la cursiva no aparece en el texto legal] comunes en materias en las que ostenten competencias concurrentes».

Por último, en la legislación administrativa sectorial destacan, entre otros, los siguientes preceptos: el artículo 5 de la Ley 25/1998, de 29 de julio, de Carreteras cuando dice que «los planes de carreteras del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales deberán coordinarse entre sí (...) para garantizar la unidad del sistema de comunicaciones y armonizar los intereses afectados».

(35) En cuanto a la relación de instrumentalidad entre la planificación y la coordinación, el Tribunal Constitucional ha afirmado en su Sentencia 149/1991, de 4 de julio que es frecuente que «... la Administración racionalice [coordine, diríamos nosotros], a través de planes, las actuaciones que son de su competencia...» (Fundamento jurídico 4.º).

interpretaciones que lo convierten en lo que podríamos denominar un *concepto jurídico indeterminado* (36).

En definitiva, se trata de una potestad administrativa o prerrogativa de las administraciones públicas que participa, por su ámbito de eficacia, de la naturaleza jurídica propia tanto de las potestades organizatorias, en los supuestos en que sus efectos jurídicos se limitan a la esfera de la estructura y de la organización administrativa interna, como de las potestades normativas, en los casos en que su ejercicio influya y condicione la situación jurídica de los administrados, sus derechos e intereses legítimos.

Por su parte, la importancia de la participación en el Derecho administrativo ya fue puesta de manifiesto por FOSHOF en su formulación de la Administración Prestacional, hacia la que las Administraciones Públicas han ido evolucionando a lo largo de los siglos XIX y XX. Así, en palabras de este autor «... la Administración aportadora de prestaciones se basa en la participación. El sentido del concepto de la procura existencial estriba en otorgar la protección del Derecho público a esa participación (...). El concepto de procura existencial sirve en primera línea para asegurar la *participación* [la cursiva no está en el original] del individuo en las prestaciones de la Administración...» (37).

Además, atendiendo a la legislación administrativa vigente observamos que la incorporación de la participación a los procedimientos de elaboración de las expresiones instrumentales de la planificación no es idéntica en todos los casos y tampoco produce las mismas consecuencias en todos ellos. En ocasiones, el legislador ha previsto un trámite de información pública de carácter general, esto es, con la única finalidad de que los administrados emitan cuantas alegaciones estimen pertinentes al respecto (38).

En otras ocasiones, sin embargo, este trámite de la información pública está abierto, exclusivamente, para aquellos colectivos que estén especialmente interesados en intervenir en el procedimiento de planificación, como consecuencia de la afectación que el ejercicio de esta potestad produce en su esfera de derechos e intereses legítimos (39).

---

(36) En este sentido, podemos trasladar a la planificación las conclusiones de BLANCO DE TELLA cuando calificó a la coordinación administrativa como un *concepto multiforme*, entendido como un término oscuro y mal utilizado desde el punto de vista del lenguaje jurídico-administrativo, puesto que «[...] no existe término más oscuro ni peor utilizado en el lenguaje administrativo. Una investigación somera en torno al concepto de coordinación [nosotros lo aplicaríamos al de planificación], a través de la doctrina y del derecho positivo, puede conducirnos con facilidad a la desalentadora conclusión de que la coordinación [para nosotros, la planificación] lo abarca todo [...]», en «El mito de la función coordinadora», *Organización y Procedimientos administrativos*, Montecorvo, Madrid, 1975, p. 25.

(37) FORSHOFF; E.: *Sociedad industrial y Administración Pública*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1967, pp. 21 a 23.

(38) Véase al respecto, entre otros preceptos, el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas de Modernización del Gobierno Local; la letra *b*) del artículo 18 en la que el legislador califica como un derecho de los vecinos la participación de los ciudadanos en la gestión municipal y el artículo 24 de la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido, que ha incluido, como *fase necesaria* dentro del procedimiento de elaboración de los Planes de Acción en materia de Contaminación Acústica, un «trámite de información pública por un periodo mínimo de un mes».

(39) Así, véanse, entre otros, el apartado 2 del artículo 58 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en el que se dispone la *necesaria* intervención de los poderes públicos locales en todos los procesos de planificación en los que estén implicados sus legítimos intereses, al señalar que las Administraciones Públicas «... que tengan atribuida la formulación y aprobación de instrumentos de planificación deberán otorgar a las restantes una *participación* [la cursiva no está en el texto legal] que permita armonizar los intereses públicos afectados»; igualmente, la Exposición de Motivos de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, confirma la importancia que tiene la participación de los ciudadanos «como colectivo de usuarios del sistema sanitario, y para permitir el intercambio de conocimientos y de experiencias».

Por último, encontramos en la legislación administrativa vigente, dentro del procedimiento de elaboración de determinados instrumentos a través de los que se hace efectiva la potestad planificadora, supuestos en los que se regula un trámite de participación y de consulta, previo a su aprobación definitiva, que tiene como destinatarios a unos sujetos determinados cualificados como expertos o peritos en la materia objeto de planificación. En estos casos, se trata de una participación de tipo técnico que tiene por finalidad facilitar el intercambio de conocimientos y de experiencias entre los profesionales y los poderes públicos (40).

Ahora bien, ¿qué trascendencia jurídica tiene esta afirmación de la virtualidad o la validez de la potestad planificadora como cauce de participación? Las consecuencias jurídicas de esta caracterización de la planificación son, básicamente, las tres siguientes.

En primer lugar, estamos ante una potestad administrativa que en el momento de su ejecución garantiza, al menos en sus principales manifestaciones sectoriales, la intervención de los particulares, de otros poderes públicos diferentes a los que la están ejerciendo y de profesionales y peritos especializados en el sector objeto de planificación. De esta forma, se ha convertido en una técnica jurídico-administrativa a través de la cual se da cumplimiento efectivo a la previsión del artículo 9.2 de la Constitución en el que en el que «facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social» se define como una función de los poderes públicos. Por lo tanto, el carácter de la planificación como un cauce de participación fortalece su definición como una de las facultades que el ordenamiento jurídico ha atribuido a los poderes públicos con el propósito de construir un modelo de Administración Pública participativa, tal y como está previsto en el texto de nuestra Constitución (41).

En segundo lugar, mediante la previsión de cauces de participación necesarios en los procesos de elaboración y redacción de los planes, proyectos y programas en los que se concreta esta potestad administrativa, se consigue afianzar y consolidar la realización del denominado principio democrático. En este sentido, destacamos la importancia de la planificación como cauce de participación a través del cual se hace efec-

(40) La protección y conservación de la naturaleza es un sector de nuestro ordenamiento jurídico en el que ha sido frecuente la participación de asociaciones profesionales, de peritos, técnicos y expertos. En este sentido, y con ánimo exclusivamente ejemplificativo, véanse, entre otros, el artículo 6 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna silvestres, en el que el legislador ha establecido como requisito necesario dentro del procedimiento de elaboración de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales la inclusión de trámites de consulta «de las asociaciones que persigan el logro de los principios del artículo 2 de la presente ley» y, de igual modo, el artículo 5 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, al disponer en su párrafo segundo los planes nacionales de residuos «serán aprobados por el Consejo de Ministros previa deliberación de la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente».

(41) En este sentido, nos adherimos a las reflexiones de DELGADO BARRIO en las que afirma que «... el artículo 9.2 es el fundamento genérico sobre el que la Jurisprudencia viene construyendo el principio de participación (...). Ciertamente, no existe hoy en nuestra sociedad un espíritu participativo, pero corresponde a los poderes públicos (...), a la Administración, utilizar al máximo las posibilidades que el ordenamiento jurídico ofrece a los ciudadanos para participar [a nuestro juicio, el ejercicio de la potestad planificadora es una de estas posibilidades] (...). Sobre la base de la importancia del planeamiento para asegurar un cierto nivel de calidad de vida, la doctrina y también la Jurisprudencia vienen destacando la necesidad de su legitimación democrática, lo que exige una participación ciudadana en el procedimiento a seguir para su elaboración [la cursiva no está en el original]», en «Reflexiones sobre el artículo 106.1. CE...», *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 2318 a 2321.

tivo, en cierta medida dicho principio, al menos en cuanto se refiere a su validez como parámetro de control de la discrecionalidad administrativa (42).

En tercer y último lugar, este carácter participativo de la potestad de planificación administrativa tiene una notable trascendencia jurídica en el sentido de que, más allá de su valor como meras sugerencias a los poderes públicos planificadores, es susceptible de condicionarles hasta el punto de hacerles cambiar, incluso, sus propios criterios de actuación (43).

En definitiva, la calificación de la planificación como cauce válido de participación significa tanto como garantizar la representación de los diferentes intereses, públicos o privados, implicados en la gestión y en la actuación administrativa (44). Ello, con el propósito de construir una Administración Pública más próxima a los administrados y

---

(42) Véanse, entre otras, las consideraciones al respecto de DE LA CRUZ FERRER cuando afirma que «la participación(...) [en nuestra opinión, basta con la previsión de cauces de participación en la elaboración de los planes, proyectos y programas en los que se concreta el ejercicio de la potestad administrativa de planificación] contribuye directamente a fomentar un mejor ejercicio de la discrecionalidad administrativa, cuyo fin es encontrar la opción que mejor realice el interés general (...), la participación contribuye en un primer momento a la legalidad, acierto y oportunidad de las disposiciones...», en «Sobre el control...», *op. cit.*, pp. 94 y 95. Para ALBERTI ROVIRA la participación implica la posibilidad de que tanto los particulares como los poderes públicos tengan una «oportunidad de pronunciarse y de intervenir con carácter sustantivo (...); debe establecerse un canal fluido y constante de información entre todas las partes implicadas, que permita la evaluación de los resultados y la regular revisión de los planes establecidos», en «La planificación en el federalismo cooperativo», *Congreso de Derecho Público de la Economía*, Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1988, p. 293. Igualmente, GARCÉS SANAGUSTÍN ha señalado que «... cada forma de Estado exige la participación de determinados agentes y la instauración de unos cauces de participación específicos (...). La forma democrática del Estado y el reconocimiento del pluralismo político que conlleva, acarrea la participación de agentes cualificados (...) que asumen el protagonismo y canalizan los anhelos de participación de los individuos y de los colectivos sociales (...). El Estado social también acarrea la existencia de unos entes específicos que articulan la participación social en la materia que representan, en muchos casos, un interlocutor válido ante la Administración y los colectivos sociales beneficiarios de los correspondientes sistemas prestacionales...», en *Prestaciones sociales, financiación administrativa y derechos de los ciudadanos*, McGraw Hill, Madrid, 1996, pp. 53 y 54; Del mismo modo, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO BAQUER ha destacado «... en esta línea amplia de participación (...) la insistencia que se pone en las técnicas planificadoras (...). La planificación no es una técnica obsoleta, no es un instrumento autoritario, o disfuncional, del mismo modo que no está reñida la racionalidad con la libertad», en el «Prólogo» del libro de SÁNCHEZ BLANCO, A.: *El sistema económico de la Constitución (participación institucional de las Autonomías territoriales y dinámica social en la economía)*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 26 y 27.

(43) En este sentido, DROMI ha dicho que «la primera base o condición de un plan es la participación universal, la cual debe organizarse de modo que el pueblo, sujeto y objeto de la administración democrática del desarrollo, sea parte de la dinámica del cambio y comparta su proceso a través de la *consulta*, la toma de *decisión* y la *ejecución* (...). La participación es un requisito fundamental para que los planes no se limiten a enumerar deseos de contenido y nivel puramente técnicos, sino que se nutran y apoyen en la opinión pública y resulten en consecuencia expresión de la voluntad de hacer del pueblo mismo como parte de la dinámica transformadora de un país o de una región...», *Derecho administrativo económico*, Astrea, Buenos Aires, 1983, p. 155.

(44) Véanse, entre otros, GARCÉS SANAGUSTÍN se ha referido a la validez de la planificación como cauce de participación, al poner de manifiesto la importancia que, en este sentido, tiene la «la proliferación de técnicas de planificación y de concertación, con la consiguiente gestión indirecta o concertada de los servicios y de las organizaciones prestacionales que se constituyan y la inclusión, obviamente, de los mecanismos que permitan la representación de los diferentes intereses...», *Prestaciones sociales, financiación administrativa y derechos de los ciudadanos*, McGraw Hill, Madrid, 1986, pp. 64 y 65; ANDER-EGG ha indicado que la participación y el diálogo son «dos características fundamentales de una programación [a nuestro juicio, el término adecuado sería el de planificación] democrática y participativa (...). Participar es tomar parte en todo aquello en donde uno está implicado; dialogar es contar con la opinión de los otros y saber enriquecerse con las diferencias...», *Introducción a la planificación*, Humanitas, Buenos Aires, 1978, p. 141.

a sus necesidades, de tal forma que se asegure la salvaguarda y mejor y más efectiva realización de sus derechos e intereses legítimos (45).

#### IV. A modo de conclusión

En el contexto de un Estado social y democrático de derecho, la participación ciudadana y la transparencia de las políticas públicas se configuran como principios inherentes a la actuación de los poderes públicos, necesarios para garantizar una gestión administrativa eficiente, eficaz y capaz de responder a las expectativas y demandas de la sociedad (46).

En este sentido, se puede afirmar que el Derecho administrativo de nuestros días está inmerso en un proceso de transformación de las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos que tiene como punto de partida y de llegada la consolidación de una Administración Pública transparente en su actuación y en la gestión de los intereses públicos, desde la planificación de las políticas públicas hasta su ejecución material en los diferentes ámbitos y sectores de actuación administrativa (47).

El camino hacia la simplificación y la progresiva desburocratización de la organización y de la actuación de las Administraciones Públicas se configura en la actualidad

---

(45) En este sentido, MARTÍN REBOLLO ha afirmado que «... la idea de participación conecta con el acercamiento entre el Estado y la Sociedad (...) y supone una modesta vía de superación del individualismo que ha impregnado el Derecho administrativo desde sus mismos orígenes históricos (...). La introducción de técnicas de participación ciudadana en los asuntos públicos allí donde esta participación sea posible y deseable. No para legitimar a la Administración sino como vía de integración social y de acercamiento a los ciudadanos. Las fórmulas participativas, que suelen ser más viables en las Administraciones menores, encuentran su justificación en la adopción de opciones discutibles de trascendencia, en la valoración de la oportunidad de algunas decisiones generales, en el diseño de los modelos urbanos, por poner algunos ejemplos (...). La participación funcional (...) supone una colaboración externa, desde fuera, a través de informaciones públicas, oficinas de iniciativas, acciones populares y otras formulas semejantes (...). Potenciando las correspondientes oficinas de iniciativas y reclamaciones y, sobre todo, asegurando la respuesta a cada ciudadano que las utilice (...). Este tipo de participación halla, quizá, su piedra de toque en la elaboración de disposiciones generales, *planes y proyectos* [la cursiva no está en el original], sobre todo en el ámbito municipal, donde es decisiva la generalización de encuestas previas (...) puesto que, una vez puesto en funcionamiento todo el complejo mecanismo de elaboración de un plan y lo que ello conlleva, difícilmente se rectifica sustancialmente en cuanto a sus opciones básicas, que son las que interesa cuestionar en este tipo de encuestas...», en *El Derecho administrativo y las relaciones entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos. Lección de apertura del Curso académico 1984-1985*, Universidad de Extremadura, Cáceres, 1984, pp. 33 a 36. En el mismo sentido, PAREJO ALFONSO ha señalado que la planificación es «...una técnica deseable [para garantizar la participación] dados el crecimiento y la complejidad de las tareas administrativas...», en *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, p. 110.

(46) En este sentido se ha pronunciado el profesor GARCÍA MACHO cuando afirma expresamente que «[...] el principio de transparencia se ha convertido en el contexto de un Estado democrático y de derecho en un requisito necesario en los procedimientos de decisión administrativos y en los de elaboración de las leyes, si se pretende crear una estructura de inclusión del ciudadano en la toma de decisiones políticas y administrativas[...]», en GARCÍA MACHO, R.: «La transparencia en el sector público», en *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011, p. 247.

(47) Debe significarse en este sentido, que la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en su artículo 3.5 incluye el principio de transparencia entre los principios generales de funcionamiento de las Administraciones Públicas en su relación con los ciudadanos, de tal forma y manera que dicha determinación obliga a los poderes públicos a promover los cauces y procedimientos necesarios para su efectiva implementación y cumplimiento.

como el reto más importante y significativo del Derecho administrativo de nuestro tiempo, en un entorno cada vez más participativo en el que los ciudadanos han dejado de ser meros receptores de los servicios públicos para pasar a asumir un rol cada vez más exigente con el modo, las circunstancias y los principios gestores que utilizan las Administraciones Públicas para prestarlos.

Para ello, y frente a los cauces tradicionales de participación ciudadana, tales como la consulta popular, la información y la audiencia pública o las iniciativas y propuestas ciudadanas, en los últimos tiempos se ha generalizado el desarrollo de procesos innovadores de planificación participativa, en coherencia con un modelo de gestión pública participativo y de proximidad a los destinatarios y usuarios de los servicios públicos. Destacan como características más significativas de las referidas iniciativas de planificación participativa, aplicadas básicamente en el ámbito de las administraciones autonómicas y locales, las cuatro siguientes consideraciones:

En primer lugar, la profundización participativa, indicativa del pluralismo y del número de participantes.

En segundo lugar, la transversalidad de las experiencias planificadoras, en las que conviven diversos contenidos sustantivos, o sectores de actuación pública, con una pluralidad de redes de participantes o actores implicados.

En tercer lugar, la innovación conceptual derivada de la novedad del mecanismo participativo.

En cuarto, el impulso a redes de capital social, como capacidad de las iniciativas participativas para generar acuerdos, intercambios, cooperación y confianza entre los ciudadanos participantes.

En quinto y último lugar, destacan los rendimientos sustantivos del proceso de planificación participativa, en la medida en que tienen como objetivo o finalidad la consecución de resultados en términos de transformación y optimización de la vida de los ciudadanos como destinatarios de los servicios públicos, cuya gestión se les participa.

En definitiva, si de lo que se trata es de reforzar la legitimidad democrática de la actuación de los poderes públicos, condicionada fundamentalmente por la proximidad y la receptividad que éstos tienen respecto de las demandas de la sociedad, habrá que articular los instrumentos necesarios para informar a los ciudadanos e integrarles en la planificación de las políticas públicas, desde su redacción o formulación inicial hasta su control y evaluación, según los objetivos alcanzados en la fase de su implementación o ejecución material.

El reto para el derecho administrativo reside, por lo tanto, en regular nuevos mecanismos de estimulación para que los ciudadanos formen parte de los procesos de planificación participativa; dicho en otras palabras, en articular técnicas, procedimientos e instrumentos para la gestión de los intereses públicos que resulten atractivos para el ciudadano, de tal forma y manera que se de cumplimiento al mandato constitucional del artículo 9.2 de nuestra Norma Fundamental de «promover las condiciones que faciliten la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural».

Trabajo recibido el 23 de julio de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Azken aldian eraldaketa politiko, ekonomiko eta sozial ugari bizi izan ditugu jarraian, eta, beraz, administrazio publikoen eta administrazio-zuzenbidearen behar larria dugu, agintari publikoen funtzionamendua, antolaketa eta jarduera arautzen dituen antolamendu den heinean. Lan honetan plangintza administratiboaren oinarritzko ezaugarrietara hurbiltzen gara, gestio publiko berria deritzonaren tresna den heinean, eta herritarrek administrazio-jardueran, oro har, eta interes publikoen kudeaketan bereziki, ebaluatzeko eta parte hartzeko bide gisa duen balioa ere aztertzen dugu.

**HITZ GAKOAK:** Parte-hartzea. Kudeaketa demokratikoa. Plangintza partizipatiboa. Kudeaketa publikoa. Interes publikoa. Koordinazioa. Eraginkortasuna.

**RESUMEN:** La sucesión de transformaciones políticas, económicas y sociales en que estamos inmersos llevan implícita una necesidad inminente de las Administraciones públicas y del Derecho administrativo en cuanto ordenamiento regulador del funcionamiento, la organización y la actuación de los poderes públicos. El presente trabajo propone una aproximación a las características básicas de la planificación administrativa como instrumento de la denominada nueva gestión pública, así como a su validez como cauce de evaluación y participación de los ciudadanos en la actuación administrativa, en general y en la gestión de los intereses públicos en particular.

**PALABRAS CLAVE:** Participación. Gestión democrática. Planificación participativa. Gestión pública. Interés público. Coordinación. Eficacia y Eficiencia.

**ABSTRACT:** The succession of economic and social transformations we are immersed into is integral to an impending need of Public Administrations and Administrative Law as for regulating order for the functioning, organization and action of public powers. The current work proposes an analysis to the basic features of the administrative planning is an instrument of the so called new public management as well as to its validity as a channel for assessment and citizens' participation in the administrative action in general, and the management of public interests in particular.

**KEYWORDS:** Participation. Democratic management. Participative planning. Public management. Public interest. Coordination. Efficacy. Efficiency.



# La responsabilidad de los diarios digitales por los comentarios de sus usuarios

M.<sup>a</sup> Nieves Arrese Iriondo

**Sumario:** I. Introducción.—II. Responsabilidad civil de los responsables de la prensa digital. II.1 Marco general en el Derecho de la Unión. II.2. El ordenamiento interno. II.2.1. El «conocimiento efectivo». A) El papel del afectado por los comentarios o el de otros usuarios. B) El establecimiento de mecanismos de detección de comentarios vejatorios. II.2.2. El deber de diligencia del medio.—III. La sentencia de la Sección Primera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de octubre de 2013. III.1. Los hechos. III.2. El fallo. III.3. Análisis crítico.—IV. La remisión del asunto ante la Gran Sala. IV.1. La solicitud. IV.2. La decisión de la Gran Sala.—V. Conclusiones.—VI. Bibliografía.

## I. Introducción

Los medios de comunicación tradicionales, y entre ellos la prensa escrita, han sido un cauce más o menos habitual para la difusión de informaciones u opiniones que pueden suponer un quebranto en el honor de la persona o personas en ellas aludidas. Con el propósito de dotar a estas últimas de mecanismos útiles para defenderse de tales ataques, la normativa en vigor determina la responsabilidad del propio medio. Tanto si lo difundido supone una intromisión ilegítima en el honor de una persona, como si se comete el delito de calumnias o injurias, se establece la responsabilidad civil solidaria del medio de comunicación junto con la del autor del citado mensaje (1). Incluso en el segundo caso, esto es, cuando se ha cometido delito, cabe responsabilizar penalmente a los responsables del medio en atención a la responsabilidad escalonada, excluyente y subsidiaria contemplada en el Código penal (2).

---

(1) Respecto de las intromisiones ilegítimas de la LO 1/1982, de 5 de mayo, sería de aplicación el art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966. En el caso de delito de injurias o calumnias, la responsabilidad solidaria se establece en el art. 212 del Código penal, que de esta forma, exceptuaría en este ámbito la aplicación del art. 65.1 de la Ley de Prensa e Imprenta, que contempla un régimen de responsabilidad subsidiaria.

(2) Art. 30.2: «Los autores a los que se refiere el artículo 28 responderán de forma escalonada, excluyente y subsidiaria de acuerdo con el siguiente orden: 1.º Los que realmente hayan redactado el texto o producido el signo de que se trate, y quienes les hayan inducido a realizarlo. 2.º Los directores de la publicación o programa en que se difunda. 3.º Los directores de la empresa editora, emisora o difusora. 4.º Los directores de la empresa grabadora, reproductora o impresora». GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Responsabilidad Penal y Civil por delitos cometidos a través de internet: especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2.ª ed., 2006.

Más allá de lo que escriban quienes trabajan o colaboran en el medio de comunicación, la prensa escrita habilita un espacio para dar voz a la opinión de su audiencia (Cartas al Director). En palabras del Tribunal Constitucional, «(...) al autorizar la publicación de una carta al Director, este último no sólo posibilita el ejercicio de la libertad de expresión del autor de ese escrito sino que ejerce, a la vez, su derecho a comunicar esa opinión que es *ajena al medio* (3). (...) Lo que lleva a estimar, en primer término, que en un supuesto como el presente el deber de diligencia del Director del periódico entraña la comprobación de la identidad de la persona que figura como autor de la carta, antes de autorizar su publicación. Ello constituye, como es sabido, práctica habitual de los medios de comunicación, pues si esta diligencia no fuera exigible, obvio es, de una parte, que no quedarían debidamente deslindados, respectivamente, el ejercicio de la libertad de expresión de una determinada persona ajena al medio, que éste posibilita al publicar la carta, y el derecho que asiste al diario de informar de esa opinión a sus lectores; y de otro lado, ello también supondría que quedase afectado el derecho de los lectores a recibir una información veraz, que el art. 20.1 d) CE garantiza. A lo que cabe agregar, por último, que la comprobación de la identidad de la persona que es autora del escrito permite que ésta asuma su responsabilidad caso de que la carta sea constitutiva de delito, con independencia de la responsabilidad que el Director puede asumir si, conociendo la identidad del autor, decide no revelarla (...). Pues en otro caso se abriría la puerta a la creación de espacios inmunes a posibles vulneraciones del derecho al honor constitucionalmente garantizado» (4). Por tanto, la responsabilidad del contenido de la opinión recae primeramente en su autor. No obstante, si los responsables del medio no hubieran actuado con la debida diligencia, comprobando la identidad del autor, o aun habiendo actuado diligentemente, se negaran a revelar dicha identidad, la persona afectada por la opinión difundida podría dirigir sus acciones en contra de los citados responsables.

Como se puede constatar, la responsabilidad por las opiniones e informaciones difundidas a través de la prensa escrita tienen puntual respuesta en el ordenamiento jurídico. De un tiempo a esta parte, sin embargo, ha adquirido un auge considerable otro tipo de prensa: los diarios digitales. Tempranamente se tuvo conciencia de que la normativa en vigor no respondía adecuadamente a la nueva realidad dadas sus particularidades. Lo expuesto en líneas precedentes esquematiza la responsabilidad de los medios de comunicación por las informaciones y opiniones por ellos difundidos, sean suyos propios o de terceros ajenos. Ese esquema, sin embargo, no puede trasladarse miméticamente a los diarios digitales que permiten a sus lectores la inclusión de comentarios en su propia plataforma. Si bien es verdad que puede hallarse cierto punto de similitud entre los comentarios de los diarios digitales y las cartas al director de la prensa escrita, hay un factor clave que impide su igual tratamiento. Dicho factor no es otro que el control previo que el medio escrito realiza de las cartas que se van a publicar, lo cual no sucede en los medios digitales, cuya característica, respecto de los comentarios, es que se publican automáticamente, de forma que el control del medio, en su caso, solo será *a posteriori*. Esta circunstancia denota la inaplicabilidad en este caso de la jurisprudencia constitucional de la

---

(3) Énfasis añadido.

(4) STC 336/1993, de 15 de noviembre, FJ 7.º.

responsabilidad de los mensajes difundidos en la sección de «Cartas al Director» de la prensa escrita.

Ante este nuevo panorama, la Unión Europea aprobó una Directiva que fue transpuesta al ordenamiento interno mediante una Ley. La nueva normativa, a pesar de las incógnitas que plantea en relación con determinados aspectos, establece cuándo un diario digital está exento de responsabilidad por los comentarios (expresiones o informaciones) publicados por sus usuarios. Sin embargo, una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido a introducir cuestiones que, en ocasiones, chocan con la normativa en vigor.

## II. Responsabilidad civil de los responsables de la prensa digital

### II.1. Marco general en el Derecho de la Unión

La Directiva relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior (en adelante, DSSI) (5), cuya principal misión es someter a regulación el denominado comercio electrónico, contiene en sus Considerandos varias acotaciones relativas a la exención de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Éstas pueden resumirse como sigue:

1. La labor de los prestadores se limita a un proceso técnico que explota y facilita el acceso a la red, de forma que la información facilitada por terceros se transmite o almacena temporalmente. Se trata de una actividad meramente técnica, automática y pasiva (6), por lo que el prestador no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada (7). Por tanto, se requiere que el prestador no participe de ninguna manera en el contenido de los datos transmitidos; que no los modifique (8).

---

(5) Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior.

(6) El denominado principio de neutralidad tecnológica, GRIMALT SERVERA, Pedro, «La responsabilidad civil de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, *El Derecho a la Imagen desde todos los Puntos de Vista*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 181.

(7) Considerando 42 DSSI: «Las exenciones de responsabilidad establecidas en la presente Directiva sólo se aplican a aquellos casos en que la actividad del prestador de servicios de la sociedad de la información se limita al proceso técnico de explotar y facilitar el acceso a una red de comunicación mediante la cual la información facilitada por terceros es transmitida o almacenada temporalmente, con el fin de hacer que la transmisión sea más eficiente. Esa actividad es de naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador de servicios de la sociedad de la información no tiene conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada».

(8) Considerando 43 DSSI: «Un prestador de servicios puede beneficiarse de las exenciones por mera transmisión (mere conduit) y por la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada «memoria tampón» (caching) cuando no tenga participación alguna en el contenido de los datos transmitidos; esto requiere, entre otras cosas, que no modifique los datos que transmite. Este requisito no abarca las manipulaciones de carácter técnico que tienen lugar en el transcurso de la transmisión, puesto que no alteran la integridad de los datos contenidos en la misma».

2. Para que la exención de responsabilidad sea tal, se requiere al prestador que actúe con prontitud en la retirada de los datos de que se trate o que impida el acceso a ellos en cuanto tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas. No obstante, la citada retirada de datos o el impedimento de acceso habrán de respetar el principio de libertad de expresión (9).
3. Los Estados pueden exigir a los prestadores que apliquen un deber de diligencia a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales (10).

La DSSI enumera los distintos servicios de la sociedad de la información, estableciendo respecto de cada uno de ellos las condiciones para la exención de responsabilidad del prestador correspondiente. En este sentido diferencia entre: 1) servicios que consisten en transmitir en una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio o en facilitar acceso a una red de comunicaciones (11), 2) servicios consistentes en transmitir por una red de comunicaciones datos facilitados por el destinatario del servicio (12), 3) servicios consistentes en almacenar datos facilitados por el destinatario del servicio. Respecto de estos últimos se señala que el prestador de servicios de almacenamiento de datos facilitados por el destinatario de dicho servicio no será considerado responsable de los datos almacenados cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) que el prestador no tenga conocimiento efectivo de que la actividad o la información es ilícita y, en lo que se refiere a una acción por daños y perjuicios, no tenga conocimiento de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito; b) que el prestador, en cuanto tenga conocimiento de las aspectos anteriores, actúe con prontitud para retirar los datos o hacer que el acceso a ellos sea imposible (13).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (14) indicó que el artículo citado debe interpretarse en el sentido de que la exención se aplica cuando el intermediario no desempeña un papel activo que pueda darle conocimiento o control de los datos al-

(9) Considerando 46 DSSI: «Para beneficiarse de una limitación de responsabilidad, el prestador de un servicio de la sociedad de la información consistente en el almacenamiento de datos habrá de actuar con prontitud para retirar los datos de que se trate o impedir el acceso a ellos en cuanto tenga conocimiento efectivo de actividades ilícitas. La retirada de datos o la actuación encaminada a impedir el acceso a los mismos habrá de llevarse a cabo respetando el principio de libertad de expresión y los procedimientos establecidos a tal fin a nivel nacional. La presente Directiva no afecta a la posibilidad de que los Estados miembros establezcan requisitos específicos que deberán cumplirse con prontitud antes de que retiren los datos de que se trate o se impida el acceso a los mismos».

(10) Considerando 48 DSSI: «La presente Directiva no afecta a la posibilidad de que los Estados miembros exijan a los prestadores de servicios, que proporcionan alojamiento de datos suministrados por destinatarios de su servicio, que apliquen un deber de diligencia, que cabe esperar razonablemente de ellos y que esté especificado en el Derecho nacional, a fin de detectar y prevenir determinados tipos de actividades ilegales».

(11) Art. 12 DSSI.

(12) Art. 13 DSSI.

(13) Art. 14 DSSI.

(14) STJUE de 23 de marzo de 2010, asuntos C-236/08 a C-238/08, entre *Google France SARL, Google Inc. y Vuitton Malletier SA*, entre *Google France SARL y Viaticum SA, Luteciel SARL*, y entre *Google France SARL y Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL*. En el mismo sentido, STJUE de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, entre *L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie, L'Oréal (UK) Ltd y eBay International AG, eBay Europe SARL, eBay (UK) Ltd, Stephen Potts, Tracy Ratchford, Marie Ormsby, James Clarke, Joanna Clarke, Glen Fox, Rukhsana Bi*.

mancenados. Por tanto, la justificación de la exoneración se debe a que en estos supuestos la única función que desarrolla el prestador del servicio es la de proveer de una infraestructura o de acceso, sin intervenir en la elaboración del contenido difundido. No sería ese el caso de una sociedad editora de prensa que dispone de una página de internet en la que se publica la versión digital de un periódico que, por tener, conocimiento de la información publicada y ejercer un control sobre aquélla, no podrá ser considerada como intermediaria y, en consecuencia, será responsable de lo publicado (15).

Asimismo, la DSSI señala que los Estados no pueden imponer a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas (16), aunque podrán establecer obligaciones tendentes a que los prestadores comuniquen con prontitud a las autoridades públicas competentes los presuntos datos ilícitos o las actividades ilícitas llevadas a cabo por destinatarios de su servicio o la obligación de comunicar a las autoridades competentes, a solicitud de éstas, información que les permita identificar a los destinatarios de su servicio con los que hayan celebrado acuerdos de almacenamiento (17). Esta previsión resulta un tanto contradictoria con lo señalado en el Considerando 48 de la DSSI, conforme al cual los Estados pueden exigir a los prestadores que apliquen un deber de diligencia para que se detecten y prevengan determinados tipos de actividades ilegales (18). No obstante, dado el carácter normativo del artículo, carácter que no se postula respecto de los Considerandos, habrá de concluirse que prevalece la prohibición de establecer obligaciones para que los prestadores de servicios supervisen los datos que transmitan o almacenen, o realicen búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas.

## II.2. El ordenamiento interno

La transposición de la DSSI se llevó a cabo en el Estado español a través de la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio interno (en adelante, LSSI) (19). En ella se define el servicio de intermediación como el «servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información. Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de da-

(15) STJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto C-291/13, entre *Sotiris Papasavvas y O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd, Takis Kounnafi, Giorgos Sertis*.

(16) STJUE de 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/10, entre *Scarlet Extended SA y Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)* y STJUE de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10, entre *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) y Netlog NV*.

(17) Art. 15 DSSI.

(18) JULIÀ BARCELÓ, Rosa, «La responsabilidad de los intermediarios de Internet en la Directiva de Comercio Electrónico: problemas no resueltos», en *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 6, 2000, p. 5.

(19) Ley 34/2002, de 11 de julio.

tos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de internet» (20).

Como regla general, los prestadores de servicios están sujetos a la responsabilidad civil, penal y administrativa establecida con carácter general. No obstante, se contemplan determinados supuestos por los que quedarían exentos de las citadas responsabilidades. Los artículos correspondientes de la LSSI diferencian según se trate de operadores de redes y proveedores de acceso (21), prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por los usuarios (22), prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (23) y prestadores de servicios que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda (24). De entre ellos, los que ahora aquí interesan son los citados en tercer lugar, es decir, los prestadores que ofrecen servicios de alojamiento o almacenamiento de datos, por ser donde encajan los comentarios introducidos por los usuarios de los diarios digitales.

En líneas precedentes se ha expuesto de manera sucinta el régimen de responsabilidad de la prensa escrita. Para los prestadores de servicios de intermediación rige un régimen especial, ya que la aplicación de la normativa general procederá únicamente cuando no se determine su exención de responsabilidad conforme a la LSSI. En otro caso, es decir, cuando no proceda la citada exención, será posible condenar al diario con fundamento en la Ley Orgánica de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (25). Ello es así porque la LSSI no regula ningún régimen de responsabilidad, limitándose a introducir un régimen de exención de la responsabilidad (26).

Conviene recordar que la exención de responsabilidad cuyo análisis se va a realizar a continuación solo procede respecto de los contenidos que hayan sido incluidos por terceros ajenos al prestador. En concreto, por lo que a los diarios digitales se refiere, éstos, además de proveedores de contenidos propios, por los que tendrán que responder ellos mismos y a los que no se les aplicarían los artículos relativos a la exención de responsabilidad de la LSSI, también operan como intermediarios respecto de

(20) Anexo, b) LSSI.

(21) Art. 14 LSSI.

(22) Art. 15 LSSI.

(23) Art. 16 LSSI.

(24) Art. 17 LSSI.

(25) Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. CAVANILLAS MÚGICA, Santiago «Sentencia de 18 de mayo de 2010. Responsabilidad de un prestador de un servicio intermediario de la sociedad de la información, de alojamiento, por la intromisión ilegítima causada por un comentario enviado a un foro», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 85, 2011, p. 451; LÓPEZ RICHART, Julián «Difamaciones en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, 2012, pp. 155-156. También hay quien ha defendido la plena aplicabilidad a los diarios digitales del art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta, postura que no se considera defendible, GRIMALT, Pedro, «Responsabilidad civil por contenidos en la red: LSSICE y Ley de Prensa y responsabilidad civil por hecho ajeno», en COTINO HUESO. Lorenzo (ed.), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, PUV Publicacions de la Universitat de València, 2012, pp. 273-279.

(26) Algún autor ha planteado el equívoco al que puede dar lugar la redacción de la LSSI, al no quedar claro si la citada Ley «establece unas meras reglas de exoneración de responsabilidad o si también establece los criterios de imputación de responsabilidad civil de los proveedores de servicios de intermediación», si bien, finalmente, opta por la primera interpretación. GRIMALT SERVERA, «La responsabilidad civil de los prestadores...», *cit.*, pp. 172-173.

contenidos ajenos, en especial a través de los comentarios que los usuarios introducen en respuesta a las noticias difundidas por el propio diario. De ahí que se hable de su naturaleza mixta (27).

El art. 16 LSSI establece que la exención de responsabilidad por la información almacenada a petición del destinatario de los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio requiere el cumplimiento de alguno de estos dos requisitos: 1) que no tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización; 2) que si tienen dicho conocimiento, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos (28).

### II.2.1. EL «CONOCIMIENTO EFECTIVO»

Una de las circunstancias por las cuales el diario digital podría eximirse de la responsabilidad por el tenor de los comentarios introducidos por algún usuario es que aquél no tenga conocimiento efectivo de que la opinión o información es ilícita.

El supuesto del art. 16.1.a) LSSI coincide prácticamente con el del art. 14 DSSI (29). Sin embargo, la LSSI va más allá, porque a continuación aclara cuándo debe entenderse que el prestador de servicios tiene el conocimiento efectivo. En ese sentido, indica que la efectividad del conocimiento será insoslayable «cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos, o se hubiera declarado la existencia de la lesión, y el prestador conociera la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos de detección y retirada de contenidos que los prestadores apliquen en virtud de acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse» (30).

En una primera lectura podría entenderse que el «conocimiento efectivo» se adquiere únicamente cuando una resolución establece el carácter lesivo de la información. Sin embargo, en opinión del Tribunal Supremo, esa interpretación no sería conforme con la DSSI por reducir injustificadamente las posibilidades del «conocimiento efectivo» y ampliar, en consecuencia, el ámbito de exención que exige un efectivo conocimiento pero sin restringir los instrumentos aptos para alcanzarlo. Por ese motivo, considera que también se puede obtener el «conocimiento efectivo» a partir de «hechos o circunstancias aptos para posibilitar, aunque medianamente o por inferencias lógicas al alcance de cualquiera, una efectiva aprehensión de la realidad de que se

---

(27) LÓPEZ RICHART, «Difamaciones en la web 2.0...», *cit.*, p. 156.

(28) Art. 16.1 LSSI.

(29) Aunque también se ha defendido que la LSSI se aparta de la DSSI porque en ésta «la exención de responsabilidad se hace depender de la falta de conocimiento efectivo (*actual knowledge*) de que la actividad o la información es ilícita, pero cuando se trata de una acción por daños y perjuicios, se exige que quien alberga datos de terceros no tenga conocimiento —o no sea consciente (*is not aware*) (...)— de hechos o circunstancias por los que la actividad o la información revele su carácter ilícito». LÓPEZ RICHART, «Difamación en la web 2.0...», *cit.*, p. 170.

(30) Art. 16.1, apartado 2.º LSSI.

trate» (31). En su virtud, se ha señalado que no se precisa de desarrollo normativo alguno que especifique cuáles pueden ser esos otros medios de conocimiento efectivo, quedando la citada determinación en manos de la jurisprudencia (32).

En los supuestos concretos a los que ha dado respuesta el Tribunal Supremo, en uno de ellos se consideró que el prestador del servicio era responsable porque el propio título del dominio ([www.putasgae.org](http://www.putasgae.org) dirigido por la Plataforma de coordinación de movilizaciones contra la SGAE), de carácter insultante, era un medio adecuado para revelar el tenor injurioso de los datos alojados. En otro asunto se entiende que la ilicitud de los contenidos es patente y evidente por sí sola, al no depender de datos o información que no se encuentran a disposición del intermediario, así como que la intromisión en el derecho al honor es notoria y manifiesta. En un tercer caso se concluye que cuando el prestador del servicio indica en su propia página web cómo acceder a otras que proporcionan una información explícita sobre la actividad comercial desempeñada por una organización y su condición de «ladrones», el propio prestador puede ser responsable de los contenidos de esas otras páginas (33).

La interpretación del Tribunal Supremo tiene cierta lógica, ya que parece excesivo limitar el «conocimiento efectivo» a los supuestos en que exista una resolución judicial que declare la ilicitud. Si así se hiciera, teniendo en cuenta el gran lapso que puede transcurrir hasta que dicha resolución sea dictada, el ataque al honor de la persona aludida en el comentario se prolongaría excesivamente, por lo que la lesión sufrida se acentuaría. Sin embargo, esa interpretación jurisprudencial abre una gran incertidumbre al no acotar con más detalle los demás mecanismos por los que alcanzar el «conocimiento efectivo». Incluso en la doctrina hay quienes se han posicionado a favor de una interpretación restrictiva del concepto en base al respeto debido al principio de libertad de expresión (34).

En otro pronunciamiento, el Tribunal Supremo alude a la razonabilidad del conocimiento efectivo por parte del medio de la ilicitud de los datos almacenados (35), lo cual denota un gran casuismo. En el asunto enjuiciado, relativo a la transmisión de datos por alguien que utilizaba indebidamente el nombre de otra persona con el ánimo de perjudicarle, el Tribunal considera que los tribunales de instancia no extrajeron con-

(31) SSTs de 9 de diciembre de 2009 (recurso 914/2006), de 10 de febrero de 2011 (recurso 1953/2008) y de 4 de diciembre de 2012 (recurso 1626/2011). ACEDO PENCO, Ángel, «La responsabilidad civil extracontractual por atentados contra la dignidad divulgada mediante los servicios de la sociedad de la información en los ordenamientos comunitario y español», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. XXIV, 2006, p. 114.

(32) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Sentencia de 9 de diciembre de 2009: Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información: servicios de alojamiento o de almacenamiento de datos», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010, p. 2232.

(33) No obstante, en el caso concreto se estimó que, dado que las críticas controvertidas también se recogieron en otros medios de comunicación y que en el momento de dictarse la sentencia existían procedimientos abiertos contra los directivos de la entidad, la opinión pública debía conocer los hechos, motivo por el cual se consideró prevalente la libertad de expresión sobre el derecho al honor.

(34) CAVANILLAS MÚGICA, «Sentencia de 18 de mayo de 2010...», *cit.*, p. 454. El autor, no obstante, considera «altamente improbable que el TS revise su posición, sobre todo por una consideración práctica: el sistema de vía única y judicial de conocimiento efectivo que, en mi opinión, el legislador español ha querido establecer, exigía unos procedimientos rápidos y eficaces para obtener la resolución judicial necesaria en los breves plazos que el ritmo de la sociedad de la información impone, algo que nuestro actual sistema judicial no está en condiciones de ofrecer».

(35) STS de 18 de mayo de 2010 (recurso 1873/2007).



secuencia alguna de que la sociedad no conociera ni pudiera *razonablemente* (36) conocer, directamente o a partir de datos aptos para posibilitar la aprehensión de la realidad, que se estuviera utilizando fraudulentamente el nombre de otra persona, motivo por el cual se concluyó la exención de responsabilidad del intermediario.

En resumen, de los pronunciamientos que hasta el momento ha dictado el Tribunal Supremo se deriva que pueden constituirse en fuente del «conocimiento efectivo» la denominación de una web (habría que preguntarse si el título que el diario digital da a una noticia cumple ese papel); la consideración de patente y evidente de la ilicitud por sí sola, por no depender de datos o información que no se encuentran a disposición del diario, así como la notoriedad y carácter manifiesto de la intromisión en el derecho al honor (37); y la razonabilidad del conocimiento de la ilicitud de los datos por parte del diario. De lo expuesto se deduce que las vías por las que considerar que el prestador del servicio ha tenido conocimiento efectivo están abiertas y que, como antes se ha advertido, serán los tribunales los que decidirán en cada caso la idoneidad o no del supuesto concreto, lo cual desemboca en una gran inseguridad jurídica. Las sentencias, además, parecen llegar a admitir un conocimiento indiciario con los riesgos que ello comporta (38).

En cualquier caso, para que el medio pueda eximirse de responsabilidad es requisito *sine qua non* que el autor del comentario presuntamente ilícito no actúe bajo la dirección, autoridad o control del propio medio (39). Se trata de una exigencia lógica que va en la línea ya expuesta de que la justificación de la exoneración se debe a que el medio no desempeña ningún tipo de papel en la elaboración del mensaje difundido, siendo su postura meramente pasiva. En dicho caso, al no concurrir las circunstancias para la exención de responsabilidad, el intermediario respondería por el contenido publicado.

### A) El papel del afectado por los comentarios o el de otros usuarios

Entre los otros medios que según el Tribunal Supremo pueden llevar al diario al «conocimiento efectivo» de la ilicitud de lo difundido destaca la comunicación que ante la publicación de un determinado comentario puede hacer llegar al diario la persona aludida en el citado comentario y, por extensión, cualquier usuario del diario. De esa manera, el diario sabría que en su plataforma se cobija un material, cuando menos, controvertido. Para ello es necesario que se señale cuál es en concreto el comentario en cuestión, no siendo suficiente una referencia genérica, ni la extensión a otros materiales análogos (40). No obstante, el hecho de que al afectado le parezca que un determinado comentario atenta contra su honor no significa que siempre y en todo caso se esté ante una ilicitud, porque una cosa es tener conocimiento de un determinado material, y otra muy distinta, tener conocimiento de que dicho material es ilícito.

---

(36) Énfasis añadido.

(37) En el sentido señalado por CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *Responsabilidades de los proveedores de información en internet*, Comares, Granada, 2007, p. 30.

(38) LÓPEZ RICHART, «Difamación en la web 2.0...», *cit.*, pp. 182-183, en las que analiza varias sentencias de Audiencias Provinciales que evidencian lo señalado.

(39) Art. 16.2 LSSI.

(40) CAVANILLAS MÚGICA, «La sentencia de 18 de mayo de 2010...», *cit.*, p. 456; GRIMALT SERVERA, «La responsabilidad civil de los prestadores...», *cit.*, p. 192.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los conflictos entre las libertades de información o de expresión y el derecho al honor es extensa. Respecto de la libertad de expresión ha señalado que «el derecho a expresar libremente opiniones, ideas y pensamientos [art. 20.1.a) CE] dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para su exposición» (41). De forma tal que no está vedado, «en cualquiera circunstancia, el uso de expresiones hirientes, molestas o desabridas, pero (...) están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias; es decir, aquéllas que, dadas las concretas circunstancias del caso (...) sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones o informaciones de que se trate» (42).

Por lo que a los conflictos entre libertad de información y derecho al honor se refiere, prevalecerá el derecho a la libre información cuando la noticia difundida: 1) sea veraz; 2) concorra algún elemento por la que considerarla de relevancia pública; y 3) carezca de calificativos insultantes, despectivos o vejatorios que resulten innecesarios en su relato (43).

Lo expuesto de forma sintética denota que no toda expresión o información despectiva implica un atentado contra el honor de un tercero. El Tribunal Constitucional opta por el criterio de la «innecesidad» para determinar en cada caso concreto la prevalencia de la libertad de expresión (o información) o del derecho al honor (44). Se trata del denominado «principio de la continencia», en virtud del cual se consideran ilegítimos: a) los epítetos injuriosos aislados; b) las evaluaciones ofensivas desproporcionadas al alcance del hecho o comportamiento censurado; c) las afirmaciones degradantes con las que se vulnere el respeto mínimo debido a cualquier ser humano (45). De ahí que las mismas expresiones despectivas, dependiendo del contexto concreto en el que se insertan, se consideren o no atentatorias contra el derecho al honor.

Como se puede comprobar, del hecho de la inclusión de términos insultantes en un comentario no siempre deriva la prevalencia del derecho al honor del sujeto afectado. Por tanto, cuando éste traslada su comunicación al diario digital que ha difundido el mensaje, el medio tiene conocimiento efectivo de que en su plataforma se alberga un comentario que pudiera suponer un incorrecto ejercicio de la libertad de expresión o de información. No obstante, de ello no cabe deducir en todo caso que el medio tenga conocimiento efectivo de la ilicitud de dicho comentario, dado el enorme casuismo en la materia. En este sentido, se ha sugerido que se requiera el cumplimiento de dos variables: a) la seriedad de la comunicación, tanto desde el punto de vista cualitativo (hecha por un sujeto legitimado y con aportación de información precisa que justifique la ilicitud de los datos) como cuantitativo (hecha por un número relevante de usuarios); b) la auto-

---

(41) SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4.º y 112/2000, de 5 de mayo, FJ 6.º. El propio art. 20.4 cita como límite de las libertades comunicativas el derecho al honor.

(42) STC 232/2002, de 9 de diciembre, FJ 4.º.

(43) STC 171/1990, FFJJ 5.º y 10.º y STC 172/1990, FFJJ 2.º y 4.º.

(44) STC 50/2010, de 4 de octubre, FJ 7.º.

(45) MARTÍN MORALES, Ricardo, *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Universidad de Granada, 1994, p. 88.

evidencia de la ilicitud (46), es decir, que la intromisión en el derecho al honor sea manifiesta (47). De esta manera, la diligencia del diario dependería de la previa diligencia del perjudicado o usuario (48). Pero en ningún caso podría requerirse al medio tener que «hacer un complejo análisis jurídico-fáctico de los contenidos denunciados» (49).

### **B) El establecimiento de mecanismos de detección de comentarios vejatorios**

El «conocimiento efectivo» de la ilicitud del mensaje podría alcanzarse, según el Tribunal Supremo, mediante los mecanismos que incorpore el medio a su plataforma para detectar términos que puedan presagiar el carácter difamatorio del mensaje, de forma que una vez detectado se proceda a su eliminación. Tal y como se ha expuesto en líneas precedentes, a diferencia de lo que ocurre con las cartas al director en las que la intervención del medio es previa a su difusión, los comentarios insertados por los usuarios en los diarios digitales serán objeto de control, en su caso, *a posteriori*, una vez que el mensaje ya haya sido difundido.

La DSSI es muy clara a este respecto. Señala que no se puede imponer a los prestadores de servicios una obligación general de supervisar los datos que transmitan o almacenen, ni una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas. De ahí que la pretensión de imponer a los diarios digitales labores de vigilancia y control de los contenidos previos se considere que excede de su actividad profesional, motivo por el que no pueden tenerse en cuenta como indicios del deber de diligencia.

La LSSI, por su parte, contempla la posibilidad de que los medios incorporen procedimientos de detección y retirada de contenidos como consecuencia de acuerdos voluntarios alcanzados por los propios prestadores (50), pero no se los impone. No obstante, si un diario digital dispusiera de tales mecanismos, el hecho de que no funcionen o no se activen correctamente no podría esgrimirse como argumento para negar el «conocimiento efectivo», siempre que dicho conocimiento pueda alcanzarse por otros cauces (51).

## **II.2.2. EL DEBER DE DILIGENCIA DEL MEDIO**

La otra circunstancia por la cual el diario digital se puede eximir de responsabilidad por lo publicado por un usuario es que, teniendo conocimiento efectivo de que la actividad o la información difundida es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un

---

(46) CAVANILLAS MÚGICA, *Responsabilidades de los proveedores...*, cit., p. 30. Del mismo autor, «La sentencia de 18 de mayo de 2010...», cit., p. 456.

(47) RUBÍ PUIG, Antoni, «Derecho al honor on line y responsabilidad civil de ISPs. El requisito del «conocimiento efectivo» en las SSTs, Sala Primera, de 9 de diciembre de 2009 y 18 de mayo de 2010», en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2010, p. 12. No entenderlo de esa manera supondría agravar la posición del perjudicado.

(48) RUBÍ PUIG, «Derecho al honor on line...», cit., p. 14.

(49) GRIMALT SERVERA, «La responsabilidad civil de los prestadores...», cit., p. 194.

(50) Art. 16.1, segundo apartado LSSI.

(51) STS de 7 de enero de 2014 (recurso 340/2011).

tercero susceptibles de indemnización, actúe con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos (52). Si la retirada se hiciera con prontitud una vez que se sabe que su contenido es difamatorio, no cabría achacar al medio falta de diligencia, con independencia del tiempo transcurrido entre la publicación y la retirada. La actuación del diario ha sido inmediata tras el «conocimiento efectivo».

A pesar de que la DSSI prevé que los Estados puedan establecer procedimientos por los que se rija la retirada de datos o se impida el acceso a ellos (53), en el ordenamiento interno no existe ninguna norma de tales características.

Como se ha señalado con anterioridad, salvo que exista una resolución judicial que indique la ilicitud del comentario insertado, puede que el diario no tenga plena conciencia del incorrecto ejercicio de las libertades de información o expresión por parte del usuario. Atendiendo al casuismo dotado al «conocimiento efectivo» por parte de la jurisprudencia, los diarios pueden verse en la diatriba de elegir entre arriesgarse a no retirar el comentario controvertido por no considerarlo ilícito asumiendo la posible responsabilidad que pueda recaer sobre él y proceder a su retirada siempre que el afectado o cualquier otro usuario alerte sobre un concreto comentario quedando exento de responsabilidad en todo caso.

Se tome la decisión que se tome, ante la falta de certeza, se está imponiendo a los medios que realicen labores que van más allá de sus cometidos. Que tengan que ser los propios medios los que, a la vista de los comentarios, tengan que anticipar su ilicitud supera cualquier barrera lógica. Está claro que si ante cada comunicación el diario procediera a la retirada del comentario litigioso, en ningún caso podría considerarse responsable de un ataque contra el honor de una persona. Sin embargo, partiendo de que no todo comentario que contiene expresiones despectivas o insultos supone un incorrecto ejercicio de las libertades de información y de expresión, la retirada automática de todos los comentarios supondría un quebranto de las citadas libertades; libertades, que en palabras del Tribunal Constitucional, tienen un valor preferente con respecto a los restantes derechos fundamentales, ya que «no sólo son derechos fundamentales de cada persona, sino que también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando, por ello, esas libertades dotadas de una eficacia que trasciende a la que es común y propia de los demás derechos fundamentales (...)» (54).

Parece indudable que si como consecuencia de la comunicación el diario adquiriera el «conocimiento efectivo» de la ilicitud del comentario, en el sentido indicado por la jurisprudencia, estaría obligado a retirarlo. Esto, sin embargo, no añade nada a las previsiones generales, ya que de producirse dicha circunstancia, ilicitud patente y evidente del comentario o razonabilidad del conocimiento de la ilicitud, el diario estaría *per se* obligado a retirar el comentario como requisito para la exoneración de responsabilidad. Debido a esa obligación general del medio, nada impediría que, aun habiéndose retirado el comentario una vez recibida la comunicación del afectado o

---

(52) Art. 16.1.b) LSSI.

(53) Art. 14.3 DSSI.

(54) STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2.º

cualquier otro usuario, el propio afectado pudiera emprender las acciones correspondientes en orden a establecer la responsabilidad del diario digital.

Dada la trascendencia que se otorga en cualquier sociedad democrática a la libertad de expresión, podría plantearse también la conveniencia, antes de proceder a la retirada de cualquier comentario, de ponerse en contacto con su autor, para darle la oportunidad de pronunciarse sobre si desea que se mantenga el comentario o si no tiene inconveniente en que se retire.

Otra cuestión que cabe plantear es la obligación del medio de facilitar la identidad de los usuarios que insertan los comentarios que pueden ser ilícitos. Sobre este particular conviene señalar que es práctica habitual de los diarios digitales obligar a los usuarios que quieren hacer comentarios a «registrarse» previamente. Por tanto, en los registros de los diarios constan los datos identificativos de los autores de los comentarios presuntamente ilícitos. Pero esta cautela no juega un papel semejante al asignado a la identificación por parte de los diarios escritos de quienes remiten cartas al director, en los que, como ya se ha señalado, el director del medio estaría obligado a facilitar la identidad del autor de la carta a petición de la persona afectada por su contenido, ya que se constata una gran diferencia entre los dos modelos informativos. El director del diario escrito ha seleccionado la carta que se va a publicar, con lo cual, en cierta forma, asume su contenido o, al menos, considera la conveniencia de su publicación para que la opinión pública tenga acceso a él. En el caso del diario digital, por el contrario, sus responsables no conocen el contenido de los comentarios difundidos con anterioridad a su publicación.

Además, en atención a las características de los diarios digitales, la cesión de dichos datos queda sometida a las previsiones de la Ley de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones (55), conforme a la cual, «[L]os datos conservados de conformidad con lo dispuesto en esta Ley solo podrán ser cedidos de acuerdo con lo dispuesto en ella para los fines que se determinan y previa autorización judicial» (56). De ahí que la negativa por parte del director del diario digital no pueda ser considerada como una falta de diligencia, ya que está obligado por ley a no ceder los datos, salvo que se los reclame un juez. Por tanto, la finalidad de este tipo de registros no es poder facilitar a las personas aludidas en los comentarios la identidad de sus autores para que puedan actuar en su contra, sino preservar la exención de responsabilidad del propio diario.

### **III. La sentencia de la Sección Primera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de octubre de 2013**

La sentencia que en octubre de 2013 dictó la Sección Primera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (57) en relación con los comentarios difundidos por los usuarios de un portal de noticias en internet ([www.delfi.ee](http://www.delfi.ee)) obliga a reflexionar sobre diversas cuestiones.

---

(55) Ley 25/2007, de 18 de octubre.

(56) Art. 6.1 Ley 25/2007.

(57) STEDH de 13 de octubre de 2013, *Delfi As c. Estonia*.

### III.1. Los hechos

Los acontecimientos que son objeto de la sentencia pueden resumirse de la siguiente manera: la difusión de una determinada información publicada en un portal de noticias de internet de Estonia dio lugar a una multitud de comentarios por parte de los usuarios, algunos de ellos cuestionables como manifestación de las libertades de información y expresión. Conforme al código de autorregulación del portal, los comentarios se suben automáticamente sin ningún proceso previo de edición. Además, existe un sistema de notificación y retirada al momento de aquellos comentarios que contengan mensajes insultantes o burlones o de incitación al odio. Dicho sistema se vehiculiza a través de tres mecanismos: 1) cualquier lector puede marcar los citados comentarios y se retiran; 2) el propio sistema elimina automáticamente los comentarios que contengan determinadas palabras obscenas que son detectadas; 3) la persona aludida en el comentario puede informar directamente a la empresa para que se retire el comentario de inmediato. En el «Reglamento de comentarios» se especifica, además, que no se trata de opiniones del medio y que responderán sus autores.

Tras el aluvión de comentarios en respuesta a la información difundida por el portal de noticias, el sujeto afectado inició las pertinentes acciones judiciales con el propósito de que se declarara la responsabilidad del propio portal. En un primer momento el Tribunal del Condado competente consideró que el medio no era responsable, si bien en instancias superiores se anuló dicha decisión, por lo que se volvió a iniciar el proceso judicial. En esta segunda ocasión, el Tribunal del Condado consideró que no era de aplicación la Ley estonia de servicios a la sociedad de la información, sino que el pleito debía dilucidarse conforme a la normativa general sobre responsabilidad. Se determinó que las medidas previstas por el medio sobre los comentarios no eran suficientes y que no proporcionaban una adecuada protección de los derechos personales de terceros. Por último, se concluyó que el medio debía ser considerado como editor de los comentarios y que no podía evitar la responsabilidad por el mero hecho de haber publicado una exención de responsabilidad respecto del contenido de los comentarios.

El Tribunal de Apelación confirmó la sentencia anterior en base a los siguientes argumentos: 1) el medio no había sido requerido para ejercer el control preliminar de los comentarios publicados en su portal de noticias, y al optar por no hacerlo, debería haber creado algún sistema eficaz que garantizara la rápida eliminación de comentarios ilegales; 2) el medio no es un intermediario técnico respecto de los comentarios y su actitud no es de naturaleza puramente técnica, automática y pasiva, ya que invita a los usuarios a añadir comentarios; 3) el medio es un prestador de servicios de contenidos más que de servicios técnicos.

Llegado el caso al Tribunal Supremo de Estonia, éste da por buenos los anteriores argumentos. En su opinión, un prestador de servicios en la sociedad de la información al que se aplica la normativa de servicios sobre la materia no tiene ni el conocimiento ni el control de la información que se transmite o almacena, mientras que el prestador de servicios de contenidos controla el contenido de la información que se almacena. Por otra parte, el número de comentarios tiene un efecto sobre el número de visitas al portal y sobre las ganancias de la empresa a través de los anuncios publicados en su portal, por lo que hay un interés económico en que se hagan comentarios. Además, que el medio no escribiera los comentarios no implica que no tenga control sobre el área de comentarios, ya que determina qué comentarios se publican y cuáles

no. Que no haga uso de esa posibilidad no significa que no tenga ningún control sobre la publicación de los comentarios. El Tribunal Supremo considera que tanto el medio como los autores son editores y que el afectado podía haberse dirigido contra cualquiera de ellos. Por último, en base a su obligación legal de evitar causar daño a otras personas, el medio debía haber impedido la publicación de comentarios claramente ilegales. Asimismo, una vez publicados los comentarios, no habían sido eliminados a iniciativa del medio, a pesar de que debía ser consciente de su ilegalidad.

Con posterioridad a la sentencia, el medio incluyó en su portal unas normas para publicar comentarios. En su virtud, los comentaristas deben leer y aceptar las reglas de comentar. También se anunció que el medio había creado equipos de moderadores para llevar a cabo un seguimiento de los comentarios publicados, revisando todos los avisos de usuarios de comentarios inapropiados y velando por la observancia en los comentarios de las normas para comentar.

### III.2. El fallo

La determinación por parte del Tribunal de Estrasburgo de si las decisiones de los tribunales internos con respecto al medio constituyeron una injerencia en su libertad de expresión garantizada en el art. 10 CEDH es consecuencia de la valoración realizada en torno a tres ejes:

1. Legalidad. Para determinar la legalidad de la medida se ha de atender a si se prevén, con un grado razonable en las circunstancias, las consecuencias que puede entrañar una acción dada, sin que sea necesaria una certeza absoluta. En este sentido, los tribunales internos consideraron que la actividad no entaba dentro del ámbito de las leyes de servicios de la sociedad de la información. No obstante, el medio estaba en condiciones de valorar los riesgos relacionados con su actividad y debía haber sido capaz de prever, con un grado razonable, las consecuencias que su acción podía acarrear.
2. Legítimo objetivo. El objetivo perseguido mediante la medida no era otro que la protección de la reputación y los derechos de los demás.
3. Necesario en una sociedad democrática. El Tribunal parte de que el medio eliminó los comentarios difamatorios una vez que fue advertido por la parte inculpada. A partir de ahí, sus consideraciones pueden resumirse como sigue:
  - a) El artículo publicado, que tenía un tenor equilibrado, era de interés público, por lo que era de esperar que se causaran reacciones negativas contra los protagonistas, con críticas que pudieran ir más allá de los límites de la crítica aceptable y alcanzar el nivel de insulto gratuito o de incitación al odio. Debido al alto número de comentarios, el medio debió actuar con cautela.
  - b) Por lo que a las medidas adoptadas por el medio se refiere, el Tribunal considera que el portal no descuidó enteramente su deber de evitar causar daño a la reputación de terceras personas. Sin embargo, el filtro automático era fácil de eludir, por lo que era insuficiente para prevenir daños. En cuanto al sistema de aviso y retirada, se estima que se trata de un mecanismo accesible y conveniente para los usuarios. El afectado mandó su reclamación por escrito, motivo por el que los comentarios se retiraron después de seis semanas.

- c) La publicación de los comentarios forma parte de la actividad profesional del medio debido a su interés por el número de lectores de los que dependen sus ingresos por publicidad. Los autores no podían modificar sus comentarios, únicamente lo podía hacer el medio, por lo que éste ejercía un considerable grado de control sobre los comentarios publicados en el portal, incluso no habiendo hecho el uso que podría haber hecho del control a su disposición. Que los tribunales internos no dictaran orden sobre cómo debía garantizarse la protección de terceros, dejándolo a la elección del medio, se entiende como una reducción importante de la gravedad de la injerencia en la libertad de expresión.
- d) En cuanto a la dificultad de identificar al autor, se considera desproporcionado imponer la responsabilidad de la identificación de los autores de los comentarios a los afectados. El medio permite comentarios de usuarios registrados, y por ello ha de entenderse que asume cierta responsabilidad por sus comentarios.

La conclusión a la que llega la Sección Primera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es que la decisión de los tribunales internos de que el medio es responsable de los comentarios difamatorios publicados por los usuarios en su portal de noticias de internet supone una restricción justificada y proporcionada del derecho a la libertad de expresión del medio, por lo que no se produce vulneración de la citada libertad. Y ello, atendiendo a: 1) la naturaleza insultante y amenazante de los comentarios, 2) el hecho de que los comentarios fueron en respuesta a un artículo publicado por el medio en su portal de noticias profesionalmente gestionado con un objetivo comercial, 3) la insuficiencia de las medidas tomadas por el medio para evitar causar daño a la reputación de terceros y garantizar una posibilidad realista de que los autores de los comentarios puedan ser declarados responsables y 4) la moderada sanción que se impuso al medio.

### III.3. Análisis crítico

La argumentación del Tribunal de Estrasburgo para decidir que la injerencia producida no vulnera la libertad de expresión del portal de noticias choca con la normativa comunitaria (y estatal) sobre la materia, así como con la jurisprudencia dictada, aunque también se aprecian puntos coincidentes. Para ilustrar lo afirmado se van a seguir los criterios fundamentales esgrimidos por el Tribunal:

1. La naturaleza insultante y amenazante de los comentarios.  
Es este un aspecto que no presenta controversia alguna, ya que el medio no niega el carácter insultante de los comentarios introducidos por los usuarios. La cuestión controvertida no es, por tanto, el exceso en el ejercicio de las libertades de expresión e información, sino quién ha de responder por la intromisión ilegítima en el honor de la persona aludida en los comentarios como consecuencia de dicho exceso.
2. El hecho de que los comentarios fueron en respuesta a un artículo publicado por el medio en su portal de noticias profesionalmente gestionado con un objetivo comercial.



Conforme a la DSSI y la LSSI, uno de los motivos que justifican la exención de responsabilidad de los diarios digitales es que actúan como meros intermediarios, sin participar de ninguna manera en la elaboración o edición del comentario difundido. La función de moderador sería posterior a la publicación del comentario, y se limitaría, en su caso, a su eliminación de la plataforma.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que los autores no pueden modificar los comentarios, ya que esa facultad está únicamente en manos de los medios. Esa afirmación, sin embargo, requiere de una matización. La función de moderador de comentarios que asumen los diarios digitales no está dirigida a modificar el contenido de los mismos, es decir, el moderador en ningún caso podría dar una redacción distinta al texto con el propósito de hacerlo compatible con el respeto debido al honor de las personas allí mencionadas; se ha de limitar a eliminarlos.

Otra cuestión es que, dado el interés público de la noticia, sea de esperar que muchos usuarios remitan comentarios, aumentando de esa forma la probabilidad de que entre dichos comentarios haya alguno que se exceda del correcto ejercicio de la libertad de expresión. De ahí que el deber de diligencia del medio abarque también la necesidad de prestar una especial atención a estos comentarios que previsiblemente pueden atentar contra el honor de las personas. Pero de ahí a concluir, como hicieron los tribunales estonios, que porque se invite a los usuarios a añadir comentarios, el diario desempeña una función más de prestador de servicios de contenidos que de servicios técnicos resulta excesivo.

Por otra parte, la exención de responsabilidad que deriva de la LSSI se basa en que el autor del comentario presuntamente ilícito no actúa bajo la dirección, autoridad o control del propio medio (58). Se trata de una exigencia lógica que va en la línea ya expuesta de que la justificación de la exoneración se debe a que el medio no desempeña ningún tipo de papel en la elaboración del mensaje difundido, siendo su postura meramente pasiva. Ahora bien, el Tribunal de Estrasburgo no parece compartir esa interpretación. O, al menos, no lo hace en atención a que los comentarios son en respuesta a una información previamente difundida por el propio medio y por el interés de éste en que los usuarios hagan comentarios porque de ello dependen sus ingresos económicos. Estos dos factores son algo más o menos habitual en todos los diarios digitales, por lo que el Tribunal generaliza la responsabilidad de los medios aun cuando los comentarios provengan de personas totalmente ajenas.

Se ha hecho referencia al factor económico, es decir, a que los beneficios de un diario digital pueden incrementarse a través de los anuncios publicados, dado que a mayor número de comentarios mayor será previsiblemente el número de visitas. De dicho hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos deriva que la publicación de los comentarios forma parte de la actividad profesional del medio. Ahora bien, ¿se puede concluir que la citada actividad profesional abarca también lo relativo al control del contenido de los comentarios? No parece que las presumibles ganancias económicas por sí mismas puedan convertirse en factor suficiente para determinar la responsabilidad de los me-

---

(58) Art. 16.2 LSSI.

dios por el contenido de los comentarios de los usuarios, ya que el citado factor está desligado del deber de diligencia del medio. De otra forma, habría de concluirse que un blog particular en cuya plataforma no se inserta ningún tipo de publicidad estaría siempre y en todo caso exenta de responsabilidad, en cuanto que la participación de los usuarios no genera ningún tipo de ingreso económico.

La LSSI, al referirse a los servicios de la sociedad de la información, indica que normalmente se prestan a título oneroso. También se incluirían en la citada noción aquellos que, aun no siendo remunerados por sus destinatarios, constituyan una actividad económica para el prestador. Así lo entiende el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al afirmar que «el concepto de «servicios de la sociedad de la información» (...) incluye los servicios que ofrecen información en línea y por los cuales el prestador del servicio obtiene su remuneración, no del destinatario, sino de los ingresos generados por la publicidad que figura en una página de Internet» (59). Lo expuesto pone en evidencia que el factor económico es útil para describir la actividad sometida a la LSSI, pero la propia definición indica que forman parte de los servicios de la sociedad de la información aquéllos que *normalmente* (60) se prestan a título oneroso, por lo que no se trata de una exigencia.

3. La insuficiencia de las medidas tomadas por el medio para evitar causar daño a la reputación de terceros.

El establecimiento de sistemas de detección y control de los contenidos es un mecanismo por el cual se puede llegar a tener conocimiento del contenido de los comentarios. En este caso, la interpretación del Tribunal Supremo va en línea con lo indicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Aunque la implantación de dichos sistemas no obedezca a norma alguna, es por tanto voluntaria para los medios, su ineficacia o insuficiencia no es argumento para eximir de responsabilidad al medio.

No obstante, el Tribunal de Estrasburgo no se detiene en analizar qué otros cauces podrían haber alertado al medio del contenido vejatorio de los comentarios. Dicho en otros términos, la LSSI centra la exención de responsabilidad del medio en el hecho de que éste tenga conocimiento efectivo de la ilicitud de los comentarios. Dicho conocimiento puede alcanzarse por distintas vías, algunas expresamente señaladas, otras deducidas por los tribunales. Los sistemas de detección son solamente una de esas vías, por lo que para determinar la exención de responsabilidad se ha de comprobar si el medio podía haber conocido efectivamente la ilegalidad del comentario. El silencio al respecto por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos parece querer indicar que, con independencia de que se tenga conocimiento efectivo de la ilicitud del comentario, el medio es responsable porque a él compete el control de los contenidos de los mensajes enviados por los usuarios. De ello se deduce que para el Tribunal de Estrasburgo lo determinante es el papel activo de control que

---

(59) STJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto C-291/13, entre *Sotiris Papasavvas y O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd, Takis Kounnafi, Giorgos Sertis*.

(60) Énfasis añadido.

corresponde a los medios, quedando relegado, o incluso invisibilizado, el elemento «conocimiento efectivo».

#### 4. Retirada de los comentarios

En el ordenamiento interno español, por derivación de la DSSI, la retirada de los comentarios ilícitos es muestra del deber de diligencia de los medios. Pero la citada acción es consecuencia del conocimiento efectivo de la ilicitud. Es decir, se considera que el diario ha actuado diligentemente si, una vez que conoce efectivamente que un comentario es ilícito, procede a su inmediata retirada. En este discurrir, lo determinante para medir la diligencia no es el lapso que transcurre desde la publicación del comentario controvertido hasta su retirada, sino el que media desde que se conoce efectivamente la ilicitud del comentario hasta su retirada.

Es indudable que cuanto más tiempo esté expuesto el comentario, mayor será la lesión en el honor de la persona ofendida. Sin embargo, la normativa considera que el diario no podía haber actuado con mayor celeridad. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por el contrario, no maneja ese mismo criterio. En la relación de los hechos se ha expuesto que el ofendido se dirigió por escrito al medio, a pesar de que la utilización del sistema de avisos de que disponía el portal de noticias podía haber sido más inmediata. Esa forma de proceder supuso que el comentario estuviera visible durante seis semanas. No se tiene en cuenta el hecho de que el medio retiró inmediatamente el comentario una vez recibida la comunicación del ofendido.

Esta interpretación denota, una vez más, que para el Tribunal el primer responsable del contenido de su plataforma es el medio. A él le correspondía la labor de saber qué tipo de comentarios iban incluyendo los usuarios para proceder a su inmediata retirada cuando fuera necesario.

#### 5. La garantía de una posibilidad realista de que los autores de los comentarios puedan ser declarados responsables

Teniendo en cuenta que los usuarios, a menudo, no se identifican en sus comentarios con sus nombres reales, la dificultad que entraña su localización para el ofendido es considerable. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos deriva del hecho de que los usuarios que insertan comentarios están registrados, que el diario asume cierta responsabilidad por sus comentarios, razón por la cual no es desproporcionado responsabilizar al medio. Con ello parece que puede deducirse que se opta por una responsabilidad solidaria entre el autor y el medio.

Una vez más, la contradicción con la regulación comunitaria es patente. Parece admitido en ambos casos que el medio no puede facilitar la identidad del autor al ofendido porque así lo impone la normativa en materia de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas. Sin embargo, mientras que la DSSI y la LSSI se limitan a establecer la situación de exención de responsabilidad del medio, sin entrar a esclarecer cómo ha de actuar el ofendido para tratar de localizar al autor, el Tribunal deduce de esa situación la responsabilidad del medio.

Esa interpretación asemejaría, salvando las distancias, la manera de proceder con respecto a la prensa escrita y las cartas al director, no tanto por el deber

de identificar al autor, que no se prevé, sino porque se entiende que el medio hace suyo el comentario. Como se puede comprobar, el Tribunal de Estrasburgo no atiende al hecho de que la decisión sobre qué cartas al director publicar compete al propio medio antes de su difusión, lo cual no sucede con los comentarios, que son publicados automáticamente y de manera inmediata sin intervención del medio.

6. La moderada sanción que se impuso al medio.

El Tribunal de Estrasburgo condenó al portal de noticias a indemnizar al ofendido con 320 euros en concepto de daño moral. Además, consideró que el hecho de que los tribunales estonios, al responsabilizar al portal de noticias por los daños provocados por la publicación de una serie de comentarios, no dictara ninguna orden relativa a cómo debía garantizarse la protección de terceros, suponía una reducción importante de la gravedad de la injerencia con la libertad de expresión. *Sensu contrario*, podría adivinarse, por tanto, que no sería admisible la imposición por parte de los tribunales de los mecanismos concretos a emplear por los medios de comunicación en aras a garantizar el respeto de los derechos de terceras personas.

Esta interpretación presenta cierta semejanza con la previsión de la DSSI, conforme a la cual, los Estados no pueden imponer una obligación general de realizar búsquedas activas de hechos o circunstancias que indiquen actividades ilícitas(61). Sin embargo, la correspondencia no es absoluta, porque lo que no permite la DSSI es obligar a los medios el despliegue de mecanismos útiles para detectar la ilicitud. Los sistemas de detección son solamente uno de los posibles mecanismos. Pero al no ser obligatorios, quedaría en manos de los propios medios, tanto según el Tribunal de Estrasburgo como de la DSSI, la determinación de las vías para, en el primer caso, detectar la ilicitud de los comentarios y, en el segundo, alcanzar el conocimiento efectivo de la ilicitud.

## IV. La remisión del asunto ante la Gran Sala

### IV.1. La solicitud

Las sentencias dictadas por las Secciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no son firmes en el momento en que se dictan, ya que se abre un período de tres meses para que cualquier parte en el asunto pueda solicitar, en casos excepcionales, la remisión de dicho asunto ante la Gran Sala. Presentada la solicitud, un colegio compuesto por cinco jueces la aceptará si considera que el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o una cuestión grave de carácter general. Aceptada la solicitud, la Gran Sala dictará sentencia(62), que será definitiva(63).

---

(61) Art. 15 DSSI.

(62) Art. 43 CEDH.

(63) Art. 44.1 CEDH.

En virtud de esta previsión, el sitio web [www.delfi.ee](http://www.delfi.ee) presentó el 8 de enero de 2014 la correspondiente solicitud, al considerar que concurrían en el asunto todos los aspectos que justifican la intervención de la Gran Sala. Por una parte, una cuestión grave que afecta a la interpretación del Convenio, al ocasionar una incertidumbre sustancial respecto de la interpretación de la ley, ya que se crea una «nueva ley» que obliga a los intermediarios a monitorizar con carácter previo a su difusión los comentarios o a registrar a los usuarios para garantizar que no se produzca lesión en los derechos de terceras personas. Sin embargo, esa «nueva ley» se crea en un entorno en el que ya hay una «ley» (la Declaración del Consejo de Europa sobre la libertad de comunicación en internet (64)) que establece precisamente lo contrario. Considera, además, que la interpretación hecha del Convenio se opone a la jurisprudencia de los Estados miembros así como del propio Consejo de Europa. También aprecia que la sentencia da lugar a una cuestión grave que afecta a la aplicación del Convenio. En este sentido, remarca que resulta necesario que la Gran Sala ofrezca seguridad legal sobre el criterio de «necesidad». Entiende que si existen mecanismos que hacen posible la retirada inmediata de los comentarios inadecuados, así como la disposición de recursos contra sus autores, no hay necesidad de instaurar un sistema estricto de responsabilidad para los intermediarios. Por último, aprecia la concurrencia de una cuestión grave de carácter general, ya que se trata de un asunto de gran importancia para toda Europa, debido a la proliferación de espacios en internet que permiten la difusión de comentarios de particulares (65).

Con fecha de 13 de enero de 2014, sesenta y nueve organizaciones mediáticas, compañías de internet, grupos de derechos humanos e instituciones académicas dirigieron un escrito al presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos apoyando esta solicitud, debido a su preocupación sobre la repercusión negativa que el mantenimiento de la sentencia de la Sección Primera pueda tener para la libertad de expresión y la apertura democrática de la era digital (66).

En su reunión de 17 de febrero de 2014, el panel de cinco jueces de la Gran Sala decidió remitir la solicitud del portal de noticias Delfi a la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## IV.2. La decisión de la Gran Sala

Han sido varias las organizaciones que como consecuencia de la invitación del Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (67) han mostrado su interés en participar en el proceso como parte interesada distinta del demandante. Entre ellas cabe citar a Media Legal Defence Initiative (68), ARTICLE 19 (69), Helsinki Foundation for Hu-

---

(64) De 28 de mayo de 2003.

(65) El texto de la solicitud está disponible en el siguiente enlace: <http://goo.gl/WGBnkC>.

(66) <http://goo.gl/hy5yPq>.

(67) Art. 36.2 CEDH.

(68) Agrupa a veintiocho medios; <http://goo.gl/31o6oU>.

(69) Representa a sesenta y tres grupos de la sociedad; <http://goo.gl/P6u8ZW>.

man Rights(70) o European Information Society Institute(71). Sus escritos coinciden básicamente en subrayar que la normativa exige a los diarios digitales de monitorizar sus sitios web en orden a localizar comentarios ofensivos y que la mayor parte de los citados diarios ya dispone de códigos de autorregulación para la moderación de dichos comentarios. Asimismo, destacan la práctica habitual de retirar los comentarios difamatorios tan pronto como se tiene conocimiento de ellos. Por otra parte, también resaltan la importancia de los comentarios de los usuarios en los diarios digitales ya que generan debate sobre cuestiones de interés público. Asimismo, se remarca que en la era digital la información ya no es meramente transmitida, sino que, además, se discute. Por ello, consideran que responsabilizar a los medios por los comentarios de sus usuarios iría en detrimento de las libertades de expresión e información.

La audiencia pública ante la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo lugar el 9 de julio de 2014. Por tanto, sólo queda para cerrar el último capítulo de este asunto la sentencia que establezca de forma definitiva la responsabilidad o exención de ella de los diarios digitales por los comentarios introducidos en sus plataformas por los usuarios.

## V. Conclusiones

La sentencia de la Sección Primera del Tribunal de Estrasburgo en el asunto *Delfi* ha suscitado una gran polémica. Los motivos son varios. En primer lugar, a pesar de la existencia de normativa de la Unión y la propia de cada Estado derivada de aquélla que se refiere al supuesto enjuiciado, el Tribunal no pone objeción al hecho de que los tribunales internos la obvien y admite que se resuelva el asunto conforme a otra normativa más genérica. Este planteamiento podría traer como consecuencia que se incrementara la inseguridad jurídica de las partes implicadas ante la incertidumbre de la normativa concreta que los tribunales correspondientes decidieran aplicar cada vez que se planteara un asunto de esta índole.

Lo sorprendente, además, es que el propio Consejo de Europa aprobó una Declaración sobre la libertad de comunicación en internet(72), cuyo Principio 6, bajó la rúbrica «Responsabilidad limitada de los proveedores de servicios por los contenidos en Internet», señala que los Estados no han de imponer a los proveedores de servicios la obligación general de «monitorear» los contenidos en internet a los que den acceso, transmitan o almacenen, ni tampoco la de buscar activamente hechos o circunstancias indicativos de actividad ilegal, así como que se ha de garantizar que los proveedores de servicios no sean tenidos como responsables de los contenidos en internet cuando su función está limitada a transmitir o a suministrar acceso a la red. La posible responsabilidad de estos intermediarios queda supeditada a la no retirada expedita de los contenidos en cuanto tengan conocimiento de su naturaleza ilegal o, en caso de denuncia por daños, de los hechos o circunstancias de los que se desprenda la ilegalidad de la actividad o información. Concluye recalando la atención debida a la libertad

---

(70) <http://goo.gl/3oD1bn>.

(71) <http://goo.gl/CGM43i>.

(72) De 28 de mayo de 2003.

de expresión de quienes hicieron que la información estuviera disponible, así como al derecho a la información del resto de usuarios.

Como se puede constatar, el contenido de la Declaración coincide con la DSSI y la LSSI. Sin embargo, el Tribunal Europeo optó por solucionar el asunto siguiendo otros cauces.

La resolución, por otra parte, tiene una repercusión directa sobre la libertad de expresión, limitándola. En primer lugar, no se asume la nueva dimensión que como consecuencia de la era digital adopta la información. Hoy en día, la ciudadanía participa activamente en la conformación de la noticia ya que, una vez que un medio difunde una determinada información, se abren los cauces para que todos los lectores la complementen, comenten, muestren sus puntos de vista, etc. Si los medios van a ser los responsables por los comentarios insertados por los usuarios, dichos cauces se van a restringir, cuando no cerrar, con lo cual se estaría limitando una vía de gran trascendencia por la que la ciudadanía hace efectivo el ejercicio de su libertad de expresión.

Además, en segundo lugar, se obliga a los diarios digitales a llevar a cabo un análisis previo de los contenidos de todos los comentarios para determinar cuáles son susceptibles de publicación y cuáles no, imponiéndoles una labor de censura. Lo grave de la situación estriba en que quedaría en manos de los diarios la determinación de qué es difamatorio y, en consecuencia, no publicable. De esa manera, serían los propios medios los que coartarían la libertad de expresión de la ciudadanía. Y lo harían sin tener que ofrecer la oportunidad al autor del comentario controvertido para que se posicionara sobre su mantenimiento o eventual retirada, lo cual supone coartar su libertad de expresión.

Otra cuestión fundamental que suscita la sentencia del Tribunal Europea de Derechos Humanos es la relativa a la contradicción entre la normativa comunitaria (y la interna) y la interpretación de la propia sentencia. Conforme a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, «[E]n la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa» (73).

Una primera lectura del precepto induciría a entender que se ha de priorizar la interpretación realizada por el Tribunal de Estrasburgo, de manera que las exenciones de responsabilidad previstas en la DSSI, y por derivación suya en la LSSI, no serían de aplicación a los diarios digitales en relación con los comentarios realizados por sus usuarios ajenos al medio.

La Sección Primera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se resiste a admitir el papel pasivo que en esta labor desempeñan los medios; considera que al permitir la inclusión de comentarios está haciendo suyos, en cierta forma, sus contenidos. Consecuentemente, al ser su participación en la difusión de los comentarios activa, no considera que el supuesto encaje entre los previstos en la DSSI.

No ha sido hasta fechas recientes que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión para pronunciarse sobre este aspecto, aunque sea indirectamente. Hasta entonces su jurisprudencia no había sido de ayuda para el esclarecimiento de la cuestión, ya que las pocas sentencias dictadas sobre el particular se referían a otro

---

(73) Art. 52.3 CDFUE.

tipo de prestadores de servicios (motores de búsqueda en internet (74), proveedores de acceso a internet (75), explotadores de plataformas de red social en línea (76)) que plantean otro tipo de problemas. En el último pronunciamiento sobre la materia, sin embargo, rechaza la cualidad de intermediaria de una sociedad editora de prensa que dispone de una página de internet en la que se publica la versión digital de un periódico, en tanto en cuanto la información publicada ha sido elaborada por el propio medio, por lo que conoce y controla su contenido (77). *Sensu contrario*, se deduce que cuando lo difundido por la plataforma digital es obra de una persona ajena al medio, éste desempeña un mero papel de intermediación ya que ni conoce el contenido ni, por tanto, ejerce control previo alguno.

En el ámbito interno, las todavía no muy numerosas sentencias atienden con mayor o menor exactitud a la controversia aquí planteada y las decisiones del Tribunal Supremo se han inclinado por reconocer la exención de responsabilidad cuando concurren los requisitos previstos en la normativa.

La cuestión de fondo sea, tal vez, que el propósito de la DSSI no fuera amparar a los diarios digitales, y que se estuviera pensando en servicios más amplios y complejos como plataformas globales de almacenamiento y sus conflictos con los derechos de autor. No obstante, dejando a un lado la finalidad cuando se aprobó la DSSI, lo cierto es que otros supuestos más «modestos» han encontrado acomodo en su articulado.

Por otra parte, el artículo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea antes transcrito, también señala que no se impide que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa a los derechos que, además de por la propia Carta, también estén protegidos por el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta podría ser la vía por la que extender el ámbito de protección de la libertad de expresión respecto de los comentarios incluidos por los usuarios en los diarios digitales. La citada extensión estaría justificada por la mayor permisividad que dentro de la Unión se quisiera dotar a la libertad de expresión. Esta postura, sin embargo, se topa con el hándicap de que el derecho con el que habitualmente se enfrenta es la protección de la reputación o de los derechos ajenos, derecho igualmente protegido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (78). Tal es así que la apertura de los márgenes a favor de la libertad de expresión entrañaría una limitación de la protección del honor por debajo de los estándares del propio Convenio (79).

(74) STJUE de 23 de marzo de 2010, asuntos C-236/08 a C-238/08, entre *Google France SARL, Google Inc. y Vuitton Malletier SA*, entre *Google France SARL y Viaticum SA, Luteciel SARL*, entre *Google France SARL y Centre national de recherche en relations humaines (CNRRH) SARL, Pierre-Alexis Thonet, Bruno Raboin, Tiger SARL*.

(75) STJUE de 24 de noviembre de 2011, asunto C-70/10, entre *Scarlet Extended SCRL y Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*.

(76) STJUE de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10, entre *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) y Netlog NV*.

(77) STJUE de 11 de septiembre de 2014, asunto C-291/13, entre *Sotiris Papasavvas y O Fileleftheros Dimosia Etaireia Ltd, Takis Kounnafi, Giorgos Sertis*.

(78) Art. 10.2 CEDH.

(79) LAZCANO BROTONS, Íñigo, «Artículo 11: La libertad de expresión y de información. La necesidad de una garantía más estricta del pluralismo informativo», en ORDENANA GEZURAGA, Ixusko (dir.), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, p. 219.



Estas consideraciones conllevan la siguiente reflexión: partiendo de que en los hechos descritos el Tribunal de Estrasburgo ha concluido que cabe responsabilizar al portal de noticias por los comentarios introducidos por los usuarios, ¿no se estará tratando de poner fin a la exención de responsabilidad de los medios digitales forzando a las legislaciones estatales a extraerlos del ámbito de aplicación de las leyes reguladoras de los servicios de la sociedad de la información? Si el propósito es ese, las plataformas que permiten la inclusión de comentarios ajenos se van a topar con un problema desconocido hasta el momento, ya que será necesario sustituir el control *a posteriori* de los comentarios por un control previo. De no hacerlo así, lo habitual por parte del ofendido será exigir la responsabilidad del medio, bien por la dificultad (o incluso imposibilidad) de identificar al autor, bien por la mayor garantía que de cara al cobro de una indemnización le ofrece el medio. En definitiva, los conflictos entre la libertad de expresión de los diarios digitales (por lo que respecta a los comentarios incluidos por sus usuarios) y el derecho al honor de las personas mencionadas se solventarían conforme a la normativa general aplicable a la prensa escrita.

No obstante, la sentencia de la Sección Primera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos está pendiente de lo que pueda decidir la Gran Sala. A la vista de las reacciones que se han suscitado en el seno de asociaciones de defensa de la libertad de expresión, no sorprendería que la Gran Sala diera un vuelco a la sentencia de 10 de octubre de 2013 y optara por una interpretación acorde con la normativa y la jurisprudencia comunitarias.

## VI. Bibliografía

- ALMAGRO NOSETE, José, «Los insultos cibernéticos», en *Diario La Ley*, núm. 7376, 2010.
- ALMAGRO NOSETE, José, «El «honor» de la SGAE y la libertad de expresión», en *Diario La Ley*, núm. 7931, 2012.
- ACEDO PENCO, Ángel, «La responsabilidad civil extracontractual por atentados contra la dignidad divulgada mediante los servicios de la información en los ordenamientos comunitario y español», en *Anuario de la Facultad de Derecho*, núm. XXIV, 2006, pp. 97-117.
- ARELLANO TOLEDO, Wilma (coord.), *La Sociedad de la Información en Iberoamérica. Estudio multidisciplinar*, Fondo de Información y Documentación para la Industria, México D.F., 2012.
- BARINAS UBIÑAS, Désirée, «El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en el derecho a la vida privada. Las nuevas formas de ataque a la vida privada», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2013.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Sentencia de 9 de diciembre de 2009: Responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información: servicios de alojamiento o de almacenamiento de datos», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 84, 2010, pp. 1603-1615.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Sentencia de 3 de abril de 2012: Reproducción de página de Internet por el buscador Google», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 90, 2012, pp. 303-326.
- BOIX PALOP, Andrés, «Libertad de expresión y pluralismo en la red», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65, 2002, pp. 133-180.
- BRAVO NIETO, Vanessa, «¿Seguridad o control en la red?: Un análisis del ejercicio del poder y la resistencia en los entornos virtuales a través de los medios de comunicación», en *Intersticios. Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, núm. 6-1, 2012, pp. 145-163.

- CASTILLO JIMÉNEZ, Cinta, «La sociedad de la información y los derechos fundamentales. Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico», en *Derecho y Conocimiento. Facultad de Derecho, Universidad de Huelva*, núm. 2, 2002, pp. 21-37.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, *Responsabilidades de los proveedores de información en internet*, Comares, Granada, 2007.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago, «Sentencia de 18 de mayo de 2010. Responsabilidad de un prestador de un servicio intermediario de la sociedad de la información, de alojamiento, por la intromisión ilegítima causada por un comentario enviado a un foro», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 85, 2011, pp. 447-456.
- CORREDOIRA, Loreto y COTINO HUESTO, Alfonso Lorenzo (dir.), *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013.
- COTINO HUESO, Lorenzo (ed.), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, PUV Publicacions de la Universitat de València, Valencia, 2012.
- GRIMALT SERVERA, Pedro, «Las responsabilidades civiles de los prestadores de servicios de la sociedad de la información», en DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, *El Derecho a la Imagen desde todos los Puntos de Vista*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 167-197.
- GRIMALT, Pedro, «Responsabilidad civil por contenidos en la red: LSSICE y Ley de Prensa y responsabilidad civil por hecho ajeno», en COTINO HUESO, Lorenzo (ed.), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, PUV Publicacions de la Universitat de València, Valencia, 2012, pp. 269-282.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de internet: especial consideración del caso de los proveedores de contenidos, servicios, acceso y enlaces*, 2.ª ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- JIMENA QUESADA, Luis, «La técnica legislativa y otros aspectos constitucionales relativos a la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico», en *Revista de Derecho*, núm. 2, 2003.
- JULIÁ BARCELÓ, R. «La responsabilidad de los intermediarios de Internet en la Directiva de Comercio Electrónico: problemas no resueltos», en *Revista de Contratación Electrónica*, núm. 6, 2000, pp. 3-30.
- LAZKANO BROTONS, Íñigo, «Artículo 11: La libertad de expresión y de información. La necesidad de una garantía más estricta del pluralismo informativo», en ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko (dir.), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pp. 211-229.
- LÓPEZ RICHART, Julián, «Difamación en la web 2.0 y responsabilidad civil de los prestadores de servicios de alojamiento», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 26, 2012, pp. 143-201.
- MARTÍN MORALES, Ricardo, *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Universidad de Granada, 1994.
- MORALES PRATS, Fermín; MORALES GARCÍA, Óscar; FERNÁNDEZ PINOS, José Ernesto (coord.), *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2002.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, David, «La protección judicial de los derechos en internet», Disertación de ingreso en la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia presentada el 12 de marzo de 2014, <http://goo.gl/UuN60K>.
- PEGUERA POCH, Miquel, ««Sólo sé que no sé nada (efectivamente)»: la apreciación del conocimiento efectivo y otros problemas en la aplicación judicial de la LSSI», en *Revista D'Internet, Dret i Política*, núm. 5, 2007, pp. 2-18.
- PEGUERA POCH, Miquel (coord.), *Principios de Derecho de la Sociedad de la Información*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

- PEGUERA POCH, Miquel, «Sobre la necesidad de revisar el marco legal de exclusión de responsabilidad de los proveedores de servicios de intermediación», en COTINO HUESO, Lorenzo (ed.), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, PUV Publicacions de la Universitat de València, Valencia, 2012, *cit.*, pp. 256-268.
- RUBÍ PUIG, Antoni, «Derecho al honor online y responsabilidad civil de ISPs. El requisito del «conocimiento efectivo» en las SSTS, Sala Primera, de 9 de diciembre de 2009 y 18 de mayo de 2010», en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2010, pp. 1-20.
- ROJAS, Ángela Patricia, «La responsabilidad de los PSSI y la libertad de expresión: Jurisprudencia reciente», en COTINO HUESO, Lorenzo (ed.), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, PUV Publicacions de la Universitat de València, Valencia, 2012, pp. 283-299.
- SALGADO SEGUÍN, Víctor, «Nuestros derechos en riesgo. Intimidad, privacidad y honor en Internet», en *Revista TELOS (Cuadernos de Comunicación e Innovación)*, diciembre 2010, pp. 1-12.
- TEJERINA RODRÍGUEZ, Ofelia, «La lucha de la Asociación de Internautas por la libertad de expresión en Internet, frente a la SGAE», en COTINO HUESO, Lorenzo (ed.), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, PUV Publicacions de la Universitat de València, Valencia, 2012, pp. 300-311.
- UPEGUI MEJÍA, Juan Carlos, «Libertad de expresión, redes sociales y derecho penal. Estudio del caso Nicolás Castro», en *Revista Derecho del Estado*, núm. 25, 2010, pp. 159-192.
- VILLAR PALASÍ, José Luis, «Implicaciones jurídicas de internet», en *Saberes. Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, núm. 1, 2003.
- WOODS, Lorna, «Civil liability for Internet publishing: the CJEU clarifies the law», <http://goo.gl/BtIQNs>.

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**RESUMEN:** Una de las características de los diarios digitales es que permiten que los usuarios introduzcan comentarios en sus plataformas. La normativa comunitaria, y en su desarrollo, la interna de cada Estado, especifican en qué supuestos los diarios están exentos de responsabilidad por el tenor de dichos comentarios. No obstante, una sentencia de la Sección Primera del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha cuestionado los citados supuestos al llevar a cabo una interpretación distinta. Las reacciones a dicha sentencia por parte de asociaciones en defensa de la libertad de expresión no se han hecho esperar, y el planteamiento del asunto ante la Gran Sala del Tribunal de Estrasburgo abre una nueva oportunidad para que reconsidere su postura y dicte un pronunciamiento acorde con la normativa de la Unión.

**PALABRAS CLAVE:** Diario digital. Exención de responsabilidad. Comentarios ilícitos. Diligencia.

**LABURPENA:** Egunkari digitalen ezaugarria da erabiltzaileek iruzkinak sar ditzaketela haien plataformetan. Europar Batasuneko araudiak, eta hori garatuz, Estatu bakoitzekoek, zehazten dute zein kasutan ez diren egunkari digitalak iruzkin horiengatik erantzule izango. Hala ere, Giza Eskubideen Europar Auzitegiaren Lehenengo Atalak emandako epai batek kasu horiek zalantzan jarri ditu beste bat izan baita egin duen interpretazioa. Adierazpen-askatasunaren aldeko erakundeek epai horren aurka erreakzionatu dute, eta uzia Estrasburgoko Auzitegiaren Areto Nagusiaren aurrean planteatu denez, aukera berria ireki da bere jarrera berriz pentsatu eta Europar Batasuneko araudiarekin bat etorriko den ebazpena emateko.

**HITZ GAKOAK:** Egunkari digitala. Erantzukizun salbuespena. Zilegi ez diren iruzkinak. Ardura.

**ABSTRACT:** Digital newspapers allow users to include their own comments. European and Member States' laws specify in which cases those newspapers are exempted from liability owing to those opinions. However, the European Court of Human Rights (First Section) has questioned those exemptions. Freedom of speech associations have criticized the ECHR's standpoint. In fact, an appeal is pending before the Grand Chamber of the ECHR providing a fresh opportunity to amend the current interpretation of applicable laws and adopt a position much closer to European Union law.

**KEYWORDS:** Digital newspaper. Exemption from liability. Illegal comments. Due diligence.

# El contrato de arrendamiento rústico en las legislaciones autonómicas

Saioa Artiach Camacho

**Sumario:** I. Introducción.—II. El ámbito de aplicación objetivo, temporal y territorial de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos.—III. El arrendamiento rústico en el contexto de la regulación vigente en las legislaciones autonómicas. III.1. La legislación vasca. III.2. La legislación gallega. III.2.1. El bien arrendado. III.2.2. La renta. III.2.3. La forma del contrato. III.2.4. La duración del contrato. III.2.5. El subarriendo, la cesión del arrendamiento y la enajenación de los bienes. III.2.6. Obras, reparaciones y mejoras. III.3. La legislación catalana. III.3.1. El bien arrendado. III.3.2. La renta. III.3.3. La forma del contrato. III.3.4. La duración del contrato. III.3.5. El subarriendo, la cesión del arrendamiento y la enajenación de los bienes. III.3.6. Obras, reparaciones y mejoras. III.4. Otras legislaciones autonómicas.—IV. Conclusiones.—V. Bibliografía.—VI. Legislación.

## I. Introducción

Considerando que las características propias de los bienes sobre los que se otorgan los contratos de arrendamiento rústico varían en atención al lugar en el que radican y que, por tanto, las necesidades de los contratantes no son uniformes a nivel estatal, entendemos que este tipo contractual debe quedar regulado por normativa propia adoptada por aquellos poderes públicos que tienen competencia para hacerlo. Al respecto, resultan destacables las palabras con las que comienza el Preámbulo de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia:

«El derecho civil de Galicia es una creación genuina del pueblo gallego. Como derecho regulador de relaciones entre sujetos privados, surge a lo largo de los siglos en la medida en que su necesidad se hace patente, frente a un derecho que, por ser común, negaba nuestras peculiaridades jurídicas emanadas del más hondo sentir de nuestro pueblo. Es por ello un fruto de la realidad social y, como tal, cambiante a lo largo del tiempo, de forma que mientras unas instituciones pierden vigencia aparecen otras que tratan de acomodarse a la nueva situación. Esta tensión entre la realidad y la supervivencia de formas jurídicas que van siendo superadas fue dando, asimismo, nuevo sentido a nuevas instituciones, ya que pocas veces podrá encontrarse una

relación funcional tan estrecha entre esas necesidades que las instituciones jurídicas intentan alcanzar y las realidades de cada momento histórico.

Este proceso de creación consuetudinario y del derecho civil, como fruto de una realidad concreta en el tiempo y en el espacio, se vio, ciertamente, interrumpido por el movimiento codificador uniformador surgido en el siglo XIX. Es, precisamente, el Código civil de 1889 el que coloca al margen de la legalidad vigente a una buena parte de nuestro derecho civil propio» (1).

En el mismo sentido, en el Preámbulo de la Ley 3/2013, de 26 de julio, de los Contratos y otras Relaciones Jurídicas Agrarias se expresa lo siguiente:

«La tradición vigente en la Comunitat Valenciana, vinculada especialmente al mundo agrario, presenta facetas que requieren de la acción legislativa de la Generalitat, no sólo con la finalidad de positivizar la costumbre, sino también con la de adaptarla a las nuevas realidades socioeconómicas y, en algunos casos, de protegerla frente a determinadas prácticas abusivas» (2).

Igualmente destacable resulta la afirmación vertida en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2008, de 20 de febrero, de Contratos de Cultivo:

«Los contratos de cultivo constituyen un instrumento primordial de la política agraria en Cataluña. Para conseguir el objetivo de garantizar la preservación del suelo agrícola actual, el buen uso del mismo y la estabilidad y mejora de las explotaciones agrarias existentes, es preciso disponer de una regulación contractual moderna y equilibrada que fomente el uso eficiente de la tierra, la planificación de los riesgos de la actividad de cultivo y el pactismo entre los distintos agentes del campo. Con esta finalidad, se aprueba la presente ley, que cuenta con el precedente de la Ley de contratos de cultivo del año 1934, de la Generalidad republicana» (3).

Sin embargo, dado que no todos los poderes públicos han ejercido su competencia para legislar esta institución a nivel autonómico, en la mayor parte del Estado español queda sometida a la regulación efectuada por la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, modificada mediante la Ley 26/2005, de 30 de noviembre.

Por lo que respecta a la estructura de este artículo, precisamente comenzamos con el estudio del ámbito de aplicación objetivo, territorial y temporal de la LAR 2003, sin adentrarnos en el análisis detallado del resto de disposiciones de esta norma, de-

---

(1) Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. *Boletín Oficial del Estado* de 11 de agosto de 2006, n.º 191, pp. 30073-30100.

(2) Ley 3/2013, de 26 de julio, de los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias. *Boletín Oficial del Estado* de 16 de septiembre de 2013, n.º 222, pp. 70340-70361.

(3) Ley 1/2008, de 20 de febrero, de contratos de cultivo. *Boletín Oficial del Estado* de 7 de abril de 2008, n.º 84, pp. 18929-18936.

bido a que ya abordamos esta tarea en trabajos realizados con anterioridad(4). A continuación, analizamos la situación en la que se encuentra el Derecho arrendaticio del País Vasco en la actualidad, partiendo de la premisa de que, como ha quedado acreditado en investigaciones realizadas previamente, hasta la unificación legislativa efectuada por el Código Civil existía un Derecho foral vasco que lo regulaba(5). Seguidamente, exponemos el contenido de las normativas gallega y catalana, porque constituyen la máxima expresión de las regulaciones autonómicas en materia de arrendamientos rústicos, y ofrecemos una visión general de las mismas, fijando nuestra atención en aspectos tales como las características del bien arrendado, la renta, la forma del contrato, su duración, el subarriendo, la cesión del arrendamiento, la enajenación de los bienes y el régimen aplicable a la ejecución de obras, reparaciones y mejoras, a fin de constatar que los legisladores autonómicos, muy acertadamente, han tratado de regular este tipo contractual atendiendo a las necesidades propias del lugar. Finalmente, determinamos hasta qué punto los arrendamientos rústicos son objeto de regulación por la legislación de Valencia, Navarra, Aragón e Islas Baleares.

Como queda patente, el objeto principal del artículo que nos ocupa es el contrato de arrendamiento rústico, si bien hemos considerado oportuno aludir puntualmente a otras figuras contractuales relativas a la actividad agraria y ganadera íntimamente relacionadas con el mismo.

## II. El ámbito de aplicación objetivo, temporal y territorial de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos

La Ley 49/2003(6), modificada mediante Ley 26/2005(7), regula dos tipos contractuales, el arrendamiento rústico y la aparcería, si bien en su rúbrica únicamente se hace referencia al primero. El régimen jurídico del arrendamiento rústico se contiene en los Capítulos II a VIII y el de la aparcería en el Capítulo IX. Por su parte, los Capítulos I y X re-

---

(4) Al respecto, remitimos al lector al siguiente artículo, que se encuentra en fase de publicación: ARTIACH CAMACHO, S. «La regulación del contrato de arrendamiento rústico en la Ley 49/2003, de 26 de noviembre». *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, enero-junio 2014, n.º 4, pp. 175-209

(5) *Vid.* ARTIACH CAMACHO, S. *Aspectos sustantivos y procesales del contrato de arrendamiento rústico en el Derecho civil de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa de los siglos XVI a XIX. Un medio para la gestión del patrimonio de la persona*. Oñati: Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, 2014. En el año 2013, el Instituto Vasco de Administración Pública concedió a esta obra el Premio Jesús María Leizaola, galardón al que pueden optar los trabajos de investigación consistentes en monografías cuyo objeto tenga relación con la autonomía vasca o pueda redundar en el estudio y profundización de esta.

Asimismo, puede verse ARTIACH CAMACHO, S. «El arrendamiento rústico en el Derecho civil vasco (siglos XVI-XIX). Las obligaciones de los contratantes y las consecuencias de su incumplimiento». [http://www.forulege.com/dokumentuak/El\\_arrendamiento\\_rustico\\_en\\_el\\_Derecho\\_civil\\_vasco\\_siglos\\_xvi-xix\\_Las\\_obligaciones\\_de\\_los\\_contratantes\\_y%20las\\_consecuencias\\_de\\_su\\_incumplimiento.pdf](http://www.forulege.com/dokumentuak/El_arrendamiento_rustico_en_el_Derecho_civil_vasco_siglos_xvi-xix_Las_obligaciones_de_los_contratantes_y%20las_consecuencias_de_su_incumplimiento.pdf) (última consulta 15 de septiembre de 2014).

En el mismo sentido, véase ARTIACH CAMACHO, S. «El contrato de arrendamiento en la Historia de Andoain (siglos XVI-XIX)». *Leyzaur Revista de Estudios Históricos de Andoain*, 2010, n.º 11, pp. 9-112.

(6) Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos. *Boletín Oficial del Estado* de 27 de noviembre de 2003, n.º 284, pp. 42239-42246.

(7) Ley 26/2005, de 30 de noviembre, que modifica la Ley 49/2003 de arrendamientos rústicos. *Boletín Oficial del Estado* de 1 de diciembre de 2005, n.º 287, pp. 39414-39418.

sultan aplicables a ambos contratos (8) y en ellos se contienen, respectivamente, las disposiciones generales de la Ley y las normas procesales que rigen la materia.

Por lo que respecta al contrato de arrendamiento rústico, el artículo 1.1 LAR dispone:

«Se considerarán arrendamientos rústicos aquellos contratos mediante los cuales se ceden temporalmente una o varias fincas, o parte de ellas, para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal a cambio de un precio o renta».

En consecuencia, estamos ante un contrato agrario, entendiendo por «actividad agraria» el contenido de la definición ofrecida por el apartado c) del artículo 2 del Reglamento n.º 1782/2003 del Consejo de la Unión Europea, por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola común y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores (9), que es la siguiente:

«La producción, la cría o el cultivo de productos agrarios, con inclusión de la cosecha, el ordeño, la cría de animales y el mantenimiento de animales a efectos agrícolas, o el mantenimiento de la tierra en buenas condiciones agrarias y medioambientales».

Igualmente, la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, también establece qué se entiende por «actividad agraria»:

«(...) el conjunto de trabajos que se requiere para la obtención de productos agrícolas, ganaderos y forestales».

Asimismo, a efectos de esta Ley y de las disposiciones correspondientes a la adscripción al Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, se considerará como actividad agraria la venta directa por parte del agricultor de la producción propia sin transformación, dentro de los elementos que integren la explotación, en mercados municipales o en lugares que no sean establecimientos comerciales permanentes (10).

De este modo, a través del contrato de arrendamiento rústico se posibilita al agricultor no propietario el acceso a la tierra, que es uno de los elementos indispensables que posibilitan el ejercicio de su actividad (11).

(8) Véase AA.VV. «Capítulo I: Disposiciones Generales». En CABALLERO LOZANO, J. M. (coord.) *et al. Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*. 2.ª edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2006, p. 50.

(9) Reglamento (CE) n.º 1782/2003 del Consejo, de 29 de septiembre, por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola común y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) n.º 2019/93, (CE) n.º 1452/2001, (CE) n.º 1453/2001, (CE) n.º 1454/2001, (CE) n.º 1868/94, (CE) n.º 1251/1999, (CE) n.º 1254/1999, (CE) n.º 1673/2000, (CEE) n.º 2358/71 y (CE) n.º 2529/2001. *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L 270, de 21 de octubre de 2003, pp. 1-69.

(10) Artículo 2.1. de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias. *Boletín Oficial del Estado* de 5 de julio de 1995, n.º 159, pp. 20394-20404.

(11) El Reglamento n.º 1782/2003 del Consejo de la Unión Europea, en su artículo 2.a), define el concepto de «agricultor» como «toda persona física o jurídica o todo grupo de personas físicas o jurídicas, independientemente del régimen jurídico que otorgue la legislación nacional al grupo y a sus miembros, cuya explotación esté situada en el territorio de la Comunidad, tal como se establece en el artículo 299 del Tratado, y que ejerza una actividad agraria».



El artículo 1.3 LAR 2003 amplía el objeto del contrato, ya que dispone:

«Tendrán también la misma consideración los arrendamientos de explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales, a los que se aplicarán las disposiciones de la presente Ley que sean compatibles con su naturaleza y siempre en defecto de lo que las partes hayan expresamente acordado».

El artículo 2.b) del Reglamento n.º 1782/2003 del Consejo de la Unión Europea define «explotación» como «todas las unidades de producción administradas por un agricultor y situadas en el territorio de un mismo Estado miembro». No obstante, los requisitos enunciados por este precepto únicamente resultan exigibles a los efectos de acceder a las ayudas públicas contempladas en el Reglamento. Además, los amplios términos en los que se expresa implican que la solución más acertada para adecuar las normas comunitarias a las diferentes situaciones de cada Estado consiste en atender a la noción de «explotación» que cada uno de ellos tenga(12). En este sentido, el concepto de «explotación agraria» viene definido en el artículo 2 LAR:

«Se entenderá que el arrendamiento es de explotación, ya esté constituida con anterioridad o al concertar el contrato, cuando sea ella objeto del mismo en el conjunto de sus elementos, considerada como una unidad orgánica y siempre que lo hagan constar las partes expresamente, acompañando el correspondiente inventario».

Por su parte, la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias la define así en su artículo 2.2:

«(...) el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular en el ejercicio de la actividad agraria, primordialmente con fines de mercado, y que constituye en sí misma una unidad técnico-económica».

Por lo que respecta al contrato de aparcería, es un tipo contractual en virtud del cual el titular de un predio —es decir, su propietario, usufructuario, censatario, etc.— cede su uso a otra persona durante un tiempo para que lo explote, de forma que los frutos que produzca se repartan entre ambas partes en la proporción alícuota acordada(13). El artículo 28.1 LAR lo define del siguiente modo:

«Por el contrato de aparcería, el titular de una finca o de una explotación cede temporalmente su uso y disfrute o el de alguno de sus aprovechamientos, así como el de los elementos de la explotación, ganado, maquinaria o capital circulante, conviniendo con el cesionario aparcerero en repartirse los productos por partes alícuotas en proporción a sus respectivas aportaciones».

---

(12) En estos términos se manifiesta CARRETERO GARCÍA, A. «Capítulo I: Disposiciones Generales». En CABALLERO LOZANO, José María (coord.) *et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*. 2.ª edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2006, p. 66.

(13) Al respecto, puede verse CASAS-MERCADÉ, F. *Las aparcerías y sus problemas*. 2.ª edición. Barcelona: Ed. Bosch, 1956, p. 3.

El Código Civil regula el contrato de aparcería en el artículo 1579, esto es, en el Libro IV, Título VI (denominado «Del contrato de arrendamiento»), Capítulo II («De los arrendamientos de fincas rústicas y urbanas»), Sección Tercera («Disposiciones especiales para los arrendamientos de predios rústicos»). Su contenido es el siguiente:

«El arrendamiento por aparcería de tierras de labor, ganados de cría o establecimientos fabriles e industriales, se regirá por las disposiciones relativas al contrato de sociedad y por las estipulaciones de las partes, y, en su defecto, por la Costumbre de la tierra».

Este precepto establece que la aparcería debe registrarse, en primer lugar, por la normativa reguladora del contrato de sociedad, pero lo hace en el título dedicado a la reglamentación del contrato de arrendamiento y la denomina «arrendamiento por aparcería». Esta anomalía es un indicador de que la aparcería no se encuentra adecuadamente calificada por este cuerpo legal(14), porque, si es una sociedad, su regulación debería realizarse en el Título VIII y, si es un arrendamiento, deberían serle aplicables las normas de este tipo contractual(15).

En efecto, la aparcería, aunque guarda ciertas similitudes con el arrendamiento, no es una modalidad de este. Su punto de contacto radica en que, en ambos contratos, se transmite el uso de la cosa, pero la aparcería carece de uno de los elementos esenciales del arrendamiento: el precio cierto como contraprestación a dicho uso. El artículo 1543 del Código Civil establece que en todo contrato de arrendamiento debe existir un precio cierto como contraprestación a la cesión del bien. Sin embargo, en la aparcería la contraprestación consiste en la entrega de una parte de las ganancias obtenidas, de manera que, en el momento de la celebración del contrato, el cedente del predio desconoce el importe de esas ganancias, que no quedará determinado hasta que se proceda a su liquidación(16). De este modo, mientras el arrendamiento es un contrato conmutativo, la aparcería es un contrato aleatorio(17).

En la aparcería se produce una participación de ambas partes en las ganancias que genere el bien, lo cual implica que este contrato guarda mayores similitudes con el de sociedad y, en concreto, con la sociedad comanditaria, en la que quien entrega los bienes es el socio capitalista y la persona que los recibe es el socio industrial(18). No obstante, en la aparcería, quien entrega los bienes no se desprende de ellos, de manera que no se crea un nuevo patrimonio, como en el caso de las sociedades(19).

---

(14) En el mismo sentido se manifiesta VICARIO DE LA PEÑA, N. *Derecho Consuetudinario de Vizcaya*. Bilbao: Ed. Diputación Foral de Bizkaia - Universidad de Deusto, 1995, p. 209.

(15) Al respecto, puede verse HERRERA CAMPOS, R. *La aparcería agrícola. Regulación legal y su evolución histórica*. Almería: Ed. Universidad de Almería, 2006, p. 19.

(16) En estos términos se expresa ALBIEZ DOHRMANN, K. J. *La aparcería industrial (una figura contractual ignorada)*. Barcelona: Ed. José María Bosch Editor, 1992, p. 53.

(17) Al respecto, véase MUÑOZ Y NÚÑEZ DE PRADO, J. *Arrendamiento y desahucio de fincas rústicas*. Madrid: Ed. García Enciso, 1947, p. 31.

(18) En esta línea, *vid.* VICARIO DE LA PEÑA, N. *Derecho Consuetudinario de Vizcaya... op. cit.*, p. 211.

(19) Véase CUESTA SÁENZ, J. M. de la. «Capítulo IX: De las aparcerías». En CABALLERO LOZANO, José María (coord.) *et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*. 2.ª edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2006, p. 460.

Además, a pesar de que la aparcería presenta unos matices asociacionistas, no existe *affectedio societatis* o interés por constituir una sociedad (20).

De este modo, el hecho de que el contrato de aparcería tenga elementos comunes con el de arrendamiento y con el de sociedad no implica que pueda ser identificado completamente con ninguno de ellos. Por tanto, a nuestro entender, la aparcería es un contrato *sui generis* (21).

En consecuencia, la LAR 2003 regula dos tipos contractuales, por lo que lo correcto sería que en su denominación se hiciera referencia a ambos, como así se hizo en la Ley 3/1993, de Aparcerías y Arrendamientos Rústicos Históricos de Galicia (22), sin que sirva de justificación, como indica CABALLERO LOZANO, la alegación de razones de tradición legislativa ni que el arrendamiento sea un contrato «más importante que la aparcería, no sólo por razones estadísticas (...) sino también, y sobre todo, desde una perspectiva jurídica» (23).

Dejando a un lado el análisis del ámbito de aplicación objetivo de la LAR 2003 y pasando ahora a estudiar su ámbito de aplicación temporal, para determinar si la misma resulta o no de aplicación a los contratos vigentes en la actualidad se debe tener en cuenta la fecha en que fueron celebrados. A fin de resolver la cuestión, la Disposición transitoria primera mantiene:

«Los contratos de arrendamiento y de aparcería vigentes a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa aplicable al tiempo de su celebración».

Por tanto, la LAR 2003, al igual que su predecesora, la Ley 19/1995, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, únicamente se aplica a aquellos contratos celebrados con posterioridad a la fecha de su entrada en vigor, a diferencia de lo que ocurría con la Ley 83/1980, que resultaba aplicable, salvo excepciones, a los contratos de arrendamiento y aparcería celebrados con anterioridad a su entrada en vigor (24).

(20) Al respecto, puede verse COBACHO GÓMEZ, J. A. *La regulación de los arrendamientos rústicos en el Código Civil*. Murcia: Ed. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Murcia, 1989, pp. 100-101.

En la misma línea se expresa HERRERA CAMPOS, R. *La aparcería agrícola. Regulación legal y su evolución histórica...* op. cit., pp. 41-42.

Igualmente, vid. CASAS-MERCADÉ, F. *Las aparcerías y sus problemas...* op. cit., pp. 24-25.

En relación con la variación del grado de *affectedio societatis* en los distintos tipos de sociedades, véase VALLET DE GOYTISOLO, J. B. *Estudios varios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades*. Madrid: Ed. Editorial Montecorvo, 1980, pp. 565-566.

(21) También es de esta opinión CASAS-MERCADÉ, F. *Las aparcerías y sus problemas...* op. cit., p. 27.

En el mismo sentido se manifiesta ALBIEZ DOHRMANN, K. J. *La aparcería industrial (una figura contractual ignorada)...* op. cit., pp. 25-26.

Asimismo, véase GÓMEZ ESTRADA, C. *De los principales contratos civiles*. 3.ª edición. Santa Fe de Bogotá: Ed. Editorial Temis, 1996, p. 182.

(22) Ley 3/1993, de 16 de abril, de Aparcerías y Arrendamientos Rústicos Históricos de Galicia. *Boletín Oficial del Estado* de 11 de mayo de 1993, n.º 112, pp. 13896-13897.

(23) AA.VV. «Capítulo I: Disposiciones Generales». En CABALLERO LOZANO, J. M. (coord.) et. al. *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos...* op. cit., p. 48.

(24) A este respecto, la Disposición transitoria primera establecía:

«Quedan sujetos a esta Ley los contratos de arrendamiento o aparcería sobre fincas rústicas, cualquiera que sea la fecha de su celebración, con las salvedades que establecen las siguientes reglas:

1.ª Los contratos existentes a la entrada en vigor de esta Ley se regirán en cuanto a su duración por lo establecido en la legislación anterior.

Centrándonos en el ámbito de aplicación territorial de la LAR 2003, debemos indicar que rige de lleno en aquellas comunidades autónomas que carecen de un Derecho civil propio regulador del contrato de arrendamiento rústico o de la aparcería. En este sentido, su Disposición final segunda establece:

«Esta Ley será de aplicación en todo el territorio nacional, sin perjuicio de la normativa de aplicación preferente que dicten las comunidades autónomas con competencia en materia de Derecho civil, foral o especial».

Asimismo, la Disposición final primera enuncia:

«Esta Ley se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución, sin perjuicio de la aplicación preferente de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, y de su conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas respectivas» (25).

Por lo que respecta al contrato de arrendamiento rústico, el artículo 1.2 LAR 2003 dispone:

«Estos contratos se rigen por lo expresamente acordado por las partes, siempre que no se oponga a la presente Ley. Supletoriamente, regirá el Código Civil y, en su defecto, los usos y costumbres que sean aplicables».

Por tanto, en los lugares en los que no exista Derecho civil propio escrito que regule el contrato de arrendamiento rústico, en primer lugar rigen las normas imperativas de la Ley, en segundo lugar la voluntad de los contratantes, en tercer lugar las normas dispositivas de la Ley, en cuarto lugar el Código Civil y en quinto lugar el Uso y la Costumbre. Pero esta jerarquía de fuentes tiene excepciones, ya que, en determinados supuestos, la Costumbre ostenta el mismo rango que la LAR 2003. En concreto, el artículo 14, regulador del pago de la renta, establece que esta se abonará en metálico por años vencidos en el domicilio del arrendatario, regla esta que, según se desprende del propio precepto, únicamente regirá en defecto de acuerdo de las partes y de Costumbre aplicable al caso. Otra manifestación del mayor rango jerárquico

---

No obstante, cuando se trate de cultivadores personales en los términos que define el artículo 16 de la presente Ley, éstos tendrán derecho a las prórrogas que la misma determina, hasta el límite de 21 años, contados desde la iniciación del contrato.

2.<sup>a</sup> Las consecuencias previstas en los artículos 17 y 19 no serán de aplicación a los contratos actualmente en vigor en tanto no finalice el plazo estipulado o la prórroga se halle en curso, sin que puedan prorrogarse en ninguna forma, ni aun con consentimiento del arrendador.

3.<sup>a</sup> Los arrendamientos concertados con anterioridad a la publicación de la Ley de 15 de marzo de 1935 en que se hubiere perdido memoria del tiempo por el que se concertaron, cuando el cultivador sea personal, se entenderán prorrogados por dos períodos de tres años; durante estos períodos el arrendatario podrá hacer uso del derecho de acceso a la propiedad en los términos establecidos en el párrafo primero del artículo 98 de esta Ley».

(25) Se exceptúa de lo anterior el artículo 30, que se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.7.<sup>a</sup>, la Disposición adicional segunda, aprobada al amparo del artículo 149.1.18.<sup>a</sup>, la Disposición adicional tercera y cuarta que se soportan en el artículo 149.1.13.<sup>a</sup> y el capítulo X y la Disposición transitoria segunda, que tienen su base en el artículo 149.1.6.<sup>a</sup>, todos ellos de la Constitución.

de la Costumbre aparece en el artículo 27 LAR, toda vez que, de acuerdo con la remisión que este precepto realiza al artículo 1578 del Código Civil, las obligaciones del arrendatario saliente y las del entrante quedarán sometidas a la Costumbre del pueblo en el que radiquen los bienes arrendados (26).

En cuanto al contrato de aparcería, el artículo 29 LAR 2003 dispone expresamente que la Costumbre prevalece sobre la propia Ley, con lo que el orden de prelación de fuentes es distinto al del arrendamiento:

«En defecto de pacto expreso, de normas forales o de derecho especial y de costumbre, se aplicarán las disposiciones de este capítulo y, con carácter supletorio, las normas sobre arrendamientos rústicos contenidas en los capítulos II, III, VI y VIII, siempre que no resulten contrarias a la naturaleza esencial del contrato de aparcería. No obstante, tratándose de las mejoras impuestas por ley o por resolución judicial o administrativa firmes o acuerdo firme de la comunidad de regantes correspondiente, deberán llevarse a cabo por las partes con arreglo a lo pactado entre ellas y, si faltara el pacto, podrá resolverse el contrato a instancia del cedente o del cesionario».

### III. El arrendamiento rústico en el contexto de la regulación vigente en las legislaciones autonómicas

#### III.1. La legislación vasca

En el País Vasco no existe una legislación reguladora del contrato de arrendamiento rústico. La Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco (27), simplemente establece, en su artículo 126, un derecho de adquisición preferente sobre la finca arrendada para el locatario cuyo contrato lleve en vigor más de cuarenta años (28).

No obstante, el artículo 13 de la Propuesta de Ley Civil Vasca de 2012 remitida por la Academia Vasca de Derecho y el Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia a las correspondientes instituciones públicas (29) predica para la Comunidad Autónoma una

---

(26) El artículo 1578 del Código Civil determina:

«El arrendatario saliente debe permitir al entrante el uso del local y demás medios necesarios para las labores preparatorias del año siguiente; y, recíprocamente, el entrante tiene obligación de permitir al colono saliente lo necesario para la recolección y aprovechamiento de los frutos, todo con arreglo a la costumbre del pueblo».

(27) Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho civil foral del País Vasco. *Boletín Oficial del País Vasco* de 7 de agosto de 1992, n.º 153, pp. 6989-7077.

(28) En concreto, el artículo 126 dispone lo siguiente:

«El arrendatario cuyo contrato de arrendamiento tenga más de cuarenta años de vigencia, incluido el tiempo en que poseyeron la finca los parientes de quienes traiga causa, tendrá el derecho de preferente adquisición de la finca arrendada, en los términos que se regulan en el presente Título. Este derecho del arrendatario será preferente al de los parientes colaterales, y ningún tronquero tendrá derecho preferente cuando la finca se le transmita en virtud del derecho de acceso a la propiedad».

(29) Puede verse en ACADEMIA VASCA DE DERECHO E ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL SEÑORÍO DE BIZKAIA. *Propuesta de Ley Civil Vasca*. Bilbao: Ed. Academia Vasca de Derecho - Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, 2012, pp. 19-54.

regulación del contrato de arrendamiento rústico basada en distintas tradiciones vascas. Su contenido es el siguiente:

«El contrato de arrendamiento rústico posee en la tradición vasca características especiales en cuanto a la estabilidad del arriendo, la transmisibilidad del derecho del arrendatario y otros aspectos que, al margen de las disposiciones de esta Ley, justifican que sea regulado en una ley especial».

Asimismo, el artículo 12 de dicha Propuesta define el caserío y los diferentes elementos que hoy en día lo integran:

«El caserío es una explotación agrícola o ganadera familiar constituida por una casa de labor, con diversos elementos muebles, semovientes, derechos de explotación, maquinaria, instalaciones y una o varias heredades, tierras o montes. Estas tierras o heredades pueden o no estar contiguos a la casa de labor y reciben la denominación del pertenecidos del caserío».

En este contexto, resulta sumamente relevante destacar la importancia de las investigaciones realizadas previamente, mediante las que se ha logrado acreditar que, con anterioridad a la unificación legislativa efectuada por el Código Civil, existía un Derecho civil vasco regulador del contrato de arrendamiento rústico que se inspiraba en los mismos principios y tenía unos contenidos de idéntica naturaleza en los tres territorios históricos. De este modo, en Araba/Álava, Bizkaia y Gipuzkoa, durante los siglos XVI a XIX, regía el principio de autonomía de la voluntad, por lo que las partes podían adoptar los acuerdos que estimaran necesarios en aras a la obtención de la finalidad perseguida por ambas; establecían cláusulas contractuales de muy diversa índole, lo cual daba lugar a que en cada contrato se fijaran, tanto para el arrendador como para el arrendatario, las obligaciones que consideraran pertinentes y que integrarían un régimen jurídico propio basado en la *lex contractus* y en distintas normas consuetudinarias. Constatamos la existencia de una regulación consuetudinaria en lo que respecta al derecho de preferencia del arrendatario, remate del arrendamiento, entrega y restitución de los bienes arrendados, amparo en la pacífica posesión de los bienes, duración del contrato, preaviso, cuidado de los bienes, labranza y cultivo de las tierras, renta, obras necesarias y mejoras, adehala, régimen especial del arrendamiento de molinos y ferrerías, cargas reales y tributos, producto de los montes, entrega de la oblada, plantación y tala de árboles, y garantías de cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes contractuales, etc. (30).

En consecuencia, y atendiendo a que en virtud de lo dispuesto por el artículo 149.1.8 de la Constitución y del 10.5 del Estatuto de Autonomía del País Vasco el Parlamento Vasco tiene competencia para conservar, modificar y desarrollar el Derecho civil foral propio de los tres territorios históricos, y que el Tribunal Constitucional reconoce la competencia legislativa en el ámbito civil de los parlamentos autonómicos, siempre que legislen sobre materias relativas a instituciones conexas con las ya regu-

---

(30) Estos extremos quedan acreditados en ARTIACH CAMACHO, S. *Aspectos sustantivos y procesales del contrato de arrendamiento rústico en el Derecho civil de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa de los siglos XVI a XIX...* op. cit.

ladas dentro de una actualización o innovación de sus contenidos, queda justificada y posibilitada una política expansiva por parte del Parlamento Vasco en materia de arrendamientos rústicos (31). En este punto, resulta oportuno reproducir las siguientes palabras de CABALLERO LOZANO:

«Dada la amplia interpretación sostenida por el Tribunal Constitucional respecto de los términos conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral o especial (...), en el sentido de admitir la positivación de costumbres, sería fácil ir formando paulatinamente un Derecho arrendaticio propio en cada Autonomía, pues si hay un ámbito abonado para la Costumbre es el rural, donde más que en ningún sitio rige la Costumbre del lugar» (32).

Como veremos en los siguientes apartados, la máxima expresión de la regulación autonómica en materia arrendaticia está presente en Galicia y en Cataluña, que cuentan con sendas leyes mediante las que han conseguido adaptar la regulación de este contrato a las necesidades propias de sus tierras. En cambio, dado que en el País Vasco aún no se ha adoptado una normativa propia, en la actualidad los contratos de arrendamiento rústico celebrados sobre bienes sitos en su territorio quedan sometidos a la regulación efectuada por la Ley estatal 49/2003.

No obstante, resulta alentadora la resolución adoptada por el Pleno del Parlamento Vasco el 28 de noviembre de 2013, en la que proclama la necesidad y urgencia de aprobar una nueva ley de carácter general que actualice la regulación del Derecho civil vasco:

«Recientes investigaciones han puesto de relieve la vigencia y aplicación, tanto en la práctica notarial como en la judicial, de este Derecho Civil Vasco de carácter territorial, con constancia documental desde el siglo XVI (...). El tránsito que durante estos años se está produciendo dentro de la mentalidad y la convicción de los operadores jurídicos pasa por una visión del Derecho Civil Foral Vasco como base y núcleo imprescindible para recoger el contenido tradicional vigente en los diferentes territorios históricos, y llevarlo hacia la configuración de un auténtico Derecho Civil Vasco aplicable en toda la Comunidad Autónoma del País Vasco (...). Es evidente la necesidad de comenzar de forma inmediata esta tarea, ya que las dilaciones en ella no hacen sino acentuar la dispersión jurídica existente en materia de Derecho privado en el País Vasco y obstaculizar la regulación de nuevas realidades sociales que tienen una presencia cada vez más importante dentro del País Vasco. Esa tarea le compete al Parlamento Vasco, a través de su impulso y realización, y exige una visión abierta a la realidad del Derecho Civil Vasco, que tenga en cuenta a todos

---

(31) Como indica MONASTERIO ASPIRI, «quienes redactaron el Estatuto de Autonomía fueron conscientes de que no debía quedar en olvido la referencia expresa al Derecho consuetudinario, puesto que con ello daban cobertura al Derecho Civil de Gipuzkoa y Araba (...) y en Bizkaia, en este último territorio durante los cuatro siglos de silencio legal». *Vid.* MONASTERIO ASPIRI, I. «En homenaje a D. Javier Oleaga Echeverría». JADO, junio 2013, n.º 24, p. 27.

(32) AA.VV. «Capítulo I: Disposiciones Generales». En CABALLERO LOZANO, J. M. (coord.) *et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos...* *op. cit.*, p. 59.

aquellos que desde diferentes puntos de vista (operadores jurídicos, investigadores, colegios profesionales y entidades sociales) han realizado y realizan aportaciones significativas en este campo» (33).

### III.2. La legislación gallega

En Galicia existe una legislación especial reguladora del contrato de arrendamiento rústico desde que se aprobara la Ley 3/1993, de 16 de abril, de Aparcerías y Arrendamientos Rústicos Históricos (34). Posteriormente, el contrato de arrendamiento rústico quedó regulado en el Título V de la Ley 4/1995, de 24 de mayo (35), y en la actualidad se regula en los artículos 99 a 126, que componen el Capítulo I del Título VII de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia (36). Además, esta ley reglamenta el contrato de aparcería como contrato autónomo, en el Capítulo II del mismo título (en concreto, en los artículos 127 a 146). Como expondremos a continuación, la citada legislación ha permitido que ambos contratos se ajusten a las necesidades propias de las tierras gallegas, lo cual, como indica BELLO JANEIRO, resulta totalmente ventajoso para ambas partes contratantes:

«En materia de arrendamientos rústicos (...), la legislación en Galicia se hace más flexible y adaptada a las peculiaridades de Galicia y a la estructura minifundista de las tierras, pues se parte del más pleno respeto al principio de autonomía de la voluntad de las partes en cuanto a la renta, sin previsiones correctoras, y también respecto de la duración, en que no se contempla la posibilidad de la existencia de prórrogas legales» (37).

El ámbito de aplicación territorial de la Ley 2/2006 queda determinado por el artículo 3, en virtud del cual la norma rige en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, salvo en los casos en los que, de acuerdo con el derecho interregional o internacional privado, deba ser aplicada una normativa distinta. En relación con el ámbito de aplicación subjetivo, el artículo 4 dispone que la Ley resultará aplicable a aquellas personas que tengan vecindad civil gallega. Y, en cuanto al ámbito de aplicación objetivo, de acuerdo con lo establecido por el artículo 100, el objeto del contrato de arrendamiento rústico queda constituido por el uso y aprovechamiento de fincas rústicas y de los elementos a ellas vinculados en su destino forestal, pecuario o agrícola.

(33) Resolución aprobada por el Pleno del Parlamento Vasco para la actualización del Derecho civil vasco. *Boletín Oficial del Parlamento Vasco* de 9 de diciembre de 2013, n.º 54, pp. 8209-8215.

(34) Ley 3/1993, de 16 de abril, de aparcerías y arrendamientos rústicos históricos de Galicia. *Boletín Oficial del Estado* de 11 de mayo de 1993, n.º 112, pp. 13896-13897.

(35) Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia. *Boletín Oficial del Estado* de 27 de junio de 1995, n.º 152, pp. 19241-19256.

(36) Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. *Boletín Oficial del Estado* de 11 de agosto de 2006, n.º 191, pp. 30073-30100.

Sobre las labores desarrolladas por la Comisión de expertos para la reforma y actualización de esta Ley, puede verse REBOLLEDO VARELA, Á. «La iniciativa legislativa en el Derecho Civil de Galicia». *Jado*, mayo 2011, n.º 21, pp. 86-87.

(37) BELLO JANEIRO, D. *Los contratos en la Ley de Derecho Civil de Galicia*. Madrid: Ed. Reus, 2008, p. 107.



Por otro lado, el artículo 99 dispone:

«Los arrendamientos de fincas rústicas se regirán por los pactos libremente establecidos entre las partes, por las normas de este capítulo, así como por los usos y costumbres que les sean de aplicación. En su defecto, los arrendamientos de fincas rústicas se regirán por las normas del Código Civil».

De este modo, la prelación de fuentes en el derecho arrendaticio gallego es la siguiente: en primer lugar, rigen los acuerdos adoptados por las partes; en segundo lugar, la Ley 2/2006; en tercer lugar, los usos y costumbres; y, en su defecto, el Código Civil. No obstante, la propia Ley contiene determinadas excepciones a esta norma general. Por una parte, existen supuestos en los que la Costumbre prevalece sobre la propia Ley. En este sentido, el artículo 100.3 establece:

«Los aprovechamientos secundarios de la finca pertenecerán al arrendatario, salvo pacto o costumbre en contrario».

En los mismos términos, el artículo 101.2 dispone:

«En defecto de pacto o costumbre, la renta se abonará en metálico, por años vencidos y en el domicilio del arrendador».

Por otra parte, se establecen casos en los que la Ley se aplicará con preferencia a los acuerdos celebrados por las partes; se trata de normas de carácter imperativo que pretenden proteger la posición jurídica del arrendatario.

La primera de ellas se encuentra contemplada en el artículo 106, que establece la obligación del arrendador de efectuar las obras y reparaciones necesarias, el derecho del arrendatario a reintegrarse en el desembolso que hubiera efectuado para realizar obras y reparaciones necesarias de carácter urgente y su obligación de ejecutar las reparaciones ordinarias derivadas del uso ordinario de la finca.

Asimismo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 109 y 111, la subrogación supone la excepción a una de las causas de extinción del contrato: la muerte o imposibilidad física del conductor para continuar en el arrendamiento. En concreto, ostentan el derecho a subrogarse en la posición jurídica del arrendatario su cónyuge no separado o la persona que conviva con él —siempre que se hallen unidos por una relación asimilable a la conyugal—, y, en su defecto, el familiar que conviva con el arrendatario y le ayude a explotar la finca arrendada. En este contexto, en virtud del contenido del artículo 114, en caso de enajenación de la finca arrendada el adquirente se subrogará en las obligaciones del locador, de modo que la enajenación del bien no supondrá la extinción del arriendo.

Finalmente, según se establece en el artículo 116, los únicos derechos de adquisición que prevalecen sobre los derechos de tanteo y retracto del arrendatario son el retracto de colindantes y el retracto de coherederos y comuneros.

Fuera de estas salvedades, las normas de la Ley 2/2006 tienen carácter dispositivo y, en consecuencia, por lo que respecta a sus contenidos, rige el principio general de primacía de la autonomía de la voluntad de las partes. Partiendo de esta premisa, en los siguientes apartados analizaremos brevemente la regulación de los aspectos más significativos del contrato efectuada por la Ley 2/2006.

### III.2.1. EL BIEN ARRENDADO

De conformidad con el artículo 100 de la Ley 2/2006, puede ser objeto del contrato el uso y aprovechamiento de una o varias fincas rústicas y de los elementos vinculados a ellas con destino agrícola, pecuario o forestal.

Por su parte, los artículos 119 a 126 establecen un régimen jurídico especial aplicable al arrendamiento del lugar acasariado, definido en el propio artículo 119:

«Se entiende por lugar acasariado el conjunto formado por la casa de labor, edificaciones, dependencias y fincas, aunque no sean colindantes, así como toda clase de ganado, maquinaria, aperos de labranza e instalaciones que constituyan una unidad orgánica de explotación agropecuaria, forestal o mixta».

El lugar acasariado —también denominado «casal»— es una institución propia del Derecho histórico de Galicia, que BELLO JANEIRO define del siguiente modo:

«Unidad orgánica de explotación agropecuaria y forestal, instrumentalizada sobre una unidad de bienes, cuyas notas esenciales son la existencia de una casa de labor a la que se encuentra subordinada la explotación, y que es conocida como «casa petrucial», y la interdependencia entre todas las fincas que integran el patrimonio» (38).

### III.2.2. LA RENTA

Según dispone el artículo 101, la renta será la acordada por las partes, las cuales, a su vez, podrán pactar un sistema a través del cual se proceda a su actualización.

El arrendatario deberá satisfacer la renta en el modo, tiempo y lugar convenidos y nada obsta para que consista en la realización de una serie de mejoras sobre la finca. En defecto de pacto, se entenderá que la renta es una cantidad dineraria a abonar por años vencidos en el domicilio del arrendador.

### III.2.3. LA FORMA DEL CONTRATO

A pesar de que, de acuerdo con el artículo 102, el contrato surte efectos con independencia de su forma, ambas partes tienen derecho a compelerse mutuamente a formalizarlo en documento público o privado, sin que exista referencia alguna a quién debe abonar los costes derivados de la formalización.

### III.2.4. LA DURACIÓN DEL CONTRATO

El artículo 103 dispone que el contrato tendrá la duración convenida por las partes; en caso de inexistencia de pacto al respecto, se entenderá celebrado por dos años agrícolas, plazo que resultará prorrogado si así lo estipulan las partes expresamente.

---

(38) BELLO JANEIRO, D. *Los contratos en la Ley... op. cit.*, p. 161.

A continuación, el artículo 104 regula la tácita reconducción del contrato, la cual tendrá lugar si ninguna de las partes notifica a la otra su voluntad de que el arriendo finalice con, al menos, seis meses de antelación a la fecha de terminación del contrato o de sus prórrogas. Si se produjera este supuesto de hecho, el contrato sería tácitamente reconducido por tiempo de dos años.

Transcurrido el plazo de duración previsto por las partes —o, en su defecto, el establecido legalmente— y, en su caso, las prórrogas y la tácita reconducción, el contrato quedará extinguido. Esta causa de conclusión del arriendo se encuentra prevista en el artículo 109, junto con otras dos: la pérdida o expropiación de la finca y la muerte o imposibilidad física del arrendatario para continuar en el uso y aprovechamiento de la finca.

El arrendamiento de un lugar acasariado presenta la peculiaridad de que, de conformidad con el artículo 120, deberá tener una duración mínima de cinco años, si bien, tal y como se desprende del artículo 125, el colono ostenta el derecho a desistir del contrato siempre y cuando notifique su intención al arrendador con más de seis meses de antelación a la terminación del año agrícola.

### III.2.5. EL SUBARRIENDO, LA CESIÓN DEL ARRENDAMIENTO Y LA ENAJENACIÓN DE LOS BIENES

El artículo 105 exige que medie el consentimiento expreso del locador para que el colono pueda ceder el arrendamiento o subarrendar, en todo o en parte, la finca arrendada.

Asimismo, el artículo 121 determina que, en caso de enajenación de un lugar acasariado, el adquirente quedará subrogado en las obligaciones del arrendador, de modo que la enajenación no será causa de extinción del arriendo.

### III.2.6. LAS OBRAS, REPARACIONES Y MEJORAS

El artículo 106 fija el deber del locador de ejecutar las obras y reparaciones que resulten necesarias para mantener los bienes en buen estado y la obligación del arrendatario de ejecutar las reparaciones ordinarias derivadas del uso de la finca.

Además, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 107, tanto el arrendador como el arrendatario pueden llevar a cabo mejoras útiles en la finca arrendada, salvo que, tras cumplir con su deber de comunicar el propósito de ejecutarlas a la contraparte, esta muestre expresamente su disconformidad.

Si el arrendatario efectúa una mejora útil sin oposición expresa del arrendador, el desembolso será compensado de acuerdo con lo convenido por las partes. En defecto de pacto, la compensación consistirá en una de las siguientes opciones: a) el arrendador abonará al locatario el valor que tenga la mejora a la fecha de terminación del contrato; b) el arrendatario retirará la mejora, si bien esta posibilidad únicamente cabe en aquellos supuestos en los que la retirada no implique un deterioro en la finca.

### III.3. La legislación catalana

La Ley 2/2005(39) regula los contratos de integración y deroga la Ley 24/1984 (40), que también lo hacía. Este tipo contractual queda definido en su artículo 1, que dispone:

«Se entiende por integración el sistema de gestión de la explotación ganadera destinado a obtener productos pecuarios en colaboración entre dos partes, una de las cuales, llamada integrador, proporciona los animales y los medios de producción y los servicios que se pacten en el contrato correspondiente, y la otra, llamada integrado, aporta las instalaciones y los demás bienes y servicios necesarios y se compromete al cuidado y mantenimiento del ganado».

La Ley 29/2002, referente a la primera Ley del Código Civil de Cataluña(41), en su artículo 3.f) establece que el Código se compone de seis libros y que en el sexto se regularán las obligaciones y contratos, si bien el mismo aún no ha sido aprobado.

Especial mención merece la Ley 1/2008, sobre Contratos de Cultivo(42), que constituye un instrumento primordial de la política agraria en Cataluña. La Disposición final primera indica que sus preceptos sustituirán a los artículos 337 a 339 de la de la Compilación de Derecho Civil, aprobada por Decreto Legislativo 1/1984 (43), los cuales contenían unas especialidades relativas al contrato de arrendamiento y al de aparcería.

La Ley 1/2008 resulta de aplicación a los contratos de cultivo, entre los que se encuentran el arrendamiento rústico, regulado en el Capítulo II, y la aparcería, regulada en el Capítulo III, en el que también reglamenta la masovería, como contrato de cultivo especial en el que se combinan distintos elementos de la aparcería y del arrendamiento rústico(44). El Capítulo IV contiene la normativa aplicable

(39) Ley 2/2005, de 4 de abril, sobre contratos de integración. *Boletín Oficial del Estado* de 29 de abril de 2005, n.º 102, pp. 14615-14618.

(40) Ley 24/1984, de 28 de noviembre, sobre contratos de integración. *Boletín Oficial del Estado* de 16 de enero de 1985, n.º 14, pp. 1286-1287.

(41) Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña. *Boletín Oficial del Estado* de 6 de febrero de 2003, n.º 32, pp. 4912-4918.

(42) Ley 1/2008, de 20 de febrero, de contratos de cultivo. *Boletín Oficial del Estado* de 7 de abril de 2008, n.º 84, pp. 18929-18936.

(43) Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación de Derecho civil de Cataluña. *Boletín Oficial del Estado* de 27 de julio de 1984, n.º 456, pp. 2205-2239. Sobre las normas derogatorias de diversos artículos de la Compilación trata JOU MIRABENT, L. «Derechos históricos, Compilación y Código Civil: una misma legitimidad». *Jado*, mayo 2011, n.º 21, pp. 140-147.

(44) En esta línea se expresa PUIG BLANES, F., y SOSPEDRA NAVAS, F. J. (coord.) *et. al. Comentarios al Código Civil de Cataluña*. Tomo II. Cizur Menor: Ed. Cizur Menor, 2011, p. 1197.

El artículo 39 de esta norma establece lo siguiente:

- «1. El cultivador o cultivadora tiene la condición de masovero o masovera cuando habita en el mas que hay en la finca como obligación derivada del contrato.
2. El masovero o masovera no debe pagar ninguna contraprestación por el uso del mas, pero esta sigue la suerte del contrato.
3. El masovero o masovera está obligado a explotar y cultivar la finca o explotación agraria según uso y costumbre de buen payés y llevar a cabo las demás actividades que le haya encomendado el propietario o propietaria, de acuerdo con la naturaleza del contrato.
4. La masovería se rige por lo que libremente hayan convenido las partes y, en defecto de pacto, por los usos y costumbres de la comarca».

al arrendamiento con finalidad de conservar el patrimonio natural y al arrendamiento de pastos.

El Capítulo I, compuesto por los artículos 1 a 10, contiene las disposiciones generales aplicables a estos contratos y a todos aquellos mediante los que se ceda onerosamente el aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal de una finca rústica (45).

Como establece el artículo 8, los contratos de cultivo se rigen, en primer lugar, por las disposiciones imperativas de la Ley, en segundo lugar por los pactos efectuados por las partes, en tercer lugar por los usos y costumbres de la comarca y, finalmente, por las normas dispositivas de la Ley.

A continuación, nos centraremos en los aspectos más relevantes del contrato de arrendamiento rústico regulados por esta norma.

### III.3.1. EL BIEN ARRENDADO

El bien arrendado puede ser una finca rústica o una explotación agraria, siempre que su aprovechamiento principal sea agrícola, pecuario o forestal.

### III.3.2. LA RENTA

La renta viene regulada en los artículos 13 a 16. Será la convenida por las partes, que también podrán acordar un sistema de actualización, y consistirá en una cantidad de dinero, de frutos o en la realización de mejoras sobre la finca.

El arrendatario deberá satisfacer la renta en el momento y lugar convenidos; en defecto de pacto al respecto, el pago se efectuará de conformidad con lo establecido por la Costumbre de la comarca y, en caso de inexistencia de esta, se abonará por anualidades vencidas en el domicilio del arrendador.

### III.3.3. LA FORMA DEL CONTRATO

El artículo 7 establece que los contratos de cultivo, entre los que se encuentra el arriendo rústico, deben formalizarse por escrito, en documento público o privado. En este sentido, las partes pueden compelerse mutuamente a la elevación del contrato a escritura pública, debiendo abonar los gastos que ello conlleve quien formule la petición.

---

(45) No obstante, el artículo 4 excluye del ámbito de aplicación de la Ley determinados contratos relativos a fincas rústicas. Su contenido es el siguiente:

«No son objeto de la presente Ley los contratos relativos a fincas rústicas en los siguientes casos:

- a) Si el cultivo para el cual se cede la finca es de duración inferior al año agrícola.
- b) Si la finalidad es una prestación de servicios al propietario o propietaria, como por ejemplo la preparación de la tierra para la siembra o plantación.
- c) Si se cede solamente el derecho a abonar con deyecciones ganaderas.
- d) Si se ceden solamente aprovechamientos relativos a la caza.
- e) Si se cede una explotación ganadera de carácter intensivo, sin tierras de cultivo.
- f) Si la cesión del uso de la finca no tiene la finalidad de destinarla a una actividad agrícola, ganadera o forestal, salvo lo establecido en el artículo 40».

De la lectura del precepto y de la Exposición de Motivos, en la que se indica que «en materia de forma, se establece la obligatoriedad de formalizar los contratos por escrito y el derecho de cada parte a exigir de la otra la documentación en escritura pública del contrato», parece deducirse que la exigencia de forma escrita lo es *ad solemnitatem*. Pero, teniendo en cuenta que cuando tal ha sido la voluntad del legislador catalán lo ha hecho de forma más explícita, detallando las consecuencias que tendrían lugar en caso de incumplimiento de esta obligación, y que los contratos de cultivo se inspiran en el principio de autonomía de la voluntad, podría tratarse de un requisito *ad probationem* (46).

### III.3.4. LA DURACIÓN DEL CONTRATO

El contrato tendrá la duración estipulada por los contratantes, siempre que respeten la norma imperativa prevista en el artículo 17, consistente en que el plazo sea de, al menos, siete años.

El artículo 18 regula la tácita reconducción del contrato, que tendrá lugar si ninguna de las partes notifica a la otra su voluntad de que el arriendo finalice con, al menos, un año de antelación a su vencimiento. En este supuesto, el contrato sería tácitamente reconducido por tiempo de cinco años, salvo que las partes hubieran acordado una prórroga superior. No obstante, el desistimiento unilateral del arrendatario es causa de terminación del arriendo, siempre y cuando lo realice de conformidad con lo dispuesto por el artículo 19, esto es, deberá notificar su voluntad al arrendador con una anticipación mínima de seis meses y continuar en el cultivo de la finca hasta la finalización del año agrícola.

### III.3.5. EL SUBARRIENDO, LA CESIÓN DEL ARRENDAMIENTO Y LA ENAJENACIÓN DE LOS BIENES

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 32, el arrendatario únicamente puede subarrendar los bienes o ceder el arriendo si cuenta con el consentimiento expreso del arrendador, si bien se exceptúa de este requisito a las Administraciones Públicas que actúen como locatarías.

Por otra parte, el artículo 33 establece que el colono ostenta un derecho de adquisición preferente sobre los bienes arrendados en caso de compraventa, permuta, dación en pago, donación *inter vivos* o aportación a sociedad, de tal forma que tiene prioridad incluso respecto a los derechos que puedan corresponder a los propietarios de fincas colindantes.

(46) La misma opinión expresa PUIG BLANES, F., y SOSPEDRA NAVAS, F. J. (coord.) *et. al. Comentarios al Código Civil de Cataluña... op. cit.*, pp. 1155-1156.

En este contexto, el artículo 4 de la ya citada Ley 2/2005, de Contratos de Integración, establece la nulidad de pleno derecho de los contratos celebrados verbalmente:

«1. El contrato de integración debe formalizarse por escrito según el modelo homologado por resolución del consejero o consejera del departamento competente en materia de ganadería. Este contrato debe ponerse a disposición de los servicios de dicho departamento cuando se requiera a cualquiera de las partes.

2. La duración mínima del contrato de integración debe coincidir con la duración del ciclo productivo correspondiente.

3. Los contratos verbales son nulos de pleno derecho».

### III.3.6. LAS OBRAS, REPARACIONES Y MEJORAS

En virtud de lo dispuesto por el artículo 20, los gastos ordinarios de conservación y reparación derivados de la actividad de cultivo corresponden al arrendatario. En cambio, de acuerdo con lo enunciado por el artículo 21, los gastos extraordinarios de conservación y reparación derivados de la obligación de mantener los bienes en buen estado son a cargo del arrendador.

Por lo que respecta a las mejoras, el artículo 22 afirma que cada uno de los contratantes debe efectuar aquellas que le sean impuestas por la Ley, por resolución judicial o administrativa firme o por acuerdo de una comunidad de regantes. Si las impuestas al locador implican un incremento importante en el rendimiento de la finca, tendrá derecho a percibir una renta mayor. En cuanto a las mejoras obligatorias a cargo del colono, si subsisten al final del contrato, tendrá derecho a que el locador le abone el coste del material empleado en su ejecución.

El artículo 23 regula el régimen de las mejoras voluntarias a efectuar por el arrendatario, para lo cual deberá notificar fehacientemente al arrendador su voluntad de ejecutarlas. Si este no se opone a su realización en el plazo de quince días, a contar desde la recepción de la notificación, las obras se entienden autorizadas.

### III.4. Otras legislaciones autonómicas

En la Comunitat Valenciana, la Ley 3/2013, de 26 de julio (47), dedica su Título II a la regulación del arrendamiento rústico histórico, entendido como el contrato de duración indefinida mediante el que se procede a la cesión del uso de una o varias fincas rústicas (o de parte de ellas) radicadas en la Comunitat Valenciana a cambio del pago de una renta (48). Como se indica en su Exposición de Motivos, la ley se aprobó con el propósito de dotar a esta institución de una regulación escrita completa, si bien es cierto que tomó como base lo dispuesto en la Ley 6/1986, de Arrendamientos Históricos Valencianos (49), que quedó derogada. Teniendo en cuenta que esta tipología contractual se hallaba regida por la Costumbre, ambas normativas fueron aprobadas en ejercicio de la competencia exclusiva de conservación, desarrollo y modificación del Derecho civil foral valenciano establecida en el artículo 49.1.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (50), en relación con su Disposición transitoria tercera, competencia esta que fue objeto de polémica doctrinal e incluso de recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno del Estado el 18 de marzo de 1987, tras la aprobación de la Ley de Arrendamientos Históricos de 1986. Alegaba el Abo-

---

(47) Ley 3/2013, de 26 de julio, de los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias. *Boletín Oficial del Estado* de 16 de septiembre de 2013, n.º 222, pp. 70340-70361.

(48) Vid. CLEMENTE MEORO, M. «Los arrendamientos históricos valencianos». En LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (coord.) *et. al. Curso de Derecho civil valenciano*. Valencia: Ed. Revista General de Derecho, 2000, p. 628.

(49) Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de arrendamientos históricos valencianos. *Boletín Oficial del Estado* de 16 de enero de 1987, n.º 14, pp. 1192-1193.

(50) Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. *Boletín Oficial del Estado* de 10 de julio de 1982, n.º 164, pp. 18813-18825. Esta norma fue modificada mediante la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril. *Boletín Oficial del Estado* de 11 de abril de 2006, n.º 86, pp. 13934-13954.

gado del Estado, entre otras causas, que la competencia autonómica en materia de Derecho civil presupone la vigencia de un Derecho foral en el momento en que se promulgó la Constitución y que esta premisa no se cumplía en el caso de Valencia. Al respecto, debemos indicar que Felipe V, en el año 1707, abolió todo su Derecho privado y público (51), de modo que, durante el siglo XVIII, se adaptaron al Derecho castellano unas instituciones que venían siendo reguladas durante los cinco siglos anteriores por un régimen foral (52). Sin embargo, quedaron vestigios del mismo, con lo que la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/1992, de 28 de septiembre, pudo afirmar con rotundidad la competencia legislativa de la Generalitat Valenciana en materia de Derecho civil, si bien limitada a las instituciones consuetudinarias en vigor (53).

Por otra parte, la Ley 3/2013 regula, además del contrato de arrendamiento histórico, otros contratos agrarios tradicionalmente regulados exclusivamente por el Derecho consuetudinario. En este sentido, el Título I se refiere a la venta a ojo o estimada, a la venta al peso o per arrovat y a la figura del corredor o alfarrassador, como modalidades especiales del contrato de compraventa; el Título III centra su atención en los censos forales valencianos; y, finalmente, el Título IV reglamenta el tornallom, entendido como un trabajo de buena vecindad en virtud del cual los agricultores titulares de explotaciones próximas se ayudan en sus respectivas labores agrarias, sin que medie retribución alguna, de tal forma que quien hubiera prestado su colaboración podrá exigirle de quien la hubiera recibido.

En Navarra, la Compilación de 1973 (54) se autodefine como «historicista», si bien al tipificar legalmente el régimen histórico lo modificó profundamente (55). Sus leyes 588 a 596 regulan el arrendamiento de cosas, pero no existe una norma específica sobre arrendamientos rústicos.

Por otra parte, el artículo 599 del Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011 (56), contiene normas supletorias para los contratos de ganadería. A estos contratos se refería también el Título IV de la hoy derogada Ley 8/2010, de Derecho Civil Patrimonial (57).

(51) Puede verse BLASCO GASCÓ, F. «El desarrollo del Derecho civil valenciano: la Ley de régimen económico matrimonial valenciano». *Revista Jurídica de Navarra*, 2008, n.º 46, pp. 46-47.

(52) Al respecto, véase VERDERA SERVER, R. «¿Hacia dónde va el Derecho civil valenciano?». En SERRANO GÁZQUEZ, L. (coord.) *et. al. ¿Hacia dónde van los Derechos civiles autonómicos? El futuro de los Derechos civiles autonómicos*. Madrid: Grupo Difusión, 2011, pp. 283-285.

(53) Para ampliar el conocimiento sobre esta materia consúltese CLEMENTE MEORO, M. «Los arrendamientos históricos valencianos». En LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (coord.) *et. al. Curso de Derecho civil valenciano... op. cit.*, pp. 619-628. Asimismo, *vid.* RÚA MORENO, J. L. de la. *Arrendamientos Históricos Valencianos. Doctrina Jurisprudencial de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2002, pp. 17-18.

(54) Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil foral de Navarra. *Boletín Oficial del Estado* de 7 de marzo de 1973, n.º 57, pp. 4537-4547.

(55) En este sentido se expresa ÁLVAREZ CAPARROCHIPI, J. A. «Derecho civil foral de Navarra». En SERRANO GÁZQUEZ, L. (coord.) *et. al. ¿Hacia dónde van los Derechos civiles autonómicos? El futuro de los Derechos civiles autonómicos*. Madrid: Ed. Grupo Difusión, 2011, p. 229.

(56) Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código de Derecho Foral de Aragón», el texto refundido de las leyes civiles aragonesas. *Boletín Oficial del Estado* de 29 de marzo de 2011, n.º 67, pp. 6490-6616.

(57) Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial. *Boletín Oficial de Aragón* de 24 de enero de 2011, n.º 20, pp. 7267-7283.



En las Islas Baleares, la Compilación de Derecho Civil de 1961 (58) regulaba la sociedad rural, que podría englobarse en el contrato de aparcería (59). Esta figura queda reglamentada también en la Compilación de 1990 (60), mediante la cual se reformó el texto vigente hasta el momento, si bien la reforma fue más extensa que intensa (61). De este modo, en su artículo 64, reconoce para Menorca la sociedad rural, y en el artículo 86 se refiere a la explotación a «majoral», que consiste en un convenio agrícola parciario.

#### IV. Conclusiones

La Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, modificada mediante Ley 26/2005, resulta de aplicación al contrato en virtud del cual se produce la cesión temporal de una finca para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal, a cambio de una renta, siempre y cuando el mismo haya sido celebrado con posterioridad a la entrada en vigor de la citada norma y en una comunidad autónoma que carezca de Derecho civil propio regulador del contrato de arrendamiento rústico.

Teniendo en cuenta que en el País Vasco no existe una legislación reguladora de este tipo contractual, la LAR 2003 es plenamente aplicable a los arrendamientos celebrados en su territorio. No obstante, la Propuesta de Ley Civil Vasca de 2012 remitida a las correspondientes instituciones públicas por la Academia Vasca de Derecho y el Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia predica para la Comunidad Autónoma una regulación del arrendamiento rústico basada en distintas tradiciones vascas. En efecto, como acreditamos en investigaciones realizadas previamente, con anterioridad a la unificación legislativa efectuada por el Código Civil existía un Derecho civil vasco regulador de este contrato que se inspiraba en los mismos principios y presentaba unos contenidos de idéntica naturaleza en los tres territorios históricos.

En el mismo sentido, el Pleno del Parlamento Vasco adoptó una resolución en 2013 a fin de proclamar la necesidad y urgencia de aprobar una ley que actualice la regulación del Derecho civil vasco, con lo que, en el caso de que esta iniciativa siguiera adelante, el contrato de arrendamiento rústico podría quedar regulado en el seno de nuestra Comunidad, como viene ocurriendo en otras desde hace años.

---

Sobre esta norma trata MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M. «Iniciativas legislativas en los Derechos civiles territoriales. Aragón». *Jado*, mayo 2011, n.º 21, pp. 119-120.

(58) Ley 5/1961, de 19 de abril, por la que se aprueba la Compilación de Derecho civil especial de las Islas Baleares. *Boletín Oficial del Estado* de 21 de abril de 1961, n.º 95, pp. 6056-6061.

(59) *Vid.* AA.VV. «Capítulo I: Disposiciones Generales». En CABALLERO LOZANO, J. M. (coord.) *et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos... op. cit.*, p. 59.

(60) Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares. *Boletín Oficial de las Islas Baleares* de 2 de octubre de 1990, n.º 120, p. 6097-6103.

Para ampliar la información relativa a la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares puede verse FERRER VANRELL, M. P. *La aplicación del Derecho como elemento reforzador de la soberanía (Estudio histórico del derecho supletorio en Mallorca)*. Palma: Ed. Edicions UIB, 2001, pp. 158-163.

(61) Así lo indica TORRES LANA, J. A. «¿Hacia dónde va el Derecho civil de las Islas Baleares?». En SERRANO GÁZQUEZ, L. (coord.) *et. al. ¿Hacia dónde van los Derechos civiles autonómicos? El futuro de los Derechos civiles autonómicos*. Madrid: Ed. Grupo Difusión, 2011, pp. 101-102.

Al respecto, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, regula el contrato de arrendamiento rústico. También tiene una legislación propia Cataluña, materializada en la Ley 1/2008, sobre Contratos de Cultivo. El legislador, a través de ambas disposiciones, ha logrado adaptar la regulación del contrato que nos ocupa a las necesidades propias de los arrendadores y arrendatarios gallegos y catalanes, dado que establecen normas específicas relativas a cada uno de los elementos que lo conforman y a las obligaciones de las partes.

También destaca la normativa existente en otras comunidades autónomas, como la Ley 3/2013, de 26 de julio, en la que se regulan distintos contratos agrarios celebrados en la Comunitat Valenciana, entre ellos el arrendamiento rústico histórico.

## V. Bibliografía

- ACADEMIA VASCA DE DERECHO E ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DEL SEÑORÍO DE BIZKAIA. *Propuesta de Ley Civil Vasca*. Bilbao: Ed. Academia Vasca de Derecho - Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia, 2012.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. *La aparcería industrial (una figura contractual ignorada)*. Barcelona: Ed. José María Bosch Editor, 1992.
- ÁLVAREZ CAPARROCHIPÍ, José Antonio. «Derecho civil foral de Navarra». En SERRANO GÁZQUEZ, L. (coord.) et. al. *¿Hacia dónde van los Derechos civiles autonómicos? El futuro de los Derechos civiles autonómicos*. Madrid: Ed. Grupo Difusión, 2011, pp. 217-237.
- ARTIACH CAMACHO, Saioa.
- «El contrato de arrendamiento en la Historia de Andoain (siglos XVI-XIX)». *Leyzaur Revista de Estudios Históricos de Andoain*, 2010, n.º 11, pp. 9-112.
  - «El arrendamiento rústico en el Derecho civil vasco (siglos XVI-XIX). Las obligaciones de los contratantes y las consecuencias de su incumplimiento». [http://www.forulege.com/dokumentuak/El\\_arrendamiento\\_rustico\\_en\\_el\\_Derecho\\_civil\\_vasco\\_siglos\\_XVI-XIX\\_Las\\_obligaciones\\_de\\_los\\_contratantes\\_y%20las\\_consecuencias\\_de\\_su\\_incumplimiento.pdf](http://www.forulege.com/dokumentuak/El_arrendamiento_rustico_en_el_Derecho_civil_vasco_siglos_XVI-XIX_Las_obligaciones_de_los_contratantes_y%20las_consecuencias_de_su_incumplimiento.pdf) (última consulta 15 de septiembre de 2014).
  - *Aspectos sustantivos y procesales del contrato de arrendamiento rústico en el Derecho civil de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa de los siglos XVI a XIX. Un medio para la gestión del patrimonio de la persona*. Oñati: Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, 2014.
  - «La regulación del contrato de arrendamiento rústico en la Ley 49/2003, de 26 de noviembre». *Revista de Empresa, Derecho y Sociedad*, enero-junio 2014, n.º 4, pp. 175-209.
- AA.VV. «Capítulo I: Disposiciones Generales». En CABALLERO LOZANO, José María (coord.) et. al. *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*. 2.ª edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2006, pp. 43-159.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael, y MAS BADÍA, María Dolores. «Prólogo». En: BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael, y MAS BADÍA, María Dolores (dir.) et. al. *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Ley 49/2003, de 26 de noviembre, modificada por Ley 26/2005, de 30 de noviembre*. Madrid: Ed. Tecnos, 2006, pp. 27-29.
- BELLO JANEIRO, Domingo. *Los contratos en la Ley de Derecho Civil de Galicia*. Madrid: Ed. Reus, 2008.
- BLASCO GASCÓ, Francisco de Paula. «El desarrollo del Derecho civil valenciano: la Ley de régimen económico matrimonial valenciano». *Revista Jurídica de Navarra*, 2008, n.º 46, pp. 45-68.
- CARRETERO GARCÍA, Ana. «Capítulo I: Disposiciones generales». En CABALLERO LOZANO, José María (coord.) et. al. *Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*. 2.ª edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2006.
- CASAS-MERCADÉ, Fernando. *Las aparcerías y sus problemas*. 2.ª edición. Barcelona: Ed. Bosch, 1956.

- CLEMENTE MEORO, Mario. «Los arrendamientos históricos valencianos». En LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (coord.) *et. al. Curso de Derecho civil valenciano*. Valencia: Ed. Revista General de Derecho, 2000, pp. 619-676.
- COBACHO GÓMEZ, José Antonio. *La regulación de los arrendamientos rústicos en el Código Civil*. Murcia: Ed. Secretariado de publicaciones de la Universidad de Murcia, 1989.
- CUESTA SÁENZ, José María de la. «Capítulo IX: De las aparcerías». En CABALLERO LOZANO, José María (coord.) *et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*. 2.ª edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2006, pp. 459-475.
- CUESTA SÁENZ, José María de la, y POVEDA BERNAL, Margarita Isabel. *Comentario a la Ley de Arrendamientos Rústicos (Ley 49/2003, de 26 de noviembre)*. Madrid: Ed. Iustel, 2006.
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, José Luis. «Introducción». En CABALLERO LOZANO, José María (coord.) *et. al. Comentario de la Ley de Arrendamientos Rústicos*. 2.ª edición. Madrid: Ed. Dykinson, 2006, pp. 23-42.
- FERRER VANRELL, María Pilar. *La aplicación del Derecho como elemento reforzador de la soberanía (Estudio histórico del derecho supletorio en Mallorca)*. Palma: Ed. Edicions UIB, 2001.
- GÓMEZ ESTRADA, César. *De los principales contratos civiles*. 3.ª edición. Santa Fe de Bogotá: Ed. Editorial Temis, 1996.
- HERRERA CAMPOS, Ramón. *La aparcería agrícola. Regulación legal y su evolución histórica*. Almería: Ed. Universidad de Almería, 2006.
- JOU MIRABENT, Lluís. «Derechos históricos, Compilación y Código Civil: una misma legitimidad». *Jado*, mayo 2011, n.º 21, pp. 121-154.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María. «Iniciativas legislativas en los Derechos civiles territoriales. Aragón». *Jado*, mayo 2011, n.º 21, pp. 105-120.
- MONASTERIO ASPIRI, Itziar. «En homenaje a D. Javier Oleaga Echeverría». *JADO*, junio 2013, n.º 24, pp. 25-32.
- MUÑOZY NÚÑEZ DE PRADO, Jesús. *Arrendamiento y desahucio de fincas rústicas*. Madrid: Ed. García Enciso, 1947.
- PUIG BLANES, Francisco de Paula, y SOSPEDRA NAVAS, Francisco José (coord.) *et. al. Comentarios al Código Civil de Cataluña*. Tomo II. Cizur Menor: Ed. Cizur Menor, 2011.
- REBOLLEDO VARELA, Ángel. «La iniciativa legislativa en el Derecho Civil de Galicia». *Jado*, mayo 2011, n.º 21, pp. 71-87.
- RÚA MORENO, José Luis de la. *Arrendamientos Históricos Valencianos. Doctrina Jurisprudencial de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, 2002.
- TORRES LANA, José Antonio. «¿Hacia dónde va el Derecho civil de las Islas Baleares?». En SERRANO GÁZQUEZ, L. (coord.) *et. al. ¿Hacia dónde van los Derechos civiles autonómicos? El futuro de los Derechos civiles autonómicos*. Madrid: Ed. Grupo Difusión, 2011, pp. 91-115.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan Berchmans. *Estudios varios sobre obligaciones, contratos, empresas y sociedades*. Madrid: Ed. Editorial Montecorvo, 1980.
- VERDERA SERVER, Rafael. «¿Hacia dónde va el Derecho civil valenciano?». En SERRANO GÁZQUEZ, L. (coord.) *et. al. ¿Hacia dónde van los Derechos civiles autonómicos? El futuro de los Derechos civiles autonómicos*. Madrid: Ed. Grupo Difusión, 2011, pp. 277-304.
- VICARIO DE LA PEÑA, Nicolás. *Derecho Consuetudinario de Vizcaya*. Bilbao: Ed. Diputación Foral de Bizkaia - Universidad de Deusto, 1995.

## VI. Legislación

- Ley 5/1961, de 19 de abril, por la que se aprueba la Compilación de Derecho civil especial de las Islas Baleares. *Boletín Oficial del Estado* de 21 de abril de 1961, n.º 95, pp. 6056-6061.
- Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho civil foral de Navarra. *Boletín Oficial del Estado* de 7 de marzo de 1973, n.º 57, pp. 4537-4547.
- Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos. *Boletín Oficial del Estado* de 30 de enero de 1981, n.º 26, pp. 2149-2161.

- Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. *Boletín Oficial del Estado* de 10 de julio de 1982, n.º 164, pp. 18813-18825.
- Decreto Legislativo 1/1984, de 19 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación de Derecho civil de Cataluña. *Boletín Oficial del Estado* de 27 de julio de 1984, n.º 456, pp. 2205-2239.
- Ley 24/1984, de 28 de noviembre, sobre contratos de integración. *Boletín Oficial del Estado* de 16 de enero de 1985, n.º 14, pp. 1286-1287.
- Ley 6/1986, de 15 de diciembre, de arrendamientos históricos valencianos. *Boletín Oficial del Estado* de 16 de enero de 1987, n.º 14, pp. 1192-1193.
- Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprobó el texto refundido de la Compilación de Derecho civil de las Islas Baleares. *Boletín Oficial de las Islas Baleares* de 2 de octubre de 1990, n.º 120, pp. 6097-6103.
- Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho civil foral del País Vasco. *Boletín Oficial del País Vasco* de 7 de agosto de 1992, n.º 153, pp. 6989-7077.
- Ley 3/1993, de 16 de abril, de aparcerías y arrendamientos rústicos históricos de Galicia. *Boletín Oficial del Estado* de 11 de mayo de 1993, n.º 112, pp. 13896-13897.
- Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia. *Boletín Oficial del Estado* de 27 de junio de 1995, n.º 152, pp. 19241-19256.
- Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias. *Boletín Oficial del Estado* de 5 de julio de 1995, n.º 159, pp. 20394-20404.
- Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña. *Boletín Oficial del Estado* de 6 de febrero de 2003, n.º 32, pp. 4912-4918.
- Reglamento (CE) n.º 1782/2003 del Consejo, de 29 de septiembre, por el que se establecen disposiciones comunes aplicables a los regímenes de ayuda directa en el marco de la política agrícola común y se instauran determinados regímenes de ayuda a los agricultores y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) n.º 2019/93, (CE) n.º 1452/2001, (CE) n.º 1453/2001, (CE) n.º 1454/2001, (CE) n.º 1868/94, (CE) n.º 1251/1999, (CE) n.º 1254/1999, (CE) n.º 1673/2000, (CEE) n.º 2358/71 y (CE) n.º 2529/2001. *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L 270, de 21 de octubre de 2003, pp. 1-69.
- Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de arrendamientos rústicos. *Boletín Oficial del Estado* de 27 de noviembre de 2003, n.º 284, pp. 42239-42246.
- Ley 2/2005, de 4 de abril, sobre contratos de integración. *Boletín Oficial del Estado* de 29 de abril de 2005, n.º 102, pp. 14615-14618.
- Ley 26/2005, de 30 de noviembre, que modifica la Ley 49/2003 de arrendamientos rústicos. *Boletín Oficial del Estado* de 1 de diciembre de 2005, n.º 287, pp. 39414-39418.
- Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. *Boletín Oficial del Estado* de 11 de abril de 2006, n.º 86, pp. 13934-13954.
- Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia. *Boletín Oficial del Estado* de 11 de agosto de 2006, n.º 191, pp. 30073-30100.
- Ley 1/2008, de 20 de febrero, de contratos de cultivo. *Boletín Oficial del Estado* de 7 de abril de 2008, n.º 84, pp. 18929-18936.
- Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial. *Boletín Oficial de Aragón* de 24 de enero de 2011, n.º 20, pp. 7267-7283.
- Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código de Derecho Foral de Aragón», el texto refundido de las leyes civiles aragonesas. *Boletín Oficial del Estado* de 29 de marzo de 2011, n.º 67, pp. 6490-6616.
- Ley 3/2013, de 26 de julio, de los contratos y otras relaciones jurídicas agrarias. *Boletín Oficial del Estado* de 16 de septiembre de 2013, n.º 222, pp. 70340-70361.

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Landa-errentamenduaren kontratua arautzen du estatuko 49/2003 Legeak, 26/2005 Legearen bidez aldatuak, baina ez da aplikagarria Zuzenbide zibil berezi bat daukaten autonomia-erkidegoetan. Euskal Autonomia Erkidegoan orain arte ez da kontratu mota horri buruzko araurik hartu, baina Galizian eta Katalunian legegilea bere eskumenez baliatu eta xedapenak hartu ditu, kontuan hartuz zer nolakoak diren lurraldea, bertako ondatsunak, eta errenta-emaitzen eta errenta-hartzaileen beharrak. Halaber, aipagarria da beste autonomia-erkidego batzuetako arautegia, non landa-errentamenduarekin harreman estua duten nekazaritza-kontratuak agertzen diren.

**HITZ GAKOAK:** Kontratua. Errentamendua. Landa-errentamendua. Legeria. Autonomia-erkidegoak.

**RESUMEN:** El contrato de arrendamiento rústico queda regulado, a nivel estatal, por la Ley 49/2003, modificada mediante la Ley 26/2005, si bien la misma no resulta aplicable en aquellas comunidades autónomas que disponen de un Derecho civil propio escrito en la materia. A diferencia de lo que ocurre en el País Vasco, donde, hasta la fecha, no se ha adoptado norma alguna relativa a este tipo contractual, en Galicia y Cataluña el legislador ha ejercido la competencia que ostenta en la materia y ha adoptado disposiciones que tienen muy presentes las características de su territorio, de los bienes sitios en el mismo y de las necesidades de sus arrendadores y arrendatarios. Asimismo, resulta destacable la normativa existente en otras comunidades autónomas, en la que se regulan distintos contratos agrarios que guardan una estrecha relación con el arrendamiento rústico.

**PALABRAS-CLAVE:** Contrato. Arrendamiento. Rústico. Legislación. Comunidades autónomas.

**ABSTRACT:** The contract of land tenancy is regulated at the state level by Act 49/2003 amended by Act 26/2005 even though it is not applicable to those autonomous communities with their own written civil law on the subject. Unlike in the Basque Country, where no regulation has been adopted regarding this type of contract so far, in Galicia and Cataluña the legislators have exercised their competence on the subject and have adopted provisions that have the characteristics of their territories, goods placed therein and the needs of tenants and lessors very present. Likewise, it is remarkable the existing normative in other autonomous communities where different agrarian contracts with a close connection with land tenancy are regulated.

**KEYWORDS:** Contract. Tenancy. Land. Legislation. Autonomous Communities.



# La distribución de competencias en materia energética: bloque de constitucionalidad y jurisprudencia constitucional

Xabier Arzo Santisteban

**Sumario:** I. Introducción.—II. Bloque de constitucionalidad. II.1. Los títulos competenciales estatales. II.2. Los títulos competenciales autonómicos.—III. Jurisprudencia constitucional sobre el art. 149.1.22 CE. III.1. Criterios generales. III.2. Supuestos concretos analizados.—IV. Jurisprudencia constitucional sobre el art. 149.1.25 CE. IV.1. Cuestiones de encuadramiento material. IV.2. Articulación con el título competencial del art. 149.1.13 CE. IV.3. Alcance de las bases del régimen energético.—V. Conclusión.

## I. Introducción

El sector energético es crucial en las economías desarrolladas y su importancia económica y geoestratégica no ha dejado de crecer en la globalización. Desde el punto de vista jurídico, el sector energético se caracteriza por tres rasgos principales: la incesante adaptación de la regulación, la progresiva liberalización y la influencia del Derecho de la Unión.

La modernización de la regulación del sector energético comenzó en España con la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico y la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos: ambas han sido objeto de numerosas modificaciones durante la última década. Durante este tiempo se han producido cambios fundamentales en el sector eléctrico que han provocado la continua actuación del legislador: recientemente se ha dotado al sistema eléctrico de un nuevo marco normativo, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del sector eléctrico. En cambio, otras regulaciones, como por ejemplo la Ley 25/1964, de 29 de abril, de energía nuclear, se han preservado en lo esencial, solo complementada con la Ley 15/1980, de 22 de abril, de creación del Consejo de Seguridad Nuclear y, a nivel reglamentario, con un nuevo reglamento sobre instalaciones nucleares y radioactivas aprobado por el Real Decreto 1836/1999. (1)

---

(1) A. BARCELÓ se muestra muy crítico con esta forma de legislar: el nuevo reglamento «establece un esquema que muy poco tiene que ver con el de la Ley de 1964... [Esta] carece de significado y virtualidad normativa por su obsolescencia, agravada por el hecho de tratarse de una norma preconstitucional, muy anterior al estado de las autonomías, y cuya pervivencia sólo puede explicarse por motivaciones “meta-jurídicas” basadas en obviar el hecho nuclear, ocultándolo al debate democrático y social». *Vid.* A. BARCELÓ, «La delegación de competencias ejecutivas en las CCAA en materia de energía nuclear», en M. Balado Ruiz-Gallegos (Dir.), *La España de las autonomías. Reflexiones 25 años después*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 795-808, aquí p. 801.

La segunda línea directriz de la regulación energética es la progresiva liberalización. Modernización y liberalización van a menudo de la mano. La liberalización implica pasar, normalmente de forma escalonada, de un régimen de monopolio al régimen de mercado. La aprobación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico, supuso el inicio del proceso de liberalización progresiva del sector mediante la apertura de las redes a terceros, el establecimiento de un mercado organizado de negociación de la energía y la reducción de la intervención pública en la gestión del sistema. En la actualidad la ordenación del servicio de suministro de energía eléctrica conlleva la distinción entre actividades realizadas en régimen de monopolio natural y otras en régimen de mercado. El nuevo modelo regulador implica una intervención normativa y administrativa notable de los poderes públicos en el sector energético, con frecuencia a través de entes reguladores independientes.

Finalmente, la regulación del sector viene condicionada por la pertenencia a la Unión Europea. (2) El primer objetivo de la política energética de la Unión ha sido, desde hace dos décadas, la construcción del mercado interior energético, garantizando el funcionamiento del mercado europeo de la energía y el abastecimiento energético de la Unión y fomentando la eficiencia energética y la interconexión de las redes energéticas (art. 194 TFUE). La última adaptación de la normativa europea se produjo en julio de 2009: se trata de nuevas versiones de las Directivas sobre el mercado interior de la electricidad y el mercado del gas (3) y de los Reglamentos sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y de electricidad. (4) Al mismo tiempo se ha creado una Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía. (5) El plazo de transposición de las citadas Directivas finalizó el 3 de marzo de 2011. No obstante, el mercado europeo de la energía tiene todavía importantes déficits. (6)

Por otra parte, el Tratado de Lisboa ha incluido la energía entre las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros [art. 4.2 i) TFUE]: ello augura un mayor protagonismo en el futuro a la regulación proveniente de la Unión. Los Estados miembros podrán legislar en la medida en que la Unión no haya ejercido su compe-

(2) Vid. J. I. GAFO FERNÁNDEZ y R. RENDEIRO MARTÍN-CEJAS, «El sector de la energía y la Unión Europea: historia de veinticinco años de pertenencia a la Unión», en C. F. Molina del Pozo (dir.), *Veinticinco años de impacto del Derecho comunitario en el Derecho español*, Linceus, Madrid, pp. 491-512.

(3) Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE y sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE, respectivamente.

(4) Reglamentos (CE) núm. 714/2009 y 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1228/2003, y sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1775/2005, respectivamente.

(5) Reglamento (CE) núm. 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía. Al respecto puede verse E. CHITI, «La reforma del marco institucional europeo en los sectores de la energía eléctrica y del gas y de las comunicaciones electrónicas», *Redeti. Revista del Derecho de las Telecomunicaciones, Transportes e Infraestructuras*, núm. 32, 2008, pp. 11-40.

(6) Vid. G. MAESTRO BUELGA, M. A. GARCÍA HERRERA y E. VÍRGALA FORURIA (eds.), *La construcción del mercado europeo de la energía*, Editorial Comares, Granada, 2011.



tencia. Ello, naturalmente, tendrá incidencia en el alcance de las competencias estatales y autonómicas. (7)

Las líneas directrices brevemente sintetizadas en los párrafos anteriores explican quizá que la mitad de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la distribución competencial en materia energética haya sido adoptada en los últimos cuatro años. (8) Esa jurisprudencia reciente ha abordado entre otros problemas la conformidad constitucional de las leyes autonómicas de protección de la calidad del suministro eléctrico, el alcance de las bases del sector eléctrico, la incidencia de las peculiaridades geográficas sobre el alcance de lo básico y la prohibición autonómica del llamado *fracking*. Por todo ello, parece oportuno pasar revista en este artículo a la jurisprudencia constitucional sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia energética. Antes de ello debemos examinar el marco constitucional de distribución competencial.

## II. Bloque de constitucionalidad

El marco constitucional de distribución de competencias en materia energética es complejo porque no se reduce a un único título sectorial. Se entrecruzan y acumulan títulos sectoriales generales y específicos, además de los títulos horizontales y funcionales de carácter transversal.

La doctrina ha subrayado que el marco constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia energética es deudor de la estructura del sector existente durante la transición, (9) por una parte, y de la efervescencia social y ciudadana contra el uso comercial de la energía nuclear, (10) por otra. Ello explicaría varias peculiaridades del diseño constitucional en esta materia: la referencia explícita al sector eléctrico y la inexistencia de mención de los sectores gaseístico y nuclear; que la referencia a la autorización de las instalaciones eléctricas aparezca inmediatamente después de los aprovechamientos hidráulicos (art. 149.1.22 CE); que la energía acompañe a la minería en el mismo epígrafe (art. 149.1.25 CE); así como el reconocimiento expreso de la posibilidad de asunción de competencias por

---

(7) Sobre las posibilidades regulatorias de la Unión en materia de energías renovables *vid.* M. PEETERS, «Governing towards renewable energy in the EU: competences, instruments, and procedures», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 21, núm. 1, 2014, pp. 39-63. Sobre el impacto en las competencias autonómicas puede consultarse M. ÁLVAREZ VERDUGO, «Energía y Comunidades Autónomas desde la perspectiva del Tratado de Lisboa», en A. Olesti Rayo (coord.), *La administración autonómica y el Tratado de Lisboa*, Institut de Dret Public-Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 253-274.

(8) Para un estudio anterior *vid.* V. ÁLVAREZ GARCÍA, «El régimen constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia energética y minera», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 24, 2010, pp. 1-44.

(9) E. MALARET, «Comunidades Autónomas y regulación sectorial: la distribución de competencias en la energía», en J.L. García Delgado y J.C. Jiménez (dirs.), *Energía: del monopolio al mercado - CNE, diez años en perspectiva*, CNE-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 409-412, 433. Para la autora, las cláusulas competenciales reflejan el estado de la cuestión a finales de los años setenta del siglo xx.

(10) A. BARCELÓ, *op. cit.*, p. 795, señala que la efervescencia social y ciudadana contra el uso comercial de la energía nuclear en el momento de la transición democrática explica la ausencia de referencia expresa a la energía nuclear en la distribución constitucional de competencias y la deferencia total en los Estatutos de Autonomía a la legislación estatal en esta materia.

las Comunidades Autónomas. En efecto, la existencia de una pluralidad de empresas de carácter local en lugar de una única empresa nacional, esto es, la fragmentación y territorialización de los mercados de la electricidad, permitió concebir una intervención autonómica en el sector energético. En cambio, el rechazo social hacia la utilización de la energía nuclear condujo a una deferencia total por parte de los Estatutos de Autonomía hacia la competencia estatal en la materia, que se ha organizado como una competencia prácticamente exclusiva. (11)

## II.1. Los títulos competenciales estatales

La lista de competencias que el art. 149.1 CE reserva al Estado incluye competencias muy diversas y heterogéneas que se entrecruzan o solapan sobre la materia energética (títulos sectoriales generales y específicos, horizontales y funcionales). Las competencias estatales sobre la energía se pueden clasificar de la siguiente forma partiendo del título más específico:

### II.1.1. TÍTULOS SECTORIALES

Dentro de los títulos sectoriales debemos distinguir un título general y dos títulos especiales. El título sectorial de alcance general es la reserva que efectúa el art. 149.1.25 CE al Estado de las «bases del régimen energético». Este título se desenvuelve como los demás títulos relativos a las «bases» o la legislación «básica». El alcance de la legislación básica es, en principio, limitado. El Estado no puede agotar la regulación de la materia y debe dejar un margen de desarrollo normativo a las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias.

Además, el art. 149.1.22 CE contiene dos títulos sectoriales específicos, cuyo valor añadido con respecto al art. 149.1.25 CE consiste en que reservan al Estado competencias de carácter ejecutivo y que, correlativamente, establecen un límite a las eventuales competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas. El art. 149.1.22 atribuye al Estado, por un lado, la competencia de legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurran por más de una Comunidad Autónoma y, por otro, la autorización de las instalaciones eléctricas cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad o el transporte de energía salga de su ámbito territorial. Estos títulos adicionales que reservan competencias al Estado se basan en el criterio de supraterritorialidad, esto es, en el territorio como criterio de atribución de competencias: bien en la noción de «aguas que discurran por más de una Comunidad Autónoma», bien en la noción de «aprovechamiento» o «transporte» supracomunitario. Se trata de variantes del criterio del territorio.

En definitiva, los títulos específicos se organizan según distintos criterios: mientras la potestad legislativa primaria o básica se reserva al Estado en exclusiva, la que

---

(11) BARCELÓ, *op. cit.*, p. 798, señala que «actualmente, las competencias del Estado agotan, de hecho, la capacidad normativa legal y reglamentaria en la materia, puesto que las actuales normas estatales tienen el carácter de básicas, con un valor normativo completo y son de directa aplicación». Sobre el margen autonómico de intervención, principalmente en cuanto a la autorización de las centrales nucleares y los almacenes de residuos radioactivos, *vid.* BARCELÓ, *op. cit.*, pp. 800-808.

se refiere a las instalaciones y a las infraestructuras se atribuye con arreglo al territorio, entendiéndose por tal no únicamente el lugar de emplazamiento de la instalación o la infraestructura de que se trate, sino un concepto más amplio que incluye el destino de la electricidad producida o transportada o el carácter supraterritorial de las aguas empleadas por el aprovechamiento hidráulico.

Ahora bien, ¿por qué se reserva el Estado la autorización de una instalación de generación que produce electricidad destinada a ser aprovechada fuera de la Comunidad Autónoma en la que radique, y no, en cambio, cuando la electricidad generada, mucha o poca, sea aprovechada dentro de la Comunidad Autónoma? Esta cuestión es clave si se quiere entender y aplicar correctamente el criterio del «aprovechamiento», que, como decimos, no es más que una variante del criterio general de territorialidad. A mi juicio, la limitada pero explícita reserva de competencias ejecutivas parece ser instrumental al servicio de la finalidad de garantizar el abastecimiento del conjunto del territorio: el constituyente quiso reconocer al Estado mecanismos jurídicos para garantizar el abastecimiento del conjunto del territorio, reservándole solo las decisiones de implantación de instalaciones de generación que fueran estrictamente necesarias para garantizar el abastecimiento de las comunidades autónomas que no tuvieran acceso a suficientes recursos hidráulicos o naturales (combustibles fósiles) y que estuvieran por tanto abocadas a consumir electricidad producida fuera de su territorio. Las condiciones naturales de las comunidades autónomas no son igualmente favorables a la producción de energía eléctrica. Las políticas energéticas autonómicas no pueden marcar el qué y el dónde se ubica una instalación de generación de electricidad si, desde una perspectiva general, debe ubicarse precisamente en una comunidad autónoma para poder abastecer a otra comunidad autónoma o a varias. En suma, una comunidad autónoma no puede poner obstáculos a la construcción de nuevas instalaciones si, por ejemplo, ya cuenta con electricidad suficiente generada en su territorio.

## II.1.2. TÍTULOS HORIZONTALES

El título horizontal por excelencia es el art. 149.1.13 CE, que reserva al Estado las «bases y la coordinación de la actividad económica». A pesar de la dicción del precepto, el título se ha convertido en la práctica, gracias a la jurisprudencia constitucional, en un título sobre la ordenación general de la economía. (12) Su carácter general y su alcance horizontal han reducido enormemente la esfera de actuación autonómica, incluso en el ámbito de las competencias exclusivas. Las dos principales características de este título horizontal son, por un lado, su acusada vis expansiva en diversas materias, entre ellas la energética, y, por otro lado, la posibilidad de amparar o habilitar la adopción de medidas de carácter ejecutivo. Como veremos después, el art. 149.1.13 CE se convierte de hecho en título competencial complementario de gran parte de la legislación energética e incluso de numerosas medidas ejecutivas de intervención en el sector.

---

(12) Sobre la creación jurisprudencial de este título competencial *vid.*, recientemente, M. MEDINA GUERREIRO, «La Ley de economía sostenible», *Informe Comunidades Autónomas 2011*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2012, especialmente pp. 103-112.

### II.1.3. TÍTULOS FUNCIONALES

Podemos llamar funcionales aquellos títulos dotados también de transversalidad (como los títulos horizontales) pero circunscritos al empleo de técnicas o instituciones administrativas con independencia del sector normativo. Es el caso de la «legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas» (art. 149.1.18 CE).<sup>(13)</sup> En la medida en que el contrato o la concesión administrativa sean preceptivos o sean utilizados para desarrollar una actividad relacionada con la energía, el régimen jurídico básico del contrato o de la concesión será establecido por el Estado, con independencia del titular de la competencia de autorización o de gestión de la actividad de que se trate. En la actualidad, la incidencia de este título competencial se centra en las concesiones de aprovechamientos hidráulicos y en el contrato de concesión de obra pública, regulado este último en la Ley 13/2003, de 23 de mayo, y que se aplica también a las obras e instalaciones relacionadas con el sistema de transporte y distribución de energía eléctrica, el gas y los hidrocarburos.<sup>(14)</sup>

Otro título competencial a considerar eventualmente sería el de «obras públicas de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma» (art. 149.1.24 CE).<sup>(15)</sup> Este título reconoce al Estado la facultad de proyectar, construir y financiar instalaciones de generación, transporte y distribución de energía de interés general. Sin embargo, ni el modelo existente en la transición democrática ni el modelo que se desprende de la incipiente regulación de la Unión Europea es el de un sistema nacional o público de electricidad (o de producción energética), en el que la responsabilidad de la generación, transporte y distribución material de la energía recaiga directa o principalmente en los poderes públicos. La Constitución ha tenido en cuenta el problema de las infraestructuras necesarias para configurar el mercado eléctrico, pero presupone su titularidad privada. Esto es, parte de la idea de que a los poderes públicos les corresponderá «autorizar» esas infraestructuras, no proyectarlas, construirlas o financiarlas.

### II.1.4. TÍTULOS EXTERNOS QUE PUEDEN TENER INCIDENCIA

El principal título que puede tener incidencia en el régimen energético es el ambiental. El art. 149.1.23 CE reserva al Estado la legislación básica sobre protección del medio ambiente. En virtud de este título el Estado puede establecer importantes con-

---

(13) Además de lo señalado en el texto, conforme a la jurisprudencia constitucional el titular de la competencia legislativa en una materia es también competente para regular los procedimientos administrativos *ratione materiae*, pero ello se deduce del correspondiente título sustantivo.

(14) Las disposiciones adicionales segunda, tercera y decimosegunda de la Ley 13/2003 tratan de resolver los problemas de articulación con respecto al ejercicio de competencias concurrentes sobre el mismo espacio físico de otras Administraciones, en particular la competencia autonómica en materia de ordenación del territorio y la competencia local en materia de urbanismo. Vid. J. TORNOS MAS, «La distribución de competencias en el sector energético», en S. Muñoz Machado, M. Serrano González y M. Bacigalupo Sagesse (dirs.), *Sector energético*, tomo I, Fundación José Ortega y Gasset/Iustel/CNE, Madrid, 2009, pp. 71-76; G. FERNÁNDEZ FARRERES, «La planificación y ejecución de las obras públicas estatales y su articulación con otros planes de obras y con la ordenación territorial y urbanística», en *Comentarios a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2004, pp. 1383-1461; A. EMBID IRUJO y E. COLOM PIAZUELO, *Comentarios a la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Aranzadi, Cizur Menor, 2004, p. 175 y sigs.

(15) Así lo plantea MALARET, *op. cit.*, p. 417.

dicionantes a la actividad de producción de energía: la utilización de combustibles limpios, el respeto de valores límite de emisión de sustancias contaminantes, etc.

Otro título estatal con posible incidencia en materia energética es el de industria, sobre todo la submateria «seguridad industrial». La seguridad industrial tiene por objeto la prevención y limitación de riesgos, así como la protección contra accidentes y siniestros capaces de producir daños o perjuicios a las personas, flora, fauna, bienes o al medio ambiente, derivados de la actividad industrial o de la utilización, funcionamiento y mantenimiento de las instalaciones o equipos y de la producción, uso o consumo, almacenamiento o desecho de los productos industriales (art. 9.1 LI). En virtud de su título sobre industria, el Estado puede establecer requisitos de seguridad y aprobar los denominados Reglamentos de Seguridad para determinadas actividades, como por ejemplo, el Reglamento de instalaciones petrolíferas.

## II.2. Los títulos competenciales autonómicos

Las competencias de las Comunidades Autónomas se pueden sistematizar de forma similar a las competencias estatales.

### II.2.1. TÍTULOS SECTORIALES

Todas las CCAA tienen en la actualidad dos títulos sectoriales: por un lado, el título general de «desarrollo legislativo y de ejecución» en materia de «régimen minero y energético»; y, por otro, el título específico y exclusivo en materia de instalaciones de producción, distribución y transporte de energía (con arreglo al correlato estatutario del art. 149.1.22 CE).

Los Estatutos de Autonomía reformados a partir de 2006 incorporan nuevas facultades de intervención que se conectan con los citados títulos competenciales. (16) Así, los Estatutos catalán, andaluz y aragonés incorporan dos nuevas submaterias de intervención autonómica y dos nuevos derechos de participación en el ejercicio de las competencias estatales (arts. 133 EAC, (17) 49 EAA y 75.4 EAAr):

- El desarrollo de las normas complementarias de calidad de los servicios de suministro de energía. (18)

---

(16) Vid. A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO-ALBORNOZ, «Competencias en energía y minas (comentarios al art. 49)», en S. Muñoz Machado y M. Rebollo Puig, *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, pp. 445-455; J. TORNOS MAS, «La distribución de competencias en el sector energético», en S. Muñoz Machado, M. Serrano González y M. Bacigalupo Sagesse (dirs.), *Sector energético*, tomo I, Fundación José Ortega y Gasset/Iustel/CNE, Madrid, 2009, pp. 62-66; M. LÓPEZ BENÍTEZ, «Art. 49», en P. Cruz Villalón y M. Medina Guerrero (dirs.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía*, tomo II, Parlamento de Andalucía, Sevilla, 2012, pp. 801-816.

(17) La STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 79, desestimó la inconstitucionalidad del art. 133 EAC.

(18) La mejora de la calidad del suministro como campo abierto a la actuación autonómica había sido detectado desde antes, con independencia de unos apagones aquí y allá o de un precepto como el art. 133 EAC. Vid. J. I. LÓPEZ GONZÁLEZ, «El ejercicio de las competencias de la Junta de Andalucía en los sectores de la energía», *Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 2 (extraordinario, vol. II), 2003, p. 101-113. No obstante, algunos autores lo atribuyen a una «carrera ... como reacción política frente a unos apagones que últimamente se dan»: así, JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO-ALBORNOZ, *op. cit.*, p. 454.

- El fomento y la gestión de las energías renovables y de la eficiencia energética. (19)
- La participación mediante la emisión de un informe previo en el procedimiento de otorgamiento de la autorización de las instalaciones de producción y transporte de energía que superen el territorio autonómico o cuando la energía sea objeto de aprovechamiento fuera de este territorio.
- La participación en la regulación y planificación de ámbito estatal del sector de la energía que afecte al territorio autonómico.

Más limitadamente, el Estatuto extremeño se limita a asumir competencia sobre «normas adicionales de garantía en la calidad del suministro energético» y la participación en los entes estatales reguladores de la energía (art. 9.1.37 EAExt). Y el Estatuto de Castilla y León asume competencias de desarrollo normativo y ejecución sobre fuentes renovables de energía. En cambio, el Estatuto de las Illes Balears (2007) se mantiene exactamente en el mismo nivel competencial en materia energética que antes de la reforma (*vid.* arts. 30.35 y 31.15 EAIB).

Finalmente, en algunos Estatutos de Autonomía han entrado algunas previsiones competenciales limitadas en relación con la energía nuclear. Así, el Estatuto catalán atribuye a la Generalidad la participación «en la ejecución en materia de seguridad nuclear en los términos que se acuerden en los convenios suscritos al efecto y, en su caso, en las leyes» (art. 132.4 EAC); y el Estatuto andaluz, además de una cláusula idéntica a la antes mencionada (art. 66.3 EAAnd), incluye también, como competencia compartida, la regulación y control de las instalaciones radiactivas de segunda y tercera categoría (art. 49.5 EAAnd).

## II.2.2. TÍTULOS EXTERNOS

La competencia autonómica se extiende en primer lugar a la «ordenación del territorio y urbanismo». Esta competencia, que incluye la potestad legislativa, tiene capacidad para incidir externamente sobre la planificación general de la economía en general y sobre la ubicación de las instalaciones eléctricas en particular. Hasta la fecha parece una competencia relativamente blindada frente a la vis expansiva del título estatal horizontal de ordenación general de la economía, pues la jurisprudencia constitucional, como veremos, impide que el Estado acuda a técnicas propiamente urbanísticas en el ámbito del art. 149.1.13 CE.

En segundo lugar, las comunidades autónomas tienen competencia en materia de desarrollo legislativo y ejecución de la protección del medio ambiente, con inclusión de normas adicionales de protección. La competencia legislativa autonómica en materia ambiental está extraordinariamente mediatizada por el abundante Derecho ambiental emanado de la Unión Europea y de los órganos centrales del Estado, por lo que poco espacio normativo queda en la práctica. El régimen de ordenación de los focos contaminantes prescribe a cada tipo de actividad idénticos niveles de emisión y medi-

---

(19) Sobre los problemas de articulación competencial en el sector de las energías renovables *vid.* M. BACI-GALUPO SAGESSE, «La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de energías renovables», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 10, 2010, pp. 286-329.

das correctoras con independencia de los indicadores medioambientales (p. ej., calidad del aire) de la zona en la que se va a localizar la actividad en cuestión. En principio, los niveles de emisión y demás condicionantes de la contaminación en origen se basan en lo técnicamente factible en cada momento. Por tanto, salvo que se detecte una laguna legal en el control de una sustancia o de una actividad contaminante, (20) solo queda como posibilidad teórica el establecimiento de criterios de calidad del aire más exigentes que los generales (estatales o europeos), lo cual por regla general solo estará justificado en casos muy excepcionales, en virtud de peculiaridades locales (por ejemplo, factores geográficos y climáticos que dificultan la regeneración del aire, el grave deterioro de otras parcelas del medio ambiente).

Finalmente, una tercera competencia que también puede incidir en la fase de distribución de la energía eléctrica es la competencia autonómica de desarrollo legislativo y ejecución sobre defensa de los consumidores y usuarios. De alguna forma este título externo ha sido parcialmente puesto en primera línea con la ya mencionada asunción estatutaria, en algunos de los Estatutos reformados a partir de 2006, de la competencia sectorial específica para establecer «normas adicionales de garantía en la calidad del suministro energético».

### III. Jurisprudencia constitucional sobre el art. 149.1.22 CE

#### III.1. Criterios generales

En la STC 181/2013 (FJ 4) se recapituló la jurisprudencia constitucional sobre el art. 149.1.22 CE. En virtud de este precepto, «el Estado es competente para autorizar las instalaciones eléctricas cuando el aprovechamiento de la energía eléctrica afecte a otra Comunidad o su transporte salga de su ámbito territorial, y, *sensu contrario*, la Comunidad Autónoma lo es cuando no se produzca al menos una de las condiciones reseñadas» (SSTC 67/1992, FJ 2; 74/1992, FJ 1; y 18/2011, FJ 21).

En primer lugar, la ubicación de una línea de transporte de energía eléctrica dentro del territorio de la Comunidad Autónoma «es condición necesaria, pero no suficiente para determinar su competencia, porque siempre habrá que determinar si además el aprovechamiento de tales instalaciones afecta o no a otra Comunidad» (STC 12/1984, FJ 1).

En segundo lugar, las condiciones señaladas en el art. 149.1.22 CE son alternativas, no cumulativas: basta con que en relación con una instalación eléctrica se dé una de las dos condiciones enumeradas en el art. 149.1.22 CE o una de las dos condiciones enumeradas en negativo por el correspondiente Estatuto de Autonomía para que la competencia de autorización sea estatal (SSTC 12/1984, FJ 1; 119/1986, FJ 6; 67/1992, FJ 2; 74/1992, FJ 1; 108/1996, FJ 3; y 18/2011, FJ 21). En consecuencia, aunque fuera factible técnicamente, una subestación no puede dividirse a efectos de la distribución competencial en dos partes, una de utilización supracomunitaria sujeta a autorización estatal y otra de aprovechamiento autonómico sujeta a autorización auto-

---

(20) Así, por ejemplo, mediante el Decreto 319/1998 se establecieron en Cataluña límites de emisión para instalaciones industriales de combustión de potencia térmica inferior a 50 MW de instalaciones de cogeneración, pues la normativa europea/estatal solo preveía límites de emisión para la de potencia superior.

nómica (STC 67/1992, FJ 4). El problema de la fragmentación artificiosa de parques eólicos no ha llegado a la jurisdicción constitucional, pero sí a la jurisdicción ordinaria. (21)

En tercer lugar, las condiciones señaladas en el art. 149.1.22 CE rigen para cualquier tipo de instalación eléctrica. El art. 149.1.22 CE no diferencia entre instalaciones de generación, de transporte, de distribución, etc., por lo que dicha diferenciación debe considerarse irrelevante para determinar la titularidad de la competencia en la materia.

Por último, en cuanto a la interpretación del criterio constitucional de delimitación competencial «cuando su aprovechamiento afecte a otra Comunidad», el Tribunal Constitucional afirma que sus pronunciamientos han procedido siempre a este respecto a un análisis de conjunto de las circunstancias alegadas por las partes, atendiendo en especial a la condición deficitaria o excedentaria, en punto a producción de energía eléctrica, de la Comunidad Autónoma en la que se ubica la instalación eléctrica de generación o de transporte; a si las condiciones técnicas de la línea de transporte son idóneas o no para el transporte o intercambio de energía entre zonas de todo el territorio peninsular; y a la existencia o no de conexión a la red general peninsular (STC 12/1984, FJ 2).

En la STC 181/2013 se analizaba la constitucionalidad de un precepto, introducido en 2007 en el art. 3 de la Ley del sector eléctrico, que atribuía al Estado la autorización de las instalaciones eléctricas de generación de potencia eléctrica instalada superior a 50 MW eléctricos, las de transporte secundario y distribución que excedan del ámbito territorial de una comunidad autónoma, y todas las instalaciones de transporte primario. Lo que se planteaba era si el legislador podía fijar el aprovechamiento infra- o supracomunitario en función de criterios técnicos como la potencia de generación instalada (superior o inferior a 50 MW) y el voltaje de las instalaciones de transporte (tensión nominal igual o superior a 380 kV o por debajo). La duda era si esa aparente separación del criterio de territorialidad era compatible con el art. 149.1.22 CE; en otros términos, si la jurisprudencia constitucional reiterada que atendía a un análisis de conjunto para enjuiciar los supuestos conflictivos podía ser reemplazada por un determinado criterio técnico establecido legalmente.

La STC 181/2013 señaló que era posible una interpretación conforme del precepto impugnado: «Los datos de la potencia instalada y de la tensión nominal de la línea que emplea el precepto impugnado son sin duda muy relevantes a la hora de valorar la proyección intra- o supracomunitaria de una concreta instalación eléctrica en el mercado del sector eléctrico, y, por ello, pueden ser también datos relevantes para determinar a qué ente territorial le corresponde su autorización, sin que, por sí mismos, sean incompatibles con el criterio territorial que enuncia el art. 149.1.22 CE. Si bien, como recordamos en la STC 18/2011 [FJ 7 a)], 'ni el legislador estatal ni

---

(21) El Tribunal Supremo ha entendido que no existe una fragmentación artificiosa en relación con tres parques eólicos con puntos de accesos distintos, sin continuidad entre ellos, cada uno con su propia línea de salida de la electricidad generada, aunque las instalaciones respectivas se ubiquen en la misma subestación, junto a los de otro parque, y la línea de evacuación de electricidad de los cuatro parques sea común. Por tanto, al no quedar acreditado que el parque hubiera debido ser único, declaró que la competencia administrativa para la autorización de los parques eólicos correspondía a la comunidad autónoma y no al Estado, pues la potencia eléctrica instalada de cada uno de los parques eólicos no superaba los 50 MW (criterio legal que establece desde 2007 la Ley del sector eléctrico, y cuya constitucionalidad se examina más tarde en el texto). *Vid.* STS de 11 de diciembre de 2013, recurso de casación núm. 4907/2010, Ponente: E. Espín Templado.



el autonómico pueden situarse en la posición propia del poder constituyente', el precepto impugnado puede ser objeto de una interpretación conforme a la Constitución. En la medida en que se entienda que la aplicación de los criterios legales cuestionados no conduce necesariamente a un resultado material distinto del que se desprende de la regla constitucional del aprovechamiento intra o extracomunitario consagrada por el art. 149.1.22 CE. Así pues, debe descartarse la inconstitucionalidad del precepto impugnado en tanto que la aplicación de los criterios legales de la potencia instalada y de la tensión nominal de la línea no tenga el efecto de alterar el resultado querido por el poder constituyente, sino que, por el contrario, aquel ha de ser entendido en el sentido de que la autorización estatal de las instalaciones que cumplan los criterios de potencia y tensión a los que hace referencia procederá, en tanto que los mismos son indicativos de territorialidad, en los supuestos previstos en el art. 149.1.22 CE» (FJ 7).

### III.2. Supuestos concretos analizados

A excepción de la STC 181/2013, analizada en el apartado anterior, los demás pronunciamientos del Tribunal Constitucional han resuelto conflictos positivos de competencia sobre la titularidad de la competencia para autorizar una determinada instalación eléctrica. Aunque el nuevo criterio técnico de delimitación competencial incorporado en 2007 al art. 3 de la Ley del sector eléctrico —y que ha sido objeto de una interpretación conforme en la STC 181/2013, FJ 7— parece estar enfocado a evitar la necesidad de examinar las circunstancias de cada caso, conviene recordar los supuestos más interesantes analizados por la jurisprudencia constitucional:

- La STC 12/1984 (FJ 2) declaró la competencia estatal de autorización de una línea de transporte de energía eléctrica en atención a las siguientes características: se trataba de una línea de alta tensión de primera categoría, apta para transportar energía a la más elevada tensión nominal posible; estaba integrada en la red general peninsular; era idónea para ser utilizada en el transporte o intercambio de energía entre zonas de todo el territorio nacional peninsular, e incluso para enlazar con la línea de intercambio con Francia.
- La STC 74/1992 (FJ 2) declaró la competencia autonómica de autorización de una ampliación de una central hidroeléctrica porque la energía producida, cuyo transporte se hacía a una tensión muy inferior a la de las grandes líneas de la red nacional, se consumía íntegramente en las factorías que *in situ* tenía la propia empresa; porque no figuraba en el anexo de la Ley 49/1984 sobre explotación unificada del sistema nacional; y porque la central hidroeléctrica era de agua fluyente, sin funciones de regulación ni siquiera a nivel de empresa.
- La STC 108/1996 (FJ 7), si bien se refirió la titularidad de la competencia de autorización respecto a una infraestructura similar (un oleoducto), utilizó el criterio del aprovechamiento y, atendiendo a las características técnicas del proyecto presentado, descartó el aprovechamiento extracomunitario del oleoducto controvertido, pues no participaba en la absorción o trasiego de productos petrolíferos desde la red nacional hacia Cataluña, ya que el oleoducto era de único sentido y tenía una sola estación de bombeo cabecera, no estando técnicamente prevista su conversión en un oleoducto de doble sentido.

## IV. Jurisprudencia constitucional sobre el art. 149.1.25 CE

### IV.1. Cuestiones de encuadramiento material

Las subvenciones cuya finalidad principal es el fomento del uso de la energía solar mediante el apoyo a la inversión dirigida a la implantación de instalaciones que utilicen energía de dicha procedencia, deben incardinarse en la materia «régimen energético» por ser ésta la más directamente afectada (STC 136/2009, FJ 2).

Para que una medida de fomento del ahorro y de la eficiencia energética se enmarque en la materia de «investigación científica y técnica» y no en la materia «régimen energético», debe ser patente que la actividad principal o predominante es la investigadora, pues el ámbito del art. 149.1.15 debe concebirse en sus términos estrictos, a fin de no desplazar y determinar el vaciamiento de otros títulos competenciales con los que concurre. No basta, por ello, con la mera referencia al empleo de nuevas tecnologías o a la innovación tecnológica entre los criterios a tener en cuenta en la evaluación de las solicitudes de subvención (STC 98/2001, FJ 5).

La actividad de refino de crudos no se encuadra en la materia de «industria», sino de «régimen energético» (STC 24/1985, FJ 5).

Una instalación de transporte de energía, en concreto una destinada al trasiego de productos petrolíferos, es una materia ajena a las bases del régimen energético, dado que no se trata de definir como básica la competencia ejercida, sino de encajarla como propia del Estado o de la Comunidad Autónoma actora en función del precepto estatutario específicamente referido a las instalaciones de producción, distribución y transporte de energía (STC 108/1996, FJ 3).

No todas las fases del ciclo económico del sector del petróleo son susceptibles de encuadrarse en la materia de «régimen energético»: mientras que lo relativo a la producción de carburantes y productos petrolíferos se encuadra en dicha materia, las actividades de distribución de dichos productos se inscriben en la materia de «comercio interior» (STC 197/1996, FJ 16).

Igualmente, las diferentes actividades relativas a la producción, en cualquier modalidad, de energía nuclear son encuadrables en la materia de «régimen energético». Sin embargo, este encuadramiento no tiene que extenderse necesariamente a todas las fases del proceso de desenvolvimiento de esta forma de energía, pues ello podría conducir al vaciamiento de otras materias (STC 14/2004, FJ 10).

Una regulación consistente en la prohibición de almacenamiento de los residuos de la energía nuclear que no hayan sido generados en la Comunidad Autónoma se conecta más estrechamente con la materia de «régimen energético» que con la de «medio ambiente». En efecto, el precepto impugnado no regula, ni atiende a las características técnicas o de emplazamiento físico o geográfico que han de tener los almacenes de residuos nucleares que se localicen en la comunidad autónoma, para garantizar que los mismos no producen efectos perjudiciales o nocivos sobre el entorno ambiental, y, por ende, sobre los seres vivos, cuestiones estas que, efectivamente, serían propias de la materia de «medio ambiente». Por el contrario, el precepto solo atiende a la conexión de los almacenes de residuos nucleares con la producción energética y, como consecuencia, al simple desplazamiento de los residuos desde los centros de producción hasta las instalaciones de almacenamiento de la comunidad autónoma. El precepto configura el régimen de almacenamiento como una correla-

ción estratégica, que necesariamente existe, entre producción de energía nuclear y almacenamiento de sus residuos, por lo que procede encuadrar aquella directriz en la materia de «régimen energético». En definitiva, aunque no pueda desconocerse que se incardinan en la materia de «medio ambiente» aquellos aspectos del régimen jurídico de los almacenes de residuos nucleares que tengan como finalidad directa la protección del entorno, en razón a la peligrosidad potencial de aquéllos, sin embargo, la norma impugnada atiende a una dimensión estratégica de la producción energética, cual es la gestión y emplazamiento de sus residuos, lo que justifica el encuadramiento competencial realizado (STC 14/2004, FJ 10).

Una regulación que se dirige a establecer unas determinadas normas en materia de calidad del suministro eléctrico y de ejercicio de la actividad sancionadora, normas de las que son destinatarios, en su mayor parte, dos de los sujetos intervinientes en el sistema eléctrico como son los comercializadores y los distribuidores, presenta una conexión más estrecha con la materia energía que con la relativa a la defensa de los consumidores (STC 148/2011, FJ 3).

## **IV.2. Articulación con el título competencial del art. 149.1.13 CE**

### **IV.2.1. CRITERIOS GENERALES DE ARTICULACIÓN**

El criterio general es que, en los supuestos de concurrencia de títulos competenciales, debe prevalecer la regla específica sobre la más genérica. No obstante, dicho criterio no rige de forma absoluta. En un sector tan importante para el desarrollo de la actividad económica en general como el del petróleo, las competencias específicas no prevalecen necesariamente y en todo caso sobre las relativas a la planificación económica, ni mucho menos las desplazan totalmente (STC 197/1996, FJ 4; reiterada en SSTC 223/2000, FJ 5 y 135/2012, FJ 2). Lo mismo vale para el sector gasístico (STC 135/2012, FFJ 2 y 4) y para el sector eléctrico, que también constituye un sector estratégico para el funcionamiento de cualquier sociedad moderna, además de una parte muy importante dentro del conjunto de la economía nacional (SSTC 18/2011, FJ 6 c; y 4/2013, FJ 2).

Las competencias de ordenación o dirección general de la economía, entre las que se encuadran las relativas a la planificación y a la ordenación de concretos sectores económicos, incluido el energético y el subsector del petróleo, han de ejercerse conjunta y armónicamente, cada cual dentro de su respectivo ámbito material de actuación, que será preciso delimitar en cada caso (STC 197/1996, FJ 4; reiterada en SSTC 223/2000, FJ 5 y 135/2012, FJ 2).

El art. 149.1.25 CE incluye como el art. 149.1.13 CE una vertiente de planificación económica, que habrá de tomarse en consideración en atención a la finalidad perseguida por la norma impugnada (STC 102/2013, FJ 5).

En todo caso, no son equivalentes o intercambiables el título genérico relativo a la planificación económica y el específico referente a la ordenación de un sector, aun en el supuesto de que ambos pertenezcan a un mismo titular (STC 197/1996, FJ 4; reiterada en SSTC 223/2000, FJ 5 y 135/2012, FJ 2). Uno y otro título competencial no le confieren al Estado las mismas potestades de actuación (STC 102/2013, FJ 6).

Por tanto, cuando se examine el carácter básico o no de un concreto precepto legal, habrá que determinar si opera en el ámbito de la planificación económica o en el

del régimen energético (STC 197/1996, FJ 4; reiterada en SSTC 223/2000, FJ 5 y 135/2012, FJ 2). El Tribunal Constitucional debe determinar el concreto título competencial que, respecto a cada uno de los preceptos cuestionados, ampare en su caso al Estado (STC 102/2013, FJ 6).

Por otra parte, el art. 149.1.13 CE incluye un plus respecto al art. 149.1.25 CE: aquel título no se agota en las bases, comprende también la «coordinación» en tal materia. Al Estado le corresponde la adopción de medios y sistemas de relación, tanto preventivos como tras la correspondiente intervención económica autonómica, para asegurar la información recíproca, la homogeneidad técnica en ciertos aspectos y la acción conjunta de las autoridades estatales y autonómicas en el ejercicio de sus respectivas competencias (STC 197/1996, FJ 4; reiterada en SSTC 223/2000, FJ 5 y 135/2012, FJ 2).

#### IV.2.2. ALCANCE CONJUNTO DE LOS ARTS. 149.1.13 Y 25 CE EN RELACIÓN CON LO ENERGÉTICO

En virtud de sus títulos competenciales ex art. 149.1.13 y 25 CE, el Estado se encuentra habilitado para llevar a cabo una actividad planificadora en relación con el sector eléctrico: cuando menos una planificación indicativa que excluya por principio la idea de una planificación de detalle en la que se marginen las competencias autonómicas en materia de planificación eléctrica. Al Estado también debe corresponderle la determinación del procedimiento para la elaboración y la aprobación de esa planificación eléctrica sobre el conjunto del territorio [STC 18/2011, FJ 7 b)]. Por ello, el establecimiento de una planificación eléctrica autonómica vinculante a largo plazo en relación con la generación, el transporte y la distribución eléctrica contradice la idea de planificación plasmada en la normativa básica estatal (STC 18/2011, FJ 19). La regulación estatal de la técnica de la fractura hidráulica (el llamado *fracking*) en la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos no convencionales resulta necesaria para preservar lo básico en materia energética, como también por su incidencia para el desarrollo de la actividad económica del país y, por tanto, para la ordenación general de la economía (SSTC 106/2014, FJ 6 y 134/2014 FJ 2).

La creación de las figuras del operador del mercado y del operador del sistema, la determinación de su forma jurídica y régimen accionario y societario, y el contenido de sus respectivas funciones y régimen de ejercicio, perfilan un modelo institucional que persigue garantizar el correcto y eficiente funcionamiento objetivo y transparente del sector eléctrico en régimen de libre competencia con el objetivo último de garantizar el suministro de energía eléctrica en todo el territorio nacional. Estas cuestiones constituyen elementos nucleares del sistema eléctrico que encajan en el concepto material de bases, que corresponde dictar al Estado ex art. 149.1.13 y 25 CE, puesto que para asegurar el correcto funcionamiento del sector eléctrico en régimen de competencia es imprescindible la designación de instituciones responsables, que deben actuar bajo los principios de transparencia, objetividad e independencia. La existencia de una red única de transporte, junto con la creación de un verdadero «sistema» organizado que debe ser gestionado técnicamente en forma unitaria y coordinada y en régimen de exclusividad por el denominado operador del sistema para garantizar el suministro de energía eléctrica a todos los demandantes del servicio dentro del territorio nacional en condiciones de seguridad y al menor coste posible, confirman igualmente esta conclusión (STC 123/2013, FJ 7).

La decisión estatal de imponer la implantación de puntos de venta de carburantes en los establecimientos comerciales constituye un complemento necesario para la consecución del objetivo básico perseguido de liberalizar el mercado, ampliando y diversificando la oferta de los puntos de distribución de combustibles, en concreto en el subsistema de la distribución al por menor. Esta medida concreta de establecimiento de puntos de venta de carburantes en los establecimientos comerciales no puede entenderse, a diferencia de los casos examinados en las SSTC 197/1996 y 223/2000, como directamente relativa a la regulación de la distribución de productos petrolíferos en tanto que actividad mercantil de intermediación. Su cobertura se encuentra al mismo tiempo en los arts. 149.1.13 y 149.1.25 CE (STC 170/2012, FJ 10). Esa imposición de puntos de venta de carburantes en establecimientos comerciales aparece configurada como una obligación de mínimos, con lo que eventualmente permitiría un margen de desarrollo por las comunidades autónomas. Por otro lado, la afectación de las competencias autonómicas, en particular la de comercio interior, que se relacionan con la citada previsión estatal se produce en un aspecto concreto, que no impide, en lo restante, el pleno desenvolvimiento de la competencia autonómica en materia de comercio interior (STC 170/2012, FJ 10).

#### IV.2.3. ALCANCE DEL ART. 149.1.13 CE EN RELACIÓN CON LO ENERGÉTICO

Aunque en principio la distribución de productos petrolíferos se encuadra en la materia «comercio interior» que corresponde a la competencia de las comunidades autónomas, el Estado puede dictar normas básicas al amparo del art. 149.1.13 CE (STC 223/2000, FJ 5).

El Estado puede incluso reservarse medidas o actuaciones de naturaleza ejecutiva a las que atribuya excepcionalmente carácter básico en el ejercicio de su competencia sobre ordenación general de la economía si resultan indispensables o son complemento necesario para garantizar la consecución de la finalidad objetiva a que responde la competencia estatal sobre las bases (STC 197/1996, FJ 17).

En consonancia con lo anterior, el otorgamiento de autorizaciones para la distribución al por mayor de carburantes y combustibles petrolíferos tiene carácter básico ex art. 149.1.13 CE, pues entraña importantes consecuencias para la economía nacional en su conjunto, derivadas, entre otros factores, de la necesidad de contar con medios e instalaciones de recepción, almacenamiento y transporte en el Estado, y porque permite asegurar el adecuado suministro del mercado español así como garantizar el mantenimiento de existencias mínimas de seguridad (STC 197/1996, FJ 17). En cambio, las autorizaciones relativas a la distribución al por menor de suministros directos a instalaciones fijas no constituyen una medida indispensable para la preservación de lo básico —el adecuado suministro de productos petrolíferos en el mercado nacional— (STC 197/1996, FJ 17).

En sentido idéntico, la autorización y la correspondiente inscripción registral de los operadores de gases licuados del petróleo, que realizan la distribución al por mayor y operan en todo el territorio nacional, le corresponde al Estado, para evitar el fraccionamiento de la resolución autorizatoria y de las complementarias funciones ejecutivas, que exigiría intervenciones de varias comunidades autónomas en el procedimiento, las cuales pueden tener incluso intereses contrapuestos (STC 223/2000, FJ 11). En cambio, la conclusión no puede ser la misma respecto a la autorización de la inscrip-

ción registral de las empresas suministradoras de gases licuados del petróleo, que realizan la distribución al por menor y operan para un «ámbito geográfico determinado». La autorización y registro estatales no constituyen actuaciones imprescindibles para asegurar el cumplimiento de la normativa básica, cuya finalidad no es otra que la garantía de la distribución de los gases licuados del petróleo en un territorio concreto, ya que el abastecimiento puede ser plenamente garantizado por la comunidad autónoma correspondiente al ámbito de la actividad de la empresa: esa comunidad autónoma puede autorizar la inscripción y realizar las actuaciones de supervisión previas o posteriores a dicha inscripción sin perturbación alguna, habida cuenta además del carácter reglado de tales actuaciones (STC 223/2000, FJ 12). El mismo criterio ha de regir en relación con la cancelación de la inscripción registral (STC 223/2000, FJ 20).

La competencia exclusiva del Estado para establecer las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica o las bases en materia energética podría proyectarse sobre el urbanismo, «pero siempre que en el ejercicio de dicha competencia no se recurra a técnicas urbanísticas ni resulten vaciadas de contenido, o limitadas irrazonablemente, las correspondientes competencias autonómicas». Así, la previsión estatal de que el espacio que ocupen las nuevas instalaciones y equipamientos que resulten imprescindibles para el suministro de carburantes en establecimientos comerciales según la norma básica anteriormente mencionada no compute a efectos de volumen edificable ni de ocupación, aunque formalmente dictada al amparo de los arts. 149.1.13 y 25 CE, afecta en realidad a una técnica urbanística concreta, propia de la competencia sectorial autonómica sobre el urbanismo (STC 170/2012, FJ 12).

El régimen de existencias mínimas de seguridad de productos petrolíferos encuentra su cobertura en el art. 149.1.13 CE (STC 197/1996, FJ 18). Se halla al servicio de la planificación energética en el subsector del petróleo y su finalidad es la de garantizar la continuidad del adecuado suministro de productos petrolíferos (STC 197/1996, FJ 19). No supone un instrumento de comercialización de los productos petrolíferos, sino un sistema de garantía de su abastecimiento, distinción importante desde la perspectiva del orden constitucional de distribución de competencias. Si bien la garantía de las existencias mínimas de seguridad y las consecuencias jurídicas que de ello se derivan constituyen principios básicos de ordenación del sector energético, las existencias mínimas de seguridad tienden a garantizar en casos extremos la normal actividad de distintos sectores, subsectores o segmentos de la realidad social y económica, incluida la de los propios consumidores finales, por lo que se trata de medidas de ordenación de la planificación económica general en sentido estricto (STC 223/2000, FJ 16).

Igualmente, las medidas ejecutivas de inspección, control y sanción del régimen de existencias mínimas de seguridad han de ser entendidas como medidas de supervisión y control indispensables para preservar lo básico y alcanzar los fines antes indicados. Ahora bien, en correspondencia con la finalidad del régimen de las existencias mínimas, las citadas facultades ejecutivas deben limitarse a los operadores o distribuidores al por mayor (STC 197/1996, FJ 19). La autorización de la reducción del nivel obligatorio de existencias mínimas de seguridad también debe corresponder al Estado, pues ello requiere una valoración del conjunto del mercado nacional, que solo aquel puede realizar con eficacia (STC 223/2000, FJ 16).

La función planificadora y ordenadora del Estado puede requerir en ocasiones la relación directa con las empresas del sector pues, en caso contrario, no podría ejercer una competencia propia de modo autónomo. No puede, por principio, condicionarse

de modo absoluto la recepción de la información por parte del Estado a que la misma se traslade a través de los órganos autonómicos (STC 223/2000, FJ 19). En cambio, el deber de los consumidores o usuarios finales de comunicar a un órgano estatal que el suministro que precisen lo obtendrán de fuentes distintas a las constituidas por los operadores y empresas suministradores de gases licuados se aleja de toda posible relación con lo básico (STC 223/2000, FJ 17).

### IV.3. Alcance de las bases del régimen energético

Con carácter general corresponde al Estado la competencia para regular la ordenación del sector energético y sus diversos subsectores (eléctrico, gasístico, petrolífero, nuclear, etc.) mediante la aprobación de la legislación básica (STC 135/2012, FJ 2).

En principio, la jurisprudencia constitucional aplica a la normativa básica sobre «régimen energético» las mismas exigencias materiales y formales consustanciales a la noción constitucional de bases que aplica a otras materias (por ejemplo, SSTC 197/1996, FJ 5; 223/2000, FJ 6; 14/2004, FJ 11; y 135/2012, FJ 4). No obstante, en algunas ocasiones la jurisprudencia constitucional ha subrayado la especificidad de la materia «régimen energético» con respecto a dichas exigencias materiales y formales:

- Así, en el caso de la ordenación del sector eléctrico el Tribunal Constitucional ha señalado que la intervención de la norma reglamentaria, amparada tanto en el título general relativo a la planificación de la economía (art. 149.1.13 CE) como en el más específico relativo al sector energético (art. 149.1.25 CE), se justifica por la importancia del sector eléctrico para el conjunto de la economía nacional y por su carácter esencial para la totalidad de los sectores económicos y para la vida cotidiana. Junto a tal trascendencia, hay que añadir el hecho de que la actividad de distribución tiene un carácter de monopolio natural determinado por la existencia del principio de red única que ha de ser gestionado al menor coste posible con una retribución fijada administrativamente y que las previsiones en materia de continuidad y calidad del suministro eléctrico tienen un marcado carácter técnico. Ello explica que la Ley del sector eléctrico difiera al desarrollo reglamentario la ordenación de la distribución y la determinación de las características y continuidad del suministro de energía eléctrica (STC 148/2011, FJ 6).
- La actividad de distribución eléctrica ha de estar sometida a un régimen normativo básico por tratarse de un mercado único y un sistema que opera de forma única para todo el territorio nacional. El sistema eléctrico ha de responder así a unas características homogéneas en todo el territorio nacional no solamente para garantizar la articulación de un mercado de producción único sino también por las características técnicas, económicas y de funcionamiento del propio sistema. Este régimen jurídico básico está directamente vinculado a la garantía del suministro y a la indiscutida competencia estatal para retribuir los costes de las actividades del sistema, entre las que destaca la de distribución (STC 148/2011, FJ 6). Además, el establecimiento de un régimen económico único para todo el territorio nacional tiene una naturaleza básica, al establecer un común denominador normativo «para calcular la retribución de los distintos operadores que realizan las diferentes actividades destinadas al suministro eléctrico y para repercutir los costes sobre los consumidores» [SSTC 18/2011, FJ 21 a); y 148/2011, FJ 6].

A continuación se expone la jurisprudencia constitucional en relación con concretos sectores energéticos.

### IV.3.1. HIDROCARBUROS

La elaboración de productos petrolíferos en una refinería, aunque esté localizada en un emplazamiento concreto, «está proyectada y regulada como una unidad, en relación con un mercado único, cuyas características y exigencias han determinado la fijación de la proporción de lo que de ella ha de destinarse al mercado nacional y a la exportación, así como la localización de los incrementos previstos de la capacidad de refinación por empresas o zonas geográficas y otros factores» (STC 24/1985, FJ 6). Por ello, «en algunas materias ciertas decisiones y actuaciones de tipo aparentemente coyuntural, que tienen como objeto la regulación inmediata de situaciones concretas, pueden tener sin duda un carácter básico por la interdependencia de éstas en todo el territorio nacional» (STC 24/1985, FJ 8).

Dada la trascendencia que para la política energética tienen la estructura de la producción y las cantidades parciales de los productos obtenidos de la actividad de refinación, por cuanto cualquier decisión que afecte al volumen máximo y a la estructura de la respectiva producción puede implicar, por la interdependencia de unas con respecto a otras, una alteración del sistema energético en su conjunto, las decisiones sobre ambos aspectos son básicas (STC 24/1985, FJ 8).

En una ordenación concesional del servicio público de venta a los usuarios de carburantes y productos petrolíferos, la fijación de distancias mínimas entre instalaciones de venta tiene carácter básico, al constituir el elemento económico de la concesión y, de este modo, asegurar la rentabilidad de los concesionarios. En el marco de un proceso dirigido a la liberalización del sector y a pesar de la extinción del monopolio de petróleos, el mantenimiento transitorio del régimen de determinación de las distancias mínimas tiene igualmente carácter básico, pues la culminación del proceso de liberalización exige adoptar diversas acciones unitarias, con incidencia en la planificación económica general y en la específica de este sector energético, correspondiéndole al Gobierno apreciar cuál es el momento o la coyuntura económica más apropiada para adoptar su decisión (STC 197/1996, FJ 9). Igualmente básico, por su carácter instrumental en relación con su competencia básica, es el establecimiento de un registro estatal para velar por el cumplimiento de las distancias mínimas (STC 197/1996, FJ 13). En cambio, la comprobación del cumplimiento de las distancias mínimas no tiene carácter básico, pues constituye el ejercicio de una función ejecutiva, que ha de corresponder a las comunidades autónomas que hayan asumido competencias de desarrollo y ejecución de las bases estatales (STC 197/1996, FJ 10).

La fijación por el Estado de unos criterios de adjudicación de las autorizaciones de construcción y explotación de instalaciones de distribución de gas natural de obligatoria ponderación por todas las Administraciones competentes debe considerarse, con arreglo al art. 149.1.13 y 25 CE, una norma básica que trata de asegurar que en todo el Estado se tomen en consideración los mismos objetivos de eficiencia y economía del sistema, y de evitar los posibles desequilibrios o desigualdades en el conjunto del sistema a los que podría conducir la fijación de criterios unilaterales por las Comunidades Autónomas (STC 135/2012, FJ 4).



La fijación de un régimen de silencio positivo para el otorgamiento de las licencias municipales necesarias para la construcción y puesta en funcionamiento de instalaciones para el suministro de productos petrolíferos constituye una especialidad procedimental *ratione materiae*, vinculada al concreto régimen sustantivo de la materia de que se trate, y encuentra cobertura competencial en los arts. 149.1.13 y 25 CE (STC 233/2012, FJ 4).

En cambio, la previsión de que el gran establecimiento comercial deba costear y ejecutar las infraestructuras de conexión de la instalación de suministro de productos petrolíferos con los sistemas generales exteriores de acuerdo con los requisitos y condiciones que establezca el planeamiento constituye una previsión netamente urbanística, puesta de manifiesto tanto por su contenido, la determinación del obligado a costear las infraestructuras de conexión de la instalación con los sistemas generales exteriores, como por su remisión a los requisitos y condiciones que establezca el planeamiento (SSTC 170/2012, FJ 12; y 233/2012, FJ 4).

La competencia del Estado para otorgar las autorizaciones de exploración y permisos de investigación sobre hidrocarburos en las zonas del subsuelo marino o cuando su ámbito comprenda, a la vez, zonas terrestres y del subsuelo marino se basa en la extraterritorialidad como criterio atributivo de competencias al Estado, porque el mar no forma parte del territorio de las Comunidades Autónomas, tampoco del territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias (SSTC 8/2013, FFJJ 5-7; 87/2013, FJ 6; 99/2013, FJ 5; 3/2014, FJ 3; y 25/2014, FJ 3).

### IV.3.2. ENERGÍA NUCLEAR

Al legislador básico le corresponde la determinación de las características estructurales del sistema de almacenamiento de residuos en el conjunto del territorio nacional, en concordancia con las orientaciones que se adopten sobre la producción misma de este tipo de energía, de un lado, y, de otro, de las exigencias medioambientales y de otra naturaleza que conlleve la gestión de los residuos nucleares que se generen. Corresponde, en suma, al legislador básico, en razón a las características estructurales de que se pretenda dotar al sector de la energía nuclear que le corresponde ordenar, decidir si los residuos generados en una Comunidad Autónoma han de ser necesariamente almacenados en la misma Comunidad, o si, por el contrario, resulta más adecuado distribuir estratégicamente los centros de producción y los almacenes de residuos de esta modalidad de energía, teniendo como referencia el conjunto del territorio nacional, según las pautas que se estimen convenientes (STC 14/2004, FJ 11). (22)

### IV.3.3. ENERGÍA ELÉCTRICA

La normativa básica estatal constituida por la Ley del sector eléctrico responde en síntesis a dos grandes finalidades: la garantía del suministro eléctrico y el establecimiento del régimen económico del sector eléctrico (STC 18/2011, FJ 8).

---

(22) Sobre la STC 14/2004 *vid.* el comentario de A. FORTES MARTÍN, «Delimitación y alcance de la competencia estatal en materia de régimen energético y la competencia autonómica de ordenación del territorio y medio ambiente en la decisión de almacenamiento de residuos nucleares en el territorio de una Comunidad Autónoma», *Revista Interdisciplinaria de Gestión Ambiental*, núm. 66, 2004, pp. 83-92.

El principio de garantía del suministro eléctrico «garantiza el derecho de todos los consumidores al suministro de energía eléctrica en el territorio nacional en las condiciones que se establezcan reglamentariamente por el Gobierno con la colaboración de las Comunidades Autónomas» (STC 18/2011, FJ 8).

Los aspectos relacionados con la continuidad y la calidad del suministro eléctrico constituyen un común normativo necesario para asegurar el principio de garantía del suministro de energía eléctrica a todos los demandantes del mismo, con la necesaria continuidad y calidad (STC 4/2013, FJ 5). El establecimiento de unas determinadas medidas de calidad del suministro de energía eléctrica constituye también una garantía tanto para los consumidores como para el correcto funcionamiento de los diferentes sectores de la economía nacional (SSTC 148/2011, FFJJ 6 y 8; y 4/2013, FJ 5).

Las medidas para garantizar el suministro eléctrico son también básicas, aunque tengan carácter ejecutivo, siempre que cumplan dos condiciones: de un lado, el Gobierno deberá «justificar, en cada supuesto en el que haga uso de sus potestades de actuación, el carácter materialmente básico de la medida adoptada, extremo éste que podrá, en su caso, ser objeto del correspondiente control por las vías procedimentales apropiadas, ante este Tribunal o ante la jurisdicción ordinaria»; de otro lado, la facultad estatal no impide que la Comunidad Autónoma «pueda prever, en el marco de sus competencias de desarrollo legislativo y de ejecución en materia energética, la adopción y puesta en práctica de otras medidas que pudieran ser adecuadas para la garantía del suministro eléctrico en dicha Comunidad Autónoma».

Una vez establecido el derecho de todos los consumidores al suministro eléctrico, los requerimientos en materia de calidad se pueden incrementarse en la medida en que lo permitan las disponibilidades técnicas. El legislador estatal puede diferenciar una tipología de zonas geográficas a los efectos de determinar unos índices mínimos de calidad del servicio, que por tanto no han de ser necesariamente uniformes. Tales zonas geográficas vendrán determinadas por la ubicación y densidad de la red de distribución y por la imposibilidad técnica y económica de mantener los mismos niveles de calidad del suministro con independencia de las zonas a las que ese suministro se dirige (STC 4/2013, FJ 5). Si la norma autonómica prescinde de la diferenciación por áreas y tipología de consumo establecida por el legislador estatal y fija un nivel mínimo de calidad único e igual para todas las zonas geográficas de la propia comunidad autónoma, vulnera la normativa básica, aunque la concreción de ese nivel mínimo quede diferido al desarrollo reglamentario posterior (STC 4/2013, FJ 5).

Las competencias estatales para el reconocimiento de los costes susceptibles de ser retribuidos a las empresas distribuidoras de energía eléctrica no pueden ser entendidas en el sentido de que vienen a establecer una suerte de límite absoluto al ejercicio de las competencias autonómicas. Al tratarse de un ámbito de competencia compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, ha de existir un margen para el desarrollo por éstas de actuaciones y políticas propias en materia de calidad del suministro eléctrico, margen propio que viene, además, expresamente reconocido en la Ley del sector eléctrico (SSTC 148/2011, FJ 5; y 4/2013, FJ 10). Una previsión autonómica de asociar una reducción en la facturación a variaciones de tensión o interrupciones de suministro continuadas y superiores a una hora, que no está expresamente prevista y no contradice las bases estatales, constituye una norma propia en materia de calidad del suministro eléctrico en el marco previamente definido por dichas bases (STC 4/2013, FJ 8). Asimismo, la exigencia autonómica de una fianza anual

impuesta a las empresas distribuidoras para garantizar la calidad del suministro y responder ante la Administración de los daños y perjuicios causados, no vulnera las competencias estatales en relación con el régimen económico del sector eléctrico, pues «la potestad de la Administración General del Estado para reconocer los costes asociados a la realización de dicha actividad, esencial para el sistema eléctrico, no puede dejar de tener en cuenta los criterios necesarios para garantizar la seguridad y la calidad en el suministro establecidos, dentro de su respectivo ámbito de competencias, por el Estado o por las Comunidades Autónomas» (STC 4/2013, FJ 10).

La decisión sobre el comercializador de último recurso que ha de asumir el suministro de los clientes afectados por el incumplimiento de ciertas obligaciones por parte de una compañía comercializadora resulta un complemento necesario para preservar lo básico por su incidencia en el correcto funcionamiento del entero sistema eléctrico (art. 149.1.25 CE) y, con ello, en el régimen económico de este importante sector para la economía nacional (art. 149.1.13 CE) por las siguientes razones. Por un lado, la decisión despliega sus efectos más allá de la Comunidad Autónoma donde el incumplimiento se produce. En primer lugar, porque el propio incumplimiento por parte de una comercializadora de las obligaciones definidas en la legislación conlleva consecuencias que trascienden del ámbito autonómico, dado el principio de red única en el que se asienta el sistema eléctrico español. Pero, además, la decisión gubernamental, al imponer una nueva obligación de suministro a la empresa elegida, afecta inevitablemente a la actividad que esta despliega en el resto del territorio nacional; como consecuencia de ello, repercute en el servicio a prestar tanto a sus clientes anteriores, que pueden encontrarse en otras comunidades autónomas, como a los recién adquiridos por obra de tal decisión. Dado que, igualmente, se verá condicionada su relación de competencia con el resto de las empresas del sector, el sistema eléctrico en su conjunto resultará afectado. Por otro lado, la finalidad última de la norma no es otra que garantizar un suministro de energía eléctrica adecuado y de calidad. El Estado se sitúa en la mejor posición para acordar de forma «motivada, objetiva y transparente» el traspaso obligatorio de los clientes a un comercializador de último recurso que ofrezca unas garantías suficientes y adecuadas para llevar a cabo dicho suministro en las condiciones que se determinen, velando así por el correcto funcionamiento de todo el sistema eléctrico (STC 102/2013, FJ 8).

La exigencia de informe preceptivo y vinculante de la Administración General del Estado sobre la afcción de una proyectada instalación de transporte de electricidad —cuya autorización compete a la comunidad autónoma— para el régimen económico general se justifica por la necesidad de valorar el estado de las redes de transporte de electricidad en todo el territorio nacional, a fin de poder determinar con una perspectiva global qué nuevos proyectos de instalaciones de transporte son económicamente asumibles y qué proyectos deben rechazarse por su impacto negativo para el régimen económico en su conjunto. El régimen económico, sobre el que el Estado ostenta importantes atribuciones, incluso ejecutivas, constituye un segmento específico y diferenciado, aun dentro de la propia materia «régimen energético», del régimen de las instalaciones de transporte de energía eléctrica (STC 18/2011, FJ 21).

De la STC 18/2011 se desprende que las competencias estatales en materia eléctrica no sufren restricción o modulación alguna por el carácter insular o extrapeninsular del territorio sobre el que se proyectan. Las peculiaridades geográficas de las comunidades autónomas insulares no justifican un tratamiento competencial

diferenciado por parte del legislador básico (STC 102/2013, FJ 8). El legislador básico puede incluso establecer regímenes específicos para la regulación de las actividades eléctricas en los territorios insulares y extrapeninsulares en razón a sus competencias en materia energética y de ordenación general de la economía, así como establecer un régimen transitorio para la aplicación del sistema dada la ubicación de los territorios a los que afecta, aislados con respecto al sistema eléctrico peninsular (STC 18/2011, FJ 14). En particular, la previsión de que las actividades para el suministro de energía eléctrica que se desarrollen en los territorios insulares y extrapeninsulares serán objeto de una reglamentación singular que atenderá a las especificidades derivadas de su ubicación territorial, tiene carácter básico (STC 18/2011, FJ 9).

La «competencia estatal de coordinación alcanza al sistema en su conjunto, esto es, tanto al territorio peninsular como a los extrapeninsulares, sin que sea motivo para excluir la competencia estatal de coordinación en el caso de Canarias el hecho de que, dada la nota de insularidad, no resulte posible en el estado actual del desarrollo tecnológico y ante la necesidad de que la actividad de distribución se desarrolle al menor coste económico, que su red de distribución supere el ámbito territorial de esa Comunidad Autónoma, pues aunque no esté conectada con la red peninsular es innegable el valor estratégico de la red de distribución canaria para el conjunto del sistema» (STC 18/2011, FJ 10).

Tanto la competencia para determinar las zonas eléctricas diferenciadas en el archipiélago canario como la atribución de potestades al gestor de la red de distribución en cada zona eléctrica tienen naturaleza normativa y han de corresponder asimismo al Estado (STC 18/2011, FJ 11).

## V. Conclusión

La conclusión que se extrae del análisis de la jurisprudencia constitucional es que el sector energético es una realidad fuertemente centralizada. La legislación básica estatal se proyecta sobre todos los sectores energéticos (eléctrico, gasístico, hidrocarburos y nuclear). A diferencia de otras materias en las que el título especial prevalece sobre el general o transversal, en la jurisprudencia constitucional sobre la distribución competencial en materia energética el art. 149.1.13 CE se yuxtapone y refuerza como título competencial transversal el título específico derivado del art. 149.1.25 CE. Como consecuencia, el concepto de bases adquiere en materia energética un significado muy intenso y casi exclusivo, dirigido teleológicamente a la explotación unificada del sistema, incluso en relación con los subsistemas insulares y extrapeninsulares; y, además, se extiende ampliamente a las normas reglamentarias y a los actos ejecutivos. A las Comunidades Autónomas les corresponde básicamente la competencia para autorizar instalaciones ubicadas dentro de su territorio y cuyo aprovechamiento no supere la propia Comunidad Autónoma y una actividad normativa limitada a garantizar la calidad del suministro eléctrico.

Trabajo recibido el 11 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Estatua eta autonomia-erkidegoen arteko eskumen-banaketa energia-ren arloan aztertzea du artikulu honek helburu. Alde batetik, konstituzionaltasun-blokeari darrizkion Estatuaren eta autonomia-erkidegoen eskumen-tituluak azaltzen ditu banan-banan, lau kategoriatan biltzen dituelarik. Beste alde batetik, Konstituzio Auzitegiaren jurisprudenzia jasotzen du. Aintzat hartu behar da Konstituzio Auzitegiaren sententzien erdiak azken lau urteetan eman direla. Jurisprudenzia horrek, besteak beste, honako arazo hauek erabakitzen ditu: argindarraren horniketaren kalitatea babesten duten lege autonomikoen balioz-kotasuna, arlo elektrikoaren oinarriek duten hedadura, irlen kokapenak oinarriaren hedaduran duen eragina, eta fracking delakoaren galerazpena.

**HITZ GAKOAK:** Eskumenak. Energia. Jurisprudenzia konstituzionala. Oinarriak. Auto-nomia-erkidegoak.

**RESUMEN:** El artículo analiza la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en materia energética. En primer lugar, analiza el bloque de constitucionalidad, explorando los títulos competenciales y autonómicos que se pueden agrupar en cuatro categorías: títulos específicos, transversales, funcionales y externos. En segundo lugar, examina la jurisprudencia constitucional. Cabe destacar que la mitad de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la distribución competencial en materia energética ha sido adoptada en los últimos cuatro años. Esa jurisprudencia reciente ha abordado, entre otros, problemas como la conformidad constitucional de las leyes autonómicas de protección de la calidad del suministro eléctrico, el alcance de las bases del sector eléctrico, la incidencia de las peculiaridades geográficas sobre el alcance de lo básico y la prohibición del llamado fracking por diversas leyes autonómicas.

**PALABRAS CLAVE:** Competencias. Energía. Jurisprudencia constitucional. Bases. Comunidades autónomas.

**ABSTRACT:** This paper analyses the allocation of competences between the state and the autonomous communities in the field of energy. First, it revisits the different legal bases of intervention that the constitution and the autonomy statutes recognise to the state and the autonomous communities in that field. Second, it studies the Spanish constitutional court's case-law. It must be stressed that half of the constitutional court's rulings in this area have been adopted in the last four years. That case-law adjudicates, for example, cases concerning the constitutionality of regional legislation on the quality of the supply of electricity, the extension of the state competence to establish the common rules in the field, and the prohibition of fracking by regional legislation.

**KEYWORDS:** Competences. Energy. Constitutional court's case-law. Common rules. Autonomous communities.



# De la Ley Orgánica de salud sexual y reproductiva e interrupción voluntaria del embarazo al anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada: buscando los porqués últimos de la supresión de derechos fundamentales

Jasone Astola Madariaga

«When will women be human? When?»  
Catharine A. Mackinnon (1)

**Sumario:** I. Algunas cuestiones previas.—II. Los discursos de la verdad.—III. Incorporaciones y encarnaciones en el discurso del derecho constitucional español. III.1. Implicaciones en el desarrollo legislativo. III.2. La construcción de la subjetividad en el marco constitucional descrito.—IV. La aparición de los derechos reproductivos y de los derechos sexuales. IV.1. La ley orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. IV.2. Anteproyecto de ley orgánica de protección de la vida del concebido y derechos de la mujer embarazada aprobado por el consejo de ministros el 20 de diciembre de 2013.—V. Algunos porqués últimos: desvelando la jerarquía en las que se basa nuestra igualdad.

## I. Algunas cuestiones previas

Demetrio Loperena Rota (2) acostumbraba a preguntar a su alumnado sobre el porqué de las cosas que estudiaban, «porque tengo para mí que estamos en un momento de inflexión o debilitamiento en cuanto a contestarnos los porqué últimos». Bien merece que, en su honor, como alumna suya de doctorado que fui, intente indagar sobre algunos porqués últimos en estas páginas.

¿Poseemos nuestros cuerpos o disponemos de ellos según la ley? ¿Todos los cuerpos tienen el mismo trato jurídico? ¿De dónde viene eso? ¿Cómo se ha cons-

---

(1) MACKINNON, Catharine A., *Are Women Human? And Other International Dialogues*. Harvard University Press. *Women's Lives, Men's Laws*, p. 43.

(2) LOPERENA ROTA, Demetrio, «La vida frente al consumo», en <http://www.euskonews.com/0301zbk/gaia30103es.html> [última consulta 20 de mayo de 2014].

truido nuestra actual realidad? ¿De dónde viene la posibilidad de normar sobre el cuerpo de una ciudadana como no se norma sobre el cuerpo de un ciudadano?

Esas preguntas surgieron a tenor de dos circunstancias, en principio inconexas. La primera de ellas fue reencontrar la definición que en el siglo XVI hacía Jean Bodin del ciudadano: aquel sujeto que tiene soberanía sobre sí mismo, entendiendo soberanía como poder (3). La segunda fue la propuesta del Ministro de Justicia español Alberto Ruiz-Gallardón Jiménez de derogar Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, a través del Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada.

En esta investigación parto de la idea de Michel Foucault, «la verdad tiene una historia» (4), por lo que no existe un sujeto de conocimiento aislado de las prácticas sociales que lo crean o, dicho esta vez con palabras de Judith Butler, «no hay formación de sí fuera de un modo de subjetivación, lo que quiere decir que no hay formación de sí fuera de las normas que orquestan la posible formación del sujeto» (5).

Y, además, teniendo en cuenta que acostumbramos a analizar el pasado desde los parámetros epistemológicos que el discurso de la verdad de cada momento histórico nos propone (6), intentaré desvelar las consecuencias de tal práctica (7).

(3) BODIN lo define así en el Capítulo VI del primero de de sus seis libros de la república, publicado en 1583 (del Ciudadano, y la diferencia entre sujeto, ciudadano, extranjero, pueblo, ciudad y República), tras decir que el jefe de familia podía usar su derecho de soberanía sobre sus integrantes, sin temer a nada más que a la espada, después de Dios, y cuando ese padre de familia se relaciona con otros se convierte en ciudadano: « (...) *le chef de famille peut user du droit de souveraineté sur les siens, sans rien tenir après Dieu que de l'épée.....* » ; (...) *et, au lieu du seigneur, il s'appelle citoyen, qui n'est autre chose, en propres termes, que le franc sujet tenant de la souveraineté d'autrui. Car auparavant qu'il y eût ni cité, ni citoyens, ni forme aucune de République entre les hommes, chacun chef de famille était souverain en sa maison, ayant puissance de la vie et de la mort sur la femme, et sur les enfants ...* » ; puede leerse en [http://classiques.uqac.ca/classiques/bodin\\_jean/six\\_livres\\_republique/bodin\\_six\\_livres\\_republique.doc#\\_CHAPITRE\\_VI](http://classiques.uqac.ca/classiques/bodin_jean/six_livres_republique/bodin_six_livres_republique.doc#_CHAPITRE_VI) [última consulta 20 de mayo de 2014]. La misma idea será repetida por Kant, por ejemplo, cuando entiende que la dignidad humana está asociada a un ser racional que no obedece a otra ley que a la que se da a sí mismo, convirtiéndose así en sujeto y no en objeto de la legislación, en KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Espasa-Calpe. Madrid, 1995, p. 112 y ss.

(4) FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, texto que reúne cinco conferencias pronunciadas por Michel Foucault en Río de Janeiro, entre los días 21 y 25 de mayo de 1973, asequible en [http://www.posgrado.unam.mx/arquitectura/aspirantes/La\\_verdad.pdf](http://www.posgrado.unam.mx/arquitectura/aspirantes/La_verdad.pdf) [última consulta 20 de mayo de 2014], p. 3: «El mismo sujeto de conocimiento posee una historia, la relación del sujeto con el objeto; o, más claramente, la verdad misma tiene una historia».

(5) BUTLER, Judith, *¿Qué es la crítica? Un ensayo sobre la virtud de Foucault*, en <http://eipcp.net/transversal/0806/butler/es> [última consulta 20 de mayo de 2014]. La autora reflexiona en este trabajo sobre FOUCAULT, Michel, «Qué es la crítica? (Crítica y *Aufklärung*)», trad. por Javier de la Higuera, en *Sobre la Ilustración*. Tecnos. Madrid, 2006, pp. 3-52. Ese ensayo consistió originalmente en una conferencia pronunciada en la Société Française de Philosophie el 27 de mayo de 1978, posteriormente publicada en el *Bulletin de la Société française de Philosophie*, año 84, n.º 2, abril-junio de 1990, pp. 35-63.

(6) Ahonda en la importancia de la mirada de quien investiga GARRIGA, Carlos, «¿La cuestión es saber quien manda? Historia política, historia del derecho y «punto de vista»», en *PolHis. Boletín Bibliográfico Electrónico del Programa Buenos Aires de Historia Política*, núm. 10 (V), 2012, pp. 89-100, en [http://historiapolitica.com/datos/boletin/Polhis10\\_GARRIGA.pdf](http://historiapolitica.com/datos/boletin/Polhis10_GARRIGA.pdf) [última consulta 20 de mayo de 2014].

(7) Por ejemplo, hoy, mucha gente entiende que hombre, ciudadano o español incluyen a mujer, ciudadana y española, y esa base lingüística permite que nuestros manuales de Derecho Constitucional analicen las palabras del siglo XIX, pongamos por caso, con la misma significación, cuando no era ese su sentido en aquel momento.



La re-lectura de Bodin obedece al hecho de ser el autor con el que comenzamos en la academia a construir al sujeto jurídico-político. Con él suele empezar la historia de la verdad en el ámbito del Derecho Constitucional y de la Teoría del Estado. Y en esa historia de la verdad se omite un dato trascendental que, todavía hoy, forma parte de una historia externa, o exterior a la verdad: aquel sujeto tenía sexo, era un hombre, pertenecía a una raza, era blanco, y tenía además una condición, un estatus, era *pater familias*.

Los demás hombres y todas las mujeres quedaron bajo el poder absoluto de aquel *pater familias* y, precisamente por eso, por no tener poder sobre si mismas, las mujeres no pudieron ser ciudadanas, no formaron parte del ámbito público, fueron objetos del ámbito privado, sus cuerpos pertenecieron al *pater familias*(8).

¿Existe una relación entre aquellos pensamientos y la realidad actual? Eso es lo que me propongo desentrañar en este trabajo, para ver si los principios básicos de la ciencia jurídica (racionalidad, neutralidad y objetividad) esconden un conocimiento y unas prácticas jurídicas sesgadas, discriminatorias, cómplices necesarias de un poder que necesita que las personas interioricen un *status quo* determinado y lo asuman como elección libre y autónoma(9).

Mi hipótesis es que el Derecho, apoyado en el discurso jurídico, ha cristalizado una historia de la verdad que nos construye como mujeres y como hombres(10), porque el estudio de nuestras prácticas jurídicas nos puede ayudar a ver cómo se han ido creando nuestras subjetividades. El objetivo último de la investigación es el de desvelar los efectos de poder que tiene el saber.

Para ello comenzaré analizando una interpretación actual de una norma e intentaré ubicarla en las historias de la verdad: la que se cuenta y la que se silencia. Una vez establecidas las bases de nuestro estado constitucional, analizaré el nacimiento de los derechos reproductivos y de los derechos sexuales y su introducción en nuestro ordenamiento jurídico, para desde ahí volver al anteproyecto de ley orgánica y, finalmente, intentar desvelar algunos porqués últimos.

---

(8) La violencia contra las mujeres que ocurre en el ámbito familiar, hasta hace poco, era considerada «natural» propia de las relaciones de pareja, donde nadie debía intervenir sin correr el riesgo de atentar contra la «privacidad y la intimidad» y no fue denunciada como una forma de violación de los Derechos Humanos hasta la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993. Los aspectos relativos a la vida sexual y decisiones sobre la reproducción, los derechos sexuales y los derechos reproductivos no emergen del ámbito privado hasta finales del siglo xx y las políticas necesarias para hacerlos efectivos comienzan en el siglo xxi, como veremos.

(9) Algunos aspectos de la posible parcialidad del discurso de la verdad que produce la universidad y las trabas que existen para modificarlo pueden verse en el trabajo de ARRANZ LOZANO, Fátima, «Las mujeres y la universidad española: estructura de dominación y disposiciones feminizadas en el profesorado universitario», en *Política y Sociedad*, Vol. 41, núm. 2, 2004, pp. 223-242; o en el de FLECHA GARCÍA, Consuelo, «La mirada de las mujeres al mundo académico», *Revista Argentina de Sociología*, núm. 1, 2003, pp. 27-43.

(10) No me voy a ocupar en este trabajo de la identidad sexual, del análisis del por qué el Derecho exige la adscripción registral a uno de los dos sexos que reconoce (cuando estos últimos años ha reconocido la existencia de personas que no encajan en esta adscripción, las ha considerado enfermas, síndrome transexual o *disphoria* de género). Los orígenes y los problemas que tal situación plantea a las personas pueden verse, por ejemplo, en NIETO, José Antonio, (Compilador), *Transexualidad, transgenerismo y cultura: Antropología, identidad y género*. Talasa. Madrid, 1998.

## II. Los discursos de la verdad

El lenguaje desempeña un papel esencial en la construcción de la subjetividad, es el instrumento que tenemos para concebirnos(11), es la herramienta cultural de aprendizaje por excelencia, la que nos posibilita cobrar conciencia de nuestra existencia. Y, evidentemente, el lenguaje no es ajeno al poder.

Para ver la importancia que tiene un buen uso del lenguaje elijo como texto de análisis el fundamento 2.º del Voto particular que formuló el Magistrado Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez a la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional español (STC 12/2008), que estableció la constitucionalidad del nuevo artículo 44 *bis* de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General(12), introducido por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Porque dicho texto refleja, sin duda, el discurso de la verdad, por eso es interesante, porque sirve, de igual manera, para saber lo que esa verdad esconde. Lo analizaré párrafo por párrafo.

«Sin embargo, ha sido un principio fundamental desde los inicios del Estado liberal surgido de la Revolución francesa que la representación política no puede dividirse, porque es expresión de la voluntad general»

La voluntad general es un concepto asociado a Jean-Jacques Rousseau que en el libro publicado en 1762 con el título *El contrato social: o los principios del derecho político*(13) nos dice que «Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, recibiendo a cada miembro como parte indivisible del todo» (p. 15). Y así se explica en el discurso académico.

Pero veamos qué pasa si nos preguntamos quién es cada uno de nosotros para Rousseau. La frase con la que comienza el primer capítulo del primer libro nos da una indicación: «El hombre ha nacido libre». ¿Incluye el término a las mujeres? Si avanzamos en la lectura parece que no, pues al describir a la familia ni siquiera las nombra —«La familia es pues, si se quiere, el primer modelo de las sociedades políticas: el jefe es la imagen del padre, el pueblo la de los hijos, y todos, habiendo nacido iguales y libres, no enajenan su libertad sino a cambio de su utilidad (p. 5)—. La preocupación que más tarde tiene sobre la fecundidad de las mujeres, tratada como asunto aparte (pp. 45 y 46), parece indicar que no forman parte de esa voluntad general. Pero la conclusión es clara cuando leemos a propósito de Roma: «El último censo arrojaba cua-

(11) Lev Semionovich Vygotsky (1896-1934) considera que la persona es el resultado del proceso histórico y social donde el lenguaje desempeña un papel esencial —el conocimiento es un proceso de interacción entre sujeto y medio, siendo el medio entendido como algo social y cultural, no solamente físico—. Ver VYGOTSKY, Lev Semionovich, *Pensamiento y lenguaje*, en [http://www.ateneodelainfancia.org.ar/uploads/Vygotsky\\_Obras\\_escogidas\\_TOMO\\_2.pdf](http://www.ateneodelainfancia.org.ar/uploads/Vygotsky_Obras_escogidas_TOMO_2.pdf), p. 254 [última consulta 20 de mayo de 2014].

(12) El nuevo art. 44 *bis* LOREG: «1. Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico»

(13) ROUSSEAU, Jean-Jacques, *El contrato social: o los principios del derecho político*, en <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k202715b/f4.image> (en francés) y en <http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20El%20Contrato%20Social.pdf> (en español) [última consulta 20 de mayo de 2014].

trocientos mil ciudadanos hábiles para la guerra, y el último del imperio más de cuatro millones, sin contar los esclavos, los extranjeros, las mujeres y los niños» (p. 84). Es decir, los hombres esclavos y extranjeros, los niños y todas las mujeres y niñas no formaban parte de aquella ciudadanía útil.

Parece por tanto que «la representación política no puede dividirse, porque es expresión de la voluntad general» olvida que aquella voluntad general de la que emana la representación política, fue concebida como la voluntad general de aquellos hombres que no eran esclavos ni extranjeros, pero que en ningún caso incluía a las mujeres.

Esa aclaración permanece ajena al discurso de la verdad, aunque fuese la premisa que siguió el Ministerio de Gobernación español del entonces gobierno provisional cuando el martes 10 de noviembre de 1868 publicó en la *Gazeta de Madrid*, n.º 315, un Decreto para instaurar el derecho al sufragio de «los españoles mayores de 25 años inscritos en el padrón de vecindad» (art.1), al que denominó «sufragio universal» (art. 3). Y la inexistencia de las españolas en esa conformación de la voluntad general era tan absoluta que la norma no se tomó el trabajo de negarlas: No son mencionadas, ni siquiera, para excluirlas del derecho al sufragio (art. 2).

Esta negación de la existencia de las mujeres se ratifica en la ley electoral publicada en el Suplemento al n.º 233 de la *Gazeta de Madrid* de 21 de agosto de 1870.

«Como reacción frente al *Ancien Régime* y a las asambleas divididas en los brazos estamentales, el nuevo orden político estableció, en palabras de Sieyès, que “el ciudadano es el hombre desprovisto de toda clase o grupo y hasta de todo interés personal; es el individuo como miembro de la comunidad despojado de todo lo que pudiera imprimir a su personalidad un carácter particular”».

Pero cuando ahondamos en quién es ese hombre, ese individuo, para Siéyes nos encontramos que no está tan desprovisto, ya que mujeres y niñas, junto a los menores, los vagabundos, los mendigos, los empleados domésticos y los extranjeros no naturalizados no son miembros de esa comunidad (14).

«Sobre este concepto de ciudadano se edifica el régimen representativo, afirmándose en el art. 6 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789 que “La ley es la expresión de la voluntad general. ... Como todos los ciudadanos son iguales ante ella, todos son igualmente admisibles en toda dignidad, cargo o empleo públicos, según sus capacidades y sin otra distinción que la de sus virtudes y sus talentos”».

Efectivamente, sobre ese concepto de ciudadano (varón blanco, propietario y heterosexual se podría añadir) se edifica el régimen representativo y, eso dice de la ley

(14) SIEYÈS, Emmanuel Joseph, *Qu'est-ce que le tiers état?*, en <http://www.leboucher.com/pdf/sieyes/tiers.pdf> [última consulta 20 de mayo de 2014]: «Il ne peut y avoir dans aucun genre une liberté ou un droit sans limites. Dans tous les pays la loi a fixé des caractères certains, sans lesquels on ne peut être ni électeur ni éligible. Ainsi, par exemple, la loi doit déterminer un âge au-dessous duquel on sera inhabile à représenter ses concitoyens. Ainsi les femmes sont partout, bien ou mal, éloignées de ces sortes de procurations. Il est constant qu'un vagabond, un mendiant, ne peuvent être chargés de la confiance politique des peuples. Un domestique et tout ce qui est dans la dépendance d'un maître, un étranger non naturalisé seraient-ils admis à figurer parmi les représentants de la nation ? La liberté politique a donc ses limites comme la liberté civile. Il s'agit seulement de savoir si la condition de non-éligibilité que le Tiers réclame n'est pas aussi essentielle que toutes celles que je viens d'indiquer» (p. 18).

el art. 6 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, pero se omite en esa afirmación que aquella Declaración de derechos sólo se refería a los hombres y ciudadanos. Y así nació el estado constitucional, haciendo precisamente lo que el magistrado achaca a la paridad, porque es nuestro estado constitucional el que

«se funda en la idea de que la división de la Humanidad en dos sexos tiene más fuerza y prevalece sobre cualquier otro criterio de unión o de distinción de los seres humanos».

No es la paridad, pues, la que distingue a las personas según su sexo, sino todo lo contrario, desde la paridad se pretende acabar con esa distinción que fue la base normativa (y simbólica añadido (15)) del estado constitucional. Aunque la paridad, entendida como presencia equilibrada de hombres y mujeres en los órganos de decisión, es parte de la deuda democrática que el estado constitucional tiene con las mujeres, no resuelve el problema de la no participación en la decisión primera (o última) de aquello que se gestiona desde esos órganos (16).

Como se ha visto, el lenguaje utilizado en los textos analizados es claro, se refieren al hombre o al ciudadano, y no pretenden incluir a ningún sujeto femenino. El problema reside en la transmisión de la verdad. Los errores, como los del magistrado, son perfectamente posibles cuando el discurso jurídico actual (el discurso de la verdad), sigue sin cumplir los mandatos normativos que le exigen hacer un uso no sexista del lenguaje, y pretende y transmite que «el hombre» (blanco, propietario y heterosexual) es el ser humano, perpetuando una construcción social en la que el único sujeto posible es masculino. El masculino se ha arrogado la posición de genérico (17), lo que implica que la historia, el devenir de las mujeres queda fuera de los conceptos jurídicos (18) y esa ausencia tiene otra consecuencia, se construye a las mujeres como idénticas.

En los inicios del estado constitucional y en nuestra construcción de la verdad las mujeres pertenecen al ámbito de «incorporales», existen pero no son (19). El Derecho,

(15) La importancia de lo simbólico es estudiada por de ALCARAZ RAMOS, Manuel, «Constitucionalismo y feminismo: símbolos y relatos», en *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudio en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*. Corts Valencianes, Valencia 2014, pp. 43-56.

(16) Utilizaré las palabras de BARRÈRE UNZUETA, M.<sup>a</sup> Ángeles, «Versiones de la democracia, feminismos y política radical», en MESTRE i MESTRE, Ruth M. y ZUÑIGA AÑAZCO Yanira, *Democracia y participación política de las mujeres. Visiones desde Europa y América Latina*. Tirant lo Blanch. Valencia 2013, pp. 45-80 para señalar algunas de sus deficiencias: «la simple presencia de las mujeres en los órganos no puede suplir lo que no fue simple ausencia» (p. 62); «la participación de las mujeres no se concibe como un instrumento de justicia democrática (de legitimidad), sino como un instrumento de aceptación (de legitimación)...» (p. 64). En el mismo sentido se expresa en sus conclusiones SALDAÑA, M.<sup>a</sup> Nieves, «Génesis y promoción de la democracia paritaria en el Consejo de Europa: De la igualdad entre mujeres y hombres como fundamento de la democracia a la participación equilibrada de género en la toma de decisiones política y pública», en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 22, 2013, pp. 137-204.

(17) Un ejemplo paradigmático de esta situación de subordinación lingüística de las mujeres es la definición que hace la RAE de juez —(Del lat. *iudex*, —*icis*). 1. com. Persona que tiene autoridad y potestad para juzgar y sentenciar— y de jueza —1. f. Mujer que desempeña el cargo de juez—.

(18) «(...) lo femenino es lo desconocido en la ciencia (...), el fleco ciego del logocentrismo» dice IRIGARAY, Luce, *Speculum. Espéculo de la otra mujer*. Saltés. Madrid, 1994, p. 149.

(19) LARRAURI, Maite, «Incorporales», en DEL VAL VALDIVIELSO, M.<sup>a</sup> Isabel y GALLEGRO FRANCO, Henar, *Las huellas de Foucault en la historiografía. Poderes, cuerpos y deseos*. Icaria. Barcelona 2013, pp. 215-221 ahonda en este concepto.

el poder, no las ve como sujetos, como tampoco ve a todos los hombres —caben diferencias entre ellos, por tanto—, hasta la segunda mitad del siglo XIX. Y en ese marco se van construyendo a sí mismas.

La resistencia al discurso del poder, la lucha por la «in-corporación» —agregarse a otras personas para formar un cuerpo— será la lucha del siglo XIX para la mayor parte de los hombres y para todas las mujeres. Su logro tendrá su correlato jurídico en la prohibición de la discriminación que aparecerá en los textos constitucionales del siglo XX.

Pero no será hasta finales del siglo XX cuando empiece la lucha de las mujeres por la «en-carnación» —tomar forma corporal—. Y esa lucha por existir como mujeres, no como seres no-nombrados iguales a los hombres, no ha acabado. Su concepto jurídico será el de la igualdad material a la que, recordemos, no tenemos derecho constitucional, sino legal en palabras del Tribunal Constitucional español (STC 156/2003 FJ 3) (20).

Las mujeres no son las únicas que persiguen una existencia encarnada en los albores del siglo XXI, muchas otras personas que no encajan en la reglas de la in-corporación también la persiguen. Se podría decir que la incorporación supone tener el mismo trato que tenían los sujetos anteriores y la encarnación supondría la revisión del sistema anterior a la luz de las necesidades y de las personalidades de los nuevos sujetos. La diferencia entre in-corporación y en-carnación tiene consecuencias en el Derecho. La incorporación puede ocasionar problemas jurídicos en cuanto una norma aluda al sexo de las personas, como ocurrió en la Decisión n.º 82-146 de 18 de noviembre de 1982 del Consejo Constitucional francés, que consideró inconstitucional, con argumentos similares a los que aquí se han analizado (21), el artículo de ley francesa del mismo año que preveía una nueva configuración de las listas electorales municipales —«*les listes de candidats ne peuvent comporter plus de 75% de personnes du même sexe*»—. E idénticos argumentos utilizó en su Decisión de n.º 98-407 de 14 de enero de 1999.

Esas decisiones trajeron como consecuencia la entrada nombrada de las mujeres en el texto de la Constitución francesa, a través de la ley constitucional n.º 99-569 de 8 de julio de 1999 que añadió un punto 5 al artículo 3 «*La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives*» y un nuevo párrafo al artículo 4 señalando que serán los partidos y los grupos políticos quienes contribuirán a hacer efectivo ese principio de acuerdo con la ley.

El nuevo texto constitucional fue desarrollada por la ley n.º 2000-493 de 6 de junio que, en la Decisión n.º 2000-429 de 30 mayo de 2000 del Consejo Constitucional, había sido considerada, tras la reforma, como constitucional.

Aquella reforma constitucional fue necesaria a pesar de que el tercer punto del Preámbulo de la Constitución de 27 de octubre de 1946 decía «la loi garantit à la femme

(20) «(...) es doctrina constitucional reiterada que el derecho a la igualdad que consagra el art. 14 CE ni otorga un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, ya que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual siendo «ajeno al ámbito de este precepto la llamada discriminación por indiferenciación» (en el mismo sentido: SSTC 21/2001, de 29 de enero, FJ 2; 49/2002, de 25 de febrero, FJ 2)

(21) (...) « la qualité de citoyen ouvre le droit de vote et l'éligibilité dans des conditions identiques à tous ceux qui n'en sont pas exclus pour une raison d'âge, d'incapacité ou de nationalité, ou pour une raison tendant à préserver la liberté de l'élection ou l'indépendance de l'élu, que ces principes à valeur constitutionnelle s'opposent à toute division par catégories des électeurs ou des éligibles; qu'il en est ainsi pour tout suffrage politique, notamment pour l'élection des conseillers municipaux». Par conséquent, «une distinction entre candidats en raison de leur sexe, est contraire aux principes ci-dessus rappelés».

dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme» (22), bien es verdad que aquel Preámbulo no se repitió, sólo se mencionó su existencia, desde la Constitución de 4 de octubre de 1958 (23).

Situaciones similares se vivieron en otros países, Alemania, Italia, Portugal o Bélgica. En cambio en España, cuando el Tribunal Constitucional hubo de analizar un supuesto semejante entendió que sí cabía en nuestra Constitución (24), el FJ 7 de la STC 12/2008 resume el punto de vista de nuestro Tribunal:

«Una representación política que se articule desde el presupuesto de la divisoria necesaria de la sociedad en dos sexos es perfectamente constitucional, pues se entiende que ese equilibrio es determinante para la definición del contenido de las normas y actos que hayan de emanar de aquellos órganos. No de su contenido ideológico o político, sino del precontenido o substrato sobre el que ha de elevarse cualquier decisión política: la igualdad radical del hombre y la mujer. Exigir a quien quiera ejercer una función representativa y de imperio sobre sus conciudadanos que concurra a las elecciones en un colectivo de composición equilibrada en razón del sexo es garantizar que, sea cual sea su programa político, compartirá con todos los representantes una representación integradora de ambos sexos que es irrenunciable para el gobierno de una sociedad que así, necesariamente, está compuesta».

Pero con esa afirmación el Tribunal Constitucional no rompe el discurso de la verdad, lo mantiene, a pesar de que implique, materialmente, que mujeres y hombres no sean iguales: la categoría «ciudadano» e «interés general», cuyos sentidos hemos visto, permanecen incólumes —«(...) no se aprecia que las medidas controvertidas quiebren la unidad de la categoría de ciudadano o entrañen un riesgo cierto de disolución del interés general en un conjunto de intereses parciales o por categorías» (FJ 10)—, a pesar de que la igualdad formal de mujeres no nombradas y hombres del art. 14 de nuestra Constitución no implique su igualdad material —«Así pues el art. 44 bis LOREG persigue la efectividad del art. 14 CE en el ámbito de la representación política, donde, si bien hombres y mujeres son formalmente iguales, es evidente que las segundas han estado siempre materialmente preteridas» (FJ 5)—.

La constatación de que nuestro discurso preserva la desigualdad, formal, material y simbólica de mujeres y hombres, no es óbice para cambiarlo, incluso la academia busca argumentos para perpetuarlo, sirva de ejemplo el razonamiento de Luigi Ferrajoli (25), que tras explicar que las declaraciones de derechos, a las que el discurso de la verdad da carácter de universales, no lo son, añade el matiz de «en sentido descrip-

(22) Un claro ejemplo de incorporación: las mujeres sólo tienen los derechos que tienen los hombres, ni siquiera se concibe que las mujeres puedan necesitar otros derechos no previstos para los hombres.

(23) En [http://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/Ing/constitution-espagnol\\_juillet2008.pdf](http://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/Ing/constitution-espagnol_juillet2008.pdf) [última consulta 20 de mayo de 2014].

(24) En palabras de la Abogacía del Estado, éstas podrían ser las razones: «En las reformas constitucionales llevadas a efecto en Europa concurren dos elementos que no se dan en España. De una parte, la falta de una definición clara en el texto constitucional —antes de su modificación— de la igualdad material; de otra, la necesidad de afirmar constitucionalmente la igualdad de mujeres y hombres. Ambos elementos condujeron en su momento a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes que introducían las cuotas electorales». Suplemento del *BOE* de 29 de febrero de 2008, n.º 52, pp. 7-8.

(25) FERRAJOLI, Luigi, «La differenza sessuale e le garanzie dell'uguaglianza», en *Democrazia e Diritto*, núm. 2, 1993, pp. 49-73.

tivo», para, inmediatamente insistir en su universalidad, «en sentido prescriptivo», es decir, como un ideal a alcanzar.

### III. Incorporaciones y encarnaciones en el discurso del derecho constitucional español

El que la palabra sexo o el nombrar a mujeres y hombres en una norma susciten tantos problemas a finales del siglo xx obedece a la manera en que se ha construido el discurso jurídico.

Ningún texto constitucional español ha dicho nunca lo más básico: Las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes. Esta afirmación llegó por primera vez a nuestras normas con el art. 1.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (26).

Son escasas las menciones de las palabras mujer o mujeres en nuestros textos constitucionales. La Constitución de 1812 (27) nombra a las esposas de los extranjeros (art. 20) y a la mujer ingenua, es decir aquella que nació libre, casada con español originario de África (art. 22), como medios de los varones para obtener la ciudadanía española (28), que podría ser otorgada por la Cortes (arts. 19 y 20).

En el resto de su articulado se refiere a los españoles, y en aquel tiempo debía entenderse que el término se refería a los varones aunque no se explicitase. Pero hay excepciones. Algunos artículos, sin decirlo expresamente, también incluyen a las españolas. Por ejemplo: el artículo 7 —«Todo español está obligado a ser fiel a la Constitución, obedecer las leyes y respetar las autoridades establecidas»—; o el artículo 8 —«También está obligado todo español, sin distinción alguna, a contribuir en proporción de sus haberes para los gastos del Estado»—.

Y ese será el tenor de todas las Constituciones del siglo xix. Con una pequeña diferencia. Desde el art. 1.2 de la Constitución de la monarquía española de 1837 se nombrará a las madres, que junto a los padres transmiten la nacionalidad española a sus hijas e hijos (art. 1.2 de la de 1845, art. 1.2 de la de 1869, art. 1.2 de la de 1876, art.23.1 de la de 1931).

La Constitución republicana de 1931, además de a las madres, nombra: a la extranjera («La extranjera que case con español conservará su nacionalidad de origen o adquirirá la de su marido, previa opción regulada por las leyes de acuerdo con los Tratados internacionales», art.23 in fine); y el trabajo de las mujeres y la protección de la

(26) En Europa fue el art. 109 de la Constitución de Weimar de 11 de agosto de 1919 el primero que estableció «Hombres y mujeres tienen, en principio, los mismos derechos y deberes políticos». Y las mujeres fueron nombradas para reconocer sus derechos de sufragio activo y pasivo (arts. 17 y 22). Ahora bien, esas formulaciones no se repitieron en la ley fundamental de Bonn de 1949. El actual art. 3.2 se añadió en la reforma constitucional de 27 de octubre de 1994: «El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes».

(27) Recordemos que en la Instrucción de 1 de enero de 1810, que reguló las elecciones a aquellas Cortes Constituyentes (puede verse en [http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/convocatoria-para-las-juntas-superiores-1-de-enero-de-1810-0/html/fff985de-82b1-11df-acc7-002185ce6064\\_1.html](http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/convocatoria-para-las-juntas-superiores-1-de-enero-de-1810-0/html/fff985de-82b1-11df-acc7-002185ce6064_1.html) [última consulta 18 de marzo de 2014]), las mujeres están incluidas en el genérico «almas».

(28) No fueron las mujeres las únicas excluidas en aquel texto constitucional, los españoles afrodescendientes y los indígenas tampoco son considerados, no sólo en Cádiz en 1812, tampoco en la doctrina constitucional española de 2012, como se puede observar, por ejemplo, al leer los artículos publicados en la Revista electrónica *Historia constitucional*, núm. 13, 2012, dedicada a aquella Constitución.

maternidad en el trabajo, a través de la legislación social (art. 46). En todos los demás casos incorpora a las mujeres españolas al texto constitucional a través de la palabra sexo: «No podrán ser fundamento de privilegio jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, la clase social, la riqueza, las ideas políticas ni las creencias religiosas» (art. 25); «El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos» (art. 43); «Serán elegibles para diputados todos los ciudadanos de la República mayores de veintitrés años, sin distinción de sexo ni de estado civil, que reúnan las condiciones fijadas por la ley Electoral» (art. 53). Y con esas bases debemos entender que esta vez la palabra españoles incorpora a las españolas: en el art. 2, «Todos los españoles son iguales ante la ley»; o en el contenido del art. 52, «El Congreso de los Diputados se compone de los representantes elegidos por Sufragio Universal, igual, directo y secreto».

La Constitución de 1978 nombra la categoría mujer: Para reconocer su igualdad jurídica en el matrimonio, «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» (art. 32.1); y para postergarla en la sucesión a la Corona, «siendo preferido siempre (...) en el mismo grado, el varón a la mujer» (art. 57.1). Dos artículos más las mencionan indirectamente, a través de la fórmula de no discriminación por razón de sexo, el art. 14 y el art. 35.1. Otro artículo, el 39.2 regula la protección de las madres, cualquiera que sea su estado civil. En el resto del articulado están incluidas en los masculinos, que esta vez han de entenderse como genéricos.

Así pues, si tenemos en cuenta el texto constitucional actual las mujeres han sido nombradas para casarse, para ser preteridas en la sucesión a la Corona y como madres, en los demás casos se han incorporado a los masculinos utilizados y pueden hacer uso, junto a los hombres, de la prohibición de la discriminación por razón de sexo.

### III.1. Implicaciones en el desarrollo legislativo

Si partimos de la idea de que el Derecho normativiza lo social y que sus normas establecen una manera de entender los diferentes tipos de relaciones sociales que estructuran la sociedad en cada momento histórico, las referencias anteriores sitúan a las mujeres españolas como objetos del Derecho durante todo el siglo XIX y al menos la mitad del siglo XX<sup>(29)</sup>. Hasta la Constitución de 1931, fueron tratadas como desiguales por el mero hecho de ser mujeres, se las incapacitó para ser sujetos de derechos, considerados universales, aunque si fueron sujetos de deberes: cumplir la ley y contribuir a los gastos del Estado<sup>(30)</sup>.

Con el desarrollo legislativo de aquel marco constitucional, sin derechos políticos, aumentó el número de derechos asociados al libre desarrollo de la personalidad negados a las mujeres: la educación, la libre elección de empleo, la igualdad en el salario, la autonomía personal, su subordinación al marido en el matrimonio....

El Derecho las construyó como inferiores y supeditadas a los hombres, aquel *pater familias* del que hablaba Bodin en el siglo XVI seguía teniendo poder sobre las mu-

(29) Hay que tener en cuenta que en el tiempo del constitucionalismo gaditano toda persona era objeto del Derecho, no sujeto. Como indica Bartolomé Clavero «el verbo que regía a persona era tener, no ser: tener persona, no ser persona» en CLAVERO, Bartolomé, «Cádiz 1812: Antropología e historiografía del individuo como sujeto de Constitución», en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero moderno*, núm. 42, 2013, p. 218.

(30) Hecho que fue resaltado por Hubertine AUCLERT (1848-1914): «*Tout français*» *exclue les femmes quand il s'agit de voter, mais pas quand il s'agit de payer des impôts*.



jeros, las normas, elaboradas únicamente por hombres, le dieron ese poder de hecho y de derecho (31).

El Código Penal promulgado el 9 de julio de 1822, por ejemplo, sólo contemplaba el delito de adulterio cuando lo cometía la esposa (32) y tal diferencia de trato entre cónyuges, adulterio y amancebamiento, se mantuvo, salvo en tiempos de la República, hasta el 26 de mayo de 1978 (33).

En el Código Civil (Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil mandada publicar en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo último, vigente hasta el 22 de Julio de 2014) nos encontramos con unas mujeres incapacitadas jurídicamente, pasando de la dependencia del padre a la del marido (art. 57: «El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido») (34), y esa sujeción al marido continuó hasta las Leyes 14/1975, de 2 de mayo sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges y 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (35). Hasta entonces las mujeres perdían la nacionalidad española al casarse con un extranjero (art. 22 del citado código), necesitaban de la autorización de su marido para trabajar y para gestionar su propio patrimonio (36), eran mayores de edad más tarde que los hombres (25 y 23 años), aunque

(31) Como dice Bartolomé Clavero, *op. cit.* pág. 245: «los padres de familia preconstitucionales fueron los ciudadanos constitucionales e individuos con derechos».

(32) Art. 683. «La muger casada que corneta adulterio perderá todos los derechos de la sociedad conyugal, y sufrirá una reclusion por el tiempo que quiera el marido, con tal que no pase de diez años. Si el marido muriere sin haber pedido la soltura, y faltare mas de un año para cumplirse el término de la reclusion, permanecerá en ella la muger un año despues de la muerte del marido; y si faltare menos tiempo, acabará de cumplirlo. El cómplice en el adulterio sufrirá igual tiempo de reclusion que la muger, y será desterrado del pueblo mientras viva el marido, á no ser que este consienta lo contrario».

(33) El Código Penal de 1944 distinguía entre los dos delitos, la mujer que lo cometía era adúltera y el hombre solo podía cometer amancebamiento. Decía la norma (art. 449) que comete adulterio «la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el que yace con ella sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio» y para el esposo el delito era el amancebamiento (art.452) que exigía que «el marido tuviera manceba dentro de la casa conyugal o notoriamente fuera de ella».

(34) BENITO DE LOS MOZOS, Ana Isabel, «La influencia del Código Civil en la vida de las mujeres españolas» en *La igualdad como compromiso: estudios de género en homenaje a la profesora Ana Díaz Medina*, Coord. por MARTÍNEZ GARCÍA, Esther, FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela, LÓPEZ DE LA VIEJA DE LA TORRE., María Teresa, BARRIOS, Olga, VELAYOS CASTELO, Carmen, CALVO SÁNCHEZ, María Dolores. Universidad de Salamanca. Salamanca, 2007, pp. 29-50, resume su situación.

(35) La primera ley que permitía el divorcio en España fue publicada en la Gazeta el 11 de marzo de 1932, la derogó la Ley de 23 de septiembre de 1939 relativa al Divorcio, cuya disposición transitoria primera establecía la posibilidad judicial de anular los divorcios preexistentes a petición de una de las partes interesadas. Volvió a nuestro ordenamiento jurídico con la Ley 30/1981, 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que la Ley 15/2005, de 8 de julio modificó.

(36) Interesante para conocer esta situación: IMAZ ZUBIAUR Leire, «Superación de la incapacidad de la mujer casada para gestionar su propio patrimonio», ASTOLA MADARIAGA, Jasone (Ed.), *Mujeres y Derecho: Pasado y presente I. Congreso multidisciplinar de la sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho. Octubre de 2008*, pp. 69-82 publicado en CD, en [http://www.berdintasuna.ehu.es/p234content/es/contenidos/informacion/igualdad\\_publicaciones/es\\_info/publicaciones\\_pagina.html](http://www.berdintasuna.ehu.es/p234content/es/contenidos/informacion/igualdad_publicaciones/es_info/publicaciones_pagina.html) [última consulta 20 de mayo de 2014]; ALARCÓN PALACIO, Yadira, «Régimen económico del matrimonio español desde la codificación hasta la reforma de 1981», en *Revista de Derecho: División de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Norte*, núm. 25, 2006, pp. 80-124; y NASH, Mary, *Mujer, familia y trabajo en España, 1875-1936*. Anthropos. Barcelona, 1983, p. 218 y ss.

podían casarse antes (12 y 14 años), hasta la ley 31/1972, de 22 de julio, que estableció en 21 años la mayoría de edad de españolas y españoles.

En cuanto a su educación, las primeras previsiones del siglo XIX son que ocuparse de la educación moral de las mujeres por la influencia que tienen en los hombres (37), algo más adelante se prevé escolarizarlas, siempre que haya recursos para ello (38), y sólo a mediados de siglo se establece la obligatoriedad de la escolarización de las niñas, aunque con una enseñanza adecuada a su sexo (39). No será hasta 1876 con el nacimiento de la *Institución Libre de Enseñanza* cuando en su seno niñas y niños reciban la misma educación (40). La entrada de alumnas en la universidad fue posible el 8 de marzo de 1910 (41) y su acceso a las oposiciones en el ámbito de la instrucción pública en septiembre del mismo año (42). Eso sí, el acceso de las mujeres a la educación no cambió los parámetros de la misma, accedieron a una educación pensada por y para los hombres.

La negación de la enseñanza tuvo una relación directa con los empleos que podían conseguir las mujeres, los peor remunerados, con el añadido de que cobraban menos

(37) Aunque nunca entró en vigor nos indica el sentir de la época: Cortes Españolas/Comisión de Instrucción Pública Dictamen y Proyecto de Decreto sobre el arreglo general de la Enseñanza Pública, presentados a las Cortes por su Comisión de Instrucción Pública y mandados imprimir por orden de las mismas 7 de marzo de 1814: «Al concluir la Comisión el plan general de instrucción pública, no se ha olvidado de la educación de aquel sexo, que forma una parte preciosa de la sociedad; que puede contribuir en gran manera a la mejora de las costumbres, y que apoderado casi exclusivamente de la educación del hombre en su niñez, tiene un gran influjo en la formación de sus primeros hábitos y, lo sigue ejerciendo después en todas las edades de la vida humana. Pero la Comisión ha considerado al mismo tiempo que su plan se reducía a la parte literaria de la educación, y no a la moral, principal objeto de la que debe darse a las mujeres. Tampoco pudo desentenderse de que este plan solo abraza la educación pública, y que cabalmente la que debe darse a las mujeres ha de ser doméstica y privada en cuanto sea posible, pues que así lo exige el destino que tiene este sexo en la sociedad, la cual se interesa principalmente en que haya buenas madres de familia.

Pero como además de la educación doméstica de las mujeres, que necesariamente se ha de mejorar con el progreso de la instrucción nacional y el fomento de la riqueza pública, convenga que el Estado costee algunos establecimientos en que aprendan las niñas a leer y escribir, y las labores propias de su sexo, la Comisión opina que se debe encomendar al celo de las Diputaciones provinciales el que propongan el número que deba haber de estos establecimientos, el paraje donde deban situarse, su dotación y forma». En <http://www.filosofia.org/mfa/fae814a.htm> [última consulta 20 de mayo de 2014].

(38) El Real Decreto de 4 de agosto de 1836, Plan General de la Enseñanza Pública, dice en su art. 21: «Se establecerán escuelas separadas para las niñas donde quiera que los recursos lo permitan, acomodando la enseñanza en estas escuelas a las correspondientes elementales y superiores de niños, pero con las modificaciones y en la forma conveniente al sexo». El texto completo puede leerse en <http://www.filosofia.org/mfa/fae836a.htm> [última consulta 20 de mayo de 2014]. Son interesantes los siguientes enlaces: <http://www.filosofia.org/mfa/index.htm> [última consulta 20 de mayo de 2014] reúne la normativa española sobre educación del siglo XIX; y [http://personal.us.es/alporu/historia/mujer\\_educacion.htm](http://personal.us.es/alporu/historia/mujer_educacion.htm) y <http://www.educacion.es/cide/jsp/plantilla.jsp?id=arch03> [última consulta 21 de mayo de 2014] por los documentos de interés que contiene.

(39) Interesante el trabajo de SARASUA GARCÍA Carmen, «Aprendiendo a ser mujeres: las escuelas de niñas en la España del siglo XIX», en *Cuadernos de historia contemporánea*, núm. 24, 2002, pp. 281-300.

(40) Su influencia hizo posible que en 1907 por primera vez se concediesen becas a las mujeres junto a los hombres para ampliar sus estudios en el extranjero. Juana Ontañón Valiente fue la primera estudiante en recibirla y en 1908 completó sus estudios en París y Bruselas en 1909 se inscribió como alumna de la primera promoción de la Escuela Superior de Magisterio.

(41) FLECHA GARCÍA, Consuelo, *Las primeras universitarias en España. 1872-1910*. Narcéa. Madrid 1996, nos relata la historia de las mujeres que consiguieron licenciaturas universitarias antes con el permiso del Rey.

(42) Para conocer esos inicios de acceso a la enseñanza universitaria FLECHA GARCÍA, Consuelo, «Profesoras en la Universidad. El tránsito de las pioneras en España», en *Arenal, Revista de Historia de las Mujeres*, núm. 17(2), 2010, pp. 255-297.

que los hombres por hacerlos(43). En España, por ejemplo, no hubo una jueza hasta el 23 de julio de 1978 cuando fue nombrada Josefina Triguero, porque la judicatura, la fiscalía, el ejército, los institutos armados y la marina mercante quedaron expresamente vetados para las mujeres, en el art. 3.2 de la ley 56/1961, de 22 de julio sobre derechos políticos, profesionales y de trabajo de la mujer, esas profesiones seguían siendo las excepciones al reconocimiento de los mismos derechos que al varón en el ejercicio de toda actividad política, profesional y de trabajo que el art. 1 hacía para las mujeres(44).

### III.2. La construcción de la subjetividad en el marco constitucional descrito

Este papel del Derecho en la configuración de las diferentes subjetividades de mujeres y hombres se obvia en el discurso de la verdad. El concepto subjetividad hace referencia al modo en que nos pensamos y relacionamos con nosotras mismas y con nosotros mismos en un determinado momento histórico, al proceso por el cual nos convertimos en sujetos; y con los datos expuestos, retomo la perspectiva foucaultiana para ser conscientes de con qué prácticas sociales (poder) y epistémicas (saber), se ha ido creando nuestra subjetividad.

Desde el poder las subjetividades fueron construidas, al menos hasta la década de los 80 del siglo xx, en un contexto cultural y normativo basado en las categorías hombre/mujer, donde la segunda estaba subordinada a la primera. El uso de estas categorías denota además que las personas, siempre diversas, son tratadas como un grupo uniforme. El sexo marcaba la pertenencia a una categoría, y con ello la manera específica de construir su subjetividad que tenían las personas, dentro de los cánones de su categoría(45).

---

(43) La obtención de igual salario por igual trabajo no se normó internacionalmente, en la OIT, hasta 1951, C100-Convenio sobre igualdad de remuneración y la prohibición de discriminación para la elección de trabajo hasta 1958, C111-Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), que entró en vigor el 15 de junio de 1960, Convenios que fueron ratificados por España el 11 de noviembre de 1967.

(44) Profundiza en el estudio de esta ley RUIZ FRANCO, María del Rosario, «Nuevos horizontes para las mujeres de los años 60: la ley de 22 de julio de 1961», en *Arenal, Revista de Historia de las Mujeres*, núm. 2, 1995, pp. 247-268.

(45) Todas las personas, por tanto, han estado adscritas a una de las dos categorías, pero cada categoría tiene diferente trato. Esa diferencia se puede ver mejor a través de dos conceptos, opresión y dominación, utilizados por YOUNG, Iris Marion, *La justicia y la política de la diferencia*. Ed. Cátedra. Madrid, 2000: «Las estructuras jerárquicas de toma de decisiones someten a la mayor parte de las personas de nuestra sociedad a la dominación en algún aspecto importante de sus vidas» (p. 69). Es decir, las categorías mujer/hombre implican dominación. «Sin embargo, muchas de esas personas disfrutaban de un significativo apoyo institucional para desarrollar y ejercer sus capacidades y su habilidad para expresarse y se oídas»; «no toda persona sujeta a la dominación está también oprimida» (p. 69); «la opresión, en cambio, incluiría todos los procesos institucionales que, de manera sistemática, impiden a alguna gente aprender y usar habilidades satisfactorias y expansivas en medios socialmente reconocidos, o procesos sociales institucionalizados que anulan la capacidad de las personas para interactuar y comunicarse con otras o para expresar sus sentimientos y perspectivas sobre la vida social en contextos donde otras personas pueden escucharlas» (p. 68). Resumiendo, mientras la dominación puede afectar a hombres y mujeres la opresión sólo afecta a las mujeres. Hay más razones para la opresión que el sexo, la raza o la clase o la identidad sexual, por ejemplo, son otras. Y las opresiones pueden actuar conjuntamente, la intersectorialidad, como puso de manifiesto en 1989 CRENSHAW, Kimberlé, «Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics», publicado originalmente en la Revista *University of Chicago Legal Forum*, en <http://politicalscience.tamu.edu/documents/faculty/Crenshaw-Demarginalizing.pdf> [última consulta 20 de mayo de 2014].

En ese marco la subjetividad aparece como esencialista, las personas han de vincularse a una categoría identitaria, hombre/mujer, aunque dicha vinculación se considere una elección personal. El resultado es que la realidad psicológica de unas y de otros resultará diferente, como consecuencia de las categorías con las que deben identificarse y construirse.

El saber y el poder naturalizaron esas categorías, para que fueran asumidas como evidentes e incuestionables, es decir, hicieron uso de lo que hoy en día se definiría como violencia simbólica (46). Y es importante verla, porque «la violencia simbólica es esa violencia que arranca sumisiones que ni siquiera se perciben como tales apoyándose en unas «expectativas colectivas», en unas creencias socialmente inculcadas» (47), y su resultado es la adhesión y el acatamiento de las propias víctimas a una identidad inducida y presentada como identidad natural.

Es, por tanto, importante desvelar ese poder de imposición simbólica, nutrido por el desconocimiento. El discurso (ortodoxo) de la verdad, con el que he empezado este trabajo, nos mantiene en ese desconocimiento, no relata las arbitrariedades en las que basamos nuestro orden-ordenamiento. Es fruto y además instrumento de transmisión de dispositivos (48) tan incorporados, que ni siquiera necesitan ser probados o, incluso más, que son capaces de asimilar, sin inmutarse, las pruebas que los contradicen, como hemos visto. El uso de las categorías mujer/hombre, por ejemplo, está tan interiorizado en unas y otros que, como veremos, no desaparece en todo el siglo xx.

#### IV. La aparición de los derechos reproductivos y de los derechos sexuales

El breve repaso histórico hecho hasta aquí permite entender mejor por qué hasta finales del siglo xx nuestros ordenamientos jurídicos ni siquiera concibieron la existencia de unos derechos reproductivos y, mucho menos, de unos derechos sexuales y por qué fueron las mujeres quienes los enunciaron.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, especificaba, por deseo expreso de Eleanor Roosevelt, que eran derechos de los seres humanos (art. 1) o

(46) BOURDIEU, Pierre, *Meditaciones Pascalianas*. Ed. Anagrama. Barcelona, 1999, pp. 224-225, la define así: «La violencia simbólica es esa coerción que se instituye por mediación de una adhesión que el dominado no puede evitar otorgar al dominante (y, por lo tanto, a la dominación) cuándo sólo dispone para pensarlo y pensarse o, mejor aun, para pensar su relación con él, de instrumentos de conocimiento que comparte con él y que, al no ser más que la forma incorporada de la estructura de la relación de dominación, hacen que ésta se presente como natural...». El mismo autor sitúa esa violencia en «Sobre el poder simbólico» en *Intelectuales, política y poder*. UBA/Eudeba. Buenos Aires, 2000, pp. 65-73. Es muy interesante el trabajo de GAMERO CABRERA, Isabel G., «Los efectos de la dominación simbólica en el feminismo», en *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, núm. 13, pp. 189-200 porque analiza las teorías de Luce Irigaray, Sheila Benhabib, S. y Judith Butler desde la perspectiva de la dominación simbólica.

(47) BOURDIEU, Pierre, *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*, 2.ª edic. Anagrama. Barcelona, 1999, p. 173.

(48) Hablo de dispositivos como ese juego de relaciones discursivas y no discursivas creadas por el saber/poder que producen el efecto de crear sujetos que inscriben en sus cuerpos una forma de ser determinada, es decir, todo aquello que tiene, de una manera u otra, la capacidad de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar y asegurar los gestos, las conductas, las opiniones y los discursos de los seres vivos. Para saber más de ese concepto es interesante el resumen que hace GARCÍA FANLO, Luis, «Qué es un dispositivo: Foucault, Deleuze, Agamben», en *A Parte Rei: Revista de Filosofía*, núm. 74, 2011, pp. 1-8; o AGAMBEN, Giorgio, «¿Qué es un dispositivo?» en *Sociológica*, núm. 73, 2011, pp. 249-264.

de toda persona (art.2), pero pronto se vio que la formulación de su artículo 7 («Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación») no resultaba suficiente para asegurar la dignidad y la igualdad de todas las personas. Aquel «todos» estaba demasiado cargado de una historia que lo refería únicamente a los «hombres blancos» y no hubo más remedio que acudir a otras Convenciones, que esta vez nombraban a quienes protegían, para intentar construir un sistema de igualdad, al menos formal, en derechos (eliminación de la discriminación racial en 1966, eliminación de la discriminación contra la mujer en 1979, los derechos del niño 1989, los derechos de las personas pertenecientes a minorías en 1992... (49)).

Es por tanto comprensible que aunque la decisión de las mujeres sobre su maternidad sea una idea que tiene sus orígenes en el movimiento feminista inglés por el control reproductivo del siglo XIX (50), el enunciado derechos reproductivos, que fue el primero en aparecer, no lo hiciera hasta el I Encuentro Internacional de Salud de la Mujer realizado en Ámsterdam en 1984 (51), se consagrara en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, que tuvo lugar en El Cairo en 1994 (52) y fuera reafirmado en la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, en Pekín, del año 1995 (53).

El enunciado derechos sexuales apareció más tarde, en las discusiones de la Conferencia de 1994, pero no llegó a los textos hasta la de Pekín de 1995 (54). Y esa inci-

---

(49) Obsérvese el uso de categorías. Todas ellas en <http://www.un.org/es/rights/overview/conventions.shtml>

(50) CORREA, Sonia y PETCHESKY, Rosalind, «Reproductive and Sexual Rights: a Feminist Perspective» en *Population Policies Reconsidered. Health, Empowerment, and Rights*. Harvard School of Public Health. Boston, 1994, p. 108.

(51) Antes se había hablado de la libertad de reproducción de la familia o de los padres (Asamblea General de la ONU, 1966: «El tamaño de la familia debe ser la libre opción de la familia»; en 1968 cuando en Teherán se celebró una Conferencia Internacional de Derechos Humanos para conmemorar los 20 años de la Declaración y se dijo: «Los padres tienen el Derecho Humano fundamental de determinar libremente el número y espaciamiento de sus hijos». En 1974 en la Conferencia Mundial de Población de Bucarest que aprobó el «Plan de Acción Mundial para población», se reafirmó el derecho a la decisión reproductiva, esta vez incluyendo a las parejas y a cada persona idea reiterada en 1984 en la Conferencia Internacional de Población de México.

(52) Entre los primeros trabajos que empiezan a establecer su contenido está el de COOK, Rebecca «International Human Rights and Women's Reproductive Health», en *Studies in Family Planning*, núm. 2, 1993, pp. 73-86.

(53) Según el párrafo 7.3 del Programa de Acción de El Cairo: Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el momento de tenerlos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho de alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos sobre derechos humanos.

(54) El párrafo 96 de la Declaración y Plataforma de Acción de Pekín: «Los derechos humanos de las mujeres incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y a decidir libremente respecto de esas cuestiones sin verse sujeta a coerción, discriminación o violencia. Las relaciones igualitarias entre las mujeres y los hombres respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluyen el pleno respeto a la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual.

piente llegada, como señala Rosalind Petchesky (55), sólo fue posible de forma negativa, es decir, formulando como derecho a no ser objeto de abuso, explotación, violación, tráfico o mutilación (56), pero no de forma positiva, es decir, como derecho a disfrutar del propio cuerpo (57). Ese sentido positivo está íntimamente ligado a los dispositivos sociales para hacerlos efectivo, sin los cuales queda en mera fórmula formal. Pero, para concebir los derechos reproductivos y, sobre todo, los derechos sexuales de una manera positiva hay que desmontar el discurso de la verdad (58).

El reconocimiento de la existencia de derechos sexuales implica el reconocimiento del cuerpo de las personas, no sólo como medio reproductor, sino como elemento necesario para una vida plena, digna y libre, tanto en el espacio público como en el privado y el reconocimiento de la existencia de derechos reproductivos implica el control de la fecundidad.

Los derechos sexuales suponen la libertad de elección de cada persona sobre el ejercicio y desarrollo de su sexualidad, y los derechos reproductivos entrañan la libertad de toda persona para decidir y regular su fecundidad, sin que esas decisiones impliquen riesgos para su salud física o mental (59).

(55) PETCHESKY, Rosalind P., «Sexual rights», en *Framing the sexual subject: the politics of gender, sexuality, and power*, PARKER, Richard, BARBOSA, Regina Maria, y AGGLETON, Peter (Ed.). University of California Press. Berkeley, Los Angeles 2000, pp. 81-103, especialmente, p. 88; y «Spiraling Discourses of Reproductive and Sexual Rights», en *Women transforming politics: an alternative reader*, COHEN, Cathy J., JONES, Kathleen B., y TRONTO, Joan C. (Ed.). NYU Press. New York 1997, pp. 569-588, especialmente, pp. 582-583.

(56) Por ejemplo, el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional establece como crímenes de lesa humanidad: la violación, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada u otros abusos sexuales de gravedad comparable. Es imprescindible recordar que a finales del siglo xx saltó a los medios de comunicación la noticia de la esterilización forzada de mujeres con diversidad funcional, y por eso, ya en el siglo xxi, la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España, establece la obligación de los Estados Partes de respetar «el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener [...] a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiada para su edad y a que se provean los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos», así como a que «mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones que los demás».

(57) Esta forma positiva fue enunciada por primera vez en marzo de 1999, «Definiciones e Indicadores en Planificación Familiar, Salud Materna e Infantil y salud reproductiva utilizados en la Oficina Regional de la OMS para Europa», cuando se define salud sexual como: «la integración de los elementos somáticos emocionales, intelectuales y sociales del ser sexual, por medios que sean positivamente enriquecedores y que potencien la personalidad, la comunicación, el amor. Esta noción lleva implícito «un enfoque positivo de la sexualidad humana y el propósito de la atención de salud sexual debe ser el realce de la vida y de las relaciones personales y no simplemente la asesoría o la atención relacionada con las enfermedades reproductivas y de transmisión sexual».

(58) Los derechos reproductivos fueron resultado de dos líneas de pensamiento: la preocupada por el número de la población mundial; y el feminismo, fueron los discursos feministas los que cuestionaron la dicotomía existente entre el espacio público y privado, señalando que los espacios privados como la familia y el ejercicio de la sexualidad y reproducción estaban basados en estructuras de poder. La reproducción ha sido una tarea encomendada a las mujeres cuando no eran consideradas personas por el Derecho, y su control ha pasado del ámbito privado, bajo la autoridad del *pater familias*, al ámbito público, bajo el poder del Estado.

(59) Su existencia afecta a los contenidos de derechos preexistentes: 1) el derecho a la vida, entendido en un contexto de salud y dignidad humana y a la integridad personal, esa garantía que tienen las personas de que no se les cause ningún daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico o un perjuicio a su cuerpo o a su salud; 2) el libre desarrollo de la personalidad, cada persona debe poder decidir: si quiere tener relaciones sexuales o no, cuándo, con quién y cómo; su preferencia sexual; su estado civil; el comienzo y el final de sus relaciones; ser madre o padre; qué tipo de relación quiere conformar, cuándo y cuántas hijas e hijos quiere tener o no tener; si utiliza o no métodos anticonceptivos y cuáles; 3) el derecho a la educación y a la información, intrínsecamente necesarios para hacer efectivos los anteriores, si las personas desde temprana edad no acceden a una información adecuada sobre cómo funciona su cuerpo, sobre las diferentes expresiones de su sexualidad, sobre los métodos de regulación de la fecundidad, las enfermedades y riesgos relacionados con su salud, en

Ahora bien ¿es eso posible? Antes de analizar la manera en que nuestro Derecho ha incorporado estos derechos, quiero plantear algunas reflexiones sobre la sexualidad «ese proceso social que crea, organiza, expresa y dirige nuestro deseo», en palabras de Mackinnon (60), cuya configuración actual divide la humanidad en dos sexos (61). Todas nuestras relaciones sociales están permeadas por esa diferencia, incluida nuestra sexualidad. Y esa sexualidad está construida y nos construye: la heterosexualidad es la estructura preponderante, los roles sexuales de unas y de otros están jerárquicamente ordenados, siendo las mujeres objetos sexuales de los hombres (62). La reproducción es la consecuencia necesaria de ese tipo de sexualidad (63) —por eso se confunde, por ejemplo, acceso a los anticonceptivos con la liberación sexual o se entiende como derecho sexual la información sobre los métodos anticonceptivos—. En esta construcción, como dice Federici (64) «la sexualidad es un trabajo»

general sobre todos los aspectos relacionados con la sexualidad y reproducción humanas, no podrán hacer efectivos los anteriores derechos, porque la educación y la información son el fundamento de la autonomía y la responsabilidad individuales; 4) el derecho a la intimidad, las decisiones y las preferencias de cada mujer y de cada hombre en el ámbito de la sexualidad y de la reproducción, así como las forma cómo cada persona ejerce sus derechos, pertenecen a su vida privada y como tal debe ser respetada; 5) el derecho a la salud entendida como el bienestar físico, psíquico y social de las personas.

Si el contenido de los derechos mencionados cambia se podrán hacer efectivos los dos siguientes: la libertad de conciencia y la igualdad. La libertad de conciencia es esa facultad con la que cuentan todas las personas de pensar, opinar y desarrollar su vida (incluyendo por supuesto su sexualidad y reproducción) en base a sus propios valores y creencias, y a que cualquier autoridad se abstenga de obligarla a actuar contra sus juicios morales. Esto significa que el ejercicio de la sexualidad y de la reproducción no puede estar condicionado por orientaciones o ideologías políticas, religiosas, culturales o filosóficas, que no sean libremente compartidas por las personas. Por ejemplo, el uso o no de métodos anticonceptivos o el número de hijas e hijos que una persona quiera tener, no deben estar sometidas a una doctrina o pensamiento con el cual no esté de acuerdo de manera libre la persona implicada. Y la igualdad es el derecho de toda persona a ser tratada de la misma manera, a tener los mismos derechos, beneficios y posibilidades que las otras personas, sin importar su sexo, orientación sexual, edad, etnia, nivel económico o social o cualquier otra condición. La igualdad implica el respeto por la diferencia y el derecho a la no discriminación.

(60) MACKINNON, Catharine A., *Feminism unmodified, Discourses on Life and Law*. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, London 1987, pág. 49.

(61) «(...) el sexo no es, por naturaleza, una bipolaridad; es un continuo. En la sociedad se convierte en una bipolaridad» dice MACKINNON, Catharine A., «Difference and Dominance: On Sex Discrimination», en BARTLETT, Katherine T. y KENNEDY, Rosanne, *Feminist Legal Theory. Reading in Law and Gender*. Westview Press. San Francisco 1991, p. 90.

(62) Las mujeres han sido proyectadas como objetos del sujeto, un sujeto que las aprisiona de este modo en sus redes categoriales y simbólicas y que designa su identidad como *lo otro*. La violencia contra las mujeres en las relaciones afectivas, la prostitución, la pornografía..... son algunas de sus consecuencias y la preocupación de las mujeres, socialmente sustentada, por hacer de su cuerpo un gran *objeto* de deseo es la expresión más significativa. La cosificación visual de la que son objeto es una de esas manifestaciones. Las palabras de Mackinnon, *ibidem*, p. 61 son muy gráficas para definir nuestro modelo de sexualidad: tras hacer una comparación entre la sexualidad y el trabajo, señala que un buen día de trabajo o elegir un trabajo nunca pone en entredicho, desde una perspectiva marxista, la explotación de la persona trabajadora y basándose en eso, señala que nadie diría «(...) a good fuck is any compensation for getting fucked».

(63) En palabras de FOUCAULT, Michel, *Historia de la sexualidad I. La voluntad de saber*. Siglo XXI. Madrid, 1998, p. 24: «Pues, ¿acaso la puesta en discurso del sexo no está dirigida a la tarea de expulsar de la realidad las formas de sexualidad no sometidas a la economía estricta de la reproducción: decir no a las actividades infecundas, proscribir los placeres vecinos, reducir o excluir las prácticas que no tienen la generación como fin?»

(64) FEDERICI, Silvia, *Revolution at point zero. Housework, reproduction, and feminist struggle*. PM Press. Brooklyn, NY 2012, recientemente editada en español con el título *Revolución en punto cero. Trabajo doméstico, reproducción y luchas feministas*. Ed. Traficantes de Sueños, Madrid 2014. Y es un trabajo «because we have the responsibility of making the sexual experience pleasurable for the man. This is why women are usu-

para las mujeres, de las que se espera que den placer a los hombres (65). Esa manera de construirla hace que se defina como relación sexual central una relación que es, por definición, reproductiva, la relación coital, cuando la realidad es que precisamente el coito podría ser la parte menos importante de la sexualidad de las mujeres, por sus connotaciones reproductivas.

Y esta construcción social es tan profunda que sin ponerla en cuestión nunca podrá, ni siquiera, concebirse una igualdad de sujetos jurídico-constitucionales (66).

Un ejemplo de la interiorización/encarnación de esos roles sexuales, es decir, la confusión entre sexualidad y reproducción (67) es el llamado movimiento de liberación sexual de la década de los 60 del siglo pasado, así denominado por el papel activo que habían tomado las mujeres en las relaciones sexuales, en contra de su previsto rol pasivo, por el acceso a los anticonceptivos (68) —relaciones coitales—, en el que se establece como un signo de represión sexual de las mujeres el no estar siempre disponibles, cuando ya contaban con métodos anticonceptivos (69), es esa segunda valoración la que esconde otro hecho de ese tiempo: el acceso libre, sin responsabilidades, de los hombres a los cuerpos de las mujeres. Aquella definición de liberación sexual era, como no podía ser de otro manera, en muchos aspectos masculina y las mujeres que la vivieron hicieron algo que encaja perfectamente en las construcciones de subjetividades que se han visto, se entendieron iguales porque podían funcionar igual que los hombres. Pero la experiencia también evidenció otra cosa, que sexualidad no es reproducción, y que sin tener el control sobre el propio cuerpo, sin dar paso al propio deseo en las relaciones sexuales no había liberación. Porque la construcción de la sexualidad, del deseo, marca el contenido de toda nuestra existencia, no sólo el contenido de nuestros derechos sexuales.

Ahora bien, la sexualidad es un producto humano y una vez que se comprenda el sexo en términos de análisis social e histórico serán posible políticas sexuales más

---

*ally less sexually responsive than men. Sex is work for us, it is a duty. The duty to please is so built into our sexuality that we have learned to get pleasure out of giving pleasure, out of getting men aroused and excited. (...) Compartmentalization is only one aspect of the mutilation of our sexuality» (p. 24).*

(65) No sólo en Emilio o Tratado de la Educación de Rousseau aparece la idea de que las mujeres «están hechas especialmente para complacer a los hombres» Kant en su Antropología en sentido pragmático nos lo dice de otra manera «el hombre se gusta a sí mismo, la mujer hace de sí misma objeto de gusto para los demás».

(66) IRIGARAY, Luce, *Yo, tú, nosotras*. Cátedra. Madrid, 1992, p. 54: «¿Cómo administrar el mundo en cuanto mujeres si no hemos definido nuestra identidad ni las reglas que conciernen a nuestras relaciones genealógicas, ni nuestro orden social, lingüístico y cultural?»

(67) No es, por tanto, fortuito que los derechos sexuales aparezcan unidos a los reproductivos, es nuestra construcción de la sexualidad la que provoca esa unión y así pasa a los documentos jurídicos. MILLER, Alice M., «Sexual but Not Reproductive: Exploring the Junction and Disjunction of Sexual and Reproductive Rights» en *Health and human rights: an international quarterly journal*, núm. 4(2), 2000, pp. 68-109, especialmente p. 87, señala que la conjunción de los derechos sexuales con los derechos reproductivos ha provocado que los derechos sexuales sean considerados como un subconjunto de los derechos reproductivos, aunque con una formulación menos desarrollada.

(68) En España con la modificación del artículo 416 del Código Penal, el 7 de octubre de 1978 se legalizó el uso de la píldora como método anticonceptivo.

(69) En palabras de FEDERICI, Silvia, *Ibidem*, p. 25: *Sexual freedom does not help .....«sexual liberation» has intensified our work. In the past, we were just expected to raise children. Now we are expected to have a waged job, still clean the house and have children and, at the end of a double workday, be ready to hop in bed and be sexually enticing. But whether in its liberalized or its more repressive form, our sexuality is still under control».*



realistas o al menos será posible no encorsetar a nuestras criaturas en roles sexuales que las aprisionan el resto de su vida (70).

Como dice Rubin (71), el primer paso es reconocer las dimensiones políticas de nuestra vida erótica. Porque en nuestro discurso de la verdad/poder el deseo de las mujeres ha sido definido únicamente respecto a los hombres, sin voz propia. Y si no se cuestiona esa base el resultado es que cuando el Derecho habla de igualdad formal lo que hace es perpetuar esa situación de desigualdad primera (72), ya que no la cuestiona, y construye todo el sistema jurídico-constitucional sobre esos cimientos, y desde ahí la igualdad material no hace sino remachar la desigualdad de partida al dar un trato igual a los iguales y diferente a las diferentes. Parece, por tanto, que existen dudas razonables para afirmar que podemos existir como personas libres, autónomas e iguales en nuestro discurso de la verdad/poder (73).

De esa primera organización sexual emergen fácilmente el resto de subordinaciones (la étnica, la de clase...), porque esa primera categorización nos define el mundo como un espacio jerarquizado. En esa primera desigualdad basamos nuestro orden-ordenamiento (74).

#### **IV.1. Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo**

El ordenamiento jurídico español asumió específicamente la existencia de derechos sexuales y de derechos reproductivos con la Ley Orgánica 2/2010 (75) que, final-

(70) RUBIN, Gayle, «El tráfico de mujeres: notas sobre la «economía política» del sexo», en *Nueva Antropología*, Vol. VIII, núm. 30, 1986, pp. 95-145 hace un estudio, uniendo antropología y psiquiatría, para evidenciar las consecuencias en niñas y niños del modelo de sexualidad que vivimos y transmitimos. Ese trabajo fue publicado inicialmente como «The Traffic in Women» en REITER, Rayna R. (editora), *Toward an Anthropology of Women*. Monthly Review Press. New York 1975

(71) RUBIN, Gayle, «Reflexionando sobre el sexo: notas para una teoría radical de la sexualidad», en VANCE Carole S. (Comp.), *Placer y peligro. Explorando la sexualidad femenina*. Talasa. Madrid, 1989, pp. 113-190, previamente había escrito: que quienes se consideren progresistas deben examinar sus preconcepciones, poner al día su educación sexual y familiarizarse con la existencia y funcionamiento de una jerarquía sexual (p. 189).

(72) Es por eso que, como dice ESQUEMBRE VALDÉS, Mar, «Ciudadanía y género. Una reconstrucción de la tríada de Derechos Fundamentales», en MONEREO ATIENZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis, *Género y Derechos Fundamentales*. Comares. Granada 2011, p. 161 y ss. a la igualdad formal en el espacio público no le siguió una igualdad material en el *mundo de la vida*, incluida la vida política, produciéndose una característica disparidad respecto de otros grupos subordinado, como fueron muchos hombres, llamados, sin embargo, a recuperar dignidad y presencia en el nuevo modelo constitucional.

(73) Para un resumen de las diferentes búsquedas de esa existencia, por todas, PHENG, Cheah, y GROSZ, Elizabeth, «The Future of Sexual Difference: An Interview with Judith Butler and Drucilla Cornell», en *Diacritics*, núm. 28.1, 1998, pp. 19-41; o HERNÁNDEZ PIÑERO, Aranzazu, «Igualdad, diferencia: genealogías feministas», en *Feminismo/s*, núm. 15, 2010, pp. 75-94

(74) Y sería básico dar cuenta de ella, un camino para hacerlo es el que propone ESQUEMBRE VALDÉS, MAR, «Derecho constitucional y género. Una propuesta epistémica metodológica», en *Igualdad y democracia: el género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*. Corts Valencianes, Valencia 2014, pp. 229-239.

(75) Interesante el trabajo de LORENZO, RODRIGUEZ-ARMAS, Magdalena, «Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo: trabajos parlamentarios», en *Cuadernos Bartolomé*, núm. 48, 2011 Editado por Dykinson/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid 2011, especialmente p. 68 y ss.

mente, convierte en norma las recomendaciones internacionales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —sin olvidar que en ellas no se cuestiona la manera de construir nuestra sexualidad—.

En el ámbito de la Unión Europea, el 6 de junio de 2002 se había presentado ante el Pleno del Parlamento Europeo la Resolución 2001/2128 (INI) sobre salud sexual y reproductiva (76), donde, entre otras cosas, se proponía un fundamento jurídico más sólido para la salud, tanto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea como en el Tratado CE (§ 21).

La interrupción voluntaria del embarazo había sido tratada en la Resolución del Parlamento Europeo 2001/2128(77). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras, en su sentencia del 20 de marzo de 2007, asunto Tysiac contra Polonia, n.º 5410/03, había afirmado que «en este tipo de situaciones las previsiones legales deben, en primer lugar y ante todo, asegurar la claridad de la posición jurídica de la mujer embarazada» y que «una vez que el legislador decide permitir el aborto, no debe estructurar su marco legal de modo que se limiten las posibilidades reales de obtenerlo» (§ 116).

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, en su Resolución 1607/2008, de 16 abril, reafirmó el derecho de todo ser humano, y en particular de las mujeres, al respeto de su integridad física y a la libre disposición de su cuerpo y en ese contexto, a que la decisión última de recurrir o no a un aborto corresponda a la mujer interesada (§ 6) y, en consecuencia, invitó a los Estados miembros a despenalizar el aborto dentro de unos plazos de gestación razonables (§ 7.1) (78) .

En resumen, no será hasta el siglo XXI cuando los derechos reproductivos y los posibles derechos sexuales comiencen a formar parte de los derechos humanos y empiece a ser considerada como una decisión de las mujeres la interrupción voluntaria del embarazo, así lo entiende la Ley Orgánica 2/2010(79) cuyo preámbulo comienza diciendo:

(76) Publicada en el *DOUE* el 12 de noviembre de 2003, C 271 E, pp. 369-374.

(77) 9. Recomienda que, para proteger la salud de las mujeres, se legalice el aborto, para hacerlo más accesible a todos y eliminar así los riesgos de las prácticas ilegales; 10. Hace un llamamiento a los gobiernos de los Estados miembros y de los países candidatos para que se abstengan de procesar a mujeres a quienes les hayan practicado un aborto.

(78) 7. La Asamblea invita a los Estados miembros del Consejo de Europa: 7.1. a despenalizar el aborto en los plazos de gestación razonables si aún no es así; 7.2. a garantizar el ejercicio efectivo del derecho de las mujeres al acceso a un aborto sin riesgo y legal; 7.3. a respetar la autonomía de elección de las mujeres y a ofrecer las condiciones de una elección libre e informada, sin promover especialmente el recurso al aborto; 7.4. a suprimir las restricciones que obstaculizan, de hecho o de derecho, el acceso a un aborto sin riesgo, y, en particular, a adoptar las medidas necesarias para crear las condiciones sanitarias, médicas y psicológicas convenientes y garantizar una asunción financiera adecuada; 7.5. a adoptar, en cuanto a los derechos y la salud sexual y reproductiva, las políticas y estrategias convenientes basadas en hechos, para garantizar una continua mejora y extensión de una educación e información sobre sexualidad y relaciones interpersonales, no contaminada por los prejuicios personales, y de los servicios de contracepción gracias a un aumento de las inversiones basados en unos presupuestos nacionales destinados a mejorar los regímenes de salud, los suministros para la salud reproductiva y la información; 7.6. a garantizar el acceso de las mujeres y hombres a los métodos anticonceptivos —y a información sobre contracepción— adecuados, de bajo coste y dando la posibilidad de elegir a los interesados e interesadas; 7.7. a instituir una educación sexual y afectiva obligatoria para los jóvenes, adaptada a su edad y a su sexo (entre otros, en la escuela), con el fin de evitar los embarazos no deseados (y, por tanto, los abortos); 7.8. a promover una actitud más favorable a la familia en las campañas públicas de información y a proporcionar asesoramiento y apoyo práctico para ayudar a aquellas mujeres que soliciten un aborto debido a presiones familiares o financieras.

(79) No voy a referirme a todo el contenido del a Ley Orgánica, como hace LORENZO RODRIGUEZ-ARMAS, Magdalena, «Del aborto a la interrupción voluntaria del embarazo: reflexiones jurídico-constitucionales en torno a la nueva Ley ante el anuncio de su reforma», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 31, 2012, pp. 38-45, especialmente p. 42.

«El desarrollo de la sexualidad y la capacidad de procreación están directamente vinculados a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad y son objeto de protección a través de distintos derechos fundamentales, señaladamente, de aquellos que garantizan la integridad física y moral y la intimidad personal y familiar. La decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información».

La LO 2/2010 reconoce en su artículo 3.1 que todas las personas tienen derecho a adoptar libremente decisiones que afectan a su vida sexual y reproductiva, en el ejercicio de sus derechos de libertad, intimidad y autonomía personal, así como el derecho a la maternidad libremente decidida (art. 3.2). Y para hacer efectivos estos derechos se prevén medidas en el ámbito sanitario (arts. 7 y 8) y en el ámbito educativo (arts. 9 y 10) (80). Y tras ello la LO se ocupa de la interrupción voluntaria del embarazo: En España, en el plazo de 14 semanas se garantiza a las mujeres la posibilidad de tomar una decisión libre e informada sobre la interrupción del embarazo, sin interferencia de terceros, con un plazo de reflexión de al menos tres días (art. 14), en las condiciones que se determinan en la Ley Orgánica 2/2010 (lo que la STC 53/1985 denominó «autodeterminación consciente» en el FJ 8). Y esas condiciones se interpretarán en el modo más favorable para la protección y eficacia de los derechos fundamentales de las mujeres que soliciten la intervención, en particular, su derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica y a la no discriminación (art.12).

Y, con sus límites, a los que ya he aludido, es una ley importante. Porque, a pesar de que el Derecho no suele estar muy acertado cuando regula los espacios privados en los que históricamente han estado encerradas las mujeres (familia, violencia, reproducción (81), sexualidad...), porque en dichos espacios privados se ha protegido el estatus, los derechos, de los hombres, los cambios legales pueden ayudar a que las personas, no sólo aunque fundamentalmente mujeres, encerradas en el orden privado pasen de ser víctimas a ser ciudadanas (82), y viceversa, la inmovilidad de la norma dificulta o hace imposible cualquier cambio en la sociedad.

(80) «El sistema educativo contemplará la formación en salud sexual y reproductiva, como parte del desarrollo integral de la personalidad y de la formación en valores» dice el art. 9.

(81) Como nos recuerdan BARRÈRE UNZUETA, M.<sup>a</sup> Ángeles y MORONDO TARAMUNDI, Dolores, «Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una Teoría del Derecho antidiscriminatorio», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 15-42: el control patriarcal de la capacidad reproductora de las mujeres se expresa de forma diversa en los diversos grupos de mujeres: como prohibición de aborto entre las mujeres blancas de clase media; como esterilización forzosa entre las mujeres negras pobres, las nativas americanas, o las discapacitadas; como fertilidad incontrolada en las mujeres de algunos grupos religiosos, etc. (p. 35).

(82) MACKINNON Catharine, *Women's Lives, Men's Laws*. Harvard University Press. Cambridge 2005, p.40, lo explica así: «When women's experience was made the basis for the law against sexual harassment, everyday life altered as well. . . . Most important, women's own sense of violation changed because the harm had legal

## IV.2. Anteproyecto de Ley Orgánica de protección de la vida del concebido y derechos de la mujer embarazada aprobado por el Consejo de Ministros el 20 de diciembre de 2013

La situación jurídica descrita fue puesta en entredicho el 20 de diciembre de 2013 cuando el Consejo de Ministros aprobó la presentación de un anteproyecto de Ley Orgánica, cuya pretensión es derogar la LO 2/2010, es decir, los derechos sexuales y reproductivos, entre ellos, el derecho a la maternidad libremente decidida.

La preferencia del embrión o del feto sobre el derecho de las mujeres a decidir libremente su maternidad queda explicitada en el título y explicada en la Exposición de Motivos (83). Y como su base es la STC 53/1985, que contó con seis votos particulares, parece pertinente detenerse en ella.

Antes de abordarla resulta interesante saber cómo habían interpretado cuestiones similares otros tribunales. El TS estadounidense en su sentencia de 22 de enero de 1973, caso *Jane Roe v. Henry Wade* (410 US 113), había establecido que las mujeres tienen el derecho a tomar libremente la decisión de llevar o no su embarazo a término, como parte del derecho a la privacidad o intimidad que deriva de la cláusula de *debido proceso* de la *Decimocuarta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos*, en un plazo de tres meses (84). Al ser calificado como derecho fundamental cualquier limitación por parte del estado debía estar justificada (85).

En Alemania, el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 25 de febrero de 1975 (39 *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*) (86), basándose en la inviolabilidad de la dignidad humana y el derecho a la vida, tras calificar el aborto de asesinato, aceptó no castigarlo en algunos casos, análogos a los que se habían de prever en Es-

---

*expression and legitimacy and public sanction. . . . Changing what could be done by law changed the way it felt to live through it in life, and the status of women took a step from victim to citizen».*

(83) «La Constitución Española, en su artículo 15, establece que «todos tienen derecho a la vida». Dicho derecho, en el mismo sentido que lo recoge la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, es la proyección de un *valor superior del ordenamiento jurídico constitucional —la vida humana—* y constituye el derecho fundamental, esencial y troncal, sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible. Indisolublemente relacionado con el derecho a la vida se encuentra el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 de la Constitución como núcleo de otra serie de derechos inviolables «que le son inherentes».

Tomando como fundamento estas disposiciones, el Tribunal Constitucional ha afirmado con rotundidad que la vida del concebido y no nacido —*nasciturus*—, en cuanto que encarna un valor fundamental garantizado en el artículo 15 de la Constitución Española —*la vida humana*—, constituye un bien jurídico protegido por la Constitución, que conlleva para el Estado dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado su carácter de valor fundamental, incluya también, como última garantía, normas penales».

(84) Al ser un derecho del ámbito privado, el TS, en la misma sentencia declaró que el estado no tenía una obligación constitucional de financiar abortos «no-terapéuticos», y tres años más tarde, en *Harris v. McRae*, 448 U.S. 297 (1980), extendió la no obligatoriedad de financiación a algunos abortos médicamente necesarios.

(85) SHAPIRO, Ian, «El Derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: una introducción», en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2008, pp. 437-463 resume lo acaecido en la jurisprudencia del TS sobre esta materia.

(86) Decidía sobre la ley de reforma del aborto, *Gesetz zur Reform des Strafrechts* (StrRG) de 18 Junio de 1974, *Bundesgesetzblatt I* [BGBl. I] 1297 (F.R.G.), que hasta entonces era delito (art. 218 del Código Penal) excepto cuando se practicaba por peligro para la vida o la salud de la embarazada.

pañá en 1985, esta vez tomando como base el desarrollo libre de la personalidad (87). Hasta 1992 (88), tras la unificación (89), no se derogaron los artículos 218 y 219 del Código Penal alemán que consideraban delito el aborto, pasando a ser no ilegal (*nicht rechtswidrig*) en algunos supuestos, durante los tres primeros meses de embarazo (90).

En 1985 el TC se inclinó por la posición del *Bundesverfassungsgericht*. En aquel tiempo había una única magistrada en el TC, doña Gloria Begué Cantón (91), y fue ponente (92) para decidir sobre un asunto tan trascendental para la garantía de un derecho fundamental para las mujeres, el de su maternidad libremente decidida (aunque no fue esa la formulación, que, como hemos visto, en aquellos tiempos ni siquiera existía, se trataba de despenalizar algunos casos de aborto, el terapéutico, el eugenésico y el ético (93)).

En el FJ 9 el TC declaró que no había un conflicto entre los derechos de las mujeres y un inexistente derecho fundamental del *nasciturus* a la vida, sino un conflicto entre los derechos fundamentales de una mujer embarazada y un bien jurídicamente

(87) Y como la ley que interpretaba no protegía debidamente al feto la declaró inconstitucional (La nueva ley, *Strafrechtsänderungsgesetz* de 18.5.1976, asumió las directrices del TC alemán). ESER, Albin «Reform of German Abortion Law: First Experiences», en *The American Journal of Comparative Law*, núm. 36, 1986, pp. 369-383 analiza dichos textos.

(88) *Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Forderung einer kinderfreundlicheren Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs (Schwangeren- und Familienhilfegesetz)* de 27 junio de 1992, BGBl. 1 1398 [hereinafter SFHG]; y la sentencia del TC alemán sobre la misma de 28 de mayo de 1993 88 BVerfGE 203.

(89) En la RDA el aborto estaba permitido a petición del a embarazada los tres primeros meses de gestación, desde 1972 *Gesetz vom 9. März 1972 über die Unterbrechung der Schwangerschaft, GBL. DDR I 89*.

(90) STEINER, Udo, «La controversia constitucional en Alemania sobre la regulación penal del aborto», en *Revista española de derecho constitucional*, núm. 37, 1993, pp. 159-171 dio cuenta en España de aquellos cambios legislativos alemanes.

(91) La mera presencia de mujeres en los órganos de decisión, aún siendo una necesidad democrática, no asegura el respeto a los derechos de las mujeres. Si mujeres y hombres han sido educados en el discurso de la verdad que hemos visto, no serán capaces de ver las implicaciones de aquello que deciden. En cualquier caso la regla de la paridad está lejos de afectar al TC, es fácil conocer el número y nombres de sus escasas magistradas: junto a Gloria Begué Cantón (1980-1989), María Emilia Casas Baamonde (1998-2011) y Elisa Pérez Vera (2001-2012), las actuales Adela Asúa Batarrita (2011-...) y María Encarnación Roca Trías (2012-...). Es decir: cinco magistradas y más de cincuenta magistrados; una presidenta y ocho presidentes; dos vicepresidentas y nueve vicepresidentes.

(92) Se trataba del recurso previo de inconstitucionalidad núm. 800/1983, interpuesto por don José María Ruiz-Gallardón, comisionado por 54 Diputados de las Cortes Generales, contra el texto definitivo del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del art. 417 *bis* del Código Penal y fueron Ponentes para este acto la Magistrada doña Gloria Begué Cantón y el Magistrado don Rafael Gómez-Ferrer Morant. El trabajo presentado por el primer Ponente, el magistrado Jerónimo Arozamena Sierra no superó la primera votación del Pleno.

(93) «Artículo único. El art. 417 *bis* del Código Penal queda redactado de la siguiente manera: El aborto no será punible si se practica por un Médico, con el consentimiento de la mujer, cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1. Que sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada.
2. Que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo del delito de violación del art. 429, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiere sido denunciado.
3. Que sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el pronóstico desfavorable conste en un dictamen emitido por dos Médicos especialistas distintos del que intervenga a la embarazada.»

protegido, la vida humana en formación. Pero la sentencia no fue congruente con este razonamiento.

Y la razón es que en ella el TC, excediendo sus funciones, creó un nuevo valor superior del ordenamiento jurídico-constitucional, la vida humana. Una vez hecho esto le dio a ese nuevo valor mayor contenido que al valor si previsto en el art. 1.1 de la Constitución, la libertad, en este caso, de la mujer embarazada, interpretación que fue criticada en los votos particulares del magistrado Francisco Tomás y Valiente (94) y del magistrado Francisco Rubio Llorente (95).

La sentencia no pivota sobre el eje de la garantía de derechos de las mujeres, sino que toma la vida humana como fundamento, como valor superior recién creado, y desde ese valor se admiten las excepciones para que el ordenamiento jurídico permita el aborto, cuando en nuestro sistema constitucional el eje es la dignidad del art. 10.1, de las mujeres en este caso, unido a su libertad y desde ahí tendría que haberse analizado hasta dónde puede el estado interferir en las mismas.

Precisamente ese valor superior creado por el TC, es el que retoma el ministro Ruiz Gallardón, 30 años más tarde a la interposición de aquel recurso, para presentar su anteproyecto de ley orgánica, penalizando lo que debería estar garantizando, el derecho fundamental de las mujeres a decidir su maternidad (el anteproyecto prevé que será el personal médico el que tome la decisión).

Las mayorías parlamentarias siguen pudiendo disponer de los derechos fundamentales de las mujeres (96), por lo que nuestro sistema jurídico-constitucional todavía no ha hecho realidad la igualdad de mujeres y hombres en todos los aspectos que atañen a la dignidad humana (97).

(94) «4. (...) no encuentro fundamento jurídico-constitucional, único pertinente, para afirmar como se hace, que la vida humana «es un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional» (fundamento jurídico 3) o «un valor fundamental» (fundamento jurídico 5) o «un valor central» (fundamento jurídico 9). Que el concepto de persona es el soporte y el prius lógico de todo derecho me parece evidente y yo así lo sostengo. Pero esta afirmación no autoriza peligrosas jerarquizaciones axiológicas, ajenas por lo demás al texto de la Constitución, donde, por cierto, en su art. 1.1 se dice que son valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político: Esos y sólo esos. Frente a tan abstractas consideraciones sobre la vida como valor, llama la atención que en la Sentencia no se formule ninguna sobre el primero de los que la Constitución denomina valores superiores: La libertad. De ahí, de esa omisión, que no olvido, deriva quizá la escasa atención que se presta a los derechos de libertad de la mujer embarazada».

(95) «El intérprete de la Constitución no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos «encarnan», para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto. Esto no es ni siquiera hacer jurisprudencia de valores, sino lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizá más aún, al propio poder constituyente».

(96) SARMENTO, Daniel, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Lúmen Júris. Río de Janeiro, 2004, p. 190, nos recuerda que existen dimensiones de la autonomía privada de la persona humana tan relevantes para su dignidad, que se hace necesario protegerlas incluso hasta del poder legislativo, representante de la voluntad de las mayorías.

(97) Un ejemplo de cómo entiende el partido en el gobierno los conceptos aquí analizados es el Voto Particular del Grupo Parlamentario Popular al Informe de la Subcomisión sobre la aplicación de la legislación en materia de interrupción voluntaria del embarazo de 16 de febrero de 2009, citado por LAURENZO COPELLO, Patricia, «Aborto y derecho a la sexualidad: un nuevo marco para el viejo debate», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, 2009, p. 28, pie de p. 2, que vinculó el aborto con la violencia de género, cosa que no deja de ser cierta, pero no por las razones que esgrime el grupo popular «en caso de problemas el hombre se desentiende de la paternidad y coacciona a la mujer para que se libre del fruto del embarazo», un entorno jurídico permisivo, «aliado a un entorno social muy machista, que considera el embarazo una cosa de la mujer en muchas ocasiones». La lectura perversa hecha por el partido en el gobierno, que en el mismo voto

Dejando a un lado la constitucionalidad del anteproyecto o su conformidad con el derecho internacional (98), es un ejemplo de violencia institucional contra las mujeres, imperceptible desde el discurso de la verdad que se mantiene, no sólo en nuestro Estado. El anteproyecto cuenta, además, con un elemento de exquisita violencia simbólica, cuando excluye a las mujeres embarazadas de un deber que siempre han tenido, aún sin ser personas, el de cumplir las leyes, cuando prevé que «En ningún caso será punible la conducta de la mujer embarazada (99)».

Aunque no salga adelante, su mera propuesta confirma que las mujeres siguen sin ser dueñas de sus cuerpos, con todo lo que eso implica.

## V. Algunos porqués últimos: desvelando la jerarquía en la que se basa nuestra igualdad

El estado constitucional español ha protegido a los embriones, antes de que considerase seres humanos a las mujeres (100), por lo que, quienes sí lo eran, aquellos hombres libres y propietarios, blancos en su gran mayoría, y de prácticas heterosexuales declaradas, que tenían el poder de normar sobre sus cuerpos, consideraron delito el aborto desde el primer código penal (101).

Aquella situación jurídica de las mujeres varió formalmente con el nacimiento del estado social y democrático de derecho que las incorporó a la humanidad como iguales a los hombres, por lo que, esa vez, se presumía que las normas hechas por los hombres decidiendo sobre los cuerpos de las mujeres contaban con su aquiescencia, porque su incorporación no supuso ningún cambio para que el sistema aceptase materialmente las diferencias que aportaban al *demos* las recién incorporadas.

---

entiende que «la mujer es madre desde que concibe» olvida que la violencia de género empieza con un tipo de relaciones sexuales no queridas por esa mujer, continua con el trato que el grupo popular da a esa mujer, imaginándola como inferior y, por tanto objeto de coacción de un hombre. Pero la violencia mayor o la mayor perversidad es la de apropiarse del cuerpo de la mujer embarazada y normar su decisión, considerando machismo su derecho fundamental a decidir sobre su embarazo.

(98) Estudiado, entre otras personas, por VICENTE MÁRQUEZ, Lydia, «La reforma del aborto a la luz del derecho internacional. El anteproyecto de ley no cumple con los estándares internacionales», en *Rights International Spain, Series Análisis Jurídicos-Principio de legalidad*, marzo 2014, pp. 1-17.

(99) Dejando a un lado los resortes jurídicos existentes para soslayar dicho mandato, es importante ver la coificación que supone: convierte a las embarazadas en personas totalmente irresponsables, y esta vez sin dicámenes médicos que así lo atestigüen.

(100) CLAVERO, Bartolomé, «Cádiz 1812: Antropología e historiografía del individuo como sujeto de Constitución», en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero moderno*, núm. 42, 2013: Desde la Constitución de 1812 se podrán convertir en sujetos los ciudadanos que componen la Nación (p. 226), únicamente esos serán los «individuos» a los que se refiere el texto constitucional: esclavas y esclavos no *tienen* persona (p. 229), pero los esclavos pueden tenerla si son liberados, en cambio las mujeres, ingenuas o esclavas, tienen negado todo acceso a la ciudadanía por naturaleza, no por el Derecho (p. 240), no son seres humanos.

(101) El promulgado el 9 de julio de 1822, que lo incluye en su Título I, De los delitos contra las personas (art. 639 y 640). Es pertinente no olvidar que el orden de los apellidos en el registro civil se convierte en una decisión de común acuerdo de la madre y el padre, con la ley 49/1999, de 5 de noviembre, sobre nombres y apellidos y orden de los mismos, actualmente normado en el art. 49 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil; hasta entonces, el *pater familias* era por definición quien daba el primer apellido. Y es un ejemplo de esas sumisiones no vistas lo poco que esa norma ha alterado el orden simbólico asumido en nuestra sociedad.

Al no contemplar las diferencias en la construcción social de los cuerpos, haciendo así invisible la jerarquía sexual, ocultándola, el Derecho del estado social y democrático la perpetuó. No hay mayor desigualdad que tratar como iguales a quienes están subordinadas. Y ese trato es, además, perverso, porque hace responsables de su inferioridad a las subordinadas.

Sólo a finales del siglo xx las mujeres consiguen tener el poder suficiente para empezar a enunciar como derecho propio el poder decidir sobre sus embarazos. Los ordenamientos jurídicos introducen tal decisión como derecho fundamental perteneciente al ámbito de su privacidad o intimidad, o en otros casos, cuando la decisión es interrumpir un embarazo, empiezan a considerar no ilegales algunos supuestos, amparándose en el principio de que la vida humana en formación es más importante que la vida humana ya formada. Decisiones tomadas por órganos representativos o judiciales educados en un discurso de la verdad que ha escondido durante siglos la sujeción/dominación/opresión de las mujeres, y que además apenas cuentan con su presencia (102).

Qué decir sobre unos derechos sexuales que ni siquiera están completamente esbozados para las mujeres, porque tienen inscritas en ellas, sin ser conscientes, prácticas opresivas de siglos.

Es decir, en 2014 las mujeres siguen sin tener aquella soberanía sobre su cuerpo, de la que hablaba Bodin en el siglo xvi, básica para ser ciudadanas, aunque hoy no es el *pater familias* quien controla sus cuerpos, sino el Estado, como demuestra el anteproyecto de ley orgánica presentado por nuestro Gobierno, para derogar la ley orgánica que reconoce los derechos sexuales y reproductivos de todas las personas y el derecho de las mujeres a una maternidad libremente decidida (103).

Y esa derogación que se pretende es un buen ejemplo para ver cómo y desde quien se define la igualdad en nuestro ordenamiento jurídico, definición apoyada por la mayor parte de nuestra doctrina. La igualdad formal supone uniformidad de trato y esa uniformidad de trato implica mantener las desigualdades de origen, de las que el Derecho no se ocupa: Si ni mujeres ni hombres tienen derechos sexuales y reproductivos, según el proyecto de ley orgánica, ¿dónde deja eso a unas y a otros? Las mujeres quedan sexualmente al servicio de los hombres, como se ha visto, porque así se ha construido nuestra sexualidad. Y como la conceptualización de esa igualdad de personas libres ha partido del arquetipo de un hombre libre, no puede formar parte de esa libertad la decisión sobre la maternidad.

---

(102) Insisto en la idea de que una mayor presencia de mujeres no implica que automáticamente mejore la garantía de sus derechos, por todas, CELIS, Karen, CHILDS Sarah, KANTOLA Johanna y KROOK Mona Lena, «Rethinking women's substantive representation», en *Representation*, Vol. 44, núm. 2, 2008, pp. 99-110.

(103) Por datos aparecidos en la prensa, parece ser que la memoria sobre «impacto de género», que obligatoriamente debe acompañar al proyecto, desde la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, se estima que el impacto será positivo porque apoya la maternidad y que volviendo a un sistema de supuestos, en el que se permite el aborto, solo en casos de violación o riesgo grave para la salud de la mujer, no se están restringiendo o limitando los derechos de las mujeres. Además de hablar de que «se deja de considerar el aborto como un derecho de la mujer» en lugar de decir, por ejemplo, que se deroga el derecho de las mujeres a una maternidad libremente decidida y argumentar sobre su positivo impacto de género.



Mientras nuestra construcción como personas esté basada en el sexo será difícil conseguir que las mujeres tengan el poder sobre su propio cuerpo(104), pero se volverá imposible si nuestro discurso de la verdad no cambia y da cuenta de la desigualdad sexual en la que basamos nuestro orden-ordenamiento (105).

Trabajo recibido el 11 de junio de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de septiembre de 2014.

---

(104) Hay pensadoras que trabajan en la línea de desmontar una ciudadanía basada en el sexo de las personas, por todas, MOUFFE, Chantal, *El retorno de lo político. Comunidad, ciudadanía, pluralismo y democracia radical*. Paidós. Barcelona 1999, pp. 118-119, porque «Sólo cuando descartemos la visión del sujeto como un agente al mismo tiempo racional y transparente para sí mismo, y descartemos también la supuesta unidad y homogeneidad del conjunto de sus posiciones, tendremos posibilidades de teorizar acerca de la multiplicidad de las relaciones de subordinación», (p. 110 ) porque existe «una multiplicidad de relaciones sociales en las cuales la diferencia sexual está construida siempre de muy diversos modos, y donde la lucha en contra de la subordinación tiene que plantearse de formas específicas y diferenciales», p. 112.

(105) Y no es por falta de análisis rigurosos en los que basarse, que abundan, y desde hace tiempo, por ejemplo el texto de 1969 de MILLETT, Kate, *Sexual Politics*. University of Illinois Press. Urbana, Chicago 2000 dejó claro que «(...) *the conditions of patriarchal society had such profound effects upon female sexuality that its function has been drastically affected, its true character long distorted and long unknown. This is remarkable evidence of culture's ability to affect physiology*» (p. 118), editado en España en 1995 por Cátedra, Madrid con el título *Política Sexual*; o el de PATEMAN Carole, *El Contrato sexual*. Anthropos. Barcelona 1995, libro publicado en 1988 cuyo contenido trata sobre lo que ya adelanta en la p. 10: «el contrato social es una historia de libertad, el contrato sexual es una historia de sujeción».

**LABURPENA:** Askotan gauzak ikertzen direnean ahaztu egiten da hori egiteko ditugun baliabideak ez direla berez sortu, baizik eta jakintza eta aginte edo botere batek sortu dituela eta gure hezkuntza-sistemak hedatu dituela. Hori da lantzen den lehenengo gauza Konstituzio Zuzenbidearen alorrari lotuta, bereziki, bi helburuekin: Konstituzio Zuzenbideak oinarritzat hartu duen subjektuaren ezaugarriak —gizonezkoa da, zuria, jabea eta heterosexuala— eta nolako eragina izan duen aurrerabaki horrek zuzenbide-antolamendu osoan eta norberaren nortasunean ikusteko, ikusezina baita gure sisteman; eta azaltzeko nola bilakutzen den ezinezkoa emakumeen eta gizonen berdintasuna, horrela eraiki den sistema horretan. Sexu-eskubideak eta ugaltze-eskubideak kolokan egotea sistemaren beraren ondorio zuzena baino ez dela, argi uzteko asmoaz.

**HITZ GAKOAK:** Jakintza eta boterea. Ezagutzaren transmisioa. Sexu-eskubideak. Ugaltze-eskubideak.

**RESUMEN:** Cuando investigamos solemos olvidar que las herramientas que utilizamos no han surgido espontáneamente, sino que las ha construido un saber/poder y se han transmitido a través de nuestro sistema de enseñanza. Eso es, en el ámbito del Derecho Constitucional, lo primero que se analiza en este trabajo, con dos objetivos: Para ver algo que todavía permanece invisible, quién y cómo es el sujeto sobre el que se ha construido el Derecho Constitucional —un hombre, blanco, propietario y heterosexual— y la influencia de esa pre-decisión en todo el ordenamiento jurídico y en la formación de nuestra personalidad; y para desvelar la imposibilidad de una igualdad de mujeres y hombres en un sistema así construido. Todo ello para aclarar que el que los derechos sexuales y los derechos reproductivos estén pendientes de un hilo en este momento no es más que una consecuencia directa del propio sistema.

**PALABRAS-CLAVE:** Saber y poder. Transmisión del conocimiento. Derechos sexuales. Derechos reproductivos

**ABSTRACT:** When we investigated, we often forget that the tools we use have not arisen spontaneously, but that a knowledge/power has built them, and they have passed through our education system. That is, in the field of constitutional law, the first thing discussed in this work, with two objectives: To see something that still remains invisible, who and how is the subject on which the constitutional law has been built —a man, white, owner and heterosexual— and the influence of this pre-decision on all the legal system and in the formation of our personality; and to reveal the impossibility of equality of women and men in a system that has been built like this. All of this to clarify that sexual rights and reproductive rights are pending a thread at this time is simply a direct result of the system itself.

**KEYWORDS:** Knowledge and power. Knowledge Transfer. Sexual Rights. Reproductive Rights.

# Patrimonio cultural submarino: dominio público, titularidad y competencias de las comunidades autónomas

Javier Barcelona Llop

**Sumario:** I. Introducción.—II. ¿Qué bienes forman parte del patrimonio cultural submarino?—III. Vestigios submarinos de dominio público. Los buques de Estado.—IV. Titularidad demanial del patrimonio cultural submarino.—V. Competencias autonómicas. La Ley de Navegación Marítima de 24 de julio de 2014.

## I. Introducción

Frecuentemente, hacemos uso de la expresión *Arqueología submarina* para referirnos a la que se desarrolla bajo las aguas del mar. Su plasticidad y potencia descriptiva son innegables y, además, parece corresponderse muy bien con el objeto al que se refiere; por sí misma no sugiere sino que la actividad tiene lugar donde lo tiene y da por supuesto que hace necesario tanto el empleo de técnicas específicas acordes con el medio como el dominio de ciertas destrezas singulares (saber bucear, por ejemplo), innecesarias ambas en otros casos. Es más, esa expresión en absoluto cuestiona una idea fundamental: aun desarrollada en los espacios marítimos, la Arqueología submarina es, antes que nada, Arqueología, esto es, una actividad científica que persigue el incremento del conocimiento y la difusión del patrimonio cultural, sirviéndose para ello de una depurada metodología de la que hacen uso expertos cualificados que persiguen tales objetivos y no otros.

Sucede, sin embargo, que la Arqueología submarina se asocia a veces con la búsqueda de *tesoros sumergidos*, preferentemente en barcos que en su día se hundieron por naufragio, acto de guerra o cualquier otra calamidad. Es indiscutible que cabe una aproximación rigurosamente arqueológica —esto es, científica— a pecios que encierran cargamentos valiosos, pero muchas veces la actividad que se publicita y de la que se hacen eco los medios de comunicación poco o nada tiene que ver con ello; es más, podría incluso decirse que la popularidad de estas actuaciones es inversamente proporcional a su carácter científico, que suele ser ínfimo. Cuando un *tesoro antiguo* sepultado bajo las aguas del mar es descubierto, pocos se preguntan por si el hallazgo ha sido realizado por científicos experimentados, por si se ha utilizado la metodología científica adecuada, por si se ha hecho todo lo posible por no destruir información y por la medida en que los bienes sirven al incremento del conocimiento. La pregunta universal es: ¿cuánto valen, en euros, los objetos en cuestión?, a la que se añade otra: ¿a quién pertenecen?, que es tanto como decir ¿quién se beneficia del

hallazgo? Y en medio de todo ello, no faltan menciones a que la empresa que ha practicado el hallazgo y, en su caso, la extracción se dedica a la Arqueología submarina y cuenta con arqueólogos expertos en plantilla.

Esa asociación entre Arqueología submarina y búsqueda de tesoros hundidos no es que sea distorsionadora, sino que es radicalmente falsa. Quizá por ello se comprenda que haya arqueólogos que huyen de la locución y prefieren la más desdibujada de *Arqueología subacuática* (comprensiva del conjunto de actividades cuyo escenario es el medio acuático, sea continental o marítimo), e incluso que no falte quien considera que debe hablarse de *Arqueología* sin más, sin alusión alguna al entorno físico. Son planteamientos que, sin discutir lo evidente —esto es, que el hecho de hallarse los objetos y restos bajo las aguas del mar reclama procedimientos y modos rigurosamente endémicos— ponen el acento en que las intervenciones submarinas obedecen, como todas las demás arqueológicas, a una metodología científica y persiguen, igual que todas las demás, el incremento del conocimiento y la difusión del patrimonio cultural; esto es, que son *Arqueología tout court* y no necesitan adjetivación alguna.

En términos de principio, nada cabe objetar a tal idea que, por cierto, suministra argumentos suficientes para ubicar en sus justos términos la actividad de los llamados *buscadores de tesoros* cuyos móviles son rigurosamente comerciales y ajenos por completo al incremento del conocimiento y a la difusión del patrimonio cultural. Sin embargo, para quienes nos dedicamos al Derecho tiene sentido aislar la noción de *Arqueología submarina* en la medida en que la actividad suscita cuestiones y problemas que demandan soluciones jurídicas singulares. Soluciones que, en aras de la claridad y de la necesidad de evitar incertidumbres, el ordenamiento debiera contemplar, bien en la legislación general sobre patrimonio cultural, bien en una regulación *ad hoc* para el que yace en el fondo del mar (1). Hay que tener en cuenta, además, que el Derecho internacional público desempeña un importante papel en esta materia. Si la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del mar (2) no estuvo precisamente atenta a la compleja problemática que rodea a la arqueología submarina —si bien hay que decir en su descargo que ésta no figuraba entre sus preocupaciones principales—, brilla hoy con luz propia la Convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio cultural subacuático, hecha en París el 2 de noviembre de 2001 y vigente desde el 2 de enero de 2009 (3). Texto sin duda importante, que incorpora una serie

(1) Particularmente, no considero imprescindible que el ordenamiento interno cuente con una legislación relativa al patrimonio cultural submarino desgajada de la general del patrimonio cultural. No rechazo, desde luego, que pueda promulgarse, pero entiendo que podría ser suficiente con que la legislación del ramo contemplara la materia en un capítulo o título específico, sin perjuicio de un eventual desarrollo reglamentario, éste sí centrado exclusivamente en el patrimonio submarino. En el caso español, no contamos ni con una cosa ni con la otra en el plano general, aunque existen algunas regulaciones, por lo común no muy densas, en la normativa autonómica.

(2) Hecha en Montego Bay (Jamaica) el 10 de octubre de 1982 y ratificada por España mediante Instrumento de 15 de enero de 1997 (BOE de 14 de febrero de 1997).

(3) Ratificada por España mediante Instrumento de 25 de mayo de 2005 (BOE de 5 de marzo de 2009). Es cierto que el Tratado no se refiere únicamente al patrimonio cultural submarino (su denominación es bien reveladora), pero no es discutible que tal es el punto en el que principalmente pone su atención. Es al respecto significativo el dato siguiente. La Convención incorpora un anexo, cuya rúbrica es «Normas relativas a las actividades dirigidas al patrimonio cultural subacuático», en el que figuran una serie de principios y criterios de actuación que se consideran de necesaria observancia en cualquier actuación dirigida al patrimonio sumergido. Tales normas son aplicables al patrimonio subacuático existente en las aguas interiores, las archipelágicas, el

de obligaciones para los Estados que se adhieran a él y dominado por la perspectiva funcional (la protección del patrimonio sumergido) con marginación de la dominical, tan presente en los planteamientos tradicionales del ordenamiento interno. Aunque el éxito del Tratado está en función del grado en que sea formalmente asumido por los Estados (4), constituye un hito de gran relevancia que acredita que el tratamiento jurídico del patrimonio cultural submarino no puede resolverse mediante la mera aplicación, más o menos adaptada, de las disposiciones elaboradas pensando en la Arqueología que se desarrolla en tierra emergida o en las aguas continentales.

En resumen, si desde la perspectiva arqueológica la Arqueología submarina puede ser contemplada como una modalidad de la Arqueología en general cuya individualización nominal es incluso inconveniente para evitar equívocos como los señalados más arriba, desde el punto de vista del Derecho ofrece notables particularidades que explican que sea adecuado conservar el adjetivo que acentúa el medio en que la actividad se desarrolla. Para la ciencia arqueológica es Arqueología, de acuerdo; pero para el saber jurídico es Arqueología submarina.

No voy a detenerme, ni mucho menos, en las numerosas y diversas cuestiones jurídicas que suscita la Arqueología submarina. Deseo sumarme al recuerdo de Demetrio Loperena Rota —jurista sensible, versátil y perspicaz— con un sencillo trabajo de modestas pretensiones centrado en los puntos siguientes: a) no todos los bienes de interés arqueológico hallados en aguas jurisdiccionales españolas pertenecen al dominio público arqueológico que nuestras leyes regulan (III); b) los que sí lo hacen son de titularidad estatal (IV); aunque, c) ello no impide que, salvo excepciones, las comunidades autónomas litorales sean competentes para autorizar y controlar las intervenciones dirigidas al patrimonio cultural submarino (V). Antes emitiré unas breves consideraciones acerca de los bienes que forman parte del mismo (II).

## II. ¿Qué bienes forman parte del patrimonio cultural submarino?

No todo bien sumergido en las aguas marítimas forma parte del patrimonio cultural submarino. Una pista de que no es así la suministra la posibilidad de excluir la aplicación de la normativa sobre salvamento a los bienes de carácter cultural de interés

---

mar territorial, la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental, pero en relación con las aguas continentales el criterio es diferente. Dice, en efecto, el artículo 28: «[a] ratificar, aceptar o aprobar esta Convención o adherirse a ella o en cualquier momento ulterior, todo Estado podrá declarar que las Normas se aplicarán a sus aguas continentales que no sean de carácter marítimo». El tenor del precepto —del que España no ha hecho uso pues no ha emitido la declaración— es muy distinto al del artículo 29, relativo a la formulación de reservas a la aplicación de la Convención en los espacios marítimos, posibilidad que, por lo demás, se contempla como deseablemente provisional.

(4) A la fecha de redacción de estas páginas, la Convención ha recibido 48 ratificaciones o aceptaciones, pero se echa en falta el compromiso de importantes potencias cuya contribución a la efectividad de los complejos mecanismos de colaboración que el texto diseña puede ser decisiva. En julio de 2014 son partes de la Convención Albania, Antigua y Bermuda, Argentina, Barbados, Bahrein, Bélgica, Benin, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Camboya, Croacia, Cuba, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Francia, Gabón, Granada, Guyana, Haití, Honduras, Hungría, Irán, Italia, Jamaica, Jordania, Líbano, Libia, Lituania, Marruecos, Méjico, Montenegro, Namibia, Nigeria, Palestina, Panamá, Paraguay, Portugal, República Democrática del Congo, Rumania, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Togo, Trinidad y Tobago, Túnez y Ucrania.

prehistórico arqueológico o histórico que se encuentren en el fondo del mar (5), o la elusión pura y simple de la misma, sea por la vía de hacerla virtualmente imposible (6), sea por la más directa de afirmar su impertinencia (7). La circunstancia de estar sumergido en las aguas del mar es imprescindible, pero no es suficiente para que un bien forme parte del patrimonio cultural submarino. ¿Qué es necesario para que los que están allí lo hagan?

El artículo 1 de la Convención de la UNESCO utiliza el criterio siguiente: a sus efectos, el patrimonio cultural subacuático comprende «todos los rastros de existencia humana que tengan un carácter cultural, histórico o arqueológico, que hayan estado bajo el agua total o parcialmente, de forma periódica o continua, por lo menos durante 100 años» (8). Como se observa, el precepto combina dos factores: el valor cultural, histórico o arqueológico y el tiempo de permanencia bajo las aguas, debiendo ambos concurrir cumulativamente pues ninguno es por sí mismo suficiente para afirmar que un objeto forma parte del patrimonio cultural subacuático al que se refiere la Convención.

Nuestra legislación parte de premisas diferentes. Salvo error u omisión por mi parte, en la Ley del Patrimonio Histórico Español de 25 de junio de 1985 (en adelante, LPHE), dos preceptos se refieren a los bienes sitos en los espacios marítimos y un tercero contiene una alusión genérica al medio subacuático. Son los artículos 15.5 (zonas arqueológicas), 40.1 (bienes que forman parte del patrimonio arqueológico) y 41 (concepto legal de excavaciones y prospecciones arqueológicas). Estos tres artículos se refieren específicamente al patrimonio arqueológico. El primero porque una zona arqueológica, bien inmueble de interés cultural, no puede sino ser un lugar donde existen vestigios de interés arqueológico, y los otros dos porque encabezan la regulación que del patrimonio arqueológico contiene el Título V de la Ley. Esto indica que el legislador estatal vincula los bienes que yacen en los espacios marítimos al patrimonio arqueológico y no a otra categoría de bienes culturales o históricos, por lo que cobra enorme relevancia el criterio normativo utilizado para delimitar qué bienes perte-

(5) *Vid.* el artículo 30.1, d) del Convenio internacional sobre salvamento marítimo, hecho en Londres el 28 de abril de 1989 y ratificado por España el 14 de enero de 2005 (*BOE* de 8 de marzo de 2005). España ha hecho uso de la posibilidad y ha formulado reserva en tal sentido. Nótese que el Convenio se refiere a las operaciones de salvamento —esto es, de auxilio o asistencia a buques u otros bienes que se encuentren en peligro—, pero la alusión a los bienes culturales sumergidos es inequívoca.

(6) Es el caso de la Convención de la UNESCO de 2001, cuyo artículo 4 dispone que ninguna actividad relacionada con el patrimonio cultural subacuático al que la misma se aplica está sometida a las normas sobre salvamentos y hallazgos a no ser que, a) esté autorizada por las autoridades competentes; b) sea plenamente conforme con la Convención; y, c) se asegure que toda operación de recuperación del patrimonio cultural subacuático se realiza con la máxima protección de éste.

(7) Según la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima, no se considera salvamento operación alguna que tenga por objeto el patrimonio cultural subacuático (artículo 358.3) y, como regla, sus normas relativas a los bienes naufragados y hundidos no se aplican a dicho patrimonio, que se rige por su legislación específica (artículo 369.3).

(8) El precepto enumera de forma no exhaustiva cuáles pueden ser los bienes a que se refiere: i) los sitios, estructuras, edificios, objetos y restos humanos, junto con su contexto arqueológico y natural; ii) los buques, aeronaves, otros medios de transporte o cualquier parte de ellos, su cargamento u otro contenido, junto con su contexto arqueológico y natural; y, iii) los objetos de carácter prehistórico. A la vez, especifica que no forman parte del patrimonio cultural subacuático —por supuesto que a los efectos de la Convención— los cables y tuberías tendidos en el fondo del mar y las instalaciones distintas de cables y tuberías colocadas en el fondo del mar y todavía en uso.

necen al patrimonio arqueológico a efectos legales, criterio que, conforme a la expresión que M. S. Giannini utiliza en su conocido estudio sobre los bienes culturales, es rigurosamente *prejurídico*.

En efecto. Según el artículo 40.1 LPHE, es condición de pertenencia a este segmento del patrimonio cultural que los bienes muebles o inmuebles de carácter histórico sean susceptibles de estudio con metodología arqueológica. No hay en la Ley alusión alguna a la antigüedad, sino una remisión sin más a una determinada metodología científica, elemento *prejurídico* sobre el que gira la determinación de los bienes que forman parte del patrimonio arqueológico a efectos legales. Es cierto que el artículo 40.1 LPHE alude al carácter histórico de los mismos, pero al no especificar un referente cronológico preciso deja la eficacia de este requisito prácticamente en tierra de nadie. ¿Cuántos años debe tener un bien para merecer el apelativo de histórico? ¿Cincuenta, cien, doscientos, trescientos?, ¿conforme a qué parámetros objetivos puede señalarse el umbral temporal que debe cruzarse para que un bien sea de carácter histórico?, ¿y quién los establece, los jueces, la Administración, los arqueólogos? En cambio, la apelación a la metodología arqueológica suministra mayor seguridad aunque los juristas dependamos íntegramente de lo que al respecto concluyan los versados en la materia —de ahí su condición de elemento *prejurídico*—; no cabe descartar que, en un caso dado, los juicios de los expertos no converjan, pero las dificultades suscitadas por la falta de coincidencia no serán con toda probabilidad muy superiores a las que muchas veces suscitan dos informes periciales contradictorios emitidos en la fase probatoria de un proceso contencioso-administrativo.

De lo anterior se sigue que los bienes muebles e inmuebles que yacen en el lecho marino forman parte del patrimonio cultural disciplinado por el ordenamiento interno sólo y en la medida en que sean susceptibles de estudio con metodología arqueológica (9). Esto tiene una consecuencia jurídica de primer orden: son de dominio público si son descubiertos con posterioridad a la entrada en vigor de la LPHE; consecuencia que la normativa contempla sin aparentes excepciones aunque, como argumentamos de inmediato, debe admitirse la existencia de alguna.

### III. Vestigios submarinos de dominio público. Los buques de estado

La LPHE crea el dominio público arqueológico. Independientemente de que antes de ella existieran bienes de valor arqueológico de dominio público, patrimoniales o de propiedad privada, a partir de ella todos los que se descubran y sean susceptibles de estudio con metodología arqueológica son demaniales. Lo dice el artículo 44.1: «[s]on bienes de dominio público todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar». El tenor del precepto no es muy preciso pues, al no aludir específicamente a los bienes susceptibles de estudio con metodología arqueológica, puede incitar a pensar que también son de dominio público cualesquiera otros que posean los valores a

---

(9) Recalco que el legislador establece que los bienes a que nos referimos sólo pueden pertenecer al patrimonio arqueológico, pues es exclusivamente en relación con él que la LPHE alude a los mismos. El criterio podrá considerarse acertado o no, pero es el que se deduce del ordenamiento.

los que alude (que no tienen por qué ser arqueológicos) y sean descubiertos a través de los medios que enumera. Sin embargo, el artículo 44.1 pertenece al Título específicamente regulador del patrimonio arqueológico y no tiene sosias alguno en ninguna otra parte de la Ley. De ahí que una interpretación sistemática aconseje la reducción del dominio público de creación legal a la categoría de los bienes caracterizados por ser susceptibles de estudio a través de la metodología arqueológica, sin perjuicio de que otros también sean demaniales por afectación singular, expresa o presunta, o por otros motivos (10).

De la relación entre los artículos 40.1 y 44.1 LPHE resulta que los objetos y restos materiales susceptibles de estudio con metodología arqueológica que se encuentren en el mar territorial o en la plataforma continental son de dominio público (11). Esta conclusión no suscita problema alguno a propósito de los vestigios sitios en el mar territorial —pues éste no es una prolongación funcional del territorio a ciertos efectos sino un espacio de soberanía estatal—, pero las cosas no están tan claras si vamos más allá, pues a partir del límite exterior del mar territorial el espacio queda al margen de la soberanía del ribereño sin perjuicio de que éste disponga de ciertas facultades de control e intervención sobre el ejercicio de las actividades dirigidas al patrimonio cultural submarino, particularmente en la llamada *zona contigua* (12), *aunque no exclusivamente* (13).

Aflora en este punto una cuestión de gran interés y de respuesta no bien definida: ¿puede el Reino de España afirmar unilateral y válidamente el dominio público de los

(10) Las leyes autonómicas han respetado esta decisión del legislador estatal, que sin duda encaja en la noción de *tratamientos generales* que la STC 17/1991 estableció que corresponde erigir al Estado. Hay que introducir, no obstante, dos precisiones. La Ley del Patrimonio Cultural del País Vasco, de 1990, declara de dominio público cualesquiera bienes culturales calificados cuya titularidad corresponda a la Comunidad Autónoma, a los territorios históricos o a los municipios. Hay razones, que no es caso de desarrollar ahora, que avalan la validez de tal decisión legal. Como contrapunto, la Ley de Patrimonio Histórico de la Comunidad de Madrid, de 2013, restringe el dominio público a los bienes muebles, aduciendo que con ello se pretende «aclarar la indefinición existente en la regulación precedente». A diferencia del caso anterior, aquí se plantean ciertas dudas jurídicas, aunque tampoco procede enunciarlas en este momento. Mencionemos únicamente que si la STC 122/2014, de 17 de julio, reputa inconstitucional que el legislador de Madrid haya modificado, reduciéndolo de hecho, el círculo de los bienes que deben ser declarados de interés cultural por relación a los que deben serlo conforme a la LPHE, es lícito preguntarse por si a la misma conclusión podría llegarse en relación con la exclusión de los bienes inmuebles del ámbito del dominio público arqueológico. Si la determinación abstracta de los bienes que deben ser declarados de interés cultural es un *tratamiento general* cuyo diseño corresponde al Estado y cuyo círculo de aplicación las comunidades autónomas no pueden restringir, también parece serlo la designación legal de los bienes que forman parte del dominio público arqueológico.

(11) Las leyes de las comunidades autónomas litorales utilizan fórmulas diversas para referir los lugares en que pueden encontrarse los bienes integrantes del patrimonio arqueológico sumergido, pero no aportan nada nuevo; algunas no se apartan del tenor de la estatal, otras aluden a los bienes sitios en o bajo las aguas, las hay que mencionan las aguas litorales o continentales o el mar territorial, y las hay también que guardan silencio.

(12) En la *zona contigua* —que se extiende hasta veinticuatro millas náuticas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial—, es precisa autorización administrativa para la extracción de objetos arqueológicos y su recuperación no autorizada es sancionable como infracción cometida en territorio español. Así se expresa el artículo 383.2 de la Ley de Navegación Marítima de 2014, que sigue la línea trazada por la Convención de Montego Bay. La Convención de la UNESCO de 2001 se remite a ésta, aunque reclama la aplicación de sus *normas*; es decir, que las intervenciones autorizadas se desarrollen conforme a los cánones metodológicos que dicha Convención incorpora. La citada Ley española asume el postulado en el apartado 1 del artículo 383.

(13) En relación con la zona económica exclusiva y la plataforma continental, y por no extendernos, valga la remisión a los artículos 9 y 10 de la Convención de la UNESCO de 2001, y al artículo 383.1 de la Ley de Navegación Marítima que reenvía directamente al Tratado.



bienes arqueológicos hallados más allá del mar territorial teniendo en cuenta que los tratados internacionales que ha ratificado admiten exclusivamente en relación con ellos poderes funcionales y por ende no vinculados a la idea de soberanía? Se trata, como digo, de un tema relevante; no obstante, debemos dejarlo en el tintero pues profundizar en él nos apartaría del camino que nos hemos trazado. Quedémonos, en consecuencia, con lo no discutible: con el establecimiento legal de un dominio público arqueológico submarino compuesto por todos los bienes, vestigios y restos sitios en el mar territorial que sean susceptibles de estudio a través de la metodología arqueológica. Sin embargo, cabe por lo menos una excepción, que nuestras leyes reguladoras de los bienes culturales no formulan. Veámoslo.

Es conocido que los tribunales nacionales carecen de jurisdicción para enjuiciar las actividades soberanas de otro Estado y que los bienes de éste vinculados al ejercicio de las mismas gozan de inmunidad de ejecución. Al criterio responde el artículo 21.2 LOPJ y de él se ha hecho eco el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones(14). Tal inmunidad —que puede ser desactivada mediante pacto bilateral en contrario—, alcanza a los llamados *buques de Estado*, esto es a los de guerra y a los destinados a fines no comerciales o a la prestación de un servicio público no comercial(15). Pero este estatuto afecta a los buques que están en activo, no a los que, históricamente, fueron de Estado conforme a lo que el concepto significa en la actualidad. Si un barco de guerra español naufragara hoy o fuera hundido en una acción militar gozaría de inmunidad y no se negaría que su propiedad pertenece al Estado del pabellón; pero, ¿puede decirse lo mismo de un buque de guerra español que naufragó o fue hundido en el siglo XVIII?

Salvo error u omisión, no hay normas de Derecho internacional que afronten directamente la cuestión planteada. La Convención de la UNESCO, que en principio parece que podría clarificar el tema, no suministra indicaciones precisas. Su artículo 2.8 se limita a señalar que «[d]e conformidad con la práctica de los Estados y con el derecho internacional, incluida la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, nada de lo dispuesto en esta Convención se interpretará en el sentido de modificar las normas de derecho internacional y la práctica de los Estados relativas a las inmunidades soberanas o cualquiera de los derecho de un Estado respecto de sus buques y aeronaves de Estado» (16). Parece claro que la Convención admite que en el concepto y régimen del patrimonio cultural subacuático entran los buques de Estado si cumplen los requisitos generales a los que ya nos hemos referido, pero poco o nada más podemos extraer del precepto transcrito en punto al tema que nos interesa,

---

(14) Véase, por ejemplo, la Sentencia 176/2001, de 17 de noviembre, con cita de otras anteriores.

(15) *Vid.* el artículo 16 de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, de 2 de diciembre de 2004, aún no en vigor. *Cfr.*, asimismo, los artículos 29 a 32 y 95 y 96 de la Convención sobre el Derecho del mar, y el artículo 4 del Convenio internacional sobre salvamento marítimo. La Ley de Navegación Marítima de 2014 se declara como regla inaplicable a los buques y embarcaciones de Estado, definidos como «los afectos a la Defensa Nacional u otros de titularidad o uso público, siempre que presten con carácter exclusivo servicios públicos de carácter no comercial» (artículo 3).

(16) Cabe mencionar, adicionalmente, que según el artículo 7.3 «[e]n sus aguas archipelágicas y mar territorial, en el ejercicio de su soberanía y de conformidad con la práctica observada entre los Estados, con miras a cooperar sobre los mejores métodos de protección de los buques y aeronaves de Estado, los Estados partes deberían informar al Estado del pabellón parte en la presente Convención y, si procede, a los demás Estados con un vínculo verificable, en especial de índole cultural, histórica o arqueológica, del descubrimiento de tales buques y aeronaves de Estado que sean identificables».

que es el siguiente: ¿pierde el Estado del pabellón la propiedad de un navío de la citada naturaleza por el hecho de llevar hundido mucho tiempo en las aguas jurisdiccionales de otro país?. Pensemos, por ejemplo, en un buque de Estado extranjero que descansa en el fondo del mar territorial español desde hace dos siglos, ¿sigue siendo propiedad del Estado del pabellón o pertenece al dominio público regulado por la legislación interna?

La doctrina especializada sostiene que cabe hablar de una práctica internacional proclive a exigir que, salvo captura o rendición conforme a las leyes de la guerra naval o acto expreso de abandono, el Estado del pabellón no pierde la propiedad del navío, pero no parece una cuestión completamente segura o definitivamente aclarada. Sin embargo, existe una circunstancia que afecta específicamente al Reino de España y que debe valorarse debidamente antes de afirmar que los restos y la carga de los buques de Estado que puedan localizarse en aguas jurisdiccionales nacionales y sean susceptibles de estudio con metodología arqueológica pertenecen al patrimonio histórico español en concepto de dominio público, a pesar de que el artículo 40.1 LPHE invite a afirmar que lo hacen.

En dos importantes asuntos ventilados ante los tribunales de los Estados Unidos de América del Norte, nuestro país se ha beneficiado del criterio de fondo que anima la mencionada práctica y ha visto reconocido su derecho de propiedad sobre tres barcos hundidos en 1750 (*La Galga*), 1802 (*Juno*) y 1804 (*Nuestra Señora de las Mercedes*), los primeros por naufragio cerca de las costas del actual Estado de Virginia y el tercero por un ataque de la escuadra inglesa frente al Algarve portugués. Ni que decir tiene que, merced a ello, el Reino de España ha recuperado el cargamento que transportaban dichos buques, que era lo que las empresas que intervinieron en ellos aspiraban a adquirir.

En estos casos, España contó con el apoyo expreso, y al más alto nivel, de la Administración norteamericana, muy interesada en asegurarse la inmunidad de sus propios buques de Estado hundidos en cualesquiera de los mares y cuya legislación nacional es al respecto explícita. Como lo es también ya la española, probablemente inducida por los episodios citados. Dice en efecto el artículo 382.1 de la Ley de Navegación Marítima de 24 de julio de 2014 que «cualquiera que sea el momento en que se produjo su pérdida y el lugar en que se encuentren, los buques y embarcaciones de Estado españoles naufragados o hundidos, sus restos y los de sus equipos y carga, son bienes de dominio público estatal, inalienables, imprescriptibles e inembargables y gozan de inmunidad de jurisdicción».

A la vista de lo dicho, y aun en ausencia de normas internacionales precisas, no sería fácilmente comprensible que el Reino de España defendiera una tesis a la hora de reclamar la propiedad de sus buques de Estado hundidos en aguas extranjeras —tesis refrendada, como hemos visto por el ordenamiento interno— y otra contraria a propósito de los buques de Estado extranjeros hundidos en aguas de su jurisdicción, amparándose en el segundo caso en que la legislación nacional afirma la pertenencia al patrimonio cultural español y al dominio público de los restos arqueológicos localizados en el mar territorial. La doctrina de los actos propios debe marcar la pauta a seguir ante las reivindicaciones de propiedad provenientes de otros países respecto de sus buques de Estado localizados en los espacios marítimos a los que se refiere el artículo 40.1 LPHE, por lo que si España debe respetar la propiedad del Estado del pabellón, salvo abandono expreso, difícilmente puede pretender que aquellos forman parte de su patrimo-

nio arqueológico y de su dominio público, con independencia de que aplique su legislación en orden al control de las intervenciones y de que se asegure de que se cumplen las prescripciones de la Convención de la UNESCO, puesto que la ha ratificado.

Entiendo que en el sentido expuesto hay que interpretar el artículo 382.3 de la Ley de Navegación Marítima, que dice lo siguiente: «[L]os restos de buques de guerra extranjeros hundidos o naufragados en espacios marítimos españoles gozan de inmunidad de jurisdicción (...). No obstante, las operaciones de exploración, rastreo, localización y extracción de los mismos deberán ser acordadas entre los órganos competentes del Estado de su pabellón y el Ministerio de Defensa. En su caso, tales operaciones quedarán sujetas a lo establecido en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2 de noviembre de 2001». Nótese que el precepto se refiere a los *buques de guerra*, noción que no es sinónima de *buques de Estado* pues es más restringida; hubiera sido más correcto emplear la segunda, en línea con lo dispuesto a propósito de los buques y embarcaciones de Estado nacionales (recuérdese el ya transcrito artículo 382.1), pero el precepto abre una brecha en la proclamación general de pertenencia al dominio público de cualesquiera bienes sumergidos en aguas jurisdiccionales españolas que sean susceptibles de estudio con metodología arqueológica.

Sería deseable que la regulación legal del patrimonio cultural submarino, si es que algún día llega a existir, se hiciera eco de la circunstancia comentada y recogiera la excepción que mana de la misma.

#### IV. Titularidad demanial del patrimonio arqueológico submarino

Partamos de dos ideas, respaldadas por la legislación.

La primera es que a la noción y concepto de dominio público es inherente la presencia de una Administración pública titular del mismo. No tercio en el debate relativo a si ello implica que el dominio público es una propiedad de la Administración, por supuesto que regida por el Derecho público, o no; simplemente apunto que el dominio público presupone que una Administración pública determinada figura como titular de los bienes y es la competente para ejercer funciones de gestión, tutela y protección, de conformidad con lo dispuesto en el ordenamiento. El legislador no es insensible a este criterio, bastando para confirmarlo con remitir a lo dispuesto en el artículo 5.1 de la Ley del Patrimonio de las administraciones públicas, de aplicación general.

La segunda es que si la LPHE crea el dominio público arqueológico omite toda referencia a su titular.

Vaya por delante que si la LPHE no identifica al titular del dominio público arqueológico es, probablemente, porque no desea hacerlo. Cuando ha querido atribuir la titularidad de unos bienes culturales a una Administración pública determinada lo ha hecho (17); en nuestro caso, sin embargo, el mutismo legal ensordece por su evidencia, mutismo que no parece que pueda explicarse sino en el deseo de evitar litigios competenciales o,

---

(17) Valga la referencia al artículo 29.1, conforme al cual pertenecen al Estado los bienes muebles exportados sin autorización, inequívoca declaración de pertenencia que no es consecuencia inevitable de que corresponda al Estado la competencia para defender el patrimonio cultural contra la exportación ilegal, pues cabe diferenciar entre que el Estado sea competente para determinar las condiciones a las que debe sujetarse la exportación de un bien y que la infracción de las mismas comporte necesariamente que el bien exportado ilegalmente pasa a ser de titularidad estatal.

visto de otro modo, de dejar que las comunidades autónomas jugaran a su gusto la carta de la titularidad del dominio público arqueológico. De todas formas, la búsqueda de una explicación al silencio de la Ley estatal en este punto es un ejercicio poco útil hoy ante la evidencia de que las leyes de las comunidades autónomas han colmado la laguna perceptible en ella. Mediante una fórmula u otra, con mayor o menor claridad aparente, han sentido que la regla es que la titularidad del dominio público arqueológico es autonómica, salvo en Baleares cuya legislación la atribuye a los consejos insulares (18).

¿Qué decir de los bienes arqueológicos descubiertos en el mar territorial?, ¿se integran en el dominio público de la comunidad autónoma litoral? Diversas leyes autonómicas parecen dar por supuesto que sí, pero la cuestión no está tan clara, ni mucho menos (19).

La respuesta a la pregunta formulada no puede articularse en torno a que el mar territorial pertenece al dominio público estatal *ex* artículo 132.2 de la Constitución. Si la titularidad del espacio acarrea la del patrimonio arqueológico descubierto en él, habría que afirmar que los bienes sitios en terrenos del Estado o de las entidades locales no pertenecen al demanio autonómico sino al de la Administración titular del lugar, lo que a todas luces no es así. Hay que buscar la clave jurídica del problema por otro lado; concretamente, por el lado de la delimitación del territorio autonómico.

De una forma u otra, todas las leyes de las comunidades autónomas afirman la titularidad demanial autonómica sobre los bienes arqueológicos localizados o descubiertos en su ámbito territorial; esto es, el dominio público arqueológico de titularidad autonómica se circunscribe a los bienes ubicados en el territorio de la comunidad autónoma de que se trate, lo que es completamente lógico pues difícilmente una Administración pública puede ser titular de un bien cultural físicamente ubicado extramuros de su territorio salvo que acredite que aunque no esté actualmente en él ostenta título bastante para fundamentar su pertenencia al patrimonio autonómico, lo que implica que ha debido estar antes en el territorio de la comunidad autónoma y ser reconocido como componente del patrimonio cultural de la misma (20). Como ninguna de tales condiciones concurre en nuestro caso, la cuestión debe abordarse resolviendo si el mar territorial forma parte o no del territorio autonómico.

(18) No obstante, hay dos hipótesis deducibles de la LPHE conforme a las cuales el dominio público arqueológico sería de titularidad estatal: los bienes muebles exportados sin autorización —aunque sin descartarse que pueda recuperarlos una comunidad autónoma si es que le pertenecían (artículo 29 LPHE)— y los adscritos a los servicios públicos gestionados por la Administración General del Estado o que formen parte del Patrimonio Nacional, en relación con los cuales la titularidad estatal parece clara si bien no sea probable que puedan darse muchas aplicaciones prácticas de la regla a propósito de bienes de interés arqueológico descubiertos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley estatal. Cabe referir, en otro orden de consideraciones, que algunas leyes autonómicas precisan que si el abono del premio legalmente establecido en el caso de hallazgo casual es asumido por una Administración distinta de la de la comunidad autónoma, el bien se integrará en el patrimonio de la primera; si algo muestra en realidad esta previsión es que, como regla, el dominio público arqueológico es de titularidad autonómica.

(19) Va de suyo que nos estamos refiriendo a restos de los que es predicable la condición demanial, por lo que los buques de Estado extranjeros quedan al margen del razonamiento por las razones ya referidas. En relación con los buques de Estado españoles no es necesario introducir ninguna precisión por las razones que se deducen del argumento que se expone seguidamente en el texto.

(20) Este es el hilo conductor de varias sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón relativas a la clasificación de bienes ubicados físicamente en Lérida pero procedentes de Aragón y sitios allí en concepto de mero depósito; sentencias 373 y 375/2013, de 28 de mayo, 376, 377, 378, 379 y 380/2013, de 13 de mayo. En relación con la primera de ellas el Auto del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2014 inadmite el recurso de casación interpuesto por el Consorcio del Museo de Lérida, Diocesano y Comarcal.

Aunque la doctrina ha dado divergentes respuestas al dilema, no podemos sino registrar que el Tribunal Constitucional ha dictaminado que el mar territorial no constituye territorio autonómico, lo que a mi juicio es correcto. A los efectos del presente trabajo, es suficiente con la exposición del criterio exhibido por el Tribunal en varias sentencias próximas en el tiempo a la redacción de estas líneas, sentencias que si es verdad que retoman argumentos ya pergeñados antes los convierten ahora en reglas explícita y claramente formuladas y confieren consistencia a la idea de que el mar territorial no forma parte del territorio autonómico.

La doctrina constitucional que hemos de considerar gira en torno al, dice la Sentencia 8/2013, de 17 de enero, «entendimiento común de que el territorio autonómico se extiende al ámbito de los municipios que integran la correspondiente comunidad y que éstos nunca se han extendido ni tampoco se extienden hoy al mar territorial» (21). Para situar debidamente el argumento, hemos de recordar que la delimitación estatutaria del territorio autonómico se ha hecho sistemáticamente a partir de la de los términos municipales integrados en la respectiva comunidad. Ello fue así desde un principio y ha seguido siéndolo en los estatutos de las comunidades litorales aprobados entre 2006 y 2007 (Cataluña, Valencia, Baleares y Andalucía). El presupuesto del que parte el Tribunal Constitucional es que si el mar territorial no forma parte de los términos municipales tampoco puede hacerlo de un territorio autonómico erigido, precisamente, sobre la base del de aquellos, apostillando la Sentencia que los precedentes pronunciamientos constitucionales sobre el particular no son fortuitos sino que «responden al concepto de territorio que ha tenido en cuenta este Tribunal».

Tal doctrina ha sido reiterada poco tiempo después. Así, la STC 87/2013, de 11 de abril, dice «que este Tribunal ya se ha pronunciado en diversas resoluciones (...) acerca de la cuestión de si el mar territorial forma o no parte del territorio de las Comunidades Autónomas, negando que los territorios autonómicos incluyan esta franja adyacente del mar» (22). Se adhieren al criterio las sentencias 99/2013, de 23 de abril, 3/2014, de 16 de enero y 25/2014, de 13 de febrero (23). Leemos en la segunda que la

---

(21) La Sentencia versa sobre la adecuación al régimen de distribución de competencias del artículo 3.2, b) de la Ley de Hidrocarburos de 1998, que asigna al Estado la potestad de autorizar las intervenciones en el subsuelo marino y en los espacios mixtos formados por dicho subsuelo y zona terrestre. El artículo 3 de la Ley fue modificado en 2007, pero el inciso mencionado no sufrió variación alguna y su tenor siguió siendo exactamente el que era, motivo por el que el Abogado del Estado adujo la extemporaneidad del recurso interpuesto por el Gobierno de Canarias frente a la Ley de modificación. De forma poco convincente, a mi juicio, el Tribunal declara que concurre el presupuesto habilitante del control de constitucionalidad; de forma poco convincente, digo, porque no es cierto que el artículo 3 de la Ley de Hidrocarburos fuera formalmente modificado en su totalidad sino que, como la propia Sentencia hace notar, sólo fue modificado materialmente su apartado c), quedando inalterado el contenido de los demás, entre ellos el del impugnado. En estas condiciones, creo que no andaba desprovisto de razón el Abogado del Estado al indicar que puesto que el artículo 3.2, b) de la Ley de Hidrocarburos de 1998 no fue afectado por la Ley de 2007, de admitirse el recurso se estaría rehabilitando el plazo ya vencido de caducidad de la acción de inconstitucionalidad contra un precepto que en su día no fue impugnado.

(22) Relativa al artículo 36.1 de la Ley del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad de 2007, que únicamente reconoce competencias a las comunidades autónomas sobre la declaración y la determinación de la fórmula de gestión de los espacios naturales en aguas marítimas cuando exista continuidad ecológica del ecosistema marino con el espacio natural terrestre objeto de protección, avalada por la mejor evidencia científica existente.

(23) La primera se refiere a la normativa reguladora de la gestión de los parques nacionales declarados sobre aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción nacional y las otras dos a la regulación reglamentaria del procedimiento administrativo para la tramitación de las solicitudes de autorización de instalaciones de generación de energía eléctrica en el mar territorial.

realidad de que se parte y que consagra el artículo 137 de la Constitución «no es otra que el entendimiento común de que el territorio autonómico se extiende al ámbito de los municipios que integran la correspondiente Comunidad Autónoma pero que éstos nunca se han extendido ni tampoco hoy se extienden al mar territorial». Hasta la fecha (agosto de 2014), la última Sentencia constitucional publicada oficialmente que se pronuncia sobre el particular es la 121/2014, de 17 de julio, y lo hace con tan acusada economía léxica que da la impresión de que Tribunal quiere transmitir que sobre esta cuestión no tiene que decir nada más de lo que ya ha dicho (24).

En consecuencia, de la doctrina del Tribunal Constitucional, forjada sin votos particulares, se deduce que el mar territorial no forma parte del territorio autonómico. Y si es así, mal pueden los restos, objetos y vestigios descubiertos en él formar parte del dominio público autonómico, sugieran lo que sugieran las leyes de las comunidades autónomas que parecen apuntar en otra dirección. La titularidad dominial presupone la territorialidad (25), por lo que si las comunidades autónomas sólo pueden ser titulares de los bienes susceptibles de estudio con metodología arqueológica que hayan sido descubiertos en su territorio nos hallamos ante una excepción a la regla conforme a la cual el dominio público arqueológico es autonómico.

## V. Competencias autonómicas. La Ley de Navegación Marítima de 24 de julio de 2014

Como regla, la competencia para otorgar las autorizaciones que habilitan para la ejecución de actuaciones arqueológicas (prospecciones, excavaciones, etc.) es autonómica cuando las intervenciones pretenden desarrollarse en el territorio emergido y las aguas continentales. ¿Procede la misma solución a propósito de las actuaciones dirigidas al patrimonio cultural sito en el mar territorial?

Salvo error u omisión por mi parte, la legislación autonómica no suministra información directa al respecto, con una excepción que acto seguido mencionaré. Diversas leyes indican que corresponde al órgano autonómico o insular autorizar las intervenciones subacuáticas, pero esta referencia no es definitiva pues la expresión utilizada no es sinónima de intervenciones submarinas. Es más, a la vista del criterio ya señalado del Tribunal Constitucional en orden a la no pertenencia del mar territorial al espacio autonómico, cabría entender que las alusiones legales a la competencia autonómica se refieren únicamente a las intervenciones que se ejecutan dentro del territorio de la comunidad respectiva. Este parece ser el sentido del artículo 61.3 de la Ley de Asturias, que es del año 2001 y por lo tanto no de las primeras. Dice lo siguiente:

(24) Apelando a la doctrina de la STC 25/2014, de 13 de febrero, que a su vez recoge la establecida en sentencias anteriores, la 121/2014 se limita a indicar que «[y]a hemos afirmado de manera concluyente que el territorio autonómico no se extiende al mar territorial (STC 3/2014, de 16 de enero, FJ 3) y que el Estatuto de la Comunidad Autónoma de Canarias no contiene ninguna singularidad al respecto. Específicamente, en la STC 8/2013, de 17 de enero, hemos descartado que el mar territorial forme parte de su territorio. Doctrina que se ha reiterado en las SSTC 87/2013, de 11 de abril, y 99/2013, de 23 de abril».

(25) Recuérdese, no obstante, lo dicho a propósito de las sentencias citadas *supra* en nota 18, que se refieren a una hipótesis completamente distinta a la que nos ocupa ahora.

«El Principado de Asturias colaborará en la protección y el estudio de aquellos yacimientos arqueológicos situados en el mar territorial o en la plataforma continental que reúnan alguno de los valores a que hace referencia el artículo 1 de la presente Ley. En el mismo caso se encontrarán los yacimientos bajo aguas interiores dentro de Asturias que pertenezcan al ámbito competencial del Estado».

Como se aprecia, el precepto dista de afirmar la competencia autonómica autorizante en los espacios marítimos. En este caso, las dudas son pocas; pero sólo en este caso, pues en los demás subsisten y reclaman pergeñar una interpretación de orden general que permita resolver los problemas que puedan suscitarse.

Antes de que la STC 17/1991 pusiera viento en las velas competenciales de las comunidades autónomas en materia de patrimonio cultural, el Consejo de Ministros entendió que a ellas correspondía autorizar las intervenciones submarinas. Por Resolución de 27 de julio de 1989, la Dirección General de Bellas Artes y Archivos del Ministerio de Cultura autorizó excavaciones arqueológicas en Punta del Nao, Cádiz. Comunicada la decisión a la Junta de Andalucía, ésta consideró que la resolución ministerial invadía su ámbito competencial y requirió de incompetencia al Estado al amparo de lo dispuesto en el artículo 63 LOTC. Al requerimiento dio respuesta satisfactoria el Consejo de Ministros en Acuerdo de 15 de diciembre de 1989, que admite sin ambages la competencia autonómica para otorgar las autorizaciones arqueológicas en el mar territorial por tratarse de una actividad de naturaleza ejecutiva que forma parte de las atribuciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía en materia de patrimonio cultural por su Estatuto de Autonomía. Recalco que a la sazón todavía no se había consolidado la idea de que las competencias autonómicas de ejecución en materia de patrimonio cultural son de gran amplitud; y me permito recordar, también, que ya entonces se sabía que el Tribunal Supremo sostenía que el mar territorial no forma parte del territorio autonómico por no estar comprendido en los términos municipales sobre los que aquel se yergue.

Algo más de nueve años después, la Dirección del Servicio Jurídico del Estado emitió un dictamen en el que se argumenta que si bien el mar territorial no es territorio autonómico la competencia para autorizar las intervenciones arqueológicas en él corresponde a las comunidades autónomas, sin perjuicio de las estatales en orden a la protección del patrimonio cultural frente a la explotación y la exportación ilegal (26).

Y, en fin, a la misma conclusión sustancial condujo un nuevo conflicto competencial entre la Administración General del Estado y la Junta de Andalucía, a propósito ahora de la intervención en los restos de un pecio hundido en las aguas del Estrecho de Gibraltar, conflicto del que ha dado cuenta M. Aznar Gómez, a quien seguimos. El Consejo de Ministros resolvió que la potestad autorizante correspondía al Estado, pero únicamente porque la actuación pretendida iba a ejecutarse en aguas disputadas del Estrecho, circunstancia que confería al supuesto una dimensión exterior justificativa de la intervención estatal en detrimento de la autonómica en razón de lo dispuesto en el artículo 149.1.3 de la Constitución. Esto es, no es que el Consejo de Ministros negara la competencia ordinaria de la Junta de Andalucía para autorizar las

---

(26) Dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado de fecha de 28 de enero de 1999 (ref. A. G. Educación y Cultura 7/98). Ponente: Luciano J. Mas Villarroel.

intervenciones en el mar territorial, sino que hizo valer la exclusiva del Estado en materia de relaciones internacionales para afirmar la propia en este asunto tan específico. La Junta de Andalucía se conformó con la respuesta y el conflicto competencial decayó.

Como se observa, en los casos mencionados la solución jurídica general gira en torno a la competencia autonómica para autorizar las intervenciones en el mar territorial y si en uno la concreta es distinta ello obedece a la presencia de un título competencial exclusivo del Estado ajeno por completo a la gestión del patrimonio cultural (relaciones internacionales). A la vista de tales episodios, es claro que la Administración General del Estado ha entendido que la potestad autorizante es autonómica salvo que interfiera una competencia exclusiva del Estado capaz de desplazar a aquella ocasionalmente. ¿Es realmente así? Tratemos de armar una respuesta, teniendo en cuenta otros datos jurídicos y no sin recordar, nuevamente, que el hecho de que el mar territorial pertenezca al dominio público del Estado por imperativo constitucional no significa que el Estado sea competente para autorizar las intervenciones arqueológicas a ejecutar allí.

La legislación estatal sobre patrimonio natural, biodiversidad y parques nacionales reconoce competencias autonómicas de ejecución sobre los espacios naturales que comprendan aguas marinas si existe continuidad ecológica entre el ecosistema marino y el espacio terrestre (tierra permanentemente emergida o zona marítimo-terrestre) objeto de protección. Esta solución legal es seguramente tributaria del argumento que, entre otras, enuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2002, de 14 de febrero, relativa a la aprobación por la Junta de Andalucía del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y del Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar. Esta sentencia tiene interés a nuestros efectos. Comoquiera que el espacio protegido por la normativa autonómica abarcaba una franja de mar territorial de una milla náutica de anchura, el Estado adujo, entre otras cosas, que la Comunidad de Andalucía ejercía competencias en materia de espacios naturales protegidos fuera del límite de su territorio pues éste no alcanza al mar territorial. El Tribunal Constitucional afirma que el mar territorial no forma parte del territorio autonómico, criterio que, como hemos visto, ha apuntalado después, pero añade que en dicho espacio «excepcionalmente pueden llegar a ejercerse competencias autonómicas, eventualidad ésta que dependerá, bien de un explícito reconocimiento estatutario (...), bien de la naturaleza de la competencia tal como resulta de la interpretación del bloque de la constitucionalidad».

El Tribunal había utilizado antes este segundo parecer para afirmar que la competencia autonómica en materia de marisqueo podía extenderse al mar territorial o incluso más allá (STC 9/2001, de 18 de enero), pero la Sentencia 38/2002 no versa sobre una actividad que se proyecta forzosamente sobre el medio marino, sino sobre el ejercicio de una competencia carente de esa proyección necesaria e inevitable: espacios naturales protegidos. En este contexto nuevo, y aunque estima que la naturaleza de dicha competencia «hace problemática su extensión al mar territorial», el Tribunal no rechaza que pueda producirse tal efecto «cuando, excepcionalmente, así lo exijan las características del espacio protegido». Si bien las competencias autonómicas en la materia, sigue la Sentencia, «no alcanzan, por regla general, al mar territorial, las circunstancias y características específicas del espacio a proteger pueden demandar, en ocasiones excepcionales», que las mismas se extiendan «en alguna medida sobre el



mar territorial singularmente, cuando así venga exigido por la continuidad y unidad de dicho espacio físico». Siempre, por supuesto, respetando las competencias del Estado, que en el caso eran las concernientes a la pesca marítima, expresamente atribuidas a aquel como exclusivas por el artículo 149.1.19 de la Constitución sin perjuicio de las que sobre la ordenación del sector pesquero corresponden a las comunidades autónomas.

Aunque no cabe ocultar que el Tribunal subraya la excepcionalidad de la hipótesis que examina —en consonancia con la idea de que las aguas jurisdiccionales no son territorio autonómico—, la Sentencia avala que una Comunidad Autónoma litoral ejerza competencias en el mar territorial. En principio, si cuenta con un explícito reconocimiento estatutario, como sucede, por ejemplo, a propósito del salvamento marítimo o de los vertidos industriales o contaminantes en las aguas territoriales. Pero también cuando ello sea consecuencia «de la naturaleza de la competencia tal como resulta de la interpretación del bloque de la constitucionalidad» (el Tribunal cita las materias acuicultura, ordenación del sector pesquero y marisqueo). Y siempre teniendo en cuenta que aun cuando la competencia autonómica pueda extenderse sobre el mar territorial, en caso de colisión con otra estatal más específica es ésta la que prevalece. Con posterioridad, el Tribunal Constitucional ha reiterado su doctrina, apelando expresamente a la establecida en la Sentencia 38/2002, en las citadas sentencias 8/2013, 87/2013, 99/2013, 3/2014 y 25/2014.

Ninguna de esas sentencias se refiere a las competencias autonómicas en materia de patrimonio cultural submarino, pero el criterio que enuncian no nos es completamente ajeno, *mutatis mutandi*. Por lo pronto, el Estado carece de competencias de ejecución en materia de patrimonio cultural que vayan más allá de las muy magras que le reconoció la STC 17/1991, de 31 de enero. Además, lo hemos dicho ya, que el mar territorial forme parte del dominio público estatal no dice absolutamente nada acerca de a quién corresponde autorizar las intervenciones arqueológicas a ejecutar en él. Y precisemos, adicionalmente, que si el patrimonio arqueológico subacuático es dominio público estatal por las razones que ya se han expuesto, ello tampoco influye en el asunto que nos ocupa: las autorizaciones arqueológicas no se refieren a la utilización o disfrute del dominio público sino que habilitan para la investigación y estudio de los vestigios, son actos administrativos distintos de los que permiten aprovechar u ocupar un bien demanial y que sólo pueden ser dictados por la Administración titular del mismo pues únicamente ella puede consentir que sus bienes sean disfrutados por terceros más allá del uso común o general. Ahora, la actividad pretendida es otra: ejecutar una intervención arqueológica, por lo que el tema de las competencias debe resolverse teniendo en cuenta el centro de poder al que corresponde autorizar de ordinario actividades de tal índole, independientemente de quien resulte ser el titular demanial de lo que se encuentre.

A mi juicio, y partiendo del argumento del Tribunal Constitucional relativo a la «naturaleza de la competencia tal como resulta de la interpretación del bloque de la constitucionalidad», las atribuciones autonómicas de ejecución en materia de patrimonio cultural estatutariamente previstas no tienen otro límite que el derivado de las que al Estado ha reconocido la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1991, que son bastante escasas. Es cierto que la *territorialidad* del ejercicio de las competencias marca un límite geográfico muchas veces inesquivable, pero entiendo que, en nuestro caso, *la naturaleza de la competencia tal como resulta de la interpretación del bloque de la*

*constitucionalidad* invita a traspasarlo pues hablamos de una competencia rigurosamente autonómica, circunstancia que debe ser valorada debidamente.

Esto es, opino que si la gestión ordinaria del patrimonio arqueológico corresponde a las comunidades autónomas deben ser éstas quienes ejerzan la totalidad de las facultades inherentes al cometido, y que la distribución competencial en la materia no tiene que verse afectada porque su ejercicio se realice en la tierra emergida o en los espacios marinos bajo la jurisdicción nacional, independientemente de a quién pertenezcan éstos o los vestigios hallados en los mismos. Salvo que interfiera una competencia exclusiva del Estado (por ejemplo, relaciones internacionales), deben ser las comunidades autónomas quienes autoricen las intervenciones arqueológicas submarinas por ser ellas quienes ostentan la competencia ordinaria sobre la gestión del patrimonio arqueológico. La *naturaleza de la competencia* no hace problemática su extensión a los espacios marinos, a diferencia de lo que entendió la Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2002. Esta Sentencia adujo que la movilidad de las aguas impide que puedan adscribirse de modo permanente a un lugar determinado y que se afectaba a la competencia exclusiva del Estado en materia de pesca marítima. No es momento de valorar dichos argumentos, pero es notorio que aquí no son aplicables. Que las aguas se muevan es indiferente y la competencia estatal en materia de pesca no se ve importunada como tampoco ninguna otra, excepción hecha de la ya mencionada en materia de relaciones internacionales, cuyo ámbito objetivo de proyección está, hoy por hoy, muy limitado geográficamente (27).

De las sentencias constitucionales de 2013 y 2014 que hemos citado más atrás podrían quizá deducirse, aunque en su caso de forma implícita, mayores reparos a la posible competencia ejecutiva de las comunidades autónomas sobre las aguas jurisdiccionales; pero puesto que no modifican el criterio de la Sentencia 38/2002, sino que antes al contrario dicen asumirlo en su integridad, creo que la interpretación apuntada no es un completo extravío. Ni que decir tiene, por lo demás, que subsisten intactas las atribuciones del Estado en su condición de gestor del dominio público marítimo-terrestre conforme a lo dispuesto en la Ley de Costas.

No podemos cerrar esta aproximación sin aludir superficialmente a la Ley de Navegación Marítima, de 24 de julio de 2014, que hemos tenido ocasión de citar en alguna ocasión anterior. Veamos lo que disponen algunos de sus preceptos e intentemos una interpretación de urgencia de los mismos, estrictamente referida al tema de las competencias en materia de patrimonio cultural submarino.

- a) Los artículos 369 a 383 regulan el régimen de los bienes naufragados o hundidos, estableciendo el primero en su apartado 3 que «[s]alvo previsión expresa en otro sentido en las normas de este capítulo, sus normas no serán de aplicación al patrimonio cultural subacuático, que se regirá por su normativa específica». La norma no sólo es clara sino incluso lógica en la medida en que la regulación tiene la vista puesta en los naufragios actuales y la recuperación de los bienes. Viene en su refuerzo el artículo 381, conforme al cual «[l]a extracción de armas, municiones, explosivos u otro material militar que pueda afectar a la Defensa Nacional, así como de objetos pertenecientes al patrimonio

(27) Por supuesto, las competencias estatales para la protección del patrimonio cultural frente a la expoliación y a la exportación ilegal permanecen en su integridad. Si no se mencionan en el texto es porque nos estamos refiriendo a hipótesis de índole muy diferente a las que suelen justificar la activación de aquellas.

cultural subacuático y demás bienes de comercio prohibido o restringido quedará sujeta a las normas especiales aplicables y al régimen que, en su caso, se establezca en la autorización o contrato público para la correspondiente extracción». Quizá hubiera sido mejor no mezclar los bienes culturales con las armas, municiones y explosivos, pero el nervio del precepto se percibe fácilmente y, como digo, apuntala lo dispuesto en el artículo 369.3.

De ahí se deduce que las intervenciones dirigidas al patrimonio cultural submarino no están bajo el control de la Armada, como sucedería en caso de ser aplicables los artículos 376 y 377 de la Ley, referidos a las operaciones de exploración y extracción de buques y bienes naufragados o hundidos, sino que obedecen a las pautas establecidas en la legislación específicamente referida a aquel, también en punto a las competencias administrativas.

- b) No obstante lo anterior, los apartados 2 y 3 del artículo 382 introducen una matización. Dicen así:

«2.Las operaciones de exploración, rastreo, localización y extracción de buques y embarcaciones de Estado españoles naufragados o hundidos requerirán autorización de la Armada, que ostenta competencias plenas para su protección, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación sobre patrimonio histórico y cultural, en su caso.

3. Los restos de buques de guerra extranjeros hundidos o naufragados en espacios marítimos españoles gozan de inmunidad de jurisdicción conforme a lo previsto en el artículo 50. No obstante, las operaciones de exploración, rastreo, localización y extracción de los mismos deberán ser acordadas entre los órganos competentes del Estado de su pabellón y el Ministerio de Defensa. En su caso, tales operaciones quedarán sujetas a lo establecido en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2 de noviembre de 2001».

En el supuesto que contempla el apartado 2 del artículo 382, la intervención de la Armada tiene sentido si se trata de buques de Estado nacionales recientemente naufragados o hundidos en la medida en que aquella ostenta competencias ordinarias en relación con ellos, pero habría que relativizar su alcance si la actuación pretendida se dirige al patrimonio cultural submarino. En este caso, que es precisamente el que nos interesa, la competencia autorizante debe corresponder a las autoridades ordinariamente encargadas de la gestión del patrimonio cultural, que son quienes deben tener la última palabra acerca de qué actuaciones proceden, quiénes las ejecutan y cómo han de realizarse. El inciso «sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación sobre patrimonio histórico y cultural, en su caso», abona a mi juicio dicha interpretación; cualesquiera que sean las competencias de la Armada en relación con los buques y embarcaciones de Estado españoles naufragados o hundidos, es dudoso que entre ellas se encuentren las dirigidas a la investigación, protección y difusión del patrimonio cultural submarino o que las que pueda ostentar sean tan destacadas como para desplazar a las autoridades civiles. Sería conveniente que el desarrollo reglamentario de la Ley precisara el alcance exacto de la intervención de la Armada en relación los buques de Estado nacionales que constituyen patrimonio cultural y deseable que estableciera con claridad que ni suplanta la opinión de los órganos gestores del patrimonio cultural submarino ni prevalece sobre ella.

En cuanto al acuerdo entre los órganos competentes del Estado del pabellón de los buques de guerra extranjeros y el Ministerio de Defensa, parece lógico que exista, dada la naturaleza de los restos. Pero entiendo que ello no altera la competencia autorizante, que ha de seleccionarse conforme a las reglas generales. Una cosa es que la intervención no se desarrolle de espaldas al Estado del pabellón y que sea el Ministerio de Defensa quien tienda los necesarios cables de comunicación —obviamente con el conocimiento de la comunidad autónoma—, y otra bien distinta que el acuerdo interestatal haga innecesaria la intervención del órgano competente para autorizar las actuaciones dirigidas al patrimonio cultural submarino, que es quien debe pronunciarse sobre su procedencia y condiciones de ejercicio de conformidad con la legislación aplicable y la Convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio cultural subacuático.

## VI. Sucinta relación bibliográfica

Con el propósito de no sobrecargar en exceso el texto, lo cual es particularmente importante cuando de la contribución a una obra como la presente se trata, he omitido notas bibliográficas, que son lugar idóneo para dialogar con otros autores, registrar opiniones que no coinciden total o parcialmente con las propias e incluso tratar de rebatirlas. No es sin embargo razonable privar al potencial lector de estas páginas de información acerca de algunas fuentes doctrinales relativas a la materia expuesta. De ahí la siguiente relación, limitada a trabajos escritos en español, próximos temporalmente a la fecha de redacción del presente y en los que constan otras referencias que, en caso necesario, completan la selección que se presenta aquí. Trascendiendo del objeto específico que analizan, los estudios relativos al llamado *caso Odyssey*, que tanta tinta ha hecho correr en los medios de comunicación en los últimos años, suelen contener interesantes indicaciones de carácter general.

ALCOCEBA GALLEGO, M.<sup>ª</sup> A.: «Algunas consideraciones sobre los aspectos competenciales del caso Odyssey y el régimen de protección del Patrimonio Subacuático Español», en C. Fernández Liesa y J. Prieto de Pedro (dirs.): *La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España*, Ed. Colex, 2009, páginas 455 a 461.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E. M.: *La protección jurídica del patrimonio cultural subacuático en España*, Ed. Tirant lo Blanch, 2012.

AZNAR GÓMEZ, M. J.: *La protección internacional del patrimonio cultural subacuático con especial referencia al caso de España*, Ed. Tirant lo Blanch, 2004.

AZNAR GÓMEZ, M. J.: «España y el patrimonio cultural subacuático: algunos problemas jurídicos», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* n.º 10, 2007, páginas 203-238.

BARCELONA LLOP, J.: «Notas sobre el régimen internacional de las intervenciones arqueológicas submarinas», *Patrimonio Cultural y Derecho* n.º 6, 2002, páginas 47 a 72.

BARCELONA LLOP, J.: «La regulación de las autorizaciones en las intervenciones dirigidas al patrimonio cultural subacuático», *Patrimonio Cultural y Derecho* n.º 10, 2006, páginas 217 a 246.

BELANDO GARÍN, B.: «El alcance de las competencias autonómicas sobre el patrimonio arqueológico subacuático (Especial atención a la Comunidad Valenciana)», *Revista de las Cortes Generales* n.º 68, 2006, páginas 151 a 175.

- BOU FRANCH, V.: «La Convención de la UNESCO sobre la protección del patrimonio cultural subacuático», en C. Fernández Liesa y J. Prieto de Pedro (dirs.): La protección jurídico internacional del patrimonio cultural. Especial referencia a España, Ed. Colex, 2009, páginas 191 a 228.
- CARRERA HERNÁNDEZ, F. J.: Protección internacional del patrimonio cultural submarino, Eds. Universidad de Salamanca, 2005.
- GARCÍA GARCÍA-REVILLO, M. y AGUDO ZAMORA, M. J.: «Patrimonio cultural subacuático y objetos sumergidos: problemas conceptuales, dificultades normativas», en *Mélanges de Droit de la mer offerts à Daniel Vignes*, Bruylant, 2009, páginas 335 a 371.
- GONZÁLEZ BARRAL, J. C.: «El régimen jurídico internacional del patrimonio cultural subacuático: el Convenio de la UNESCO de 2001», *Revista Española de Derecho Militar* n.º 79, 2002, páginas 93 a 141.
- Grupo de Trabajo del Comité de coordinación técnica del Consejo del Patrimonio Histórico: Libro Verde. Plan Nacional de protección del patrimonio cultural subacuático español, Ministerio de Cultura, 2010.
- JUSTE RUIZ, J.: «Buques de Estado hundidos y protección del patrimonio cultural subacuático: el llamado “caso Odyssey”», en *Derecho internacional y comunitario ante los retos de nuestro tiempo. Homenaje a la profesora Victoria Abellán Honrubia*, Ed. Marcial Pons, 2009, vol. I, páginas 427 a 445.
- MAGÁN PERALES, J. M.ª A.: «El patrimonio arqueológico subacuático; situación legislativa española e internacional», *Patrimonio Cultural y Derecho* n.º 6, 2002, páginas 73 a 96.
- MOREU BALLONGA, J. L.: «Tesoros y otros restos de buques o aeronaves hundidos en el mar», en J. L. García-Pita y Lastres (dir.): *Estudios de Derecho Marítimo*, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, páginas 863 a 910.
- RUIZ MANTECA, R.: «El llamado caso Odyssey: análisis y valoración», *Patrimonio Cultural y Derecho* n.º 16, 2012, páginas 31 a 95.

Trabajo recibido el 4 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Lan honetan, jurisdikziopeko uretan dagoen itsaspeko kultura-ondarea-ekin lotutako gai juridiko garrantzitsuenetako batzuk azaltzen dira. Hain zuzen ere: ondare hori osatzen duten ondasunei jabari publikoaren kontzeptua eta erregimena aplikatzea, atzerriko bandera duten estatu-itsasontziei izan ezik; jabari publikokoak diren itsaspeko kultura-ondasunen estatu-titulartasuna; eta jurisdikziopeko uretako kultura-ondarearekin lotutako esku-hartzeetarako eskumena autonomia-erkidegoena izatea. Azken horri dagokionez, oso salbuespen zehatz batzuk kenduta, autonomia-erkidegoek dute eskumen hori, eremua Estatuko jabari publikokoa edo autonomia-erkidegoaren lurraldekoa den kontuan hartu gabe.

**HITZ GAKOAK:** Itsaspeko kultura-ondarea. Arkeologia-ondarea. Jabari publikoa. Estatu-itsasontziak. Jurisdikziopeko urak. Kultura-ondarearen alorreko autonomia-erkidegoetako exekuzio-eskumenak.

**RESUMEN:** En el presente trabajo se exponen algunas de las cuestiones jurídicas más relevantes relacionadas con el patrimonio cultural submarino sito en el mar territorial. En concreto, la aplicación a los bienes integrantes del mismo del concepto y régimen del dominio público, con la salvedad de los buques de Estado de pabellón extranjero; la titularidad estatal de los bienes culturales submarinos que son de dominio público; y que, salvo excepciones muy concretas, la competencia para autorizar las intervenciones dirigidas al patrimonio cultural sito en el mar territorial corresponde a las comunidades autónomas, independientemente de que el espacio pertenezca al dominio público estatal y no forme parte del territorio autonómico.

**PALABRAS CLAVE:** Patrimonio cultural submarino. Patrimonio arqueológico. Dominio público. Buques de Estado. Mar territorial. Competencias autonómicas de ejecución en materia de patrimonio cultural.

**ABSTRACT:** This present work explains some of the legal issues related to the submarine cultural heritage by the territorial sea. Specifically, the application to the goods that are part of it of the concept and legal regime of public domain, save the State ships with foreign flag; the State ownership of submarine cultural goods of public domain; and save very specific exceptions, the power to authorize the interventions over the cultural heritage by the territorial sea belongs to the autonomous communities, regardless of that space belongs to the state public domain and not to the autonomic territory.

**KEYWORDS:** Submarine cultural heritage. Archeological heritage. Public Domain. State ships. Territorial see. Autonomic executive powers in the field of cultural heritage.

# La igualdad de género desde el activismo de las profesiones jurídicas (1)

M.<sup>a</sup> Ángeles (Maggy) Barrère Unzueta

*Este texto está redactado en memoria de un compañero que si por algo se caracterizaba era por su arrojo en lanzar propuestas en las que creía. Hoy, escribiendo en su homenaje, me permito imitarle en tan libérrima actitud.*

**Sumario:** I. Tirando de anecdotario.—II. La dialéctica liberal de la igualdad/discriminación.—III. Perspectiva sistémica y activismo jurídico.—IV. Diseñando estrategias de activismo jurídico: discriminación indirecta y estereotipos de género.—Bibliografía

## I. Tirando de anecdotario

- A) Hace unos días tuve el placer de asistir a un Seminario en el que se trataba el tema de la participación política de las mujeres. A la hora de mi intervención, no pude resistir la tentación de comenzar trayendo a colación un interrogante que, aunque admití que podía parecer provocador, merecía, a mi juicio, una reflexión. Su formulación se basó en la puesta de relieve de dos datos que, por lo que he podido comprobar, no siempre resultan obvios(2): 1) que con la Revolución Francesa, fecha típica y tópica del surgimiento del Derecho y del Estado Modernos, se reproduce la histórica exclusión de las mujeres de la ciudadanía; y 2) que desde esa fecha (1789), han tenido que pasar una media de 150 años(3) para que las mujeres hayan podido votar y, con ello, ir haciéndose un hueco en el espacio de la participación política (al menos, de la institucional). A partir de lo anterior, como el tema era el de las cuotas de representación política, confesé mi estupor de que todavía hubiera quien discutiera la legitimidad de las cuotas de mujeres y, más aún, que las cuotas se pusieran en cuestión enarbolando ideales de democracia e igualdad. De ahí que lanzara el interrogante: «¿Es que no resulta suficiente con la que las mujeres no exijan abrir un período histórico en el que fueran ellas, y sólo ellas, las que pudieran votar y

---

(1) Grupo de investigación del sistema universitario vasco IT662-13 (UPV/EHU). UFI 11/05.

(2) Ni tan siquiera para el alumnado universitario, como he podido comprobar en mis largos años de docencia.

(3) Cñéndonos a los países de la Unión Europea, donde menos en Finlandia (117 años) y donde más en Portugal (185 años). *Vid.* tabla al respecto (p. 46) y una información y un análisis exhaustivos de la lucha por el sufragio femenino en Europa en el volumen colectivo a cargo de RODRÍGUEZ Y RUBIO (2012).

ser votadas? ¿Es que no sería necesaria tal práctica política como grupo en solitario para igualar la balanza con los hombres antes de admitir esa «presencia o composición equilibrada» (del 60/40) que se estila incluir hoy en día en los textos legislativos?».

En definitiva, basándome en la larga exclusión histórica, manifesté no entender por qué este tipo de interrogante corría el riesgo de escandalizar al auditorio: si los hombres —añadí— han sido los protagonistas o sujetos exclusivos del Derecho y del Estado; si la forma y el contenido de estos pilares de la Política con mayúscula han reflejado una media de siglo y medio —por no retrotraernos más lejos— su poder (sus intereses, experiencias y necesidades) ¿no resultaría «lógico» que fueran ahora las mujeres quienes se adueñaran de la Política durante un tiempo equivalente para, de este modo, equilibrar la balanza? ¿No podría consistir en eso el tan cacareado principio de igualdad de oportunidades? ¿No constituiría eso, precisamente, una «igualación en los puntos de partida» para equilibrar la competición?

- B) Al día siguiente de la charla sobre las mujeres y la participación política, intercambié algunos mensajes con una investigadora feminista que, aunque joven, posee una amplia experiencia profesional en cuestiones de interculturalidad. Por razones que no vienen al caso, el tenor de los mensajes derivó hacia la postura de defensa de los derechos humanos por parte de la Iglesia católica. «Se supone que la Iglesia está a favor de los derechos humanos —me comentaba ella— sólo está en contra de los derechos humanos de las mujeres ¿[es que] no somos humanas?». La respuesta a este interrogante(4), obtuvo mi consiguiente respuesta: «creo que, dada la degradación de lo humano, [el no ser consideradas humanas] no nos tendría que importar». La frase tenía tono sarcástico, pero no retórico o, por lo menos, la carga retórica era mucho menor de lo que, en principio (por mi ubicación académica en una disciplina en la que los derechos humanos ocupan un puesto de honor), se pudiera pensar. Efectivamente, lo humano está degradado, pero no sólo por la desviación de las prácticas humanas sobre el modelo, sino como modelo *ab initio*. De hecho, la deconstrucción histórica del discurso de los derechos humanos en clave feminista (o, como se dice ahora, con «perspectiva de género»), resulta tan demoledora que si el contrato social no fuera un dogma y pudiera activarse con una mera firma, para poder consensuar un pacto social entre hombres y mujeres que pudiera ser firmado por las últimas sería necesario partir de cero en la (re)conceptualización de lo humano.

Sin ir más lejos, el texto ya citado de MACKINNON, publicado originariamente en un volumen recopilador de estudios sobre la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, constituye una buena síntesis reflexiva sobre las limitaciones de los derechos *humanos* a la hora de englobar a las mujeres como parte de «lo humano». No se trataría únicamente de que los derechos que la Declaración reconoce no estén garantizados (de hecho, en esa cuestión las mujeres estarían acompañadas por la

(4) Interrogante sobre la condición humana de las mujeres que, no por nada, en 1999 la jurista feminista estadounidense Catharine A. MACKINNON se permitía poner en cuestión para titular uno de sus trabajos: «*Are women human?*» (que en 2006, dará título a uno de sus últimos libros).



mayoría de los hombres), sino de que en la visión de la humanidad que esos derechos reflejan faltaría un rostro de mujer (*a woman's face*) (MACKINNON [2006] 2007, p. 43). De otro modo, resultaría impensable que en dicha Declaración, donde se define lo que es un ser humano, no se hubieran reconocido como derechos humanos los relativos a una realidad de subdiscriminación (la expresión es mía) (5) a nivel mundial como la narrada por la autora al cuestionar la (presunta) condición humana de las mujeres (6).

## II. La dialéctica liberal de la igualdad/discriminación

El trasfondo de las anécdotas recogidas en el apartado anterior debería de resultar revelador del porqué la dialéctica de la «igualdad-discriminación» propia de la cultura jurídica hegemónica tiene enormes limitaciones para las causas de las mujeres. La exclusión de éstas de la ciudadanía y de lo humano es *constitutiva* del Derecho, del ser humano con derechos y de los derechos del ser humano. A partir de aquí, si las mujeres quieren formar parte de la ciudadanía, si quieren ser humanas, serán ellas quienes deberán hacerse un hueco; serán ellas quienes deberán accionar la maquinaria jurídica para introducir derechos vinculados a «su diferencia», y serán ellas quienes, para disfrutar de las ventajas de los varones, esto es, del grupo originariamente constituido como totalidad, deberán probar que son similares o que se encuentran en una situación similar. El tener que sufrir este tipo de carga procesal (7), que además individualiza (y, por tanto, desvirtúa) la dimensión sistémica del fenómeno sobre el que se recurre, así como los efectos asimiladores al modelo de ser humano en torno al que se formulan las reivindicaciones no serán, sin embargo, los únicos inconvenientes de la igualdad de trato aristotélica. Por el contrario, una trampa más dañina de este modelo de razonamiento es que no está pensado para cuestionar la mayor, es decir, la ilegiti-

---

(5) Por «subdiscriminación» entiendo el trato diferente e injusto basado en la existencia de sistemas de poder. Para una justificación en detalle del uso de esta expresión *vid.* BARRÈRE (2008, 2014, p. 21 y ss).

(6) «If women were human, would we be a cash crop shipped from Thailand in containers into New York's brothels? Would we sexual and reproductive slaves? Would we be bred, worked without pay our whole lives, burned when our dowry money wasn't enough or when men tired of us, starved as widows when our husbands died (if we survived his funeral pyre), sold for sex because we are not valued for anything else? Would we be sold into marriage to priests to atone for our family's sins or to improve our family's earthly prospects? Would we, when allowed to work for pay, be made to work at the most menial jobs and exploited at barely starvation level? Would our genitals be sliced out to «cleanse» us (our body parts are dirt?), to control us, to mark us and define our cultures? Would we be trafficked as things for sexual use and entertainment worldwide in whatever form current technology makes possible? Would we be kept from learning to read and write? If women were human, would we have so little voice in public deliberations and in government in the countries where we live? Would we be hidden behind veils and imprisoned in houses and stoned and shot for refusing? Would we be beaten nearly to death, and to death, by men with whom we are close? Would we be sexually molested in our families? Would we be raped in genocide to terrorize and eject and destroy our ethnic communities, and raped again in that undeclared war that goes on every day in every country in the world in what is called peacetime? If women were human, would our violation be *enjoyed* by our violators? And, if we were human, when these things happened, would virtually nothing be done about it?» (MACKINNON, 2007, pp. 41-42).

(7) Por lo demás, históricamente frustrante: baste recordar el rechazo de las demandas por discriminación interpuestas por mujeres embarazadas que eran despedidas por su embarazo con el argumento de que faltaba el *tertium comparationis* (es decir, con base en el argumento de que, como los hombres no podían embarazarse, no servían como término de comparación y, por tanto, no podía haber trato discriminatorio).

midad fundacional del modelo y, por tanto, la necesidad de una revisión en profundidad del mismo.

No hacen falta dotes especiales de perspicacia para comprender que el modelo fundacional no se cuestiona porque al pensamiento hegemónico no le interesa. De ahí que se sigan alimentando construcciones sobre la igualdad que continúan obviando la exclusión inicial de las mujeres del Derecho y del Estado modernos. Fijémosnos al respecto en un planteamiento que puede considerarse representativo del actual «constitucionalismo democrático». En un artículo titulado «¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?», Fernando REY MARTÍNEZ, catedrático de Derecho constitucional, incluye un apartado sobre el «significado de la idea jurídica de igualdad» al que le sigue el tratamiento de algunos de los aspectos más relevantes del Derecho antidiscriminatorio moderno (8). A decir verdad, todos y cada uno de los puntos tratados por REY MARTÍNEZ serían dignos de correspondientes comentarios aquí, pero, ni resultarían excesivamente novedosos (9), ni se trata de convertir este artículo en una confrontación *tête-à-tête* con el mencionado autor (que, aun constituyendo un placer, merecería otro escenario) (10). Es más, la sola construcción doctrinal que figura como introducción al mencionado apartado sobre la idea jurídica de igualdad se perfila como un objeto de comentario suficiente para hacer aflorar los aspectos críticos que más interesan ahora.

He aquí la visión doctrinal de REY MARTÍNEZ sobre «la idea jurídica de igualdad»:

«¿Qué concepción histórica de la igualdad se expresa en el constitucionalismo democrático de comienzos del siglo XXI? Naturalmente, la propia de Estados que suelen calificarse de sociales, democráticos y de Derecho. La igualdad constitucional, en su triple condición de *valor* superior del ordenamiento jurídico, de *principio*, cuya realidad y efectividad corresponde promover a los poderes públicos, y de *derecho fundamental*, explícita, al mismo tiempo, tres dimensiones: de libertad, democrática y social. En su dimensión liberal, la idea de igualdad conlleva la prohibición de arbitrio, tanto en el momento de creación de la norma que introduce la diferencia, cuanto en el de su aplicación. Es, por ello, una técnica de control del poder. La igualdad, desde la perspectiva del principio democrático, excluye que ciertas minorías o grupos sociales en desventaja,

(8) Así, la distinción entre la igualdad «en» la ley y «ante» la ley; la distinción entre igualdad formal e igualdad material; la discriminación por indiferenciación o igualación; la relación entre el principio de igualdad y la prohibición de discriminación; y las diferencias entre igualdad real y la prohibición de discriminación. Asimismo, en un segundo gran apartado de su trabajo referido a las prohibiciones específicas de discriminación, desarrolla el contenido del derecho fundamental a la no discriminación en el que incluye el concepto de igualdad de trato (prohibición de diferentes «tipos» de discriminaciones, como —pero no sólo— las directas e indirectas) y la igualdad de oportunidades (como licitud y exigencia de acciones positivas) entendidas estas últimas como técnica diferenciada de la que denomina «discriminación positiva o inversa».

(9) De hecho, en el mismo número de la revista en la que se publica el texto de REY MARTÍNEZ (número monográfico titulado precisamente *Igualdad y derecho antidiscriminatorio*) se encuentra un artículo escrito con Dolores MORONDO donde se pueden apreciar algunas claves de las divergencias, entre las que destaca el concepto de discriminación. Independientemente de dicho artículo, la crítica a la teorización del principio de igualdad jurídica de corte liberal ha sido una constante en mis trabajos (BARRÈRE 1997, 2001, 2008 y, más recientemente, 2014).

(10) No es la primera vez expreso mi reconocimiento hacia REY MARTÍNEZ ni el reto gustoso que supone discutir los planteamientos de este constitucionalista.

como las mujeres o los grupos étnicos, puedan quedarse «aislados y sin voz». Desde el punto de vista social, la idea de igualdad legitima un derecho desigual a fin de garantizar a individuos y grupos en desventaja una igualdad de oportunidades. Todas estas dimensiones derivan del reconocimiento de la dignidad humana como fundamento del orden político y de la paz social, que requiere la *igual dignidad social* de todos los ciudadanos: hay que rechazar toda creación o aplicación del Derecho que trate a algunos miembros de la comunidad como ciudadanos de segunda clase.» (REY MARTÍNEZ, 2011, p. 168).

Obsérvese que en el tipo de planteamiento de REY MARTÍNEZ sobre la idea jurídica de la igualdad no tiene cabida el carácter fundacional del falso universalismo en la construcción del Derecho y del Estado Modernos (11). En él no se alude a la exclusión constitutiva de las mujeres ni, en consecuencia, a sus efectos en el ordenamiento jurídico. Es más, a tenor del susodicho párrafo, la primera dimensión de la igualdad, la estrictamente *liberal*, conlleva la prohibición de arbitrio, pero sin que la exclusión original de las mujeres figure como arbitrio. A mayor exactitud, el concepto de arbitrio viene después, una vez que se ha ignorado la exclusión constitutiva. Por ello, a las mujeres no les basta con una versión de la igualdad como la «prohibición de arbitrio», que es como REY MARTÍNEZ plantea la igualdad liberal, porque el concepto de igualdad se basa en (la ausencia de) el arbitrio, pero el concepto de arbitrio se elabora haciendo tabla rasa de la exclusión de las mujeres. También por eso mismo, la igualdad para las mujeres no puede sostenerse sobre la mera «técnica de control del poder», sino que resulta capital la revisión misma del poder establecido; y asimismo por ello, esa dimensión liberal de la igualdad (a la que además se le otorga rango de «valor superior del ordenamiento jurídico»), se convierte para ellas en un instrumento jurídico bastante inútil, cuando no perverso. Tal consideramos el hecho de que, una vez ignorada la exclusión fundacional, la aparición de las mujeres en el ordenamiento jurídico opere, como señala el mismo REY MARTÍNEZ, sobre la «introducción de la diferencia» (en la norma y en su aplicación); introducción que funcionará —algo en lo que no repara el constitucionalista— a modo de dilema: o asimilación, o estigma; dejando, pues, intacto (es más, reforzando) el patrón jurídico dominante (androcéntrico) que está en la base de la exclusión originaria (12).

La segunda dimensión de la idea jurídica de igualdad para REY MARTÍNEZ es la de *principio democrático*, que tendría como alcance significativo impedir que ciertas mino-

---

(11) La teorización del falso universalismo como elemento constitutivo o fundacional de la ciudadanía ha sido una de las aportaciones más interesantes de la filosofía política feminista de las últimas décadas (PATEMAN, 1988 y RUBIO, 1997, *inter alia*). La idea de fondo es la de que las mujeres están excluidas de la ciudadanía mientras (y porque) son esposas y madres de los ciudadanos, en una relación de *interdependencia* (las mujeres dependerán económicamente de los maridos y estos y la prole del cuidado y asistencia de aquéllas) pero *asimétrica* en términos de poder y de reconocimiento (SARACENO, 1993, p. 172). Para interesantes reflexiones más actuales sobre la exclusión fundacional de las mujeres de la ciudadanía *vid.* por ejemplo, RODRÍGUEZ (2010) y MESTRE (2011).

(12) El recurso a la diferencia como *modus operandi* para la inclusión de las mujeres en el sistema jurídico forma parte de lo que se conoce como «dilema de Wollstonecraft» o «dilema de la diferencia», una aportación «clásica» de la teoría feminista desde los años ochenta (MORONDO, 2004). Parafraseando a LOMBARDO (2002, p. 227), el dilema puede resumirse así: si, por un lado, las mujeres piden derechos iguales a los de los hombres, no obtienen una inclusión igualitaria porque el contenido de la ciudadanía es masculino y no les acomoda (en todo caso les asimila); si, por otro lado, se tiene en cuenta la diferencia femenina en habilidades y necesidades, esa diferencia se entiende como una falta o una anomalía, ya que la norma se basa sobre los grupos privilegiados y define al grupo oprimido como una excepción.

rías y grupos sociales «en desventaja», como las minorías étnicas y las mujeres, quedan «aislados y sin voz». Dos son los aspectos cuestionables de este tipo de planteamiento. El primero, yuxtaponer a las mujeres con las minorías étnicas. Ya sabemos que las fórmulas antidiscriminatorias contenidas en los documentos jurídicos dan pie a este tipo de equiparación, pero no se puede obviar que no hay minoría étnica (ni de otro tipo) en la que no estén presentes las mujeres. El segundo aspecto tiene que ver con la reducción de la exclusión fundacional de las mujeres, de la que hemos hablado hace un momento, a la categoría de «desventaja» para solventar la cual se propone el recurso al principio de «igualdad de oportunidades». No vamos a insistir en la crítica a este principio (que tiene su origen en los juegos, y que presupone una sociedad en competición), como solución a la exclusión originaria de las mujeres y a sus efectos (BARRÈRE, 2001). En momentos como el actual, en el que las noticias sobre asesinatos de mujeres a manos de sus parejas o exparejas se suceden sin cesar, y en los que el Gobierno defiende una reforma contra la legalización del aborto que impide a las mujeres tomar decisiones sobre su maternidad, no está de más preguntar sobre la procedencia de la categoría de la desventaja y sobre la viabilidad del principio de igualdad de oportunidades. Hablemos seriamente: cuando las mujeres salen a la calle exigiendo vivir sin violencia machista, o cuando salen exigiendo autonomía sobre sus cuerpos no están diciendo que se encuentran desaventajadas en ninguna competición por bienes escasos, sino que, por expresarlo breve y pronto, lo que dicen es que sufren una situación sistémica que exige un cambio de estructuras y relaciones de poder a nivel igualmente sistémico (13). Desde esta óptica, elevar el principio de igualdad de oportunidades a principio democrático por excelencia resultará, no sólo una simplificación de lo que significa tener «oportunidades» (14), sino una reducción inadmisibles de la igualdad como principio de la democracia en la que, además, se diluyen como derechos las pretensiones que no se ajustan exactamente ni a la igualdad de oportunidades ni a la igualdad de trato (15).

Todo lo anterior no obsta para que haya una parte importante de la teorización de la idea de igualdad de REY MARTÍNEZ perfectamente asumible, como es la de que «hay que rechazar toda creación o aplicación del Derecho que trate a algunos miembros de la comunidad como ciudadanos de segunda clase». Lo que ocurre es que, para este constitucionalista, la creación o aplicación del Derecho que trata a algunos miembros de la comunidad como ciudadanos de segunda clase parece accidental, mientras para la que esto escribe, es constitutiva, es decir, está presente en el origen del Derecho, en su estructura y en su contenido aunque, en muy buena medida, permanezca invisible.

(13) La referencia al sistema sexo-género (antes patriarcado) ha sido la piedra angular de los estudios feministas a la hora de explicar la subordinación histórica de las mujeres. En síntesis, se puede decir que hablar en términos sistémicos significa que las relaciones de dominio, la opresión, o —en términos de Rowlands— el «poder sobre», se articulan en una serie de elementos vinculados entre sí (ideologías, intereses, estereotipos, símbolos, representaciones, mitos) de manera dinámica y operativa.

(14) Como bien señala BODELÓN (2009, p. 112): «Las mujeres están desarrollando «sus oportunidades» en estructuras que tienen todavía un marcado sesgo de género. Las oportunidades de las mujeres están estructuralmente limitadas, razón por la cual aparecen los llamados techos de vidrio, sobrecargas femeninas, exclusiones, fenómenos aparentemente inexplicables en una sociedad que afirma la igualdad de las mujeres».

(15) Por ejemplo, siguiendo con los supuestos anteriores, el derecho a vivir libres de violencia machista o el derecho de autodeterminación en relación a la maternidad.

### III. Perspectiva sistémica y activismo jurídico

Paralelamente a la fuerza de los grupos y movimientos de mujeres a nivel internacional, a la irrupción de la teoría feminista en las universidades y a la instauración de organismos oficiales impulsores de la igualdad, en el Derecho y en la cultura jurídica se ha hecho un hueco a leyes y normativas específicas sobre la igualdad de género o igualdad de mujeres y hombres que, en parte, han visibilizado el carácter sistémico de la ciudadanía de segunda clase de las mujeres. Tales normativas se despliegan sobre ámbitos políticos y territoriales diversos. Desde la famosa CEDAW (en sus siglas en inglés) a nivel internacional(16), pasando por las de la Unión Europea(17), la estatal(18), las autonómicas(19) e, incluso, las enmarcadas en el ámbito municipal(20). Huelga decir que el esfuerzo por introducir esta normativa en el orden jurídico establecido ha sido inmenso. Sin embargo, a pesar del mérito aparejado a su inclusión en el ordenamiento jurídico, se produce un desfase entre el apartado de estas normativas que, a modo de preámbulo o exposición de motivos precede al articulado y sirve para justificarlas, donde no hay reparo alguno para enfatizar el carácter sistémico de la desigualdad de las mujeres(21), y la parte propiamente dispositiva, donde la configuración del derecho subjetivo a la igualdad se encuentra encajonado entre un principio

---

(16) Se trata de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, aprobada por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1979 y ratificada por el estado español en 1983 (publicada en el *BOE* de 21 de marzo de 1984).

(17) Por acudir a la más cercana en el tiempo, tras el Tratado de Lisboa (firmado el 13 de diciembre de 2007 y que entra en vigor el 1 de diciembre de 2009), el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea efectúa una referencia expresa a la igualdad de mujeres y hombres como valor de la Unión y el art. 3 plantea como finalidad de la Unión la igualdad entre mujeres y hombres. Asimismo, el hacerse vinculante la Carta de Niza (art. 6 TUE) supone que formará parte como principio general del Derecho (originario) de la Unión la igualdad entre hombres y mujeres (artículo 23 de la Carta). Sobre la normativa aprobada con anterioridad al Tratado es de destacar, en referencia al ámbito laboral, la Directiva 2006/54 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (*DO L* 204, p. 23), con efectos desde el 15 de agosto de 2009.

(18) Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

(19) La legislación autonómica relativa a la igualdad de mujeres y hombres es ya muy amplia, habiéndose adelantado en algunos casos a la legislación estatal. Entre ellos se encuentra la legislación autonómica vasca (Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres).

(20) Destacamos entre las pioneras la Ordenanza para la igualdad de Mujeres y Hombres del Ayuntamiento de Tolosa.

(21) Sirvan como botón de muestra la justificación de la Ley estatal y la de la Ley autonómica vasca:  
— «La violencia de género, la discriminación salarial, la discriminación en las pensiones de viudedad, el mayor desempleo femenino, la todavía escasa presencia de mujeres en puestos de responsabilidad política, social, cultural y económica, o los problemas de conciliación entre la vida personal, laboral y familiar muestran cómo la igualdad plena, efectiva, entre mujeres y hombres es todavía hoy una tarea pendiente que precisa de nuevos instrumentos jurídicos» (Exposición de Motivos, apartado II de la Ley estatal).

— «... los datos sobre el mercado laboral, la participación socio-política, la realización del trabajo doméstico, la violencia contra las mujeres, la pobreza, etc., siguen mostrando la existencia de una jerarquización en las relaciones y la posición social de los hombres y las mujeres que tienen su origen en los estereotipos y patrones socioculturales de conducta en función de sexo que asignan a las mujeres la responsabilidad del ámbito de lo doméstico y a los hombres la del ámbito público, sobre la base de una muy desigual valoración y reconocimiento económico y social. (...).

El reto en estos momentos está en garantizar la aplicación práctica y efectiva del derecho a la igualdad reconocido formalmente en los textos legales, y, en este sentido, esta ley plantea mecanismos y medidas concretas para conseguir que las administraciones públicas vascas lleven a cabo políticas y actuaciones

de igualdad de trato, que sólo admite como violación los supuestos de discriminación directa e indirecta (22), y un principio de igualdad de oportunidades, que funda una acción positiva como excepción y destinada únicamente a reparar *desventajas* en un marco competitivo (23).

Partiendo de lo anterior, si se considera que la exclusión fundacional de las mujeres del Derecho y del Estado Modernos sólo puede ser reparada mediante una visión de la igualdad jurídica de alcance sistémico (o, lo que es lo mismo, no puede ser reparada mediante la igualdad liberal sustentada en los principios de igualdad de trato y/o de igualdad de oportunidades), será necesario arbitrar un nuevo instrumental jurídico (24) que «armonice» las referencias a la igualdad de los discursos preliminares de los textos normativos (que, como se ha señalado anteriormente, sí reconocen, aunque sea implícitamente, el carácter sistémico de la desigualdad de las mujeres), con la parte dispositiva de esos mismos textos, que constriñen ese alcance mediante los principios de igualdad de trato y/o de oportunidades. Está claro que artífices de este nuevo instrumental deben ser quienes, al menos en último término, operan con materiales y en foros jurídicos, aunque, obviamente, el instrumental adquiera peso específico cuando es elaborado o sancionado por quienes aplican Derecho y crean jurisprudencia. Una propuesta de este tipo, se encuadra en los márgenes del activismo judicial, pero no de un activismo judicial «corporativo», sino ensamblado o articulado en un activismo jurídico (y, por lo tanto, más amplio) que responda a las exigencias de la igualdad propias de una democracia igualitaria o inclusiva (25).

La cuestión del activismo judicial tiene una larga historia que, en las últimas décadas, ha resurgido en los debates sobre el «neoconstitucionalismo» o los neoconstitucionalismos (BELLAMY, 2006; CARBONELL 2009), pero vinculado en historia y

---

más incisivas de cara a *eliminar este fenómeno estructural y universal de la desigualdad entre mujeres y hombres.* (...)

Una sociedad en la que mujeres y hombres tengan una participación igualitaria en los ámbitos público y doméstico, en la que se articule *una relación no jerarquizada entre mujeres y hombres y entre la reproducción y la producción*, en la que el valor del trabajo no dependa de si es realizado por mujeres u hombres, y en la que se haga un mejor uso de las potencialidades de todas las personas y colectivos, es, hoy por hoy, *el modelo planteado como deseable desde la teoría y colectivos feministas e instituciones que trabajan por la igualdad real y efectiva de mujeres y hombres*, y que se va expresando en el discurso tanto individual como colectivo. Todo ello ofrece una oportunidad excelente para adoptar una ley dirigida a incorporar la perspectiva de género a las políticas públicas.» (Exposición de Motivos, apartado II de la Ley autonómica vasca, énfasis añadido).

(22) Artículo 3.1 de la Ley vasca, homologable con la normativa europea y estatal: «Igualdad de trato. Se prohíbe toda discriminación basada en el sexo de las personas, tanto directa como indirecta y cualquiera que sea la forma utilizada para ello». Más adelante habrá ocasión de profundizar en el concepto de discriminación indirecta. Para una crítica a la distinción binómica entre discriminación directa y discriminación indirecta me permito remitir a BARRÈRE (1997, 2014).

(23) Para un repaso de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo delimitadora de la acción positiva interpretando la normativa sobre igualdad de mujeres y hombres en el sentido mencionado me remito a BARRÈRE (2014, p. 80 y ss).

(24) Cuando hablo de nuevo instrumental jurídico me refiero a nuevos conceptos, formas de razonamiento y de argumentación, pero nada distinto de lo que se entiende normalmente por el uso del método jurídico.

(25) No se va a entrar aquí en disquisiciones sobre las versiones de la democracia (participativa, deliberativa, radical) que superan el modelo estrictamente formal (BANOS, 2006), si bien, como hemos sostenido en otro lugar (BARRÈRE, 2013), sería la llamada democracia radical la que mejor respaldaría propuestas como las que se hacen aquí.

problemática al activismo judicial está también el movimiento que promueve el cambio social a través de la litigación o *lawyering for social change* (GALANTER, 1974), que da lugar a lo que en el mundo anglosajón se conoce como *strategic litigation*, *cause lawyering* o *impact litigation* (en versión española, «litigación estratégica», «abogacía de causas» o «litigación de impacto»)(26). Sabido es que la historia de ambos movimientos no ha estado exenta de polémica (EPP, 1998) y que su telón de fondo se encuentra en la doctrina de la división de poderes (SCHOR, 2008); pero, aunque resulta difícil de creer que en la comunidad jurídica haya alguien que defienda el alcance descriptivo de tal doctrina, lo cierto es que sigue funcionando como dogma. Se piensa que, de esta manera, se defiende la democracia y se restringe la capacidad creadora del Derecho por parte de quienes el sistema no les ha proporcionado legitimidad para tal labor. En lo que aquí respecta, planteamientos de este tipo no sólo funcionan como enmascaramiento del carácter político de la actividad de interpretación y aplicación del Derecho, sino que, a la postre, llevados al extremo, defienden un modelo de democracia formal obsoleto y conservador, poco propicio para elaborar ese nuevo instrumental jurídico sobre la igualdad necesario para paliar la exclusión fundacional de las mujeres del Estado liberal o moderno de la que hemos partido como evidencia. Por ello resultan atractivos otro tipo de planteamientos que, como el de Susan STURM (2003-2004), sin llegar a subvertir la separación de poderes, promueven una concepción de los tribunales como mediadores y catalizadores de reformas, cuyos juicios pueden servir para desestabilizar el *status quo* y sugerir a otras partes interesadas (*stake-holders*) soluciones creativas a la hora de solventar problemas en el foro (27).

#### **IV. Diseñando estrategias de activismo jurídico: discriminación indirecta y estereotipos de género**

Teniendo en cuenta que ninguno de los sistemas jurídicos existentes se libra de los efectos de la exclusión originaria de las mujeres, una manera de concebir la relación entre las profesiones jurídicas y la sociedad civil como la esbozada debe desplegar su campo de actuación sobre todos los niveles jurídicos territoriales y jerárquicos. Así y todo, la incidencia se hace particularmente oportuna en esas partes de los ordenamientos jurídicos donde se desarrolla el derecho a la igualdad que, aun siendo transversal a cualquier ordenamiento jurídico, despliega su mayor arsenal de principios y conceptos en las legislaciones *ad hoc*.

Uno de los conceptos fundamentales de la legislación sobre igualdad de mujeres y hombres (y que, en general, resulta pieza básica de todas las normativas antidiscriminatorias) es el de discriminación indirecta. Se trata de un concepto que, originado

---

(26) Sobre esta forma de activismo jurídico *vid.* también SARAT y SCHEINGOLD (2006). Para el tratamiento de esta cuestión me ha sido de utilidad la información de la ponencia de Marion GUERRERO (2014).

(27) GUERRERO (2014) relaciona el planteamiento de STURM con el movimiento de la «gobernanza experimentalista» (*experimentalist governance*) que, reconociendo nuevos marcos institucionales, propugna la aplicación de métodos creativos implicando a la sociedad civil en los procesos de toma de decisiones (por ejemplo, buscando formas de implicar a ONGs, personal experto y otras posibles partes interesadas). Charles SABEL (2006, 2010) sería un prominente representante de esta perspectiva en los EE. UU., mientras en el contexto europeo habrían participado parcialmente de la misma Joanne SCOTT (2006-2007) y GRÁINNE DE BÚRCA (2010).

en la jurisprudencia estadounidense al hilo de una problemática racial y laboral (28), se ha ido introduciendo progresivamente en Europa referido a la igualdad de mujeres y hombres en asuntos laborales, primero a través de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y, posteriormente, en la legislación y jurisprudencia antidiscriminatorias, tanto de la Unión Europea como de sus Estados. En las normativas sobre igualdad de mujeres y hombres, tal concepto se formula del modo siguiente (29):

«discriminación indirecta»: la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

A nuestro juicio, la reconducción del concepto de discriminación indirecta a un ámbito concreto (como el laboral) y su carácter bilateral (no hace distinción entre los sexos, por lo tanto, tan víctimas de discriminación indirecta pueden ser los hombres como las mujeres) constituye una necesidad del Derecho para no reconocer las exclusiones originarias de ciertos grupos del sistema jurídico-político, o, dicho más claramente, para no reconocer que la *discriminación indirecta* (el trato neutro que repercute negativamente sobre un grupo históricamente excluido) *es constitutiva del sistema jurídico*. Recuérdesse en este sentido que el sistema de derechos basado en el falso universalismo se construye constitutivamente sobre normas neutras (pensemos en la Declaración de 1789), y con mayor pretensión de neutralidad todavía desde el siglo xx, cuando no sólo la Declaración de Derechos Humanos de 1948, sino las constituciones y demás legislaciones consideran proscritas las diferencias de trato de mujeres y hombres en el matrimonio, en el trabajo, en la educación, etc. Sin embargo, como resulta evidente en los análisis sociológicos, y, como se ha visto más arriba que se reconoce implícitamente en las Exposiciones de Motivos de las legislaciones sobre igualdad, las normas jurídicas, aunque resulten neutras (indiferenciadoras en el trato) no resultan neutrales (30). Otra cosa es que la discriminación en los

(28) La figura de la discriminación indirecta surge en la jurisprudencia estadounidense y, más concretamente, al hilo del caso *Griggs v. Duke Power Company* (1971). Muy sucintamente, este proceso puede resumirse como sigue. Con anterioridad a la Ley de Derechos Civiles de 1964 (en la que, por fin, se prohíbe la segregación racial por discriminatoria), la empresa *Duke Power Company* había empleado personal afroamericano únicamente en un departamento en el que, además, los salarios eran considerablemente más bajos que en los otros cuatro departamentos que la conformaban. En 1965, cuando esta política empresarial se convierte en ilegal por discriminatoria, la empresa introduce un ulterior requisito a quien quisiera formar parte de la plantilla en alguno de los cuatro departamentos ahora sólo restantes (concretamente un título de estudios de escuela superior y pasar dos test). Siguiendo el tenor del dictado empresarial, a todo el mundo se le trata de la misma manera (no se hacen distinciones por el color de la piel), sin embargo, como consecuencia de haber recibido una educación inferior, la aplicación de las nuevas disposiciones empresariales supone que sea contratado fundamentalmente el personal blanco frente a un 6% del personal negro.

(29) Se escoge el texto de la Directiva 2006/54/CE (artículo 2 b); pero, dada su similitud, podría transcribirse el de la Ley estatal o los de las leyes autonómicas.

(30) La distinción entre lo neutro y lo neutral no aparece en las definiciones jurídicas de la discriminación indirecta. Más exactamente, se da por supuesto que lo neutro (la indistinción entre los sexos) es neutral. Otra muestra más de los efectos de no reconocer el falso universalismo. O, lo que es lo mismo, de presumir que las normas que no establecen un trato diferenciado entre las personas que pertenecen a grupos originariamente excluidos son igualitarias.



tratos neutros resulte *difusa* y, por tanto, resulte más complicado de identificar, pero ello no significa: 1.º) que la discriminación indirecta sea algo puntual o accidental; 2.º) que el concepto se pueda aplicar indistintamente a hombres y a mujeres; 3.º) que se circunscriba sólo al ámbito laboral; y 4.º) que pueda justificarse «objetivamente» (31).

La identificación de los que se acaban de mencionar como tratos discriminatorios *difusos* resulta capital para hacer frente a la discriminación indirecta institucional o constitutiva de los sistemas jurídicos. Entre ellos estarán los razonamientos jurídicos que reproducen estereotipos de género. Tal y como recuerdan COOK y CUSACK (2010, p. 22), los estereotipos de género se caracterizan por su resiliencia o, lo que es igual, por su omnipresencia y persistencia. Resultarán socialmente *omnipresentes* (*pervasive*) en tanto se articulan atravesando todos los sectores sociales y todas las culturas, mientras serán socialmente *persistentes* en tanto se articulan a lo largo del tiempo. Ambas condiciones serán necesarias para que tenga lugar la estratificación y subordinación de las mujeres; y esas condiciones (y, por tanto, también la mencionada estratificación y subordinación) se exacerbarán cuando los estereotipos se reflejen en el Derecho o se incorporen al mismo, bien como premisas implícitas de la legislación o bien mediante los razonamientos judiciales.

Como también advierten COOK y CUSACK ( ), uno de los estereotipos de género que se caracterizan por su omnipresencia y persistencia es el que prescribe que las mujeres deben de ser madres, amas de casa y cuidadoras. Se trata de un estereotipo contra el que, como se ha visto más arriba, también se posicionan los preámbulos o exposiciones de motivos de las legislaciones sobre igualdad de mujeres y hombres; sin embargo, como se apreciará en lo que sigue, este estereotipo se sigue reproduciendo en los razonamientos judiciales y, para mayor perplejidad, en los razonamientos que resuelven casos de discriminación indirecta que, presumiblemente, favorecen a las mujeres.

Para ilustrar esta cuestión se hace menester exponer primero la manera en la que viene siendo utilizado el concepto de discriminación indirecta jurisprudencialmente. Las primeras sentencias relativas a la discriminación indirecta en Europa se deben al Tribunal de Luxemburgo en los años ochenta del pasado siglo, y tienen que ver con la práctica de algunas empresas de pagar menos la hora de trabajo a tiempo completo que la hora de trabajo a tiempo parcial (32), o de excluir a quien trabaja a tiempo parcial del beneficio del régimen de pensiones de la empresa (33). El razonamiento es el siguiente: como son las mujeres quienes trabajaban mayoritariamente a tiempo parcial, la disposición, neutra en cuanto al sexo (el menor pago de la hora de trabajo a tiempo parcial, o la exclusión de quien trabaja a tiempo parcial del régimen de pensiones son disposiciones que no distinguen por sexo), repercute mayoritariamente en las mujeres; de ahí su conceptualización como discriminación indirecta.

De este modo, la utilización del concepto de discriminación indirecta termina con una práctica que perjudica económicamente a las mujeres que trabajan a tiempo par-

---

(31) Pues, si por objetividad se quiere entender neutralidad, ni la legitimidad (referida a la finalidad) ni la adecuación y necesidad (referidas a los medios) responden a parámetros objetivos (neutrales).

(32) Concretamente, se trata de la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 31 de marzo de 1981 (as. C-96/80, caso *Jenkins*).

(33) Así en la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 13 de mayo de 1986 (as. C-170/84, caso *Bilka-Kaufhaus*).

cial, pero, como es obvio, este planteamiento no cuestiona en absoluto el hecho de que sean las mujeres quienes mayoritariamente desempeñen trabajos a tiempo parcial, cuando está demostrado que tal dedicación está relacionada con el trabajo de cuidado desarrollado en el ámbito doméstico. En definitiva, en el razonamiento judicial no hay ninguna referencia en términos de discriminación al hecho de que sean las mujeres quienes mayoritariamente se dediquen al trabajo a tiempo parcial, cuando, como reconocen incluso las legislaciones, esta circunstancia responde a un estereotipo de género que mantiene la jerarquización y la desigualdad estructural de las mujeres respecto de los hombres (34).

Es cierto que reconocer la discriminación indirecta institucional puede colocar al órgano judicial en una especie de dilema, en tanto le puede parecer que esto le conduce necesariamente a desatender los intereses de muchas mujeres que «optan» por trabajar a tiempo parcial para ocuparse también de las tareas de cuidado (35), pero lo que está claro es que, silenciándola, la reproduce. Acudiendo de nuevo a COOK y CUSACK (2010, p. 36): «Cuando un estado aplica, establece o perpetúa un estereotipo de género en sus leyes, políticas y prácticas, institucionaliza tal estereotipo, dotándolo de la fuerza y la autoridad del derecho y de la costumbre»; o, lo que es más, al insertarlo en un contexto de legitimidad y de normalidad, le proporciona un marco jurídico que posibilita la perpetuación de la discriminación (p. 37).

Son precisamente este tipo de situaciones enmarcadas en la perpetuación de estereotipos, que se dan frecuentemente y en todos los ordenamientos jurídicos, los que requieren estrategias de activismo jurídico. Para abordarlas, no se trata de salir fuera del ordenamiento jurídico, pero sí de dotarlo de contenido sistémico, de efectuar una lectura de la discriminación jurídica que tenga en cuenta las estructuras del sistema sexo-género y que no se quede en una lectura superficial y puntual de lo injusto. Esto no significa abandonar los intereses puntuales de muchas mujeres, sino ubicarlos en un ámbito jurídico-conceptual diverso. Se trata, sin ir más lejos, de gestionar jurídicamente una distinción ya clásica y ampliamente utilizada por la teoría fe-

(34) El esquema conceptual de la discriminación implícito en el razonamiento judicial es procesalista: como no hay sujeto imputable no puede haber actos discriminatorios. En lo que aquí respecta ese planteamiento es falaz. Un sistema de poder que produce subdiscriminación no se mantiene en el tiempo por las conductas discriminatorias que terminan en los tribunales. Si tal sistema perdura es porque existe una red de actos discriminatorios que abarcan el todo social. Y si se considera que las mujeres son tan ciudadanas como los hombres, la existencia y pervivencia de esos actos discriminatorios tiene un responsable imputable: el Estado.

(35) A este respecto se puede poner de relieve la traslación mimética y acrítica que efectúa el Tribunal de Luxemburgo del concepto de discriminación utilizado originariamente por el Tribunal Supremo estadounidense para un caso de discriminación racial, a un caso de discriminación sexual. Así, lo característico de la segregación racial que se manifiesta en el acto discriminatorio juzgado por el Tribunal Supremo estadounidense es que ninguna persona negra desea ser objeto de segregación laboral. Es decir, es impensable que alguien perteneciente al colectivo segregado no pusiera en cuestión el carácter discriminatorio de la segregación, y se supone que nadie en su sano juicio utilizaría (ni aceptaría) el argumento de la presunta «libertad» de las personas negras para «elegir» determinados trabajos históricamente asignados forzosamente a personas de dicha raza. Pero esto no ocurre en los casos de discriminación por sexo-género juzgados por el Tribunal de Luxemburgo. En estos casos se presume que las mujeres no están sujetas a condicionantes de un sistema de subdiscriminación o, al menos, se ignora (no interesa) el efecto de los sistemas de poder (del sistema sexo-género, pero también del económico) sobre la pretendida libertad de las mujeres. Sin embargo, una lectura sistémica por parte del Tribunal sobre la «libertad de opción» de las mujeres para trabajar a tiempo parcial hubiera servido, entre otras cosas, para poner en cuestión la validez de la premisa mayor del razonamiento: no es un hecho «natural» o «bruto» que las mujeres trabajen mayoritariamente a tiempo parcial; es un hecho institucional y, como tal, sometido a reglas (entre otras, también de subdiscriminación).

ministra «del sur», como es la establecida entre «intereses estratégicos de género» e «intereses prácticos de género», entre la «condición» de las mujeres y la «posición» de las mujeres (36). En este sentido, en los razonamientos jurídicos que se exhiben en la litigación se ha de diferenciar entre las respuestas a la discriminación como fenómeno sistémico y las respuestas a las situaciones concretas de necesidad derivadas de la anterior. Para ello no sólo es necesario conocer el Derecho moderno y su interrelación con los sistemas de poder, sino que es necesario utilizar esos conocimientos en pro de un desarrollo de la cultura jurídica que arbitre instrumentos antidiscriminatorios con perspectiva sistémica. De hecho, una tal perspectiva es también la que permite interpretar la (supuesta) libertad y autonomía de las mujeres al «optar» por el trabajo a tiempo parcial y, en ese sentido, la que puede inspirar respuestas jurídicas en las que afloran los condicionamientos, igualmente sistémicos de esa «opción» (37).

Ahora bien —y concluyendo—, la introducción de la perspectiva sistémica no se puede hacer desde la presunta neutralidad del Derecho, ni restando capacidad de intervención jurídica y social a quien opera con el Derecho. Por el contrario, es necesario defender una imagen de las profesiones jurídicas que haga hincapié en su poder transformador, tanto del Derecho como de la sociedad, una imagen de las y los juristas que vincule su profesión a la necesidad de tomar conciencia y postura. De eso es, en definitiva, de lo que se habla aquí cuando se aboga por el activismo jurídico.

## Bibliografía

- BARRÈRE UNZUETA, M.<sup>a</sup> Ángeles (1997): *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva en favor de las mujeres*, IVAP/Civitas, Madrid.
- , (2001): «Problemas del Derecho antidiscriminatorio: subordinación versus discriminación y acción positiva versus igualdad de oportunidades», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 60.
- , (2008): Iusfeminismo y Derecho antidiscriminatorio: Hacia la igualdad por la discriminación, en Mestre, Ruth (coord.) *Mujeres, Derechos y ciudadanías*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- , (2011) (con MORONDOTARAMUNDI, Dolores): «Subordinación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del Derecho antidiscriminatorio», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45.
- , (2014): *El Derecho antidiscriminatorio y sus límites. Especial referencia a la perspectiva iusfeminista*, Grijley, Lima.

---

(36) Para MOLYNEUX (1985, en MURGUIALDAY, 2005-6): a) los *intereses estratégicos de género* son los que derivan del análisis de las relaciones de dominio/subordinación entre los géneros y expresan un conjunto de metas relacionadas con una organización más igualitaria de la sociedad; mientras b) los *intereses prácticos de género* son los que se formulan a partir de las condiciones materiales concretas en que viven las mujeres, como consecuencia de su ubicación dentro de la división genérica del trabajo, respondiendo a la percepción de una necesidad inmediata, generalmente asociada a las funciones de madre, esposa y responsable del bienestar familiar.

(37) Otro ejemplo de actuación con perspectiva sistémica con el fin de sustituir el patrón parecido/diferencia a la hora de determinar si se trata de un caso o no de discriminación sería el siguiente:

«... Si un miembro de un grupo persistentemente desaventajado puede demostrar que una ley, política o comportamiento continúa o empeora dicha desventaja, entonces dicha ley, política o comportamiento es discriminatoria (...) no se requiere de comparación, ni masculina ni otra. La adopción de la prueba de la «desventaja» en lugar de la prueba de «parecido y diferencia» requiere que los jueces vean a las mujeres en la forma en que están ubicadas en el mundo real para poder determinar si es que cualquier abuso sistémico y privación de poder que experimentan las mujeres se debe a su lugar en la jerarquía sexual» (COOK, 1994, a partir de MAHONEY, 1994; recogido por PALACIOS, 2006, p. 39).

- BAÑOS, Jessica (2006): «Teorías de la democracia: debates actuales», en *Andamios*, vol. 2, n.º 4.
- BELLAMY, Richard (2006) (ed.): *Constitutionalism and Democracy*, Dartmouth, Ashgate.
- BODELÓN, Encarna (2009): «Feminismo y derecho: mujeres que van más allá de lo jurídico», en Nicolás, Gemma y Bodelón, Encarna (Comps.) *Género y dominación. Críticas feministas del derecho y el poder*, Anthropos, Barcelona.
- CARBONELL, Miguel (ed.) (2009): *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid.
- COOK, Rebecca J. (1994): «Women's International Human Rights Law: The Way Forward», en Cook, Rebecca J. (ed.) *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia.
- DE BÚRCA, Gráinne (2010): «New Governance and Experimentalism: An Introduction», *Wis. L. Rev.*
- EPP, Charles R. (1998): *The Rights Revolution: Lawyers, Activists and Supreme Courts in Comparative Perspective*, University of Chicago Press, Chicago.
- GALANTER, Marc (1974): «Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change» 9 *Law and Society Review*.
- GUERRERO, Marion (2014): «Activating the Courtrooms: Opportunities for Strategic Same Sex Rights Litigation before the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union», ponencia presentada en la *Third Annual International Conference of the Berkeley Comparative Antidiscrimination Law Study Group* («Global Challenges and New Perspectives on Equality Law»), *Institute for European Studies and Perelman Center for Legal Philosophy* (Université Libre de Bruxelles), 5 y 6 de mayo de 2014.
- LOMBARDO, Emanuela (2002): «La política de género de la UE: ¿Atrapada en el «dilema de Wollstonecraft»?», en García Inda, Andrés y Lombardo, Emanuela (coords) *Género y Derechos Humanos*, Mira Editores, Huesca.
- MAHONEY, Kathleen E. (1994): «Canadian Approaches to Equality Rights and Gender Equity in the Courts» en Cook, Rebecca J. (ed.) *Human Rights of Women. National and International Perspectives*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia.
- MacKINNON, Catharine A. ([2006]2007): *Are women human? And other international dialogues*. Harvard University Press, Cambridge.
- MESTRE i MESTRE, Ruth (2011): «La ciudadanía de las mujeres: el espacio de las necesidades a la luz del derecho antidiscriminatorio y la participación política», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45.
- MOLYNEUX, Maxine (1985): «Mobilization without Emancipation? Women's Interests, State and Revolution in Nicaragua», *Feminist Studies*, vol. 11, n.º 2.
- MORONDO TARAMUNDI, Dolores (2004): *Il dilemma della differenza nella teoria femminista del diritto*, Es@, Pesaro.
- MURGUIALDAY, Clara (2005-6): *Intereses y necesidades de género* (<http://dicc.hegoa.efaber.net/listar/mostrar/112>, recup. 25/07/14).
- PALACIOS ZULOAGA, Patricia (2006): *La no discriminación. Estudio de la Jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula Autónoma de No Discriminación*, LOM ediciones Ltda, Santiago de Chile.
- PATEMAN, Carole ([1988] 1995): *El contrato sexual*, Anthropos, Barcelona.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2011): «¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 45.
- RODRÍGUEZ RUÍZ, Blanca (2010): «Hacia un Estado post-patriarcal. Feminismo y ciudadanía», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 149.
- RODRÍGUEZ-RUIZ, Blanca y RUBIO-MARÍN, Ruth (eds) (2012): *The Struggle for Female Suffrage in Europe*, Brill, Leiden-Boston.
- RUBIO CASTRO, Ana (1997): *Feminismo y ciudadanía*, Instituto Andaluz de la Mujer, Sevilla-Málaga.
- SABEL, Charles F. y DORF, Michael C. (2006): *Constitution of Democratic Experimentalism*, Harvard University Press.

- SABEL, Charles F. y ZEITLIN, Jonathan (2010): *Experimentalist Governance in the European Union. Towards a New Architecture*, Oxford University Press, Oxford.
- SARACENO, Chiara (1993): «La dipendenza costruita e l'interdipendenza negata. Strutture di genere della cittadinanza», en Bonacchi, Gabriella y Groppi, Angela (eds) *Il dilemma della cittadinanza*, Laterza, Bari.
- SARAT, Austin y SCHEINGOLD, Stuart (eds) (2006): *Cause Lawyers and social Movements*, Stanford University Press, Stanford (CA).
- SCOTT, Joanne y STURM, Susan (2006-2007): «Courts as Catalysts: Re-Thinking the Judicial Role in New Governance», 13 *Colum. J. Eur. L.*
- SCHOR, Miguel (2008): «Mapping Comparative Judicial Review», 7 *Wash. U. Global Stud. L. Rev.*
- STURM, Susan (2003-2004): «Equality and the Forms of Justice», 58 *U. Miami L. Rev.*

Trabajo recibido el 30 de agosto de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** 1970eko hamarkadatik eta, bereziki, 1979an NBEk Emakumearen aurkako bereizkeria mota guztiak ezabatzeko konbentzioa onartu zuenetik, emakumeen eta gizonen berdintasunari buruzko hainbat lege sortu dituzte. Ohikoa da araudi horien hitzaurrean edo azalpenean emakumeek jasaten duten desparekotasun arazoaren ezaugarri sistematikoa adieraztea, eta berdintasunerako eskubidea artikulatzean aintzatespen hori desagertzea, tratu-berdintasun eta aukera-berdintasun kontzeptuen bidez. Halakorik ez gertatzeko, emakumeen desparekotasunaren elementu sistematikoak (genero-estereotipoak, adibidez) aintzat hartzen dituen argudiaketa juridikoaren alde egiten du lan honek. Horrek zera eragingo luke: arauak interpretatzen eta aplikatzen dituztenek beren jarrera zehaztu beharko lukete, edo, labor esanda, lanbide juridikoek planteamendu aktibista egin beharko lukete.

**HITZ GAKOAK:** Genero-berdintasuna. Aktibismo juridikoa. Zeharkako bereizkeria. Genero-estereotipoak.

**RESUMEN:** A partir de los años setenta y, en particular, tras la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (aprobada por la ONU en 1979), han proliferado normativas varias referidas a la igualdad de mujeres y hombres. Lo normal es que tales normativas reconozcan en sus preámbulos o exposiciones de motivos el carácter sistémico de la problemática de desigualdad de las mujeres pero que tal reconocimiento se diluya cuando se trata de articular el derecho a la igualdad, lo que se hace mediante los conceptos de igualdad de trato y de igualdad de oportunidades. Con el fin de impedir que se produzca esa fractura, en este trabajo se aboga por una forma de argumentación jurídica que tome en consideración elementos sistémicos de la desigualdad de las mujeres (como, por ejemplo, los estereotipos de género). Esto conlleva la necesidad de una toma de postura por parte de quienes interpretan y aplican las normas o, en definitiva, un planteamiento activista de las profesiones jurídicas.

**PALABRAS CLAVE:** Igualdad de género. Activismo jurídico. Discriminación indirecta. Estereotipos de género.

**ABSTRACT:** From the seventies on and in particular after the Convention for the elimination of discrimination against women (passed by the UNO in 1979), several normatives referred to the equality of women and men have proliferated. It is common that such normatives acknowledge in their preambles or statements of reasons the systemic character of the women's inequality problematic but that nevertheless that acknowledgement becomes blurred when the right to equality is articulated, which is carried out by means of the concepts of equality of treatment and equality of opportunities. For the purpose of hindering that fracture, this work advocates for a form of legal reasoning that takes the systemic elements in women's inequality (as, for example, gender stereotypes) into consideration. This brings the need to take a position by those that interpret and apply provisions or, eventually, an activist approach by legal professions.

**KEYWORDS:** Gender equality. Legal activism. Indirect discrimination. Gender stereotypes.

# Economía social e inserción laboral de las personas con discapacidad

Aitor Bengoetxea Alkorta

**Sumario:** I. Concepto jurídico de persona con discapacidad.—II. El empleo de las personas con discapacidad.—III. La inserción laboral de las personas con discapacidad a través de las empresas de economía social.—IV. Conclusiones.

## I. Concepto jurídico de persona con discapacidad

Antes de entrar a estudiar el empleo de las personas con discapacidad, resulta necesario, a modo de cuestión previa, definir con claridad el concepto *persona con discapacidad*, como centro de imputación normativa de la política de empleo que analizaremos.

Merece la pena comenzar por el apartado terminológico. Como es bien sabido, la terminología no es inocua, y no resulta, desde luego, intrascendente que a la misma persona se le califique como *deficiente*, *subnormal*, *minusválido*, *retrasado mental*, o *persona con discapacidad*. Actualmente, la expresión *persona con discapacidad* se encuentra plenamente arraigada en el ámbito del Derecho, en el contexto de las políticas de igualdad y no discriminación, por ser debidamente respetuosa y no peyorativa. A nivel internacional, nos ofrece buena muestra de ello la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (ONU, 2006, Resolución 61/106). En la misma línea se sitúa la normativa de la Unión Europea(1).

Sin embargo, anteriormente se han utilizado otros términos, señaladamente, *minusválido* o *minusválida*, para referirse al colectivo en cuestión. Buen ejemplo de ello lo encontramos, en el derecho español, en la recientemente derogada LISMI(2). El hito fundamental para superar ese déficit lo encontramos en la Ley de Dependencia(3), que, poniendo de relieve la cuestión estrictamente terminológica, algo muy poco usual en el derecho positivo, dispone que «las referencias que en los textos normativos se efectúan a *minusválidos* y a *personas con minusvalía* se entenderán realizadas a *personas*

---

(1) Arts. 10 y 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE); arts. 21 y 26 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE).

(2) Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos. Derogada por la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que aprueba el correspondiente Texto Refundido).

(3) Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

con discapacidad. A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones públicas utilizarán los términos *persona con discapacidad o personas con discapacidad* para denominarlas».

Por consiguiente, en la actualidad no cabe duda sobre cuál es la expresión política y jurídicamente correcta, aunque en el plano del uso social quede bastante camino por recorrer.

Pasando a la cuestión conceptual, la Organización Mundial de la Salud (OMS) es la institución que ha elaborado el concepto de discapacidad, con alcance universal (*Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad de la Salud*, CIF, 2001). Para construir el concepto, la OMS ha utilizado tres elementos: deficiencia, incapacidad, y restricciones en la participación. La suma de los tres nos da como resultado la discapacidad.

Así, encontramos *deficiencia* en la salud cuando, se observa en una persona alguna *anormalidad o pérdida de una estructura corporal o de una función fisiológica*. Se trata del primer peldaño que nos lleva a la discapacidad.

La deficiencia puede producir *incapacidad*, pero no necesariamente. Habrá incapacidad cuando la deficiencia en cuestión origine *limitaciones en la actividad: dificultades que una persona puede tener en el desempeño/realización de las actividades*. Por lo tanto, estamos ante una persona cuya deficiencia sanitaria le dificulta y limita la realización de actividades, como por ejemplo el movimiento.

El tercer elemento consiste en las *restricciones en la participación*. Es el caso de la persona cuya incapacidad le genera una situación de desventaja social, en comparación con las personas sin discapacidad.

En definitiva, la discapacidad implica deficiencias a nivel corporal; limitaciones en la actividad, a nivel individual; y restricciones en la participación, a nivel social (4).

En la legislación española, encontramos el concepto jurídico-positivo de discapacidad en términos de *situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás* (5).

Más allá del concepto común de la discapacidad, cabe distinguir entre la congénita y la adquirida, a causa de enfermedad o accidente. Además, podemos distinguir entre discapacidad de tipo físico, sensorial, o psíquico (mental o intelectual).

Entre las personas que tienen alguna discapacidad, las situaciones son muy diversas. Por eso, se evalúa el grado de discapacidad, mediante un proceso administrativo, en el ámbito de los correspondientes servicios sociales. El proceso comienza a instancias de la persona interesada, que será sometida a un reconocimiento técnico en el que intervienen diversos profesionales como médico, psicólogo, y trabajador social. El proceso culmina con una resolución administrativa en la que se reflejará el diagnóstico, el tipo y grado de discapacidad (expresado en un porcentaje) (6).

(4) Síntesis del concepto de discapacidad que podemos encontrar en IMSERSO-MTAS, *II Plan de Acción de Acción para las personas con discapacidad 2003-2007*.

(5) Art. 2 a) Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, LGDPCD).

(6) Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.



Para determinar el grado de discapacidad, se tendrán en cuenta dos elementos: el grado de limitaciones en la actividad, y los factores sociales complementarios.

El grado de limitaciones en la actividad se valora en función de las «dificultades que un individuo puede tener para realizar actividades, expresadas en porcentaje. Una "limitación en la actividad" abarca desde una desviación leve hasta una grave, en términos de cantidad o calidad, en la realización de la actividad, comparándola con la manera, extensión o intensidad en que se espera que la realizaría una persona sin esa condición de salud».

Por su parte, «la valoración de los factores sociales complementarios se obtendrá a través de la aplicación del baremo contenido en el Anexo I, apartado B), relativo, entre otros factores, a entorno familiar, situación laboral y profesional, niveles educativos y culturales, así como a otras situaciones del entorno habitual de la persona con discapacidad».

En definitiva, en función de las limitaciones en la actividad y de los factores sociales concurrentes, a la persona en cuestión se le atribuirá un porcentaje de discapacidad. Sin embargo, no todo grado de discapacidad otorga el *status* jurídico de *persona con discapacidad*, de manera que se requiere un grado mínimo del 33%.

Para concluir con este apartado, debemos reflejar que, de acuerdo con el derecho positivo vigente, *son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento*(7).

## II. El empleo de las personas con discapacidad

La normativa vigente reconoce *el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad* (art. 27 Convención ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad) (8).

Por su parte, la Constitución española, en sintonía con el modelo de Estado Social que proclama, ordena a los poderes públicos *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social* (art. 9.2).

---

(7) Art. 4 LGDPCD.

(8) En el ámbito de la UE, hay que destacar la Directiva 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Esta Directiva tiene la misión de luchar, en el ámbito del empleo, contra la discriminación por motivos de discapacidad (entre otros motivos). Así, prevé un variado elenco de instrumentos para lograr ese fin, entre otros, medidas de acción positiva. En concordancia con lo indicado, art. 35 LGDPCD.

Más adelante, indica que los poderes públicos deberán llevar a cabo una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración social de las personas con discapacidad (art. 49).

Como cuestión previa al empleo, en lo que respecta a la tasa de actividad de las personas con discapacidad, se ha observado que a menudo la razón de la inactividad estribaba en la incompatibilidad de las pensiones por discapacidad con el empleo. En ese sentido, hay que aplaudir las medidas tendentes a franquear ese obstáculo, estableciendo la compatibilidad entre empleo y pensiones, para no desincentivar la entrada en el mercado laboral de las personas con discapacidad (9).

Subrayando el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, sin discriminación, la norma clave del empleo de las personas con discapacidad en el derecho español es la reciente LGDPCD. Dicha ley distingue tres tipos de empleo para las personas con discapacidad: empleo ordinario (en el sector privado y en el público); empleo protegido (centros especiales de empleo y enclaves laborales) (10), y empleo autónomo.

Además, cuando el grado de discapacidad laboral no permita su trabajo en centros especiales de empleo, se prevé que las personas con discapacidad accedan a centros ocupacionales, que tienen naturaleza de servicios sociales, y prestan servicios de terapia ocupacional, sin que se constituya una relación laboral entre la persona con discapacidad y el centro ocupacional (art. 50 LGDPCD).

Para poder aplicar con eficacia la batería de medidas de fomento del empleo de las personas con discapacidad, una condición previa consiste en la identificación precisa de las personas incluidas en esa categoría.

Así, para facilitar la colocación de ese colectivo, se dispone expresamente que los servicios públicos de empleo deberán confeccionar un registro específico de personas con discapacidad demandantes de empleo, con identidad propia dentro del censo general de parados (art. 38.2 LGDPCD).

En general, la LGDPCD ordena el fomento del empleo de las personas con discapacidad mediante variadas técnicas como subvenciones o bonificaciones en las cuotas de la Seguridad Social y expresamente se menciona *la promoción de cooperativas y otras entidades de la economía social* (art. 39.2).

Entre los tres tipos de empleo de las personas con discapacidad señalados, a saber, empleo ordinario, empleo protegido, y empleo autónomo, la previsión legal con respecto al último tipo es la más escueta.

Así, la LGDPCD ordena a los poderes públicos la adopción de medidas de fomento del trabajo autónomo de personas con discapacidad, tanto dirigidas al desarrollo de actividades profesionales por cuenta propia (autoempleo individual), como a través de entidades de la economía social (autoempleo colectivo).

Seguidamente profundizaremos en el estudio de las otras dos modalidades: empleo ordinario y empleo protegido.

---

(9) Señaladamente, Ley 8/2005, de 6 de junio.

(10) Desarrollado, en lo que respecta al grado mínimo de discapacidad laboral, por el RD 1368/1985, de 17 de julio, que regula la relación laboral especial de las personas con discapacidad que trabajan en centros especiales de empleo.

## II.1. Empleo ordinario

El entorno del mercado ordinario tiene una lógica de funcionamiento implacable y, en virtud de la misma, las personas con discapacidad se encuentran con una dificultad añadida. Cuando las políticas de empleo se refieren a colectivos con especiales dificultades para la inserción laboral, uno de ellos, sistemáticamente, lo componen las personas con discapacidad (junto a otros como jóvenes, mayores, mujeres, personas en situación de exclusión social o inmigrantes).

Ante esa realidad del obstáculo que, *a priori*, supone la discapacidad para la inserción laboral en el mercado ordinario, los poderes públicos han activado diversas medidas de acción positiva para procurar equilibrar la desventaja de partida, y tendentes a que el derecho al empleo de las personas con discapacidad se haga efectivo.

### II.1.1. EMPLEO ORDINARIO PRIVADO

Sin duda, entre las medidas para fomentar la inserción laboral de personas con discapacidad en la empresa privada, la medida más incisiva es la *cuota de reserva para personas con discapacidad*(11). En virtud de la misma, *las empresas públicas y privadas que empleen a un número de 50 o más trabajadores vendrán obligadas a que de entre ellos, al menos, el 2 por 100 sean trabajadores con discapacidad* (art. 42.1 LGDPCD). Por lo tanto, en todas las empresas cuya plantilla alcance los 50 trabajadores, por cada 50, debe haber un mínimo de una persona con discapacidad.

La medida se refiere a la contratación laboral de personas con discapacidad, bajo cualquier modalidad contractual, no sólo en la empresa privada, sino también en empresas públicas (sin incluir a los funcionarios). La plantilla de referencia debe ser entendida de modo global, sin importar el tipo de contrato laboral, y también hay que incluir en el cómputo a las personas en misión, contratadas por una empresa de trabajo temporal.

Debido al muy notable incumplimiento por parte de las empresas de la obligación legal de respetar la cuota de reserva, el legislador ha optado por flexibilizar la medida, al introducir supuestos de *medidas alternativas a la cuota de reserva*.

Así, las medidas alternativas, se pueden adoptar en virtud de previsión al efecto en convenios colectivos *ex arts.* 83.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores, o también por opción voluntaria de la empresa en cuestión.

En todo caso, la habilitación legal para que las empresas adopten medidas alternativas se restringe a supuestos excepcionales (regulados en el Real Decreto 364/2005, de 8 de abril). Necesariamente, debe concurrir alguna de estas circunstancias:

- La no incorporación de un trabajador con discapacidad a la empresa obligada se debe a la imposibilidad de que los servicios públicos de empleo competentes, o las agencias de colocación, puedan atender la oferta de empleo presentada, después de haber efectuado todas las gestiones de intermediación necesarias

---

(11) Haciendo uso de la previsión del art. 17.2 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo), que indica que *podrán establecerse por ley las exclusiones, reservas y preferencias para ser contratado libremente*.

para dar respuesta a los requerimientos de aquélla y concluir las con resultado negativo, por la inexistencia de demandantes de empleo con discapacidad inscritos con el perfil profesional requerido o, aun existiendo, cuando acrediten no estar interesados en las condiciones de trabajo establecidas en dicha oferta.

- Existen, y así se acredita por la empresa obligada, cuestiones de carácter productivo, organizativo, técnico o económico que motivan la especial dificultad para incorporar trabajadores con discapacidad a la plantilla de la empresa. Como acreditación de dichas circunstancias, los servicios públicos de empleo podrán exigir la aportación de certificaciones o informes de entidades públicas o privadas de reconocida capacidad, distintas de la empresa solicitante.

Cuando una empresa se encuentre en alguno de esos supuestos y pretenda sustituir la contratación laboral de personas con discapacidad, en virtud de la cuota de reserva, por la adopción de medidas alternativas, deberá solicitar la *declaración de excepcionalidad* al servicio público de empleo competente.

Si el servicio de empleo emite esa declaración, la empresa afectada queda autorizada para utilizar medidas alternativas a la contratación, durante un período de tres años.

Las medidas alternativas que se pueden utilizar son las siguientes:

- Contratos mercantiles o civiles con centros especiales de empleo o personas con discapacidad autónomas, para el suministro de bienes o prestación de servicios a la empresa contratante.

El importe mínimo anual del contrato civil o mercantil suscrito será de tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) anual, por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del dos por ciento.

- Donaciones o patrocinio, de carácter monetario, en favor de asociaciones o fundaciones entre cuyos objetivos se encuentre la inserción laboral de personas con discapacidad.

La cuantía mínima de la donación o patrocinio, será de 1,5 veces el IPREM anual por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del dos por ciento.

- Enclaves laborales (Real Decreto 290/2004, de 20 de febrero). La empresa ordinaria celebra un contrato con un centro especial de empleo, al que se aplica el régimen de las contratas, en virtud del cual, a cambio de un precio, un grupo de trabajadores con discapacidad de la plantilla del CEE se desplazará temporalmente a la empresa ordinaria contratante, para desarrollar allí su prestación laboral. Durante la actividad del enclave laboral, entre tres meses y tres años, las personas con discapacidad afectadas siguen manteniendo la relación laboral especial que les une a su centro especial de empleo, que conserva sus facultades directivas, de control, y disciplinarias.

El importe mínimo anual del contrato celebrado para constituir el enclave laboral, será de tres veces el IPREM anual, por cada trabajador con discapacidad dejado de contratar por debajo de la cuota del dos por ciento.

Otro ámbito de interés es el de la *adaptación de puestos de trabajo*. La discapacidad puede suponer un obstáculo para la adaptación a algunos puestos de trabajo.

Por ello, siempre en aras a avanzar hacia la igualdad real y efectiva en lo que respecta al derecho al trabajo de las personas con discapacidad, hay que subrayar la siguiente previsión legal, aplicable por igual en el empleo público y en el empleo privado:

«Los empresarios están obligados a adoptar las medidas adecuadas para la adaptación del puesto de trabajo y la accesibilidad de la empresa, en función de las necesidades de cada situación concreta, con el fin de permitir a las personas con discapacidad acceder al empleo, desempeñar su trabajo, progresar profesionalmente y acceder a la formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario (art. 40.2 LGDPCD)».

Si se considera que la adopción de esas medidas conlleva una *carga excesiva* para la empresa, la ley le exime de la obligación de adaptar los puestos de trabajo a las personas con discapacidad. Como criterios para valorar si se da o no esa circunstancia, habrá que tener en cuenta el coste económico de las medidas, el volumen de negocio de la empresa, y las ayudas públicas para la adaptación de puestos de trabajo.

Por otra parte, los *servicios de empleo con apoyo* son una fórmula específica para fomentar la contratación de personas con especiales dificultades de inclusión laboral en empresas del mercado ordinario (art. 41 LGDPCD y RD 870/2007, de 2 de julio).

Se trata de realizar acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, a las personas con discapacidad, prestadas por preparadores laborales especializados, para facilitar su adaptación social y laboral en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes.

En cualquier caso, las personas objeto del empleo con apoyo son aquellas que tienen una discapacidad cualificada, no es suficiente con el grado ordinario del 33% de discapacidad. Así, se trata de personas con parálisis cerebral, personas con enfermedad mental o personas con discapacidad intelectual con un grado de discapacidad igual o superior al 33%; o de personas con discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad igual o superior al 65%.

## II.1.2. EMPLEO ORDINARIO PÚBLICO

También hay cuota de reserva en el sector público. El acceso al empleo público, por mandato constitucional, debe producirse en función de la capacidad y méritos de los aspirantes (art. 103.3 CE). Teniendo en cuenta la desventaja de origen de las personas con discapacidad, y a modo de acción positiva, se reserva un cupo mínimo del 3% en las Administraciones públicas vascas, para esa categoría de personas, en las vacantes de las ofertas de empleo público que realicen (12). En el ámbito estatal se prevé una cuota de reserva mínima del 7% (13).

---

(12) Disposición adicional 7ª, Ley 6/1989, de julio. Reserva mínima del 3% hasta que se alcance el dos por ciento de los efectivos totales de la Administración correspondiente.

(13) Art. 59 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

Además, en materia de contratación administrativa, también encontramos un instrumento de acción positiva en la siguiente habilitación legal: «los órganos de contratación podrán señalar en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas públicas o privadas que, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores con discapacidad superior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios que sirvan de base para la adjudicación» (14).

## II.2. Empleo protegido

El empleo protegido de las personas con discapacidad se desarrolla en los centros especiales de empleo (CEE) (15). Los CEE pueden ser de titularidad pública o privada, con o sin ánimo de lucro, y la plantilla estará constituida por el mayor número de trabajadores con discapacidad que permita la naturaleza del proceso productivo, como mínimo, el 70% de la plantilla, sin computar el personal sin discapacidad dedicado a la prestación de servicios de ajuste personal y social (art. 43.2 LGDPCD).

En los CEE, las personas con discapacidad realizan una actividad laboral productiva y remunerada, con el objetivo de que sirva como impulso a una posterior integración en el mercado ordinario.

Para mejorar su integración laboral, los CEE prestan a las personas con discapacidad servicios de ajuste personal y social (16). Se trata de los servicios *que permitan ayudar a superar las barreras, obstáculos o dificultades que las personas trabajadoras con discapacidad de los centros especiales de empleo tengan en el proceso de incorporación a un puesto de trabajo, así como en la permanencia y progresión en el mismo. Igualmente se encontrarán comprendidos aquellos dirigidos a la inclusión social, cultural y deportiva* (art. 43.2 LGDPCD).

Para apoyar la trascendental labor de los CEE en el ámbito de la inserción laboral, se prevén compensaciones económicas públicas cuando reúnan las condiciones de utilidad pública y de imprescindibilidad y carezcan de ánimo de lucro (art. 44 LGDPCD).

La relación laboral que une a la persona con discapacidad y al CEE es de carácter especial. Se puede utilizar cualquier modalidad contractual laboral, de entre las previstas en la legislación vigente, para que un CEE contrate una persona con discapacidad. Sea cual sea el tipo de contrato celebrado, será una relación laboral con régimen especial, regulado por el RD 1368/1985, de 17 de julio.

Entre otras peculiaridades, habrá un equipo multiprofesional, encargado de evaluar la discapacidad, para determinar si se requiere un período previo de adaptación al tra-

---

(14) Disposición Adicional sexta, Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

(15) Real Decreto 2273/1985, de 4 de diciembre, que aprueba el Reglamento de los centros especiales de empleo.

(16) RD 469/2006, de 21 de abril, por el que se regulan las unidades de apoyo a la actividad profesional en el marco de los servicios de ajuste personal y social de los CEE.

bajo. Previo informe al respecto del mencionado equipo, se prevé la posibilidad de que se celebren contratos a bajo rendimiento, inferior al habitual en un 25%, en cuyo caso puede haber una reducción salarial, que en ningún caso podrá superar ese porcentaje. También se requiere informe del equipo multiprofesional sobre la eventual ineptitud de la persona con discapacidad que motive un despido por causas objetivas, así como en las amortizaciones de puestos de trabajo.

En materia de tiempo de trabajo, se prohíben las horas extraordinarias, salvo necesidades de la empresa derivadas de siniestros u otros daños extraordinarios. Se reconoce el derecho a permiso remunerado, durante un máximo de diez días por semestre, para asistir a tratamientos de rehabilitación médico-funcionales y para participar en acciones de orientación, formación y readaptación profesional.

### **III. La inserción laboral de las personas con discapacidad a través de las empresas de economía social**

#### **III.1. Las empresas de economía social. concepto y clasificación**

El art. 4 de la Ley de Economía Social (Ley 5/2011, de 29 de marzo) nos indica cuales son los principios orientadores que caracterizan a las entidades de la economía social:

- Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que conlleva priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad, que en relación a sus aportaciones al capital social
- Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y los socios, y en su caso, al fin social objeto de la entidad
- Promoción de la solidaridad interna y con la sociedad que favorezca el compromiso con el desarrollo local, la igualdad de oportunidades, la cohesión social, la inserción de grupos excluidos, la generación de empleo estable y de calidad y la sostenibilidad
- Independencia respecto a los poderes públicos

Seguidamente, el art. 5 de la Ley nos indica cuales son las entidades de la economía social, y se mencionan expresamente cooperativas, mutualidades, fundaciones, asociaciones, sociedades laborales, empresas de inserción, centros especiales de empleo, cofradías de pescadores, y sociedades agrarias de transformación.

En cualquier caso, no se trata de una lista cerrada o exhaustiva, sino que serán también consideradas como integrantes del universo de la economía social aquellas entidades singulares creadas por normas específicas que se rijan por los principios orientadores arriba mencionados.

En el presente apartado, analizaremos las que entendemos principales entidades de la economía social recogidas en la Ley, clasificándolas, desde la perspectiva de la inserción laboral de personas con discapacidad, de la siguiente manera:

- Entidades de la economía social en el mercado ordinario: cooperativas, sociedades laborales, mutualidades de previsión social, asociaciones y fundaciones
- Entidades de la economía social en el mercado protegido: centros especiales de empleo y empresas de inserción

Conviene recordar que, como hemos visto *supra*, la LGDPCD, entre la batería de medidas para fomentar el empleo de las personas con discapacidad, cita expresamente *la promoción de cooperativas y otras entidades de la economía social* (art. 39.2).

### III.2. Inserción laboral de personas con discapacidad en el mercado ordinario de la economía social

En este apartado, hay que subrayar, entre las entidades de economía social, las cooperativas y las sociedades laborales, genuinas formas jurídicas que dan cauce al fenómeno del autoempleo colectivo de trabajadoras y trabajadores.

Las *sociedades cooperativas* constituyen, sin duda, la categoría más relevante entre las entidades de la economía social. Son las más reconocidas y de mayor arraigo en el derecho internacional. Se trata de empresas constituidas por socios y socias cooperativistas, que las gestionan en común y de forma democrática. Las cooperativas desarrollan actividades empresariales encaminadas a satisfacer aspiraciones económicas y sociales de las socias y socios que las han constituido (17).

La propia Constitución de 1978 menciona las cooperativas, por ser un instrumento útil en sintonía con el modelo de Estado social. Por eso, señala que *los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán, mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas* (art. 129.2 CE).

En función de la actividad cooperativizada, y correspondientes necesidades a satisfacer, hay distintos tipos de cooperativas, entre otras: de trabajo asociado, de consumo, de vivienda, agrarias, de explotación comunitaria de la tierra, de servicios, del mar, de transportistas, de seguros, sanitarias, de enseñanza, o de crédito.

En las cooperativas, el empleo lo prestan socios-trabajadores (socios que trabajan en cooperativas de trabajo asociado), socios de trabajo (socios que trabajan en el resto de clases de cooperativas), y trabajadores asalariados (contratados por la sociedad cooperativa).

Entre las cooperativas, las de trabajo asociado están relacionadas directamente con la cuestión del empleo. En efecto, se trata de una fórmula empresarial, que produce bienes y servicios para vender en el mercado, cuya razón de ser estriba precisamente en proporcionar empleo remunerado a las socias y socios que la han constituido. Similar naturaleza ostentan, en el ámbito agrario, las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra.

Pues bien, en relación a la proporción entre socios y asalariados que prestan trabajo en una cooperativa, cuando se trate de cooperativas de trabajo asociado, hay una

---

(17) La Alianza Cooperativa Internacional, en 1995, estableció la siguiente definición: *Asociación autónoma de personas que se han unido de forma voluntaria para satisfacer sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales en común mediante una empresa de propiedad conjunta y de gestión democrática.*



peculiaridad: el número de horas/año realizadas por los asalariados no podrá superar el 25% de las horas/año realizadas por los socios trabajadores de la cooperativa (18).

La normativa sobre inserción laboral de personas con discapacidad se refiere al empleo asalariado, no al que ejecutan los propios socios de la empresa cooperativa. Por ello, a todas las cooperativas, en la medida en que contratan trabajadores asalariados, se les aplica la normativa sobre inserción laboral de personas con discapacidad que hemos analizado *supra*: disposiciones como la cuota de reserva del 2% cuando la plantilla alcance los 50 asalariados, medidas alternativas, medidas de fomento de la contratación, obligación de adaptar los puestos de trabajo salvo que constituya una carga excesiva para la cooperativa, y la fórmula del empleo con apoyo.

Las *sociedades laborales* son empresas de economía social arraigadas en la realidad social y jurídica española, pero extrañas en el derecho internacional y comparado. Su principal característica estriba en que la mayoría del capital social pertenece a los trabajadores que prestan en la sociedad su trabajo personal y directo, a cambio de una retribución salarial, y por tiempo indefinido (art. 1 Ley 4/1997, de 24 de marzo, de sociedades laborales).

Por lo tanto, los trabajadores son propietarios de la empresa en la que trabajan, aunque no necesariamente en exclusiva (mayoría del capital social), y, por consiguiente, gestionan su propia empresa.

Puede tratarse de sociedades limitadas, o de sociedades anónimas. Cuando la mayoría del capital social sea propiedad de los trabajadores, y concurren el resto de requisitos legales, estaremos ante una sociedad limitada laboral (SLL), o se tratará de una sociedad anónima laboral (SAL) a la que se aplicará, en primer lugar, la propia ley de sociedades laborales y, en todo lo no previsto por la misma, será de aplicación supletoria, respectivamente, la legislación mercantil sobre sociedades limitadas o anónimas.

Por lo tanto, en las sociedades laborales, al igual que en las cooperativas, conviven socios que prestan su trabajo y asalariados contratados como tales por la sociedad laboral.

La ley contiene una prescripción sobre la proporción entre trabajadores socios y no socios, incluyendo una mención a los trabajadores con discapacidad: el número de horas-año trabajadas por los trabajadores contratados por tiempo indefinido que no sean socios, no podrá ser superior al 15% del total de horas/año trabajadas por los socios trabajadores. Si la sociedad tuviera menos de 25 socios trabajadores, el referido porcentaje no podrá ser superior al 25% del total de horas/año trabajadas por los socios trabajadores, para el cálculo de estos porcentajes no se tomarán en cuenta los trabajadores con contrato de duración determinada y los trabajadores con discapacidad psíquica en grado igual o superior al 33% con contrato indefinido (art. 1.2 Ley 4/1997).

La regla de no computar los trabajadores con discapacidad psíquica a efectos de determinar el máximo de horas que pueden trabajar los no socios, constituye una moderada medida de acción positiva en favor de los mismos.

La normativa sobre inserción laboral de personas con discapacidad se refiere, como hemos dicho más arriba, al empleo asalariado. En el caso de las sociedades laborales, los socios trabajadores están sometidos al derecho laboral y son, técnicamente, asalariados, con independencia de su cualidad de socios. Por ello, en las so-

---

(18) Art. 99.4 de la Ley vasca 4/1993, de 24 de junio, de cooperativas. Es el porcentaje más bajo en derecho autonómico comparado.

ciudades laborales, la totalidad de la plantilla está compuesta por trabajadoras y trabajadores, sean o no socias y socios.

Así, a las sociedades laborales, anónimas o limitadas, se les aplica la normativa sobre inserción laboral de personas con discapacidad que hemos analizado más arriba, con respecto a la totalidad de la plantilla, computando por igual personas trabajadoras socias y no socias: previsiones como la cuota de reserva del 2% cuando la plantilla alcance los 50 trabajadores, medidas alternativas, medidas de fomento de la contratación, obligación de adaptar los puestos de trabajo salvo que constituya una carga excesiva para la sociedad laboral, y la fórmula del empleo con apoyo.

### **III.3. Inserción laboral de personas con discapacidad en el mercado protegido de la economía social**

Dentro del sector de la economía social, hay entidades que se ubican en el ámbito del mercado de trabajo protegido. Así, mientras los centros especiales de empleo acogen a personas trabajadoras con discapacidad, en virtud de una relación laboral especial, las empresas de inserción tienen como objetivo proveer ocupación laboral para las personas en situación de exclusión social.

Son mercados protegidos en la medida de que se trata de fórmulas empresariales diseñadas precisamente para la inserción laboral de los colectivos de referencia, y están sometidas a regímenes jurídicos específicos para fomentar su acción social de inserción de personas con especiales dificultades para acceder al empleo.

Los poderes públicos, mediante regímenes jurídicos peculiares, así como subvenciones, fomentan la creación y actividad de los centros especiales de empleo y las empresas de inserción social, para favorecer el empleo (protegido) de las personas destinatarias de esa política de empleo específica.

Los Centros Especiales de Empleo, a los que ya nos hemos referido más arriba, son, sin duda, el principal instrumento para la inserción laboral de personas con discapacidad, ya que, precisamente, esa es su razón de ser.

Se trata de empresas que participan regularmente en las operaciones del mercado, y cuya finalidad es asegurar un empleo remunerado y la prestación de los servicios de ajuste personal y social que requieran a sus trabajadores con discapacidad; a la vez que se trata de un instrumento para la integración del mayor número de personas trabajadoras con discapacidad en el entorno del mercado de trabajo ordinario (art. 43.1 LGDPCD).

Evidentemente, su fin social les ubica entre las entidades de la economía social, porque el elemento personal y la función social priman sobre el capital de la empresa, aunque se permitan legalmente los CEE con fin de lucro.

En este caso, no se les aplica la cuota de reserva del 2% de personas con discapacidad sino que, por expresa prescripción legal, en la plantilla deberá haber la mayor cantidad posible de personas trabajadoras con discapacidad, tantas como permita la naturaleza del proceso productivo. A poder ser, todas y, en todo caso, no menos del 70% de la plantilla (art. 43.2 LGDPCD).

Desde luego, los CEE son los mejores cumplidores de las medidas normativas previstas para el empleo de las personas con discapacidad, en lo que se refiere, por ejemplo, a utilizar los mecanismos públicos para fomentar su contratación, o la adaptación de puestos de trabajo a las personas con discapacidad.

## IV. Conclusiones

El nudo de la cuestión de la inserción laboral de personas con discapacidad lo encontramos en el hecho de que sus tasas de actividad y de ocupación, en comparación con la población sin discapacidad, son notablemente inferiores.

En lo que respecta a la actividad, se debe procurar romper el círculo vicioso de la inactividad, que erosiona la autoestima y empleabilidad de las personas con discapacidad, potenciando la compatibilidad entre políticas activas y pasivas de empleo, al combinar medidas de protección económica con estrategias de activación para el empleo (19).

El empleo en las personas con discapacidad resulta, si cabe, más importante incluso que para la población general, porque es el instrumento más útil para su integración social, y la mejor manera de luchar contra su riesgo de pobreza.

En lo que respecta a las entidades de la economía social, la ley de economía social sitúa entre sus principios orientadores la inserción de grupos excluidos. Por lo tanto, parece que estamos ante un entorno económico especialmente sensible y proclive a la inserción laboral de personas con discapacidad. Entre las empresas de economía social, todas están en el entorno ordinario, salvo centros especiales de empleo y empresas de inserción.

En el mercado ordinario, incluyendo por lo tanto a cooperativas, sociedades laborales, mutualidades, asociaciones y fundaciones, las empresas tienen falta de información sobre el mundo de la discapacidad, que en no pocas ocasiones va unida a prejuicios estereotipados sobre ese sector social, junto con carencias en los canales de intermediación laboral, y niveles formativos acusadamente inferiores en las personas con discapacidad, en comparación con la población general, lo que repercute en baja empleabilidad y en empleos de baja cualificación. Todo ello redundará en la yuxtaposición de barreras a su contratación.

Ante ese panorama, y por expreso mandato constitucional lógico en un Estado Social (arts. 9.2 y 49 CE), los poderes públicos llevan años esforzándose en potenciar el empleo de las personas con discapacidad.

Entre las medidas legales concretas, destaca la reserva de la cuota del dos por ciento en empresas que alcancen en plantilla las cincuenta personas trabajadoras. Regla sustituible por medidas alternativas como contratos de suministro con centros especiales de empleo, donaciones en favor de entidades que fomentan la inserción laboral de personas con discapacidad, o enclaves laborales en empresas ordinarias.

Es notorio y bastante generalizado el incumplimiento de la cuota del dos por ciento, menor a las exigencias habituales de los países de la Unión Europea. También parece evidente que no está entre las prioridades de control de las inspecciones de trabajo, con lo cual la efectividad de la obligación legal deja mucho que desear. Incumplimiento que alcanza a las administraciones públicas, que deberían predicar con el ejemplo.

Además, la estructura del tejido productivo empresarial de las empresas de economía social nos muestra un altísimo índice de empresas que no alcanzan el umbral de cincuenta personas trabajadoras y, por consiguiente, quedan fuera de la cuota de re-

---

(19) En ese sentido, hay que valorar positivamente la Ley 8/2005, de 6 de junio.

serva. Aunque también es cierto que, a mayor volumen de plantilla, más facilidad para ubicar a las personas trabajadoras con discapacidad en uno u otro puesto de trabajo.

Las medidas alternativas, excepcionales y subsidiarias en el ánimo de la LGDPCD, se utilizan a menudo como fórmulas para sortear la obligación legal de contratación directa, si bien es cierto que en no pocas ocasiones es real la ausencia de personas con discapacidad que tengan perfiles adecuados para cubrir las ofertas de empleo de las empresas.

A partir de ahí, hay una política específica, dirigida por igual a entidades de la economía social y al resto de las empresas, para subvencionar la contratación de personas con discapacidad, así como el programa de empleo con apoyo (empleo ordinario de personas con discapacidad con especiales dificultades de inserción), y ayudas económicas para sufragar la adaptación de puestos de trabajo.

La actual coyuntura de grave crisis económica y de empleo nos ha reconfirmado una constante que ya conocíamos: los ajustes afectan en mayor medida a los grupos vulnerables, entre los que destacan las personas con discapacidad.

En el mercado laboral ordinario, la situación en las entidades de la economía social no difiere en gran medida con respecto a las empresas de marcado corte capitalista. Así, la inserción laboral de personas con discapacidad mediante su contratación en cooperativas, sociedades laborales, mutualidades, asociaciones y fundaciones es escasísima.

En las cooperativas y sociedades laborales, el proceso de integración de nuevos socios, máxime en tiempos de crisis, es una vía muy difícil para las personas con discapacidad, incluso más que en una empresa capitalista al uso, donde la toma de decisión por parte de la correspondiente persona directora de recursos humanos es más sencilla. En la contratación laboral de personas con discapacidad, en cooperativas y sociedades laborales, la situación es similar.

Hay que subrayar, en el caso de asociaciones y fundaciones, que, a pesar de su escasa incidencia en la integración laboral de personas con discapacidad por la vía de la contratación directa, realizan una función trascendental de intermediación laboral con respecto a otras empresas del entorno ordinario.

En efecto, entre las empresas, el principal canal de intermediación laboral lo constituyen asociaciones y fundaciones del ámbito de la discapacidad, que median para procurar la colocación de las personas con discapacidad incluidas en sus bolsas de empleo. Dato que demuestra la escasísima incidencia del registro específico de personas con discapacidad de los servicios públicos de empleo, previsto en la LGDPCD.

En el caso de las empresas de inserción, al estar volcadas en el colectivo de personas en situación de exclusión social, parece razonable relajar el grado de exigibilidad en cuanto a su contribución a la inserción laboral de personas con discapacidad.

La conclusión es clara. Entre las entidades de la economía social, la que realmente crea empleo para personas con discapacidad, en la medida de sus posibilidades, es el centro especial de empleo. Es más, los CEE igualan el número de contrataciones de todo el conjunto de empresas ordinarias, más allá de la economía social (20).

---

(20) Dato recogido en la Estrategia Global 2008-2012, posteriormente sustituida por la Estrategia Española sobre discapacidad 2012-2020.

Todo lo cual nos lleva a concluir que la labor actual de las entidades de la economía social, en lo que respecta a la inserción laboral de personas con discapacidad, es claramente mejorable. Máxime teniendo en cuenta el carácter que les atribuye el la ley de economía social, en torno al principio orientador de la inserción de grupos excluidos.

En el apartado de recomendaciones, nos centraremos en la perspectiva del empleo ordinario de las personas con discapacidad en las entidades de economía social. Se pone el acento en el empleo ordinario, porque las relaciones laborales especiales en los CEE en el ámbito del empleo protegido se están desarrollando, a grandes rasgos, de manera satisfactoria.

Como resultado de las anteriores conclusiones, cabría efectuar las siguientes recomendaciones:

— *Fomento de la actividad de las personas con discapacidad*

Para fomentar el empleo de personas con discapacidad, también en entidades de economía social, hay que empezar por mejorar sus bajos índices de actividad, impulsando su incorporación al mercado de trabajo. Se trataría de facilitar la compatibilidad entre pensiones y empleo, y realizar una actividad pedagógica con las personas con discapacidad, a través de las asociaciones y fundaciones del sector, para animarles hacia el empleo.

— *Información y sensibilización de las empresas de economía social*

Parece haber consenso en torno al insuficiente conocimiento sobre el mundo de la discapacidad por parte de las empresas (excepto aquellas vinculadas a la misma). Falta información sobre prácticamente todas las áreas relacionadas con el empleo de personas con discapacidad, con la excepción de la cuota de reserva del 2%: tipos de discapacidad (física, intelectual, enfermedad mental, sensorial); empleabilidad de las personas con discapacidad; canales de intermediación laboral; o incentivos económicos para contratación, adaptación de puestos de trabajo, o empleo con apoyo.

La información debe combatir, con datos fácticos, los prejuicios y estereotipos desfavorables. Sobre todo, datos que demuestran el alto grado de satisfacción de las empresas que han probado a contratar personas con discapacidad y, normalmente, repiten.

El eventual menor rendimiento se ve compensado por las ayudas económicas públicas.

La información sobre contratación de personas con discapacidad debe ser clara, integrada, y accesible. Un órgano administrativo único o un portal de internet pueden ser útiles al respecto.

Conviene simplificar los trámites de contratación y solicitudes de ayudas.

Las medidas de información deberían acompañarse de un elemento de sensibilización para animar a las empresas de economía social a la contratación de personas con discapacidad.

— *Tener en cuenta las variables de sexo, tipo, edad y grado de discapacidad*

Dentro de la categoría genérica de personas con discapacidad hay variables que profundizan la dificultad para acceder al empleo, y por ello merecen incidir en medidas de acción positiva específicas: mujeres con discapacidad; discapacidades

psíquicas (intelectuales y, más aún, enfermedades mentales), porque implican una dificultad mayor que las de tipo físico y sensorial; edad, máxime si tenemos en cuenta que, normalmente, la edad agrava la discapacidad; severidad de la discapacidad.

— *Exigencias legales*

La cuota de reserva del 2% podría ser un instrumento muy útil, si no fuera por su generalizado incumplimiento. La administración debe esforzarse por la efectividad de la cuota de reserva, comenzando por cumplirla ella misma, e incluyendo la cuestión de manera rigurosa en los programas de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

En los contratos públicos, más allá del actual sistema de preferencia en favor de las empresas que cumplan con la cuota de reserva, sería razonable pasar a un sistema de exigencia, estableciendo el cumplimiento de la LGDPCD como requisito *sine qua non* para la adjudicación de contratos administrativos.

— *Intermediación laboral*

El sistema del registro específico en los servicios públicos de empleo muestra resultados muy escasos. La práctica sitúa en primer plano a entidades de la economía social: asociaciones y fundaciones del ámbito de la discapacidad. Los poderes públicos deberían arbitrar fórmulas de apoyo y colaboración con esa función social de fundaciones y asociaciones.

— *Formación-empleabilidad-cualificación*

En general, el nivel formativo de las personas con discapacidad es notablemente inferior al de la población general. Ello perjudica su empleabilidad y, con respecto a los que logran trabajar, supone su inserción en empleos de baja cualificación.

En la línea de la estrategia europea de aprendizaje permanente, vinculando formación inicial (ámbito educativo), con formación ocupacional (personas desempleadas), y formación continua (personas empleadas), debería diseñarse una estrategia formativa integral para las personas con discapacidad, así como incrementar los recursos para paliar su actual déficit formativo.

— *Incentivos económicos*

Los actuales incentivos económicos para la contratación, adaptación de puestos de trabajo, y empleo con apoyo, pueden ser eficaces para incrementar el empleo de las personas con discapacidad.

Como complemento indispensable a los incentivos económicos, los poderes públicos deben implementar una estrategia de información y sensibilización, en la línea apuntada en la primera recomendación, para lograr que las empresas de economía social las conozcan, y puedan cumplir su objetivo de fomento de la contratación.

Conviene evaluar periódicamente la incidencia de esas medidas, para procurar una reasignación eficiente de los recursos públicos en este terreno.

## V. Bibliografía

- AA.VV., *Estudio sobre perspectivas del mundo empresarial respecto a la contratación de personas con discapacidad*, Fundación ONCE, 2007.
- AA.VV., *Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012*.
- AA.VV., *Plan de acción 2009-2010. Estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012*.
- AA.VV., *La inserción laboral de las personas con discapacidad*, Fundación ONCE, 2009.
- ANTEQUINO EDO, I., «Aspectos laborales y de protección social incluidos en la nueva ley general de derechos de las personas con discapacidad», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 36, 2014.
- BAREATEJEIRO, J. (dir.), MONZÓN CAMPOS, J.L., AA.VV. *Economía social e inserción laboral de las personas con discapacidad en el País Vasco*, Fundación BBVA, 2008.
- CARDENAL CARRO, M./ HIERRO HIERRO, J., «Nuevos caminos hacia la integración sociolaboral y la igualdad y no discriminación en el empleo de las personas con discapacidad: estrategia global de acción para el empleo de personas con discapacidad 2008-2012», *Aranzadi Social*, 17, 2008.
- CORDERO GORDILLO, V., «El fomento del empleo de las personas con discapacidad por las Comunidades Autónomas», in, AA.VV., *Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías: XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Tirant lo Blanch, 2011.
- ESTEBAN LEGARRETA, R., *La aplicación del derecho del trabajo en los centros especiales de empleo*, Tirant Lo Blanch, 2009.
- ESTEBAN LEGARRETA, R., «La estrategia global de empleo de las personas con discapacidad. Un balance crítico tras su finalización», *Revista de derecho social*, 61, 2013.
- GAZTELU SAN PÍO, C., «Acción positiva, acceso y ajustes razonables para personas con discapacidad en el entorno laboral», in, Esperanza Alvarez Ramírez, G.E (coord.), *2003-2012, 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España: estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna*, Cinca, 2013.
- MARTÍNEZ-SAGARRA GONZÁLEZ, J., «Economía social e integración laboral de personas con discapacidad», in, Fernández Arufe, J.E. (coord.), *Estudios de economía social*, Universidad de Valladolid, 2010.
- MENÉNDEZ CALVO, R., «Integración laboral de las personas con discapacidad: modelo legal tras la reforma de 2012», *Anuario de la Facultad de Derecho-Universidad de Alcalá*, 5, 2012.
- MONEREO ATIENZA, C., «Breves reflexiones sobre el concepto de discapacidad», *Tribuna Social*, 223, 2009.
- MONEREO ATIENZA, C., «Sobre el tratamiento jurídico de la discapacidad», *Tribuna Social*, 224-225, 2009.
- PÉREZ PÉREZ, J., «La cuota de reserva en favor de los trabajadores con discapacidad: Una visión crítica de la regulación de las medidas alternativas a su cumplimiento», *Aranzadi Social*, Vol. 5, N.º 4, 2012.
- QUIRÓS HIDALGO, J.G., «La cuota de reserva a favor de las personas con discapacidad en el empleo público: análisis de la regulación estatal y autonómica», *Estudios Financieros-Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 324, 2010.
- RODRÍGUEZ ALVAREZ V., «Las políticas de empleo orientadas a personas con discapacidad: ¿evolución o retroceso?», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 101, 2012.
- RODRÍGUEZ CABERO, G./ GARCÍA SERRANO, C./ TOHARIA, L., *Evaluación de las políticas de empleo para personas con discapacidad y formulación y coste económico de nuevas propuestas de integración laboral*, Cinca, 2009.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., «La promoción de los cupos de reserva a favor de las personas con discapacidad en el nuevo contexto normativo sobre empleo público», *Aranzadi Social*, Vol. 3, N.º 4, 2010.

- RUBIO DE MEDINA, M.<sup>a</sup> D., «La anticipación de la jubilación de los trabajadores con discapacidad igual o superior al 45%», *Información Laboral*, 5, 2010.
- RUIZ CASTILLO, M.<sup>a</sup> M., *Igualdad y no discriminación. La proyección sobre el tratamiento laboral de la discapacidad*, Bomarzo, 2010.
- TUSET DEL PINO, P., «La definición legal de persona con discapacidad y su proyección en el ámbito de las relaciones laborales», *Información Laboral*, 15, 2008.
- TUSET DEL PINO, P., *Trabajadores con Discapacidad. La Prestación de Servicios de Ajustes Personales y Sociales*, ed. Difusión jurídica y temas de actualidad, Madrid, 2010.

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.



**LABURPENA:** Merkatuak ez du errukirik ahulenekin, eta lanaren merkatuak ere ez. Desgaitasunen bat duten pertsonen kasuan, lehenbizi haien kontzeptu tekniko juridikoa profilatu, eta ondoren haien enpleguaren arazoari ekin diogu. Gizarte Estatuak ahaleginak egiten ditu abiapuntutik duten desabantaila hein batean konpentsatzen, merkatu arruntean txertatzea sustatuz, eta baita babestuan ere. Beren balioei jarraituz, gizarte-ekonomiako enpresek egiten diete ongietorrikerik beroena desgaitasunen bat duten pertsoneri, hain zuzen ere enplegu-zentro berezietan. Lanaren amaieran ondorioak eta gomendioak datoz, gogoeta teorikoetan eta sektoreko eragileei egindako elkarrizketetan oinarrituta.

**HITZ GAKOAK:** Desgaitasunen bat duen pertsona. Enplegu-zentro berezia. Gizarte-ekonomia. Merkatu babestua. Ekintza positiboa.

**RESUMEN:** El mercado, también el de trabajo, es implacable con los más débiles. En el caso de las personas con discapacidad, hemos comenzado por perfilar su concepto técnico jurídico, para centrarnos seguidamente en la cuestión de su empleo. El Estado Social procura compensar, al menos en parte, su desigualdad de partida, fomentando su inserción en el mercado ordinario, y también en el protegido. Las empresas de economía social, por los valores que atesoran, suelen ser el ámbito más acogedor para las personas con discapacidad, señaladamente, en el caso de los centros especiales de empleo. El trabajo culmina con conclusiones y recomendaciones, a partir de reflexiones teóricas y entrevistas a agentes del sector.

**PALABRAS CLAVE:** Persona con discapacidad. Centro especial de empleo. Economía social. Mercado protegido. Acción positiva.

**ABSTRACT:** The market, also labour market is relentless with weakest. In the case of the disabled people, we have started to outline their legal technical concept so as to focus on the issue of their employment. The Social State tries to compensate at least partially their inequality as starting point promoting their integration into the ordinary market, and also into the protected one. Firms of social economy, because of the values that possess are the most friendly ambit for disabled people clearly in the case of special centers of employment. This work finishes with conclusions and recommendations from theoretical reflections and interviews with agents of the sector.

**KEYWORDS:** Disabled person. Special center of employment. Social economy. Protected market. Positive action.



# Territorios, Soberanía Compartida y Sostenibilidad: Escocia y Euskadi en Europa

Joxerramon Bengoetxea Caballero

**Sumario:** I. Introducción.—II. La red nrg4SD.—III. Los grandes debates ideológicos en la red nrg4SD: sostenibilidad contra ecologismo.—IV. Los grandes debates ideológicos en la red nrg4SD: para-diplomacia regional de la sostenibilidad.—V. Las opciones de una región autónoma constitucional en la UE.—VI. Regiones constitucionales autónomas con vocación nacional: «El Derecho a decidir».—VII. La democracia, el estado de derecho y la crisis económica: el dilema de Copenhague.—VIII. La ampliación interna en la ue: el dilema de Edimburgo.—IX. Claves para la superación del escenario actual *oppure* federalismo europeo, soberanía compartida e innovación institucional.—X. Cambio de paradigma en la Legitimidad Europea (y Española)

## I. Introducción

El interés de Demetrio Loperena por el medio ambiente, el territorio y la sostenibilidad combinaba una dimensión teórica con otra práctica, y tras ambas visiones una visión filosófica más amplia que aportaba proyección política. Quizás la trayectoria arrancó con un interés de acción práctica, cercano al activismo y evolucionó hacia una reflexión más filosófica sobre cuestiones ambientales. A todos sus interesantes escritos y su impulso académico del derecho ambiental se añade su labor impulsando la Corte de Arbitraje Ambiental, o acudiendo a las cumbres del planeta (Rio de Janeiro, Johannesburgo) o a la ONU, acompañando a delegaciones vascas por ejemplo.

Quiero comenzar esta contribución comentando otra de las aportaciones prácticas de Demetrio a la agenda ambiental. Se trata de la agenda internacional o interregional del desarrollo sostenible. A pesar de ser compañeros de departamento y compartir un interés teórico en el derecho ambiental y por las cuestiones territoriales, mi relación profesional con Demetrio, en lo relativo al medio ambiente, se desarrolló precisamente en el ámbito práctico, sobre todo a través de nrg4SD, la red de gobiernos regionales por el desarrollo sostenible, impulsada en Gauteng, Sudáfrica. Se trata de una organización internacional o interregional sin ánimo de lucro que representa a gobiernos de nivel infra-estatal de todo el mundo que a día de hoy cuenta con 50 asociados de 30 países distintos y 7 asociaciones de regiones.

Demetrio Loperena participó en la cumbre mundial de Rio de Janeiro en 1992 y diez años más tarde en la cumbre mundial sobre desarrollo sostenible Rio+10 celebrada en Johannesburgo, Sudáfrica, en la provincia de Gauteng, que dio nombre a la declaración

que impulsó la creación de la red nrg4SD. Demetrio fue uno de los impulsores de dicha declaración y dicha red, junto con la consultora Stakeholder Forum, facilitadora en los inicios. A dicha cumbre asistió igualmente el consejero de Medio Ambiente y Política Territorial del Gobierno Vasco, el amigo Sabin Intxaurre, que nos dejó en 2010.

Juntos, Intxaurre desde el gobierno vasco y Loperena desde la academia y sus contactos con ONGs impulsaron la Agenda 21 o la declaración del milenio a nivel interregional, ambos compartían esa fe en el desarrollo sostenible y en la necesidad de abrir los horizontes mentales y compartir proyectos con el Sur. El tándem formado por Demetrio y Sabin fue decisivo para la creación de la red, y el impulso vasco a la misma, a la que pronto se añadirían nuevos gobiernos infra-estatales y la prestigiosa y más rodada red CRPM (Conferencia de regiones periféricas y marítimas). La declaración de Gauteng la firmaron 23 gobiernos regionales de los cinco continentes y 4 asociaciones de regiones.

## II. La red nrg4SD

La red promueve el desarrollo sostenible a nivel de gobiernos o ejecutivos de tipo regional o federados con competencias en materia de medio ambiente y pretende ser la voz y la representación de ese nivel ejecutivo inmediatamente inferior al estatal, central, «nacional» o federal en todas las cuestiones relativas al desarrollo sostenible, habitualmente ubicadas en departamentos o ministerios de medio ambiente, transportes, ordenación territorial y paisaje, desarrollo rural, turismo, energía, bosques, etc. Para ello está acreditada ante distintas entidades de la ONU como el programa ambiental UNEP/PNUMA, la UNFCCC o convenio marco sobre cambio climático y la CBD o convenio sobre biodiversidad. Al contar con un secretariado permanente en Bruselas, la red también puede trabajar estrechamente con las instituciones de la UE.

La red se apoya en una serie de grupos de trabajo cuyas actividades contribuyen a posicionar a la red y a sus miembros en las iniciativas internacionales y a identificar proyectos o propuestas de cooperación interregional y oportunidades de partenariado con todo tipo de actores: administraciones a todos los niveles, empresas, ONGs, centros universitarios y de investigación, think-tanks.

Con el fin de afianzar su estructura, organización y sus metas, la red nrg4SD convocó en 2008 un concurso público para la elaboración de un plan estratégico. Tuve la ocasión de formar un equipo de trabajo para presentar una candidatura a dicho concurso, que afortunadamente fue seleccionado. Para ello conté con Demetrio como miembro de dicho equipo, junto con otros colegas como Xabier Ezeizabarrena u Homero Bibiloni, de Argentina. Tuve la ocasión de compartir con Demetrio varias horas de trabajo, salpicadas siempre de visión inspirada y buen humor.

## III. Los grandes debates ideológicos en la red nrg4SD: sostenibilidad contra ecologismo

Algunos de los grandes debates de corte teórico e ideológico que suscitaban las políticas y los objetivos de la red y de las reuniones paralelas de académicos entre los que alguna vez participó Demetrio —Donostia marzo 2003— tenían que ver con la fi-

lososofía ambientalista, otros con la dimensión infra-estatal y su inserción en el panorama político europeo e internacional.

Las primeras cuestiones nos llevan al debate entre medio ambiente y desarrollo sostenible. El desarrollo sostenible integra objetivos económicos, sociales y ambientales para lograr las mejores condiciones posibles para el desarrollo *humano*(1) en la actualidad y en el futuro. Se propone crear sociedades más justas y prósperas así como acrecentar las oportunidades de empleo y coadyuvar a satisfacer las necesidades humanas básicas de todas las personas: alimentos, agua, cobijo, energía, educación, asistencia sanitaria, pero al mismo tiempo protegiendo el ambiente físico y los recursos naturales. Ello se logra mediante soluciones innovadoras tanto en el plano técnico como la captura de emisiones, como en el plano social o institucional. En este sentido un aspecto muy importante e innovador del desarrollo sostenible es el de la gobernanza democrática participativa.

Pero el problema es que esta idea del desarrollo sostenible puede llevar a la necesidad de buscar equilibrios o compromisos donde la protección del medio ambiente se vea sistemáticamente relegada a un segundo plano para conseguir el desarrollo económico necesario para asegurar mayores cotas de bienestar social mediante la redistribución de la riqueza generada. Aparecen las estrategias de conservacionismo, mitigación, compensación o los mercados de las emisiones de CO<sub>2</sub> en aplicación del protocolo de Kioto.

Las formas de medir la riqueza de los países normalmente se fijan en indicadores y estadísticas que toman el crecimiento del PIB como único referente, a lo sumo lo relacionan con su distribución per cápita. Esto ha sido criticado progresivamente por ambientalistas y defensores de la sostenibilidad que han propuesto mediciones alternativas —piénsese en la huella ecológica como alternativa de medición de las economías nacionales— pero no ha sido hasta que han emergido teorías que propugnan directamente el de-crecimiento o el crecimiento cero que se ha puesto en evidencia el contraste entre desarrollo sostenible y ecologismo. Piénsese en la cuestión nuclear: desde la perspectiva de la lucha contra el cambio climático hay sectores identificados con la sostenibilidad que la propugnan por su escasa emisión de CO<sub>2</sub>, pero minimizando sus costes reales en términos de inversión y durabilidad, sus riesgos de accidentes, escapes y radiaciones, obviando la cuestión de los residuos radiactivos y silenciando su altísimo consumo de agua.

#### **IV. Los grandes debates ideológicos en la red nrg4SD: para-diplomacia regional de la sostenibilidad**

Las segundas cuestiones nos recuerdan la importancia de la para-diplomacia regional en las relaciones internacionales, y una nueva forma de gobernanza multi-nivel y nos ponen sobre el tapete el dilema práctico al que se enfrentan las regiones o entidades infra-estatales que podríamos llamar «regiones constitucionales autónomas» (2)

---

(1) Por este motivo a veces se califica de desarrollo humano sostenible, calificación en la que viene insistiendo el Lehendakari Juan Jose Ibarretxe desde su tesis doctoral.

(2) Estas cuestiones sobre una teoría de las regiones constitucionales autónomas las he abordado en diversas publicaciones como: Joxerramon Bengoetxea, «Autonomous Constitutional Regions in a federal Europe»

y que comprenden tanto aquellas que han encontrado un acomodo en un sistema plurinacional o en uno federal sea simétrico o asimétrico y aquellas con vocación «nacional» de convertirse en Estados soberanos interdependientes.

El dilema es si su esfera de influencia y su poder real a la hora de llevar adelante políticas como el desarrollo sostenible, la promoción económica, la educación o la protección social se logran mejor dentro de un Estado plurinacional o federal con un reparto de competencias adecuado o si se logra más eficazmente mediante la independencia.

## V. Las opciones de una región autónoma constitucional en la UE

Supongamos que una región europea con competencias en las materias antes mencionadas que habitualmente entran en las políticas de desarrollo sostenible y con recursos suficientes para desarrollar adecuadamente estas políticas se plantea maximizar la eficacia de sus actuaciones y hacer valer su agenda de sostenibilidad a escala de la UE. Una de las preguntas que esta «región constitucional autónoma» se puede plantear es si puede razonablemente diseñar, decidir y ejecutar sus políticas y defender sus intereses y su agenda de sostenibilidad mediante su participación en un Estado Miembro dentro de la UE o si estas oportunidades son realmente limitadas.

Podríamos comparar dos regiones constitucionales autónomas como Flandes y Regione Toscana, ambas con importantes competencias en políticas de desarrollo sostenible, pero en el primer caso tenemos una región con vocación de nación insertada en un estado federal con rasgos de consociacionismo (Arend Lijphart) y con un enorme poder de influencia dentro de la UE mientras que en el segundo tenemos una región sin vocación de nación dentro de un Estado nacional regional que para formar su posición ante las instituciones de la UE no necesariamente ha venido teniendo en cuenta la postura de sus regiones. Flandes, a través de Bélgica, tiene un poder decisorio real dentro de la UE comparablemente superior al de Toscana, a través de Italia. Ello no implica que Toscana vaya a desarrollar ninguna vocación nacional o de incremento de su nivel de autogobierno ni que Flandes pueda considerar colmadas sus aspiraciones de autogobierno, en materias relacionadas con el desarrollo sostenible o en otros ámbitos competenciales.

Otra región constitucional autónoma, Escocia, en cambio acaba de vivir un proceso interesante de cuestionamiento de su «estatus» a través de un referéndum sobre su independencia cuya participación ciudadana ha alcanzado un 87% del censo registrado para votar y que se acaba de saldar este jueves 18 de Septiembre de 2014 con un resultado de un 45% del electorado favorable a la independencia y una mayo-

---

in Elke Cloots, Geert de Baere and Stefan Sottiaux (eds) *Federalism in the European Union*, Hart Publishing, Oxford 2012; David Edward and Joxerramon Bengoetxea «The Status and Rights of Sub-state Entities in the Constitutional Order of the European Union» in Anthony Arnall, Catherine Barnard, Michael Dougan and Eleanor Spaventa (eds) *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Hart, Oxford 2011; Joxerramon Bengoetxea, «Nation-States vs. Nation-Regions in the Post-Sovereign European Polity» in Agustin Jose Menendez and John Erik Fossum (eds) *Law and Democracy in Neil McCormick's Legal and Political Theory; The Post-Sovereign Constellation*; Springer, Dordrecht, Heidelberg, London and New York, 2011, Chapter 12, 245-26; Joxerramon Bengoetxea, «Status berezia Konstituzio-Eskualde Autonomoentzako (KEA) Europar Batasunean (EB)» 2011ko *Eleria* 21, or 97-107, y Joxerramon Bengoetxea: «Las Regiones Constitucionales Autónomas. Un Estatus Especial en la Unión Europea» in *Iura Vasconiae* 7/2010, 479-507

ría clara del 55% contraria a la independencia y favorable a la permanencia en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

Sobre estas cuestiones versará mi aportación a este libro en memoria de nuestro amigo Demetrio, en mi caso centrándome más en la opción de la independencia en la UE, o en los impactos de la secesión sobre la UE.

## **VI. Regiones constitucionales autónomas con vocación nacional: «El derecho a decidir»**

Escocia y Cataluña están en la actualidad política y constitucional europea desde hace varios meses. Se trata de dos procesos inspirados por la autodeterminación y el elástico «derecho a decidir». No se tratarán estas cuestiones aquí desde sus vertientes técnicas, aunque sí conviene analizar ciertos instrumentos jurídicos y políticos que abordan la cuestión escocesa y catalana. Primero analizaremos el concepto de democracia que fundamenta a la Unión Europea y su modulación según las circunstancias y las crisis a las que se va enfrentando. Luego nos centraremos en el concepto de soberanía y federalismo. En su último libro *La paradoja de la globalización*, (Barcelona, 2011) Dani Rodrik habla del «trilema político de la economía mundial» entre el Estado nación, la democracia y la hiperglobalización, resultando imposible mantener simultáneamente (1) los beneficios de la globalización en cuanto a apertura e integración económica, (2) la convivencia en democracia y (3) el Estado-nación como espacio de soberanía y locus de la política. Este «trilema» haría necesario repensar los niveles de gobernanza, desde lo local a lo global, en los que se ejerce la política —posdemocracia y regulación— así como las escalas en las que operan el mercado y la economía. El Estado-nación, cuestionado desde los enfoques que estudian estos niveles y escalas de gobernanza y de mercado, re-emerge como proyecto político en las reivindicaciones soberanistas catalanas y escocesas y en los discursos que pretenden negarlas.

## **VII. La democracia, el estado de derecho y la crisis económica: el dilema de Copenhague**

El 11 de setiembre de 2012, once años después de que cambiara la geopolítica y geo-estrategia mundial con el atentado a las torres gemelas, Viviane Reding, Comisaria de Justicia, Derechos Fundamentales y Ciudadanía y vicepresidenta de la Comisión (2009-2014), conocida por sus notorias intervenciones(3), habló ante el Parlamento Europeo del «dilema de Copenhague», relacionándolo con la condicionalidad.

El dilema no se refería a la odisea de López de Uralde, ex director de Greenpeace España, cuando se infiltró en la cumbre mundial del cambio climático de 2009, haciéndose pasar por «jefe de estado de la madre tierra», exhibiendo la pancarta «*politicians talk, leaders act*» para denunciar el fracaso de la cumbre.

---

(3) Como sus amenazas de incoar procedimiento de incumplimiento contra Francia por la expulsión de ciudadanos de la Unión de etnia Roma, o su discurso en la Universidad de Cambridge, a favor de unos Estados Unidos de Europa para la eurozona, o las declaraciones que luego comentaremos.

El dilema de Copenhague hace referencia a la necesidad de que los países candidatos a la UE deban cumplir, además del acervo comunitario y la economía de mercado, una serie de requisitos constitucionales sobre el respeto a los derechos humanos, el estado de derecho (e independencia judicial) y la democracia; sobre el respeto a, y la protección de, las minorías como *condición* para ver reconocido su status de estados candidatos a la adhesión (de ahí la condicionalidad). Los requisitos sobre el estado de derecho se toman, aparentemente (4), en serio en las negociaciones con la Comisión de cara a la adhesión pero luego se olvidan una vez adquirido el status de EM: dejan de controlarse, como si por el mero hecho de ser miembros de la UE su cumplimiento estuviese automáticamente garantizado. No existen mecanismos de monitorización sobre el continuado cumplimiento de las condiciones por los EM. Ello se da por supuesto.

Además de la necesaria asunción del acervo comunitario y de la economía de mercado, las condiciones «políticas» vienen a coincidir sustancialmente con los valores que el Tratado de la Unión Europea (TUE) proclama en su artículo 2, los principios sobre los que se funda la Unión: «respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías... en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres». El artículo 7 del TUE sí prevé un mecanismo, que no ha sido utilizado desde su entrada en vigor, para el caso en que el *Consejo* constate la existencia de un riesgo claro de violación grave por parte de un EM de estos valores (5).

La protesta, y consiguiente propuesta, de Reding consiste en mantener el control del cumplimiento constante de las condiciones para los EM. De sobra conocidos son los problemas de deterioro del estado de derecho, de la independencia judicial y de la calidad democrática en Estados como Hungría, Rumanía, Bulgaria, que no serán los únicos. ¿Podría desarrollarse un nuevo control dentro de la UE, será posible alguna vez activar el artículo 7 o bastan los mecanismos previstos en el Consejo de Europa como el Convenio Europeo de Derechos Humano o la Comisión de Venecia?

Este tipo de condicionalidad permanente que Reding quiere para la «constitución política» es precisamente lo que se ha asegurado con la «constitución económica» (6). Para entrar en el euro los Estados Miembros debían cumplir una serie de condiciones estipuladas en el Tratado de la CE, relativas al porcentaje de deuda pública (60% del PIB) y déficit público (3% del PIB). Pero curiosamente todos los EM que quisieron, superaron el examen de acceso en un «juego» donde algunos falsearon los datos macroeconómicos y otros, junto con las instituciones europeas, rebajaron las exigencias.

---

(4) Sólo aparentemente, pues en realidad la seriedad con la que la Comisión realiza el control presenta numerosas carencias, como destaca Dimitry Kochenov, «Overestimating Conditionality», *University of Groningen Faculty of Law Research Paper Series* 3/2004, SSRN <http://ssrn.com/abstract=2374924>

(5) En cuyo caso el *Consejo* oír a dicho EM. Si el *Consejo Europeo* constata, tras oír a dicho estado, una violación grave y persistente, el *Consejo* podrá decidir, por mayoría cualificada, que se suspendan determinados derechos derivados de la aplicación de los Tratados al EM de que se trate, incluidos los derechos de voto ... en el *Consejo*.

(6) La idea de las diversas «constituciones» de Europa, económica, política, jurídica, securitaria, ... se la tomo prestada a Kaarlo Tuori. Tuori and Sankari (eds) *The Many Constitutions of Europe*, Ashgate, Aldershot 2010



Francia —por su cultura política— y Alemania —que había hecho enormes esfuerzos de austeridad tras decidir la paridad del marco en la antigua DDR— habían incurrido en déficits excesivos en 2002 pero ello no tuvo consecuencias.

Cuando estalló la crisis financiera en Europa, en 2008-09 la disciplina prevista por el Tratado de Lisboa parecía meramente ortopédica. Los EM agravaron su deuda y su déficit inyectando sobre los bancos enormes influjos financieros procedentes de los contribuyentes, para pasar acto seguido a una austeridad radical pretendiendo disipar las «dudas» de los «mercados». Se acabaron las medidas de estímulo y la «gobernanza económica» comenzó a diseñarse con la crisis. La condicionalidad se hizo realidad, traducida en la EU en el pacto fiscal y el SME, el semestre europeo, y en España con la reforma del artículo 135 de la Constitución. Algunos hablan de «austericidio» para caracterizar esta tesitura, aunque el neologismo resulte infeliz pues parece apuntar a la eliminación de los «austeros».

La idea de Reding es tomarse igual de en serio el respeto de los valores proclamados en el artículo 2 del TUE y para ello introducir en el Semestre europeo un capítulo sobre los sistemas judiciales de los EM (*EU justice scoreboard*), visto que los procedimientos por incumplimiento (artículo 258 TFUE) son demasiado lentos, que el artículo 7 TUE es una «opción atómica» —o de ultima ratio— y que los mecanismos políticos «blandos» no son eficientes.

Parece una idea interesante, digna de ser explorada. Pero podemos preguntarnos: y la Comisión, y las instituciones europeas como el Consejo o el Consejo Europeo, ¿se toman en serio ellos mismos los valores del artículo 2 del TUE? Esto nos lleva a lo que yo llamaría el «dilema de Edimburgo», relacionado con los movimientos políticos, sociales y jurídicos que se están produciendo en Escocia y en Catalunya.

## VIII. La ampliación interna en la UE: el dilema de Edimburgo

El dilema de Edimburgo consiste en inmiscuirse en los asuntos internos de los Estados Miembros y amenazar con una *expulsión* de la UE no prevista en los Tratados, perjudicando a los pueblos europeos que, posiblemente, desean seguir perteneciendo desde otro *status* jurídico, como Estado Miembro propio a la gran familia europea y que se toman en serio los valores fundacionales del artículo 2 —democracia, derechos humanos, libertad, estado de derecho, igualdad— y lesionando al mismo tiempo a millones de ciudadanos de la Unión.

El «dilema de Edimburgo» es en realidad doble: afecta al rol de la Comisión y a la propia imagen de la UE como proyecto democrático. Volvamos a citar a Viviane Reding. En una conferencia de prensa en Barcelona el 23-02-2014, instó al Gobierno español y a la Generalitat a «negociar con mentalidad abierta y sin líneas rojas» para alcanzar un acuerdo que garantice la permanencia de Cataluña «dentro de España y de una Unión Europea fuerte ... Les pido que se mantengan unidos, no en contra de la tendencia europea».

Insinuar que la creación de un Estado Catalán o Escocés integrados en la UE vaya en contra de la «tendencia europea», resulta curioso viniendo de una luxemburguesa, de un Estado-nación similar a Gipuzkoa en población y a Araba en superficie. En una entrevista a la BBC (*Andrew Marr Show*, 16-02-2014), el Presidente de la Comisión JM Duraó Barroso afirmó que un resultado positivo en el referéndum sobre la inde-

pendencia de Escocia (18-09-2014) conllevaría la salida o expulsión del nuevo Estado de la UE y la consiguiente solicitud y negociación de la adhesión, ulteriormente sometida a la necesaria ratificación por los EM existentes, algo que veía «extremadamente difícil, si no imposible», aludiendo al rechazo de España a reconocer a Kosovo(7). Sobre este tipo de declaraciones, más parecidas a las amenazas retóricas y *gaffes* diplomáticos(8) que a razonamientos dialógicos, se imponen unos comentarios.

De modo preliminar es necesario recordar que los Tratados nada dicen sobre el supuesto de la independencia de una parte de un Estado Miembro o sobre sus efectos para la UE. Se trata de una laguna jurídica, difícil de colmar en el caso de Escocia, incluso recurriendo supletoriamente al Derecho Internacional. ¿Podría pronunciarse el Tribunal de Justicia, para resolver dicha laguna por vía interpretativa o invocaría la falta de base competencial para su pronunciamiento, como ocurrió con el dictamen sobre la adhesión de la CE al CEDH (Dictamen 2/94 de 28-03-1996)? Las únicas normas que podrían acercarse al supuesto serían las contenidas en los artículos 48 y 49 del TUE, es decir, respectivamente, la revisión de los Tratados —lo más adecuado para colmar una laguna(9)— o la solicitud de adhesión por un «Estado» candidato, condicionada sólo al cumplimiento de los requisitos de Copenhague.

A la vista de esta laguna, la Comisión Barroso, que formalmente no se ha pronunciado en ninguna ocasión sobre el particular, ha dado la impresión de que la solución —la salida o expulsión de la UE— es evidente, lo cual es una falta de honestidad. Esto no es lo más grave. La Comisión suele reiterar que no está autorizada a inmiscuirse en los asuntos internos, pero sus actos (*ilocuciones*) incurren en una crasa contradicción pragmática. Su intención ha sido claramente influir en el debate amenazando con escenarios apocalípticos. No sólo se inmiscuyó en los asuntos internos, pero además Barroso y sus comisarios carecen de mandato político para intervenir en el debate al no haber sido democráticamente elegidos(10).

Por encima de esta consideración, las instituciones de la UE deben mostrar cautela, y en general así lo han hecho, al pronunciarse sobre este tema, al no ser un ámbito competencial atribuido a la UE en los Tratados (artículo 13, 2 TUE). Pero en el caso de la Comisión esto es más patente al ser la guardiana de los Tratados y tener la misión de hacer cumplir el derecho de la Unión y de defender sus intereses generales sin especular sobre hipótesis no previstas en los Tratados (artículo 17,1 del TUE). Ha-

(7) «We have seen that Spain has been opposing even the recognition of Kosovo, for instance, so it's to some extent a similar case because it's a new country and so I believe it's going to be extremely difficult, if not impossible, a new member state coming out of one of our countries getting the agreement of the others»

(8) España no ha amenazado formalmente con vetar a Escocia aunque el Presidente de Gobierno español Mariano Rajoy sí había vaticinado en declaraciones públicas que ninguno de los 28 Estados Miembros de la UE se lo pondría fácil a Escocia.

(9) Podría, por ejemplo inspirarse en el proyecto de Constitución de la Federación Europea que la Sociedad de Estudios Vascos/Eusko Ikaskuntza sometió a la consideración de la Convención sobre el Futuro de Europa, cuyo artículo 64 dispondría: «la Federación... respetará los procesos constitutivos y de revisión constitucional propios de los Estados miembros, incluso cuando conlleven un proceso de ampliación interna mediante la creación de un nuevo Estado miembro y por ende un proceso de revisión del peso específico del Estado miembro en el seno de la Federación...»

(10) Artículo 17,3 TUE Esta carencia se irá corrigiendo con las próximas elecciones al Parlamento Europeo de cuyos resultados tomará nota el Consejo Europeo a la hora de proponer candidato/a al Parlamento (art. 17,7 TUE).

blando precisamente de los intereses generales cuya defensa viene encomendada a la Comisión, ¿A quién interesa una UE sin Escocia, o sin Cataluña creando un «vacío» en el mercado único y el ordenamiento jurídico con la libre circulación de empresas, personas, servicios, mercancías, o en la eurozona, privando de su condición a millones de ciudadanos y ciudadanas de la Unión, eliminando programas como ERASMUS, etc.? No puede ser en interés de nadie, ni de Escocia o Cataluña, ni de España o del «resto del Reino Unido», ni de los restantes EM, ni de la UE. El principio de «continuidad de los efectos» de la pertenencia a la UE sería mucho más acertado para gobernar el lapso de tiempo hasta la incorporación formal de un hipotético nuevo Estado escocés. Barroso y su Comisión faltarían a su rol institucional de defender los intereses generales si propusieran crear un tal vacío en la UE.

Para mayor abundamiento, recordemos que el TUE en su artículo 4,2 (primera frase) impone a la Unión respetar la identidad nacional de los EM, inherente a sus estructuras fundamentales políticas y constitucionales, también en lo referente a la autonomía local y regional. En el caso escocés se trata del respeto a la «constitución» flexible del Reino Unido que ha llevado a un proceso negociado de autodeterminación/referéndum para Escocia mediante el *Edinburgh Agreement* (15-10-2012). Los valores sobre los que se funda la UE y que han inspirado desde el inicio la integración europea evocan un discurso ilustrado de democracia, libertad, paz, cooperación, solidaridad, y una «unión cada vez más estrecha entre *los pueblos de Europa* en la cual las decisiones serán tomadas de la forma más abierta y *próxima a los ciudadanos* que sea posible» (art. 1, párrafo 2 TUE). Sin entrar a discutir la relevancia de los principios de subsidiariedad, identidad regional e incluso integridad territorial, sugerir que un proceso como el escocés, constitucional, democrático y consensuado dentro de un Estado Miembro como el Reino Unido(11) deba llevar a una expulsión o salida de la Unión supone dinamitar uno de los valores sobre los que ésta se asienta: la democracia.

## **IX. Claves para la superación del escenario actual *oppure* federalismo europeo, soberanía compartida e innovación institucional**

El proyecto europeo se contempla de forma muy distinta en los distintos «pueblos» europeos, cada uno con su cultura política propia, con sus instituciones jurídicas propias y con su memoria colectiva particular. No podemos ni debemos presuponer que nuestra forma particular de pensar, desear y soñar Europa desde Euskadi por ejemplo sea compartida por otros pueblos, desde Navarra sin ir más lejos, ni siquiera por otras naciones sin estado propio como Escocia, aunque pensemos, con mayor o menor razón, que muchos son quienes las comparten en nuestros lares.

Esta relativización del proyecto europeo implica al menos dos consecuencias prácticas: 1. a la hora de realizar diagnósticos y prognosis posiblemente encontremos divergencias importantes y 2. a la hora de realizar propuestas no necesariamente vamos a encontrar consensos ni entre las grandes familias políticas europeas ni dentro de las mismas —socialistas, comunistas, liberales, conservadores, ecologistas,

---

(11) El caso catalán es distinto, como veremos acto seguido, por el hermetismo esclerótico del constitucionalismo español.

euroescépticos, Europa de los pueblos, etc.— de forma que cuando sí se produce una visión compartida, ello resulta realmente excepcional y digno de celebración. Poner de acuerdo en torno a un proyecto de «unión cada vez más estrecha» a todos los pueblos europeos en las condiciones postmodernas o posdemocráticas actuales es el milagro europeo. En mi opinión la visión de una Federación Europea es una de esas visiones compartibles, frente a la visión de la Europa de las patrias o de los estados-nación.

Permitaseme aportar una consideración sobre el proyecto de integración europea traída de la historia reciente. Crimea obviamente está en la actualidad, aunque el protagonismo mediático se sitúa en el este, rusófono y rusófilo, de Ucrania. Quizás podamos debatir sobre la cuestión del *Anschluss* a Rusia con un referéndum de adhesión, en este caso de dudosa legitimidad y escasa credencial democrática, o sobre su legalidad tanto desde el derecho internacional como desde el derecho constitucional interno a los Estados implicados: Rusia y Ucrania. El pragmatismo y el realismo constituyen, por encima del formalismo o el dogmatismo, el paradigma de las relaciones internacionales, y seguramente en este caso también. Podríamos debatir también sobre las repercusiones de la anexión/adhesión sobre la geopolítica euroasiática —Siria, Irán, Palestina, Israel, Turquía— o sobre las relaciones de vecindad de la UE, sobre la dependencia energética de gran parte de la UE o incluso sobre la capacidad o incapacidad de la política exterior y de seguridad común PESC. Para ser aún más generalistas y abstractos podríamos extraer alguna conclusión sobre la tensión dialéctica entre la geopolítica y la economía global (sobre todo los flujos financieros, que con tanta rapidez y facilidad se movilizan sin fronteras) y ver cuál de ellas es más importante.

Pero ahora traigo Crimea a colación por una ciudad-balneario *rusa* donde hace casi 70 años se diseñó la posguerra europea, Yalta. Allí se decidieron cuestiones cruciales, como:

- la partición de Alemania y Berlín en cuatro zonas, lo que pocos años más tardes llevaría a la división de Alemania en una República Federal y otra en el bloque soviético llamada «Democrática»,
- su desmilitarización y des-nazificación, y sus reparaciones, evitando los graves errores de la primera posguerra mundial,
- sobre todo la cuestión polaca, donde se produjo una clara victoria de Stalin y Molotov por la ingenuidad o la genialidad, según cómo se mire, de FD Roosevelt,
- la participación de la URSS en la futura ONU (indirectamente, la guerra fría),
- su participación en la guerra contra Japón, que aceleró el final de 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial,
- la restitución de los gobiernos legítimos existentes antes de la guerra (salvo en Francia, cuyo gobierno fue colaboracionista)
- Francia, que no participó en la Conferencia al ser un país parcialmente ocupado por la Alemania Nazi y parcialmente «dirigido» por ésta en Vichy, recupera un papel de protagonismo internacional impulsado por Churchill, lo cual facilitaría su papel de motor de la integración europea.

Hilvanando con Churchill, éste premio Nobel de literatura y estadista pronunció un año más tarde, ya concluida la guerra, un discurso en la universidad de Zurich donde

propugnó unos «Estados Unidos de Europa», eso sí, sin el Reino Unido. El Reino Unido, con su imperio agonizante, tenía otra visión, o misión, «civilizatoria».

Cuatro años más tarde, cogiendo el guante de Churchill, el 9 de Mayo de 1950, la Declaración Schumann diseña el embrión de la actual UE con el eje franco-alemán como motor. Ello se producía con Berlín, Alemania y Europa divididas, no sólo territorialmente sino en bloques ideológicos enfrentados, en el escenario de la guerra fría y la reconstrucción impulsada por el Plan Marshall para la Europa de las democracias liberales, y se tradujo jurídicamente en la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, la CECA que nació en 1952 para un período de 50 años. Se trataba de hacer que la paz fuera no sólo indeseable sino imposible, al menos entre los Estados contratantes, compartiendo soberanía y sometiendo a una Alta Autoridad las cuestiones relativas a la producción y comercialización de los dos elementos que hasta entonces movían la industria, y las guerras: la energía que aporta el carbón y el material del acero.

Al mismo tiempo, paralelamente, en 1950, se crea el Consejo de Europa, para afianzar el modelo de democracia representativa y derechos humanos. También se lanza la OTAN. Fracasó el intento de Comunidad Política, y se fraguó la filosofía de los pequeños pasos. Para quienes no compartían esta visión dinámica y teleológica se propuso la alternativa de una organización sólo de libre cambio, sin los *spill-overs*, la EFTA, que en la actualidad agrupa a Islandia, Liechtenstein y Noruega. Queda claro que Europa, los líderes europeístas, estaban experimentando e innovando con instituciones y organizaciones intergubernamentales o incluso supranacionales. Esta idea me parece esencial: ante la inmensidad de la crisis se produjo un intenso proceso de innovación institucional.

De la CECA a la CEE se va consolidando un modelo europeo de «economía de mercado» y libre competencia. Pero el proyecto pretende además una integración o «unión cada vez más estrecha entre los pueblos de Europa», frase que aparece no sólo en el preámbulo del Tratado de la UE, sino en su artículo primero. De la zona de libre cambio a la unión aduanera, a la libre circulación y el mercado interior, a la armonización fiscal a la unión monetaria, a la gobernanza económica, a la ciudadanía europea, ... Se comienza a diseñar el esbozo de la federación europea: supranacionalidad, primacía, efecto directo, funcionalismo, *spill-over*, etc. y a teorizarlo. La integración europea se articula con el *rule of law*. Todo esto es hoy parte de nuestro acervo. Como hemos explicado en la parte primera, se espera de todos los estados candidatos que cumplan y respeten este acervo, y se presupone, equivocadamente, que de hecho los Estados que ya forman parte de la UE, lo respetan, como hemos visto respecto del dilema de Copenhague.

## X. Cambio de paradigma en la Legitimidad Europea (y Española)

Al principio era un proyecto económico, técnico, casi de tecnócratas, *para el pueblo pero sin el pueblo*: no se contemplaba la necesidad de aportarle mayor legitimidad, o quizás bastaba con la legitimidad de los resultados, *output legitimacy*. Pero pronto se abrió a otras dimensiones políticas, cívicas, y en la actualidad son escasos los ámbitos no afectados por la UE y buscó una legitimidad democrática (*input legitimacy*) que paliara los déficit constitucionales de ese diseño inicial tecnocrático. En este momento, en mi opinión la legitimidad proviene primordialmente del derecho, de

la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión y pronto se añadirá a esta la futura adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque reconozco que esta vía de legitimidad es formal y que se necesitan otras vías adicionales de legitimidad del diseño (*input*) como la participación, la iniciativa ciudadana popular, la elección directa de sus líderes, etc. o de legitimidad a través del resultado, haciendo realidad que la economía de mercado sea también social, buscando la solidaridad de hecho en materia de redistribución fiscal y transferencias de renta, cohesión económica, social y territorial, mutualización de la deuda, solidaridad hacia los pueblos más necesitados, etc. Sobre todo esta nueva forma de gobernanza participativa (*input*) puede contribuir con una agenda de la sostenibilidad, el ecologismo y la solidaridad (*output*).

Durante todos los años de la experimentación e innovación institucional España, como régimen dictatorial y totalitario, quedaba fuera de estos proyectos, y seguiría fuera salvo que recuperase la democracia perdida con la Segunda República, que modernizase su economía y se adaptase al acervo comunitario. De ahí la importancia de la «transición», que algunos interpretan desde esquemas finalistas como la necesaria modernización de un régimen dictatorial para que esa «España eterna» recuperara su prestigio mundial. España se adhirió cuando el Acta Única Europea, futuro embrión de la UE, se había ya adoptado, y participó en la Conferencia Intergubernamental (CIG) que engendró el Tratado de Maastricht (UE) aportando dos ideas importantes: la dimensión política de la ciudadanía de la Unión y la dimensión de cohesión territorial para toda la UE. Las restantes dictaduras europeas, Portugal, Grecia, hicieron lo propio y muchas de ellas, Polonia, Hungría, la ex-Checoslovaquia, Eslovenia, Rumanía, Bulgaria y las tres repúblicas bálticas se liberaron del yugo soviético o eslavo y se integraron cuando el fracasado Tratado constitucional fue propuesto por la innovadora Convención para el Futuro de Europa y adoptado por la CIG de la Europa de los 15.

Escollos y escenarios a superar han habido muchísimos y Europa ha ido construyéndose, innovando y experimentando a golpe de crisis, locales y globales: guerra fría, Cuba y los misiles, Korea, Vietnam, golpes de estado, Chile y guerra *suCIA* en latino-américa, crisis del petróleo, conflicto de oriente medio y cuestión palestina, política de silla vacía y anquilosamiento del Consejo, descolonización (Argelia), terrorismos internos (IRA, RFA, Brigatte Rose, ETA, ...), caída del muro de Berlín, liberación de Europa del este y reunificación de Alemania, desarticulación de la Unión Soviética y de Yugoslavia, guerra de Irak, guerra en los Balcanes, crisis económica e intervención por el FMI en varios países asiáticos y latinoamericanos, crisis de las *dot.com*, atentado de las torres gemelas, Afganistán, Irak, y la reciente crisis financiera de las *sub-prime* en USA y luego en Europa, rescates de Estados miembros o de sus sistemas bancarios... Quedan muchísimas más en el tintero. Siempre ha habido escenarios a superar, crisis a superar.

No ha sido nada fácil buscar respuestas a la vez pragmáticas y coherentes con los Tratados, ni con 6, ni con 9, ni con 10, ni con 12, ni con 15 Estados Miembros, no digamos ya con 25, 27 y ahora 28. Los mecanismos de adopción de decisiones se han refinado y han aportado mayor intervención parlamentaria, pero esencialmente el método comunitario persiste y dificulta los avances, como lo había hecho hasta ahora la necesaria ratificación de los Tratados por todos los Estados miembros. La cuestión es si las crisis se siguen resolviendo con «parcheos» institucionales desde las cesiones

parciales de soberanía a regañadientes, o desde las geometrías variables y múltiples velocidades o si se comparte una visión constitucional, basada en un *demos* múltiple, plural y diverso y en una solidaridad y lealtad mutuas dando el salto cualitativo a la Federación Europea.

El Proyecto de Integración Europea ha afrontado estas crisis con una voluntad de experimentar fórmulas, conscientes de la irreversibilidad del proceso, de la necesidad de una creciente integración. Ello va modificando de una forma muy importante la noción de soberanía, al menos en su acepción política, económica, como expresión del poder. El proyecto europeo implica además una cooperación de soberanías, algo que jurídicamente cuesta asimilar desde perspectivas formalistas dogmáticas de soberanía infraccionable e indisoluble. La integración europea obedece así a un *telos*, una finalidad, un componente positivo basado en cooperar, integrar, ampliar, en lograr una Unión cada vez más estrecha entre los pueblos, los *demos* de Europa, compartiendo soberanía, sacrificando cotas de soberanía para ejercerla mancomunadamente en un plano más alto. Cada uno entenderá esta expresión como quiera pero la referencia a los «pueblos» y no a los Estados hace entrever un anhelo o aspiración democrática basada en la ciudadanía política, más que en estructuras estatales concretas. Europa es en este sentido un proyecto en construcción, un sueño. No sabemos exactamente hacia dónde se dirige, ni cuando se completa o si debe culminar en algún momento histórico.

Me interesa ahora comparar las estrategias del constitucionalismo europeo<sup>(12)</sup> (proceso dinámico de integración) con el constitucionalismo español (posición de contención ante demandas de soberanía). El proyecto de integración europea contrasta señaladamente con el constitucionalismo de los Estados-nación, o de algunos de ellos como el español donde se pretende justamente lo contrario, el cierre del *demos* y la «resistencia» y contención del modelo frente a lo que desde el estado se perciben como embistes a la indisoluble soberanía nacional provenientes de la supranacionalidad o de la descentralización política. Considero que no tendrían que interpretarse como tales sino más bien como oportunidades de compartir soberanías plurales y complejas, pero algunos estados que se conciben como Estado-nación se aferran a un dogma: la soberanía nacional, la indisoluble unidad, la patria común e indivisible. Estas visiones contrastan con la voluntad de innovar y experimentar entre los *demos* europeos (o británicos). En España, no se juega con el *demos*, como nos recuerda el Tribunal Constitucional, en última instancia en su interesante sentencia de 25 de marzo de 2014 sobre la declaración de soberanía y del derecho a decidir del pueblo catalán formulada en la Resolución del *Parlament* de Catalunya, y más recientemente aún en sendos autos de admisión de los recursos interpuestos por el Gobierno del Estado sobre la consulta no referendaria el 29 de septiembre de 2014 y sobre el «proceso de participación ciudadana» el 4 de noviembre de 2014. No hay nada que innovar, sólo se debe resistir, reafirmar el *demos* definido por la Constitución en sus artículos 1 y 2.

---

(12) Como también, por cierto, del constitucionalismo británico, que muestra señales de innovación, flexibilidad y pragmatismo como se ha visto tanto en el proceso que ha llevado al referéndum de independencia de Escocia como en los cambios constitucionales que se avecinan en la integración de las cuatro naciones que conforman el Reino Unido y en un posible futuro referéndum sobre la pertenencia a la UE y las condiciones de dicha pertenencia.

El Tribunal Constitucional lo resume con cierto hermetismo: «el pueblo español es la unidad ideal de imputación del poder constituyente» y un acto de un poder sub-estatal que afirme la condición de sujeto jurídico de soberanía a una Comunidad Autónoma supone negar la soberanía nacional. No cabe un derecho unilateral de secesión, aclara el Tribunal Constitucional citando, sólo parcialmente, al Tribunal Supremo de Canadá en su sentencia *Re Secession of Québec* de 1998. Pero, en cambio, el «derecho a decidir» no es inconstitucional, pues siempre cabe la reforma estatuyente y constituyente. No es mi intención cebarme con el Tribunal Constitucional por esta sentencia. De hecho, una vez decidido que el recurso contra la Resolución del *Parlament* debía declararse admisible, lo cual sí me parece cuestionable, se detecta esta vez, en contraste con la sentencia del mismo Tribunal de 30 de Junio de 2010 sobre el *Estatut* catalán, un esfuerzo por aportar una justificación coherente con la Constitución cuyos términos literales en sus artículos 1 y 2 son, por otra parte, taxativos y de difícil acomodo con la soberanía plural. Solo un cambio de paradigma en el concepto de soberanía dentro del constitucionalismo español, incluyendo el «periférico», nos llevaría a escenarios plurales y dialógicos que facilitarían una interpretación abierta o una reforma de la Constitución. Esto, que en Cataluña y en Euskadi parecería plausible, en el resto del Estado me parece, socio-políticamente, especulativo.

Cuestionable y discutible me parece que el recurso se declarase admisible convirtiendo la «Resolución» parlamentaria de declaración de soberanía en un acto jurídico. Esta calificación podría tener el efecto de acotar el juego de la política parlamentaria frente al derecho. Derecho y Política están en tensión permanente en el constitucionalismo. Pero podría tener el efecto adicional, probablemente no buscado, de desplazar el debate político sobre el futuro de Cataluña a las fuerzas sociales y a las dinámicas políticas extraparlamentarias. Es un hecho que en Cataluña existe un movimiento masivo por la consulta, independientemente de lo que prevea la Constitución. Si este movimiento no tiene cauces parlamentarios de expresión, por carecer de la capacidad de proclamar la soberanía, siquiera en el plano simbólico, entonces el debate y la confrontación democrática se desplazan a la calle, fuera del *Parlament*. En algún foro deberá expresarse. De este modo, el intento de la abogacía del Estado de frenar el ansia soberanista del *Parlament* via Tribunal Constitucional se puede tornar en un proceso extraparlamentario que ya no podrá controlar. Paradójica consecuencia del intento de controlar la política por medio del derecho.

En todo caso, se dibuja un escenario de crisis constitucional en España, pero cabe dudar de la capacidad de la clase política española y catalana para adoptar decisiones pragmáticas, consensuadas y dialogadas *à la anglaise*, algo a lo que ha sido indirectamente conminada en esa misma sentencia por el Tribunal Constitucional, quizás en un intento bienintencionado de evitar el choque de trenes.

Otra interesante anotación sobre la sentencia es la relativa a la ausencia de votos particulares. Es una sentencia unánime. Esto es algo que tiene sus ventajas: no cabe la esperanza de que una minoría pueda dar la vuelta al tema. Con la unanimidad la sentencia parece ganar en autoridad, quizá más en *gravitas* que en *autoritas*. Además, frente a sentencias polémicas como la de 2010 sobre el *Estatut* mencionada antes, ahora la posición de bloque del Tribunal se ha suavizado. El precio de la unanimidad seguramente será la moderación, algo que en esta cuestión no es baladí. Pero de la ausencia de votos particulares no debe inducirse la existencia de un pacífico consenso sobre la cuestión. Quizá estemos ante lo que Sunstein llama *incompletely*



*theorised agreements* (13), donde se puede encontrar una solución, momentánea, a la controversia jurídica pero no una teoría general que la teorice de forma completa y satisfactoria, pues el debate es político. La tensión entre la falta de soberanía del *Parliament* y la existencia de un derecho a decidir del pueblo catalán parece obedecer a semejante estrategia argumentativa.

Vemos pues cómo los tres cuernos o elementos del trilema citado en el punto 6 —mercado o globalización, Estado-nación y democracia— se han ido articulando en Europa a través de varios casos analizados. Por un lado se refuerza la idea del Estado-nación en el plano normativo (noción jurídico-formal de la soberanía), mientras que en el plano descriptivo-interpretativo (noción política y realista de la soberanía) su centralidad queda en entredicho a favor de la globalización, de niveles y escalas geométricamente más complejas y variables desde lo local a lo global y lo informal. La configuración de Europa como «mercado» común también ha experimentado una importante implosión hacia otras esferas de la regulación y la gobernanza además de la económica. Las cuestiones pendientes sobre la democracia, empezando por la propia delimitación del *demos* o sujeto político y hasta su articulación en fórmulas y modelos operativos que se correspondan con los niveles y escalas en que funcionan los reguladores y los mercados, siguen confirmando la idoneidad de la tesis de Rodrik.

¿Podremos encontrar una síntesis? Si pudiéramos avanzar desde la política con una doble inspiración en los principios de democracia federal y de subsidiariedad, posiblemente estaríamos en condiciones de transformar nuestros conceptos de soberanía para abrazar acepciones pluralistas de soberanía compartida. Compartida entre las naciones que conforman el Estado-plurinacional que es España y que son en mi opinión la catalana, la vasca y la española, todas ellas diversas, plurales y también multinacionales, entregada a la Unión Europea y compartida con ella. Esta Unión Europea, en la utopía deseada por muchos de nosotros pasaría a conformar una Federación Europea, unos Estados Unidos de Europa, titulares también de soberanía y estatalidad internacional. El reto entonces será que estas escalas o niveles puedan ser realmente los reguladores de los mercados y de la agenda de sostenibilidad desde una filosofía ecologista que propugnaba nuestro amigo Demetrio y que operen conforme a modelos de democracia deliberativa y participativa.

Trabajo recibido el 22 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(13) Cass Sunstein, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford University Press, 1996, passim

**LABURPENA:** Garapen jasangarrirako eskualde-gobernuen sareari (nrg4SD) Loperena irakasleak egindako ekarpena gogorarazten da, hasteko. Oraindik ere planteatzen da estatuko konplexuetako eskualde autonomo askoren autogobernu osoa ala status quo arteko dilema, non eraginkortasun osoz gauzatu nahi diren bai jasangarritasun-agendak bai EBko estatu kide baten baitako eskumen-politika partekatuak. EBko estatu kide bateko nazio baten sezesioak izango lituzkeen ondorioak aztertzen dira, eta konstituzionalismoaren eskema zurrun batzuk gainditzea proposatzen da —subiranotasun formal absolutuan oinarrituak—, nekez uztartzen baitira Europako integrazio-prozesuak berezkoa duen berrikuntza eta esperimentazio konstituzional eta instituzionalarekin.

**HITZ GAKOAK:** Garapen jasangarrirako eskualde-gobernuen sarea. Jasangarritasun-politikak eta agenda. EB barruko zabalpena. Eskualde autonomoak. Europako eta Espainiako konstituzio-sistema. Erabakitze eskubidea. Rodrik-en trilema. Eskoziako burujabetza-erreferenduma.

**RESUMEN:** El texto comienza recordando la contribución del Profesor Loperena a la nrg4SD, red de gobiernos regionales para el desarrollo sostenible. Continúa planteándose el dilema entre autogobierno pleno o status quo que caracteriza a numerosas regiones constitucionales autónomas insertas en Estados complejos y que se plantean llevar adelante eficazmente sus agendas de sostenibilidad así como otras políticas en las que comparten competencias en el seno de un Estado Miembro y de la UE. La parte principal del texto aborda la cuestión de las consecuencias de una secesión de una nación respecto de un Estado Miembro de la UE y propone superar algunos de los esquemas rígidos del constitucionalismo fundado en conceptos de soberanía formal absoluta, considerándolos difícilmente compatibles con el espíritu y la cultura de innovación y experimentación constitucional e institucional que caracteriza al proceso de integración europea.

**PALABRAS CLAVE:** Red de gobiernos regionales para el desarrollo sostenible. Políticas y agenda de sostenibilidad. Ampliación interna en la UE. Regiones constitucionales autónomas. Sistema constitucional europeo y español. Derecho a decidir. Trilema de Rodrik. Referéndum de independencia de Escocia.

**ABSTRACT:** The text begins remembering the contribution of Professor Loperena to the nrg4SD, network of regional governments for sustainable development. It follows with the dilemma between full self government or status quo that characterizes many constitutional regions that are part of complex States and that think of prosecuting effectively their sustainable agendas together with other policies where competences are shared within member state and EU. The main part of the text deals with the issue of the consequences of a secession by a nation from a member state of the European Union and it proposes to overcome some of the rigid schemes of the constitutionalism founded on concepts of absolute formal sovereignty, by considering them with difficulty compatible with the spirit and culture of constitutional and institutional innovation and experimentation that characterize the process of european integration.

**KEYWORDS:** Network of regional governments for sustainable development. Policies and agenda for sustainability. Internal enlargement of the EU.

# La controvertida figura de los sistemas generales. De nuevo sobre la cuestionable equivalencia con los bienes de dominio público (1)

José Bermejo Vera

**Sumario:** I. Los elementos precursores de los «sistemas generales»: de la ciudad antigua a la revolución urbanística decimonónica.—II. La «revolución» urbanística decimonónica.—III. La legislación urbanística de la segunda mitad del siglo xx. El oscuro origen de los sistemas generales como instrumento de configuración de la ciudad.—IV. El tratamiento de los sistemas generales, o sus sucedáneos, en la primitiva legislación autonómica territorial y urbanística.—V. La interpretación jurisprudencial del concepto, función y naturaleza jurídica de los sistemas generales. Certidumbres y equívocos.—VI. El planteamiento normativo actual. Deducciones y consecuencias del régimen de los sistemas generales.—VII. Algunas consecuencias muy negativas de la equivalencia forzada entre sistemas generales y dominio público. El caso de la «Ciudad del Fútbol de Las Rozas».—VIII. Epílogo: un importante y controvertido tema jurídico en la cornisa de la hermenéutica judicial. Los Sistemas Generales, ni antes, ni ahora, deben considerarse «bienes», mientras no lo son, ni mucho menos como equivalentes al dominio público.

## I. Los elementos precursores de los «sistemas generales»: de la ciudad antigua a la revolución urbanística decimonónica

En el origen de cualquier institución, técnica o figura jurídica hay siempre un antecedente impreciso, pero necesario, o viceversa. Y un caldo de cultivo imprescindible. El urbanismo moderno, ya desde sus planteamientos decimonónicos, fue propicio para el asentamiento, y luego consolidación, de figuras jurídicas originales y sus correspondientes reglas de desarrollo. Una estructura ciudadana elemental requería muy pocas nor-

---

(1) Este trabajo inédito, ha sido expresamente elaborado para el volumen de homenaje a mi gran y querido amigo, respetado colega y compañero «escolástico», Demetrio. Su extremada amabilidad, afectuosidad para conmigo y mi familia, su dedicación al Derecho ambiental y, sobre todo, esa exquisita actitud, tan demostrada, con nuestro común Maestro y con sus compañeros, se merecen mucho más que esta modesta contribución crítica a un tema urbanístico, en cierto modo relacionado con el objeto de sus continuas y sólidas investigaciones en la búsqueda de instrumentos jurídicos para la defensa y protección del ambiente, o sea, de nuestra vida y la de nuestros sucesores. ¡Va por ti, Demetrio!, como hubieras tú dicho, cambiando tu nombre por el mío, si en esa fatídica fecha no te hubieran arrancado de este mundo tan cruelmente y hubiera sido yo el desafortunado. Aunque, si bien se piensa, nos has dejado tan discretamente como viviste y estarás siempre en nuestro recuerdo.

mas de organización del entorno, en lo que se refería a su superficie (suelo), a su volumetría superior e inferior (vuelo y subsuelo), a su propia y natural expansión, en definitiva. A diferencia de esa tipología primigenia —y pasando por alto, obviamente, los grandes «conglomerados de vecindad» de la conocida historia bimilenaria—, la ciudad que se forma por aluvión en los inicios del siglo XIX, exige inexorablemente planteamientos planificados, controles severos de desarrollo y ciudadanos concienciados de la bondad y beneficios de la racionalidad ordenancista. La intervención de los poderes públicos en la planificación urbanística, en la correspondiente vigilancia de su ejecución en el entorno territorial y en la concesión o reconocimiento de la imprescindible participación cívica, fueron y son elementos definitivos para el progreso del urbanismo (2).

Ciertamente, siguen siendo principales elementos estructurales del urbanismo —es decir, de la «urbe»— las viviendas de los ciudadanos, los locales de negocio, los edificios públicos, las calles y plazas, los monumentos, los parques o jardines y demás espacios libres e incluso los límites espaciales o «de borde» y demás zonas periurbanas. Por lo general, estos elementos *de minimis* conforman una estructura homogénea que obedece a la superposición de culturas heterogéneas y de necesidades o condiciones generadas por la naturaleza y sus distintos factores de regulación. Pero, en definitiva, sin que exista un modelo universal, ni siquiera patrones idénticos, hay una estructura unitaria de ciudad sobre la que han recaído las acciones interventoras del poder público.

La planificación urbanística, con abundancia o escasez de perfiles de diseño, con más o menos fuerza vinculante o con mayor o menor rigor en su ejecución, ha constituido el pilar fundamental del desarrollo de las ciudades. Sin plan, la ciudad se convierte en un caos y carece de futuro. Para consolidar el concepto y la función ordenadora de los planes urbanísticos, el legislador utilizó tempranamente la imperatividad que proporciona el respaldo de la Ley. El carácter vinculante del plan urbanístico, derivado no solamente de la expresa concesión de la norma legal, sino también de la homologación con la figura del reglamento, permitió desarrollar un sólido entramado normativo que ha logrado incluso concienciar a los ciudadanos, de cualquier clase y condición, de que la propiedad, rústica o urbana, del campo o de la ciudad, el sacrosanto y fundamental derecho de propiedad se vería configurada desde y por el plan urbanístico, además de modulada, en cuanto al ejercicio de las clásicas facultades de su propietario, y modelada profundamente en su vertiente material y estética.

Las transformaciones de la propiedad, sin duda, han sido notorias en muchos sectores, hasta el punto de que resulta inútil continuar utilizando el singular en este, por lo demás, básico derecho primario de —e indispensable para— los ciudadanos. Pero

(2) Fernando CHUECA GOITIA: *Breve historia del Urbanismo*, Alianza Editorial, Madrid, 1968, versión original. «Una descripción minuciosa de las técnicas urbanísticas a lo largo del siglo XIX y primera mitad del XX», en Martín BASSOLS COMA: *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español (1812-1956)*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973. Puede verse, con provecho, el valioso libro colectivo, especialmente los capítulos de Kingsley DAVIES, *La urbanización de la población humana*, y de Gideon Sjoberg, *Origen y evolución de las ciudades*, editado por Scientific American Inc., luego en versión española de Alianza Editorial, con el título *Las Ciudades*, Madrid, 2.ª ed, 1969, con referencias a ciudades importantes del mundo. También, Henri LEFEBVRE: *La révolution urbaine*, Ed. Gallimard, París, 1970, versión en español con el título *La revolución urbana*, de Alianza Editorial, Madrid, 1972. Muy interesante, asimismo, el libro de Arnold J. TOYNBEE, *Cities on the Move*, Oxford University Press, 1970, editado en español por Alianza Editorial con el título *Ciudades en marcha*, Madrid, 1973. Y, desde otra perspectiva no menos interesante, por didáctica y humorística, vid. LE CORBUSIER: *La Charte d'Athènes*, Ed. De Minuit, París, 1957, traducción española, con el título *Principios de urbanismo*, Ed. Ariel, Barcelona, 1971.

tal vez sea la propiedad urbana (y también rural, desde la perspectiva de la ordenación urbanística) la que ofrece la demostración más clara de esa reconstrucción normativa y real.

Digo todo esto porque la complejidad de la ordenación de las ciudades no es un factor que condicione la planificación de las mismas, sino que es de estas técnicas planificadoras de las que deriva aquella palmaria complejidad.

Hay que tener en cuenta el prototipo de la ciudad anclada en una estructura compleja, con elementos dominantes de carácter colectivo o público, si no en su propiedad, sí al menos en su función de disfrute general. Las vías de relación entre los edificios, las encrucijadas y plazas, los espacios en que se celebraban mercados o ferias y espectáculos de diversa naturaleza, los grandes muros defensivos, los medios de acceso y atajo, (puertas y pórticos), los edificios públicos escolares, de administración y gobierno, los estadios deportivos o plazas taurinas, las vías o redes de aguas y transmisiones energéticas y, por supuesto, las combinaciones de algunos de ellos, han condicionado en negativo, a la vez que en positivo, las propiedades urbanas, constituyendo complejas estructuras que articulan y vertebran el espacio ciudadano total.

Podría decirse, pues, sin perjuicio de afinar más adelante el concepto, que todos los elementos citados —y algunos quizá más contemporáneos— son precursores claros de los denominados, a mi juicio con escasa fortuna por lo que luego se verá, «sistemas generales». En los variados modelos de las ciudades antiguas, se advirtió la presencia de estos elementos indispensables de la precaria ordenación urbana, cuyo objetivo básico fue prestar servicios de contenido diverso, o sea, religioso, cultural, administrativo, comercial, sanitario, incluso recreativo o de esparcimiento de sus habitantes.

Los parques, hospitales, centros de enseñanza, instituciones de cultura, teatros, museos, grandes avenidas, puentes etc. que perfilan la ciudad barroca, como elementos urbanos al servicio de su población y del disfrute de la colectividad, reforzaron la importancia de las piezas estructurantes de un conglomerado urbano. Como en las ciudades antiguas y medievales todos estos elementos forman parte de la estructura de la ciudad, cada una con sus singularidades y características, que diversifican su composición, pero en todas ellas se reitera la presencia de esas piezas integrantes de la ciudad. Los citados componentes del entramado de la ciudad ofrecen una destacable identidad con los servicios que, en la actualidad y según nuestro Derecho Urbanístico, integran los denominados sistemas generales, vías comunicación, y sus zonas de protección, zonas verdes y espacios libres y equipamiento colectivo. Desde esta perspectiva, cabría encontrar el origen remoto y las raíces normativas de los sistemas generales en los elementos urbanos descritos genéricamente, cuyo objeto es la prestación de un servicio, diverso en cada caso, en interés de la colectividad, entendiendo por tal el conjunto de los individuos que componen la población de una ciudad.

En suma, ambos prototipos de ciudad plantean ya, tempranamente, el papel protagonista de los «elementos urbanos colectivos», antecedente indiscutible de la recuperación, por parte del legislador actual, de las diferentes categorías de sistemas generales.

## II. La «revolución» urbanística decimonónica

La consecuencia inevitable del aumento de población de las ciudades, convertidas en asentamientos masivos, es la ruptura de los modelos de la vieja ciudad, especial-

mente a causa de la creación incesante de nuevos barrios o anejos. En el plano práctico, los incrementos poblacionales imponen la necesidad de implantar grandes servicios. Si a estas circunstancias añadimos que el desarrollo industrial y la extensión cada vez mayor de los mercados económicos atraen persistentemente más ciudadanos a las urbes conformadas en el desorden o, por decirlo más suavemente, sin un orden predefinido sino organizadas por aluvión, empiezan a aparecer insuficientes los servicios colectivos clásicos. La denominada «ciudad industrial» se va configurando en la metodología condicionada de la convivencia entre barrios habitados por obreros industriales y los barrios residenciales que se ubican en los llamados «ensanches» (3)

Pero, al margen del análisis de la evolución histórica estructural de las ciudades, en cuanto entorno natural de encuadramiento de los actuales sistemas generales, la labor de búsqueda de su origen conecta claramente con la génesis de las técnicas propias del Derecho Urbanístico. La perspectiva de las figuras, instituciones o técnicas que los diversos legisladores utilizan para ordenar la ciudad muestra claramente que una ordenación urbanística de las ciudades y de su expansión se realiza a través de la estructuración de un sistema uniforme y radical de «alineaciones» (4).

La doctrina es prácticamente unánime a la hora de considerar la técnica de las alineaciones como la primera técnica urbanística de actuación de conjuntos, bien por referencia a los recintos urbanos preexistentes, o bien en relación con una de sus partes. En la técnica de las alineaciones, se hace expresa ya una superioridad del valor colectivo que la ciudad como tal postula frente a la iniciativa o la libertad de los propietarios al edificar los inmuebles (5).

Y precisamente desde ese punto de vista, es decir, como técnica de tratamiento global o general de las ciudades, las alineaciones ofrecen un común denominador con los sistemas generales. Aunque con distinta terminología, una Real Orden de 25 de julio de 1846 ya exigía a los Ayuntamientos de los pueblos de crecido vecindario, que hicieran levantar el «plano geométrico» de la población, sus arrabales y paseos, trazándolos, según su estado actual. Aunque ceñida la obligación a las capitales de provincia o poblaciones de vecindario cuantitativamente importante que, en su riqueza y extensión, revelaran factores de desarrollo, ese plano geométrico, es decir, el plano municipal de alineaciones, pretendía que se produjera, al mismo tiempo, el efecto informativo de la realidad de las poblaciones y la posibilidad de facilitar la adopción de previsiones sobre su transformación durante un espacio de tiempo determinado. Obsérvese que esta doble consecuencia se puede vislumbrar también, como veremos, en el planteamiento de los sistemas generales. Y nótese también, por lo demás, que la calificación global e incondicionada de los mismos de «demaniales», como ahora pretende alguna doctrina y avala cierta «jurisprudencia de ocasión», no tiene consistencia alguna, según trataré de explicar.

En la propia *Instrucción para la ejecución de las alineaciones de calles* (aprobada por una Real Orden de 19 de diciembre de 1859), promulgada precisamente para acti-

---

(3) Una certera visión del tema en la magnífica novela de EDUARDO MENDOZA: *La ciudad de los prodigios*, Ed. Seix Barral, Barcelona, 1986.

(4) M. BASSOLS COMA, *Génesis y evolución...*, cit., pp. 99 y ss.

(5) E. GARCIA DE ENTERRIA y L. PAREJO ALFONSO: *Lecciones de Derecho urbanístico*, Ed. Cívitas, Madrid, 1981, pp. 47 y ss.

var la realización de estos «planos» mediante pautas y criterios para su elaboración, ya se puede advertir, en primer lugar, la diferencia entre las «alineaciones generales» de las poblaciones y las «alineaciones parciales», posteriores a aquéllas. Y, en segundo lugar, la absoluta e ilógica eventualidad de uniformar la naturaleza jurídica de ambos tipos de «alineaciones» (en terminología actual, diríamos sistemas generales), toda vez que el preámbulo de la citada Real Orden revela la «dificultad de conciliar los intereses generales representados por la Administración Local con los privados que ejercen su acción activa e individual, perjudicando el desarrollo de la riqueza pública e impidiendo las mejoras que la higiene, el orden público y la viabilidad exigen, especialmente en nuestras poblaciones, construidas en su mayor parte bajo principios enteramente opuestos a los que hoy exigen las necesidades de la industria, del comercio y de la salubridad pública». Es decir, elementos de ordenación urbanística que, de carácter general o parcial, de origen y naturaleza privada o de naturaleza pública, pueden convivir perfectamente en su común e incuestionable objetivo de facilitar el progreso e idóneo desarrollo de la ciudad.

### **III. La legislación urbanística de la segunda mitad del siglo xx. El oscuro origen de los sistemas generales como instrumento de configuración de la ciudad**

Como se sabe, nuestra primera regulación sectorial en materia urbanística, con una perspectiva integral y sistemática de la ordenación de la ciudad, puede datarse el 12 de mayo 1956, fecha en la que se promulga la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación urbana. Precedida por el importantísimo Texto Refundido de la Ley de Régimen Local, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955 (norma que incluye, como ya los anteriores Estatutos locales de los años veinte, el elenco de servicios de competencia municipal y de prestación obligatoria, entre los que figuraban específicas obligaciones urbanísticas), la novedosa Ley de 1956, sin embargo, no sólo sistematiza las técnicas para una ordenación completa de la ciudad, sino que define y precisa el instrumento más decisivo para el urbanismo contemporáneo. Obviamente, me refiero a la planificación territorial urbanística, factor transcendente en la evolución de las técnicas urbanas de ordenación de las ciudades actuales en prácticamente todo el mundo.

Por lo que se refiere al tema objeto de nuestro comentario, no hay alusión alguna, de modo expreso quiere decirse, a los «sistemas generales». No obstante, dentro del planeamiento territorial, la citada —y venerable (relativamente, claro, si nos atenemos a la época de su vigencia)— ley preveía que los Planes Generales de Ordenación Urbana (art. 9, párrafo 1 de la Ley de 12 de mayo de 1956) incluyeran entre sus determinaciones el sistema de espacios libres, describiendo los que se debían mantener, modificar o crear. Pero la ley, aunque considera esos espacios libres como «sistema», ni define por qué se trata de un sistema ni siquiera qué se entiende por espacios libres. Sin consideración de sistema, ese mismo precepto contiene entre las determinaciones mínimas y obligatorias, por ejemplo, la «situación» de los centros urbanos representativos y edificios e instalaciones de interés público, el trazado y características de la red general de comunicaciones e indicación de las que se hayan de conservar, modificar o crear. Hay, en el fondo y sustancia, cierta coincidencia con los servicios que constituyen los fines de la actividad municipal, según el artículo 101 de la citada ley de

Régimen Local de 1955. En efecto, como redes generales de comunicaciones se consideraban las vías públicas urbanas y rurales, los transportes terrestres, marítimos, fluviales, subterráneos y aéreos, las estaciones, puertos y aeropuertos; y como sistema de espacios libres, los parques y jardines, campos de deportes, las piscinas y baños públicos, los frontones; finalmente, piezas de equipamiento comunitario, serían los cementerios, los laboratorios y hospitales, las casas de socorro, mataderos, mercados, campamentos, albergues de transeúntes, beneficencia, ferias y mercados, teatros, cines, etc.

Por otro lado, en la metodología de ejecución del planeamiento, al regular la actuación por polígonos, la ley ofrece un anticipo claro de la naturaleza y características de los sistemas generales. Al precisar la división del territorio en polígonos (art. 104) añadía una importante regla o criterio para esta delimitación poligonal, como era la de constitución de polígono único cuando hubiera de integrarse el emplazamiento de algún «elemento urbano» —y a modo de ejemplo cita un parque—, siempre que concurrieran dos requisitos: a) su elevado coste; y b) su destino al servicio de una mayor extensión territorial.

Como es perfectamente sabido, se justificaba esta previsión en la justa o equitativa distribución, entre los propietarios, de los beneficios y cargas derivados del planeamiento y urbanización. Dicho de otro modo, la carga que representaba este tipo de «elementos urbanos» excede de la que puede imputarse a los propietarios de un polígono, dado que el interés o beneficio que conlleva abarca un espacio territorial superior al del polígono, además de que su utilización y disfrute revierte a la comunidad entera y no a un grupo concreto de ciudadanos. El concepto de «elemento urbano» aproximaba, sin duda, la previsión de los sistemas generales en un futuro inmediato.

Desde la perspectiva de la financiación urbanística, también atisbamos en la ley de 1956 un hipotético antecedente de los sistemas generales. Al regular el sistema de cooperación, dentro de los sistemas de actuación urbanística (artículos 115 a 117), se fija el contenido de los deberes de los propietarios de cada polígono o manzana, en concreto la «cesión gratuita» de la superficie destinada a viales, de la superficie destinada a parques y jardines públicos y la contribución económica a las obras de plazas y grandes avenidas proyectadas en proporción al valor de los solares resultantes de la parcelación. Si las dos primeras correspondían a las dotaciones propias de un polígono, la tercera no implica la financiación completa de lo que denomina plazas y grandes avenidas, sino en proporción al valor de los solares del polígono. Esta parcial financiación revela, en su planteamiento e intención, que las obras objeto de las mismas (plazas y grandes avenidas) no van a presta un servicio exclusivo al polígono, sino que, por sus dimensiones o características, se orientarán al servicio general o de la ciudad entera. Diferencia, por tanto, en la repercusión económica de la urbanización atendiendo a la vinculación o servicio del concreto polígono por el contrario, como servicio colectivo de la ciudad.

Con independencia de otras normas urbanísticas (como el Decreto Ley de 27 de junio de 1970 de actuaciones urbanísticas urgentes, o el Decreto de 16 agosto 1972, de Bases para concursos de ejecución de urbanizaciones en Madrid, y las previsiones esporádicas de algunas otras normas sectoriales, es la promulgación de la Ley de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, ley 19/1975 de 2 de mayo, la que consagra —al parecer irreversible y, desde luego, insuficientemente— la terminología y el concepto de «sistemas generales». En su Exposición de Motivos (apartado VI) se dice:



«Los sistemas generales —redes arteriales, grandes abastecimientos, etc.— son ejecutados normalmente por la Administración. Del suelo correspondiente se dispondrá en unos casos por el mecanismo de las cesiones, compensadas por la adjudicación del aprovechamiento medio en otro lugar; en otros, por el mismo mecanismo de las cesiones resultantes de operaciones de urbanismo concertado, que pueden dar lugar además, en ocasiones, a que los propios promotores ejecuten a su costa una parte sustancial de esos sistemas generales. La expropiación será el modo normal de obtener el suelo en los demás supuestos, y la financiación pública, el medio ordinario de costear los sistemas generales. Esa financiación se facilita no obstante en el Proyecto con la dotación en especie de los patrimonios públicos del suelo. La ejecución de las demás previsiones del Plan tiene lugar normalmente por medio de Planes parciales y polígonos de actuación...».

Conviene recordar que, como es bastante habitual, los debates del Proyecto de Reforma de la ley urbanística, que desembocó en la citada ley 19/1975, no aportan nada al respecto. No hay alusión alguna a la naturaleza jurídica de esos importantísimos elementos, ni tampoco a la originalidad de su peculiar denominación. En cambio, son abundantes las referencias a otros conceptos de similar naturaleza, calificación y finalidad, como las dotaciones urbanísticas y de carácter colectivo o público, las infraestructuras de servicios públicos, los estándares respecto de algunas dotaciones concretas (como espacios libres o equipamientos), o, incluso, las cesiones de terrenos destinados a nutrir los patrimonios municipales de suelo (6).

En todo caso, la novedad instrumental de los sistemas generales no se correspondía en modo alguno con las explicaciones o intervenciones parlamentarias. Esas tímidas e incompletas referencias a las dotaciones urbanísticas, las infraestructuras y servicios públicos, las dotaciones colectivas y el equipamiento social, por ejemplo, no permitían resolver el problema de la naturaleza jurídica de los sistemas generales, llamados a desempeñar en el futuro un papel esencial en la ordenación urbanística y, en definitiva, de la configuración de la estructura de las ciudades.

El Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/76, de 9 de abril, prescindió asimismo del nuevo concepto de sistemas generales, al menos desde la perspectiva de las competencias urbanísticas. En efecto, el artículo 3 de dicho Texto establecía la competencia urbanística sobre planeamiento, sin alusión alguna a facultades administrativas respecto de los sistemas generales. No obstante, en el mismo precepto se introdujeron referencias

---

(6) Manuel Pérez Olea, ponente del Proyecto de ley de reforma, al contestar a las enmiendas a la totalidad formuladas por el Sr. Puig y Maestro-Amado y por el Sr. Navarro Velasco, manifestaba lo siguiente: «Otro de los elementos en el que la Ley del Suelo había quedado atrasada era el relativo al incremento del nivel de servicios exigido por el fabuloso desarrollo socioeconómico de nuestra nación.

Es evidente que el pueblo español, hoy en día, no se conforma justamente con los mismos servicios públicos y con las mismas dotaciones urbanísticas que podían ser suficientes en el momento de promulgación de la ley...» El máximo responsable del Proyecto, el Ministro de Vivienda, Sr. Rodríguez de Miguel, al defender la norma proyectada, hizo también alguna breve alusión a estos nuevos elementos, señalando: «... En este ámbito del planeamiento también se ha hecho hincapié en la necesidad de fijar en todo caso las dotaciones colectivas que corresponden para evitar la ingenua tendencia a identificar núcleo urbano con conjunto de viviendas sin equipamiento social previsto...».

expresas a otros conceptos íntimamente vinculados a los sistemas generales, como el trazado de las vías públicas y demás medios de comunicación, los espacios libres para parques y jardines públicos en proporción adecuada a las necesidades colectivas, o la obligación de señalamiento del emplazamiento y características de los centros o servicios de interés público y social, como centros docentes, aeropuertos y lugares análogos. Sin embargo, en el artículo 10 imponía a los planes generales municipales la obligación de definir los «elementos fundamentales de la estructura general adoptada para la ordenación urbanística del territorio» y en el artículo 12 aparecía la mención a la «Estructura general y orgánica del territorio, integrada por los elementos determinantes del desarrollo urbano y, en particular, los sistemas generales de comunicación y sus zonas de protección, los espacios libres destinados a parques públicos y zonas verdes en proporción no inferior a cinco metros cuadrados por habitante y el equipamiento comunitario y para centros públicos». Esto es, aparentemente al menos, la referencia a los sistemas generales, se encontraba restringida en exclusiva a las comunicaciones y sus zonas de protección, aunque poco después el Reglamento de Planeamiento de 1978 «extendió» la calificación de sistema general a los espacios libre y al equipamiento comunitario.

El hecho de haber prescindido de la identificación nominalista de los sistemas generales, pese a las referencias concretas a elementos claramente identificables como tales, podría interpretarse como una renuncia legal a la «naturalización» singular de los sistemas generales como instrumentos urbanísticos. Pero semejante interpretación ha de ser rotundamente rechazada, no sólo por las ya mencionadas referencias de la exposición de motivos de la ley-matriz 19/1975, sino porque el contenido y sustancia de todos esos elementos (vías públicas, espacios libres, centros y equipamientos sociales, etc., respondía perfectamente a la intención de la nueva legislación urbanística. En el fondo, parece que una cierta «inercia legislativa» determinó esta flagrante ausencia. Aunque en la normativa precedente (Ley de 1956) no existía el concepto de «sistema general», sí había previsiones explícitas a los elementos característicos que integraban dichos sistemas. En cualquier caso, dentro de las determinaciones de carácter general de los Planes Generales Municipales de Ordenación se estableció la obligación de incluir los elementos configuradores de la estructura orgánica del territorio, mencionando directamente, en particular, los sistemas generales de comunicación y sus zonas de protección, los espacios libres destinados a parques y zonas verdes, en proporción a la población, así como a equipamiento comunitario y para centros públicos. Este era, por lo demás, el texto del artículo 9 de la Ley 19/1975, y ésta también la redacción de los preceptos de su específico Reglamento de Planeamiento de 1978, aunque con algunas diferencias irrelevantes (7).

En definitiva, lo que en la nueva legislación urbanística se consagró, sustantivamente, era el carácter de los sistemas generales como unos instrumentos urbanísti-

---

(7) Carece de interés para nuestro objetivo resaltar las diferencias que se observaron entre los textos de la ley y de su norma de desarrollo en este punto. En la ley se hablaba de «los» —en plural— sistemas generales de comunicación y sus zonas de protección, mientras que en el Reglamento de Planeamiento se utilizaba el singular («el» sistema general de comunicación y sus zonas de protección). Para los espacios libres y los equipamientos comunitarios, la ley, en su redacción literal, no les atribuía el carácter de sistema general, reservando aparentemente en exclusiva dicha naturaleza al de comunicación y sus zonas de protección. Pero el Reglamento incluía textualmente los espacios libres y el equipamiento comunitario como sistemas generales. Ni la doctrina, ni la jurisprudencia han destacado estas diferencias como relevantes.

cos determinantes del desarrollo urbano, integrando objetivos decisivos para el mismo, tales como la estructura general y orgánica de la ordenación del territorio y la planificación urbanística general. Según acertada expresión del artículo 25 del citado Reglamento de Planeamiento de 1978, los sistemas generales constituyen «elementos fundamentales de la estructura general y orgánica del territorio», junto con el resto de elementos determinantes del desarrollo urbano. Nada, pues, de calificación jurídica, ni tampoco de diferenciación entre los elementos identificados como —podríamos decir, «típicos»— «sistemas generales» y el resto. Aunque la cuestión es importante, no se ha prestado excesiva atención a estas diferencias conceptuales, pero, en lo que respecta a la categorización conceptual y naturaleza jurídica de los sistemas generales podría ser muy necesario el análisis de la intención del legislador.

#### **IV. El tratamiento de los sistemas generales, o sus sucedáneos, en la primitiva legislación autonómica territorial y urbanística**

En su inicial conformación normativa, las leyes de ordenación territorial autonómicas, sin duda influenciadas por la legislación urbanística estatal —como, por otra parte, no era difícil entender, a expensas de la resolución constitucional sobre la discutida competencia en materia urbanística— reiteraban la obligatoriedad de los sistemas generales, con o sin referencia terminológica expresa a los mismos.

Así, por destacar algunas de las normas legales de las Comunidades Autónomas, la ley de 21 de noviembre de 1983, de Política Territorial de Cataluña no mencionaba los sistemas generales, aludiendo siempre a las «infraestructuras y los equipamientos», y, dentro de estos, las «zonas de desarrollo», los «núcleos esencialmente aptos para establecer en ellos equipamientos de ámbito supramunicipal». Normas reglamentarias, como el Decreto 177/1987, de 19 de mayo, dictado en desarrollo de la Planificación y Coordinación de ámbito regional previstas en la ley 7/1987 de 4 de abril, incluían referencias a los sistemas generales, pero omitiendo cualquier definición o dato que permitiera conceptualizarlos. Es más, a diferencia de la legislación estatal entonces vigente, se distinguía entre varios sistemas generales y los «espacios libres», a los que excluía de esta tipología especial. En una ley sectorial, como era la ley 8/1988, de 7 de abril del Deporte se consideraban algunos elementos claramente relacionados con los sistemas generales, como los «equipamientos deportivos de interés general» que el Plan Director de Instalaciones y Equipamientos Deportivos en Cataluña había de localizar y programar las etapas de su ejecución, hasta el punto de que podrían obligar a la modificación o revisión puntual de los Planes Generales de Ordenación Urbana y Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento y otros niveles de ordenación urbanística, con remisión a los requisitos impuestos por la legislación estatal en el caso de implicar una zonificación diferente o uso urbanístico de zonas deportivas o espacios destinados a equipamientos deportivos. Algo similar, por cierto, ocurría en la normativa sectorial turística (ley 2/1989, de 16 de febrero, sobre Centros Recreativos Turísticos) que, tras describir estos centros como «áreas de gran extensión en las cuales se ubican, de forma integrada, las actividades propias de los parques temáticos de atracciones de carácter recreativo, cultural y de recreo y usos complementarios deportivos, comerciales, hoteleros y residenciales, con sus servi-

cios correspondientes» establecía un régimen de obtención de suelo para tal fin, a través de cesiones obligatorias de suelo en el ámbito objeto de actuación.

En el ámbito propiamente urbanístico, el Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, que aprobó el Texto Refundido de los Textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística, tampoco aludía expresamente a los «sistemas generales». Pero, lógicamente, al definir las facultades urbanísticas enumeraba, como la legislación estatal, la formulación del trazado de las vías públicas y medios de transporte, el establecimiento de espacios libres para parques y jardines públicos y la de señalar el emplazamiento y carácter de los centros y servicios de interés público y social, centros docentes, aeropuertos y lugares análogos. Al igual que en la legislación urbanística estatal, la citada ley catalana detallaba las determinaciones de los Planes Generales Municipales, tanto generales como en función de los distintos tipos de suelo, incluyendo entre las generales la «estructura general y orgánica del territorio, integrada por los elementos determinantes del desarrollo urbano y en particular, por los sistemas de comunicación y sus zonas de protección, el equipamiento comunitario, centros públicos y espacios libres destinados a parques públicos y zonas verdes» (8).

En la ley madrileña 10/1984, de 30 de mayo, de Ordenación territorial de la Comunidad Autónoma, no se mencionan expresamente los «sistemas generales», salvo en una ocasión, pero se califican como «sistemas» a otros elementos vinculados con la ordenación territorial. Así, se trata el «sistema urbano», el «sistema de relaciones entre los asentamientos de población y las zonas naturales, agrícolas, ganaderas y forestales» y el «sistema productivo». Para la denominación de sistema general, se reservan los «asentamientos residenciales o productivos», lo que indica la confusión de conceptos y de términos. Y, como en otras normas de ordenación territorial autonómica, se regulaban las infraestructuras y los equipamientos, dos figuras indudablemente relacionadas con los sistemas generales previstos en la legislación estatal.

La ley 4/1984 de 10 de febrero, de medidas de disciplina urbanística en la Comunidad de Madrid, también mencionaba expresamente a los sistemas generales y a los elementos que los integraban, por medio de una remisión tácita a las disposiciones de la legislación urbanística estatal o, en concordancia con la teleología disciplinaria de la norma, a través del establecimiento de una tipificación específica de infracciones de actividades que afectasen a aquéllos o sus elementos, fundamentalmente, las zonas verdes y espacios libres. En cambio, otra ley sectorial madrileña, como la 3/1991, de 7 de marzo, de Carreteras, se refiere de forma expresa a los sistemas generales, incluyendo entre ellos los «terrenos» destinados a infraestructuras viarias y de comunicaciones, sin definición jurídica alguna. Así pues, y como en el resto de los supuestos analizados, por un lado, ni se describían los elementos conceptuales de dichos sistemas, que hubieran permitido la naturalización y consecuencias jurídicas, ni existía

---

(8) Esta redacción coincidía con la de las leyes urbanísticas estatales entonces vigentes, con la particularidad, menos importante, del diferente orden de enumeración de los sistemas, y, más importante, de la omisión o desaparición, en la ley catalana, del calificativo «generales» que acompañaba, en la regulación estatal, al sustantivo «sistemas». Sin entrar ahora en el significado de estas diferencias, cabría entenderse que se trataba de restar contenido al concepto estricto de sistemas generales, a fin de para las dotaciones, infraestructuras u otros servicios urbanísticos, o cualquier otra denominación, con un ámbito supramunicipal o comarcal, alejada de la vinculación exclusiva de estos sistemas a la planificación urbanística municipal. La propia regulación de los requisitos de obtención, cesión, reserva de finalidad y fórmula de ejecución, sin embargo, desdibuja esas diferencias por irrelevantes.

claridad en la terminología utilizada, pues la referencia a los «terrenos», sin la más mínima regulación, más que facilitar la interpretación correcta de su naturaleza, provocaba cierta confusión entre lo que era el soporte físico de esos instrumentos urbanísticos. No obstante, y para el objetivo de nuestro análisis, esta norma legal proporciona alguna clave interpretativa de interés. En su artículo 14, además de los terrenos de las infraestructuras viarias y de comunicaciones, se calificaba como sistema general a las zonas de dominio público de aquéllas:

«En los supuestos de travesías y tramos urbanos, el señalamiento de las alineaciones de las fachadas respetará la funcionalidad de la vía de comunicación y garantizará la protección del dominio público viario. Para ello, y sin perjuicio de que el Plan General de Ordenación Urbana señale los usos y distancias en la zona de protección la zona de dominio público será siempre incluida como sistema general y objeto de especial protección.»

De modo que la calificación como dominio público conecta con el objeto, bien o servicio o equipamiento de destino y no a la inversa. He aquí una demostración, según se ha señalado anticipadamente y se insistirá luego, de que los sistemas generales no son *per se* y *a se* bienes de dominio público.

En cambio, la legislación urbanística de Galicia, en esa época, utilizaba profusamente la terminología de los «sistemas generales». En la ley 11/1985, de 22 de agosto, de adaptación de la Ley del Suelo de Galicia había referencias a otras figuras afines o a elementos integrados dentro de los sistemas generales, como las infraestructuras, en el primer caso, y los equipamientos comunitarios, en el segundo. No se incluía, sin embargo, ninguna delimitación o descripción del concepto de sistemas generales que permitiese analizar su naturaleza jurídica y efectos. En el apartado de la clasificación de suelo, se exigía, como premisa para el establecimiento del modelo territorial de los Planes Generales y Normas Complementarias y Subsidiarias de Planeamiento, tener en cuenta la estructura comarcal, así como garantizar la coordinación de los elementos fundamentales de los respectivos sistemas generales. Además de la obligada programación de los sistemas generales y de las abundantes ocasiones en que la ley exigía un tratamiento específico de los mismos, se advertía una clara distinción entre las dotaciones que constituyen los sistemas generales y las propias de cada sector delimitado por la planificación general, es decir, la diferenciación entre el concepto y finalidad de las dotaciones generales frente a las dotaciones locales.

También la ley 8/1987, de 1 de abril, de Ordenación Territorial de las Islas Baleares reproducía el modelo, al reiterar la conveniencia de ordenar la planificación sectorial de los «infraestructuras, equipamientos y servicios», utilizando expresiones ya frecuentes en la legislación de este carácter, pero calificando directamente como sistemas generales a las infraestructuras, equipamientos, servicios y actividades de explotación de recursos...», incluyendo «los asentamientos humanos».

En la Ley 6/1989, de 7 julio, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Valenciana se incluía una referencia a los sistemas generales, referencia que coincide con la efectuada por la legislación de ordenación del territorio para la Comunidad Autónoma Balear. Entre los instrumentos de ordenación del territorio que esta ley contemplaba, el Plan de ordenación del Territorio contenía, entre sus determinaciones, las

«áreas de preferente localización o ámbitos urbanos de equipamientos supramunicipales, de interés para toda la Comunidad». Estas zonas podían ser objeto de un tratamiento específico, junto con los municipios, comarcas o conjuntos donde se ubicasen, vinculados a los que, formando parte del denominado expresamente como «sistema general de equipamiento comunitario» que pudieran establecerse en el ámbito municipal. Dichos sistemas generales, integrados por elementos tan heterogéneos como las infraestructuras, equipamientos, servicios y actividades de explotación de recursos, debían ser objeto de articulación con los sistemas municipales, sin más especificaciones.

El absoluto desinterés mostrado por la legislación valenciana de ordenación territorial se tradujo en la desaparición de los sistemas generales de la ley 6/1994, reguladora de la actividad urbanística de la Comunidad, sustituidos, al menos terminológicamente, por la figura primaria o estructural de las «dotaciones públicas», identificadas como los principales espacios de uso colectivo que la planificación general debía determinar obligatoriamente: reservas de terreno con destino a parques públicos; equipamientos y redes de transporte, comunicaciones y servicios de titularidad o carácter supramunicipal; infraestructuras, espacios libres, jardines y otras dotaciones de cualquier índole que integren o hayan de integrar la estructura del desarrollo urbanístico de todo el territorio ordenado y de cada sector; y, finalmente, las vías públicas y las infraestructuras que presten servicio y comunicación a las dotaciones anteriores. Por el contrario, en la exposición de motivos se aludía los «sistemas locales», descritos como aquellas «infraestructuras y espacios de dominio y uso o servicio público al servicio de cada actuación urbanística local y cuya financiación corría a cuenta de los propietarios. Estos sistemas locales, a determinar por la planificación parcial, se transformaban en dotaciones suplementarias de «la red primaria o estructural de dotaciones».

En cambio, una vez más es en la legislación sectorial donde se recoge la terminología establecida por la legislación urbanística estatal. Aunque ni se describía, ni se aportaba elemento alguno para perfilar su contenido, la ley 6/1991, de 27 marzo, de Carreteras de la Comunidad Valenciana, calificaba expresamente a los «terrenos» destinados a carreteras en suelo urbano o urbanizable como sistemas generales, introduciendo de nuevo elementos de confusión en la identificación de su naturaleza y consecuencias jurídicas. No obstante, hemos de tener en cuenta que la Disposición final tercera de la citada ley reguladora de la actividad urbanística derogaba cuantas disposiciones legales o reglamentarias se opusieran o contradijeran a ésta. En consecuencia, volvía a desaparecer de la normativa valenciana el «sistema general», entendiéndose sustituido por el de «red primaria o estructural de dotaciones públicas».

En la Ley 1/1987 de 13 marzo, de Planes Insulares de Ordenación, de Canarias, estos instrumentos de planificación territorial y urbanística establecían las determinaciones de ordenación y las directrices de compatibilidad y de coordinación sectorial, sobre el marco físico, adecuadas para definir el modelo territorial a que deben responder los planes y normas inferiores. Obviamente, como instrumentos de carácter directivo, eran considerados jerárquicamente superiores al planeamiento municipal, al que vinculaban por medio de la imposición de parámetros tales como el señalamiento y localización de los equipamientos o infraestructuras básicas relativas a las comunicaciones terrestres, marítimas y aéreas y al abastecimiento de agua, saneamiento, producción y distribución de energía, tratamiento de residuos «y otras análogas» cuando

afecte a más de un municipio. Observamos el carácter abierto de la cláusula residual («otras análogas»), aunque por referencia a servicios urbanísticos que afectasen o beneficiasen a más de un municipio, pero sin aludir expresamente a los sistemas generales. A diferencia de ésta, la ley canaria 7/1990 de 14 de mayo, sobre Disciplina urbanística y territorial, incluía la expresión sistemas generales en diversos lugares, sin explicación alguna sobre su naturaleza jurídica y consecuencias. Por añadidura, en la tipificación de las infracciones urbanísticas aparecían separados los «sistemas generales» de las zonas verdes, espacios libres públicos, viales, equipamientos comunitarios y espacios naturales protegidos, y a sus zonas periféricas de protección (9).

En la misma línea, la ley asturiana 1/1987, de 30 de marzo, de Coordinación y Ordenación Territorial, definía las denominadas «Actuaciones de impacto territorial» incluyendo en ellas las que inciden en la distribución territorial de equipamientos, servicios o infraestructuras. Una terna de conceptos indeterminados bastante frecuentes, como se puede comprobar, en las legislaciones urbanísticas autonómicas. Por lo tanto, la legislación asturiana no recogía nominativamente sistemas generales, pero conservaba las categorías imperativas en el planeamiento municipal, tal y como habían sido establecidas por la legislación urbanística estatal, asignando el carácter de «sistema» a las comunicaciones y los núcleos de población. Ciertas leyes sectoriales, como la Ley 6/1990 de 20 diciembre sobre edificaciones y usos en el medio rural, al regular el régimen jurídico del suelo no urbanizable, exigían que en los espacios de especial protección, mediante evaluación de impacto ambiental, se ponderasen las infraestructuras que hayan de discurrir por los mismos, incluyendo referencias expresas a los sistemas generales, como por ejemplo el de espacios libres (10).

---

(9) Por otro lado, resulta curioso, sin embargo, que entre los actos sujetos a previa licencia municipal, esta ley relacionaba aquellas infraestructuras que, de acuerdo con la legislación estatal, podían configurarse como «sistemas generales»: por ejemplo, la construcción de presas, balsas, obras de defensa y corrección de cauces públicos, vías públicas o privadas, puertos de abrigo, diques de protección y defensa del litoral, accesos a playas, bahías y radas y, en general, cualquier tipo de obras o usos que afecten a la configuración del territorio; los actos de edificación en los puertos, aeropuertos y estaciones destinadas al transporte terrestre, así como en sus zonas de servicio; la instalación de tendidos eléctricos, telefónicos u otros similares. No así, curiosamente, cuando este tipo de obras públicas fueran promovidas por la Administración de la Comunidad Autónoma o los Cabildos, en ciertos casos.

(10) Al regular los núcleos rurales, concretamente en su artículo 10, se señalaba lo siguiente:

«1. Las dotaciones, servicios y sistemas de espacios libres de ámbito local, que se sitúen en los núcleos rurales, se obtendrán por el sistema de expropiación como actuación aislada en núcleo rural, aunque excepcionalmente, cuando la población, la densidad o demanda de equipamiento así lo requieran, los planes generales y normas subsidiarias podrán introducir modelos de gestión que reconduzcan el proceso a formas análogas a las propias de otras clases de suelo.

2. Los terrenos incluidos en el ámbito de los núcleos rurales se tasarán conforme a lo dispuesto en el artículo 66 de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo.

3. Los concejos cuya normativa urbanística no establezca las dotaciones, servicios y sistemas de espacios libres a ubicar en los núcleos rurales y en el conjunto del suelo no urbanizable, podrán señalarlos mediante las correspondientes normas complementarias completadas, en su caso y si fuera preciso, por la modificación del plan general o norma subsidiaria». En el ámbito local, dentro de los núcleos rurales, la ley preveía la existencia de «dotaciones, servicios y sistemas de espacios libres, previstos en los planes generales o normas subsidiarias e incluso en normas complementarias si los anteriores instrumentos no los contemplan». Ofrecían cierta semejanza con los sistemas generales de los Planes Generales de Ordenación Urbana, regulados por la legislación urbanística estatal, y prueba de ello, es que se obtenían los terrenos, mediante expropiación. Algo semejante ocurría en la Ley 2/91 11 marzo, de reserva de suelo y actuaciones urbanísticas prioritarias, en la que se pretendía cumplir la función social de la propiedad a través de «los equipamientos y sistemas» (*sic*), sin identificación suficiente de su naturaleza jurídica y consecuencias derivadas de ella. No obstante, esta ley se remitía a la legislación urbanística vigente en este punto.

En muy similar contexto se inscribían las normas de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Tampoco la ley 4/1990 de 31 de mayo, de Ordenación del Territorio del País Vasco, recogió la terminología implantada por la legislación estatal respecto a sistemas generales. Las referencias continuas a «infraestructuras» y «equipamientos», como ejes de vertebración territorial supramunicipal, bastaban para señalar la orientación de la planificación urbanística. En una rotunda remisión a la legislación urbanística estatal, la Ley 9/1989 de 17 de noviembre, de Valoración del Suelo en la Comunidad Autónoma del País Vasco consideraba los terrenos destinados a sistemas generales, a los efectos de determinación del valor urbanístico, dentro de los regímenes específicos, frente a la regla general. Y en la legislación sectorial se prescindía asimismo de la terminología, aunque sin abandonar referencias contextuales fácilmente identificables con los sistemas generales. Por ejemplo, la Ley 2/1989, de 30 de mayo, sobre Plan General de Carreteras del País Vasco incluía las dotaciones o los servicios urbanísticos, afectados a un destino general (puertos y aeropuertos de interés general) como elementos integrantes de la denominada «Red de interés preferente». Ejemplificativo, también, era el supuesto de la Ley 5/1988, de 19 de febrero, de la Cultura Física y del Deporte, al regular uno de los servicios o dotaciones calificados como sistemas generales en la legislación urbanística del Estado. Concretamente, los equipamientos deportivos de los municipios, ordenados a través de los llamados Planes Municipales de Equipamientos Deportivos, se conceptuaban como «infraestructura deportiva» con vocación de generalidad, es decir, al servicio de todo el municipio, pero omitiendo, no solo el término, sino cualquier otra consideración de la misma como sistema general.

La ley 7/1990 de 30 marzo, de Ordenación Territorial de Cantabria, no contenía referencias a los sistemas generales o sus elementos integrantes, aunque sí en otras normas de rango inferior, como el Decreto 61/1990, de 6 julio, sobre Evitación y supresión de Barreras Arquitectónicas y Urbanísticas en Cantabria. Pero en las leyes 4/1992 de 24 marzo, sobre Constitución de reservas regionales de suelo y otras actuaciones urbanísticas prioritarias, y 9/94 de 29 de septiembre, sobre Usos del Suelo en el Medio Rural se incluían, igualmente referencias indirectas a elementos identificables, desde la perspectiva de la normativa estatal, como sistemas generales. No obstante, y como en los casos anteriores, se mezclaban términos —dotaciones, servicios y sistemas de espacios libres— que guardaban cierta afinidad pero no identidad con los sistemas generales, precisando que se trataba de los de ámbito local.

La ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, preveía, en sus instrumentos de planificación territorial (Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía, planes de ámbito subregional y Planes (o actividades) con Incidencia en la Ordenación del Territorio, determinaciones sobre el «esquema de articulación territorial», integrado por el «sistema de ciudades» y sus áreas de influencia, los principales «ejes de comunicaciones» del territorio las «infraestructuras básicas del sistema de transportes, hidráulicas, de los equipamientos y servicios de las telecomunicaciones, de la energía y otras análogas». La alusión a los «sistemas» de ciudades y de infraestructuras de transportes, así como la mención de los equipamientos y servicios, podría hacer pensar en los «sistemas generales», a no ser porque éstos, según la normativa estatal, se enmarcan exclusivamente en la esfera territorial de los Municipios, dentro de los planes generales de ordenación. En los Pla-



nes de ámbito subregional (y las mencionadas actividades con incidencia territorial) se repetían los requerimientos anteriores. Todos ellos eran vinculantes para el planeamiento urbanístico de ámbito municipal, por lo que habrían de guardar relación con los sistemas generales que el planeamiento general contemplase. Por cierto, en alguna ley sectorial, como la de Puertos deportivos (11), se contemplaban los sistemas generales, pero sin alusión alguna a su naturaleza y calificación, salvo para preservar la compatibilidad con las zonas de protección e influencia.

En la primitiva ley de ordenación territorial aragonesa (12) se aludía a los «sistemas generales» junto a otros elementos, tales como «infraestructuras», «equipamientos» o «servicios», pero sin explicar la función del concepto ni los elementos integrantes. No obstante, y tal vez por el escaso desarrollo de la legislación estatal en este punto, la referencia a los sistemas generales incluía la de los sistemas estructurales del territorio de Aragón, entendiéndose por tales, además de la población y su distribución, el medio natural, la estructura de organización administrativa establecida para la gestión de equipamientos y servicios públicos en el territorio y los sistemas económicos, «los sistemas generales, servicios, infraestructuras, equipamientos y comunicaciones de interés supramunicipal». Como en el caso precedente, se quiebra la idea del sistema general como propio, fundamentalmente, de la esfera municipal. En suma, los sistemas generales son sistemas estructurales del territorio, cuyo ámbito o espacio supera el estrictamente municipal, concebidos como diferentes de las infraestructuras, equipamientos y comunicaciones (13).

Tampoco la ley 4/1992, de 30 de julio, de Ordenación y Protección del Territorio de la Región de Murcia, aludía terminológicamente a los sistemas generales. Ni en el preámbulo, ni en el texto se mencionaban estos sistemas, aunque sí las «infraestructuras, equipamientos y servicios», como elementos necesariamente vinculados, al igual que las demás leyes autonómicas de ordenación territorial.

La ley navarra 10/1994, de Ordenación de Territorio y Urbanismo, no incluía mención alguna a los sistemas generales, pero, como en las demás, se hacía referencia a equipamientos, parques y jardines, espacios libres. Respecto a los Planes Generales de Ordenación Municipal, la obligatoriedad de determinación de niveles mínimos en los «equipamientos, dotaciones e infraestructuras» parecía remitir de forma encubierta a los requisitos exigidos por la legislación urbanística estatal para los sistemas generales, habida cuenta de que, entre las determinaciones de carácter general, se consideraban elementos fundamentales de la estructura general de la ordenación urbanística del territorio los equipamientos sanitario y de bienestar social. Educativo, sociocultural, deportivo, casas consistoriales y concejalías, parques, jardines y espacios públicos singulares e instalaciones necesarias para la depuración de aguas urbanas. Estos equipamientos se fijarían en función de las necesidades del conjunto de la población a la que han de servir, sin perjuicio de las dotaciones propias del suelo urbanizable. No obstante, se imponía expresamente, como determinación general del plan municipal, la

---

(11) Ley N.º 8/1988 de 2 de noviembre, de Puertos Deportivos, art. 5.

(12) Ley 11/1992, 24 noviembre, de Ordenación del Territorio.

(13) La Ley 6/93, de 5 abril, de Carreteras de la Comunidad Autónoma de Aragón, art. 10, c, sí incluía una mención al «sistema general de transportes». La relación de este último con la Red de carreteras constituye una de las determinaciones del Plan General de Carreteras de la Comunidad Autónoma.

definición de la «estructura general y orgánica del territorio, integrada por los elementos determinantes del desarrollo urbano adoptado y, en particular, por los sistemas generales de comunicación y sus zonas de protección, el equipamiento comunitario para centros de titularidad pública al servicio de toda la población y los espacios libres públicos destinados a parques, grandes zonas verdes y áreas públicas de ocio, expansión y recreo.» También contemplaba una explícita referencia a los sistemas generales en la regulación del Programa de actuación del Plan Municipal, que habría de prever específicamente la realización de los sistemas generales, dentro de las determinaciones de los Planes Parciales. Un nuevo elemento de confusión aparecía en los supuestos de modificación cualificada del planeamiento, o sea, en el caso de «reducción de la superficie destinada a sistemas generales, a zonas verdes o a espacios libres públicos o privados», con lo que se diferenciaban los sistemas generales de las zonas verdes o de los espacios libres. Se iba más allá en esta confusión cuando se incluía entre la relación de supuestos tipificados como infracción grave los incumplimientos de las normas sobre uso del suelo y edificaciones cuando afectasen (*sic*) a sistemas generales, zonas de dominio público, viales, zonas verdes, parques y jardines públicos, zonas deportivas de recreo y expansión o equipamiento comunitario. Es decir, la legislación navarra parecía insistir en la necesidad de diferenciar el contenido de los sistemas generales de los viales, las zonas verdes, los parques y jardines públicos o el equipamiento comunitario.

A modo de conclusión, digamos que la legislación territorial y urbanística emanada de buena parte de las Comunidades Autónomas resulta tributaria de la estatal en lo que concierne al tratamiento específico de los novedosos instrumentos que supusieron los «sistemas generales», introducidos en las leyes de 1975-76, y cuyas dificultades de identificación y categorización estaban a la vista. Una «desidia legislativa», en términos de MORENO LÓPEZ (14).

No podemos decir en este momento, como se verá, que la doctrina y jurisprudencia hayan despejado el oscuro panorama que los Ordenamientos urbanísticos vigentes ofrecen en este punto, prolongando indefinidamente el debate sobre su naturaleza y efectos jurídicos y provocando graves problemas en la casuística del urbanismo contemporáneo.

## V. La interpretación jurisprudencial del concepto, función y naturaleza jurídica de los sistemas generales. Certidumbres y equívocos

No abunda la jurisprudencia sobre estos importantísimos instrumentos urbanísticos que denominamos «sistemas generales». O, por decirlo mejor, ha habido y existen pronunciamientos de los tribunales respecto a estos elementos vertebradores del territorio que resultan insuficientes para su delimitación conceptual o que han creado confusión en el análisis jurídico. Alguna de las sentencias a que vamos a hacer alu-

---

(14) Como reproche hacia la ausencia de explicaciones normativas en materia de sistemas generales, así lo señala J.L. MORENO LÓPEZ: *Dotaciones, equipamientos urbanísticos: el sustrato de la urbanística social*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1999, p. 85. También Iñaki LASAGABASTER entiende «el propio concepto de sistema general y de dotación pública es un concepto que, pese a su importancia, no ha sido suficientemente estudiado por la doctrina». *Vid.* su trabajo «Dotaciones públicas, sistemas generales y algunas perversiones del sistema urbanístico», en la revista *Ambiente y Derecho*, núm. 6.

sión, especialmente, como la de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 6 de octubre de 2004, y que en buena medida ha sido motor de arranque de este trabajo (15), son —me parece— erráticas y han causado más problemas de los que pretendían resolver. Pero de ello trataré *in extenso* en el último apartado de este trabajo.

Podemos apreciar fácilmente que en algunas de las sentencias del Tribunal Supremo, los sistemas generales se definen como «infraestructuras básicas urbanísticas» como equivalente o sinónimo de infraestructura general, repitiendo la terminología legal, es decir, como elementos determinantes de la estructura general y orgánica del territorio, sin más consideraciones (16).

En las Sentencias de 21 de marzo de 1984 (marginal 1393) (17), se intenta elaborar un concepto positivo de estructura, definiéndola como «un elenco de sistemas generales, detallados con toda precisión en el último de los artículos reglamentarios citados —se refiere, al art. 25 del Reglamento de planeamiento de 1978— que se establecen en atención a la población prevista en el Plan en su conjunto y no a una específica clase de suelo, en forma tal que su diseño general es independiente de la clasificación del suelo en cuanto tiene por objeto la consecución de una infraestructura que sirva al desarrollo urbano a que tiende el Plan General, y así bien claramente lo expresan los mencionados preceptos al distinguir y separar como entidades diferentes la clasificación del suelo y la estructura fundamental del Plan General...».

La referencia normativa a la «estructura general y orgánica del territorio» aglutina, pues, los sistemas generales. De ahí que sean calificados en el precepto citado como «partes determinantes», o, en otros términos, como «decisivas», en el sentido de elementos urbanísticos básicos o esenciales en la configuración de dicha estructura.

En la Sentencia de 8 de abril de 1989 (marginal 3452), a esta estructura se le atribuye una vocación de permanencia, dato fundamental para la interpretación de su finalidad, pero no útil para desentrañar el problema de su naturaleza y consecuencias

---

(15) Sus consecuencias siguen siendo una incógnita en la solución del problema que fue origen de varios litigios sobre la llamada «Ciudad del Fútbol de Las Rozas». Más adelante se trata detenidamente esta cuestión (apartado 7).

(16) Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 17 de octubre de 1985, citada —como las sucesivas, salvo expresa salvedad— por el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, marginal 6287, de 13 de diciembre de 1988, marginal 9780. Por otra parte, en las Sentencias del Tribunal Supremo, de 27 de julio de 1988 (marginal 6337) y 30 de diciembre de 1988 (AR. 9723) simplemente se constata la integración necesaria de los sistemas generales en la estructura general y orgánica del territorio, al que se califica como «estructura fundamental». En sentido idéntico, la de 22 de enero de 1988, marginal 330, así como las de 5 y 6 de marzo de 1984 —que no me ha sido posible localizar— citadas en la sentencia de la «Ciudad del Fútbol». Sin embargo, si los sistemas generales son elementos de esta estructura general y orgánica no se configuran como «infraestructura básica del territorio» a juzgar por la diferenciación que recoge la Sentencia de 17 de octubre de 1985 citada. En esta sentencia, se considera la ejecución del planeamiento, concretamente la regla general a tal ejecución y sus excepciones, entre las que cita «la ejecución directa de las infraestructuras básicas del territorio y «los elementos determinantes de su estructura general y orgánica», entre las que se mencionan las referentes a los sistemas generales de comunicación y sus zonas de protección, los espacios libres destinados a parques públicos y zonas verdes, el equipamiento comunitario y para centros públicos». De esta sentencia podría inferirse que los sistemas generales, o bien son infraestructuras básicas o bien elementos determinantes de la estructura general y orgánica del territorio, como si fueran dos conceptos o figuras excluyentes.

(17) En términos muy semejantes, las Sentencias de 27 de febrero de 1987, marginal 3378, y de 14 de marzo de 1988, marginal 2156.

jurídicas. Conociendo los contenidos genéricos de los «sistemas», lo único que parece claro es la vinculación a la estructura general y orgánica y estructura fundamental de los Planes Generales de Ordenación, pero al igual que «oscura» su delimitación y naturaleza jurídica. En principio, y como señala la Sentencia de 27 de febrero de 1987 (marginal, 3378), reiterando lo dicho en la citada de 8 de abril de 1989, la «estructura fundamental» no es más que un concepto legal o jurídico indeterminado que debe precisarse en cada Plan y cuyos perfiles se limitan por los sistemas generales que integra, lo que significa en definitiva un prolongación de la indeterminación de la naturaleza jurídica de los mismos.

En la Sentencia de 8 de febrero de 2003 (Recurso 8874/1998) (18), el Tribunal Supremo consideró que los costes de urbanización y demás que suponen los sistemas generales «no es posible cargar a particulares, en la medida en que los sistemas generales pasan a integrar el común beneficio público». Obsérvese que esa «integración» es jurídicamente relativa, pues el beneficio público común no puede equivaler al dominio público, institución que, como es perfectamente sabido, exige, además de la expresa declaración legal —*publicatio*—, el destino a usos o servicios públicos y la titularidad pública de los bienes (19).

En realidad, no parece interesar al Tribunal Supremo el análisis de la naturaleza jurídica de los sistemas generales, porque su doctrina jurisprudencial más reciente se detiene, insistentemente, en los métodos de valoración utilizables para los terrenos destinados a sistemas generales, particularmente en el supuesto de aquéllos que, en la frase que puso de moda el propio Tribunal, «sirven para crear ciudad» (20).

Una excepción importante la constituye la sentencia de 11 de abril de 2013 (Recurso 729/2011), en la que se trata el tema de la incompatibilidad entre sistemas generales de titularidad privada y de titularidad pública, lo que significa, al menos, un explícito reconocimiento de los sistemas generales privados y, por ende, en mi opinión, como no puede ser de otro modo, el rechazo de la identificación entre sistemas generales y dominio público. En su fundamentación jurídica la sentencia trata el caso de un «*equipamiento religioso de titularidad privada*», que considera como indiscutible sistema general, si bien rechaza «que ese templo parroquial de carácter privado tenga que emplazarse dentro del parque público urbano que integra el sistema general de zonas verdes y espacios libres».

De manera que, como vengo sosteniendo, no hay, no tiene por qué existir, una identificación absoluta entre el dominio público y los elementos o piezas que la legislación urbanística denomina como sistemas generales, considerándolos estructurales y orgánicos en un espacio territorial determinado, estatal, supramunicipal, municipal o incluso inframunicipal —caso de dotaciones locales vinculadas o conectadas a aqué-

(18) *Vid.* también la Sentencia de la Sala Tercera, de 12 de diciembre de 2013 (Recurso 907/2011).

(19) Me remito en este punto a las monografías de F. LÓPEZ RAMÓN: *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Ed. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2012, especialmente pp. 139 y ss.; y Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA: *La titularidad de los bienes de dominio público*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 1998, especialmente pp. 127 y ss.; *vid.* también el trabajo de LÓPEZ RAMÓN: «Teoría jurídica de las cosas públicas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 186, año 2011, pp. 9 y ss.; asimismo, por su directa relación con el tema analizado aquí, al reciente y excelente volumen colectivo (Coordinado por F. LÓPEZ RAMÓN y V. ESCARTÍN ESCUDÉ), *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013.

(20) Sentencias, entre las más recientes, de 30 de mayo de 2013, 14 de abril de 2014 y 23 de junio de 2014.

llos—, pues, como acabamos de ver en la jurisprudencia, y gran parte de la legislación y doctrina confirma, puede haber sistemas generales de titularidad privada que cumplen perfectamente el destino intrínseco, y previsto por el legislador, del común beneficio público.

## VI. El planteamiento normativo actual. Deducciones y consecuencias del régimen de los sistemas generales

Como ya vimos, ni en los artículos 10, 11 y 12 del Texto refundido de la Ley del Suelo, de 9 de abril de 1976, del que traen causa los artículos 25 y ss. del Reglamento de Planeamiento de 1978 (tampoco en el texto refundido de 1992 que introdujo en aquél sustanciales modificaciones), ni en la reiterada jurisprudencia sobre los «sistemas generales» se encuentran declaraciones expresas respecto de la condición demanial de los sistemas generales. Basta leer los textos mencionados para comprobar que el legislador estatal prescindió siempre de semejante categorización. Por eso afirmaba VALCÁRCEL que las «locuciones» (*sic*) «dotaciones públicas y sistemas generales», si bien integran el acervo de conceptos urbanísticos y de ordenación del territorio que se han consolidado en la cultura tradicional española en estas materias, pero que «pese a ello, en la legislación estatal no ha existido nunca un concepto perfectamente diáfano y acuñado condensado (*sic*, en el original) en un precepto dedicado *ex profeso* a concretar qué haya de entenderse por tales» (21).

Es más, apunta ROMERO ALOY (22) que en la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se promulga el Texto refundido de la Ley de Suelo, se dice que «en el entendimiento de la ciudadanía como un estatuto de la persona que asegure su disfrute en libertad del medio en el que vive, su participación en la organización de dicho medio y su acceso igualitario a las dotaciones, servicios y espacios colectivos que demandan la calidad y cohesión del mismo». Sin embargo —anota la autora— «este solemne y justificado pronunciamiento del legislador no se corresponde, sin embargo, con el rigor que debería presidir la materia. En efecto, los términos de dotación y equipamiento aparecen entremezclados con el término “zona”, efectuándose un uso indiscriminado de ambos y, en la praxis ordinaria, se han venido designando realidades diversas».

En denuncia de JIMÉNEZ DE CISNEROS, citado por MORENO LÓPEZ, «llama la atención poderosamente que la legislación urbanística haya hecho de la institución de los sistemas generales, por ejemplo, un concepto jurídico indeterminado, pese a su capital importancia. Igual suerte corren las dotaciones locales y el equipamiento...» (23).

---

(21) Patricia VALCÁRCEL FERNÁNDEZ: «Introducción a la gestión de las dotaciones públicas. Dotaciones públicas, redes públicas, sistemas generales y dotaciones locales: actualidad de la distinción», en la *Revista de Derecho Urbanístico y Medio ambiente*, n.º 222, p. 33.

(22) María Jesús ROMERO ALOY: «Equipamientos, dotaciones y zonas. Por una necesaria clarificación conceptual», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 276, año 2012, pp. 13 y ss.

(23) J. MORENO LÓPEZ: *Dotaciones, equipamientos urbanísticos: el sustrato de la urbanística social*, Madrid, 1999, p. 86.

En opinión de LÓPEZ PÉREZ, «pese a la incontestable importancia que las dotaciones presentan como elementos estructurantes y enriquecedores de las ciudades, amén de las trascendentales consecuencias jurídicas que de su calificación se derivan, no siempre existe la unanimidad deseada sobre sus nociones básicas y primarias» (24).

No obstante lo cual, no escasean los autores que han defendido fervorosamente que los sistemas generales son, *per se*, de dominio público. Algunos de estos autores, partiendo de la incuestionable condición demanial, matizan tan rotunda aseveración, reconociendo la posibilidad de que existan sistemas generales —así como dotaciones locales— de titularidad privada, pero sin abandonar la idea sustantiva de la condición de bienes de dominio público.

Conviene recordar que la doctrina científica más autorizada nunca ha calificado a los sistemas generales como bienes demaniales. Los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO no contemplaron esa equivalencia (25). GARCÍA BELLIDO destaca como notas comunes de la naturaleza jurídica de los sistemas generales y de las dotaciones locales el que poseen aprovechamiento lucrativo y el interés público y social de su destino. Pero, en cuanto a su régimen jurídico, considera que mientras no sean afectados al uso o servicio público, continúan siendo terrenos privados (26). LASAGABASTER HERRARTE, por ejemplo, llega a decir lo siguiente «...Interesa llamar la atención sobre una cuestión, a saber: por su propia definición, que se hace desde el planeamiento, las dotaciones que configuran la red de sistemas generales pueden ser públicas o privadas. Esta diferenciación es importante cuando posteriormente se analice la forma en que se adquieren por los poderes públicos esas dotaciones de sistemas generales y también la forma en la que lo hacen los particulares, cuando entre los equipamientos se señalan equipamientos o sistemas generales de carácter privado...» (27)

Sin embargo, otros autores insisten en la equiparación entre el dominio público y los sistemas generales. Es el caso de TOLEDO PICAZO, que alude a la interesante Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 diciembre 2008 (Recurso de Casación núm. 5033/2005), resolviendo la cuestión de la valoración, a efectos expropiatorios, de unos terrenos destinados a la construcción de un aeropuerto. Preguntándose sobre la naturaleza de sistema general del aeropuerto de Ciudad Real, señala: «Adelantemos ya la respuesta: rotundamente no. Debe quedar descartada la naturaleza de sistema gene-

(24) F. LÓPEZ PÉREZ: *El Régimen jurídico de obtención del suelo destinado a dotaciones públicas*, Ed. Thomson-Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 30.

(25) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO: *Lecciones De Derecho urbanístico, cit.*, especialmente pp. 201, 265 y 273.

(26) Recojo la cita de J.L. GONZÁLEZ BERENGUER y URRUTIA: «Estrategias de planeamiento y gestión para la cesión gratuita de los sistemas generales», en la revista *Ciudad y Territorio*, n.º 56, 1983, pp. 93 y ss.

(27) I. LASAGABASTER HERRARTE: «Dotaciones públicas...» *cit.*... Se trata de un comentario de la ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco, fundamentalmente a los artículos 53, 54, 55 y 57. Recoge doctrina, en una línea similar, citando a ARANA GARCÍA y CUESTA REVILLA, en el volumen coordinado por A. JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, y M. REBOLLO PUIG, *Derecho urbanístico de Andalucía (Comentarios a la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía)*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, *cit.*, pp. 164 a 165 y 449 a 450; también A. FERNÁNDEZ CARBALLAL: «La ejecución de los sistemas generales y dotaciones públicas», en el vol. colectivo *Derecho urbanístico gallego*, Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid, 2004, pp. 717 a 732; Fernando E. FONSECA FERRANDIS: «Ejecución de los planes de ordenación», en PAREJO ALFONSO, Luciano (dir.), *Derecho urbanístico de Galicia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 420 y 421.

ral de un aeropuerto privado como es el de Ciudad Real». Fundamenta su postura en la consideración de que «sólo las obras públicas de interés general del Estado, y no las privadas, deben ser consideradas sistemas generales... Sólo los aeropuertos estatales, o de titularidad de cualquier otra Administración Pública, pueden ser sistemas generales, no siéndolo el resto de aeropuertos de titularidad privada». Y añade TOLEDO: «...es que conforme dispone claramente la Disposición Preliminar número 11 del DL 1/2004, por el que se aprueba el TRLOTAU, los Sistemas Generales (*sic*) son bienes de dominio público y por lo tanto éstos no puedan tener una titularidad privada» (28).

Ciertas normas legales autonómicas recientes, en cambio, han establecido expresamente la ecuación sistemas generales y dominio público. Pero la cuestión es realmente confusa, incluso en las declaraciones expresas, si se atiende a la realidad de los terrenos subyacentes. En la ley autonómica gallega, 9/2002, de 30 de diciembre, finaliza el precepto (art. 165) destinado a definir las dotaciones públicas (sistemas generales incluidos) con esta lacónica y equívoca frase: «*teniendo el carácter de bienes de dominio público*». En el mismo sentido, con rotundas afirmaciones de este tipo, la legislación urbanística extremeña (29), o la riojana (30). En otros casos, las normas, renunciando a esa categórica calificación demanial, señalan que los terrenos soporte de sistemas generales «pasarán a titularidad pública», lo que en cierto modo podría significar lo mismo (31).

En otras disposiciones legales recientes se observa un cierto cambio de tendencia. Una de las normas más explícitas en el reconocimiento de sistemas generales de titularidad privada, como elementos fundamentales del territorio, es la ley de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria (32). Esta ley, siguiendo la estela del resto del ordenamiento urbanístico, define los sistemas generales como «el conjunto de los espacios libres y equipamientos destinados al servicio de todo el municipio». Incluye entre ellos el sistema de transporte, viario y comunicaciones, tanto urbanas como interurbanas de carreteras, ferrocarril, puertos y aeropuertos, si los hubiere, los espacios libres, que incluirán, entre otros parques, jardines, zonas deportivas al aire libre y áreas de ocio y descanso, que se distribuirán homogéneamente procurando la máxima accesibilidad a todas ellas, los equipamientos, que comprenderán las construcciones y sus parcelas destinadas a equipamientos sociales, como centros sanitarios, educativos, culturales, religiosos, asistenciales, deportivos cerrados y otros, así como las infraestructuras, que se componen de las instalaciones básicas necesarias para el funcionamiento de las redes urbanas, es decir, del abastecimiento y saneamiento de agua, la red eléctrica, la red de gas, y circunstancialmente, de otros servicios urbanos. Lo característico y original de esta norma es la admisión de sistemas generales de «zo-

(28) La Administración de la Comunidad autónoma de Castilla-La Mancha, primero, y posteriormente, la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de fecha 26 de junio de 2007, dieron por hecho, a juicio de TOLEDO PICAZO erróneamente, que el aeropuerto de Ciudad Real es un sistema general. Vid. A. TOLEDO PICAZO: «Los aeropuertos privados no son sistemas generales», *Revista de derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, n.º 259, año 2010, pp. 51 y ss.

(29) Disposición preliminar, puntos 12 y 13 de la ley 15/2001, de 14 de diciembre.

(30) Art. 24.2 de la ley 10/1998, de 2 de julio.

(31) Art. 90 de la ley madrileña 9/2001, de 17 de julio.

(32) Ley 2/2001 de 25 de junio.

nas verdes privadas», siempre que estas zonas verdes —insisto: privadas— sean «vinculantes», es decir, «terrenos que deben destinarse a espacio libre, aun cuando su titularidad sea privada y se ubiquen dentro de los límites de la parcela a la que pertenezcan».

Manteniendo los planteamientos que, en su día, introdujo la legislación estatal, la legislación urbanística de Cataluña acentúa el aspecto «funcional» de los sistemas generales, sin situar el punto de mira en la condición demanial de los mismos. Ciertamente, la norma urbanística catalana sigue siendo confusa en este punto. A la distinción clásica entre sistemas «generales» y «locales» añade otros «sistemas urbanísticos» para los que no cabe en modo alguno la categoría de bienes de dominio público. De este modo, no cierra la puerta a titularidades privadas, lo que, a mi juicio, resulta más coherente a la vista de lo que se ha expuesto hasta aquí. Aunque elude la calificación de «sistemas» en estos casos, lo cierto es que se trata de piezas o elementos identificables perfectamente con buena parte de los sistemas urbanísticos.

Para configurar la estructura general del territorio y determinar el desarrollo urbano, hay sistemas urbanísticos generales, definidos como «los terrenos que el planeamiento urbanístico reserva para las comunicaciones, para los equipamientos comunitarios y para los espacios libres públicos, si su nivel de servicio es de alcance municipal o superior». Pero, el planeamiento urbanístico general «puede prever como sistemas urbanísticos reservas de terrenos destinados a viviendas dotacionales públicas». Obviamente, no hay aquí afectación al uso público y, sólo de una manera forzada, cabe entender la afectación al servicio público. Además, el legislador integra en «el sistema urbanístico de equipamientos comunitarios» «los centros públicos, los equipamientos de carácter religioso, cultural, docente, deportivo, sanitarios, asistenciales, de servicios técnicos y de transporte y los otros equipamientos que sean de interés público o de interés social», donde ya no existe la condición demanial.

En cambio, es «sistema urbanístico de espacios libres públicos», o sea, de titularidad y afectación públicas (bienes de dominio público, naturalmente) el que comprende los parques, los jardines, las zonas verdes y los espacios para el recreo, el ocio y el deporte. Esta adjetivación («públicos»), reiterada en «los terrenos reservados para sistemas urbanísticos de titularidad pública», no oculta, en mi criterio, la posibilidad de sistemas urbanísticos de titularidad privada. Incluso admite expresamente la compatibilidad entre los terrenos reservados para sistemas urbanísticos, cuando se han obtenido o han de obtener mediante la cesión obligatoria o la expropiación urbanísticas, que, si bien deben destinarse íntegramente al uso público previsto, pueden ser compatibles con aprovechamientos privados «siempre que sean compatibles con la funcionalidad del sistema» y, además, cumplan los estándares mínimos establecidos por la legislación urbanística o por el planeamiento urbanístico general. En ese supuesto podrá «constituirse el régimen de propiedad horizontal más adecuado de entre los establecidos por la legislación civil catalana, con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público» (33).

Todavía resulta más expresiva, en este sentido, la legislación urbanística de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares. Las actuaciones urbanísticas dirigidas a la urbanización del suelo obligan a los propietarios a ceder, de manera obligatoria y gratuita, los suelos destinados a la ejecución de sistemas urbanísticos generales, así

---

(33) Artículos 34 y 35, del Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo, redactado por el artículo 7 de la ley 3/2012, 22 febrero, de modificación de aquél.



como costear la instalación y sus ampliaciones, refuerzos o mejoras. Los Planes generales deben contemplar «la definición de la estructura general y orgánica del territorio integrada por los sistemas generales viarios y de comunicaciones; por los sistemas generales de espacios libres públicos... y por los sistemas generales de equipamientos e infraestructuras». Además de esas determinaciones genéricas, deben contener en detalle la «definición de los terrenos destinados a espacios libres públicos, equipamientos y centros de las infraestructuras y servicios» y, en suelo urbanizable no ordenado por el Plan, la definición de los ámbitos de los «sistemas generales de espacios libres públicos, equipamientos e infraestructuras que se deban prever por el planeamiento de desarrollo».

En lo que se refiere a la utilización de la expropiación forzosa por razón de urbanismo, se autoriza por la ley cuando «el destino de los terrenos, por su calificación urbanística, a dotaciones y, en general, al dominio público de uso o servicio públicos, siempre que deban ser adquiridos forzosamente por la administración actuante, bien por no ser objeto del deber legal de cesión obligatoria y gratuita, bien porque hay una necesidad urgente de anticipar su adquisición». No hay duda de que la «causa» de la potestad expropiatoria se vincula a la «calificación urbanística» de las dotaciones... y al destino de los terrenos «al dominio público de uso o servicio públicos», siempre que los terrenos deban ser adquiridos forzosamente por la Administración actuante (34).

Por último, la reciente ley urbanística aragonesa, al referirse a los sistemas generales, tanto municipales como de incidencia o interés supramunicipal, para asegurar la racionalidad y coherencia del desarrollo urbanístico y territorial, es bastante rotunda en el rechazo de la equivalencia entre sistemas generales y dominio público. «Deberá diferenciarse —dispone— los de titularidad pública, por defecto, de los de titularidad privada y uso público» (35).

Por otro lado, incluso la más amortiguada categorización del destino puede ser errónea, si se piensa en los abundantes supuestos de privatización o liberalización que han provocado, aparte otras consecuencias no analizables aquí, el efecto de mantener el servicio real a las poblaciones y términos, como elementos estructurantes y orgánicos del territorio, de infraestructuras, equipamientos o espacios anteriormente de indudables condición y titularidad pública que han pasado a titularidades privadas sin merma alguna de su vinculación a la disponibilidad pública (36).

En su análisis del «periurbanismo estatal», señala ESCARTÍN ESCUDÉ que, atendiendo a la definición de sistema general que suministra la legislación vigente, «no cabe la menor duda de que el demanio estatal constituye una parte relevante en la estructuración general del territorio y sirve, además, al conjunto de la ciudad» y que «bajo esta perspectiva, se podría entender que, de conformidad con su naturaleza, dominio público y sistemas generales son términos equivalentes». Obviamente, y como ya se ha demostrado a lo largo del presente análisis, esta aseveración no puede ser entendida de forma absoluta e incuestionable. Como reitera el citado autor «por

---

(34) Art. 122 de la ley 2/2014, de 25 de marzo, de ordenación y uso del suelo de Baleares.

(35) Artículo 40, 28, de la ley 4/2013, de 23 de mayo, por la que se modifica la Ley 3/2009, de 17 de junio, de Urbanismo de Aragón.

(36) R. CABALLERO SÁNCHEZ: *Infraestructura en red y liberalización de servicios públicos*, Ed. INAP, Madrid, 2003, in toto.

regla general, la mayor parte de los bienes integrantes del dominio público estatal podrán adquirir la naturaleza urbanística de sistemas generales». No obstante, se pregunta este autor si sucede lo mismo en caso de analizar la presunta equiparación a la inversa, es decir, si los sistemas generales urbanísticos pueden catalogarse siempre y en todo caso como bienes de dominio público. Pues bien, debe quedar claro, tal y como se viene insistiendo, *que* «ninguna definición normativa del concepto de sistema general ha venido a establecer la necesaria demanialización de los citados elementos territoriales». Desde el punto de vista normativo, excepción hecha de las leyes autonómicas ya citadas, dice ESCARTÍN que «no existe ninguna obligación de que dichos sistemas generales sean bienes de dominio público exclusivamente. Es más, creo que debe considerarse como una circunstancia perfectamente viable la existencia de sistemas generales de titularidad privada».

La respuesta es bien simple: un sistema general, conceptualizado como pieza o elemento estructural y orgánico de un espacio urbano, puede ser de titularidad privada. Ya hemos visto que el Tribunal Supremo lo admite. Pero es que, además, la realidad urbanística puede exigirlo. Las tan injustamente controvertidas grandes superficies comerciales —y/o de ocio—, los extendidos parques temáticos, los multiplicados «campus» de las Universidades privadas, los grandes estadios deportivos o instalaciones polideportivas, los «palacios» congresuales, los hospitales privados, los centros educativos de propiedad privada, significan para determinadas urbes elementos básicos de su estructura urbanística, territorial y poblacional y contribuyen al desarrollo de la ciudad. No solamente para el presente, sino para la ordenación urbana futura. Y, sin duda, los sistemas generales de titularidad privada son aptos para servir al conjunto de la población.

En definitiva, afirma ESCARTÍN —y yo coincido en su apreciación, difícilmente cuestionable— que «cumplidos los dos requisitos que exige la definición no existe, en apariencia, ningún obstáculo para reconocer la existencia de sistemas generales de titularidad privada. Eso sí, los modos de obtención de dichos sistemas generales de titularidad privada deberían ser, de conformidad con su naturaleza, distintos a los de obtención de los sistemas generales públicos» (37).

## VII. Algunas consecuencias muy negativas de la equivalencia forzada entre sistemas generales y dominio público. El caso de la «Ciudad del Fútbol de Las Rozas»

Como se sabe, la problemática más repetida en el análisis conflictivo de los sistemas generales ha sido la de su obtención y consiguiente valoración. Su «demanialización» teórica al margen o por encima de la disposición del legislador —y esto es algo que ocurre comúnmente, salvo excepciones— ha permitido comprender los deberes

(37) Víctor ESCARTÍN ESCUDÉ: *El periurbanismo estatal: la ordenación urbanística del dominio público del Estado*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009. ESCARTÍN ESCUDÉ recoge el «guante» de MENÉNDEZ REXACH, quien agrupa los terrenos dotacionales locales y generales, sobre la base de la legislación estatal del suelo de 1976, en tres distintas categorías, para quien «la mayor parte de los terrenos dotacionales son de dominio público por estar destinados al uso público (viales, zonas verdes y espacios libres, fundamentalmente)». Pero MENÉNDEZ REXACH reconoce un tercer grupo que, «pese a su carácter dotacional, no es de dominio público, por ser de titularidad privada y no estar destinado al uso público ni al servicio público, sino que es soporte de actividades privadas de interés público o servicios al público».

de cesión obligatoria y gratuita y los discutidos métodos de valoración de los terrenos que les sirven de soporte en función de su contribución a la «creación de ciudad» en ámbitos de suelo no urbano. Algo, por cierto, que resulta más que sorprendente si se atiende, desde su origen como instrumento urbanístico, a los objetivos que cumplen (y continúan cumpliendo), esto es, servir como elementos fundamentales de estructura general y orgánica de los espacios urbanos y piezas absolutamente indispensables para el desarrollo urbano.

Pero hay una cuestión no suficientemente analizada o, al menos, que no ha trascendido, quizá por su rareza, al debate doctrinal. Sólo en una ocasión, que sepamos, se han manifestado con crudeza las consecuencias de la indefinición del legislador o, cuando menos, la ausencia de planteamientos normativos claros y rotundos, no sobre la función u objetivos de los sistemas generales, que existen y sobradamente, sino respecto de lo que considero una calculada ambigüedad del concepto. La jurisprudencia, como ya hemos expuesto, tampoco ha contribuido a la solución de las ausencias e indeterminaciones normativas.

Explicaré, en primer término y para quienes no conozcan el asunto en profundidad(38), que el conflicto planteado en la construcción de la llamada «Ciudad del Fútbol» en Las Rozas (Madrid) surgió precisamente por la previsión sobre sistemas generales de su Plan General de Urbanismo. En dicho instrumento planificador se destinaba una amplia superficie de propiedad municipal, clasificada como suelo urbano, procedente de cesión gratuita de una entidad mercantil privada, e inscrita en el Inventario municipal y en el Registro de la Propiedad como bienes patrimoniales (o «de propios», según terminología tradicional) a sistemas generales (parque equipado, espacios libres y zona deportiva). Ello, en principio, presuponia la condición demanial, de acuerdo con los usos públicos previstos. Pero conviene adelantar —concreciones más tarde— que las Normas urbanísticas del propio Plan autorizaban al Ayuntamiento, por un lado, a integrar o «englobar» los sistemas, modificando destinos, y, por otro, a sumar las edificabilidades previstas en una sola parcela.

El Ayuntamiento de Las Rozas, interesado, como otros de la Comunidad madrileña, en proyectar hacia el futuro su Municipio, entendió que un elemento determinante de su estructura territorial y orgánica y de desarrollo de sus condiciones urbanas podía ser la ciudad deportiva proyectada por la Real Federación Española de Fútbol. En ese determinado espacio, tanto el Ayuntamiento de Las Rozas, como la propia RFEF, entendieron que daba cobertura a los equipamientos en proyecto. No olvidemos que precisamente esos objetivos identifican a los sistemas generales, entonces y ahora. La Real Federación Española de Fútbol (RFEF, en adelante) es una Entidad asociativa de naturaleza jurídico-privada, pero que desempeña, por delegación *ex lege* funciones públicas de carácter administrativo(39).

---

(38) Los medios de comunicación, sin excepción alguna, estuvieron durante años, casi sin interrupción, proporcionando información a medida que se producían las decisiones judiciales en los litigios, desde la primera sentencia de 2004, y, desde luego, sobre los Autos de ejecución de las mismas, coincidiendo con las diferentes fases por las que atravesó la situación del conflicto surgido en la Real Federación Española de Fútbol, presidida por Ángel María Villar, como consecuencia de denuncias formuladas respecto a su gestión que, posteriormente, se revelaron como infundadas.

(39) Art. 32 de la ley estatal del deporte, 10/1990, de 15 de octubre. Sobre la naturaleza de las Federaciones Deportivas, me remito a J. BERMEJO VERA: *Constitución y Deporte*, Ed. TECNOS, Madrid, 1998; asimismo, A. CAMPS POVILL: *Las federaciones Deportivas. Régimen jurídico*, Ed. Civitas, Madrid, 1996. En lo que a las Fe-

Pues bien, la RFEF tenía el propósito de instalar un gran equipamiento de usos exclusivamente deportivos en las proximidades de la ciudad de Madrid. Se trataba de dar soporte a la sede y demás instalaciones de la RFEF y, sobre todo, a las Selecciones representativas de España en el ámbito de la modalidad deportiva del fútbol, tanto para su entrenamiento o preparación ordinaria, como para sus concentraciones previas a competiciones internacionales. Ello sin perjuicio de utilizaciones abiertas al uso público, como ha sido el caso. Algunos Municipios de la Comunidad autónoma madrileña ofrecieron terrenos de sus respectivos términos municipales, clasificados como suelo urbano y con distintas calificaciones, para ubicar en ellos el deseado equipamiento deportivo, tan relevante y tan representativo para el interés general del deporte futbolístico federado español.

En 1998, y tras obtener los informes favorables de todos los órganos y servicios (Secretaría, Intervención, Unidades de Contratación y Patrimonio) del Municipio(40), los

---

deraciones deportivas respecta conviene partir de unas frases de la exposición de motivos de la Ley estatal del Deporte de 1990. Dice el preámbulo de esa Ley lo siguiente: «La Ley presta, asimismo, una atención específica a las Federaciones Deportivas Españolas y a las Ligas Profesionales como formas asociativas de segundo grado. Por primera vez se reconoce en la legislación la naturaleza jurídico-privada de las Federaciones, al tiempo que se les atribuyen funciones públicas de carácter administrativo. Es en esta última dimensión en la que se sustentan las diferentes reglas de tutela y de control que la Administración del Estado puede ejercer sobre las Federaciones que la Ley, cautelarmente, ha establecido con un absoluto y exquisito respeto de los principios de autoorganización que resultan compatibles con la vigilancia y protección de los intereses públicos en presencia...».

Una ya bien conocida Sentencia del Tribunal Constitucional, 67/1985, de 24 de mayo, dejó perfectamente claro que resulta constitucionalmente válido la «instrumentalización» de Entidades de naturaleza jurídico privada para la gestión de determinadas funciones públicas. Desde el primer momento, no faltaron opiniones encontradas con esta doctrina. Así, por ejemplo, los profesores administrativistas R. PARADA VÁZQUEZ, J. ESTEVE PARDO, J. LEGUINA VILLA e I. AGUIRREAZKUENAGA, entre otros, defienden la naturaleza jurídico-pública de las Federaciones Deportivas, calificándolas o incluyéndolas dentro del concepto de «Corporaciones públicas representativas de intereses sectoriales». Y es cierto que la Ley estatal del deporte de 15 de octubre de 1990, sin calificar expresamente como «funciones públicas de carácter administrativo» las funciones asignadas a las Federaciones Deportivas Españolas, enumeran sus más importantes competencias y prevé que se desarrollarán «bajo la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes».

Se trata de una inconcreción calificativa, pero muy significativa, toda vez que, en primer lugar, la ley reconoce a las Federaciones Deportivas Españolas «sus propias atribuciones» y les otorga además «funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración pública» (art. 30.2), lo que significa que las «funciones públicas delegadas» se ejercen bajo la coordinación y tutela de la Administración. El Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas añade un dato esencial, pues, según el art. 3.3, «los actos realizados por las Federaciones Deportivas Españolas en el ejercicio de las funciones públicas de carácter administrativo, son susceptibles de recurso ante la Consejo Superior de Deportes, cuyas resoluciones agotan la vía administrativa». Este planteamiento es idéntico en la mayor parte de las Leyes deportivas autonómicas. En conclusión: si se prescinde del debate sobre la naturaleza pública o privada —porque lo resuelve la Ley—, al menos queda claro que las Federaciones Deportivas actúan en su condición de «agentes colaboradores de la Administración» en el ejercicio, por delegación, «de funciones públicas de carácter administrativo». Y ello las hace ser Entidades legitimadas por la normativa estatal de régimen local para ser cesionarias gratuitas de bienes de las Corporaciones locales.

(40) La Unidad Administrativa de Contratación del Ayuntamiento de Las Rozas, a la vista de la «propuesta» y de las normas aplicables, emitió su Informe favorable para, por una parte, la «segregación» —así se denominó— de una determinada porción del suelo de los terrenos de propiedad municipal, afectados por el Plan General de Ordenación Urbana del municipio y, por otra parte, la «cesión» a la RFEF de la parcela segregada, con un destino específico a usos deportivos y demás fines sociales de la Entidad cesionaria. En la tramitación reglamentaria, también informó favorablemente la Comisión Informativa de Hacienda, Régimen Interior, Personal, Patrimonio y Especial de Cuentas del Ayuntamiento de Las Rozas. En sesión extraordinaria y plenaria del día 4 de junio de 1998, el Ayuntamiento de Las Rozas adoptó el acuerdo de aprobación del «Convenio a suscribir a con la RFEF» para materializar la proyectada y preparada cesión de bienes de propiedad municipal. Como consecuencia de la aprobación del acuerdo, y de conformidad con lo previsto en el Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de julio, al tratarse de una «cesión

responsables municipales suscribieron un «Convenio» con la RFEF para llevar a cabo los objetivos propuestos. No se trataba de un Convenio urbanístico a la sazón, sino de un compromiso de cesión gratuita de bienes patrimoniales, vinculada a objetivos precisos y con especificación de las obligaciones del cesionario. Insisto, porque puede resultar determinante, aparte de ilustrativo para el análisis del tema, en que la calificación de los terrenos en cuestión, en suelo clasificado como urbano, era de «sistemas generales» (espacios libres, usos deportivos, parque equipado), con una edificabilidad prevista y determinada superior al 10% del total de la zona, sin ningún tipo de precisión más allá de la expuesta. Conviene reiterar que los terrenos estaban registrados como *bienes patrimoniales* (procedentes de una donación de una sociedad mercantil) y añadir, porque parece importante, que la fijación de los destinos concretos de esos «sistemas generales», según las normas urbanísticas del Plan General, se llevaría a cabo posteriormente por el Ayuntamiento en función de sus necesidades.

Los acuerdos plenarios municipales, aprobando por mayoría absoluta el Convenio con la RFEF, el Estudio de Detalle configurando alineaciones y rasantes, la cesión y la licencia urbanística otorgada a la RFEF (41), todo ello de conformidad con el Plan, fueron impugnados por varios concejales de la oposición ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa (42).

Pero es precisamente la cuestión principal la que motiva y se analiza en este trabajo: ¿la simple e indeterminada calificación de sistemas generales puede identificarse con la naturaleza jurídica de los bienes de dominio público? Según los concejales demandantes, en efecto, las actuaciones municipales eran nulas de pleno derecho porque los bienes objeto de cesión no tenían naturaleza de bienes patrimoniales (o, de propios en la terminología tradicional), sino de bienes de dominio público y, consiguiente, no podrían ser objeto de cesión gratuita, ni al amparo de la legislación urbanísticas, ni bajo la garantía de la legislación patrimonial en régimen local. Dicho de otro modo: la nulidad de pleno derecho de la cesión de los terrenos (y de los demás acuerdos municipales, por conexión y consecuencia) radicaba en la irregular segregación

---

gratuita», resultaba obligada la justificación documental de los fines, la certificación registral y del Secretario, el Informe del Interventor, un Dictamen suscrito por técnico competente, la información pública por el plazo mínimo de quince días y la aprobación del Pleno con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación. Todo ello se realizó en sus plazos y formalidades.

(41) Culminado el expediente, en efecto, el Ayuntamiento de Las Rozas acordó, en sesión plenaria y extraordinaria del día 25 de septiembre de 1998, por mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación (12 votos a favor y 6 en contra) aprobar definitivamente la cesión de bienes municipales a la RFEF, y en concreto de la parcela segregada, en las condiciones en que se habían previsto en el expediente, haciendo constar, no solamente que «la edificabilidad y los usos a los que deberá destinarse dicha parcela son los especificados en el planeamiento vigente (Modificación del Plan General en el ámbito de planeamiento P. R.VII: Parque Empresarial)», sino también la «condición resolutoria de la cesión efectuada». Esta última, minuciosamente expuesta, figuraba especificada en el Acuerdo plenario, coincide con los contenidos del «Convenio de cesión de bienes a suscribir con la RFEF».

(42) La impugnación, repetida en cuatro ocasiones, esto es, frente a los cuatro acuerdos municipales mencionados, se basaba fundamentalmente en que la «cesión» de terrenos suponía una transmisión patrimonial que afectaba (*sic*) a «bienes de dominio público inalienables», ya que el Plan urbanístico destinaba la zona a «sistemas generales». Se añadían otros argumentos complementarios relativos a la supuesta irregularidad del procedimiento tramitado, la vulneración de la normativa de contratación de las Corporaciones locales, el hecho de prescindir también del procedimiento establecido en el art. 75 de la Ley urbanística madrileña 9/1995 y la presunta infracción de edificabilidad y de los usos previstos respecto a las determinaciones de la legislación urbanística, concretada en el Plan General de Ordenación Urbana del Ayuntamiento de Las Rozas.

parcelaria y, sobre todo, ilegal enajenación de bienes de dominio público, dado que la calificación de sistemas generales «impregnaba» irreversible e irremisiblemente a los terrenos municipales, inventariados y registrados como bienes patrimoniales, imposibilitando su cesión gratuita.

La argumentación se centraba, primero, en el art. 74 del Texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo núm. 781/1986, de 18 de abril, así como en el art. 2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio. Evidentemente, estos preceptos, sobre la base de lo establecido en la Constitución, consideran *demanial* y, en consecuencia, inalienable e intransmisible el patrimonio municipal afectado al uso o al servicio público. Como es bien sabido, la *afectación* se convierte en requisito indispensable para la calificación de los bienes de propiedad pública como bienes de dominio público. La única transmisibilidad legalmente fundada sería entonces la «concesión administrativa». La cesión gratuita, por muy condicionada que sea, es una forma de enajenación que encubriría la transmisión de bienes públicos a manos privadas y, por lo tanto, una privatización encubierta.

La sentencia (en realidad las cuatro sentencias, pues se reiteró su contenido en todas ellas) de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (43) respondía al razonamiento de forma estimativa, no solamente declarando la nulidad del acuerdo por el que se aprobó el convenio de cesión, sino de los actos sucesivos (Convenio, Estudio de detalle, y licencia urbanística), por implicar la enajenación de bienes de dominio público a favor de la RFEF.

En síntesis, son varios los argumentos que justificaban la nulidad decretada por la Sala madrileña. En primer lugar, *las parcelas cedidas, por su calificación urbanística como sistemas generales, tenían la consideración de bienes demaniales y no patrimoniales*. En segundo lugar, la RFEF, como entidad de naturaleza jurídico-privada, no podía ser titular de esos bienes, en la medida en que sus objetivos no están dirigidos al uso o servicio público. En tercer lugar, los usos o servicios previstos en el Convenio de cesión no eran públicos. Finalmente, la incorporación al tráfico jurídico privado suponía una sustracción al uso o servicio público contraria a la regla de la inalienabilidad del dominio público que hubiera exigido la previa desafectación que, a su vez, requeriría una modificación de la planificación urbanística vigente. Este último argumento, soporte real de los demás, lo utilizaba el Tribunal para resolver la contradicción entre la naturaleza declarada —inventariada y registrada— de las parcelas y el destino urbanístico previsto para las mismas, es decir, los «sistemas generales».

En la sentencia, se pretende resolver la discordancia señalando que, suponiendo que los terrenos tuvieran naturaleza patrimonial, «el hecho de que fueran objeto de cesión por el meritado convenio sin garantizar su destino urbanístico previsto por el planeamiento como sistemas generales —lo que ha revelado los actos posteriores que han permitido a la RFEF ubicar sus dependencias, realizar sucesivos actos de tráfico jurídico con terceros e inscribir registralmente los bienes a su nombre— determina además la in-

---

(43) La Sala estaba presidida por J.E. López Candela, ponente además, y constituida por los magistrados Elvira A. Rodríguez Martí, J.F. López de Hontanar Sánchez, M.A. García Alonso, F.J. Canabal Conejos y Sandra González de Lara Mingo.

fracción del mentado art. 58.1 de la LS de 9.4.1976, pues el mencionado destino urbanístico como sistemas generales habría quedado convertido en una entealequia» (44).

Expuesto así, sin mayores matices, el razonamiento parecía impecable en función de que resulta indudable que los bienes de dominio público son inalienables, inembargables e imprescriptibles (art. 132 de la Constitución y legislación de desarrollo), por tanto, intransmisibles. O, cuando menos, son transmisibles, pero solamente a través de la «concesión administrativa» y nunca por cesión gratuita.

Conviene, sin embargo, volver a poner aquí en cuarentena la rotunda afirmación de que *los sistemas generales tienen la consideración de bienes de dominio público y no patrimoniales*. A este argumento pueden oponerse otros muchos de sentido diferente. Como se ha sostenido anteriormente, la legislación urbanística estatal nunca calificó expresamente a los sistemas generales como «bienes» y mucho menos como «demaniales». Tampoco la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como ya hemos visto, incurre en ese error de categorización. Con la salvedad de lo que ya hemos observado respecto a las leyes urbanísticas autonómicas, en las que se mantiene el error, los sistemas generales no constituyen bienes, sino destinos convertibles en bienes.

En cuanto a la necesaria garantía del destino urbanístico previsto por el planeamiento como sistemas generales, es preciso añadir algún dato relevante que refuerza nuestro criterio, dado que la normativa complementaria del Plan General de Ordenación Urbana (plan parcial o, si fuera necesario, normas urbanísticas de planeamiento) revelaba la intención del Ayuntamiento de Las Rozas de especificar, en la ejecución, los destinos concretos de las parcelas (45).

En efecto, el patrimonio de las Entidades locales se vincula a su capacidad jurídica para adquirir y poseer bienes de todas las clases (art. 9 del Reglamento de Bienes) y la posibilidad de adquisición es genérica (art. 10 y siguientes del citado Reglamento). Las Corporaciones locales están obligadas a formar Inventario de sus bienes, y en el inventario se reseñarán, según su naturaleza, los diversos bienes de su pertenencia, es claro que corresponde a la Corporación realizar dicho inventario dejando expresa constancia de su «naturaleza» (art. 20 del citado Reglamento de Bienes). Para la Corporación municipal, resultaba evidente que los «bienes cedidos» o transmitidos a la RFEF eran de naturaleza patrimonial, porque ello se deducía, no solo, de la certificación del Registro de Propiedad y de su inclusión en el Inventario de Bienes Municipales, sino del «título de adquisición». Téngase en cuenta que estos terrenos eran ya de propiedad municipal y, probablemente por la indefinición de sus futuros usos, se ha-

---

(44) Fundamento de Derecho 5.º, último párrafo de la sentencia de 5 de octubre de 2004. Por cierto, no resulta fácil entender por qué la sentencia invoca el texto refundido de 9 de abril de 1976, cuando ya estaba plenamente vigente el Texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio y derogado el anterior por la ley 8/1990, de 25 de julio. Un detalle en el que no repara A. MENÉNDEZ REXACH al comentar la sentencia, en su trabajo: «Contra la privatización del dominio público. La naturaleza demanial de los sistemas generales. Comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de octubre de 2004 (Ciudad del Fútbol de Las Rozas)», *Revista Jurídica del deporte y del Entretenimiento*, n.º 13, año 2005, pp. 15-31.

(45) Frente a la argumentación de la sentencia, cabe señalar que el Ayuntamiento de Las Rozas, en razón a los propios preceptos citados por la parte recurrente, invocaba la naturaleza patrimonial de los bienes objeto de la cesión. Se trataba —decía— de bienes patrimoniales en la medida en que no estaban «destinados a un uso o servicio público» a través de la necesaria «afectación». La legislación de régimen local exige dicha afectación necesariamente. (Art. 79 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, de 2 de abril de 1985 y art. 74 del Texto refundido local de 1976, así como arts. 2 a 4 de su Reglamento de Bienes, aprobado por Real Decreto de 13 de junio de 1986).

bían catalogado *in genere* como sistemas generales, algo bastante frecuente en la planificación general urbanística para los elementos determinantes del desarrollo urbano. Hago también aquí una breve advertencia sobre este argumento, ya que la legislación urbanística vigente entonces establecía unos modos de adquisición de terrenos destinados a sistemas generales absolutamente incompatible con el razonamiento de la sentencia.

Por otra parte, no puede oponerse una supuesta prevalencia de la legislación urbanística sobre la legislación patrimonial de las Corporaciones locales, porque constituyen ámbitos normativos diferentes y perfectamente compatibles. Pero es que, además, las determinaciones urbanísticas del Plan General de Las Rozas permitían, como ya he señalado, esas especificaciones, partiendo de la clasificación del suelo como urbano y de su calificación de destino a usos deportivos. Esta cuestión no desdeña las referencias a la atribución de la calificación de sistemas generales. En primer lugar —razonaba el Ayuntamiento—, porque no lo eran materialmente sino en el momento de concretar los destinos previstos, por medio del instrumento urbanístico correspondiente. En segundo lugar, porque existen «dotaciones» no específicas que se compatibilizan perfectamente con la titularidad privada y que resultan compatibles con los usos deportivos previsto en la cesión. Y en tercer lugar, porque estaba prevista incluso una determinada «edificabilidad» en las parcelas objeto de cesión que se respetaba perfectamente en el Convenio. En efecto, el punto 10.4 de la normativa del Plan General de Ordenación Urbana de Las Rozas, en la «Modificación Puntual» que afectaba al Planeamiento Remitido VII, aprobado definitivamente el 17 de enero de 1997, autorizaba al Ayuntamiento, respecto de las tres parcelas cedidas, a definir una única parcela que integrase el sistema general de espacios libres con los sistemas generales dotacionales «no específicos» y «deportivo». Asimismo señalaba el Plan que cabía (sic) «englobar la edificabilidad resultante de la anterior definición de las tres subparcelas en una única, pudiendo incluso destinarse dicha edificabilidad a los fines específicos que el Ayuntamiento pueda concretar en el futuro». Se refería precisamente esta norma urbanística a las subparcelas que integraban la zona objeto de cesión a la RFEF(46).

Por otra parte, es cierto, como señalaba la discutible sentencia madrileña, que las Normas del Plan disponían lo siguiente:

«Los nuevos terrenos afectados por sistemas generales deberán adscribirse al dominio público, estarán afectos al uso o servicio que determina el presente Plan y deberán transmitirse al Ayuntamiento de las Rozas.

Los terrenos o instalaciones de sistemas generales fijados por el Plan General que tengan en la actualidad un uso coincidente con el propuesto, se mantendrán en el dominio de la Administración Pública o Entidad

---

(46) Esta disposición nunca fue impugnada y se encontraba en pleno vigor. Por ello, se convirtió en la base y cobertura de la aprobación del correspondiente «Estudio de Detalle» en el que, junto a las demás determinaciones urbanísticas vigentes, se amparó la licencia de obras otorgada a la RFEF. El Estudio de Detalle, en el que se amparaba la licencia de obras, era plenamente ajustado a Derecho, o sea, a la legislación urbanística vigente y al Plan General de Las Rozas en todos los aspectos de la edificabilidad tolerada y la existencia y consolidación de usos prohibidos. Dicho de otro modo, el Estudio de Detalle, típico instrumento de desarrollo del suelo urbano clasificado en el Plan General, concretaba los usos compatibles, sin desbordar la edificabilidad, sino para rebajarla, de conformidad con lo previsto en las Normas del Plan General de Las Rozas.



de Derecho Público o Privado titular de los mismos, sin que deban transmitirse al Ayuntamiento de Las Rozas.

Los terrenos afectados por sistemas generales que en la actualidad son de titularidad privada, deberán transmitirse en todo caso al Ayuntamiento de Las Rozas, quien los incorporará a su patrimonio mediante los sistemas de obtención que se regulan en el presente Plan General (...)

Pues bien, en estos tres párrafos se regulan tres situaciones distintas que llevan a la conclusión de que no todos los terrenos «afectados» por sistemas generales en el PGOU de Las Rozas de Madrid son afectados automáticamente al dominio público por efecto del Plan General, en aplicación del artículo 81.2.a) LBRL que parece desprenderse de la lectura aislada del párrafo primero de la norma urbanística transcrita. Aunque la sentencia prescinde de este dato, considero importante que se refiera la norma a los «nuevos» terrenos. El párrafo segundo, en el supuesto de terrenos de titularidad privada que se adecuen al uso del sistema general permanecen en dicha titularidad; y, por definición, los bienes de titularidad privada no pueden ser demaniales. Por último, en el supuesto contemplado en el párrafo tercero de la norma se trata de bienes de titularidad privada que deben transmitirse al Municipio para su incorporación al patrimonio de éste, es decir, obtenidos por expropiación u ocupación directa tal y como prevé toda la legislación urbanística. La sentencia, según hemos ya insinuado, decidió en línea con la doctrina de la equivalencia entre sistemas generales y los bienes de dominio público. O sea, que las parcelas cedidas, por su calificación urbanística como sistemas generales, tenían la consideración de bienes demaniales.

Tanto el Ayuntamiento de Las Rozas como la RFEF interpusieron recurso de casación, sin éxito. Pero, quede constancia de que ni la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, habida cuenta de la relevancia del problema planteado, ni el Tribunal Constitucional —este último, en defensa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a los recursos—, aceptaron el desafío jurídico (47).

---

(47) Auto de la Sección Primera, de 9 de marzo de 2006, integrada por los Magistrados Fernando LEDESMA BARTRET, Mariano de ORO-PULIDO y LÓPEZ y Juan José GONZÁLEZ RIVAS, inadmitió el recurso sin entrar en el fondo. Desperdió así el Alto Tribunal una magnífica ocasión para resolver el complejo problema, no del asunto en cuestión, sino de la naturaleza de los sistemas generales urbanísticos. La «peregrina», por inconsistente, razón utilizada se encontraba en la línea habitual de los tribunales, y especialmente del Supremo, de renuncia a su función nomofiláctica. Lamento profundamente expresar públicamente —aunque es bastante relativa esta «publicidad»— mi protesta ante la actitud de los Tribunales Superiores sobre la admisión de los recursos. La Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en 2004 lo fue, sí, en única instancia, pero el Supremo utilizó una curiosa interpretación de la disposición adicional 14.ª de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, y de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), a partir de su Auto de 4 de octubre de 2004. En efecto, al haber sido dictada la Sentencia en única instancia era aplicable el artículo 86.1 LJCA que permitía la casación de las sentencias dictadas en única instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia. Esta especie de ultraactividad, no prevista legalmente, de una norma transitoria, contrariaba el principio constitucional de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), como es el supuesto de retroactividad de normas no previstas y otras disfunciones en la producción de instrumentos legales. Lo peor del caso —y aquí valen las palabras anteriores— es que el Tribunal Constitucional (Sección segunda de la Sala Primera, integrada por los Magistrados RODRÍGUEZ ZAPATA PÉREZ, GARCÍA-CALVO y MONTIEL y PÉREZ TREMPES) inadmitieron el recurso de amparo, bajo la cobertura del ya tradicional «latiguillo» de que el recurso carecía manifiestamente de contenido constitucional. *Vid.*, al respecto, algunas consideraciones críticas en José BERMEJO VERA: *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Thomson-Cívitas, Madrid, 2005, especialmente, pp. 101 y ss.).

### **VIII. Epílogo: un importante y controvertido tema jurídico en la cornisa de la hermenéutica judicial. Los Sistemas Generales, ni antes, ni ahora, deben considerarse «bienes», mientras no lo son, ni mucho menos como equivalentes al dominio público**

Se habrá observado que el autor no niega, ni podría hacerlo, que los Sistemas Generales, esa gran «invención» de los videntes urbanistas de la década prodigiosa legislativa de los setenta, eran, son y seguirán siendo los «elementos fundamentales de la estructura general y orgánica» del territorio y del desarrollo urbano. En definitiva, de la configuración de la estructura de las ciudades. La doctrina jurisprudencial más reciente se detiene, insistentemente, en los métodos de obtención y de valoración utilizables para los terrenos destinados a sistemas generales, particularmente en el supuesto de aquéllos que, en la frase que puso de moda el propio Tribunal Supremo, «sirven para crear ciudad».

Sin embargo, lo que en la legislación urbanística se consagró, sustantivamente, era el destino de los sistemas generales como instrumentos urbanísticos determinantes para ese desarrollo urbano en términos de racionalidad y orden.

En su inicial conformación normativa, las leyes autonómicas de ordenación territorial —y urbanística, de forma embrionaria—, sin duda influenciadas por la entonces monopolística legislación estatal —como, por otra parte, no era difícil entender, a expensas de la resolución constitucional sobre la discutida competencia en materia urbanística— reiteraban la obligatoriedad de los sistemas generales, con o sin referencia terminológica expresa a los mismos. La legislación territorial y urbanística emanada de buena parte de las Comunidades Autónomas, al amparo de la importante modificación interpretativa de la distribución constitucional de competencias en materia de urbanismo(48), resulta tributaria de la estatal en lo que concierne al tratamiento específico de los novedosos instrumentos que supusieron los «sistemas generales», introducidos en las leyes de 1975-76-92, y cuyas dificultades de identificación y categorización estaban a la vista.

De modo que, al igual que la calificación de los bienes como dominio público conecta con el objeto, bien o servicio o equipamiento de destino y no a la inversa, los sistemas generales no son *per se* y *a se* bienes de dominio público, o no tienen por qué serlo necesariamente, sino «unidades de destino» para los terrenos urbanos, urbanizables o no urbanizables, que exijan instalaciones para el común beneficio público. Obsérvese que el beneficio público común no puede equivaler al dominio público, institución que, como es perfectamente sabido, exige, además de la expresa declaración legal —*publicatio*—, el destino a usos o servicios públicos y la titularidad pública de los bienes. Por regla general, la mayor parte de los bienes integrantes del dominio público, estatal o autonómico, podrán adquirir la naturaleza urbanística de sistemas generales. Pero no sucede lo mismo en caso de analizar la presunta equipara-

---

(48) Me refiero a la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, cuyo contenido hizo reaccionar a buena parte de la doctrina iusurbanística en sentido negativamente crítico. Entre otras muchas, incluso demoledoras, diatribas, remito, por todos, a T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «El desconcertante presente y el imprevisible futuro del Derecho Urbanístico Español», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 94, año 1997, pp. 189 y ss.; *vid.* También los trabajos reunidos en la obra colectiva, coordinada por L. PAREJO, *El urbanismo hoy. Reflexiones a propósito de la STC 61/1997 y el proyecto de nueva ley estatal*, Instituto Pascual Madoz, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1997).

ción a la inversa, es decir, si los sistemas generales urbanísticos pueden catalogarse siempre y en todo caso como bienes de dominio público.

Tampoco podemos decir que la doctrina y jurisprudencia hayan despejado el oscuro panorama que los Ordenamientos urbanísticos vigentes ofrecen en este punto. La «desidia legislativa» ha prolongado indefinidamente el debate sobre su naturaleza y efectos jurídicos, provocando algunos graves problemas en la casuística del urbanismo contemporáneo.

En suma, esa «estructura fundamental y orgánica» que invocan repetidamente las leyes urbanísticas, y por su derivación los Planes de ordenación, no es más que un concepto legal o jurídico indeterminado que debe precisarse en cada Plan y cuyos perfiles, cuando se limitan por los sistemas generales que integra el Plan, no hacen más que representar una prolongación de la indeterminación de la naturaleza jurídica de los mismos.

Y, si se piensa en los abundantes supuestos de privatización o liberalización que han provocado, aparte otras consecuencias no analizables aquí, los sistemas generales, incluso de titularidad privada, producen el efecto de mantener el servicio real a las poblaciones y términos, de infraestructuras, equipamientos o espacios anteriormente de indudables condición y titularidad pública que han pasado a titularidades privadas sin merma alguna de su vinculación a la disponibilidad pública. Las tan injustamente controvertidas grandes superficies comerciales —y/o de ocio—, los extendidos parques temáticos, los multiplicados «campus» de las Universidades privadas, los grandes estadios deportivos o instalaciones polideportivas, los «palacios» congresuales, los hospitales privados, los centros educativos de propiedad privada, significan para determinadas urbes elementos básicos de su estructura urbanística, territorial y poblacional y contribuyen al desarrollo de la ciudad. No solamente para el presente, sino para la ordenación urbana futura. Y, sin duda, los sistemas generales de titularidad privada son también aptos para servir al conjunto de la población.

Trabajo recibido el 26 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Lan honek defendatzen du sistema orokorrak, hiri —eta lurralde— antolamenduko tresnak direnez, ez direla jabari publikoko ondasun per se. Izan daitezke, eta gehienak badira, haien helburua eta helburuaren eraginkortasuna zehaztean, sistema orokorretara bidera daitezkeen instalazioen edo ekipamenduen jabari publikoko lege-adierazpenekin, aurretik eta berariaz egindakoekin, bat badatoz. Baina sistema horiek titulartasun pribatukoak ere izan daitezke, eta hala dira hein handi batean, horregatik beren helburua edo xedea ezertan aldatu gabe. Ondasun bat jabari publikoko kalifikatzea helburuko objektuarekin, ondasunarekin, zerbitzuarekin edo ekipamenduarekin konektatzen den bezala, eta ez alderantziz, sistema orokorrak onura publikorako eta hiria egituratzeko instalazioak behar dituzten hiri-lur, lur urbanizagarri edo lur urbanizaezinentzako «helburuko unitateak» dira.

**HITZ GAKOAK:** Hirigintza. «Sistema orokorrak». Zuzkidura publikoak. Hirigintzako planak. Jabari publikoko ondasunak. Las Rozaseko futbol-hiria.

**RESUMEN:** En este trabajo se defiende la idea de que los sistemas generales, como cualificados instrumentos de la ordenación urbana, y territorial, no son per se bienes de dominio público. Pueden serlo, y lo son mayoritariamente, cuando se realiza la concreción y efectividad de su destino y éste coincide con las previas y expresas declaraciones legales de demanialidad de las instalaciones o equipamientos a que pueden ser destinados los sistemas generales. Pero también esos sistemas pueden ser, y de hecho lo son en gran medida, de titularidad privada, sin perder un ápice de su genuina finalidad u objetivo. De modo que, al igual que la calificación de los bienes como dominio público conecta con el objeto, bien o servicio o equipamiento de destino y no a la inversa, los sistemas generales son «unidades de destino» para los terrenos urbanos, urbanizables o no urbanizables, que exijan instalaciones para el común beneficio público y vertebración de la ciudad.

**PALABRAS CLAVE:** Urbanismo. «Sistemas Generales». Dotaciones públicas. Planes urbanísticos. Bienes de dominio público. Ciudad del Fútbol de Las Rozas.

**ABSTRACT:** In this paper, the idea that the «General Systems», as qualified instruments of urban planning and territorial, are not, per se, public property, is defended. They can be, and mostly they are, public property when produced the specificity and effectiveness of its destination and this coincides with previous and express statutory declarations in public ownership. But these «Systems» can be, and indeed are largely, privately owned, without losing its genuine purpose or objective.

So, like the qualification of property as public connects with the object, equipment or service, and no the other, the «General Systems» are units target» for urban, developable or nor developable land, requiring facilities for the common public and the backbone of the city benefit.

**KEYWORDS:** «General Systems». Urbanism. Public facilities. Urban plans. Public property. Soccer City of Las Rozas.

## Impacto y accidente. El caso de las prospecciones petrolíferas en Canarias (1)

Andrés Betancor Rodríguez

Por Resolución de 11 de agosto de 2014, de la Dirección General de Política Energética y Minas, se ha autorizado a Repsol Investigaciones Petrolíferas SA, la ejecución de sondeos exploratorios en los permisos de investigación de hidrocarburos «Canarias 1» a «Canarias 9». Al promotor se le impone la condición, la quinta, de que «deberá adoptar las medidas y actuaciones precisas para dar cumplimiento a los contenidos de la Resolución de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente de 29 de mayo de 2014 (*Boletín Oficial del Estado* n.º 140 de 10 de junio), por la que se formula declaración de impacto ambiental del proyecto Perforación de sondeos exploratorios en los permisos de investigación de hidrocarburos denominados «Canarias 1 a 9».» En dicha declaración, la autoridad ambiental había concluido afirmando lo siguiente:

«En consecuencia, el Secretario de Estado de Medio Ambiente, a la vista de la propuesta de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental y Medio Natural, formula declaración de impacto ambiental favorable a la realización de los sondeos denominados en el proyecto Sandía, Chirimoya y Zanahoria, al concluirse que no producirá impactos adversos significativos siempre y cuando se realicen en las condiciones señaladas en la presente propuesta, que resultan de la evaluación practicada recogida en el apartado A.» «En relación con el análisis de los sucesos accidentales descrito en el apartado B, para su consideración en la autorización sustantiva del proyecto, se ha estimado el riesgo ambiental para el archipiélago canario, suponiendo un caudal de *blowout* de 3.000 bbl/día que

---

(1) Estas páginas no son, ni pueden ser, un homenaje a Demetrio Loperena. Mi homenaje y creo que el de todos los que lo conocimos sólo puede ser el recuerdo permanente de una persona llena de cualidades personales e intelectuales. En este momento me viene a la mente las horas y días que hemos pasado juntos. Su sonrisa permanente, su voluntad de encontrar siempre el lado positivo de las cosas, incluso en los momentos más difíciles. Siempre estarán conmigo. Estas páginas sólo plasman unas reflexiones personales en relación con la protección ambiental que era, para él, un ámbito singularmente querido y donde hizo notables aportaciones y, además, desde el primer momento, cuando los ambientalistas eran unos extraños entre los académicos. Estoy seguro que, allí donde esté, no compartirá algunas de las cosas que aquí digo. También estoy seguro de que no le importará, al contrario. Doy fe de su tolerancia y respeto. En todos los ámbitos, personales e intelectuales. Para él, por encima de todo, estaba la amistad, o sea, el afecto incuestionable hacia el amigo. Mientras permanezca vivo entre nosotros su recuerdo, permanecerá vivo entre nosotros. Querido Demetrio, a ti sólo puedo dedicarte mi afecto y mi reconocimiento que no desfallece.

sin la aplicación de las medidas de lucha contra la contaminación, podría tener unas consecuencias que el promotor ha estimado en el estudio de impacto ambiental y adendas.»

El objeto de este trabajo es (1) analizar, desde el punto de vista jurídico, cómo se evalúan los impactos y los accidentes; por lo que (2) no será objeto de consideración ni la autorización sustantiva; ni tampoco (3) las circunstancias concretas del proyecto de prospecciones en Canarias. Este proyecto opera, a los efectos de este trabajo, como contexto fáctico en el que analizar cómo se regula la evaluación de los impactos y, en particular, los de los accidentes. Estos últimos son los que constituyen un reto jurídico de singular importancia. Por dos razones, por un lado, por la gravedad e importancia de los mismos y, por otro, por la valoración, incluso, aprehensiva, que llevan a cabo los ciudadanos. En el caso del proyecto que comento, los ciudadanos están reaccionando, sospecho que bajo el influjo político, de una manera singularmente adversa. Es lógico cuando se les transmite que está en riesgo su vida, además, del daño ambiental. Un riesgo que se representa vivamente como la consecuencia de la inutilización de las plantas desaladoras (que son las que provén de agua a la población) por el vertido de hidrocarburos aflorados por el pozo. En un segundo plano se coloca el turismo y la pesca. El escenario es apocalíptico: la perforación puede sufrir un accidente que arrojaría miles de toneladas de petróleo que afectaría a la flora y fauna marina pero también a la población. Cuando el peligro es tan grave y, además, presentado, casi, como una certeza, la alarma social se enciende. Es lógico que la población reaccione. Es comprensible, pero no es razonable. Es la reacción del miedo, no la de la razón. La pregunta que suscita esta reflexión es: ¿qué puede hacer el Derecho?

## I

El Derecho es una técnica social de eficacia limitada, como he expuesto y argumentado en otro lugar (2). Es limitada pero es la única que tenemos, como sociedad civilizada, para contribuir de manera razonable (civilizada) a la solución de los problemas. Cuanto más graves e importantes, más esencial y relevante, además de necesario, será el concurso del Derecho. En el caso que nos ocupa, el proyecto tiene una relevancia social incuestionable. No sólo para las Islas Canarias, sino también para el resto de España. Los cálculos que han presentado tanto la Administración general del Estado como el promotor así lo revelan. La importancia de la riqueza que aportaría sería notable. Y, sin embargo, los ciudadanos canarios observan con preocupación su ejecución.

El Derecho sólo puede ofrecer seguridad, la seguridad jurídica, de que el proyecto se autoriza y ejecuta con las garantías adecuadas de que los impactos ambientales están controlados y minimizados y los riesgos de accidente han sido contemplados e, igualmente, atenuados. Varias cuestiones, en el plano jurídico, son las que surgen: ¿cómo el Derecho aporta la seguridad? ¿cómo gestiona impactos y riesgos de acci-

(2) A. BETANCOR, *Derecho ambiental*, Ed. La Ley-Wolters Kluwer, Madrid, 2014.

dentes para ofrecerla? El Derecho garantiza un mínimo; un mínimo de seguridad frente a uno y otro. No está nada claro que sea suficiente para tranquilizar las preocupaciones ciudadanas. Pero ¿estas preocupaciones pueden encontrar un nivel óptimo de satisfacción? Con certeza si la alternativa es «cero», o sea, la no ejecución del proyecto. En cambio, si la ejecución supone importantes beneficios sociales, parece que esta alternativa es descartable. Si no cabe la alternativa cero, ¿cuál es el óptimo? En definitiva, este trabajo intenta reflexionar, insisto, desde el Derecho, sobre cómo se gestionan impactos y riesgos de accidentes a los efectos de tender a alcanzar el óptimo de «tranquilidad» ciudadana en relación con un proyecto como el que nos ocupa.

¿Cuál es el marco normativo? El Derecho ambiental regula el cómo se inserta en el proceso de autorización de proyectos de actividades de relevancia ambiental la evaluación tanto de los impactos como de los riesgos de accidentes. En particular, la legislación de evaluación de impacto ambiental que, en lo que al proyecto que nos ocupa, era el derogado texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero. Este ha sido sustituido por la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental pero sólo es aplicable a los procedimientos iniciados a partir de su entrada en vigor, que no es el caso (3).

Según la definición contenida en la misma, *evaluación ambiental* es «el conjunto de estudios y análisis técnicos que permiten estimar los efectos que la ejecución de un determinado proyecto puede causar sobre el medio ambiente» (art. 2.1) (4). No cualquier efecto. Sólo los representativos. La finalidad es, como se afirma en la Ley 21/2013, analizar los posibles efectos significativos sobre el medio ambiente. ¿Para qué? Aunque en la definición no se dice, el resultado del análisis ha de insertarse en el procedimiento principal de autorización. Al ser un procedimiento instrumental de éste, el resultado, expresado como declaración de impacto ambiental, habrá de ser tenido en cuenta en orden a autorizar, o no, el proyecto. Aquí se plantea el viejo problema, ya superado, sobre el carácter vinculante o no de la declaración. En lo que a la legislación básica del Estado se refiere, la declaración no es vinculante; es un «informe preceptivo y determinante» (5). La autoridad sustantiva, la que autoriza el proyecto, no está obligada a seguir la conclusión, si es negativa, de la declaración. Sin embargo, el rechazo suscitaría un incidente o conflicto entre los dos órganos, el ambiental y el sustantivo, que deberá ser resuelto por el superior jerárquico común a am-

---

(3) No obstante, nos serviremos de la vigente Ley 21/2013 para explicar todo aquello alusivo al régimen jurídico de la evaluación que sistematiza mejor las coordenadas institucionales de la evaluación, incluso, de la regulada por el Real Decreto Legislativo 1/2008.

(4) En la vigente Ley 21/2013, la definición es distinta: «procedimiento administrativo instrumental respecto del de aprobación o de adopción de planes y programas, así como respecto del de autorización de proyectos o, en su caso, respecto de la actividad administrativa de control de los proyectos sometidos a declaración responsable o comunicación previa, a través del cual se analizan los posibles efectos significativos sobre el medio ambiente de los planes, programas y proyectos» (art. 5). Ese procedimiento se clasifica, en la misma ley, en *evaluación ambiental estratégica* y la *evaluación de impacto ambiental*. La que ahora nos ocupa, es esta segunda la que reviste importancia.

(5) En el artículo 5.3.d) Ley 21/2013 se define la declaración como «informe preceptivo y determinante del órgano ambiental con el que concluye la evaluación de impacto ambiental ordinaria, que evalúa la integración de los aspectos ambientales en el proyecto y determina las condiciones que deben establecerse para la adecuada protección del medio ambiente y de los recursos naturales durante la ejecución y la explotación y, en su caso, el desmantelamiento o demolición del proyecto.»

bos. Este, con libertad, deberá pronunciarse sobre la autorización o no del proyecto, imponiendo las condiciones adecuadas (6).

La evaluación, como procedimiento instrumental, es la que, como he dicho, analiza *los posibles efectos significativos sobre el medio ambiente* del proyecto de actividad, lo que se plasma en la declaración de impacto ambiental «que evalúa la integración de los aspectos ambientales en el proyecto y determina las condiciones que deben establecerse para la adecuada protección del medio ambiente y de los recursos naturales durante la ejecución y la explotación y, en su caso, el desmantelamiento o demolición del proyecto» (art. 5.1.a) Ley 21/2013). La declaración plasma el resultado de la evaluación. Dos cuestiones esenciales surgen sobre el qué y el cómo de la evaluación.

El *qué* de la evaluación, como he dicho, son los impactos o efectos significativos (7). Aunque lo silenciaba la legislación derogada, eran estos los que tenían relevancia para la evaluación y, por consiguiente la autorización del proyecto. Aquí se plantea un problema que latirá a lo largo de este trabajo: ¿los riesgos de accidentes son también objeto de evaluación? Se deben distinguir los efectos que el proyecto necesariamente producirá de aquellos otros que están sujetos a una condición azarosa, como es la del accidente. Por muy ambientales que sean los efectos, hay una diferencia radical entre los producidos por un proyecto (*efectos ambientales del proyecto*) y los producidos por un accidente (*efectos ambientales del accidente*). Esta diferencia esencial tensiona el procedimiento de evaluación, construido institucionalmente para contemplar a aquellos y, en cambio, forzado a entender de estos otros, cuando ni el procedimiento ni la autoridad están cualificados para llevarlo a cabo. La evaluación ambiental no se puede confundir con el análisis de riesgos.

El *cómo* de la evaluación nos conduce al procedimiento. Ya me he ocupado en otro lugar (8). Ahora me interesan tres aspectos esenciales del mismo: (I) estudio de impacto ambiental; (II) análisis técnico del expediente; y (III) declaración de impacto ambiental (9).

(6) El artículo 13 Real Decreto Legislativo 1/2008 regula el mecanismo de resolución de discrepancias. El artículo 12 de la Ley 21/2013 lo regula en los siguientes términos: en el primer apartado se dispone que «en el supuesto de que existan discrepancias entre el órgano sustantivo y el órgano ambiental sobre el contenido de la declaración ambiental estratégica, de la declaración de impacto ambiental, o en su caso, del informe ambiental estratégico, o del informe de impacto ambiental resolverá según la Administración que haya tramitado el expediente, el Consejo de Ministros o el Consejo de Gobierno u órgano que la comunidad autónoma determine.»

(7) El artículo 5.1.b) de la Ley 21/2013 define qué debemos entender por «impacto o efecto significativo». Es la «*alteración de carácter permanente o de larga duración de un valor natural y, en el caso de espacios Red Natura 2000, cuando además afecte a los elementos que motivaron su designación y objetivos de conservación.*» Algo falla. Hay una incorrección técnica. El objetivo de la evaluación es analizar los posibles efectos significativos pero, en cambio, la significancia de éstos sólo viene de la mano, según la definición, de la duración (permanencia o larga duración). Es ilustrativo que, en el Anexo VI, reservado a los conceptos técnicos (apartado 8), la definición de «efectivo significativo» es distinta. No sólo la variable temporal es relevante: «Aquel que se manifiesta como una modificación del medio ambiente, de los recursos naturales, o de sus procesos fundamentales de funcionamiento, que produzca o pueda producir en el futuro repercusiones apreciables en los mismos» (letra a). Tres son los factores: (i) modificación; (ii) futuro; y (iii) repercusiones apreciables. Estos son los efectos que tienen relevancia jurídica. Es lógico que el Derecho haya arbitrado un procedimiento para su evaluación y, por consiguiente, «determinar» la autorización del proyecto.

(8) BETANCOR, 2014, pp. 1169 y ss.

(9) Me voy a servir de la regulación vigente, la de la Ley 21/2013, no la de la derogada del Real Decreto Legislativo 1/2008, aunque ésta es la aplicable al caso que nos ocupa. Sin embargo, aquella ha formalizado mejor y de manera más sistemática lo que el Real Decreto Legislativo regulaba pero de manera menos rigurosa. A los efectos de este trabajo, mostrar el cómo el Derecho regula y gestiona impactos y riesgos, la legislación vigente lo hace de manera más clara pero sin modificar, en sustancia, la legislación derogada. Hay una evidente continuidad pero también hay una evidente mejora técnica lo que explica que me sirva de la nueva legislación.



Tres momentos esenciales a los efectos de este trabajo. Hay otros no menos relevantes como la participación del público y la consulta a las Administraciones. En lo que ahora nos atañe, ocupa un lugar secundario. Me interesa, como ya he dicho, el cómo el Derecho evalúa los impactos y los riesgos de accidente. Y cómo afronta su gestión, en el entendido de que, lo más probable, es de que no se llegue a un resultado claro, o sea, a una declaración de impacto que concluya de manera categórica que no hay ni impactos ni riesgos. Esto no sería posible porque sólo podría ser fruto de la alternativa «cero».

El *estudio de impacto ambiental* es definido como el «documento elaborado por el promotor que contiene la información necesaria para evaluar los posibles efectos significativos del proyecto sobre el medio ambiente y permite adoptar las decisiones adecuadas para prevenir y minimizar dichos efectos» (art. 5.3.c) Ley 21/2013). No sólo es un documento «informativo»; no sólo contiene la información necesaria. En el artículo 35 se especifica que también contiene una «evaluación» de los efectos del proyecto. Contiene una descripción del proyecto, el examen de las alternativas, el inventario ambiental, las medidas preventivas, correctoras y compensatorias, el programa de vigilancia y el documento de síntesis (artículo 35 y Anexo I, apartado 1). El aspecto de su contenido que nos interesa es el de la evaluación de los impactos: «evaluación y, si procede, cuantificación de los efectos previsibles directos o indirectos, acumulativos y sinérgicos del proyecto sobre la población, la salud humana, la flora, la fauna, la biodiversidad, la geodiversidad, el suelo, el subsuelo, el aire, el agua, los factores climáticos, el cambio climático, el paisaje, los bienes materiales, incluido el patrimonio cultural, y la interacción entre todos los factores mencionados, durante las fases de ejecución, explotación y en su caso durante la demolición o abandono del proyecto» [art. 35.1.c) Ley 21/2013].

Es, también, un documento de análisis o evaluación. No sólo aporta datos, sino que también los analiza y recoge un juicio valorativo de los mismos, en particular, de los impactos ambientales, de los efectos del proyecto en relación con los aspectos o «factores» señalados (población, la salud humana, la flora, la fauna, la biodiversidad, la geodiversidad, el suelo, el subsuelo, el aire, el agua, los factores climáticos, el cambio climático, el paisaje, los bienes materiales, incluido el patrimonio cultural, y la interacción entre todos). En el Anexo VI se especifica que el estudio debe incluir la «identificación y valoración de impactos, tanto en la solución propuesta como en sus alternativas».

El Derecho, la Ley 21/2013, no se limita a enunciar el contenido del estudio y, en particular, por lo que ahora nos concierne, el relativo a la «evaluación» de los efectos. Además, regula esta evaluación y, por consiguiente, la que va a desarrollar la autoridad ambiental con ocasión del análisis técnico. En el Anexo VI se detalla, en el apartado 4, en qué consiste la identificación (10), cuantificación (11) y valora-

---

(10) Se detalla que la identificación de los impactos ambientales «derivará del estudio de las interacciones entre las acciones derivadas del proyecto y las características específicas de los aspectos ambientales afectados en cada caso concreto, incluido el paisaje en los términos del Convenio Europeo del Paisaje.» «Se distinguirán los efectos positivos de los negativos; los temporales de los permanentes; los simples de los acumulativos y sinérgicos; los directos de los indirectos; los reversibles de los irreversibles; los recuperables de los irrecuperables; los periódicos de los de aparición irregular; los continuos de los discontinuos.» [Y] «Se indicarán los impactos ambientales compatibles, moderados, severos y críticos que se prevean como consecuencia de la ejecución del proyecto.»

(11) La *cuantificación* «consistirá en la identificación y descripción, mediante datos mensurables de las *variaciones* previstas de los hábitats y de las especies afectadas como consecuencia del desarrollo del plan o programa o por la ejecución del proyecto.» «Se medirán en particular las variaciones previstas en: [1] Superficie del hábitat o tamaño de la población afectada directa o indirectamente a través de las cadenas tróficas, o de los vectores ambientales, en concreto, flujos de agua, residuos, energía o atmosféricos; suelo, ribera del mar

ción (12) de impactos o efectos significativos. Y se concluye señalado que «se jerarquizarán los impactos ambientales identificados y valorados, para conocer su importancia relativa.» Por último, en el apartado 8 del mismo Anexo VI se especifica el significado de los términos técnicos (13) manejados y, por consiguiente, que deberán ser utilizados por el promotor al realizar el estudio. El Derecho se limita, en el mejor de los casos, a plasmar la *communis opinio* científica. Levanta acta de ese consenso. Y lo asume con las consecuencias jurídicas que son propias de la vestimenta legal: la obligatoriedad y la sanción en caso de incumplimiento.

El aspecto más evanescente, desde el punto de vista jurídico, es el de la valoración de los efectos. En el Anexo citado, específicamente sobre esta cuestión, se dispone que la valoración se «realizará, siempre que sea posible, a partir de la cuantificación, empleándose para ello, aquellas metodologías contempladas en normas o estudios técnicos que sean aplicación.» La valoración a los efectos jurídicos es la valoración técnica. Se remite expresamente a normas o estudios técnicos. El vaciamiento jurídico es completo. La valoración se llevará a cabo conforme a normas técnicas, e incluso, estudios (14). Escapa del Derecho. El cómo se valorará será fijado en el ámbito de la ciencia y de la técnica. Las consecuencias jurídicas se canalizan a través de la valoración de los impactos como compatible, moderado, severo, crítico o residual. La autoridad sustantiva deberá tener en cuenta esta valoración, en el contexto general de la evaluación, para autorizar o no el proyecto. El Derecho es fronterizo. En este ámbito reconoce la frontera y se remite a lo que hay más allá para poder extraer una consecuencia jurídica (15).

El *análisis técnico del expediente* lo lleva a cabo la autoridad ambiental. Sobre el particular, la Ley nada dice, salvo que lo realizará para «evalua[r] los efectos ambientales del proyecto» (art. 40 Ley 21/2013). Esta es la única determinación sobre el contenido de la

---

y de las rías. Para ello se utilizarán, unidades biofísicas del hábitat o especie afectadas. [2] La intensidad del impacto con indicadores cuantitativos y cualitativos. En caso de no encontrar un indicador adecuado al efecto, podrá diseñarse una escala que represente en términos de porcentaje las variaciones de calidad experimentadas por los hábitats y especies afectados. [3] La duración, la frecuencia y la reversibilidad de los efectos que el impacto ocasionará sobre el hábitat y especies. [4] La abundancia o número de individuos, su densidad o la extensión de su zona de presencia. [5] La diversidad ecológica medida, al menos, como número de especies o como descripción de su abundancia relativa. [6] La rareza de la especie o del hábitat (evaluada en el plano local, regional y superior, incluido el plano comunitario), así como su grado de amenaza. [Y] [7] La variación y cambios que vayan a experimentar, entre otros, los siguientes parámetros del hábitat y especie afectado: El estado de conservación. El estado ecológico cuantitativo. La integridad física. La estructura y función.»

(12) «La *valoración* de estos efectos se realizará, siempre que sea posible, a partir de la cuantificación, empleándose para ello, aquellas metodologías contempladas en normas o estudios técnicos que sean aplicación.»

(13) Los conceptos técnicos definidos son los siguientes: efecto significativo; efecto positivo; efecto negativo; efecto directo; efecto indirecto; efecto simple; efecto acumulativo; efecto sinérgico; efecto permanente; efecto temporal; efecto reversible; efecto irreversible; efecto recuperable; efecto irrecuperable; efecto periódico; efecto de aparición irregular; efecto continuo; y efecto discontinuo. Así como los conceptos de impacto ambiental compatible; impacto ambiental moderado; impacto ambiental severo; impacto ambiental crítico; impacto residual; y peligrosidad sísmica.

(14) No es un accidente que la Ley exija capacidad técnica a los autores de los documentos, así como responsables de su contenido y fiabilidad de la información. En particular, el estudio de impacto ambiental (como los demás documentos) «deberán ser realizados por personas que posean la capacidad técnica suficiente de conformidad con las normas sobre cualificaciones profesionales y de la educación superior, y tendrán la calidad necesaria para cumplir las exigencias de esta ley. Para ello, los estudios y documentos ambientales mencionados deberán identificar a su autor o autores indicando su titulación y, en su caso, profesión regulada. Además, deberá constar la fecha de conclusión y firma del autor» (art. 16.1 Ley 21/2013).

(15) *Sobre la dependencia científica del Derecho*, BETANCOR, 2014, pp. 119 y ss.

función. Se regula qué es lo que deberá analizarse en particular en relación con los trámites seguidos por el promotor para la elaboración del estudio, la insuficiencia de la información de que dispone y la ausencia de los informes preceptivos. En definitiva, los trámites adecuados para que el expediente esté completo y le permita emitir su juicio. «El órgano ambiental continuará con el procedimiento siempre que disponga de los elementos de juicio suficientes para realizar la evaluación de impacto ambiental» (art. 40.4 Ley 21/2013).

El juicio técnico de la autoridad ambiental se plasma en la *declaración de impacto ambiental*. «El órgano ambiental, una vez finalizado el análisis técnico del expediente de evaluación de impacto ambiental, formulará la declaración de impacto ambiental.» Así lo dispone el artículo 41 Ley 21/2013. Es, según la definición del artículo 5.3.c), el «informe preceptivo y determinante del órgano ambiental con el que concluye la evaluación de impacto ambiental ordinaria, que evalúa la integración de los aspectos ambientales en el proyecto y determina las condiciones que deben establecerse para la adecuada protección del medio ambiente y de los recursos naturales durante la ejecución y la explotación y, en su caso, el desmantelamiento o demolición del proyecto». Tiene la «naturaleza de informe preceptivo y determinante, y determinará si procede o no, a los efectos ambientales, la realización del proyecto y, en su caso, las condiciones en las que puede desarrollarse, las medidas correctoras y las medidas compensatorias» (art. 41.2 Ley 21/2013). Y su contenido es coherente con tal naturaleza(16). Uno de los aspectos es, precisamente, el resumen del análisis técnico realizado por el órgano ambiental.

En el corazón de los trámites expuestos y su correspondiente plasmación documental está lo que la legislación denomina como la «valoración» de los efectos o impactos ambientales. Es una valoración técnica que resulta de un análisis técnico aplicando reglas, normas o estudios técnicos. Además, es obra de técnicos. El Derecho se rinde ante la evidencia de que se trata de un ámbito técnico. Su papel es regular el quién, el cómo y el qué; lo demás, queda en manos de técnicos y de la técnica. Es tan determinante que, incluso en caso de discrepancia entre la autoridad ambiental y la sustantiva en relación con la declaración de impacto, el órgano que la resuelva, como parece sensato, no podrá cambiar la valoración que se contenga en la declaración. Podrá decidir autorizar el proyecto en contra de la valoración negativa, o podrá cambiar las condiciones, pero no podrá cambiar la valoración que de los impactos ha hecho la autoridad ambiental(17).

En este marco jurídico(18), se desarrolla el proyecto de prospecciones en Canarias. Como ya he señalado no es el objeto de esta páginas el análisis del mismo. Sólo

---

(16) El artículo 41.2 Ley 21/2013 lo detalla en los siguientes términos: «la declaración de impacto ambiental incluirá, al menos, el siguiente contenido: a) La identificación del promotor del proyecto y del órgano sustantivo, y la descripción del proyecto. b) El resumen del resultado del trámite de información pública y de las consultas a las Administraciones públicas afectadas y a las personas interesadas, y cómo se han tenido en consideración. c) El resumen del análisis técnico realizado por el órgano ambiental. d) Si proceden, las condiciones que deban establecerse y las medidas que permitan prevenir, corregir y, en su caso, compensar los efectos adversos sobre el medio ambiente. e) Las medidas compensatorias que deban establecerse en caso de concurrir las circunstancias previstas en el artículo 45 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. f) El programa de vigilancia ambiental. g) Si procede, la creación de una comisión de seguimiento. [Y] h) En caso de operaciones periódicas, la motivación de la decisión y el plazo a que se refiere la disposición adicional décima.»

(17) BETANCOR, 2014, pp. 1244-1245.

(18) Como he insistido me he servido de la legislación vigente (que no la derogada aplicable al proyecto que nos incumbe) porque plasma con mayor claridad las coordenadas institucionales de la evaluación. Y todo esto, sin que rompa con las líneas maestras de la legislación derogada. Hay continuidad pero también hay mejora. Por esta razón me he servido del Derecho vigente.

me interesa el cómo el Derecho afronta, en concreto, ese ámbito tan evanescente, desde el punto de vista jurídico, de la valoración de los impactos y de los riesgos de accidentes.

## II

El promotor, conforme a la legislación que le resultaba aplicable, elaboró el *estudio de impacto ambiental*. Este fue presentado ante la autoridad ambiental que, después de su análisis técnico, produjo la declaración de impacto ambiental. Esta fue formulada por Resolución de 29 de mayo de 2014, de la Secretaría de Estado de Medio Ambiente (BOE n.º 140, de 10 de junio de 2014). Un aspecto relevante de la declaración es el reconocimiento de que la evaluación se va a desarrollar en dos «escenarios», los «escenarios de la evaluación». Uno es el de los «impactos ambientales *ciertos* del proyecto», o sea, «los impactos *generados por la ejecución* material de los sondeos y los derivados de su operación rutinaria». En otro es el del «riesgo ambiental del proyecto, a través del análisis de ciertas hipótesis de sucesos accidentales». Este sería el escenario de los accidentes que podría afrontar el proyecto durante su ejecución. Este último es el de mayor preocupación social. Como se reconoce: «es destacable el hecho de que ha sido esta parte la que ha suscitado una mayor preocupación en la opinión pública.» La evaluación del riesgo ambiental permitirá «la consideración de los riesgos ambientales junto al resto de los criterios técnicos, económicos, sociales, etc., dentro del procedimiento de autorización sustantiva del proyecto.»

La originalidad del proyecto, en lo que ahora nos interesa, está en la necesidad, en la conveniencia, por la alarma social, de evaluar singularmente los riesgos derivados del posible accidente. Los impactos ambientales del proyecto son conocidos y, además, perfectamente neutralizables. En cambio, la evaluación de los riesgos de accidente es más compleja. Si la dependencia científico técnica es, en general, como ya he expuesto, extraordinaria, tratándose de esta última evaluación, la dependencia se reduplica al mismo tiempo que la incertidumbre. La Administración se introduce en un terreno que reduplica su dificultad no sólo por su naturaleza científica sino por la incertidumbre con la que se mueve la ciencia y la técnica en este territorio.

Los *impactos ambientales* del proyecto son perfectamente conocidos; son los derivados de las actividades rutinarias en este tipo de prospecciones exploratorias en condiciones normales de operación. En el apartado A de la declaración se resumen los principales elementos de la evaluación practicada. En relación con los impactos de la alternativa seleccionada, se han identificado los siguientes: (i) presencia física de las instalaciones produce impactos sobre mamíferos y torturas marinas, así como las aves, además, sobre la pesca y el patrimonio arqueológico; (ii) vertidos por las actividades rutinarias; (iii) generación de ripios y lodos de perforación; y (iv) ruido de la unidad de perforación, así como de los equipos de apoyo. Son todos unos impactos previsibles y que cuentan con medidas adecuadas para su eliminación o reducción. Desde el punto de vista ambiental, no es el ámbito más problemático tanto para su gestión como para su tolerancia social. Las instalaciones y la perforación tienen unos efectos sobre el entorno que no son singularmente relevantes; no pueden reputarse que hacen insostenible el proyecto. Se trata de una actividad de exploración, limitada tanto en su importancia como en el tiempo. Se contemplan, por lo tanto, medidas de

protección de la calidad de las aguas, de los espacios protegidos, de la fauna sensible y de los recursos pesqueros. El «impacto residual», o sea aquél que resulta una vez se han aplicado las medidas de preventivas y correctoras adecuadas, es el que ha de permitir emitir un juicio positivo o negativo sobre el proyecto. En este caso, el de la autoridad ambiental es positivo.

Más difícil es la gestión y alcanzar la tolerancia social respecto de los *riesgos de accidentes*. Es el apartado B de la declaración. ¿Cómo se evalúa este riesgo? ¿cómo se asume por la población? A la dimensión objetiva se ha de sumar la subjetiva. En ambos planos, el papel del Derecho es muy secundario. La seguridad jurídica sufre, tanto como los mecanismos de protección de los derechos. Significativamente, cuando menos seguridad, mayor terreno propicio para la arbitrariedad administrativa pero también para el irracionalismo alarmista de base demagógica. La ausencia del Derecho alimenta tanto la arbitrariedad como el alarmismo.

¿Cómo lo afrontó el promotor? El punto de partida del estudio de impacto ambiental es que se trata de sucesos contingentes que, en circunstancias normales de operación, no ocurrirán. Es un riesgo ambiental que debe ser analizado como tal, usando la metodología adecuada: enfoque de análisis de riesgos ambientales. El objetivo es, una vez debidamente caracterizado, fijar las medidas adecuadas para su reducción. Esto quiere decir que el riesgo es la probabilidad de que el peligro se actualice como daño (19). Es la probabilidad del daño (20). Dos variables críticas: (i) los peligros que pueden producir unos daños; y (ii) la probabilidad de que tal evento dañoso se produzca. Peligros y riesgos. Al final, la valoración de los peligros dará lugar a una conclusión probabilística.

El accidente que más importancia reviste es el que se denomina como *blowout*, o sea, el derrame descontrolado del crudo. Otros accidentes, como el derrame del diésel utilizado por los equipos, reviste una importancia menor en relación con sus eventuales efectos ambientales. El peligro, la fuente del mismo, es, esencialmente, la perforación que puede provocar el alumbramiento sin control del petróleo, tras haber neutralizado todos los mecanismos o barreras de contención. Los daños pueden afectar a la costa, al mar y a la fauna; y, por consiguiente, sobre las actividades económicas que se proyectan sobre los recursos indicados, en particular, turismo y pesca. Y, podrían, además, ser importantes. Para determinar estos daños se utilizan distintos modelos técnicos, tanto estocásticos como deterministas, que sirven para ofrecer simulaciones de las trayectorias del vertido.

El promotor, en el Anexo 12.2 del estudio de impacto aporta uno específico del *blowout*. Este ofrece un cálculo de su probabilidad. A tal fin, (i) se utiliza la información procedente de las bases de datos internacionales más importantes que relacionan todos los *blowout* producidos en distintos periodos temporales; (ii) se clasifican los distintos tipos; y (iii) se calcula la probabilidad de que se produzca en función de las circunstancias que concurren en el caso de las prospecciones de Canarias. Pueden haber oscilaciones en función del número de eventos registrados, las condiciones en que se producen (tal como la cantidad y la duración), ... pero se puede hacer un

---

(19) BETANCOR, 2014, pp. 961 y ss.

(20) El artículo 2.3 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental recoge la siguiente definición de riesgo: «Función de la probabilidad de ocurrencia de un suceso y de la cuantía del daño que puede provocar».

cálculo de probabilidad, al menos entre mínimos y máximos, que sirve de orientación para evaluar el impacto en caso de accidente. En definitiva, la probabilidad está basada en datos históricos. Las diferencias en los datos varían en función de la duración, la extensión territorial cubierta, pero también las características de los accidentes (extensión, duración, tipología de la actividad, hidrocarburo extraído, profundidad, ...). Es lógico que se produzcan diferencias (21). El promotor calculó la probabilidad en  $1,99 \times 10^{-5}$ . Esta cifra es el resultado de los datos que resumió en la siguiente tabla:

(21) El promotor manejó varias bases de datos y la información sobre las probabilidades. Las más relevantes para su cálculo fueron las siguientes (p. 15, Anexo 12.2 Estudio de Impacto Ambiental)

#### Frecuencia de *blowout* de la OGP (Oil and Gas Producers)

Operación	Frecuencias			
	Media	Gas	Crudo	Unidad
Exploración, profundo (sondeo normal)	$3,1 \times 10^{-4}$	$3,6 \times 10^{-4}$	$2,5 \times 10^{-4}$	Por sondeo perforado
Exploración, profundo (sondeo HPHT)	$1,9 \times 10^{-3}$	$2,2 \times 10^{-3}$	$1,5 \times 10^{-3}$	Por sondeo perforado

Nota: Frecuencias estimadas a partir de datos de «*blowout*» recogidos en la base de datos de SINTEF entre el periodo del 1 de enero de 1980 y 1 de enero de 2005.

Fuente: OGP, 2010

#### Frecuencias de *blowout* de Scandpower (2011 y 2012)

Operación	Año	Frecuencia			
		Media	Gas	Crudo	Unidad
Exploración, profundo (sondeo normal)	2012	$1,26 \times 10^{-4}$	$7,51 \times 10^{-6}$	$1,88 \times 10^{-4}$	Por sondeo perforado
Exploración, profundo (sondeo HPHT)		$7,80 \times 10^{-4}$	$4,65 \times 10^{-4}$	$1,13 \times 10^{-3}$	Por sondeo perforado
Exploración, profundo (sondeo normal)	2011	$1,13 \times 10^{-4}$	$8,86 \times 10^{-5}$	$1,43 \times 10^{-4}$	Por sondeo perforado
Exploración, profundo (sondeo HPHT)		$7 \times 10^{-4}$	$5,49 \times 10^{-4}$	$8,85 \times 10^{-4}$	Por sondeo perforado

Fuente: Scandpower, 2011 y Scandpower 2012 (informe borrador)

A su vez, la Comisión Europea ha fijado la probabilidad anual de, al menos, un *Blowout* en las operaciones *Offshore* en Europa, en la siguiente tabla, que sólo recoge las magnitudes correspondientes a la perforaciones de exploración como la de Canarias.

Operación	Probabilidad <i>Blowout</i> /Unidad	Unidad	N.º Anual de unidades en Aguas europeas	Probabilidad Anual de, al menos, un <i>Blowout</i> en Aguas europeas
Pozos de Exploración, profundo (pozos normales)	$3,1 \times 10^{-4}$	Por pozo perforado	383 (estimado)	$1,1 \times 10^{-1}$
Pozos de exploración, profundos (pozos HPHT)	$1,9 \times 10^{-3}$	Por pozo perforado	29 (estimado)	$5,3 \times 10^{-2}$

Fuente: European Commission, Commission Staff Working Paper, Impact Assessment, Annex I, Accompanying the document Proposal For A Regulation Of The European Parliament And Of The Council on safety of offshore oil and gas prospection, exploration and production activities (COM(2011) 688 final), Brussels, 27.10.2011 SEC (2011) 1292 final.

Tipo actividad y características formación	Prob. <i>Blowout</i> (sondeo somero o profundo)	Punto de verito	Prob. Asociada al punto de vertido	Vía de salida del flujo de formación	Prob. Vía de salida	Duración (días)	Prob. Asociada a duración	Prob. <i>blowout</i> en Canarias por sondeo
Exploración aguas profundas sondeo normal de crudo	$1,88 \times 10^{-4}$	Profundo	0,8	Anular	0,78	>14	0,17	$1,99 \times 10^{-5}$

El promotor concluye, a la vista de los datos expuestos, que el peor suceso accidental posible, un *blowout*, que afectase a la exploración en aguas profundas (sondeo normal) que produjese un derrame continuo, localizado en el fondo del mar, cuya salida fuese anular, de crudo, con un caudal medio de 1.000 barriles/día y durante 30 días, sin ningún tipo de control, es «altamente improbable».

Una probabilidad de  $1,99 \times 10^{-5}$ , o sea, de 0,0000199 por 100 es, ciertamente, altamente improbable. Posteriormente, el promotor revisaría estos datos hasta reducir ligeramente la probabilidad. Los datos, sólo para el *blowout*(22), son los siguientes, según fueron recogidos en la declaración:

Escenario	Tipo de derrame	Localización derrame	Producto derramado	Volumen derramado	Duración	Probabilidad
<i>Blowout</i> de crudo (Sandía y Chirimoya)	Continuo	Profundo (fondo marino)	Crudo	3.000 bbl/día	30 días	$2,82 \times 10^{-5}$
<i>Blowout</i> de crudo (Zanahoria)	Continuo	Profundo (fondo marino)	Crudo	3.000 bbl/día	30 días	$1,74 \times 10^{-4}$

Fuente: Declaración de Impacto Ambiental, BOE, n.º 140, p. 44244

La probabilidad cambia. Sube respecto de los cálculos iniciales. Ahora se mueve, en función de la localización de la exploración, que es la que recibe los extravagantes nombres expuestos (Sandía, Chirimoya y Zanahoria), entre 0,0000282 y 0,000174 por 100. Estos datos fueron objeto de revisión a instancia de la autoridad ambiental que solicitó informe de organismo científico técnico público (CEDEX). Sobre la base de la revisión llevada a cabo por éste, «la probabilidad de ocurrencia de un accidente por *blowout* en un pozo normal, tal y como estima el CEDEX, se elevaría a 0,003, frente a los 0,0000282 que considera el promotor». Esto quiere decir que se pasa del  $2,82 \times 10^{-5}$ , al  $3 \times 10^{-3}$ . Es un cambio importante.

El dato técnico (la probabilidad del accidente catastrófico) ha sufrido, a lo largo del procedimiento, distintas revisiones. Desde el inicial ( $1,99 \times 10^{-5}$ ) hasta el final ( $3 \times 10^{-3}$ ), o sea, desde el 0,0000199 hasta el 0,003 por 100. La autoridad ambiental hace suyo el cálculo del CEDEX, o sea, el de un organismo público. No sólo por la procedencia sino porque, según expone, ofrece una valoración más completa e integrada del riesgo. En este ámbito, la captura informativa es tradicional. Los datos

(22) He eliminado los relativos a los derrames de diesel derivados de las operaciones ordinarias de la perforación.

e informes del promotor terminan condicionando la decisión. La importancia del proyecto justificó una revisión completa. En la declaración se afirma que «el CEDEX cuestiona que el enfoque dado por el promotor sea correcto por lo que planteó una modelización alternativa en la que estimó el riesgo total ambiental del proyecto a partir de la suma del riesgo de todos los escenarios modelizados. En consecuencia, los daños que indica el CEDEX estarían muy sobreestimados respecto a los que se darían en la realidad si ocurriera un único suceso accidental.» La presión asociada al proyecto conduce a exámenes más rigurosos para incrementar la seguridad.

Así pues, la probabilidad queda fijada en 0,003 por 100. Esta probabilidad se ha calculado para el peor escenario posible. Esto significa, entre otras, un vertido descontrolado durante más de 30 días de duración y en unas cantidades de 3.000 barriles/diarios. Y lo que es más significativo, sin adoptar ninguna medida de prevención, de evitación y de control. En particular, ninguna medida para neutralizar, en el momento de vertido, sus efectos o consecuencias. Es, por lo tanto, el escenario más catastrófico posible. A este se le asocian los daños ambientales que se identifican en la declaración.

### III

¿Cómo es posible que una probabilidad del 0,003 por 100 puede suscitar tanta alarma social? El Derecho, a través del procedimiento de evaluación ambiental, fija la probabilidad de que el peligro se actualice en un daño que, además, ha sido definido de manera catastrófica, o sea, estableciendo que el peligro daría lugar a los daños más graves porque no sólo se producirían en las peores circunstancias sino porque además no se adoptarían durante un tiempo máximo (30 días) ninguna medida para reducirlo o eliminarlo. Esto quiere decir que, (i) hay una baja probabilidad de que el daño se produzca pero (ii) es aún más improbable que no se adopte ninguna medida para reducirlo o eliminarlo. En circunstancias normales (i) el accidente es improbable y (ii) más improbable es de que no se adopte medida alguna de contención, por lo que el daño, incluso en las circunstancias expuestas, no sería tan dañino como se ha previsto. No obstante lo cual, la reacción social está siendo muy negativa. ¿Por qué?

En primer lugar, estamos ante un fracaso del Derecho. Ni el procedimiento, ni la resolución de la autoridad competente, son capaces de generar la seguridad entre los afectados.

En segundo lugar, el Derecho, y todo su proceso de evaluación de los impactos, está salpicado por la sospecha inducida, fundamentalmente, en clave política. Estamos ante un ámbito que es particularmente sensible a la presión apocalíptica. La descripción de un escenario altamente improbable es capaz de contaminar la imaginación colectiva hasta abocar a la creencia de que la catástrofe se producirá. De todas-todas, se producirá.

En tercer lugar, ¿por qué razón el escenario apocalíptico tiene tal capacidad para sugestionar a las personas haciéndoles renunciar incluso hasta la lógica más básica? ¿por qué razón el escenario más destructor suscita más confianza y seguridad que la probabilidad racional y razonable de que no se va a producir? Pesa más,



en las conciencias colectivas la certeza de que se producirá el *blowout*, que el cálculo de probabilidad del daño; la posibilidad remota se convierte en certidumbre. La magnitud del daño compensa la incertidumbre. Así se explica que aquél sea presentado de la manera más viva y catastrófica posible. Su importancia, su terrible importancia, ciega las conciencias y la razón.

En cuarto lugar, el poder de los números y de su capacidad de sugestión; la representación de la probabilidad así nos lo indica. Expresada como  $3 \times 10^{-3}$  o 0,0003 por 100 no tiene el mismo impacto que como 1 sobre 333 sondeos. El hecho es, siempre, el mismo. La probabilidad es la misma pero la reacción que suscita es distinta. Esta última provoca una mayor certeza en el accidente. El cómo se presente condiciona, también, el cómo se valora hasta el extremo de hacer seguro el daño más catastrófico.

En quinto lugar, la representación de la certeza del accidente y de sus daños elimina la posibilidad de que puedan tener eficacia las medidas de control, mitigación y eliminación de los efectos una vez acontecido el accidente. No sólo el accidente se producirá sino que también es considerado con el mismo grado de certeza los daños catastróficos sin que se vislumbre que se puedan neutralizar.

En sexto lugar, el miedo, el temor es el que conduce a la magnificación de la probabilidad hasta su eliminación construyendo la certeza de que no sólo el daño se va a producir sino que, además, los daños serán relevantes. Ese miedo puede ser fácilmente inducido. El miedo es cobarde y manipulable. Conecta con el instinto más básico de todo ser vivo: la supervivencia. Y la huida es la estrategia más elemental. Huir del peligro. Una forma de huir es rechazando la posibilidad de asumir cualquier riesgo. Asumir el riesgo, la probabilidad de que el peligro se actualice es una manera de participar, de convivir, con él. Es contra-natural. Esta convivencia, este jugar con el peligro es contrario a las leyes de la naturaleza.

En séptimo y último lugar, la razón intenta sobreponerse al miedo. El conflicto entre dos ámbitos de la humanidad. Dos ámbitos, incluso, de nuestro propio cerebro. Uno huye ante un peligro que magnifica hasta la certeza de su producción, de ahí la necesidad de la huida, y el otro, admite que se puede gestionar porque se puede obtener ciertos beneficios. Y, además, tiene la confianza de que se pueden implementar medidas para su neutralización una vez ha sobrevenido.

Y, ¿el Derecho? ¿Puede el Derecho introducir un elemento de racionalización que controle o elimine el gobierno del miedo? El Derecho regula, como he dicho, el proceso de evaluación y autorización del proyecto. A tal fin, la participación y la publicidad pretenden ser lo más amplias posibles. Se pueden conocer todos los datos del proyecto y alegar a partir de los mismos. La Administración pública revisa y decide bajo el imperativo de la Ley para ofrecer la garantía de la protección ambiental y también de la seguridad de los ciudadanos. En el caso que nos ocupa, la revisión condujo a una sensible ampliación de la probabilidad.

¿Cuáles son los parámetros de la decisión de la Administración? ¿Debe ceder ante el miedo inducido o no? La Ley y sólo la Ley. Su interpretación y aplicación deben estar gobernadas por los principios. Es el terreno propio para el juego de los principios. Como he explicado en otro lugar (23), en el Derecho ambiental los principios revisten

---

(23) BETANCOR, 2014, pp. 235 y ss.

una singular relevancia (24). En relación con la evitación del daño ambiental, los principios centrales son los de prevención y de precaución. El primero despliega sus efectos en relación con la gestión de actividades en las que es posible conocer anticipadamente qué efectos o impactos ambientales pueden tener de modo que se pueden adoptar las medidas adecuadas para su neutralización. En cambio, el segundo es el de la cautela, allá donde no es posible conocer los efectos porque rige la incertidumbre científica.

En el caso que nos ocupa, la prevención ha sido el principio central. La evaluación de impacto ambiental sirve a dicho fin. Es la expresión procedimental más sobresaliente de aquél principio. La prevención se basa en dos ideas fuerza: (i) el daño ambiental puede conocerse anticipadamente y (ii) puede, en consecuencia, adoptarse medidas para neutralizarlo (25). El principio alumbró la acción preventiva que tiene cuatro proyecciones importantes: (i) la técnica jurídica que permite el conocimiento y valoración anticipados de los peligros y de los riesgos asociados a ciertas actividades y productos, así como instalaciones; (ii) las autorizaciones o permisos ambientales; (iii) la obligación jurídica que pesa sobre cualquier sujeto responsable de una actividad ambientalmente peligrosa que le impulsa a adoptar las medidas de prevención y de evitación de los daños ambientales ante una amenaza inminente o, una vez producidos, evitar que se ocasionen nuevos daños; y (iv) la responsabilidad que tienen todas las autoridades, singularmente, las ambientales, para adoptar las medidas adecuadas para prevenir que el daño se pueda desencadenar (26). Como decía, la evaluación es una técnica que hace realidad aquel principio. Esto no impide o desplaza que, cuando la autoridad decide, tanto al evaluar como al resolver, tiene en cuenta la cautela. La precaución también está presente. Es significativo, como he expuesto, que la autoridad ambiental ha evaluado la posibilidad del accidente contemplando, siempre, el peor escenario. Así, la probabilidad se incrementó notablemente. Esta anticipación del peor escenario es expresión de la cautela pero que, en cambio, se gestiona a través de la prevención. La cautela inspira, la prevención gestiona. Esto supone, como resulta evidente, una sobre-responsabilidad para el promotor. El peor escenario agrava considerablemente las obligaciones que debe soportar. No es lo mismo considerar que el accidente más grave, catastrófico se puede producir una vez cada 52.000 sondeos que una vez cada 333. La aproximación del escenario catastrófico se lleva a cabo, por parte de la autoridad ambiental, a los efectos de imponer la adopción de las medidas más severas.

(24) D. LOPERENA también insistió con profundidad y rigor sobre esta cuestión. *Vid.* D. LOPERENA, *Los principios del Derecho ambiental*, Ed. Civitas, Madrid, 1998.

(25) En cambio, la precaución se fundamenta, en su formulación más fuerte, en las siguientes ideas: (i) el daño ambiental no puede ser conocido anticipadamente porque, por un lado, es materialmente imposible conocer todos los efectos a medio y largo plazo de una acción y, por otro, la posibilidad de anticipación es limitada e imperfecta ya que está basada en nuestro grado o estado de conocimientos científicos que, a su vez, también es limitado e imperfecto; en consecuencia, (ii) no es posible adoptar anticipadamente medidas para neutralizar tales daños que, por lo demás, no pueden ser conocidos en su exactitud. Sin embargo, debemos distinguir entre el principio de precaución y el enfoque preventivo. Si el enfoque preventivo ha desembocado en la inactividad ecologista, el principio de prevención puede y debe concretarse en reglas que sirvan de pauta o de criterios para la gestión del riesgo (BETANCOR, 2014: 255).

(26) BETANCOR, 2014, pp. 256 y ss.

#### IV

La evaluación de los impactos encuentra en la de los riesgos de accidentes un ámbito resbaladizo. La evaluación analiza impactos ambientales pero hay una radical diferencia entre los producidos por el proyecto que por un accidente. Aquellos son ciertos, estos hipotéticos. La certidumbre del proyecto no se puede confundir con la probabilidad, incluso, remota, del accidente. La gestión de la certidumbre no se puede confundir con la de la incertidumbre. El análisis de la declaración de impacto ambiental del proyecto exploratorio de Canarias confirma estos extremos. La propia literalidad de la declaración sirve de sostén inicial a esta consideración (27). Esta diferencia es la que explicaría que, cuando concluye, la autoridad ambiental distingue entre evaluación y análisis de riesgos, al afirmar lo siguiente:

«En consecuencia, el Secretario de Estado de Medio Ambiente, a la vista de la propuesta de la Dirección General de Calidad y Evaluación Ambiental y Medio Natural, formula declaración de impacto ambiental favorable a la realización de los sondeos denominados en el proyecto Sandía, Chirimoya y Zanahoria, al concluirse que no producirá impactos adversos significativos siempre y cuando se realicen en las condiciones señaladas en la presente propuesta, que resultan de la evaluación practicada recogida en el apartado A.

En relación con *el análisis de los sucesos accidentales* descrito en el apartado B, para su consideración en la autorización sustantiva del proyecto, *se ha estimado el riesgo ambiental para el archipiélago canario, suponiendo un caudal de blowout de 3.000 bbl/día que sin la aplicación de las medidas de lucha contra la contaminación, podría tener unas consecuencias que el promotor ha estimado en el estudio de impacto ambiental y adendas.»*

Los impactos son evaluados y permite a la autoridad ambiental formular un juicio: «no producirán impactos adversos significativos». En cambio, los riesgos de accidente son objeto de análisis pero no le conduce a emitir juicio alguno. Sólo a constatar que se han tenido en cuenta por el promotor que «podría tener unas consecuencias que el promotor ha estimado en el estudio de impacto ambiental y adendas». Nada más. Respecto de los impactos hay evaluación. Respecto de los riesgos sólo comprobación de que el promotor los ha estimado. Ahora bien, lo ha hecho bajo la supervisión de la autoridad ambiental que ha corregido, como he expuesto, las conclusiones más relevantes de aquél estudio. También formula unas recomendaciones a la autoridad sus-

---

(27) La declaración comienza proclamando que: «La naturaleza del proyecto que se evalúa hace necesario definir dos escenarios distintos de evaluación que se van a denominar apartado A y B. En el apartado A se evalúan los impactos ambientales ciertos del proyecto, esto es, los impactos generados por la ejecución material de los sondeos y los derivados de su operación rutinaria. En el apartado B se identifica el riesgo ambiental del proyecto, a través del análisis de ciertas hipótesis de sucesos accidentales. Es destacable el hecho de que ha sido esta parte la que ha suscitado una mayor preocupación en la opinión pública. El citado apartado B permitirá la consideración de los riesgos ambientales junto al resto de los criterios técnicos, económicos, sociales, etc., dentro del procedimiento de autorización sustantiva del proyecto.» Los riesgos de accidente no son objeto de evaluación sino de análisis. Y el resultado del análisis será objeto de consideración por la autoridad sustantiva con ocasión de la autorización.

tantiva, si considera la autorización del proyecto (28). En cambio, no hay ninguna manifestación sobre la valoración que le merece la probabilidad del *blowout* que el promotor había calificado inicialmente como «altamente improbable» y que, con las correcciones indicadas, según la misma tabla de calificaciones del promotor (29), pasaría ahora a ser entre «remotamente posible» a «poco usual». No deja de ser significativo que la autoridad ambiental limita su evaluación a los impactos pero no le impide revisar el estudio en cuanto a los riesgos hasta el extremo de agravar el escenario del accidente catastrófico pero sin expresar ninguna calificación y consignar recomendaciones menores, puesto que, en todo lo demás, se remite tanto al estudio como a las medidas que el promotor ha contemplado.

Este hecho, nos conduce a interrogarnos sobre una cuestión: ¿cómo los riesgos de accidentes están incluidos entre los efectos a considerar en la evaluación de impacto ambiental de un proyecto como el que nos ocupa? ¿se debe distinguir entre evaluación y análisis de riesgos?

La distinción entre impactos y riesgos ya ha sido recalcada a lo largo de este trabajo. En puridad, la evaluación alcanza a aquellos, no a éstos que, en cambio, son objeto del análisis de riesgos. Sin embargo, hay un ámbito fronterizo lleno de sombras que se mueven entre los impactos y los riesgos. Volvemos al principio, la legislación, en particular, la Ley 21/2013 define (art. 5) la *evaluación ambiental* como el «procedimiento administrativo instrumental respecto del de aprobación o de adopción de planes y programas, así como respecto del de autorización de proyectos o, en su caso, respecto de la actividad administrativa de control de los proyectos sometidos a declaración responsable o comunicación previa, a través del cual *se analizan los posibles efectos significativos sobre el medio ambiente* de los planes, programas y proyectos.» Y, a su vez, *impacto o efecto significativo* es la «*alteración de carácter permanente o de larga duración de un valor natural y, en el caso de espacios Red Natura 2000, cuando además afecte a los elementos que motivaron su designación y objetivos de conservación.*» A tal fin, por un lado, el *estudio de impacto ambiental* es concebido como «documento elaborado por el promotor que contiene la información necesaria para *evaluar los posibles efectos significativos del proyecto* sobre el medio ambiente y permite adoptar las decisiones adecuadas para prevenir y minimizar dichos efectos.» Y, por otro, la *declaración de impacto ambiental* es el «informe preceptivo y determinante del órgano ambiental con el que concluye la evaluación de impacto ambiental ordinaria, que evalúa la integración de los aspectos ambientales en el proyecto y determina las condiciones que deben establecerse para la adecuada pro-

(28) Estas recomendaciones son: (i) si durante el procedimiento de autorización sustantiva se pusieran de manifiesto nuevos elementos de juicio que modificaran las variables de entrada al modelo, sería conveniente recalcular el análisis de riesgos realizado; (ii) el Plan de restitución económica y ambiental del proyecto que ha propuesto el promotor en el EslA, deberá incluir, como medida correctora de una posible contaminación producida por sucesos accidentales, un plan de recuperación de la biota ligada al medio marino y costero; (iii) el mencionado Plan también deberá incluir la posibilidad de la compensación territorial y/o ambiental, de los espacios de Red Natura 2000 que pudieran verse afectados de acuerdo con los organismos competentes; y (iv) adicionalmente a lo que se establezca en el Plan Interior Marítimo (PIM), en caso de una amenaza de producción de un daño medioambiental derivado de la ejecución del proyecto, el promotor detendrá inmediatamente el proyecto adoptando las medidas de seguridad adecuadas para evitar daños o amenazas de daños medioambientales y comunicará el suceso a la autoridad competente.

(29) Tabla 1.1 Anexo 12.2 del Estudio impacto ambiental.

tección del medio ambiente y de los recursos naturales durante la ejecución y la explotación y, en su caso, el desmantelamiento o demolición del proyecto.»

La evaluación lo es de los efectos posibles, no de los hipotéticos; los riesgos no forman parte del ámbito de la evaluación. La autoridad ambiental, mediante la declaración, emite un juicio sobre «la integración de los aspectos ambientales en el proyecto y determina las condiciones que deben establecerse para la adecuada protección del medio ambiente y de los recursos naturales». Nada se dice de los accidentes. Esta sería la conclusión que resultaría de aplicar el bisturí académico. La realidad nos ofrece un cuadro más difuminado. La Ley 21/2013, siguiendo la tradición de nuestra legislación, dispone que, el estudio de impacto ambiental, en relación con la identificación cuantificación y valoración de los impactos, «distinguirán los efectos positivos de los negativos; los temporales de los permanentes; los simples de los acumulativos y sinérgicos; los directos de los indirectos; los reversibles de los irreversibles; los recuperables de los irrecuperables; los periódicos de los de aparición irregular; los continuos de los discontinuos» (Anexo VI.4). A su vez, se detalla el significado de dos de los tipos de efectos más pertinentes al objeto de este trabajo. El *efecto periódico* es «aquél que se manifiesta con un modo de acción intermitente y continua en el tiempo». Y el *efecto de aparición irregular* es «aquél que se manifiesta de forma imprevisible en el tiempo y cuyas alteraciones es preciso evaluar en función de una probabilidad de ocurrencia, sobre todo en aquellas circunstancias no periódicas ni continuas, pero de gravedad excepcional.»

¿Se podría considerar que los impactos ambientales producidos por un accidente, en nuestro caso, un *blowout*, son «efectos de aparición irregular»? En primer lugar, ¿qué es un accidente? El *Diccionario de la lengua española* nos dice que es un «suceso eventual que altera el orden regular de las cosas», un «suceso eventual o acción de que involuntariamente resulta daño para las personas o las cosas». Un suceso eventual del que resulta un daño, en nuestro caso, un daño ambiental. Es el accidente el productor de los impactos o daños. El proyecto, en circunstancias no accidentales o normales, tiene unos impactos ciertos que se pueden evaluar. Si sobreviene el suceso eventual o accidente, se producirá otros impactos. El accidente «altera el orden regular de las cosas», o sea, las del proyecto. Sólo de manera indirecta se podría atribuir al proyecto los impactos. Sin la concurrencia del accidente, no se producirían. Desde esta perspectiva, los impactos del accidente se podría considerar que también lo son del proyecto. En puridad no lo son de éste, porque sin la intervención del suceso eventual no harían acto de presencia. También es cierto que sin la presencia del proyecto, los impactos no aparecerían, pero tampoco aparecerían ninguno de los impactos del proyecto. En otros términos, lo que quiero subrayar es que no se pueden confundir los impactos ciertos del proyecto con los eventuales derivados de un accidente que alteraría el orden natural del proyecto. Se podría calificar como un efecto de aparición irregular pero con ciertas cautelas. ¿Es el *blowout* es un efecto imprevisible en el tiempo? Si, tanto como para depender de un suceso que se escapa al proyecto mismo. Esta intermediación azarosa condiciona decisivamente la evaluación, así como el alcance de la misma. ¿Por qué? Porque la autoridad ambiental, la de la evaluación, no está capacitada para evaluar el accidente que es la condición imprescindible de los impactos. Por esta razón, hablar de los impactos del accidente es la manera que tenemos para indicar que la intervención del suceso eventual llamado accidente es determinante.

La autoridad ambiental se mueve en un terreno falso, presionada, tal vez, por las circunstancias, especialmente, la opinión pública. Lleva a cabo la revisión del análisis de riesgos, sin estar cualificada e, incluso, ser competente para ello, para, sobre la base del informe de un organismo público como el CEDEX, aumentar la probabilidad del accidente pero no deducir ninguna condición o medida realmente operativa dirigida a reducir aquella probabilidad o, en su caso, de producirse el accidente, que el promotor deba adoptar para su control. La autoridad ambiental se remite a lo que el promotor dice en su estudio. Por esta misma razón, por último, no hay ninguna valoración de la probabilidad. La autoridad ambiental es consciente de que no es su ámbito. Es el de la autoridad substantiva. El análisis de los riesgos de accidentes graves es competencia de dicha autoridad, no de la ambiental. Escapa de su ámbito de competencia que, sin embargo, no es óbice para revisar, como he dicho, el estudio y extraer conclusiones que condicionan la competencia de la autoridad substantiva. Se ha pervertido el procedimiento y el reparto competencial. La evaluación en análisis de riesgos y la autoridad ambiental en la competente para decidir sobre la autorización.

## V

La legislación sustantiva y, en particular, la Directiva 2013/30 de 12 de junio, sobre la seguridad de las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro, confirma la conclusión aquí expuesta. La evaluación de los riesgos de la instalación, tanto la de producción como la de exploración, es competencia de la autoridad substantiva a través del procedimiento contemplado en dicha legislación y, en particular, en la citada Directiva. Esta evaluación incluye, como es lógico, la de los riesgos ambientales, o sea, la de las eventuales consecuencias ambientales asociadas a la producción de un accidente grave. Un error bastante común es considerar que lo ambiental es el ámbito exclusivo y excluyente de la autoridad y los procedimientos ambientales. No sería posible desde el momento en que sobre lo ambiental se proyecta todo y todos. Si la autoridad substantiva evalúa la seguridad de la instalación también ha de valorar la seguridad ambiental de la misma. Y esta no tiene por qué llevarse a cabo a través de los procedimientos de evaluación de impacto ambiental. Este error ha tenido las consecuencias expuestas. La autoridad ambiental ha evaluado el riesgo de accidente como si de un impacto más se tratase pero sin deducir consecuencias operativas (medidas a adoptar) pero, en cambio, le ha permitido evaluar la probabilidad del mismo sin tener ni competencia ni cualificación para hacerlo. Esta evaluación no evaluadora del riesgo ambiental conduce a la frustración tanto para los ciudadanos como para la autoridad substantiva, la autoridad competente.

¿Por qué esta transmutación de la evaluación ambiental en evaluación, también, de los riesgos? Porque la legislación sustantiva no contempla de manera específica la evaluación de los riesgos. La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos no prevé que los riesgos de accidentes graves se sometan a evaluación previa a la autorización de la exploración o de la explotación. La mecánica de control administrativo de la exploración es compleja. En *primer* lugar, se requiere un permiso de investigación que, en el caso que nos ocupa, fue otorgado por Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre. La sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2004 (recursos núm. 39/2001 y 40/2001) anuló los compromisos y programas de investigación

especificados en los apartados c y d del artículo 2 de dicho real decreto, correspondientes a los años tercero a sexto, por no haberse determinado expresamente las medidas de protección ambiental a que se refiere el artículo 18.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. El Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo, convalidó el Real Decreto 1462/2001, al mismo tiempo que procedió a su modificación mediante la inclusión de un nuevo artículo 2 bis relativo a las medidas de protección ambiental(30). Estas medidas incluyen: (i) la sujeción a autorización de la realización de cada trabajo específico en el marco del permiso de exploración concedido y (ii) que la solicitud debe acompañarse de documento ambiental o estudio de impacto ambiental, en función de la legislación de evaluación, plan de gestión ambiental («con las medidas preventivas y correctivas previstas en relación con los impactos identificados») y del plan de contingencias ambientales («para prever las medidas correctivas a adoptar en caso de contingencias medioambientales significativas, incluyendo la lucha contra la contaminación por derrames de hidrocarburos»). Nada se dice de la evaluación de riesgos por accidentes graves.

En *segundo* lugar, la actividad proyectada (realización de sondeos exploratorios) está incluida en el Anexo II del Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental(31). Por esta circunstancia, no está sometida *ope legis* a evaluación de impacto ambiental. Queda a expensas de la decisión del órgano ambiental. A tal fin, el promotor «solicitará del órgano que determine cada comunidad autónoma que se pronuncie sobre la necesidad o no de que dicho proyecto se someta a evaluación de impacto ambiental» (art. 16.1 Real Decreto Legislativo 1/2008). Según parece, el promotor, tras negociaciones con el Ministerio de Agricultura, Pesca y Medio Ambiente, decidió que el proyecto quedase sometido a evaluación de impacto ambiental según Anexo I.

En *tercer* lugar, la autoridad ambiental decidió incluir, al determinar la amplitud del estudio de impacto ambiental, la «valoración del riesgo ambiental» dentro del epígrafe de «impactos ambientales significativos». Específicamente se habla de «evaluación de los impactos asociados a sucesos accidentales de derrames superficiales y derra-

---

(30) El nuevo artículo 2 bis dispone lo siguiente: «1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, las medidas de protección medioambiental son las que se recogen en los documentos "Protección del Medio Ambiente en Operaciones de Adquisición de Sísmica Marina" y "Protección del Medioambiente en la Perforación de Sondeos Exploratorios Marinos" presentados por los titulares de los permisos de investigación ante la Dirección General de Política Energética y Minas. Asimismo, se estará a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, y su normativa de desarrollo. Además, para la autorización de cada trabajo específico se deberá acompañar los siguientes estudios y planes: a) Documento inicial o documento ambiental, según se establece en el Texto Refundido de la Ley de Evaluación Ambiental de proyectos y, en su caso, estudio de impacto medioambiental, según proceda, para identificar y cuantificar todos los posibles impactos que podrían causar las operaciones que se pretenda realizar. b) Plan de Gestión Medioambiental con las medidas preventivas y correctivas previstas en relación con los impactos identificados. c) Plan de Contingencias Medioambientales para prever las medidas correctivas a adoptar en caso de contingencias medioambientales significativas, incluyendo la lucha contra la contaminación por derrames de hidrocarburos. 2. Las autorizaciones y permisos derivados del presente real decreto lo serán sin perjuicio de aquellas otras autorizaciones que los trabajos, construcciones e instalaciones necesarios para el desarrollo objeto de las mismas pudieran requerir por razones fiscales, de ordenación del territorio y urbanismo, de protección de medio ambiente, de protección de los recursos marinos vivos, exigencia de la correspondiente legislación sectorial o seguridad para personas y bienes.»

(31) En concreto se incluye en el «Anexo II, grupo 3.a.4: Perforaciones profundas, con excepción de las perforaciones para investigar la estabilidad de los suelos: Perforaciones petrolíferas».

mes continuos subsuperficiales (*blowout*)» (32). Se sienta la base para la ampliación del alcance de la evaluación de impacto ambiental hasta incorporar el análisis del riesgo. El promotor presentó el estudio conforme a las determinaciones que se le habían indicado, incluyendo el aspecto señalado.

La evaluación de impacto ambiental pasó a comprender, como he dicho, también el análisis de los riesgos derivados de accidentes graves. Sin embargo, cuando la autoridad ambiental se vio impelida a emitir su juicio, las diferencias entre la evaluación de impactos y el análisis de los riesgos se pusieron de manifiesto, como ha sido expuesto. El resultado es confuso y claramente insuficiente. La evaluación debe incluir, como es lógico, los impactos de un posible accidente. Lo que parece inadecuado es que analice el riesgo del accidente, así como las medidas que se pretenden implementar para su neutralización. Una cosa son los impactos de un accidente cierto y otra, bien distinta, es el análisis de la probabilidad del accidente y las medidas para reducirla. Aquél puede ser objeto de evaluación, en cambio, estas, como ha sido expuesto, dudosamente encajan en la evaluación. Esta razón vendría a explicar el por qué, el análisis de la probabilidad es tan insuficiente y como, por otro, nada se dice de las medidas propuestas para su reducción. La evaluación cubre los impactos del accidente, en cambio, cuando abarca el riesgo, se desvirtúa hasta alcanzar un resultado inadecuado e insuficiente.

Las insuficiencias serán cubiertas, previsiblemente, con la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2013/30. Esta, correctamente, localiza el análisis de los riesgos como competencia de la autoridad sustantiva, no de la ambiental. Esta autoridad es la única que tiene competencia y conocimientos para analizar y valorar la conveniencia de la autorización del proyecto de exploración a la vista, entre otros aspectos, de los riesgos de accidentes graves.

La Directiva tiene como objetivo: «reducir en la medida de lo posible la frecuencia de los accidentes graves conexos con operaciones relacionadas con el petróleo y el gas mar adentro y limitar sus consecuencias, aumentando así la protección del medio marino y de las economías costeras frente a la contaminación, estableciendo condiciones de seguridad mínimas para la exploración y la explotación del petróleo y del gas y limitando las posibles perturbaciones de la producción energética autóctona de la Unión, y mejorar los mecanismos de respuesta en caso de accidente» (Cdo. 1). Se establece la estrecha conexión entre la evitación de los accidentes graves y la protección ambiental. La legislación de la seguridad de las operaciones comprende la vertiente ambiental. Las autoridades competentes lo son de la seguridad en todas las vertientes, también la ambiental. Como así debe ser. Tienen las competencias, las cualificaciones y los medios para dispensar la garantía de la seguridad en todos los ámbitos.

¿Cómo se alcanza el objetivo expuesto? En atención a la actividad que estoy considerando, los sondeos exploratorios en Canarias, el objetivo expuesto se alcanza imponiendo al promotor (operador) unas obligaciones que la autoridad competente debe comprobar su cumplimiento. En particular, las obligaciones de (i) «adopt[ar] todas las medidas adecuadas para prevenir los accidentes graves»; (ii) en caso de producirse un accidente grave, «adopt[ar] todas las medidas adecuadas para limitar sus consecuen-

---

(32) Escrito de la Directora General de Calidad y Evaluación Ambiental y Medio Natural, Ministerio de Medio Ambiente, fechado el día 6 de junio de 2013.



cias para la salud humana y el medio ambiente; y (iii) «llev[ar] a cabo [todas las operaciones] sobre la base de una gestión de riesgos sistemática de manera que los riesgos residuales de accidentes graves que afecten a las personas, el medio ambiente y las instalaciones mar adentro sean considerados aceptables» (art. 3).

En *primer* lugar, cualquier operación relacionada con el petróleo o gas en mar adentro está sujeta a autorización o concesión por la autoridad competente, en nuestro caso, la autoridad sustantiva. Esto comprende tanto las instalaciones de exploración como las de explotación (art. 4). Al igual que está sujeta a notificación previa cualquier operación en el pozo (art. 15).

En *segundo* lugar, para obtener el título jurídico administrativo, el operador deberá aportar unos documentos que la Directiva relaciona. En lo que ahora nos importa, uno de los más relevantes es el «informe sobre los riesgos graves». A la «aceptación» de dicho informe por parte de la autoridad se condiciona el comienzo o la continuación de las operaciones (33).

En *tercer* lugar, el informe incluirá, además, la política corporativa de prevención de accidentes graves; el sistema de gestión de la seguridad y el medio ambiente; una descripción del programa de verificación independiente; y el plan interno de respuesta de emergencia (art. 11). El informe sobre los riesgos graves «se presentará a la autoridad competente en el plazo fijado por esta última antes del inicio de las operaciones previsto» (art. 11.7).

En *cuarto* lugar, el informe deberá incluir la información que la Directiva especifica en función a si se trata de un informe para una instalación destinada a la producción (art. 12) o no tiene dicho destino (art. 13). En atención al tema que nos ocupa, el informe de estas últimas instalaciones incluirá la información detallada en el informe de estas últimas instalaciones incluirá la información detallada en el anexo I, partes 3 (34)

---

(33) Por un lado, «los Estados miembros garantizarán que las operaciones relativas a las instalaciones destinadas y no destinadas a la producción no comiencen o no continúen sin la aceptación del informe sobre los riesgos graves por parte de la autoridad competente de conformidad con la presente Directiva.» Y, por otro, también «garantizarán que las operaciones en los pozos o las operaciones combinadas no comiencen, o no continúen, sin la presentación del informe sobre los riesgos graves de las instalaciones consideradas y su aceptación conforme a la presente Directiva» (art. 6.5 y 6).

(34) La información es la siguiente:

«1) el nombre y la dirección del propietario;

2) un resumen de la participación de todo trabajador en la preparación del informe sobre los riesgos graves;

3) una descripción de la instalación y, en el caso de una instalación móvil, descripción sobre sus medios de desplazamiento de un lugar a otro, y sobre su sistema de estacionamiento;

4) una descripción sobre los tipos de operaciones susceptibles de generar accidentes graves que pueden efectuarse en la instalación, y el número máximo de personas que pueden estar presentes en la instalación en todo momento;

5) una prueba de que se han determinado todos los riesgos graves, de que se han evaluado la probabilidad de que se produzcan y sus eventuales consecuencias, incluidas las posibles restricciones ambientales, meteorológicas y de los fondos marinos para la seguridad de las operaciones y de que las medidas de control correspondientes, incluidos los elementos críticos de seguridad y medioambientales asociados, son adecuados para reducir en un grado aceptable los riesgos de accidente grave; esta prueba debe incluir una evaluación de la eficacia de la respuesta a los vertidos de hidrocarburos;

6) una descripción de la planta y las disposiciones destinadas a garantizar el control de los pozos, la seguridad del proceso, el confinamiento de las sustancias peligrosas, la prevención de incendios y explosiones, la protección de los trabajadores contra las sustancias peligrosas y la protección del medio ambiente ante un principio de accidente grave;

7) una descripción de las disposiciones adoptadas para proteger a las personas presentes en la instalación contra los riesgos de accidente grave, para garantizar su escape, evacuación y salvamento seguros y las dis-

y 5(35), y deberá ser actualizada cuando sea oportuno o cuando así lo exija la autoridad competente. El contenido se refiere a dos aspectos centrales, en lo que ahora nos importa: (i) los riesgos graves y (ii) las medidas para reducirlos a un grado aceptable. Específicamente, en el informe se deberá incluir «una prueba de que se han determinado todos los riesgos graves, de que se han evaluado la probabilidad de que se produzcan y sus eventuales consecuencias, incluidas las posibles restricciones ambientales, meteorológicas y de los fondos marinos para la seguridad de las operaciones y de que las medidas de control correspondientes, incluidos los elementos críticos de seguridad y medioambientales asociados, son adecuados para reducir en un grado aceptable los riesgos de accidente grave; esta prueba debe incluir una evaluación de la eficacia de la respuesta a los vertidos de hidrocarburos». Esto quiere decir: (i) determinación de los riesgos graves; (ii) evaluación de la probabilidad de los riesgos y de sus consecuencias; y (iii) valoración de las medidas de control para determinar que son adecuadas para reducir el riesgo en un grado aceptable.

En quinto lugar, el informe debe incluir, como ya he dicho, el programa de verificación independiente. Este, en lo que respecta a las instalaciones, tiene por finalidad «garantizar de manera independiente que los elementos críticos para la seguridad y el medio ambiente identificados en la evaluación de los riesgos para la instalación, descritos en el informe sobre los riesgos graves, son adecuados, y que el calendario de examen y de prueba de los elementos críticos para la seguridad y el medio ambiente es adecuado, está actualizado y se ejecuta según las previsiones» (art. 17.4). El dictamen del verificador deberá ser tenido en cuenta por el operador (responder y tomar medidas) (art. 17.5) y será puesto a disposición de la autoridad competente, junto con las respuestas adoptadas. Este programa se establecerá, por lo que a las instalaciones no destinadas a producción se refiere, antes del inicio de las operaciones (art. 17.8).

posiciones para el mantenimiento de sistemas de control destinados a evitar daños a la instalación y al medio ambiente en la hipótesis de que todo el personal haya sido evacuado;

8) los códigos, las normas y las orientaciones pertinentes utilizados en la construcción y la puesta en funcionamiento de la instalación;

9) una prueba de que se han identificado todos los riesgos graves en relación con todas las operaciones que pueden llevarse a cabo en instalación y de que los riesgos de sucesos relacionados con accidentes graves para las personas y el medio ambiente se han reducido a un grado aceptable;

10) una descripción sobre toda limitación medioambiental, meteorológica y relativa al fondo marino que pese sobre la seguridad de las operaciones, y las disposiciones que permitan determinar los riesgos de accidentes que amenazan los fondos marinos y el medio marino, tales como los gasoductos y oleoductos y los amarres de instalaciones adyacentes;

11) información sobre el sistema de gestión de la seguridad y el medio ambiente pertinente para la instalación no destinada a la producción;

12) un ejemplar o una descripción adecuada del plan interno de respuesta de emergencia;

13) una descripción sobre el programa de verificación independiente;

14) cualquier otra información pertinente, por ejemplo cuando dos o más instalaciones funcionen en combinación de una manera que afecte al potencial de riesgo de accidente grave de una o de todas las instalaciones;

15) respecto de las operaciones que se realicen desde la instalación, toda información obtenida en virtud de la Directiva 2011/92/UE relativa a la prevención de accidentes graves que puedan causar daños importantes o graves para el medio ambiente que sea pertinente a efectos de otros requisitos impuestos por la presente Directiva;

16) una evaluación de los efectos medioambientales potenciales resultantes de la pérdida de aislamiento de contaminantes procedentes de un accidente grave y una descripción de las medidas técnicas y de otro tipo previstas para prevenirlos, reducirlos o compensarlos, incluidas las medidas de vigilancia.»

(35) En el apartado 5 se especifica la información concerniente al programa de verificación independiente que, en este momento, no nos resulta de interés.

En sexto y último lugar, el informe deberá ser «aceptado» por la autoridad competente, esto es, que la autoridad competente considera que «cumple los requisitos de la presente Directiva» y así se lo comunica por escrito al operador, o al propietario (art. 2.22). Y, en general, la autoridad competente sólo podrá autorizar las instalaciones tras haber evaluado la capacidad de los solicitantes, tanto la técnica como la financiera. Con ocasión de dicha evaluación, deber tener en cuenta, entre otros, el riesgo, los peligros y toda otra información útil asociada a la zona objeto de la concesión considerada, inclusive, cuando proceda, el coste que supone el deterioro del medio marino (art. 4.2). En todo caso, la autoridad competente puede «proh[ibir] la operación o el comienzo de la operación de toda instalación o infraestructura conectada si las medidas propuestas en el informe sobre los riesgos graves para la prevención o la limitación de las consecuencias de los accidentes graves o notificaciones de las operaciones en el pozo o de las operaciones combinadas presentadas de conformidad con el artículo 11, apartado 1, letras h) e i), respectivamente, se consideran insuficientes para cumplir lo dispuesto en la presente Directiva» (art. 18) (36).

A mi juicio, lo relevante, en lo que ahora nos interesa, es que la autoridad competente (37) es la que ha de «evaluar y aceptar los informes sobre los riesgos graves, evaluar las notificaciones de diseño y evaluar las notificaciones de operaciones en los pozos o de operaciones combinadas, y cualquier otro documento de esta naturaleza que les sea presentado», así como «supervisar el cumplimiento por los operadores y propietarios de la presente Directiva, incluidas las inspecciones, las investigaciones y las medidas de ejecución.» En el caso específico del informe, cuyo contenido se ha expuesto, la autoridad debe «aceptarlo», lo que significa que el mismo cumple con las exigencias de la Directiva. Al llevar a cabo dicho cometido, la autoridad deberá revisar el contenido del informe, lo que supone, específicamente, la determinación de los riesgos graves, la evaluación de la probabilidad de los riesgos y de sus consecuencias; y la valoración de las medidas de control para determinar que son adecuadas para re-

---

(36) También podrá: (i) «redu[ci]r, en circunstancias excepcionales y si considera que la seguridad y la protección medioambiental no se ven comprometidas, el plazo exigido entre la presentación del informe sobre los riesgos graves u otros documentos que han de presentarse en virtud del artículo 11 y el inicio de las operaciones»; (ii) «exig[ir] al operador que adopte las medidas proporcionadas que la autoridad competente considere necesarias para garantizar el cumplimiento del artículo 3, apartado 1»; (iii) «cuando se aplique el artículo 6, apartado 4, tome medidas suficientes para garantizar en todo momento la seguridad de las operaciones»; y (iv) «exigir mejoras y, en caso necesario, para prohibir que continúe el funcionamiento de toda instalación o parte de la misma o de cualquier infraestructura conectada, si los resultados de una inspección, de una determinación con arreglo al artículo 6, apartado 4, de una revisión periódica del informe sobre los riesgos graves presentado de conformidad con el artículo 11, apartado 1, letra e), o de las modificaciones de las notificaciones presentadas de conformidad con el artículo 11, muestran que los requisitos de la presente Directiva no se han cumplido, o que la seguridad de las instalaciones o de las operaciones relacionadas con el petróleo y el gas mar adentro suscitan inquietudes razonables».

(37) En la Directiva se distingue entre la autoridad competente para otorgar las autorizaciones y concesiones y la que evalúa y acepta los informes sobre los riesgos graves, supervisa el cumplimiento de la Directiva, además de asesorar e informar a otras autoridades. A esta autoridad, la Directiva exige que los Estados garanticen su independencia y objetividad (art. 8). En consecuencia, se dispone que «deberán evitarse los conflictos de intereses entre, por una parte, las funciones regulatorias de la autoridad competente y, por otra, las funciones regulatorias relativas al desarrollo económico de los recursos naturales mar adentro y la concesión de licencias para operaciones relacionadas con el petróleo y el gas mar adentro en el Estado miembro, así como el cobro y la administración de los ingresos relativos a dichas operaciones» (art. 8.2). Esta autoridad podrá ser independiente de la primera, salvo que, por el número limitado de instalaciones a supervisar, no fuese obligatorio (art. 8.3).

ducir el riesgo en un grado aceptable. Es, propiamente, la autoridad de la evaluación de los riesgos de accidentes graves, lo que le ha de permitir analizar (i) los riesgos, (ii) las consecuencias y (iii) las medidas de control para garantizar la seguridad de la instalación y de las operaciones tanto para la salud de las personas como la protección ambiental.

La inserción, en nuestro ordenamiento jurídico, de este marco regulatorio determinará que (i) la evaluación será la técnica de evaluación de los impactos, inclusive los hipotéticos de un eventual accidente, pero (ii) será la autoridad competente en materia de seguridad de las instalaciones y de las operaciones relativas al petróleo y gas en mar adentro la que llevará a cabo el análisis de los riesgos de accidentes graves en la triple dimensión expuesta: los riesgos (y su probabilidad), las consecuencias y las medidas que se han de implementar para reducirlos hasta el nivel adecuado.

La conclusión más relevante de lo expuesto es la insuficiencia de nuestro ordenamiento jurídico en relación con el análisis de los riesgos de accidentes graves con consecuencias o impactos ambientales. En relación con la actividad comentada, las prospecciones exploratorias para el descubrimiento de petróleo en alta mar, nos topamos con la frontera entre la evaluación de los impactos y el análisis de los riesgos de accidentes. Estos, lógicamente, tienen un impacto ambiental que, incluso, podría ser importante. Desde esta perspectiva, debe ser objeto de evaluación. Pero son impactos o efectos hipotéticos, no son ciertos como los que la ejecución del proyecto producirá. La eventualidad de su producción está asociado a un hecho azaroso, a un accidente. El análisis del mismo ha de ajustarse a la metodología del análisis de riesgos. El resultado final, en última instancia, es la expresión de la probabilidad de la producción de dicho evento y con las consecuencias subsiguientes, los impactos ambientales, entre otros. Una probabilidad que deberá ser objeto de gestión mediante la implementación de las medidas de control adecuadas para que las consecuencias dañosas sean aceptables. La evaluación puede conocer de la certeza de impactos pero no así de la incertidumbre de los riesgos. Este ámbito escapa de la evaluación y también de la autoridad ambiental. Es la responsabilidad de la autoridad substantiva. La Directiva 2013/30 marca la senda indicada. Esta autoridad deberá, en el escenario de lo incierto, evaluar los peligros, las probabilidades y, sobre todo, decidir sobre las medidas adecuadas de gestión. En el caso de las prospecciones de Canarias, la autoridad ambiental ha convertido el procedimiento de evaluación, también en análisis de los riesgos, con las consecuencias expuestas.

Trabajo recibido el 9 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Ingurumen-eraginaren ebaluazioan istripu larrien arriskuaren analisia erabiltzeko zailtasunak aztertzen dira lan honetan. Ingurumen-eraginaren ebaluazioan, hain zuzen, noizean behingoko efektu izenekoak kontuan hartu behar dira; esaterako, proiektu jakin batekin lotutako istripu batek eragindako efektuak. Hala ere, ebaluazioa ez da esparru egokia, ez arriskuak aztertzeko, ezta ondorioak eta kontrol-neurriak aztertzeko ere. Erakunde-disfuntzio horiek lanean testuinguru faktiko gisa soilik hartzen den kasu batekin lotuta ageri dira: Kanarietako esplorazio-zundaketak, petroliorik dagoen zehazteko. Gure zuzenbidean 2013/30 zuzentaraua sartzeak disfuntzio horiek gainditzeko aukera emango du.

**HITZ GAKOAK:** Ingurumen-zuzenbidea. Ingurumen-eraginaren ebaluazioa. Arriskuen azterketa. Esplorazio-zundaketak. Petrolioia. Kanariak.

**RESUMEN:** En este trabajo se analizan las dificultades de encaje del análisis de riesgos de accidentes graves en la evaluación de impacto ambiental. Esta debe considerar los denominados «efectos de aparición irregular», como podrían ser los derivados de un accidente asociado al proyecto correspondiente. Sin embargo, la evaluación no es el ámbito institucional adecuado ni para analizar los riesgos, ni las consecuencias, ni las medidas para su control. Estas disfunciones institucionales se ponen de manifiesto en relación con un caso, que aquí solo se toma como contexto fáctico, como es el de los sondeos exploratorios en Canarias para determina la existencia de petróleo. La incorporación a nuestro Derecho de la Directiva 2013/30 permitirá salvar estas disfunciones.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho ambiental. Evaluación de impacto ambiental. Análisis de riesgos. Sondeos exploratorios. Petróleo. Canarias.

**ABSTRACT:** This work analyzes the difficulties of fitting the risk analysis of serious accidents in the environmental impact assessment. This has to consider the so called «effects of irregular appearance», as it could be those derived from an accident related to the corresponding project. Nevertheless, the assessment is not the adequate institutional field nor to analyzing risk nor the consequences, or the measures for its control. These institutional malfunctions are evidenced in a case which is here taken as a factual context as it is the explorations to see if there is petrol in the Canary Islands. The transposition in our legal system of Directive 2013/30 will allow to solve those malfunctions.

**KEYWORDS:** Environmental Law. Environmental impact assessment. Risk analysis. Explorations. Petrol. Canary Islands.



# La necesidad de una protección ambiental específica del suelo en el Derecho de la Unión Europea. Especial referencia a los suelos contaminados (1)

María del Carmen Bolaño Piñeiro

**Sumario:** I. Introducción. I.1. Las referencias a la protección ambiental del suelo en el tratado de Lisboa. I.2. Los programas de acción medioambiental y la protección ambiental del suelo.—II. El concepto legal y jurisprudencial de suelo en la unión europea. II.1. El concepto de suelo en el derecho de la unión europea y en particular en la propuesta de directiva de protección de suelos. II.2. El concepto de suelo en la jurisprudencia del tribunal de justicia de la unión europea.—III. La propuesta de directiva marco para la protección de los suelos. III.1. Razones de la regulación de la política de protección ambiental del suelo a través de una directiva. III.2. Objeto y ámbito de aplicación de la propuesta de directiva marco. III.3. Sistema de prevención de riesgos.—IV. Los suelos contaminados. IV.1. Prevención de la contaminación, identificación de los terrenos contaminados y confección de inventario. IV.2. Venta de terrenos e informe de la situación del suelo. IV.3. Rehabilitación de los suelos contaminados. IV.4. Otras previsiones de la propuesta de directiva de protección del suelo.—V. Protección de suelos específicos en la unión europea.—VI. A modo de consideración final.

## I. Introducción

En este trabajo, en primer lugar se va a mencionar brevemente la competencia ambiental en el Tratado de Lisboa y su incidencia en la protección del suelo. Posteriormente, se analizarán los Programas Medioambientales de la Unión Europea y sus previsiones en relación con la protección ambiental del suelo. Finalmente, se llevará a cabo un estudio de la Propuesta de Directiva para la protección del Suelo.

### I.1. Las referencias a la protección ambiental del suelo en el Tratado de Lisboa

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Tratado de la Unión Europea en su versión consolidada establece varias referencias relativas al medio ambiente que vie-

---

(1) Este trabajo se ha llevado a cabo gracias a la ayuda otorgada al Departamento de Derecho Administrativo, Constitucional y Filosofía del Derecho-Sección Bizkaia, para la contratación de doctores recientes de la Universidad del País Vasco/ Euskal Herriko Unibertsitatea.

nen redactadas en términos muy similares a las antiguas versiones de los Tratados (2). Dentro de las competencias exclusivas, por su vinculación con el medio ambiente, destaca la atribución de la competencia exclusiva a la UE sobre la conservación de los recursos marinos (3) y el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior (4). En lo que se refiere a las competencias compartidas, se mencionan la agricultura y la pesca, con excepción de la conservación de los recursos biológicos marinos, el medio ambiente y los aspectos comunes de seguridad en materia de salud pública (5). En las competencias de apoyo, coordinación y complementación, el Tratado menciona una serie de materias que, a lo que a este trabajo interesa, destaca «la protección y mejora de la salud humana» (6). El Tratado de Lisboa en una de sus principales novedades sitúa el procedimiento de codecisión como el «procedimiento legislativo ordinario» (7), o como se ha denominado por algunos autores como «el procedimiento decisorio natural de la UE» (8). En general, ese será el procedimiento por el que se apruebe la normativa europea ambiental. Sin embargo, se reservan determinados ámbitos para el procedimiento legislativo especial, debiendo ser el Consejo por unanimidad el que adopte este tipo de decisiones (9). Dentro de las materias reservadas al procedimiento legislativo especial, se encuentran las medidas que afectan directa o indirectamente a la utilización del suelo, con excepción de la gestión de los residuos (10). Sin embargo, la Propuesta de Directiva para la protección del suelo se llevó a cabo mediante el procedimiento legislativo ordinario ¿debe, por tanto, entenderse que el legislador europeo confunde aquí los conceptos de residuo y suelo contaminado? Posteriormente, se analizará esta cuestión y la problemática jurídica que plantea esta confusión.

(2) Así lo señala el autor LINDE PANIAGUA, E., «El sistema de competencias de la Unión Europea de acuerdo con el Tratado de Lisboa», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 21, 2011, pp. 27-294 (p. 135). En primer lugar, se establece que la Unión Europea deberá obrar «...en pro del desarrollo sostenible de Europa...» y basando su crecimiento económico, entre otros criterios, en «...un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente» [Art. 3.3 Tratado de la Unión Europea (antiguo art. 2 Tratado de la Unión Europea)]. Asimismo, se dice que la Unión contribuirá al «desarrollo sostenible del planeta» [Art. 3.5 Tratado de la Unión Europea (antiguo art. 2 Tratado de la Unión Europea)].

(3) Artículo 3.1. d) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

(4) Artículo 3.1.b) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

(5) Artículo 4.2 apartados d), e) y k) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

(6) Artículo 6, apartado a) Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

(7) 294.1 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (antiguo art. 251 Tratado de la Comunidad Europea).

(8) De esa forma denomina el procedimiento legislativo ordinario en la UE el autor NAVARRO BATISTA, N., «Los procedimientos decisorios», en BENEYTO PÉREZ, J.M. (Dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea. Sistema institucional y procedimientos decisorios*, Tomo III, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 381-466 (p. 385).

(9) En concreto, éstas serán las materias dentro del ámbito medioambiental que deberán ser aprobadas siguiendo el procedimiento legislativo especial: 1) disposiciones esencialmente de carácter fiscal; 2) las medidas que afecten a: la ordenación territorial, la gestión cuantitativa de los recursos hídricos o que afecten directa o indirectamente a la disponibilidad de dichos recursos y la utilización del suelo, con excepción de la gestión de los residuos; y 3) las medidas que afecten de forma significativa a la elección por un Estado miembro entre diferentes fuentes de energía y a la estructura general de su abastecimiento energético. Artículo 192.2 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

(10) Artículo 192.2 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.



La Propuesta de Directiva Marco para la protección de los suelos se ha quedado anclada en la fase de primera lectura. El Parlamento Europeo emitió su informe sobre la propuesta de la Directiva Marco el 14 de noviembre de 2007 por una mayoría aproximada de dos tercios (11). El Consejo, por el bloqueo de algunos Estados, no ha conseguido llegar a un acuerdo para remitirle al Parlamento Europeo la posición común sobre la propuesta normativa (12). La mayoría de los Estados mantienen una posición favorable respecto de la aprobación de un instrumento a escala de la Unión de protección del suelo en términos ambientales (13). Sin embargo, hay ciertos Estados reticentes. Estos Estados, entienden que una regulación de dichas características no respeta los principios de subsidiariedad y proporcionalidad de la Unión aplicables a las competencias compartidas (14). Asimismo, entienden que no existen efectos transfronterizos en la degradación del suelo. Estos son Estados que, por otro lado, poseen una normativa interna muy protectora de la calidad ambiental del suelo (15). Otros Estados contrarios a dicha normativa argumentan la carga administrativa que supondría su adopción y ejecución, y su relación coste-beneficio (16).

## 1.2. Los Programas de Acción Medioambiental y la protección ambiental del suelo

El V Programa de Acción medioambiental previó como una de las prioridades la gestión sostenible del aire, del agua y del suelo. A diferencia de lo que ha ocurrido con la protección del suelo, la protección del aire y del agua se ha llevado a cabo de forma directa o mediante políticas primarias. El VI Programa continuó en la consecución de este objetivo poniendo de relieve, ya en la Exposición de Motivos (17), la problemática que plantea el suelo como recurso ambiental finito, o recurso renovable a muy largo plazo, y las acciones y fenómenos degradantes a las que es sometido. Se previeron como fines fomentar la utilización y gestión efectiva y sostenible de la tierra en general (18), y el uso sostenible del suelo en particular, actuando principalmente

---

(11) Véase el informe emitido por el Parlamento Europeo con referencia A6-0410/2007 de 24 de octubre de 2007. Asimismo, los debates y opiniones pueden verse en esta dirección: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=CRE&reference=20071114&secondRef=ITEM-005&language=ES&ring=A6-2007-0410#3-161> Como se comentará posteriormente, es remarcable la posición contraria de Alemania.

(12) Ver el comunicado de prensa del Consejo: 7522/10 (Presse 67), sesión n.º 3002 del Consejo de 15 de marzo de 2010, p. 6.

(13) Véase en [http://ec.europa.eu/prelex/detail\\_dossier\\_real.cfm?CL=es&DosID=194683](http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosID=194683)

(14) Dentro de estos países se encuentra principalmente el Reino Unido. Asimismo, Francia, Alemania y Austria. Véase en la página de la Unión Europea: <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1020470&t=e&l=en>

(15) Estos países son principalmente Reino Unido y Alemania. Sobre la regulación alemana de suelos contaminados véase MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Ambiental*, Trivium, Madrid, 1995, p. 291; *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. 2, Madrid, Trivium, 1991, p. 467, p. 258.

(16) Véase el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Aplicación de la Estrategia Temática para la Protección del Suelo y actividades en curso, COM (2012) 46 final, p. 7. En este informe se da cuenta de que «una minoría de Estados miembros bloqueó la situación [la aprobación del documento] alegando razones de subsidiariedad, costes excesivos y cargas Administrativas».

(17) VI Programa, Exposición de Motivos, párrafo 22.

(18) VI Programa, Artículo 3.10.

contra la erosión, la contaminación y la desertización (19). Asimismo, se instó a la realización de una estrategia temática sobre la protección del suelo para la paliación de la erosión, la desertización, la degradación del suelo, la ocupación de terrenos y los riesgos hidrogeológicos (20). Se hace especial hincapié en la necesidad de que esta estrategia tenga en cuenta la diversidad regional, lo cual se tradujo en el empleo de la Directiva como instrumento jurídico adecuado para la regulación de la protección del suelo dada la flexibilidad que ofrece su propia naturaleza.

La Comisión elaboró la Comunicación denominada «Hacia una estrategia temática para la protección del suelo» (21). En esta Estrategia se pone de relieve la preocupante situación de los suelos y las consecuencias que ésta conllevará en el futuro si no se ponen en marcha medidas eficaces (22). La Comisión pone énfasis en la necesidad de la existencia de una estrategia global en la UE para la protección del suelo. Para ello, propone su gestión sostenible basándose en dos principios rectores: 1) la prevención de la degradación del suelo y la conservación de sus funciones; y 2) la restauración del suelo ya degradado para devolverle su funcionalidad. Para la elaboración de la Estrategia se realizaron numerosos trabajos y, entre ellos, se llevó a cabo una Evaluación de Impacto de la Estrategia (23). Mediante esta Evaluación de Impacto se analizó el impacto social, económico y cultural de la Estrategia. Asimismo, se procedió a la determinación del instrumento jurídico más adecuado para la promulgación de la normativa protectora del suelo, así como a la determinación de la relación coste-beneficio de las medidas que se pretenden adoptar teniendo en cuenta el estado de los suelos europeos. En la Evaluación de Impacto se concluyó que un instrumento jurídico flexible, como es la Directiva, se presenta más apropiado para la regulación jurídica del suelo europeo. De esta forma, cada Estado podrá tener en cuenta las peculiaridades de su suelo y su problemática. La Evaluación de Impacto señala que una normativa comunitaria es imprescindible para una efectiva protección del suelo, debido a que los impactos transfronterizos son muy importantes en este ámbito (24) y con normativas interiores estatales exclusivamente no podrían paliarse efectivamente.

Actualmente, el VII Programa medioambiental en vigor en la Unión Europea lleva por nombre «Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020. Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta» (25). Este

(19) VI Programa, Artículo 6. 1, párrafo 6.

(20) VI Programa, Artículo 6. 2. C)

(21) COM 2002 (179) final, de 16 de marzo de 2002.

(22) Estrategia temática para la protección del suelo, pp. 2 y 3.

(23) Estrategia temática para la protección del suelo, p. 11.

(24) Estrategia temática para la protección del suelo, p. 6.

(25) Decisión 1386/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de noviembre de 2013, relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta». Habiendo sido publicado el 28 de diciembre de 2013 en el Diario Oficial de la Unión Europea, entró en vigor a los 20 días su publicación (Art. 5 Decisión n.º 1386/2013/UE). Sobre la aprobación del VII Programa véase FERNÁNDEZ DE GATTA SANCHEZ, D., «El séptimo Programa Ambiental de la Unión Europea», Revista Aragonesa de Administración Pública, n.º 41-42, 2013, pp. 71-121. A cerca de la Decisión finalmente aprobada véase FERNÁNDEZ DE GATTA SANCHEZ, D., «El VII Programa Ambiental de la Unión Europea (2013-2020), publicado el 28 de diciembre de 2013: una nueva visión ambiental del futuro», *La Ley Unión Europea*, n.º 12, 2014, pp. 1-9.

Programa fija los objetivos medioambientales de la Unión Europea para el período 2014-2020 y sigue la hoja de ruta de los anteriores Programas, así como de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible «Río + 20» (26). En lo que se refiere al bien ambiental del suelo, destaca las numerosas referencias que, a lo largo del documento, se llevan a cabo equiparando de esta forma, al menos en el papel, el suelo a otros bienes ambientales como el agua o la atmósfera. En el VII Programa se señala que en las últimas décadas se han reducido las emisiones contaminantes al suelo y que, en aplicación de la Política Agraria Común, se ha avanzado en el objetivo de mantener la tierra en buenas condiciones agrarias y medioambientales (27). Sin embargo, y de forma contradictoria, advierte que la aplicación insuficiente de la legislación vigente de medioambiente en la Unión está llevando al uso no sostenible de la tierra, agotando los terrenos fértiles y continuando con la contaminación del suelo. Esta problemática estaría llevando a poner en riesgo la seguridad alimentaria mundial y a la desaparición de la biodiversidad (28). Precisamente debe pensarse que la puesta en peligro de la seguridad alimentaria es uno de los peores efectos transfronterizos que la contaminación del suelo puede producir. Asimismo, se señala que el actual sistema de consumo provoca la generación masiva de contaminación, agravando la degradación del suelo (29). El Programa establece nueve objetivos de acción en materia medioambiental para el período 2014-2020. El recurso ambiental del suelo es incluido en varios de estos nueve objetivos, siguiendo la tendencia generalizada a considerar el suelo como un recurso ambiental individualizado (30). En este sentido, debe entenderse que los objetivos de este Programa deberán dirigir a las Instituciones Europeas a la promulgación de la Propuesta de Directiva cuya primera redacción data del año 2006 (31). Para ello, va a ser necesaria la voluntad real de las instituciones europeas y de los países miembros para buscar una vía para la preservación del suelo.

## II. El concepto jurídico y jurisprudencial de suelo en la unión europea

### II.1. El concepto de suelo en el Derecho de la Unión Europea y en particular en la Propuesta de Directiva de protección de suelos

A diferencia de otros bienes naturales como el agua o el aire, la protección jurídica del suelo en la UE no se ha llevado a cabo mediante una normativa directa. Esto ha supuesto una falta de definición del concepto jurídico de suelo en la norma-

---

(26) Resolución A/Res/66/288 de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

(27) Anexo párrafos 3 y 5 Decisión n.º 1386/2013/UE.

(28) Anexo párrafo 6 Decisión n.º 1386/2013/UE.

(29) Anexo párrafo 8 Decisión n.º 1386/2013/UE.

(30) Destaca de forma negativa que en el objetivo n.º 3, que lleva por título «proteger a los ciudadanos de la Unión de las presiones y riesgos medioambientales para la salud y el bienestar» no se mencione a penas el suelo, centrándose casi exclusivamente en el aire y el agua.

(31) En este sentido, FERNÁNDEZ DE GATTA SANCHEZ, D., «El séptimo...», 2013, p. 104 sugiere que, datando la redacción de la Propuesta de Directiva del año 2006, ésta debiera ser revisada para adecuarlo a la actualidad.

tiva europea. Algunos autores en el Estado español han defendido la no consideración del suelo como un bien ambiental en sí mismo (32). Sin embargo, la prestigiosa doctrina alemana nunca ha puesto en duda la calificación del suelo como elemento ambiental a pesar de sus peculiaridades (33). Las razones de esta diferencia de trato jurídico serían, por un lado, el hecho de que respecto del agua y aire, el suelo es mucho más difícil de caracterizar y se requiere mucho más tiempo para determinar los efectos negativos que produce su deterioro (34). En este sentido, como la protección ambiental se ha basado históricamente en la protección de la salud de las personas, el suelo ha despertado un menor interés al no verse reflejado de forma tan explícita el daño que causa el deterioro del suelo en la salud de las personas. Piénsese que el ser humano ingiere directamente, dadas sus necesidades vitales, tanto el agua como el aire. No es el caso del suelo, aunque éste cause un deterioro en determinados alimentos que posteriormente se ingieren. La calidad ambiental del suelo tiene una clara incidencia en la alimentación al estar en contacto directo los productos naturales. También, la contaminación del suelo se puede inhalar a través de las partículas que se desprenden al remover la tierra, por absorción a través de la piel o, incluso, y esta sería la vía más peligrosa, por ingesta directa (35). Asimismo, también se ha entendido que el requerimiento de unanimidad en el Consejo para la aprobación de políticas con incidencia en el suelo ha retrasado una normativa europea de protección de dicho bien natural (36).

(32) MARTÍN MATEO, R., *Manual de Derecho Ambiental*, Trivium, Madrid, 1995, p. 291; *Tratado de Derecho Ambiental*, vol. 2, Madrid, Trivium, 1991, p. 467; Este autor defiende que aunque es indudable que el suelo supone un soporte vital y realiza procesos biológicos imprescindibles para el medio ambiente, señala que «... el suelo, en cuanto elemento biológicamente activo, no constituye un sistema global e intercomunicado como es el caso de la atmósfera o el agua y tampoco es como éstos un componente existencial insustituible». La caracterización del suelo como un elemento ambiental en sí mismo no parece que corresponda a juristas sino a especialistas en el ámbito científico ambiental. No se entiende que el suelo no sea «un componente existencial insustituible». No parece imaginable la existencia de la vida, al menos tal y como se conoce, sin el elemento natural «suelo». La comunidad científica parece inclinarse por su caracterización como bien ambiental individualizado, ver DÍAZ-FIERROS VIQUEIRA, F., *La ciencia del suelo. Historia, concepto y método*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2011, pp. 64 y 106; SEOÁNEZ CALVO, M.; CHACÓN AUGE, A.J.; GUTIÉRREZ DE OJESTO, A. y ANGULO AGUADO, I., *Contaminación del suelo: estudios, tratamiento y gestión*, Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 1999, p. 134. Por este motivo, y al margen de debates científicos que escapan de las manos de este trabajo jurídico, parece más adecuado equiparlo como bien ambiental al agua o al aire. Ver en este sentido, ÁVILA ORIVE, J.L., *El suelo como elemento ambiental. Perspectiva territorial y urbanística*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1998, p. 24.

(33) VARGA PASTOR, A. de la, *El nuevo...*, 2012, p. 14.

(34) MARMO, L., «Developments on Soil protection in the EU», en ONIDA, Marco, *Europa Law Publishing*, 2004, pp. 175-190 (pp. 176-177).

(35) Se señala que principalmente los trabajadores estarían especialmente expuestos a la contaminación por estas vías. Asimismo, se menciona la ingesta de tierra de forma directa como una práctica más común de lo que se imagina, sobretodo entre niños o en determinadas culturas. Esta sería la vía de exposición más peligrosa. Véase el estudio realizado por MARTÍNEZ-SÁNCHEZ, M.J., MARTÍNEZ-LÓPEZ, S., MÁRTINEZ-MARTÍNEZ, L.B. y PÉREZ-SIRVENT, C., «Importance of the oral arsenic bioaccessibility factor for characterising the risk associated with soil ingestion in a mining-influenced zone», *Journal of Environmental Management*, 2013, pp. 10-17 (p. 10). Véase también SCIENCE COMMUNICATION UNIT, UNIVERSITY OF THE WEST OF ENGLAND, «Soil Contamination: Impacts on Human Health», *Science for Environment Policy*, septiembre 2013, pp. 1-29 (p. 8). Disponible en: <http://ec.europa.eu/environment/integration/research/newsalert/pdf/IR5.pdf>

(36) Ver Artículo 175.2 Tratado de la Comunidad Europea.

Si bien no ha habido una política directa de la Unión, son diversos los instrumentos legislativos europeos que abordan indirectamente la protección del suelo(37). Ha sido desde las diferentes perspectivas que han incidido en la regulación del suelo como ha venido caracterizándose el concepto y la protección del suelo(38). Posiblemente las normativas sectoriales de la Unión que inciden en mayor medida en el régimen de protección del suelo son la Directiva de vertidos de residuos(39), la Directiva de lodos de depuradoras(40), la normativa referida al control integrado de la contaminación(41) y la política agrícola comunitaria(42). Como consecuencia de esta protección jurídica dispersa, no se encuentra en el Derecho de la Unión una definición estricta de lo que se entiende por el concepto ambiental de suelo. Sin embargo, esta situación muestra signos de cambio(43).

En la Propuesta de Directiva Marco para la protección de los suelos de 22 de septiembre de 2006, que se enmarcó dentro del ámbito de actuación del VI Programa de Acción en materia medioambiental y que continúa con el VII Programa, se regula de forma directa a su protección. Y es que, aunque algunas políticas sectoriales pueden mitigar los procesos de degradación del suelo, es necesaria una mayor integración entre ellas en los aspectos de protección de dicho bien ambiental(44). En la Exposición de Motivos de esta Propuesta se hace referencia al concepto de suelo, definiéndole como un «recurso no renovable consistente en un sistema muy dinámico que ejerce muchas funciones y presta servicios vitales para las actividades humanas y la supervivencia de los ecosistemas» (45). Se añade, además, que el suelo es un recurso de interés común para la Unión, a pesar de que en su mayor parte sea un elemento tradi-

---

(37) Así lo ha señalado, entre otros, la AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, «Con los pies en la tierra: la degradación del suelo y el desarrollo sostenible en Europa», *Problemas medioambientales*, n.º 16, 2002, p. 7; MARMO, L., «Developments...», 2004, p. 176.

(38) A título de ejemplo, el autor ÁVILA ORIVE, *El suelo...*, 1998, p. 25 señala que, desde el punto de vista de la Ordenación del Territorio, en la 8.ª Conferencia Europea de Ministros responsables de la Ordenación del Territorio (dentro de los hospicios del Consejo de Europa) se identificaron los siguientes componentes en el suelo: 1) como soporte de actividades, esto es, como medio de extensión de la vida humana; 2) como espacio agrícola y forestal; 3) como espacio natural, protegido de la actividad del ser humano. Asimismo, el autor añade a éstas la consideración del suelo como recurso mineral o geológico, es decir, como objeto de explotación, y el suelo como paisaje incluyendo en éste tanto su valor natural como el cultural e histórico.

(39) Directiva 99/31/CE del Consejo de 26 de abril 1999 relativa al vertido de residuos. No se menciona expresamente la protección del suelo pero muchas de las medidas previenen su deterioro, como por ejemplo con las medidas referidas a la incineración de residuos los efectos en el suelo se ven minimizados. Ver MARMO, L., «Developments...», 2004, p. 178.

(40) Directiva 86/278/CEE del Consejo de 12 de junio de 1986 relativa a la protección del medio ambiente y, en particular, de los suelos, en la utilización de los lodos de depuradora en agricultura.

(41) Directiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2008, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación.

(42) Al ser la política agraria competencia exclusiva de la UE, la normativa es muy abundante. Puede consultarse en la página web oficial de la UE, en el apartado dedicado a la política agraria: [http://europa.eu/legislation\\_summaries/agriculture/general\\_framework/index\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/agriculture/general_framework/index_es.htm)

(43) La mención expresa del suelo como bien ambiental específico en los Programas V, VI y VII de Acción medioambiental, así como la aprobación de la Estrategia para la protección del suelo y, por su puesto, la elaboración de la Propuesta de Directiva para la protección del suelo, son signos claros de la dirección de este cambio. Véase MARMO, L., «Developments...», 2004, p. 177.

(44) Propuesta de Directiva Marco para la protección de los suelos de 22 de septiembre de 2006, p. 12.

(45) Propuesta, p. 2.

cionalmente de titularidad privada. Se subraya que si el suelo no se protege, se debilitará la sostenibilidad y la competitividad a largo plazo en Europa. En este sentido, la doctrina ha señalado que la Propuesta establece una definición de suelo que hace hincapié en sus funciones y en la necesidad de preservarlas(46). Por otro lado, la Estrategia Temática para la protección del suelo elaborada por la Comisión define el suelo como «la capa superior de la corteza terrestre, formada de partículas minerales, materia orgánica, agua, aire y organismos vivos». Hace hincapié en el hecho de que, dado su proceso de formación extremadamente lento, puede considerarse un recurso no renovable y, por ello, y teniendo en cuenta su importancia socioeconómica y ambiental, debe protegerse. La definición establecida en la estrategia temática se establece en términos similares a la normativa estatal y a la normativa autonómica vasca(47).

## II.2. El concepto de suelo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El concepto de suelo no ha sido tratado de forma aislada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Este hecho puede deberse a la ausencia de una normativa europea propia del suelo, que proceda a su conceptualización y definición y que, a su vez, cree problemas de determinación jurídica. Al no haberse planteado estas cuestiones, el resultado es la ausencia de una jurisprudencia europea al respecto. En cualquier caso, es interesante hacer una referencia a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de septiembre 2004 que analiza el concepto, no de suelo, sino de *suelo contaminado*(48). En esta sentencia el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas analiza si el suelo contaminado es un deshecho desde el punto de vista jurídico del Derecho de la Unión(49). En este caso se planteaba por parte del Tribunal estatal(50), entre otras cuestiones, si la tierra contaminada por hidrocarburos vertidos accidentalmente podía ser calificada como residuo en el sentido de la Directiva 75/442/CEE. La respuesta del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es afirmativa, al entender que la tierra y el vertido de hidrocarburos no son separables, salvo que fueran objeto de operaciones necesarias para la descontaminación(51). El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas opta por identificar el suelo contaminado como residuo para que sea posible recuperarlo. Según éste esa «es la única interpretación que garantiza el cumplimiento de los objetivos de protección del medio am-

(46) VARGA PASTOR, A. de la, *El nuevo...*, 2012, p. 27.

(47) Véanse los artículos 2.a) Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados, y 2.1. de la Ley 1/2005, de 4 de febrero, para la prevención y corrección de la contaminación del suelo de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

(48) STJCE de 7 de septiembre de 2004, *Van de Walle*, asunto C-1/03.

(49) SANTAMARÍA ARINAS, R.J., «La noción comunitaria de residuo como concepto jurisprudencial», en *Actas del V Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, Aranzadi, Madrid, 2004, pp. 73-89 (p. 80).

(50) GARCÍA URETA, A., «Jurisprudencia ambiental en 2004», *Ingurogiroa eta Zuzenbidea*, Bilbao, 2005, pp. 170-171.

(51) VARGA PASTOR, A. de la, «La consideración del suelo contaminado como residuo a partir de la STJCE de 7 de septiembre de 2004. Sus repercusiones en el Derecho Alemán y en el Derecho Comunitario», *Revista Aranzadi de Derecho Administrativo*, n.º 11, 2007, pp. 115-131 (p. 125).

biente...». En este sentido, se ha señalado que en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas el suelo contaminado por hidrocarburos, por el mero hecho de estar alterado por estas sustancias, se considerará como residuo (52). El argumento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se centra en la posibilidad o no de poder separar las sustancias contaminantes de la tierra.

Los problemas jurídicos que plantea esta interpretación han sido puestos de relieve por la doctrina calificando la sentencia de confusa (53). Se ha señalado que las antiguas y numerosas zonas industriales contaminadas por hidrocarburos se han asimilado así al concepto de residuo (54). La consideración del suelo contaminado como residuo conlleva la aplicación sobre éste de la normativa de residuos, en vez de la específica de suelos contaminados. En el ámbito de la UE aún no existe una normativa aprobada respecto a la protección ambiental de los suelos, ni tampoco para la recuperación de los suelos contaminados. Sin embargo, hay Estados miembros que sí han desarrollado una normativa específica, tal y como es el caso del Estado español o el Estado alemán (55). Siguiendo el razonamiento de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el régimen jurídico aplicable a un suelo contaminado sería la normativa comunitaria sobre residuos y no la normativa estatal específica sobre suelos, en aplicación del principio de primacía del Derecho de la Unión. Esta interpretación no parece apropiada en tanto en cuanto la existencia de una normativa específica, adoptada y adaptada a una situación concreta del territorio, como es el caso de un suelo contaminado, se presentará en principio más ajustada a su realidad y, en consecuencia, más eficaz para la obtención del objetivo que se pretende.

El suelo, al igual que el aire y el agua, es un recurso natural (56) y, por sus características complejas y las funciones esenciales que cumple para la vida, debe ser objeto de una atención jurídica especial. En este sentido, si el suelo es un recurso no puede ser un residuo. Será, en cualquier caso, un recurso contaminado (57), como lo puede ser el agua o el aire. En estos dos últimos recursos naturales no se ha producido la disociación que se ha dado con el suelo y el suelo contaminado, seguramente debido a la existencia de una normativa propia y específica a nivel europeo.

---

(52) SADELEER, N. de, «Residuos, restos y subproductos. Una trilogía ambigua», *Inguurogiroa eta Zuzenbidea*, n.º 3, 2005, pp. 11-50 (p. 22).

(53) VARGA PASTOR, A. de la, *El nuevo...*, 2012, p. 107; VARGA PASTOR, A. de la, «La consideración...», 2007, p. 123.

(54) SADELEER, N. de, «Residuos...», 2005, p. 43.

(55) En el trabajo comparativo realizado por THEOCHAROPOULOS, S.P., WAGNER, G., SPRENGART, J., MOHR, M-E, DESAULES, A., MUNTAU, H., CHRISTOU, M., QUEVAUVILLER, P., «European soil sampling guidelines for soil pollution Studies», *The Science of the Total Environment*, n.º 264, 2001, pp. 51-62 se señala por medio de tablas la existencia de regulación o no sobre la protección del suelo y sus características en catorce países de la Unión Europea. En este estudio se muestra la existencia de grandes diferencias entre los países de la Unión, tanto en la forma, la metodología, los estándares, etc. de protección del suelo, concluyendo la necesidad de armonizar el tratamiento para evitar los problemas que esta disparidad de criterios acarrea. Entre otros, se señala la dificultad de definir el concepto de contaminación o la imposibilidad de comparar adecuadamente los datos teniendo en cuenta que cada Estado tiene sus propios valores (pp. 60-61).

(56) Entre otros, véase AGENCIA EUROPEA DE MEDIO AMBIENTE, «El suelo: el recurso olvidado», 22 de marzo de 2010, p. 1; HAMELL, M., «El valor de la tierra», *Medio Ambiente para los Europeos*, n.º 11, junio 2002, p. 9; VARGA PASTOR, A. de la, «La consideración...», 2007, p. 125.

(57) VARGA PASTOR, «La consideración...», 2007, p. 125.

### III. La propuesta de directiva marco para la protección de los suelos (58)

#### III.1. Razones de la regulación de la política de protección ambiental del suelo a través de una Directiva

La UE ha empleado principalmente Directivas para la regulación de la política ambiental. En lo que se refiere a la protección del suelo, el instrumento jurídico elegido para la redacción del Proyecto fue también la Directiva. Su utilización ha sido debida, principalmente, a su mejor adecuación para proceder a la armonización de las normativas de los Estados miembros que inciden en el mercado interior (59). En líneas gene-

(58) La Propuesta de Directiva para la Protección del Suelo ha sido retirada por la Comisión el día 21 de mayo de 2014. Puede verse en: [http://ec.europa.eu/prelex/detail\\_dossier\\_real.cfm?CL=es&DosID=194683](http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosID=194683)  
A pesar de que ha sido retirada, se entiende que es interesante su estudio ya que sí, tal y como es deseable, en un futuro se redacte una nueva Propuesta en muchos aspectos serán similares o coincidentes.

(59) Así lo ponen de relieve LASAGABASTER HERRARTE, I.; GARCÍA URETA, A.; LAZCANO BROTONS, I., *Derecho Ambiental. Parte General*, LETE, Bilbao, 2007, p. 64; BARBERÁN ORTÍ, R. y EGEA ROMÁN, P., «La política...», 2008, p. 453; y, entre otros, GARCÍA BURGÚES, J., «Derecho Europeo Medioambiental. La protección del medio ambiente en la Unión Europea», en VERCHER NOGUERA, A. (Dir.), *Derecho Europeo Medioambiental: la protección del medio ambiente en la Unión Europea. Aspectos críticos*, CGPJ, Madrid, 2008, pp. 9-44 (p. 13). Los Reglamentos se han utilizado principalmente para asuntos relacionados con el comercio, véase MORENO MOLINA, Á.M., *Derecho...*, 2006, p. 318. El Reglamento es un instrumento poco empleado en materia ambiental. Se ha utilizado, entre otros, para la regulación de los productos químicos tras la aprobación del Reglamento REACH (Reglamento n.º 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos, en inglés: *Registration, Evaluation, Authorisation and Restriction of Chemicals*). Anteriormente, esta materia había venido siendo regulada también mediante Directivas. Directivas éstas que, como indicaron algunos autores, dejaban poco margen para el desarrollo de una normativa estatal. Véase la crítica realizada a este respecto por LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, «Régimen Jurídico de los productos químicos», en LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Derecho Ambiental Parte Especial II. Productos químicos, Transgénicos, Residuos, Contaminación Electromagnética*, LETE, Bilbao, 2010, pp. 29-112 (p. 31). Finalmente culminaron en este Reglamento que, por su naturaleza, es obligatorio en todos sus elementos. Algunos autores han puesto de relieve la promulgación de Directivas excesivamente detalladas por las que apenas se deja margen de actuación a los Estados miembros. A mayor concreción del contenido de una Directiva, mayor será la posibilidad de aplicarla en virtud del principio de eficacia directa que posteriormente se analizará, sin que los Estados miembros la hayan transpuesto o la hayan transpuesto correctamente. Sin embargo, se ha criticado que mediante la redacción detallada de Directivas se estaría vulnerando la característica más singular de éstas, desvirtuando así su naturaleza. En este sentido se pronuncian los siguientes autores: ALGUACIL GONZÁLEZ-AURIOLES, J., *La directiva comunitaria desde la perspectiva constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 144; LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADRONERO, A.E., *La directiva comunitaria como fuente del Derecho*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2010, p. 129. Hasta el momento una Directiva no ha sido impugnada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea por su alto grado de detalle y, como algunos autores han señalado, posiblemente su planteamiento hubiera sido en vano teniendo en cuenta la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Véase ALONSO GARCÍA, R., *Sistema jurídico de la Unión Europea*, 2.ª edición, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 128-129. Como señala el autor, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reiterado su apoyo a las Directivas detalladas al insistir en la necesidad de que éstas sean detalladas y precisas para que puedan ser aplicables de forma directa para los casos de no transposición o transposición incorrecta por parte del Estado. Si bien se ha entendido que la práctica de promulgación de Directivas muy detalladas estaría vulnerando el artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como el principio de proporcionalidad recogido en el artículo 5.4 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Este artículo establece que «el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados». Por su parte, las Decisiones han venido siendo empleadas principalmente para la adopción de Programas de Acción Medioambiental, Programas estos que han sido definidos como los instrumentos típicos de la política medioambiental en la Unión. Véase LASAGABASTER HERRARTE, I.; GARCÍA URETA, A. y LAZCANO BROTONS, I., *Derecho...*, 2007, p. 67; LINDE PANIAGUA, E., «El sistema...», 2011, p. 165; Artículo 175. 3 Tratado de la Comunidad Europea. También para la incorporación de la UE a Convenios Internacionales en materia medioambiental se emplean las Decisiones como instrumento normativo.



rales, la normativa de la UE en materia ambiental ha supuesto un importante avance hacia la protección del medio ambiente. Por regla general, la normativa europea en materia ambiental viene siendo más protectora que la normativa básica estatal en el Estado español y que algunas normativas autonómicas. Sin embargo, en lo que se refiere a la protección del suelo, la normativa estatal y, en algunos casos, la autonómica ha sido dictada con anterioridad a la aprobación de una normativa para la protección del suelo en la Unión Europea (60).

Como es bien sabido, la política medioambiental en la Unión tuvo su origen en la necesidad de armonizar la normativa reguladora del mercado interior europeo (61). En sus inicios, dicha normativa se promulgó con el objetivo final de permitir una efectiva libertad de circulación del capital y de las mercancías entre los Estados miembros. Para llevar a cabo este cometido, la Directiva se constituye como instrumento jurídico adecuado para regular estas cuestiones desde el punto de vista armonizador. Así, aunque se ha dicho que las Directivas no pueden contener más que objetivos medioambientales genéricos (62), la Comisión puede hacer de la Directiva un acto normativo bastante similar al Reglamento, detallando y precisando las obligaciones de tal modo que se reduzca el margen de actuación de los Estados (63).

Debido a que la competencia medioambiental es una competencia compartida entre Estados miembros y la UE, y tomando en cuenta las directrices del Protocolo de aplicación del principio de subsidiariedad, es posible —y recomendable— la regulación de una normativa de protección de suelos mediante una Directiva. En relación con los efectos transnacionales, se ha dicho que el hecho de que el suelo esté «localizado no significa que su dimensión no traspase fronteras» (64). Piénsese en la incor-

---

(60) La normativa de suelos contaminados en el Estado y en la Comunidad Autónoma Vasca se regula principalmente en la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados, el RD 9/2005, de 14 de enero, por el que se establece la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados y la Ley 1/2005, de 4 de febrero, para la Prevención y Corrección de la Contaminación del Suelo.

(61) Entre otros, BARBERÁN ORTÍ, R. y EGEA ROMÁN, P., «La política...», 2008, p. 446; LASAGABASTER HERRARTE, I. «Régimen...», 2010, p. 31; MARTÍN MATEO, R., «La revolución ambiental pendiente», en PIÑAR MAÑAS, J.L. (Dir.), *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 49-80 (p. 49). Fue en el periodo de post-industrialización, entre los años 60 y 70, cuando los efectos negativos de la industria comenzaron a hacerse patentes en términos ambientales y de consecuencias para la salud de las personas. Fue entonces cuando comenzó a tomarse conciencia del problema. Desde ese momento, el objetivo de la política medioambiental va a ser restaurar y erradicar en la medida de lo posible el riesgo que las acciones humanas crean o han creado hasta el momento, o prevenir las que se podrán crear en el futuro. Véase para profundizar en el tema ESTEVE PARDO, J., *Derecho del Medio Ambiente*, 2.ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 211; LOPERENA ROTA, D., «El servicio público ambiental», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 57, 2000, pp. 99-112 (p. 100).

(62) PAREJO ALFONSO, L., «Origen y desarrollo del Derecho Medioambiental en el ordenamiento comunitario-europeo», en PICÓN RISQUEZ, J. (Coord.), *Derecho Medioambiental de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pp. 41-70 (pp. 62-63).

(63) LIÑAN NOGUERAS, D.J., «El sistema de normas y actos de la Unión Europea (II)», en MANGAS MARTÍN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 6.ª Edición, Tecnos, Madrid, 2010, pp. 343-362, p. 368.

(64) Así lo ha puesto de relieve la doctrina que ha estudiado profundamente estas cuestiones. Véase VARGA PASTOR, A. de la, *El nuevo régimen jurídico de los suelos contaminados. Adaptado a la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados*, La Ley, Madrid, 2012, p. 102.

poración de sustancias al suelo a través del agua o el aire (65), su relación con la política sobre el cambio climático en referencia a la función del suelo como sumidero de CO<sub>2</sub>, así como sus múltiples funciones y su importancia para la economía de los Estados miembros y de la Unión en su conjunto. La Directiva aporta para la regulación ambiental del suelo una mayor flexibilidad propia de este instrumento, lo que se traduce en la facultad de los Estados de establecer medidas más concretas y adecuadas de aplicación a sus suelos y a su contaminación específica (66). Sin olvidar que siempre deberán respetar el marco obligatorio establecido por la Directiva.

En la Exposición de Motivos de la propia Propuesta se exponen las siguientes razones (67). Se menciona que la degradación del suelo en un Estado miembro o región puede tener consecuencias transfronterizas. Además, que las diferencias entre los regímenes de protección del suelo nacionales imponen a los operadores económicos obligaciones muy distintas, creando un desequilibrio en la competencia del mercado interior. Imagínese que si en un Estado se impone la obligación de determinados sujetos de llevar a cabo ciertas actuaciones de forma previa a desarrollar una actividad potencialmente contaminante del suelo, es posible que los promotores decidan instalar su actividad en un Estado que no requiera actuaciones de este tipo. También se argumenta que la incorporación de contaminantes a los alimentos y piensos puede afectar a la calidad de los productos y, en este sentido, la actuación a nivel europeo complementaría los controles de calidad aplicados a nivel nacional, garantizando de forma más eficaz la salud humana. Con estos argumentos se entiende, además, que la actuación europea facilitaría la consecución de los objetivos puesto que, por un lado, la degradación del suelo afecta a otros ámbitos del medio ambiente para cuya protección existe legislación europea. Por otro lado, porque la UE, al dotarse de un marco coherente y ambicioso, puede desempeñar un papel dirigente en la escena internacional, en la que otros países tienen una gran necesidad de obtener transferencias de conocimientos y asistencia técnica. Finalmente, porque sólo nueve Estados de la UE tienen una legislación específica del suelo y la normativa de esos nueve Estados aborda en exclusiva el problema de la contaminación. Este último sería el caso del Estado español. Siendo muchos otros los fenómenos causantes de la degradación del suelo, se entiende que el abordaje de la protección de la calidad ambiental del suelo desde la única perspectiva de la contaminación es insuficiente. Por último, según se argumenta en la Exposición de Motivos, a través de la aprobación de una normativa europea se aseguraría la igualdad de condiciones y garantizaría que todos los Estados hicieran frente a las amenazas del suelo. En la Exposición de Motivos se pone de ma-

---

(65) Es ejemplificador el caso de las minas de Cabezo Rajao (Murcia). Si bien en este caso concreto las partículas no traspasan fronteras de dos Estados, las partículas de metales pesados de la mina se transportan por medio del aire y de lluvias torrenciales estacionales al Mar Menor poniendo en peligro el frágil ecosistema de la zona. Esto podría ocurrir en cualquier zona transfronteriza afectando a dos Estados diferentes, situándose la mina en un Estado y trasladándose las partículas metálicas a otro. Véase sobre el caso de las minas de Cabezo Rajao y otros casos similares en SCIENCE COMMUNICATION UNIT, UNIVERSITY OF THE WEST OF ENGLAND, «Soil Contamination: Impacts on Human Health», *Science for Environment Policy*, septiembre 2013, pp. 1-29 (p. 11). Disponible en: <http://ec.europa.eu/environment/integration/research/newsalert/pdf/1R5.pdf>

(66) GARCÍA BURGUÉS, J., «Derecho...», 2008, p. 14.

(67) En la Exposición de Motivos se hace referencia a estas razones, en aplicación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad. Véase Exposición de Motivos de la Propuesta, pp. 7 y 8; ver Tratado de Lisboa, Protocolo de aplicación del principio de subsidiariedad y de proporcionalidad, Artículo 5.

nifiesto que un instrumento más minucioso que la Directiva no permitiría tener en cuenta la variabilidad en la tipología del suelo en la UE. Tampoco aportaría la flexibilidad necesaria para la adecuación a las condiciones locales (68). Asimismo, se entiende que no sería adecuado un instrumento jurídico no vinculante, pues no aseguraría el uso sostenible de un recurso natural común en toda Europa como el suelo, y no evitaría el falseamiento de la competencia provocado por regímenes nacionales muy distintos.

La Propuesta de Directiva pretende establecer un marco para la protección del suelo y de sus funciones que viene exigido por la necesidad de abordar y combatir las amenazas a escala europea dada la amplitud del problema, los impactos transfronterizos y los costes, dejando a su vez margen de actuación a los Estados (69). De esta forma, se aseguraría que las peculiaridades regionales y locales pudieran tenerse en cuenta de la forma más adecuada. El modo concreto de intervención debe ser decidido por los Estados miembros, dejándoles margen para un uso eficiente de su capacidad administrativa. De esta forma se aplica en el ámbito europeo el principio cada vez más extendido en la política medioambiental «pensar global y actuar local» (70).

### III.2. Objeto y ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva Marco

El primer artículo de la Propuesta de Directiva determina el objeto y ámbito de aplicación de ésta. Se señala que la normativa va dirigida al «...suelo que forma la capa superior de la corteza terrestre, situada entre el lecho rocoso y la superficie, excluidas las aguas subterráneas...». Asimismo, nos remite al artículo 2.2 de la Directiva de aguas (71) para la determinación de lo que debe entenderse por «aguas subterráneas» a los efectos de esta Propuesta. La Directiva de aguas indica que las

---

(68) Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establece un marco para la protección del suelo y se modifica la Directiva 2004/35/CE, de 22 de septiembre de 2006, p. 8.

(69) Resumen de la Evaluación de Impacto, SEC (2006) 1165, p. 6.

(70) Para un análisis profundo de este concepto véase CRUZ, PM. y BODNAR, Z., «Pensar globalmente y actuar localmente: el estado transnacional ambiental en Ulrich Beck», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.º 14, 2008, pp. 51-59. Señalan los autores que lo local y lo global no se excluirían y que el término de «globalización» significaría, asimismo, aproximación y mutuo encuentro entre las culturas locales (pp. 51-52): «Para pensar globalmente y actuar localmente, es necesario considerar que las generalizaciones a nivel mundial, así como la unificación de las instituciones, símbolos y modos de conducta y el nuevo énfasis, descubrimiento e, inclusive, defensa de las identidades culturales no constituyen ninguna contradicción». Efectivamente, para una protección del medio ambiente eficaz tanto el ámbito global como los ámbitos locales que lo componen deberán ser tenidos en cuenta como un todo y como partes en sí mismas. Por su parte, ORTEGA BERNARDO, J., «Iniciativa y responsabilidad de las Entidades Locales en la lucha contra la contaminación: el fundamento originario de la potestad reglamentaria local y el alcance de la obligación de adaptarse y ejecutar con eficacia la legislación ambiental en los casos de contaminación lumínica y acústica», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.º 17, 2010, pp. 61-74 (p. 63), señala en relación con este aspecto que «los problemas medioambientales, incluso los que tienen efectos y repercusiones mundiales, se perciben siempre en los dos polos, en dos niveles últimos: a nivel internacional, y a nivel local. Nadie ignora que los problemas medioambientales con efectos planetarios tienen que ver con pautas colectivas y sociales de comportamiento, pero que a su vez se conducen a las costumbres, forma de vida y consumo de cada persona». Ver también en relación con esta materia BARBERÁN ORTÍ, R. y EGEA ROMÁN, P., «La política...», 2008, p. 446; ORTEGA ÁLVAREZ, L., «La organización administrativa del medio ambiente», en ORTEGA ÁLVAREZ, Luis (Dir.), *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, 4.ª edic., Lex Nova, Valladolid, 2005, pp. 87-118 (p. 87).

(71) Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

aguas subterráneas son «... todas las aguas que se encuentran bajo la superficie del suelo en la zona de saturación y en contacto directo con el suelo y el subsuelo». Por tanto, el concepto de aguas subterráneas entendido tal y como en la Directiva de aguas se especifica, queda excluido de la Propuesta para la protección de los suelos (72).

En lo que se refiere al ámbito de aplicación de la Propuesta, se pretende crear un «marco para la protección del suelo y la preservación de su capacidad para realizar...» determinadas funciones de índole ambiental, económico, social y cultural (73). Para la preservación de estas funciones del suelo se establece en el articulado de la Propuesta «...medidas para la prevención de los procesos de degradación del suelo, tanto los que se dan naturalmente como los causados por una amplia gama de actividades humanas que dañan la capacidad del suelo para realizar las funciones indicadas...». La Propuesta de Directiva incluye los procesos de degradación que se dan de forma natural. Esta es una importante diferencia con la normativa interna ya que esta última sólo regula la contaminación de origen antrópico (74). Asimismo, se incluye «...la mitigación de los efectos de esos procesos y la restauración y rehabilitación de los terrenos degradados de manera que alcancen un nivel de funcionalidad compatible, como mínimo, con el uso actual y el futuro uso planificado» (75). Este último inciso parece hacer referencia al concepto de «desarrollo sostenible» (76), ya que hace mención tanto del estado actual de

(72) No lo establece así ni la normativa estatal española ni la normativa autonómica vasca. Estas dos normas no excluyen las aguas subterráneas si bien excluyen aquellos terrenos que están permanentemente cubierto por una lámina de agua. Véase art. 2.a) RD 9/2005 y art. 2.1 Ley 1/2005.

(73) Propuesta Directiva Marco para la protección de los suelos, Artículo 1.1. En este sentido menciona como funciones del suelo que se han de preservar: 1) la producción de biomasa, con especial mención a la preservación de la agricultura y la silvicultura; 2) el almacenamiento, el filtrado y la transformación de nutrientes, sustancias y agua; 3) la reserva de la biodiversidad, con referencia expresa a los hábitats, especies y genes; 4) el entorno físico y cultural para las personas y las actividades humanas; 5) la preservación de su función como fuente de materias primas; 6) la protección del suelo como reserva de carbono; y 7) el archivo del patrimonio geológico y arqueológico. Cabe preguntarse en este sentido si se trata de un listado de funciones protegidas abierto o cerrado. Esto es, surge la duda de si funciones que no entran dentro de ese listado pueden estar también protegidas o no por la Propuesta.

(74) Véase art. 3.x) Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados y art. 2.2 Ley 1/2005. Si bien debe decirse que la contaminación regulada en la Propuesta de Directiva sólo abarca la contaminación ejercida por el ser humano, excluyendo así, por ejemplo, la producida por una erupción volcánica. Posteriormente se analizará el artículo 10.1 de la Propuesta.

(75) Artículo 1.1 *in fine* de la Propuesta.

(76) El concepto de «desarrollo sostenible» surgió a finales de la década de los 80, estableciéndose por primera vez en el denominado *Informe Brundtland* de 1987, y del que se dice surgió la Cumbre de Río de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Con el Tratado de Maastricht se inserta el concepto de «desarrollo sostenible» en el entramado jurídico de Derecho originario de la Comunidad. Ver MORENO MOLINA, Á.M., *Derecho comunitario del medio ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 28. El término «desarrollo sostenible» ha sido definido de diversas formas. En el contexto del Tratado debe entenderse el concepto de «desarrollo sostenible» en los mismos términos que fue formulado en la Conferencia de Río de Janeiro de 1992. Véase PIÑAR MAÑAS, J.L., «El desarrollo sostenible como principio jurídico», en PIÑAR MAÑAS, J.L. (Dir.), *Desarrollo sostenible y protección del medioambiente*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 23-48 (p. 23). La transcripción literal del Informe de la Comisión *Brundtland* de 1987 definía el término «desarrollo sostenible» como «... el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades». Se ha señalado que esta «propuesta ético-política» tiene implicaciones no sólo en política ambiental entendida ésta de forma aislada, sino también en la organización de la economía, en el establecimiento de sus indicadores y en la aplicación de los Derechos Humanos. Sobre la implicación del concepto de desarrollo sostenible en otras áreas diferentes a la medioambiental, véase LASAGABASTER HERRARTE, I.(Coord.) y otros

los suelos como del estado futuro, lo que conecta con la idea de no dañar el medioambiente teniendo en cuenta a las futuras generaciones. Sin embargo, de su redacción se deduce que el deber de restaurar el suelo contaminado no será aquél que lleve hasta los niveles de su estado anterior, sino el nivel que le haga compatible con el uso actual del emplazamiento(77).

En el Capítulo I de la Propuesta se establece un artículo específico de definiciones. Se definen tan sólo dos conceptos, por lo que el precepto se antoja escaso, teniendo en cuenta la tecnicidad de la materia que se aborda (78). A título de ejemplo, y por ser uno de los conceptos centrales, no se incluye una definición de «suelo contaminado».

### III.3. Sistema de prevención de riesgos

El Capítulo II de la Propuesta, bajo el nombre «Prevención de riesgos, mitigación y restauración», establece las medidas que han de adoptarse para evitar la degradación del suelo y las medidas necesarias para restablecer el suelo ya degradado. En primer lugar, se prescribe que los Estados miembros deberían identificar, en el plazo de 5 años tras la transposición de la Directiva, las «zonas de riesgo» donde se hallasen «...prue-

---

autores, *La sostenibilidad desde la Universidad: Una reflexión interdisciplinar*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Leioa, 2013; LOPERENA ROTA, D., «Desarrollo sostenible. Problemas y retos de la Comunidad Autónoma Vasca», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 73, 2005, pp. 205-218 (p. 205); LOPERENA ROTA, D., «Hacia un concepto útil de desarrollo sostenible», *Ingurugiroa eta Zuzenbidea*, 2003, pp. 33-45. Algunos autores han entendido que según este concepto de desarrollo sostenible las generaciones futuras, esto es, los que aún no han nacido ni han sido concebidos, adquieren la condición de sujetos de derecho. Ver autores que menciona PIÑAR MAÑAS, J.L., *El desarrollo...*, 2002, p. 29. Siendo esto así, se estaría considerando a las «generaciones futuras» una cierta capacidad jurídica, esto es, la titularidad de un derecho a un medio ambiente adecuado para cubrir sus necesidades tal y como se han venido cubriendo hasta ahora.

(77) En este aspecto, la Propuesta se presenta, en principio, más protectora que la normativa estatal de suelos contaminados. La Ley 22/2011 de Suelos Contaminados, en su artículo 36.2 establece que «La recuperación de los costes de descontaminación no podrá exigirse por encima de los niveles de contaminación asociados al uso del suelo en el momento en el que se produjo la contaminación por el causante». Por tanto, si cuando se produjo la contaminación el uso del suelo era industrial, lo cual es lo más probable, en aplicación de la normativa estatal si el emplazamiento actualmente tiene un uso urbano, sólo podrá exigirse al causante la rehabilitación hasta los índices previstos para el uso industrial. En la normativa vasca, la Ley 1/2005 establece una diferenciación para la determinación de la finalidad de las medidas de recuperación. En concreto, distingue entre los suelos que han sido contaminados con anterioridad y con posterioridad a la aprobación de la Ley 3/1998 de 27 de febrero, General de protección del Medio Ambiente del País Vasco. Cuando la acción contaminante del suelo declarado contaminado haya tenido lugar de forma anterior a la entrada en vigor de la Ley 3/1998, la Ley 1/2005 señala que las medidas de recuperación del emplazamiento declarado contaminado tendrán como fin devolver al suelo «su capacidad para desempeñar las funciones propias del uso al que va a estar destinado» (Art. 27.2 Ley 1/2005). Por tanto, no se trata de conseguir unos niveles de limpieza y recuperación que dejen al suelo en su estado primitivo, sino de alcanzar un nivel de limpieza aceptable para el concreto uso del suelo al que se vaya a destinar el emplazamiento. Cuando la acción contaminante hubiera tenido lugar con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/1998, la obligación de recuperación del suelo será más ambiciosa que la prevista para el caso anterior. La Ley 1/2005 establece que el suelo deberá recuperarse hasta que el emplazamiento alcance el estado anterior a su contaminación. Esto es, se requiere aquí el restablecimiento del suelo a su estado primitivo. En el caso de que no hubiera datos sobre el estado anterior a la acción contaminante, se prevé que deberá alcanzar al menos unos estándares iguales a los Valores Indicativos de Evaluación B (Art. 27.3 Ley 1/2005). Por tanto, no se requerirán en estos casos los valores óptimos para el uso al que está destinado el suelo actualmente.

(78) Se establece, por un lado, lo que a efectos de la Propuesta se entiende por «sellado» y, por otro, se define el concepto de «sustancias peligrosas» (Artículo 2 apartados 1 y 2 Propuesta).

bas concluyentes o indicios...» de que se den algunos de los siguientes fenómenos de degradación del suelo: erosión, pérdida de materia orgánica, compactación, salinización o deslizamientos de tierras (79). Llama la atención, por un lado, que la Propuesta en el artículo donde recoge las definiciones, no se determine qué se va a entender por cada uno de estos fenómenos a los efectos de la Directiva. Por otro lado, se plantea si tan sólo esos cinco fenómenos que se mencionan son los que degradan el suelo. Esto es, si sólo esos fenómenos son los que van a degradar las funciones que el artículo 1 de la Propuesta indicaba. Señala la Propuesta que para la identificación de las «zonas de riesgo», los Estados tendrán en cuenta los criterios establecidos en el Anexo I. Este Anexo establece una serie de aspectos concretos para valorar la concurrencia de cada uno de los cinco fenómenos anteriormente mencionados. Asimismo, se establece que los Estados tendrán en cuenta los efectos de esos fenómenos «...en la agravación de la emisión de gases de efecto invernadero y la desertización». Sin embargo, para tener en cuenta estos últimos no se establecen criterios concretos similares a los previstos para los fenómenos de erosión, pérdida de materia orgánica, compactación, salinización o deslizamientos de tierras.

En segundo lugar, para la preservación de las funciones del suelo descritas en el artículo 1 de la Propuesta, los Estados elaborarán un «programa de medidas» para las zonas determinadas como «zonas de riesgo» (80). Para la elaboración de estos programas, los Estados tendrán en cuenta los efectos económicos y sociales que conllevarán, valorando la relación coste-eficacia y su factibilidad técnica mediante evaluaciones de impacto. Para la elaboración de las medidas se establece un plazo de siete años desde la transposición de la Directiva a la normativa interna del Estado. Para la ejecución de los programas que elaborasen los Estados, se prevé un plazo de ocho años a partir de la determinación de las medidas. Por tanto, se da a los Estados un plazo de quince años desde la transposición para la efectiva materialización de las previsiones de la Directiva. Teniendo en cuenta que la Propuesta prevé un plazo de dos años desde su entrada en vigor para su transposición y que ésta no ha sido aprobada, era posible que hasta pasados veinte años no se haga efectiva esta normativa. Por ello, parece que los Estados deberán tomar la iniciativa en sus propios ordenamientos si realmente están interesados en regular la protección del suelo a corto y medio plazo.

#### IV. Los suelos contaminados

La Propuesta de Directiva para la protección del suelo dedica su Capítulo II a un fenómeno concreto de degradación del suelo: la contaminación (81). En el articulado del Capítulo II de la Propuesta de Directiva se insta a los Estados a llevar a cabo una serie de medidas para identificar los emplazamientos contaminados y, posteriormente, proceder a su restauración.

(79) Artículo 6 Propuesta.

(80) Artículo 8 de la Propuesta.

(81) Se ha señalado que los suelos de la Unión Europea están principalmente afectados por metales pesados y aceite mineral, estimando que al menos 250.000 espacios necesitarían una urgente remediación. Véase SCIENCE COMMUNICATION UNIT, UNIVERSITY OF THE WEST OF ENGLAND, «Soil...», septiembre 2013, p. 4. Disponible en: <http://ec.europa.eu/environment/integration/research/newsalert/pdf/IR5.pdf>

#### IV.1. Prevención de la contaminación, identificación de los terrenos contaminados y confección de inventario

El artículo 9 de la Propuesta prevé la adopción de medidas por parte de los Estados miembros para limitar «... la introducción intencionada o no intencionada de sustancias peligrosas...». Expresamente, se excluye el requisito de la adopción de estas medidas cuando la introducción de sustancias peligrosas proceda de fenómenos naturales o de la deposición atmosférica cuando éstos fueran irreversibles, inevitables y excepcionales. La adopción de las medidas señaladas trataría de evitar la acumulación de sustancias peligrosas, hecho este que podría generar riesgos para el medioambiente y para la salud humana, además de perturbar las funciones propias del suelo. La primera medida a adoptar en relación con la Propuesta sería la creación de un inventario nacional de terrenos contaminados (82). Para ello, los Estados designarían una autoridad competente que procedería, en el plazo de 5 años desde la transposición, a identificar los terrenos contaminados (83). Esto es, procedería a identificar «...los terrenos en los que haya una presencia confirmada, provocada por el hombre (84), de sustancias peligrosas a un nivel que cree un riesgo significativo para la salud humana o el medio ambiente...» (85). En concreto, como mínimo deberían identificarse los terrenos donde se diesen o hayan tenido lugar las actividades potencialmente contaminantes que se detallan en el Anexo II de la Propuesta (86). El Anexo II establece un listado de actividades potencialmente contaminantes del suelo que, por la mera presencia de dichas instalaciones en un emplazamiento, el emplazamiento deberá ser identificado e inventariado. Asimismo, en el citado anexo se recogen criterios basados en la presencia de determinadas sustancias en el terreno para que la finca sea inventariada. En los terrenos en los que hayan tenido lugar las actividades potencialmente contaminantes señaladas en el Anexo II de la Propuesta, las autoridades competentes nombradas por los Estados, deberán medir sus niveles de concentración de sustancias peligrosas. Si los niveles de concentración demostraran que existen *razones suficientes* para crear un *riesgo significativo* (87) para la salud o el medio ambiente se debería llevar a cabo

---

(82) Artículo 10.2 Propuesta. En la normativa interna del Estado español, la Ley 22/2011 prevé la elaboración de un inventario a nivel estatal de suelos contaminados en el artículo 35.2 Ley 22/2011.

(83) Artículo 11 apartados 1 y 2 Propuesta.

(84) A pesar de lo que se exposición de motivos de la propuesta, el fenómeno de la contaminación sólo se regula en relación con aquella producida por el ser humano. Contradice, por tanto, lo establecido con carácter general en el artículo 1.1 de la Propuesta.

(85) Artículo 10.1 Propuesta.

Se ha señalado la necesidad de que cada emplazamiento sea analizado de forma individualizada, teniendo en cuenta sus características concretas ya que cada uno perfil de riesgo específico, unos componentes químicos y una historia determinada. SCIENCE COMMUNICATION, UNIVERSITY OF THE WEST OF ENGLAND, «Soil...», 2013, p. 4.

(86) En el ámbito interno, el RD 9/2005 también prevé en su anexo I un listado de actividades potencialmente contaminantes del suelo. Por su parte, la Ley vasca 1/2005 en su anexo II prevé un listado de contenido similar.

(87) En la Ley 22/2011 y en la Ley 1/2005, en vez de emplear el calificativo de «significativo», se habla de «riesgo aceptable» o «riesgo inaceptable». Artículo 2 apartados 2 y 6 Ley 1/2005 y Artículo 2.i) y j) RD 9/2005 respectivamente.

«...una evaluación *in situ* del riesgo...» (88). Para ello se establece un calendario según el cual: 1) el 10% de los terrenos deberán ser analizados en el plazo de 5 años desde la transposición; 2) el 60% de los terrenos deberá ser analizado en un plazo de 15 años desde la fecha de transposición; y 3) el resto de los terrenos estará analizado en un plazo de 25 años a partir de la fecha de transposición.

Se encuentran claras similitudes entre la Propuesta de Directiva y la normativa estatal y autonómica vasca. Aunque la regulación de la Propuesta es más escueta, tal y como corresponde a una norma que pretende servir de marco, la normativa interna y ésta siguen un esquema similar, estableciendo un listado de actividades contaminantes del suelo como base para la realización de una analítica del terreno. Si de dicha analítica se estima que puede existir un riesgo significativo, o un riesgo inaceptable en palabras de la normativa interna, para la salud de las personas o del medio ambiente, surgiría la obligación de llevar a cabo una evaluación de riesgos.

## IV.2. Venta de terrenos e informe de la situación del suelo

El artículo 12 de la Propuesta prevé que el sujeto u organismo autorizado por el Estado elabore un informe de la situación del suelo y lo entregue a la autoridad competente para el caso en el que un terreno vaya a ser vendido. Este informe debería realizarse siempre que en el emplazamiento objeto de tráfico económico se hubiera llevado a cabo una actividad potencialmente contaminante de las determinadas en el Anexo II. También se prevé la realización de este informe para el caso de que, según los registros oficiales, en dicho terreno se hubiera llevado a cabo una actividad del Anexo II. Dicho informe debería ser entregado por el propietario del suelo que vende o por el comprador a la autoridad competente (89). Y es que, como han señalado algunos autores, el registro de los suelos que estén contaminados se presenta como una actuación que mejorará la seguridad jurídica para la compra y venta de fincas (90). Piénsese que si la normativa exige unas actuaciones de descontaminación, esas actuaciones requerirán un importante coste económico. Por ello, parece que los potenciales compradores debieran estar informados de dicho extremo en el momento de su compra. Este extremo también se prevé en la normativa interna (91).

(88) Artículo 11.3 Propuesta.

(89) Asimismo, este artículo detalla el contenido mínimo que ha de aparecer en el informe:

1) El historial del terreno.

2) Un análisis químico respecto de los niveles de concentración de las sustancias que estén relacionadas con la actividad potencialmente contaminada efectuada en el terreno. A este respecto se prevé que los Estados establezcan una metodología para la determinación de los niveles de concentración —Artículo 12.3 Propuesta—.

3) Se deberá establecer los niveles de concentración de dichas sustancias según las cuales sea razonable considerar que crean un riesgo significativo para la salud humana o el medio ambiente.

Además, esos informes serán utilizados por las autoridades competentes nombradas por los Estados para la identificación de los terrenos que vayan a ser inventariados en aplicación del artículo 10.1 —Artículo 12.4 Propuesta—.

(90) Sobre la importancia de los Registros Públicos en materia medioambiental en general véase ESTEVE PARDO, J., *Derecho del Medio Ambiente*, 2.ª Edición, Marcial Pons, Madrid, 2008, p. 263, y sobre su importancia en la materia de suelos contaminados en particular, véase BOLAÑO PIÑEIRO, M.C., «Registros administrativos e inventarios en la normativa de suelos contaminados», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 98, 2014, pp. 17-48.

(91) Artículo 33.2 Ley 22/2011 y Artículo 9 Ley 1/2005.



### IV. 3. Rehabilitación de los suelos contaminados

Teniendo en cuenta las previsiones de la Propuesta, los Estados deberán rehabilitar los terrenos contaminados que se incluyan en los inventarios (92). Esta referencia al Estado no se entiende como un mandato directo a la Administración Pública a que, mediante capital público, lleve a cabo la rehabilitación. Si bien los Estados tendrían obligaciones concretas, como la elaboración de los inventarios, éstos podrían desarrollar esta normativa y atribuir estas obligaciones a los causantes de la contaminación, entre otros. La rehabilitación consistiría en la eliminación, el control, la contención y/o la reducción de contaminantes presentes en el emplazamiento. Se entiende que a través de estas actividades de restauración, el terreno contaminado dejaría de ser un suelo contaminado y, por tanto, dejaría de suponer un *riesgo significativo* para la salud o el medio ambiente (93).

En el apartado tercero del artículo 13 de la Propuesta, se hace referencia a la financiación de la rehabilitación de los suelos. Según éste, cuando mediante la aplicación del principio medioambiental «quien contamina paga» no pudiera financiarse la rehabilitación, los Estados preverán los mecanismos adecuados para su financiación (94). La Propuesta pretende evitar que la no financiación por el responsable sea razón para no proceder a la rehabilitación de los suelos contaminados. Es, por tanto, una prevención de la Propuesta para que el suelo sea en todo caso rehabilitado. Los Estados, basándose en la información recogida en el inventario, deberán elaborar una Estrategia Nacional de Rehabilitación en el plazo de 7 años desde la transposición de la Directiva (95). El plazo previsto para la aplicación y la publicación de la Estrategia Nacional de Rehabilitación es de 8 años tras la transposición y, finalmente, se prevé su revisión periódica al menos cada 5 años (96). De nuevo, se establecen espacios muy amplios que dejan inoperante la regulación de la Propuesta durante un período muy largo de tiempo.

---

(92) Artículo 13.2 Propuesta.

(93) Tanto el RD 9/2005 como la Ley 1/2005 hacen referencia a la existencia de un *riesgo inaceptable* para la salud de las personas o de los ecosistemas. La Propuesta, sin embargo, se refiere a la existencia de un *riesgo significativo*. Cuando esta Propuesta sea aprobada habrá que determinar si riesgo inaceptable y riesgo significativo son lo mismo. Si la Propuesta estuviese estableciendo un estándar más protector la normativa europea estaría siendo vulnerada.

(94) La Ley 22/2011 en su artículo 36.1 prevé como responsables principales de la descontaminación a los causantes y, subsidiariamente, a los propietarios y poseedores del emplazamiento. Asimismo, la Ley 22/2011 establece que serán responsables solidarios o subsidiarios los sujetos señalados en la Ley 26/2007 de 24 de octubre de Responsabilidad Medioambiental (el artículo 36.3 Ley 22/2011 remite al artículo 13 de la Ley 26/2007). Esta previsión a mayores, es un intento del legislador de que la Administración no sea la que tenga que sufragar los costosísimos gastos de descontaminación. Así, prevén varios responsables subsidiarios cuando el principio de «quien contamina paga» no resuelve la problemática.

(95) Dicha Estrategia Nacional de Rehabilitación deberá incluir cuanto menos: 1) unos objetivos de rehabilitación; 2) el orden de prioridades para la rehabilitación y, concretamente, deberán establecerse en primer lugar los terrenos que presenten un riesgo significativo para la salud humana. Se da así una mayor prioridad a la salud de las personas sobre la conservación de los ecosistemas; 3) un calendario de ejecución; y 4) los fondos asignados por las autoridades de los Estados responsables de las decisiones presupuestarias según sus procedimientos nacionales. Artículo 14.1 Propuesta.

(96) Artículo 14.2 Propuesta.

#### IV. 4. Otras previsiones de la Propuesta de Directiva de Protección del Suelo

La Propuesta de Directiva de Protección del Suelo regula, asimismo, otras cuestiones. Por un lado, establece el deber de los Estados de concienciar a la ciudadanía sobre la importancia del suelo, tanto para la vida del ser humano como para la preservación de los ecosistemas en general (97). Esta es una previsión importante. En las personas ha calado el mensaje de la peligrosidad de la contaminación del agua o de la atmósfera. Sin embargo, con el suelo la percepción es diferente (98). La concienciación de las personas es vital para una preservación efectiva del medio ambiente.

Por otro lado, la Propuesta prevé como método de seguimiento por parte de la Comisión que, a partir de los 8 años desde la fecha de transposición, esto es, cuando el inventario de suelos contaminados y la Estrategia Nacional de Rehabilitación hayan sido elaborados, los Estados miembros pongan a disposición de la Comisión cada 5 años cierta información relativa a la actividad llevada a cabo para la protección de los suelos (99). Esta previsión se estima positiva teniendo en cuenta que el seguimiento por parte de las autoridades públicas del cumplimiento de la normativa es tan importante como la redacción y aprobación de la misma.

En lo que se refiere a los Estados miembros, éstos deberían establecer un régimen de sanciones para el caso de no cumplirse la normativa interna que transponga la Directiva. Además, tomarán todas las medidas necesarias para asegurarse de la ejecución de dicha Directiva. La normativa sancionadora que estableciesen los Estados deberá ser comunicada a la Comisión antes de los 24 meses de la entrada en vigor de la Directiva, esto es, en el plazo previsto para la transposición. Además, toda modificación deberá ser también notificada (100).

#### V. Protección de suelos específicos en la Unión Europea

Dadas las características específicas de determinadas zonas geográficas europeas, la UE ha establecido regulaciones concretas para la protección de determinados suelos o terrenos. Este es el caso de la zona de los Alpes que goza de una amplia protección jurídica en el marco normativo europeo. Su protección se centra principalmente en la salvaguarda de su ecosistema de enorme valor ambiental y en promover un desarrollo sostenible de la

(97) Artículo 15.1 Propuesta.

(98) SCIENCE COMMUNICATION, UNIVERSITY OF THE WEST OF ENGLAND, «Soil...», 2013, p. 3.

(99) En concreto, deberán aportar: 1) un resumen de las iniciativas tomadas; 2) las zonas que han sido calificadas de riesgo. Esta información deberá facilitarse en un formato que pueda ser leído por un Sistema de Información Geográfica (SIG); 3) la metodología que se ha usado para la determinación de las zonas de riesgo; 4) los programas de medidas adoptados, así como su eficiencia; 5) La identificación y el inventario de los terrenos contaminados; 6) la Estrategia Nacional de Rehabilitación; y 7) un resumen de las medidas tomadas para la sensibilización de la ciudadanía. Artículo 16.1 Propuesta.

Esta plataforma deberá crearse un año después de la entrada en vigor de la Directiva, es decir, 20 días después de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (Artículo 17 Propuesta). Esta previsión se estima positiva, teniendo en cuenta que algunos Estados de la UE llevan más tiempo desarrollando estrategias de rehabilitación del suelo. De esta forma, principalmente los Estados menos experimentados podrán beneficiarse de este flujo de información (Artículo 25 Propuesta).

(100) Tanto la Ley 22/2011 como la Ley 1/2005 prevén su propio sistema sancionador (véase, respectivamente, Capítulo II y Capítulo VII).

zona, que permita proteger también los intereses económicos de los que residen en esa zona alpina(101). La Convención Alpina, celebrada en *Berchtesgaden* del 9 al 11 de octubre de 1989, es un Tratado territorial multilateral firmado por los países que se encuentran en el ámbito geográfico de los Alpes europeos. Asimismo, la UE es también sujeto firmante y parte. Su objetivo es la protección medio ambiental del macizo y de su entorno desde una perspectiva global. Así, se han previsto diversos protocolos de actuación específica para la protección del macizo desde las diferentes perspectivas ambientales. Uno de estos Protocolos se dirige a la protección del suelo del ámbito alpino(102). Protección que se focaliza en la preservación de: 1) sus funciones naturales; 2) sus funciones como archivo histórico natural y de la humanidad; 3) agrícolas; 4) de asentamiento humano y turístico; 5) otros usos comerciales; y 6) su preservación como fuente de materias primas(103). En este sentido, también se establece expresamente la necesidad de promoción de la restauración del suelo(104). Asimismo, se prevé un artículo específico sobre la contaminación del suelo. En éste se establece el deber de los Estados parte de analizar las condiciones ambientales del suelo y su riesgo utilizando métodos comparativos(105). Para evitar la contaminación del suelo y para asegurar una restauración compatible ambientalmente, se deberán elaborar e implementar el tratamiento y disposición de los residuos(106). Al igual que ha ocurrido con la jurisprudencia de la UE se detecta aquí una confusión entre el concepto jurídico de suelo contaminado y de residuo nada deseable.

Las zonas costeras también han sido objetivo específico de protección jurídica por la UE. Esto se debe a la importancia que éstas tienen para un gran número de países miembros y, por tanto, para la Unión en su conjunto(107). La UE repara especialmente en la forma en la que se deben gestionar estas zonas en aras a su conservación. En gran medida para mantener el rendimiento económico que la zona costera supone para toda la UE. Teniendo en cuenta tanto la especial fragilidad de la costa Mediterránea, como su importancia por ser el mayor mar de la UE, éste ha sido objeto de consideración particular por las políticas europeas para su protección y gestión

---

(101) Decisión 96/191/CE del Consejo, de 26 de febrero de 1996, relativa a la celebración del Convenio para la protección de los Alpes (Convenio de los Alpes); Decisión 2006/516/CE del Consejo, de 27 de junio de 2006, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo sobre la protección de los suelos, del Protocolo sobre la energía y del Protocolo sobre el turismo, del Convenio de los Alpes; Decisión 2006/655/CE del Consejo, de 19 de junio de 2006, relativa a la aprobación en nombre de la Comunidad Europea del Protocolo relativo a la aplicación del Convenio de los Alpes de 1991 en el ámbito de la agricultura de montaña; Decisión 2005/923/CE del Consejo, de 2 de diciembre de 2005, relativa a la firma en nombre de la Comunidad Europea del Protocolo sobre la protección de los suelos, del Protocolo sobre la energía y del Protocolo sobre el turismo, del Convenio de los Alpes; Decisión 2004/69/CE de la Comisión, de 22 de diciembre de 2003, por la que se adopta la lista de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica alpina; Decisión 98/118/CE del Consejo, de 16 de diciembre de 1997, relativa a la celebración del Protocolo de adhesión del Principado de Mónaco al Convenio para la Protección de los Alpes.

(102) Protocolo para la conservación del suelo que desarrolla la Convención Alpina en el campo de la conservación del suelo en aplicación de sus artículos 2.2 y 2.3.

(103) Artículo 1.2 Protocolo conservación del suelo de la Convención Alpina.

(104) Artículo 1.2 *in fine* Protocolo conservación del suelo de la Convención Alpina.

(105) Artículo 17.1 Protocolo conservación del suelo de la Convención Alpina.

(106) Artículo 17.2 Protocolo conservación del suelo de la Convención Alpina.

(107) Recomendación 2002/413/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 30 de mayo de 2002, relativa a la aplicación de la gestión integrada de las zonas costeras en Europa.

específica (108). Asimismo, el medio urbano también está siendo objeto de consideración específica por la normativa ambiental europea (109). Estas políticas de la Unión referentes al medio urbano se orientan a la mejora de la calidad del medio ambiente en las ciudades reduciendo el impacto medioambiental negativo de las aglomeraciones y de las consecuencias agresivas en términos ambientales que éstas implican.

## VI. A modo de consideración final

Diversas son las razones que ponen de relieve la necesidad de establecer una regulación específica de la protección ambiental del suelo en la Unión Europea. Los posibles efectos transfronterizos de los fenómenos que degradan el suelo, así como la distorsión de la competencia que las diferentes regulaciones internas pueden crear entre los diferentes operadores, son sólo algunas de las cuestiones que determinan la necesidad de llevar a cabo una política adecuada sobre protección del suelo en la Unión. A pesar de que hace tiempo que se viene subrayando la importancia del suelo como bien ambiental, equiparable al agua o a la atmósfera, en las Instituciones Europeas no se ha llegado al consenso necesario para la aprobación de la Propuesta de Directiva. La reticencia de un grupo pequeño de países, aunque de gran peso en la Unión, ha supuesto el estancamiento de la Propuesta de Directiva. No se encuentra una voluntad clara por parte de las Instituciones implicadas para conseguir un consenso que lleve al establecimiento de una regulación y ofrezca una solución, principalmente, a emplazamientos contaminados que suponen un peligro grave y real para el ser humano o para los ecosistemas. El abordaje de esta problemática debe hacerse por medio de una normativa específica, ya que una protección del suelo de forma sectorial y dispersa ha demostrado ser insuficiente.

La Propuesta de Directiva, tiene un alcance amplio en lo que se refiere a los fenómenos degradantes del suelo. A diferencia de las normativas estatal y autonómica vasca, no sólo prevé regular la contaminación del suelo sino también otros fenómenos degradantes tan graves como el corrimiento de tierras o el sellado. Esto se estima muy positivo. Asimismo, la no exclusión de los fenómenos naturales causantes de un deterioro ambiental al suelo supone una importante mejora en relación con la normativa interna. Sin embargo, los plazos tan extensos, llegando a ser de hasta 20 años para una efectiva aplicación de la regulación en su conjunto, se presentan como un obstáculo importante. Los suelos afectados seguirán degradándose pudiendo llegar a producirse en ellos un daño irreversible. En este sentido, debe decirse que la retirada de la Propuesta por la Comisión debería aprovecharse para llevar a cabo una nueva redacción mejorada de la Propuesta y no al contrario, esto es, para ponerse al servicio de los agentes que demandan una regulación ambiental más laxa para así evitar problemas incómodos en el ámbito de la responsabilidad medioambiental.

Trabajo recibido el 16 de julio de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(108) Comunicación de la Comisión, de 5 de septiembre de 2006: «Establecer una estrategia ambiental para el Mediterráneo» [COM (2006) 475 final — no publicada en el Diario Oficial].

(109) Comunicación de la Comisión, de 11 de enero de 2006, sobre una Estrategia temática para el medio ambiente urbano [COM (2005) 718 final, no publicada en el Diario Oficial].

**LABURPENA:** Duela gutxira arte, zorua ez da ingurumen-ondasuntzat jo bere horretan. Europar Batasunean, Ingurumen Ekintzako V. Programak lehen aldiz jo zuen zorua espresuki ingurumen-ondasun espezifikotzat eta horren degradazioa geldiarazteko beharra zegoela ere ezarri zuen. VI. Programa indarrean zegoela, zorua babesteko estrategia tematikoa onartu zen, eta, horri jarraiki, Zorua Babesteko Esparru Zuzentarauaren Proposamena idatzi zen 2006an. Estatu batzuek, espainiarrak esaterako, aurrea hartu dute zorua narriatzen duten fenomeno batzuk arautzeko prozesuan. Kutsadurak eragindako narriadura arautu dute batez ere. Barne-araudiak ez bezala, Zuzentarau Proposamenak modu globalean barne hartzen ditu zorua narriatzen duten fenomenoak. Europar Batasunak, berriz, zortzi urtez onartzeko prozesuan ainguratuta egon ostean, oraindik ez du zorua babesteko esparru juridiko espezifikorik ezarri, araudi bat ezartzeko arrazoi sendoak badaude ere.

**HITZ GAKOAK:** Zoruaren ingurumen-babesa. Zorua narriatzea. Konpontzea. Europar Batasuneko zuzenbidea.

**RESUMEN:** Hasta tiempos recientes el suelo no ha sido considerado como bien ambiental en sí mismo. En la Unión Europea, el V Programa de Acción Medioambiental estableció por primera vez de forma expresa su calificación como bien ambiental específico y la necesidad de frenar su degradación. Durante la vigencia del VI Programa se aprobó la Estrategia Temática para la protección del suelo, que llevó a la redacción en el año 2006 de la Propuesta de Directiva Marco para la Protección del Suelo. Algunos Estados, como el español, se han adelantado a la regulación de alguno de los fenómenos que degradan el suelo. Principalmente han regulado la degradación producida por la contaminación. A diferencia de la normativa interna, la Propuesta de Directiva abarca de forma global los fenómenos de degradación del suelo. Sin embargo, después de ocho años anclada en el proceso de aprobación, la Unión Europea sigue sin un marco jurídico específico de protección ambiental del suelo, a pesar de las razones de peso que exigen una regulación.

**PALABRAS CLAVE:** Protección ambiental suelo. Degradación suelo. Remediación. Derecho Unión Europea.

**ABSTRACT:** Soil has been recognised as an environmental resource itself very recently. At European Union level, the first time soil was accepted as a specific environmental resource, and the need for soil protection was underlined, was in the 5th Environmental Action Programme. While the 6th Environmental Action Programme was in force, the Thematic Strategy for the soil protection was endorsed. All these actions led the European Union Institutions to the elaboration of the Proposal Directive for Soil Protection in 2006. Some States, Spain among them, have already regulated some of the soil degradation phenomena, especially soil pollution. One of the most important differences between the Spanish regulation and the Proposal Directive is that the Proposal regulates almost every soil degradation phenomena. However, after eight years stuck in the ordinary legislative procedure, the European Union continues with no specific regulation on soil protection, although there is a clear need to do so.

**KEYWORDS:** Soil environmental protection. Soil degradation. Remediation. European Union Law.



# Del derecho humano a un medio ambiente sano al reconocimiento de los derechos de la naturaleza

Susana Borràs Pentinat

**Sumario:** I. Introducción: sobre la destrucción del ambiente y la violación de los derechos humanos.—II. Humanizar el ambiente. II.1. La configuración jurídica del derecho al medio ambiente. II.1.1. Ámbito internacional de reconocimiento. II.1.2. Ámbito regional de reconocimiento. II.1.3. Ámbito nacional de reconocimiento. II.2. Principales obstáculos para el reconocimiento del derecho humano al medio ambiente.—III. Naturalizar al ser humano. III.1. Los cimientos de la protección de los derechos de la naturaleza. III.2. El reconocimiento legal y constitucional de los derechos de la naturaleza. III.3. Haciendo realidad los derechos de la naturaleza.—IV. Conclusiones.—V. Referencias bibliográficas.

## I. Introducción: sobre la destrucción del ambiente y la violación de los derechos humanos

El modelo de desarrollo imperante se ha caracterizado por la explotación intensiva de los recursos naturales demandando de éstos una máxima rentabilidad a corto plazo minimizando las consecuencias ecológicas del deterioro ambiental y la pérdida gradual de los recursos naturales. El resultado ha sido la generación de problemas ambientales que condicionan el bienestar del ser humano: el cambio climático producido por calentamiento global por las emisiones de gases de efecto invernadero; la contaminación del agua, el suelo y el aire por el deterioro de su calidad original debido a la adición de sustancias y/o acciones de origen antropogénico; la deforestación y pérdida de la biodiversidad por la demanda de terrenos de cultivo, la ganadería intensiva, los incendios y la contaminación; y la pérdida de la capa de ozono por la producción y uso de clorofluorocarbonos, halones y otros gases utilizados como refrigerantes, son solo algunas de las consecuencias de la interferencia antropogénica sobre el sistema natural.

Los problemas generados han sido en cierto modo por la concepción misma del modelo de desarrollo. El concepto de desarrollo es aún equívoco. Según el contexto donde se utilice puede significar aumento, progreso, adelanto, mejora, crecimiento, desarrollo, incremento, ampliación, bienestar, prosperidad, riqueza, perfeccionamiento, avance, auge... en todo caso, el desarrollo experimentado a lo largo de estos años se ha centrado en el incremento económico e irracional basado en la sobreexplotación de los recursos, que no solo tienen implicaciones ambientales, sino también

genera desigualdades económicas y sociales, acrecentando la brecha entre países desarrollados y países menos desarrollados, alimentando las bolsas de pobreza.

Otro problema ha sido la perspectiva tradicional antropocéntrica sobre la que se ha protegido el medio ambiente: la indefinición de «medio ambiente» o «ambiente» ha trascendido jurídicamente en el reconocimiento de derechos apropiación y explotación sobre lo que «nos rodea» y si bien la mayoría de los Estados del mundo han promulgado leyes encaminadas a reducir este derecho de intervención humana, el resultado final han sido normas que tienden a limitar el daño sobre el medio ambiente, como la contaminación atmosférica y del agua, reglamentar las sustancias tóxicas y preservar los recursos naturales, entre otros objetivos, asumiendo así cierto grado de permisividad o normalidad en la degradación ambiental como propia de la actividad humana.

El impacto económico, social y ambiental es especialmente preocupante ya que afecta a las libertades fundamentales y los derechos humanos, entre ellos los derechos a la vida, la salud, la alimentación, el agua y el saneamiento. A todo ello, pese a la creciente consideración del medio ambiente como un bien común de la humanidad, el derecho a un medio ambiente sano, equilibrado y seguro no figura entre los derechos humanos reconocidos por el Derecho internacional con carácter general(1). En realidad, la función del Estado con respecto al medio ambiente no es la de procurarlo —dado que las condiciones medioambientales adecuadas para la vida humana las proporciona, *a priori*, la propia naturaleza— sino la de respetarlo, protegerlo y conservarlo.

En consecuencia, el objetivo del presente trabajo es analizar, mediante dos partes diferenciadas, las diversas perspectivas desarrolladas jurídicamente para articular la protección ambiental: una, la antropocéntrica, basada en el reconocimiento de un «derecho humano al medio ambiente» y, la otra, la biocéntrica, con el reconocimiento de un deber que tiene la sociedad internacional de proteger el medio ambiente, especialmente, mediante el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, que es quién, en definitiva, brinda el sustento necesario para el desarrollo de la vida humana en el Planeta.

## II. Humanizar el ambiente

«1. El hombre es a la vez obra y artífice del medio ambiente que lo rodea, el cual le da el sustento material y le brinda la oportunidad de desarrollarse intelectual, moral social y espiritualmente. En la larga y tortuosa evolución de la raza humana en este planeta se ha llegado a una etapa en que, gracias a la rápida aceleración de la ciencia y la tecnología, el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, cuanto lo rodea. Los dos aspectos del medio ambiente humano, el natural y el artificial,

(1) Vid. HERRERO DE LA FUENTE, A. A.; «La protección internacional del derecho a un medio ambiente sano», en Blanc Altemir, A. (Ed.): *La protección internacional de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 93. También consultar a TORROJA MATEU, H., «El reconocimiento internacional del derecho al medio ambiente en el ámbito universal» en *Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio Ambiente*, IVAP ed., Bilbao, 1999, pp. 408-409.



son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida misma.»

Principio 1 de la Declaración de Estocolmo; Acta final de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, A/CONF.48/14/Rev. 1, de 16 de junio de 1972.

«Humanizar el medio ambiente», así se titulaba un artículo periodístico que el profesor Demetrio Loperena Rota publicó con motivo de la reunión preparatoria a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Desarrollo Sostenible, celebrada en Bali y en el que resalta el debate sobre el incumplimiento de los acuerdos de Río de Janeiro de hace 10 años por parte de los Estados y denunciaba a su vez la impunidad del deterioro ambiental y su afectación a los derechos más fundamentales de las personas (2).

En efecto, el medio ambiente sano es inherente a la dignidad de toda persona y está necesariamente vinculado a la garantía de otros derechos humanos, incluido, en especial, al derecho a la vida y al desarrollo humano. La indivisibilidad e interdependencia que ejerce el medio ambiente sobre el resto de derechos humanos es notoria: refuerza y extiende el significado de derechos ya garantizados o derechos, que como el derecho al medio ambiente, están en proceso de configuración, por ello que sea necesario entenderlo como un derecho también. Por ejemplo, el derecho al medio ambiente refuerza el contenido del derecho a la vida, es decir, como derecho a una vida digna que se desenvuelva en unas condiciones ambientalmente aptas, saludables para propiciar el desarrollo humano. Respecto al derecho al desarrollo debe entenderse como el derecho a un desarrollo sostenible, es decir, el progreso unido a un medio ambiente sano y equilibrado (3). Asimismo, parece innegable que el derecho a un medio ambiente sano equilibrado y seguro forma parte, sin duda, de ese derecho a vivir. No es de extrañar, que desde muy temprano, la Asamblea General, en la Resolución de 1968, por la que decidió convocar la Conferencia de Estocolmo (Resolución 2398 (XXIII)), señalara, en el preámbulo, su preocupación por los efectos de «la deterioración constante y acelerada de la calidad del medio humano... en la condición del hombre, su bienestar físico, mental y social, su dignidad y su disfrute de los derechos humanos básicos, tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados».

El hecho que exista esta interdependencia entre el derecho al medio ambiente y otros derechos fundamentales ha dividido la doctrina, en el sentido que unos entienden que el derecho al medio ambiente refuerza el contenido de otros derechos y lo que debe hacerse es integrar los aspectos ambientales en la definición de los demás derechos humanos; mientras que otra doctrina, sustenta la necesidad de reconocer un derecho al medio ambiente indivisible y sustantivo, por ser el reflejo de una demanda social presente de vivir en un ambiente digno y adecuado ecológicamente, donde la persona pueda desarrollarse en armonía con la naturaleza.

El principio de indivisibilidad e interdependencia se halla contenido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, cuando en su Preámbulo proclama

---

(2) Publicado en *El País*, el 10 de junio de 2002, disponible en línea en: [http://elpais.com/diario/2002/06/10/sociedad/1023660006\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2002/06/10/sociedad/1023660006_850215.html).

(3) En este sentido, *vid.* ORAA, J., GÓMEZ ISA, F., *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1997, p. 54.

el vínculo existente entre el progreso social y los derechos humanos, al manifestarse en su párrafo 5.º que: «(...) los pueblos de las Naciones Unidas (...) se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad». Mediante la concepción amplia de libertad establecida en la Declaración se entiende que debe incluirse las condiciones de vida de las personas, es decir, debe darse un desarrollo económico y social para el adecuado disfrute de los derechos humanos (4). Siguiendo con esta argumentación, el artículo 22 de la Declaración caracteriza a los derechos económicos, sociales y culturales como indispensables para la dignidad de la persona y el desarrollo de su propia personalidad. Asimismo, el artículo 28 de la Declaración constituye la base jurídica de los derechos de tercera generación en tanto que declara que «Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en los que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos» (5). Por lo tanto, los derechos de tercera generación, como son el derecho a la paz, a la calidad de vida, al desarrollo, a la autodeterminación de los pueblos, a la propiedad del patrimonio común de la humanidad, al medio ambiente adecuado..., son derechos que comparten todos los Estados y la comunidad internacional en su conjunto, por representar valores e intereses comunes de toda la humanidad y por mejorar la definición de los derechos humanos ya garantizados, pasando de la esfera individual de derechos a la colectiva (6), y de la protección presente a la futura, con un marcado carácter preventivo y no reactivo. Es decir, estos derechos de tercera generación aportan no sólo la libertad y la igualdad de los seres humanos, sino también la solidaridad generacional e intergeneracional. Por lo tanto, además de la interdependencia, los derechos de tercera generación también se caracterizan por la solidaridad, como principio jurídico que genera obligaciones comunes, generacionales e intergeneracionales y, consecuentemente, genera responsabilidades compartidas (7).

---

(4) *Ibid.*, p. 54.

(5) *Ibid.*, p. 68.

(6) La indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos ha sido reconocida por la Asamblea General de Naciones Unidas en numerosas ocasiones, por ejemplo, la Declaración de Teherán de 1968 (Acta Final de la Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos, Teherán, 22 de abril a 13 de mayo de 1968, A/ Conf. 32/41); la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986 (Res. AGNU 41/128, de 4 de diciembre de 1986); y la Declaración y Programa de acción de Viena de 1993 (Documento Final de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Viena, 14 a 25 de junio de 1993, A/CONF. 157/23).

(7) *Vid.* DE LUCAS, J., «El principio de solidaridad como fundamento del derecho al medio ambiente», *Revista de Derecho Ambiental*, n.º 12, 1994, p. 64. Esta responsabilidad compartida debe matizarse en el sentido de que no es la misma para todos. *Vid.* Declaración de Río de Janeiro (A/CONF. 151/26/Rev. 1, vol. 1), Principio 7, «Los estados deberán cooperar con espíritu de solidaridad mundial para conservar, proteger y restablecer la salud y la integridad del ecosistema de la Tierra. En vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen responsabilidades comunes pero diferenciadas. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el ambiente mundial y de las tecnologías y recursos financieros de que disponen». De forma similar se refiere el Principio 27, según el cual: «Los Estados y los Pueblos deberán cooperar de buena fe y con espíritu de solidaridad en la aplicación de los principios consagrados en esta Declaración y en el ulterior desarrollo del Derecho internacional en la esfera del desarrollo sostenible».

## II.1. La configuración jurídica del derecho al medio ambiente

La existencia de una creciente preocupación social sobre el estado del medio ambiente y las alarmas científicas preconizando las graves consecuencias del desarrollo económico sin límites, requirió la necesidad de establecer una protección del medio ambiente a través de la adopción de instrumentos jurídicos tanto internacionales, como regionales y nacionales.

Sin embargo, la positivización de un derecho universal a un medio ambiente adecuado tropieza con una serie de obstáculos que han dado lugar a que un sector de la doctrina niegue su existencia. La tradicional noción de soberanía de los Estados, la falta de instrumentos jurídicamente vinculantes y la justiciabilidad de este derecho debido a la indeterminación jurídica del objeto protegido y de la legitimación de los titulares del mismo, así como por la ausencia de medios efectivos para su defensa y realización han representado los principales obstáculos. No obstante, esto no ha impedido que se declare la protección del medio ambiente como parte del contenido de un nuevo derecho humano en diferentes instrumentos internacionales. Si bien es verdad que actualmente no existe un instrumento internacional, jurídicamente vinculante, que declare el derecho humano al medio ambiente, sí existe un consenso generalizado de la necesidad de proteger el medio ambiente para la realización de los demás derechos fundamentales.

### II.1.1. ÁMBITO INTERNACIONAL DE RECONOCIMIENTO

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, si bien es un documento que no se refiere explícitamente al medio ambiente, es conveniente recordar que encontramos una primera base jurídica sobre la que se podría asentar el derecho al medio ambiente adecuado, cuando se dice, en su artículo 25, que «toda persona tiene el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...». Posteriormente, el Pacto de Derechos civiles y políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 siguen haciendo referencia indirecta al derecho humano a un medio ambiente saludable, con relación al derecho a la vida que, como apostilla el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mediante disposiciones expresas a la necesidad de mejorar el medio ambiente como uno de los requisitos para el adecuado desarrollo de la persona(8). A este respecto, el Comité de Derechos Humanos ha afirmado: «La expresión “el derecho a la vida es inherente a la persona humana” no puede entenderse de manera restrictiva (...) la protección de este derecho exige que los Estados adopten medidas positivas. A este respecto, el Comité considera que sería oportuno que los Estados parte tomaran todas las medidas posibles para disminuir la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida, en especial adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias» (9).

---

(8) Por ejemplo, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuando reconoce el derecho de todas las personas a un adecuado nivel de vida y a una mejora continua de las condiciones de vida; o el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuando se hace referencia al derecho universal a la vida.

(9) Observación General n.º 6 del Comité de Derechos humanos sobre el Derecho a la vida (artículo 6) de 30.04.1982, 16.º período de sesiones, pfo. 5.

En este sentido también se postula el profesor Loperena cuando dice que «el medio ambiente adecuado no es un fruto del desarrollo social sino un prius para su existencia (...). El medio ambiente adecuado precede lógicamente al propio Derecho: sin medio ambiente adecuado no hay hombre, ni sociedad, ni Derecho» (10)

La primera vez que se produce un reconocimiento expreso del derecho al medio ambiente se produce en la Declaración de Naciones Unidas sobre el Medio Humano, de Estocolmo de 1972 (11), la cual establece, en su Principio I, que la persona tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de «condiciones de vida satisfactorias en un medio ambiente cuya calidad le permita vivir con dignidad y bienestar», y tiene la solemne obligación, como contrapartida a este derecho, «... de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras». Este principio manifiesta que además de los derechos de primera y de segunda generación, el hombre tiene el «derecho fundamental» a disfrutar de unas condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, es decir, que le permita desarrollar los derechos de las generaciones futuras. Esta idea ya se manifiesta en el Preámbulo de la Declaración, en los párrafos 1 y 2, al establecer que «los dos aspectos del medio humano, natural y artificial, son esenciales para el bienestar del hombre y para el goce de los derechos humanos fundamentales, incluso el derecho a la vida», añadiendo a continuación que «la protección y mejora del medio humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, (...) y un deber de todos los gobiernos». A pesar de este reconocimiento expreso en un documento internacional, la Declaración no prevé los mecanismos de control necesarios para hacerlos efectivos y además, se trata de un documento sin fuerza jurídica vinculante.

Diez años más tarde de la celebración de la Conferencia de Estocolmo, la Asamblea General de Naciones Unidas proclama la Carta Mundial de la Naturaleza (1982) (12), donde se establece que «la Humanidad es una parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales que aseguran el suministro de energía y nutrientes» y estipula una serie de principios a tener en cuenta por el hombre en su modo de proceder con respecto al medio ambiente. En este sentido, el artículo 24 establece el deber de cada persona de actuar de acuerdo con las provisiones de la Carta y de asegurar que los objetivos establecidos en la Carta.

En la reunión mundial de Asociaciones de Derecho ambiental celebrada en Limoges entre el 13 y el 15 de noviembre de 1990 se aprobó una declaración en la que se establece que «La Conferencia recomienda que el derecho del hombre al medio ambiente debe ser reconocido en el ámbito nacional e internacional de una manera explícita y clara y los Estados tiene el deber de garantizarlo» (13). En términos parecidos se expresa el artículo 1 del Proyecto de Carta sobre derechos y obligaciones ambientales

(10) LOPERENA ROTA, Demetrio, «Los derechos al medio ambiente adecuado y a su protección», *Revista electrónica de Derecho Ambiental*, n.º 3, 1999.

(11) Vid. Declaration on the Human Environment, *Report of the United Nations Conference on the Human Environment*, New York, 1973, UN. Doc. A/CONF. 48/14/Rev. 1, adoptada mediante Res. AGNU 2997 (XXVII) de 1972.

(12) AGNU. Res. 37/7, de 28 de octubre de 1982.

(13) La Declaración de Limoges está publicada por el Centro Internacional de Derecho Comparado del Medio Ambiente de la Universidad de Limoges, en 1990.

de los individuos, grupos y organizaciones, adoptada en Ginebra en 1991 y que establece lo siguiente: «All the human beings have the fundamental right to an environment adequate for their health and well being and the responsibility to protect the environment for the benefit of present and future generations» (14).

Posteriormente, la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de la ONU proponía como principio jurídico: «Todos los seres humanos tienen el derecho fundamental a un medio ambiente adecuado para su salud y bienestar» (15). La Declaración de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y el desarrollo de 1992 (16) consolidó esta evolución al señalar en el Principio primero que todos los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible y que tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza (17). Sin embargo, este Principio de la Declaración de Río pierde rotundidad en relación con lo establecido en la Declaración de Estocolmo, y al igual que sucede con la Declaración de Estocolmo no se prevén los medios precisos para hacer efectivos los principios de la Declaración. A pesar de estas carencias, tanto la Declaración de Estocolmo como la de Río suponen un paso muy importante en el proceso de reconocimiento de los problemas ambientales y en el desarrollo de la legislación ambiental internacional. Tampoco en las conferencias posteriores sobre el desarrollo sostenible, en Johannesburgo en 2002 y en Río de Janeiro en 2012, se logró proclamar el derecho a un medio ambiente saludable.

Un año después, en 1993, se celebra en Viena la Conferencia Mundial de Derechos Humanos. En esta Conferencia se adoptaron una Declaración y un Programa de Acción (18), que aunque no se pronuncien expresamente sobre un derecho humano al medio ambiente, vincula el derecho fundamental al desarrollo con el medio ambiente (párrafo 11) y reconoce que el vertido ilícito de determinadas sustancias puede atentar contra los derechos a la vida y a la salud (19).

---

(14) La propuesta del Proyecto de Carta fue presentada al Comité Preparatorio de la Conferencia de Bergen durante la reunión celebrada en Ginebra del 5 al 9 de marzo de 1990, pero no fue aceptada. Se adaptó posteriormente por las organizaciones no gubernamentales como apéndice a la resolución que presentaron a la Conferencia de Bergen de mayo de 1990. Vid. DÉJEANT-PONS, M., PALLEMAERTS, M., *Human Rights and the Environment*, editions du Conseil de l'Europe, 2002, pp. 248-249.

(15) Doc. UNEP/GC/14/13, de 14 de abril de 1987, Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. En 1990, en su resolución 45/94, la Asamblea General aprobó una versión más suave de esta formulación: «[T]oda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente adecuado para su salud y su bienestar».

(16) Vid. Declaration on Environment and Development, *Report of the UN Conference on Environment and Development*, New York, 1992, UN. Doc. A/CONF.151/26/Rev.1.

(17) Vid. LOPERENA ROTA, Demetrio, «Balance de la Conferencia de Río sobre medio ambiente y desarrollo», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 35, 1993.

(18) Vid. UN Doc. A/Conf.157/24, 1993, en 32 *I.L.M.* 1661 (1993).

(19) Específicamente se establece lo siguiente: «El derecho al desarrollo debe realizarse de manera que satisfaga equitativamente las necesidades en materia de desarrollo y medio ambiente de las generaciones actuales y futuras. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reconoce que el vertimiento ilícito de sustancias y desechos tóxicos y peligrosos puede constituir una amenaza grave para el derecho de todos a la vida y a la salud. Por consiguiente, la Conferencia Mundial de derechos humanos hace un llamamiento a todos los Estados para que aprueben y apliquen rigurosamente las convenciones existentes en la materia de vertimiento de productos y desechos tóxicos y peligrosos y cooperen en la prevención del vertimiento ilícito».

Paralelamente a estos avances del reconocimiento del derecho humano al medio ambiente, en el ámbito del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de las Naciones Unidas, la Subcomisión sobre Prevención de Discriminación y Protección de Minorías, dependiente de la Comisión de Derechos Humanos, ha llevado a cabo importantes trabajos sobre los efectos nocivos para el goce de los derechos humanos del traslado y vertimiento ilícitos de productos y desechos tóxicos y peligrosos, así como sobre el tema de los derechos humanos y medio ambiente, a través de la labor realizada por la Relatora Especial Mme. Zhora Fatma Ksentini. Los trabajos de Mme. Ksentini, en relación con esta última cuestión, se remontan a 1989, año en que la mencionada Subcomisión concluye que la información de la que disponían sobre derechos humanos y medio ambiente, incluida la «Perspectiva Medioambiental para el Año 2000 y Después», justificaba la necesidad de un estudio sobre el medio ambiente y sus relaciones con los derechos humanos (20). A raíz de los estudios realizados, en 1994 Mme. Ksentini presenta un informe final (21), en el cual se ofrece una concepción de los derechos humanos y del medio ambiente mucho más próxima al Principio I de la Declaración de Estocolmo de 1972 que al Principio I de la Declaración de Río de 1992. Las conclusiones de este Informe están basadas en el examen de las normas jurídicas nacionales e internacionales relativas a los derechos humanos y del Derecho internacional del medio ambiente (22). El informe entiende que los problemas ambientales y sus soluciones no son cuestiones exclusivas de las sociedades industrializadas del hemisferio norte sino que trascienden globalmente en su extensión y su impacto. La conclusión fundamental de este informe es que se ha producido un cambio desde el Derecho ambiental hacia el derecho a un medio ambiente saludable y decente. Este derecho forma parte del Derecho internacional existente y posee la capacidad de implementación inmediata a través de los órganos dedicados a la protección de los derechos humanos. De acuerdo con este informe, los elementos sustantivos del derecho al medio ambiente incluyen el derecho al desarrollo, a la vida, y a la salud y también posee aspectos procedimentales como la participación pública y el acceso a las soluciones nacionales efectivas. Anexo a este informe aparece el borrador de la Declaración de Principios sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente, una visión de conjunto de las consultas mantenidas con ONG's entre 1990 y 1994, y un sumario de

---

(20) *Vid.* E/CN.4/Sub.2/1989/58 (Dec. 1989/108, de 31 de agosto).

(21) La Subcomisión encargó a Mme. Ksentini la elaboración de una metodología sobre este estudio. Dos años después, Mme. Ksentini presenta un informe preliminar (E/CN.4/Sub.2/1991/8, de 2 de agosto de 1991). En este informe se examinan las disposiciones de varios instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos relativos al medio ambiente, su relación con otros derechos tales como los derechos de las comunidades indígenas y el derecho al desarrollo, las violaciones de derechos humanos y la degradación del medio ambiente, los derechos ecológicos y la aplicación de procedimientos de protección ambiental. A petición de la Subcomisión, Mme. Ksentini presenta dos informes, uno en 1992 (E/CN.4/Sub.2/1992/7, de 2 de julio de 1992 y Add.1) y otro en 1993 (E/CN.4/Sub.2/1993/7, de 26 de julio de 1993). El informe final fue presentado en 1994 (E/CN.4/Sub.2/1994/9).

(22) En este sentido, también cabe destacar la labor desarrollada sobre el tema Derechos humanos y Medio Ambiente en el seno de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, que culminó con el Proyecto de principios sobre los derechos humanos y el medio ambiente, anexo al Informe final que la Relatora Especial, Sra. Fatma Zohra Zsentini, presentó en el 46.º período de sesiones de la Subcomisión. En este texto, se afirma que «todas las personas tienen derecho a un medio ambiente seguro, sano y ecológicamente racional. Este derecho y otros derechos humanos, entre los cuales los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, son universales, interdependientes e indivisibles» (doc. E/CN.4/Sub.2/1994/9, de 6 de julio de 1994, p. 72).

la legislación nacional y de las prácticas recopiladas por la relatora especial, basado en las contestaciones recibidas por 67 Gobiernos.

Este Proyecto de Principios sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos consta de un preámbulo y 5 partes. En la primera parte se proclama que todos los derechos humanos, el medio ambiente, el desarrollo sostenible y la paz son interdependientes e indivisibles. En este texto se declara que todas las personas tienen el derecho a un ambiente saludable que satisfaga equitativamente las necesidades de las generaciones presentes y futuras y a no ser discriminados en las acciones y decisiones que afecten al medio ambiente. En la segunda parte se contempla, entre otros, el derecho de todas las personas a no ser expuestas a la contaminación y a aquellas actividades que afecten al medio ambiente, amenacen la vida, la salud, el bienestar o el desarrollo sostenible; el derecho a la protección y conservación del aire, el suelo, las aguas, la flora y la fauna, y los procesos esenciales para mantener la diversidad biológica y los ecosistemas; derecho a alimentos y agua saludables, adecuados para su bienestar; y derecho a beneficiarse equitativamente de la conservación y uso sostenible de los recursos naturales. En la tercera parte recoge los derechos de las personas necesarios para la realización del derecho a un medio ambiente adecuado. Estos se concretan en el derecho a la información, derecho a la participación, derecho de expresión, derecho de asociación y derecho a los remedios efectivos y reparaciones en procedimientos administrativos y judiciales. El deber de todas las personas, individual o colectivamente, de proteger y preservar el medio ambiente se establece en la cuarta parte. En esta parte se impone a los Estados la obligación de respetar y asegurar un ambiente saludable, para lo cual deberán adoptar las medidas administrativas, legislativas u otras necesarias para aplicar efectivamente los derechos contenidos en la Declaración. También los Estados evitarán la utilización del medio ambiente como arma de guerra o causar perjuicios generales o a largo plazo en el medio ambiente y deberán respetar la legislación internacional proporcionando protección para el medio ambiente en tiempos de conflictos armados y cooperar en su mayor desarrollo. En la última parte, es decir, la quinta, establece que la realización de los derechos y deberes enunciados se deberá prestar especial atención a los grupos y personas vulnerables. Estos derechos sólo pueden verse restringidos en los casos previstos por la ley para proteger el orden público, la salud y los derechos y libertades fundamentales de otros. Finalmente se proclama el derecho de todas las personas a ser titulares de un orden social e internacional en el que los derechos contenidos en esta Declaración puedan ser realizados.

A pesar del importante contenido de este documento, no ha habido ningún intento de aprobación de este Proyecto, ni por parte de la Asamblea General, ni por la Comisión de Derechos Humanos y ni por el Consejo Económico y Social (23).

Siguiendo con el progresivo reconocimiento de un derecho humano al medio ambiente, la Asamblea General de Naciones Unidas en su Resolución 45/1994, aprobada el 14 de diciembre de 1990, declara que toda persona tiene el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado para garantizar su salud y su bienestar. Expresiones similares se encuentran en diferentes tratados multilaterales dedicados a la protección am-

---

(23) De aprobarse este Proyecto, constituiría el primer texto internacional no regional que establece de forma explícita, la relación entre medio ambiente y derechos humanos en un derecho a un medio ambiente saludable. Naturalmente, la traducción legal de este documento dependerá, en última instancia, de la forma en que se articule jurídicamente.

biental, como son la Convención sobre la diversidad biológica de 1992; la Convención marco de las Naciones Unidas sobre el cambio climático de 1992; la Convención de las Naciones Unidas de lucha contra la desertización a los países afectados por la sequía grave y /o la desertización, sobre todo del África, de 1994; y, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales de países independientes, de 1989. Además es necesario añadir que el Instituto de Derecho Internacional, en su 68.<sup>a</sup> sesión de Estrasburgo de 1997, declaró en el artículo 2 de su Resolución n. 1, de 4 de septiembre de 1997 que «... todo ser humano tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano» (24).

Con posterioridad, el Objetivo 7 de los Objetivos de Desarrollo del Milenio se centra en garantizar la sostenibilidad del medio ambiente, entre otras cosas incorporando los principios del desarrollo sostenible en las políticas y los programas nacionales, y reducir la pérdida de recursos del medio ambiente (25).

En marzo de 2012 el Consejo de Derechos Humanos decidió establecer un mandato sobre los derechos humanos y el medio ambiente (26) que tiene como propósito, entre otras tareas, estudiar las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, y promover las mejores prácticas relativas a la utilización de los derechos humanos en la formulación de políticas medioambientales (27). En su primer Informe sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, de 22 de diciembre de 2012 (28) insta a los Estados y a los demás interesados a que recuerden que la falta de un entendimiento total del contenido de todas las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el medio ambiente no se debe interpretar en el sentido de que tales obligaciones no existen.

(24) *Vid. Annuaire de l'Institut de Droit International*, Sesión d'Estrasbourg, vol. 67-II, París, 1998, p. 479.

(25) Los Objetivos de Desarrollo del Milenio se establecieron en la Declaración del Milenio, firmada por 189 países en septiembre de 2000. *Vid. Res. A/55/2.2 Declaración del Milenio*.

(26) Basándose en varias otras resoluciones relacionadas con los derechos humanos y el medio ambiente y los derechos humanos y el cambio climático, el Consejo de Derechos Humanos, durante su 19.<sup>o</sup> período de sesiones, estableció, mediante la Resolución 19/10, el mandato del Experto independiente sobre derechos humanos y medio ambiente. Disponible en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G12/131/59/PDF/G1213159.pdf?OpenElement> (consultado el 1 de agosto 2014).

(27) El Sr. John Knox fue nombrado en agosto de 2012, por un periodo de tres años, como el primer Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible. Sus principales tareas de acuerdo con la Resolución 19/10, que establece el mandato se pide al Experto independiente, entre otras cosas, lo siguiente: estudiar las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, en consulta con las partes interesadas relevantes; identificar y promover prácticas óptimas, e intercambiar opiniones al respecto, en el desempeño de las obligaciones y los compromisos de derechos humanos para fundamentar, apoyar y reforzar la formulación de políticas ambientales, especialmente en la esfera de la protección ambiental; elaborar un compendio de prácticas óptimas; formular, en el marco de su mandato, recomendaciones que puedan contribuir al logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, en particular el séptimo Objetivo; y, tener en cuenta los resultados de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Rio +20), y aportar una perspectiva de derechos humanos a los procesos de seguimiento. *ibid.*

(28) Informe del Experto independiente sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, John H. Knox, A/HRC/22/43, de 22 de diciembre de 2012. Disponible en línea en: <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G12/189/75/PDF/G1218975.pdf?OpenElement> (consultado el 1 de agosto de 2014).



En junio de 2012, en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, los Estados renovaron su compromiso en favor de «la promoción de un futuro económico, social y ambientalmente sostenible para nuestro planeta y para las generaciones presentes y futuras» (29).

## II.1.2. ÁMBITO REGIONAL DE RECONOCIMIENTO

También otros instrumentos internacionales de carácter regional han desarrollado la concepción de un derecho humano al medio ambiente. Este ámbito regional de reconocimiento se extiende tanto en Europa, África y América, a través de la acción de diferentes organizaciones internacionales de ámbito regional que trabajan en materia de derechos humanos. Sin embargo, en el continente asiático no se ha establecido ningún régimen de reconocimiento y protección jurídica de los derechos humanos comparable al existente en otros continentes, con lo cual no existe ningún planteamiento respecto a la existencia de un derecho humano a un medio ambiente adecuado y saludable.

Con anterioridad los Pactos internacionales de Derechos, y en el ámbito europeo, se firmó en Roma la Convención Europea de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales(30), instrumento por el que se crearon tanto la Comisión Europea de Derechos Humanos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, instancias ante las cuales, si bien no se puede alegar directamente el derecho a un medio ambiente adecuado(31), éste ha obtenido su protección al ser conectado con la defensa de otros derechos ejercitables directamente(32). Con anterioridad a 1972, en este ámbito de protección regional de los derechos humanos, el Consejo de Europa proclamó en 1970 el Año de la Naturaleza, movilizándolo la opinión pública y estimulando la celebración de la Conferencia de Estocolmo, y además, durante ese año se gestó la idea de añadir un nuevo Protocolo a la Convención Europea de Protección

---

(29) Resolución I de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, «El futuro que queremos», recogida en su informe, A/CONF/216/16, párr. 1, referendada por la Asamblea General en su resolución 66/288.

(30) De 4 de noviembre de 1950, 213 U.N.T.S., p. 221.

(31) No se reconoce, expresamente, un derecho humano a un medio ambiente saludable, ni en la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales ni en la Carta Social Europea, de 18 de octubre de 1961 ( 529 U.N.T.S. 89). Tampoco en el ámbito de la Unión Europea, la versión final del Tratado de Amsterdam, que modifica el Tratado de la Unión Europea, ha introducido el reconocimiento de este derecho, a pesar de las discusiones que precedieron a la adopción de este Tratado. Vid. «Foreign Ministers to Formally Approve IGC Results: Environmentalists Cite Concerns», en *International Environmental Rep.*, n.º 20 (BNA), 1 de octubre 1997, p. 909. Vid. También, *Draft Treaty of Amsterdam*, European Commission Document, CONF/4001/97, de 1997. El Tratado de Amsterdam entró en vigor el 1 de mayo de 1999.

(32) STEDH, Caso López Ostra contra España, 9 de diciembre de 1994. En este caso se invocó los artículos 3 y 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos referidos a los tratos inhumanos o degradantes y al derecho a la vida privada y familiar así como la libertad de elección de domicilio, respectivamente. Asimismo, la petición número 7407/76 de la Comisión Europea de Derechos Humanos, se invoca el art. 2 de la Convención en el que se recoge el derecho a la vida. Sobre este tema consultar el artículo de DÉJEANT-PONS, M., «Le Droit de l'Homme à l'Environnement, Droit Fondamental au Niveau Européen dans le Cadre du Conseil de l'Europe, et la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales», *Revue Juridique de l'Environnement*, n. 4, 1994.

de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales para garantizar el derecho a un ambiente puro y limpio (33).

En 1971 se celebró en Viena una Conferencia Parlamentaria sobre Derechos Humanos en la que se propuso incluir nuevos derechos, como el derecho a un medio ambiente adecuado, en un instrumento legal adicional (como un Protocolo a la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales o a la Carta Europea de 1961). Otros intentos por parte del Consejo de Europa de establecer un derecho al medio ambiente fueron la propuesta de añadir un Protocolo a la Convención Europea de Protección de los Derechos Humanos, el llamado Proyecto Steiger de 1973, o más recientemente, la propuesta de la Asamblea Parlamentaria de 1990, referente a la formulación de una Carta Europea y una Convención Europea sobre protección ambiental y desarrollo sostenible (34). El artículo primero de este texto afirma que: «Todas las personas tienen el derecho fundamental al medio ambiente y a vivir en condiciones propicias para su buena salud, bienestar y pleno desarrollo de la personalidad humana». A pesar de estas propuestas, el Consejo de Europa no ha avanzado en ninguna de ellas.

Si bien el sistema de derechos humanos europeo no incluye un derecho explícito a un medio ambiente saludable, en el marco de la Comisión Económica para Europa (ECOSOC-NN.UU), la adopción del Convenio sobre el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en cuestiones ambientales, aprobado por la IV Conferencia Ministerial para el Medio Ambiente en Europa, celebrada en Aarhus, Dinamarca, del 23 al 25 de junio de 1998, reconoce el derecho humano a un medio ambiente adecuado, cuando hace referencia al «derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar» (art. 1) (35).

Además de la contribución regional europea en este proceso de reconocimiento del derecho al medio ambiente, en el ámbito regional, es muy importante hacer referencia a la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, (Carta de Banjul), adoptada en Nairobi en de 27 de junio de 1981 (36), y al Protocolo Adicional de San Salvador al Convenio Americano sobre Derechos Humanos en el área de los derechos económicos, sociales y culturales de 1969, en el área de derechos económicos, sociales y culturales, de 17 de noviembre de 1988, por ser los únicos textos internacionales jurídicamente vinculantes que reconocen el derecho humano a un medio ambiente sano. En concreto, la Carta de Banjul en su artículo 24 (Capítulo I) reconoce el derecho de «todos los pueblos a disfrutar de un medio ambiente satisfactorio y global, propicio

(33) Vid. GORMLEY, W.P., *Human Rights and Environment: The Need for International cooperation*, Sijhoff/Leyden, 1976, p. 76.

(34) Recomendación 1130(1990), Doc. AREC 1130- 28/9/90- 27 E.

(35) También el Comité Europeo de Derechos Sociales ha interpretado que el derecho a la protección de la salud recogido en el artículo 11 de la Carta Social Europea incluye el derecho a un medio ambiente saludable. Véase la demanda N.º 30/2005, Marangopoulos Foundation for Human Rights vs. Greece, decisión sobre el fondo (2006), párr. 195.

(36) La llamada Carta de Banjul no sólo establece derechos, sino también obligaciones para los pueblos africanos. El derecho reconocido en el artículo 24 (Capítulo I), se refiere tanto a un derecho individual como colectivo. La Carta de Banjul entró en vigor el 21 de octubre de 1986 y en marzo del año 2000, 52 Estados africanos habían aceptado ser Partes en dicha Carta.

para su desarrollo» (37). En el ámbito americano, el Protocolo de San Salvador regula en su artículo 11.1 el derecho de todos a vivir en un ambiente saludable (38), para lo cual los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejora del medio ambiente (art. 11.2) (39).

Posteriormente, en el marco de la Conferencia Hemisférica sobre Desarrollo Sostenible (40), celebrada por la Organización de Estados Americanos, se adoptó la Declaración de Santa Cruz (41), un documento no vinculante que reafirma los objetivos establecidos tanto en la Declaración de Río como en la Agenda 21, específicamente, pone especial énfasis en el Principio I de la Declaración.

En 2003, la Unión Africana aprobó el Protocolo de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos relativo a los derechos de la mujer en África, en el que se dispone que las mujeres «tendrán derecho a vivir en un entorno saludable y sostenible» (art. 18), y «el derecho a disfrutar plenamente de su derecho al desarrollo sostenible» (art. 19). En la Carta Árabe de Derechos Humanos de 2004 figura un derecho a un medio ambiente saludable como parte del derecho a un nivel de vida adecuado que asegure el bienestar y una vida digna (art. 38). Análogamente, en la Declaración de Derechos Humanos aprobada por la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental en noviembre de 2012 se incorpora un derecho a un medio ambiente sin riesgos, limpio y sostenible como elemento del derecho a un nivel de vida adecuado (párr. 28 f)).

### II.1.3. ÁMBITO NACIONAL DE RECONOCIMIENTO

En el ámbito del Derecho comparado, cada vez más constituciones nacionales proclaman el derecho al medio ambiente. A finales de 1998, 50 naciones habían reconocido explícitamente el derecho a un medio ambiente adecuado y saludable en sus respectivas constituciones, y otras 33 reconocían un deber constitucional de defender o proteger el medio ambiente (42).

---

(37) Actualmente, casi todos los países africanos son parte en la Carta de Banjul, incluyendo naciones especialmente influyentes en el ámbito político como Nigeria, Egipto y Sudáfrica y, además, no existen reservas formuladas en relación con este artículo 24. El principal problema de esta disposición de la Carta Africana es que el derecho a un medio ambiente sano no se trata de un derecho individual sino colectivo, siendo bastante difícil de delimitar.

(38) Este artículo no ha sido objeto de ninguna reserva. Este Protocolo entró en vigor el 16 de noviembre del 1999 y en marzo del 2000 contaba sólo con 18 Estados Parte, sin contar con la participación de Estados Unidos que no ha firmado el Protocolo. Los Estados que, en marzo del 2000, habían depositado el instrumento de ratificación eran: Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, México, Panamá, Paraguay, Perú, Surinam y Uruguay. Y los Estados firmantes eran: Argentina, Bolivia, República Dominicana, Guatemala, Haití, Nicaragua y Venezuela.

(39) Esta obligación de los Estados a adoptar las medidas necesarias para la realización de los derechos contenidos en el Protocolo se encuentra limitada por lo dispuesto en el artículo 1, en el que se establece que se tendrán en cuenta los recursos disponibles y el grado de desarrollo. Además, el Protocolo de San Salvador aunque recoge un derecho al medio ambiente sano, éste se excluye del recurso ante la Corte interamericana de derechos humanos.

(40) Celebrada en Bolivia, el 7 y 8 de diciembre de 1996. En esta Conferencia asistieron 34 Estados miembros, incluyendo Estados Unidos, además de Brasil, Argentina, México y Canadá. *Vid. Newsletter of the Organization of American States*, vol. 2, n.º 7, enero 1997, p. 1.

(41) *Vid. OEA, GT/CCDS-51/96, rev. 2, de 26 de noviembre de 1996.*

(42) *Vid. FLENZ, G. H. (ed.), Constitutions of the Countries of the World, 1996. También, BOYD, DAVID RICHARD, The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment, Vancouver, Toronto, UBC Press, 2012.*

En este sentido, muchos Estados, de una manera u otra, reconocen el derecho al medio ambiente adecuado como un derecho fundamental, si bien este reconocimiento, a veces implícito, viene conectado con algún otro derecho ya positivizado. Este es el caso, por ejemplo, de la Constitución italiana, promulgada en 1948, la cual no contiene ningún artículo donde se haga referencia expresa al derecho al medio ambiente adecuado, habiendo sido reconocido éste por vía jurisprudencial al relacionarlo con los artículos 9, 32 y 41 de esa Constitución referidos respectivamente a la protección del patrimonio histórico y artístico de la nación, a la protección de la salud como derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad y a la iniciativa económica dentro de un marco que no se contradiga con su utilidad social ni perjudique la seguridad, la libertad y la dignidad humana (43).

En el caso alemán, la Ley Fundamental de Bonn tampoco recogió inicialmente el derecho al medio ambiente adecuado, aunque jurisdiccionalmente se aceptó el derecho a su protección. Con posterioridad, se realizaron una serie de enmiendas a dicha Ley Fundamental, siendo la más reciente la aprobada el 27 de octubre de 1994 por la que se introduce un artículo 20 en el que se prescribe que en el marco del orden constitucional y teniendo en cuenta su responsabilidad con las generaciones futuras, el Estado protege las condiciones naturales indispensables para la vida (44).

La Constitución griega de 1975 establece en su artículo 24.1 que la protección del medio ambiente natural y cultural constituye una obligación del Estado, el cual debe tomar medidas especiales, preventivas o represivas, con el fin de su conservación (45). La Constitución portuguesa de 1976 (46) se convirtió en la primera que adoptó un derecho constitucional «a un entorno humano saludable y ecológicamente equilibrado». En su artículo 9 dispone el deber del Estado de proteger los derechos fundamentales. Aunque de este artículo se podría desprender la garantía necesaria para la protección de la naturaleza, el medio ambiente y la preservación de los recursos naturales como requisito para la protección de la herencia cultural portuguesa, el artículo 66 de la Constitución reconoce expresamente, en el marco de los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales, el derecho a un medio ambiente «saludable y ecológicamente equilibrado», así como el deber correlativo de protegerlo. Incluso, la Constitución portuguesa reconoce el derecho de las personas físicas y jurídicas a recibir compensaciones por los daños causados al medio ambiente. El ordenamiento constitucional portugués ha dado al derecho al medio ambiente una serie de garantías, es decir, por ejemplo, el derecho a la información en cuestiones medioambientales, el derecho a participar en la adopción de resoluciones administrativas, así como al derecho de acceso a la justicia en su sentido más amplio. Este marco constitucional portugués de protección al medio ambiente se ha visto reforzado por la promulgación de una Ley Básica de Medio Ambiente de 1987 y la Ley de las Asocia-

---

(43) Vid. PECCOLO, G., «Le Droit a l'Environnement dans le Constitution Italienne», *Revue Juridique de l'Environnement*, n. 4, 1994.

(44) Vid. BOTHE, M., «Le Droit a la Protection de l'Environnement en Droit Constitutionnel Allemand», *Revue Juridique de l'Environnement*, n. 4, 1994.

(45) Vid. SIOUTIS, G., «Le Droit de l'Homme a l'Environnement en Grèce», *Revue Juridique de l'Environnement*, n. 4, 1994.

(46) Vid. GÓMEZ DA SILVA, J. C., «Human Rights in the Portuguese Constitution», *Revue Juridique de l'Environnement*, n. 4, 1994.

ciones de Defensa del Medio Ambiente, las cuales pretenden desarrollar en la práctica el derecho al medio ambiente reconocido constitucionalmente.

Otro reconocimiento formal de un derecho sustantivo a un medio ambiente adecuado se puede encontrar en la Constitución de Brasil de 1988(47). En el artículo 225 esta Constitución (Título VIII, relativo al orden social) se proclama el medio ambiente como un derecho perteneciente a las generaciones presentes y futuras y por otro lado, se establece la evaluación de impacto ambiental con carácter obligatorio.

Todos estos documentos normativos nacionales e internacionales demuestran una evolución y una voluntad de establecer un derecho a un medio ambiente adecuado, pero sigue el análisis de los principales obstáculos que no han permitido establecer un consenso en la determinación y la configuración del derecho humano a un medio ambiente sano.

## II.2. Principales obstáculos para el reconocimiento del derecho humano al medio ambiente

A pesar de los diferentes documentos existentes en Derecho internacional que declaran explícitamente la existencia de un derecho humano al medio ambiente, actualmente aun no se puede considerar que exista realmente este derecho, por no estar contenido en un instrumento jurídicamente vinculante *strictu sensu*. El reconocimiento de este derecho humano, sin embargo, es predicable en relación con el consenso internacional existente de proteger el medio ambiente en beneficio del ser humano. En efecto, no se cuestiona que un medio ambiente adecuado o de calidad constituye el presupuesto necesario para el respeto y garantía de los derechos humanos. La idea de que los Estados deben adoptar medidas para garantizar el respeto y la protección del medio ambiente como requisito indispensable para el cumplimiento de los derechos humanos está bien cimentada en el ordenamiento jurídico internacional. Considerar que un medio ambiente adecuado es componente necesario de los derechos humanos es también la aproximación prioritaria en los órganos de Naciones Unidas competentes en la materia.

En realidad uno de los mayores obstáculos para el reconocimiento de este derecho radica en la soberanía estatal, es decir, el conjunto de facultades que un Estado ejerce de forma exclusiva sobre su territorio, reconocida por el ordenamiento internacional. El único límite actualmente existente en el ejercicio soberano de las funciones de gestión del medio ambiente e impuesto por el Derecho internacional es el de gestionar el medio ambiente en él comprendido de tal manera que los demás Estados no resulten perjudicados por el mal uso que realiza del mismo(48).

---

(47) Vid. D'AVILA RUFINO, G., «Le Droit de l'Homme a l'Environnement dans la Constitution de 1988 du Brésil», *Revue Juridique de l'Environnement*, n. 4, 1994

(48) Esta cuestión se contiene en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo establece lo siguiente: «De conformidad con la Carta de Naciones Unidas y con los principios del Derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de explotar sus propios recursos en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional». Asimismo, la Declaración de Río en su Principio 2, reproduce lo establecido en el Principio 21 de la Declaración de Estocolmo.

Desde el Derecho internacional consuetudinario se ha redefinido el concepto de soberanía de los Estados, imponiendo límites al ejercicio de la soberanía referentes a las obligaciones de prevención, cooperación, reparación y negociación con el objetivo de proteger el medio ambiente, en cuanto representa un interés general de la comunidad internacional y que, por lo tanto, no puede abordarse de forma unilateral por los Estados, sino que requiere de una actuación conjunta.

Otro obstáculo que impide el reconocimiento y realización del derecho al medio ambiente, al cual ya se había hecho referencia anteriormente, es la ausencia de un instrumento internacional jurídicamente vinculante que reconozca expresamente este derecho. Si bien algunos autores como MAKAREWICZ entiende que documentos como la Declaración de Estocolmo o la de Río constituyen una interpretación generalmente aceptada de la noción de derecho del hombre que figura en la Carta de Naciones Unidas (49), otros como HANDL afirma que ni tan siquiera existe una práctica estatal que confirme este derecho (50), por entender que la práctica se produce en relación con los derechos inalienables, los cuales no permiten derogaciones del derecho, cosa que no sucede, según este autor, en el caso del derecho al medio ambiente. Sin embargo, el derecho al medio ambiente, si bien limita algunos derechos económicos y sociales, también refuerza y amplía su significado.

A pesar del carácter *soft law* de los instrumentos internacionales en los cuales se ha reconocido el derecho al medio ambiente, este derecho es calificable de inalienable, en tanto que el deterioro del medio ambiente pone en peligro la supervivencia del ser humano. Por otra parte, el carácter flexible de los instrumentos actualmente existentes en esta materia pueden proporcionar el desarrollo posterior de instrumentos jurídicamente vinculantes, pues «...cuando nuevos valores emergen, necesitan primero ser formulados para preparar el terreno para futuros desarrollos en la forma de instrumentos vinculantes» (51). De hecho, a través de los distintos instrumentos internacionales, antes mencionados, se refleja la voluntad de reconocer el derecho humano al medio ambiente para conseguir la protección ambiental y asegurar asimismo la supervivencia humana. En este sentido, quizás la única forma de articular un derecho humano al medio ambiente sea a través del reconocimiento de la existencia de una costumbre internacional generada a través, precisamente, de una constante y reiterada práctica jurídica internacional, junto con la voluntad de concebir este derecho humano a medio ambiente saludable (52).

---

(49) Vid. MAKAREWICZ, «La protección internationale du droit à l'environnement», *op. cit.*, p. 81.

(50) Vid. HANDL, G., «Human Rights and Protection of the Environment: A Mildly «Revisionist» View», en CANÇADO TRINDADE (Ed.), *Derechos Humanos, Desarrollo sustentable y medio ambiente*, San José de Costa Rica, 1995, pp. 120-129.

(51) Vid. KISS, A., CANÇADO TRINDADE, A., «Two Major Challenges of Our Time: Human rights and the Environment», en CANÇADO TRINDADE (Ed.), *Derechos Humanos, Desarrollo sustentable y medio ambiente*, *op. cit.*, p. 287.

(52) Al respecto, vid. LEE, J., «The Underlying Legal Theory to Support a Well-Defined Human Right to a Healthy Environment as a Principle of Customary International Law», en *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 25, n.º 2, 2000, pp. 254-282. Este autor establece que las consecutivas reafirmaciones, sin reservas, de este derecho en diferentes documentos no vinculantes, constituyen la evidencia de una amplia y consistente práctica de los Estados en el ámbito internacional. Esta práctica puede contribuir a la creación definitiva de un derecho a un medio ambiente adecuado y saludable como principio de Derecho internacional consuetudinario.

Otra dificultad presente en el reconocimiento del derecho al medio ambiente es la imposibilidad de ejercer el derecho al medio ambiente adecuadamente ante los tribunales debido a la misma indeterminación del concepto jurídico de «medio ambiente» y la inexistencia de mecanismos procesales que permitan invocar su protección.

Todos estos obstáculos impiden el pleno reconocimiento de un derecho que aun se encuentra en formación, aunque su puesta en marcha puede venir favorecida mediante el establecimiento de mecanismos como la información, la participación, los recursos y la educación que influyan en la voluntad política de los Estados y permitan configurar un derecho humano al medio ambiente jurídicamente vinculante.

Consecuentemente, el reconocimiento a un derecho humano al medio ambiente, si bien ya constituye, hoy por hoy, una reivindicación social, los ordenamientos jurídicos, en general, parecen desconocer el motor de impulso definitivo que actuó en el reconocimiento de los demás derechos humanos. De manera que el vínculo de causalidad existente en las anteriores generaciones de derechos humanos, parece no tener virtualidad en los pretendidos derechos de tercera generación.

### III. Naturalizar al ser humano

«Nosotros, los pueblos y naciones de la Tierra: considerando que todos somos de la Madre Tierra, una indivisible comunidad viviente de seres interrelacionados e interdependientes con un destino común»

Declaración Universal de los Derechos de la Madre Tierra,  
Cochabamba, Bolivia, 2010

«Cada componente de la Comunidad Terrestre tiene tres derechos:  
— El Derecho a Ser,  
— El Derecho a un Hábitat,  
— El Derecho a cumplir su rol en los procesos siempre renovadores de la comunidad terrestre.»

Thomas Berry

Otra aproximación a la protección del medio ambiente es la «biocéntrica», desarrollada, principalmente, por países megadiversos y en vías de desarrollo, con poblaciones indígenas con una cosmovisión diferente a la que plantea la «antropogénica», la de reconocer y proteger la naturaleza, como titular de derechos y como persona jurídica. Esta posibilidad es, sin duda, una perspectiva novedosa en el Derecho ambiental, en cuanto se aleja de la perspectiva anteriormente analizada. Como ya se ha observado, tradicionalmente, los sistemas legales han considerado a la naturaleza como «propiedad», como un objeto sobre la cual se desarrollan y protegen derechos (53). En cambio, lo más habitual ha sido la promoción de leyes y contratos para proteger los derechos de propiedad de los individuos, de las corporaciones y otras entidades legales, como sujetos jurídicos. La consecuencia es que las leyes y normas de protección

(53) Sobre esta cuestión, *vid.* MARTÍN MATEO, Ramón, «El Ambiente como objeto del Derecho», en *Derecho y Ambiente*, CEOTMA, Madrid, 1981.

ambiental, que han ido proliferando en los últimos tiempos, a pesar de acentuar la orientación preventiva, en realidad, legalizan el daño ambiental al regular cuánta contaminación o destrucción de la naturaleza puede producirse en el marco de la ley o cómo enfrentarse a los retos del deterioro ambiental.

El reconocimiento de los derechos de la naturaleza constituye una concepción holística integral de todo modo de vida, que comprende todos los ecosistemas. A través de esta perspectiva, la naturaleza ya no es objeto de protección, sino un sujeto de protección con derechos que se reconocen a la naturaleza en todas sus formas de vida: tiene el *derecho de existir, persistir, mantener y regenerar sus ciclos vitales*. La contrapartida a este reconocimiento implica que los seres humanos tienen la autoridad legal y la responsabilidad de hacer cumplir estos derechos en representación de la naturaleza. Esta concepción se basa en que los seres humanos forman parte de la vida terrestre y viven dentro de los límites ecológicos.

La visión «biocentrista» surge por la gravedad del estado ambiental y la amenaza de los ecosistemas naturales. La concepción «biocéntrica» parte de la concepción de que el ser humano es parte de la naturaleza y que la conservación de la naturaleza es, antes que nada, un deber del ser humano: ambos, deben coexistir para el perfecto equilibrio orgánico del planeta. Según esta argumentación, cualquier forma de vida es importante para el equilibrio de la naturaleza, sin este equilibrio la naturaleza puede responder con un nuevo equilibrio no propicio para la vida humana.

Al respecto, ya se cuenta con algunas experiencias que reflejan este cambio de perspectiva jurídica. Así, al reconocer los derechos de la naturaleza en su Constitución, Ecuador, en su legislación, Bolivia y en un creciente número de comunidades de los Estados Unidos, están basando sus sistemas de protección ambiental sobre la premisa de que la naturaleza tiene derechos inalienables, al igual que tienen los seres humanos. Esta premisa es radical pero, a su vez, natural, surgida como reacción al esfuerzo «antropogénico» de basar la protección ambiental supeditada a los intereses y/o necesidades humanas, reduciendo la naturaleza a una mera propiedad, bajo el dominio de la ley.

### III.1. Los cimientos de la protección de los derechos de la naturaleza

A raíz de esta otra visión de la protección ambiental, uno de los primeros casos en los que se planteó la cuestión de los derechos de la naturaleza fue a partir del caso del bosque californiano de los Sequoyas, en 1972, en donde el desmedido afán de lucro corporativo pretendía convertir el hábitat de los enormes y milenarios árboles en un parque de diversiones, generando una batalla legal en la que jueces y pensadores se preguntaron si los árboles debían tener derecho a comparecer en juicio (54). Esta misma reflexión, llevó a varios autores de alrededor del mundo a abordar esta cuestión. Solo para mencionar algunos: Christopher Stone en Estados Unidos (55), Godofredo Stutzin (56) en Chile, o Cormac Cullinan (57) en Sudáfrica.

(54) United States Supreme Court. SIERRA CLUB v. MORTON. 405 U.S. 727 (1972). Decided April 19, 1972.

(55) En su artículo «Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects», 45 S. Cal. L. Rev. 450 (1972).

(56) En su obra: *Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la Naturaleza*. s/d

(57) En su obra: *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*, Siber Ink. 2002



Unos años más tarde, en 1982, más de cien Estados Miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptaron una Carta Mundial de la Naturaleza, que formula principios y obligaciones generales para guiar la conducta humana, las leyes y las prácticas de protección de la Naturaleza (58). Reconociendo el valor intrínseco de la naturaleza y que los seres humanos son parte de la naturaleza, la declaración llama a los seres humanos para ser guiados por un código moral de conducta que no comprometa la «integridad de los otros ecosistemas y especies con las que conviven. La Carta también regula las actividades humanas de acuerdo a los límites y los procesos de la Tierra, y el patrimonio común y los principios de precaución. De acuerdo con esta Carta «La humanidad es parte de la naturaleza y la vida depende del funcionamiento ininterrumpido de los sistemas naturales que son fuente de energía y nutrientes. Toda forma de vida es única y merece ser respetada, cualquiera que sea su utilidad para los seres humanos, y para los demás seres vivos reconocimiento, el ser humano debe guiarse por un código moral de acción».

Posteriormente, en el año 2000, un grupo de organizaciones y movimientos no gubernamentales adoptaron la Carta de la Tierra (59), que «busca inspirar en todos los pueblos un sentido de interdependencia global y responsabilidad compartida para el bienestar de la familia humana, la gran comunidad de la vida y las generaciones futuras.» Cuatro pilares de la sostenibilidad son: 1) El respeto y el cuidado de la comunidad de la vida; 2) La integridad ecológica, 3) Justicia social y económica y; 4) Democracia, No Violencia y la Paz, y dieciséis principios fundamentales. La Carta también reconoce el papel de los conocimientos tradicionales, culturales y espirituales de los pueblos indígenas, la no discriminación y la libre determinación. A pesar que este documento no es jurídicamente vinculante, sus principios son considerados de relevancia universal.

En 2009, Polly Higgins, abogado y activista del Reino Unido, comenzó una campaña pidiendo a las Naciones Unidas la adopción de una ley que reconociera la destrucción masiva de los ecosistemas como un crimen contra la paz internacional, es decir, como un delito de 'ecocidio' (60). El ecocidio se define como: «La extensa destrucción, daño o pérdida de ecosistema (s) de un territorio determinado, ya sea por la acción humana o por otras causas, a tal grado que el goce pacífico de los habitantes de ese territorio ha sido severamente disminuido» (61). Fundado sobre el deber de cuidar al planeta, este crimen contra la paz sería de responsabilidad objetiva y *erga omnes* (obligatorio para todos). Incluso aquellos Estados que no están inscritos a la Corte Penal Internacional (CPI), las que promueven actividades de minería, extracción de combustibles fósiles (por ejemplo, las arenas bituminosas en Alberta, Canadá) y la deforestación podrían clasificarse como actividades del ecocidio. La visión de la campaña de «Erradicación del ecocidio» defiende una ley del ecocidio que se aplicaría plenamente en 2020.

---

(58) *Cit. Supra*. Al respecto, consultar: <http://www.un.org/documents/ga/res/37/a37r007.htm> (consultado el 1 de agosto 2014).

(59) La Carta de la Tierra se encuentra disponible en línea en: [http://www.earthcharterinaction.org/invent/images/uploads/earthcharter\\_spanish.pdf](http://www.earthcharterinaction.org/invent/images/uploads/earthcharter_spanish.pdf) (consultado 23 junio 2014).

(60) Consultar en línea: <http://eradicatingecocide.com/> (consultado 23 junio 2014). *Vid. HIGGINS, P. et al.*, «Protecting the Planet: A proposal for a Law of Ecocide», *59 Crime Law and Social Change*, 2013, pp. 251-266.

(61) *Ibid.*

Así, más de 10 países ya han reconocido una forma de ecocidio en sus leyes nacionales, incluyendo Georgia, Kirguistán, Rusia y Vietnam. En 2011, Polly y el Grupo Hamilton organizó un simulacro de juicio en el Tribunal Supremo del Reino Unido para probar el delito propuesto de ecocidio (62). Esto fue seguido por un proceso de Justicia Restaurativa (63) en 2012 entre una empresa ficticia y las víctimas incluyendo a la Tierra (la voz de la Fundación Gaia), los pueblos indígenas y las generaciones futuras. En Europa, más de 112.000 personas (a partir de enero de 2014) firmaron una petición por la Iniciativa Ciudadana Europea para una Directiva europea ecocidio (64).

En 2014, una coalición, incluyendo End Ecocide en Europa, la Red Europea de Fiscales de Medio Ambiente, el Globo de la UE y la Cruz Verde Internacional, lanzaron una campaña en el Parlamento Europeo pidiendo el establecimiento de un Tribunal Penal del Medio Ambiente y la Salud, tanto en el Europeo e internacional, con sanciones legales por daños al medio ambiente. Una vez que se reconozca el delito de ecocidio, dicho tribunal podría permitir su aplicación, en todo caso la Carta de Bruselas, que permitiría crear este Tribunal, está abierta a la firma desde septiembre de 2014 (65).

Además de esta iniciativa del «ecocidio», el 22 de abril de 2010, día mundial de la madre tierra, los participantes en la Conferencia Mundial de los pueblos sobre el cambio climático y los derechos de la naturaleza elaboraron y adoptaron la Declaración Universal sobre los derechos de la Madre Tierra. En esta Declaración se reconoce a la Madre Tierra como un ser vivo con derechos, como el derechos a la vida, a la existencia y a continuar sus ciclos vitales y procesos libres de cualquier intromisión humana. En 2012 la Conferencia de las Naciones Unidas Rio+20 reconoció la necesidad de vivir en armonía con la naturaleza y en el párrafo 39 de la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas, «El Futuro que Queremos» hace referencia a que algunos países reconocen los Derechos de la Naturaleza.

También, en 2011 Peter Roderick, un abogado también del Reino Unido, propuso un proyecto de Declaración de las Naciones Unidas sobre los límites del Planeta (66), con el fin de reconocer y respetar los procesos del sistema terrestre que sostienen toda la vida, y promover la responsabilidad de salvaguardar estos procesos de daño grave o irreversible. La Declaración se basa en la investigación realizada por Rockström *et al*, publicado en la revista Nature 2009 (67), que sostiene que hay 9 procesos de la Tierra-críticos del sistema y los umbrales asociados, en los que tenemos que vivir con el fin de evitar daños irreversibles a nuestro planeta Tierra. Según la investiga-

---

(62) Consultar en línea: <https://www.youtube.com/playlist?list=PLFB4F5595F6740619&feature=wall>(consultado 23 junio 2014).

(63) Consultar en línea: <http://www.gaiafoundation.org/blog/the-sentencing-justice-for-the-earth-community> (consultado 23 junio 2014).

(64) Consultar en línea: <http://www.endecocide.eu/end-ecocide-continues-collect-signatures/?lang=en>(consultado 23 junio 2014).

(65) Para más información: <http://iecc-tpie.org/en>(consultado 23 junio 2014).

(66) Consultar en línea: <http://planetaryboundariesinitiative.org/about-2/declarations/draftonpb/>(consultado 23 junio 2014).

(67) Consultar en línea: <http://www.nature.com/news/specials/planetaryboundaries/index.html>(consultado 23 junio 2014).

ción, tres de estos límites ya se han violado: el cambio climático; la biodiversidad y el ciclo del nitrógeno. En esta línea, en 2013, la «Planetary Boundaries Initiative», una legal think-tank, presentó al Grupo de Trabajo abierto de las Naciones Unidas sobre los Objetivos del Desarrollo Sostenible (ODS), una petición para la adopción de un acuerdo sobre la protección del sistema de la tierra como principal prioridad global para los objetivos del desarrollo sostenible para después de 2015 (68).

Estos son solo algunos ejemplos de las tendencias existentes a nivel internacional, en su mayoría provinientes del mundo académico y de los movimientos sociales, que reclaman la protección ambiental a través del reconocimiento de la personalidad jurídica de la naturaleza. Esta tendencia «biocentrista», como se analiza a continuación, se ha visto plasmada en algunos cambios relevantes, jurídicamente hablando, y que merecen cierta atención.

### III.2. El reconocimiento legal y constitucional de los derechos de la naturaleza

Entre las legislaciones protectoras de la naturaleza, la más antigua a nivel constitucional es la Constitución de Weimar de 1919 que si bien tiene fama de ser una de las constituciones pioneras en incorporar los derechos sociales juntamente con la Constitución de Querétaro de 1917, la de Weimar es la primera también que protege a la naturaleza. La Constitución de Weimar establece, en su artículo 150, que «la Naturaleza goza de la protección y auxilios del Estado». A pesar de este precedente, en las constituciones de la época no figuraban temas de protección de la naturaleza ni de derechos humanos relativos a la naturaleza, incluyendo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Esto se debe a que la conciencia de los daños ambientales todavía no era un tema muy relevante.

Significativamente, después de 89 años de Weimar, tanto la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia aprobada el año 2009, como la ecuatoriana aprobada un año antes en setiembre de 2008, incluyen en sus contenidos sendas secciones referidas a reconocer los derechos de los pueblos originarios y los derechos de todos los ciudadanos a un medio ambiente sano y equilibrado. Todo ello considerando que en las primeras constituciones de América se ignoraba totalmente la existencia de otros seres vivos. El esfuerzo estuvo en reconocer los derechos de propiedad que se reconocían sobre la tierra, el agua y, la naturaleza. Durante las décadas de 1980 y 1990 tuvo lugar una ola de reformas en el marco legal ambiental en casi todos los países sudamericanos y se pasaron a reconocer los llamados derechos de tercera generación, incorporando a los temas ambientales vinculados, como ya se ha analizado, desde una óptica de los derechos humanos. En realidad van a ser escasas las cartas magnas que se refieran a la protección ambiental desde la perspectiva de derechos de la naturaleza y de deberes respecto a la naturaleza.

---

(68) Para más información: <http://planetaryboundariesinitiative.org/2013/12/03/recommendations-evidence-from-the-planetary-boundaries-initiative-on-sdgs/> (consultado 23 junio 2014). En 2012 Kate Raworth propuso combinar la comprensión de los límites del planeta con los límites sociales, por ser esencialmente interdependientes. En su informe «A Safe and Just Space for Humanity: 'Can we live within the doughnut?'» integra el estudio de Rockström y otros '9 Earth-system Processes' con las «11 dimensions of human deprivation».

De forma pionera, en la Constitución de Colombia (1991) y la de Bolivia (con las reformas del 2002) se establecía que «todas las personas tienen el derecho a gozar de un ambiente sano, ecológicamente equilibrado» y se mencionaban los derechos de las futuras generaciones. En la Constitución del Perú, en cambio, la mención al medio ambiente es más limitada, no se trata de un derecho en sí mismo, sino una obligación de regulación. En la Constitución de Ecuador, codificada de 1984, se introdujo «el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación y la obligación del Estado a tutelar la preservación de la naturaleza». Y en la del 1998 se reconocía el principio de precaución y el derecho a que cualquier persona interponga acciones por la protección del ambiente. En la de Venezuela (2007) se señala que es un derecho y un deber de cada generación proteger y mantener el ambiente en beneficio de sí misma y del mundo futuro. Según esta constitución, toda persona tiene derecho individual y colectivamente a disfrutar de una vida y de un ambiente seguro, sano y ecológicamente equilibrado.

En la Constitución de Bolivia (2007) se reconocía el derecho a un ambiente sano para que los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos puedan desarrollarse de manera normal y permanente. Actualmente, la nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, en concreto en sus artículos 33 y 34, establece los derechos reales de los habitantes y a las futuras generaciones de ese país, a gozar de un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado, otorgándole a cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, la facultad para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente. En el Preámbulo de la Constitución boliviana refleja esta la cosmovisión indígena, cuando se refiere a que:

«En tiempos inmemoriales se erigieron montañas, se desplazaron ríos, se formaron lagos. Nuestra amazonia, nuestro chaco, nuestro altiplano y nuestros llanos y valles se cubrieron de verdes y flores. Poblamos esta sagrada Madre Tierra con rostros diferentes y comprendimos desde entonces la pluralidad vigente de todas las cosas y nuestra diversidad como seres y culturas. Así conformamos nuestros pueblos y jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colonia».

En este preámbulo se observa el rescate del origen en el que todo tenía su lugar y en el que seres humanos y naturaleza convivían en armonía. Este texto refleja un diálogo desde el pasado en el presente, que se expresa en la afirmación de que desde tiempos inmemoriales se respetaba la pluralidad y la diversidad. Primero se refiere al entorno natural y el territorio, así como a la Madre Tierra y en ese contexto original surgieron los distintos pueblos indígenas. Ese pasado armónico fue roto por la colonia, que implementó el racismo y alteró el orden en el que vivían los pueblos indígenas.

Bolivia incluso ha legislado sobre la cuestión. Si bien la Ley del Medio Ambiente N.º 1333 de 27 de abril de 1992 (69) constituye el precedente normativo más inmediato que reconocía, por primera vez, el derecho al ambiente sano en favor de las personas y seres vivos en la legislación boliviana, no es hasta 2010 que Bolivia aprueba el primer

(69) BOLIVIA, *Gaceta Oficial*. Ley del Medio Ambiente. Ley 1333. 27 de abril de 1992.

paquete legislativo en el mundo, en el que se introduce la concepción indígena originaria ancestral de la naturaleza como ser vivo y que le otorga a la naturaleza los mismos derechos que a los seres humanos. En concreto, las leyes son: la Ley N.º 071 de derechos de la Madre Tierra (70) y la Ley N.º 300 Marco de la Madre Tierra y el Desarrollo Integral del Buen Vivir. (71) En concreto, la Ley de los Derechos de la Madre Tierra refrenda principios rectores, incluido el bien común, la interculturalidad y la no mercantilización de la naturaleza, y requiere que el Estado y los ciudadanos a respetar los derechos de la Tierra. Conforme a la Ley, las empresas y los individuos pueden ser responsables de los daños medioambientales que causen y por su reparación. La Ley también prevé incluso un Defensor de la Madre Tierra para proteger sus intereses.

En 2008, los pueblos y la Asamblea Constituyente aprobaron, con una votación abrumadora mayoría, la Constitución ecuatoriana que es la primera Constitución en el mundo en reconocer los derechos jurídicamente exigibles de la Naturaleza. En este sentido, establece que «la naturaleza o Pacha Mama, de la que la vida se reproduce y se envuelve en sí, tiene derecho al respeto integral de su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos». La naturaleza también tiene derecho a la restauración, independientemente de los daños a los seres humanos. Así mismo, se reconoce que los ciudadanos tienen derecho a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, y el deber recíproco de respetar los derechos de la Naturaleza. Las comunidades pueden obligar a las autoridades públicas para cumplir con los derechos de la naturaleza. La gobernabilidad de los ecosistemas se guía, según la Constitución, por los principios de «sumac kawsay» o buen vivir, las responsabilidades intergeneracionales, y la estricta aplicación del principio de precaución. Los derechos de los pueblos indígenas a la libre determinación, la participación pública y el consentimiento fundamentado previo, la gobernanza de las tierras / territorios sagrados, a través de las costumbres y de las autoridades tradicionales también son reconocidos y protegidos.

Actualmente, ambas Constituciones, la ecuatoriana y la boliviana, mencionan a la naturaleza, pero mientras que la ecuatoriana le respeta como un ser vivo con el cual se debe convivir para poder llegar a un «Buen Vivir», la boliviana la considera como un objeto desamparado y vulnerable, que requiere de la defensa del Estado. Sin embargo, en este caso, la naturaleza aparece siempre en el contexto de los conocimientos ancestrales, conocimientos que sin duda alguna, fueron adquiridos gracias a una intensa convivencia con la misma naturaleza.

Los textos también divergen radicalmente en otro punto: en la Constitución de Bolivia, la industrialización de los recursos naturales es una meta, mientras que en el caso ecuatoriano se presentan por primera vez a la Naturaleza como sujeto de derechos. El texto boliviano termina reproduciendo el apego de la modernidad por el progreso, mientras que la opción ecuatoriana permite una ruptura con esa perspectiva bajo un giro puramente biocéntrico. En efecto, la Constitución de Ecuador establece que debe existir una relación dinámica entre sociedad, Estado y mercado, equilibrada y en armonía con la Naturaleza, otorgándole derechos inalienables y con-

---

(70) BOLIVIA, *Gaceta Oficial*. Ley de derechos de la Madre Tierra. Ley N.º 071, 21 de diciembre de 2010.

(71) BOLIVIA, Estado Plurinacional de. *Gaceta Oficial*. Ley marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien. 15 de Octubre 2012.

virtuéndola de esta manera en sujeto de derecho (72). En cambio, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia no trata a la naturaleza como sujeto, sino habla de su protección por el Estado. Al respecto se refiere en su artículo 381 a que el Estado protegerá todos los recursos genéticos y microorganismos que se encuentren en los ecosistemas del territorio, así como los conocimientos asociados con su uso y aprovechamiento y en el 382 que es facultad y deber del Estado la defensa, recuperación, protección y repatriación del material biológico proveniente de los recursos naturales, de los conocimientos ancestrales y otros que se originen en el territorio. Y el artículo 387 se refiere a que la ley regulará la protección y aprovechamiento de las especies forestales de relevancia socioeconómica, cultural y ecológica. Especial importancia da la Constitución boliviana a la protección de la coca, su símbolo vegetal nacional: «El Estado protege a la coca originaria ancestral como patrimonio cultural, recurso natural, renovable de la biodiversidad de Bolivia y como factor de cohesión social» (art. 384).

Asimismo, en las dos Constituciones, pero principalmente en el caso boliviano, los pueblos indígenas han incorporado sus demandas y propuestas para construir Estados Plurinacionales que los representen, así como sus valores culturales expresados en la alternativa del «Vivir Bien» (*Suma kamaña* en aymara), que en el caso de las Constituciones de Ecuador (2008) y la legislación de Bolivia dieron un verdadero salto normativo, elevando a la Naturaleza a la calidad de «Sujeto de Derechos».

En Ecuador, se le llama «Buen vivir» (*Sumak kausay*, en quichua) y se expresa la visión indígena, al tomar en cuenta los derechos de la Naturaleza. En el capítulo séptimo, el Art. 71 establece que: «La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce o realiza la vida, tiene derecho a que se respete íntegramente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos».

Fruto de estas novedades constitucionales, el 22 de abril de 2009 la Asamblea General de las Naciones Unidas en su 63.<sup>a</sup> sesión aprobó por unanimidad el proyecto presentado por el Presidente de Bolivia, Evo Morales Ayma, de que cada 22 de abril sea celebrado como el Día Internacional de la Madre Tierra. (73) En consecuencia, ya no se trata del Día de la Tierra, sino del Día de la Madre Tierra.

Para finalizar este apartado de reconocimiento jurídico, cabe mencionar que en los Estados Unidos de Norte América, más de 24 pueblos y ciudades han implementado

(72) El texto constitucional ecuatoriano contiene tres artículos en los que establece los siguientes derechos para la Naturaleza: Art. 71.—La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos... Art. 72.—La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados. En los casos de impacto ambiental grave o permanente, incluidos los ocasionados por la explotación de los recursos naturales no renovables, el Estado establecerá los mecanismos más eficaces para alcanzar la restauración, y adoptará las medidas adecuadas para eliminar o mitigar las consecuencias ambientales nocivas. Art. 73.—El Estado aplicará medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales. Se prohíbe la introducción de organismos y material orgánico e inorgánico que puedan alterar de manera definitiva el patrimonio genético nacional.

(73) Resolución aprobada por la Asamblea General el 22 de abril de 2009, n. 63/278. Día Internacional de la Madre Tierra. Disponible en línea en: [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/63/278&Lang=S;](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/63/278&Lang=S;) (consultado el 21 de diciembre 2013).

ordenanzas por los Derechos de la Naturaleza. Una de las más relevantes es la ordenanza de la ciudad Pittsburgh en la que se prohíbe las empresas de perforación de gas natural en la ciudad. Esta ordenanza eleva los derechos de las personas, la comunidad y la naturaleza sobre los «derechos» corporativos y se convierte así en la primera ciudad de los EE.UU. en reconocer los derechos jurídicamente vinculantes de la naturaleza. Al reconocer los derechos de la naturaleza, se protege eficazmente los ecosistemas y las comunidades frente a las empresas y a otros niveles de gobierno, que puedan autorizar dicha perforación y se autoriza a los residentes de Pittsburgh a ejercer esos derechos en nombre de los ecosistemas amenazados (74).

### III.3. Haciendo realidad los derechos de la naturaleza

Los movimientos sociales, especialmente los indígenas, han sido los promotores de la perspectiva «biocentrista», basada en la cosmovisión, valores y demandas del reconocimiento jurídico de los derechos de la naturaleza. No obstante, resulta del todo necesario analizar la efectividad de estos derechos más allá del reconocimiento jurídico formal. En este sentido, la práctica ha abarcado no solo la protección de la naturaleza en sí, sino también la protección de bienes inmateriales y espirituales, que garantizan su preservación, como la protección de sitios sagrados o de los conocimientos ancestrales.

El primer caso en que se tuvo conocimiento de aplicación judicial de los derechos de la naturaleza se dio en el año 2011. La Acción de Protección, resuelta en segunda instancia por la Sala Penal de la Corte Provincial de Loja (75), fue presentada por Richard Frederick Wheeler y Eleanos Geer Huddle en contra del Gobierno Provincial de Loja «a favor de la Naturaleza particularmente a favor del río Vilcabamba» por los trabajos de ampliación de la carretera Vilcabamba-Quinara. En su demanda se refieren, además, a los daños que sufrió su propiedad y las vecinas. La Sala concedió el recurso, aceptando que «la acción de protección resulta la única vía idónea y eficaz para poner fin y remediar de manera inmediata un daño ambiental focalizado» y aplicando el principio de precaución, dicen los jueces «...hasta tanto se demuestre objetivamente que no existe la probabilidad o el peligro cierto de que las tareas que se realicen en una determinada zona produzcan contaminación o conlleven daño ambiental, es deber de los Jueces constitucionales propender de inmediato al resguardo y hacer efectiva la tutela judicial de los derechos de la Naturaleza, efectuando lo que fuera necesario para evitar que sea contaminada, o remediar. Nótese que consideramos incluso que en relación al medio ambiente no se trabaja sólo con la certeza de daño sino que se apunta a la probabilidad...» (76).

(74) Para más información: [http://earthlawcenter.org/static/uploads/documents/Marcellus\\_Shale\\_Ord\\_Pittsburgh\\_1.pdf](http://earthlawcenter.org/static/uploads/documents/Marcellus_Shale_Ord_Pittsburgh_1.pdf) (consultado el 2 de agosto 2014). También en la ciudad de Santa Mónica se adoptó el 12 de marzo de 2013 la «Ordinance of the City Council of the city of Santa Monica establishing sustainability rights», disponible en: <http://www.smgov.net/departments/council/agendas/2013/20130312/s2013031207-C-1.htm> (consultado el 2 de agosto 2014).

(75) Sentencia Causa de 30 de marzo del 2011, Acción de Protección No. 11121-2011-00010, Sala Penal de la Corte Provincial de Loja. *Wheeler versus Director de la Procuraduría General Del Estado en Loja, Juicio* <http://therightsofnature.org/first-ron-case-ecuador/> (consultado 23 junio 2014).

(76) *Ibid.*, considerando quinto.

La Sala recuerda asimismo que la Constitución «...sin precedente en la historia de la humanidad, reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos...»; asume como un hecho evidente e indiscutible la «importancia de la Naturaleza», a tal punto que considera «que cualquier argumento respecto a ello resulta sucinto y redundante», incorporando en la decisión la idea de que los daños causados a ella son «daños generacionales», que define como «aquéllos que por su magnitud repercuten no sólo en la generación actual sino que sus efectos van a impactar en las generaciones futuras...» (77). Además modifica la carga de la prueba liberando a los accionantes de probar los perjuicios, estableciendo que es el «...Gobierno Provincial de Loja tenía que aportar pruebas ciertas de que la actividad de abrir una carretera no afecta ni afectará el medio ambiente, Sería inadmisibile el rechazo de una acción de protección a favor de la Naturaleza por no haberse arrimado prueba, pues en caso de probables, posibles o bien que puedan presumirse ya provocado su daño ambiental por contaminación, deberá acreditar su inexistencia no sólo quien éste en las mejores condiciones de hacerlo sino quien precisamente sostiene irónicamente que tal daño no existe...» (78).

Pese al entusiasmo que provocó este fallo en los defensores del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, la Sala no niega la posibilidad de la obra, sino que establece que debe hacerse respetando «los derechos de la Naturaleza» sin especificar como se los vulneró, se limita a repetir el texto constitucional: «se está violentando el derecho que la Naturaleza tiene de que se le respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructuras, funciones y procesos evolutivos». En realidad, todo el razonamiento se reconduce hacia el derecho humano al medio ambiente sano, de hecho la acción parte de la defensa de un interés particular «En cuanto al alegato ... de que la población ... necesita carreteras, es de indicar que: en caso de conflicto entre dos intereses protegidos (sic) constitucionalmente, la solución debe ser encontrada de acuerdo con los elementos jurídicos que proporcione el caso concreto y a la luz de los principios y valores constitucionales. Esta labor de interpretación es función primordial del Juez constitucional. Pero en este caso no hay qué ponderar porque no hay colisión de derechos constitucionales, ni sacrificio de uno de ellos, pues no se trata de que no se ensanche la carretera Vilcabamba-Quinara, sino que se haga respetando los derechos constitucionales de la Naturaleza. En todo caso, el interés de esas poblaciones en una carretera resulta minorado comparándolo con el interés a un medio ambiente sano que abarca un mayor número de personas» (79). En consecuencia, la sentencia declara que el Consejo Provincial es responsable por los daños causados, ordenándole que se acojan las recomendaciones ambientales y pida disculpas públicas por iniciar la construcción de una carretera sin contar con el licenciamiento ambiental.

También en Ecuador, el 26 de noviembre de 2010, una alianza internacional de activistas del medio ambiente presentó una demanda en contra de British Petroleum (BP) en el Tribunal Constitucional ecuatoriano, en defensa de los Derechos de la Naturaleza, que se reconocen en la Constitución ecuatoriana de 2008. El grupo incluía a Nnimmo Bassey de Nigeria y Vandana Shiva de la India (ambos ganadores del Right

(77) *Ibid.*, considerandos séptimo y octavo.

(78) *Ibid.*, considerando décimo.

(79) *Ibid.*, considerando decimosegundo.



Livelihood Award), y activistas de México, Perú y Ecuador, entre ellos el Presidente del Panel de Revisión Constitucional de Ecuador. En este sentido, la Constitución ecuatoriana reconoce el derecho de la naturaleza para ser restaurado y permite que un ciudadano o grupo para presentar un caso ante la Corte Constitucional de Ecuador por una violación que ocurre en un país diferente, pero que afecta a la Tierra en su conjunto. En lugar de buscar una compensación económica, la coalición pide a BP a que divulgue los datos e información sobre la destrucción ecológica causada por el derrame de petróleo, y que se abstenga de BP desde la extracción hasta el petróleo bajo tierra, ya que se derramaron en el Golfo de México desastre (80).

Siguiendo con este reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos, en Belice, el Presidente del Tribunal Supremo dictaminó en 2010 que un arrecife no es propiedad, sino un ser vivo que forma parte del patrimonio nacional de Belice y no puede ser sacrificado a los intereses comerciales (81). El caso se sitúa en el 13 de enero de 2009, cuando un buque de carga chocó con el Arrecife Mesoamericano, cerca de Caye Glory en Belice, dañando 6.000 metros cuadrados de arrecife prístino. El arrecife mesoamericano con más de 225 millones de años, es el mayor arrecife de coral en el Océano Atlántico y alberga más de 60 especies de los arrecifes de coral y 500 especies de peces. El Tribunal consideró la compañía naviera responsable y le obligaba a pagar \$ 11 millones de dólares de Belice (5,5 millones de dólares), más un interés del 3% anual para la pérdida ambiental y ecológica y el costo de los servicios de restauración.

En esta línea, también es interesante analizar como desde 1997, Oxlajuj Ajpop, una organización de líderes espirituales mayas indígenas ha estado abogando por y en desarrollo, una propuesta de Ley de Lugares Sagrados en consulta con las comunidades indígenas. Este proyecto de ley tiene por objeto garantizar el reconocimiento de los sitios sagrados y territorios y su gobernabilidad, el acceso, el uso y la conservación de las comunidades. Y a pesar de no haber sido aceptada aún por todos los miembros del Congreso de la República y el gobierno, las negociaciones continúan. Oxlajuj Ajpop también está pidiendo una nueva Constitución y la reforma legal que respete la madre tierra, los ecosistemas y los territorios indígenas, y un Estado pluralista «social y legalmente» (82).

En 2012, los «Custodios de los sitios sagrados naturales» de Kenya, Sudáfrica, Etiopía y Uganda adoptaron una Declaración de leyes consuetudinarias africanas comunes para la Protección de los Sitios Sagrados Naturales, en Nanyuki, Kenia (83). La Declara-

---

(80) Consultar el documento 'Justice for the Earth Community: Defending the Rights of Nature and Holding Corporations to Account', Gaia Learning Centre, September 2011.

(81) Supreme Court OF Belize, A.D. 2009 Claim No. 45 OF 2009 Admiralty the Attorney General of Belize Claimant between and Ms Westerhaven Schiffahrts GMBH & CO KG 1st Defendant Reider Shipping BV 2nd Defendant; y también consultar Court of Appeal of Belize, A.D. 2011 Civil Appeal No. 19, 2010, between: Ms Westerhaven Schiffahrts GMBH & CO KG Redier Shipping BV vs. The Attorney General of Belize respondent.

(82) Consultar el documento de la Organización para la recuperación, conservación, dignificación y administración de los lugares sagrados Mayas (NIM Q'ATB'AL TZIJ KECH AJQ'UJAB'OXLAJUJ AJPOP), de 18 de enero de 2008, Conferencia Nacional de Ministros de la Espiritualidad Maya de Guatemala -Oxlajuj Ajpop. Disponible en: <http://sacrednaturalsites.org/es/items/nim-qatbal-tzij-kech-ajqijab-oxlajuj-ajpop/?COLLCC=1422104073> (consultado 23 junio 2014).

(83) Ver «Statement of Common African Customary Laws for the Protection of Sacred Sites», 28 april 2012, Nanyuki Custodian Meeting, Kenya. Disponible en línea en: <http://sacrednaturalsites.org/es/items/statement-of-the-common-african-customary-laws-for-the-protection-of-sacred-sites/?COLLCC=1400401888> (consultado 23 junio 2014).

ción reconoce que los sitios sagrados naturales y territorios son lugares de importancia ecológica, espiritual y cultural, donde las leyes y los límites del ecosistema deben ser respetados. La Declaración proporciona una importante orientación sobre cómo los sitios sagrados naturales deben ser respetados como áreas prohibidas para cualquier actividad, con excepción de las prácticas espirituales necesarias, y que los sistemas de gobierno tradicionales de las comunidades depositarias deben ser reconocidos.

A parte de estos casos, es meritorio mencionar que el 17 de enero de 2014 se instauró el primer Tribunal Ético Permanente por los Derechos de la Naturaleza y de la Madre Tierra, gracias a la Alianza Mundial para los Derechos de la Naturaleza. Su sesión inaugural, a la que asistieron más de 400 personas, se celebró en Quito, Ecuador, el país en el que se reconocieron, por primera vez, estos derechos a nivel Constitucional. El Tribunal, presidido por Vandana Shiva, celebró esta primera audiencia preliminar para determinar la admisibilidad de numerosos casos relativos a los derechos de la naturaleza, incluidos los afectados por la minería y la agricultura comercial. La vocación de este Tribunal es impulsar el establecimiento de un futuro Tribunal permanente que contribuya al desarrollo de la normativa que reconoce los derechos de la naturaleza. El Tribunal celebrará sus sesiones en distintos lugares del mundo, por ejemplo, en las negociaciones sobre cambio climático (COP 20) en Lima en diciembre de 2014 (84).

Está iniciativa surgió y fue la expresión de la acción coordinada de un amplio conjunto de movimientos y organizaciones sociales de distintas partes del mundo, todos movilizados por la voluntad de denunciar las agresiones que sufre la naturaleza y que viene sufriendo desde los últimos, sistemáticamente y cada vez con más intensidad, en nombre del «progreso». Este Tribunal, pionero en la búsqueda de construir caminos de justicia global frente a los delitos contra la vida en sus fuentes, se constituyó como una plataforma permanente para escuchar y juzgar casos de violación a los derechos de la Madre Tierra sucedidos alrededor del mundo.

Los primeros miembros del Tribunal Ético por los Derechos de la Naturaleza y la Madre Tierra fueron: Alberto Acosta, economista y ex presidente de la Asamblea Constituyente del Ecuador; Blanca Chancoso, lideresa kichwa y educadora de Cotacachi, Ecuador; Cormac Cullinan, abogado y autor (*Ley Salvaje, Wild Law*), Earth Democracy Coop, Cape Town, South Africa; Tom Goldtooth, Dine'/Dakota director de Indigenous Environmental Network de Minnesota, EEUU; Julio César Trujillo, abogado constitucionalista representante de Yasunidos, Ecuador; Elsie Monge, activista de Derechos Humanos y Presidenta de CEDHU y FIDH, Ecuador; Atossa Soltani, fundadora y directora de Amazon Watch, EEUU; Enrique Viale, abogado ambientalista y activista de Argentina; y Tantoo Cardinal, actriz (*Danza con Lobos*) y activista contra las arenas bituminosas, Canadá. En la primera sesión del Tribunal Ético Permanente de los Derechos de la Naturaleza participaron representantes de Australia, Suiza, Sudáfrica, Estados Unidos, España, Canadá, India, Rumania, Bolivia, Argentina e Inglaterra, Colombia, Alemania, Francia, así como de Ecuador.

---

(84) Para más información: «La Explotación Petrolera en el Parque Nacional Yasuní y los Derechos de la Naturaleza», de Carlos Larrea, disponible en <http://therightsofnature.org/wp-content/uploads/ITTDerechosNaturaleza.pdf> (consultado 23 junio 2014). De Alberto Acosta, disponible en <http://therightsofnature.org/alberto-acosta-yasuni-itt-case/>, (consultado 23 junio 2014) y también consultar la siguiente información en línea, visitada el 23 junio 2014, en: <https://www.youtube.com/watch?v=LrD7CdQMA6g> y <http://derechosdelanaturaleza.org/>.

Resulta coherente que el Tribunal de los Derechos de la Naturaleza se origine en Ecuador, primer país en reconocer estos derechos en su Constitución. Es irónico, sin embargo, que Ecuador haya abandonado su liderazgo y su compromiso de respetar los Derechos de la Naturaleza establecidos en su Constitución, que fuera aprobada mayoritariamente por el pueblo ecuatoriano en las urnas. El Gobierno de Ecuador, actualmente, promueve la ampliación de la explotación petrolera y la minera a gran escala, amenazando tres millones de hectáreas de sus bosques amazónicos remanentes, mientras activa una sistemática campaña contra aquellas personas y organizaciones que defienden los derechos de la Madre Tierra, protegidos por la Constitución ecuatoriana. La criminalización de la resistencia popular es, sin duda, la herramienta gubernamental para seguir ampliando el extractivismo: megaminería, petróleo, agrocombustibles, etc.

Durante su sólida argumentación para admitir al caso Yasuní-ITT y debido a las amenazas urgentes, el Tribunal aceptó establecer una sala especial para procesar inmediatamente ese tema y el caso del ostigamiento a los defensores de la Naturaleza, incluyendo a los recolectores de firmas para la consulta popular, con las que se quería frenar la explotación del crudo en el Yasuní-ITT. Adicionalmente habría que considerar la suspensión de las actividades extractivistas en el bloque 31 y en el 43 (ITT) y una auditoría general para todas las actividades en el Parque Nacional Yasuní.

Después de todo un día de sesión, con presentaciones y deliberaciones, el Tribunal tomó la decisión unánime de admitir nueve casos considerados emblemáticos en la violación a los Derechos de la Naturaleza. Se presentaron seis casos puntuales: la contaminación del caso Chevron-Texaco (Ecuador); el derrame de la British Petroleum (BP) en la plataforma Deep Horizon (EEUU); el proyecto de extracción de petróleo en el Yasuní-ITT (Ecuador); la amenaza contra el Gran Arrecife de Coral debido a la minería de carbón (Australia); la minería metálica a cielo abierto en la cordillera del Cóndor, el caso del yacimiento Mirador (Ecuador); y los casos de fractura hidráulica (EEUU). Se admitieron además dos casos de escala global que representan violaciones sistémicas de los Derechos de la Madre Tierra: la amenaza de los organismos genéticamente modificados o transgénicos y el cambio climático. Finalmente, el Tribunal estableció la fecha para la siguiente sesión del Tribunal para diciembre de 2014 en Lima, Perú, en ocasión, como ya se ha mencionado, de la XX Conferencia de las Partes de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

Todos estos casos ejemplifican, en mayor o menor medida, ciertos cambios en la forma de proteger el medio ambiente, que se alejan de la perspectiva tradicional antropogénica.

#### **IV. Conclusiones**

La concienciación ambiental, generada por la degradación progresiva del medio ambiente, ha conllevado desde diferentes ámbitos el reclamo de un reconocimiento formal de la importancia de la protección del medio ambiente para el bienestar del ser humano. Sin embargo, la aproximación antropocentrista de protección del medio ambiente no ha sido suficiente, por ello la nueva perspectiva biocéntrica se abre camino alejándose del modelo de desarrollo occidental a una visión más holística, basada en los conceptos indígenas, como el de «Vivir bien» o «Buen vivir», y permite la evolución del «derecho al ambiente sano» a «los derechos de la naturaleza». La concepción

de la dimensión ambiental como una parte integrante de la realización de los derechos humanos ha contribuido a una mayor falta de atención de la protección ambiental en beneficio del bienestar humano. La consecuencia ha sido la supeditación del bienestar de los ecosistemas a la satisfacción de los intereses humanos, no siempre respetuosos con los ciclos naturales.

La nueva orientación de la protección ambiental, que se ha examinado en este artículo, establece una nueva relación entre el hombre y la naturaleza y la armonía entre ambos, que debe de ser preservada como garantía de su regeneración. Es decir, los Estados estarían obligados a priorizar el bienestar de sus ciudadanos y el mundo natural, desarrollando políticas públicas que promuevan la sostenibilidad y el control de las industrias. La economía nacional debería operar dentro de los límites de la naturaleza: esta, sin duda, no será una tarea fácil. Lo que puede parecer una utopía, poco a poco está siendo una realidad en numerosos países del mundo. La clave está en cambiar las políticas y las leyes relacionadas con el ambiente, que simplemente codifican su contaminación y destrucción.

A pesar de las posibles contradicciones a nivel práctico, las nuevas regulaciones emergentes basadas en el enfoque biocentrista plantean, al menos, la necesidad del hombre de cambiar la manera en la que trata a la naturaleza. Esta nueva concepción aun no ha sido trasladada de forma generalizada al mundo de las leyes y las políticas, ni a la sociedad en general. No obstante, se observan cambios, que recordando al profesor Martín Mateo, advierten el camino a una «revolución ambiental pendiente» (85).

## V. Referencias bibliográficas

- ACOSTA, ALBERTO, MARTÍNEZ, ESPERANZA (ed.), *Derechos de la Naturaleza - El futuro es ahora*, Abya Yala, Quito, 2009.
- BOFF, LEONARDO. *El siglo de los derechos de la Madre Tierra*. Mayo 2008. <http://www.servicioskoinonia.org/boff/articulo.php?num=327>.
- BOYD, DAVID RICHARD, *The Environmental Rights Revolution: A Global Study of Constitutions, Human Rights, and the Environment*, Vancouver, Toronto, UBC Press, 2012.
- CAUDILLO FÉLIX, ALICIA G., «Pueblos indígenas y naturaleza: la alternativa del buen vivir», en *Revista electrónica del Departamento de Estudios Ibéricos y Latinoamericanos de la Universidad de Guadalajara*, Año 1, número 2, Enero-junio 2010.
- COFRE LAGOS, Juan Omar. «Sobre la fundamentación radical de la naturaleza (humana) y de los derechos humanos». *Rev. derecho Valdivia*, 2006, vol.19, n.1.
- CRESPO, RICARDO. «Introducción al Derecho Ambiental». En *Derecho Ambiental*, textos para la cátedra. CLD-ECOLEX. Quito. 2005
- CULLINAN, CORMAC, *Wild Law: A Manifesto for Earth Justice*. Siber Ink. 2002
- DÉJEANT-PONS, M., «Le Droit de l'Homme à l'Environnement, Droit Fondamental au Niveau Européen dans le Cadre du conseil de l'Europe, et la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales», *Revue Juridique de l'Environnement*, n. 4, 1994.
- FIGUEROA, ISABEL, «La subjetivización de la naturaleza (y sus trampas jurídicas, éticas y epistémicas)», *Revista Catalana de Dret Ambiental*, Vol. II Núm. 1, 2011.
- GALEANO, EDUARDO. *La Naturaleza no es muda*. Abril 2008 [http://www.accionecologica.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=854&Itemid=1](http://www.accionecologica.org/index.php?option=com_content&task=view&id=854&Itemid=1).

(85) MARTÍN MATEO, RAMON, *La revolución ambiental pendiente*, Universidad de Alicante, 1999.

- GUDYNAS, EDUARDO, «La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica», *Tabula Rasa*. Bogotá - Colombia, No.13, julio-diciembre 2010.
- GUTIERREZ BEDOYA, CLAUDIA IRENE, *El derecho al medio ambiente adecuado como derecho humano*, Centro Editorial Universidad Del Rosario, 2006.
- HANDL, G., «Human Rights and Protection of the Environment: A Mildly «Revisionist» View», en CANÇADO TRINDADE (Ed.), *Derechos Humanos, Desarrollo sustentable y medio ambiente*, San José de Costa Rica, 1995.
- HERRERO DE LA FUENTE, A. A.; «La protección internacional del derecho a un medio ambiente sano», en Blanc Altemir, A. (Ed.), *La protección internacional de los Derechos Humanos a los cincuenta años de la Declaración Universal*, ed. Tecnos, Madrid, 2001.
- HERREROS EZQUERRO, MAITE, LOPERENA ROTA, DEMETRIO, «Los derechos humanos al medio ambiente adecuado y a su protección», *Humana lura: suplemento de derechos humanos*, ISSN 1132-7294, N.º. 6, 1996 .
- LEE, J., «The Underlying Legal Theory to Support a Well-Defined Human Right to a Healthy Environment as a Principle of Customary International Law», en *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 25, n.º. 2, 2000.
- LOPERENA ROTA, DEMETRIO, «Balance de la Conferencia de Río sobre medio ambiente y desarrollo», en *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 35, 1993.
- , *El Derecho al Medio Ambiente Adecuado*. Cuadernos Cívitas, Madrid, 1998.
- , *Los Principios del Derecho Ambiental*. Instituto Vasco de Administración Pública, Cívitas, Madrid, 1998.
- , «Los derechos al Medio Ambiente adecuado y a su protección», *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, ISSN-e 1576-3196, N.º. 3, 1999.
- MARTÍN MATEO, RAMÓN, «El Ambiente como Objeto del Derecho», en *Derecho y Ambiente*, CEOTMA, Madrid, 1981.
- , «La Calidad de Vida como Valor Jurídico», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García Enterría (Tomo II) de Los Derechos y Deberes Fundamentales*. Editorial Cívitas, S.A, Madrid, 1991.
- , *La revolución ambiental pendiente*, Universidad de Alicante, 1999.
- MELO, MARIO, *De Montecristi a Cochabamba. Los derechos de la Madre Tierra en debate*, en [http://therightsofnature.org/wp-content/uploads/pdfs/Espanol/Melo\\_Montecristi%20a%20Cochabamba\\_2009.pdf](http://therightsofnature.org/wp-content/uploads/pdfs/Espanol/Melo_Montecristi%20a%20Cochabamba_2009.pdf).
- STIGLITZ, JOSEPH E., *El malestar en la globalización*, (traducción de Carlos Rodríguez Braun). Barcelona: Satillana Ediciones, 2006.
- STONE, CHRISTOPHER. Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects, 45 *S. Cal. L. Rev.* 450, 1972.
- TORROJA MATEU, H., «El reconocimiento internacional del derecho al medio ambiente en el ámbito universal» en *Declaración de Bizkaia sobre el Derecho al Medio Ambiente*, IVAP ed., Bilbao, 1999.
- VIALE, ENRIQUE, MACHADO, HORACIO, ACOSTA, ALBERTO «La Madre Tierra tiene Derechos: primero tribunal para defenderlos», Febrero de 2014 <http://www.rebellion.org/docs/180605.pdf>.
- WRAY. ALBERTO. Los derechos de la naturaleza. 28 de abril de 2008. <http://cywlegal.com/inter.asp?s=3&ss=13&n=107>.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. «La naturaleza como persona: Pachamama y Gaia», en *Bolivia: Nueva Constitución Política del Estado. Conceptos elementales para su desarrollo normativo*, La Paz: Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia, 2010.

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Ingurumenak —giza ongizatearen zerbitzura dagoen ondasun juridiko babestuak— giza eskubideak indartu eta bidea eman die eskubide berriei, adibidez ingurumen osasungarriaren eskubideari, munduko konstituzio askotan onartua. Nolanahi ere, ingurumena hondatzeak agerian jarri du hura babesteko eta lehengoratzeko tresna juridikoen eskasia. Gero eta larriagoa eta kezagarriagoa den ingurumen-krisiak zalantzan jarri du giza-kiak naturarekin duen harremana, eta nabarmen utzi du ingurumena babesteko ikuspegi antropozentristaren porrota. Horren aurrean, lege-aldaketa txiki baina garrantzitsuak hasi dira agertzen hainbat arategitan, ingurumenaren babesa bideratuz, Natura pertsona juridikotzat hartu eta hari eskubideak emanez zuzenbideko beste edozein subjekturi bezala. Ikuspegi berri hori, zalantzarik gabe, urrats berri bat da Ingurumen Zuzenbidearen eboluzioan, eta ezinbesteko erreferentzia da Martín Mateo eta Demetrio Loperena Rota irakasleen lana.

**HITZ GAKOAK:** Ingurumena. Ingurumen osasungarriaren eskubidea. Naturaren eskubideak. Ongi bizitzea. Biozentrismoa.

**RESUMEN:** El medio ambiente, concebido como bien jurídico de protección, al servicio del bienestar humano ha reforzado los derechos humanos e incluso ha permitido la emergencia de nuevos derechos, como el derecho a un medio ambiente saludable reconocido en muchas constituciones del mundo. No obstante, la degradación ambiental ha puesto en evidencia la insuficiencia de los instrumentos jurídicos para prevenir, proteger y restaurar el entorno. La creciente y preocupante crisis ambiental no solo cuestiona la relación del ser humano con la naturaleza, sino que a su vez evidencia el fracaso de la perspectiva antropocéntrica de proteger el medio ambiente. Frente a esta realidad empiezan a aflorar tímidos, pero importantes cambios jurídicos en diferentes sistemas normativos, que reorientan la protección ambiental, reconociendo la Naturaleza como persona jurídica y atribuyéndole derechos exigibles ante cualquier otro sujeto de derecho. Esta perspectiva abre, sin lugar a dudas, una nueva etapa en la evolución del Derecho ambiental, que deja como referencia imprescindible la obra heredada de los profesores Martín Mateo y Demetrio Loperena Rota.

**PALABRAS CLAVE:** Medio ambiente. Derecho humano a un medio ambiente sano. Derechos de la naturaleza. Vivir bien. Biocentrismo.

**ABSTRACT:** Environment as a legal right worthy of protection to the service of the human welfare has reinforced human rights and has even allowed the arising of new rights, as the right to a healthy environment acknowledged in many Constitutions of the world. Nevertheless, environmental deterioration has revealed the insufficiency of legal instruments to prevent, protect and restore surroundings. The growing and worrying environmental crisis does not only call into question the relationship of human beings with nature but also the failure of protecting environment from a human centered perspective. In front of that reality, timid but important legal changes are appearing in different normative systems that reorientate the environmental protection recognizing Nature as a legal person with enforceable rights vis-a-vis any other individual subject to the law. This approach undoubtedly opens a new stage in the evolution of environmental law which leaves as an essential reference the inherited work of professors Martín Mateo and Demetrio Loperena Rota.

**KEYWORDS:** Environment. Human Right to a healthy environment. Rights of the Nature. Living well. Biocentrism.

# Simplificación procedimental y optimización del funcionamiento de la Administración francesa

Alejandra Boto Álvarez

**Sumario:** I. Introducción: razones para el estudio.—II. La revisión del derecho administrativo francés: un proceso abierto e inacabado.—III. Agilización procedimental: novedades en el cómputo de plazos y silencio administrativo.—IV. Modernización administrativa: fomento de las TIC.—V. Medidas de transparencia: publicidad de los informes previos.—VI. Codificación procedimental.—VII. Conclusiones.

## I. Introducción: razones para el estudio (1)

Por méritos que no necesitan recordatorio y sin duda para siempre, los nombres de Ramón Martín Mateo y Demetrio Loperena Rota aparecerán indefectiblemente unidos a la historia del Derecho Ambiental en nuestro país. Por ello, en una miscelánea de trabajos en homenaje y recuerdo como esta, no faltarán artículos científicos de expertos con tal orientación. Sin embargo, más allá de la especialidad de aquella rama del derecho, la obra de ambos nos ha enseñado que en los principios que inspiran la protección jurídica del medio ambiente hay también mucho de parte general, y que los ecos e influencias fluyen en ambas direcciones. En efecto, no es casualidad que cuestiones como la sostenibilidad, la transparencia y el derecho a la información (2), que tempranamente fueron reivindicadas en sede ambiental, estén ahora de plena actualidad en el proceso global de reformas para conseguir por fin un buen gobierno, una mejor Administración y la regeneración de la ética democrática que tanto preocupara también en los últimos tiempos al profesor Loperena Rota (3). Es así en nuestro país, inmerso en una vorágine de reformas para intentar ver la luz al final del túnel de la crisis, pero también en la dimensión internacional, donde desde hace

---

(1) El presente trabajo ha sido elaborado en el marco del proyecto de investigación de referencia DER2012-32241 y título «Modelos jurídico-organizativos de optimización de las prestaciones esenciales del Estado de bienestar», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

(2) O el uso de las TIC y la corresponsabilidad público-privada, tal y como puede verse recientemente en el trabajo de LETURIONDO ARANZAMENDI, A., ESCALA URDAPILLETA, J.I., OLARREAGA TELLECHEA, F. y CAÑADAS, A., «Hacia una Administración pública moderna. Experiencia de la Administración ambiental vasca», *REALA* (nueva época), núm. 1, 2014.

(3) *Cfr.*, por todos, su trabajo «La institucionalidad en recesión», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5, 2011 (parte Tribunal).

tiempo se reflexiona sobre el rol de la simplificación administrativa al servicio de los actores económicos(4).

En esta línea, en Francia se aprobó en marzo de 2012, como la entonces última fase de un largo proceso no exento de polémica, una ley presidida por la idea de que en el contexto financiero y presupuestario del momento, los poderes públicos debían mostrarse sensibles a todas las iniciativas para el despegue de la actividad económica empresarial que no pesasen sobre las cuentas públicas; la simplificación administrativa se presentaba a tales efectos como un mecanismo óptimo, pues hasta entonces, los emprendedores veían su productividad ralentizada por tener que consagrar una gran parte de su tiempo a tramitaciones burocráticas puramente formales(5). Son evidentes y no necesitan explicación, entiendo, las similitudes de inspiración con el proceso abierto en nuestro país a raíz de los trabajos de la Comisión para la reforma de las Administraciones públicas (CORA), y la preocupación por luchar contra las ineficiencias y duplicidades en que traen causa los sucesivos paquetes de medidas anticrisis adoptados en general a través de reales decretos-leyes(6).

Paradójicamente, sin embargo, hostigar a los operadores jurídicos con una multitud de normas que siguen de forma más o menos explícita la técnica ómnibus(7) y que aparecen cargadas de disposiciones adicionales variopintas e interminables difícilmente podrá acabar consiguiendo un entorno simple, inteligible o estable(8). Y, como tratará de exponerse en estas páginas, no por compartido el mal deja de ser menos grave, pues parece que ni en España ni en Francia somos capaces de frenar una inflación normativa que se arriesga a producir efectos inversos a los declarados(9). Sin negar la bondad de los esfuerzos en pro de la simplificación, racionalidad y clarificación

---

(4) Así, las ineficiencias burocráticas se consideran como una barrera por ejemplo en los informes periódicos sobre competitividad de los Estados elaborados por el *World Economic Forum* (Vid. <http://www.weforum.org/issues/global-competitiveness>). En la dimensión europea puede destacarse la iniciativa «Legislar mejor para potenciar el crecimiento y el empleo en la UE» (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0097:FIN:ES:PDF>). Entre nosotros, la aptitud de la simplificación administrativa para incrementar la libertad y favorecer la reactivación económica sin menoscabo del interés general fue puesta de manifiesto de forma temprana por MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., «De la simplificación de la Administración pública», *RAP*, núm. 147, 1998, pp. 7-37, en particular p. 30 y de forma más reciente y actualizada por GAMERO CASADO, E., «La simplificación del procedimiento administrativo: *better regulation, better Administration*», *REDA*, núm. 160, 2013, pp. 79-125.

(5) Se está haciendo referencia a la Ley 2012-387, de 22 de marzo, analizada en BOTO ÁLVAREZ, A., «Nuevas razones para impulsar la simplificación jurídico-administrativa en Francia: desburocratización y reactivación económica», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 30, 2012.

(6) Sobre la excesiva «ejecutivización» del ordenamiento jurídico en los últimos tiempos puede verse, por todos, IGLESIA CHAMARRO, A. de la, «Crisis económica y expansión del ejercicio normativo del Gobierno. En particular, los decretos-leyes nacionales y autonómicos», *Estudios de Deusto*, núm. 61(2), 2014, pp. 69-80.

(7) Que en Francia se ha catalogado directamente como «batiburrillo jurídico» (*bric-à-brac juridique*). Vid. DE-LAUNAY, B., «Les réformes tendant à améliorer les relations des citoyens avec les administrations», *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 21, 2011, p. 1180.

(8) Por volver a poner un ejemplo traído del sector ambiental, Vid. NAVARRO CABALLERO, T.M., «Reflexiones sobre la última reforma en materia ambiental. La quimera de la simplificación administrativa y la inadecuación del decreto-ley para su instrumentación», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 41-42, 2013, pp. 329-360.

(9) Al respecto pueden verse las reflexiones de TOLIVAR ALAS, L., «Inflación normativa y derechos de los ciudadanos a la prestación de servicios socio-sanitarios: una relación inversa» en VV.AA., *CABISE 2014. Revaluando el Estado de bienestar en el sur de Europa: Presente y futuro del Estado de Bienestar en España*, Universidad de Oviedo, 2014, pp. 117-126.



del Derecho Administrativo, la constatación de que las normas que la pretenden llegar en oleadas incesantes no puede sino llevar a que se cuestione la racionalidad de estas medidas, cuyo acierto también es cuanto menos dudoso (10), entre otras cosas porque, salvo esfuerzos aislados, pocas veces se ha trabajado en la definición conceptual de lo que se conoce en general como «modernización administrativa».

A continuación se reflexionará sobre todos estos aspectos, tomando como referencia la última reforma legislativa en la materia en Francia. Se trata de la Ley 2013-1005, de 12 de noviembre, que coge el testigo de la simplificación administrativa, esta vez eso sí no tan conectada al crecimiento emprendedor y la reactivación económica como su predecesora. Se analizará su contenido distinguiendo entre las medidas de agilización, modernización, transparencia y codificación que contiene y que, como se verá, no resultan para nada ajenas al contexto español. Al fin y al cabo esto no es de extrañar, pues como ya señalara el profesor Tornos Más a comienzos de este siglo, el contexto español de la simplificación administrativa es común con el de los países de nuestro entorno y está presidida por las ideas de servicio al ciudadano, integración y globalización, nuevas tecnologías y racionalización del «bosque normativo» (11). Aquel trabajo estaba elaborado desde una perspectiva comparada fundamentalmente italiana, ahora, casi quince años más tarde, lo que se ofrece es una perspectiva francesa, que tiene pleno sentido aunque sólo sea porque figuras centrales en el proceso de reforma y simplificación, como el silencio administrativo, tienen en nuestro país como origen la recepción del modelo francés de justicia administrativa (12).

Por tanto y para ir acabando con las explicaciones introductorias, este trabajo va a dejar de lado lo que está siendo la batalla más mediática del momento en la optimización de la organización administrativa en Francia: la reorganización regional. En efecto, actualmente se encuentra en tramitación un Proyecto de Ley sobre delimitación de las regiones que, en su estado actual, tras la primera lectura en la Asamblea Nacional prevé reducir estas de 22 a 13 con efectos a partir del 1 de enero de 2016 (13). Sin negar que este sea un aspecto de interés desde la perspectiva española, donde también se suscita la necesidad de repensar nuestra compleja arquitectura institucional, si bien el gato sigue sin cascabel, dejamos este análisis para mejor ocasión, como eco de las reflexiones del profesor Loperena Rota cuando afirmaba que más allá del parapeto de las duplicidades interadministrativas, lo verdaderamente preocupante son las ineficiencias intraadministrativas. La falta interna de eficiencia es tan dañina como la interadministrativa, pero en general los grandes debates territoriales son los que copan nuestra atención (14).

---

(10) No en vano, las políticas de reducción de cargas administrativas son una prioridad declarada en las agendas de los Gobiernos de la OCDE desde hace más de una década pero se avanza a ritmo lento (OCDE, *Reducir el papeleo. Estrategias nacionales para la simplificación administrativa*, INAP, Madrid, 2008).

(11) TORNOS MÁS, J., «La simplificación procedimental en el ordenamiento español», *RAP*, núm. 151, 2000, pp. 39-76.

(12) AGUADO I CUDOLÀ, V., «El silencio administrativo: proceso evolutivo y claves del régimen actual», en VV.AA., (Quintana López, T., dir.), *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos sectoriales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 275 y ss., en particular 279-292.

(13) Sobre el estado de la tramitación puede consultarse la información disponible en <http://www.assemblee-nationale.fr/14/ta/ta0390.asp>.

(14) LOPERENA ROTA, D., «Duplicidades e ineficiencias administrativas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2012 (parte Tribuna).

## II. La revisión del derecho administrativo francés: un proceso abierto e inacabado

El ordenamiento jurídico francés se encuentra en pleno proceso de revisión de su racionalidad e inteligibilidad bajo la inicial égida de normas adoptadas, no sin polémica, durante la XII legislatura, como la controvertida *Loi n.º 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* y la posterior *Loi n.º 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit*. En tiempos más recientes, la preocupación por simplificar el Derecho positivo y mejorar la calidad de las normas se ha convertido en lugar común en general en todos los debates parlamentarios, sobre todo al hilo de las cada vez más frecuentes «leyes ómnibus» y los recurrentes *cavaliers législatifs* (15). En la dinámica de modernización, simplificación, clarificación y mejora de la calidad del Derecho, durante la XIII legislatura se adoptaron leyes como la *Loi n.º 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit*, la *Loi n.º 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures* y la *Loi n.º 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit*, más conocidas como Leyes Warsmann en atención al autor de las Proposiciones (16). La preocupación por la modernización de la Administración se hizo especialmente visible en lo institucional desde 2009, incorporándose al mismo nombre de un Ministerio y dando lugar al lanzamiento de un proceso de revisión general de las políticas públicas a fin de aumentar la eficacia del funcionamiento administrativo y reducir los costes (17). La «simplificación» es una idea que aparece, como puede observarse, de forma recurrente, pero de forma difusa y sin conceptualizar ni definirse (18).

A pesar de todos los esfuerzos, Francia seguía saliendo bastante mal parada en el ranking mundial de complejidad administrativa, y esta barrera de ineficiencia suponía un coste elevado para las empresas, traducido en una merma del PIB. En este contexto, como ya se ha anticipado, se adoptaría la *Loi n.º 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives*, una nueva Ley Warsmann con un marcado carácter transversal, con medidas de reforma en ámbitos como el ambiental, agrícola, urbanístico, la contratación pública, la salud pública o el turismo.

(15) La expresión sirve para designar los preceptos materialmente extravagantes que se introducen durante la tramitación parlamentaria en una ley sin vinculación con el contenido «temático» de la propuesta o proyecto inicial. Sobre el tema, *Vid.* Déchaux, R., «L'évolution de la jurisprudence constitutionnelle en matière de «cavaliers» entre 1996 et 2006», en [http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/cavaliers.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/cavaliers.pdf).

(16) En el caso de la Ley 2007-1787, en coautoría con M. Étienne BLANC y M. Yves JEGO.

(17) Sobre la iniciativa (conocida por las siglas RGPP: *révision générale des politiques publiques*) y el balance de sus resultados pueden verse: LAFARGE, F., «Réforme de l'Etat et RGPP: histoire, enjeux et mécanismes», *Regards sur l'actualité*, núm. 360, 2010, pp. 8 y ss.; VV.AA. (Rouvillois, F., coord.), *Vers l'État optimal*, La Documentation française, Paris, 2012 o VILLENEUVE, P., «La réforme de l'Etat et de l'action publique après la RGPP, entre ombre et lumière: à propos du rapport IGF, 30 nov. 2012, rapport commission Jospin, 9 nov. 2012», *Petites affiches*, núm. 6, 2013, pp. 4-7.

(18) ZARADNY, A., «Codification et simplification du droit», *Les petites affiches*, núm. 104, 2007, p. 9. Sobre la similar situación en España, *Vid.* MALARET I GARCÍA, E., «La modernisation administrative en Espagne: entre l'élan de la réforme de l'État et la discontinuité de la réforme de l'Administration», *Revue française de Droit Administratif*, núm. 3, 2009, pp. 597-614.

Algo, claramente, estaba fallando cuando se necesitaban hasta seis leyes de simplificación (de las cuales además muchas contenían habilitaciones para adoptar legislación delegada) para combatir, entre otras cosas, la proliferación del número de normas. Y algo seguía sin funcionar, no era difícil deducirlo, al ver en el Boletín Oficial, la *Loi n.º 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens*. Casi un año antes y como consecuencia del cambio en la mayoría política, se había puesto fin a la iniciativa de revisión general de las políticas públicas para lanzar como nuevo proyecto una línea de «modernización de la acción pública» (19), que se había encomendado a un comité con vocación interministerial que depende directamente del Primer Ministro y del Secretario de Estado encargado de la reforma del Estado y la simplificación (20).

Tal y como ya se ha comentado, los textos que pretenden la simplificación y la mejora de la calidad normativa no suelen ser en sí mismos un ejemplo de coherencia interna ni de buena técnica legislativa, por lo que resulta cuestionable que puedan conseguir lo que sus Exposiciones de Motivos preconizan. En relación con esto, la Ley francesa 2013-1005 no es una excepción: si bien está integrada por apenas seis artículos, el último es claramente *hors-sujet*. En efecto, el artículo 6 se refiere al carnet de residente de los extranjeros comunitarios y no tiene así relación alguna con el objeto declarado de la Ley, que es la simplificación administrativa (21). Además, el artículo 5, relativo a la expropiación por causa de utilidad pública también merece un tratamiento aparte, pues en él se autoriza sencillamente una actualización del régimen de la expropiación forzosa por causa de utilidad pública por parte del Gobierno, modificando el código correspondiente (22). El resto de su contenido, acorde ya con el propósito de la simplificación de las relaciones administrativas entre ciudadanos y entes públicos, se analizará a continuación distinguiendo entre medidas de agilización, modernización, transparencia y codificación, y buscando siempre una lectura comparada desde el ordenamiento jurídico español.

La Ley 2013-1005 es una norma que, como su propio nombre indica, habilita al Gobierno para adoptar toda una serie de medidas tendentes a simplificar las relaciones entre Administración y ciudadanos, por eso no es sino un hito más en un proceso que queda abierto y pendiente de evolución.

---

(19) Al respecto, *Vid.* DESMOULIN, G., «La recherche de la performance des politiques publiques: de l'illusion à la raison?», *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 16, 2013, pp. 894-899; Le Clainche, M., «Le point sur... : la modernisation de l'action publique (MAP) n'est pas la poursuite de la RGPP», *Revue française d'administration publique*, núm. 145, 2013, pp. 203-208; SAVIGNAC, J.-C., «La modernisation de l'action publique: de la RGPP à la MAP», *Les Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, núm. 329, 2013, pp. 46-49.

(20) Conforme al *Décret n.º 2012-1198 du 30 octobre 2012 portant création du secrétariat général pour la modernisation de l'action publique*.

(21) PONTIER, J.-M., «La simplification des relations entre l'administration et les citoyens», *Semaine Juridique*, núm. 48, 2013, p. 2152.

(22) En la medida en que de fondo existe una labor codificadora, que tradicionalmente se considera en Francia como una técnica que mejora la accesibilidad y la inteligibilidad del derecho, según la propia doctrina de la Corte Constitucional (*Décision n.º 99-421 DC du 16 décembre 1999*), podría encontrarse en este artículo una conexión, bastante indirecta, con el objetivo de simplificación administrativa (GUYOMAR, M., «Les perspectives de la codification contemporaine», *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 7, 2014, pp. 400-401). En todo caso, y como la relevancia del resto de previsiones de la Ley resulta mucho más inmediata para los objetivos de este trabajo, se opta por dejar aquí su comentario.

### III. Agilización procedimental: novedades en el cómputo de plazos y silencio administrativo

Como también ha detectado entre nosotros la doctrina, los aspectos funcionales y procedimentales del actuar administrativo son uno de los sustratos donde la modernización es más necesaria (23). Así, no es de extrañar que la ley gala que aquí se comenta comience recogiendo una serie de medidas tendentes a la agilización procedimental (24). Lo hace en concreto en dos aspectos principales y modificando el régimen de la *Loi n.º 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*.

Por un lado, el artículo 1.1.1.º precisa que, en los procedimientos iniciados de oficio en los que sea necesario requerir al interesado para la subsanación de deficiencias o la mejora de la solicitud, el cómputo del plazo máximo establecido para la tramitación no empezará hasta que se reciba la información o la documentación requerida (25). Se trata de una medida que va mucho más allá de la posibilidad de suspensión del transcurso del plazo en el supuesto del artículo 42.5 a) de nuestra Ley 30/1992 y que ha sido saludada con júbilo por la doctrina por entender que, en general, los interesados que presentan solicitudes incompletas no actúan de mala fe y por tanto no tiene sentido que el plazo comience a correr cuando el expediente está incompleto (26). Lo que se ha apuntado es más bien el riesgo de que se generalicen los requerimientos de subsanación por parte de la Administración, de forma que el plazo para resolver esté constantemente recomenzando (27).

Por otro lado, el artículo 1.1.2.º establece en principio la inversión de la tradicional regla general de silencio administrativo negativo (28), puesto que se señala que el si-

(23) Junto al ámbito organizativo y de los recursos humanos (CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., «Una introducción a la idea de modernización administrativa», *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, núm. Extra 1, 2011, pp. 5-20). En el fondo está latente y todavía vigente la clasificación tripartita entre simplificación normativa, orgánica y procedimental que se propusiera en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *op. cit.*, p. 8. En particular sobre este último aspecto: VV.AA. (Barnés, J., ed.), *La transformación del procedimiento administrativo*, Global Law Press-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008. Con todo, de nuevo, pocos son los esfuerzos por conceptualizar la idea de simplificación procedimental. Entre las excepciones, Vid. GAMERO CASADO, E., «La simplificación del procedimiento administrativo como categoría jurídica» en VV.AA. (Gamero Casado, E., coord.), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 25-76.

(24) Aunque más llamativo sí es el hecho de que estas disposiciones no figurasen en el texto inicial del proyecto de Ley, incorporándose a la tramitación en virtud de una enmienda del Gobierno.

(25) Si no hay tal requerimiento, el plazo para que sea operativo un silencio negativo empieza a contar en la fecha de recepción de la solicitud por parte de la Administración a la que va dirigida, aunque sea incompetente, mientras que para el silencio positivo empieza a contar cuando la solicitud es recibida por la autoridad competente (art. 20 de la Ley 2000-321, de 12 de abril, que regula los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones, precepto al que se incorpora la previsión del artículo 1.1.1.º de la Ley 2013-1005 comentada en el texto).

(26) Pontier, *op. cit.*, p. 2153.

(27) En este sentido, Vid. la intervención de Mme. Hélène Lipietz, en el momento de la explicación de voto de su grupo en los debates del Senado del 16 de julio de 2013. Accesible en [http://www.senat.fr/seances/s201307/s20130716/s20130716\\_mono.html#Niv1\\_SOM3](http://www.senat.fr/seances/s201307/s20130716/s20130716_mono.html#Niv1_SOM3).

(28) El tenor todavía vigente, como luego se explicará, del artículo 21 de la Ley 2000-321 dispone que el silencio de una autoridad administrativa ante una solicitud sirve como desestimación, a no ser que un régimen de aceptación implícita se hubiese instituido en las condiciones previstas por decreto en Consejo de Estado.

lencio de una autoridad administrativa ante una solicitud por un plazo de 2 meses sirve como decisión de aceptación (29). Tal plazo general admite matices, en atención a la urgencia o complejidad del procedimiento, que se pueden determinar por decreto en Consejo de Estado; más adelante se discutirá sobre este tipo de deslegalización, puesto que no es, ni mucho menos, el único ejemplo.

Decíamos que la inversión de la regla del silencio negativo para instaurar el silencio positivo se establece «en principio» porque a continuación de lo antedicho, el artículo continua diciendo que se publicará en internet la lista de los procedimientos en los que el silencio tendrá efectos estimatorios. Como de forma casi inmediata señalaron los primeros analistas de la Ley, si hay una lista, por larga que se prevea que esta sea, es que podrán existir atenuaciones del nuevo principio general de silencio positivo (30). Y en efecto, la propia Ley reconoce numerosas excepciones, que se pueden sistematizar en tres categorías, en atención al origen en que trae causa la excepción, y que se inscriben en la nueva redacción del artículo 21 de la Ley 2000-321.

La primera viene configurada por aquellos supuestos en los que el propio legislador ha considerado que debe continuar funcionando el silencio negativo. Son los casos en que la solicitud no conduzca a la adopción de una decisión individual (art. 21.1.1.º) (31); que se trate de una petición que no se inscriba en un procedimiento legal o reglamentariamente formalizado (32), o que se trate de una reclamación o re-

---

La regla del silencio negativo es tradicional en Francia e incluso fue considerada como un principio general del derecho por el Consejo de Estado en su decisión *Protection des sites*, de 1969. Sobre la evolución histórica de esta regla, puede verse RIBES, D., «Le nouveau principe 'silence de l'administration vaut acceptation'», *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 7, 2014, pp. 389 y ss.

(29) Sobre el sentido de ese verbo «servir» o «valer» en francés) y cómo el término indica equivalencia pero no identidad, abonando las teorías doctrinales del silencio administrativo como ficción, *Vid.* SORBARA, J-G., «Le silence de l'administration», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, núm. 4, 2012, pp. 1078 y ss., en particular p. 1082.

(30) Por razones de inmediatez las primeras reflexiones sobre la Ley se vertieron en medios digitales. Baste citar, por ejemplo, *Vid.* BORREL, Y., «Lorsque le silence de l'administration vaudra accord implicite: retour vers le futur?» en <http://www.green-law-avocat.fr/lorsque-silence-ladministration-vaudra-accord-implicite-retour-vers-futur/>; CHABANOL, D., «Qui ne dit mot consent... révolution, choc, nouvelle ère?» en <http://www.courrierdesmaires.fr/27837/qui-ne-dit-mot-consent/>; KIS, M., «Le silence vaut acceptation: un principe déjà malmené» en <http://www.courrierdesmaires.fr/26694/le-silence-vaut-acceptation-un-principe-deja-malmené/>; MAUMOT, P., «La généralisation de la décision implicite d'acceptation: une fausse grande réforme?» en <http://www.fidal-avocats-leblog.fr/2013/12/la-generalisation-de-la-decision-implicite-dacceptation-une-fausse-grande-reforme/> o ROLIN, F., «La révolution en trompe d'œil de la décision implicite d'acceptation» en <http://actu.dalloz-etudiant.fr/le-billet/article/la-revolution-en-trompe-loeil-de-la-decision-implicite-dacceptation/h/1be34a6c26a1a5bae1d8168d8a1d8735.html>.

(31) La redacción puede resultar confusa, se entiende que se hace referencia a los procedimientos de adopción de reglamentos (PONTIER, *op. cit.*, p. 2153) o a casos de especie muy particulares, como los que se dan en el seno de las federaciones deportivas (RIBES, *op. cit.*, p. 391).

(32) Esta cláusula ha sido entendida como excluyente del mero ejercicio de un abstracto derecho de petición (ROLIN, *op. cit.*). La referencia a la regulación legal o reglamentaria del procedimiento ha de entenderse en sentido lato, de forma que lo que ha de evitarse es que por silencio administrativo puedan llegar a concederse pretensiones fantasiosas o de concesión graciosa, pero debe operar en relación con los reglamentos internos por ejemplo de establecimientos escolares o penitenciarios (RIBES, *op. cit.*, p. 391). No puede dejar de señalarse que, en España, también esta idea de los procedimientos no formalizados se ha utilizado por los tribunales para excluir el silencio positivo, a pesar de no derivarse directamente de la configuración legal de la Ley 30/1992 (al respecto *Vid.* TORNOS MAS, J., «La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007 relativa a la reclamación de intereses de demora. ¿Una drástica reducción del silencio administrativo?», *RAP*, núm. 173, 2007, pp. 185-215; CHINCHILLA MARÍN, M.C., «Silencio administrativo: delimitación jurisprudencial

curso administrativo (art. 21.I.2.º)(33); cuando la solicitud tenga carácter financiero salvo, excepción a la excepción, en las materias de seguridad social que se determinen reglamentariamente (art. 21.I.3.º)(34); y en el marco de relaciones entre las autoridades administrativas y sus agentes (art. 21.I.5.º)(35).

Hay en el nuevo tenor del referido artículo 21.I una excepción más, que merece atención separada por su especial configuración ya que, como se verá, su reconocimiento no era realmente una opción para el legislador. Se recoge en el artículo 21.I.4.º que establece que el silencio será negativo cuando la estimación implícita resultase, según precisión por decreto en Consejo de Estado, contraria a compromisos internacionales o europeos de Francia, a la protección de la seguridad nacional, la protección de las libertades y principios de valor constitucional o a la salvaguarda del orden público. Esta excepción queda justificada porque por mucho que el legislador quiera hacer tabula rasa con el funcionamiento de la Administración en pro de movilizar sus medios en celeridad, vigilancia y calidad(36), no puede prescindirse sin más de compromisos supra-legales o de principios de valor constitucional(37).

La tercera y última categoría de excepciones es la que se confía a la voluntad del Poder Ejecutivo. Así, en la nueva redacción del artículo 21.II se posibilita que, para decisiones concretas, se excluya la regla general en atención al objeto o por razones de buena Administración, y que se haga por vía reglamentaria(38). La amplitud y vogue-

---

de su ámbito de aplicación (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2007)», *Cuadernos de Derecho local*, núm. 16, 2008, pp. 27-37 o NETTEL BARRERA, A.C., «Los procedimientos formalizados como ámbito de aplicación del silencio positivo. Comentario a la sentencia del Tribunal supremo de 28 de febrero de 2007», *Cuadernos de Derecho local*, núm. 18, 2008, pp. 137-152).

(33) Casi huelga mencionar que la misma excepción se contiene en nuestro artículo 43 de la Ley 30/1992.

(34) Esta previsión no es realmente una novedad pues ya figuraba en la redacción originaria de la Ley 2000-321 para matizar el régimen del entonces extraordinario silencio positivo (y así puede leerse en la versión aún hoy vigente del artículo 22 de esa Ley, párrafo segundo). El objetivo justificador es la protección del erario público (SORBARA, *op. cit.*, p. 1084). En la doctrina se ha propuesto una interpretación reduccionista de esta regla, de forma que el silencio negativo sólo operaría en procedimientos ligados directamente al reconocimiento de una deuda o de un crédito con la Administración (RIBES, *op. cit.*, p. 391).

(35) Esta excepción está en conexión con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 2000-321 que, en consonancia con su objeto declarado (la relación ciudadanos-Administraciones), excluye de su ámbito de aplicación las relaciones intraadministrativas (RIBES, *op. cit.*, p. 391).

(36) De manera irrealista, según PAULIAT, H., «Le silence gardé par l'administration vaut acceptation: un principe en trompe-l'oeil?», *La Semaine Juridique éd. Administration et collectivités territoriales*, núm. 38, 2013, pp. 1-2. La reclamación de un funcionamiento más eficaz y eficiente como la única forma de conseguir una verdadera modernización del Estado y simplificación del derecho suele ser consustancial tras cada intento legislativo para impulsarlo (Vid., por todos, MARCUS, E., «Deux ans de modernisation de l'État», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 3, 2007, pp. 457-465).

(37) No es tampoco una novedad absoluta, figuraba casi en términos idénticos en la regulación previa del silencio positivo de la Ley 2000-321. Tal y como recuerda PONTIER (*op. cit.*, p. 2153), el origen de esta previsión está en la jurisprudencia constitucional que se sentó con motivo del examen previo de la *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité* y el debate sobre la videovigilancia a mediados de los años noventa. En aquella ocasión la Corte Constitucional francesa puntualizó que no era admisible el silencio positivo ante la solicitud de instalación de videocámaras porque los riesgos para las libertades individuales no podrían subordinarse a la diligencia del funcionamiento administrativo (*Décision n.º 94-352 DC du 18 janvier 1995, considérant n.º 12*). La misma lógica ha sido también aplicada por el Consejo de Estado en materia de protección del dominio público (RIBES, *op. cit.*, p. 392), produciéndose así otro punto en común con el sentido del silencio en España.

(38) Ese mismo artículo también contiene la posible deslegalización del plazo para la producción del silencio por decreto en Consejo de Estado que se había comentado con anterioridad.

dad de esta previsión deslegalizadora (39), sobre la que la doctrina ha comenzado ya a especular (40), resulta harto chocante desde la perspectiva española vista la exigencia de Ley formal que en materia de silencio se establece en la Ley 30/1992 de manera expresa desde 1999, en consonancia con la reserva del artículo 105 c) de nuestra Constitución, que sin embargo no lo exigiría necesariamente (41).

A continuación, el artículo 1.1.3.º de la Ley 2013-1005 establece la obligación de la Administración de dar publicidad, a su costa, a la solicitud y a la fecha a partir de la cual esta se entenderá estimada por silencio administrativo si no hay resolución expresa en contra, en todos aquellos casos en que la resolución expresa tuviese en su caso que ser publicada por afectar a terceros (42). Se mantiene finalmente la obligación de la Administración de emitir certificado acreditativo del silencio producido (43), según una regulación que se remite al cauce reglamentario y que será la que tenga que aclarar la cualificación como medio de prueba de tal certificado o su valor como requisito procesal, cuestiones que en nuestro sistema han quedado solventadas por el artículo 43.5 de la Ley 30/1992 (44).

---

(39) No es del todo una novedad, pues ya existían previsiones del estilo con la regulación anterior. Se trata de una posibilidad de ampliar las excepciones al sentido general del silencio que la doctrina ha visto como una apertura a la «auto-regulación» (SORBARA, *op. cit.*, p. 1084), y que no merecía grandes críticas cuando se establecía para flexibilizar la regla del silencio negativo, pues no hacía sino permitir que la Administración se auto-impusiese un régimen más gravoso (el silencio positivo). No obstante, con el nuevo régimen y la inversión del paradigma las cosas cambian radicalmente.

(40) Una lista de supuestos que podrían encajar en la excepción por razón del objeto se aventura en RIBES, *op. cit.*, p. 392 (por ejemplo, una solicitud para el concurso de la fuerza pública, solicitudes para la emisión de permisos limitados en número por naturaleza, etc.). Por otra parte, la noción de «buena Administración» y el alcance de las excepciones que podrán acogerse a ella genera recelo (*Vid.*, por ejemplo, BRACONNIER, S., CASSIA, P., GONOD, P., PETIT, J., PLESSIX, B. y SEILLER, B., «Le silence de l'Administration vaudra acceptation. *Big bang* ou *trou noir* juridique?», *Semaine Juridique*, núm. 51, 2013, pp. 2309 y ss. o, en una línea muy beligerante, PAULIAT, *op. cit.*, p. 2).

(41) En la interpretación del alcance de la reserva de ley en materia procedimental, así como en las consideraciones sobre la idea de «buena Administración», seguimos la teoría de PONCE SOLÉ, J., *Deber de buena Administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, en particular pp. 543-545 y 214-500, respectivamente.

(42) Serias reservas sobre si tal medida será suficiente para garantizar la posición de los terceros se han manifestado, por todos, por BRACONNIER, CASSIA, GONOD, PETIT, PLESSIX y SEILLER, *op. cit.*, p. 2310. También se han suscitado interrogantes sobre el momento temporal en que la Administración tendría que proceder a tal publicidad (PAULIAT, *op. cit.*, p. 2).

(43) Decimos que se mantiene porque la previsión de las certificaciones del silencio positivo ya existían en la anterior redacción de la Ley 2000-321, si bien ahora habrán de generalizarse ya que el silencio positivo está llamado a dejar de ser excepcional. Quizás no esté de más recordar que con ocasión de su primera implantación, durante los debates parlamentarios de 1999-2000, llegó a plantearse que tal certificación contradiría la consideración del silencio positivo como productor de una decisión «implícita» de aceptación (informe del ponente del proyecto en el Senado, disponible en <http://www.senat.fr/rap/199-001/199-0018.html>). Tales reparos siguen siendo de actualidad pues aunque la expresión «decisión implícita» ha desaparecido del nuevo tenor de la Ley cuando se define el silencio positivo (nuevo art. 21.I) sigue figurando en el segundo párrafo del artículo 22, precisamente para hacer referencia a su certificación (*La décision implicite d'acceptation fait l'objet, à la demande de l'intéressé, d'une attestation délivrée par l'autorité administrative*). En los ámbitos sectoriales en los que el silencio positivo tiene más tradición, también se aprecia la misma tensión; así, en el código de urbanismo, se dispone desde 2007 que la Administración tiene la obligación de certificar las licencias «tácitas» (art. 424-13). En el fondo, lo que está latente en estas disquisiciones es el clásico debate sobre la naturaleza del silencio como ficción o como acto presunto, que en nuestro derecho está claramente resuelto en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992.

(44) Sobre el debate en otros tiempos, *Vid.* AGUADO I CUDOLÀ, *op. cit.*, pp. 346-349.

El artículo termina estableciendo previsiones respecto a los territorios de ultramar (artículo 1.II) y cautelas temporales respecto a la entrada en vigor de la nueva regla general. Esta entrará en vigor en un plazo de un año a contar desde la promulgación de la Ley en el ámbito estatal, y en un plazo de dos años en el ámbito de las colectividades territoriales, seguridad social y otros organismos encargados de la gestión de servicios públicos (artículo 1.III) (45). Finalmente, se habilita al gobierno para modificar, a través de un instrumento paralegislativo sujeto a ratificación parlamentaria (46), las regulaciones *legales* contrarias a la nueva norma general y adaptarlas a la regla del silencio positivo, matizando en su caso el plazo de juego de este (artículo 1.IV). Este precepto resulta sumamente curioso pues da a entender que la nueva regla general del silencio positivo con las excepciones ya vistas, y que está positivizada en una ley, no tiene per sé la fuerza para derogar la normativa anterior, al menos si esta tenía a su vez rango *legal*, pues en ese caso su mantenimiento o no se hace depender exclusivamente de la voluntad de identificación y cambio del Poder Ejecutivo al que se ha conferido delegación para ello. Si el silencio negativo estaba en cambio previsto en una norma de rango *reglamentario* no hay lugar a su revisión por el Gobierno; deberá entenderse entonces que tal previsión es ilegal a no ser que encuentre acomodo en alguna de las nuevas excepciones, sean estas supralegales, legales o reglamentarias (47). El estupor para el observador español es considerable pues, más allá de los debates sobre el ámbito del principio de legalidad en materia procedimental que nos devuelven a una polémica sobre atomización reglamentaria del régimen del silencio largamente superada en nuestro sistema, queda en entredicho la misma lógica de fuentes del ordenamiento jurídico (48). Además, llama también la atención que en este caso la modificación del plazo para entender producido el silencio se produzca a través de la norma con rango de ley, cuando con carácter general, eso sí aduciendo razones de urgencia o complejidad, bastaría un decreto en Consejo de Estado (49).

En general, la reforma del sentido del silencio administrativo ha generado lamento entre los especialistas, por entender que tras la grandilocuencia inicial del cambio de paradigma, las transformaciones realmente efectivas tenderán a ser mínimas (50). En particular se ha cuestionado el sentido de la lista de procedimientos sujetos al silencio positivo, pues podría ser fuente más de incertidumbre que de seguridad jurídica, pareciendo en ciertos aspectos más lógico que la lista fuese de las excepciones, y no

---

(45) No sería ingenuo preguntarse, a la luz de tales plazos, si era realmente necesaria la tramitación de urgencia que se dio a la Ley.

(46) Se trata de las *Ordonnances* del artículo 38 de la Constitución.

(47) Al respecto, *Vid. RIBES, op. cit.*, p. 393.

(48) Críticas de fondo similares también se hicieron en nuestro país a raíz de la transposición de la Directiva de Servicios (*Vid. RIVERO ORTEGA, R.*, «Simplificación administrativa y administración electrónica: objetivos pendientes en la transposición de la Directiva de Servicios», *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, pp. 115-138). Ciertamente es que el efecto práctico es parecido (dejar todo como estaba pese a la nueva regulación general), pero al menos nuestro legislador salvó en la forma la lógica jurídica con la disposición adicional cuarta de la Ley 25/2009, que establece expresamente que a los efectos del nuevo tenor del artículo 43 de la Ley 30/1992 se entiende que concurren razones imperiosas de interés general en aquellos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de ley o de Derecho Comunitario, tenían previsto el silencio negativo.

(49) Nuevo tenor del artículo 21.II de la Ley 2000-321 comentado *supra*.

(50) En sentido contrario y casi en solitario: Ribes, *op. cit.*, p. 394.



de los procedimientos que se ajustan a la nueva regla general (51). Las reservas genéricas sobre el alcance efectivo del silencio positivo resultan bien conocidas, pues también se vertieron casi de forma unánime en nuestro país, primero a raíz de la reforma del artículo 43 de la Ley 30/1992 en 1999 y después con su revisión por mor del artículo 2.2 de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Por cierto que el acicate del Derecho Comunitario en este punto es evidente, pero por lo mismo surgen muchos interrogantes cuando nos movemos fuera del mercado como ámbito de aplicación de las Directivas. Sobre la lógica a la que deben responder las «listas» también tenemos aquí bagaje, no en vano el anexo II de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social relacionó en su día los procedimientos incluidos en la excepción (silencio negativo) y en cambio el anexo I del Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control de gastos públicos y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, siguiendo lo establecido en el artículo 40 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, lo que recoge es una lista de procedimientos que pasan a regirse por la regla general (silencio positivo). A la luz de nuestra experiencia puede concluirse que tanto un sistema como otro resultan insatisfactorios, por las dudas que se generan sobre su falta de carácter exhaustivo y su sujeción constante a modificación por otras normas de igual rango y posteriores en el tiempo (52). Tal riesgo se acrecentará en Francia ante la misma falta de carácter normativo de la «lista», que lo es sólo a los efectos informativos propios de las relaciones de procedimientos que en España exige también el párrafo primero del artículo 42.4 de la Ley 30/1992. En la práctica debe seguirse confiando en la información que la propia Administración suministre en el acuse de recibo de la solicitud de acuerdo con el párrafo segundo del mismo artículo en España y del artículo primero del *Décret n.º 2001-492 du 6 juin 2001 pris pour l'application du chapitre II du titre II de la loi n.º 2000-321 du 12 avril 2000 et relatif à l'accusé de réception des demandes présentées aux autorités administratives* en Francia. No obstante, parece que en ambos casos estas obligaciones informativas no siempre se protocolizan correctamente (53). Ante ello, y forma sectorial, en Francia existieron durante algún tiempo ciertas medidas de remedio en manos de los ciudadanos, pero esta vía acabó abandonándose porque

---

(51) Ya que, como axioma mismo de la lógica jurídica, un principio general como pretende ser el cambio de paradigma que se produce con la modificación del sentido del silencio es una norma abierta, destinada a regir la generalidad de todos los casos que no entren en las excepciones previstas; por tanto, sus hipótesis de aplicación pueden ser ilustradas, pero nunca enumeradas (BRACONNIER, CASSIA, GONOD, PETIT, PLESSIX y SEILLER, *op. cit.*, p. 2310).

(52) En particular sobre las medidas contenidas en la propia Ley de economía sostenible, *Vid.* RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., «Las recientes reformas legales del silencio administrativo», *Aranzadi Doctrinal*, núm. 2, 2011 (parte Comentario). Más recientemente, y como crítica del *trampantojo* del silencio negativo en la propia normativa sobre transparencia, *Vid.* BALLESTEROS MOFFA, L.A., «La ausencia de respuesta a las solicitudes y reclamaciones de acceso a la información pública: ¿el caballo de Troya de la transparencia?», *RAP*, núm. 161, 2014, pp. 75-100.

(53) Sobre este punto ha reflexionado en España en los últimos tiempos RIVERO ORTEGA, R., «La obligación de resolver» en VV.AA., (Quintana López, T., dir.), *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos sectoriales*, *op. cit.*, en particular p. 169; sobre la situación en Francia, donde normativamente ni siquiera está establecido el plazo en que deberá procurarse la información del acuse de recibo, *Vid.* MAUMOT, *op. cit.*, quien confía en que la Administración «pueda», a partir de ahora, cumplir con su obligación de información.

producía negativos efectos colaterales (54); hoy se establece expresamente y con carácter general que los plazos de recurso no serán aplicables si la Administración no ha cumplido con su obligación de acusar recibo en la forma debida, a no ser que en plazo se notifique correctamente la resolución expresa del asunto (55). En España, como es bien sabido, no se ha previsto en cambio sanción alguna por el incumplimiento del meritado deber (56).

En definitiva y para terminar, todos estos aspectos son el corolario lógico de la tensión entre legalidad y seguridad que está detrás de la propia figura del silencio administrativo, junto con el dinamismo del ordenamiento jurídico (hoy más que nunca motorizado, como ya se ha visto) y resultan, por tanto, consustanciales y hasta cierto punto comprensibles. Sin embargo, y junto a las críticas y observaciones que ya se han ido vertiendo, debe señalarse que la posición del beneficiario de un silencio positivo en Francia sigue siendo especialmente endeble, pues la reforma no ha modificado el régimen de «retirada de la decisión implícita de aceptación» previsto en el artículo 23 de la Ley 2000-321 y que supone que, arguyendo razones de ilegalidad, la Administración puede sencillamente retirar una estimación presunta por silencio, en un plazo que cambia según se hayan puesto en marcha medidas de información a terceros o se haya planteado un recurso contencioso. Esto supone que la presunción estimatoria, pese a ser efectiva con carácter general tras 2 meses de silencio, realmente no llega a ser definitiva hasta más tarde, pues la Administración dispone de una nueva ocasión para evitar

---

(54) El supuesto se dio en el ámbito del urbanismo, sector con fuertes peculiaridades, que explican ciertos ensayos como el que a continuación se comenta. El código de urbanismo establece expresamente que, ante la solicitud de un permiso de obra, la Administración debe, cuando la entiende completa, comunicar al interesado el «plazo de instrucción» y, a diferencia de la regla general que ya se ha visto (*supra* nota 25), es esa comunicación la que marca el inicio del cómputo del plazo para el juego del silencio (art. L424-2, R423-4 y R423-18a). Pues bien, dada la importancia de esta notificación, entre 1983 y 2007, el artículo R421-14 del código de urbanismo disponía que si el solicitante no había recibido la comunicación del plazo de instrucción a los quince días de la presentación de su solicitud, podía dirigirse a la Administración pidiendo formalmente que se admitiese a instrucción la misma y si tras ocho días seguía sin recibir noticias, el plazo para el cómputo del silencio arrancaría de la fecha de esta última petición formal por su parte. Esta previsión se eliminó el 2007 pues no estaba exenta de problemas: v.gr. los efectos de comunicaciones tardías o la instrumentalización interesada del trámite para ampliar el plazo de tramitación por parte de la Administración; la visión como una carga de lo que se configuraba teóricamente como una posibilidad, pues el ciudadano no tenía otra vía para obtener un permiso tácito que ejercerla; la concepción del acto del administrado como «título» del permiso, etc. (al respecto pueden verse pronunciamientos del Consejo de Estado como la decisión número 129162 de 16 de junio de 1993 o la 101982 de 25 de noviembre de 1994, disponibles a través del servidor *ArianeWeb* de la institución, y en la doctrina, comentarios a la reforma como los de BOULISSET, P. y BEAL, N., «Autorisations d'urbanisme - Délais d'instruction et décisions tacites», *Études Foncières*, núm. 128, 2007, pp. 26-27 o MAUGÜÉ C. y CRÉPEY, E., «La réforme des autorisations d'urbanisme», *Revue Française de Droit Administratif*, núm. 3, 2007, pp. 535-546, en particular p. 542).

(55) Art. 19 de la Ley 2000-321. Por lo tanto y en lo aquí interesa, si la Administración francesa no cumple con su obligación de información sobre el plazo y el sentido del silencio en el acuse de recibo de la solicitud, correrá el plazo del silencio pero no el plazo de recurso si no hay resolución expresa notificada en tiempo y modo. En definitiva, sólo una notificación correcta de la resolución expresa subsana los defectos de una errónea (o inexistente) comunicación inicial y deja de hacer que los plazos de recurso queden abiertos en favor del ciudadano *sine die*, lo que le beneficia en casos de silencio negativo sin perjudicarle en los casos de silencio positivo, pues para el cómputo de su plazo nada supone el acuse de recibo (*supra* nota 25).

(56) Al respecto *Vid.* ALONSO IBÁÑEZ, R., «El incumplimiento de la obligación de resolver» en VV.AA., (Quintana López, T., dir.), *Silencio administrativo. Estudio general y procedimientos sectoriales*, op. cit., pp. 228-229, quien da cuenta de una Orden Ministerial del año 1999 que dispone que la comunicación es innecesaria cuando se dicte y notifique la resolución expresa que pone fin al procedimiento en el plazo previsto para emitir la comunicación. La lógica es próxima en cierta forma a la gala, con la salvedad evidente de que en Francia como ya se ha comentado no hay plazo para la emisión de la comunicación.

aquello que se produjo porque dejó pasar inicialmente el plazo. La aplicación de esta prerrogativa no era algo extraño en los tiempos del silencio positivo extraordinario, por lo que puede preverse que con su generalización se hará aún más frecuente(57), con la consecuente inestabilidad de las situaciones jurídicas para los interesados(58). Entre los comentaristas franceses, este «olvido» del artículo 23 de la Ley 2000-321 por la Ley 2013-1005 ha sido también censurado, desde la perspectiva de que se trata de una barrera para la realización efectiva de los objetivos previstos con la generalización del silencio positivo(59) pero también desde la postura contraria, por entender que el plazo para corregir la emisión de un silencio estimatorio debería ampliarse para asegurar en último término la legalidad de fondo y los intereses generales(60); hay quien ha propuesto también que la retirada de la estimación por silencio pudiera responder a partir de ahora a una causa de «error de apreciación», y no sólo a cuestiones de ilegalidad(61). Estas últimas opiniones parten de una total desconfianza hacia la dinamización de la Administración que pretende el legislador de 2013, latiendo detrás de ellas en definitiva el rechazo del silencio positivo con efectos plenos, al menos en los tiempos iniciales marcados por la ley y que, recordemos, pueden ser flexibilizados por vía reglamentaria.

#### IV. Modernización administrativa: fomento de las TIC

En el segundo artículo de la Ley 2013-1005 se contienen varias medidas que habilitan al Gobierno para adoptar medidas de naturaleza legislativa(62) que permitan el avance de la Administración digital en concreto en tres ámbitos operativos. Como dato llamativo debe hacerse mención a que se conceptualiza, dentro de la noción de «autoridad administrativa» a los efectos de este artículo, además de la definición clásica (Estado, colectividades territoriales y sus respectivos organismos públicos), también a los sujetos prestadores de la gestión de un servicio público, aunque se trate de sujetos privados.

El primer ámbito de actuación tiene que ver con las formas válidas de comunicación con las autoridades administrativas: corresponderá al Gobierno definir las condiciones de las comunicaciones por medios electrónicos (art. 2.1.1.º). El segundo, en la misma línea, se refiere a las notificaciones digitales que podrán sustituir los envíos por correo postal certificado: recibirlas será obligación de las Administraciones públicas y un derecho por el que podrán optar los usuarios (art. 2.1.2.º). En ambos casos se trata de buscar la modernización en un aspecto estrictamente procedimental y marcadamente relacional(63), que sólo es visto con recelo por quienes temen que la brecha digital pueda acabar mermando

---

(57) PAULIAT, *op. cit.*, p. 2

(58) En el ámbito del urbanismo, de nuevo, existe una regulación especial, que establece que una licencia de obra o de demolición, sea tácita o expresa, puede retirarse por ilegalidad en un plazo de tres meses (art. L424-5 del código de urbanismo).

(59) ROLIN, *op. cit.*

(60) BORREL, *op. cit.*

(61) CHABANOL, *op. cit.*

(62) A través de nuevo de *Ordonnances*, sujetas a ratificación parlamentaria posterior.

(63) Así se caracterizan en nuestro país las notificaciones telemáticas y el derecho a la presentación de solicitudes por vía digital en PALOMAR OLMEDA, A., *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 156.

los derechos de los ciudadanos sin acceso o conocimiento de las nuevas tecnologías(64). Son cuestiones que en nuestro país ya fueron abordadas por normativa con largo recorrido, como el Real Decreto 209/2003, de 21 de febrero, por el que se regulan los registros y las notificaciones telemáticas, así como la utilización de medios telemáticos para la sustitución de la aportación de certificados por los ciudadanos y sobre, todo, por la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

Finalmente, en el artículo 2.1.4.º, la Ley 2013-1005 autoriza al Gobierno para ampliar las posibilidades de reunión de órganos colegiados por medios electrónicos, en todos los ámbitos salvo respecto a los órganos deliberantes de las colectividades territoriales. El paralelismo con las previsiones de la disposición adicional primera de la Ley 11/2007 es evidente, incluso en el trato especial para los entes locales. En efecto, tal disposición contempla la posibilidad de que los órganos colegiados puedan constituirse y adoptar acuerdos utilizando medios electrónicos, «con respeto a los trámites esenciales establecidos en los artículos. 26 y 27.1 de la Ley 30/1992», pero, como es bien sabido, dichos preceptos no son aplicables, entre otros, a los órganos colegiados de gobierno de las entidades locales(65). En todo caso, en nuestro país, esta reserva no está mermando el uso de las nuevas tecnologías en los órganos de gobierno(66), donde el empleo de las nuevas tecnologías se cuestiona, pero no por razones jurídicas, sino materiales o técnicas(67). No obstante, para evitar todo recelo sobre el ámbito de aplicación de la mencionada disposición adicional de la Ley 11/2007 quizás hubiera sido más lógico emplear en ella, como lo hace el legislador francés, una fórmula genérica de respeto a las reglas esenciales de la colegialidad(68), por ejemplo, en lugar de citar los artículos concretos de la Ley 30/1992(69).

## V. Medidas de transparencia: publicidad de los informes previos

El artículo 2.1.3.º de la Ley 2013-1005 habilita al Gobierno para definir las condiciones en que podrían comunicarse a los solicitantes los informes preceptivos, y sus motivaciones, antes de que se dicte resolución sobre el fondo, sobre todo cuando el conocimiento de tales informes pudiera permitir al particular, ante un parecer desfavorable, modificar o completar su solicitud. Lo que se busca, en definitiva, es reducir los tiempos de tramitación de los expedientes. Se trata de una medida de transparencia marcada por la sociedad de la información que pretende aumentar el acceso del ciudadano a la información administrativa, pero que se formula de manera ambi-

(64) PONTIER, *op. cit.*, p. 2154.

(65) Disposición adicional primera de la Ley 30/1992.

(66) Respecto al ámbito local puede verse DAVARA RODRÍGUEZ, M.A., «Reunión de órganos colegiados por medios electrónicos», *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*, núm. 10, 2011, pp. 1288-1294.

(67) *Vid.*, por ejemplo, BARRAT I ESTEVE, J., «Vot electrònic i òrgans col·legiats. El cas de les Corts Valencianes», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 21, 2009, p. 132.

(68) Sobre el germen y evolución de este concepto en España, *Vid.*, VALERO TORRIJOS, J., *Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico-administrativo vigente*, INAP, Madrid, 2002, pp. 55-384.

(69) En general sobre estas cuestiones, *Vid.* TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., «Los órganos colegiados en el momento presente», *REDA*, núm. 150, 2011, pp. 301 y ss., en particular pp. 318-324.

gua (70), por lo que habrá que esperar a su desarrollo para conocer cómo queda plasmada la idea y, en particular, si se limita o no a los casos de informes vinculantes.

El precepto parece indicar que la publicidad que se dará a los informes será activa (de comunicación) y, en tal sentido, la previsión va más lejos que nuestra Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que simplemente reconoce el derecho de acceso a los informes, en la medida en que se incorporen al expediente administrativo y no resulten afectados por la exclusión del artículo 18.1 b), esto es, que se consideren información de carácter auxiliar o de apoyo (71). A tales efectos no dejan resquicio a la duda ciertas regulaciones autonómicas, forales y locales, que expresamente afirman que los informes preceptivos no podrán ser considerados como información de carácter auxiliar o de apoyo (72). Las consecuencias del acceso a los mismos, de todas formas, tendrán que estar presididas por la cautela debida, dado su carácter de información aún provisional, sobre todo en los supuestos de informes no vinculantes. En todo caso parece que la idea del legislador francés es ir más allá, pues no se trata únicamente de permitir el acceso a un documento concluso aunque el procedimiento aún no lo esté (73), sino de establecer la obligación de comunicación del mismo por parte de la Administración, en particular cuando haya posibilidades de reacción por el interesado.

Por otra parte, el artículo 4, habilita al Gobierno para armonizar las definiciones, temas y referencias necesarias para permitir la reutilización de datos consignados en soporte físico e informático por parte del sector público y frenar los abusos en las exigencias documentales a los ciudadanos. El objetivo principal es recuperar el retraso en materia de transparencia que la Administración francesa acarrea, por su tradicional tendencia a proteger el secreto (74), y que puede haber justificado que el derecho francés haya quedado un tanto olvidado en los estudios españoles sobre transparencia en otros ordenamientos (75). Los avances en la materia, con todo, se han criticado por ser tímidos e insuficientes (76).

---

(70) PONTIER, *op. cit.*, p. 2154.

(71) Al respecto, *Vid.* las reflexiones de BARRERO RODRÍGUEZ, C., «El derecho de acceso a la información: publicidad pasiva» en VV.AA. (Guichot, E., coord.), *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*, Tecnos, Madrid, 2014, en concreto pp. 208-211.

(72) Art. 30 b) de la Ley 1/2014, de 24 de junio, de transparencia pública de Andalucía; artículo 19 c) de la Norma Foral de Guipúzcoa 4/2014, de 6 de febrero, de transparencia y acceso a la información pública; artículo 28.3 de la Ordenanza de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno del Ayuntamiento de Manzanares el Real o artículo 27.3 de la Ordenanza de transparencia, acceso a la información y reutilización del Ayuntamiento de Alzira. Previsiones similares se encuentran en el artículo 30.1 b) del Proyecto de Ley de transparencia pública y participación ciudadana de Aragón, actualmente en tramitación y en el artículo 44.2 b) del Anteproyecto de la Ley de Transparencia y de acceso a la información pública de Canarias.

(73) MESEGUER YEBRA, J., «El procedimiento administrativo para el ejercicio del derecho al acceso a la información pública», *Revista jurídica de Castilla y León*, núm. 33, 2014.

(74) Tal como pusiera de manifiesto AUBY, J-M., «Hacia la «transparencia» de la Administración en Francia», *RAP*, núm. 95, pp. 315-322, cuestión recientemente revisada en BUI-XUAN, O., «Les secrets de l'administration», *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, núm. 4, 2012, pp. 1119-1132.

(75) *Vid.*, por ejemplo, VV.AA. (García Macho, R., ed.), *Derecho Administrativo de la información y Administración transparente*, Marcial Pons, Madrid, 2010, donde se trata el derecho alemán, italiano y norteamericano.

(76) *Vid.*, en particular, PAULIAT, *op. cit.*, p. 2, quien lamenta que no se hayan acometido más medidas en pro de la transparencia, como la generalización de la exigencia de motivación de los actos.

## VI. Codificación procedimental

El último bloque de disposiciones de la Ley 2013-1005 que resta por comentar, contenido en su artículo 3, habilita al Gobierno, de nuevo a través de un instrumento paralegislativo (que en este caso tendrá que adoptar en un plazo de 24 meses, art. 3.IV) y sujeto a ratificación parlamentaria posterior (en el plazo de 3 meses, art. 3.V), para la adopción de un código de procedimiento administrativo, literalmente de un «código relativo a las relaciones entre público y Administraciones» (art. 3.I), con un objeto concreto (art. 3.II) y un perímetro determinado (art. 3.III).

La idea de codificar el procedimiento administrativo y los derechos de los ciudadanos en él no resulta en absoluto una novedad, habiéndose diagnosticado la ausencia de tal norma como una anomalía (77), sobre todo en un país con tan fuerte tradición codificadora (78). Al margen de las reminiscencias históricas, la codificación se relanzó en Francia hace apenas un cuarto de siglo (79); no obstante, el debate sobre la necesaria codificación procedimental de la Administración pública se remonta a más antiguo (80) y se retomaría con fuerza y varias tentativas infructuosas a comienzos de los años 80 (81). El nuevo envite en pro de la codificación procedimental fue tomado precisamente en el seno de la primera reunión del Comité interministerial para modernizar la acción pública, en diciembre de 2012, y como es lógico pesan sobre él muchas esperanzas, pero también recelos (82). Parece que un punto fuerte de la nueva iniciativa, frente a la indeterminación de intentos anteriores, es el gran detalle de la ley de habilitación (83), que se analiza a continuación.

El artículo 3.I habilita como ya se ha dicho a la adopción por *ordonnances* de la parte legislativa de un código relativo a las relaciones entre el público y las Administraciones. La codificación por delegación legislativa, que como luego se verá supone conferir al Gobierno un margen nada desdeñable en la composición de los nuevos textos codificados, ha sido validada en otras ocasiones por el Consejo Constitucional y, en la medida que en este caso la delegación se acompaña de instrucciones claras so-

(77) PONTIER, *op. cit.*, p. 2154.

(78) El asunto llama la atención también fuera de las fronteras francesas; así, un intento de justificación, que apela a la sensibilidad de la materia, puede verse en CASSESE, S., «Functions of administrative procedure: introductory remarks» en VV.AA., *Lisbon meeting on administrative procedure: functions and purposes of the administrative procedure, new problems and new solutions*, Institute for Legal and Political Sciences, Lisbon, 2011, p. 11. En la doctrina francesa, en ocasiones se ha sostenido que el Derecho Administrativo es, simplemente, imposible de codificar por la pujanza de la jurisprudencia en su formación (*Vid.*, críticamente, GONOD, P. «La codification de la procédure administrative», *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 9, 2006, pp. 489 y ss., en particular pp. 491 y 492).

(79) Sobre la noción jurídica de la codificación, al servicio de una simplificación que se formula en términos ambiguos, *Vid.* ZARADNY *op. cit.*, pp. 11 y ss. Hoy se calcula que el 60 % de las leyes y el 30% de los reglamentos franceses están codificados (GUYOMAR, *op. cit.*, p. 400).

(80) De cita inexcusable es el trabajo de WIENER, C., *Vers une codification de la procédure administrative*, PUF Paris, 1975.

(81) La reconstrucción histórica puede verse en GONOD, P., «Codification de la procédure administrative. La fin de l'exception française?», *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 7, 2014, pp. 395 y ss.

(82) Una visión ponderada en *Ibidem*, p. 397.

(83) VIALETES, M. y BARROIS DE SARIGNY, C., «Le projet d'un code des relations entre le public et les administrations», *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 7, 2014, pp. 402 y ss.

bre el contenido y el perímetro de la codificación, no ha suscitado reticencias (84). El título indicado para el futuro código es llamativo en cambio en varios aspectos (85). En primer lugar, se trata teóricamente de un código del procedimiento administrativo, y en concreto de las relaciones entre Administración y particulares; no es un código de la Administración, un código general como el que se pretendió en otras ocasiones (86), entre otras cosas porque la codificación de amplios sectores especiales del Derecho Administrativo ya está acometida (87). Como más adelante se verá, empero, la determinación concreta de su objeto contradice esta delimitación. Dicho esto, en segundo lugar, se coloca en la primera parte de la locución copulativa al «público», dejando para el último término a las Administraciones; la dicción está cuidada, pues es fruto de una enmienda de inversión de términos adoptada en primera lectura en la Asamblea Nacional y se explica por el deseo de colocar a los ciudadanos en el eje de la reforma (88). Por otro lado, el empleo de la referencia al sujeto institucional en plural es puro reflejo de la terminología del título de la Ley 2000-321 cuya modificación es, como se ha visto, el objeto principal de la propia Ley 2013-1005 y por ello se mantiene también en el suyo (89). Ese reflejo, sin embargo, no se ha seguido en la referencia a los particulares, a los que el precepto sobre el futuro código designa como «público», pero que tanto en la Ley de 2000 como en la de 2013 eran denominados «ciudadanos»; parece que lo que se pretende es que el nuevo código tenga en cuenta la diversidad de situaciones que pueden conducir a que las personas, físicas o jurídicas, entren en contacto con las Administraciones (90).

El artículo 3.º II precisa que el futuro código tendrá por objeto agrupar y organizar las reglas *generales* sobre procedimiento administrativo (91) que rigen las relaciones entre el público y las administraciones del Estado, colectividades territoriales, organismos públicos y entes (públicos o privados) encargados de una misión de servicio público (92).

---

(84) Sobre la evolución de la jurisprudencia constitucional en materia de codificación, *Vid.* BERPEAUX, M., «La codification devant le Conseil constitutionnel», *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 34, 2004, pp. 1849-1856.

(85) La indicación del título del futuro código, con todo, es sólo orientativa (PONTIER, *op. cit.*, p. 2152; VIALETTES y BARROIS DE SARIGNY, *op. cit.*, p. 403).

(86) GONOD, «Codification de la procédure administrative», *op. cit.*, p. 397.

(87) En efecto, ya existe un código de la justicia administrativa, un código de colectividades territoriales, de dominio público, de educación, medio ambiente, expropiación, etc.

(88) Y demostrar que la Administración está a su servicio. Así puede leerse en el informe del ponente del proyecto de Ley para la Asamblea Nacional (Rapport n.º 1342 de M. Hugues Fourage, p. 13), accesible en <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/rapports/r1342.pdf>.

(89) VIALETTES y BARROIS DE SARIGNY, *op. cit.*, p. 403.

(90) La cuestión ya había sido objeto de debate con ocasión de la aprobación de la Ley 2000-321 (DELAUNAY, *op. cit.*, pp. 1180-1181) y volvió a plantearse al discutirse la Ley 2013-1005 (PONTIER, *op. cit.*, p. 2152).

(91) Por tales normas generales habrá que entender las normativas y las jurisprudenciales, pero quedan fuera las reglas especiales de determinados campos de la acción administrativa los cuales, como se ha visto, ya han sido objeto de otras codificaciones (VIALETTES y BARROIS DE SARIGNY, *op. cit.*, p. 403).

(92) La cuestión se formula de manera bastante sencilla, pero un reto del proceso codificador será precisamente delimitar con claridad el ámbito subjetivo de cada regla, teniendo en cuenta que muchas de las normas vigentes resultan ambiguas por la proliferación, por ejemplo, de entes que se acogen a la descentralización funcional pero con un régimen especial (*Vid.*, en relación con lo «oscuro» de la Ley 2000-321 en el ámbito subjetivo de los entes del sector público de carácter industrial y comercial, SEILLER, B., «Pourquoi ne rien voter quand on peut adopter une loi inutile», *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 8, 2008, pp. 402-406).

Además de indicarse que habrá de reunir las reglas generales relativas al régimen de los actos administrativos, se añade también como objeto la determinación de las reglas que son aplicables a las relaciones entre Administraciones, y entre estas y sus agentes. En este sentido, el futuro código francés seguramente se parezca bastante en su contenido y estructura a nuestra Ley 30/1992; coincidencia cuanto menos curiosa toda vez que en nuestro país se está trabajando ya para separar la regulación del régimen jurídico de las Administraciones públicas de la del procedimiento administrativo común (93). El artículo termina indicando que las reglas a codificar son las que estén en vigor en la fecha de publicación de la *ordonnance*, así como las que eventualmente estuviesen publicadas en esa fecha pero en *vacatio legis*. Como ya se había indicado, el objeto es un poco más amplio que las meras relaciones entre el público y las Administraciones, aunque en todo caso quedarán fuera del código materias que en intentos anteriores de codificación sí se habían incluido, como la organización administrativa y las cuestiones competenciales, la materia de contratación o el ejercicio del poder discrecional (94).

En el artículo 3.III se precisa el perímetro de la delegación legislativa y la autorización de las aportaciones que podrá introducir en el derecho positivo el Gobierno. Las innovaciones se justifican por la necesidad de «simplificar» o de «reforzar» distintos aspectos: los trámites e instrucción de los procedimientos, para adaptarlos a las evoluciones tecnológicas (95) (1.º); las reglas de retirada y derogación de los actos administrativos, con el objetivo de armonización y seguridad jurídica (2.º); la participación del público en la elaboración de actos administrativos (3.º) y las garantías a la confianza legítima ante cambios de regulación (4.º). El artículo incluye también, en lo que se ha convertido ya en una fórmula típica y tópica (96), la habilitación al Gobierno para introducir modificaciones que aseguren el respecto a la jerarquía de las normas, la coherencia de redacción, la armonización del estado del derecho, la corrección de errores y la derogación de disposiciones que hayan quedado sin objeto (97) (5.º). Finalmente, se permite al Gobierno también extender, con las adaptaciones necesarias, la aplicación de las disposiciones a los territorios de ultramar (6.º y 7.º). Todas estas previsiones confieren al codificador un gran margen de acción, que ha de quedar enmarcado eso sí, por la meritada enumeración del artículo 3.III, en la que llaman particularmente la atención cuestiones tan sustanciosas y controvertidas como las referidas al régimen de revisión de los actos administrativos y a la tutela de la confianza legítima.

Desde el punto de vista del Derecho comparado, parece evidente que en el momento presente la técnica de la codificación está de plena actualidad, en particular en el ámbito del procedimiento administrativo y como consecuencia de los movimientos

(93) Es la propuesta del informe CORA, hecho público el 21 de junio de 2013, pp. 72-73 (disponible en [http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/reforma\\_aapp/INFORME-LIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF](http://www.seap.minhap.gob.es/dms/es/areas/reforma_aapp/INFORME-LIBRO/INFORME%20LIBRO.PDF)).

(94) Vid. SCHWARTZ, R., «Le code de l'administration», *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 34, 2004, pp. 1860-1861.

(95) En la medida en que la propia Ley 2013-1005 contiene en el resto de su articulado otras delegaciones legislativas para fomentar el empleo de las TIC en el procedimiento, parece claro que el producto de esas delegaciones habrá de figurar también en el nuevo código (VIALETES y BARROIS DE SARIGNY, *op. cit.*, p. 404).

(96) GONOD, «Codification de la procédure administrative», *op. cit.*, p. 399.

(97) Sobre la particular naturaleza de este tipo de previsiones legales en lo referido a la «derogación formal de lo inútil» que en el pasado incluso se establecieron como obligaciones, Vid. SEILLER, *op. cit.*



en tal sentido en la Unión Europea(98). En España en concreto, se ha reclamado la utilidad de la codificación para frenar la dispersión normativa producida por el impacto de la descentralización funcional y territorial(99). Más recientemente, el ya citado informe CORA propuso en su momento elaborar, además de una nueva Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas, con el fin de disponer de un texto completo y codificado de la organización administrativa, varios planes de racionalización y simplificación normativa para canalizar textos refundidos en materias relevantes y reguladas de forma dispersa temporal o espacialmente. En particular en el ámbito estatal se ha llevado a cabo un plan de racionalización de barreras para la unidad de mercado de la mano de la tramitación de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre(100) y debería ver la luz próximamente el plan de calidad y simplificación normativa que prevé la disposición adicional segunda de la Ley 19/2013(101).

## VII. Conclusiones

Lo que a lo largo de estas páginas ha tratado de exponerse es un ejemplo de cómo ante la crisis global, económica, financiera e institucional que vivimos bien puede emplearse, como en su momento ya sugirió el profesor Loperena Rota(102), la misma crisis, ahora en su sentido etimológico griego, como análisis y estudio para la toma de una decisión, y en este caso para avanzar en el nunca finito proceso de modernización del Estado, de simplificación del derecho y de transparencia en el funcionamiento de las Administraciones públicas. Tal y como se ha visto, la Ley francesa 2013-1005 ejemplifica a la perfección la interrelación que existe entre todas estas dimensiones que, pese a no resultar siempre sencillas de conceptualizar o definir, en definitiva tienen que ver con la mejora de la calidad, la eficacia y la eficiencia en un procedimiento administrativo al servicio de los ciudadanos o, si se prefiere, del público en general.

La mayor parte del análisis español de la norma francesa pone de manifiesto puntos en común entre los dos países; en ambos sin ir más lejos se está produciendo una preocupante inflación normativa y son polos vitales de la atención ciudadana las cuestiones de transparencia y eliminación de cargas. Común también es la sensación de frustración, inevitable por momentos, al comprobar el nulo efecto que surte en la dimensión legislativa la amplísima bibliografía doctrinal que ha denunciado paradojas

---

(98) MIR PUIGPELAT, O., «La codificación del procedimiento administrativo en la unión administrativa europea» en VV.AA. (Velasco Caballero, F. y Schneider, J-P, coords.), *La unión administrativa europea*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 51-85.

(99) SANTAMARÍA PASTOR, J.A., «Codification et décentralisation en Espagne», *Actualité Juridique. Droit Administratif*, núm. 34, 2004, pp. 1868-1871.

(100) ÁLVAREZ SUÁREZ, M. y PÉREZ RAPOSO, B., «El Programa de Trabajo de Unidad de Mercado: el Plan de Racionalización Normativa como ejercicio de buena regulación económica», *ICE: Revista de economía*, núm. 871, 2013, pp. 115-125.

(101) Al respecto, comentando el texto del proyecto de Ley, *Vid.* URRUTIA SAGARDÍA, E., «Transparencia y buen gobierno en la «información de relevancia jurídica»», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 849, 2012, p. 14.

(102) *Vid.* su comentario «Ética para la crisis», publicado en julio de 2008 en el *Diario vasco* y disponible en <http://www.elcorreo.com/vizcaya/20080729/opinion/etica-para-tesis-20080729.html>.

como la de la inactividad de la Administración y la figura subsiguiente del silencio administrativo, de una configuración menos satisfactoria en Francia que en España en mi opinión aunque justo es reconocer que allí sí se han ensayado remedios para sancionar meros incumplimientos aquí formales como el de la emisión de información en el acuse de recibo de las solicitudes de iniciación del procedimiento.

Pero en el estudio también se revelan enfoques distintos y divergentes, que se explican por las diferencias sistémicas propias de la tradición jurídica de cada quien a pesar de la influencia revolucionaria y napoleónica en toda Europa. Es el caso de la curiosa prerrogativa de «retirada» de los actos administrativos producidos por silencio, o de la solución retenida ahora por el legislador galo para computar el inicio del transcurso de los plazos en el cumplimiento de la obligación de resolver, cuya implantación en España produciría seguramente un dislate inasumible. Con orgullo y casi por encima del hombro, eso sí, podemos contemplar desde nuestro país los debates de la doctrina francesa sobre el concepto y las funciones del certificado de la existencia de un silencio positivo o sobre la naturaleza misma del silencio como ficción o como acto presunto. En relación con esto, mención especial requiere la desigual tradición codificadora, paradójicamente inexistente en el país vecino en materia procedimental hasta el momento y que, casualidad o no, va a ponerse en marcha justo en el momento en que nosotros afrontamos la ruptura del binomio «régimen jurídico de las Administraciones públicas» y «procedimiento administrativo común», que esperemos no sirva para dar un paso atrás en un régimen, ciertamente con carencias, pero relativamente avanzado y satisfactorio considerando la situación de nuestros vecinos.

En efecto, en la lectura comparada de algunas de las aristas comentadas, la sensación de avanzadilla de la Administración española es notable; así, nuestra flamante Ley 19/2013 puede defenderse a capa y espada como un icono envidiable en materia de transparencia. Con todo, sin darse demasiada importancia y casi con disimulo, el legislador francés acaba de abrir una espita más que sugestiva respecto a la configuración de una publicidad activa para los informes preceptivos, no a cargo de los órganos consultivos como parte de su actividad, sino de la Administración consultora como parte del procedimiento que de fondo se tramita, lo que constituye un punto de reflexión interesante a seguir con atención.

Concluyo ya, con la ilusión de pensar que si el profesor Loperena Rota pudiese leer este trabajo, quizás no lo juzgaría indolente o inútil (103).

Trabajo recibido el 4 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(103) Según sus propias palabras, «la tentación del analista indolente [...] es diseccionar sus conceptos principales, demostrar su vaciedad o contradicciones para concluir en su absoluta inutilidad [...] El indolente destruye sin asumir el riesgo y el coraje ético de sustituir lo caído», Loperena Rota, D., «Hacia un concepto útil de desarrollo sostenible», *Ambiente y derecho*, núm. 1, 2003, p. 33.

**LABURPENA:** Artikulu honek Frantziako azaroaren 12ko 2013-1005 legea du aztergai. Lege hori, hain zuzen, administrazio-simplifikazioa lortzeko prozesuan emandako azken legea da, eta administrazioaren eta herritarren arteko harremanak optimizatzea du ardatz. Legearen edukia aztertzen da, eta arintze-, modernizazio-, gardentasun- eta kodetze-neurriak bereizten dira. Ikusiko denez, neurri horiek badute zerikusirik Espainiako testuinguruarekin. Erabilitako ikuspegia, batez ere, zuzenbide konparatua da, kontuan hartuta gure herrialdean administrazio-justiziako Frantziako ereduan dutela oinarria administrazio publikoen funtzionamenduaren erreforma- eta sinplifikazio-prozesurako funtsezko zenbait elementuk; esaterako, administrazioaren isiltasunak.

**HITZ GAKOAK:** Administrazioaren modernizazioa. Prozedura-arintzea. Gardentasuna. Administrazio-kodetzea. Administrazioaren isiltasuna.

**RESUMEN:** Este artículo tiene por objeto la Ley francesa 2013-1005, de 12 de noviembre, la última en un proceso abierto hacia la simplificación administrativa y que se centra en la optimización de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. Se analiza su contenido distinguiendo entre las medidas de agilización, modernización, transparencia y codificación que contiene y que, como se verá, no resultan ajenas al contexto español. La visión es fundamentalmente de derecho comparado, teniendo en cuenta que figuras centrales en el proceso de reforma y simplificación del funcionamiento de las Administraciones públicas, como el silencio administrativo, tienen en nuestro país como origen la recepción del modelo francés de justicia administrativa.

**PALABRAS CLAVE:** Modernización de la Administración. Agilización procedimental. Transparencia. Codificación administrativa. Silencio administrativo.

**ABSTRACT:** This paper presents Act 2013-1005, 12 November, the latest one along the administrative simplification process undergoing in France. The Act sets as its aim to improve relationship between Public Administrations and citizens. The measures launched on speeding-up, modernization, transparency and codification of Administrative procedure are hereby analyzed, taking into account that they are not unconnected to Spanish context. The comparative approach is justified as the Spanish configuration of essential issues of administrative reforms, such as silence procedure, has a historical French origin.

**KEYWORDS:** Administrative modernization. Speeding-up procedures. Transparency. Codification on administrative running. Silence procedure.



# **El respeto de los derechos fundamentales como límite constitucional al legislador (La STC 203/2013, de 5 de diciembre, por la que se declara la inconstitucionalidad de la Ley de la Ciudad del Medio Ambiente de Soria) (1)**

Omar Bouazza Ariño

«(...) de qué sirve una declaración de ilegalidad o inconstitucionalidad si al día siguiente se inicia un procedimiento legislativo o reglamentario para dotar de legalidad lo que es ilegal? Si al final lo construido va ser legalizado “a posteriori” no ajustando la obra a la legislación vigente(...) sino creando nuevas normas que al final hagan que lo construido se mantenga pese a todo, resulta inútil cualquier control de legalidad llevado a cabo por los Tribunales sobre la actuación de las Admistraciones Públicas».

(Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Soria, de 3 de noviembre de 2014, FJ 9.º)

**Sumario:** I. Notas introductorias.—II. Antecedentes.—III. Alegaciones de las partes.—IV. Argumentación del tribunal. IV.1. Naturaleza de la ley de la ciudad del medio ambiente. IV.2. Límites jurisprudenciales que deben respetar las leyes singulares y su aplicación a la ley de la ciudad del medio ambiente. —V. Notas finales.—VI. Bibliografía.

## **I. Notas introductorias**

Hace ya una década, en el transcurso de una estancia de investigación que realicé en la Universidad de Oxford, me llamó la atención la existencia de un órgano en el

---

(1) Este trabajo está dedicado a la memoria de Demetrio LOPERENA ROTA, como muestra de afecto y profundo agradecimiento por el apoyo ofrecido. He considerado que el mejor Homenaje que le puedo hacer es el comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional por la que se declara la inconstitucionalidad de la Ley de la Ciudad del Medio Ambiente. Y es que le conocí, precisamente, al invitarme a rebatir jurídicamente, este proyecto urbanístico ante sus responsables políticos, en el seno de una fórmula académica novedosa: el Seminario del Conflicto Ambiental. Seguramente hubiera estado muy orgulloso de comprobar que las dificultades constitucionales de este Proyecto que argumenté en la sesión del día 3 de julio de 2007, han quedado ratificadas por el Tribunal Constitucional. A continuación, se realizará una glosa de los razonamientos ofrecidos por el Tribunal Constitucional para anular una Ley que nunca debió ver la luz.

seno del Parlamento británico que se encarga del examen de la conformidad de todo proyecto de ley al Convenio Europeo de Derechos Humanos así como a la jurisprudencia del Tribunal que lo aplica e interpreta: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos(2). Me refiero al Comité Parlamentario de Derechos Humanos (en inglés, *Joint Committe on Human Rights*). Un órgano muy eficiente que ha sido y es decisivo en la garantía de que las nuevas leyes que se van a aprobar son respetuosas con los derechos reconocidos en el sistema de Estrasburgo. Ello me llevó a reflexionar sobre la virtualidad de esta variante, reflejándolo posteriormente en una publicación(3).

Se trata de una propuesta que quizá podría pensarse en el caso español con la finalidad de realizar un examen previo de las leyes que se van a aprobar en el seno de las Cortes Generales y los Parlamentos autonómicos y comprobar así si son respetuosas con la Constitución y, por consiguiente, los derechos fundamentales en ella consagrados. Sería quizá una variante del control previo de inconstitucionalidad que finalmente no llegó a cuajar en el seno del Tribunal Constitucional español. No obstante, habida cuenta del retraso en la resolución de los recursos de inconstitucionalidad que conduce a que lleguen a consolidarse situaciones cuyas leyes reguladoras finalmente son declaradas contrarias a la Constitución, debería replantearse la idea a modo de comisión parlamentaria. Así, todo proyecto de ley iría acompañado de un informe, realizado por un órgano constituido por miembros independientes, especialistas en la materia, en el que se deje constancia de su compatibilidad con los derechos fundamentales que consagra nuestra Constitución, lo que incluye la jurisprudencia del Tribunal Constitucional así como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de los artículos 96 y 10.2 de la Constitución(4).

Desde principios de este siglo, estamos asistiendo a unas políticas económicas que favorecen un crecimiento urbanístico desordenado, basado en muchas ocasiones en proyectos singulares desconectados y contradictorios con respecto de los instrumentos urbanísticos y de ordenación territorial, así como en relación con la clasificación del suelo. En efecto, los proyectos singulares, se han generalizado de una manera generosa en el ámbito autonómico, recibiendo una respuesta judicial contundente por parte del Tribunal Supremo en varias sentencias, en cuanto inciden en la clasificación del suelo no urbanizable de especial protección, como ha estudiado el profesor José Manuel DÍAZ LEMA(5). Una última vuelta de turca en la infracción del ordenamiento urbanístico y territorial en este ámbito, precisamente para evitar controles de la jurisdicción ordinaria a instancias de titulares de derechos subjetivos, o de cualquier ciudadano en defensa de la legalidad urbanística, consiste en el abuso que se ha dado en la última década en la aprobación por ley de este tipo de proyectos urbanísticos.

---

(2) Hay que apuntar, sin falta, que el Reino Unido aprobó en 1998 la *Human Rights Act*, Ley con la que asumía el sistema de Estrasburgo, formado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del TEDH, como derecho directamente aplicable en los casos en los que surgiera una cuestión de derechos fundamentales.

(3) «La elaboración y el examen de las leyes británicas a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista de las Cortes Generales* 61, 2004, 45-82.

(4) En torno a este tema, me remito al libro de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, 169 p.

(5) José Manuel DÍAZ LEMA, «Los proyectos de interés regional», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 36, 2013, 62-74.

Valgan estas anotaciones para introducir el comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 203/2013, de 5 de diciembre (Ponente: Francisco PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL), de declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la Ley de las Cortes de Castilla y León 6/2007, de 28 de marzo, por la que se aprobó el proyecto regional de la Ciudad del Medio Ambiente. Ley que tuve ocasión de analizar desde la perspectiva del Derecho internacional, comunitario y constitucional, así como desde el prisma de la legalidad estatal y autonómica, en mi trabajo, «Desclasificación por ley singular de espacios naturales protegidos y derechos procesales», que se publicó en el núm. 138 de la *Revista Española de Derecho Administrativo*, en una re-elaboración que hice de la ponencia presentada en el Seminario del Conflicto Ambiental, el 3 de julio de 2007, como he indicado al comenzar. El TC considera que la aprobación por ley de este proyecto, de contenido meramente administrativo, menoscaba el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que impide a los titulares de derechos e intereses legítimos y a los ciudadanos en general, a través de la acción pública, su cuestionamiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa, opción a la que si tendrían acceso si hubiera sido aprobado por un Decreto. El TC observa que no se ha motivado la excepcional relevancia del proyecto que justifique optar por la aprobación por ley. Esta sentencia, tiene como precedente inmediato la STC 129/2013, de 4 de junio, por la que se declara la inconstitucionalidad de la Ley —también— de Castilla y León 9/2002, de 10 de julio, de proyectos regionales de infraestructuras de residuos de singular interés para la Comunidad (6). Hay que recalcar sin falta que esta nueva línea jurisprudencial viene alentada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2011, *Boxus contra la Región Valona*, en la que se exige el control jurisdiccional de las leyes por las que se aprueban proyectos de trascendencia ambiental, en base a la garantía del cumplimiento de las exigencias contenidas en el Convenio de Aarhus sobre el acceso a la justicia en temas ambientales (7).

---

(6) Al respecto, me remito al trabajo de René Javier SANTAMARÍA ARINAS, «Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina *Boxus* por el Tribunal Constitucional español», *RAP* 193, 2014, 165-195. También, al trabajo de José Manuel DÍAZ LEMA: «El fin del privilegio de la Ley singular», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 39, 2013, 62-73. Igualmente, cabe citar el trabajo de Óscar SÁNCHEZ MUÑOZ, en su trabajo, «Aprovechando que el Pisuerga pasa por Santovenia: el TC pone coto al abuso de las leyes singulares en Castilla y León», *Revista General de Derecho Constitucional* 18, 2014, 22 p.

(7) La sentencia *Boxus*, por su trascendencia, ha tenido un enorme impacto en la doctrina. Citaré algunos de los trabajos que la han comentado. Por ejemplo, los de José ESTEVE PARDO y Marc TARRÉS VIVES, «Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2012*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, 126 y ss; Gerardo GARCÍA ÁLVAREZ, «Acceso a la información, participación y acceso a la justicia en cuestiones ambientales: del Convenio de Aarhus a la Sentencia *Boxus*», en *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública* 2013, XIV, 433-472; Agustín María GARCÍA URETA, «Convenio de Aarhus y convalidaciones legislativas»: ¿Recurso directo contra leyes en vía contenciosa?, *Diario La Ley*, n.º 7763, 2011; Fernando LÓPEZ RAMÓN, «Introducción general: perplejidades en el año de Fukushima» en *Observatorio de Políticas Ambientales 2012*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, 43 y ss. y René Javier SANTAMARÍA ARINAS, «Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina *Boxus* por el Tribunal Constitucional español», *cit.* 165-195. Esta sentencia ha tenido igualmente un impacto destacado en otros Estados miembro de la Unión Europea, como el Reino Unido. Me remito, al respecto, al trabajo de Paul CRAIG, «Constitutionalising constitutional law. HS2», *Public Law*, 2014, Jul., 373-392.

## II. Antecedentes

Antes de entrar en el análisis de las alegaciones de las partes, creo que es de sumo interés situar los antecedentes y el proceso que siguió la aprobación de la Ley de la Ciudad del Medio Ambiente, lo que permitirá comprender por qué se optó por la aprobación de este proyecto por Ley y no por reglamento.

En primer lugar, tal y como se refleja en la exposición de motivos de la Ley, el Consorcio para la Promoción, Desarrollo y Gestión «Ciudad del Medio Ambiente», constituido por la Junta de Castilla y León, la Diputación Provincial de Soria y el Ayuntamiento de Garray, presentó el día 23 de junio de 2006, en la Consejería de Fomento, el Proyecto Regional «Ciudad del Medio Ambiente». Por Orden FOM/1094/2006, de 28 de junio, en base a lo establecido en la Ley 10/1998 de Ordenación del Territorio de Castilla y León (LOT), se inició el procedimiento de aprobación del Proyecto Regional y se abrió un periodo de información pública y de audiencia a las Administraciones públicas por el plazo de un mes. La Orden se publicó en el Boletín Oficial de Castilla y León de 30 de junio de 2006 y en 2 periódicos de gran difusión en el ámbito de la provincia («El Diario de Soria» y «El Heraldo de Soria», ambos de 4 de julio de 2006). Asimismo se remitió a 41 organismos públicos y otras entidades potencialmente afectadas. Durante el periodo de información pública y audiencia se presentaron 13 escritos de alegación o informe.

Antes de apuntar la segunda fase trascendental en el procedimiento de aprobación de este polémico Proyecto, es necesario señalar que el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León dictó una sentencia sobre un supuesto de hecho similar. Me refiero a la sentencia de 29 de septiembre de 2006, en la que el Tribunal anuló un Acuerdo de la Comisión Territorial de Urbanismo de Ávila de 30 de abril de 2003, que aprobó definitivamente la Revisión de las Normas Urbanísticas Municipales de Las Navas del Marqués (Ávila). El Acuerdo clasificaba como suelo urbanizable delimitado una zona de especial valor ecológico para poder llevar a término un proyecto de carácter turístico-deportivo denominado «Ciudad Golf» (8). Debe apuntarse que la zona de la Ciudad del Medio Ambiente goza de una mayor protección que la zona en la que se pretendía ubicar la «Ciudad del Golf» pues respecto de esta última únicamente se había propuesto su clasificación como LIC, mientras que el Soto de Garray pertenece a un LIC ya declarado por la Comisión Europea.

Parece que el Gobierno castellano-leonés trató de evitar que se paralizaran nuevos proyectos por parte de los tribunales por lo que aprovecharía su mayoría absoluta para cambiar la legislación y poder desarrollar su política territorial sin obstáculos indeseados, despreciando el Derecho Internacional, Comunitario, Constitucional, así como la normativa urbanística y de ordenación del territorio. La solución ante el problema que podía ocasionar la impugnación por los particulares de este tipo de proyectos de gran magnitud pasaría por aprobarlos por Ley, reduciendo así significativamente el ámbito

---

(8) Hay que subrayar, sin falta, que esta sentencia sería confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo 1612/2010, de 25 de marzo, dictada en resolución del recurso 5635/2006, al considerar que el margen de discrecionalidad en el suelo no urbanizable común y el protegido es distinto, siendo más amplio en el primero y más reducido en el segundo.



de la legitimación(9). Para ello, se tenía que modificar la LOT. En efecto, tal y como estaba redactada cuando se ideó la «Ciudad del Medio Ambiente», los Proyectos Regionales debían ser aprobados por Decreto, lo que permitía su impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Para soslayar este obstáculo, la Ley 14/2006, de 4 de diciembre, modificaría el art. 24.6 LOT, permitiendo que «(...) cuando se trate de un... Proyecto regional de excepcional relevancia para el desarrollo social o económico de Castilla y León, la Junta de Castilla y León podrá aprobarlo como Proyecto de Ley (...)». Que un Proyecto Regional se apruebe por Ley significará que únicamente podrán impugnarlo ante el Tribunal Constitucional aquellos órganos constitucionales que estén legitimados al efecto, a través del recurso de inconstitucionalidad, la cuestión de inconstitucionalidad y el recurso de amparo en interés de la autonomía local, vedando esta posibilidad a los simples particulares y organizaciones no gubernamentales, con lo que, tal y como he señalado, se vulnera el Convenio de Aarhus, el Derecho Comunitario y la legislación básica estatal en materia de acceso a la justicia en temas ambientales, así como principios y derechos fundamentales de nuestra Constitución(10). Nos encontramos, por tanto, ante una reforma legislativa motivada por una sentencia judicial con la que se intenta evitar sentencias judiciales similares reduciendo las posibilidades de impugnar este tipo de Proyectos Regionales. Además, el recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa, aparte de ampliar la gama de personas legitimadas, como acabo de recordar, podría ofrecer una gran amplitud de motivos de impugnación, en defensa de la legalidad ordinaria o, incluso, de la jerarquía normativa, mientras que la opción ante el Tribunal Constitucional circunscribe la causa a los puros aspectos de constitucionalidad.

La 3ª fase del proceso viene dada por la puesta en pie de la Ley, lo que se produjo, como ya he dicho, a través de la Ley 6/2007, de 28 de marzo, de aprobación del Proyecto Regional «Ciudad del Medio Ambiente». Se trata de una Ley *ad hoc*, creada para dar respuesta a un supuesto de hecho específico, a una problemática concreta y singular anterior a su aprobación. Es decir, se trata de una Ley creada al efecto para este caso concreto.

### III. Alegaciones de las partes

La Ley por la que se aprobó el proyecto regional «Ciudad del Medio Ambiente» fue impugnada ante el Tribunal Constitucional por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista. Al ser una ley singular o de caso único, cuyo contenido es materialmente ejecutivo, no legislativo, viola, según el parecer de los diputa-

---

(9) Nuestra doctrina ha reflexionado en torno a este tema desde bien temprano. Recordaré algunos de los trabajos más destacados, como el de Roberto o. BUSTILLO BOLADO, «La acción pública», *Fundamentos de Derecho Urbanístico* vol. 2 (coord. Luis MARTÍN REBOLLO, y Roberto O. BUSTILLO BOLADO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, 1263-1284; Luis COSCULLUELA, «Acción pública en materia urbanística», *RAP* 71, 1973, 9-58; Alejandro NIETO, «La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo», *RAP* 176, 1975, 9-30; Ángel RUIZ DE APODACA, «La acción pública ambiental: una necesidad satisfecha parcialmente por la Ley 27/2006, de 18 de julio», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* 11, 2007, 51-64; Íñigo SANZ RUBIALES, «La legitimación de las asociaciones ecologistas en el proceso judicial», *RAP* 141, 1996, 155-165.

(10) «Desclasificación por Ley singular...» *cit.*, 259-285.

dos socialistas, el principio de igualdad en la ley (art. 14 CE), el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE), la reserva al Gobierno de Castilla y León de la función ejecutiva (arts. 10, 19.1 y 20.1 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León —EACyL—) y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

Los demandantes consideran que se trata de una norma meramente administrativa de caso único. Observan que se ha dictado en atención a un supuesto concreto y agota su eficacia y contenido en la adopción y ejecución de las medidas adoptadas. Consideran que es una ley materialmente administrativa porque, de conformidad con el artículo 20.1.c) LOT, los proyectos regionales son instrumentos de intervención directa en la ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma y porque en base a la disposición final primera de la Ley, las determinaciones urbanísticas contenidas en el proyecto regional podrán ser modificadas por Decreto, lo cual, como se verá, será especialmente tenido en cuenta por el TC.

Los demandantes observan que no se cumple con el canon de la razonabilidad y proporcionalidad, recogido en la STC 16/1986, de 19 de diciembre. Los poderes públicos hubieran podido alcanzar el mismo fin a través de un Decreto sin necesidad de hacerlo por ley. Aunque es la ley la que prevé que en supuestos de excepcional relevancia se aprueben los proyectos regionales por ley, no está objetivada la existencia de la situación excepcional singular por lo que, a su modo de ver, no se satisface el canon expuesto para las leyes singulares. Este proyecto es excepcional porque ha sido aprobado por ley, pero no consideran que tenga especial relevancia para el desarrollo económico y social, tal y como se mostró en el debate parlamentario, en el que se presentó como una más de toda una serie de actuaciones previstas a lo largo del río Duero. La exposición de motivos de la Ley tampoco justificaría dicha excepcionalidad.

En segundo lugar, consideran que la Ley supone una vulneración de la reserva de la actividad de ejecución a la Administración. Fundamentan esta apreciación en el art. 20.1 EACyL, que atribuye a la Junta el gobierno y la administración de la Comunidad; y en el art. 19.1, que le atribuye la función ejecutiva. Los diputados socialistas opinan que estos preceptos otorgan al gobierno autonómico el monopolio de ejecución de las leyes y que la ejecución exige leyes que no sean singulares o de caso único y autoaplicativas. Cualquier excepción debe venir contemplada en la Constitución o en el Estatuto de Autonomía, lo cual no sucede en este caso. La excepcionalidad o trascendencia opera como límite de las leyes singulares: cuando la administración no puede resolver el supuesto por medio de los instrumentos normales de que dispone.

En tercer lugar, alegan una violación de artículo 24 de la Constitución, que recoge el Derecho a la tutela judicial efectiva. La aprobación por ley de medidas materialmente administrativas impide el acceso de los ciudadanos a reclamar sus derechos e intereses legítimos ante los jueces. A estos efectos, hacen referencia al art. 28 LOT así como al art. 150 de la ley autonómica de urbanismo, que recogen la acción pública y la observancia de la legislación urbanística y de los planes, programas, normas y ordenanzas.

Por su parte, el Abogado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma alega que ni la Constitución ni el Estatuto de Autonomía establecen una reserva de Administración. En la misma línea, considera que la Constitución no impide a la ley la realización de actividades materialmente ejecutivas. Justifica, además, la excepciona-

lidad del proyecto en los beneficios económicos y ambientales que aportará no sólo a nivel local, sino también autonómico. En relación con el artículo 24.1 CE, a su modo de ver no queda violado, pues los particulares podrían recurrir ante el TC por la vía de la cuestión de inconstitucionalidad. Como el TC no entra a resolver esta cuestión en esta Sentencia, hay que subrayar que en sentencias anteriores ha dicho que el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad es una prerrogativa del órgano judicial. Si no la plantea y opta por aplicar la ley que no estima inconstitucional, no lesiona, en principio, derecho fundamental alguno. Por ello, no sería posible, a través del art. 24 CE, el control de la decisión adoptada por el Juez de no ejercer la facultad que le atribuye el art. 163 CE. Este razonamiento se ha mantenido, por ejemplo, en la STC 119/1998, de 4 de junio, FJ 6.º; y en la STC de 4 de junio de 2013, FJ 6.º a) (11). Por ello, el TC ha dicho en torno a este tema que el art. 24.1 CE exige que su titular pueda instar la tutela que el precepto consagra, requisito éste que no se cumple en el caso de las leyes autoaplicativas en las que el planteamiento de la cuestión es una prerrogativa exclusiva del Juez y no un derecho del justiciable.

En fin, el Letrado de las Cortes también formuló un escrito. Argumentó, entre otras cuestiones, que la ley singular es una manifestación de la potestad legislativa que se caracteriza únicamente por su estructura formal. En cuanto a la posibilidad contemplada en la Disposición Final primera de modificar vía reglamentaria las determinaciones urbanísticas contempladas en la Ley por la que se aprueba este proyecto, dice que se trata de una deslegalización, perfectamente admitida en nuestro ordenamiento jurídico.

Una vez expuestas las alegaciones de las partes, a continuación se glosará la argumentación del TC.

## IV. Argumentación del tribunal

### IV.1. Naturaleza de la Ley de la Ciudad del Medio Ambiente

Con la finalidad de resolver la impugnación planteada, el primer extremo que deberá resolver el TC es el referido a la naturaleza de la Ley impugnada. A este respecto, observa que si bien la Ley afirma aprobar un proyecto regional, en realidad el proyecto «Ciudad del Medio Ambiente» contiene una ordenación territorial completa del ámbito territorial delimitado por el artículo 1 de sus normas, por lo que en realidad nos

---

(11) No obstante, hay que anotar que el TC inicialmente consideraba que como la ley singular atendía a un hecho extraordinario o singular, la cuestión de inconstitucionalidad era suficiente para salvaguardar el derecho a la tutela judicial efectiva, al entender este derecho fundamental, en realidad, como un derecho de carácter instrumental para la salvaguarda de derechos de «carácter sustantivo», como el derecho de propiedad [STC 166/1986, de 19 de diciembre, FJ 11 C) —asunto RUMASA—]: «Este acotamiento del objeto material de las Leyes singulares no impide, ciertamente, que éstas, por su cualidad de Leyes formales contra la cual no caben acciones judiciales, incidan en la tutela judicial del derecho afectado por la Ley singular; esa incidencia plantea un problema de constitucionalidad que, a causa del carácter instrumental del derecho a la tutela jurisdiccional, se presenta estrechamente vinculado con la naturaleza del derecho sobre el que recaiga la medida legislativa singular, siendo, por tanto, el momento apropiado para su resolución aquél en que se analice el contenido de la Ley singular, pues es entonces cuando se podrá determinar cuál es el grado de incidencia que ésta ocasiona en el sistema de defensa judicial que protege al derecho objeto de la misma». Esta visión del derecho recogido en el artículo 24 CE, afortunadamente, ha sido superada.

encontraríamos ante una figura más cercana a los instrumentos de ordenación territorial y urbanística. A continuación, recordará que tanto la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo como la doctrina especializada, consideran los instrumentos de ordenación territorial y urbanística como normas que ostentan la naturaleza de disposiciones carácter general. Así, subrayará que las disposiciones de carácter general, tras su aprobación, se incorporan al ordenamiento jurídico, mantienen vigencia a lo largo del tiempo y se consolidan con cada acto de aplicación. Por ello, el TC dirá que *la Ley de la Ciudad del Medio Ambiente no es una ley autoaplicativa*, término que se refiere a leyes que contienen una actividad, típicamente ejecutiva, de aplicación de la norma al caso concreto.

A continuación, resalta que, *en atención a las personas a las que va dirigida*, la Ley de la Ciudad del Medio Ambiente *no es una Ley de carácter singular*. En efecto, los destinatarios de esta Ley serían todos aquellos afectados por el planeamiento. No se trata, por tanto, de una ley de destinatario único. No obstante, el TC recordará que, inicialmente, la Ley de Ordenación del Territorio calificaba la ordenación urbanística como una actividad de naturaleza típicamente reglamentaria. Con ella, según la norma autonómica, se trata de ordenar los usos del suelo en un determinado ámbito territorial así como establecer las condiciones para su transformación o conservación, una facultad que implica una fuerte discrecionalidad política y, sobre todo, técnica, pero que se enmarca por su propia naturaleza dentro de los límites que impone la legalidad ordinaria —leyes y reglamentos— con la finalidad de proteger los bienes jurídicos afectados por el desarrollo urbanístico, entre otros, el medio ambiente, la salud, la seguridad y la calidad de vida de las personas. Por ello, los proyectos regionales, sin excepción, iban a ser aprobados por reglamento. Sin embargo, *tras la aprobación de la modificación de la LOT, se contempla la posibilidad de que los proyectos regionales que sean considerados de excepcional relevancia para el desarrollo económico y social de Castilla y León, sean aprobados por Ley*. Por consiguiente, se trata de excluir del reglamento a ciertos proyectos, aquellos que sean considerados especialmente relevantes para la Región. No se establece, por tanto, una reserva de ley en cuanto a la aprobación de los mismos. Por ello, *el TC observa en ello, el hecho de que sólo algunos proyectos serán aprobados por Ley, un tipo de ley singular*.

Así quedará resuelto, por tanto, el tema de la naturaleza de la Ley. Tras su análisis pormenorizado, se llega a la conclusión de que *la Ley de la Ciudad del Medio Ambiente es una ley de tipo singular*.

A modo de ver del Tribunal, esta conclusión no entra en contradicción con la doctrina constitucional en base a la que no cabe deducir de la Constitución la existencia de una reserva reglamentaria, por lo que el legislador no tendrá vedada la regulación de materias que no le están materialmente reservadas. En apoyo de esta argumentación, cita las SSTC 128/1997, de 13 de febrero, y 248/2000, de 19 de octubre, referidas a la declaración por ley de áreas naturales de interés especial en base a la Ley balear 1/1984, de 14 de marzo. También lo habrá recordado en la antes citada STC 129/2013, de 4 de junio, por la que se declara la inconstitucionalidad de la Ley Castilla y León 9/2002, de 10 de julio, de proyectos regionales de infraestructuras de residuos de singular interés para la Comunidad, en la que dice que «(...) no existe, en principio, una reserva a la Administración autonómica del ejercicio de la función reglamentaria y administrativa» (FJ 5.º).

Sin embargo, en el caso de la Ley balear, a diferencia del que se trata ahora, el Tribunal recalca que se confirió al legislativo la declaración de estas áreas, *sin contemplar situaciones de excepcionalidad*. En las dos sentencias que resuelven recursos sobre la Ley balear, se declara la constitucionalidad de las leyes correspondientes pues la Ley en base a la cual se declaran los espacios naturales, tiene un alcance general. Es decir, todos los espacios naturales que se declaren, requerirán la forma normativa de una Ley. Así, en la STC 248/2000, indica en el FJ 5.º: «la declaración por Ley de Área Natural de Especial Interés (art. 1 de la Ley impugnada) no sustituye a otra hecha por reglamento; sino que es aplicación de la regulación general de dichas áreas contenida en una Ley previa (art. 7 de la Ley 1/1984). Dicha conclusión no queda enervada por el hecho de que al regular la Ley el régimen aplicable a un determinado territorio contenga un elemento de singularidad que no se aduce resulte discriminatorio (ATC 291/1997, de 22 de julio, FJ 3) ni arbitrario (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 17 y siguientes)». Por ello, en la STC que analizo ahora, indicará: «(...) no se producía una desigualdad entre los instrumentos normativos utilizados para tal declaración. En otras palabras, la utilización de la ley no respondía en modo alguno a una *situación excepcional*, sino al ejercicio normal de la potestad legislativa» (FJ 3.º). Así, a continuación subrayará que cuando la utilización de la ley obedece única y exclusivamente a una situación excepcional, el legislador debe estar sujeto a los límites constitucionales establecidos para las leyes singulares que han sido dictadas en base a un supuesto de hecho excepcional que las justifica. Y seguidamente introducirá el criterio decisivo para la resolución de este caso: *la incidencia de la situación excepcional, a la que responde la Ley, en el derecho a la tutela judicial efectiva*. En esta línea dirá que *el legislador deberá estar sujeto a los límites constitucionales que afectan a las leyes singulares, pues la aprobación por ley impide el control de la jurisdicción contencioso-administrativa a que se someten los planes urbanísticos regionales que al carecer de dicha excepcionalidad, son aprobados por el Consejo de Gobierno*. Se aplicará, por tanto, el canon de constitucionalidad previsto para las leyes singulares, con las particularidades que derivan de este género de leyes singulares, que no son ni de destinatario único ni autoaplicativas.

#### **IV.2. Límites jurisprudenciales que deben respetar las leyes singulares y su aplicación a la Ley de la Ciudad del Medio Ambiente**

El Tribunal Constitucional reitera que la Ley no tiene ámbitos que queden vedados a su alcance, hipotéticamente reservados al reglamento. No existe en nuestro ordenamiento, en efecto, una reserva de reglamento. Además, nada impide que puedan darse leyes singulares que tengan un alcance general. Sin embargo, recuerda también que *las leyes singulares no constituyen el ejercicio normal de la potestad legislativa*. Por ello, las leyes singulares estarán sujetas a ciertos límites. Así, al atender a una situación excepcional, deberán someterse a un canon de constitucionalidad que así ha sido establecido en la jurisprudencia. Sobre todo, dice el Tribunal, cuando la aprobación por Ley interfiere directamente en el derecho a la tutela judicial efectiva, pues ello impide el control por la jurisdicción contencioso-administrativa. Las leyes singulares, por tanto, deberán respetar los siguientes límites derivados de la Constitución:

- a) El principio de igualdad exige que la ley singular responda a una situación excepcional igualmente singular, como se ha recordado en la STC 129/2013, de 4 de junio, FJ 4.º;
- b) La adopción de leyes singulares debe estar circunscrita a los casos excepcionales que por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediables por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad;
- c) *La utilización de una ley singular no debe impedir el ejercicio de derechos fundamentales*, que son materia reservada a leyes generales (STC 166/1986).

Concluirá, en esta línea, que el canon de constitucionalidad que debe utilizar el Tribunal al ejercer su función de control de este tipo de leyes es el de la *razonabilidad*, *proporcionalidad* y *adecuación*, como recordó en la STC 129/2013, de 4 de junio, FJ 4. En efecto, en esta sentencia especificaba que este canon de constitucionalidad deberá ser superado por toda ley singular al valorar si respeta los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, en los siguientes términos (FJ 4.º *in fine*):

«Así pues, el canon de constitucionalidad del art. 24.1 CE debe necesariamente operar cuando la ley singular que encierra una actividad materialmente administrativa de aplicación de la norma al caso concreto, afecte a los derechos o intereses legítimos a los que el precepto constitucional antes citado presta cobertura».

En cuanto al *primer límite*, *la ley singular debe responder a una situación excepcional igualmente singular*. La previsión por una ley singular de una regulación material distinta para un determinado supuesto de hecho, no sólo debe tener una justificación objetiva y razonable sino que debe ser proporcionada a la situación excepcional que justifica la regulación singular. A este respecto el TC analizará *si la excepcionalidad del supuesto de hecho que regula la Ley impugnada tiene una justificación objetiva*. *En caso contrario, habría sido creada arbitrariamente por el legislador*. *Analizado esto, observará si la ley impugnada contiene una regulación razonable y proporcionada para resolver esta situación excepcional*. Este será, por tanto, el objeto de análisis del primer límite señalado por el TC.

No sólo se exigirá que la apreciación de la excepcionalidad no sea arbitraria, sino que las medidas adoptadas sean razonables y proporcionadas a la situación excepcional a la que pretende dar respuesta con su aprobación.

En primer lugar, el legislador justifica la situación excepcional a la que responde la ley impugnada en la excepcional relevancia que constituye la actuación urbanística para la sociedad castellano-leonesa. Se trata de un proyecto de excepcional relevancia para el desarrollo económico y social que conjuga la promoción del desarrollo tecnológico empresarial con técnicas de protección medioambiental. El TC dirá que no puede sustituir la discrecionalidad del legislador en la apreciación de una razón objetiva como es la importancia del planeamiento para el desarrollo económico y social. El control de la interdicción de la arbitrariedad, subraya el TC, sólo le permite realizar un control negativo. Y a este respecto, considera que no es posible afirmar que la calificación como excepcional del desarrollo urbanístico proyectado carezca de total y absoluta justificación pues, según ha motivado el legislador, la importancia del planeamiento para el

desarrollo económico y social de Castilla y León responde a razones objetivas apreciadas por el legislador, derivadas de las necesidades de la Comunidad Autónoma y de las finalidades a las que pretende servir el planeamiento urbanístico aprobado.

*La medida adoptada (la aprobación por ley), no obstante, deberá ser razonable y proporcionada a la situación excepcional a la que se pretende dar respuesta con su aprobación, que es la especial importancia del plan para el desarrollo económico y social de la Comunidad Autónoma.*

No se discute, por consiguiente, la existencia de razones objetivas —el desarrollo económico y social de Castilla y León— para considerar la existencia de una situación de singularidad. Sin embargo, *habrá que observar si la medida a adoptar —la aprobación por ley del proyecto— es proporcionada a la situación de excepcionalidad a la que se pretende dar respuesta.* El TC enseguida apuntará que *el legislador no ha expuesto las razones en base a las cuales considera que la utilización de la ley para la aprobación de este proyecto sea razonable y proporcionada, aun a sabiendas de que, como se reflejó en los debates parlamentarios en la elaboración de esta ley, la utilización de esta ley eliminaba el control de la jurisdicción contencioso-administrativa.* Por otro lado, subraya el Tribunal, la regulación material de esta Ley no presenta peculiaridad alguna con respecto a cualquier otra ordenación urbanística regional aprobada por el Consejo de Gobierno, excepto las diferencias derivadas de las diferentes clases de planes y las diferentes necesidades a las que responden. En este sentido, argumenta que se trata de una norma típicamente urbanística, que se aprueba en base a la legislación urbanística y que, incluso, en base a la disposición final primera, podrá ser objeto de modificaciones a través de la figura del decreto, por lo que no se considera necesaria la aprobación por ley. Por ello, *el Tribunal no observa que se dé ninguna circunstancia especial que requiera la aprobación de este proyecto por ley.* Y sin embargo, precisamente la aprobación por ley, ha supuesto el sacrificio del control de la legalidad ordinaria a la que el proyecto afirma responder, un control que hubiera correspondido a la jurisdicción contencioso-administrativa, mediante el ejercicio del control directo o indirecto contra reglamento, a instancias de los titulares de derechos o intereses legítimos, o de la acción pública reconocida en materia de urbanismo y medio ambiente. A este respecto, recuerda que durante la tramitación parlamentaria de la ley, se produjo un encendido debate en torno a cuestiones que son claramente revisables por la jurisdicción contencioso-administrativa. En concreto, a) en relación con la clasificación como urbanizable de un suelo hasta entonces clasificado como no urbanizable, protegido por la existencia de valores naturales y por formar parte de la ribera del río Duero, terrenos catalogados parcialmente como lugar de interés comunitario y dentro de la Red Natura 2000, b) con el incremento de la población del municipio de Garray en cuatro mil habitantes (12), cuando constaba con una población censada de quinientos y c) con la insuficiencia de la planta potabilizadora de Soria para permitir el abastecimiento de la nueva población. Se trata de aspectos de legalidad ordinaria que van más allá de las funciones que tiene encomendado el TC como garante y máximo intérprete de la Constitución en España.

Y es que para que la tutela material que el Tribunal Constitucional otorgase a los titulares de derechos e intereses legítimos afectados por la Ley de la Ciudad del Medio

---

(12) Sobre esta problemática, resulta de interés el libro de Aina SALOM PARETS, *Las limitaciones al crecimiento poblacional y espacial establecidas por la normativa territorial y urbanística*, INAP, Madrid, 2011, 544 p.

Ambiente fuera equiparable a la tutela que podría otorgarles la jurisdicción contencioso-administrativa, el TC tendría que poder pronunciarse sobre la adecuación de los aspectos que regula esta ley a los diferentes ordenamientos que les resulta de aplicación, comunitario, estatal y autonómico, como más arriba he destacado.

Por consiguiente, el TC dirá que la aprobación por ley del este planeamiento urbanístico ha impedido que los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa puedan controlar la legalidad de la nueva clasificación del suelo, la adecuación del proyecto a la evaluación de impacto ambiental y la legalidad de la misma evaluación ambiental, control jurisdiccional, dice el TC, al que se hubiera tenido acceso si la norma hubiera sido aprobada por el Consejo de Gobierno (FJ 7.º in fine). En base a todo ello, el TC concluye, en relación con el primer límite, que *la utilización de la ley no es una medida razonable ni proporcionada a la situación excepcional que ha justificado su aprobación*.

En cuanto al *segundo límite*, el TC dice que tampoco se cumple por las mismas razones. Hace referencia a la STC 166/1986, de 19 de diciembre, en base a la cual: «la adopción de leyes singulares debe estar circunscrita a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediables por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordinarios, haciéndose por ello necesario que el legislador intervenga singularmente, al objeto exclusivo de arbitrar solución adecuada, a una situación singular. De aquí se obtiene un segundo límite a las Leyes singulares, que es, en cierta medida, comunicable con el fundamentado en el principio de igualdad, en cuanto que esa excepcionalidad exorbitante a la potestad ejecutiva resulta válida para ser utilizada como criterio justificador de la singularidad de la medida legislativa» [FJ 11 B)]».

Concluirá su razonamiento, y conectando con el *tercer límite*, con la siguiente argumentación: *debido a la desproporción en la que ha incurrido el legislador, al regular una materia que podía ser aprobada por reglamento sin justificar la necesidad de aprobación de este proyecto por ley en base a la excepcionalidad de la situación, se ha impedido su impugnación ante los tribunales por los titulares de derechos e intereses afectados así como por cualquiera, a través de la acción pública*. Si se hubiera aprobado por reglamento, por el contrario, podría haberse dado dicho control judicial. No había una justificación objetiva y razonable para la aprobación del proyecto por ley. En cambio, con ello, se ha impedido el control judicial.

En conclusión, se considera vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Por consiguiente, en línea con lo que ya estableciera el TC en la sentencia de 4 de junio de 2013, las leyes singulares deben respetar los límites relativos a los derechos fundamentales, y por ello, el art. 24.1 CE. En otras palabras, las leyes de aprobación de instrumentos de ordenación así como proyectos de infraestructuras deben respetar el derecho a la tutela judicial efectiva de los titulares de derechos e intereses legítimos que se ven afectados, así como el derecho de cualquiera de hacer uso de la acción pública urbanística.

Finalmente, el Tribunal aclara, recordando la argumentación que se dio en la STC 248/2000, de 19 de octubre, FJ 5, que el art. 24 no queda vulnerado por el simple hecho de que una materia sea regulada por ley, resultando por consiguiente jurisdiccionalmente inmune, sino que la ley debe ser inconstitucional por otros motivos y se produzca, como consecuencia de ello, una vulneración del derecho recogido en el art. 24.1. Es decir, nos encontramos en una situación en la que la ley es inconstitucio-



nal por otros motivos y cierra, por el hecho de ser ley, ilegítimamente el paso a pretensiones que hubieran de acceder a los jueces y tribunales, violando de manera derivada el art. 24 (STC 181/2000, FJ 20); o la ley es conforme a la Constitución y, por su propia naturaleza, no puede ser enjuiciada por los tribunales.

Parece que con esta última apreciación, recogida de la propia jurisprudencia del TC, no cierra la puerta a la posibilidad de regular por ley materias de naturaleza meramente administrativa, pues no hay una reserva de reglamento en nuestra Constitución, como se ha reiterado. Se trata, además, de una referencia un tanto enigmática, la de que la ley sea inconstitucional por otros motivos y, por ello, cierra el paso a pretensiones que hubieran de acceder a los jueces y tribunales, en cuyo caso, se entendería vulnerado, de forma derivada, el derecho recogido en el artículo 24 CE. Da la impresión de que con este último párrafo, el TC haya querido recoger la doctrina previa para evitar así una disparidad de líneas jurisprudenciales sobre el mismo supuesto de hecho. A mi modo de ver, con la sentencia que ahora se analiza se ha producido un cambio significativo de línea jurisprudencial pues en la STC 181/2000, por ejemplo, simplemente se dice que el hecho de que una ley regule materia típicamente reglamentaria no supone *per se* una violación del artículo 24 CE, pues no hay una reserva reglamentaria y no hay materias vedadas a la ley, bien que no expone razonadamente esa toma de postura. Y es que, en realidad, observamos que el recurso a la ley para la regulación de materias que son típicamente administrativas puede darse con la finalidad, precisamente, de evitar que los particulares puedan contestarla mediante su impugnación en defensa de intereses legítimos o bien en defensa de intereses colectivos, como sería el caso de la acción pública en materia de urbanismo y medio ambiente. No obstante, debemos entender que se deberá dar en este caso una relación razonable de proporcionalidad entre la regulación por ley y la excepcionalidad de la situación que se quiere regular, justificándose adecuadamente el porqué no se aprueba el contenido de la norma por reglamento. En caso contrario, nos encontramos ante una Ley inconstitucional que veda el paso a la impugnación por los particulares, vía a la que si tendrían acceso si la materia hubiera sido aprobada por reglamento. En cualquier caso, hubiera sido deseable que el TC hubiera razonado un poco más esta última matización.

## V. Notas finales

Al concluir el trabajo que realicé a instancias del profesor LOPERENA, «Desclasificación por Ley singular de espacios naturales protegidos y derechos procesales», al que me he referido, decía que los intersticios legales que se pueden ver como una buena salida a proyectos urbanísticos no viables medioambientalmente hablando, pueden colisionar con las garantías que nuestro Constituyente estableció para asegurar los derechos de defensa de los ciudadanos en general, refiriéndome precisamente al uso de la Ley en sustitución del reglamento para la aprobación de proyectos urbanísticos inviables. No obstante, hemos tenido que esperar unos 7 años para obtener la confirmación del Tribunal Constitucional. Por ello, retomando la idea con la que comenzaba este trabajo, no estaría de más pensar en la idea de instaurar un órgano independiente encargado de velar con carácter previo por la constitucionalidad de los proyectos de ley que se presenten por el Gobierno Central y los gobiernos autonómicos, idea que podría encajar, por ejemplo, en sede parlamentaria.

En el momento de corregir pruebas de este trabajo, se ha dictado una importante resolución judicial, en parte impulsada por la declaración de inconstitucionalidad de la que doy cuenta. Me refiero a la sentencia del Juzgado de lo Contencioso de Soria, de 3 de noviembre de 2014. Y es que en el marco de la Ley de la Ciudad del Medio Ambiente, se solicitó una licencia de obra para la construcción de las denominadas «cúpulas de la energía», unos edificios que formarían parte del proyecto global. La licencia de obra fue anulada por el Juzgado de lo Contencioso de Soria, en base a la legislación urbanística de la Comunidad. La sentencia se apeló ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ, en adelante), sede jurisdiccional en la que se confirmaría la anulación, por sentencia de 3 de mayo de 2013. Ante este revés judicial, se inició el procedimiento para aprobar el proyecto regional «parque empresarial del medio ambiente», por Resolución de cuatro de junio de 2014, que sustituye, a escala reducida y restringida, al primitivo proyecto regional de la ciudad del medio ambiente. Tras la sentencia constitucional, este nuevo intento por legalizar estas obras queda profundamente debilitado. Tras la anulación de la licencia, la Administración que debía dar cumplimiento al contenido de la sentencia, el Ayuntamiento de Garray, entendió que no debía procederse a la demolición pues, a su entender, la sentencia no obligaba expresamente a ello. Resistencia mantenida a pesar de que la sentencia del TSJ que confirmaba la anulación de la licencia dictaminada por el Juzgado de lo contencioso de Soria, hacía referencia expresamente a la necesidad de que se desplegaran las consecuencias naturales de la anulación de la licencia. Se interpuso pues una demanda ante el Juzgado de lo contencioso de Soria, solicitando formalmente la demolición de las obras realizadas. El Juzgado de lo Contencioso, en su sentencia de 3 de noviembre de 2014, tras argumentar que el Ayuntamiento de Garray ya debió demoler las obras levantadas tras la sentencia del TSJ, precisamente en cumplimiento de dicha sentencia en la que se declaraba la nulidad de la licencia de obras, ordena formalmente la demolición de las mismas. Para ello el TSJ emplea incuestionables argumentos jurídicos (no en vano he querido comenzar este trabajo realizando una cita muy significativa de la argumentación jurídica de esta sentencia), basándose en los preceptos relevantes al efecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como en base a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, resaltando la eficacia en este sentido que ofrece la sentencia del TC que anula la Ley de la Ciudad del Medio Ambiente. Esperemos que por una vez en este caso las Administraciones competentes defiendan el interés general, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, a lo que están debidas en base al art. 103 de la Constitución.

## VI. Bibliografía

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «La transformación urbanística del suelo no urbanizable: proyectos territoriales de interés autonómico y reservas de suelo», *RVAP* 89, 2011, 15-54.
- BOUAZZA ARIÑO, Omar: «Desclasificación por Ley singular de espacios naturales protegidos y derechos procesales: el caso de la Ciudad del Medio Ambiente», *REDA* 138, 2008, 259-285.
- BOUAZZA ARIÑO, Omar: «La elaboración y el examen de las leyes británicas a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *RCG* 61, 2004, 45-82.
- BUSTILLO BOLADO, Roberto O.: «La acción pública», *Fundamentos de Derecho Urbanístico* vol. 2 (coord. Luis MARTÍN REBOLLO, y Roberto O. BUSTILLO BOLADO), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, 1263-1284.

- COSCULLUELA, Luis: «Acción pública en materia urbanística», *RAP* 71, 1973, 9-58.
- CRAIG, Paul: «Constitutionalising constitutional law. HS2», *Public Law*, 2014, Jul., 373-392.
- DÍAZ LEMA, José Manuel: «El fin del privilegio de la Ley singular», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 39, 2013, 62-73.
- DÍAZ LEMA, José Manuel: «Los proyectos de interés regional», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* 36, 2013, 62-74.
- ESTEVE PARDO, José; TARRÉS VIVES, Marc: «Tribunal de Justicia de la Unión Europea», en *Observatorio de Políticas Ambientales 2012*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, 121-139.
- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo: «Acceso a la información, participación y acceso a la justicia en cuestiones ambientales: del Convenio de Aarhus a la Sentencia Boxus», en *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública* 2013, XIV, 433-472.
- GARCÍA URETA, Agustín María: «Convenio de Aarhus y convalidaciones legislativas»: ¿Recurso directo contra leyes en vía contenciosa?, *Diario La Ley*, n.º 7763, 2011.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «Introducción general: perplejidades en el año de Fukushima» en *Observatorio de Políticas Ambientales 2012*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, 37-46.
- MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo: *Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, 169 p.
- MONTILLA MARTOS, José Antonio: *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid, 1994, 275 p.
- NIETO, Alejandro: «La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo», *RAP* 176, 1975, 9-30.
- RUIZ DE APODACA, Ángel: «La acción pública ambiental: una necesidad satisfecha parcialmente por la Ley 27/2006, de 18 de julio», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* 11, 2007, 51-64.
- SALOM PARETS, Aina: *Las limitaciones al crecimiento poblacional y espacial establecidas por la normativa territorial y urbanística*, INAP, Madrid, 2011, 544 p.
- SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar: «Aprovechando que el Pisuruga pasa por Santovenia: el TC pone coto al abuso de las leyes singulares en Castilla y León», *Revista General de Derecho Constitucional* 18, 2014, 22 pp.
- SANTAMARÍA ARINAS, René Javier: «Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina Boxus por el Tribunal Constitucional español», *RAP* 193, 2014, 165-195.
- SANZ RUBIALES, Íñigo: «La legitimación de las asociaciones ecologistas en el proceso judicial», *RAP* 141, 1996, 155-165.

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Lan honetan aztertzen da abenduaren 5eko Konstituzio Auzitegiaren 203/2013 Epaia, non Auzitegi Gorenaren ustez ez den behar bezala justifikatu administrazio-erakunde bako ez duen «Ingurumen Hiria» hirigintza-proiektua ezohikoa denik, Legeak onartu duen. Horrek benetako babes judizialaren eskubidea urratzen du, legezko eskubide eta interesen titularrek eta oro har herritarrek ezin izan baitute, egintza publikoaren bidez, hura zalantzan jarri administrazioarekiko auzien jurisdikzio aurrean, baina aukera hori izango zuten Dekretu bidez onartu izan balitz.

**HITZ GAKOAK:** Lege bereziak. Benetako babes judizialaren eskubidea. Hirigintza-proiektuak. Ingurumen Hiria. Soria.

**RESUMEN:** En este trabajo se analiza la Sentencia del Tribunal Constitucional 203/2013, de 5 de diciembre, en la que el Alto Tribunal observa que no se ha justificado la excepcionalidad del proyecto urbanístico «Ciudad del Medio Ambiente», de contenido meramente administrativo, para su aprobación por Ley. Lo que ha tenido como consecuencia un menoscabo del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que ha impedido a los titulares de derechos e intereses legítimos y a los ciudadanos en general, a través de la acción pública, su cuestionamiento ante la jurisdicción contencioso-administrativa, opción a la que sí hubieran tenido acceso si hubiera sido aprobado por un Decreto.

**PALABRAS CLAVE:** Leyes singulares. Derecho a la tutela judicial efectiva. Proyectos urbanísticos. Ciudad del Medio Ambiente. Soria.

**ABSTRACT:** This work analyzes the judgment of the Constitutional Court 203/2013 from December 5th where the High Court states that the exceptionality of the urban project «City of the Environment» has not been justified, being of a purely administrative nature, so as to be passed by an Act. That has had as a consequence an impairment of the right to effective judicial protection since it has prevented the holders of rights and legitimate interests and citizens in general through the public action from their challenge before the contentious-administrative jurisdiction, an option that would have had if it had been passed by a Decree.

**KEYWORDS:** Singular acts. Right to an effective judicial protection. Urban projects. City of the Environment. Soria.

# El artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución: un límite importante a la capacidad normativa tributaria de los Territorios Históricos (1)

José Luis Burlada Echeveste  
Inés María Burlada Echeveste

**Sumario:** I. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de junio de 2008 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2012.—II. Ámbito territorial de aplicación de la LGT.—III. El artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución. III.1. Concepto de procedimiento común. III.2. Procedimiento común y procedimiento general. III.3. Común no significa procedimiento uniforme o único.—IV. La Ley General Tributaria y los Territorios Históricos.

## I. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de junio de 2008 y la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2012

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 13 de junio de 2008 declaró nulo, de oficio, el párrafo segundo del artículo 247 de la Norma Foral 2/2005, General Tributaria del Territorio Histórico de Gipuzkoa (2), de 3 de marzo. El precepto ofrecía la *opción* al interesado, en determinados casos(3), de interponer directamente recurso contencioso-administrativo sin necesidad de interposición previa de reclamación económico-administrativa. Pues bien, con fecha 7 de mayo de 2008, previa deliberación, el Tribunal dictó Providencia en los siguientes términos:

---

(1) Este estudio se ha realizado en el marco de los siguientes Proyectos de Investigación: UFI 11/05, financiado por la UPV/EHU; DER2012-39342-C03-02; y en el Proyecto del Gobierno Vasco con el título «Tributación de las actividades económicas en el País Vasco: la incidencia del Derecho comunitario».

(2) «Asimismo, en aquellos supuestos cuya cuantía, calculada de acuerdo con las normas previstas en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, supere los 18.000 euros y haya recaído resolución expresa en un recurso de reposición, el interesado podrá *optar* por interponer *directamente* recurso contencioso-administrativo contra la misma, *sin necesidad de interposición previa de reclamación económico-administrativa*».

(3) Como advierte MERINO JARA («Algunas consideraciones sobre el contencioso-administrativo en materia tributaria», *Tratado sobre la Ley General Tributaria. Homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo, II*, —Directores: ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, COLLADO YURRITA Y ZORNOZA PÉREZ—, ed. Aranzadi, 2010, p. 1237), *de facto* se convierte en obligatorio el recurso de reposición si quiere evitarse la reclamación económico-administrativa; es decir, sigue habiendo un recurso previo obligatorio.

«(...) 4. Siendo las normas procedimentales de orden público, se estima por la Sala que procede oír a las partes sobre la posible concurrencia de la causa de inadmisibilidad prevista en el art. 69.c) de la LJCA, al no haberse agotado la vía administrativa previa, siendo nulo el art. 247 párrafo segundo de la NFGT, que contempla la posibilidad de opción para el interesado entre interponer o no previa reclamación económico-administrativa (...). Como puede observarse el art. 249 de la LGT establece qué resoluciones son susceptibles de recurso contencioso-administrativo ante el órgano jurisdiccional competente: las que ponen fin a la vía económico-administrativa. Se trata de un precepto que se dicta al amparo del título competencial previsto en el art. 149.1.18 de la CE, siendo competencia exclusiva del Estado «el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas». El art. 247 párrafo segundo de la NFGT posibilita el acceso al recurso contencioso-administrativo de resoluciones que no son susceptibles de recurso contencioso-administrativo, al convertir en *opcional* la vía económico-administrativa. De esta forma, la NFGT pudiera invadir competencias exclusivas del Estado, *apartándose del procedimiento administrativo común tributario*, estableciendo que pone fin a la vía administrativa la resolución de un recurso de reposición, alterando la actividad administrativa impugnada ante esta Jurisdicción, en el supuesto que se contempla en el precepto, sólo en el ámbito territorial de Gipuzkoa. Se afecta, además, la competencia exclusiva del Estado sustentada en el art. 149.1.6.<sup>a</sup>, en materia de legislación procesal, alterando el ámbito de la actividad administrativa impugnada, que en materia tributaria, viene constituida por las resoluciones que ponen fin a la vía económico-administrativa, y no las que resuelven el recurso administrativo».

El Tribunal considera, pues, que el Territorio Histórico de Gipuzkoa, al convertir en opcional, en ciertos casos, la vía económico-administrativa, se aparta del procedimiento administrativo común (art. 249 LGT), infringiendo el título competencial previsto en el art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE, afectando también a la competencia exclusiva del Estado prevista en el artículo 149.1.6.<sup>a</sup> CE en materia de legislación procesal.

El Tribunal destaca que el citado artículo 247 (párrafo 2.º) NFGT de Gipuzkoa «se aparta, por lo tanto, del procedimiento contemplado en la LGT, y en la propia LJCA, que contemplan, en materia tributaria, como actividad administrativa impugnada, susceptible de ser sometida a control jurisdiccional en el ámbito de esta Jurisdicción contencioso-administrativa, las resoluciones que ponen fin a la vía económico-administrativa. La NFGT convierte, en el supuesto que contempla, la vía económico-administrativa en «opcional»; y si el contribuyente opta (como es el supuesto que nos ocupa), en actividad directamente impugnada la resolución expresa del recurso administrativo de reposición. La novedad que introduce la NFGT en el art. 247 apartado segundo consiste, por lo tanto, en posibilitar la elusión de la vía económico-administrativa en el supuesto que contempla».

A juicio del Tribunal, el párrafo segundo del artículo 247 NFGT de Gipuzkoa vulnera el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE porque la LGT es, en materia tributaria, la norma de procedimiento común:

«La E. M. de la LGT, así como el art. 1.1 invocan expresamente el título competencial previsto en el art. 149.1.18 CE. Se trata de una Ley General, de aplicación a todas las Administraciones tributarias, que establece los principios y las normas jurídicas generales del sistema tributario español. Y, desde esta perspectiva, en el criterio de la Sala, es «norma de procedimiento común» en materia tributaria» (4).

Seguidamente, la Sentencia se detiene en el examen de la normativa competencial de los Territorios Históricos en materia tributaria, destacando que la Disposición Adicional 5.<sup>a</sup> LRJPAC se refiere expresamente a la LGT, sin recoger excepción alguna para el régimen del Concierto Económico:

«El art. 1.2 LGT (2. Lo establecido en esta Ley se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes que aprueban el Convenio y el Concierto Económico en vigor, respectivamente, en la Comunidad Foral de Navarra y en los Territorios Históricos del País Vasco) es el que remite, necesariamente, al examen del ámbito de la potestad normativa de los Territorios Históricos, que no es sino el que establece el Concierto Económico: *Las Instituciones competentes de los Territorios Históricos podrán mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, su régimen tributario.* Como puede observarse la D. A. 5.<sup>a</sup> de la Ley 30/92, no contiene ninguna matización expresa en relación con el Concierto. Sin embargo, la D. A. 5.<sup>a</sup>.1 al establecer la normativa que rige los procedimientos tributarios y la aplicación de los tributos, expresamente señala: la Ley General Tributaria, por la normativa sobre derechos y garantías de los contribuyentes, por las leyes propias de los tributos y las demás normas dictadas en su desarrollo y aplicación. El art. 41.1 y 41.2.a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco, así como el art. 1.1 de la Ley 12/2002, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad del País Vasco reconocen la potestad de «mantener, establecer y regular, dentro

---

(4) La LGT es la Ley general en materia tributaria. A juicio de MENÉNDEZ MORENO (*Estudios de la Ley General Tributaria* —VV. AA.—, ed. Lex Nova, 2006, p. 41) «en la LGT no se contempla en sentido estricto ningún procedimiento administrativo común», pero la opinión doctrinal en este sentido es rechazada en el Informe de 2001 para la Reforma de la LGT (p. 25): «Un sector de la doctrina considera que este título competencial no es adecuado en materia tributaria, pues la regulación general de los tributos no admite, en muchos casos, la diferencia entre bases y desarrollo. Se afirma, además, que los procedimientos tributarios tienen carácter «especial» y no «común», por lo que quedan excluidos del título competencial previsto en el art. 149.1.18.<sup>a</sup>. Con independencia de estas críticas doctrinales, *el legislador debe tener en cuenta que el TC considera cubiertos por el citado precepto diversos aspectos tanto sustantivos como procedimentales de la LGT.* Así, la STC 76/1992, FJ 4.<sup>o</sup>, llega a afirmar, *obiter dictum*, que «la recaudación forzosa de los tributos» constituye «una materia propia de la Hacienda General». Por tanto, parece prudente incluir una disposición adicional en la que se precise qué preceptos resultan de aplicación común a todas las Haciendas, invocando el art. 149.1.18.<sup>a</sup>».

Y en las Conclusiones de la Asociación Española de Asesores Fiscales sobre el Informe de la Comisión para el estudio y propuestas de medidas para la reforma de la LGT (*Revista Técnica Tributaria*, núm. 53, p. 152), se afirma a este respecto que: «La pretensión de atribuir efectos generales a la nueva LGT es legítima y deseable y que, por imperativos de la seguridad jurídica, debe quedar claramente resuelta la determinación de los preceptos de la nueva Ley que sean de aplicación general o tengan carácter básico». Y por ello, propugna que «la nueva ley debe declarar, en su exposición de motivos, que los preceptos a los que se confiere carácter básico, lo son por virtud del art. 149.1.18 CE».

de su territorio, el régimen tributario», a las Instituciones competentes de los Territorios Históricos. No se cuestiona, por lo tanto, la capacidad normativa de los Territorios Históricos, atribuida estatutariamente y por desarrollo en la Ley de Concierto Económico, para regular los tributos, y concretamente, los tributos concertados de normativa autonómica. En este sentido, el art. 3 de la Ley del Concierto (armonización fiscal) cuando establece en su apartado a) que los Territorios Históricos en la elaboración de la normativa tributaria «se adecuarán a la Ley General Tributaria en cuanto a terminología y conceptos, sin perjuicio de las peculiaridades establecidas en el presente Concierto Económico», pretende que en el ejercicio de esta potestad normativa (la norma propia de los tributos) se mantengan los mismos términos y conceptos que en la LGT, por propia coherencia con el sistema tributario, de forma que conceptos como hecho imponible, o base imponible, sean reconocibles. La Sala no comparte la interpretación de este precepto (y del art. 5 (competencias exclusivas del Estado) sostenida por los recurrentes, de que las únicas competencias exclusivas del Estado son las que contempla el art. 5 de la Ley 12/2002, o que la previsión de que los Territorios Históricos en la elaboración de la normativa tributaria se adecuarán a la LGT en cuanto a terminología y conceptos, lleve a la conclusión de que la LGT no sea aplicable en la Comunidad Autónoma del País Vasco».

Insiste el Tribunal en que el artículo 1.2 LGT no señala expresamente que la LGT no se aplica a los TTHH:

«El art. 1.2 de la LGT no establece que la LGT no será de aplicación en los Territorios Históricos del País Vasco; más limitadamente dispone que «lo establecido en esta Ley se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en las Leyes que aprueban el Concierto» (...) Naturalmente, la cuestión es si el Estatuto de Autonomía y la Ley del Concierto Económico confiere a las Juntas Generales la potestad normativa que ha ejercitado en el art. 247 párrafo segundo de la NFGT».

La Sentencia entiende que ni el Estatuto de Autonomía ni la Ley del Concierto Económico otorgan a las Juntas Generales la potestad de regular un sistema de revisión distinto al estatal, de forma que los Territorios Históricos tendrían únicamente potestades de autoorganización:

«La Sala, como resulta de los párrafos precedentes, sostiene que la LGT es una norma de procedimiento administrativo tributario común, aplicable a *todas* las Administraciones tributarias. Y partiendo de lo anterior, las especialidades del Concierto Económico (Ley 12/2002), y más en concreto, el ámbito de la potestad normativa en materia tributaria que se reconoce en el Estatuto de Autonomía y en la Ley 12/2002, no confiere a las Juntas Generales la potestad de regular un distinto sistema de revisión de los actos en vía administrativa. En el Concierto Económico únicamente la Sección XVI.<sup>a</sup> contiene normas de gestión y pro-



cedimiento, aplicables al ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. Las Instituciones de los Territorios Históricos tienen competencia para regular (art. 1.1 de la Ley 12/02), dentro de su territorio, su régimen tributario; es decir, tienen potestad normativa para regular los tributos concertados de normativa autonómica. Y, conforme al art. 1.2 de la Ley 12/2002 corresponde a las respectivas Diputaciones Forales «la exacción, gestión, liquidación, *revisión* y recaudación de los tributos que integran el sistema tributario». La competencia en materia de *revisión*, entiende la Sala, posibilitaría un desarrollo normativo enlazado con las potestades de autoorganización (5), pero no la supresión de la vía económico-administrativa; o, como se contiene en el apartado segundo del art. 247 de la NFGT, su conversión en opcional en determinados supuestos. Porque a diferencia de lo que se sostiene tanto por la Diputación Foral de Guipúzcoa como por los recurrentes, por lo expuesto anteriormente, no se comparte la tesis central sostenida de que la LGT no es un «procedimiento administrativo común» en materia tributaria; y, en concreto, la norma que se cuestiona».

El Tribunal entiende también que el art. 247 vulnera el art. 149.1.6.<sup>a</sup> CE:

«La Sala suscitó, asimismo, si el párrafo segundo del art. 247 de la NFGT pudiera vulnerar el art. 149.1.6 de la CE. La cuestión se suscitó porque la LJCA, como hemos indicado, en coherencia con el art. 249 de la LGT, sólo identifica como actividad administrativa impugnabile en materia tributaria, en relación con los arts. 226 y 227 de la LGT, las resoluciones que ponen fin a la vía económico-administrativa. Coherentemente, la LJCA en su art. 10.1 d) y e) establece que los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas son competentes para conocer de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra las resoluciones dictadas por los Tribunales Económico-Administrativos Regionales y Locales que pongan fin a la vía económico-administrativa, y del Tribunal Económico-Administrativo Central en materia de tributos cedidos(6). Es evidente que la LGT en su art. 249 define cuál es la actividad impugnabile, frente a la que se puede interponer recurso contencioso-administrativo; y al hacerlo, en opinión de la Sala, *concreta específicamente en esta*

---

(5) GARCÍA DE ENTERRÍA («Un punto de vista sobre la nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común de 1992», *Revista de Administración Pública*, núm. 130, enero-abril 1993, pp. 213-214), se refería ya a la posibilidad de que las autoridades autonómicas estableciesen un sistema propio de Tribunales Económico-Administrativos, si bien su regulación debería limitarse a lo orgánico: «Es, pues, imaginable, y yo diría con toda la claridad que deseable, que, al amparo de la cláusula delegativa de la Disposición Final, las autoridades autonómicas organicen un sistema propio (o integrados en las Diputaciones para el caso municipal, como se ha dicho) de Tribunales Económico-Administrativos, con ese nombre o no, distintos de los del Estado. Estas regulaciones habrían de limitarse a lo puramente orgánico, para no interferir la competencia exclusiva del Estado según el artículo 149.1.18.<sup>o</sup> en cuanto al «procedimiento administrativo común».»

(6) A ello cabe objetar que el artículo 10.1 LJCA no hace mención expresa a los Tribunales Económico-Administrativos Forales de los Territorios Históricos.

*materia el art. 25 de la LJCA (7), y las propias normas de competencia funcional de la Sala, integrando la normativa procesal. El art. 149.1.6 de la CE precisa «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas». (...) estima la Sala que la alteración del sistema de revisión de los actos tributarios no se encuentra dentro del ámbito de la potestad normativa de las Juntas Generales».*

El Tribunal concluye que el párrafo segundo del art. 247 NF 2/2005 es nulo por vulnerar los apartados 6 y 18 del artículo 149.1 CE:

«Estima la Sala, en conclusión, que el párrafo segundo del art. 247 de la NF 2/2005 de 3 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Guipúzcoa (BOG 52/2005 de 17.3.05) es nulo, al vulnerar los artículos 149.1.18 y 149.1.6 de la CE; y puesto que el recurso contencioso-administrativo se ha interpuesto sin previo agotamiento de la vía económico-administrativa, debe declararse la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo conforme a lo previsto en el art. 69.c) de la LJCA» (8).

Recurrida la Sentencia, el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de enero de 2012 (rec. 4318/2008) desestima el recurso, reiterando la fundamentación jurídica de la Sentencia de instancia. Comienza señalando que el párrafo segundo del artículo 247 de la NFGT de Gipuzkoa «vulnera de forma directa las competencias estatales exclusivas para regular materias como el procedimiento administrativo común y la normativa procesal». Cita en su apoyo las siguientes normas: la Disposición Adicional Quinta

---

(7) No obstante, hay que tener presente que el artículo 25.1 LJCA alude de forma genérica a los actos expresos y presuntos que pongan fin a la vía *administrativa* (no específicamente a la vía económico-administrativa), requisito que se cumple cuando se recurre frente a la resolución expresa del recurso de reposición (*vid.*, por ejemplo, el art. 14.2 RD 2/2004, de 5 de marzo). MERINO JARA («Algunas consideraciones sobre...», *ob. cit.*, p. 1237) participa de esta opinión: «No podemos compartir dicho criterio puesto que la cuestión que nos ocupa no es legislación procesal. El artículo 247 de la antedicha NFGTG no modifica la Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que sí es legislación procesal. No existe contradicción entre lo que dispone la NFGTG y, en lo que ahora importa, el artículo 25.1 de la LJCA. Éste condiciona la admisibilidad del recurso a que los actos de la Administración pública que se recurran hayan puesto fin a la vía administrativa, y, a ésta se puede poner fin, evidentemente, si, así se establece, sin necesidad de interponer, obligatoriamente, la reclamación económico-administrativa. Advértase, además, que la situación del recurrente al que le resulta aplicable la NFGTG no empeora con respecto a la del recurrente al que le resulta aplicable la LGT. Por lo demás, los intereses de la Administración no se ven desconocidos en ningún caso; en efecto, si una de las razones que justifican la pervivencia de la reclamación económico-administrativa es «que permite poner en conocimiento de la propia Administración el contenido y fundamento de la pretensión, dándole la oportunidad de resolver directamente el litigio», la regulación foral también permite —es más, impone que lo haga expresamente— que su administración se pronuncie directamente sobre el litigio, con ocasión del recurso de reposición».

(8) No obstante, el Tribunal permite al recurrente el planteamiento de la reclamación económico-administrativa: «El alcance de esta declaración de nulidad del precepto no puede entenderse... en el sentido de que el ejercicio de aquella opción, le veda el acceso a la vía económico-administrativa, quedando firme la resolución administrativa desestimatoria del recurso de reposición. La declaración de nulidad del precepto lo que conlleva es la apertura del plazo, desde la fecha de notificación de esta Sentencia, para la formalización de la reclamación económico-administrativa por los recurrentes».

LRJPAC, los artículos 1 y 8.) LGT (este último establece la reserva de ley para la determinación de los actos susceptibles de reclamación económico-administrativa), el artículo 249 LGT, los artículos 10.d) y 25 LJCA y el artículo 3 de la Ley del Concierto Económico.

Con fundamento en esa normativa, la Sentencia mantiene que «la consecuencia lógica y coherente con el sistema constitucional y con la normativa autonómica es que *la LGT sea una norma de procedimiento administrativo tributario común, aplicable a todas las Administraciones tributarias*, de manera que las especialidades del Concierto Económico y la potestad normativa tributaria que se reconoce en dicha Ley y en el Estatuto de Autonomía no permiten afirmar, como pretende la recurrente, que las Juntas Generales puedan regular un distinto sistema de revisión de los actos en vía administrativa» (9).

Añade que la LGT es la normativa procedimental común en materia tributaria:

«Así pues, tanto la Constitución como las normas legales antedichas configuran un marco común tributario, asignando a la Ley General Tributaria una función reguladora de todas las Administraciones tributarias, estableciendo los principios y las normas jurídicas generales del sistema tributario español, constituyendo una normativa procedimental común en materia tributaria» (10).

Y concluye que la norma impugnada contraviene el procedimiento establecido en la LGT y en la LJCA, confirmando el criterio sustentado en la Sentencia de instancia:

«la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [arts. 10, letras d) y e) y 25.1] mantiene un pulso de coherencia con los arts. 226, 227 y 249 de la LGT, pues sólo considera actividad administrativa impugnable en materia tributaria las resoluciones que ponen fin a la vía económico-ad-

---

(9) La Sentencia recuerda la jurisprudencia del TC recogida en el Preámbulo de la LGT, así como la propia jurisprudencia del TS:

«el marco tributario común ha sido tratado por el Tribunal Constitucional, que en la Sentencia 116/1994, de 18 de abril, ha determinado que «el sistema tributario debe estar presidido por un conjunto de principios generales comunes capaz de garantizar la homogeneidad básica que permita configurar el régimen jurídico de la ordenación de los tributos como un verdadero sistema y asegure la unidad del mismo, que es exigencia indeclinable de la igualdad de los españoles (por todas, STC 19/1987) y no resulta incompatible con las competencias tributarias de las Comunidades Autónomas y con la autonomía financiera y presupuestaria de las mismas (STC 19/1987)» (FJ 5), añadiendo la STC 192/2000 que «la indudable conexión existente entre los arts. 133.1, 149.1.14.<sup>a</sup> y 157.3 de la Constitución determina que el Estado sea competente para regular no sólo sus propios tributos, sino también el marco general de todo el sistema tributario y la delimitación de las competencias financieras de las comunidades autónomas respecto de las del propio Estado» (FJ 6).

La Sentencia de esta Sala de 9 de diciembre de 2004 (rec. cas. núm. 7893/1999) establece que «la unidad del sistema tributario tiene un carácter instrumental respecto del principio de igualdad de los españoles y según la doctrina del Tribunal Constitucional, tampoco es incompatible con las competencias tributarias de las Comunidades Autónomas y con la autonomía presupuestaria y financiera de las mismas (STC 19/1987)» (FD Undécimo).

(10) Agrega que «dicha apreciación no cuestiona la capacidad normativa de los Territorios Históricos, atribuida estatutariamente y por desarrollo en la Ley del Concierto Económico, para regular los tributos, y más concretamente, los tributos concertados de normativa autonómica, pero ello no otorga a la Comunidad Autónoma del País Vasco la potestad de regular un diferente sistema de revisión de los actos en vía administrativa ni, menos aún, los requisitos de acceso al proceso administrativo».

ministrativa (11), de forma que los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas serán competentes para conocer de los recursos contenciosos interpuestos contra las resoluciones dictadas por los Tribunales Económico-Administrativos Regionales y Locales que pongan fin a la vía económico-administrativa, y los provenientes del Tribunal Económico-Administrativo Central en materia de tributos cedidos, lo que cierra a las Comunidades Autónomas la potestad de modificar el sistema de revisión de los actos tributarios y de acceso al proceso administrativo, como vía previa que debe agotarse preceptivamente, so pena de resultar inadmisibles el recurso contencioso-administrativo.

De lo expuesto se deduce que *la norma foral litigiosa contraviene el procedimiento establecido en la Ley General Tributaria y en la propia Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, puesto que éstas regulan que, en materia tributaria, son actos impugnables susceptibles de ser sometidos a control jurisdiccional, en el ámbito de esta Jurisdicción contencioso-administrativa, las resoluciones que ponen fin a la vía económico-administrativa. Por el contrario el párrafo segundo del art. 247 NFGT permite que la vía económico-administrativa sea opcional, pudiendo el contribuyente optar (como en el caso de autos), por acudir de forma directa a la jurisdicción contencioso-administrativa contra la resolución expresa del recurso administrativo de reposición, eludiendo con ello la preceptiva y previa vía económico-administrativa.

En consecuencia, procede confirmar el criterio de la Sala de instancia cuando determinó que el párrafo segundo del art. 247 de la Norma Foral 2/2005 de 3 de marzo, General Tributaria, del Territorio Histórico de Guipúzcoa, era nulo, por vulnerar los arts. 149.1.18.<sup>a</sup> y 149.1.6.<sup>a</sup> de la CE».

## II. Ámbito territorial de aplicación de la LGT

El ámbito territorial de aplicación de la LGT se determina teniendo en cuenta, por un lado, el apartado 1 de su artículo 1, que establece que se aplicará a «todas las Administraciones tributarias» (12) y, por otro, el apartado 2 del mismo precepto,

(11) Además de recordar la crítica formulada a este razonamiento en la nota 7, cabe añadir que hay en el ámbito tributario actos que ponen fin a la vía administrativa por su propia naturaleza. Así, la propia LGT, en materia de revisión de actos, establece ciertas resoluciones que por sí ponen fin a la vía administrativa, sin que resulte necesario un trámite de recurso gubernativo ulterior. Esto sucede, por ejemplo, en el procedimiento de revisión de actos nulos en el que, en el ámbito estatal, la resolución corresponde al Ministro de Hacienda. La no existencia de ulterior recurso, que tales resoluciones pongan *per se* fin a la vía administrativa, concuerda con la previsión de la Disposición Adicional 15.<sup>a</sup> LOFAGE, en cuanto ponen fin a la vía administrativa los actos de «los miembros y órganos del Gobierno». Por eso, el artículo 217.7 LGT, en cuanto al procedimiento de nulidad de pleno derecho, establece que «la resolución expresa o presunta o el acuerdo de inadmisión a trámite de las solicitudes de los interesados *pondrán fin a la vía administrativa*»; lo que es coherente con el artículo 25 LJCA, que simplemente alude a los actos que ponen fin a la vía administrativa (sobre estas cuestiones, véase el *Manual de Revisión de Actos en Materia Tributaria*—VV. AA.—, ed. Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 957 y ss.).

(12) El art. 1 LGT, encabezado como «Objeto y ámbito de aplicación», establece en su apartado 1 que «Esta Ley establece los principios y las normas jurídicas *generales* del sistema tributario español y será de aplicación a *todas* las Administraciones tributarias en virtud y con el alcance que se deriva del artículo 149.1.1.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup>, 14.<sup>a</sup> y 18.<sup>a</sup> de la Constitución».

según el cual «lo establecido en esta Ley se entenderá sin perjuicio (13) de lo dispuesto en las leyes que aprueban el Convenio y el Concierto Económico en vigor, respectivamente, en la Comunidad Foral de Navarra y en los Territorios Históricos del País Vasco». Pues bien, según el artículo 3.a) del Concierto Económico, los Territorios Históricos, en la elaboración de la normativa tributaria, «Se adecuarán a la Ley General Tributaria en cuanto a terminología y conceptos, sin perjuicio de las peculiaridades establecidas en el presente Concierto Económico». El problema de cómo se aplican a los Territorios Históricos las normas de la LGT prácticamente no ha sido tratado por la doctrina (14), que sólo se ha ocupado de plantearlo en relación a las CC.AA de régimen común (15). Los títulos competenciales de la Constitución que se han aducido para formular la aplicación de la LGT a las Comunidades Autónomas de régimen común son tres: 1) El de «La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE); 2) El de la «Hacienda General» (art. 149.1.14.<sup>a</sup> CE); y 3) El de «Las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas» y «el procedimiento administrativo común» (art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE).

Así lo subraya, además del citado artículo 1 LGT, la Exposición de Motivos de esta Ley: «El artículo 1 de la Ley delimita el ámbito de aplicación de la misma, como Ley que recoge y establece los principios y las normas jurídicas generales del sistema tributario español. La nueva Ley General Tributaria debe adecuarse a las reglas de distribución de competencias que derivan de la Constitución Española. Respecto a esa cuestión, el Tribunal Constitucional ha manifestado que «el sistema tributario debe estar presidido por un conjunto de principios generales comunes capaz de garantizar la homogeneidad básica que permita configurar el régimen jurídico de la ordenación de los tributos como un verdadero sistema y asegure la unidad del mismo, que es exigencia indeclinable de la igualdad de los españoles» (STC 116/94, de 18 de abril), y también que «la indudable conexión existente entre los artículos 133.1, 149.1.14.<sup>a</sup> y 157.3 de la Constitución determina que el Estado sea competente para

---

(13) Esto supone, como dicen MANTERO SÁENZ y GIMÉNEZ-REYNA RODRÍGUEZ (*Ley General Tributaria. Antecedentes y comentarios*, AEAJ, 2005, p. 37), que, ante todo, rigen las normas acordadas en los citados Convenio y Concierto (citado por MENÉNDEZ MORENO, en *Estudios de la Ley...*, ob. cit., p. 37). Con anterioridad, MENÉNDEZ MORENO («La futura Ley General Tributaria: algunas reflexiones sobre su naturaleza, ámbito de aplicación y contenido», *Civitas-REDF*, núm. 113, enero-marzo, 2002, p. 12) había apuntado que «el alcance de la aplicación de la futura LGT será el que se determine en las citadas normas reguladoras del Concierto y Convenio de las respectivas CC AA del País Vasco y Navarra con el Estado».

(14) Como excepción, de forma incidental, *vid.* a MORENO PORTELA, «La capacidad normativa tributaria de los Territorios Históricos del País Vasco», *Economiaz*, núm. 38, 1997, pp. 167 y ss., y, de forma extensa, el trabajo de José Luis BURLADA ECHEVESTE citado en la nota 37; y para Navarra el estudio de SIMÓN ACOSTA, «El Convenio Económico», *Civitas-REDF*, núm. 98, 1998, pp. 213 y ss.; y «Cuestiones actuales sobre el Convenio Económico», en *Presente y Futuro del Régimen Foral de Navarra* (VV. AA.), ed. Gobierno de Navarra y Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 21 y ss.

(15) El problema del ámbito subjetivo de la LGT, como expone SOLER ROCH («Reflexiones en torno a la nueva Ley General Tributaria», en *Estudios en homenaje al Profesor Pérez de Ayala* —VV. AA.—, ed. CEU-Dykinson, 2007, p. 114), se ha planteado respecto a los tributos *propios* de las Haciendas autonómicas. En el caso de los tributos compartidos con el Estado, la aplicación de esta ley no ofrece ninguna duda puesto que, en realidad, son tributos estatales. Sin embargo, en el caso de los tributos *propios*, «al tratarse de una ley estatal, su aplicación podría considerarse como intromisión contraria al principio de autonomía financiera de estos entes».

regular no sólo sus propios tributos, sino también el marco general de todo el sistema tributario y la delimitación de las competencias financieras de las CCAA respecto de las del propio Estado» (STC 192/2000, de 13 de julio). En definitiva, de los títulos competenciales previstos en el apartado 1 del artículo 149 de la Constitución, esta Ley se dicta al amparo de lo dispuesto para las siguientes materias: 1.<sup>a</sup>, en cuanto regula las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el cumplimiento del deber constitucional de contribuir; 8.<sup>a</sup>, en cuanto se refiere a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas y a la determinación de las fuentes del derecho tributario; 14.<sup>a</sup>, en cuanto establece los conceptos, principios y normas básicas del sistema tributario en el marco de la Hacienda general; y 18.<sup>a</sup>, *en cuanto adapta a las especialidades del ámbito tributario la regulación del procedimiento administrativo común, garantizando a los contribuyentes un tratamiento similar ante todas las Administraciones Tributarias*».

La STSJ del País Vasco de 13 de junio de 2008 contaba con el antecedente de la STS de 27 de marzo de 1996. En este último caso, la Diputación Foral y las Juntas Generales de Bizkaia interpusieron recurso de casación contra la Sentencia del TSJ del País Vasco de 4 de noviembre de 1992 que, en virtud de impugnación deducida por el Ayuntamiento de Sestao, anuló la Norma Foral 8/1990 aprobada por las Juntas Generales de Bizkaia, relativa al régimen de reclamaciones económico-administrativas contra actos de naturaleza tributaria dictados por los Ayuntamientos y Entidades Locales, que *permitía* a los administrados recurrir ante el Tribunal Económico-Administrativo Foral, en impugnación de determinados acuerdos municipales en materia de aplicación y efectividad de sus tributos, *potestativamente* y cuando el Pleno de las respectivas Corporaciones hubiera decidido someterse a dicha instancia. El Tribunal Supremo recuerda que el caso era distinto al resuelto por la Sentencia de 3 de abril de 1990:

«en este proceso la cuestión se plantea desde un punto de vista diferente, el de la competencia de las Juntas Generales para acordar una disposición de esa naturaleza, que la Sentencia de instancia rechaza por considerar que ni la Disposición Adicional Tercera del Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, ... ni el artículo 10.6 del Estatuto de Autonomía, ni ninguna otra disposición, atribuyan a las Juntas Generales de Vizcaya competencia para regular una materia comprendida entre las que el artículo 149.1.18 de la Constitución atribuye exclusivamente al Estado».

El Tribunal Supremo se apoya en el concepto de «procedimiento administrativo común», según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional:

«El concepto de procedimiento administrativo común, sobre el que el Estado tiene competencia exclusiva, según el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución, comprende, según ha declarado la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre, la determinación de los principios o normas que prescriben los modos de revisión de los actos administrativos, aunque ello no suponga la imposición de un único procedimiento en todo el territorio nacional, puesto que junto a aquellos principios y reglas generales coexisten numerosas reglas especiales de proce-

dimiento aplicables a la realización de cada actividad administrativa «ratione materiae». Por ello el artículo 10.6 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, aprobado por Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, cuando establece que la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene competencia exclusiva sobre las normas procesales y de procedimiento administrativo y económico-administrativo que se deriven de las especialidades del derecho sustantivo y de la organización propia del País Vasco, no implica una atribución incondicionada de competencia a esta Comunidad sobre el procedimiento administrativo, sino limitada a los supuestos en que existan las referidas especialidades.»

Considera el Tribunal que para que deje de aplicarse la LBRL (art. 39 LBRL) se exige un reconocimiento previo de competencia normativa a los Territorios Históricos:

«El artículo 39 LBRL se refiere a los órganos forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, para establecer el carácter supletorio de sus disposiciones respecto a las dictadas para ellos en el marco del Estatuto de Autonomía, lo cual en nada prejuzga la posibilidad de dictar disposiciones específicas sobre revisión de acuerdos locales, que es una materia correspondiente al procedimiento administrativo y no al de la organización y funcionamiento de los órganos administrativos. El carácter supletorio de la LBRL está lógicamente supeditado a que los organismos competentes de los Territorios Históricos del País Vasco hubieran dictado alguna disposición sobre las materias reguladas en ella, lo cual implica como condición previa reconocerles esa competencia normativa, que es justamente lo que se discute en este proceso.»

El Tribunal Supremo tampoco encuentra apoyo suficiente en la Disposición Transitoria 1.<sup>a</sup>, 5.<sup>o</sup> de la Ley del Concierto Económico:

«tampoco lo hace la disposición Transitoria 1.<sup>a</sup> 5 de la Ley del Concierto Económico entre el Estado y el País Vasco, puesto que la competencia que en el mismo se reconoce a los órganos económico-administrativos de los Territorios Históricos se refiere a las reclamaciones contra los actos administrativos dictados por las instituciones competentes de aquéllos, pero nada se dice de los actos dictados por las Corporaciones Locales, que es a lo que se refiere la Norma Foral anulada por la Sentencia de instancia».

El Tribunal Supremo confirma la nulidad de la Norma Foral por «falta de competencia de las Juntas Generales de Vizcaya para adoptar una norma de esas características», referida no a actos de las Diputaciones Forales sino a actos dictados por las Corporaciones Locales (16).

---

(16) Tampoco encuentra el TS cobertura jurídica en la Disposición Adicional Segunda, 6 LBRL y en el artículo 10.6 de Estatuto de Autonomía del País Vasco.

### III. El artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución

CLAVERO ARÉVALO (17) recuerda la génesis del apartado 18 del artículo 149.1 de la Constitución: «Antes que nada quería tener un recuerdo más bien de tipo, no jurídico, sino histórico sobre cómo se produjo ese artículo 149.1.18 de la Constitución (...). Debo decir que ese artículo nace de la siguiente manera: Un día, Luis Cosculluela, que era entonces Director General en el Departamento que yo ocupaba, me hizo ver que en la marcha de los trabajos constitucionales, se echaba de menos la preocupación por la unidad del Derecho Público y muy especialmente del Derecho Administrativo que en la Constitución no estaba garantizada, como sí estaba garantizada la unidad del Derecho Civil en el apartado correspondiente del artículo 149. A él le preocupaba aquello y me ofreció una fórmula —porque yo era de los miembros del Gobierno que estaba en contacto con la ponencia constitucional— para que intentara que fuera a la Constitución y garantizar cierta unidad; y realmente él es el autor del artículo 149.1.18. Después, con Santiago Muñoz Machado, tuvimos bastantes reuniones, lo decantamos, y yo lo que hice fue el trabajo político de sacar aquella idea adelante. Quería en honor suyo y en honor de Santiago, tener este recordatorio, pues fue su preocupación de que no se diluyera la unidad del Derecho Público en un sistema de autonomías el origen de ese artículo 149.1.18. Realmente, lo que creíamos era, en definitiva, que había muchas cosas comunes en nuestro sistema, lo que pudiéramos llamar la teoría general del Derecho Administrativo, que no se debía diluir. Este precepto no existe en otras Constituciones; la paternidad ya he dicho de quién es».

Por tanto, hemos de acudir a las explicaciones de COSCULLUELA MONTANER (18), para llegar a la interpretación auténtica del precepto.

(17) *Coloquio sobre el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (Director: LÓPEZ MENDUO), Universidad de Córdoba, 1993, p. 51.

En otra conferencia («Las transformaciones del Derecho Administrativo en España tras veinticinco años de Constitución», 23 de enero de 2003, INAP, pp. 9-10), el Profesor CLAVERO ARÉVALO insiste en que con el apartado 18 del artículo 149.1 CE se pretendió preservar una legislación común para todas las Administraciones Públicas: «permítidme que formule una reflexión sobre si tenemos o no, al comenzar el siglo XXI, un sistema de Derecho Administrativo mejor que el que se forjó a lo largo del siglo XIX (...). En lo que respecta a la que llamamos parte general, en la que se integran las grandes instituciones de la disciplina (procedimiento, acto administrativo, expropiación forzosa, contratos administrativos, jurisdicción contencioso-administrativa, responsabilidad de la Administración Pública, potestad sancionadora, función pública, etc.), yo diría que sí, porque, además de los progresos científicos incorporados al ordenamiento, tenemos una legislación que es común a todas las Administraciones Públicas, mientras que en nuestro Derecho Administrativo anterior las instituciones generales se regulaban de manera diferente para cada nivel de Administración Pública. No había un procedimiento común, sino una legislación de procedimiento administrativo para la Administración del Estado, otra para los organismos autónomos, y así en materia de contratos, incluso de jurisdicción contencioso-administrativa (Estatutos de Calvo Sotelo, Ley Municipal de 1935), de responsabilidad de la Administración, de funcionarios públicos, de bienes, de contratos, etc. La conquista ha sido importante y tiene su origen en el artículo 149.1.18 de la Constitución, que atribuye a la competencia exclusiva del Estado la materia y las instituciones de la parte general del Derecho Administrativo». E insiste en los autores del precepto constitucional: «Cuento el nacimiento de este precepto. Los Profesores Luis Cosculluela Montaner y Santiago Muñoz Machado colaboraban conmigo en 1977 en el Ministerio para las Regiones. Pensamos que sería bueno para el Derecho Administrativo que las instituciones de la parte general tuvieran la mayor uniformidad posible y redactamos un texto que hice llegar a la ponencia que elaboraba la Constitución, uno de cuyos componentes, don José Pedro Pérez Llorca, era asesor mío. La ponencia lo admitió y ése es el origen del artículo 149.1.18 de la Constitución, que tan importante ha sido y es para el Derecho Administrativo».

(18) Seguimos su estudio «El encuadre ordinamental de la Ley», en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común* (VV. AA.), ed. Carpeñi, Madrid, 1993, pp. 25 y ss.



### III.1. Concepto de procedimiento común

Apunta COSCULLUELA MONTANER que el artículo 149.1.18 (19) CE atribuye competencias legislativas al Estado sobre los aspectos más relevantes del Derecho Público interno español, recogiendo las «materias» más significativas del Derecho Administrativo. Su fundamento es doble: a) garantizar un tratamiento común a los administrados ante las Administraciones Públicas (20); b) establecer un *modus operandi* común que posibilite y facilite las relaciones entre las Administraciones Públicas (21). «El fundamento de ello no se encuentra sólo en la consideración general de que el interés público exija una normativa uniforme en todo el territorio estatal (22), como en

---

(19) GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO (*Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, I, ed. Thomson-Civitas, 2007, pp. 108-109) establecen una clara diferencia entre los números 6 y 18 del artículo 149.1 CE. El artículo 149.1.6.º CE dice que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la «legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del *derecho sustantivo* de las Comunidades Autónomas». En este caso, las especialidades derivan del «derecho sustantivo» de la Comunidad Autónoma. La redacción del apartado 18.º es diferente; en este supuesto la redacción es restrictiva; sólo son admisibles «especialidades derivadas de la organización», no del «derecho sustantivo».

(20) Igualmente, GARCÍA DE ENTERRÍA («Un punto de vista...», *ob. cit.*, p. 215), refiriéndose al artículo 149.1.18.º CE: «El «procedimiento administrativo común» (que recoge como título la propia Ley) es una competencia estatal porque se ha querido preservar la unidad del sistema de garantías; así lo subraya aún la precisión de que las «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas... garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas.»»

(21) En este sentido expone que el procedimiento común se justifica como medio de establecer unos estándares en las normas procedimentales de las Administraciones Públicas, que permitan garantizar unos patrones comunes de actuación para la adecuada salvaguarda de los principios de objetividad y eficacia que deben presidir la acción de todas las Administraciones Públicas y para permitir y optimizar las adecuadas relaciones entre todas ellas. «No se trata tan sólo de que ... el procedimiento cumpla una finalidad de garantizar el buen hacer administrativo..., sino de establecer unos cauces de acción común que faciliten y permitan las relaciones entre las Administraciones Públicas y para con los ciudadanos en todo el territorio nacional». Y en su *Manual de Derecho Administrativo* (ed. Thomson-Civitas, 15.ª edic., 2004, p. 372) incidirá de nuevo en estas ideas: «Por la dimensión política y constitucional que tiene el procedimiento administrativo, corresponde al Estado su legislación común para todas las Administraciones Públicas. El título competencial habilitante se encuentra en el artículo 149.1.18.º CE. (...) El procedimiento se regula también en una Ley estatal por cuanto es esencial un tratamiento común de los ciudadanos o administrados ante cualquier Administración Pública. Este trato común se eleva a categoría y fundamenta la competencia estatal para regular la materia, ya que en el procedimiento deben reflejarse todas las garantías esenciales para el ciudadano en sus relaciones jurídicas concretas con los Poderes Públicos que más directa y frecuentemente intervienen en su vida: las Administraciones Públicas. Pero junto a esta preocupación garantista, el establecimiento de un *modus operandi* común, de unos patrones de actuación, es lo que posibilita y facilita las relaciones entre todas las Administraciones Públicas en cuanto parte integrante de un todo único que es el Estado en el que se integran y lo que garantiza los principios de objetividad y eficacia que deben presidir la acción de todas las Administraciones Públicas.»

(22) La STC 50/1999, de 6 de abril, ha declarado que «... no puede compartirse la alegación del Abogado del Estado conforme a la cual toda previsión normativa que incide en la forma de elaboración de los actos administrativos, en su validez y en su eficacia o en las garantías de los administrados, debe ser considerada parte del procedimiento administrativo común, pues en tal caso se incluiría en este título competencial la mayor parte del Derecho Administrativo. Ciertamente este Tribunal no ha reducido el alcance de esta materia competencial a la regulación del procedimiento entendido en sentido estricto, que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración (iniciación, ordenación, instrucción, terminación, ejecución, términos y plazos, recepción y registro de documentos); en esta competencia se han incluido también los principios y normas que «prescriben la forma de elaboración de los actos, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento» (STC 227/1988). Sin embargo, de ello no puede deducirse que forme parte de esta materia competencial toda regulación que de forma indirecta pueda tener alguna repercusión o incidencia en el procedimiento así entendido o cuyo incumplimiento pueda tener como consecuencia la invalidez del acto.»

el caso de las leyes básicas, sino en la más específica de la garantía de un tratamiento común de los administrados ante las Administraciones Públicas (23), y en la exigencia de que los modos de acción de las Administraciones Públicas respondan a unas características comunes que posibiliten una más adecuada relación entre todas ellas», destacando que «en la concepción del constituyente, por tanto, lo común era cualquier materia procedimental, en sentido amplio, que tuviera relevancia fundamental con la salvaguardia de las garantías de los administrados, a los que se les debía garantizar un tratamiento común en sus relaciones con cualquier Administración Pública. En este sentido, resultan evidentemente comprendidas en el término, los cauces de acceso y participación de los administrados en la elaboración de las disposiciones que les afectan; los requisitos para la validez de las actuaciones administrativas y su formalización y notificación a los interesados, que son determinantes para su posterior control jurisdiccional; las vías de recurso; y las potestades y privilegios de la Administración en la ejecución de sus actos». Y añade que «el inciso referido al primer bloque de materias que se regulan en el art. 149.1.18 en el que se expresa «garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas» tiene una más directa relación con el segundo bloque de materias: el procedimental (al que se refería en las primeras re-

(23) El Preámbulo de la LRJPAC así lo explicita:

«...respecto al procedimiento administrativo común y al sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas... la Constitución las recoge como una *competencia normativa plena y exclusiva del Estado*. La Ley contempla esta concepción constitucional de distribución de competencias y regula el procedimiento administrativo común, *de aplicación general a todas las Administraciones Públicas* y fija las *garantías mínimas* de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa».

Como ha señalado LÓPEZ RAMÓN («Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas», *RAP* núm. 130, enero-abril 1993, p. 108), el objetivo del artículo 149.1.18 CE es lograr una homogeneidad procedimental desde el punto de vista de las garantías del ciudadano; establecer unas garantías procedimentales comunes en todo el Estado. Y la razón para ello es que el procedimiento administrativo común no es concebible como una regulación encaminada directamente a la adopción de decisiones por las Administraciones Públicas, sino como un conjunto de garantías procedimentales que las Administraciones deberán observar en la toma de las decisiones que, con arreglo a determinados procedimientos y para el logro de ciertas finalidades de interés público, les permitan adoptar las Leyes y Reglamentos reguladores de los distintos sectores de la actividad pública. «En otro caso, la competencia estatal sobre el procedimiento administrativo común, eliminaría prácticamente las competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas». La STC 23/1993, de 21 de enero, distingue las diversas técnicas de distribución de competencias incluidas en el artículo 149.1.18 CE: «la Constitución, en su art. 149.1.18, emplea diversas técnicas de distribución competencial, y de reserva de competencias al Estado. El precepto reserva al Estado las «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios». Pero no emplea el mismo criterio (distinción entre bases y desarrollo) al reservar *in toto* al Estado la competencia sobre «procedimiento administrativo común». Es ésta, pues, una competencia exclusiva del Estado, y no reducida al establecimiento de bases o normas básicas» (FJ 3). La Sentencia señala que la norma impugnada (régimen del silencio administrativo y otras cuestiones recogidas en el Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo) regula extremos del procedimiento administrativo que deben ser «comunes» en todo el Estado, habida cuenta de «la necesidad de que esa garantía mínima que redunde en beneficio de los administrados juegue por igual para todos los españoles que dirigen sus peticiones...». De esta forma —advirtió LÓPEZ RAMÓN («Reflexiones...», *ob. cit.*, p. 110)—, «el juego del título competencial es, pues, muy similar al de las competencias básicas (...) La calificación dependerá de si la competencia se refiere al procedimiento administrativo, sin más, o al procedimiento administrativo común; en el primer caso, la competencia estatal sobre el procedimiento administrativo tiene todas las características de una competencia básica; en el segundo, la competencia puede ser calificada de exclusiva, siempre y cuando se refiera sólo a los aspectos comunes del procedimiento administrativo. Por eso la misma STC 23/1993, tras haber legitimado los contenidos del Real Decreto-Ley impugnado como competencia exclusiva del Estado sobre el procedimiento administrativo común, completa su argumentación destacando que “a la misma conclusión habría de llegarse también si se considerase como bases o normas básicas los preceptos impugnados:”

daciones de borradores para dicho Texto); y en todo caso, es de especial aplicación a ambos bloques de materias» (24).

Aunque la competencia para regular el procedimiento común es exclusiva del Estado, ello no excluye competencias complementarias de las CCAA tanto por razones organizativas (25) como por aspectos que no inciden en la materia común: «la competencia para regular el procedimiento común es exclusiva del Estado, sin perjuicio de las especialidades organizativas de las Comunidades Autónomas (26) (...) la competencia estatal para regular el procedimiento común permite el ejercicio de una competencia complementaria de las Comunidades Autónomas, derivada tanto de sus especialidades organizativas, como de la necesidad de regular aspectos procedimentales que no alcanzando relieve de materia común deban ser completadas respecto del procedimiento común, o que se impongan como especialidades derivadas de la actividad sectorial a la que hacen referencia» (27).

(24) En este mismo sentido, GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO (*Comentarios...*, *ob. cit.*, p. 107) advierten, en relación al inciso con el que se inicia el artículo 149.1.18 CE (desde «las bases...» hasta «tratamiento común ante ellas»), que «está refiriéndose también al procedimiento administrativo (...) se está hablando, pues, de garantías jurídicas, se está hablando de actuación ante las Administraciones públicas, se está hablando de administrados. Y todo eso está en la LPA —también en la LRJ—, todo eso es procedimiento administrativo en el sentido comprensivo y amplio que tiene dicha expresión en aquella Ley».

(25) La razón de ello —explica COSCULLUELA MONTANER (*Manual...*, *ob. cit.*, p. 373)— es que el procedimiento va íntimamente ligado en otros aspectos a la organización de la Administración actuante, y por ello el propio artículo 149.1.18.<sup>º</sup> salva la competencia de estas Administraciones en estos aspectos puramente organizativos ligados al procedimiento (por ejemplo, la determinación del órgano titular de una determinada competencia autonómica o la de los actos que ponen fin a la vía administrativa). Matiza, no obstante, que el TC ha ido más lejos en el reconocimiento de competencias legislativas a las Comunidades Autónomas en materia de procedimiento. «Partiendo de la base de que las normas procedimentales tienen que reflejar también aspectos ligados a la concreta materia o sector al que se refieren, se les reconoce también capacidad para regular estos extremos cuando tienen la competencia para regular sustantivamente el régimen de dicho sector o materia (STC 227/1988). Por ejemplo, la regulación del tipo de requisitos a justificar, o la forma de hacerlo, en la petición de una autorización para ejercer una concreta actividad. No obstante, estas reglas procedimentales que pueden ser dictadas por las Comunidades Autónomas o por otras Entidades Públicas son meramente complementarias de las comunes que se establecen en la LPC».

LÓPEZ RAMÓN («Reflexiones...», *ob. cit.*, p. 109) realiza una interpretación amplia de la expresión «organización propia de las Comunidades Autónomas» del artículo 149.1.18 CE. A su juicio, esta referencia, como criterio determinante de las competencias autonómicas sobre especialidades procedimentales, sólo cobra sentido específico si se entiende que la palabra «organización», al igual que sucede con el artículo 137 CE, comprende las competencias de las Comunidades Autónomas; «la organización, mediante los procedimientos de toma de decisiones, de los diferentes sectores correspondientes a las Comunidades Autónomas».

(26) GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO (*Comentarios...*, *ob. cit.*, pp. 110 y ss.) hubiesen preferido el empleo de la expresión «especialidades orgánicas»: «...circunloquio que podría haberse evitado hablando simplemente de «especialidades orgánicas», en el bien entendido de que la especialidad de que se habla hace referencia a los órganos regionales que estén llamados a desempeñar las funciones procesales que en la ley básica estatal se encomiendan a órganos del Estado. La previsión constitucional resulta así perfectamente lógica y absolutamente indispensable en la medida en que la LPA contiene, efectivamente, una serie de preceptos en que se mencionan específicamente órganos del Estado —Consejo de Ministros, Comisiones Delegadas del Gobierno, Ministerios, Secretarías Generales Técnicas, Dirección General de lo Contencioso del Estado, Gobiernos Civiles, Oficinas de Correos—, etc. Y así, por ejemplo, es previsible —y deseable— que la relación de órganos que menciona el artículo 66 para la llamada presentación indirecta de escritos y documentos administrativos se complete con la correspondiente norma regional que precise los órganos de las Comunidades Autónomas ante los que puede efectuarse una presentación de este tipo».

(27) Tras recoger el FJ 32 de la STC 227/1988, ahonda en esta idea: «se reconoce a las Comunidades Autónomas, competencia legislativa en materia de procedimiento administrativo, si bien con carácter complementario de la legislación común sobre procedimiento administrativo, que es competencia exclusiva del Estado. (...) La legislación autonómica, de carácter complementario, tiene en consecuencia sus límites, del mismo modo que

### III.2. Procedimiento común y procedimiento general

«Común» —dice COSCULLUELA MONTANER— «no se identifica con el carácter que la doctrina dio al procedimiento regulado en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. También las normas de esa Ley establecían un procedimiento «común» (28) que se diferenciaban de los procedimientos especiales que en la propia ley o en otras disposiciones (al amparo de lo dispuesto en la Disposición Final Primera de la misma Ley), se declararon subsistentes o se introducían por la legislación sectorial al regular aspectos procedimentales de las distintas actividades y servicios administrativos (29). A efectos de considerar el sentido de las relaciones entre procedimientos conviene mejor considerar que la Ley de 1958 establecía un procedimiento general frente a otros especiales (...), la Ley que comentamos [LRJPAC] no puede unificar absolutamente toda la normativa procedimental en la materia. Lo impide la consideración del reconocimiento de la potestad organizatoria de las distintas Administraciones Públicas, por una parte, que habilita en la propia Constitución para regular las correspondientes «especialidades organizativas». Desde este plano, es evidente que no cabe al amparo del art. 149.1.18, aprobar un único procedimiento general de aplicación inexcusable para todas las Administraciones Públicas (30). Por otra parte, se ha destacado también la necesaria conexión de

---

tampoco ninguna legislación especial estatal puede, en mi opinión, regular procedimientos especiales en los que estén ausentes las garantías esenciales que el procedimiento común reconoce a todos los ciudadanos». El Preámbulo de la LRJPAC refleja la doctrina sentada por la STC 227/1988:

«Esta regulación no agota las competencias estatales o autonómicas de establecer procedimientos específicos «ratione materiae» que deberán respetar, en todo caso, estas garantías. La Constitución establece la competencia de las Comunidades Autónomas para establecer las especialidades derivadas de su organización propia pero además, como ha señalado la jurisprudencia constitucional, no se puede disociar la norma sustantiva de la norma de procedimiento, por lo que también ha de ser posible que las Comunidades Autónomas dicten las normas de procedimiento necesarias para la aplicación de su derecho sustantivo, pues lo reservado al Estado no es todo procedimiento sino sólo aquél que deba ser común y haya sido establecido como tal. La regulación de los procedimientos propios de las Comunidades Autónomas habrán de respetar siempre las reglas del procedimiento que, por ser competencia exclusiva del Estado, integra el concepto de Procedimiento Administrativo Común».

(28) «Común» no es lo contrario a especial, sino a lo peculiar o particular (PAREJO ALFONSO: «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*—Directores: LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN—, ed. tecnos, 1993, p. 29).

(29) GONZÁLEZ PÉREZ y GONZÁLEZ NAVARRO (*Comentarios a la Ley de Régimen...*, ob. cit., p. 105) han criticado la expresión «procedimiento administrativo común», pues «en nuestro derecho no existe un procedimiento administrativo común o general, sino una pluralidad de procedimientos formalizados que sirven de cauce al cumplimiento de fines administrativos diversos (expropiar, sancionar, etc.). Resulta evidente, por tanto, que ese pretendido “procedimiento administrativo común” (o lo que es lo mismo, general), a que se refiere el artículo 149.1.18.<sup>º</sup> de la Constitución, es una figura ilusoria o fantasmal, a menos que entendamos que se ha querido aludir al conjunto de instrumentos procesales que en ese momento aparecía “almacenado” en el Título IV de la LPA, bajo la impropia rúbrica de “procedimiento”».

(30) COSCULLUELA MONTANER («El encuadre...», ob. cit., p. 37), refiriéndose, entre otros, a los procedimientos tributarios, subraya que «si bien tales procedimientos tienen una regulación normativamente separada, no pueden dejar de responder en lo esencial a los mismos principios fundamentales que informan la Ley que comentamos [LRJPAC] en orden a la salvaguarda de las garantías de los derechos e intereses de los administrados, pues de otra suerte, se estaría sectorialmente violando la intención fundamental del constituyente al establecer un procedimiento común».

las normas adjetivas o procedimentales con la normativa sustantiva reguladora de los distintos sectores de la acción administrativa» (31).

Es del mismo parecer PAREJO ALFONSO: «La específica determinación constitucional del título competencial procedimental estudiado no persigue una regulación estatal única de un procedimiento general. (...) Antes al contrario, tiene por objeto la regulación de lo común, de los institutos jurídicos necesarios a toda actividad administrativa unilateral que, debiendo desarrollarse por un cauce procedimental, esté dirigida a producir actos jurídicos» (32).

### III.3. Común no significa procedimiento uniforme o único

Aclara COSCULLUELA MONTANER que «un único procedimiento en el sentido riguroso del término no puede servir para las complejas modalidades de la actividad administrativa. En este plano procedimiento «común», término también referido al procedimiento regulado en la Ley de 1958 por doctrina y jurisprudencia, no se identifica con uniforme o único y hace referencia al elenco de actuaciones procedimentales que unas veces con carácter imperativo y otras dispositivo se ofrecen al operador administrativo para producir su actividad. Este concepto, sin embargo, ... no se identifica, con el que se invoca en el art. 149.1.18 de la Constitución. Puesto que el término común que se contiene en el art. 149.1.18 de la Constitución no tiene como referencia a otros procedimientos (formalizados en la terminología expuesta), sino a la totalidad de las Administraciones Públicas que debe aplicarlo» (33).

---

(31) COSCULLUELA MONTANER (*Manual...*, *ob. cit.*, p. 373) mantiene que existe un procedimiento común de obligado cumplimiento para todas las Administraciones Públicas en todo el Estado español que se regula en la LR-JPAC, «pero éste no puede ser entendido como un procedimiento único, sino que en materias concretas puede venir integrado por normas procedimentales *ratione materiae*, de obligado cumplimiento, que respeten lo establecido en aquel procedimiento común. En cierto sentido, el procedimiento común, además de este carácter que predica su obligado cumplimiento por todas las Administraciones Públicas, tiene también el carácter de procedimiento marco que permite adecuar las normas procedimentales tanto a la organización como a las singularidades de la materia sobre la que incide, pero sin menoscabar las reglas del procedimiento administrativo común».

(32) «Objeto, ámbito de aplicación...», *ob. cit.*, p. 29; profundizando en nota que «Como en su momento puso de relieve F. GONZÁLEZ NAVARRO, «Procedimiento administrativo común, procedimientos triangulares y procedimientos complejos», *Revista de Estudios de la Vida Local*, núm. 211, pp. 414 y ss. (luego también en *Derecho administrativo español*, tomo II, Pamplona 1988), ya la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 había obviado la perspectiva del establecimiento de un procedimiento administrativo general, que debiera ser observado en todo caso, para adoptar la de la regulación y determinación del instrumental jurídico-procedimental al que acudir para articular cualesquiera actuaciones administrativas aun cuando éstas no tuvieran un cauce específico predeterminado normativamente. La Ley de 1958 establecía, pues, no un procedimiento general, sino una regulación general del procedimiento. Esta posición doctrinal llegó a tener eco jurisprudencial de la mano del propio F. González Navarro como Magistrado Ponente de la Sentencia del TS de 12 de febrero de 1986. En este mismo sentido de interpretación del adjetivo «común» como expresivo de la voluntad de la norma constitucional de reservar al poder central «la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del *iter* procedimental ... de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben ... las garantías generales ... en el seno del procedimiento», la STC 227/1988, de 29 de noviembre. Sin perjuicio de compartirse esta tesis doctrinal y jurisprudencial, no puede dejar de reconocerse que —por su misma estructura sistemática— la Ley de 1958 propició una interpretación y aplicación prácticas que más bien veían en su texto dispositivo la ordenación de un procedimiento tipo o general. En la medida en que la nueva Ley aquí comentada asume una similar disposición sistemática, existe el riesgo de que sea objeto de una parecida malinterpretación».

(33) En palabras de PAREJO ALFONSO (*idem*, pp. 29-30), la legislación estatal habilitada por ese título competencial tiene una función ordinamental: garantizar la unidad de fondo o última de la totalidad de la actividad

Como advierte LÓPEZ MENUDO (34), hay que apreciar en el precepto constitucional una notable rigidez literal que avalaría una primera interpretación maximalista, en el sentido de que exceptuando «las especialidades del procedimiento derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas», el Estado ostentaría una competencia *total*, sin límite alguno para regular los aspectos procedimentales que tuviese por conveniente, hasta en sus más ínfimos detalles; en suma, una competencia *total* sólo excepcionada por razón de las especialidades organizativas de las Comunidades Autónomas. La propia doctrina del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo han desmentido la rigidez de esta interpretación (el «todo estatal» menos «lo orgánico autonómico»), añadiendo nuevas apreciaciones que suavizan el sistema notablemente. Así, se excluyó del concepto de «procedimiento administrativo común» el de elaboración de disposiciones de carácter general, al tomar el Tribunal Constitucional (STC 15/1989, de 26 de enero, recaída en el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios) como criterio el de la materia u objeto regulado. La Sentencia salva la tacha de inconstitucionalidad denunciada señalando que el procedimiento para la elaboración de disposiciones de carácter general no tiene naturaleza de común, pues «es un procedimiento administrativo *especial*, respecto del cual las Comunidades Autónomas gozan de competencias exclusivas cuando se trate del procedimiento para la elaboración de sus propias normas de carácter general» (35).

La STC 227/1988, de 29 de noviembre (sobre la Ley de Aguas) sienta una doctrina más general, un verdadero *criterium* que llega a relativizar notablemente el sentido cuasi-absoluto de la competencia estatal. La Sentencia opera también sobre la distinción «procedimiento general-procedimiento especial», como par de ideas correlativas a lo estatal y lo autonómico, salvando siempre a favor del Estado, es decir, como derecho común, «la determinación de los principios o normas que definen la estructura general del *iter* procedimental, la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, los modos de revisión y los medios de ejecución de los actos administrativos, incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares», pudiendo así corresponder a las Comunidades Autónomas la regulación de los procedimientos inherentes al ejercicio de sus competencias sustantivas, quedando así enfatizada la naturaleza adjetiva de la norma procedimental, predestinada como algo accesorio, a seguir a lo principal. Este enfoque es, a juicio de LÓPEZ MENUDO, en principio correcto y está en la línea del sistema alemán, donde el procedimiento administrativo «está a la sombra del derecho ma-

---

administrativa, gracias a un mínimo común de juego: —*Vertical* o penetrante en todos los ordenamientos territoriales y, por tanto, vinculante para todos los legisladores (incluidos los órganos de gobierno de los entes locales); —*Horizontal* o en el seno de cada uno de los ordenamientos territoriales (incluido el estatal), por la posibilidad y la necesidad de que haya —al margen de la legislación del procedimiento común y respetándola— regulaciones del procedimiento general y de procedimientos especiales (estos últimos en función de los requerimientos de los sectores materiales de la acción pública administrativa).

(34) «Los principios generales del procedimiento administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 129, septiembre-diciembre 1992, pp. 68 y ss.

(35) Este razonamiento jurídico ha merecido las acertadas críticas de LÓPEZ MENUDO («Los principios...», *ob. cit.*, p. 70): a) No porque la LPA incardinase el procedimiento de elaboración de Reglamentos entre los especiales, era aquél menos troncal que los del resto de la Ley; b) Ese procedimiento incluye garantías pertenecientes al procedimiento administrativo común, que corresponde asegurar al Estado; c) Se confunde el auténtico concepto de lo «común», confundiéndolo con lo «genérico» y contraponiéndolo a lo «específico»; d) Introduce el binomio común-especial, que hace peligrar el sentido del adjetivo «común», que la Constitución concibe como derecho estatal de aplicación directa y no subsidiaria.

terial», como expresivamente señala H. MEYER, aunque advirtiendo también sobre un dato de enorme importancia: la homogeneidad fundamental de las leyes de procedimiento federales y las de los *Länder*, fruto de una pactación al respecto. «Ocurre sin embargo que esa doctrina nos obliga a seguir indagando cuándo estamos ante una garantía «general» y cuándo ante una «especial»; y, además, que si ese criterio se generaliza sin otras matizaciones, llega a coincidir con la solución que contempla el art. 149.1.6.º, que consagra la preferencia de la Ley procesal territorial derivada del *derecho sustantivo* de la Comunidad Autónoma, supuesto claramente distinto, al menos literalmente, del contemplado en el párrafo 18 del mismo artículo, que no habla de especialidades por razón del «derecho sustantivo», sino de la «organización».»

Finalmente, LÓPEZ MENUDO apunta que en esa misma línea «desmitificadora», la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1986 (Ponente: GONZÁLEZ NAVARRO) razonó sobre la posibilidad de que las Comunidades Autónomas ostenten en realidad un nivel de competencias sobre el procedimiento muy superior de lo que parece en principio porque la Ley estatal no puede moverse en el terreno de los procedimientos-tipo agotadoramente regulados, lo que supone dejar un margen libre para una legislación complementaria. La Sentencia proclama que «en materia de procedimiento administrativo hay que estar al artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE, el cual aunque en primera lectura pueda parecer restrictivo ... es de una gran flexibilidad, pues no sólo es que permite regular los aspectos orgánicos de todo procedimiento, sino que —respetando los principios de la Ley básica estatal de procedimiento administrativo, que lo es todavía hoy la preconstitucional de 17 de julio de 1958— permite instrumentar cauces procesales inéditos cuando el adecuado a una concreta actividad administrativa no esté formalizado. Y esto porque el Título IV de la Ley estatal no regula un procedimiento propiamente dicho, sino trámites aislados a utilizar cuando lo juzgue necesario el instructor (caso de los procedimientos no formalizados) o lo establezca la norma aplicable (cuando el trámite se encuentre formalizado)». Es decir, ese presunto poder se aminora ya no sólo en razón a las especialidades *orgánicas* e incluso las inherentes a las competencias *sustantivas* de las Comunidades Autónomas, sino también por el hecho de que el «procedimiento» que puede regular el Estado no es en realidad un genuino «procedimiento» —un *iter*—, sino, todo lo más, un marco *para* los procedimientos, lo que lleva implícita, lógicamente, la necesidad de admitir los complementos normativos (36).

Concluye LÓPEZ MENUDO que el *criterium* de lo que debe constituir lo «común» no debe atender al tipo de procedimiento (general-especial); o a qué poder público ostente la competencia sustantiva sobre una materia (puesto que ello no garantiza el resultado final de una igualdad de trato para todos los ciudadanos de cualquier parte del territorio de España, que es de lo que se trata). «Habrá de tenerse por común cualquier garantía *esencial*, donde quiera que ésta se encuentre, o sea, referirse a aquellos supuestos necesarios para garantizar a los administrados un tratamiento común», o en otras palabras, «la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», expresiones del artículo 149.1.1.º y 18.º, que aunque no referidas directamente al «procedimiento administrativo común» son aplicables a éste (...) (37).

(36) LÓPEZ MENUDO, F., «Los principios...», *ob. cit.*, p. 73.

(37) Es la misma tesis que sostiene José Luis BURLADA ECHEVESTE en «La capacidad normativa de los territorios históricos en materia de reclamaciones económico-administrativas», *Revista de Información Fiscal*, núm. 94, agosto 2009, pp. 13 y ss.

Por consiguiente, el Estado debe asumir como «común» cualquier garantía básica donde quiera que ésta se halle, sea en procedimiento general o especial, sea la competencia sustantiva estatal o autonómica» (38).

#### IV. La Ley General Tributaria y los Territorios Históricos

En el caso enjuiciado por la Sentencia del TSJ del País Vasco de 13 de junio de 2008, la Diputación Foral de Gipuzkoa y las partes recurrentes argumentaban que no se hallaba comprometido el título competencial previsto en el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE porque el procedimiento tributario no es «procedimiento administrativo común», sino procedimiento administrativo especial. En cambio, el Tribunal razona correctamente que, de acuerdo con la STC 227/1988 y 72/2003, de 10 de abril, la LGT es «norma de procedimiento común» en materia tributaria. En la STC 227/1988, de 29 de noviembre (39) (FD 32) ya se analizó qué se entendía por «procedimiento administrativo común» ex artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE, señalando que incluía, entre otros aspectos, los modos de revisión de los actos administrativos:

«... exige determinar ante todo lo que debe entenderse por «procedimiento administrativo común», a los efectos previstos en el citado art. 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución. El adjetivo «común» que la Constitución utiliza lleva a entender que lo que el precepto constitucional ha querido reservar en exclusiva al Estado es la determinación de los principios o normas que, por un lado, definen la estructura general del *iter* procedimental que ha de seguirse para la realización de la actividad jurídica de la Administración y, por otro, prescriben la forma de elaboración, los requisitos de validez y eficacia, *los modos de revisión* y los medios de ejecución de los actos administrativos, *incluyendo señaladamente las garantías generales de los particulares en el seno del procedimiento*».

Estos principios y reglas generales se encuentran regulados en las leyes generales sobre la materia:

«Ahora bien, sin perjuicio del obligado respeto a esos principios y reglas del «procedimiento administrativo común» *que en la actualidad se encuentran en las leyes generales* (40) *sobre la materia* —lo que garantiza un tratamiento asimismo común de los administrados ante todas las Administraciones públicas, como exige el propio art. 149.1.18.<sup>a</sup>— coexisten numerosas reglas especiales de procedimiento aplicables a la realización de cada tipo de actividad administrativa *ratione materiae*» (41).

(38) «Los principios...», *ob. cit.*, pp. 73-74.

(39) Doctrina que reiteran las SSTC 98/2001, de 5 de abril y 72/2003, de 10 de abril.

(40) Nótese que el TC utiliza el plural para referirse a las Leyes.

(41) La Sentencia precisa que:

«La Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexas a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. Así lo impone la lógica de la acción administrativa, dado que el procedimiento no



La STS de 25 de enero de 2005 (RA, 1098), referida a una cuestión tributaria, señala que la palabra «común» del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE debe identificarse no con la materia, sino con aquello que ha de regir en todo el territorio de la Nación española:

«El artículo 149 de la Constitución fija el marco normativo de competencia exclusiva del Estado, dentro del que figura un apartado 1.18.<sup>a</sup> donde se hace referencia al «procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas». Es decir, el carácter de «común» se predica respecto del que ha de regir en todo el territorio de la Nación española y vinculante para las Comunidades Autónomas, y no respecto a la sujeción a él de todas las materias administrativas. Precisamente la existencia de un procedimiento «común» implica la posibilidad de que existan procedimientos «especiales»; en otro caso, el Texto constitucional hablaría de procedimiento «único», «exclusivo», «unitario» que son términos antónimos de «común». (...) La Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1992 no puede considerarse contraria al precepto constitucional citado, sin perjuicio de que en el terreno de la doctrina científica, y en términos de *lege ferenda*, pueda patrocinarse y aun desearse la existencia de un procedimiento administrativo único y omnicompreensivo, exento de particularismos, del que la realidad práctica tanto dista por el momento».

El artículo 1.2 LGT se remite, en cuanto a su alcance en los Territorios Históricos, a la Ley del Concierto Económico, que establece en su artículo 3.a), como límite, respecto a los conceptos, la adecuación a la LGT. Esta adaptación, a juicio de CALVO ORTEGA, «es más importante de lo que a primera vista pueda parecer ya que la asunción de un concepto lleva consigo la aceptación de su efectualidad lógica (por ejemplo, si asumimos los conceptos de responsable o de consulta tributaria incorporamos también sus efectos jurídicos)» (42). A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (43) ha precisado que, aunque las potestades tributarias de los Territo-

---

es sino la forma de llevarla a cabo conforme a Derecho. De lo contrario, es decir, si las competencias sobre el régimen sustantivo de la actividad y sobre el correspondiente procedimiento hubieran de quedar separadas, de modo que al Estado correspondieran en todo caso estas últimas, se llegaría al absurdo resultado de permitir que el Estado pudiera condicionar el ejercicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial, o paralizar incluso el desempeño de los cometidos propios de las Administraciones autonómicas si no dicta las normas de procedimiento aplicables en cada caso. En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta cumple también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas de procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias».

(42) *Curso de Derecho Financiero I. Derecho Tributario (Parte General). II. Derecho Presupuestario*, ed. Thomson-Civitas, 12.<sup>a</sup> edic., 2008, p. 496.

(43) El caso enjuiciado por la STS de 3 de abril de 1990 fue distinto al resuelto por la S. TSJPV de 13 de junio de 2008 pues declaró nulo el artículo 161 NFGT de Bizkaia por atentar contra la autonomía municipal, al estar compuestos los TEA por funcionarios de una Administración distinta; razón por la que se había suprimido en el Estado la vía económico-administrativa en el ámbito local. Y en cuanto a la STS de 27 de marzo de 1996, recordemos que se refería a la NF 8/1990, de Bizkaia, relativa al régimen de reclamaciones económico-administrativas contra actos de naturaleza tributaria dictados por Ayuntamientos y Entidades Locales, que permitía recurrir ante el TEAF. La nulidad del precepto se produjo por «falta de competencia de las Juntas Generales de Bizkaia

rios Históricos deben respetar los principios establecidos en el Concierto Económico, ello no supone que deba existir un mimetismo con las normas estatales (44).

para adoptar una norma de esas características»; es decir, porque las Juntas Generales no disponían de cobertura jurídica suficiente para promulgar una norma de esas características, referida a las entidades locales, que se separaba de lo previsto en la LBRL. En cambio, en las Sentencias que comentamos la cuestión litigiosa se refería a una norma dictada por las Juntas Generales aplicable a los propios Territorios Históricos y no a las Corporaciones Locales.

(44) Así, la STS de 22 de octubre de 1998 (RA, 7929) afirma que:

«tal autonomía normativa tributaria no es absoluta, sino que se encuentra constreñida por una serie de limitaciones (...) No cabe afirmar, pues, que haya de haber mimetismo entre las normas tributarias vascas y las del resto del Estado, por más que en la redacción de aquéllas se hayan aprovechado los esquemas y los precedentes de las normas estatales».

Y la STS de 20 de noviembre de 1999 (RA, 9602) recuerda que el ejercicio de las potestades tributarias por los TTHH no es incondicionada:

«ello no quiere decir que la autonomía financiera reconocida a los Territorios sea incondicionada o que carezca de límites. Por el contrario, tales condicionamientos están fijados en la Ley, de naturaleza paccionada, del Concierto, en la que se fijan las bases para el ejercicio de las potestades tributarias autonómicas vascas y sus límites. (...) Sería un error... pensar que tales potestades se ejercen con plenitud y con total separación del ordenamiento estatal, pues al contrario lo hacen con arreglo a unos principios en cuya formulación participa el Estado».

Por su parte, en la STS de 14 de diciembre de 1999 (RA, 9645), a propósito de las exenciones o bonificaciones fiscales, se enjuició la exención en Gipuzkoa para las adquisiciones de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio por los descendientes, adoptados, cónyuge, ascendientes y adoptantes y la percepción por estos de cantidades como beneficiarios de contratos de seguro de vida; exención que no existía en el régimen común. Reproduciendo la doctrina de la STS de 30 de octubre de 1999 (RA, 8645), el Tribunal consideró que no se producía vulneración del principio constitucional de igualdad tributaria:

«las facultades normativas reconocidas a las Instituciones competentes de los Territorios Históricos por el art. 2 de la Ley del Concierto —mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, su régimen tributario—, hace que las excepciones y limitaciones que, asimismo, establece la Ley en sus arts. 3 y 4 a tal autonomía —respecto a la solidaridad, atención a la estructura general impositiva del Estado, coordinación, armonización fiscal y colaboración entre las Instituciones de los Territorios Históricos, sometimiento a Tratados Internacionales, interpretación con criterios de la Ley General Tributaria, armonización fiscal entre las Haciendas Forales y la Estatal, *adecuación en terminología y conceptos a la referida Ley General*, mantenimiento de presión fiscal equivalente a la del Estado, respeto a la libre circulación de personas, bienes y capitales, etc.— *no pueden interpretarse* según esta Sala tiene declarado en Sentencias de 19 de julio de 1991 (RJ 1991, 6227) y recuerda la precitada de 30 de octubre de 1999, y el Tribunal Constitucional ha asimismo reconocido, entre otras, en sus Sentencias 37/1987, de 20 de marzo y 150/1990, de 4 de octubre, *como obligación de transposición mimética de tipos impositivos, exenciones o bonificaciones fiscales*, pues ello convertiría al legislador tributario foral en mero copista o amanuense de los preceptos aplicables en territorio común».

Es muy interesante también, la STS de 19 de diciembre de 2003 (RA, 9543), aunque se refiera a Navarra. La prescripción del Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, en Navarra se regulaba por el artículo 27 de la Norma Foral de Reforma de las Haciendas Locales de Navarra, aprobada por Acuerdo del Parlamento Foral de 8 de junio de 1981 y por el artículo 24 de la Ordenanza Fiscal del Ayuntamiento de Pamplona, que reprodujo el primero. Se establecía como fecha límite de prescripción 10 años desde el devengo del Impuesto, 5 años desde la fecha de presentación de la reglamentaria declaración ante la Oficina gestora. El recurrente consideraba de preferente aplicación la LGT sobre la Norma Foral de Reforma de las Haciendas Locales de Navarra, porque ésta carecía de rango formal de ley y el artículo 10.d) LGT establecía que debían regularse por Ley los plazos de prescripción, que eran de 5 años, según establecía el artículo 64 LGT. El TSJ de Navarra había estimado el recurso, entre otras razones, porque las normas que regulan la prescripción de los tributos «afectan de forma directa e inmediata no sólo al principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al que responde este instituto, *sino también a las condiciones básicas del ejercicio del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE) y al tratamiento común de los contribuyentes frente a la Administración Tributaria (art. 149.1.18.<sup>a</sup>)* y de que dichas normas puedan encajar también en el concepto de «Hacienda General» que el art. 149.1.14.<sup>a</sup> CE reserva a la competencia exclusiva del Estado. Y siendo ello así, aunque los arts. 64 y 65 de la LGT no son aplicables directamente en Navarra, (...), sin embargo, la Comunidad Foral está obligada, de acuerdo con el Convenio Económico, a dictar unos preceptos de contenido similar o semejante al de aquellos. Preceptos que no tienen porqué ser idénticos a los del Estado, pero que tampoco pueden diferir sustancialmente de ellos».

A nuestro juicio, el artículo 149.1.1.<sup>a</sup> CE (45) es el título competencial que permite al Estado regular en la LGT los aspectos que inciden en la posición jurídica del obligado tributario, entre ellos, las garantías frente a la Administración Tributaria. Las diferencias en materia de reclamaciones económico-administrativas deberían ser analizadas no sólo bajo el prisma del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> CE, sino también atendiendo a la previsión del artículo 149.1.1.<sup>a</sup> CE; es decir, valorando si efectivamente se produce una merma en las garantías del contribuyente. Queda fuera de toda duda que si en el Territorio Histórico de Gipuzkoa se hubiese suprimido la vía económico-administrativa, se habría producido una reducción de las garantías del administrado. Sin embargo, en el párrafo segundo del artículo 247 NF 2/2005 la eliminación, en ciertos casos, de la necesidad de interponer reclamación económico-administrativa no era absoluta, al obligado tributario simplemente se le daba la posibilidad de acceder directamente a la jurisdicción contencioso-administrativa; y, por consiguiente, no sufría ninguna reducción en sus derechos y garantías. Al contrario, hay que entender, con nuestra mejor doctrina, que la conversión de la obligación de interponer reclamación económico-admini-

---

El Tribunal Supremo, tras indicar que, según el artículo 7.1 del Convenio Económico, la Comunidad Foral de Navarra, en la elaboración de la normativa tributaria, debe adecuarse a la Ley General Tributaria en cuanto a terminología y conceptos, sin perjuicio de las peculiaridades establecidas en el Convenio, añade que «es, pues, indiscutible, que al no existir en este Convenio de 1990, norma peculiar alguna sobre los plazos de prescripción, hay que concluir que el plazo es el de cinco años», pero la Sala entiende que «la aplicación de la Ley General Tributaria sólo puede referirse al plazo, y no al «dies a quo», cuya especialidad o sea la fecha de devengo, distinta a la del último día del plazo reglamentario de presentación de la declaración reglamentaria, que es el «dies a quo» de la Ley General Tributaria, puede perfectamente subsistir como una norma foral plenamente válida».

El Tribunal Supremo señala que el «Fuero tributario» de Navarra está sometido a limitaciones constitucionales: «Es indiscutible que está sometido a la Constitución Española (...) El artículo 149.1.1.<sup>a</sup> de la Constitución, que dispone que el Estado tiene competencia exclusiva sobre «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales», entre los que se encuentra el deber fundamental de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, deber cuyo cumplimiento se agrava al establecer un plazo de prescripción más largo, sin causa justificada.

(...) El artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución, que declara competencia exclusiva del Estado el dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas que, en todo caso, deberán garantizar a los administrados, es decir a los contribuyentes un tratamiento común ante ellos, y el instituto de la prescripción se encuentra comprendido en dicho trato».

(45) Como observan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (*Curso de Derecho Administrativo I*, ed. Thomson-Civitas, duodécima edic., 2004, p. 323), siguiendo la jurisprudencia del TC, el art. 149.1.1.<sup>a</sup> CE se refiere a las posiciones jurídicas fundamentales: «El artículo 149.1.1.<sup>o</sup> define como una competencia exclusiva del Estado, y por tanto inseparable de su titularidad, «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales». El Tribunal Constitucional ha interpretado que esa igualdad a garantizar no se refiere sólo al ejercicio de los derechos fundamentales (para lo que no hubiese sido preciso ese precepto, pues la reserva a Ley orgánica de su regulación, artículo 81.1, bastaría para excluir respecto de los mismos la competencia autonómica), y ni siquiera a los derechos debilitados del capítulo III del título I de la Constitución, sino a lo que llama «posiciones jurídicas fundamentales» (Sentencia de 16 de noviembre de 1981; la de 28 de abril de 1983 precisa más: la igualdad «en el artículo 149.1.1.<sup>o</sup>, referida allí no sólo al ejercicio de estos derechos [por cierto, del cap. III, título I: 43, 45.1 y 51], sino en términos más generales»; Sentencia de 26 de marzo de 1987), de forma que se evite la ruptura de una integración nacional básica. Parece indiscutible que una «posición jurídica fundamental», porque además la define el artículo 139.1, aparte ya del principio genérico de igualdad del artículo 14, es la posición de destinatario igual de la legislación estatal en cuanto ésta sea ejecutada por las Comunidades Autónomas. El artículo 149.1.1.<sup>o</sup> habilita así al Estado para «garantizar la igualdad de todos los españoles» en este caso, lo cual, según la técnica común de los países que conocen el «federalismo de ejecución», legitima un poder de supervisión sobre la ejecución autonómica de las propias leyes estatales».

nistrativa en simple posibilidad constituye un *plus* en los derechos del administrado, transformando la carga en verdadera garantía (46).

Trabajo recibido el 26 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

---

(46) Así, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo II*, ed. Thomson-Civitas, novena edic., 2004, pp. 529-530.

A la carga de tener que soportar la larga duración del procedimiento económico-administrativo, hay que sumar la carga de no poder repercutir a la Administración en muchos casos los gastos sufridos por la intervención de un experto en Derecho Tributario (normalmente un Abogado), necesaria en la práctica por la complejidad del Derecho Tributario. La situación es especialmente preocupante tras la reciente doctrina restrictiva del Tribunal Supremo (*vid.* a José Luis e Inés María BURLADA ECHEVESTE: «¿Tiene derecho el obligado tributario tras la anulación del acto al reintegro de los honorarios abonados al abogado en la vía económico-administrativa?», *Nueva Fiscalidad*, noviembre-diciembre 2009, núm. 6, pp. 77-104; y a MERINO JARA: «Honorarios de letrado y responsabilidad patrimonial de la administración tributaria», *Quincena Fiscal*, 6/2009).

**LABURPENA:** Euskal Autonomia Erkidegoko Auzitegi Nagusiaren 2008ko ekainaren 13ko epaiak baliogabetzat jo zuen ofizioz Gipuzkoako Lurralde Historikoko Zergei buruzko martxoaren 3ko 2/2005 Foru Arauaren 247. artikuluaen bigarren paragrafoa. Zenbait kasutan, erreklamazio ekonomiko-administratiboa egin gabe, administrazioarekiko auziak zuzenean aurkezteko aukera ematen zuen. Araua baliogabe adierazteko argudiatu zuten ohiko zerga-prozedura administratibotik urruntzen zela (249. artikulua) eta ez duela betetzen Espainiako Konstituzioaren 149.1 artikuluaen 18. atala. Gainera, auzibide-legediaren gaineko Estatuaren eskumenari eragiten dio (Espainiako Konstituzioaren 149.1 artikuluaen 6. atala). Auzitegi Gorenak arrazonamendu hori berretsi zuen 2012ko urtarrilaren 26ko epaiaren bidez.

**HITZ GAKOAK:** Espainiako Konstituzioa. Zergei buruzko legearen terminologiara eta kontzeptuetara egokitzea. Erreklamazio ekonomiko-administratiboa. Ekonomia Ituna. Administrazio-prozedura erkidea.

**RESUMEN:** La Sentencia del TSJ del País Vasco de 13 de junio de 2008 declaró nulo, de oficio, el párrafo segundo del artículo 247 de la Norma Foral 2/2005, General Tributaria del Territorio Histórico de Gipuzkoa, de 3 de marzo, que permitía, en determinados supuestos, interponer directamente recurso contencioso-administrativo, sin necesidad de plantear previamente reclamación económico-administrativa. La declaración de nulidad se basó en que la norma se apartaba del procedimiento administrativo común tributario (artículo 249 LGT), vulnerando el artículo 149.1.18.ª CE; afectando también a la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación procesal (artículo 149.1.6.ª CE). El TS, en Sentencia de 26 de enero de 2012, confirmó este razonamiento.

**PALABRAS CLAVE:** Constitución española. Adecuación a la LGT en cuanto a terminología y conceptos. Reclamación económico-administrativa. Concierto Económico. Procedimiento administrativo común.

**ABSTRACT:** The judgment of the High Court of Justice of June 13th of 2008 declared null and void, ex officio, the second paragraph of article 247 of the Foral Norm 2/2005 on General Taxation of the Historical Territory of Gipuzkoa of March 3rd that allowed in some specific cases to lodge directly a contentious administrative appeal without previously filing an economic-administrative claim. The nullity was based on that the provision strayed from the tax common administrative procedure (article 249 General Taxation Law) infringing article 149.1.18 of the Constitution; affecting also the exclusive state competence on procedural legislation (article 149.1.6 Constitution). The Supreme Court by its judgment of January 26th, uphold this reasoning.

**KEYWORDS:** Spanish Constitution. Adjustment to the General Taxation Act regarding terminology and concepts. Economic-administrative claim. Economic Concert. Common administrative procedure.



# Participación y representación política de las mujeres: El MF y el 100% de la representación

Arantza Campos Rubio

**Sumario:** I. Introducción.—II. Estrategias feministas para el logro de la representación política de las mujeres.—III. A modo de conclusión.

## I. Introducción

Sin duda la forma de participación política de las mujeres ha cambiado a lo largo de la historia y ello ha tenido diversas consecuencias. Una de ellas la podemos encontrar en el hecho de que en estos 30 últimos años la cuestión de la representación política de las mujeres en las democracias formales ha ocupado y ocupa un lugar central en el debate social, jurídico y político sobre la democracia. Intentaré exponer en este artículo algunas de las cuestiones a las que hoy en día se enfrentan las teóricas feministas y en general las personas que reflexionan sobre la representación política de las mujeres en las democracias. Especialmente cuando se enfrentan a las nuevas demandas de igualdad real planteadas por el MF. Por ello quiero subrayar que la idea de la que parto es que el problema de la representación de las mujeres no es tanto una cuestión cuantitativa, aunque también, sino básica y fundamentalmente una cuestión cualitativa. En último extremo se trata de que los intereses y necesidades de las mujeres, estén reconocidos y ocupen espacios estratégicos en las agendas políticas, que estos intereses y necesidades no sean sistemáticamente cuestionados.

Por lo tanto se debe partir de una consideración seria de estas demandas. Dicha consideración hace cada vez más evidente que «hay que volver a valorar las diferencias para avanzar en la lógica de la igualdad...» (1). Que duda cabe que para reflexionar desde una perspectiva feminista es imprescindible tener en cuenta las múltiples realidades que se producen en el seno del MF (2) así como las diferentes formas de participación política de las mujeres que lo componen.

---

(1) Daniel INNERARITY «Una teoría de la ciudadanía como igualdad diferenciada» en Octavio SALAZAR BENÍTEZ, *Cartografías de la Igualdad: Ciudadanía e identidades en las democracias contemporáneas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010 p. 15.

(2) Dado que no es el momento ni el objeto de este artículo polemizar sobre quienes componen el MF, manejaré un concepto de MF muy amplio y altamente aceptado por quienes lo componemos. «El feminismo no es sólo una teoría ni tampoco un movimiento, ni siquiera una política experta. Siendo todo eso, ha sido y es también, lo digo a riesgo de repetirme, una masa de acciones no dirigidas, a veces en apariencia pequeñas o poco significativas» Amelia VALCÁRCEL, *Feminismo en el mundo global*, Cátedra, Madrid 2008. pp.331

Hemos asistido a muchos cambios(3) desde que a principios de los años 80 del siglo xx, las feministas iniciaron una apuesta clara y decidida por la presencia de las mujeres en las listas electorales como un medio necesario para lograr su presencia en los órganos de representación democrática, es decir, en los órganos de representación de toda la ciudadanía. Aunque, como he dicho, pasados 30 años, la apuesta aparece como clara y decidida no lo han sido tanto los grupos y estrategias creados para lograrlo. Éstos en algunas ocasiones han aparecido y desaparecido, se han concentrado y difuminado voluntariamente, pero en otras han sido obligados a desaparecer o a modificar sustancialmente su presencia en las listas electorales(4). La falta de persistencia en el tiempo de buena parte de ellos parece que convierte las propuestas en menos consistentes. Este hecho también incita a pensar que las feministas son como una especie de hongos que aparecen y desaparecen sin ningún tipo de lógica y lo que es peor contribuye a borrar la historia y la genealogía de la lucha de las mujeres por el logro de la igualdad. Como dice Joan Scott(5) «quienes quieran codificar los significados de las *palabras* librarían una batalla perdida, porque las palabras como las ideas y las cosas que están destinadas a significar, *tienen historia*». Por lo tanto es necesario conocer cómo el feminismo y las feministas han contribuido a problematizar la noción de ciudadanía y sobre todo cuáles son las estrategias diseñadas para lograr el ejercicio de algunos de los derechos de ciudadanía como son el de la participación y representación política.

No esta de más recordar que la pequeña historia de los sectores del MF que se presentan a las contiendas electorales se apoya en una gran historia de más de 200 años de lucha, la de las mujeres por lograr la igualdad y la libertad. Esa lucha ha tenido sus consecuencias, entre las que se encuentran la aprobación recientemente de leyes encaminadas a mejorar la presencia de las mujeres en los distintos ámbitos de representación política.

Sin más y tras esta breve introducción paso a exponer de forma crítica las estrategias que a lo largo de los últimos 30 años han desarrollado las feministas, organizadas o no en el MF autónomo para acceder a los ámbitos de representación política.

## II. Estrategias feministas para el logro de la representación política de las mujeres

Hace más de dos siglos mujeres de muchas partes del mundo se empeñaron en mostrar y demostrar que si las mujeres podíamos subir al cadalso también podíamos subir a las tribunas en las que se toman las decisiones sobre la vida pública y privada de toda la ciudadanía. Es decir, se inició la lucha por que el Estado reconociera a las mujeres, entre otros, el derecho a participar en el gobierno de la unidad política. Las

(3) Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia. Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres...

(4) Esta cuestión la trataremos más adelante pero hace referencia a la STC 13/2009, de 19 de enero de 2009. Esta sentencia resuelve un recurso de inconstitucionalidad de algunos aspectos de la Ley del Parlamento Vasco 4/2005, de 18 de febrero. Declara inconstitucional parte de la disposición adicional quinta de dicha ley.

(5) Joan SCOTT, «El género: una categoría útil para el análisis histórico» en J.S. AMELANG Y M. NASH (eds.), *Historia y género: las mujeres en la Europa Moderna y Contemporánea*, Alfons el Magnanim, Valencia, 1990. pp. (23-56)



feministas a lo largo de estos años han diseñado distintas estrategias, se han comprometido con variados proyectos y han seleccionado diferentes aliados para conseguir el objetivo común de igualdad y libertad para todas las mujeres y como sabemos hoy en día para la ciudadanía en general.

## II.1. Las cuotas. Cooptación y meritocracia en los partidos tradicionales

En términos generales podemos decir que la estrategia de las cuotas(6) en todas sus versiones, en las listas electorales, en los órganos de dirección de los partidos..., basa su defensa en una noción de justicia básica y se inscribe dentro de una amplia gama de argumentos que tienen como objetivo denunciar la discriminación y la segregación sexual siempre que ésta ocurra. Un ejemplo de esta noción básica de justicia es el que indica que de la misma manera que consideramos injusto que las mujeres sean limpiadoras y no ingenieras, enfermeras y no directoras... es injusto que deban ser excluidas de las actividades más relevantes en el terreno político; en realidad si tenemos en cuenta la gran importancia de la política, podríamos afirmar que es aún más injusto que se mantenga a las mujeres fuera de ella. La crítica feminista asegura que una de las consecuencias de la discriminación o exclusión de las mujeres de la participación en el gobierno político es el diseño androcéntrico de las políticas públicas. Es decir, que éstas se definen en base a las necesidades y experiencias de los varones quedando excluidas las demandas y realidades de la vida de las mujeres. El actual debate sobre conciliación y corresponsabilidad es uno de los ejemplos de estas experiencias y realidades diferenciadas aunque afecten a todas las personas.

Las mujeres feministas que han optado por esta vía, la de lograr la presencia de mujeres en los distintos ámbitos de representación y gobierno a través de cuotas, lo hacen desde su pertenencia a los partidos políticos tradicionales(7) enfrentándose a grandes resistencias que se expresan a través de lo que podríamos calificar de problemas: el problema de la meritocracia y el de la cooptación:

- a) El problema de la meritocracia. Es un prejuicio común que en política como en tantos lugares, deben estar aquellas personas que valen para ello, es decir que tienen los suficientes méritos para ostentar cualquiera de los cargos a los que podamos hacer referencia. Pues bien, las mujeres se encuentran con un problema ya que parece que sólo ellas debieran mostrar y demostrar que son valiosas, es decir, que valen para el cargo que debe ser cubierto con la consiguiente coletilla de que si llegan siempre quedará la duda de si llegaron por valiosas o por ser mujeres(8). No está demás señalar como dice Celia Amorós (2008:86) refiriéndose a lo que Claus Offe indica sobre el mérito que «analistas del capita-

---

(6) Una versión de la acción afirmativa en lo referente a la representación política. Véase «La acción afirmativa y el mito del mérito» en Iris Marion YOUNG, *La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, Madrid, 2000. pp. (323-379).

(7) Partidos que pertenecen a las dos grandes tradiciones políticas democráticas. El liberalismo y el republicanismo, en sus distintas versiones y expresiones.

(8) Para desmontar esta percepción ver: Celia AMORÓS, «El feminismo como proyecto filosófico-político» en Fernando QUESADA (edit), *Ciudad y ciudadanía: Senderos contemporáneos de la filosofía política*, Trotta, Madrid, 2008, pp.(69-87) ,especialmente p.85 y Amelia VALCÁRCEL, *Feminismo en el mundo global*, Cátedra, Madrid, 2008, pp. 325 y ss.

lismo tardío...han argumentado que se producen en su seno ciertos cambios de carácter organizativo y técnico que hacen cada vez más difícil, si no imposible, evaluar el logro individual. En unas cadenas sumamente complejas de trabajo es muy difícil aislar la variable mérito...» Por lo tanto en el debate sobre las cuotas la variable mérito actúa de forma simbólica en contra de las mujeres.

- b) El problema de la cooptación. Lo más irónico de todo esto es que lo que realmente se oculta es que en política no llega el que vale (el que tiene los méritos suficientes, esto siempre será un argumento a posteriori que actúa simbólicamente de argumento legitimador). En los partidos políticos tradicionales, ajenos a los procesos democráticos de elección, los que llegan son los que son cooptados por grupos de poder que van a defender los intereses de esos grupos, independientemente de que sean valiosos o no, o de que tengan los suficientes méritos para desempeñar el cargo, basta recordar algunos de los múltiples casos entre ministros y líderes que hemos visto actuar en los últimos años. Pero lo curioso de estos grupos de cooptación es que están constituidos exclusivamente por hombres, por lo que lógicamente si una mujer es cooptada por estos grupos es porque defiende sus intereses y no los intereses de las mujeres, aunque argumentará como el resto de sus compañeros que defiende a la ciudadanía en general que dicen representar.

Pero además de estos problemas que se plantean y les surgen a las mujeres feministas en el interior de sus respectivos partidos políticos, las organizaciones de mujeres del MF han introducido alguna cuestión más cuándo tratan de defender lo justo de su participación. Esta cuestión más tiene que ver con la idea de «diferencia», con las particularidades de la vida de las mujeres. Esta noción de «diferencia» se suele presentar con distintos argumentos. Por una parte el que afirma que las mujeres aportarían a la política un conjunto diferente de valores, experiencias y habilidades debido a la experiencia que han adquirido en el ámbito privado al que han sido relegadas. Como consecuencia de este hecho real las mujeres enriquecerían la vida política, en general en la dirección de una vida más cuidadosa y compasiva. Por otra parte un argumento más radical que hace referencia a la distinta ontología de los sexos. Hombres y mujeres son dos formas irreductibles de ser «humano» y dado que actualmente se encuentran en conflicto, no tienen ningún sentido que las mujeres sean representadas por hombres(9).

Podemos ver la diferencia que existe entre los dos argumentos señalados. El primero, el de la defensa de la justicia de la participación de las mujeres, no dice nada sobre el contenido de la actividad de las mujeres en el caso de que logran acceder a la política. Por el contrario el segundo argumento, el de la «diferencia», en cualquiera de sus dos versiones, supone que el acceso de las mujeres a la representación política supone necesariamente un cambio en el contenido de la política y en la forma de hacer política.

La subrepresentación indica que hay un problema, ya que si no hubiera diferencias sustanciales entre hombres y mujeres, blancos y negros, pobres y ricos, los elegidos serían sin duda una muestra más aleatoria de los electores. Pero la reiterada subrepresentación de cualquier categoría social nos está indicando que hay un problema. Una desviación tan marcada no puede ser nunca un resultado accidental, se tiene que deber a algo.

(9) Véase, VVAA, *No creas tener derechos*, Horas y horas, Madrid, 1991.

El argumento de la justicia invita a usar la vía de la meritocracia y la cooptación ya que no dice nada sobre el contenido de la participación política de las mujeres, sólo alude a lo formal de la representación numérica, a que eliminemos o suavicemos los obstáculos que encontramos para la participación de las mujeres en la política. Por el contrario con las otras dos versiones del argumento de los valores diferentes de las mujeres o de los intereses diferentes se da un paso más, paso que puede ser considerado como paso adelante en el logro de lo que Marcela Lagarde denomina «Democracia Genérica» (10)

El paso adelante consiste en considerar que la diferenciación sexual en las condiciones y experiencia ha producido un punto de vista específicamente de mujer que es o complementario o antagónico al del hombre. Cualquier sistema de representación que excluye consistentemente a las mujeres no es sólo injusto; no se puede tomar ni siquiera como representación.

Una versión más sofisticada de la estrategia de cuotas, es la de introducir el principio de proporcionalidad en las listas electorales y en todos los órganos de gobierno. El principio de proporcionalidad, listas y órganos compuestos por al menos del 40% y nunca más del 60% de cada uno de los dos sexos, intenta alejarse de la estrategia de las cuotas, entendida ésta como acción positiva, como estrategia para situar mujeres donde no las hay. El principio de proporcionalidad apunta hacia la idea de democracia genérica o paritaria, entendida como estrategia que persigue interrumpir las interrupciones patriarcales. Es decir el principio de proporcionalidad lo que pretende es que la cooptación no se realice sesgada en función del sexo (11).

Todavía es pronto para afirmar cuáles van a ser las consecuencias de la aplicación del principio de proporcionalidad en las listas electorales, aunque ya podemos realizar algunas afirmaciones. La primera es que el respeto del principio de proporcionalidad en las listas tal y como lo recoge la Ley española de Igualdad no garantiza la proporcionalidad en los resultados. El número de mujeres electas puede ser inferior al 40% dado que el principio de proporcionalidad se aplica en tramos de 5 con lo que las tres primeras personas de los tramos de 5 pueden ser siempre hombres lo que produce una menor presencia de mujeres electas. La segunda es que se puede hacer un uso perverso del principio de proporcionalidad entendiéndolo como un principio que busca una cuota del 40% para las mujeres, garantizando de este modo una cuota del 60% de presencia para los varones.

Por otro lado y desde una posición más optimista podemos decir que si se logra una presencia del 40% de mujeres, ésta se constituya en la masa crítica suficiente como para acometer los cambios estructuralmente necesarios para modificar la situación de discriminación de las mujeres.

## II.2. La lucha por la paridad un principio o una estrategia

Es lugar común aceptar que la democracia representativa no puede ser un reflejo perfecto de la sociedad, para que esto fuera así y se produjera ese perfecto reflejo no

---

(10) Marcela LAGARDE, *Género y Feminismo: desarrollo humano y democracia*, Horas y horas, Madrid, 1996. pp. (189-235).

(11) Sería la posición que Amelia VALCÁRCEL defiende en *Feminismo en un mundo global*, Cátedra, Madrid, 2008. pp. (160-168).

quedaría otro camino que el de reunir a todos los ciudadanos y ciudadanas (ciudadanía) en una asamblea general (12). Así pues reconocidos los límites de la representación y moviéndonos dentro de ellos, tendríamos que preguntarnos sobre las categorías (13) que junto con la categoría «mujeres» tendrían que aparecer representadas (14). Polemizar esta cuestión nos hace preguntarnos si lo que queremos es que los intereses de las mujeres sean representados por mujeres o sus necesidades y preocupaciones por los partidos a los que apoyan.

La política de paridad (entendida o bien como principio de paridad plena 50% y orden de prelación o bien como principio de proporcionalidad 60-40% en tramos determinados y sin orden de prelación) tiene una virtualidad para trabajar políticamente en el interés de las mujeres, y es hacer visible de forma moderada que las mujeres pueden ser descritas como un grupo cuyos intereses deben ser representados. Luego la cuestión relevante ya no sería ser representadas como mujeres individuales (mujeres con su derecho a votar y a presentarse en las elecciones para ser elegidas), sino ser representadas como grupo. El argumento justificativo sería el siguiente. «Debido a su posición materialmente diferente en la sociedad, las mujeres tienen intereses objetivamente diferentes de los hombres, pero el ingreso de las mujeres como actores individuales en la escena política no significa que se persigan activamente esos intereses» (15). Siendo así ¿qué es lo que constituye el problema de la representación? La realidad muestra que si bien es cierto que las mujeres políticas desarrollan diferentes estilos de compromiso político, de la misma manera se muestran excesivamente cautelosas cuando deben hablar en nombre de las mujeres. Así que habitualmente todas aquellas políticas que favorecen a las mujeres se introducen en la agenda política como un subproducto del cambio de circunstancias (nuevas necesidades del mercado de trabajo, o de la fortuna de otros grupos sociales (como es el caso de la igualdad de oportunidades, exigida por la comunidad negra en EEUU). No cabe ninguna duda que existe la necesidad de elegir a más mujeres. Podríamos decir que la cantidad es una condición necesaria pero no suficiente, quizás lo sea para un feminismo liberal pero no para el feminismo radical. La paridad sigue sin ser suficiente, aunque sea una buena estrategia y suponemos que llegará el momento en el que sea una realidad no perseguida, sino reflejo de una sociedad donde el sexo sea un dato de la persona social y políticamente irrelevante.

### II.3. El cien por cien de la representación

Existen otras posiciones diferentes a las presentadas hasta el momento en el MF como es el caso de la que mantiene la plataforma Plazandreok (16). Este grupo plan-

(12) Dejando de ser democracia representativa para convertirse en democracia participativa o directa.

(13) Categorías entendidas en sentido de «grupos»

(14) Véase la propuesta de Young sobre el espacio público heterogéneo y la representación de grupo en *op. cit.* pp. 308.

(15) Virginia SAPIRO, «When are interest interesting? The problem of political representation of women», *American Political Science Review*, 75 (3).

(16) Es una propuesta política feminista, ni la primera, ni la única de nuestro entorno. No debemos olvidar a las mujeres de la Asamblea de Mujeres de Ermua como predecesoras de esta propuesta ya que fueron ellas las primeras que en Euskal Herria presentaron una lista de mujeres feministas al Ayuntamiento de Ermua en 1987.

tea la cuestión de la participación y la representación política de las mujeres desde una perspectiva novedosa. Podríamos definir su postura como la aspiración de lograr el 100% de la representación. Una de las peculiaridades consiste en presentar listas sólo de mujeres (17) a las distintas instancias representativas de la CAPV.

Sustentan su posición en uno de los significados del vocablo poder, en aquel que hace referencia a «Poseer un poder, es poseer la capacidad para realizar algo» (18). Una vez definido así el poder admiten que la situación de opresión en la que viven las mujeres también responde a la existencia concreta del poder político y social que ejercen los hombres sobre las mujeres. Poder, que habrían ejercido históricamente en contra de las propias mujeres, de forma absoluta y autoritaria, es decir, a través de la fuerza (19).

Mantienen que cuando no se considera con detenimiento que existen distintas formas de ejercer el poder, se puede caer en el error de reducir todas a una, a la de identificar el poder con la dominación. Y afirman que fruto de esa apreciación las organizaciones de mujeres abandonaron durante mucho tiempo aquellos caminos en los que intuían, creían o veían algo que se pareciera al poder patriarcal. (20)

Como consecuencia las organizaciones de mujeres del MF han desarrollado otras formas de hacer política que se sitúan al margen de lo institucional. Lo que conocemos como democracia directa o democracia participativa. Pero la posición que defienden surge cuando llega el momento en que algunos de estos grupos después de obtener ciertos logros comprenden que hay muchas maneras de conseguir aquello que se habían propuesto realizar.

Las organizaciones de mujeres que entendieron que la situación de opresión en la que vivimos las mujeres es tan polifacética como las innumerables maneras en las que se expresa y se ejerce el poder, y como se partía de la necesidad de cambiar muchos de los ámbitos donde éste se ejerce, llegó un momento en el que no encontraron ninguna objeción razonable para no incidir en el ámbito del poder político o de la representación en la democracia liberal. Cuando se enfrentaron a la máxima de que «el poder corrompe» (21) aún reconociendo la existencia de algunas dudas razonables, lo que no olvidan es que el término poder es un término dialéctico. Afirman que el poder debe negociarse permanentemente, es decir, transitar de unos grupos a otros, compartirse/repartirse.

Por lo tanto el punto de partida es, a saber, que la democracia moderna conoció en su origen la exclusión absoluta de las mujeres. Los hombres hicieron un pacto intercla-

---

A nivel estatal tenemos la experiencia del Partido Feminista liderado por Lidia Falcón y en el mismo sentido, a nivel europeo destaca la experiencia de las mujeres islandesas.

(17) Evidentemente sólo ha sido posible hasta la aprobación de la LEY ORGÁNICA 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, donde se sanciona el principio de proporcionalidad.

(18) Es una de las acepciones del vocablo «poder» que podemos encontrar en el diccionario María Moliner, Madrid, 1984.

(19) Véase MACHINON, *Hacia una teoría del Estado*, Anthropos, Madrid, 1995.

(20) Véase Celia AMORÓS, *Hacia una crítica de la razón patriarcal.*, Anthropos, Madrid, 1982.

(21) Lo que no está demostrado es que el no poder no corrompa igualmente. Véase Amelia VALCÁRCEL, *La política de las mujeres*. Cátedra/Feminismos, Madrid, 1997.

sista que no fue intersexual (22). La historia del sujeto político moderno es la historia de un sujeto no neutro sexualmente. De ahí se concluye que la diferencia sexual es políticamente relevante, y la crítica que hace el feminismo a los conceptos de libertad, justicia, derechos, poder, público-privado, ciudadanía, democracia, por estar excluidas de ellos como colectivo. Al mismo tiempo, el feminismo introduce temas que al estar relacionados históricamente con las mujeres no eran, ni son, considerados políticamente «importantes» en el ámbito del poder político: cuestiones tales como el aborto, la sexualidad, la maternidad, el trabajo doméstico, los cuidados, la corresponsabilidad, etc.

Se debe tener en cuenta la experiencia histórica y personal de las mujeres y como consecuencia se debe intentar hacer una política que no privilegie el espacio público a costa de considerar el espacio privado como un espacio políticamente irrelevante. Una política que considere la posibilidad de lograr una sociedad democrática en la que las mujeres sean ciudadanas de pleno derecho y tal y como lo expresa Pateman (23): «El problema más profundo y complejo para la teoría y práctica política es cómo pueden incorporarse plenamente en la vida política los dos cuerpos de la humanidad, tanto la individualidad femenina como la masculina: ¿cómo puede transformarse el presente de dominación patriarcal, de oposición y dualidad, en un futuro de diferenciación autónoma, democrática?». Este es el reto y como dice María Xosé Agra (24) «no se resuelve únicamente con oponer a la democracia liberal la democracia activa, participativa. El entrecruzamiento entre feminismo y democracia lleva a una redefinición de las esferas pública y privada, desde parámetros no marcados por la diferencia sexual política, lleva a extender la democracia a la esfera doméstica, a la esfera del trabajo. Ensanchamiento de la democracia, democratización de la vida cotidiana, de los tiempos, y las responsabilidades. Quizá ésta sea una interpretación ajustada del famoso lema «lo personal es político», una concepción más amplia del poder, lo cual no implica afirmar que lo personal y lo político sean idénticos, sino un cambio de la política tradicional, una transformación derivada de la irrupción de las mujeres en el espacio público-político».

Los grupos del MF que aspiran al 100% de la representación reconocen que la irrupción de las mujeres en el ámbito de la representación política se está produciendo a través de la incorporación de mujeres a título individual en los partidos políticos, y/o por los sistemas de cuotas que dichas mujeres intentan implantar en los mismos. Pero aunque valoren ambas cuestiones como positivas, no dejan de pensar que «alguien» se queda fuera: y esas que se quedan fuera ellas dicen que son las mujeres. De alguna manera no les falta razón porque aunque veamos la presencia de algunas mujeres en el ámbito político, lo cierto es que las mujeres como grupo seguimos excluidas de la política, como un colectivo con una problemática específica.

Las mujeres que aspiran al 100% de la representación lo plantean como un paso más dentro del proyecto que trabaja por lograr que las mujeres concretas, con intereses y necesidades concretas, estén representadas en el poder político. Aspiran a tener continuidad en el espacio y en el tiempo, con una infraestructura y organización distinta de los partidos políticos. Señalan que los hombres en el ejercicio del poder han usado el poder de nombrar para construir distintos espacios y adjudicarlos. Mientras ellos transitan có-

---

(22) Carole PATEMAN, *El contrato sexual*. Anthropos, Barcelona, 1995.

(23) Carole PATEMAN. *Op.cit.* pag 63.

(24) María Xosé AGRA, *Introducción*, en Carole PATEMAN. *Op.cit.* p. 11.

modamente entre los distintos espacios que han creado excluyen a las mujeres de uno de ellos —el público— haciéndonos creer que las cuestiones que en él se tratan nada tienen que ver con las mujeres, y que lo que nos interesa, no es digno de ser expresado en tan inmaculado espacio. A este último, le dan el valor de lo «universal», ignorando que lo universal sólo puede ser la suma de lo público y lo privado. Único espacio que están dispuestas a nombrar/calificar de legítimo y universal. Es el proyecto político que aspira universalizar la política, a incluir los intereses de las mujeres como colectivo, a expresar la voluntad de existir, ser representadas, e incidir dentro del poder político.

Desde esta posición se defiende la participación de la ciudadanía en las decisiones que se tomen desde las instituciones públicas. En su momento reivindicando la creación de consejos participativos en todas las áreas de actuación del Ayuntamiento y de la Diputación. En los últimos años este tipo de iniciativas se han generalizado en los ayuntamientos y también se han producido en el ámbito autonómico y foral. Sin embargo, estas experiencias ni son suficientes ni están consolidadas ni han sido garantía en la mayoría de los casos de una verdadera democracia participativa.

En el mejor de los casos se han facilitado unos espacios de consulta y de difusión de la información con los agentes sociales que sólo han servido para legitimar a los gobiernos municipales, forales y autonómicos pero no han permitido transformaciones reales a partir de las necesidades e intereses de la ciudadanía. Desde los ayuntamientos, principalmente, se han creado estructuras y se han abierto espacios para la reflexión y para la participación pero sólo algunos de ellos han permitido que la expresión de la ciudadanía tenga un impacto en las políticas públicas.

Todo esto está produciendo un efecto terrible en la ciudadanía activa y participante y que se traduce en hastío, cansancio y desinterés por unos espacios que no parecen tener efectos en la práctica. Desde las instituciones con frecuencia se olvida que detrás de cada reunión, de cada espacio participativo o de cada propuesta desde la sociedad civil hay tiempo gratuito y desinteresado de personas y grupos que no recibe el reconocimiento necesario.

Por eso necesitamos seguir avanzando con fuerza y con convicción hacia espacios en los que la participación de la ciudadanía sea entendida no como un complemento sino como un elemento vertebrador y orientador de la gestión institucional.

#### **II.4. La necesidad de una propuesta política feminista autónoma en la política institucional (25)**

Pretendo situar esta cuestión del 100% de la representación política de las mujeres en el debate sobre «democracia directa» versus «democracia representativa», ya que históricamente en el movimiento de mujeres (MF) la opción por la «democracia directa» ha sido la opción hegemónica, pero dado que la actividad política institucional en los países de nuestro entorno se centra en las democracias representativas es sobre las cuestiones que afectan a ésta y a las mujeres sobre las que quiero centrar nuestra atención y de una forma un tanto incipiente compartir algunas ideas (26).

---

(25) La necesidad de la existencia de listas con el 100% de mujeres.

(26) Aunque sea sobre esta cuestión de hecho sobre la que nos vamos a centrar, nos gustaría decir que no es la única, quizás la más actual pero ni tan siquiera la más importante. Como dice Iris Marion YOUNG en su obra

La actividad política se ha desarrollado no tanto como si las mujeres no existiéramos sino como si las mujeres no estuviéramos (es decir al margen de la reflexión de género). Los ideales democráticos de «Igualdad» y «Libertad» nacen como «Derechos del Hombre», ello ha supuesto exclusión, ignorancia o lo más grave subsumir a las mujeres en los hombres. Si la subsunción en términos teóricos ha llegado a ser casi total, en la actualidad la «diferencia sexual» se hace aprensible y es algo que se inscribe en el pensamiento y en la práctica política, por lo que debemos pensar que hemos de cuestionar todos aquellos conceptos y metas consideradas como universales, y desde luego el supuesto convencional de una ciudadanía sin género y abstracta, ya que se viene demostrando sin prisa pero sin pausa que este tipo de categorías operan en realidad a favor del hombre, en el sentido de que constituyen al varón en el patrón con el que debemos medirnos las mujeres.

En las democracias, la política se ha identificado exclusivamente con la esfera pública y como fruto de esta parcial identificación se han producido por lo menos dos hechos; uno de tipo cualitativo al convertirse la actividad democrática fundamentalmente en una prolongación de las actividades que han estado históricamente asociadas a los varones; y otro de tipo cuantitativo al ser los varones los únicos que realizan dicha actividad, tanto es así que en la actualidad una vez obtenido el derecho al voto por parte de las mujeres no conseguimos superar el 20% de representación parlamentaria de media mundial (27), salvo en aquellos lugares en los que se han aprobado leyes de igualdad de mujeres y hombres que regulan la composición de las listas electorales en relación al porcentaje de mujeres y hombres que las deben constituir. Es el caso de la CAPV (28), donde las listas electorales al Parlamento y a las Juntas Generales, deben respetar la paridad. La redacción y aprobación de esta ley entendía y respetaba la apuesta feminista del 100% de la representación, podríamos decir que era la ley más progresista conocida hasta el momento, ya que en sus disposiciones finales cuarta y quinta se decía:

*Cuarta.* Modificación de la Ley 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco.

Se añade un párrafo, con el número 4, al artículo 50 de la Ley 5/1990, de 15 de junio, de Elecciones al Parlamento Vasco, con el siguiente tenor:

«4. Las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de personas electoras estarán integradas por al menos un 50% de mujeres. Se mantendrá esa pro-

---

*La justicia y la política de la diferencia*, Cátedra, Madrid, 2000 «Los valores comprendidos en la vida buena pueden reducirse a dos valores muy generales: (1) desarrollar y ejercer nuestras capacidades y expresar nuestra experiencia...y (2) participar en la determinación de nuestra acción y de las condiciones de nuestra acción... Éstos son valores universalistas en el sentido de que presuponen el igual valor moral de todas las personas y por tanto requiere que dichos valores sean garantizados a todas. A estos dos valores generales corresponden dos condiciones sociales que definen la injusticia: opresión, las trabas institucionales al autodesarrollo; y dominación, las trabas institucionales a la autodeterminación.»P68.

(27) Según datos presentados por la doctora Asun Ventura en el Seminario celebrado en la Universidad Jaime I de Castellón en abril de 2010 y en el marco de su conferencia «El principio de presencia equilibrada en el derecho Sueco»: En términos mundiales las mujeres no llegamos a constituir el 20% de las cámaras legislativas. Según la misma fuente este porcentaje aumenta hasta el 42% en el caso de los países nórdicos y disminuye hasta el 10% en el caso de los países árabes.

(28) Ley 4/2005 de 18 de febrero para la Igualdad de Mujeres y Hombres.



porción en el conjunto de la lista de candidatos y candidatas y en cada tramo de seis nombres. Las juntas electorales del territorio histórico competentes sólo admitirán aquellas candidaturas que cumplan lo señalado en este artículo tanto para las personas candidatas como para las suplentes».

*Quinta.* Modificación de la Ley 1/1987, de 27 de marzo, de Elecciones para las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Araba, Bizkaia y Guipúzcoa. El artículo 6 bis de la Ley 1/1987, de Elecciones para las Juntas Generales de los tres territorios históricos, queda redactado de la forma siguiente:

«1. Las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de personas electoras estarán integradas por al menos un 50% de mujeres. Se mantendrá esa proporción en el conjunto de la lista de candidatos y candidatas y en cada tramo de seis nombres. Las juntas electorales de zona competentes sólo admitirán aquellas candidaturas que cumplan lo señalado en este artículo tanto para las personas candidatas como para las suplentes».

El principio reflejado en la ley tenía un problema ya que la paridad que expresa no es plena, puesto que no recoge el orden de prelación o listas cremallera. Como vemos más arriba las listas deben respetar al menos el 50% de mujeres en tramos de «seis» con lo que pueden conformarse con tres varones en los tres primeros lugares y tres mujeres en los tres siguientes. Este hecho, no garantiza, por lo menos teóricamente, una presencia paritaria de mujeres en el Parlamento y las Juntas, aunque una consecuencia directa de su aplicación ha sido la conformación paritaria del Parlamento Vasco que por primera vez en su historia ha tenido más del 50% de mujeres y hombres. Por lo tanto y a pesar del problema señalado, reconocemos que esta ley ayuda a remover los obstáculos que imposibilitan la presencia de mujeres en las instituciones políticas.

La ley garantizaba, sin duda importantísimo para el MF, el derecho a la presencia de listas sólo de mujeres como una medida de «acción positiva» encaminada a lograr el mismo objetivo (29), la presencia de mujeres en los ámbitos de representación democrática.

No ha ocurrido lo mismo en el ámbito estatal y municipal donde prevalece la ley española de igualdad en la que se refleja y establece el «principio de proporcionalidad», nunca más del 60% ni menos del 40% de mujeres o de hombres, prohibiendo la presencia de candidaturas sólo de mujeres y por lo tanto la presencia de proyectos políticos que defiendan el 100% de la representación de las mujeres. Desde la STC 13/2009, de 19 de enero de 2009 tampoco en el ámbito de los Territorios Históricos ni en el del Gobierno Vasco.

---

(29) Sólo hasta 2003 se ha podido concurrir a las elecciones municipales con listas compuestas sólo por mujeres, ya que, a partir de la aprobación de la Ley de Igualdad estatal en 2007 todas las listas municipales han debido incluir varones. En la actualidad no se puede concurrir a ninguna de las elecciones con candidaturas sólo de mujeres ya que el TC en su sentencia 13/2009, de 19 de enero de 2009 las declara inconstitucionales y deja sin efecto la redacción de las disposiciones finales cuarta y quinta de la ley vasca donde dice «al menos un 50% de mujeres».

Ante este hecho y asumiendo que para la democracia liberal la idea de «representación» constituye uno de sus pilares fundamentales no podemos dejar de problematizar la idea de que se considere irrelevante cuál sea la composición de los órganos políticos representativos (30), aunque no sólo su composición numérica debe ser objeto de reflexión como veremos más adelante.

Compartimos la propuesta de Anne Phillips (31), cuando afirma que una visión de género (feminista (32) diría) tiene por lo menos dos implicaciones:

- 1.<sup>a</sup> Por una parte la necesidad de que desarrollemos mecanismos representativos que reconozcan explícitamente la diferencia de género y la desigualdad de género, para que de este modo se garantice una nueva proporcionalidad entre los sexos en aquellos ámbitos dentro de los que se toman las decisiones políticas (políticas de cuotas, paridad...).
- 2.<sup>a</sup> Por otra parte tomar como guía de la acción todas las aportaciones de la política del movimiento de las mujeres para reordenar la relación entre las esferas de pública y privada (políticas que aspiran al 100% de la representación).

Podemos entender que ambas cuestiones (actividades) son transitorias, ya que en ningún caso apostamos ni creemos que la humanidad (los seres humanos) esté compuesta por seres esencialmente diferentes. Esta posición defiende, como ha señalado Celia Amorós (33) que una sociedad o un sistema no patriarcal no produciría la marca de género. Es decir, en un sistema no patriarcal ser machos o hembras de la especie no tendría ningún significado social, no sería una marca que conllevara desigualdad social. Ser macho o hembra de la especie significaría lo que hoy significa en nuestra sociedad ser rubia o morena, un poco más bajita o un poco más alta. Por lo tanto no aspiramos a perpetuarnos en nuestra lucha, no aspiramos a un mundo en el que las mujeres tengamos que hablar continuamente como mujeres o en el que dejemos hablar a los hombres como hombres. Lo que se defiende como lo hacen otras tantas personas subordinadas, marginadas o silenciadas es la necesidad de asegurarse una voz que garantice la presencia de sus aspiraciones (34). Este periodo se entiende como un momento de tránsito hacia una ciudadanía plena e igual (35). Puesto que entendemos la democracia sólo como aquellas actividades encaminadas a eliminar los desequilibrios que han forjado siglos de opresión.

---

(30) Cuando hacemos referencia a la importancia o necesidad de analizar la composición de los órganos políticos representativos por razón de sexo no estamos diciendo que otros ejes constitutivos de la organización social no sean relevantes ni tan siquiera que no interacciones con este, lo único que queremos es explicitar el lugar desde donde analizamos la cuestión.

(31) Anne PHILLIPS, *Género y teoría de la democracia*, Paidós, México, 1996.

(32) Para el debate sobre género y feminismo, Marcela LAGARDE *Género y feminismo: Desarrollo humano y democracia*, Horas y horas, Madrid, 1996.

(33) Celia AMORÓS, *La pequeña diferencia y las grandes consecuencias para la política de las mujeres*. Cátedra/Feminismos, Madrid, 2007.

(34) Como estamos viendo con la cuestión de la interrupción voluntaria del embarazo (aborto), aunque haya sectores comprometidos con esta reivindicación, el hecho de nuestra no presencia hace que los términos en los que debiera ser recogido el «derecho a decidir» siempre pueda ser negociado, pasando siempre a un segundo plano e incluso a llamar a su incumplimiento desde las instituciones y sus representantes como actualmente está ocurriendo en Galicia, Valencia, Murcia, Madrid y Navarra.

(35) Como estamos viendo, no hay acuerdo sobre lo que significa la expresión «ciudadanía plena e igual».

Es un lugar común aceptar que el feminismo(36) ha puesto en cuestión muchos de los fundamentos que se daban por supuestos en el ámbito democrático. Los conceptos y divisiones clásicas han sido desechados por la reflexión y la práctica política feminista (público / privado, derechos colectivos / derechos individuales, derecha / izquierda, universal / particular...). El feminismo mantiene una particular discusión que se traduce en distintas formas de hacer política. A continuación indicamos lo que los grupos que aspiran al 100% de la representación consideran que deben ser los ejes básicos en los que se podría basar el programa del movimiento feminista.

- 1.º La subrepresentación de las mujeres en los distintos ámbitos de representación política local, nacional y estatal, internacional.
- 2.º La des-generización de la línea divisoria público/privado.
- 3.º La experiencia del MF como democracia participativa.

Si tomamos en cuenta el primer punto de ese programa, el que afirma que las mujeres están subrepresentadas en la política local, nacional y estatal... podemos señalar lo siguiente.

Partamos de que las aspiraciones, expectativas y perspectivas de las actuales democracias consisten en que se produzca una representación razonable y un control popular esporádico (lo que conocemos como elecciones cada 4 años), deberemos observar y concluir que la democracia liberal es bastante resistente a cualquier representación sustancial de las mujeres, y es por ello que podemos comprobar que en la mayoría de las democracias occidentales contemporáneas, el número de mujeres elegidas sigue siendo abrumadoramente bajo. Podemos decir que las mujeres hemos logrado la igualdad política formal sin que con ello se haya producido una influencia política sustantiva relevante. Las mujeres estamos claramente subrepresentadas en la actual composición de los órganos de representación política cualquiera que sea el ámbito al que nos refiramos. Luego la pregunta que nos podemos y debemos hacer es ¿cuáles podrían ser los posibles modos o fórmulas capaces de hacer cambiar este estado de cosas?. ¿Podemos afirmar que las fórmulas que propone el feminismo introducen elementos novedosos en la teoría de la democracia?. ¿Encontramos algún tipo de problema desde los intereses teóricos de la teoría de la democracia cuando hablamos de la «representación de las mujeres»?

- a) En cierto modo la realidad representativa actual responde a la aplicación de fórmulas encaminadas a que se produzca un cambio cuantitativo(37), es decir, formulas que aumenten la proporción de las mujeres elegidas. Esta primera idea parece que resuelve de forma excesivamente fácil el problema ante el que nos encontramos, ya que como es sabido, el hecho de aumentar el número de mujeres no significa que se aumente la representación sustancial de las mujeres. El caso típico al que se suele aludir es el de aquellas mujeres que han llegado a ocupar altos cargos en la dirección del Estado, incluso el de presidenta, y no por ello se han dedicado a introducir políticas que representen los «intereses de las mujeres». En la CAPV esta afirmación ha pasado de ser una suposición plau-

---

(36) El feminismo como movimiento social pero también como corriente de pensamiento. Ver Celia AMORÓS, *Hacia una crítica de la razón patriarcal*, Madrid, 1982.

(37) Son las fórmulas de las Leyes de Igualdad, tanto la Estatal como la autonómica.

sible a convertirse en una realidad demostrable, ya que la paridad lograda en el Parlamento Vasco no se ha visto sustancialmente traducida en políticas que representen claramente los intereses de las mujeres. Ni el gobierno paritario del PSOE está logrando legislar sobre una antigua reivindicación feminista para las mujeres «el derecho a decidir sobre el propio cuerpo». Entendemos que hasta que no existan mecanismos a través de los cuales las mujeres formulen políticas propias no se podrá hablar de una adecuada «representación»

La posición que aspira al 100% de la representación descarta las fórmulas que apuntan sin más a una proporción mayor de mujeres y se pregunta ¿cuál debe ser la respuesta?

- b) Sin desechar las fórmulas que permitan una representación paritaria de mujeres y hombres, entiendo que esta posición da un paso más y se plantea abordar una cuestión como lo es la que establece una relación entre la igualdad política y las condiciones substanciales tanto aquellas que afectan a las condiciones sociales como las que afectan a las condiciones económicas. Nos gustaría llamar la atención sobre el hecho de que este cambio en la representación política de las mujeres (mayor número de mujeres en todos los órganos de representación política) no ha conllevado un cambio en la proporción de las mujeres en otros ámbitos. Me explico. Si tenemos en cuenta uno de ellos como es el laboral podemos comprobar que en distintos tipos de países (los de mayor proporción de representación política de las mujeres, y los de menor) la situación de las mujeres en el mercado de trabajo es el mismo. Aquí cabría preguntarse por ejemplo cuáles han sido los logros obtenidos por la Defensoría de la Mujer, organismo creado expresamente para modificar la realidad de las mujeres de la CAPV, en el ámbito laboral haciendo desaparecer su situación de desigualdad y discriminación. Pues bien, como consecuencia de esta comprobación podemos señalar que la política se constituye como una variable independiente. Aunque nos resulte sorprendente es plausible avanzar que parecen viables igualdades políticas sustanciales entre mujeres y hombres sin que se produzca ningún tipo de reforma de fondo en el ámbito social o en el económico. De este hecho podríamos deducir que la democracia liberal representativa puede asumir las reivindicaciones del principio de paridad en sus dos versiones. El más restrictivo o principio de proporcionalidad 40-60, o el más amplio que pretende listas cremallera del 50% de cada uno de los sexo. Esta segunda respuesta nos vuelve a poner en el camino de la primera lo cuantitativo o porcentual debe aumentar pero si no va acompañado de determinados contenidos la situación económica y social real de las mujeres no cambiará.

Ahora bien independientemente de que los intereses de las mujeres puedan convivir con la democracia liberal, lo que no podemos olvidar es que a pesar del aumento considerable de la presencia de las mujeres en algunos ámbitos políticos, seguimos estando ausentes de los verdaderos centros de poder y decisión como demuestran numerosos estudios y estadísticas. Si tenemos en cuenta los datos y si como ya hemos señalado buena parte de la legitimidad democrática se encuentra en la fundamental equivalencia entre democracia y representación, entre democracia y sufragio universal, no podemos dejar de criticar las pretensiones legitimadoras de aquellas posiciones que defienden la pretendida irrelevancia de la composición de los órganos en

los que se toman las decisiones sobre cuestiones que afectan de forma relevante a la vida pública y privada de todas y todos. La lucha por el derecho al voto debe ir acompañada con de la lucha en favor del derecho de las mujeres a ser elegidas (38).

¿Qué dice el MF en torno a este debate? Cuando en los años 60 resurge el movimiento de mujeres nombrado como la tercera ola del MF, éste no tenía como objetivo la representación política institucional, ya que se posicionaba a favor de la democracia directa, rechazando críticamente a los partidos políticos y considerando que los temas reales de la democracia y de la participación política estaban sino lejos de las instituciones, por lo menos si en otra parte. Pero a partir de los 90 surge una fuerte corriente que apoya la defensa de una mayor paridad en la política institucional y poco a poco se ha convertido en un tema importante y fundamental para dicho movimiento.

## II.5. ¿Nuevas tendencias en el feminismo?

El nuevo panorama confirma lo que ya se vislumbraba desde finales de los 80 y principios de los 90, que las políticas feministas se pueden y de hecho se hacen de muchas maneras.

Nuevos feminismos y nuevas alternativas políticas feministas han irrumpido en la esfera pública. Desde los sectores más «innovadores» que afirman que el patriarcado ha muerto (39), pasando por «Las Otras Feministas» (40) empeñadas en enmendarle la plana a las que pertenecen a lo que convencionalmente llamamos Feminismo de Estado y/o Feminismo Oficial, hasta las que como Plazandreak (41), siguen insistiendo en que si bien las cosas cambian afortunadamente, desafortunadamente no tanto ni tan rápido como sería deseable.

Las primeras se deshacen en loas a la Post-modernidad, ya no hay fronteras entre lo público y lo privado, entre lo personal y lo político, entre lo «femenino» y lo «masculino», entre «hombres» y «mujeres», odiosas dicotomías, binarias y opresivas todas ellas. El patriarcado ha muerto y como consecuencia de esta defunción nos podemos dedicar tranquilamente a «nuestros asuntos». Es decir, no ven muy claro que las mujeres debamos dedicarnos a esa cosa tan tradicional y pasada de moda que se llama «política».

«Las Otras Feministas», se presentan públicamente como un sector crítico a la política feminista que desarrolla el gobierno del PSOE. Sus críticas se centran básicamente en parte de la actividad legislativa de éste, sobre todo en algunas de las materias que tradicionalmente han conformado la agenda reivindicativa del MF, especialmente a la legislación sobre «violencia machista». Leyes que regulan el matrimonio entre personas del mismo sexo, o las que regular la «identidad sexual» no parecen ser merecedoras de ningún tipo de crítica.

Sus críticas son compartidas por unas y rechazadas por otras, pero lo que las «Otras Feministas» no dejan muy claro es cuál es su programa de actuación, no seña-

---

(38) Véase Georges DUBY y Michelle PERROT, *Historia de la mujeres Vol. IV*, Taurus, Madrid, 1993, pp. (23-126).

(39) El feminismo de la diferencia de las mujeres de La Librería de Milán, o parte importante de la teoría Queer.

(40) Varios artículos publicados por el País. <http://www.cmpa.es/otrasfeministas/>

(41) Véase <http://plazandreak.blogspot.com/>

lan donde está el problema y cuál consideran que es la forma más adecuada de resolverlo. No parece que consideren pertinente la creación de una agrupación política que logre legislar tal y como ellas consideran adecuado hacerlo.

El Feminismo de Estado y/o Oficial por su parte, insiste machaconamente que el cambio tiene límites y señala con total claridad donde están esos límites, el sistema liberal capitalista. Instan a que apreciemos lo que hay, que valoremos lo logrado y que olvidemos lo que realmente se quería, y si no se quiere olvidar por lo menos que se aparque hasta nueva orden.

Comparto la idea que sostiene que la plaza pública es el centro en torno al que se articula la ciudad y por ello «tiene un sentido metafórico importantísimo, el de “espacio simbólico del poder”. Por eso la plaza pública es, en el discurso feminista, el lugar metafórico de la exclusión de las mujeres del poder» (42) y por eso hay que seguir pensando en cómo lograr ese cambio más radical y más rápido. Entiendo que propuestas arriesgadas y si se quiere discutiblemente fundada como la del 100% de la representación son imprescindibles para avanzar en la igualdad. El que exista una posición que entienda que las necesidades e intereses de las mujeres deben ser representados como los son los de los varones es fundamental para el logro de la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta posición no discute que otras mujeres en el ejercicio de su poder, logran incidir y cambiar la realidad en la que vivimos. Pero igualmente entiende que hoy por hoy es una forma delegada de ejercer el poder y por ello atravesada de grandes limitaciones que quizás pudieran ser rebasadas con el logro y el ejercicio del poder ganado como se gana en una democracia representativa, a través del voto en las urnas. Es una respuesta al hecho de ver con demasiada frecuencia mujeres no feministas dirigiendo órganos que las feministas han señalado como estratégicos para cambiar esta situación. Intenta dar respuesta al hecho de que el poder se empeña en colocar en lugares estratégicos a mujeres no feministas que no pongan en entredicho la hegemonía masculina. Una prueba de ello es que se sigue sin reconocer formalmente al MF como interlocutor válido de la lucha de las mujeres por el logro de la «Igualdad». Por otra parte las mujeres de los partidos que ostentan el poder no ven al MF como un aliado para el logro de la igualdad sino como un enemigo a combatir. Mientras hablan de la participación ciudadana, de dar voz a los movimientos sociales, tapan la voz de las mujeres que durante más de dos siglos están organizadas en el MF, es decir las voces de las Feministas.

Esta posición mantiene que una política capaz de ofrecer soluciones a las necesidades de las mujeres en un sistema patriarcal debe realizarse desde presupuestos feministas y no sólo desde presupuestos progresistas que en última instancia sacrifican los intereses de la mayoría de las mujeres y de la ciudadanía en general a los intereses de un mundo basado en principios patriarcales.

### III. A modo de conclusión

En primer lugar señalar que si bien es cierto que durante los últimos años ha aumentado de forma considerable el porcentaje de mujeres que ocupan puestos en las

(42) Cándida MARTÍNEZ, *Historia de las mujeres en España y América latina*, vol. I, Cátedra, Madrid, 2005.

instituciones, no por ello están en los verdaderos centros de poder, en éstos siguen estando ausentes.

Por este motivo debemos considerar que la paridad es engañosa. El término paridad se ha generalizado en nuestro contexto para hablar principalmente de porcentajes y de números. Pero podríamos afirmar que se nos han engañado y que se ha utilizado curiosamente para aprobar una ley que garantice también la presencia de los hombres en las listas electorales. Si la ley quería corregir desequilibrios y discriminaciones es curioso que su formulación incida en garantizar algo que hasta la fecha nunca ha sido cuestionado. A las mujeres, después de luchar y protestar mucho, se nos garantiza un derecho que hasta la fecha no hemos tenido; a los hombres, sin ni siquiera una mini-revolución, se les ofrece un «por si acaso» y se legisla frente a un riesgo garantizándoles un derecho que nunca habían perdido.

En segundo lugar afirmar que la verdadera paridad tiene que ver con el reconocimiento de los intereses y necesidades de las mujeres.

La verdadera paridad no son los números y porcentajes de una lista electoral o de una institución. La verdadera paridad no es sólo una cuestión de cantidad sino principalmente de calidad. La paridad es sobre todo garantizar que los intereses y necesidades de las mujeres estén reconocidos y ocupen espacios estratégicos (y no cuestionados) en las agendas políticas. En este sentido, es fundamental potenciar las alianzas entre mujeres para poder, entre todas, consensuar la agenda de intereses y necesidades de las mujeres.

En tercer lugar es necesario defender los instrumentos de participación que ofrecen a las instituciones sin olvidar el derecho de las mujeres a ocupar espacios de poder real.

Durante los últimos años se están generalizando espacios de participación desde las instituciones (consejos, foros...). La participación es necesaria, defenderlos también, incluso ayudar a dignificarlos y a dotarlos de fuerza transformadora. Sería deseable trabajar para aumentar la autonomía de las organizaciones que los componen huyendo del dirigismo y el tutelaje excesivo. No es deseable que las instituciones los conviertan en espacios simbólicos de legitimación, se deben utilizar para incorporar las prioridades de las mujeres a la agenda política.

Sin embargo, la participación del MF en estos espacios no debe confundirse con la renuncia a ocupar otros espacios de poder y de gestión. Debemos defender la participación como representantes en las instituciones. No son estrategias excluyentes sino complementarias.

En cuarto lugar es necesario señalar y denunciar que las instituciones no reconocen al MF o a los grupos que lo conforman como interlocutores.

A pesar de los grandes avances en los últimos años y de la progresiva asunción de algunas de las reivindicaciones de las mujeres por las instituciones, el movimiento feminista sigue sin ser reconocido como interlocutor ante las instituciones. En las pocas ocasiones en que este reconocimiento se produce se le exige hablar con una sola voz, se le obliga incomprensiblemente a renunciar a una de sus características más positivas: su pluralidad.

En quinto lugar señalar que el MF logra crear espacios en las instituciones pero paradójicamente no es invitado a participar en ellos.

Esta falta de reconocimiento se hace cada vez más patente a partir de la proliferación de agencias institucionales cuyo objetivo principal es luchar por cambiar la condi-

ción y situación de las mujeres. A pesar de que muchos de estos órganos son el resultado (directo o indirecto) de las demandas del MF, con demasiada frecuencia son ocupados por mujeres no feministas, a veces incluso con escasa sensibilidad que repercute directamente en la puesta en práctica de programas estratégicos. Más aún, las mujeres feministas son con frecuencia «etiquetadas», «arrinconadas» y limitadas en sus posibilidades de ocupar esos espacios negándoseles la experiencia y conocimiento y nuevamente no reconociéndolo.

Finalmente el hecho del «empoderamiento» de grupos de mujeres ajenas al MF o movimiento de mujeres.

Paralelo a este proceso estamos asistiendo a una evolución importante en el asociacionismo de mujeres, fundamentalmente de aquel que se declara ajeno (y a veces incluso lejano) al movimiento feminista. No cabe más que felicitar todos los procesos que están permitiendo que estas asociaciones se conviertan en sujetos activos, aplaudir incluso el reconocimiento e impulso que reciben desde los poderes públicos. A las instituciones les resulta más cómodo y más rentable trabajar con ellas y en muchas ocasiones están otorgando a esos grupos la visibilidad e interlocución que niegan al MF y al movimiento de mujeres.

Trabajo recibido el 8 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.



**LABURPENA:** Hona hemen artikulu honetarako nire helburua: emakumeen parte-hartze eta ordezkari politikoaren esanahia aurkeztea mugimendu feministako sektore desberdinen ikuspegietatik. Halaber, nabarmendu nahi dut zenbateraino den posiblea emakumeen ordezkari eta parte-hartze politikoaren alde egiteko legedia garatzea (kuotak, ordezkari orekatuaren printzipioa, parekotasuna) zuzenbide liberalak eraturako gaur egungo sistemari. Sistema horrek unibertsaltzat eta neutraltzat jotzen du bere burua, eta sistemaren baitan, kulturalki eraturako edozein marka (sexua-generoa) aintzat hartzeak ustez markatu gabeko subjektuak arriskuan edo zalantzan jartzen dituela pentsatzen da. Funtsezko galdera da jakitea zein diren emakumeen interesak eta beharrak gaur egungo adostasuneko sistema patriarkalean, emakumeok bizi dugun desberdintasun-egoerarekin amaitzeko alternatiba bideragarriak planteatu ahal izateko.

**HITZ GAKOAK:** Feminismoa. Emakumeak. Ordezkari eta parte-hartze politikoa. Kooptazioa/meritokrazia. Parekotasuna.

**RESUMEN:** En este artículo he pretendido problematizar el significado de la participación y representación política de las mujeres desde las distintas posiciones mantenidas por los diferentes sectores del MF. Igualmente pretendo poner en evidencia hasta qué punto es posible un desarrollo legislativo que favorezca la representación y participación política de las mujeres (cuotas, principio de representación equilibrada, paridad) dentro del actual sistema configurado por un derecho liberal que se auto percibe como universal y neutral donde la consideración de cualquier marca construida culturalmente (sexo-género) pone en peligro o en entre dicho a su sujeto supuestamente no marcado. La pregunta fundamental es conocer cuáles son los intereses y las necesidades de las mujeres en los actuales sistemas patriarcales de consentimiento para poder plantear alternativas plausibles encaminadas a terminar con la situación de desigualdad en la que vivimos las mujeres.

**PALABRAS CLAVE:** Feminismo. Mujeres. Representación y participación política. Cooptación /meritocracia. Paridad.

**ABSTRACT:** In this article I have tried to make problematic the meaning of political participation and representation of women from the different positions maintained by the different sectors of the feminist movement. Likewise I expect to reveal to what extent it is possible a legislative development that promotes the political representation and participation of women (quotas, principle of equal representation, equality) in the current system which is considered by a liberal law that sees itself as universal and neutral where the consideration of any mark culturaly construed (sex-gender) puts at risk or in question its not supposedly marked subject. The basic issue is to know the women's interests and needs in current patriarchal systems of consent in order to pose plausible alternatives aimed at finishing with the situation of inequality that women live within.

**KEYWORDS:** Feminism. Women. Political representation and participation. Cooption and meritocracy. Equality.



# Sobre la reforma local y las competencias municipales propias (1)

Eloísa Carbonell Porras

**Sumario:** I. Alguna reflexión previa y general sobre la reforma local.—II. Consideraciones generales sobre las competencias locales antes y después de la reforma.—III. Novedades en la regulación de las competencias municipales propias: A) El artículo 25 de la LBRL y su reforma. B) ¿Cabén competencias municipales propias en otras materias? C) La asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias en materia de educación, sanidad y servicios sociales.—IV. La reacción de las Comunidades Autónomas ante la reforma respecto de las competencias municipales propias.

## I. Alguna reflexión previa y general sobre la reforma local

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, introduce cambios significativos en nuestro régimen local, que no son ajenos a las circunstancias que explican su aprobación, como son la reforma del artículo 135 de la Constitución, la aprobación de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, o el programa de reformas de las Administraciones Públicas propuestas por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (2). Por eso, el Estado dicta la Ley en aplicación de sus títulos competenciales de los apartados 14.º y 18.º del artículo 149. 1. de la Constitución.

En realidad, se trata de una Ley con dos artículos, el primero, con treinta y ocho apartados que reforman numerosos artículos, disposiciones adicionales, transitorias y finales de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante, LBRL); y, el segundo, el Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas Locales, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo. Además cuenta con diecisiete disposiciones adicionales, once transitorias, una derogatoria

---

(1) Trabajo realizado en el marco del Proyecto I+D+i del Plan Nacional, *Los intereses colectivos: representación y defensa ante la Administración y los tribunales. Las «otras» legitimaciones*, (Referencia DER2011-26080) del que soy Investigadora Principal que se desarrolla en la Universidad de Jaén, y del Proyecto del Plan de Acción Propia de la Universidad de Jaén con referencia UJA2013/08/50, ambos integrados en el Grupo de Investigación del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (PAIDI) SEJ-317. También se enmarca en el Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid 931089, del que soy miembro investigador.

(2) Sobre el ahorro que se pretendía conseguir con esta reforma, *vid.* E. CARBONELL PORRAS, «La planta local: análisis general y perspectivas de reforma», en *La planta del Gobierno Local, Actas del VIII Congreso de la Asociación española de Profesores de Derecho Administrativo*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid-Barcelona, 2013, pp. 17-21 y 45-47.

y seis finales, que, en no pocas ocasiones, generan más dudas que los artículos de la LBRL expresamente modificados. La reforma ha sido cuestionada con distintos argumentos y en foros diversos. Prescindiendo del debate sobre el fondo, lo cierto es que presenta serias deficiencias técnicas, contradicciones e incongruencias que se acrecientan si utilizamos un texto consolidado de la LBRL y lo analizamos en su conjunto y con atención a las disposiciones de la propia Ley 27/2013 que no se integran en otros textos normativos. Algunos ejemplos permiten ilustrar esta afirmación. Así, la actual LBRL diferencia dos tipos de desconcentración: los tradicionales órganos (distritos) que los Ayuntamientos pueden establecer para facilitar la participación ciudadana en la gestión de los asuntos locales y su mejora del art. 24; y los nuevos «entes de ámbito territorial inferior al Municipio, que carecerán de personalidad jurídica, como forma de organización desconcentrada del mismo para la administración de núcleos de población separados» del nuevo artículo 24 *bis*, que pretenden ser la respuesta a la eliminación de la personalidad jurídica de las entidades locales inframunicipales(3); se prevé la delegación de competencias para mejorar la eficiencia de la gestión pública pero siempre se exige que lo acepten los municipios pues se ha suprimido la imposición obligatoria por Ley; se contempla, como una de las posibles delegaciones a los municipios, la relativa a la «comunicación» en materia de espectáculos públicos —art. 27. 3. k) LBRL—; o, por último, se impone un plazo de seis meses para que las Mancomunidades de municipios adapten sus Estatutos al art. 44 LBRL para no incurrir en causa de disolución cuando ese precepto no ha sido objeto de ninguna modificación (Disposición transitoria undécima de la Ley 27/2013). Esta muestra de las contradicciones y deficiencias que presenta la Ley justifica las críticas generalizadas que la reforma ha merecido y que comparto, y que habrá que tener en cuenta al analizar cuestiones concretas(4). Pero que la Ley 27/2013 no sirva como modelo de técnica legislativa no convierte en inconstitucional toda su regulación, sin perjuicio de que sí lo sean concretos preceptos, ni exige al jurista de realizar una interpretación conforme a la Constitución. Así tendrá que hacerlo el Tribunal Constitucional para resolver los diversos recursos de inconstitucionalidad y el conflicto en defensa de la autonomía local admitidos contra la práctica totalidad de la Ley(5).

(3) El nuevo art. 24 *bis* LBRL remite a las leyes de las Comunidades Autónomas la regulación de los «entes de ámbito territorial inferior al Municipio, que carecerán de personalidad jurídica, como forma de organización desconcentrada del mismo para la administración de núcleos de población separados, bajo su denominación tradicional de caseríos, parroquias, aldeas, barrios, anteiglesias, concejos, pedanías, lugares anejos y otros análogos, o aquella que establezcan las leyes», y la creación de este tipo de entes sólo se admite si resulta más eficiente para la administración desconcentrada de núcleos de población separados de acuerdo con los principios previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. Estos criterios no se aplicarán a la creación de los órganos del artículo 24 LBRL.

(4) Pueden verse las obras colectivas *Reforma del Régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*, coordinada por M. J. DOMINGO ZABALLOS, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014; *La reforma de 2013 del régimen local español*, coordinada por J.A. SANTAMARÍA PASTOR, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2014; *La reforma del régimen local*, dirigida por T. QUINTANA LÓPEZ y coordinada por A. B. CASARES MARCOS, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, así como los números monográficos del *Anuario del Gobierno Local*, titulado: *¿Un nuevo gobierno local en España? La reforma de la Administración local en la Ley 27/2013* núm. 1, 1, 2013, dirigido por T. FONT I LLOVET y A. GALÁN GALÁN; y, *Cuadernos de Derecho Local*, dedicado a: *La revisión del Gobierno y la Administración local en la Ley 27/2013*, núm. 34, 2014.

(5) El BOE n.º 132, de 31 de mayo de 2014, publica las providencias, de 27 de mayo, del Tribunal Constitucional, que admiten a trámite los recursos de inconstitucionalidad núm. 2002-2014, promovido por más de cincuenta diputados, integrantes de los Grupos Parlamentarios Socialista; IU, ICV-EUIA, CHA, La Izquierda Plural; Unión Progreso y Democracia y Mixto, así como los recursos números 1792-2014, promovido por la Asamblea

Un análisis detenido de la reforma llevada a cabo por la Ley 27/2013 excede obviamente de los propósitos de este trabajo. Por eso seguidamente se aborda el estudio de algunas cuestiones de interés que las competencias municipales propias suscitan en la versión consolidada de la LBRL y, sobre su base, la rápida reacción de las Comunidades Autónomas al respecto.

## II. Consideraciones generales sobre las competencias locales antes y después de la reforma

El régimen general de las competencias de las Entidades Locales parte de la distinción entre las propias y las delegadas, que responde a sustanciales diferencias en la forma de determinación o atribución, de ejercicio o de control, entre otras. Respecto de las primeras, la legislación estatal básica exige que se determinen por ley, garantiza que su ejercicio se realice en régimen de autonomía y bajo la propia responsabilidad, y sólo cabe un control de legalidad y judicializado, mientras que nada de esto se asegura en las competencias delegadas. Este planteamiento general no ha sido alterado con la reforma llevada a cabo con la Ley 27/2013 ya que la modificación del artículo 7 LBRL se centra en las denominadas competencias impropias. El nuevo apartado 4 del art. 7 dispone que «las Entidades Locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública». A tal fin se exigen dos informes previos y vinculantes, uno de la Administración competente por razón de materia en el que se señale la inexistencia de duplicidades; otro de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias. Estos informes resultan exigibles, en su caso, a las nuevas actividades que emprendan las Entidades locales después de la entrada en vigor de la reforma, el 31 de diciembre de 2013, pues no se impone una expresa revisión de las actividades impropias que venían ejerciéndose, sin perjuicio de las consecuencias que hayan podido derivarse de la aplicación de la legislación sobre estabilidad presupuestaria.

Aunque no nos interesa ahora, recordemos que uno de los pilares sobre los que se asienta la reforma es acabar con las duplicidades y estas actividades impropias, que parecen ser la causa de todos los problemas (6).

---

de Extremadura; número 1959-2014 y 2003-2014, promovido por el Consejo de Gobierno y el Parlamento de Andalucía respectivamente; 1995-2014, por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias; núm. 1996-2014 y 2006-2014, por el Parlamento y el Gobierno de Cataluña, respectivamente; 2001-2014, por el Parlamento de Navarra; y, 2043-2014, por el Gobierno de Canarias. También se ha admitido el conflicto en defensa de la autonomía local núm. 4292-2014 planteado por el municipio de Abengibre y otros (Providencia de 9 de septiembre de 2014, publicada en el *BOE* de 13 de septiembre).

(6) Sobre las principales novedades en las competencias de las entidades locales en general y las impropias en particular puede verse con carácter general M. ARENILLA SÁEZ, «El nuevo sistema de competencias locales», pp. 15-55 y J.A. SANTAMARÍA PASTOR, «El régimen de competencias locales y el dilema de la esfinge», pp. 139-156, ambos en *La reforma...* cit. pp. 139-156; M.ª J. ALONSO MAS, «El nuevo régimen de las competencias municipales», en *Reforma...* cit. pp. 153-183; J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, «Competencias municipales: competencias delegadas e impropias», pp. 71-79; J. M.ª SOUVIRÓN MORENILLA, «Competencias propias y

Tampoco ha sido modificada la remisión a la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas reguladora de los distintos sectores de acción pública, según la distribución constitucional de competencias, que efectúa el artículo 2 LBRL para que concreten las competencias de las Entidades locales teniendo en cuenta, entre otras cosas, las características de la actividad pública de que se trate y la capacidad de gestión de la entidad local. En esta determinación de las competencias locales, deberán tenerse en cuenta los principios de descentralización, «proximidad, eficacia y eficiencia, y con estricta sujeción a la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera». Este último inciso se ha introducido por la Ley 27/2013, aunque no constituye ninguna novedad, pues tales principios y criterios resultan de aplicación por contemplarlo así la propia Constitución, y otras normas generales. El Tribunal Constitucional precisó en la sentencia 214/1989, de 21 de diciembre, que estos criterios generales se concretan algo más en la propia la LBRL «al delimitar las materias en las que necesariamente, de acuerdo con los principios señalados, a las entidades locales deberán atribuírseles competencias, e incluso, especificando para los municipios los servicios mínimos que, en todo caso, deberán prestar». Delimitada de esta forma la «exigencia de orden competencial vinculada a la garantía constitucional de la autonomía de las entidades locales, la concreción última de las competencias locales queda remitida y no podía ser de otra manera a la correspondiente legislación sectorial, ya sea estatal o autonómica, según el sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas». Como el legislador sectorial dispone de un amplio margen de discrecionalidad en la concreción de las competencias de las Entidades locales, la LBRL establece unos límites en los arts. 25 y 26 para los Municipios y 36 para las Provincias. Con esta intención, se enumeran unas materias particularmente relacionadas con los intereses municipales en las que necesariamente deberán concretarse las competencias del Municipio y este mandato al legislador sectorial se refuerza con el establecimiento de los servicios municipales obligatorios. La reforma de la LBRL llevada a cabo por la Ley 27/2013 ha afectado a estos preceptos, en particular excluyendo parcialmente las competencias municipales en materia de educación, salud y servicios sociales en los términos que veremos. Sin embargo, ahora lo que interesa es destacar que el régimen general de las competencias de las Entidades locales y su atribución por Ley estatal o autonómica según quien sea competente por razón de la materia no ha sido modificado. En esta línea, no está de más invocar el art. 2. 2 LBRL, —«las Leyes básicas del Estado previstas constitucionalmente deberán determinar las competencias que ellas mismas atribuyan o que, en todo caso, deban corresponder a los entes locales en las materias que regulen»—, pues fue objeto de un fallo interpretativo por el Tribunal Constitucional que ahora cobra máxima actualidad. La STC 214/1989 afirma:

«la norma impugnada que es una norma incompleta o de remisión, no avala o garantiza, por sí misma, la constitucionalidad de las leyes básicas sectoriales, pero no por ello es inconstitucional, ya que tiene en su fundamento las mismas razones que se dan en el párrafo primero de este artículo 2,

---

servicios mínimos obligatorios de los municipios en la reciente reforma del régimen local básico», pp. 80-97; y, J. CUESTA REVILLA, «Las competencias municipales: una aproximación a su nuevo régimen jurídico», pp. 98-125, todos en *Cuadernos... cit.*; T. FONT I LLOVET y A. GALÁN GALÁN, «La reordenación de las competencias municipales: ¿una mutación constitucional?», en *Anuario... cit.*, pp. 11-45; y, J. I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, «Las competencias de las entidades locales» en *La reforma... cit.* pp. 73-112

resultando una consecuencia del reconocimiento de la autonomía de los entes locales que proclama el artículo 137 de la Constitución y de su garantía institucional, según el artículo 140 de la misma. Todo lo cual nos lleva a un fallo interpretativo del precepto contenido en el artículo 2, párrafo segundo, en el sentido de que las leyes básicas deberán decir qué competencias corresponden en una materia compartida a las entidades locales por ser ello necesario para garantizarles su autonomía (artículos 137 y 140 de la Constitución). Ello no asegura que la ley básica estatal y sectorial (montes, sanidad, etc.), que tal cosa disponga sea, sin más, constitucional porque si excede de lo necesario para garantizar la institución de la autonomía local habrá invadido competencias comunitarias y será por ello, inconstitucional, correspondiendo en último término a este Tribunal Constitucional ponderar, en cada caso, si las competencias de ejecución atribuidas a los entes locales son o no necesarias para asegurar su autonomía.»

De lo anterior podemos concluir que la concreción de las competencias locales por el legislador sectorial debe ser conforme a los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En este orden de consideraciones generales, recordemos que durante años se ha reclamado la llamada «segunda descentralización» con el tan invocado como incumplido Pacto local firmado en julio de 1998 que esencialmente reclamaba de las Comunidades Autónomas un proceso de descentralización hacia sus entes locales porque ellas son las competentes de la mayoría de las materias en las que están presentes los intereses locales. Las circunstancias sociales, políticas, económicas y jurídicas han cambiado mucho desde la STC 214/1989, o desde el referido Pacto local y así, sin duda, hay que tenerlo en cuenta. Pero las líneas maestras de nuestro modelo constitucional de organización territorial y régimen local no han sido modificadas porque no lo ha sido el texto constitucional y, por tanto, son plenamente aplicables como ha tenido ocasión de recordar el Tribunal Constitucional en sentencias más recientes como las SSTC 31/2010, de 28 de junio, relativa a la reforma del Estatuto de Cataluña, o 143/2013, de 11 de julio, sobre la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local.

Las distintas dudas suscitadas por la reforma operada por la Ley 27/2013 motivaron una rápida reacción de las Comunidades Autónomas, utilizando procedimientos diversos como la aprobación de Leyes (7) y Decretos-Leyes (8) en unos casos, pero tam-

---

(7) En Galicia, la Ley 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local; en La Rioja, la Ley 2/2014, de 3 de junio, de medidas para la garantía y la continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de La Rioja; en Madrid, la Ley 1/2014, de 25 de julio, de Adaptación del Régimen Local de la Comunidad de Madrid a la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local; y en la Región de Murcia, la Ley 6/2014, de 13 de octubre, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, derivada en la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, que trae causa del Decreto 1/2014, de 27 de junio.

(8) En Castilla-León, el Decreto-Ley 1/2014, de 27 de marzo, de medidas urgentes para la garantía y continuidad de los servicios públicos en Castilla y León, derivado de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, y la Circular de 1 de abril de 2014, de la Viceconsejera de Administración y Gobierno del Territorio, relativa al sistema competencial y otras cuestiones derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

bién de Decretos(9) e incluso de simples Circulares(10). El contenido, muy parecido en todo caso, de las medidas previstas por las Comunidades Autónomas permiten clarificar algunos problemas interpretativos que plantea la reforma(11).

### III. Novedades en la regulación de las competencias municipales propias

#### A) EL ARTÍCULO 25 DE LA LBRL Y SU REFORMA

Con carácter general el artículo 25 LBRL sufre los siguientes cambios:

Primero. La cláusula general del artículo 25. 1 reconoce que, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, los municipios pueden promover actividades y prestar los servicios públicos que contribuyan a satisfacer las necesida-

---

En Andalucía, el Decreto-ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. En Cataluña se aprobaron el Decreto-ley 3/2014, de 17 de junio, de medidas urgentes para la aplicación en Cataluña de la Ley 27/2013, de 27-12-2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local y el Decreto-Ley 4/2014, de 22 de julio, por el que se establecen medidas urgentes para adaptar los convenios, los acuerdos y los instrumentos de cooperación suscritos entre la Administración de la Generalidad y los entes locales de Cataluña a la disposición adicional novena de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. Debe tenerse presente que el Decreto ley 3/2014 no ha sido validado por el Parlamento luego ha quedado derogado como publica la Resolución 774/X del Parlamento de Cataluña. También se ha aprobado el Decreto-ley 3/2014, de 10 de junio, por el que se modifica la Ley 17/2010, de 22 de diciembre, de mancomunidades y entidades locales menores de Extremadura que, no obstante, no afecta a las cuestiones relativas a las competencias municipales.

(9) En el Principado de Asturias, el Decreto 68/2014, de 10 de julio, por el que se regula el procedimiento para la obtención de los informes previstos en el artículo 7.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

(10) En el País Vasco, la Circular de 11 de marzo de 2014, de la Directora de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros Administrativos, referente al sistema de ordenación de las competencias municipales y al régimen foral vasco, tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local. En Aragón, la Circular 1/2014, de 28 de abril, de la Dirección General de la Administración local del Gobierno de Aragón, sobre el régimen jurídico competencial de los municipios aragoneses tras la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local que modifica la Ley 7/1985, reguladora de las bases del régimen local. En la Comunidad Valenciana, la Circular de 18 de junio 2014, nuevo régimen competencial contemplado en la Ley 27/2013, de 27-12-2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

(11) Resulta interesante señalar que el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Galicia en relación con la Ley de Galicia 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (Resolución de 5 de septiembre de 2014, publicada en el BOE n.º 230, de 22 de septiembre) se refiere a la iniciación de negociaciones para resolver las discrepancias en relación con el artículo 3 y la disposición adicional tercera de la Ley 5/2014, de 27 de mayo, de Medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. Estos preceptos están dedicados a las competencias de las entidades locales distintas de las propias y de las atribuidas por delegación y a la adaptación al régimen de la Ley 27/2013, de los convenios, acuerdos y demás instrumentos de cooperación ya suscritos, respectivamente. Por tanto, en principio, no se manifiestan expresas dudas sobre la constitucionalidad de la Ley gallega en relación con las competencias municipales propias, que son las estudiadas en este trabajo. La misma conclusión se deduce del Acuerdo de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía en relación con el Decreto-Ley 7/2014, de 20 de mayo, por el que se establecen medidas urgentes para la aplicación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Admisión local (Resolución de 8 de septiembre; BOE núm. 234, de 26 de septiembre de 2014).



des y aspiraciones de la comunidad vecinal «en los términos previstos en este artículo». De este último inciso, —y de la supresión del «toda clase»— se ha pretendido deducir que el legislador estatal básico vincula todo el significado del precepto a lo que dispone el propio art. 25, excluyendo cualquier otro tipo de competencias. Pero esta interpretación entra en contradicción con el nuevo artículo 7. 4 LBRL que no prohíbe que los municipios ejerzan competencias distintas de las propias o delegadas, sino que supedita su ejercicio al cumplimiento de unos requisitos.

Segundo. Las competencias que la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas concrete en las materias del art. 25. 2 tendrán la consideración de propias. La reforma consiste en proclamar expresa y claramente que en esas materias las competencias tendrán la naturaleza de las propias con las consecuencias antes indicadas que, en principio, no permiten más intervención del Estado o de la Comunidad Autónoma que las exigidas por la debida «coordinación en su programación y ejecución con las demás Administraciones Públicas» según dispone el art. 7. 1 LBRL.

Tercero. Aunque se ha cambiado la redacción de todo el listado, no todas las materias habrían sufrido alteraciones sustanciales en principio y con carácter general (12). El vigente art. 25. 2 se refiere a las siguientes materias:

- «a) Urbanismo: planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística. Protección y gestión del Patrimonio histórico. Promoción y gestión de la vivienda de protección pública con criterios de sostenibilidad financiera. Conservación y rehabilitación de la edificación.
- b) Medio ambiente urbano: en particular, parques y jardines públicos, gestión de los residuos sólidos urbanos y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas.

(12) Sin descender al detalle, no se aprecian grandes discrepancias respecto de la anterior redacción del artículo 25. 2 que se refería a las siguientes materias;

- «a) Seguridad en lugares públicos.
- b) Ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas.
- c) Protección civil, prevención y extinción de incendios.
- d) Ordenación, gestión, ejecución y disciplina urbanística ; promoción y gestión de viviendas ; parques y jardines , pavimentación de vías públicas urbanas y conservación de caminos y vías rurales.
- e) Patrimonio histórico artístico.
- f) Protección del medio ambiente.
- g) Abastos, mataderos, ferias, mercados y defensa de usuarios y consumidores.
- h) Protección de la salubridad pública.
- i) Participación en la gestión de la atención primaria de la salud.
- j) Cementerios y servicios funerarios
- k) Prestación de los servicios sociales y de promoción y inserción social
- l) Suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales.
- ll) Transporte público de viajeros.
- m) Actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación del tiempo libre; turismo.
- n) Participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria».

J.A. SANTAMARÍA PASTOR «El régimen...», *cit.* pp. 141-145 realiza un estudio comparativo detenido de los artículos 25. y 26 LBRL antes y después de la reforma para concluir que no se ha producido una reducción significativa de las competencias municipales. También J. M.ª SOUVIRON MORENILLA, «Competencias propias...», *cit.* pp. 84-88; y J. CUESTA REVILLA, «Las competencias...», *cit.* pp. 101-104.

- c) Abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales.
- d) Infraestructura viaria y otros equipamientos de su titularidad.
- e) Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social.
- f) Policía local, protección civil, prevención y extinción de incendios.
- g) Tráfico, estacionamiento de vehículos y movilidad. Transporte colectivo urbano.
- h) Información y promoción de la actividad turística de interés y ámbito local.
- i) Ferias, abastos, mercados, lonjas y comercio ambulante.
- j) Protección de la salubridad pública.
- k) Cementerios y actividades funerarias.
- l) Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre.
- m) Promoción de la cultura y equipamientos culturales.
- n) Participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial.
- ñ) Promoción en su término municipal de la participación de los ciudadanos en el uso eficiente y sostenible de las tecnologías de la información y las comunicaciones.

Los cambios más relevantes o, al menos los que han suscitado más dudas y polémicas son los relativos a educación, salud y sanidad, que deben analizarse teniendo en cuenta otras previsiones de la Ley 27/2013 a las que aludiremos después.

Cuarto. Tampoco se altera sustancialmente la reserva de Ley en la determinación de las competencias municipales y el debido respeto de los principios generales del art. 2, que ahora repite el art. 25. 3(13). Sin embargo, sí son novedosos los nuevos apartados 4 y 5, que imponen ciertos mandatos a las leyes que determinen las competencias municipales propias. Por un lado, el apartado 4 del artículo 25, dispone que «la Ley a la que se refiere el apartado anterior deberá ir acompañada de una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de las Administraciones Públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad.» y prever «la dotación de los recursos necesarios para asegurar la suficiencia financiera de las Entidades Locales sin que ello pueda conllevar, en ningún caso, un mayor gasto de las

---

(13) El art. 25. 3 establece que «las competencias municipales en las materias enunciadas en este artículo se determinarán por Ley debiendo evaluar la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera». La redacción anterior del precepto disponía: « Sólo la ley determina las competencias municipales en las materia enunciadas en este artículo de conformidad con los principios establecidos en el artículo 2»

Administraciones Públicas.» Si se trata de proyectos de ley estatales estos criterios se acreditarán con un informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Por otro lado, el apartado 5 del art. 25 establece que «la Ley determinará la competencia municipal propia de que se trate, garantizando que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública». Naturalmente la aplicación de estas reglas se produce con la entrada en vigor de la reforma (el día 31 de diciembre de 2013) y respecto de las leyes que se aprueben con posterioridad.

## B) ¿CABEN COMPETENCIAS MUNICIPALES PROPIAS EN OTRAS MATERIAS?

La principal duda que plantea la reforma del artículo 25, además de lo relativo a las ahora excluidas del listado, se centra en determinar si admite que los municipios ostenten competencias propias en materias no incluidas en el listado, sin perjuicio de las que puedan ser delegadas por el Estado y las Comunidades Autónomas (14). Algunos autores consideran que las competencias locales han quedado delimitadas en la propia LBRL de modo que cualquier otra atribución competencial entraría de lleno en las «distintas» de las propias y delegadas a que se refiere el nuevo artículo 7. 4 y, en consecuencia, debería cumplir los criterios de este precepto. Así, SOUVIRÓN MORENILLA, sostiene que, como «las competencias “propias” o “delegadas” quedan acotadas por la propia LBRL, toda otra competencia conferida —o que se pretenda conferir a los entes locales, incluso por ley o delegación, pero que no se corresponda con las materias y ámbitos funcionales de estos definidos por la LBRL como competencias locales propias o delegadas, caerá bajo la tipificación legal de competencia «distinta» de las dos anteriores, y consecuentemente deberá sujetarse a lo previsto por el artículo 7. 4 LBRL» (15). Con esta intención, ALMEIDA CERREDA diferencia las competencias propias *necesarias*, que son aquellas incluidas en el listado del artículo 25 que los Municipios ejercerán en régimen de autonomía y bajo su propia responsabilidad, que se sujetan a los criterios del propio artículo 25; de las competencias propias *suplementarias*, que son las otorgadas, explícita o implícitamente por los legisladores en ámbitos distintos de los enumerados en el antedicho artículo 25. 2, que deberán atribuirse de acuerdo con los criterios del art. 7. 4 (16). Recordemos que, según este

---

(14) Un argumento que apoyaría esa interpretación restrictiva respecto del reconocimiento de nuevas competencias propias es la supresión, en el informe de la Ponencia del Senado, de un apartado 6 que en la tramitación parlamentaria se había añadido al art. 25, que era del siguiente tenor: «Cuando, por Ley, las Comunidades Autónomas en sus respectivos ámbitos competencia les atribuyan a los Municipios competencias propias en materias distintas a las previstas en el apartado 2 del presente artículo, deberán tener en cuenta los criterios señalados en los apartados 3, 4 y 5 anteriores». No obstante, respecto de la aplicación del artículo 7. 4, debe tenerse presente que, en los diversos borradores de anteproyectos así como en la propia tramitación parlamentaria, las competencias distintas de las propias y delegadas serían aquellas acometidas por los propios Ayuntamientos al amparo de la cláusula general de capacitación, de las actividades complementarias del suprimido artículo 28 o, incluso con actividades y prestaciones no ocupadas por las otras Administraciones como he puesto de relieve en otro lugar (*vid.* E. CARBONELL PORRAS, «La planta...», *cit.* pp. 51-53)

(15) J. M.ª SOUVIRÓN MORENILLA, «Competencias propias...», *cit.* pp. 84-85

(16) M. ALMEIDA CERREDA, «El incierto futuro de los servicios sociales municipales», en *Anuario de Derecho Municipal 2013*, núm. 7, Madrid, 2014, pp. 102-103.

precepto, «las Entidades Locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Públicas. A estos efectos, serán necesarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias».

No resulta fácil afrontar esta cuestión globalmente: por un lado, resulta de aplicación en todo caso el art. 2 LBRL, luego el legislador sectorial debe tener en cuenta, en la atribución de cualquier competencia, además de las características de la actividad pública de que se trate y la capacidad de gestión de la Entidad Local, los principios de descentralización, proximidad, eficacia y eficiencia, y la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Por otro lado, tampoco cabe apreciar grandes diferencias entre los criterios del art. 25 (de nuevo, los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, la dotación financiera y la no atribución simultánea a otra Administración Pública) y los del art. 7. 4 (que no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la hacienda municipal, y no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública). En el primer caso, corresponderá a la propia Ley, y a la memoria económica que debe acompañarla, la apreciación de esos criterios; en el segundo caso se exigen dos informes preceptivos y vinculantes.

Sin perjuicio de estas similitudes, creo que el artículo 7. 4 LBRL no resulta de aplicación a los legisladores, estatal o autonómicos según los criterios constitucionales de distribución de competencias, sino a las propias Entidades locales, que son las que, mientras el Tribunal Constitucional no diga otra cosa, para ejercer competencias distintas de las propias y delegadas deberán contar con los dos informes favorables. No tiene sentido que el legislador autonómico (que es el que debe atribuir competencias propias) esté condicionado por dos informes preceptivos y vinculantes de la propia Administración autonómica en la mayoría de los casos si decide ampliar las competencias de los Municipios de su territorio en materias de su competencia. Así lo han entendido también las Comunidades Autónoma que contemplan expresamente la atribución de nuevas competencias municipales propias y recogen los criterios del artículo 25 LBRL(17). De hecho todas presuponen que el artículo 7. 4 resulta de aplica-

---

(17) La Ley núm. 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la Ley 27/2013, de la Comunidad Autónoma de Galicia prevé, en su artículo 1, que los anteproyectos de leyes que atribuyan nuevas competencias a los Municipios deberán ir «acompañados de una memoria económica, que «el impacto de la nueva atribución de competencias sobre los recursos financieros de las Administraciones públicas afectadas y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad», y de los informes de las Consejerías competentes en materia de hacienda y de administración local relativos a estos criterios. El artículo 2, *Competencias propias*, del Decreto 68/2014, de 10 de julio, del Principado de Asturias, por el que se regula el procedimiento para la obtención de los informes previstos en el artículo 7.4 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, establece: «Los anteproyectos de ley que se tramiten por las distintas Consejerías que supongan la atribución de nuevas competencias propias a los concejos, deberán incorporar una memoria económica que refleje el impacto sobre los recursos financieros de éstos y el cumplimiento de los principios de estabilidad, sostenibilidad financiera y eficiencia del servicio o la actividad; además, el texto normativo deberá prever la dotación de los recursos

ción a las Entidades locales interesadas en ejercer competencias distintas de las propias y de las delegadas.

Por su parte, para ALONSO MAS también cabe continuar considerando que el art. 25. 2 LBRL no es una lista cerrada, pudiendo atribuirse más competencias propias en las leyes sectoriales, salvo, a su juicio, en aquellas (como la inspección sanitaria de mataderos, los servicios sociales o la atención primaria de la salud) que deben asumir obligatoriamente las Comunidades Autónomas(18). En mi opinión, entender que las competencias municipales propias sólo pueden ser, ahora y pro futuro, las del listado del art. 25 supone un cambio radical de lo que debe asegurar la legislación básica: el mínimo de materias de competencia municipal en garantía de la autonomía municipal que la Constitución protege, que además afecta a la potestad de organización de las propias Comunidades Autónomas(19). En las materias de competencia autonómica son las Comunidades Autónomas las que deben decir quién y en qué condiciones las ejerce, eligiendo entre las diversas opciones que el ordenamiento jurídico ofrece: reservarse su ejercicio, cederlo a las Entidades locales mediante delegación u otras técnicas de alteración de los elementos de las competencias, incluida la transferencia a los Municipios para las ejerzan bajo su autonomía y responsabilidad, es decir, como competencias municipales propias. Se trata de una decisión de política organizativa que corresponde al titular de la competencia en la que, además, las posibilidades de incidir del Estado son significativamente reducidas como ha señalado en multitud de ocasiones el Tribunal Constitucional. Y no acierto a comprender que justificaría una norma estatal que condicionará de tal forma la organización propia de cada Comunidad Autónoma. Por eso, a mi juicio y en este punto, la eliminación de una materia del listado del artículo 25. 2 y su inclusión entre las susceptibles de ser delegadas del artículo 27, ambos de la LBRL, no puede interpretarse como un límite infranqueable para el legislador autonómico que, insisto, es el competente por razón de la materia, y podrá optar por transferirla como propia, delegarla u otros mecanismos de traslación de competencias. Otra cuestión distinta es que en todo caso resulten de obligado cumplimiento las reglas de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera del artículo 135 de la Constitución y las normas dictadas en su desarrollo. Pero ese es otro problema distinto de la configuración legal de las competencias.

Las anteriores consideraciones, además, permiten resolver los problemas que el nuevo listado del artículo 25 LRBL plantea respecto de aquellos Estatutos de Autonomía que en las reformas más recientes han incluido preceptos que relacionan una se-

---

necesarios para asegurar la suficiencia financiera de los concejos, sin que ello pueda conllevar, en ningún caso, a un mayor gasto de las Administraciones Públicas. La Dirección General competente en materia de régimen local deberá emitir un informe preceptivo en el que se acredite el cumplimiento de los requisitos señalados en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril».

(18) *Vid.* M.<sup>a</sup> J. ALONSO MAS, «El nuevo régimen...», *cit.* pp. 164-166 que analiza esta cuestión dando cuenta además de diversas opiniones doctrinales al respecto.

(19) En contra de lo por mi defendido, se ha manifestado el Consejo de Estado en el Dictamen núm. 338/2014, de 26 de mayo, en el expediente administrativo relativo al planteamiento del conflicto en defensa de la autonomía local contra la Ley 27/2013, que invoca su anterior Dictamen 567/2013, de 27 junio, relativo al anteproyecto de ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, y sostiene que «la vinculación de las competencias propias de los Municipios a las materias del artículo 25 de la LBRL. Y la consiguiente imposibilidad de que el legislador sectorial autonómico pueda asignarles competencias propias en otras materias no incluidas en tal precepto no vulnera la autonomía local ni tampoco —conviene recordarlo por más que no sea objeto específico del presente conflicto— las competencias autonómicas».

rie de materias de competencia municipal como los artículos 84 del catalán y 92 del andaluz (20) y que, en el caso de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se ha reforzado con la concreción del alcance de las competencias municipales en cada una de las materias en una Ley aprobada por mayoría absoluta, como es la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía (21).

### C) LA ASUNCIÓN POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS DE LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE EDUCACIÓN, SANIDAD Y SERVICIOS SOCIALES

Las principales materias afectadas por la reforma del listado del art. 25. 2 LBRL son educación, salud y servicios sociales, aunque realmente es en esta última en la que se habría producido una sensible reducción de las competencias municipales propias garantizadas por el legislador básico (22). La anterior referencia a la «prestación de los servicios sociales y de promoción y reinserción social» se ha sustituido por la «evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social» —letra e) del art. 25. 2—, que también se repite al regular los servicios municipales obligatorios, que ya no incluye la prestación de servicios sociales. En los Municipios con población superior a 20.000 habitantes, la prestación obligatoria sólo comprende ahora la «evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social» —art. 26. 1. c) LBRL—.

(20) Recordemos ahora que STC 31/2010, de 28 de junio de 2010, se pronunció sobre las materias que, según el *Estatut*, los gobiernos locales tendrían competencias propias, subrayando que «esta previsión estatutaria está dirigida al legislador autonómico y, por consiguiente, ha de entenderse que las materias sobre las que, según el precepto, los gobiernos locales han de tener en todo caso competencia son materias respecto de las cuales la Comunidad Autónoma ha asumido competencias, es decir, materias de competencia autonómica. Ello sentado, y sin perjuicio de lo que se dirá seguidamente en relación con las concretas materias cuestionadas por los recurrentes, ha de descartarse que el precepto desplace o impida el ejercicio de la competencia estatal en materia de bases del régimen local ex art. 149.1.18 CE, en virtud de la cual corresponde al legislador estatal fijar «unos principios o bases relativos a los aspectos institucionales (organizativos y funcionales) y a las competencias locales» de los entes locales constitucionalmente necesarios (STC 214/1989, de 21 de diciembre, FFJJ 1 y 4). En otras palabras, el elenco competencial que el precepto estatutario dispone que tiene que corresponder a los gobiernos locales en modo alguno sustituye ni desplaza, sino que, en su caso, se superpone, a los principios o bases que dicte el Estado sobre las competencias locales en el ejercicio de la competencia constitucionalmente reservada por el art. 149.1.18 CE».

(21) Puede verse E. CARBONELL PORRAS, «El régimen local en el Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007» en la obra colectiva *Reforma estatutaria y régimen local*, dirigida por L. COSCULLUELA MONTANER y E. CARBONELL PORRAS, Cívitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 157-159, y, con más detalle, «La Administración local en el Estatuto de Autonomía de 2007 y en la reciente legislación andaluza», en *Tratado de Derecho Municipal*, dirigida por S. MUÑOZ MACHADO, Lustel, Madrid, 2011, Tomo IV, pp. 4550-4555.

(22) En materia de salud, se ha suprimido la letra i), relativa a la «participación en la gestión de la atención primaria de la salud». Y, en educación, se modifica la redacción de la letra n), «participar en la programación de la enseñanza y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros docentes públicos, intervenir en sus órganos de gestión y participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria», para referirse a «participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes. La conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial». Además, según establece la Disposición transitoria tercera de la Ley 27/2013, en el plazo de seis meses las Comunidades Autónomas prestarán los de inspección de mataderos, industrias alimentarias y bebidas.

De este modo coincide el alcance del mínimo competencial propio de los Municipios con el servicio municipal de prestación obligatoria. Además debe notarse que, mientras que en educación y salud el Estado ostenta algunas competencias, en materia de servicios sociales es significativamente menor la incidencia de los títulos competenciales del art. 149. 1 de la Constitución. Por otra parte, en la nueva redacción del artículo 27 LBRL, que relaciona una serie de materias en las que se «podrán delegar» competencias en los municipios se incluyen algunas que antes estaban en el listado del art. 25. 2, en particular «la prestación de los servicios sociales». En mi opinión es claro que el precepto no puede tener carácter imperativo luego, en materias de competencia autonómica, son las Comunidades Autónomas las que tendrán que decidir al respecto, como después se analiza con más detalle (23).

Con el listado del artículo 25. 2, como ha reiterado el Tribunal Constitucional, el legislador estatal básico garantiza un elenco de materias en las que, al menos, el legislador sectorial competente tendrá que concretar las competencias municipales propias. Por lo tanto, la eliminación de una materia de este listado supone que el legislador sectorial competente no está obligado a reconocer cuáles corresponden a los municipios. En teoría y con carácter general, ninguna norma estatal básica se violaría si la Comunidad Autónoma se reservará todas las atribuciones en las materias de su competencia. Es más podría modificarse la legislación sectorial para excluir las competencias que se hubieran reconocido como municipales cuando la materia en cuestión estaba incluida en el listado de referencia, sin violentar la legislación estatal básica de régimen local. Si se trata de una materia esencialmente de competencia autonómica, será necesario modificar la ley autonómica atributiva de competencias a los Municipios si así lo considera el legislador autonómico, que introducirá las modificaciones oportunas, pues también podrá mantener las competencias municipales. Se trataría de competencias municipales propias de carácter autonómico pues, como antes he señalado, no resultaría conforme con nuestro modelo organizativo impedir que las leyes autonómicas reconozcan nuevas competencias municipales. Desde esta perspectiva, se habrían ampliado las posibilidades regulatorias del legislador sectorial autonómico, aumentando su disponibilidad para ordenar el reparto de competencias en su propio territorio y de acuerdo con la organización interna propia. Esta es la interpretación que, a mi juicio, resulta coherente con nuestro régimen local tal y como ha sido entendido por la doctrina y el Tribunal Constitucional y que puede seguir sosteniéndose con el texto consolidado de la LBRL. No obstante, las disposiciones adicionales y transitorias de la Ley 27/2013 parecen contradecir este planteamiento.

La Disposición adicional decimoquinta de la Ley 27/2013, *Asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a la educación*, establece que «las normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las haciendas locales fijarán los términos en los que las Comunidades Autónomas asumirán la titularidad de las competencias que se prevén como propias del Municipio, aun cuando hayan sido ejercidas por éstas, por Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, o por cualquier otra Entidad Local, relativas a participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros do-

---

(23) Una interpretación distinta puede verse en M.<sup>º</sup> A. ARIAS MARTÍNEZ, «Las competencias locales en materia de servicios sociales tras la aprobación de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local», en *RAP* núm. 194 (2014), pp. 373-410.

centes, así como la conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial, para lo que se contemplará el correspondiente traspaso de medios económicos, materiales y personales». Esta Disposición contradice abiertamente la letra n) del artículo 25. 2 que, según la nueva redacción dada por la propia Ley 27/2013, reconoce como una competencia municipal propia la de «participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y cooperar con las Administraciones educativas correspondientes en la obtención de los solares necesarios para la construcción de nuevos centros docentes», así como la de «conservación, mantenimiento y vigilancia de los edificios de titularidad local destinados a centros públicos de educación infantil, de educación primaria o de educación especial» según la letra n) del art. 25. 2 LBRL. Se trata de una muestra más de las deficiencias e incongruencias en que incurre la ley que sólo puede resolverse prescindiendo de esta Disposición adicional.

Según las Disposiciones transitorias primera, *Asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a la salud*, y segunda, *Asunción por las Comunidades Autónomas de las competencias relativas a servicios sociales*, de la Ley 27/2013, las Comunidades Autónomas asumen la titularidad de las competencias que se preveían como propias del Municipio relativas a la participación en la gestión de la atención primaria de la salud y a la prestación de los servicios sociales y de promoción e inserción social, con independencia, además, de que su ejercicio se hubiese venido realizando por Municipios, Diputaciones Provinciales o cualquier otra Entidad Local. Esta asunción de competencias no excluye una ulterior delegación de conformidad con el artículo 27 LBRL según las propias Disposiciones transitorias, que, además puntualizan que la gestión autonómica no podrá suponer un mayor gasto para el conjunto de las Administraciones Públicas. Las transitorias difieren en cuanto a los plazos para esta asunción. Según la transitoria primera, la titularidad se asume con la entrada en vigor de la ley, «de acuerdo con las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las haciendas locales» y en el plazo máximo de 5 años se asumirá de forma progresiva, un veinte por cien anual, la gestión de los servicios asociados a las competencias sanitarias relativas a la participación en la gestión de la atención primaria de la salud. Por su parte, la transitoria segunda dispone que, «con fecha 31 de diciembre de 2015, en los términos previstos en las normas reguladoras del sistema de financiación autonómica y de las haciendas locales», se asumirá la titularidad y, en dicho plazo, «las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, habrán de asumir la cobertura inmediata de dicha prestación» (24).

(24) La Disposición transitoria primera 5 añade: «En los términos previstos en el apartado 1, y de acuerdo con las normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las Haciendas Locales, cada año que transcurra, dentro del período de cinco años anteriormente mencionado, sin que las Comunidades Autónomas hayan asumido el desarrollo del veinte por cien de los servicios previstos en esta disposición o, en su caso, hayan acordado su delegación, los servicios seguirán prestándose por el municipio, Diputación Provincial o entidad equivalente con cargo a la Comunidad Autónoma. Si la Comunidad Autónoma no transfiriera las cuantías precisas para ello se aplicarán retenciones en las transferencias que les correspondan por aplicación de su sistema de financiación, teniendo en cuenta lo que disponga su normativa reguladora.». Por su parte, la transitoria segunda 5 precisa: «Si en la fecha citada en el apartado 1 de esta disposición, en los términos previstos en las normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las Haciendas Locales, las Comunidades Autónomas no hubieren asumido el desarrollo de los servicios de su competencia prestados por los Municipios, Diputaciones Provinciales o entidades equivalentes, Entidades Locales, o en su caso, no hubieren acordado su delegación, los servicios seguirán prestándose por el muni-



Intentar encontrar una explicación razonable de las referidas disposiciones no resulta sencillo. Ya hemos visto como, en materia de educación, unas atribuciones que el art. 25. 2 reconoce como competencias municipales propias deben ser asumidas por las Comunidades Autónomas, luego habría que prescindir de esta Disposición adicional de la Ley 27/2013. Pero, en relación con salud y servicios sociales, tampoco resultan fáciles de explicar estas transitorias que atribuyen la titularidad de la competencia a la Comunidad Autónoma aunque podrá después delegarla. O, como a mi juicio también cabe, mantener la titularidad municipal al respecto como competencias municipales propias por Ley autonómica. Otra cosa es que aquella Comunidad Autónoma que lo considere oportuno lleve a cabo una reforma de su propia legislación y asuma la titularidad de las competencias que hasta ahora eran municipales pues, como se ha indicado, esa exclusión del Municipio ya no violaría una norma estatal básica como habría sucedido antes de la reforma. Tampoco puede prejugarse ahora qué posibles consecuencias derivarán de las «normas reguladoras del sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y de las Haciendas locales» a las que se refieren las Disposiciones transitorias analizadas. Y la normativa autonómica, como seguidamente se expone, parte de que, hasta que no se apruebe el nuevo régimen de financiación, no se darán las condiciones necesarias para asumir la titularidad de las competencias relativas a salud y servicios sociales que, en consecuencia, queda demorada.

#### **IV. La reacción de las Comunidades Autónomas ante la reforma respecto de las competencias municipales propias**

Como se anunció, las dudas que la reforma plantea provoca la rápida reacción de las Comunidades Autónomas mediante diversos instrumentos, que afrontan los problemas de transitoriedad en la aplicación de la Ley 27/2013 en relación con los distintos instrumentos de cooperación interadministrativa y la nueva regulación de las competencias municipales, en general. Los planteamientos son muy similares en todas las Comunidades Autónomas y, en lo que a las competencias municipales propias se refiere, se centran en dos consideraciones fundamentales:

Primera. La novedades que haya podido introducir la reforma local no afectan a las competencias que, en el momento de entrada en vigor de la Ley 27/2013, vinieran ejerciendo las Entidades locales. Por lo tanto, las competencias de los municipios atribuidas por la legislación autonómica, sea de régimen local, sea sectorial, continuarán ejerciéndose por los Municipios en los términos previstos en dicha legislación.

Segunda. También se mantiene el reparto de competencias existente en el momento de la entrada en vigor de la Ley en las materias que han sido excluidas de las competencias propias relacionadas en el nuevo art. 25. 2 LBRL y que, según las Disposiciones transitorias primera, segunda y tercera de la Ley 27/2013 han pasado a ser de titularidad de la Comunidad Autónoma. En consecuencia los municipios continúan prestando los servicios sociales y de promoción y reinserción social y de inspección sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente de aplicación. El mantenimiento de este *status*

---

pio con cargo a la Comunidad Autónoma. Si la Comunidad Autónoma no transfiriera las cuantías precisas para ello se aplicarán retenciones en las transferencias que les correspondan por aplicación de su sistema de financiación, teniendo en cuenta lo que disponga su normativa reguladora.»

quo continuará hasta que se den las condiciones para su asunción por las Comunidades Autónomas teniendo en cuenta el nuevo sistema de financiación autonómica y de las haciendas locales que prevén las referidas transitorias. De esta forma, de nuevo, se hace depender el efectivo traspaso de los medios económicos, materiales y personales a lo que dispongan las normas reguladoras del sistema de financiación autonómico y local.

Por último, debe notarse que aquellas normas que contemplan la asunción de estas competencias anteriormente municipales sin esperar al nuevo sistema de financiación autonómica hacen expresa referencia a acuerdos con los Ayuntamientos (25).

Trabajo recibido el 25 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

---

(25) Sin perjuicio del planteamiento general recogido en texto, la Disposición adicional quinta de la Ley gallega 5/2014 invoca el Acuerdo de cooperación entre la Xunta de Galicia y la Federación Gallega de Municipios y Provincias, por el que se establece el contenido del Pacto local, firmado el 20 de enero de 2006, y prevé que la Comunidad Autónoma asuma «de forma progresiva, comenzando en todo caso en el año 2014, en un veinte por cien anual, la gestión de los servicios asociados a la gestión de la atención primaria de la salud». Por su parte, la Disposición adicional primera de la Ley madrileña 1/2014, de la Comunidad de Madrid reconoce que los municipios continuarán ejerciendo las competencias relativas a la educación, salud y servicios sociales «hasta que hayan sido asumidas por parte de la Comunidad de Madrid, mediante el establecimiento de un nuevo Sistema de Financiación Autonómica que permita su asunción», añade: «No obstante, el Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid mediante Decreto podrá acordar, con anterioridad a lo que disponga el sistema de financiación autonómica y local, la asunción, por la Comunidad de Madrid, de servicios concretos e individuales relativos a estas competencias por razones de mayor ahorro o mejora de la eficiencia con el cambio en la titularidad, previo acuerdo con las Administraciones Locales afectadas».

**LABURPENA:** 27/2013 Legeak toki-araubidearen oinarrizko legedia aldatu du, oro har tokiko eskumenak argitzeko, eta, bereziki, bikoiztasunak saihesteko. Ondorioz, udalaren eskumen propioen mugapenari eragiten dio. Hala, hainbat gairi buruzko eztabaida sortu da, eta gai horiek jorratzen dira lan honetan: eskumen propioen izaera itxia den ala ez, eskumen berri horiek udalena ez diren eskumenetarako aurreikusitako araubidearen mende dauden edota orain arte udalena ziren eskumenak autonomia-erkidegoei ematearen ondorioak.

**HITZ GAKOAK:** Toki-araubidea. Tokiko erreforma. Udalaren eskumen propioak.

**RESUMEN:** La Ley 27/2013 ha modificado la legislación básica de régimen local para, entre otras cosas, clarificar las competencias locales en general y evitar duplicidades en particular, afectando, en consecuencia, a la delimitación de las competencias municipales propias. Con ello, se ha suscitado el debate sobre el carácter cerrado o no de las materias de competencia propia, la sujeción de nuevas competencias propias al régimen previsto para las impropias o las consecuencias de la asunción autonómica de materias hasta ahora de competencia municipal, cuestiones que son las que constituyen el objeto de este trabajo.

**PALABRAS CLAVE:** Régimen local. Reforma local. Competencias municipales propias.

**ABSTRACT:** Act 27/2013 has modified basic legislation of local regime in order among others to clarify the local competences in general and avoid duplicities in particular, affecting consequently the delimitation of the own local competences. Thus, the debate over the closed or not character of the subjects with proper competence, the submission of new proper competences to the regime described for the improper ones or the consequences of the autonomic assumption of matters until now of local competence has arisen, issues that are the scope of this work.

**KEYWORDS:** Local regime. Local reform. Proper local competences.



# La permanente renovación administrativa y la necesidad de regenerar la democracia: reinterpretación del panóptico a través del *Open Government*

Silvia Carmona Garias

**Sumario:** I. Introducción.—II. Open Government: «In the face of doubt, openness prevails». II.1. Origen y evolución del concepto. II.2. Principales beneficios detectados en su ejercicio. II.3. Algunos riesgos derivados de ese ejercicio.—III. El gobierno abierto en España: en caso de duda, la opacidad es la mejor opción. III.1. Iniciativas de ámbito estatal. III.2. El impulso autonómico al gobierno abierto.—IV. ¿Cómo conseguir ese panóptico virtual y transparente en nuestras instituciones públicas?—V. Consideraciones finales

## I. Introducción

El Derecho administrativo se caracteriza, entre otras cuestiones, por su extraordinario apego a la realidad social, vinculación que le impone la acomodación a las nuevas necesidades, y se traduce en un proceso evolutivo y de modernización constante. La realidad social, a la que está íntimamente unido, aporta continuamente innovaciones que provocan mutaciones, no sólo en los procedimientos y las técnicas, sino también en lo más característico de su esencia.

La crisis ha puesto en evidencia los defectos de nuestro sistema democrático, ya no sólo cuanto a despilfarro de recursos públicos y mala gestión, que también, sino por la incapacidad de los administradores de administrar solos, sin legitimidad para hacerlo. La pérdida de confianza del ciudadano respecto de las instituciones públicas es un hecho constatable, que se refleja claramente en el resultado de múltiples estudios, destacando entre ellos las encuestas del Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) (1). Y es importante advertir que ese desprestigio no se detiene únicamente en la clase política, sino que se extiende a todo el ámbito del sector público, y por ende, a todos los servidores públicos.

Los ciudadanos no se sienten representados, ni consideran que se tomen en consideración sus demandas ni sus intereses por parte de los que toman las decisiones que les afectan, lo que sumado a la pérdida progresiva de derechos sociales y los aparentemente interminables escándalos de corrupción, acaba derivando en el descrédito

---

(1) Así puede deducirse del barómetro del CIS de junio de 2014, que arroja como resultado que los políticos en general, los partidos y la política suponen el tercer problema para la ciudadanía española (subiendo un puesto desde el barómetro de marzo de 2014 en el que ocupaba el cuarto lugar), siguiendo al paro y a la corrupción.

de las instituciones públicas y en una falta de legitimidad totalmente contrarias a la esencia de la democracia.

La Administración pública no puede comprenderse sin la dimensión democrática y política del gobierno. De hecho, como apunta Requena López, «lo jurídico es ininteligible, al menos en cuanto a su última ratio, sin lo político» (2), cosa que comporta que la tan demandada regeneración democrática deba pasar, necesariamente, por una reforma administrativa en términos político-funcionales.

Otro argumento que refuerza esta idea es el concepto de gobernanza, una noción que ha llevado al Derecho administrativo a abrirse definitivamente camino en la ciencia política (3). Como apunta Alli Aranguren (4), este término se refiere a una de las formas de la organización del Estado y la sociedad, por medio del cual, junto con el principio de buena administración, se trata de superar el sistema burocrático anterior al reconocer nuevas relaciones de colaboración entre ambos sujetos, otorgando protagonismo a la sociedad civil en la vida democrática. Este concepto supone admitir que la cooperación es la mejor forma de tomar decisiones, pues se refiere a cómo una pluralidad de intereses se transforma en acción unitaria, logrando la conformidad entre los distintos actores sociales. En definitiva, un término que puede considerarse equivalente a buen gobierno, como combinación armónica entre el sector público, privado y el voluntariado (5). Una premisa que aboga por un nuevo modelo de gobierno, alternativo al tradicionalmente jerárquico, de gestión pública y de acción administrativa.

Formar parte de la toma de decisiones legitima el sistema, aunque el resultado sea distinto al que el ciudadano quería, porque el proceso se erige ante el mismo como visible y creíble, la decepción es menor, y se refuerza la confianza en los poderes públicos, que tienen en cuenta las necesidades y opiniones ciudadanas. Al participar en el debate, sienten la dificultad de elegir entre una alternativa u otra, ven los puntos a favor y en contra de cada opción y experimentan qué se siente al tratar de influenciar al resto en una u otra dirección. Independientemente del resultado final del proceso, se sienten parte, y eso contribuye indiscutiblemente a que haya un incremento de la madurez política de la sociedad, un acercamiento entre poderes públicos y ciudadanía, y, en definitiva, una mayor calidad democrática.

Es comprensible que durante la etapa de la transición, con una ciudadanía que nunca había sido actor principal por su herencia de tradición autoritaria, se cediese la batuta a los partidos políticos para que fueran ellos quienes llevaran la voz cantante en el nuevo sistema democrático. Pero en la actualidad se detecta que se ha alcanzado la madurez pública de los ciudadanos, y, en consecuencia, debe haber algunos ajustes en el guión para que el ciudadano obtenga el papel que reclama: el de protagonista.

La calidad se ha establecido como un parámetro legitimador de los poderes públicos y de la actividad administrativa a partes iguales. Y esto es así porque han aconte-

(2) REQUENA LÓPEZ, Tomás, *El principio de jerarquía normativa*. Ed. Civitas (Madrid), 2004, p. 64.

(3) VAQUER CABALLERÍA, Marcos, «El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 186, 2011, p. 95.

(4) ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz, «Gobernanza europea». En BERMEJO LATRE, José Luis; CASTEL GAYÁN, Sergio, «Transparencia, participación ciudadana y Administración pública en el siglo XXI», Monografías de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, 2013, pp. 19 a 24.

(5) DE CABO DE LA VEGA, Antonio, «La democracia y su calidad», en *Revista de Derecho del Estado*, núm. 28, 2012, p. 52.

cido cambios en la sociedad, producidos en las últimas décadas, que no se han extrapolado en el modo de proceder y operar de nuestras instituciones públicas, que no han experimentado dicha transformación. Ese punto de inflexión ha hecho que los ciudadanos, más informados y conscientes, exijan ese plus de calidad a los operadores públicos.

A partir del año 2005, en España hubo un pequeño reflejo de la preocupación de los poderes públicos por prestar un servicio de mayor calidad para los ciudadanos(6). No obstante, se sigue partiendo de la concepción de los ciudadanos como clientes y no como corresponsables de una gestión pública de calidad, ni como sujetos legítimos para el control de la actividad administrativa.

Los movimientos sociales que vienen teniendo lugar en España —y en muchos otros lugares del mundo(7)— ponen de manifiesto la existencia de dinámicas nuevas de comportamiento entre los miembros de la sociedad, que basan su funcionamiento a través de Internet, gracias a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC). A estas dinámicas subyace una nueva cultura cívica que supone la existencia de nuevos valores en la llamada sociedad digital, ya que se trata de organizaciones horizontales y policráticas, basadas en la ética hacker de solidaridad, libertad digital, respeto, anonimato, creatividad, deseo de compartir (conocimiento, ideas, prácticas, experiencias y expertez), y colectivización de decisiones. Unas organizaciones que reclaman transparencia, acceso a la información pública, rendición de cuentas e integridad pública a los actores de la política estatal para acabar con la asimetría del poder y conseguir una igualdad de armas y una buena Administración pública y de calidad.

En este nuevo esquema cobra especial importancia el concepto de inteligencia colectiva de Pierre Levy. Como afirman Gutiérrez-Rubí y Freire(8) «las multitudes no son una turba, caótica, ni una masa, homogénea, son un colectivo diverso y organizado en red». Este contexto nos lleva a pensar que, más que un gobierno formado por los mejores, por la élite, se requiere gobernar mejor entre todos. La exigencia de la sociedad actual es tener un gobierno cooperativo, una Administración que sea capaz de convertir la inteligencia colectiva en decisiones públicas eficaces y eficientes.

En este sentido, la figura del ciudadano es la clave, pues es la esencia de la democracia, una pieza esencial e insustituible. Si los poderes públicos dan la espalda a los ciudadanos, se vacía de contenido a la democracia hasta convertirla en algo sin sentido.

Cosa que empeora con el papel central que están adquiriendo principios que atienden únicamente a criterios económicos, dejando de lado la esencial labor social que

---

(6) La Administración General del Estado dispone de un marco regulador de varios programas de calidad, integrado por el Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado. Este texto normativo insiste en la evaluación de la calidad de las políticas, y crea un Observatorio de la calidad, además de imponer facilidades a los usuarios de servicios para que puedan intervenir más activamente en la mejora de la Administración. También encontramos el Real Decreto 1418/2006, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios, que marca una clara inflexión al reconocer la transparencia y participación ciudadana como un principio básico de actuación.

(7) Sirvan de ejemplo los alzamientos acaecidos en los países árabes desde 2010, conocidos como la Primavera árabe, las protestas griegas de 2010 y 2012 contra los planes de austeridad, las protestas populares del llamado Otoño estadounidense o movimiento *Occupy Wall Street* de Estados Unidos en 2011, las protestas antigubernamentales en Turquía de 2013, o las protestas relacionadas con derechos sociales en Brasil de 2013.

(8) Manifiesto *Crowd*, 2013

deben cumplir las instituciones públicas. Como muy acertadamente apuntaba Loperena Rota(9), «nadie olvida que el artículo 1.º de la Constitución establece como primera cláusula de la organización del Estado su naturaleza social». Sin embargo, la modificación del artículo 135 para incluir el principio de estabilidad presupuestaria ha servido de base para el anuncio de una importante política de recortes sociales, que parecen ignorar no sólo la cláusula de Estado social y los Derechos Fundamentales, sino también que la sostenibilidad no debe entenderse únicamente desde una vertiente económica sino también social —y ambiental—. Precisamente, como afirma Ponce Solé(10), para quien estos derechos sociales ubicados en el capítulo III del Título I de la CE son derechos subjetivos en la Constitución, al encontrarnos en un Estado social y democrático de Derecho, y «si bien son posibles y legítimas una pluralidad de opciones políticas y de políticas sectoriales, no es posible recortar no importa qué de cualquier manera».

La premisa de la política económica actual es la reducción del déficit público, y por ello se trata de disminuir el gasto de las Administraciones. No obstante, como bien afirmaba el profesor Demetrio(11), los recortes deben hacerse con un criterio institucional, y no con un «presuntamente aséptico criterio gubernamental». Esto puede completarse con la interesante reflexión de Ponce Solé(12), quien afirma que «no se pueden sacrificar los núcleos de los derechos sociales para ahorrar, sino que se debe ahorrar para garantizar tales núcleos».

Una democracia de calidad debe pasar, indefectiblemente, por contar con la ciudadanía, corresponsabilizarla, hacer que se involucre en los procesos de toma de decisiones, en definitiva, por una democracia deliberativa o comunicativa. Para que esto sea posible, se requiere, como premisa previa, que los ciudadanos no deban preocuparse de las cuestiones más básicas para el desarrollo normal de su vida y persona, pues eso les impide involucrarse en la gestión pública en tanto que deben atender a necesidades más acuciantes. Sólo mediante el respeto a los llamados derechos de segunda generación puede concebirse un clima propicio para la participación ciudadana, la implicación y las sinergias sociales que requiere un sistema democrático. Garantizado ese bienestar es posible corresponsabilizar a una ciudadanía en igualdad de condiciones, siendo los pilares fundamentales que deben sostener el sistema, inexcusablemente, la transparencia, el acceso a la información pública, la rendición de cuentas y la participación ciudadana.

En cualquier caso, no se discute que la democracia representativa, basada en las instituciones públicas y los partidos políticos, debe seguir siendo la base de nuestro sistema. No obstante, debe perfeccionarse, buscando el refuerzo de las relaciones entre representantes y representados para lograr una mayor legitimidad y eficiencia.

(9) LOPERENA ROTA, Demetrio, «La irreversibilidad de los Derechos sociales», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2012, p. 9.

(10) PONCE SOLÉ, Juli, *El Derecho y la (ir)reversibilidad de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los recortes y la sostenibilidad social*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2013, p. 19.

(11) LOPERENA ROTA, Demetrio, «La irreversibilidad de...» *Op. cit.* p. 11.

(12) PONCE SOLÉ, Juli, *El Derecho y la (ir)reversibilidad de los...» Op. cit.* p. 61.



En acertadas palabras de Rodríguez Domínguez (13), se requiere superar «la visión minimalista de la política por medio de la ciudadanía de la política [...] dicho proceso no debe ser visto como una meta sino que representa un canal en construcción y reconstrucción constante».

Una buena manera de aunar todos estos elementos viene dada por la propuesta norteamericana del *Open Government*, una propuesta repleta de promesas ilusionantes, que, a sabiendas de la imposibilidad de un modelo de democracia directa a todos los efectos, recomienda actualizar el modelo de democracia representativa con mecanismos que permitan un debate de la opinión pública capaz de generar resultados aplicables en la vida democrática.

Obviamente, en un diálogo no todas las partes compartirán opinión, no obstante, será más fácil que los contrarios a la alternativa mayoritaria la acepten si ha sido justificada de forma convincente por los defensores de la misma. Como pone de manifiesto Cortina (14), «que la democracia sea gobierno del pueblo, y no sólo gobierno querido por el pueblo, por emplear la expresión de Sartori, exige conjugar dos tradiciones de filosofía política al menos y convertirlas en dos caras de la misma moneda: la kantiana de la autonomía moral de la persona y la rousseauniana de la autonomía política reflejada en la voluntad general».

Así, el paradigma del gobierno abierto, puede resultar el camino a seguir para conseguir dar cauce a las exigencias ciudadanas, lo que indefectiblemente implica la aplicación de las nuevas TIC en la gestión pública. En ese sentido es importante diseñar un buen sistema antes de aplicarlo. A través del debate teórico y normativo han de asentarse las bases de tal diseño, pues deberá ser necesariamente diferente según se quiera digitalizar el sistema actual, o bien superarlo y convertir la democracia representativa en una auténtica democracia deliberativa.

Conseguir esto es harto complicado, supone un cambio radical en los valores de nuestra sociedad. Hasta ahora se ha venido potenciando un modelo liberal preocupado por la esfera privada del individuo, mientras que esta nueva corriente político-administrativa requiere de un modelo republicano de ciudadanos, en el sentido de que se interesen por la política, estén perfectamente informados, y sean respetuosos con la leyes y los procedimientos, orientados siempre por el interés general. Es lo que parte de la doctrina viene denominando como «procomún», un nuevo enfoque basado en la escuela *Behavioral economics*, que ha influido considerablemente en el presidente de Estados Unidos y cuya idea principal es considerar que el mejor gobierno es el que estimula un comportamiento colectivo (15).

De todos modos, y aunque se consiguiera con el tiempo este cambio de valores en la cultura tanto ciudadana como político-administrativa, no parece factible que siempre y en cualquier situación vaya a llegarse a un consenso racional, por lo que la democracia deliberativa no puede ser la única opción. La regeneración debe diseñarse de tal modo que complementa a la democracia representativa, no cabe la menor duda de que de conseguir tal hazaña la calidad democrática sería un hecho.

---

(13) RODRÍGUEZ DOMÍNGUEZ, Emanuel, «Retos y encrucijadas conceptuales del Estudio de la política como sistema cultural», en *Andamios*, vol. 9, núm. 18, 2012, p. 286.

(14) CORTINA, Adela, «La política deliberativa de Jürgen Habermas: virtualidades y límites», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 144, 2009, p. 184.

(15) GUTIÉRREZ-RUBÍ, Antoni, *Otro modelo de partido es posible*, Fundación Ideas, 2013, p. 28.

Así pues, son muchos los factores que en la coyuntura actual aconsejan el impulso de una apuesta decidida por un cambio en la orientación del sistema democrático, reforzando los postulados tradicionales de la misma con la ayuda de una nueva cultura participativa y la generación de dinámicas de ciudadanía activa en el ámbito de la gestión pública. No puede haber una posible recuperación de confianza y legitimidad sin una auténtica e integral regeneración institucional, administrativa, política y moral.

Para ello deben cumplirse un conjunto de condiciones que son definitorias del gobierno abierto, pues éste constituye una forma significativa de innovación de la Administración pública, con efectos que se expanden en muy distintos ámbitos, tales como la transparencia en la gestión pública, la apertura de datos del sector público, el uso intensivo de las nuevas tecnologías, el incremento de la participación ciudadana y la colaboración de la sociedad en el diseño y ejecución de las políticas públicas. Con este nuevo modelo se introducen cambios que pueden llegar a ser sustanciales y afectar al tradicional paradigma burocrático y formalista de la Administración. De ahí su naturaleza política y sus implicaciones normativas, sin olvidar el aumento y fortalecimiento de la calidad democrática.

Pero en lugar de centrarnos en cada uno de estos elementos, que requerirían de un análisis mucho más extenso que el que pueda ofrecerse en el presente artículo, parece oportuno asentar, ni que sea someramente, el origen, la evolución, los beneficios y los riesgos de este nuevo paradigma que ha sido replicado a escala internacional (16); ver qué se ha hecho hasta ahora para trasladarlo a España, y qué se debería seguir haciendo.

## II. Open Government: «In the face of doubt, openness prevails» (17)

La llegada de Obama a la presidencia de Estados Unidos supuso la reinención del concepto del buen gobierno, y cada día es mayor la identificación entre buen gobierno y *Open Government*. Además, tras el uso intensivo del presidente estadounidense de las nuevas tecnologías en su campaña electoral, el *Open Government* se convirtió en una de las prioridades de su Administración, que ha impulsado medidas como el nombramiento de un CIO (*Chief Information Officer*) para la Casa Blanca, y proyectos como *data.gov*, *recovery.gov* o *USASpending.gov*, basados en la transparencia.

Como ya se ha avanzado, tres son las claves esenciales para la construcción de un gobierno abierto. En primer lugar, la rendición de cuentas, que supone la posibilidad de identificar y controlar a los trabajadores públicos en sus actuaciones; en segundo lugar, la transparencia, que supone que la información relevante y oportuna sobre las

(16) Países como Gran Bretaña, Australia, Nueva Zelanda, Finlandia, Brasil o Méjico se han sumado al lanzamiento del gobierno abierto a través de la puesta en marcha de planes estratégicos, asumiendo el *Open Government* americano como modelo de gobierno. De hecho Estados Unidos puso en marcha una iniciativa internacional mediante la creación del *Open Government Partnership*, una organización multilateral cuyos miembros deben cumplir un conjunto de requisitos y contraer ciertos compromisos, y cuyos principales objetivos se orientan a la eficiencia y rendición de cuentas.

(17) *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies on the Freedom of Information Act*

actividades del gobierno esté disponible para el público; y, en tercer lugar, la apertura, que supone que el gobierno escuche a los ciudadanos y tenga en cuenta sus sugerencias a la hora de diseñar e implementar políticas públicas.

Algunos autores ponen de manifiesto que «*each major statute represents a balance among five fundamental values in the relationship between government and the governed (...): accountability, efficiency, transparency, participation and collaboration*» (18). Los cambios introducidos por la evolución y progreso tecnológicos hacen necesario un replanteamiento del equilibrio existente entre ellos para fomentar una mayor participación y colaboración, siendo el Derecho administrativo el que más refleja esos cinco valores clave relacionados con la legitimidad y autoridad de los gobernantes frente a los gobernados.

## II.1. Origen y evolución del concepto

El concepto de *Open Government* se utilizó por primera vez en el año 1950, durante los debates llevados a cabo en Estados Unidos para aprobar *the Freedom of Information Act* (en adelante, FOIA). Pero, tal como apuntan Yu y Robinson (19), en los últimos años su significado tradicional ha degenerado en algo más relacionado con la tecnología. De tal modo que, «*Open Government Data*» tiene una doble vertiente, en palabras de los autores «*might refer to data that makes the government as a whole more open (that is, more publicly accountable), or instead might refer to politically neutral public sector disclosures that are easy to reuse, even if they have nothing to do with public accountability*».

La idea del gobierno abierto como sinónimo de rendición de cuentas es fruto de los beneficios del tiempo de paz que obtuvo América tras la Segunda Guerra Mundial, tras la opacidad de un gobierno acostumbrado a restringir el acceso a la información en los tiempos de guerra (20). El primero en exponer el concepto de forma escrita fue Wallace Parks, en un artículo póstumo titulado «*The Open Government Principle: Applying the Right to Know Under the Constitution*». No lo definía de forma expresa, pero lo relacionaba claramente con la rendición de cuentas.

Sin embargo, en las siguientes décadas se utilizó el término como sinónimo de acceso a «*previously undisclosed government information*» (21), hasta los años ochenta cuando «*federal court decisions began to use the term[...]likewise referring to governmental transparency*» (22).

(18) BLOMGREN BINGHAM, Lisa, «The next generation of administrative law: building the legal infrastructure for collaborative governance», en *Wisconsin law review*, 297, 2010, p. 302

(19) YU, Harlan; ROBINSON, David, «The new ambiguity of «Open Government»», en *Ucla Law Review Discourse*, vol. 59, num. 178, 2012, p. 178

(20) «The federal workforce was fearful of Cold War Spies, intimidated by zealous royalty investigators within and outsider of government, and anxious about workforce reductions following the war. As a result, the federal bureaucracy generally was not eager to have its activities and operations disclosed to the public, the press, or other governmental entities» YU, Harlan; ROBINSON, David, «The new ambiguity of...», *Op. cit.* p. 184

(21) YU, Harlan; ROBINSON, David, «The new ambiguity of...» *Op. cit.*, p. 186

(22) *Ibidem.* p. 187

En la actualidad, los principios básicos en los que se sustentan las iniciativas ligadas al gobierno abierto tienen su origen en dos memorándums. El *Memorandum on the Freedom Information Act* y el *Memorandum on Transparency and Open Government* que el presidente Obama lanzó en Estados Unidos al inicio de su mandato, el 29 de enero de 2009. Ambos se refieren tanto al incremento de la transparencia como a la innovación tecnológica, enfatizando la participación y colaboración ciudadana. Representa el compromiso en un gobierno colaborativo de arriba hacia abajo, «*it starts with different assumptions: knowledge is widespread in society and agencies do not have a monopoly on it. A strong democracy needs many voices and values*» (23).

La combinación de la repulsa ciudadana a la opacidad de la Administración del antiguo presidente, George Bush, y la apuesta por el gobierno abierto como política ideal, hizo que la transparencia se convirtiera en «*the sweet elixir of contemporary governance*» (24).

La iniciativa de Obama parte de la idea de que la transparencia es la base de la confianza de los ciudadanos en sus gobernantes, y entre sus objetivos destaca el de poner a disposición del público, a través de medios electrónicos, la información generada por la Administración.

Hay que tener en cuenta que, en Estados Unidos la burocracia masiva que fue extendiéndose a principios del siglo veinte derivó en una escasa representación del interés general. El sistema exigía que las decisiones fueran tomadas por expertos más que por jueces o políticos, en consecuencia, se crearon agencias independientes con grandes responsabilidades públicas. El problema era que estas agencias no eran ajenas a los intereses políticos, y mientras los ciudadanos podían votar a sus representantes en la política, y castigar su mala gestión a través de la no votación, no podían hacer lo mismo con los miembros de estas agencias, que escapaban al control ciudadano, por lo que se empezó a sospechar de su comportamiento.

Su legitimidad para tomar decisiones fue cuestionada desde un punto de vista jurídico y constitucional. El Derecho administrativo se centró en resolver el control de la discrecionalidad de estas agencias. Así, se las sujetó a rendir cuentas ante otros actores políticos y los ciudadanos. Esto fue considerado «*the hallmark of modern democratic governance*» (25).

## II.2. Principales beneficios detectados en su ejercicio

Así, atendiendo a los tres pilares que promueve el *Open Government* en la actuación de los poderes públicos, cabe señalar tres cuestiones. En primer lugar, que la transparencia hace referencia a la información que el gobierno proporciona sobre lo que está haciendo, poniendo a disposición pública sus fuentes y bases de datos, y

(23) BLOMGREN Bingham, Lisa, «*The next generation of...*» *Op. cit.*, p. 298

(24) COGLIANESE, Cary, «The Transparency President? The Obama Administration and Open Government», en *Scholarship at Penn Law*, paper 282, 2009, p. 530

(25) SHKABATUR, Jennifer, «Transparency with(out) accountability: Open Government in the Unites States», en *Yale Law & Policy Review*, Vol.31, No. 1, 2013, p. 8

publicando los planes de actuación debido a su responsabilidad con la sociedad. Todo esto, fomenta y promueve la rendición de cuentas ante la ciudadanía y un permanente control social al mismo tiempo que refuerza la confianza, cohesión social y fortalecimiento institucional. En segundo lugar, la participación supone la promoción del derecho de la ciudadanía a participar activamente en la formulación de las políticas públicas, y facilitar el camino para que las Administraciones se beneficien del conocimiento, ideas y experiencia de los ciudadanos, mejorando la calidad y eficacia de la acción pública. Supone promover la creación de nuevos espacios de encuentro y diálogo que favorezcan el protagonismo, implicación y deliberación de los asuntos públicos, obedeciendo todo ello a responder a la complejidad creciente de los problemas que dan pie a las políticas públicas. Por último, la colaboración conlleva el compromiso e implicación de los ciudadanos y demás agentes sociales en el esfuerzo por trabajar conjuntamente para resolver los problemas públicos, aprovechando el potencial y energías disponibles en la sociedad. Lo que supone la cooperación y trabajo coordinado no sólo con la ciudadanía, sino también con las empresas, asociaciones, organizaciones y demás actores, permitiendo el esfuerzo conjunto dentro de las propias Administraciones, entre ellas y sus funcionarios transversalmente.

El gobierno abierto ofrece incentivos sociales, democráticos y económicos. Además, cumple una función preventiva contra los posibles abusos o errores que puedan cometer los gobernantes, pues el hecho de que la información relevante sea pública, y por ende, sometida a escrutinio público, facilita el control ciudadano. La evaluación de las actividades de los gobiernos contribuye a denunciar prácticas irregulares, abusivas o corruptas, al someterse a supervisión pública.

Finalmente, cabe concluir que en este modelo el ciudadano se posiciona como uno de los pilares fundamentales para el buen funcionamiento del sistema público, lo que se corresponde con la idea esencial del buen gobierno y la buena administración.

### II.3. Algunos riesgos derivados de ese ejercicio

Ahora bien, a pesar de los beneficios que se acaban de ver, y sin que éstos deban desmerecerse, una mayor transparencia o una transparencia en ámbitos equivocados puede perjudicar a la habilidad de los gobernantes en la toma de buenas decisiones. La transparencia no es siempre y en todo caso beneficiosa. Puede conllevar grandes costes.

El temor a problemas relacionados con la protección de la información gubernamental es lógico, lo que va acompañado del temor por sistemas de violación de seguridad informática, cosa que amenaza no sólo a la integridad y disponibilidad de servicios, sino también a la confianza de los usuarios en el sistema (26).

Incluso cuando de forma aislada la información se considera que no es susceptible de crear un riesgo, puede que en relación con otros datos aparentemente inocuos «become useful to America's adversaries if it can be combined to yield sensitive inferences about America's defense and intelligence posture» (27).

---

(26) COROJAN, Ana; CAMPOS, Eva, *Gobierno Abierto: alcance e implicaciones*, Fundación Ideas, 2011, p. 19

(27) YU, Harlan; ROBINSON, David, «The new ambiguity of...», *Op. cit.*, p. 206

No puede ignorarse la posibilidad de que gobernar en una «pecera» genere consecuencias no deseadas como los efectos perversos en la medición del rendimiento y evaluación del desempeño si se centran en lo que puede medirse y no en lo que realmente importa, o la posible menor calidad del asesoramiento a autoridades políticas si las deliberaciones son siempre públicas (28).

Por otro lado, el hecho de que la información que se revela desde los poderes públicos no sea comprensible para el ciudadano de a pie, deriva en que la efectividad de las leyes que se promulguen respecto al libre acceso a la información dependa en realidad de los medios de comunicación, los grupos de interés público y las ONG (29). Así que uno de los grandes retos es el nivel de pericia o experiencia de estos intermediarios y su capacidad para trasladar la información realmente relevante al gran público de forma comprensible y veraz.

Otro grave problema es que un gobierno puede proveer a la población de una gran cantidad de información sobre temas inocuos y, por lo tanto, «*remains deeply opaque and unaccountable*» (30). El principal problema que subyace es que los Estados son más proclives a introducir cambios tecnológicos que cambios en sus políticas públicas, se utiliza Internet como un fin y no como un medio para aproximarse a la transparencia y rendición de cuentas.

No se debe olvidar la estratificación o brecha digital. Aunque el número de usuarios de Internet ha ido aumentando a lo largo de los años, se debe tener presente la existencia de minorías que por razones de edad, ámbito geográfico, nivel socioeconómico, educativo, lengua, etc. afrontan especiales dificultades a la hora de acceder a los servicios electrónicos (31). Por este motivo deben tomarse las medidas que sean necesarias para que aquellos individuos sin acceso al gobierno en Internet puedan hacerlo por otros canales no virtuales.

Una vez vistos los riesgos, y atendiendo a los grandes beneficios que pueden comportar políticas basadas en el gobierno abierto, es recomendable aprender de los fallos en los sistemas que han adoptado esta filosofía y están muchos más avanzados en esta materia, para, a la hora de trasladarlas al nuestro, intentar mejorarla lo máximo posible.

### III. El gobierno abierto en España: en caso de duda, la opacidad es la mejor opción

Desde una perspectiva estatal, el gobierno abierto implica un gobierno que promueve la ciudadanía, la integración y la discusión política, que fomenta la participación de los ciudadanos en el diseño y prestación de los servicios públicos, que determina la agenda de las políticas, convoca a la mesa a los agentes apropiados y facilita y gestiona soluciones sostenibles para los problemas públicos, difundiendo la información para enriquecer el debate público y promover una visión compartida de los asuntos públicos.

(28) RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro, «Gobierno Abierto y modernización de la gestión pública: tendencias actuales y el (inevitable) camino que viene. Reflexiones seminales», en *Revista Enfoques*, vol. IX, núm. 15, 201, p. 111

(29) SHKABATUR, Jennifer, «Transparency with(out)...», *Op. cit.*, p. 14

(30) YU, Harlan; ROBINSON, David, «The new ambiguity of...», *Op. cit.*, p. 181

(31) COROJAN, Ana; CAMPOS, Eva, *Gobierno Abierto...*, *Op. cit.*, p. 20

Villoria(32) ha analizado los fundamentos teóricos del concepto, lo que le ha llevado a la conclusión de que detrás del gobierno abierto existen cuatro corrientes de políticas, con sus correspondientes creencias, actores, intereses e instrumentos, y una tecnología que le permite su existencia: Internet y la Web 2.0. Esas corrientes políticas vienen a ser: de mejora regulatoria; de buena gobernanza; de participación ciudadana; y de eficiencia en la gestión pública.

Siguiendo la estela de estas corrientes, España se ha atrevido con un gran número de iniciativas relacionadas con el gobierno abierto, aunque de forma muy incipiente todavía. Todas ellas aplaudibles, comportando mejoras respecto de la obsoleta regulación que hacía referencia a los elementos que caracterizan un gobierno abierto, pero aún así, manifiestamente insuficientes.

### III.1. Iniciativas de ámbito estatal

En ese sentido, se pueden citar iniciativas estatales como la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, que supone un avance sustantivo en relación con el marco jurídico que contenía la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común (LRJPPAC)(33) en este ámbito, sin embargo sigue siendo una regulación insuficiente en la materia, pues se trata de una ley poco concreta, que olvida aclarar cuestiones competenciales y potestades de los empleados públicos, entre otras importantes cuestiones ya puestas de manifiesto por parte de la doctrina (34), y que no se incluyen en su posterior desarrollo reglamentario a través de los Reales Decretos 1671/2009, de 22 de junio, 3/2010, de 8 de enero, y 4/2010, de 8 de enero. Normas que, aun suponiendo un avance para la administración electrónica —que no abierta(35)—, no lo fue a todos los niveles por condicionarse a criterios de insuficiencia presupuestaria en los ámbitos autonómico y local, lo que degeneró en una falta de uniformidad en el desarrollo de esta administración electrónica.

Por otro lado, encontramos la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre Reutilización de la información del sector público (36), también conocida como Proyecto Aporta. La reutilización de la información del sector público es un elemento que ha

---

(32) VILLORIA, Manuel. «Paradojas y tensiones de la innovación: el caso del Open Government», en P3T, *Public Policies and Territory*, vol. 1, núm. 2, 2012 (Ejemplar dedicado a: *Participation, citizens control, governance*), pp. 11 y ss.

(33) Sus artículos 38, 45 y 59 dejaban en manos de las Administraciones públicas determinar si los ciudadanos iban a poder relacionarse, o no, a través de medios electrónicos con ellas, lo que quedó desfasado con el uso masivo de Internet por la población.

(34) Véase por ejemplo: COTINO HUESO, Lorenzo, «Retos jurídicos y carencias normativas de la democracia y la participación electrónicas», en *Revista catalana de dret públic*, núm. 35, 2007

(35) La mera traducción de procedimientos tradicionales en electrónicos no puede enmarcarse en el modelo de apertura que venimos defendiendo. Si bien es cierto que en muchos casos la adaptación de un procedimiento administrativo a su equivalente electrónico ha supuesto una simplificación, una reducción de trámites y un ahorro de tiempo para los ciudadanos, en otros muchos no ha sido así, y sencillamente se ha digitalizado el procedimiento tradicional.

(36) Ley que transpone la Directiva 2003/98/CE, de 17 de noviembre, relativa a la reutilización de la información del sector público

ido cobrando importancia en las estrategias del *Open Data* y *Open Government*. El proyecto tiene como objetivo facilitar la puesta a disposición de los datos elaborados o custodiados por las instituciones públicas (37). De esta forma, busca incentivar la toma de conciencia sobre su importancia entre organismos públicos, ciudadanos y empresas (38), reforzando el concepto de transparencia en la actuación administrativa. No obstante, no impone ninguna obligación, sino que deja libertad a cada Administración para tomar la decisión de autorizar o no la reutilización de su información, por lo que de nuevo, la oportunidad de avanzar en la materia se ve obstaculizada por la discrecionalidad de las instituciones públicas (39). Otro de los instrumentos estatales que se enmarcan en este ámbito, y por lo tanto, cuya efectividad real se ve obstaculizada por el libre albedrío de cada Administración, es el Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 37/2007, también conocido como Plan Avanza 2 (40), que contiene un conjunto de acciones para el avance en el camino de la reutilización, impulsando y fomentando la cultura de la reutilización de la información del sector público. Cabe destacar que prevé la obligación de una actualización adecuada en un tiempo razonable de la información, y que establece cuatro condiciones generales para la puesta a disposición de los documentos reutilizables, a saber: no desnaturalizar el sentido de la información, citar la fuente de los documentos, mencionar la fecha de la última actualización y conservar, no alterar ni suprimir los metadatos sobre la fecha de actualización y las condiciones de reutilización aplicables.

Por último, la más reciente y polémica medida estatal de apertura administrativa y gubernativa, viene de la mano de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno. Hasta su aprobación, el derecho de acceso a la información pública contemplado en artículo 105.c de la Constitución española sólo estaba desarrollado con carácter general por el artículo 37 de la LR-

(37) También se encomendaron a este Proyecto funciones de formación y sensibilización sobre el valor social y económico de la reutilización de la información del sector público. Por ello se desarrollaron actuaciones como la organización de jornadas y conferencias nacionales e internacionales para concienciar y presentar buenas prácticas entre los sectores implicados, jornadas de formación, edición y publicación de materiales divulgativos y de formación, etc.

(38) COROJAN, Ana; CAMPOS, Eva, *Gobierno Abierto...*, *Op. cit.*, p. 48

(39) Esto es así porque esta Ley transpone la Directiva 2003/98/CE de Reutilización de la Información del Sector Público, que mantiene una visión de la reutilización de la información del sector público como un valor añadido sobre las normas de acceso a los documentos oficiales, pero no lo impone como una obligación, de hecho, su artículo 3 disponía que los Estados miembros velarían porque en la medida de lo posible, los documentos se pusieran a disposición del público por medios electrónicos. Por este motivo en abril de 2013 el Consejo de la Unión Europea aprobó la modificación de esta Directiva, que finalmente ha sido publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea en fecha 27 de junio de 2013 a través de la Directiva 2013/37/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, que ahora sí obliga inequívocamente a los EEMM a autorizar la reutilización de todos los documentos, salvo aquellos cuyo acceso sea restringido por normas nacionales o la propia Directiva, además de ampliar su ámbito de aplicación a bibliotecas, bibliotecas universitarias, museos y archivos.

(40) El antecesor del Plan Avanza 2 fue el Plan Avanza, aprobado por el Gobierno en 2010. Consistió en un conjunto de medidas para el período 2006-2010, con el propósito de extender el uso de las TIC para garantizar los derechos de los ciudadanos, y para contribuir al éxito de un modelo de crecimiento económico basado en el incremento de la competitividad y productividad. En el marco de este Plan se aprobó la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de impulso de la Sociedad de la Información



JPPAC (41), de forma claramente insuficiente, pues ni siquiera preveía una regulación del procedimiento ni un órgano independiente de control. El régimen actual aúna las tres materias indicadas en su título, y no otorga al acceso a la información la categoría de Derecho Fundamental, cuestiones que la apartan de otras normas a la luz del derecho comparado, y que no puede considerarse un acierto de nuestro legislador. Aun suponiendo un claro avance, en esta ley de carácter básico en su mayor parte, no se ha hecho una apuesta decidida por la apertura como proclama el legislador, por diversos motivos, entre ellos: la transparencia y acceso a la información se refiere únicamente a la información administrativa, dejando al margen la legislativa o judicial, además recoge una noción funcional de la Administración que incluye a los órganos obligados por la ley «en relación con sus actividades sujetas a Derecho administrativo», y por tanto obviando aquella información relevante para la ciudadanía que se rija por el Derecho civil, laboral o mercantil. Por otro lado, a pesar de incluir obligaciones de publicidad activa, no se incluyen concreciones respecto a la calidad u objetividad de dicha información, ni tampoco de los plazos de publicación o el tiempo en que la información debe estar disponible; respecto del acceso a la información, aunque se amplía el ámbito subjetivo anterior de los «interesados», a «todas las personas», se incluyen ciertas limitaciones tan amplias y ambiguas que podrían perjudicar el alcance real del derecho. Además el silencio negativo se erige como norma general, siendo el plazo para resolver las solicitudes de acceso de un mes, prorrogable a otro mes, cuando la media europea es de quince días. Por último, en caso de colisión entre este derecho y el de protección de los datos personales, se resuelve a favor de este último, mucho más restrictivo; y aunque se ha creado un órgano dedicado a garantizar el cumplimiento de la Ley, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, lo cierto es que es de dudosa independencia y sus competencias no se extienden a las distintas Comunidades Autónomas, cuyos órganos correspondientes asumirán dichas competencias salvo que se haya firmado un convenio. Pero lo más criticable es la ausencia de un régimen de infracciones y sanciones específico para las conductas contrarias a lo dispuesto por el Título dedicado a la transparencia y acceso a la información.

También encontramos otro tipo de iniciativas más en la línea de la administración electrónica —que, insistimos, no abierta—, como por ejemplo el Documento Nacional de Identidad electrónico (DNIE) implantado desde 2006, y que hacía augurar un gran impulso a la administración electrónica. No obstante, no se están explotando las potencialidades que esta herramienta permite. Muchas Administraciones no ofrecen la posibilidad de usar el DNIE en su web, ni los ciudadanos disponen de los lectores requeridos para su funcionamiento.

A pesar de que estos esfuerzos resultan exiguos para hablar de gobierno abierto, debe considerarse que no han sido en vano, sino que suponen la base a mejorar para su real y efectiva implantación.

---

(41) No obstante, algunas Comunidades Autónomas ya habían aprobado normas reguladoras de esta materia, entre ellas destacan: Galicia con la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y buenas prácticas en la Administración pública gallega; Navarra mediante la Ley Foral número 11/2012, de 21 de junio, de Transparencia y Gobierno Abierto de Navarra; o Extremadura, a través de la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura. De otra parte, algunas Comunidades estaban tramitándolas desde antes de la aprobación de la ley estatal, pero siguen pendientes de aprobación, tales como Cataluña o Andalucía.

### III.2. El impulso autonómico al gobierno abierto

A nivel autonómico (42), en cambio, sí encontramos proyectos innovadores que se han desarrollado en este ámbito, destacando especialmente el País Vasco, Cataluña y Castilla y León (43).

Se puede afirmar que el caso más emblemático, el proyecto *Irekia* (44), implantado en el gobierno vasco a partir de 2010, es el modelo a seguir dentro de las fronteras españolas de esta emergente realidad. El Gobierno vasco asume el esfuerzo de cambio cultural potenciando que la ciudadanía se configure como un agente implicado. Todo de forma sencilla y comprensible a través de su página web, muy intuitiva y fácil de manejar, en la que llama la atención la apuesta decidida por la participación ciudadana y la bidireccionalidad. Los ciudadanos pueden realizar sus propias propuestas respecto de cualquier tema de gestión pública, éstas son susceptibles de recibir votos positivos o negativos del resto de ciudadanos, proceso del que el Gobierno hará un seguimiento, planteando respuestas adecuadas y fundamentadas a los ciudadanos, actuando de un modo u otro atendiendo al sentir mayoritario de la población y al respeto de la ley y del interés general. También se reserva un espacio dedicado a las propuestas de Gobierno, siguiendo el mismo espíritu democrático al permitir a los ciudadanos votar a favor o en contra de las mismas, y realizar los comentarios que consideren pertinentes; así como un espacio en el que se publican las preguntas parlamentarias de cada legislatura, organizadas por temas, para permitir que los ciudadanos estén bien informados respecto de la actividad de sus representantes en el Parlamento Vasco, y puedan interpelarles directamente y en público, sin intermediarios.

Esta Comunidad no se limita a la piedra angular de la participación, sino que también ha hecho grandes esfuerzos en la apertura de datos del sector público mediante el llamado *Open Data Euskadi* (45). Una página igualmente sencilla a la hora de navegar, muy visual, en la que los datos (que tanto pueden ser generales, como estadísticos, o de aplicaciones abiertas) pueden filtrarse por temas (población, cultura, trabajo y empleo, urbanismo, educación, economía, sociedad, territorio y medioambiente, sociedad de la información, I+D+I...) y subtemas (por ejemplo, el tema económico se divide a su vez en cuentas económicas, servicios, construcción y vivienda, precios y salarios, etc.), e incluso por el tipo de datos (ayudas o becas, geográficos, lingüísticos, jurídicos, turísticos...) o su formato (API, TXT, XML...). Además de ofrecer explicaciones, ideas y ejemplos sobre cómo utilizar dichos datos. Lo que facilita enormemente el ejercicio ciudadano de buscar información pública sobre determinada materia, permitiéndoles estar informados y realizar un control de la gestión pública, e incluso una evaluación de las políticas impulsadas.

(42) Es importante apuntar aquí que también en el nivel local se pueden observar algunas experiencias y proyectos interesantes, como los desarrollados por los Ayuntamientos de Valladolid, Gijón, Zaragoza, Barcelona o Lleida. Iniciativas que integran en sus plataformas medios para difundir y consultar los datos públicos, así como consultar a la ciudadanía en relación a decisiones públicas concretas

(43) De hecho son las tres Comunidades Autónomas que han sido puntuadas con la máxima valoración (100 puntos) en el último Índice de Transparencia de las Comunidades Autónomas (INCAU) elaborado y publicado por la organización no gubernamental Transparencia Internacional España en 2014.

(44) <http://www.irekia.euskadi.net/>

(45) <http://opendata.euskadi.net/>

En Cataluña también se han impulsado distintos proyectos, inicialmente de administración electrónica en 2006, el llamado *e-Catalunya*(46), que fomenta la innovación en servicios públicos y la colaboración entre los distintos sectores de la sociedad a través del diálogo y la promoción de buenas prácticas. Posteriormente, se puso en marcha el servicio *Dades Obertes de la Generalitat de Catalunya*(47) siguiendo la filosofía de la reutilización de los datos del sector público, que del mismo modo que en el caso vasco, organiza los datos del catálogo por categorías (turismo, transporte público, salud, meteorología, estadísticas...) para facilitar su búsqueda por parte de los ciudadanos. También llama la atención la incorporación fácilmente accesible de opciones para colaborar con este proyecto. Así, si un ciudadano considera que debe procederse a la apertura de determinados datos concretos que aún no se encuentran abiertos, puede ponerlo en conocimiento de la Administración de forma sencilla. Lo mismo ocurre en el caso de que el ciudadano tenga una idea para una nueva aplicación que pueda ser útil para la comunidad. Además de ser un espacio de trabajo, encuentros prácticos para la reutilización y el desarrollo de aplicaciones(48). Finalmente, se impulsó el portal de *Transparència gencat*(49), plataforma desde la que puede realizarse un seguimiento de la actividad del gobierno, puede consultarse la retribución y las variaciones patrimoniales de los altos cargos, cómo se organiza el gobierno catalán, consultar los proyectos normativos en fase de elaboración junto con las memorias y los informes, controlar el grado de cumplimiento del plan de gobierno de cada legislatura, así como la gestión presupuestaria (en temas como contratación, subvenciones, personal...) detallando la cantidad que ingresa y en qué se gasta de forma genérica.

Por último, también destaca el portal de gobierno abierto de la Junta de Castilla y León(50), que de igual modo que las anteriormente citadas, organiza la información a través de tres espacios coincidentes con los elementos definitorios del gobierno abierto, es decir, dedica un apartado a la transparencia, con información relativa a las instituciones, a la contratación, al urbanismo, a los presupuestos, etc.; otro a los datos abiertos, en el que encontramos el catálogo, también el fomento de buenas prácticas en este sentido al incluir un concurso de datos abiertos junto con una lista de premiados del concurso anterior, y un enlace al propio portal de datos abiertos(51). También dedica un espacio a la participación ciudadana, en el que encontramos foros abiertos donde los ciudadanos pueden aportar sugerencias y reciben respuesta de la Administración indicando de forma justificada cuáles serán incorporadas y cuáles no al texto final, pudiendo consultar todos los foros creados por la Junta hasta el momento. Por último, se ocupa también de informar a los ciudadanos de las redes sociales que las instituciones ponen a su disposición, relativas a materias

---

(46) <http://ecatalunya.gencat.cat/>

(47) <http://dadesobertes.gencat.cat/>

(48) A través de él se han puesto en marcha jornadas o cursos online de formación, para fomentar estos espacios de colaboración horizontal que, aunque puedan resultar algo más complejos, producen unos mejores resultados al corresponderse más con los valores de la sociedad actual, en red y conectada, del siglo XXI.

(49) <http://transparencia.gencat.cat/>

(50) <http://www.gobiernoabierto.jcyl.es/>

(51) <http://www.datosabiertos.jcyl.es/>

como educación, sanidad, atención al ciudadano, emergencias, patrimonio natural o juventud, entre otras (52).

Si bien el escenario normativo señalado no es perfecto, hay que felicitar la voluntad de mejorar la calidad del sistema democrático, y conminar a las autoridades para que sigan avanzando por ese camino tomando una actitud más ambiciosa y arriesgada que la que les ha caracterizado hasta ahora. Es cierto que nivel estatal se han realizado algunos esfuerzos para colmar lagunas de nuestro ordenamiento, pero demasiado modestos para solventar el déficit de legitimidad y calidad del sector público, y totalmente insuficientes desde un prisma de gobierno abierto, al contrario que algunas iniciativas autonómicas que sí han demostrado tener un liderazgo decisivo y un compromiso suficiente para empezar esa regeneración político-administrativa de nuestra democracia.

#### **IV. ¿Cómo conseguir ese panóptico virtual y transparente en nuestras instituciones públicas?**

Es necesario que los poderes públicos hagan un esfuerzo por cuestionar el modo en el que trabajan, y ser conscientes del nuevo fenómeno del uso intensivo de las nuevas TIC, y de las redes sociales. Esta nueva realidad reclama una promoción más activa y comprometida de la participación ciudadana; unas instituciones y prácticas públicas más transparentes; mayor acceso a la información relevante; y nuevos códigos de conducta orientados a las nociones del buen gobierno.

Se ha visto que son múltiples los países en los que se han puesto en marcha estrategias ligadas al concepto de gobierno abierto, y en todas ellas, el común denominador está asociado a mejorar los niveles de transparencia mediante la apertura de datos públicos para ejercer control social y rendición de cuentas, y la reutilización de la información en el sector público. Además de facilitar la participación de la ciudadanía en el diseño y puesta en marcha de las políticas públicas, incidiendo en la toma de decisiones, y favorecer la generación de espacios colaboradores entre los diversos actores, particularmente entre las Administraciones públicas, y entre éstas, la sociedad civil y el sector privado (53).

Se trata de un paradigma que gráficamente recuerda a un panóptico, diseño arquitectónico ideado por Bentham (54) en el siglo XVIII, para garantizar el control de los presos en los centros penitenciarios, que al saber que podían ser observados en cualquier momento, se autocensuraban en su comportamiento. Así, el gobierno abierto puede vislumbrarse como una reinterpretación de un panóptico en el mundo digital, una vez desprendido el concepto de toda acepción negativa, invasiva y jerarquizada

(52) Cabe añadir que existen otros proyectos y planes de apertura de datos autonómicos en el mismo ámbito, como en el Principado de Asturias, en especial en la ciudad de Gijón. Uno de los pioneros fue el Parlamento de Galicia, que aprobó la Ley 4/2006, de 30 de junio, de Transparencia y buenas prácticas en la Administración pública gallega, pero las más recientes se sitúan en Comunidades como Extremadura con el Proyecto reutiliz@; Navarra con el Open Data Navarra; y las Islas Baleares con el Open Data Islas Baleares.

(53) RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro; VILLORIA, Manuel, «Innovaciones de raíz democrática en la Administración: ¿recuperando legitimidad ante la crisis?», en *Ekonomikaz*, núm. 80, 2.º cuatrimestre, 2012, p. 32

(54) BENTHAM, Jeremy, *El panóptico*, Ediciones de la Piqueta (Madrid), 1979

relacionada con el control totalitario y el «Gran Hermano» de Orwell (1984), es decir, desligándolo del «ver sin ser visto», para entenderlo como un panóptico recíproco, horizontal y bidireccional, o incluso multidireccional, con una gran ramificación de núcleos de poder, en el que la torre central (el sector público) es totalmente accesible para los ciudadanos y demás actores, que hasta ahora no podían ejercer prácticamente ningún tipo de control sobre las instituciones. Lo más interesante de esta idea es la técnica de observación, mediante la que se garantiza un funcionamiento automático del poder, en tanto que al tratarse de Administraciones transparentes y accesibles, el poder ciudadano se puede ejercer de forma efectiva en cualquier momento, por su visibilidad permanente que causa un efecto disuasorio de conductas indeseables entre los servidores públicos (55).

En este sentido, se deben introducir algunos cambios necesarios para hacer posible que el gobierno abierto sea real, y así fortalecer el sistema democrático, incrementar los niveles de confianza de la ciudadanía en las instituciones, potenciar la participación y el compromiso cívico, y mejorar la calidad, eficacia y eficiencia de los gobiernos y sus aparatos administrativos.

En primer lugar se puede afirmar que, salvo notables excepciones, no ha habido un intento real de hacer efectiva la participación ciudadana. No existe realmente un diálogo entre gestores públicos y ciudadanos, lo que puede llevar a pensar que los pasos que se están dando en el camino hacia el gobierno abierto están obviando una importante distinción entre el *e-government* y el *o-government*. Mientras el primero se aproxima al ciudadano sin reinventar el modo de administrar o gobernar, el segundo pretende colaborar con el ciudadano y el resto de actores económicos y sociales, repensando la gestión político-administrativa. Como muy bien afirma Calderón (56), «gobierno abierto es colocar el resultado por delante del procedimiento, abandonar las tautologías administrativas, propiciar la democracia deliberativa en todos los puntos de las Administraciones y abandonar el concepto de *administrado* por el de *ciudadano*».

Para ello se necesita un cambio de mentalidad y la corrección de abusos y excesos de los empleados públicos. Es urgente la regeneración gubernamental, y en esa línea la tendencia emergente entre la doctrina (57) propone la aplicación de la psicología cognitiva y la economía conductual, nuevas ciencias del comportamiento que recientemente se están proyectando sobre las políticas públicas y la reinención de las organizaciones. Para conseguirlo, ponen de manifiesto la utilidad de la aproximación *nudge* —se refiere al intento de reconducir a aquel trabajador que se aparta del comportamiento virtuoso por defecto, por ejemplo, obligándole a justificarlo, o compli-

---

(55) En ese sentido, Coglianese afirma que «when officials know that those outsider government can see what they are doing, they are presumably more likely to comply with norms of good governance. They may be more careful, less susceptible to expediency or improper influence, and more inclined to try to listen to all concerned». COGLIANESE, Cary, «The Transparency President...», *Op. cit.*, p. 536

(56) Calderón, César, «¿Por qué un Gobierno?», en // Concha, Gastón; Naser, Alejandra, El desafío hacia el gobierno abierto en la hora de la igualdad, Naciones Unidas, CEPAL Colección Documentos de proyectos (Santiago de Chile), 2012, p. 28

(57) RIVERO ORTEGA, Ricardo.; MERINO ESTRADA, Valentín, «Ejemplaridad pública, *Nudge* y *Benchmarking* local: herramientas del buen gobierno, la integridad institucional y la innovación democrática», en *Revista Democracia y Gobierno Local*, núm. 20, 2013, p. 13

cando el desarrollo de esa actuación indeseable (58)—, de potenciar la ejemplaridad pública, o normalizar el uso del *Benchmarking*, una práctica extendida en el área de marketing y ventas que consiste en realizar una evaluación comparativa para conocer el nivel actual de desarrollo, averiguar en qué medida los objetivos se han alcanzado, validar la eficacia de las estrategias y planes de acción, determinar sus fortalezas y debilidades, y encontrar ejemplos de buenas prácticas.

Esta cuestión está íntimamente relacionada con la evaluación de las políticas públicas. La importancia de la medición de los servicios públicos a través de indicadores fiables reside en la intención de mejora continua de las Administraciones, además de suponer un elemento de inestimable ayuda para que los ciudadanos puedan ejercer la supervisión de la gestión pública (59), por lo que iniciativas encaminadas a este extremo son altamente aconsejables.

Para avanzar en el gobierno abierto se requiere innovar, y esto puede suponer tanto inventar como aprovechar una posibilidad preexistente, nunca antes ensayada en la propia organización, pero sí en otras. Como afirman Rivero Ortega y Merino Estrada (60), la metodología innovadora incluye la lógica de mirar alrededor y aplicar las soluciones con mejores resultados, copiando a bajo coste, pero no trasladando miméticamente las experiencias, sino adaptándolas a las particularidades de cada organismo.

Otra de las claves para la implantación de la filosofía del gobierno abierto descansa en lograr que los ciudadanos puedan acceder a las nuevas TIC. De manera que es necesario un compromiso claro por parte de los poderes públicos encaminado a la desaparición de la brecha digital, encontrando formas creativas para combatirla y superarla. Como escribe Cebrián Zazurca (61) citando a Stefano Rodotà, «no es suficiente la previsión abstracta de la universalización del servicio y de la apertura del acceso a las nuevas tecnologías. Son necesarias políticas públicas activas de alfabetización para

(58) En el caso de que se quiera reducir el número de copias impresas de documentos, una manera de hacerlo incorporando esta filosofía *nudge*, podría consistir en obligar al trabajador que quiere imprimir a tener que autorizar esa impresión en múltiples y sucesivas pantallas. Complicando un proceso que hasta ahora era sencillo, se puede conseguir como resultado que haya una disminución de impresiones innecesarias.

(59) A este respecto, se debe mencionar que en la Diputación de Barcelona existe un importante y pionero mecanismo de evaluación de políticas públicas municipales, conocido como los Círculos de Comparación Inter-municipal (CCI). Este mecanismo ya incorpora desde hace varios años —concretamente, desde el año 2007— la filosofía del *benchmarking*, pues se pretenden mejorar los servicios mediante el establecimiento de una media a través de los indicadores entre los diversos municipios participantes en el Círculo. Se articulan como un cuadro de mando integral con cuatro dimensiones —encargo político/estratégico; usuario/cliente; valores organizativos/Recursos Humanos; dimensión económica—, además de otros indicadores de entorno que ayudan a contextualizar el municipio. Los resultados obtenidos en cada dimensión se publican, y pueden ser consultados por cualquier persona (exclusivamente las medias del conjunto de participantes, nunca los datos concretos de cada municipio). Dependiendo del lugar que ocupe la Administración correspondiente en la media será aconsejable que adopte unas políticas u otras, y lo enriquecedor del proceso es poder comparar la actuación de dicha Administración con el resto, —en qué se ha equivocado, qué podría mejorar, o qué es lo que ha hecho bien— y que pueda adoptar las medidas adecuadas para situarse en mejor posición en la media, pudiendo adoptar como modelo las experiencias satisfactorias de otras Administraciones en el mismo ámbito. Buenas prácticas que habrán sido identificadas durante el proceso y que serán extrapolables para los municipios del mismo grupo —ya que se clasifican por características similares—. Un instrumento de mejora continua que permite extraer conclusiones, no de causa y efecto, pero sí de comparación al mismo nivel de Administración.

(60) RIVERO ORTEGA, Ricardo; MERINO ESTRADA, Valentín, «Ejemplaridad pública...», *Op. cit.*, p. 14

(61) CEBRIÁN ZAZURCA, Enrique, *Deliberación en Internet. Una propuesta de modelo de participación política*, Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico. Colección monografías n.º 6 (Zaragoza), 2012, p. 105

eliminar los factores que originan desigualdades extendidas y crecientes. Si se pretenden evitar los fenómenos de exclusión masiva que inciden directamente sobre la naturaleza democrática de un sistema». Las nuevas tecnologías no pueden ser un privilegio, sino un medio de participación y formación que por exigencias del Estado Social se debe extender a todo el territorio y a toda la ciudadanía.

La interoperabilidad administrativa también es indispensable cuanto al diseño técnico. Se trata de un objetivo estratégico cuyo logro efectivo consigue importantes ahorros de recursos económicos, temporales y humanos, tanto para la ciudadanía como para las Administraciones públicas, pues permite a las diversas organizaciones o entidades aportarse beneficios mutuamente y acordando objetivos comunes, involucrándose a la hora de compartir información y conocimiento entre ellas sin tener que hacer grandes esfuerzos gracias al uso de mecanismos tecnológicos(62). A lo que se debe añadir que la importancia de esto reside, en último término, en «*the interest to improve interaction with citizens and businesses as well as reducing administrative cost*» (63). Desde el punto de vista ciudadano, el hecho de que éstos funcionen de forma fragmentada le obliga a interactuar con múltiples instituciones para ver cumplidos los trámites correspondientes, lo que conlleva «*delays in service delivery, lack of transparency about the procedures involved in service provision, the need to fill and refill forms containing the same set or subset of data, and the incapacity to obtain detailed information about the status of execution of a particular service through different access channels*» (64).

Para ello deben superarse los principales obstáculos a la hora de diseñar un marco preceptivo de interoperabilidad. Gamero Casado (65) destaca entre ellos las tensiones políticas que se desatan cuando un poder público impone un marco obligatorio a entidades infraordenadas, limitando su ámbito de autonomía en cuestiones de organización institucional y en materia de gestión administrativa interna(66); y el impacto que repercute sobre la ciudadanía la imposición de prescripciones técnicas vinculantes, que afectan al principio de neutralidad tecnológica y a la libertad de empresa(67).

Ahora bien, impulsar el gobierno abierto como estrategia no puede comportar únicamente un desafío de carácter normativo o legal, ni es un esfuerzo exclusivo en el ámbito de las nuevas tecnologías. Debe fomentarse una cultura de gobierno abierto,

---

(62) SOARES, Delfina; AMARAL, Luis, «Information Systems Interoperability in Public Administration: Identifying the Major Acting Forces through a Delphi Study», en *Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research*, vol.6, issue 1, 2011, p. 63

(63) KLISCHEWSKI, Ralf, «Architectures for tinkering?Contextual Strategies towards Interoperability in E-government», en *Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research*, vol.6, issue 1, 2011, p. 28

(64) SOARES, Delfina; AMARAL, Luis, «Information Systems Interoperability...», *Op. cit.*, p. 62

(65) GAMERO CASADO, Eduardo, «Interoperabilidad y administración electrónica: conéctense, por favor», en *Revista de Administración Pública*, núm. 179, 2009, p. 291

(66) El Esquema Nacional de Interoperabilidad se ha aprobado como Real Decreto, por lo que el Estado conserva todo el poder de configuración de su texto, y además es vinculante para todas las Administraciones públicas.

(67) En su estudio sobre la interoperabilidad este autor señala que para lograr la interoperabilidad existen diferentes soluciones, pudiendo promoverse modelos voluntarios o vinculantes, flexibles o rígidos, centralizados o descentralizados. En relación a esto, advierte que es posible apreciar, en términos generales, un giro en la evolución de los modelos de interoperabilidad que lleva a superar el modelo de corte voluntario y flexible para acoger un modelo vinculante y rígido, cuando menos en ciertos puntos estratégicos como la conectividad y la identidad digital, debiéndose articular una serie de posibilitadores horizontales como una red de transmisión de datos y una política unitaria de firma electrónica. GAMERO CASADO, Eduardo, «Interoperabilidad y administración...», *Op. cit.*, pp. 291-302

opuesta a la cultura tradicional de retener la información y mantenerla lejos del alcance de la ciudadanía. A lo que debe añadirse que no es suficiente con que el cambio cultural se produzca en los poderes públicos, también debe haber una convicción real entre los ciudadanos. En definitiva, las actuaciones tienen que ver sobre todo con la sensibilización, la formación y la participación. Es imprescindible entender cuál es el objetivo de la Administración y de todos los que trabajan en ella, que es servir a los ciudadanos, y el ciudadano debe estar en el centro de la gestión.

En todo este conjunto de elementos, es importante la creación de un organismo independiente que se ocupe de centralizar, coordinar y evaluar la implementación de esta política en todas sus vertientes. Se requiere la existencia de un organismo o institución independiente para la vigilancia del correcto cumplimiento de las previsiones legales en este ámbito, con fuerza suficiente para llevar a cabo esta función de forma real y efectiva.

No está de más hacer referencia a la comunicación política, pues la convicción ciudadana de incompetencia de los políticos a la hora de responder ante sus necesidades, les obliga a replantear su relación con los representados. Se debe destacar que, mientras que en España la repercusión de las redes sociales en los resultados electorales ha sido prácticamente nula, en Estados Unidos son las auténticas protagonistas de las campañas. Los políticos españoles han entendido la importancia de estar en las redes, pero no han entendido su verdadero uso. Se necesita otra forma de hacer política para revertir la reconocida crisis de representatividad.

Como afirman Abejón, Sastre y Linares (68), los políticos españoles se han lanzado al uso de las redes sociales de forma tardía, artificial y sin influencia en los resultados electorales. Por tanto, supone un uso oportunista, no para relacionarse con el ciudadano sino como herramienta de campaña. Además, muchos de ellos no saben manejar la bidireccionalidad de la comunicación, y a juicio de estos autores, incluso la temen, por el riesgo de recibir mensajes indebidos o preguntas comprometedoras durante las campañas electorales. En ese sentido, prefieren alejarse con ruedas de prensa sin preguntas o exigiendo determinados tipos de preguntas, es más, la actividad de los principales dirigentes políticos en las redes sociales demuestra que están ahí más por obligación que por devoción (69). Los políticos españoles no ven la red como un medio para reparar la desafección de los ciudadanos y la distancia existente entre ellos, sino como herramienta para ejercer propaganda y ganar votos (70). El problema reside en que siguen viendo estos canales como medios de propaganda política tradicional cuando deberían considerarlos como un canal para conseguir motivar a la población y reforzar una democracia deliberativa, fomentando un encuentro verídico con ciudadanos reales de forma abierta y transparente.

Hasta ahora, los partidos políticos han adaptado a su forma de comunicarse con los ciudadanos los criterios del lenguaje publicitario, lo que no da a dichos ciudadanos

(68) ABEJÓN, Paloma; SASTRE, Ana; LINARES, Virginia, «Facebook y Twitter en campañas electorales en España», en *Disertaciones: Anuario Electrónico de Estudios en Comunicación Social*, vol. 5, núm. 1, 2012, pp. 131-136.

(69) BARRIOS, Elena, «Políticos en redes sociales: ¿Es posible la conversación?», en *Más poder local*, n.º 12, 2012, p. 25

(70) Esto es una generalización, también existen políticos comprometidos con la causa que ven en las redes sociales un instrumento eficaz para estar cerca de los ciudadanos y dar respuesta a sus preocupaciones y necesidades. Entre ellos destacan Patxi López, Cristina Cifuentes, Esperanza Aguirre o José Antonio Rodríguez Salas. Este último fue el primer alcalde español en convertir el acceso a Internet en un servicio municipal.



el importante papel que deben desempeñar. De acuerdo a Sánchez Martínez (71), se requiere una comunicación política cívica para lograr el paso del mero votante y consumidor de los productos del marketing político, a demócratas practicantes.

Como pone de manifiesto Cruz (72), con la llegada de las redes sociales, a través de Internet, el futuro de la comunicación política ofrece un inmenso abanico de posibilidades, con nuevas maneras de llegar a los ciudadanos. El modo tradicional de hacer política se ha visto forzado a tener en cuenta que Internet cambia el concepto de comunicación de «uno a muchos», por otro de «uno a uno» o de «muchos a muchos» (73).

Por último, y a pesar de los múltiples beneficios de las nuevas tecnologías en las sociedades democráticas, tampoco debe haber una introducción masiva de estos medios sin realizar una reflexión sosegada y razonable en relación con la materia. No se debe obviar la existencia de ciertos riesgos como consecuencia de un uso impropio de estas aplicaciones. Como ponen de manifiesto Martínez, Pachecho y Atauri (74), la novedad del fenómeno explica que, actualmente, la praxis vaya por delante de la regulación jurídica de las redes sociales, lo que constituye un importante reto para el Derecho, que necesariamente debe ocuparse de determinados tipos de prácticas abusivas o inadecuadas, aportando una protección suficiente tanto para las unidades administrativas como para los potenciales interesados.

Para controlar los riesgos se pueden tomar medidas en dos sentidos: proactivo o preventivo, realizando actuaciones conducentes a una disminución de la probabilidad de que ocurra un suceso de este tipo; o bien reactivo o correctivo, tomando las medidas necesarias para que, si el suceso ocurre, el daño que ocasione sea el mínimo posible (75).

Existen potenciales riesgos en los derechos vinculados con los datos personales, la intimidad, honor y propia imagen, y la propiedad intelectual e industrial. Tales como la creación y cesión de datos a terceros, sean propios o no, el rastreo de la IP, la suplantación de identidad, el robo de datos personales, la inclusión de calumnias o injurias (76), el *ciberbullying* (77), el *grooming* (78), etc.

En ese sentido, se dan múltiples problemas relacionados con los usuarios menores de edad, sin consentimiento de sus padres, un colectivo especialmente vulnera-

---

(71) SÁNCHEZ MARTÍNEZ, Juan Diego, «Entre la utopía y la necesidad: comunicación política cívica», en *Más poder local*, núm. 9, 2012, p. 30

(72) Cruz, DIEGO, «Activismo 2.0: El nuevo agente electoral», en *Más poder local*, núm. 6, 2011, p. 26

(73) ABEJÓN, Paloma; SASTRE, Ana; LINARES, Virginia, «Facebook y Twitter en campañas...», *Op. cit.*, p. 133

(74) MARTÍNEZ, Esther; PACHECO, Marta; ATAURI, David, «Redes sociales digitales: propuestas para una protección jurídica de sus usuarios en España», en *Disertaciones: Anuario Electrónico de Estudios en Comunicación Social*, vol. 4, núm. 2, 2011, p. 146

(75) Centro Tecnológico de la Información y la Comunicación (CTIC), Políticas de uso y servicios de participación ciudadana en el contexto de las Administraciones Públicas, Ed. CTIC (2009) [disponible online en: [http://www.fundacionctic.org/sites/default/files/null/polxticas\\_uso\\_aa\\_pp.pdf](http://www.fundacionctic.org/sites/default/files/null/polxticas_uso_aa_pp.pdf), último acceso en 07/04/2013] p. 31

(76) En Internet la difusión de un insulto o una calumnia tiene una escala potencialmente mundial, por lo que es fácil demostrar el perjuicio moral que puede sufrir cualquier persona víctima de estas prácticas.

(77) El *ciberbullying* consiste en grabar un maltrato físico o psíquico entre menores y enviarlo a través de la red o del móvil.

(78) El *grooming* se da cuando un adulto se hace pasar por un menor en la red para tomar confianza con éste, con el propósito de obtener satisfacciones sexuales tales como el envío de imágenes eróticas o incluso llegar a un encuentro físico.

ble (79). Esta cuestión es objeto del debate sobre la identidad electrónica, en el que algunos autores sostienen que la solución pasa por una identidad única electrónica, como el DNle, el teléfono móvil o la identificación biométrica a través de rasgos que identifiquen inequívocamente al usuario —iris, huella dactilar, patrón facial, etc.—. Estos procedimientos, a juicio de Martínez, Pacheco y Atauri (80), sustituirían el uso habitual y poco seguro de un nombre de usuario y una contraseña. Además, al ser identificable la persona determinada que lleva a cabo ese uso inapropiado de las redes, esta medida cumpliría una función disuasoria de este tipo de comportamientos, facilitando la labor investigadora de los cuerpos policiales por la identificación personal en la navegación. La contrapartida es una reducción del anonimato y la intimidad de cada usuario, ya que su navegación quedaría unida de forma muy estrecha a sus datos personales, y aumentaría el riesgo de que se hiciera pública.

En efecto se trata de una colisión de derechos que deben ponderarse adecuadamente para decidir qué pesa más, si la libertad o la seguridad.

En relación con los aspectos sociales de la web participativa, la fundación CTIC considera necesario disponer de mecanismos adecuados de resolución de conflictos, para evitar los posibles problemas que surgen ineludiblemente de toda interacción humana. Se deberá impulsar el uso educado de los recursos que conduzca a un enriquecimiento de la comunidad, fomentando comportamientos asertivos, poniendo medios para minimizar o eliminar la participación negativa o destructiva y señalar con claridad las temáticas tratadas en cada sección para evitar desviaciones del tema (81).

## V. Consideraciones finales

En el complejo escenario actual, en el que conviven las estructuras tradicionales de la democracia representativa con emergentes manifestaciones de una nueva cultura participativa, surge la exigencia de reinventar las vías de relación entre Administración y administrados. El *Open Government*, o gobierno abierto, constituye un nuevo paradigma de gestión político-administrativa que promete suplir las deficiencias del modelo democrático tradicional, en tanto que su núcleo esencial se basa en ceder poder a los ciudadanos y hacer que estos sean cada vez más activos y corresponsables.

Para aplicar este paradigma hay que abogar por la apertura, la transparencia y la rendición de cuentas, acompañando todo ello de un debate sosegado para atender a todos los potenciales riesgos que puedan poner en peligro las bondades del sistema,

(79) La Ley 1/1982, de la Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, establece en su tercer artículo que los menores de edad deberán prestar su consentimiento cuando se realice una explotación de su imagen, siempre y cuando sus condiciones de madurez así lo permitan. En caso contrario, el consentimiento deberá otorgarlo su representante legal, quien deberá notificarlo con carácter previo al Ministerio Fiscal.

(80) MARTÍNEZ, Esther; PACHECO, Marta; ATAURI, David, «Redes sociales digitales...», *Op. cit.*, p. 153

(81) De acuerdo con la Fundación CTIC (Centro Tecnológico de la Información y la Comunicación (CTIC), Políticas de uso y servicios...*Op. cit.*, p. 55): El término *off-topic* se refiere a todas aquellas contribuciones que no guardan relación con la discusión que dio origen al tema. Si estos se producen en gran cantidad, pueden conseguir acabar con la conversación sobre el tema que realmente se está pretendiendo tratar, pudiendo incluso hacer enfadar a las personas que si quieren tratar la temática propuesta en el servicio determinado.

potenciando el uso intensivo de las nuevas TIC, aprovechando al máximo todas las oportunidades que estos progresos ofrecen en el ámbito público para potenciar la participación y colaboración ciudadanas. Esto convierte al paradigma del gobierno abierto en una potente plataforma en la que gobernantes y gobernados trabajan como iguales para cocrear valor público, una suerte de panóptico digital en igualdad de condiciones. Este modelo requiere compartir información, construir conocimiento y, lo más importante, utilizar ese conocimiento a la hora de diseñar e implementar políticas públicas. El gran reto es invertir el paradigma tradicional, dejando atrás los sistemas de organización centralizados y verticales que no se adaptan a la realidad social actual, en la que la tendencia es la organización en red.

No es casual que esta nueva filosofía se haya propagado a una gran cantidad de países alrededor del mundo. Simplemente constata la necesidad de un cambio de ciclo, una regeneración democrática más acorde con los ciudadanos del siglo XXI, hastiados de una Administración obsoleta y excesivamente burocratizada, en la que no se sienten representados y de la que desconfían.

Los pasos que se han dado hasta ahora han sido demasiado comedidos y manifiestamente insuficientes. No han colmado las altas expectativas generadas en sus discursos de presentación, no obstante cualquier iniciativa en este sentido debe ser bienvenida, y no deben constituir un fenómeno anecdótico de una moda pasajera, sino que deben avanzar en el sentido de transformaciones estructurales de la sociedad y la política. Insistiendo en la idea de que conseguir un gobierno abierto no es la meta, no es un fin en sí mismo, sino un medio. Parafraseando a Gandhi en su compromiso por la paz, no hay caminos para el gobierno abierto, el gobierno abierto es el camino.

Trabajo recibido el 12 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Administrazio publikoak etengabe modernizatu behar dira, herritarren premia berrietara moldatzeko. Demokrazia ordezkatzaille tradizionalaren eredua ez da nahikoa egungo panoraman, herritarrek protagonismo handiagoa eskatzen baitute. Zuzenbide konparatuak hainbat esperientzia berritzaile eskaintzen ditu. Besteak beste, eszenatoki politiko-administratiboan indar handiz sartu den gobernu irekia. Horixe da informazio-gizarteko administrazioan gertatu den modernizazioaren eboluzio logiko eta koherentea. Horregatik, azterlan honen ardatza da kontzeptuaren jatorria eta eboluzioa aztertzea, onurak eta arrikuak, Espainian orain arte zer egin den hartan subsumitzeko, eta zer gehiago egin behar den bide beretik aurreratzeko.

**HITZ GAKOAK:** Administrazioa modernizatzea. Demokrazia biziberritzea. Gardentasuna. Herritarrek parte hartzea. Open Government.

**RESUMEN:** Las Administraciones públicas requieren llevar a cabo un proceso modernizador constante para adaptarse a las cambiantes necesidades ciudadanas. El modelo de democracia representativa tradicional no es suficiente en el panorama actual, en el que los ciudadanos reclaman mayor protagonismo. El Derecho comparado nos ofrece múltiples experiencias innovadoras, entre ellas, la que ha irrumpido en el escenario político-administrativo con mayor fuerza es el gobierno abierto. Este paradigma supone la evolución lógica y coherente de la modernización administrativa en la sociedad de la información, motivo por el que el presente estudio se centra en analizar el origen y evolución del concepto, sus beneficios y sus riesgos, así como qué se ha hecho hasta ahora en España que pueda subsumirse en el mismo, y qué más se debe hacer para continuar avanzando en esa línea.

**PALABRAS CLAVE:** Modernización administrativa. Regeneración democrática. Transparencia. Participación ciudadana. Open Government.

**ABSTRACT:** Public administrations require to carry out a constant modernising process in order to adapt itself to the changing needs of citizenship. The model of traditional representative democracy is not sufficient in the present circumstances, where citizens claim for a larger prominence. Comparative Law offers us multiple innovative experiences, among them, the one that has bursted more strongly into the political administrative stage is open government. This paradigm means a logic and coherent evolution in administrative modernisation in the information society, that is why this study focuses itself on analyzing the origin and evolution of the concept, its benefits and risks together with what it has been done in Spain that can be subsumed within it, and what else should be done in order to advance in this line.

**KEYWORDS:** Administrative modernisation. Democratic regeneration. Transparency. Participation of citizenship. Open Government.

# Algunas notas de una relectura de V. E. Orlando y Santi Romano sobre la personalidad jurídica del Estado

José Luis Carro Fernández-Valmayor

**Sumario:** I. Una observación preliminar.—II. V. E. Orlando: el Estado como organización jurídica de la sociedad. La personalidad jurídica como resultado de la voluntad colectiva de actuación del Derecho. Su estrecha conexión con el concepto de soberanía. Una referencia a la crítica orlandiana de la teoría de la división de poderes.—III. Santi Romano: institución, organización y Ordenamiento jurídico. El Estado como ordenamiento jurídico y como persona jurídica: diferenciación de las dos cualidades. La personalidad jurídica como sujeto de poderes, derechos y obligaciones; la negación de la personalidad de los órganos estatales. La potestad del Estado y su carácter originariamente limitado.

## I. Una observación preliminar

El no perder el contacto con los que podemos considerar autores clásicos del Derecho público resulta siempre útil y provechoso pues nos proporciona una perspectiva más clara de la evolución de dicha disciplina y fortalece la reflexión sobre los grandes temas que han venido constituyendo su contenido dogmático, entre los cuales, por supuesto, se encuentra el debate sobre la personalidad jurídica del Estado. Al igual que en ocasiones anteriores referidas a otros autores(1), he intentado también esta vez extraer algunas notas que me han parecido interesantes de una relectura de los principales escritos de VITTORIO EMANUELE ORLANDO y de SANTI ROMANO, verdaderos fundadores de la Escuela italiana de Derecho público, sobre una temática que ha tenido una presencia constante en el desarrollo del mismo y que se inserta en la más amplia y fundamental de las relaciones entre el Derecho y el Estado.

Como reza el título de este trabajo, debo advertir que estamos aquí ante meras notas procedentes de una relectura de los trabajos más conocidos (y más accesibles) de los autores citados, en donde, simplemente, he intentado destacar y recordar algunas de sus reflexiones sobre la citada temática que me han parecido particularmente significativas desde un punto de vista histórico-dogmático. Estas notas, por consiguiente, por su carácter esquemático y su brevedad, no pretenden, obviamente,

---

(1) *La doctrina clásica alemana sobre la personalidad jurídica del Estado. Notas de una relectura.* Administración instrumental. Libro homenaje a M. F. CLAVERO ARÉVALO. Instituto García Oviedo-Editorial Civitas, Madrid, 1994, pp. 849 y ss. *La doctrina clásica francesa sobre la personalidad jurídica del Estado. Algunas notas de una relectura. Le pouvoir, mythes et réalité. Mélanges* en honor del profesor H. ROUSSILLON. Presses de l'Université Toulouse 1. Próxima publicación.

constituir un análisis pormenorizado y sistemático de la obra de los citados maestros italianos ni siquiera en el aspecto concreto de su consideración del Estado. Tarea imposible de llevar a cabo en estas pocas líneas ante una obra extremadamente rica y sugerente, realizada, además, a lo largo de un extenso período de tiempo y no exenta, por ello, de sucesivas clarificaciones o, incluso, a veces, de algunas contradicciones(2). Por lo demás, como en otros casos y en otros países, tampoco ha de olvidarse el concreto contexto histórico en el que la aportación de los dos grandes juristas italianos tuvo lugar; por decirlo con palabras de S. CASSESE(3), dicha aportación significó «un importante instrumento de «canalización» del consenso hacia las instituciones del nuevo Estado» surgido de la unificación.

## II. V. E. Orlando: el Estado como organización jurídica de la sociedad

Por repetida confesión propia, el dogma de la personalidad jurídica del Estado constituyó uno de los presupuestos esenciales de la obra de V. E. ORLANDO(4). En sus famosos *Criteri tecnici* se preguntaba, incluso, el gran autor italiano si era posible un Derecho público «sin que la idea de personalidad jurídica del Estado sea tan clara, tan habitual, como puede serlo el concepto de obligación para el Derecho privado»(5). Para ORLANDO el Estado se manifestaba como «la organización jurídica de la sociedad»; más aún, era «la organización jurídica por excelencia», cuyo fin substancial, si no exclusivo, sería, precisamente, el Derecho(6). El Estado, en cuanto «suprema forma jurídica de convivencia social», comprendería en sí todas las relaciones jurídicas reguladoras de las distintas relaciones sociales(7). Dicho con las propias palabras de ORLANDO(8): «aquel Derecho supremo que asegura y tutela la existencia de la sociedad como ente colectivo, aquel Derecho que considera la sociedad orgánicamente constituida con reglas coercitivas y obligatorias, genera precisamente la idea de Estado». La sociedad (o, en expresión orlandiana, la «*coesistenza di più uomini associati*»(9)) constituiría para

(2) Cfr., por ejemplo, las reflexiones de C. ESPOSITO, *La dottrina del Diritto e dello Stato di Vittorio Emanuele Orlando*. Rivista Trimestrale di Diritto pubblico, 1953, p. 71. S. CASSESE, *Cultura e politica del Diritto amministrativo*. Il Mulino, Bologna, 1971, p. 27. Sobre la «historicidad» de la doctrina romaniana, vid., M. FIORAVANTI, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*. Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, 10, 1981, p. 170.

(3) *Cultura e Politica*, cit., p. 29, también pp. 22-23 y 26. O. RANELLETTI, *Vittorio Emanuele Orlando nel suo pensiero e nella sua opera*. Rivista Trimestrale di Diritto pubblico, 1954, p. 266, refiriéndose al gran maestro siciliano apuntó que llevo a cabo todas sus tareas con *un alto spirito di missione*.

(4) Vid. *Principii di Diritto costituzionale*, G. BARBÈRA, Firenze, 1912, p. 24. Con particular referencia al Derecho administrativo, su *Introduzione* al Primo Trattato Completo di Diritto Amministrativo Italiano, I, Società Editrice Libreria, Milano, 1900, p. 5. *Diritto pubblico generale e Diritto pubblico positivo* (1921), hoy en Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940), Giuffrè, Milano, 1954, p. 118.

(5) *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del Diritto pubblico* (1889), hoy en Diritto pubblico generale, cit., 15. De la personalidad jurídica del Estado como verdadera «*chiave di volta*» de todo el Derecho público habla en su escrito *Diritto pubblico generale e Diritto pubblico positivo*, en Diritto pubblico generale, cit., p. 118

(6) *Stato e Diritto* (1926), hoy en Diritto pubblico generale, cit., pp. 235-236. Vid. también, *Introduzione*, cit., pp. 12 y ss.

(7) *Introduzione*, cit., pp. 12-13.

(8) *Introduzione*, cit., p. 12

(9) *Introduzione*, cit., pp. 5 y ss; sobre la noción de sociedad, p. 11.

nuestro autor el elemento material del Estado, pero para que este pudiese surgir sería necesaria la formación en el seno de la misma de un Ordenamiento obligatorio que asegurase su existencia mediante reglas de Derecho; con el surgimiento de este Ordenamiento, garantizador de la convivencia social, surgiría también el Estado. Derecho y Estado eran, pues, en ORLANDO, términos que se integraban recíprocamente(10) y la relación entre ambos aparecería, según el maestro siciliano, como la cuestión más apasionante del Derecho público(11). Consecuentemente excluía nuestro autor que el Estado pudiese ser concebido como un simple órgano de la sociedad, puesto que el Estado no era una parte de la misma, sino «*la società stessa, organizzata ai fini del diritto*»(12). En este sentido el Estado sería la traducción, necesaria y automática, de la natural «sociabilidad» (*socievolezza*) humana y por ello ORLANDO(13) rechazaba, por su individualismo, todas las teorías contractualistas, basadas en el llamado pacto o contrato social (esto es, en la voluntad humana) como explicación del origen del mismo(14). En realidad, según nos señalaba ORLANDO, toda relación social no podría existir si no estuviese regulada por el Derecho y no viniese asegurado su pacífico desarrollo por la autoridad pública(15). Habría que advertir enseguida que, en la línea de la Escuela Histórica, a la que el propio ORLANDO afirmaba pertenecer(16), el Derecho se concretaría en institutos jurídicos que serían su manifestación inmediata y que reposarían originariamente en el sentimiento general de la comunidad(17).

A partir de la citada definición del Estado como «organización jurídica de la sociedad» debería llegarse necesariamente, según el gran autor italiano, a la afirmación de la personalidad jurídica del mismo. En efecto, en el pensamiento orlandiano, el Estado surge con un fin propio que es la actuación del Derecho provisto de unos medios idóneos para conseguir dicho fin(18); ahora bien, si el Estado tiene un fin, debería poseer también, según ORLANDO, una voluntad propia, una voluntad capaz de orientar cons-

---

(10) *Op. cit.*, p. 13. «El Estado —escribía ORLANDO— deriva su génesis lógica del Derecho, del cual es la expresión más alta: el Derecho no podría existir sin el Estado que le confiere aquella fuerza exterior que es un elemento inseparable de la idea de Derecho». También, *Principii di Diritto costituzionale, cit.*, p. 23.

(11) *Stato e Diritto, cit.*, p. 223.

(12) *Introduzione, loc. cit.* También *Principii di Diritto costituzionale, cit.*, p. 30.

(13) *Introduzione, cit.*, p. 14

(14) *Principii di Diritto costituzionale, cit.*, pp. 26-27, 34. También *Introduzione, cit.*, p. 11.

(15) *Introduzione, cit.*, pp. 13-14.

(16) *Principii di Diritto costituzionale, cit.*, p. 31

(17) *Principii di Diritto costituzionale, loc. cit.* En sus *Criteri tecnici, cit.*, p. 20, el Derecho público venía concebido como «un conjunto de principios jurídicos sistemáticamente conectados».

(18) *Lo Stato* —escribía ORLANDO— *considerato nel suo ordinamento ci dà il concetto di costituzione; lo Stato considerato nel suo fine ci dà il concetto di amministrazione. Introduzione, cit.*, p. 63. De otro lado, el autor italiano distinguía entre el fin primordial del Estado de tutela del Derecho o «actividad jurídica» (común a todas las funciones estatales) de otros fines distintos de aquel, referidos al progreso y bienestar social, que englobaba en la expresión «actividad social», que sería la actividad específica de la Administración. *Id.*, *Principii di Diritto amministrativo*, 3.ª edición, G. Barbèra, Firenze, 1908, p. 26. Existe traducción española de la 2.ª edición italiana, 1892, precedida de una presentación, de Alvaro RODRIGUEZ BEREIJO. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1978. La compatibilidad lógica entre el citado fin primordial del Estado y otros fines del mismo fue expresamente subrayada por ORLANDO. *Giorgio Jellinek e la storia del Diritto pubblico generale* (1949), hoy en *Scritti giuridici varii* (1941-1952), Giuffré, Milano, 1955, p. 127. Cfr. las observaciones críticas de G. MIELE, *Contributi al Diritto amministrativo*. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1953, pp. 57-61.

cientemente las propias acciones para poder alcanzarlo. *In questo senso* —concluía— *noi dobbiamo dire che lo Stato costituisce una personalità* (19).

Desde su consideración, antes apuntada, de lo jurídico a partir de los presupuestos de la Escuela Histórica, la voluntad del Estado de la que nos hablaba ORLANDO se identificaría con la conciencia colectiva de los pueblos y, en este sentido, su personalidad vendría descrita como la afirmación de una voluntad consciente que emana de la colectividad, organizada para el conseguimiento de los fines estatales y para la actuación de los medios necesarios para ello. Precisamente, en este último sentido, la teoría de la personalidad del Estado generaría —según nuestro autor— una teoría que, al mismo tiempo, la reforzaría y que sería la teoría de la soberanía del poder estatal (20). La esencia jurídica de la soberanía —afirmaba ORLANDO— no podría comprenderse si no es en estrecha conexión con el concepto de personalidad del Estado; más aún, ambos conceptos, personalidad y soberanía, se complementarían y se integrarían mutuamente. Así, si la personalidad se identifica con la capacidad de querer y de traducir en acto la propia determinación, la soberanía —según el autor italiano— consistiría, precisamente, en la afirmación de ese momento esencial de la personalidad estatal. Definiríamos la soberanía —escribía ORLANDO (21)— *come l'affermarsi dello Stato come giuridica persona*. Por los demás, si con la soberanía se afirma la personalidad jurídica del Estado, es claro que la misma no podría ser considerada como una genérica potestad de querer al modo del *Willensmacht* del que hablaba GERBER, sino, en coherencia con la estricta metodología jurídica orlandiana, como una potestad de querer dentro del campo del Derecho (22). «Entendida en nuestro sentido —observaba ORLANDO (23)— la soberanía no tiene necesidad de justificación; ella es la expresión de un hecho natural y necesario, es decir, que dado un organismo político, este afirma su personalidad jurídica. Y de acuerdo con nuestros criterios metódicos, todo lo que se refiere al orden natural de las cosas no necesita justificación». La soberanía —continuaba ORLANDO (24)— «contiene todo el Derecho del Estado en su expresión más elevada; de aquí que el fundamento de este Derecho no podrá ser substancialmente distinto del fundamento general de todo Derecho»; fundamento que, como ya nos consta, el gran jurista siciliano veía en la «conciencia colectiva del pueblo». En la medida en que la soberanía aparece, en este sentido, como «manifestación de voluntad y de fuerza de todo un pueblo constituido en organismo jurídico en el Estado» (25), puede, en consecuencia, afirmarse —concluía— «que la soberanía reposa sobre la conciencia popular» (26).

(19) *Introduzione, cit.*, p. 17. Más adelante ORLANDO se refería al Estado como *persona viva, che pensa, che vuole, che può* (p. 63).

(20) *Introduzione, cit.*, p. 18.

(21) *Principii di Diritto costituzionale, cit.*, p. 54.

(22) *Introduzione, cit.*, p. 20. Equiparando la soberanía a la capacidad jurídica del Estado, afirmaba ORLANDO que «mediante la soberanía el Estado ejercita todos los derechos que le competen como sujeto destinado al conseguimiento de su fin». Cfr. *Principii di Diritto costituzionale, cit.*, pp. 51 y ss.

(23) *Principii di Diritto costituzionale, cit.*, p. 56.

(24) *Principii di Diritto costituzionale, cit.*, p. 57.

(25) *Introduzione, cit.*, p. 21.

(26) *Principii di Diritto costituzionale, loc. cit.*



El maestro italiano se apresuraba a advertir, sin embargo, que estaba muy lejos de la llamada teoría de la soberanía popular o nacional en la medida en que esta presupondría siempre un elemento voluntario contractual, mientras que la conciencia popular se vincularía a una «autodeterminación del todo espontánea, bajo la influencia de causas naturales y, por consiguiente, necesarias». De ello ORLANDO extraía la consecuencia de que el conjunto de instituciones políticas que caracterizan toda forma de gobierno supondría, implícita pero necesariamente, el consenso de la comunidad (27). Este consenso general de la comunidad, elemento constitutivo del principio soberano, se encontraría —según ORLANDO— en todos los Estados, incluidos aquellos regidos por formas no libres (28).

Por otro lado, la consideración del Estado como un organismo dotado de voluntad y vida propias, con todas sus partes y funciones conectadas y fundidas en una gran unidad, conducía a ORLANDO a una crítica de la teoría tradicional de la división de poderes que *rendeva impossibile la vita dello Stato* (29), si bien admitía la existencia de una diferenciación de funciones estatales y de los órganos que las ejercitaban, manifestadas a través de determinados actos (Ley, ordenanza, sentencia), pero siempre, las unas y los otros, *riassunti nel principio dell'unità dello Stato* (30); principio indisolublemente vinculado al carácter unitario de la soberanía. Diferenciación de funciones que, lejos de ser una implícita cualidad del Estado, sería algo concretado y garantizado por las normas de Derecho público (31), cuyo objeto era, precisamente, aquél (32).

Algún autor (33) ha observado que ORLANDO, sin abandonar el dogma de la personalidad estatal, acabó aceptando, con motivo del examen de la obra de G. JELLINEK (34), que su análisis de dicho dogma tenía una mayor problematicidad de la que podría deducirse de la mayoría de sus escritos (35). Problematicidad que el maestro italiano veía en la compatibilidad entre las relaciones jurídicas que el Estado en cuanto persona podría constituir con los individuos y el derecho absoluto de mando del que era titular sobre los mismos. En el pensamiento orlandiano, sin embargo, el Estado encontraría su propio límite en el Derecho, entendido, como ya se ha apuntado, al

---

(27) *Introduzione, cit.*, pp. 22-23. Es cierto, sin embargo, —advertía ORLANDO (p. 23)— «que si una forma de régimen político no fuese consentida, esta no podría mantenerse largo tiempo, prescindiendo, bien entendido, de los períodos transitorios y patológicos durante los cuales un Gobierno puede imponerse con la fuerza». Cfr. *Principii di Diritto costituzionale, cit.*, pp. 57-58

(28) *Introduzione, cit.*, p. 23.

(29) *Introduzione, cit.*, pp. 25 y ss. *Principii di Diritto costituzionale, cit.*, pp. 73-74. Allí la crítica orlandiana a la preeminencia del poder legislativo.

(30) *Principii di Diritto costituzionale, cit.*, p. 75.

(31) *Principii di Diritto costituzionale, cit.*, p. 78

(32) *Principii di Diritto costituzionale, cit.*, p. 35.

(33) A. MASSERA, *Contributo allo studio delle figure giuridiche soggettive nel Diritto amministrativo*, I, Giuffrè, Milano, 1986, p. 162. Vid. también, F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello Stato*, 3.<sup>a</sup> edición, Giuffrè, Milano, 1988, pp. 149-151.

(34) *Giorgio Jellinek e la storia del Diritto pubblico generale, cit.*, pp. 120-123.

(35) En general no han dejado de subrayarse, como ya ha quedado apuntado en el texto, algunas contradicciones en los escritos orlandianos, lo que dificulta el análisis global. Vid. C. ESPOSITO, *La dottrina del Diritto e dello Stato di Vittorio Emanuele Orlando, cit.* p. 71. S. CASSESE, *Cultura e Politica del Diritto Amministrativo, cit.*, p. 27

modo de la Escuela Histórica, como «el patrimonio propio del pueblo, heredado de las generaciones precedentes». En esta línea, ORLANDO advertía que una relación jurídica perfecta que situase en paridad absoluta al individuo frente al Estado no sería posible sin un reconocimiento de alguna forma de autolimitación de este (36). En definitiva, nuestro autor afirmaba que no se podría negar, sin caer en contradicción con la realidad de las cosas, de que las relaciones entre el Estado y los individuos «se ligan con otra gran relación, relación de relaciones, con la relación general que es la de obediencia y mando, cuyo objeto es el individuo» (37); un individuo que, por su parte, es también titular de derechos. «La relación, pues, entre el Estado y el individuo es siempre —escribía ORLANDO (38)— relación de sujeto a sujeto; es, por consiguiente, una relación jurídica en el más verdadero y perfecto sentido de esta expresión». En todo caso señalaba nuestro autor (39) que el «Estado jurídico» debe concebirse como aquel Estado que se impone a sí mismo «el freno de normas jurídicas capaces de contener la acción de la autoridad pública de manera que sean reconocidos y respetados los intereses legítimos de los súbditos y que el sacrificio que todo límite impuesto a la libertad individual supone sea motivado por un interés colectivo y proporcionado a dicho interés».

### III. Santi Romano: institución, organización y Ordenamiento jurídico

Por lo que respecta a SANTI ROMANO es evidente que, como ya ha quedado advertido, tampoco pueden estas simples notas albergar todos los aspectos de su rica teoría institucional u ordinamental, pues su intención, mucho más modesta, se limita, como en el caso anterior, a una esquemática descripción general de algunos aspectos de su doctrina, extraídos de nuevas relecturas y referidos, fundamentalmente, al problema de la personalidad estatal, problema, por lo demás, íntimamente vinculado a su concepción del Derecho (40). En este sentido puede ya recordarse cómo para el gran autor italiano (41) «la primera y más genérica nota de la noción de Estado que es necesario poner en evidencia es aquella por la cual el Estado aparece como una «institución», en el sentido de «ente» o «cuerpo social». Ha de tenerse en cuenta que para

(36) *Vid.*, en especial, las reflexiones de ORLANDO en *Nota dell'autore del 1925 all'autore del 1885*, en *Diritto pubblico generale*, *cit.*, pp. 32 y ss. Cfr. A. MASSERA, *cit.*, pp. 163-165 con los textos de ORLANDO allí recogidos.

(37) *La personalidad jurídica del Estado*, Imprenta de la Universidad, Buenos Aires, 1925, p. 277.

(38) *Introduzione*, *cit.*, p. 40

(39) *Introduzione*, *cit.*, p. 38.

(40) En uno de sus escritos más conocidos (*Lo Stato moderno e la sua crisi*, discurso inaugural del curso académico 1909-1910 en la Universidad de Pisa, hoy incluido en sus *Scritti minori*, volume primo, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1990) afirmaba ya que la consideración del Estado como persona constituye *il principio fondamentale del diritto pubblico moderno* (p. 382). Un Estado que, para ROMANO, aparecía como «*un ente a sé che riduce ad unità gli svariati elementi di cui consta, ma non si confonde con nessuno di essi, di fronti ai quali si erge con una personalità propria...*» (p. 381).

(41) *Principii di Diritto costituzionale generale*, 2.<sup>a</sup> edición, Giuffrè, Milano, 1947, p. 47

SANTI ROMANO la noción de institución —concepto central de su doctrina (42)— era sinónima, como se acaba de ver, de la de ente o cuerpo social y su esencia radicaba en ser una organización. El concepto de organización, sin embargo, no podría servir al jurista —advertía ROMANO (43)— mientras no se convirtiese en un concepto jurídico y ello se efectuaría, precisamente, a través de la idea de Ordenamiento jurídico. En definitiva, la institución sería un Ordenamiento jurídico, esto es, en palabras del maestro italiano, «una unidad independiente de Derecho objetivo más o menos completa» (44). Dicho de otro modo, el concepto de Ordenamiento jurídico solo podría ser descrito a través de la idea o concepto de «institución». De aquí la conocida, y rotunda, afirmación de ROMANO de que «cada Ordenamiento jurídico es una institución e, inversamente, toda institución es un Ordenamiento jurídico; la correspondencia entre estos dos conceptos es necesaria y absoluta» (45). De este modo, a través de dicha identificación, el gran jurista italiano solucionaba el problema de la relación entre Derecho y organización social y hacía que el conjunto del orden social pudiese ser comprendido en términos estrictamente jurídicos (46), sin necesidad de apelar a consideraciones de otro tipo, políticas, sociológicas o filosóficas, incompatibles con los presupuestos metodológicos de pureza metódica de los que, como su maestro V. E. ORLANDO, partía. Se ha observado justamente, en este sentido, que en la obra de ROMANO desaparecía la distinción entre «orden político» y «orden jurídico» ya que este último se extendía a toda la realidad social (47).

De lo dicho se desprende que, para SANTI ROMANO, el Estado, como toda institución, sería, ante todo y sobre todo, un Ordenamiento jurídico. Toda institución

---

(42) N. BOBBIO, *Teoría e ideología nella dottrina di Santi Romano*, en *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 25 y ss., afirmó que en la doctrina de ROMANO están contenidas dos teorías distintas: la teoría del Derecho como institución, que se contraponen a la teoría normativa, y la teoría de la pluralidad de los Ordenamientos jurídicos que se contraponen a la teoría monista o estatalista. En el mismo sentido, A. MASSERA, *Contributo*, cit., págs 172-173. A. TARANTINO, *La teoria della necessità nell'ordinamento giuridico. Interpretazione della dottrina di Santi Romano*, Giuffrè, Milano, 1976, consideró, sin embargo, que en la doctrina romaniana podrían distinguirse tres teorías: la teoría de la necesidad como fuente primaria del Derecho, la teoría de la institución y la teoría de la pluralidad de los Ordenamientos jurídicos, dando a la primera de ellas un lugar principal en la obra de ROMANO. *Id.*, en especial, pp. XV, 3 y ss., 12, 18-19 y 23-29. Cfr. las reflexiones de ROMANO sobre la necesidad como fuente del Derecho en *Principii de Diritto costituzionale generale*, cit., pp. 92 y 280.

(43) *El Ordenamiento jurídico*, traducción española de S. y L. MARTIN-RETORTILLO, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2013, p. 34.

(44) *El Ordenamiento jurídico*, cit., pp. 35, 53, 75. Una clasificación de las instituciones en pp. 109-111. Las diferencias con el institucionalismo de M. HAURIOU están expuestas por el mismo ROMANO en pp. 26-29. Sobre ello, *vid.* también el Estudio Preliminar de S. MARTIN-RETORTILLO a la traducción española, pp. LXXVII-LXXX y A. TARANTINO, *La teoria della necessità*, cit., pp. 53-62.

(45) *El Ordenamiento jurídico*, cit., p. 24; también pp. 28 y 39.

(46) Ha escrito N. BOBBIO, *Teoría e ideología*, cit., p. 37, que el problema que afrontaba ROMANO en *El Ordenamiento jurídico* era «un problema técnico, un problema que nace en el interior de la ciencia jurídica en un momento en el que los juristas que se ocupaban de manera prevalente del Derecho público entendían afirmar también metodológicamente la autonomía del Derecho público respecto del Derecho privado...». En el sentido de extender el orden jurídico a toda la realidad social, *vid.* las reflexiones sobre la obra romaniana de A. MASSERA, *Contributo*, cit., pp. 175-176.

(47) De esta forma —ha escrito P. GROSSI— SANTI ROMANO desplazaba el ángulo de observación del iuspublicista del Estado a la sociedad. *Lo Stato moderno e la sua crisi (a cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano)*. Rivista Trimestrale di Diritto pubblico, 1, 2011, p. 5. Cfr. también L. MANGONI, *La crisi dello Stato liberale e i giuristi italiani*. Studi storici, 1982, p. 96.

—escribía el maestro siciliano— «en cuanto es un ente que tiene una estructura y organización propias y por consiguiente un orden, un sistema más o menos estable y permanente y reduce a unidad los individuos así como los otros elementos que lo componen, adquiriendo frente a ellos una vida propia y formando un cuerpo entre sí, constituye un «ordenamiento jurídico» (48). Un Ordenamiento jurídico, así pues, que no se traduciría exclusivamente en normas, ya que estas presuponen siempre la existencia de la institución de la que son manifestación. El Derecho antes de ser norma —nos decía ROMANO— es organización o cuerpo social y es, precisamente, esta circunstancia la que comunica a la norma su naturaleza jurídica (49). Desde estos presupuestos ha de comprenderse, pues, la mencionada afirmación romaniana de que *ogni istituzione è un ordinamento giuridico ad ogni ordinamento giuridico è una istituzione* (50). Afirmación que, por derivación lógica, llevaba al maestro italiano a constatar la existencia de una pluralidad de Ordenamientos jurídicos con variadas relaciones entre sí (51). Precisamente, desde la óptica de estas relaciones, «la llamada crisis del Estado moderno —escribía ROMANO (52)— implica, por de pronto, la tendencia de una serie enorme de grupos sociales a construirse cada uno de ellos un reducto jurídico independiente»; advertencia con la cual nuestro autor establecía una clara conexión entre la crisis del Estado liberal-burgués, provocada por el desarrollo y la vitalidad de los grupos o formaciones sociales (53), y su teoría del pluralismo jurídico (54). En todo caso la teoría romaniana colocaba al Ordenamiento estatal, en virtud de su «relevancia jurídica» (55), en un plano no paritario con los otros Ordenamientos (56); precisamente, por ello no se ha dejado de subrayar que el antiestatalismo de la teoría institucional sería más

(48) *Principi di Diritto costituzionale generale, cit.*, p. 55. Observaba ROMANO que si el Estado es un ente real, su realidad viene dada únicamente por la positividad del Ordenamiento jurídico que en él se concreta. « En otros términos —concluía nuestro autor— Estado y Ordenamiento jurídico son la misma cosa » (pp. 48 y 49).

(49) *Principii di Diritto costituzionale generale, cit.*, p. 56. La posición de ROMANO tenía también sus consecuencias para el entendimiento del tradicional problema de las lagunas del Ordenamiento; problema que para el autor italiano se plantearía de forma distinta según que el Ordenamiento viniese considerado «como un sistema de normas o como un sistema institucional». *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, en *Scritti minori, I, Diritto costituzionale, cit.*, p. 458; en general pp. 449 y ss. Reconocer que el Derecho antes de ser norma es organización «era, ni más ni menos, —ha observado certeramente P. GROSSI— llevar a cabo una auténtica revolución copernicana en la ciencia jurídica ya que significaba que la génesis del Derecho se producía abajo, y desde abajo —esto es, desde las raíces de la sociedad— emerge a la superficie». *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*. M. Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2011, p. 28.

(50) *Principii di Diritto costituzionale generale, cit.*, p. 55. «Como toda institución —escribía ROMANO más adelante— el Estado no *tiene* sino que *es* un ordenamiento jurídico...» «La opinión muy difundida —añadía— de que el Estado sea un *prius* frente al Derecho, un ente que en sí y por sí no sería jurídico pero que crearía el Derecho, una simple fuente de este último, aparece inadmisibile, además de por los principios generales que se han apuntado, cuando se piense que su primera afirmación viene dada por su misma constitución sin la cual no existiría ni siquiera...» (pp. 56-57).

(51) *Principii di Diritto costituzionale generale, cit.*, p. 58. *El Ordenamiento jurídico, cit.* p. 83

(52) *El Ordenamiento jurídico, cit.*, p. 88.

(53) *Lo Stato moderno e la sua crisi, cit.*, p. 385.

(54) En este sentido también N. BOBBIO, *Teoría e ideología, cit.*, p. 39.

(55) *El Ordenamiento jurídico, cit.*, p. 111 y ss.

(56) Cfr. *El Ordenamiento jurídico, cit.*, pp. 114 y ss.

aparente que real (57). En esta línea, y muy significativamente, ROMANO había ya advertido que no se puede renunciar al principio de «una organización superior que una, atempera y armoniza a las organizaciones menores en las que la primera va especificándose. Y esta organización superior podrá ser y será todavía por largo tiempo el Estado moderno» (58). Por lo demás, y consecuentemente, ROMANO adjudicaba a los intereses del Estado, en cuanto intereses generales, un papel preponderante sobre los propios de los llamados «sujetos autárquicos» (59).

Pero si para nuestro autor el Estado en cuanto institución sería siempre y por definición un Ordenamiento jurídico, no sería siempre, sino sólo frecuentemente, una persona jurídica (60). En esta afirmación reside, precisamente, la peculiaridad de la posición de ROMANO sobre el tema de la personificación estatal. Por lo demás, la caracterización de la personalidad jurídica, cuando existiese, no sería para el autor italiano la voluntad, sino la titularidad de poderes, derechos y obligaciones (61). Desde esta doble consideración del Estado, el Ordenamiento jurídico aparecería, en el pensamiento romaniano, como el aspecto estático del mismo, como su estructura, mientras que cuando entrase en una vida de relación y actuase afirmando sus poderes o derechos o cumpliendo sus obligaciones se nos revelaría como persona (62). A esta cualidad vinculaba ROMANO su teoría del órgano basada en su apodíctica afirmación de que *l'organo dello Stato è lo stesso Stato* (63). Por ello nuestro autor advertía inmediatamente que «el órgano entendido como institución que forma parte integrante de la estructura del Estado no es persona jurídica» (64). Las relaciones —añadía— que se pueden constituir entre distintos órganos, en la medida en que vienen regulados por el Derecho, son relaciones jurídicas, pero no relaciones entre personas (65).

---

(57) Vid. A. MASSERA, *Contributo*, cit., pp. 184-185. S. CASSESE, *Cultura e politica*, cit., pág. 44. También A. ROMANO, *Nota Bio-bibliográfica* a la traducción española de «El Ordenamiento jurídico», cit., p. XLIV.

(58) *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 395.

(59) *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato*, en *Scritti minori*, volume secondo, Diritto amministrativo, cit., pp. 351 y ss., en especial pp. 357-358.

(60) *Principii di Diritto costituzionale generale*, cit., p. 59; también p. 48.

(61) *Corso di Diritto amministrativo*, I, Cedam, Padova, 1930, p. 105. ROMANO matizó su pensamiento sobre el particular en la medida en que en su contribución al Tratado dirigido por ORLANDO, cit., *La teoría dei diritti pubblici subbietivi*, pp. 110 y ss., en especial pp. 143 y ss., la afirmación de la personalidad jurídica estatal aparecía más rotunda, sin relativizarla frente a la caracterización del Estado esencialmente como Ordenamiento jurídico; en efecto, afirmaba allí que «cuando queramos concebir jurídicamente al Estado, no se nos ofrece otro medio que el de revestirlo de personalidad, esto es, de hacerlo un sujeto de derechos» (p. 143). Por lo demás, la personalidad jurídica del Estado era concebida en este temprano escrito de ROMANO como personificación jurídica del pueblo (p. 144).

(62) *Principii di Diritto costituzionale generale*, cit., pp. 59-60.

(63) *Principii di Diritto costituzionale generale*, cit., p. 152.

(64) También rechazaba ROMANO la aplicación a los órganos estatales de conceptos tales como «subjetividad», «personalidad limitada, imperfecta, relativa, etc.». *Fragments de un dictionario jurídico*, traducción española de S. SENTÍS y M. AYERRA, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1964, voz *Órganos*, pp. 280-281. «Que el órgano se distinga del ente —escribía ROMANO (p. 282)— es obvio, pero se distingue de él como la parte se distingue del todo, es decir, no como si estuviese separado de él y, por tanto, contrapuesto a él, sino con la parcialidad de su identificación».

(65) *Principii di Diritto costituzionale generale*, loc. cit. Vid. también *Fragments*, cit., pp. 283 y ss.

En todo caso, y de acuerdo con lo que se acaba de decir, ROMANO criticaba la afirmación de que jurídicamente el Estado sólo se podría concebir como persona y de que no sería posible un verdadero y propio Derecho público que no se basase en este axioma (66). Para nuestro autor si normalmente, incluso frecuentemente (al menos en la época moderna), el Estado aparece también como persona jurídica, su esencia, sin embargo, no radicaría en este hecho, sino en el de ser un Ordenamiento jurídico (67). El Estado —afirmaba— no es más «que una especie dentro del género derecho» (68).

La separación de los conceptos de Ordenamiento jurídico y personalidad jurídica venía, además, puesta de manifiesto cuando, refiriéndose a los entes no dotados de personalidad, ROMANO nos decía que «existen entes a los cuales no se les reconoce la idoneidad para tener poderes, derechos, obligaciones propias, y que, por tanto, no son personas, pero que, sin embargo, están constituidos de modo que tengan una propia voluntad, que se forma, manifiesta y actúa, mediante órganos propios» (69).

En definitiva, para SANTI ROMANO la cualificación del Estado como persona sería, pues, una ulterior especificación de su naturaleza (70), mientras que, por el contrario, no se podría prescindir en ningún momento de su esencial cualificación como Ordenamiento jurídico. Precisamente a estos dos aspectos o cualificaciones del Estado (Ordenamiento y persona) vinculaba nuestro autor el concepto mismo de soberanía (71). La soberanía del Estado en cuanto Ordenamiento significaría que el Ordenamiento estatal no dependería de ningún otro, sino que tendría en sí mismo su fuente y su validez no le vendría otorgada desde fuera, sino que sería puramente interna; el Ordenamiento estatal sería, en definitiva, un Ordenamiento originario. Por su parte, la soberanía referida al Estado en cuanto persona, además de indicar también su carácter independiente y originario como Ordenamiento jurídico, significaría, al mismo tiempo, la posición suprema que correspondería al Estado frente a todas las demás personas que derivasen su personalidad del Ordenamiento estatal o que se encontrasen sometidas al mismo por cualquier título (72).

De todo ello se derivaba para ROMANO la definición más amplia y sintética que se podría dar del Estado y que sería la siguiente: Estado «es todo Ordenamiento jurí-

(66) *Principii di Diritto costituzionale generale, cit.*, p. 60.

(67) *Principii di Diritto costituzionale generale, cit.*, p. 64.

(68) *El Ordenamiento jurídico, cit.*, p. 87

(69) *Voz Órganos, en Fragmentos, cit.*, p. 263. Reconocía ROMANO que para quienes hacían de la voluntad la esencia de las personas jurídicas (y no, como él, la titularidad de potestades, derechos y obligaciones) la diferencia entre tales entes y las personas jurídicas sería apenas perceptible. «Para quien opina —escribía— que la voluntad no basta ni es siquiera necesaria para conferir la personalidad, continua en abstracto siendo verdad que, si hay un ente al cual se le niegue la idoneidad para ser titular de poderes, derechos y obligaciones, de modo que no pueda desplegar ninguna voluntad sino mediante el ejercicio de poderes o derechos y el cumplimiento de obligaciones ajenas, el mismo no es una persona aunque tenga órganos propios» (p. 264). En el mismo sentido también, *Corso di Diritto amministrativo, cit.*, p. 105, donde cita como ejemplo los órganos de los consorcios sin personalidad; también el ejemplo de los colegios electorales como órganos del pueblo citado en *Órganos, cit.*, p. 266.

(70) «El problema de la personalidad del Estado, de su admisibilidad, de su extensión, de sus caracteres, no puede resolverse —señalaba ROMANO— de modo absoluto y uniforme para todos los Estados, sino que es un problema particular de cada Derecho positivo». *Principii di Diritto costituzionale generale, cit.*, p. 62

(71) *Principii di Diritto costituzionale generale, cit.*, p. 68.

(72) *Principii di Diritto costituzionale generale, cit.*, p. 69.

dico territorial soberano, esto es, originario», con una fuerza o eficacia superior a la de los Ordenamientos que viven en su ámbito. Si el Estado, además, viniese cualificado como persona jurídica, entonces podría también definirse como «una persona jurídica territorial soberana» (73).

La identificación entre Estado y Ordenamiento jurídico llevaba a SANTI ROMANO a una consideración específica de la potestad estatal, la cual, en consonancia con los presupuestos metodológicos de su doctrina, no podría ser jamás algo prejurídico o metajurídico, sino que nacería con aquel y con su Ordenamiento que, precisamente, la disciplinaría y la regularía (74). Es exacto afirmar —nos decía el maestro italiano— que el Estado se autolimita cuando establece su Ordenamiento jurídico, pero no existiría ningún momento en que no se encontrase ya limitado y ello, precisamente, porque desde su mismo origen es ya un Ordenamiento (75). De este modo, al ser el Estado y el Ordenamiento jurídico estatal la misma cosa, la teoría, elaborada por JELLINEK, de la autolimitación del Estado, basada en la preexistencia de este respecto del Derecho, aparecería como innecesaria.

Ha de señalarse igualmente, para finalizar, que a SANTI ROMANO se debe la profundización conceptual de los poderes jurídicos del Estado a partir de la elaboración dogmática y perfecta delimitación de los conceptos de potestad y derecho subjetivo; pero un estudio detenido de esta temática desbordaría la intención de estas simples notas (76).

Trabajo recibido el 26 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(73) *Principi di Diritto costituzionale generale*, cit., p. 71.

(74) *El Ordenamiento jurídico*, cit., p. 64.

(75) *El Ordenamiento jurídico*, cit., p. 65. Vid, también, *La teoría del diritti pubblici subbietivi*, cit., p. 159. En el sentido del texto, cfr. A. MASSERA, *Contributo*, cit., pp. 177-178.

(76) Cfr. *Principii di Diritto costituzionale generale*, cit., pp. 106 y ss. *Corso di Diritto amministrativo*, cit., pp. 141 y ss.; *Principi di Diritto amministrativo italiano*, 3.ª edición, Milán, 1912, pp. 40 y ss; también *La Teoría*, cit., pp. 147 y ss. y las voces *Deberes. Obligaciones. Poderes. Potestades* en *Fragmentos*, cit., pp. 89 y ss. y 297 y ss. *El Ordenamiento jurídico*, cit., p. 167.

**LABURPENA:** Vittorio Emanuele Orlandok eta Santi Romanok estatuaren nortasun juridikoari buruz idatzitakoa eta, oro har, Zuzenbidearen eta Estatuaren arteko harremani buruz emandako iritziak berriz irakurri ondoren bildutako zenbait ohar jaso dira lan honetan.

**HITZ GAKOAK:** Estaturen nortasun juridikoa. Zuzenbidea eta Estatu. Vittorio Emanuele Orlando. Santi Romano.

**RESUMEN:** El trabajo contiene algunas notas seleccionadas a partir de una relectura de los principales escritos de Vittorio Emanuele Orlando y de Santi Romano sobre la personalidad jurídica estatal y, en general, sobre su concepción de las relaciones entre Derecho y Estado.

**PALABRAS CLAVE:** Personalidad jurídica del Estado, Derecho y Estado, Vittorio Emanuele Orlando, Santi Romano.

**ABSTRACT:** This work contains some selected notes from a reinterpretation of the main writings of Vittorio Emanuele Orlando and Santi Romano regarding the state legal personality and in general their conception of the relationships between Law and State.

**KEYWORDS:** Legal personality of State. Law and State. Vittorio Emanuele Orlando. Santi Romano.



# **Estudio sobre el alcance de la supletoriedad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno sobre la Ley 27/2006, de 18 de julio, reguladora del derecho de acceso a la información ambiental**

Lucía Casado Casado

**Sumario:** I. Introducción.—II. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y las regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública: las pautas de relación establecidas por su disposición adicional primera. II.1. La aplicación preferente de la normativa específica y el carácter supletorio de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. II.2. La aplicación de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización.—III. El alcance de la supletoriedad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno sobre la Ley 27/2006, de 18 de julio, reguladora del derecho de acceso a la información ambiental: análisis de algunas cuestiones problemáticas. III.1. Pautas generales de articulación entre la legislación de acceso a la información ambiental y la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. III.1.1. El régimen jurídico del derecho de acceso a la información ambiental: un régimen, por lo general, más avanzado que el establecido en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. III.1.2. La aplicación prevalente del régimen jurídico específico previsto en la legislación de acceso a la información ambiental: la limitación de la aplicación de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno a lo no previsto en las normas reguladoras del acceso a la información ambiental. III.2. El carácter del silencio administrativo en los procedimientos de solicitud de acceso a la información ambiental: ¿debe aplicarse el silencio negativo tras la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno? III.2.1. El régimen jurídico del silencio administrativo en los procedimientos de acceso a la información ambiental en la Ley 27/2006, de 18 de julio. III.2.2. El régimen jurídico del silencio administrativo en los procedimientos de acceso a la información pública regulados en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. III.2.3. El alcance de la aplicación supletoria de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en este ámbito. III.3. Las garantías del derecho de acceso a la infor-

mación ambiental: ¿puede utilizarse en este ámbito la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno? III.3.1. Las vías de impugnación en defensa del derecho de acceso a la información ambiental recogidas en la Ley 27/2006, de 18 de julio. III.3.2. El régimen de impugnaciones previsto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre. III.3.3. El alcance de la aplicación supletoria de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en este ámbito.

## I. Introducción

El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente goza, en la normativa española, desde hace casi veinte años, de una normativa específica que configura este derecho en términos muy amplios. Esta regulación se recoge actualmente, en el ámbito estatal, en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente(1) (en adelante, LAIA), que incorpora al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2003/4/CE, de 28 de enero de 2003, sobre el acceso del público a la información ambiental, y 2003/35/CE, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente(2); y define un marco jurídico que responde a los compromisos asumidos por España con la ratificación del Convenio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas sobre acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente —más conocido como Convenio de Aarhus—, de 25 de junio de 1998(3). Se trata de una ley estatal que en la mayor parte de sus preceptos tiene el carácter de legislación básica sobre protección del medio ambiente(4), por lo que constituye una ordenación de mínimos que deberá respetarse en todas las comunidades autónomas, sin perjuicio de que éstas puedan aprobar legislación específica en esta materia y dictar normas adi-

---

(1) Con anterioridad, el derecho de acceso a la información ambiental se regulaba en la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente, modificada por el artículo 81 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, para conciliar esta norma con las exigencias del Derecho de la Unión Europea, tal como se pone de manifiesto en el Preámbulo de la Ley 55/1999.

(2) Téngase en cuenta también, en el ámbito estatal, la Orden AAA/1601/2012, de 26 de junio, por la que se dictan instrucciones sobre la aplicación en el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente de la LAIA. No se trata propiamente de una norma jurídica, sino de una instrucción en el ámbito de este Ministerio, en la que se establecen procedimientos y protocolos de actuación en relación con el suministro de información ambiental y se ofrecen criterios interpretativos comunes y homogéneos en relación con determinados aspectos de la LAIA.

(3) El Convenio de Aarhus ha sido ratificado por España el 29 de diciembre de 2004 (Boletín Oficial del Estado núm. 40, de 16 de febrero de 2005). Sobre el Convenio de Aarhus, *vid.* PIGRAU SOLÉ, Antoni y BORRÁS PENTINAT, Susana, «Diez años del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente», en PIGRAU SOLÉ, Antoni (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*. Atelier. Barcelona, 2008, pp. 21-83.

(4) *Vid.* la disposición final tercera LAIA.

cionales de protección, sobre la base de sus competencias en materia de protección del medio ambiente (5).

A pesar de esta amplia trayectoria reguladora del derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente y de la existencia de normas sectoriales que contenían obligaciones de difusión y de acceso a la información, hasta hace pocos meses no existía en España una regulación general del derecho de acceso a la información pública y de la publicidad de la información. La reciente aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (en adelante, LTBG) cubre esta laguna legal hasta ahora existente y supone un avance significativo, ya que España era uno de los pocos países europeos que carecía de una norma de este tipo. Se trata de una Ley de gran importancia política y jurídica, dada la necesidad de transparencia de las actuaciones públicas. Como señala GUICHOT REINA (6), «es la ley más importante que puede aprobarse para lograr una mejor gestión, una mayor participación y, por ende, un menor grado de corrupción». Su objeto es ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública, que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las administraciones y entidades públicas; regular y garantizar el derecho de acceso a la información relativa a aquella actividad, regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo; y establecer las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos así como las consecuencias derivadas de su incumplimiento, lo que se convierte en un exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública. Desde la perspectiva que aquí nos interesa, esta Ley regula en su Título I —Transparencia de la actividad pública—, el derecho de acceso a la información pública (capítulo III —arts. 12 a 24—), así como su ámbito subjetivo de aplicación (capítulo I —arts. 2 a 4—), incluyendo también algunas previsiones sobre publicidad activa (capítulo II —arts. 5 a 11—) (7).

La aprobación de esta Ley obliga a plantear, necesariamente, su articulación y coordinación con otras normas sectoriales que cuentan con regulaciones específicas del acceso a la información para determinados ámbitos, como sucede en materia de medio ambiente. En la medida en que el derecho de acceso a la información ambiental cuenta con una regulación específica (la LAIA), cabe plantear en qué medida re-

---

(5) Algunas comunidades autónomas han regulado el acceso a la información ambiental. Es el caso, por ejemplo, del País Vasco, mediante la Ley 3/1998, de 27 de febrero, de protección de medio ambiente (arts. 16 a 18); de Navarra, mediante la Ley 4/2005, de 22 de marzo, de intervención para la protección ambiental (art. 6); de Murcia, mediante la Ley 4/2009, de 14 de mayo, de protección ambiental integrada (arts. 6 y 7); de Extremadura, mediante la Ley 5/2010, de 23 de junio, de prevención y calidad ambiental (arts. 8 a 12); de la Comunidad Valenciana, mediante la aprobación del Decreto 97/2010, de 11 de junio, por el que se regula el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental y de participación pública en materia de medio ambiente; y de Andalucía, con la aprobación del Decreto 347/2011, de 22 de noviembre, por el que se regula la estructura y funcionamiento de la Red de Información Ambiental de Andalucía y el acceso a la información ambiental.

(6) GUICHOT REINA, Emilio, «El Anteproyecto de Ley de Transparencia», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 30, 2012, p. 28; y del mismo autor, «El proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas», en *Revista Andaluza de Administración Pública* núm. 84, 2012, p. 91.

(7) Nótese que, de acuerdo con la disposición final novena LTBG, las disposiciones del título I entrarán en vigor al año de su publicación en el Boletín Oficial de Estado —producida el 10 de diciembre de 2013—, por lo que no entrarán en vigor hasta el 10 de diciembre de 2014.

sulta aplicable en este ámbito sectorial la LTBG y cuáles son las relaciones entre ambas legislaciones, máxime cuando la regulación que contienen ambas normas sobre determinados aspectos del régimen jurídico del derecho de acceso a la información es diferente (por ejemplo, en cuanto a los límites al derecho de acceso, el silencio administrativo o el régimen de impugnación). Éste es precisamente el objeto de este trabajo. Aun cuando la LTBG determina claramente que el acceso a la información en materia de medio ambiente se regirá por su normativa específica y que la LTBG únicamente será de aplicación supletoria «en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras», se plantean algunas dudas en torno al alcance de la supletoriedad de la LTBG en este ámbito, especialmente con relación a algunos aspectos del régimen de acceso a la información ambiental en que pueden plantearse incertidumbres respecto del régimen jurídico aplicable y no es sencillo determinar la norma de aplicación preferente. Nuestro objetivo no es otro que ofrecer algunas pautas que permitan articular adecuadamente y de forma clara y precisa las relaciones entre la LAIA y la LTBG (8).

## **II. La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y las regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública: las pautas de relación establecidas por su disposición adicional primera**

Dada la existencia de normas específicas en materia de acceso a la información (no sólo en cuanto al acceso a la información ambiental, sino también en otros ámbitos (9)), la aprobación de la LTBG obliga a plantear su relación con otras normas que incluyen regulaciones especiales del derecho de acceso a la información pública. Esta cuestión se aborda en los apartados segundo y tercero de la Disposición adicional primera (10) de la LTBG.

### **II.1. La aplicación preferente de la normativa específica y el carácter supletorio de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno**

El apartado segundo de la Disposición adicional primera de la LTBG dispone que «Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información». Se contempla, en consecuencia, la aplicación preferente de la normativa específica, en aquellos ámbitos que cuenten con un régimen jurídico propio de acceso a la información, si

(8) Sobre esta cuestión puede verse también el reciente trabajo de BLANES CLIMENT, Miguel Ángel, «La incidencia de la nueva ley de transparencia en materia ambiental», *RAr DAmB* núm. 28, 2014.

(9) FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María, *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 54, ponen como ejemplo no sólo las referidas expresamente por la LTBG, sino también otros casos como el acceso de los electos locales a la documentación de la Corporación Local, regulado en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local o el derecho a conocer los orígenes biológicos, reconocido en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional.

(10) El apartado primero de la disposición adicional primera, que no será objeto de análisis, regula la relación de la LTBG con las normas de procedimiento: «La normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo será la aplicable al acceso por parte de quienes tengan la condición de interesados en un procedimiento administrativo en curso a los documentos que se integren en el mismo».

bien no se concretan cuáles son estas normativas específicas(11). En estas materias que tienen un régimen específico, la LTBG únicamente se aplica con carácter supletorio(12).

En nuestra opinión, resulta criticable esta mera configuración supletoria, sin mayores cautelas, de la LTBG(13), ya que puede llevar a excluir o restringir mucha información sobre determinadas materias, en virtud de un régimen jurídico específico de acceso a la información más restrictivo, dejando de lado las previsiones de la LTBG, que podría llegar a convertirse en una mera norma residual(14). Hubiera sido deseable confirmar la LTBG(15) como una norma de mínimos, para evitar que se vea desplazada por multitud de normas sectoriales y vaciada de contenido(16). En efecto, la aplicabilidad directa de normas sectoriales específicas no debería servir de pretexto para rebajar el estándar de garantía de la transparencia que dispensa la LTBG, que debería concebirse como «norma de mínimos»(17), máxime cuando al-

---

(11) Sobre las normativas específicas que podrían entrar, *vid.* GUICHOT REINA, Emilio, «Transparencia: aspectos generales» (capítulo II), en GUICHOT REINA, Emilio (coord.), *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Estudio de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre*. Tecnos. Madrid, 2014, pp. 53-54.

(12) En el Anteproyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, el apartado segundo de la disposición adicional primera no recogía el carácter supletorio de la LTBG, limitándose a establecer que «Se regirán por su normativa específica aquellas materias que tengan previsto un régimen legal específico de acceso a la información» ([http://www.access-info.org/documents/Anteproyecto\\_de\\_ley\\_de\\_Transparencia\\_Acceso\\_a\\_la\\_Informacin\\_Pblica\\_y\\_Buen\\_Gobierno.pdf](http://www.access-info.org/documents/Anteproyecto_de_ley_de_Transparencia_Acceso_a_la_Informacin_Pblica_y_Buen_Gobierno.pdf) —última consulta, 4 de septiembre de 2014—). El Consejo de Estado, en su Dictamen 707/2012, de 19 de julio de 2012, sobre el Anteproyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, advertía de los riesgos de esta redacción [*vid.* el apartado V.ñ)]. Finalmente, en el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno al Congreso de los Diputados (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 19-1, de 7 de septiembre de 2012), se recogió el carácter supletorio de la LTBG, no habiéndose alterado durante su tramitación la redacción de este apartado de la disposición adicional primera.

(13) Los expertos que comparecieron ante la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados mostraron su rechazo a la Disposición adicional primera. En este sentido, *vid.*, por ejemplo, la comparecencia de Emilio Guichot Reina (Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Comisiones, X Legislatura, núm. 254, Comisión Constitucional, Sesión núm. 10, celebrada el martes 12 de febrero de 2013, p. 18). *Vid.* un resumen de estas comparecencias en MESEGUER YEBRA, Joaquín, *Comentario a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Análisis de la tramitación e informes sobre publicidad activa y acceso a la información pública*. Escola d'Administració Pública de Catalunya-Centro de Estudios Municipales y de Cooperación Internacional-Diputación de Granada. Barcelona, 2014, pp. 291-292.

(14) El propio Consejo de Estado, en su Dictamen, advertía de «el riesgo de que una cláusula de estas características pueda en cierto modo vaciar de contenido la normativa recogida al respecto en el anteproyecto remitido en consulta». Dictamen 707/2012, de 19 de julio de 2012 [apartado V.ñ)].

(15) La LTBG, salvo algunas excepciones, se dicta al amparo de lo dispuesto en los artículos 149.1.1, 149.1.13 y 149.1.18 de la Constitución. *Vid.* su disposición final octava.

(16) FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, «Algunas proposiciones para una Ley de acceso a la información», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXV, núm. 105, 2002, pp. 896-897, ya advertía del riesgo de «considerar a la Ley de Acceso a la Información como una mera ley general, de modo que en aplicación del criterio según el cual la ley especial prevalece sobre la ley general, podría suceder que, a la larga, la Ley de Acceso a la Información se viera desplazada por múltiples normas especiales, y vaciada así de contenido» y señalaba la conveniencia que «sea configurada como una ley básica, o de garantías mínimas, en el sentido de que la ley sectorial deberá respetar los mínimos establecidos en la Ley de Acceso a la Información».

(17) Así lo pone de manifiesto la Oficina Antifraude de Cataluña, *Derecho de acceso a la información pública y transparencia. Aspectos clave en su regulación*, 2013, p. 182 (disponible en el siguiente enlace: [http://www.antifrau.cat/images/stories/documentos/publicacions\\_estudis/estudis\\_integricat/Derecho-de-acceso-a-la-informacion-publica-y-transparencia.pdf](http://www.antifrau.cat/images/stories/documentos/publicacions_estudis/estudis_integricat/Derecho-de-acceso-a-la-informacion-publica-y-transparencia.pdf) —último acceso, 4 de septiembre de 2014—), que, además, señala que «Únicamente, en los ámbitos objeto de las limitaciones previstas en la propia ley de acceso, resultaría admisible que la legislación específica fuera más restrictiva»).

gunas de esas normas específicas pueden tener incluso carácter reglamentario, ya que la Ley no exige que se trate de normas con rango legal (18). Como ponen de manifiesto FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, «de una ley que tiene por objeto garantizar a los ciudadanos un tratamiento común en sus relaciones con todas las Administraciones Públicas (art. 149.1.18 CE) es legítimo reclamar que, sin perjuicio de normas sectoriales, dicha ley constituya una plataforma de garantías mínimas, que no deben ser menoscabadas por la normativa sectorial». Por ello, en nuestra opinión, hubiera sido más conveniente que la Ley fijase la aplicación preferente de otras normativas específicas únicamente en caso de que éstas prevean un régimen más amplio (19) que el establecido por la LTBG (20). Ésta es precisamente la solución recogida por la Ley en los casos de existencia de normativa específica en materia de publicidad activa (21), que debiera haberse hecho extensiva a la regulación sobre el derecho de acceso a la información pública (22). De este modo, únicamente serían compatibles con la LTBG las disposiciones específicas que contuviesen un régimen de acceso a la información más favorable (23).

## **II.2. La aplicación de la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización**

La Disposición adicional primera de la LTBG, en su apartado tercero, prevé que «En este sentido, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas

(18) *Vid.* FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María, *Transparencia...*, *op. cit.*, p. 55; y GUICHOT REINA, Emilio, «Transparencia...», *op. cit.*, p. 54.

(19) Algunas de las Enmiendas presentadas a la disposición adicional primera durante la tramitación parlamentaria iban en este sentido. Así, la Enmienda núm. 358, firmada por el Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, proponía añadir al apartado segundo de esta disposición el siguiente inciso «siempre que aquélla resulte más favorable para el derecho de acceso a la información»; y la Enmienda núm. 497, firmada por el Grupo Parlamentario Socialista, proponía el siguiente redactado: «Se regirán por su normativa específica, y por esta Ley con carácter supletorio, aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información más amplio» (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 19-3, de 2 de julio de 2013, pp. 192 y 260). Por su parte, la Enmienda núm. 254, presentada por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: la Izquierda Plural, proponía la supresión del apartado segundo de esta Disposición adicional (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 19-3, de 2 de julio de 2013, p. 132). Durante la tramitación del Proyecto de Ley en el Senado, los Senadores Jesús Enrique Iglesias Fernández, IU (GPMX) y José Manuel Mariscal Cifuentes, IU (GPMX) presentaron la Enmienda núm. 49, y el Grupo Parlamentario Entesa pel Progrés de Catalunya (GPEPC) la núm. 119, que pretendían la supresión del apartado segundo de la Disposición adicional primera, justificando tal propuesta en la medida en que dicha disposición adicional podría excluir o restringir mucha información referida a determinadas materias, en virtud de su régimen jurídico específico de acceso a la información (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, apartado I, núm. 248-1779, de 11 de octubre de 2013).

(20) En cambio, como ponen de manifiesto FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María, *Transparencia...*, *op. cit.*, p. 54, «la LTBG se limita a ordenar una aplicación supletoria, quedando la Ley en una posición claudicante, que reproduce la defectuosa situación de la LRJPAC que ha dado lugar a situaciones paradójicas».

(21) El artículo 5.2 de la LTBG establece que «Las obligaciones de transparencia contenidas en este capítulo se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad».

(22) FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María, *Transparencia...*, *op. cit.*, p. 56.

(23) *Ibidem*, p. 56.

normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización» (24).

De la lectura de este apartado se desprenden una serie de consideraciones. En primer lugar, este apartado parece del todo innecesario, ya que no añade nada al mandato de supletoriedad recogido en el apartado segundo de esta Disposición adicional. Habiéndose declarado el carácter supletorio de la LTBG en todas aquellas materias que tienen previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información, el apartado tercero resulta superfluo (25).

En segundo lugar, llama la atención que en este apartado, a diferencia de lo que sucede en el apartado segundo, sólo se especifiquen dos de las materias que cuentan con una regulación específica de acceso a la información (la información ambiental, regulada por la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente; y la información destinada a la reutilización, regulada por la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público). Ello lleva a plantear si la concreción de estas dos materias constituye únicamente una ejemplificación, o bien la aplicación supletoria se prevé sólo para ambas normas. Teniendo en cuenta que en el apartado segundo se declara la aplicación con carácter supletorio de la LTBG para todas aquellas materias que tienen un régimen jurídico específico de acceso a la información y no únicamente para estas dos, consideramos más acertada la primera interpretación (26).

Por último, cabe advertir de las dificultades que plantea la determinación precisa del alcance de la supletoriedad de la LTBG. Si bien en el apartado tercero de la Disposición adicional primera se establece que sólo será de aplicación esta Ley «en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras», no siempre será sencillo ni pacífico determinar los extremos concretos a que se extiende la supletoriedad de la LTBG. El caso del acceso a la información ambiental, objeto de análisis específico en el apar-

---

(24) La redacción definitiva del apartado tercero de la disposición adicional primera de la LTBG ha variado significativamente en relación con la contenida en el Proyecto de Ley presentado por el Gobierno en el Congreso de los Diputados. En él se establecía que «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, esta Ley será de aplicación, en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental, a la destinada a la reutilización y a la obrante en los archivos que no tengan la consideración de archivos de oficina o gestión» (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 19-1, 7 de septiembre de 2012, p. 19). La novedad radica en la desaparición, en la versión definitiva, del inciso «y a la obrante en los archivos que no tengan la consideración de archivos de oficina o gestión». Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley se presentaron algunas enmiendas en el sentido de suprimir este inciso. *Vid.* las Enmiendas núm. 498, del Grupo Parlamentario Socialista; y 534, del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 19-3, 2 de julio de 2013, pp. 260 y 279). Sobre la problemática que suscitaba la redacción originaria del apartado tercero de la disposición adicional primera del Proyecto de Ley, *vid.* BARRERO RODRÍGUEZ, María Concepción, «La disposición adicional 1.3.º del Proyecto de Ley de Transparencia, acceso a la información y buen gobierno y sus negativos efectos en el ámbito de aplicación del derecho de acceso a la información», en *REDA* núm. 158, 2013, pp. 221-244. Sobre las relaciones de la LTBG con las normativa sobre archivos, *vid.* GUICHOT REINA, Emilio, «Transparencia...», *op. cit.*, pp. 55-62; y FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María, *Transparencia...*, *op. cit.*, p. 57-61.

(25) FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María, *Transparencia...*, *op. cit.*, pp. 53-54, ponen de manifiesto que la explicación de su inclusión se halla en que originariamente, en el Anteproyecto de Ley no se contemplaba la supletoriedad de la Ley en el apartado primero.

(26) Así lo entiende también GUICHOT REINA, Emilio, «Transparencia...», *op. cit.*, p. 54, quien, además, refuerza su argumentación señalando que en su paso por el Congreso de los Diputados precisamente se añadió en la redacción de este apartado la locución «En este sentido», para aclararlo.

tado siguiente, constituye un buen ejemplo de ello, dados los interrogantes que se plantean, tras la LTBG, en torno al régimen jurídico aplicable a determinados aspectos del acceso a la información ambiental.

### **III. El alcance de la supletoriedad de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno sobre la Ley 27/2006, de 18 de julio, reguladora del derecho de acceso a la información ambiental: análisis de algunas cuestiones problemáticas**

De la Disposición adicional primera de la LTBG se deriva claramente la aplicación preferente, respecto del acceso a la información en materia de medio ambiente, de la Ley 27/2006, siendo la LTBG de aplicación supletoria «en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras». A pesar de ello, se plantean algunas dudas en torno al alcance de la supletoriedad de la LTBG y, como advierte GUICHOT REINA, «no es evidente a qué extremos se extiende la supletoriedad» (27). Es más, en algunos casos, incluso, aun cuando se trate de aspectos no previstos en sus respectivas normas reguladoras —como sucede con el régimen del silencio administrativo en las solicitudes de acceso a la información ambiental— la aplicación supletoria de la LTBG podría ser cuestionable si con ella se vulnera la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental (28) y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo (29). De ahí que consideremos conveniente realizar un análisis más profundo del alcance de la supletoriedad de la LTBG en este ámbito, especialmente con relación a algunos aspectos del régimen de acceso a la información ambiental en que pueden plantearse dudas respecto del régimen jurídico aplicable.

#### **III.1. Pautas generales de articulación entre la legislación de acceso a la información ambiental y la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno**

##### **III.1.1. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL: UN RÉGIMEN, POR LO GENERAL, MÁS AVANZADO QUE EL ESTABLECIDO EN LA LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO**

El derecho de acceso a la información ambiental cuenta con una regulación específica en la LAIA. Esta Ley consta de 23 artículos, estructurados en cuatro Títulos,

(27) *Ibidem*, p. 54.

(28) Sobre la regulación del derecho de acceso a la información ambiental en la Unión Europea, *vid.* el trabajo de GONZÁLEZ BONDIA, Alfonso, «La regulación comunitaria europea del acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente en sus Estados miembros», en PIGRAU SOLÉ, Antoni (dir.), *Acceso...*, *op. cit.*, pp. 89-97.

(29) Así lo ponen de manifiesto FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María, *Transparencia...*, *op. cit.*, p. 56.



doce disposiciones adicionales, una disposición transitoria, una disposición derogatoria y ocho disposiciones finales. En el Título I se contienen una serie de disposiciones generales (objeto de la Ley, definiciones, derechos en materia de medio ambiente y algunas previsiones en relación con la colaboración interadministrativa). El Título II regula el derecho de acceso a la información ambiental. En él se recogen las obligaciones de las autoridades públicas en materia de información ambiental y se regula el derecho de acceso a la información ambiental tanto en su vertiente activa (difusión por las autoridades públicas de información ambiental) como pasiva (acceso a la información ambiental previa solicitud). El Título III se dedica al derecho de participación pública en asuntos de carácter medioambiental. Y el título IV, al acceso a la justicia y a la tutela administrativa en asuntos medioambientales.

No podemos analizar aquí todos los extremos del régimen jurídico del acceso a la información ambiental<sup>(30)</sup>, pero sí queremos llamar la atención sobre la amplitud con que se regula este derecho en la LAIA. La regulación de este derecho incluida en la LAIA supone un avance y la mejora considerable en relación con su predecesora. En efecto, el derecho de acceso a la información ambiental se recoge actualmente en términos mucho más amplios que en la anterior Ley 38/1995. La LAIA, en primer lugar, recoge una serie de derechos en relación con el acceso a la información. En segundo lugar, amplía el sujeto activo de tal derecho, el número de sujetos obligados a suministrar información ambiental y el propio concepto de información ambiental. En tercer lugar, mejora sustancialmente la regulación de las excepciones a la obligación de facilitar información, introduciéndose mayor precisión e imponiéndose una interpretación restrictiva de las mismas, así como una ponderación en cada caso concreto del interés público atendido con la divulgación de una información con el interés atendido con su denegación. En cuarto lugar, introduce más facilidades en el acceso a la información ambiental (reducción de los plazos para suministrar la información, obligación de asistir al solicitante para concretar su petición de información en caso de que la solicitud esté formulada de manera imprecisa...). Todo ello sin olvidar el peso que se otorga a la difusión por las autoridades públicas de la información ambiental.

En general, la LAIA es más avanzada que la propia LTBG y el acceso a la información ambiental se configura con mayor amplitud. Como ha puesto de manifiesto FERNÁNDEZ RAMOS, la LTBG «es inferior a la ordenación del derecho de acceso a la información medioambiental contenida en la Ley 27/2006, de 18 de julio (salvo en lo relativo a las garantías administrativas), lo cual no tiene una explicación lógica» (31).

---

(30) Nos remitimos para ello a los siguientes trabajos: CASADO CASADO, Lucía, «El derecho de acceso a la información ambiental previa solicitud», en PIGRAU SOLÉ, Antoni (dir.), *Acceso...*, *op. cit.*, pp. 225-298, y «El derecho de acceso a la información ambiental a través de la jurisprudencia», en *RAP* núm. 178, 2009, pp. 281-322; FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El Derecho de Acceso a la Información Medioambiental*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2009; y RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel, *Información, Participación y Justicia en Materia de Medio Ambiente. Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio*. Thomson-Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2007.

(31) FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, «El acceso a la información en el Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno», en BERMEJO LATRE, José Luis y CASTEL GAYÁN, Sergio, *Transparencia, Participación Ciudadana y Administración Pública en el siglo XXI*. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública XIV. Zaragoza, 2013, p. 295.

### III.1.2. LA APLICACIÓN PREVALENTE DEL RÉGIMEN JURÍDICO ESPECÍFICO PREVISTO EN LA LEGISLACIÓN DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL: LA LIMITACIÓN DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO A LO NO PREVISTO EN LAS NORMAS REGULADORAS DEL ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL

Dada la existencia de un régimen jurídico específico para el derecho de acceso a la información ambiental, la aplicación de la Disposición adicional primera de la LTBG conduce a la aplicación prevalente de la norma específica sobre el régimen general del derecho de acceso a la información pública establecido por la LTBG. La Ley especial prevalece sobre la Ley general. De este modo, la LTBG, que también regula el derecho de acceso a la información pública, únicamente se aplicará con carácter supletorio y sólo será de aplicación «en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras». No resulta sencillo, sin embargo, determinar cómo debe interpretarse este inciso que es el que precisamente determina la aplicación supletoria de la LTBG y, por ende, los extremos a que se extiende la supletoriedad de la LTBG, aunque vamos a intentarlo.

Para ello, es preciso determinar qué aspectos del derecho de acceso a la información ambiental previa solicitud están regulados por su normativa específica. La Ley 27/2006 recoge los derechos de todos en relación con el acceso a la información [art. 3.1.)] y regula de forma amplia el ámbito subjetivo de este derecho (sujeto activo y sujeto pasivo), su objeto, las excepciones a la obligación de facilitar información ambiental, algunas cuestiones procedimentales (solicitud de información ambiental, plazos de suministro de la información...), la forma o formato de la información, el coste y las garantías y régimen de recursos (32). Estos aspectos del derecho de acceso a la información pública también son regulados en la LTBG (33), si bien existen algunas diferencias significativas entre ambas normativas.

La aplicación de la disposición adicional primera conduce a que la LTBG no sea de aplicación en estos extremos regulados específicamente por la Ley 27/2006, además en transposición de una Directiva europea y en cumplimiento del Convenio de Aarhus. En efecto, la legislación de acceso a la información ambiental regula de forma adaptada a las especificidades de esta materia y teniendo en cuenta sus peculiaridades las condiciones de acceso a la información. Es por ello que su aplicación es prevalente respecto de la LTBG y así lo declara la disposición adicional primera. Por lo tanto, para determinar el sujeto activo y el sujeto pasivo del derecho de acceso a la información ambiental, esto es, los sujetos titulares del derecho y los obligados a suministrar la información ambiental; el propio objeto del derecho y el concepto de información ambiental; las excepciones a la obligación de información ambiental; los plazos para el suministro de la información; la forma o formato de la información; o el coste de la misma, habrá que estar a lo establecido por la LAIA, por tratarse de aspectos específicamente regulados en esta normativa y no resultará de aplicación la LTBG, cuya aplicación supletoria se reduce a «lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras».

(32) Vid. los artículos 2, 3, 10 a 15, 20 y 21 LAIA.

(33) Vid. los artículos 2 a 4 y 11 a 24 LTBG.

Sin embargo, siendo esta la regla que debe conducir las relaciones entre ambas normas, tal y como advierte GUICHOT REINA, no es evidente a qué extremos se extiende la supletoriedad y pueden plantearse algunas dudas en torno a qué debe entenderse por aspectos no regulados o no previstos en sus respectivas normas reguladoras, y, en consecuencia, en torno al régimen jurídico aplicable a determinados aspectos del acceso a la información ambiental (34). Veamos algunos ejemplos.

Si comparamos el sujeto pasivo del derecho de acceso a la información ambiental, que son las «autoridades públicas», definidas en el artículo 2.4 LAIA, con el sujeto pasivo del derecho de acceso a la información pública regulado en la LTBG, hay algunas diferencias significativas. Aunque con carácter general el sujeto pasivo se configura en términos más amplios en la LAIA, la LTBG incluye dentro de su ámbito subjetivo de aplicación algunas entidades que no están expresamente recogidas en el concepto de autoridad pública de la LAIA. Es el caso, por ejemplo, de la Casa de su Majestad el Rey, de las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de las entidades previstas en el artículo 2.1 LTBG sea superior al 50 por 100 [art. 2.1.g) LTBG], las fundaciones del sector público previstas en la legislación en materia de fundaciones [art. 2.1.h) LTBG], o las asociaciones constituidas por las Administraciones, organismos y entidades previstos en este artículo [art. 2.1.i) LTBG]. En la medida en que estos sujetos no están expresamente previstos en el concepto de autoridad pública recogido por la LAIA —aunque en algunos casos pudiera derivarse su inclusión implícita (35)—, la cuestión que se plantea es si a través de la aplicación supletoria de la LTBG podría producirse una ampliación de los sujetos obligados respecto de los previstos en la LAIA.

Una problemática similar se plantea en relación con las excepciones al derecho de acceso a la información, ya que la LTBG recoge algunos límites que no están previstos entre las excepciones a la obligación de facilitar la información ambiental recogidas en el artículo 13 LAIA. Es el caso, por ejemplo, de aquellos supuestos en que el acceso a la información suponga un perjuicio para «las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control», «los intereses económicos y comerciales» y «la política económica y monetaria». La pregunta que surge a continuación es si en el ámbito del acceso a la información ambiental pueden aplicarse estas excepciones no previstas en su normativa específica pero que sí están contempladas en la LTBG, vía aplicación supletoria de esta Ley.

Igualmente, pueden suscitarse algunas dudas en relación con la tramitación de las solicitudes de información ambiental, ya que la LTBG incluye algunas restricciones que no están previstas en la LAIA. Por ejemplo, el artículo 19.3 LTBG prevé que si la información solicitada pudiera afectar a derechos o intereses de terceros, debidamente identificados, «se les concederá un plazo de quince días para que puedan realizar las alegaciones que estimen oportunas» y que el solicitante «deberá ser informado de esta

(34) *Vid.* sobre esta cuestión GUICHOT REINA, Emilio, «Transparencia...», *op. cit.*, p. 54.

(35) RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel, *Información...*, *op. cit.*, p. 145, interpretan que en el artículo 2.4.2 LAIA «se incluyen las sociedades o empresas públicas, esto es, las «sociedades mercantiles estatales» o sociedades mercantiles en cuyo capital es mayoritaria la participación directa o indirecta de la Administración territorial, de sus organismos públicos y demás entes públicos [disposición adicional duodécima de la LOFAGE y artículos 166.1.c) y 166.2 y 176 a 182 de la LPAP]. Asimismo, se encuadran aquí las fundaciones del sector público reguladas en los artículos 44 a 46 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones».

circunstancia, así como de la suspensión del plazo para dictar resolución hasta que se hayan recibido las alegaciones o haya transcurrido el plazo para su presentación». En la medida en que es éste un trámite no establecido ni regulado en la LAIA, podría plantearse si resultaría de aplicación en el ámbito del acceso a la información ambiental, como consecuencia de la aplicación supletoria de la LTBG. Por otra parte, en la LAIA, el derecho de acceso se tiene sobre la información que obre en poder de las autoridades públicas o en el de otros sujetos en su nombre, por lo que quien tiene la documentación tiene que proporcionarla, la haya elaborado o no. También en este punto pueden suscitarse dudas sobre la posible aplicación supletoria al acceso a la información ambiental del artículo 19.4 LTBG, con arreglo al cual «Cuando la información objeto de la solicitud, aun obrando en poder del sujeto al que se dirige, haya sido elaborada o generada en su integridad o parte principal por otro, se le remitirá la solicitud a éste para que decida sobre el acceso».

Los ejemplos anteriores evidencian algunas de las incertidumbres que pueden plantearse a la hora de determinar algunos aspectos del régimen jurídico de acceso a la información ambiental. En nuestra opinión, la supletoriedad de la LTBG no debe extenderse a aquellos aspectos del derecho de acceso a la información ambiental que cuentan con un régimen jurídico específico en la LAIA, que atiende precisamente a las peculiaridades que debe tener el acceso a la información en este ámbito. Siguiendo a GUICHOT REINA, consideramos que «ha de descartarse que la supletoriedad se aplique al contenido sustantivo de estas normas, ampliándose el abanico de los sujetos o los límites; son aspectos regulados en cada caso del modo que se ha estimado conveniente para la materia en cuestión» (36). Por este motivo, consideramos que, a través de la aplicación supletoria de la LTBG, no pueden ampliarse las excepciones al derecho de acceso a la información ambiental o incorporarse nuevos trámites en la tramitación de las solicitudes de acceso a la información ambiental no específicamente previstos en los artículos de la LAIA que regulan aspectos procedimentales. Ello supondría alterar una regulación específicamente concebida para el acceso a la información ambiental. Además, supondría añadir al acceso a la información ambiental restricciones no previstas en la LAIA y ello también podría ser contrario a la Directiva 2003/4/CE y al Convenio de Aarhus, de los cuales trae causa esta Ley (37). De todas formas, como ya hemos defendido anteriormente, hubiera sido conveniente que la Ley fijase la aplicación preferente de otras normativas específicas —en este caso, la relativa al acceso a la información ambiental— únicamente en caso de que éstas prevean un régimen más favorable de acceso que el establecido por la LTBG (38).

Mayores problemas suscita el régimen aplicable al silencio administrativo y el régimen de garantías y recursos aplicable en materia de acceso a la información ambiental a partir de la LTBG, por lo que serán objeto de examen individualizado en los apartados siguientes.

---

(36) GUICHOT REINA, Emilio, «Transparencia...», *op. cit.*, p. 54.

(37) RADA (Red de Abogados para la Defensa Ambiental), en sus Alegaciones al Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, advertía de las restricciones que para el acceso a la información ambiental podría suponer la aplicación supletoria de la LTBG. Por este motivo, solicitaba la no aplicación supletoria de esta Ley al acceso a la información ambiental.

(38) *Vid.* el apartado II.1 de este trabajo.

### **III.2. El carácter del silencio administrativo en los procedimientos de solicitud de acceso a la información ambiental: ¿debe aplicarse el silencio negativo tras la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno?**

#### **III.2.1. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL EN LA LEY 27/2006, DE 18 DE JULIO**

La determinación del plazo máximo para resolver las solicitudes de información ambiental y para suministrar efectivamente la información solicitada constituye una cuestión de suma importancia en el ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental. Entre los derechos de todos en relación con el acceso a la información en materia de medio ambiente, la LAIA recoge el de «recibir la información que soliciten en los plazos máximos establecidos en el artículo 10» (39). Esta Ley establece que la autoridad pública competente para resolver facilitará la información ambiental solicitada o comunicará al solicitante los motivos de la negativa a facilitarla, teniendo en cuenta el calendario especificado por el solicitante, lo antes posible y, a más tardar, en los plazos siguientes: en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud en el registro de la autoridad pública competente para resolverla, con carácter general; en el plazo de dos meses desde la recepción de la solicitud en el registro de la autoridad pública competente para resolverla, si el volumen y la complejidad de la información son tales que resulta imposible cumplir el plazo antes indicado. En este supuesto deberá informarse al solicitante, en el plazo máximo de un mes, de toda ampliación de aquél, así como de las razones que lo justifican.

Debe destacarse que estos plazos se refieren a la facilitación de la información ambiental solicitada —o, en su caso, a los motivos de la negativa a facilitarla— y no a la resolución o notificación de la resolución relativa a la solicitud de información, como sucedía en la Ley 38/1995 (art. 4.1). Lo relevante no es, en consecuencia, resolver el procedimiento, sino satisfacer efectivamente la solicitud, por lo que los plazos conciernen al derecho-deber de facilitar la información solicitada (40). En la medida en que el plazo establecido no es un plazo para resolver y notificar la resolución adoptada, sino un plazo que determina el período dentro del cual debe producirse la actuación material consistente en facilitar la información al solicitante, resulta fundamental plantear el juego del silencio administrativo en estos procedimientos.

En su redacción originaria, la Ley 38/1995 incorporó un régimen de silencio negativo en el caso de falta de resolución de la solicitud en el plazo establecido. Posteriormente, tras la modificación introducida por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, se suprimió la referencia al silencio negativo, que había sido considerado por la Comisión Europea como no ajustado a la Directiva 90/313/CEE, ya que suponía la denegación, sin motivo específico, del ejercicio de un derecho reconocido con carácter general en la Directiva, que exigía una respuesta de las autoridades al peticionario y una explicitación de las causas de denegación de la información solicitada. La supresión de esta referencia expresa al silencio negativo en el artículo 4 de la Ley condujo a que, en apli-

---

(39) Artículo 3.1.d) LAIA.

(40) RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel, *Información...*, op. cit., p. 213.

cación de la normativa general en la materia (la Ley 30/1992, de 26 de noviembre —en adelante, LRJAP—) debiera entenderse que el silencio, de no ser resuelta la solicitud en plazo, tenía efectos estimatorios. Sin embargo, a pesar de esta consideración del silencio como positivo, lo cierto es que esta figura no se adecua al supuesto del ejercicio del derecho de acceso a la información, en la medida en que la realización efectiva de tal derecho depende del suministro efectivo de la información y, en la práctica, a pesar de que la solicitud hubiese sido estimada por silencio, el interesado seguía sin disponer de la información. No obstante, como destaca LAZCANO BROTONS, «tal consideración jurídica sí podría producir ciertos efectos en el plano del derecho: por ejemplo la imposibilidad de una resolución expresa tardía desestimatoria o la posibilidad de instar un recurso contencioso-administrativo por inactividad de la Administración» (41).

La Ley 27/2006 tampoco contiene referencia alguna al silencio administrativo, por lo que, por aplicación de la regulación de la LRJAP, también debe entenderse que se aplica la regla general del silencio positivo o estimatorio fijada por su artículo 43.2, en la medida en que no existe una norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario europeo que establezca lo contrario, ni concurren las excepciones establecidas por este precepto (42). Así lo ha confirmado, además, la jurisprudencia (43). De ello se derivan tres consecuencias: la estimación por silencio administrativo tendrá a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento; la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo (44); y los actos producidos por silencio se podrán hacer valer tanto ante la

(41) LAZCANO BROTONS, Iñigo, «El derecho de acceso a la información sobre el medio ambiente en la Directiva 2003/4/CE», en GARCÍA URETA, Agustín (coord.), *Estudios de Derecho Ambiental europeo*. LETE. Pamplona, 2005, p. 127.

(42) En cambio, la Ley 5/2010, de 23 de junio, de prevención y calidad ambiental de la Comunidad Autónoma de Extremadura, prevé que «En el caso de no facilitarse la información al solicitante en el plazo señalado deberá entenderse desestimada la solicitud» (art. 12.2).

(43) *Vid.*, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 1896/2008, de 18 de diciembre de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo; Sección 1; ponente: Agustín María Moreno-Gómez Mora), FFJJ 1.º, 2.º y 3.º; del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, 64/2010, de 24 de mayo de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo; Sección 2; ponente: Juan Ignacio Moreno-Luque Casariego), FJ 4.º, y 72/2010, de 11 de junio de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo; Sección 2; ponente: Luis Helmuth Moya Meyer), FJ 2.º; y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 277/2012, con sede en Burgos, de 25 de mayo de 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo; Sección 1; ponente: María Begoña González García), FJ 5.º. Sin embargo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, 175/2012, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, de 23 de noviembre de 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo; Sección 2; ponente: Alfonso Rincón González-Alegre), el Tribunal afirma que «los casos de falta de respuesta de la Administración ante una petición de información medioambiental han sido tratados en ocasiones como de silencio administrativo positivo (Sentencias del TSJ Canarias (sede Santa Cruz de Tenerife), sec. 2.ª, de 24 de mayo de 2010, y 11 de junio de 2010, (rec. 46/2010 y rec. 311/2009) y del TSJ Castilla-León (sede Burgos), sec. 1.ª, de 25 de mayo de 2012 (rec. 77/2012)). Entendemos, sin embargo, que el supuesto tiene mejor encaje en la inactividad a que se refiere el artículo 29.1 de la Ley Jurisdiccional, pues la finalidad del procedimiento no es obtener una «resolución expresa» de la Administración ( artículo 43.1 de la Ley 30/1992 ) sino que se agota con la entrega de la información, lo que encaja en la noción de «prestación» —salvo que proceda la denegación por alguna de las causas previstas en la propia Ley, como hemos visto—» (FJ 4.º).

(44) Sobre la imposibilidad de que la Administración deniegue expresamente la solicitud de información si ha entrado en juego el silencio administrativo positivo, *vid.* BLANES CLIMENT, M. A., *La transparencia informativa de las Administraciones públicas. El derecho de las personas a saber y la obligación de difundir información pública de forma activa*. Aranzadi. Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 657.

Administración como ante cualquier persona física o jurídica, pública o privada (art. 43.3, 4 y 5 LRJAP) (45).

Al igual que sucedía en la legislación anterior, con esta solución no se mejora la garantía del derecho, porque el solicitante seguirá sin disponer de la información solicitada y sólo verá realizado efectivamente su derecho cuando reciba la documentación solicitada. Al solicitante, si entra en juego el silencio administrativo, sólo le quedaría, con arreglo al artículo 29 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la opción de reclamar de la Administración el cumplimiento de la obligación de suministrar información y, si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, deducir recurso contencioso-administrativo frente a la inactividad de la Administración para que un Tribunal condene a la Administración a cumplir con su obligación de suministrar la información (46). Cabe dudar, sin embargo, de la efectividad de esta vía, por la lentitud para obtener la información ambiental, que en muchos casos puede impedir la participación efectiva en procedimientos administrativos y judiciales, y su inadecuación para dar una respuesta eficaz a las necesidades de defensa del medio ambiente.

### III.2.2. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA REGULADOS EN LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE

La LTBG determina que la resolución de los procedimientos para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública, en la que se conceda o deniegue el ac-

---

(45) De todas formas, en algún caso, la jurisprudencia ha matizado los efectos del silencio administrativo positivo en estos casos. En efecto, el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Las Palmas de Gran Canaria, en la Sentencia 175/2012, de 23 de noviembre de 2012 (Sala de lo Contencioso-Administrativo; Sección 2; Ponente: Alfonso Rincón González-Alegre) afirma que «a la vista del objeto y finalidad del procedimiento de solicitud y obtención de la información regulado en la Ley 27/2006, el silencio administrativo operaría de una manera peculiar, con un alcance limitado. Admitiendo que pueda hablarse en caso de falta de respuesta expresa de la Administración de «silencio administrativo», el mismo ni puede amparar la obligación de dar información de la que no se dispone, pues se trataría de una obligación de contenido imposible, ni la de dar información restringida por las causas que el artículo 13 establece, en cuanto afecta a bienes jurídicos, derechos e intereses legítimos de terceros que la propia Ley trata de tutelar» (FJ 4.º).

(46) En este sentido, LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho Ambiental Administrativo*. La Ley. Madrid, 11 edición (1.ª en La Ley), 2010; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Rubén, «El silencio administrativo en el acceso a la información en materia ambiental (Comentario a la STJCE, de 21 de abril de 2005, asunto C-186/04)», en *RArDAm* núm. 9, 2006, p. 171; y RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel, *Información...*, op. cit., p. 219. Vid. también MORILLO-VELARDE PÉREZ, José Ignacio, «Licencias ambientales y silencio administrativo», en QUINTANA LÓPEZ, Tomás (coord.), *El silencio administrativo. Urbanismo y medio ambiente*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, pp. 478-479. FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El Derecho...*, op. cit., p. 179, advierte que «este sistema de silencio estimatorio que precisa para su efectividad de ejecución judicial puede —paradójicamente— ser más oneroso que el simple silencio desestimatorio, pues obliga al interesado a interponer una reclamación ante la Administración, y sólo si en el plazo de tres meses desde su interposición la Administración no ejecuta el acto podrá deducirse el recurso contencioso contra la inactividad de la Administración. Por el contrario, en caso de silencio desestimatorio, si el acto (presunto) agota la vía administrativa, el interesado podrá acudir directamente a la vía contencioso-administrativa. Además, para colmo, el indicado recurso contencioso por inactividad está sujeto al plazo de dos meses desde el vencimiento del plazo para resolver la reclamación —art. 46.2 LJCA—, mientras que la jurisprudencia más reciente del Tribunal Constitucional (...) viene declarando la falta de preclusión de los plazos de interposición del recurso (administrativo y contencioso) en caso de silencio administrativo desestimatorio. Y a todo ello habría que añadir el potencial peligro de entrañaría el acceso a cualquier información solicitada».

ceso, debe notificarse al solicitante y a los terceros afectados que así lo hayan solicitado(47) en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud por el órgano competente para resolver. Este plazo «podrá ampliarse por otro mes en el caso de que el volumen o la complejidad de la información que se solicita así lo hagan necesario y previa notificación al solicitante» (48). A diferencia de la LAIA, la LTBG no exige que dentro de ese plazo se ponga la información a disposición del solicitante.

Transcurrido el plazo máximo para resolver sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, la LTBG establece que «se entenderá que la solicitud ha sido desestimada» (49). De esta forma, de modo expreso, la Ley atribuye efectos desestimatorios al silencio administrativo(50), sin perjuicio de las eventuales responsabilidades disciplinarias(51). Esta opción del legislador ha sido objeto de numerosas críticas(52), siendo éste uno de los aspectos de la LTBG que mayor controversia ha suscitado du-

(47) FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María, *Transparencia...*, *op. cit.*, p. 235, advierten de la incorrección de requerir que los terceros afectados soliciten la notificación de la resolución. También BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, «El derecho de acceso a la información: publicidad pasiva» (capítulo VI), en GUICHOT REINA, Emilio (coord.), *Transparencia...*, *op. cit.*, p. 231.

(48) Artículo 20.1 LTBG.

(49) FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María, *Transparencia...*, *op. cit.*, p. 240, señalan que «Esta imposición del silencio desestimatorio no se compadece con el régimen general de esta institución establecido en la LRJPAC —art. 43.3—. Habría sido más respetuoso establecer que el interesado «podrá» entender desestimada». También critican estos autores que la LTBG no exprese las razones imperiosas de interés general que determinan la opción por el silencio desestimatorio, como exige el artículo 43.2 LRJAP.

(50) También se atribuyen efectos desestimatorios al silencio administrativo en los procedimientos de reclamación frente a resoluciones expresas o presuntas sobre acceso a la información ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (art. 24.4 LTBG). En estos casos, el silencio será negativo aun cuando la reclamación se haya presentado frente a la previa desestimación presunta de una solicitud de acceso a la información. Como advierte BALLESTEROS MOFFA, L. A., «La ausencia de respuesta a las solicitudes y reclamaciones de acceso a la información pública: ¿el caballo de Troya de la transparencia?», en *REDA* núm. 161, 2014, p. 99, la LRJAP es clara «al acotar tal salvedad del doble silencio al recurso de alzada, no por tanto para el resto de procedimientos de impugnación, como, en el presente caso, los sustitutivos de los recursos administrativos ex art. 107.2 LRJPC».

(51) Con arreglo al artículo 20.6 LTBG, «El incumplimiento reiterado de la obligación de resolver en plazo tendrá la consideración de infracción grave a los efectos de la aplicación a sus responsables del régimen disciplinario previsto en la correspondiente normativa reguladora».

(52) Véanse, a título de ejemplo, las alegaciones realizadas por la Red de Abogados para la Defensa Ambiental (RADA) al Anteproyecto de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, pp. 6-7 (URL: <http://redabogadosdefensaambiental.es/wp-content/uploads/anteproyecto-transparencia-RADA.pdf> —último acceso, 10 de septiembre de 2014—); y la posición del Síndic de greuges de Catalunya, *El dret d'accés a la informació pública. Informe Extraordinari*, marzo de 2012, pp. 28 y 29 (URL: <http://www.sindic.cat/site/unitFiles/3151/Informe%20acces%20informacio%20publica%20def.pdf> —último acceso, 10 de septiembre de 2012—), y de la Oficina Antifraude de Cataluña, *Derecho de acceso...*, *op. cit.*, p. 149. Esta última fundamenta que el sentido del silencio tendría que ser positivo en base a diferentes argumentos: En primer lugar, «el sentido positivo del silencio contribuiría significativamente a la consecución del principio de máxima accesibilidad que inspira el derecho de acceso». En segundo lugar, el sentido positivo del silencio es la regla general que para los casos de ausencia de resolución expresa se prevé en la LRJAP. En tercer lugar, «la ausencia de resolución expresa determina la inexistencia de una ponderación entre los intereses en juego, por lo cual, a falta de una prevalencia ontológica a favor de uno de ellos, todos deberían colocarse a un mismo nivel. Según esto, no sería aceptable emplear el silencio negativo como herramienta de tutela de unos intereses (de los terceros) frente al interés por el acceso a la información pública. El silencio negativo, como ficción creada por el ordenamiento a efectos meramente impugnatorios, no constituye en ningún caso un acto administrativo y, en consecuencia, los poderes públicos no pueden aquí beneficiarse de la presunción de validez. Tampoco podemos pasar por alto que el hecho de que se haya dado audiencia al tercer interesado implica una garantía de sus derechos o intereses, que ya se habrán tenido en cuenta durante el procedimiento».



rante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley (53). Sin embargo, ha sido avalada por el Consejo de Estado, en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, en cuya opinión la solución adoptada en este punto «resulta lógica y adecuada a Derecho», por la necesidad de evitar la vulneración de otros derechos e intereses que, en determinados supuestos, deban prevalecer sobre el derecho de acceso a la información pública (54). También una parte de la doctrina se muestra favorable a esta configuración del silencio en la LTBG (GUICHOT REINA (55) y BARRERO RODRÍGUEZ (56)), aunque existen otras posiciones doctrinales más favorables al silencio positivo en este ámbito (BALLESTEROS MOFFA (57), BLANES CLIMENT (58) y OLMEDO PALACIOS (59)). Más ambigua es la posición de FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, quienes apuntan que, aunque este criterio no contradice al Convenio sobre acceso a los documentos públicos, adoptado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 27 de noviembre de 2008, «el silencio estimatorio en este tipo de procedimientos es, aparentemente, muy plausible, pero no está exento de inconvenientes que no podemos aquí exponer» (60).

### III.2.3. EL ALCANCE DE LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO EN ESTE ÁMBITO

Como ha podido comprobarse en las páginas precedentes, la LAIA no regula el régimen del silencio administrativo en los procedimientos de acceso a la información ambiental, por lo que, en ausencia de previsión expresa, se ha venido aplicando la LRJAP, que, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, atribuye, con carácter general, efectos estimatorios al silencio administrativo. En cambio, la LTBG sí que regula específicamente esta cuestión, atribuyéndole efectos desestimatorios. Planteada la cuestión en estos términos, parece que la aplicación de la disposición adicional primera de la LTBG debería llevar a la aplicación, en el ámbito del acceso a la información ambiental, del silencio negativo, por aplicación supletoria de esta Ley. Aunque resulta prevalente el régimen jurídico específico del acceso a la información ambiental, en la medida en que el silencio administrativo no se regula en esta normativa especí-

(53) Para un análisis de la tramitación parlamentaria en este punto *vid.* MESEGUER YEBRA, Joaquín, *Comentario...*, *op. cit.*, pp. 227-241.

(54) Dictamen 707/2012, de 19 de julio de 2012, sobre el Anteproyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, apartado V.i).

(55) En la doctrina administrativista, GUICHOT REINA, Emilio, «El Anteproyecto...», *op. cit.*, p. 37, considera injustificadas estas críticas y que sólo cabe razonablemente el silencio administrativo negativo.

(56) BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, «El derecho de acceso...», *op. cit.*, p. 234.

(57) BALLESTEROS MOFFA, L. A., «La ausencia...», *op. cit.*, en especial, pp. 86-100.

(58) BLANES CLIMENT, M. A., *La transparencia...*, *op. cit.*, pp. 283-289.

(59) OLMEDO PALACIOS, Manuel, «La Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno», en *Diario La Ley* núm. 8237, año XXXV, 27 de enero de 2014, pp. 1390 y 1392.

(60) FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María, *Transparencia...*, *op. cit.*, p. 239. Sin embargo, FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, «Algunas proposiciones...», *op. cit.*, p. 911, sostiene en este estudio previo que «la asignación del sentido estimatorio al silencio en este procedimiento, lejos de resultar beneficiosa para el ejercicio del derecho de acceso, originaría efectos perturbadores, tal como sucede en España en relación con el acceso de los concejales a la documentación local».

fica, con arreglo a la Disposición adicional primera de la LTBG, sería de aplicación la LTBG, con la consiguiente atribución de efectos desestimatorios al silencio administrativo en los procedimientos de acceso a la información ambiental. Sin embargo, a pesar de que sea ésta la solución a que conduce una aplicación estrictamente literal de la disposición adicional primera de la LTBG, consideramos que no debe ser ésta la solución aplicable. En nuestra opinión, debe mantenerse el silencio positivo, sin que sea posible aplicar el efecto desestimatorio del silencio establecido por la LTBG en los procedimientos de solicitud de acceso a la información ambiental (61). Esta interpretación se fundamenta en diferentes argumentos.

En primer lugar, cabe recordar que la LRJAP exige para excepcionar la regla general que atribuye efectos estimatorios al silencio administrativo en caso de vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, que «una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario» (art. 43.1). Como han puesto de manifiesto FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, no puede entenderse que será de aplicación, con carácter supletorio, el sentido desestimatorio del silencio ordenado por la LTBG, pues «la LRJPAC —art. 43.1— exige claramente que el silencio se fije en una norma con rango de Ley, y de modo justificado, de modo que no cabe la aplicación por vía supletoria del silencio desestimatorio establecido en otra Ley» (62).

En segundo lugar, por argumentos de derecho de la Unión Europea, ya que consideramos que la atribución de efectos desestimatorios al silencio administrativo podría vulnerar lo establecido en la Directiva 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y por la que se deroga la Directiva 90/313/CEE del Consejo (63). Con relación a esta cuestión, la Directiva 2003/4/CE obliga a la autoridad pública competente, bien a facilitar la información medioambiental tan pronto como sea posible, y a más tardar en el mes siguiente a la recepción de la solicitud o, excepcionalmente, en el de dos meses; bien a notificar al solicitante la negativa a facilitar la totalidad o parte de la información pedida en estos mismos plazos, indicando los motivos de la denegación e informando sobre el procedimiento de recurso previsto (64).

---

(61) En este sentido también se han pronunciado FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María, *Transparencia...*, *op. cit.*, p. 56, nota al pie 106. Más ambigua es la posición de GUICHOT REINA, Emilio, «Transparencia...», *op. cit.*, p. 54, que, tras considerar que debe descartarse que la LTBG se aplique con carácter supletorio al contenido sustantivo regulado en la legislación específica de acceso a la información ambiental, ampliándose el abanico de los sujetos o los límites, únicamente apunta lo siguiente: «Más cuestionable es si podría extenderse el régimen del silencio negativo a los casos de información ambiental, donde la Ley que lo regula no dice nada y donde además el legislador estatal actúa sólo como legislador básico. En el caso de la normativa sobre reutilización, el silencio se contempla como negativo».

(62) FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María, *Transparencia...*, *op. cit.*, p. 56, nota al pie 106.

(63) No olvidemos que la Ley 38/1995 inicialmente estableció un régimen de silencio administrativo negativo y que tuvo que ser modificada en este punto por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, para garantizar el respeto al Derecho de la Unión Europea y que sus previsiones no vulnerasen lo establecido en la Directiva 90/313/CEE, ya que la Comisión entendió que el criterio seguido por la legislación nacional de algunos Estados miembros, según el cual la falta de respuesta a una solicitud de información ambiental equivalía a una denegación, era contrario al apartado 4 del artículo 3 de la Directiva 90/313/CEE, que exigía específicamente que se dieran las razones de tal denegación. *Vid.* FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El Derecho...*, *op. cit.*, p. 173.

(64) *Vid.* los artículos 3.2 y 4.5 de la Directiva 2003/4/CE. *Vid.* también el artículo 4.2 y 7 del Convenio de Aarhus.

Sobre esta cuestión también se ha pronunciado el Tribunal de Justicia, a raíz de la interpretación de determinados preceptos de la Directiva 90/313/CEE. En la Sentencia de 21 de abril de 2005 (65), si bien admite que, a efectos de una protección judicial efectiva, el silencio de la autoridad pública durante un plazo de dos meses equivale a una decisión denegatoria presunta que puede ser objeto de un recurso judicial o administrativo de conformidad con el ordenamiento jurídico nacional, se opone a que tal decisión no contenga una motivación en el momento de la expiración del plazo de dos meses. En estas circunstancias, debe considerarse que la decisión denegatoria presunta es ilegal. En definitiva, aunque en principio se permite el silencio negativo sobre la solicitud, las autoridades públicas están obligadas a facilitar la motivación que justifica dicha denegación en el plazo fijado por la Directiva 90/313/CEE, que es imperativo. Lo que no se admite es la mera ausencia de respuesta sin motivación. Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento, como ha destacado FERNÁNDEZ RAMOS, «esta postura es contradictoria, pues se admite el carácter desestimatorio del silencio con la condición (de imposible cumplimiento) de que sea motivado» (66).

Actualmente, la Directiva 2003/4/CE no permite dissociar la resolución de su motivación, como sucedía con la Directiva 90/313/CEE, lo cual impide ya aceptar un silencio desestimatorio más una posterior motivación, no siendo aplicable la solución dada por el TJCE en la Sentencia citada, salvo que la normativa nacional impusiera un plazo de resolución del procedimiento menor (67). Conforme al artículo 4.5 de la Directiva 2003/4/CE (68), la resolución denegatoria debe ser simultánea a la comunicación de su motivación (69). Por otra parte, su artículo 6.1 impone a los Estados miembros garantizar que «toda persona que considere que su solicitud de información ha sido ignorada, rechazada sin fundamento (parcial o totalmente), respondida de forma inadecuada o tratada de manera no conforme con las disposiciones de los artículos 3, 4 o 5, tenga acceso a un procedimiento en el que los actos u omisiones de la autoridad pública correspondiente puedan ser reconsiderados por esa u otra autoridad pública o recurridos administrativamente ante una entidad independiente e imparcial creada por ley». Sin embargo, la Directiva no se pronuncia de forma explícita sobre el sentido del silencio. Únicamente se garantiza la posibilidad de acceso a la justicia en el caso de que la autoridad pública ignore una solicitud de información ambiental, sin especificar si el mecanismo pertinente para ello es la ficción del silencio negativo (70). Habrá que

---

(65) Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 21 de abril de 2005, *Pierre Housieaux contra Délégués du conseil de la Région de Bruxelles-Capitale* (asunto C-186/04), especialmente, apartados 31 a 36. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 26 de junio de 2003, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa* (asunto C-233/00), apartados 111 y ss.

(66) FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El Derecho...*, op. cit., p. 175.

(67) Así lo pone de manifiesto FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El Derecho...*, op. cit., p. 176.

(68) El artículo 4.5 de la Directiva 2003/4/CE establece que «La negativa a facilitar la totalidad o parte de la información pedida se notificará al solicitante por escrito o electrónicamente, si la solicitud se ha hecho por escrito o si su autor así lo solicita, en los plazos previstos en la letra a) o, en su caso, en la letra b) del apartado 2 del artículo 3. La notificación indicará los motivos de la denegación e informará sobre el procedimiento de recurso previsto de conformidad con el artículo 6».

(69) FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El Derecho...*, op. cit., p. 168.

(70) RAMS RAMOS, Leonor, «Silencio negativo y obligación de motivar las denegaciones de acceso a la información medioambiental. (A propósito de la STJCE de 21 de abril de 2005), en *REDA*, núm. 128, 2005, p. 721.

esperar, por tanto, a que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre el contenido de la Directiva 2003/4/CE y aclare si sigue considerando la previsión por los Estados miembros de la resolución denegatoria presunta por silencio administrativo incompatible con la obligación de motivar las respuestas a las solicitudes de acceso (71).

En cualquier caso, las argumentaciones expuestas conducen, según nuestro parecer, a defender el mantenimiento del régimen del silencio administrativo positivo en los procedimientos de acceso a la información ambiental y a la no aplicación con carácter supletorio en este ámbito de la LTBG, aun tratándose de un aspecto no regulado específicamente por la LAIA.

### **III.3. Las garantías del derecho de acceso a la información ambiental: ¿puede utilizarse en este ámbito la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno?**

#### **III.3.1. LAS VÍAS DE IMPUGNACIÓN EN DEFENSA DEL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN AMBIENTAL RECOGIDAS EN LA LEY 27/2006, DE 18 DE JULIO**

La efectividad del derecho de acceso a la información ambiental exige la articulación de un sistema eficaz de garantías. Es ésta una cuestión a la que prestan especial atención tanto el Convenio de Aarhus como la Directiva 2003/4/CE (72). A ella se refiere la LAIA en el artículo 3.3, reconociendo como derecho en relación con el acceso a la justicia y a la tutela administrativa el de «recurrir los actos y omisiones imputables a las autoridades públicas que contravengan los derechos que esta Ley reconoce en materia de información» —y de participación pública—; y en los artículos 20 y 21, con el objeto de «asegurar y fortalecer, a través de la garantía que dispensa la tutela judicial y administrativa, la efectividad de los derechos de información y participación» (73).

La LAIA reconoce, en su artículo 20, el derecho a recurrir en vía administrativa o contencioso-administrativa cualquier acto u omisión imputable a una autoridad pública que suponga una vulneración de los derechos de acceso a la información y participación pública. Con arreglo a lo establecido en este precepto, cabe destacar, en primer lugar, que la opción de esta Ley ha sido la de remitirse al sistema general de recursos administrativos (recurso de alzada y recurso de reposición) y judiciales (recurso contencioso-administrativo) regulados en la LRJAP, y en la Ley 29/1998, de 29 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Se mantiene la opción seguida por la Ley 38/1995 (74) y no se ha planteado la opción prevista —tanto en el Convenio de Aarhus como en la Directiva 2003/4/CE— de utilizar como vía alternativa al recurso administrativo, previamente al recurso ante un órgano judicial, un recurso ante un órgano independiente e imparcial creado por la Ley (75), opción también defendida por algún

(71) *Ibidem*, p. 722.

(72) Véase el artículo 9 del Convenio de Aarhus y 6 de la Directiva 2003/4/CE.

(73) Así lo pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la LAIA.

(74) *Vid.* el artículo 4.3 de la Ley 38/1995.

(75) *Vid.* los artículos 9.1 del Convenio de Aarhus y 6.1 de la Directiva 2003/4/CE.

sector doctrinal en este ámbito(76) y seguida por la LTBG. La creación de un organismo de este tipo podría ser útil como garantía efectiva del derecho de acceso a la información y podría mejorar la aplicación de esta Ley(77).

En segundo lugar, la legitimación activa para interponer estos recursos se atribuye al «público» (cualquier persona física o jurídica, así como sus asociaciones, organizaciones y grupos constituidos con arreglo a la normativa que les sea de aplicación) que considere que un acto o, en su caso, una omisión imputable a una autoridad pública ha vulnerado los derechos en materia de información reconocidos por la LAIA.

En tercer lugar, debe ponerse de manifiesto que con estas previsiones, si bien se cumple formalmente con la exigencia del Convenio de Aarhus —y de la Directiva 2003/4/CE— de establecer un recurso ante un órgano judicial y, previamente, un recurso ante una autoridad pública o un órgano independiente e imparcial distinto del órgano judicial(78), como pone de manifiesto PEÑALVER CABRÉ(79), los recursos administrativos no cumplen los requisitos —también exigidos por el Convenio de Aarhus— de ser efectivos, objetivos y equitativos(80); y el recurso contencioso-administrativo no puede configurarse como mecanismo general para garantizar el acceso a la información ambiental, dado que resulta ineficaz por la enorme tardanza en obtener sentencia.

Junto al sistema general de recursos administrativos y contencioso-administrativo que prevé el artículo 20 como garantía de la efectividad del derecho de acceso a la información sobre medio ambiente, el artículo 21 introduce una novedad importante: una reclamación específica para las vulneraciones cometidas por sujetos privados sometidos por la Ley a los deberes de suministrar información medioambiental(81). La introducción de esta reclamación es coherente con la amplitud del concepto de autoridad pública utilizado por la Ley(82). En la medida en que entran en tal concepto no sólo el Go-

---

(76) CERRILLO i MARTÍNEZ, Agustí, «El dret d'accés a la informació en matèria de medi ambient. Anàlisi de la Llei 38/1995, de 12 de desembre, d'accés a la informació en matèria de medi ambient», en *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic* núm. 24, 1999, p. 154. *Vid.* también, del mismo autor, *La transparencia administrativa: Unión Europea y Medio Ambiente*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1998, pp. 184-190. En un sentido similar, ITUREN i OLIVER, Albert, «El derecho de acceso a la información ambiental. Notas y reflexiones», en *RArDAmb* núm. 8, 2005, pp. 119-120; y SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. «Transposición y garantía del derecho de acceso a la información sobre el medio ambiente», en GARCÍA URETA, Agustín (coord.), *Transposición y control de la normativa ambiental comunitaria*. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 1998, pp. 307-308. De este último autor, *vid.* también «El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente», en *RAP* núm. 137, 1995, p. 55.

(77) FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María, *Transparencia...*, *op. cit.*, p. 256, señalan que «Esta ausencia de una verdadera garantía pre-contenciosa en materia de acceso a la información ambiental explica en gran medida el escaso grado de conocimiento y aplicación de este derecho de acceso a esta cualificada categoría de información pública, a pesar de la correcta ordenación del derecho contenida en la Ley 27/2006».

(78) *Vid.* los artículos 9.1 del Convenio de Aarhus y 6.1 y 2 de la Directiva 2003/4/CE. En cuanto a la legitimación activa para la interposición de recurso, la Directiva la otorga a los solicitantes de información y prevé que «los Estados miembros podrán disponer que los terceros perjudicados por la revelación de información también tengan acceso a un procedimiento de recurso» (art. 6.2).

(79) PEÑALVER i CABRÉ, Alexandre, «Novedades en el acceso a la justicia y a la tutela administrativa en asuntos medioambientales», en PIGRAU SOLÉ, Antoni (dir.). *Acceso...*, *op. cit.*, p. 364.

(80) *Vid.* el artículo 9.4 del Convenio de Aarhus.

(81) Sobre esta reclamación, *vid.* PEÑALVER i CABRÉ, Alexandre, «Novedades...», *op. cit.*, pp. 364-366.

(82) Sobre el concepto de «autoridad pública» en la LAIA, *vid.*, por todos, RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel, *Información...*, *op. cit.*, pp. 134-148.

bierno, las administraciones públicas u otras entidades públicas, sino también «las personas físicas o jurídicas cuando asuman responsabilidades públicas, ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de cualquiera de las entidades, órganos o instituciones previstos en el apartado anterior» (art. 2.4.2 de la Ley 27/2006), debe articularse una garantía eficaz del ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental para estos casos en que personas físicas o jurídicas de las previstas en el artículo 2.4.2 (piénsese, por ejemplo, el concesionario de un servicio público ambiental) vulneren los derechos que esta Ley reconoce a todos en materia de acceso a la información ambiental.

En estos supuestos, la Ley prevé que «el público que considere que un acto u omisión imputable a cualquiera de las personas a las que se refiere el artículo 2.4.2 ha vulnerado los derechos que le reconoce esta Ley podrá interponer directamente una reclamación ante la Administración Pública bajo cuya autoridad ejerce su actividad». Estamos, por tanto, no ante un recurso administrativo de los previstos en la LRJAP, sino ante una reclamación que se planteará frente a la Administración bajo cuya autoridad ejerce su actividad la persona física o jurídica en cuestión que desarrolla funciones públicas o presta servicios públicos relacionados con el medio ambiente. En estos casos, la Administración competente deberá dictar y notificar la resolución correspondiente, la cual agotará la vía administrativa y será directamente ejecutiva, en el plazo que determine la normativa autonómica, o, en el caso de la Administración del Estado, en el plazo máximo de tres meses (83). Deben destacarse dos notas de la regulación de esta reclamación: en primer lugar, el hecho de que la resolución de la reclamación por parte de la Administración sea inmediatamente ejecutiva. En segundo lugar, la circunstancia de que la resolución de esta reclamación agote la vía administrativa, lo cual va a abrir la posibilidad de interposición frente a dicha de resolución del recurso administrativo de reposición (potestativo) o contencioso-administrativo (84).

Si las personas físicas o jurídicas a que se refiere el artículo 2.4.2 de la Ley incumplieran la resolución, la Administración requerirá a la persona objeto de la reclamación, de oficio o a instancia del solicitante, para que la cumpla en sus propios términos. Si el requerimiento fuera desatendido, la Ley faculta a la Administración para acordar la imposición de multas coercitivas por el importe que determine la normativa autonómica, o, en el caso de la Administración estatal, no excederá de 6.000 euros por cada día que transcurra sin cumplir (85).

### III.3.2. EL RÉGIMEN DE IMPUGNACIONES PREVISTO EN LA LEY 19/2013, DE 9 DE DICIEMBRE

La LTBG crea, como mecanismo de tutela del derecho de acceso a la información pública, una reclamación específica frente a toda resolución expresa o presunta en

(83) Véase la Disposición adicional décima, apartado 1. Aunque la Ley no lo dice expresamente, debe entenderse que, en defecto de plazo establecido por la normativa autonómica, la Administración tiene un plazo de tres meses para resolver la reclamación y que el silencio tendrá efectos desestimatorios, por aplicación de las reglas generales establecidas por la Ley 30/1992. En este mismo sentido, RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel, *Información...*, *op. cit.*, p. 374.

(84) *Ibidem*, p. 374.

(85) Véase la Disposición adicional décima, apartado 2, de la Ley 27/2006.

materia de acceso ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (86), con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa (87). Esta reclamación, que tiene la consideración de sustitutiva de los recursos administrativos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.2 de la LRJAP (88), puede utilizarse frente a todas las resoluciones en materia de acceso, expresas o presuntas, dictadas por los sujetos determinados en el artículo 2.1 LTBG, con la excepción de los recogidos en el apartado f) de dicho precepto. Por lo tanto, se trata de una reclamación que podrá utilizarse no sólo frente a resoluciones de Administraciones, sino también de entes de naturaleza privada del sector público, como las sociedades mercantiles o las fundaciones (89).

El plazo de interposición de esta reclamación es de un mes a contar desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado o desde el día siguiente a aquel en que se produzcan los efectos del silencio administrativo (90) y su tramitación se ajustará a lo dispuesto en materia de recursos en la LRJAP (91). El plazo máximo para resolver y notificar la resolución será de tres meses, transcurrido el cual, la reclamación se entenderá desestimada (92). En todo caso, contra la resolución de esta reclamación no cabrá interponer el recurso de reposición establecido en la LRJAP y sólo cabrá el recurso contencioso-administrativo (93).

La competencia para conocer de estas reclamaciones corresponde a un «organismo de naturaleza independiente de nueva creación» (94): el Consejo de Transparen-

---

(86) Mediante Real Decreto 919/2004, de 31 de octubre, se ha aprobado el Estatuto del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

(87) *Vid.* artículo 24.1 LTBG. *Vid.* también el artículo 20.5 LTBG: «Las resoluciones dictadas en materia de acceso a la información pública son recurribles directamente ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interposición de la reclamación potestativa prevista en el artículo 24».

(88) Artículo 23.1 LTBG. Téngase en cuenta que, no obstante lo previsto en el apartado 1 del artículo 23, «contra las resoluciones dictadas por los órganos previstos en el artículo 2.1.f) [la Casa de su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder Judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas] sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo» (art. 23.2 LTBG).

(89) Como pone de manifiesto BARRERO RODRÍGUEZ, Concepción, «El derecho de acceso...», *op. cit.*, p. 239, «La misma razón que justifica el sometimiento de estos sujetos a la Ley de Transparencia explica el posible control de sus actos por la autoridad independiente de control. Si, en la medida en que prestan un servicio público o desarrollan un cometido público, están sujetos a los mandatos de esta disposición, es lógico y consecuente con esta sumisión que sus actos participen de los mecanismos de control establecidos en garantía de la correcta aplicación de la norma».

(90) Artículo 24.2. LTBG.

(91) El artículo 24.3, en su segundo párrafo, establece que «Cuando la denegación del acceso a la información se fundamente en la protección de derechos o intereses de terceros se otorgará, previamente a la resolución de la reclamación, trámite de audiencia a las personas que pudieran resultar afectadas para que aleguen lo que a su derecho convenga».

(92) Artículo 24.4. LTBG.

(93) FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María, *Transparencia...*, *op. cit.*, pp. 272-273.

(94) *Vid.* el Preámbulo de la LTBG, apartado III. Algunos autores cuestionan que realmente el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno sea independiente. *Vid.*, por todos, OLMEDO PALACIOS, Manuel, «La Ley 19/2013...», *op. cit.*, p. 1391.

cia y Buen Gobierno(95), configurado como organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. De este modo, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se regirá por su legislación específica y supletoriamente por la LOFAGE (96). Dicho organismo tiene personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar y actúa con autonomía y plena independencia en el cumplimiento de sus fines(97).

El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estará compuesto por los siguientes órganos: la Comisión de Transparencia y Buen Gobierno —compuesta por el Presidente, un Diputado, un Senador y un representante del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo, de la Agencia Española de Protección de Datos, de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas y de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal—; y el Presidente, que también lo será de su Comisión y a quien corresponde la competencia para conocer de las reclamaciones que se presenten en aplicación del artículo 24 LTBG (98).

En todo caso, las resoluciones del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se publicarán, previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran, por medios electrónicos y en los términos que se establezca reglamentariamente, una vez se hayan notificado a los interesados. Asimismo, el Presidente de este organismo debe comunicar al Defensor del Pueblo las resoluciones que dicte en aplicación del artículo 24 LTBG.

### III.3.3. EL ALCANCE DE LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY 19/2013, 9 DE DICIEMBRE, DE TRANSPARENCIA, ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA Y BUEN GOBIERNO EN ESTE ÁMBITO

Como se ha constatado, la LAIA, en relación con las garantías del derecho de acceso a la información ambiental, se remite al sistema general de recursos administrativos y judiciales. La única novedad que introduce es un tipo de reclamación específica para las vulneraciones cometidas por sujetos privados sometidos por la Ley a los deberes de suministrar información medioambiental, que se interpone ante la Administración

(95) No obstante, la LTBG prevé que las Comunidades Autónomas pueden atribuir dicha competencia a un órgano específico, de acuerdo con lo establecido en su Disposición adicional cuarta (art. 24.6). Con arreglo a esta disposición adicional, la resolución de esta reclamación corresponderá, en los supuestos de resoluciones dictadas por las Administraciones de las Comunidades Autónomas y su sector público, y por las Entidades Locales comprendidas en su ámbito territorial, al órgano independiente que determinen las Comunidades Autónomas, si bien contra las resoluciones dictadas por las Asambleas Legislativas y las instituciones análogas al Consejo de Estado, Consejo Económico y Social, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo en el caso de esas mismas reclamaciones sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, también se prevé que puedan atribuir la competencia para la resolución de dicha reclamación al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

(96) Sobre el régimen jurídico del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, *vid.* el Título III de la LTBG (arts. 33 a 40). Sobre ello, *vid.* FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María, *Transparencia...*, *op. cit.*, pp. 255-271; y GUICHOT REINA, Emilio, «El Consejo de Transparencia y Buen Gobierno» (capítulo IX), en GUICHOT REINA, Emilio (coord.), *Transparencia...*, *op. cit.*, pp. 331-351.

(97) Entre sus fines, el artículo 34 LTBG recoge «promover la transparencia de la actividad pública, velar por el cumplimiento de las obligaciones de publicidad, salvaguardar el ejercicio de derecho de acceso a la información pública y garantizar la observancia de las disposiciones de buen gobierno».

(98) *Vid.* los artículos 24.5 y 38.2.c) LTBG.



pública bajo cuya autoridad ejercen su actividad estos sujetos. En cambio, la LTBG opta por crear, como mecanismo de tutela del derecho de acceso a la información pública, una reclamación específica —sustitutiva de los recursos administrativos— frente a un órgano independiente —el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno—, con carácter potestativo y previo a su impugnación en vía contencioso-administrativa. Ante esta dualidad de regímenes de tutela, se plantea si esta reclamación específica regulada en la LTBG puede resultar aplicable en materia de acceso a la información ambiental. La cuestión es si, en un supuesto de información ambiental, podría el interesado hacer uso de la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Como ya sabemos, la LTBG únicamente será de aplicación, con carácter supletorio, «en lo no previsto en sus respectivas normas reguladoras, al acceso a la información ambiental y a la destinada a la reutilización». Debemos plantear, por tanto, si estamos o no ante un aspecto no regulado por la LAIA. La respuesta no resulta fácil. Ciertamente, la LAIA sí regula en el artículo 20 los mecanismos de tutela del derecho de acceso a la información ambiental, remitiendo al sistema general de recursos administrativos y al recurso contencioso-administrativo, con el añadido, en el artículo 21, de la reclamación a que hemos hecho referencia. En cambio, no incluye una auténtica garantía precontenciosa ante un órgano independiente como sí hace la LTBG. Es dudoso, por tanto, si estamos o no ante un aspecto no regulado: La LAIA, aunque sí regula la tutela del derecho de acceso a la información ambiental, no incluye una regulación específica, sino que lo hace a través del sistema general de recursos administrativos y contencioso-administrativo, sin incluir la posibilidad específica de una reclamación sustitutiva de los recursos administrativos ante un órgano independiente. En la medida en que esta reclamación no está prevista en la LAIA podría entenderse que estamos ante un aspecto no regulado y que, por lo tanto, sería aplicable con carácter supletorio la LTBG(99). A favor de la extensión de la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno en relación con las solicitudes de acceso a la información medioambiental se han pronunciado en la doctrina administrativista FERNÁNDEZ RAMOS y PÉREZ MONGUIÓ, en cuya opinión «en este caso sí es de aplicación supletoria la LTBG, «pues la información medioambiental no deja de ser información pública»(100).

En nuestra opinión, sería conveniente extender esta garantía introducida por la LTBG en el ámbito del acceso a la información ambiental, en la medida en que resulta más favorable. Además, como advierte GUICHOT REINA, «Probablemente el sentido de esta norma, en la mente del legislador, estuvo en extender las garantías de tutela por una autoridad independiente»(101). De este modo, se dotaría al derecho de acceso a la informa-

---

(99) Al respecto, GUICHOT REINA, Emilio, «Transparencia...», *op. cit.*, pp. 54-55, señala que «en la medida en que la propia Ley de acceso a la información ambiental regula en su artículo 20 las vías de recurso (administrativo y contencioso) y por tanto no es pacífico que se trate de un aspecto «no regulado», lo que no ocurre con la ley de reutilización, en cuyo caso —y habida cuenta la íntima relación entre las materias y, aún más, la dificultad que tendrá el deslindar cuándo es de aplicación una u otra ley— me parece más fácilmente defendible que sí es de aplicación supletoria esta garantía».

(100) FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano y PÉREZ MONGUIÓ, José María, *Transparencia...*, *op. cit.*, p. 56. *Vid.* también p. 175. En apoyo de esta posición, estos autores utilizan argumentos de derecho comparado y ponen el ejemplo de Portugal, donde también existe una dualidad de textos legislativos en materia de acceso a la información ambiental (Ley 19/2006) y a los documentos administrativos (Ley 46/2007), contemplando la Ley de acceso a la información ambiental expresamente la queja ante la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos —art. 14— (*vid.* p. 56, nota al pie 107).

(101) GUICHOT REINA, Emilio, «Transparencia...», *op. cit.*, p. 54.

ción ambiental de garantías más efectivas. La remisión, para la tutela de este derecho, al sistema general de recursos administrativos y al recurso contencioso-administrativo no es la solución idónea y puede convertir en la práctica en ilusorio el ejercicio de este derecho. Por una parte, los recursos administrativos no cumplen los requisitos de ser efectivos, objetivos y equitativos que impone el Convenio de Aarhus. Por otra, la lentitud y los costes procesales de los procedimientos judiciales contencioso-administrativos tampoco convierten a ésta en una vía idónea. Estamos, por tanto, ante uno de los talones de Aquiles (102) de la aplicación del derecho de acceso a la información ambiental que no ha acabado de resolverse satisfactoriamente en la LAIA, a pesar de la amplitud con que configura este derecho. Con la aplicación de la reclamación ante el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno se abriría una nueva vía ante un órgano independiente. De hecho, la creación de comisiones independientes que pudiesen revisar las denegaciones de acceso a la información antes de acudir a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ya había sido reclamada por la doctrina en el ámbito del acceso a la información ambiental.

En esta línea, la Enmienda núm. 476 (103), presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, proponía la modificación del artículo 21, apartado 1, del Proyecto de Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, para añadir el inciso «incluidas las que puedan adoptarse en relación con materias que se rijan por normativa específica». De este modo, hubiera quedado clara la extensión de esta garantía a aquellas materias que tienen una normativa específica de acceso a la información, como sucede con la ambiental. Sin embargo, no fue acogida. De ahí que se planteen las dudas a que venimos haciendo referencia.

En nuestra opinión, sería conveniente, en los términos que hemos señalado, una interpretación favorable a la extensión de esta garantía a los supuestos de denegación o limitación del derecho de acceso a la información ambiental, aunque ciertamente una aplicación estricta y literal de la disposición adicional primera habría de conducir a entender que frente a las resoluciones emitidas en contestación a las solicitudes de acceso a la información ambiental no puede utilizarse la reclamación frente al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno. Una vez más, si la disposición adicional primera de la LTBG únicamente hubiera recogido la aplicación prevalente de la normativa específica para aquellas materias que tengan previsto un régimen jurídico específico de acceso a la información, cuando sea más amplia, se hubieran evitado las incertidumbres a que venimos haciendo referencia, al tiempo que se habría garantizado la posición de la LTBG como norma de mínimos. De todas formas, habrá que esperar a ver cuál es la interpretación que hacen los tribunales y el propio Consejo de Transparencia y Buen Gobierno —u órganos independientes que determinen las Comunidades Autónomas—.

Trabajo recibido el 18 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(102) Vid. LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki; GARCÍA URETA, Agustín; LAZCANO BROTONS, Iñigo, *Derecho Ambiental. Parte General*. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñati, 2004, p. 284.

(103) Boletín Oficial del Congreso de los Diputados, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 19-3, 2 de julio de 2013, p. 250.

**LABURPENA:** Informazio publikoa eskuratzeko bideari eta gobernu onari buruzko abenduaren 9ko 19/2013 Lege onartu berriak beste sektore batzuetako arautegiakin artikulatzeko eta koordinatzeko modua planteatzen du, eremu batzuetako informazioa eskuratzeari buruzko arloan. Ingurumen-informazioa eskuratzeari buruzko eskubideak arautegi zehatz bat du —uztailaren 18ko 27/2006 Estatu Legea, ingurumenaren gaian informazioa eskuratzeko, publikoki partehartzeko eta justiziara jotzeko eskubideak arautzen dituena—, eta lan honek aztertzen du Lege hori nola artikulatu 19/2013 Legearekin, sektore horretan 19/2013 Legea zenbateraino aplika daitekeen eta bi legeen arteko harremanak zein diren. Helburu horrekin, 19/2013 Legeko lehen xedapen gehigarria aztertu ondoren —Lege horren eta informazioa eskuratzeko arautegi zehatzen arteko harreman-ildoei buruzkoa—, lan honek aztertzen da 19/2013 Legeak zenbateraino ordezkatzan duen 27/2006 Legean jasotako ingurumen-informazioa eskuratzeko eskubidearen arautegia, eta arazo nagusiak aipatzen dira, adibidez administrazio-isiltasunaren araubide juridikoa edo informazioa eskuratzeko eskubidearen bermeen araubidea.

**HITZ GAKOAK:** Informazio publikoa eskuratzea. Ingurumen-informazioa eskuratzeko eskubidea. Ingurumen-informazioa. Gardentasuna. Ordezotasuna.

**RESUMEN:** La reciente aprobación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno plantea su articulación y coordinación con otras normas sectoriales que cuentan con regulaciones específicas del acceso a la información para determinados ámbitos. En la medida en que el derecho de acceso a la información ambiental cuenta con una normativa específica, recogida, en el ámbito estatal, en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, este trabajo analiza la articulación entre esta Ley y la Ley 19/2013, con el fin de determinar en qué medida resulta aplicable en este ámbito sectorial la Ley 19/2013 y cuáles son las relaciones entre ambas legislaciones. Con esta finalidad, tras examinar el contenido de la disposición adicional primera de la Ley 19/2013, que establece las pautas de relación entre esta Ley y las normativas específicas de acceso a la información, analiza en particular el alcance de la supletoriedad de la Ley 19/2013 sobre la regulación del derecho de acceso a la información ambiental recogida en la Ley 27/2006 y hace especial referencia a aquellos aspectos más problemáticos, como el régimen jurídico del silencio administrativo o el régimen de garantías del derecho de acceso.

**PALABRAS CLAVE:** Acceso a la información pública. Derecho de acceso a la información ambiental. Información ambiental. Transparencia. Supletoriedad.

**ABSTRACT:** The recent passing of Act 19/2013 of December 9th on transparency, access to public information and good governance sets out its articulation and coordination with other sectorial norms that have specific regulations in some areas regarding the access to information. As right of access to environmental information has its specific normative in the State, Act 27/2006 of July that governs rights of access to information, public participation and access to justice in the field of environment, this work analyzes the articulation between this Act and Act 19/2013 in order to establish the relationships between both legislations. With this purpose and after studying the content of the first additional provision of Act 19/2013 that states the guidelines for the relationship between this Act and the specific rules about access to information, it analyzes in particular the

scope of the supplementarity of Act 19/2013 over the regulation of the right to access to environmental protection as stated by Act 27/2006 and it makes special reference to those more problematic aspects as the legal regime to administrative silence or the regime of the guarantees to the right of access.

**KEYWORDS:** Access to public information. Right to access to environmental information. Environmental information. Transparency. Supplementarity.

# El nuevo régimen jurídico del derecho de participación ciudadana. Un repaso a la reciente oleada legislativa

Sergio Castel Gayán

**Sumario:** I. Introducción.—II. Un nuevo enfoque normativo del derecho de participación ciudadana. II.1. El derecho de participación ciudadana en el bloque de constitucionalidad: una profundización desde los estatutos de autonomía. II.2. El nuevo marco legislativo autonómico.— III. Análisis de la nueva legislación reguladora del derecho de participación ciudadana. III.1. Concepto de participación ciudadana. ¿De qué participación estamos hablando? III.2. Ámbitos de aplicación: otros conceptos legales de especial relevancia. III.3. Nuevos derechos de participación ciudadana. III.4. Instrumentos de participación ciudadana.—IV. Elementos adicionales para una visión global.—V. Conclusiones.

## I. Introducción

En los últimos años asistimos a un intenso debate que refleja lo que se ha dado en llamar *las fallas o la esclerosis del sistema representativo*, cuestionando la aplicación del concepto liberal de democracia y proclamando la necesidad de complementarla con instrumentos que promuevan mayores cotas de participación ciudadana. El Estado democrático de derecho se enfrenta al reto de impulsar un proceso de regeneración y profundización democrática, como respuesta a las actuales demandas sociales que exigen reflexionar acerca de la calidad de nuestra democracia y, en concreto, promover una mayor y mejor participación de la ciudadanía en las decisiones públicas.

La demanda de nuevas formas que habiliten una participación ciudadana más directa y proactiva encuentra un importante aval en las recomendaciones manifestadas desde relevantes instituciones nacionales e internacionales. En el ámbito europeo conviene resaltar, entre otros, los principios recogidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; en el Libro Blanco La Gobernanza Europea, de la Comisión Europea, de 25 de julio de 2001; o en la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 6 de diciembre de 2001, sobre la participación ciudadana en la vida pública local. Estos documentos comunitarios definen un conjunto de principios y medidas para favorecer el derecho ciudadano a la información y participación en el ciclo político, promoviendo una cultura de participación democrática. Y todo ello en aras a mejorar la calidad del sistema democrático, lo que explica fácilmente el vínculo estrecho que los textos internacionales tejen entre el derecho de participación ciudadana y el modelo de buen gobierno.

En este marco, la mejora cualitativa del derecho de participación parece haberse convertido en una de las prioridades de las agendas institucionales. Asistimos recientemente al surgimiento de iniciativas cuyo objeto es profundizar en este derecho, dando lugar a un nuevo régimen jurídico cuyo centro de atención es el impulso de formas y procedimientos propios de una democracia participativa, siempre configurada como complemento y perfeccionamiento de nuestro sistema representativo.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar, desde una perspectiva comparada, la reciente oleada de Leyes autonómicas que en los últimos tiempos vienen aprobándose para regular un «nuevo» derecho de participación ciudadana. Un auténtico *boom normativo* que parece consolidarse, precisamente en un momento en el que asistimos a ese auge discursivo en torno a la necesaria implicación de la ciudadanía en las políticas públicas. Para ello se partirá, como no podía ser de otro modo, del marco establecido por nuestro bloque de constitucionalidad, con especial referencia a los Estatutos de Autonomía de última generación, para posteriormente reflejar los aspectos formales y materiales más importantes del reciente desarrollo legislativo impulsado por las Comunidades Autónomas.

## **II. Un nuevo enfoque normativo del derecho de participación ciudadana**

### **II.1. El derecho de participación ciudadana en el bloque de constitucionalidad: una profundización desde los Estatutos de Autonomía**

La Constitución Española (CE'78), dentro de la proclamada voluntad de «establecer una sociedad democrática avanzada», se refiere a España como un Estado democrático (artículo 1.1). La proclamación de este carácter democrático conlleva la formulación de la participación como eje esencial del sistema político, configurándose el artículo 9.2 CE'78 como el pórtico en el que el texto fundamental acoge técnicas y mandatos de participación. Así, el artículo 23 CE'78 atribuye el carácter de derecho fundamental al derecho a la participación, recogiendo dos formas de acceso de los ciudadanos a las decisiones públicas, directamente o por medio de representantes, que no es sino el reconocimiento de un sistema mixto, de democracia representativa y de democracia directa. Este entendimiento de la participación a que se refiere el artículo 23.1 CE'78 no agota, sin embargo, las manifestaciones del fenómeno participativo y, por el contrario, el texto constitucional es rico en este tipo de manifestaciones.

En este marco, el Tribunal Constitucional ha distinguido de forma nítida entre dos formas de democracia: la democracia política, que se ejerce fundamentalmente a través de las instituciones representativas y que puede venir complementada con formas de participación directa (1); b) la democracia participativa, definida por el Alto Tribunal como un conglomerado de instituciones participativas que tiene en común un

---

(1) Precisa el Tribunal Constitucional que nuestro sistema pivota en torno a una clara preeminencia del sistema de democracia representativa, al resaltar que la participación política —como manifestación de la soberanía popular— se ejerce normalmente a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo (STC 119/1995, de 17 de julio). De este modo, la participación popular se encausa básicamente a través de la elección de representantes populares en los órganos de gobierno.

componente o dimensión sectorial, de defensa de intereses particulares o concretos de los individuos o los grupos en los que estos se integran.

Siguiendo con esta distinción, el Tribunal Constitucional ha interpretado con una cierta filosofía restrictiva la democracia participativa, al deslindar el derecho fundamental de participación política del artículo 23 CE'78 de otras fórmulas de participación ciudadana derivadas del mandato general del artículo 9.2 CE'78 (STC 119/1995). Así, afirma de modo tajante que el derecho fundamental está circunscrito a las formas de democracia política, teniendo el resto de instituciones participativas la eficacia jurídica que se desprende del precepto constitucional en el que se integran (2).

En cualquier caso, este deslinde no ha impedido que, en paralelo, la jurisprudencia constitucional haya asumido también un carácter favorable en torno a la democracia participativa y su promoción, «consagrando un conjunto de derechos y prestaciones que ofrecen a la ciudadanía la posibilidad de conocer, incidir, participar e incluso contribuir a transformar la realidad social, económica y política» (STC 136/1999). Del mismo modo que el Tribunal Constitucional reconoce la constitucionalización del mandato general a los poderes públicos de promover la participación y su configuración como derecho subjetivo en ámbitos determinados, señala que nos encontramos ante una manifestación «del fenómeno participativo que tanta importancia ha tenido y sigue teniendo en las democracias actuales y al que fue especialmente sensible nuestro constituyente», que lo ha formalizado como «un mandato de carácter general a los poderes constituidos para que promuevan la participación en distintos ámbitos» (arts. 9.2 y 48 CE) o como un verdadero derecho subjetivo (así, por ejemplo, arts. 27.5 y 7, 105 y 125 CE).

Sin duda, los mandatos e interpretaciones constitucionales repasados aquí de forma sucinta, han encontrado en los Estatutos de Autonomía de última generación una aceptación significativa. Se focaliza la atención en la promoción de la democracia participativa, a diferencia de los primeros Estatutos que reconducían su mirada a la participación política. Un reconocimiento estatutario que no se halla exclusivamente en el complejo contexto actual, sino también en la propia esencia del Estado autonómico. Estos Estatutos definen un nuevo marco político para impulsar el principio democrático que justificó, entre otros, el proceso de descentralización política propuesto por la Constitución.

Se ha señalado que dentro del interés del poder estatuyente por los derechos y principios autonómicos al reforzar su parte dogmática, atiende con énfasis al derecho de participación, otorgando a la democracia participativa una posición novedosa y singular dentro de nuestro bloque de constitucionalidad. Así, una de las principales novedades jurídico-políticas de estos Estatutos es, en esta clave, el reconocimiento ex-

---

(2) En concreto, la STC 119/1995 dispone que «fuera del art. 23 CE quedan cualesquiera otros títulos de participación que, configurados como derechos subjetivos o de otro modo, puedan crearse en el ordenamiento (...), pues no todo derecho de participación es un derecho fundamental (...). Para que la participación regulada en una Ley pueda considerarse como una concreta manifestación del art. 23 CE es necesario que se trate de una participación política, es decir, de una manifestación de la soberanía popular, que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente, puede ser directamente ejercida por el pueblo, lo que permite concluir que tales derechos se circunscriben al ámbito de la legitimación democrática directa del Estado y de las distintas entidades territoriales que lo integran, quedando fuera otros títulos participativos que derivan, bien de otros derechos fundamentales, bien de normas constitucionales de otra naturaleza, o bien, finalmente, de su reconocimiento legislativo» (FJ 3).

preso del derecho de participación ciudadana en la elaboración, ejecución y evaluación de las políticas públicas; reforzado en ocasiones como objetivo político de la Comunidad Autónoma, como principio rector de la actuación de los poderes públicos y como título competencial (por ejemplo, en relación a las consultas populares) (3). Y en este sentido, como afirma Rosario Tur, parece obvio que los mandatos estatutarios quieren propiciar que la participación ciudadana sea configurada a través de una regulación legal, evitando la tendencia de una «política de legislatura» y permitiendo que a partir de una norma con rango de ley pueda hacerse realidad la participación ciudadana como *auténtico derecho subjetivo* (4).

## II.2. El nuevo marco legislativo autonómico

Más allá del debate en torno a determinados nominalismos estatutarios (derechos, habilitaciones al legislador o principios rectores), es cierto que resulta necesaria la intermediación del legislador autonómico para la configuración de auténticos derechos subjetivos. Así, en la actualidad asistimos a la proliferación de nuevas Leyes reguladoras de la participación ciudadana, modernizando la legislación autonómica con el fin de mejorar la calidad del derecho de participación y facilitar su ejercicio a través de diversos y novedosos instrumentos. Quizás como respuesta a las demandas sociales y materializando conceptos que parecen triunfar en ciertos ámbitos (como el de Gobierno Abierto), este *boom legislativo* trata de configurar un nuevo modelo de relaciones entre las Administraciones y la ciudadanía que complementa al modelo representativo vigente, dotando a los ciudadanos de un mayor protagonismo en la toma de decisiones públicas a través del diseño de un «nuevo» derecho de participación ciudadana.

Aunque el verdadero frenesí regulador está encontrando en el momento actual su punto álgido, hace unos pocos años ya surgió el debate sobre el nuevo régimen jurídico del derecho de participación ciudadana. Se ha estudiado cómo las estrategias normativas autonómicas han observado en su evolución más reciente diversos modelos y fases (5). En un primer momento, a finales de la década pasada, las Comunida-

(3) Para un análisis pormenorizado de la regulación de derechos participativos en los Estatutos de Autonomía de última generación, véase EXÓSITO GÓMEZ, Enriqueta y CASTELLÁ ANDREU, Josep Maria, «Los derechos políticos y ante la Administración en el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en M. A. Aparicio, Josep Maria Castellá y Enriqueta Expósito (coord.), *Derechos y principios rectores en los estatutos de autonomía*, Barcelona, Atelier, 2008, pp. 61-94. En la misma obra colectiva, véanse los trabajos relativos a los estatutos balear, valenciano, andaluz, aragonés, castellano-leonés y castellano-manchego. Véase también PÉREZ ALBERDI, Reyes, «Los derechos de participación en los Estatutos de Autonomía recientemente reformados», en *Revista de Derecho Político*, núm. 73, 2008.

(4) TUR AUSINA, Rosario, «Participación ciudadana y evolución hacia la democracia identitaria. Análisis al hilo de la última oleada de reformas estatutarias», en obra colectiva *La Solidaridad en el Estado Autonómico* (coord. Vicente Garrido Mayol), Fundación Profesor Manuel Broseta, 2012, p. 140.

(5) Sobre los escenarios normativos y sus tendencias, puede verse CASTEL GAYÁN, Sergio, «Gobierno abierto en el Estado autonómico: régimen jurídico y estrategias», en *Monográfico XIV de la Revista Aragonesa de Administración Pública «Transparencia, Participación Ciudadana y Administración Pública en el siglo XXI»* (coord. José Luis Bermejo Latre y Sergio Castel Gayán), 2013, pp. 159-201; o TUR AUSINA, Rosario, «Participación ciudadana y evolución hacia la democracia identitaria. Análisis al hilo de la última oleada de reformas estatutarias», *ob. cit.*, pp. 119-148.



des Autónomas que iniciaron un proyecto de apertura apoyado en la promoción de la participación ciudadana adoptaron dos modelos normativos contrapuestos: de «experimentación» y de «juridificación». Esta primera fase dio lugar a las primeras Leyes generales y específicas de participación ciudadana: Ley 11/2008, de 3 de julio, de Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana; y Ley 5/2010, de 21 de junio, Fomento a la Participación Ciudadana de Canarias.

En fechas más recientes parece haberse consolidado y generalizado la estrategia de juridificación, acompañada en ocasiones de una complejización regulatoria en tanto el legislador autonómico empieza a regular el nuevo derecho de participación ciudadana en íntima conexión con otros principios del denominado gobierno abierto. Así, siguiendo un orden cronológico, en esta línea se deben citar la Ley 4/2011, de 31 de marzo, de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears; la Ley Foral 11/2012, de 21 de junio, de la Transparencia y del Gobierno Abierto; y la Ley 4/2013, de 21 de mayo, de Gobierno Abierto de Extremadura; la Ley 3/2014, de 11 de septiembre de Transparencia y Buen Gobierno de La Rioja; y la Ley 10/2014 de 26 de septiembre, de consultas populares no referendarias y otras formas de participación ciudadana de Cataluña.

En la actualidad otras Comunidades Autónomas están trabajando en la redacción de textos legales que también tienen por objeto regular, de forma autónoma o en conexión con otras materias, este nuevo derecho de participación ciudadana. Es el caso del proyecto de Ley de Transparencia Pública y Participación Ciudadana de Aragón; proyecto de Ley de la Administración Pública vasca; proyecto de Ley de Transparencia de Asturias; anteproyecto de Ley de Participación Ciudadana de Andalucía; y la proposición de Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno de Cataluña; o el borrador de anteproyecto de Ley de Transparencia y Gobierno Abierto de Castilla y León.

Desde una mirada comparada al estado actual, se pueden extraer una serie de rasgos característicos del nuevo marco normativo. En primer lugar, el proceso juridificador se ha visto influido en muchos casos por la previa práctica institucional. Algunas normas autonómicas no son sino el reflejo legal de las estrategias de participación ciudadana impulsadas en los últimos años, lo que incide de manera importante en los contenidos establecidos por el legislador. Es más, un repaso a los recientes textos legales permite observar cómo la Ley autonómica hace suyos determinados derechos e instrumentos que ya venían siendo impulsados en el ámbito local (presupuestos participativos, derecho de iniciativa reglamentaria o instrumentos como jurados, paneles o foros ciudadanos). Esta secuencia de hechos —práctica institucional y posterior regulación— debe ser resaltada desde un punto de vista positivo, dado que una adecuada legislación en una materia tan especial como ésta exige sentar unas bases sólidas y reales para construir un modelo propio adaptado a la realidad política y social (6).

La construcción de una creciente heterogeneidad normativa, tanto en el plano formal como en el material, constituye el segundo gran rasgo del nuevo escenario legis-

---

(6) Desde esta consideración merece ser resaltada la previsión de una evaluación global del modelo de participación propuesto por el proyecto aragonés, cuya Disposición Adicional quinta exige que, una vez transcurrido un periodo de cuatro años desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno de Aragón, por medio del Departamento de Presidencia, procederá a realizar un informe de evaluación de la aplicación de esta Ley, que trasladará a las Cortes de Aragón.

lativo. Si enfocamos la mirada hacia una *perspectiva formal*, las técnicas o estrategias normativas aplicadas están generando un marco caracterizado por su disparidad. Las primeras Leyes autonómicas (Comunidad valenciana y Canarias) tenían como objeto exclusivo la regulación del derecho de participación ciudadana, mientras las normas de la segunda oleada optan por regular la participación ciudadana junto a otros pilares, como la transparencia o el buen gobierno, bajo la cobertura del gobierno abierto. En la actualidad, esta diversidad se consolida dado que mientras algunas Comunidades Autónomas están optando por regular en el mismo texto legal los principios de transparencia y participación (Aragón, La Rioja, Asturias o Castilla y León), otras siguen la línea formal de las primeras Leyes ordenando de forma específica el derecho de participación ciudadana (Andalucía), incluyen el nuevo régimen en la norma reguladora de la organización y funcionamiento de la Administración Pública (País Vasco) o dirigen su estrategia de naturaleza política hacia la fragmentación en diferentes normas (Cataluña). No es este fenómeno ni mucho menos baladí, dado que el reconocimiento del nuevo derecho de participación en un tipo de norma u otro refleja la voluntad última del legislador y la importancia otorgada al mismo.

Atendiendo al *contenido material* de las Leyes autonómicas, esta heterogeneidad se manifiesta en el diferente grado de intensidad del nuevo régimen jurídico. Algunas normas profundizan de forma exhaustiva en su regulación, reconociendo diversos derechos e instrumentos, introduciendo importantes novedades jurídicas que tratan de favorecer la participación ciudadana y adoptando una visión amplia de la política participativa. Otras Leyes son extremadamente limitadas, quizás por el protagonismo asumido por el principio de transparencia pública y el concepto de buen gobierno. Estas diferencias, manifestación propia de un sistema políticamente descentralizado, supone la quiebra de la necesaria conexión entre los principios democrático y de igualdad. La participación ciudadana, como derecho que entronca directamente con el principio democrático, no recibe el mismo tratamiento, pudiéndose configurar diecisiete modelos de participación ciudadana, algunos de ellos claros «modelos a la baja». Pero además, parece no aplicarse en este ámbito una de las teóricas ventajas de los procesos de descentralización: la competencia democrática. Según esta visión, las iniciativas adoptadas por los gobiernos subestatales desencadenan efectos de demostración, imitación, aprendizaje y mejora o innovación constante. Sin embargo, la consolidación de la fase de juridificación no se está traduciendo siempre en un proceso de mejora progresiva que intensifique un carácter más favorable al ejercicio del nuevo derecho de participación ciudadana.

En este sentido, y siguiendo con la heterogeneidad en el plano material, se está consolidando la coexistencia de dos grandes modelos normativos. Por un lado, aquel que adopta una «versión reducida o pasiva» en la que el legislador se limita a reconocer una visión instrumental, es decir, se centra exclusivamente en derechos e instrumentos específicos de participación ciudadana. Por otro, una «versión global o activa», añadiendo otros elementos esenciales para la concepción de una auténtica política de promoción de la participación ciudadana, como la organización administrativa, la planificación o el reconocimiento de medidas incentivadoras.

Conviene resaltar, finalmente, otros dos rasgos estructurales de las recientes Leyes autonómicas. Primero, estas normas se autoatribuyen un carácter transversal por su incidencia en las diversas políticas públicas, tal y como manifiesta el texto andaluz al proclamar el principio de transversalidad, «*en cuya virtud el derecho de participación*

de la ciudadanía se integrará en todos los niveles del ámbito de aplicación de esta Ley como eje transversal de actuación» (artículo 4.2). Segundo, transitan hacia un régimen fuerte; esto es, si bien estas Leyes nacieron y han continuado en muchas ocasiones por la senda del principalismo y las declaraciones genéricas, se observa cómo van adquiriendo protagonismo las cláusulas de obligatoriedad, transitando del «podrán» al «deberán». Todo ello sin perjuicio de la inevitable flexibilidad que, en forma de normas principales o generales, requiere en muchas ocasiones la regulación del derecho de participación, evitando su excesiva procedimentalización y permitiendo su adaptación a la realidad cambiante y modulable de cada política pública.

### III. Análisis de la nueva legislación reguladora del derecho de participación ciudadana

#### III.1. Concepto de participación ciudadana. ¿De qué participación estamos hablando?

La reciente legislación tiene por objeto regular y fomentar la participación ciudadana en la vida política, económica, cultural y social, así como promover la participación de la sociedad en los asuntos públicos. Pero, ¿qué tipo de participación ciudadana es objeto de atención en la legislación autonómica? En este sentido, se debe afirmar que el legislador está focalizando su atención en espacios propios de una democracia participativa, abriendo nuevos derechos e instrumentos que permitan a la ciudadanía influenciar —y esto último es importante— en la toma de decisiones públicas.

Esta cuestión nos lleva directamente al concepto legal de participación ciudadana, que ha sido objeto de una cierta depuración y especificación por alguna de las nuevas normas. En un primer momento, la Ley entendía por participación ciudadana «la intervención de la ciudadanía en los asuntos públicos, individual o colectivamente» (artículo 4.1 de la Ley valenciana), criterio conceptual seguido en la mayoría de las recientes normas. Este concepto adolece de un cierto carácter simplista y excesivamente amplio, dado que una lectura literal nos conduce a *cualquier intervención en los asuntos públicos*, sin delimitar el objeto real de la norma —regulación de mecanismos propios de una democracia participativa— respecto de otros instrumentos colindantes pero distintos y que también son intervención en los asuntos públicos —por ejemplo, participación electoral o democracia directa—.

Otras Leyes, en cambio, han precisado un poco más este concepto legal asumiendo una definición más ajustada al objeto de regulación. En concreto, se entiende por participación ciudadana «la intervención, implicación y colaboración de los ciudadanos y ciudadanas, individual o colectivamente considerados, en los asuntos públicos, canalizadas a través de procesos de escucha activa, comunicación y conversación bidireccional» (artículo 36 de la Ley extremeña) (7). Estas Leyes, por tanto, añaden el tipo de canales que deben servir para impulsar una mayor calidad en el ejer-

---

(7) En la misma línea, el proyecto de Ley aragonés define participación ciudadana como «la intervención e implicación de los ciudadanos, individual o colectivamente, en las políticas públicas, a través de procesos y mecanismos que permitan una escucha activa y un diálogo entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas» (artículo 3.g).

cicio de este derecho, aunque de nuevo sin entrar en la verdadera naturaleza de la participación que realmente persigue el legislador.

El anteproyecto de Ley andaluz parece ser más directo. Si bien no recoge una definición expresa de participación ciudadana, a lo largo del texto encontramos diversas referencias a la naturaleza jurídico-política del nuevo modelo. Sirva como ejemplo su Exposición de Motivos: «con la presente Ley se pretende desarrollar los derechos democráticos de la ciudadanía y de los grupos en que se organiza por medio de los procesos, prácticas e instrumentos de democracia participativa que complementen y perfeccionen los derechos y las técnicas de la democracia representativa» (8).

Hay que traer a colación, en este sentido, el concepto propuesto por el Profesor Pizzorusso, quien definía la democracia participativa como la participación ciudadana, ya sea de forma individual o colectiva, en asuntos que directa o indirectamente les afectan y que, articuladas en un proceso, éste concluye con la decisión final adoptada por el poder público (9). La capacidad «decisional» se convierte así en el elemento de distinción. Por tanto, el objetivo no es ni debería ser, ni mucho menos, abrir un nuevo escenario que provoque el resurgimiento del debate clásico entre democracia representativa y democracia directa; se trata de construir nuevos espacios que, como complemento al sistema representativo, permitan generar una interacción entre poderes públicos y ciudadanía que implique a ésta en mayor medida en los asuntos públicos.

Es este el objeto real de las recientes Leyes autonómicas de participación ciudadana, habilitando instrumentos en los que, si bien la última palabra corresponde al poder público competente, permiten tomar en consideración la opinión de los ciudadanos, en cuanto tales (*uti cives*) o como actores afectados directamente, de forma individual o agrupada. La Ley deja claro que los resultados de los instrumentos de participación no son vinculantes (artículos 17.1 de la Ley valenciana y 17.2 de la Ley canaria) o, como señala el proyecto de Ley aragonés, tienen «carácter orientativo en el diseño de las políticas públicas» (artículo 51.5). Con el mismo sentido se expresa el anteproyecto andaluz, que bajo la consideración del principio de relevancia establece que «las conclusiones de los procesos de participación ciudadana contemplados en esta Ley se tomarán en consideración en la gestión pública» (artículo 4.7).

La toma de las decisiones corresponde únicamente a los órganos representativos, cuyas facultades de decisión no pueden ser menoscabadas por las formas, medios y procedimientos de participación ciudadana que se habiliten en estas Leyes. Ahora bien, el nuevo derecho de participación y sus instrumentos sí comprometen políticamente a los cargos públicos, tal y como se desprende de los diversos pronunciamientos legales tendentes a garantizar la rendición de cuentas como rasgo característico del nuevo modelo. A modo de ejemplo, se pueden citar las obligaciones de motivar la

---

(8) El artículo 11 del anteproyecto andaluz también es expresivo: «Conforme a lo establecido en el artículo 10.3.19.º del Estatuto de Autonomía de Andalucía, es un objetivo básico de la Comunidad Autónoma la participación ciudadana en la elaboración, prestación y evaluación de las políticas públicas, en aras de una democracia participativa». Dado que el objeto de estudio es el ámbito autonómico, no se analiza la Norma Foral 1/2010, de 8 de julio, sobre participación ciudadana de de Gipuzkoa, pero sí conviene citarla aquí puesto que esta Norma tiene como finalidad «desarrollar los derechos democráticos de la ciudadanía y de los grupos en que se organiza por medio de los procesos, prácticas e instrumentos de democracia participativa que complementen y perfeccionen los derechos y las técnicas de la democracia representativa» (artículo 3.b).

(9) PIZZORUSSO, Alessandro, «Democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa», *Studi in memoria di Carlo Esposito*, Vol. III, CEDAM, 1973, p. 1473 y ss.

decisión pública cuando esta no asuma total o parcialmente los resultados derivados de los procesos participativos (artículo 14.2 del anteproyecto andaluz), así como recoger el resultado de los instrumentos participativos en un informe de participación evaluando cómo esa participación ha condicionado o ha influido en la actuación administrativa (artículos 18.4 de la Ley valenciana y 48 de la Ley navarra) (10).

Una vez analizada la verdadera naturaleza del derecho de participación, cabe extraer de las definiciones legales otros dos elementos que denotan el tipo de participación que la Ley pretende promover, si bien serán objeto de mayor profundización en el estudio de los instrumentos. En primer lugar, el legislador parece interesado en convertir el *principio deliberativo* en el pilar inspirador del nuevo derecho de participación, a través de instrumentos que garanticen una bidireccionalidad y una «interrelación mutua» entre Administración y ciudadanos (artículo 36.2 de la Ley extremeña). Se trata de reconocer la capacidad decisional a los poderes públicos, pero desde una óptica que ha de enfocarse prevalentemente hacia la «bidireccionalidad», es decir, del poder público a la ciudadanía, y de ésta hacia el primero. El fomento del «momento deliberativo», como un paso más en el ideal democrático, es condición imprescindible para superar la evidente desafección y apatía democrática. Y es que la democracia participativa no pretende sólo el incremento del decisionismo ciudadano —pues para ello valdrían instrumentos unidireccionales—, sino el acercamiento de la ciudadanía a sus representantes a través de un proceso deliberativo que permita reducir esa distancia tantas veces denunciada entre aquellos (11).

De los conceptos legales se extrae, en segundo lugar, la intención de promover tanto la *participación individual como colectiva*. Ello se conecta con la lógica «selectiva» y en cierto modo «discriminatoria» de la democracia participativa pues, como señala el Tribunal Constitucional, ésta articula voluntades particulares y colectivas que no se imputan al cuerpo electoral aunque indudablemente enriquecen la democracia misma, pareciendo imprescindible tomar en consideración la actividad de los que Rosario Tur denomina «grupos profesionales de la participación». No sólo ha de afrontarse el monopolio de los lobbies y grupos de intereses con ese claro predominio del carácter profesional de lo público, sino que es preciso también buscar al individuo en sí mismo considerado como sujeto de la participación.

### III.2. Ámbitos de aplicación: otros conceptos legales de especial relevancia

El ámbito de aplicación de las Leyes de participación ciudadana se sustenta en torno a dos grandes pilares: la Administración Pública y la ciudadanía. Dicho de otro

---

(10) Como ejemplos de referencias legales que traducen este rasgo característico, bien como derecho del ciudadano, bien como obligación de la Administración, también se pueden citar los siguientes: al adoptar las decisiones, serán debidamente tenidos en cuenta los resultados de la participación ciudadana; una vez examinadas las observaciones y opiniones expresadas por los ciudadanos, se debe informar a estos de las decisiones adoptadas y de los motivos y consideraciones en los que se basen dichas decisiones, incluyendo la información relativa al proceso de participación pública (artículos 48 de la Ley navarra, 117.2 del proyecto vasco o 18 de la Ley riojana); notificar y hacer público el resultado definitivo del procedimiento en el que han participado, así como el modo en que se hayan sido tenidas en cuenta las principales aportaciones de los participantes o los motivos de su rechazo (artículo 117.2 del proyecto vasco).

(11) TUR AUSINA. Rosario, «Participación ciudadana y evolución hacia la democracia identitaria. Análisis al hilo de la última oleada de reformas estatutarias», *ob. cit.*, p. 125.

modo, el nuevo régimen jurídico configura un *sujeto pasivo*, aquel que adquiere la condición de destinatario de las obligaciones legales para promover la participación ciudadana en sus decisiones públicas; y un *sujeto activo*, como titular del nuevo derecho de participación previsto en esta normativa.

En cuanto al primero, el legislador dirige sus mandatos a la Administración autonómica y a los organismos e instituciones de ella dependientes, ya que estas últimas también pueden llegar a ejercer potestades administrativas y competencias decisorias de interés públicos, liderando en muchas ocasiones el diseño de políticas públicas (elaboración de textos normativos o de planes de actuación sectorial). Siendo esta la tónica general, otras Leyes invitan a las entidades locales a incorporar en sus reglamentos de organización y funcionamiento los instrumentos de participación ciudadana, en las condiciones que en los mismos se determinen y, por tanto, respetando el principio de autonomía local (artículo 2.4 de la Ley canaria)(12). De esta línea se aparta el anteproyecto andaluz, que incluye dentro de su ámbito de aplicación el ejercicio de las competencias de gobierno y administración de la Comunidad Autónoma y de los Entes Locales. Este texto contiene un régimen específico para su directa aplicación en el ámbito local (en materia, por ejemplo, de procesos participativos o de consultas participativas), sin perjuicio de posterior desarrollo y concreción en los reglamentos locales(13).

El segundo pilar del ámbito de aplicación es el titular del derecho de participación, lo que nos lleva a dos conceptos asumidos por el legislador y que ostentan una indudable importancia jurídico-política: ciudadanía y entidades ciudadanas. En cuanto al primero, la Ley adopta una *visión subjetiva amplia* haciendo una apuesta decidida por abrir el derecho de participación ciudadana. A diferencia de los instrumentos de participación política, la Ley incluye dentro del concepto de ciudadanía el criterio de residencia o de vecindad administrativa (artículos 4.2 de la Ley valenciana, 2.2 de la Ley canaria, 42.2 del proyecto aragonés y 5.1 del anteproyecto andaluz). Las normas navarra y extremeña amplían más el concepto, entendiendo por ciudadano toda persona que se relaciona con la Administración(14); una amplitud que puede deberse a que el legislador regula el principio de transparencia y el derecho de participación bajo el mismo ámbito de aplicación, ejerciendo una vis atractiva la visión subjetiva del régimen de la transparencia pública.

---

(12) Si bien la Ley extremeña incluye en su ámbito de aplicación a las entidades que integran la Administración local y sus entes y organismos vinculados o dependientes, las vinculaciones relativas al ámbito de la participación ciudadana son más bien escasas dadas las referencias generalistas de esta norma. Por su parte, la Disposición Adicional tercera de la Ley navarra ordena al Gobierno a presentar en el plazo de un año, un proyecto de Ley Foral de reforma de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de la Administración Local de Navarra, con objeto de incorporar a la actividad de las Entidades Locales de Navarra los principios y previsiones contenidas en esta Ley Foral acerca de la participación y colaboración ciudadana.

(13) En este sentido, la Disposición final segunda del anteproyecto andaluz: «En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley los municipios andaluces deberán adaptar sus reglamentos de participación ciudadana a lo dispuesto en la misma. En el mismo plazo los municipios que no hayan dado cumplimiento a lo dispuesto en la disposición final séptima de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, deberán aprobar sus reglamentos de participación ciudadana».

(14) Mientras la Ley extremeña limita la definición a este criterio relacional, la Ley navarra añade que esta relación puede ser a título individual y en su propio nombre, o bien en representación y en el nombre de las organizaciones legalmente constituidas en las que se agrupen o que las representen.

Quizás el *criterio de la afectación* hubiese tenido un mejor encaje dentro de la filosofía de una democracia participativa, siguiendo el ejemplo que en esta línea prevé el artículo 105.a CE'78 en relación a la elaboración de las disposiciones administrativas. En cualquier caso, la heterogeneidad de los instrumentos participativos previstos en las nuevas Leyes autonómicas exige un análisis casuístico, de modo que el concepto general previsto en la Ley va a necesitar una interpretación ampliada o reducida de los sujetos participantes en función del derecho o instrumento concreto. Esta labor de especificidad puede apreciarse, por ejemplo, en el derecho de iniciativa reglamentaria, cuya titularidad se reserva en la Ley navarra a los ciudadanos con residencia legal (artículo 45) y en el proyecto vasco a los ciudadanos inscritos en el censo electoral y que tengan la condición política de vascos (artículo 119); o en las consultas participativas, derecho reservado en el texto andaluz a todas las personas mayores de 16 años que tengan vecindad administrativa en el ámbito territorial al que se circunscriba la consulta (artículo 35).

En esta ampliación subjetiva, especial relevancia adquiere el reconocimiento expreso a la participación de la población infantil, adolescente y juvenil. En el marco de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, la Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 2009 insta a los países miembros a elaborar métodos e instrumentos para lograr la participación significativa de los niños en los planos local, regional y nacional. Como reconocimiento legal del trabajo que se está desarrollando por algunas Comunidades Autónomas en este ámbito, se empieza a prestar una atención específica al proclamar que es finalidad de la Administración «fomentar una cultura de participación ciudadana responsable, tolerante y solidaria con especial atención a la población infantil y juvenil» (artículo 43.g del proyecto aragonés).

La reciente legislación autonómica también es de aplicación a los grupos o entidades representativas de intereses colectivos. En relación a éstas, las primeras Leyes acogieron un concepto restringido, incluyendo dentro de las denominadas entidades ciudadanas a aquellas personas jurídicas sin ánimo de lucro que reúnen los requisitos exigidos en la propia Ley, y a través de las cuales la ciudadanía ejerce colectivamente su derecho de participación ciudadana (artículos 4.3 de la Ley valenciana y 13 de la Ley canaria) (15). El proyecto de Ley aragonés amplía este concepto al no exigir el criterio de personalidad jurídica, entendiéndolo por entidades ciudadanas a «aquellas entidades con personalidad jurídica o sin ella» (artículo 42.2). En la misma línea y de modo muy expresivo, el anteproyecto andaluz incluye a «las agrupaciones de personas físicas y/o jurídicas que se conformen como plataformas, movimientos, foros o redes ciudadanas sin personalidad jurídica, incluso las constituidas circunstancialmente, cuya actuación se desarrolle en el territorio andaluz y cumplan los requisitos que se

---

(15) Estos requisitos son: a) Que su constitución y funcionamiento se regulen por la normativa vigente en materia de asociaciones, usuarios y consumidores y fundaciones; b) Que su ámbito de actuación esté vinculado a los intereses autonómicos; c) Que tengan recogido en sus Estatutos, al menos, alguno de los siguientes objetivos: 1. Estimular la participación ciudadana en la vida pública, bien actuando como cauce, mecanismo o instrumento de dicha participación, o bien implantando y desarrollando dichos mecanismos. 2. Representar y defender ante la Administración autonómica los intereses tanto de sus miembros como de la ciudadanía en general. 3. Promover el desarrollo de actuaciones de carácter cívico o social dirigidas a mejorar la calidad de vida de la ciudadanía. 4. Potenciar el conocimiento de las Administraciones.

establezca reglamentariamente» (artículo 5.2) (16). Parece, por tanto, que el legislador pretende dar voz a determinados movimientos ciudadanos que por su significatividad deben ser parte implicada en algunos instrumentos participativos institucionales y formales, fundamentalmente en aquellos que permiten generar un debate público con todos los actores implicados en una política pública concreta.

Por su parte, el proyecto de Ley vasco, bajo la genérica categoría de «grupos representativos de intereses diversos», incluye tres tipologías (artículo 113). En primer lugar, y siguiendo los conceptos valenciano y canario, las entidades colectivas, definidas como las personas jurídicas, sin ánimo de lucro, cualquiera que sea su forma jurídica y su naturaleza, que tengan como fin la defensa de intereses colectivos y/o de sus asociados, ya sean de carácter general o sectorial, que desarrollen sus actividades en la Comunidad Autónoma. En segundo lugar, los grupos de interés, como aquellas organizaciones y personas, sea cual sea su estatuto jurídico, que se dedican profesionalmente como parte de su actividad a influir directa o indirectamente en los procesos de elaboración de las políticas o disposiciones o en la aplicación de las mismas y en las tomas de decisiones de la Administración autonómica y que desarrollen sus actividades en la Comunidad Autónoma. Finalmente, los grupos de reflexión, donde se incluyen a instituciones académicas y de investigación que desarrollen sus actividades en la Comunidad Autónoma (17). En cualquier caso, conviene precisar que esta clasificación carece de efectos jurídicos importantes al no generar una diferenciación en cuanto al reconocimiento del derecho de participación.

En conclusión, las últimas Leyes autonómicas han ampliado el ámbito de aplicación y la titularidad del nuevo derecho de participación ciudadana. Esta expansión del sujeto activo es del todo lógica dentro de un modelo de democracia participativa, si lo que se pretende es otorgar una racionalidad y legitimidad a escala micro a las decisiones públicas, y si el objetivo de estos instrumentos es, como rezan algunas Leyes, beneficiarse de la riqueza que representan los conocimientos y experiencias de la ciudadanía.

### III.3. Nuevos derechos de participación

El núcleo duro del nuevo régimen jurídico lo constituye la vertiente instrumental, es decir, la regulación de los derechos previstos como manifestación del genérico derecho de participación ciudadana y de los instrumentos participativos que deben abrirse para garantizar su ejercicio real y efectivo.

En cuanto a los derechos reconocidos en las Leyes de participación ciudadana, pueden agruparse, a efectos de un estudio sistemático, alrededor de tres grandes círculos.

---

(16) En la misma línea, la proposición de Ley de participación ciudadana de Cataluña, al regular el Registro de Grupos de Interés, señala que pueden ser objeto de inscripción las plataformas u otras formas de actividad colectiva que aún sin personalidad jurídica constituyen de hecho un frente de influencia organizada (artículo 47.2).

(17) Sin esta categorización, otras Leyes incluyen las mismas tipologías de entidades en el mandato de promover su participación. Por ejemplo, La Ley navarra y, con un mimetismo absoluto el proyecto riojano, ordenan a la Administración promover la participación de las Universidades, Colegios Profesionales, Consejos Asesores y de cuantas entidades y organismos considere adecuados atendiendo a las distintas actuaciones promovidas en el ejercicio de sus competencias.



En el primero se incardinan los derechos clásicos de participación, como el derecho de iniciativa legislativa (artículo 11 de la Ley valenciana); el derecho de participación a través del referéndum (Disposición Adicional Quinta de la Ley canaria); o el derecho de petición (artículo 10 de la Ley valenciana) (18). Se trata de derechos incluidos dentro del modelo de democracia participativa (la capacidad decisional última recae en el poder público y no en la ciudadanía), a excepción lógicamente del referéndum vinculante, pero el legislador no entra de lleno en su regulación limitándose a efectuar una remisión normativa a su régimen específico sin prever novedades significativas. La Ley no aprovecha para innovar su ordenación jurídica, entendiendo que el cuerpo de estos derechos requiere un debate específico a través de una regulación propia e independiente.

El segundo círculo engloba un conjunto de derechos que constituyen requisitos previos para garantizar una participación real y efectiva. En este ámbito de «derechos instrumentales» resalta fundamentalmente el derecho de información para la participación ciudadana (19), que encierra en su seno tanto la información genérica sobre las iniciativas de actuaciones públicas y de los resultados de la gestión autonómica (artículos 5 y siguientes de la Ley valenciana), como la información específica en torno a las iniciativas de promoción de la participación ciudadana. Mientras la primera se encuentra muy ligada al régimen jurídico de la transparencia pública, el segundo configura un escenario concreto y nuevo.

Sobre éste último, y desde esa concepción instrumental del derecho de información para la participación ciudadana, la Ley navarra establece que la Administración debe informar a los ciudadanos sobre cualesquiera propuestas de planes y programas de carácter general, de modo inteligible e incluyendo la información relativa al derecho a la participación en los concretos procesos decisorios (artículo 35). De modo más directo, el proyecto aragonés obliga al Departamento competente en materia de participación ciudadana a informar del desarrollo de los instrumentos de participación ciudadana y a impulsar campañas informativas para darles la más amplia difusión a los instrumentos de participación ciudadana (artículo 49). En la misma línea, el texto andaluz exige publicar los procedimientos en los que sea posible la participación de la ciudadanía mientras se encuentren en trámite (artículo 11.4), así como garantizar «la máxima difusión de la información sobre la apertura, inscripción y desarrollo del proceso de deliberación con la finalidad de promover la participación ciudadana con la máxima extensión posible» (artículo 18.5).

El tercer y último círculo incorpora derechos específicos (subespecies) que concretan y materializan el genérico derecho de participación ciudadana para ámbitos o fines concretos. Así, a los efectos de esta normativa, el derecho de participación en los asuntos públicos implica, en primer lugar, el *derecho a participar en la elaboración y evaluación de los programas y políticas públicas*, así como en la *evaluación de los servicios públicos*. La Ley apenas prevé grandes obligaciones jurídicas, más allá de orde-

---

(18) El artículo 44.2.d del proyecto aragonés atribuye al Departamento competente en materia de participación ciudadana la elaboración de la memoria anual relativa a actividades derivadas del ejercicio del derecho de petición ante la Administración de la Comunidad Autónoma, dando así cumplimiento a la obligación impuesta por el artículo 11.5 de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición.

(19) Otros derechos que pueden ser incluidos dentro de esta categoría son el derecho a recabar la colaboración de la Administración Pública en actividades ciudadanas (artículos 13 de la Ley valenciana, 11 de la Ley canaria y 47 de la Ley navarra) o el derecho de propuestas o actuaciones de interés público (artículos 10 de la Ley canaria, 46 de la Ley navarra y 50 del proyecto aragonés).

nar a la Administración, de forma genérica, que establezca los medios necesarios para que los ciudadanos puedan colaborar en el diseño y elaboración de programas anuales y plurianuales, y reconocer el derecho de los ciudadanos a ser consultados periódica y regularmente sobre su grado de satisfacción con los servicios públicos y con las actividades gestionadas por la Administración.

Es el texto andaluz el que profundiza en este derecho otorgando un papel más proactivo a la ciudadanía al reconocer el derecho de iniciativa ciudadana para proponer políticas públicas (requiriendo un apoyo mínimo de 20.000 firmas), cuya presentación permite a las personas promotoras reunirse con representantes de la Administración para explicar detalladamente las cuestiones que plantea su iniciativa (principio deliberativo). También debe citarse aquí el reconocimiento del derecho de participación en la elaboración de los presupuestos de la Comunidad Autónoma, figura que ha sido aplicada en el ámbito local pero que constituye una novedad para la esfera autonómica. Este cauce permite a la ciudadanía opinar y proponer alternativas en cuanto al orden de prioridades en los distintos capítulos del presupuesto, mediante mecanismos de democracia directa debidamente estructurados u otros procesos e instrumentos participativos (artículos 6.1.f de la Ley balear, 37.1.f de la Ley extremeña y 21 del anteproyecto andaluz).

El *derecho de participación en la elaboración de las disposiciones administrativas de carácter general* ocupa un lugar especial en las recientes leyes autonómicas (20), si bien su reconocimiento se acoge con diversa intensidad. Algunas normas poco añaden, al señalar simplemente que la Administración velará por alcanzar el mayor grado de participación a través de los trámites de audiencia e información pública (artículo 19 de la Ley riojana). Mayor novedad y concreción encontramos en los textos extremeño (artículo 40), navarro (artículo 44), vasco (artículo 120), andaluz (artículo 26) y catalán (artículo 69), que regulan un derecho específico de «remisión de sugerencias o recomendaciones» a través de un procedimiento que no sustituye al trámite de audiencia e información pública ni atribuye la condición de interesado. Las aportaciones y sugerencias serán tenidas en cuenta por el órgano encargado de la tramitación que podrá asumirlas o rechazarlas motivadamente y, posteriormente, ponerlas en conocimiento de quienes las han promovido, debiendo publicar la respuesta en la plataforma correspondiente (principio bidireccional).

El «tempo» concreto para ejercer este derecho varía de una norma a otra. Mientras el texto andaluz habilita la remisión de sugerencias desde el momento en que el titular de la Consejería competente por razón de la materia anuncie la voluntad de elaborar una disposición de carácter general hasta la adopción del acuerdo de inicio de la tramitación administrativa del anteproyecto (artículo 26.2), otras Leyes reconocen el ejercicio de este derecho en cualquier momento anterior al trámite de audiencia o de información pública o, en su caso, al informe final (artículos 44 de la Ley navarra y 40 de la Ley extremeña).

---

(20) El reglamento constituye la norma característica de nuestro ordenamiento jurídico y de un uso creciente por parte de la Administración. De hecho, la motorización legislativa encuentra en la norma reglamentaria su expresión máxima. La complejidad y los tecnicismos propios de la sociedad moderna justifican su posición, de modo que es la importancia del reglamento en nuestro sistema de fuentes del derecho la que explica que su elaboración se guíe por los principios de transparencia y participación. La era de los reglamentos ha de caracterizarse, en un sistema democrático, por un procedimiento abierto de aprobación, en el que los objetivos, los motivos y las intenciones del titular de la potestad reglamentaria se conozcan desde un principio, y en el que todos los sujetos interesados tengan la oportunidad de intervenir exponiendo sus alegaciones y sugerencias. CASTEL GAYÁN, Sergio, «Gobierno abierto en el Estado autonómico: régimen jurídico y estrategias», *ob. cit.*, p. 188.

El *derecho a la iniciativa reglamentaria* constituye una novedad de primer orden, como figura que permite a los ciudadanos impulsar la confección de normas reglamentarias y al Gobierno, sin renunciar a su capacidad última de decisión y dirección de las políticas públicas, incorporar a su acción aquellas demandas ciudadanas que, por su apoyo amplio y su acierto, merezcan tal consideración. Dada la importancia del reglamento dentro del sistema de fuentes del derecho y con la finalidad de abrir una posición proactiva de la ciudadanía, la primera norma que reconoció este derecho fue la Ley canaria, a la que han seguido la mayoría de las Leyes autonómicas. El régimen previsto para este nuevo derecho establece que los ciudadanos (21) pueden proponer la tramitación como disposición reglamentaria de iniciativas que afecten a sus derechos e intereses legítimos, exigiendo para ello una serie de requisitos: a) las propuestas deberán contener el texto propuesto, acompañado de una memoria justificativa con explicación detallada de las razones que aconsejan la tramitación y aprobación de la iniciativa; b) las propuestas habrán de estar respaldadas por un mínimo de firmas (22); c) las propuestas no podrán recaer sobre disposiciones de desarrollo de las materias excluidas por la ley reguladora de la iniciativa legislativa popular (23).

Además del régimen común previsto en todas las leyes autonómicas que reconocen este derecho, merecen ser resaltados los elementos novedosos propuestos por los textos andaluz y vasco. El primero, incidiendo de nuevo en el principio deliberativo, incorpora un trámite de defensa del proyecto: «el órgano directivo competente llamará a comparecencia a las personas promotoras para escuchar sus argumentos y hacer las aclaraciones que considere pertinentes» (artículo 27.4). Por su parte, el proyecto vasco (artículo 119), que plantea un derecho íntimamente asociado a la iniciativa legislativa popular con continuas remisiones normativas, habilita la posible reconversión de la iniciativa reglamentaria en derecho de petición, previendo que cuando una iniciativa ciudadana haya resultado inadmitida por no cumplir con todos los requisitos, o aún siendo admitida no consiga recabar las cantidades mínimas de firmas, podrá convertirse en petición ante la Administración. Finalmente, también inspirado en esa filosofía deliberativa, establece el derecho de los promotores a presentar la iniciativa

---

(21) Mientras la mayoría de las Leyes reconocen la titularidad de este derecho al concepto legal de ciudadano visto anteriormente, otras normas prevén un régimen específico. Por ejemplo, la Ley navarra atribuyen este derecho a los ciudadanos con residencia legal en la Comunidad Foral, individualmente y en su propio nombre. Por su parte, el proyecto vasco reconoce la iniciativa a los ciudadanos inscritos en el censo electoral y que tengan la condición política de vascos, así como los grupos representativos de intereses regulados en esta ley, que deberán acreditar la representatividad del colectivo en cuyo nombre actúen.

(22) La Ley canaria exige que las propuestas habrán de estar respaldadas por al menos tres entidades ciudadanas y por un número de firmas de ciudadanos, sean o no miembros de las mismas, no inferior a quince mil (15.000), cuando la disposición reglamentaria que se propone afecte a toda la Comunidad Autónoma. Por su parte, las Leyes navarra y extremeña exigen que estén respaldadas por las firmas de, al menos, dos mil personas; el anteproyecto andaluz exige la firma de 40.000 personas; y la proposición de Ley catalana exige 15.000 firmas.

(23) Cumplidos estos requisitos, en el plazo común de tres meses, y previa valoración de los intereses afectados y de la oportunidad que para el interés público represente la regulación propuesta, se podrá ordenar el inicio de su tramitación como proyecto de disposición reglamentaria de conformidad con lo previsto en la legislación aplicable. En cualquier caso, la Administración Pública gozará de plenitud de facultades para formular propuestas al proyecto de disposición normativa y para completar la memoria justificativa presentada con estudios, informes y otros elementos de juicio. Al vencimiento del plazo señalado sin ordenar el inicio de su tramitación como proyecto de disposición reglamentaria, debe tenerse por denegada la iniciativa.

ciudadana en una audiencia pública en la que podrán expresar su opinión sobre las modificaciones propuestas por los diferentes organismos y agentes consultados a lo largo del procedimiento.

### III.4. Instrumentos de participación ciudadana

Con el objetivo de hacer efectivo el nuevo derecho de participación ciudadana, las Leyes autonómicas prevén diversos instrumentos específicos de participación, definidos de forma general como *los cauces para la participación de la ciudadanía en las políticas públicas*. A partir de este concepto de partida, el legislador introduce algunas notas que deben definir el sentido y funcionamiento de estos instrumentos, entendiendo que además de permitir la intervención ciudadana en las políticas públicas, también constituyen cauces para «la interrelación de la ciudadanía y las entidades ciudadanas» (artículo 4 de la Ley valenciana) (24). Otras normas añaden al sujeto impulsor como elemento definitorio, precisando que los instrumentos de participación, a efectos de estas Leyes, se circunscriben al ámbito de la participación formal e institucional: «mecanismos utilizados por la Administración Pública para hacer efectiva la participación y la colaboración de todos los ciudadanos y ciudadanas, sin discriminación, en los asuntos públicos» (artículo 36.1 de la Ley navarra) (25). Instrumentos que, en definitiva, están destinados a legitimar, encauzar y estructurar la participación ciudadana y de los grupos representativos de intereses (artículo 116.1 del proyecto de Ley vasco) (26).

Tan importante como su concepto y reconocimiento legal son sus efectos jurídicos. Y en este punto sí existe unanimidad en la normativa autonómica, al precisar, como ya se ha señalado anteriormente, que los resultados de los instrumentos de participación ciudadana no tienen un carácter vinculante para los poderes públicos, más allá de la existencia de un compromiso político en forma de rendición de cuentas que obliga a motivar la decisión de no asunción total o parcial de los resultados de los procesos participativos que se pongan en marcha. También en referencia a sus efectos jurídicos, el texto andaluz añade que el cumplimiento de sus normas será directamente exigible para hacer efectivos los derechos en ella reconocidos, aunque su omisión o infracción no afectará, en ningún caso, a la validez y eficacia del acto o decisión en cuyo procedimiento se prevea (artículo 14.4).

El legislador no pretende asumir el papel de codificador de todos los instrumentos de participación, sino añadir nuevos cauces a aquellos que vienen funcionando en apli-

(24) Artículo 17 de la Ley canaria: «Los instrumentos de participación ciudadana son cauces para la participación de la ciudadanía en las políticas públicas y para la coordinación de las entidades entre sí».

(25) En la misma línea, el proyecto aragonés los define como «los instrumentos de participación ciudadana son los mecanismos utilizados por la Administración de la Comunidad Autónoma para hacer efectiva la participación ciudadana en la elaboración y evaluación de las políticas públicas» (artículo 51.1).

(26) En este sentido, conviene recordar cómo Chevalier, defendiendo la idea de participación de los ciudadanos, afirmaba que durante mucho tiempo era la noción de interés general la que ha servido de principio de legitimación al apartado de coacción pública. Sin embargo, el debilitamiento del peso de las asambleas parlamentarias y la influencia cada vez más clara de la alta Administración en la dirección de los asuntos públicos, limita el carácter del argumento sacado del control democrático, de modo que esa ideología del interés general debe ser renovada y es la ideología de la participación la que puede sustituirla con ventaja. CHEVALIER, Jacques, «La participation dans l'Administration française: discours et pratique», en *Bulletin de l'Institut International d'Administration Publique*, núm. 37 y 39, 1976, pp. 85-142.

cación de la legislación sectorial y, por tanto, no les otorga un carácter excluyente (27). El nuevo régimen jurídico no constituye ni un cambio radical ni una derogación generalizada, sino un proceso de ampliación y complementariedad («juego de sumas»). Además, la cantidad y variedad de instrumentos participativos existentes y que pueden crearse en el futuro, así como la escasa experiencia participativa en muchos casos, complican la posible fijación de estándares en cuanto a instrumentos concretos que deben o no emplearse en cada supuesto. Esto obliga al nuevo régimen jurídico a evitar cualquier tipo de catálogo cerrado y a adoptar una visión flexible y adaptable, estableciendo un marco general en el que se fijan las condiciones y garantías básicas que debe reunir cualquier instrumento, y otorgando un amplio margen a la Administración para elegir, en cada momento, el cauce más adecuado a la importancia, complejidad o dimensión de cada actuación pública (28).

En concreto, los nuevos instrumentos de participación ciudadana ordenados por las recientes Leyes autonómicas, y en cuyo funcionamiento deben regir los principios de igualdad y transparencia, son los siguientes:

- Sondeos y encuestas (29). El Gobierno puede recabar la opinión de la ciudadanía sobre asuntos de interés general de competencia autonómica, mediante sondeos, encuestas, estudios de opinión o cualquier otro instrumento basado en técnicas demoscópicas. Algunas Leyes parecen limitar la aplicación de este instrumento para consultar sobre el grado de satisfacción ciudadana respecto de los servicios públicos. En todo caso, los resultados de estas consultas deben publicarse siempre en la página web de la administración.
- Foros de consulta (30). Se definen como espacios de debate y análisis al objeto de reflexionar sobre los efectos de una política pública y elaborar análisis valorativos de los efectos reales de dichas políticas en la calidad de vida de la ciudadanía. Otras normas, como la canaria, los definen como espacios de debate y análisis de las políticas públicas, de carácter orgánico, establecidos por las normativas sectoriales cualquiera que fuera su concreta denominación, o, sin aquel carácter, que se establezcan con el objetivo de obtener de forma dinámica y actualizada opiniones, propuestas o críticas a las diferentes iniciativas de actuación pública, tanto en la fase de elaboración como con posterioridad a su implementación en procesos de carácter evaluativo.

---

(27) Es por ello que deja claro que las acciones destinadas a canalizar la participación ciudadana se desarrollarán a través de los instrumentos previstos en la Ley de participación ciudadana, «así como a través de los demás instrumentos ya existentes que se establezcan en otras leyes sectoriales o normas reglamentarias y, por tanto, de acuerdo con su normativa específica» (artículos 17.2 de la Ley canaria y 17.2 de la Ley valenciana). En la misma línea, véanse los artículos 51.2 del proyecto aragonés, 36.3 del proyecto asturiano y 14.3 del anteproyecto andaluz.

(28) Claro ejemplo es la declaración del proyecto vasco en relación a los instrumentos de participación: «Dentro de cada procedimiento, los plazos, los grados de participación y los efectos de esta participación se deben ajustar a la importancia y complejidad del plan, programa o proyecto» (artículo 116.4).

(29) Artículos 20 de la Ley canaria, 6.2 de la Ley balear, 37.2 de la Ley extremeña, 116.2 del proyecto vasco, 53 del proyecto aragonés y 36.2 del proyecto asturiano.

(30) Artículos 19 de la Ley valenciana, 39 de la Ley navarra, 21 de la Ley canaria, 116.2 del proyecto vasco, 54.1 del proyecto aragonés, 36.2 del proyecto asturiano y 24.3 del anteproyecto andaluz.

- Paneles ciudadanos(31). Constituyen espacios de información constante e inmediata que se crean con carácter temporal, mediante los que la Administración informa o realiza consultas relacionadas con cualquier asunto de interés público y, en especial, sobre las expectativas de futuro de los ciudadanos.
- Jurados ciudadanos(32). Son grupos creados por la Administración que tienen como finalidad analizar los efectos y resultados de una determinada acción, proyecto o programa llevado a cabo por la misma.
- Consultas participativas(33). Esta figura, reconocida en el texto andaluz y canario, se define como aquel instrumento que tiene por objeto el conocimiento de la opinión de un determinado sector o colectivo de la población, mediante un sistema de votación de contenido no referendario sobre asuntos de interés público que les afecten y que sean de la respectiva competencia. Estas consultas participativas son de naturaleza consultiva, exigiendo que cuando el gobierno se aparte o asuma lo decidido en un proceso de consulta por la mayoría de la población que hubiera participado en tal convocatoria, motive expresamente cuáles son las razones o intereses públicos que le conducen a seguir o no los resultados en el plazo máximo de 30 días.

El anteproyecto andaluz trata de dar respuesta a algunas de los problemas de los mecanismos propios de una democracia directa o semidirecta(34). De este modo, se reconoce la iniciativa ciudadana y se exige que la propuesta de consulta participativa admitida a trámite se someta a información pública por un plazo no inferior a quince días mediante la publicación de la iniciativa de consulta en la sede electrónica, portal o página web de la Administración competente, así como en el Boletín Oficial correspondiente. Cualquier persona física o jurídica, así como las plataformas, foros o redes sociales constituidas de acuerdo con lo previsto en la Ley, pueden presentar alegaciones a

(31) Artículos 20 de la Ley valenciana, 40 de la Ley navarra, 22 de la Ley canaria, 6.2 de la Ley balear, 37.2 de la Ley extremeña, 116.2 del proyecto vasco, 54.1 del proyecto aragonés y 24.4 del anteproyecto andaluz.

(32) Artículos 21 de la Ley valenciana, 41 de la Ley navarra, 23 de la Ley canaria, 116.2 del proyecto vasco, 54.1 del proyecto aragonés y 24.5 del anteproyecto andaluz.

(33) Artículos 24.6, 32 y siguientes del anteproyecto andaluz y Decreto 95/2014, de 25 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de las consultas a la ciudadanía en asuntos de interés general de competencia de la Comunidad Autónoma de Canarias. Esta figura también es objeto de atención en Cataluña: Ley de Consultas populares no referendarias y Participación Ciudadana. No obstante, tanto por la finalidad última de esta norma como por las limitaciones de extensión de este trabajo que impiden un análisis exhaustivo, no será objeto de estudio aquí. Para este tema, puede verse CASTELLA ANDREU, Josep M.º, «La competencia en materia de consultas populares por la vía de referéndum en la Sentencia 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña», en *Revista catalana de dret públic*, N.º Extra 1, 2010, pp. 308-315; MARTÍN NÚÑEZ, Esther, «El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios», en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 94, 2012, pp. 95-131; PÉREZ SOLA, Nicolás, «La competencia exclusiva de las comunidades autónomas en materia de consultas populares», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 24, 2009, pp. 433-454; y URIARTE TORREALDAI, Roberto, «Notas sobre la admisibilidad constitucional de consultas populares de ámbito autonómico», en *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, núm. 82, 2008, pp. 227-257.

(34) En este punto conviene recordar cómo se ha puesto de manifiesto el déficit deliberativo que supone la utilización de las técnicas de democracia directa. Problemas como quién hace las preguntas, quiénes las seleccionan, quién participa o las dificultades de introducir matices conduciendo a un sistema de ratificación plebiscitaria, siguen siendo los principales escollos que plantean las instituciones de participación directa. CASTELLA ANDREU, Josep María, *Los derechos constitucionales de participación política en la Administración pública*, CEDECS, 2001, pp. 61 a 70.

tales iniciativas. La consulta podrá realizarse mediante una o varias preguntas, que serán formuladas de forma concisa, clara y sencilla, con la finalidad de que la ciudadanía pueda en todo caso comprender su alcance y responder afirmativamente, de forma negativa o, en su caso, en blanco. La consulta, en los casos que sea necesario, se puede formalizar mediante el planteamiento de diferentes soluciones o respuestas alternativas, al efecto de que el voto se emita sobre una de ellas (35).

- Audiencia ciudadana (36). Son un instrumento de consulta en el que, mediante un procedimiento oral y público, las Administraciones garantizan a las personas directamente afectadas por una política pública ser escuchados antes de adoptar una decisión sobre el asunto que les afecta.
- Procesos de participación ciudadana (37). De difícil distinción con el anterior instrumento, supone la juridificación de una práctica institucional que, en los últimos años, se ha convertido en referente de algunas estrategias autonómicas. El proyecto aragonés lo define como el conjunto de actos ordenados sistemáticamente e impulsados y apoyados técnicamente por el Departamento competente en materia de participación ciudadana, y que incluye las fases de información, debate y retorno (38). El anteproyecto andaluz lo denomina proceso de deliberación participativa (39), definido como el contraste de argumentos y motivaciones expuestos en un debate público integrado en un procedimiento de decisión o de formulación y adopción de una política pública en el que se abre un espacio por parte de los órganos competentes de las Administraciones para conocer los intereses, posiciones y propuestas de la ciudadanía (40).

---

(35) El texto andaluz prevé la creación de un registro de consultas participativas, adscrito al órgano competente en materia de participación ciudadana, que tendrá por objeto la inscripción de las consultas realizadas o promovidas al amparo de esta Ley; así como la constitución de una Comisión de Control de los procesos de consultas participativas autonómicas.

(36) Artículos 18 de la Ley valenciana y 24.2 del anteproyecto andaluz.

(37) Artículos 52 del proyecto aragonés (procesos de participación ciudadana), 111 del proyecto vasco (procesos participativos), 15 y siguientes del anteproyecto andaluz (procesos de deliberación participativa) y 2.d de la Ley de participación ciudadana de Cataluña (procesos participativos institucionales).

(38) Según el artículo 52.3 del proyecto aragonés, la fase de información consiste en la puesta a disposición por parte del Gobierno de cuanta información se entienda necesaria a los efectos de garantizar las condiciones para una participación efectiva; en la fase de debate se aplican aquellas técnicas y dinámicas que permitan un intercambio de informaciones, opiniones y reflexiones acerca de la política pública objeto de debate; y en la fase de retorno la Administración ofrece una respuesta motivada a las principales propuestas y aportaciones incorporadas en la fase de debate, evaluando su incidencia en la política pública objeto del proceso de participación. El proyecto vasco añade a estas fases la de propuesta y búsqueda de consensos.

(39) Los procesos de deliberación participativa son un tipo de la categoría genérica «procesos de participación ciudadana», en la que se incluye también a los procesos de participación ciudadana mediante la presentación de propuestas, sugerencias y textos normativos y a los procesos de participación ciudadana mediante consultas populares.

(40) La Norma Foral 1/2010, de 8 de julio, sobre participación ciudadana de Gipuzkoa también regula este instrumento, denominando proceso de deliberación participativa «al conjunto de actos que se integran en un procedimiento de decisión o determinación de una concreta política pública, cuyo contenido consiste en un debate público sobre la decisión a adoptar y sus características, así como, en su caso, sobre las alternativas existentes en este ámbito y en el que participan directamente personas residentes o entidades ciudadanas que actúan en el ámbito al que corresponde la decisión o política a adoptar» (artículo 9).

El funcionamiento de estos procesos se rige por el principio de calidad y mejora continua. Para ello, una vez concluido el proceso, el Departamento competente en materia de participación ciudadana debe abrir una evaluación del mismo, en la que se da audiencia a las personas físicas y entidades ciudadanas que han participado en el mismo (artículo 52.2 del proyecto de Ley aragonés)(41). En la misma línea, el Acuerdo Básico Participativo previsto en el anteproyecto andaluz debe contemplar la metodología para la evaluación del proceso de deliberación participativa (artículo 18.2.g).

- Debate público(42). Al margen de los debates parlamentarios y los debates electorales, la Ley extremeña pretende promover debates entre los presidentes de los grupos parlamentarios y/o los diferentes integrantes de los mismos. Estos debates serán abiertos a su participación tanto por otras fuerzas políticas y sociales representativas en la Comunidad Autónoma como por los ciudadanos.
- Órganos de participación ciudadana(43). Los textos canario, aragonés y andaluz reconocen los órganos colegiados de participación ciudadana dependientes de la Administración, sin que en ningún caso tengan competencias decisorias. Remiten a la normativa sectorial y a las normas internas de funcionamiento su régimen y composición, fijándose como novedades principales una serie de reglas generales asociadas a los principios de transparencia, calidad y racionalización.

En cuanto al primero, el proyecto aragonés exige la publicación en el Portal de Participación Ciudadana de todos los órganos dependientes de la Administración autonómica, la convocatoria y el orden del día con carácter previo a la celebración de sus sesiones, así como el acta de cada sesión (artículo 56)(44). El principio de calidad se pretende garantizar a través de acciones evaluativas, tanto de la composición como del funcionamiento de estos órganos, contando con la participación de entidades y organismos que los conformen(45). Finalmente, el principio de racionalización encuentra cobijo en el anteproyecto andaluz, que ordena a cada Consejería, Área provincial y delegación municipal de la

(41) Aún más, la norma aragonesa exige la elaboración de un Informe anual sobre los instrumentos de participación ciudadana desarrollados para el cumplimiento del Programa Anual. El informe contendrá la información relevante para evaluar el grado de participación ciudadana y considerar cuantas medidas fuesen necesarias a fin de implementar procesos de mejora en los instrumentos de participación ciudadana. El citado informe será publicado en el Portal de Participación Ciudadana y se remitirá a las Cortes de Aragón para su conocimiento y consideración a los efectos que se estimen oportunos (artículo 57).

(42) Artículo 39 de la Ley extremeña.

(43) Artículos 24 de la Ley canaria, 56 del proyecto de Ley aragonés y 78 del anteproyecto andaluz.

(44) En una línea similar, la Disposición Adicional primera del texto andaluz señala que la Administración procederá a elaborar un inventario de comisiones, consejos, así como de cualquier otro órgano o estructura institucional estable de participación ciudadana que esté regulada en leyes, reglamentos o acuerdos.

(45) El artículo 56.3 del proyecto aragonés establece que «el funcionamiento de los órganos de participación ciudadana se regirá por el principio de calidad. A tal efecto, el Departamento competente en materia de participación ciudadana, de oficio o a iniciativa del órgano de participación ciudadana, evaluará la composición y funcionamiento de estos órganos». Por su parte, la Disposición Adicional primera del texto andaluz señala que «las Administraciones Públicas fomentarán la participación ciudadana en la evaluación de los órganos colegiados de participación, iniciando en el plazo de seis meses, procesos para evaluar cada órgano, en los que se contará con la participación de las entidades sociales y organismos que los conforman».



que dependan los órganos colegiados de participación evaluados, a proponer un plan de reducción que suponga la supresión de aquellos que, como consecuencia de la evaluación realizada, se consideran ineficientes (Disposición Adicional primera).

- Aquellos otros que resulten adecuados (artículo 116.2 del proyecto de Ley vasco) o que hayan demostrado su idoneidad para el cumplimiento de los objetivos de participación ciudadana (artículo 54.1 del proyecto de Ley aragonés). Atendiendo al citado principio de flexibilidad como uno de los criterios que debe regir el nuevo régimen jurídico, el legislador pretende adaptarse a la evolución y dinámica de las metodologías participativas, reconociendo una cláusula abierta y habilitante que permite incorporar nuevos instrumentos.

Los instrumentos de participación ciudadana previstos en las Leyes autonómicas pueden ser clasificados atendiendo a diferentes criterios, si bien aquí nos detendremos en aquellos que ostentan mayor importancia desde un punto de vista jurídico-político. En primer lugar, según el sujeto activo, se puede hablar de instrumentos que promueven la participación individual e instrumentos dirigidos fundamentalmente a las entidades ciudadanas representativas de intereses colectivos. Ya se ha visto que las Leyes tienen como objetivo fomentar ambos tipos, de modo que en el largo listado de instrumentos se hallan cauces idóneos para la movilización ciudadana individual (consultas participativas), de las entidades colectivas (procesos participativos) y otros que parecen incorporar a ambos (paneles o jurados).

Atendiendo a su soporte, la Ley reconoce instrumentos presenciales y tecnológicos, apreciándose aquí diferencias importantes en cuanto al grado de intensidad que el legislador pretende otorgar a cada uno de estos tipos de participación. Algunas normas conciben las TIC's como un instrumento más dentro de la variada panoplia de cauces que permiten ejercer el derecho de participación, instando a aplicar mecanismos de participación «mediante las nuevas tecnologías, entre otros medios, e implementación progresiva de procesos de participación a través de medios electrónicos» (artículo 37.1.e de la Ley extremeña) (46). Otras Leyes, como la navarra, parecen conceder un carácter preferente a la participación electrónica, al proclamar que el derecho de participación se podrá hacer efectivo «especialmente, mediante el uso de las nuevas tecnologías» (artículo 36.2). Finalmente, en un escalón superior se sitúan aquellos textos, como el borrador de anteproyecto de Ley de Castilla y León, que parece apostar directa y exclusivamente por la participación electrónica, dado que el Título III 'Participación Ciudadana' tiene por objeto «la regulación de la participación de los ciudadanos de Castilla y León en los asuntos públicos a través del Portal de Gobierno Abierto» (artículo 16). En concreto, la Ley prevé diversos canales para la promoción de la participación electrónica, como redes sociales e instrumentos de comunicación social en Internet —foros, blogs, plataformas de video, comunidades, u otros recursos web, o dispositivos de telecomunicaciones móviles— (artículo 36.2 de la Ley navarra) y, sobre todo, a través de los portales

---

(46) En la misma línea se expresan la Ley balear (artículo 6.1.e) y el proyecto vasco (artículo 116). Por su parte, el proyecto aragonés contempla la participación electrónica como complemento de los instrumentos presenciales de corte deliberativo: «la puesta en marcha de un proceso de participación ciudadana deberá complementarse con herramientas y recursos tecnológicos que faciliten la obtención de opiniones y propuestas ciudadanas en el Portal de Participación Ciudadana» (artículo 55.3).

institucionales de participación ciudadana, bajo la denominación de Portal de Gobierno Abierto, de Participación Ciudadana o de Transparencia (47).

Otro criterio de clasificación es el de su naturaleza unidireccional o bidireccional, siguiendo la diferenciación llevada a cabo por Mori (48). También aquí las Leyes prevén ambos tipos de instrumentos, tanto unidireccionales (iniciativas ciudadanas, sondeos, encuestas o consultas) como bidireccionales (procesos participativos), si bien parece que, en última instancia, se quiere dotar de prevalencia a la idea bidireccional y la rendición de cuentas, incluso en la aplicación de instrumentos unidireccionales, a través del denominado informe de participación ciudadana (artículos 18.4 de la Ley valenciana y 48 de la Ley navarra) o del informe respuesta de las consultas participativas (artículo 39.2 del anteproyecto andaluz). Sin duda, la principal novedad y aportación del nuevo régimen jurídico es la consolidación de instrumentos bidireccionales, fundamentalmente a través de los procesos de participación ciudadana o procesos de deliberación participativa que permiten abrir un debate público con los actores implicados en la política pública correspondiente y garantizar el compromiso de la rendición de cuentas a través de una fase de retorno o toma en consideración (49).

Por otra parte, el régimen jurídico de los nuevos instrumentos participativos permite observar cómo, por regla general, su impulso y desarrollo viene liderado por los poderes públicos con el consiguiente riesgo de generar un cierto dirigismo y, en última instancia, desvirtuar esa participación real y efectiva que propugna nuestro bloque de constitucionalidad. Aún entendiendo que es imprescindible otorgar ese liderazgo a los responsables públicos como parte de su acción política, también es necesario prever garantías que eviten el impulso de experiencias participativas ficticias y legitimadoras de decisiones previamente adoptadas. Es así que conviene resaltar aquellas previsiones legales que, actuando como «frenos», tratan de mitigar estos riesgos. En primer lugar, el *principio de inicialidad*, en virtud del cual el instrumento participativo debe impulsarse en un momento en el que la opinión ciudadana aún pueda influir en la política pública correspondiente, es decir, en la fase inicial del procedimiento (artículo 52.5 del proyecto de Ley aragonés) (50).

(47) Si bien el papel de las TIC's resulta útil y operativo en la fase de información, el debate sobre su utilización se complejiza cuando su ámbito de acción es el fomento de la participación ciudadana. No existe en este sentido una posición unánime sobre la operatividad de las TIC's en relación a la democracia política, encontrando argumentos a favor —reducción de la asimetría; eficacia y eficiencia; o mayor inclusión— y en contra —ampliación y fragmentación de la demanda de productos gubernamentales; brecha digital; o pérdida de calidad de la participación—. CASTEL GAYÁN, Sergio, «Reflexiones sobre el marco normativo del buen gobierno», en *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, núm. 6, 2013, pp. 176-178.

(48) MORI, Luca, *Immaginare pratiche democratiche*, Università di Pisa, Pisa, 2006.

(49) Como señala Rosario Tur, si bien la participación unidireccional puede servir para acercar a los sujetos implicados en las gestión pública (sociedad y poder público) y como premisa necesaria en algunos casos (medidas de transparencia) para la participación bidireccional, sin duda es en el caso de la participación articulada de esta última forma, cuando en mayor medida se compromete a esos operadores, implicado una «gestión común» de aspectos de interés público. Aquí la participación es activa, generándose un compromiso con la idea de negociación, la deliberación, la recepción y propuesta de acciones políticas, y la toma en consideración o la desestimación de la opinión ciudadana, con su debida justificación motivada. TUR AUSINA, Rosario, «Participación ciudadana y evolución hacia la democracia identitaria. Análisis al hilo de la última oleada de reformas estatutarias», *ob. cit.*, pp. 142 y 143.

(50) En la misma línea, el texto andaluz establece que los procesos de deliberación participativa se realizarán inmediatamente después del inicio del procedimiento de decisión o de formulación y adopción de una política pública (artículo 16.3).

En segundo lugar, la relación de *derechos y garantías* que prevé la Ley para una adecuada aplicación y desarrollo de los instrumentos participativos (artículo 117 del proyecto vasco), siendo obligación de la Administración asegurar la máxima transparencia y publicidad de estos instrumentos. Así, por ejemplo, la norma aragonesa proclama el principio de transparencia como eje informador de los procesos de participación ciudadana, debiéndose publicar el borrador del proyecto que se somete a debate, así como la documentación necesaria para garantizar una participación real y efectiva en el proceso; la relación de todas las personas y entidades ciudadanas que participan en el proceso; el calendario del proceso; y las actas de las fases de información, debate y retorno. De modo similar, el anteproyecto andaluz exige que todos los actos del proceso de deliberación participativa se hagan públicos en la sede electrónica, portal o en la web institucional de cada órgano competente de la Administración, y siempre por los mismos medios o canales a fin de facilitar a la ciudadanía su conocimiento. Teniendo en cuenta además la obligación de publicar los resultados en la página web de la administración (artículo 6.2 de la Ley balear) o a través de todos los soportes utilizados para la difusión de su actividad (artículo 36.2 del proyecto asturiano).

El tercer elemento que actúa de freno es el *carácter preceptivo de los instrumentos de participación ciudadana*. En ocasiones, la Ley establece su obligatoriedad para políticas o ámbitos determinados a través de términos como «deberán» o «tienen que», restringiendo así la libertad de decisiones de la Administración (51). Este carácter preceptivo encuentra, no obstante, dos excepciones o matizaciones. En primer lugar, se prevé la posibilidad de no aplicar los instrumentos participativos a la vista de posibles circunstancias de urgencia o excepcionalidad, debiéndose motivar la improcedencia o imposibilidad de llevar a cabo el proceso (artículos 6 de la Ley balear y 52.2 del proyecto de Ley aragónés). En segundo lugar, la previsión de límites a la participación, al señalar determinadas políticas o acciones excluidas del ejercicio de los instrumentos de participación, bien para no confundir procedimientos en los que ya se prevé expresamente un trámite de participación —sin perjuicio de reconocer su complementariedad—, bien para casos especiales en los que no sea oportuno dilatar el procedimiento o actuación administrativa (52).

El último elemento de freno previsto por el legislador para reducir los riesgos de dirigismo es el reconocimiento de la *iniciativa ciudadana* (participación de «abajo arriba»). Bajo la mirada del enfoque bidireccional de la Ley, además de abrir los pode-

---

(51) En concreto, se reconoce el carácter preceptivo de estos instrumentos para la elaboración de planes o programas de actuación sectorial (artículos 8.2 de la Ley canaria, 35.1 del proyecto de Ley asturiano y 111.5 del proyecto de Ley vasco) que tengan carácter plurianual (artículo 52.2 de proyecto de Ley aragónés); evaluación de las políticas públicas (artículos 6.a de la Ley balear y 37.1.a de la Ley extremeña); proyectos de Ley en general (artículos 6.a de la Ley balear y 37.1.a de la Ley extremeña) o los proyectos normativos con rango de Ley que afecten a derechos civiles, políticos y sociales (artículo 52.2 del proyecto de Ley aragónés); los instrumentos normativos de carácter reglamentario (artículo 111.5 del proyecto de Ley vasco), cuando no se refieran a materias excluidas de las iniciativas legislativas (artículo 18.1 de la Ley canaria); los programas operativos en el marco de la utilización de los fondos europeos (artículo 52.2 del proyecto de Ley aragónés).

(52) A modo de ejemplo, la Ley navarra, en su artículo 35.3, excluye la participación en los planes o programas en que se acuerde su tramitación o aprobación por razones de urgencia; en aquellos que tengan exclusivamente un carácter organizativo, procedimental o análogo; los que tengan como único objetivo la seguridad pública, la protección civil en casos de emergencia o el salvamento de la vida humana; o en los que se rijan por una normativa específica de elaboración y aprobación en la que ya existan actos o trámites de audiencia o información pública.

res públicos a los ciudadanos a través de su participación en los procesos decisionales, deviene fundamental habilitar cauces que les permita promover o proponer por propia iniciativa esa participación, de modo que su impulso no se configure como un monopolio del poder público. En este sentido hay que destacar, además del derecho de iniciativa reglamentaria analizado anteriormente, otras declaraciones como la del proyecto de Ley aragonés, que al regular el Programa Anual de Participación Ciudadana (documento estratégico que contiene las políticas que serán objeto de procesos y mecanismos de participación ciudadana), señala que al contenido inicial podrán incorporarse nuevas iniciativas o propuestas promovidas por los Departamentos del Gobierno de Aragón, a iniciativa propia o a petición de los ciudadanos (artículo 45.3). Con la misma filosofía y de modo muy expresivo, el texto andaluz reconoce la iniciativa ciudadana para impulsar diversos instrumentos: el derecho a la iniciativa para promover procesos de participación ciudadana (artículos 6 y 12.2), concretado en la iniciativa ciudadana para realizar procesos de deliberación participativa (artículo 17) y para convocar consultas participativas (artículo 42).

Íntimamente ligado al conjunto de garantías que tratan de promover la objetividad en la aplicación de estos instrumentos es el sujeto llamado a participar. Porque, ¿quién decide quién participa?, ¿sólo los llamados profesionales de la participación?, ¿de qué tipo y de qué corriente son los convocados a participar? En este sentido emerge con fuerza una nueva figura como es el denominado Registro de Participación Ciudadana que, en algunos casos, parece condicionar el ejercicio de este derecho. En este sentido, la amplitud que parece otorgar el legislador al nuevo derecho de participación exige una interpretación a favor de la reducción de aquellos requisitos para participar que no se encuentren plenamente justificados, de modo que la inscripción en un registro no puede convertirse en constitutivo de un derecho que la propia Ley reconoce con carácter general. Su naturaleza debería definirse como instrumento organizativo de la Administración para el mejor cumplimiento de sus obligaciones y directamente asociado al derecho a recibir información.

La creación de estos Registros tiene por objeto articular de una forma más eficiente la utilización de instrumentos específicos de participación ciudadana, cuya inscripción, tanto de personas físicas individuales como personas jurídicas o entidades ciudadanas, otorga diferentes derechos. A los efectos que aquí interesan, destacan tanto el derecho a recibir información sobre la puesta en marcha de los instrumentos de participación ciudadana, como el derecho a ser parte activa en los instrumentos previstos en estas leyes. Tomando como ejemplo el proyecto vasco, en el Registro se inscriben voluntariamente las entidades y grupos que desean participar en los procesos participativos, debiendo determinar en el acto de inscripción los ámbitos sectoriales o generales, territoriales o no, en los que sus intereses se manifiestan. Así, la inscripción en el Registro implica la comunicación temprana y detallada de cualquier proceso participativo de los recogidos en la ley al objeto de ejercitar plenamente los derechos recogidos (53).

---

(53) Al inicio del procedimiento correspondiente para el que se prevé el trámite participativo, la entidad de la Administración Pública Vasca promotora de la iniciativa, deberá determinar de forma anticipada y provisionalmente, sin perjuicio de la acreditación de ulteriores interesados, los ciudadanos y ciudadanas y grupos que tienen la condición de personas interesadas a los efectos del trámite de audiencia y los grupos representativos de intereses inscritos en el Registro recogido en esta ley que, conforme a su ámbito declarado, han de tomar

Por tanto, la inscripción registral, libre y voluntaria, constituye una garantía para la «objetividad subjetiva» de los instrumentos de participación, en la medida en que la Administración viene obligada a convocar a aquellas personas físicas o jurídicas que consten en el Registro, sin que ello, no obstante, suponga la exclusión de otros grupos o entidades representativas de intereses no inscritas (artículo 114.3 del proyecto vasco). Dicho de otro modo, en ningún caso la falta de inscripción debería suponer la exclusión o renuncia del derecho de participación (artículo 47.1 del proyecto aragonés).

El texto andaluz se aparta del sistema de registro general al prever la posible inscripción específica para cada proceso de participación ciudadana. No es por tanto un acto de inscripción única, sino que en función de la temática o del interés en juego, la Administración puede habilitar la inscripción en determinados procesos de participación: «los procesos de deliberación participativa requerirán la inscripción de las personas y entidades de participación ciudadana interesadas en participar en los mismos, para lo cual los órganos competentes proporcionarán los cauces necesarios» (artículo 18.4).

#### IV. Elementos adicionales para una visión global

Hasta aquí se ha analizado el tronco común de las recientes Leyes autonómicas, que si bien denotan diferencias importantes en su contenido, todas ellas comparten ese objeto instrumental (regulación de derechos e instrumentos de participación). A partir de aquí, algunas normas adoptan una visión global incorporando en el nuevo régimen jurídico otros aspectos de indudable importancia para diseñar y cerrar la configuración de una auténtica política de participación ciudadana.

El primer elemento que centra la atención del legislador dentro de esta visión global es la regulación de las *entidades ciudadanas* —cuya definición ya se ha visto anteriormente—, configurando un auténtico estatuto jurídico para la participación ciudadana. Este interés del legislador es del todo plausible si tenemos en cuenta que el Tribunal Constitucional reconoce los derechos de reunión y asociación como elementos clave para la participación y, concretamente, «cauces del principio democrático participativo», puestos al servicio del libre intercambio y la exposición de ideas, así como «componente esencial de las democracias pluralistas» (STC 67/1985, 85/1988 y 219/2001). Es así que la Ley reconoce la indudable importancia que las organizaciones ciudadanas y el tejido asociativo han tenido y tienen en la vertebración de la sociedad, considerando que el papel activo y de interlocución que ofrecen estas organizaciones es básico para la canalización de demandas y reivindicaciones de la ciudadanía (Exposición de Motivos del anteproyecto andaluz). Esto no debe traducirse, no obstante, en la sustitución de la capacidad de decisión de los dirigentes públicos por la voluntad de los dirigentes de algunas organizaciones sociales, lo que desembocaría en un neocorporativismo nocivo de la idea de la democracia. Este cambio decisional está alejado de esa idea de democracia participativa como modelo que permite a los poderes públicos conocer y tener en cuenta las demandas sociales, así como obtener información de la sociedad con el fin de adoptar la decisión más adecuada en términos de eficacia social.

---

parte en el proceso participativo. Respecto a los procedimientos en los que este Título reconoce derecho de participación, y salvo que otra ley disponga otra cosa, el derecho de participación puede limitarse sólo a las personas interesadas (artículo 112).

Partiendo de estas reflexiones, el estatuto jurídico de las entidades ciudadanas incluye una serie de derechos específicos cuyo ejercicio encuentra sentido pleno dentro del modelo de participación ciudadana regulado en la normativa autonómica. Así, gozan de los derechos a recibir información por parte de la Administración; acceder a archivos y registros; derecho de petición; participar en la elaboración de los anteproyectos de Ley y de los programas de actuación sectorial; recabar la colaboración de la Administración en el desarrollo de actividades sin ánimo de lucro; obtener la declaración de utilidad pública; o solicitar subvenciones y ayudas públicas. Por tanto, el legislador extiende a la esfera jurídica de las entidades ciudadanas los mismos derechos reconocidos a favor de la ciudadanía y en las mismas condiciones, añadiendo algún otro por razón del papel predominante que tradicionalmente ha tenido el asociacionismo en nuestro sistema participativo, en concreto, por su consideración «como la expresión colectiva del compromiso de la ciudadanía» (artículo 25 de la Ley canaria).

La visión global del legislador incorpora un segundo elemento: la *organización administrativa específica*. El diseño legal del modelo organizativo se convierte en una cuestión que reviste una importancia extraordinaria para la implementación, más o menos efectiva, del modelo de participación ciudadana. Las funciones y medios atribuidos, así como los criterios de articulación con otras unidades administrativas, van a determinar qué tipo de estrategia se pretende desarrollar y, en definitiva, la tipología de participación ciudadana. Y sin embargo, la previsión de una organización administrativa encargada de la dirección técnica, gestión y coordinación del modelo de participación no constituye un elemento generalizado en las recientes Leyes autonómicas.

Únicamente los textos aragonés y andaluz contemplan un capítulo regulador de la organización administrativa. El primero institucionaliza por vía legal la existencia de un Departamento que, con una naturaleza centralizadora, asume competencias en materia de participación ciudadana. Este carácter centralizador no quiere decir que se le atribuya cualquier función relacionada con el principio de participación en el funcionamiento de la Administración autonómica, sino aquellas que tienen que ver con la correcta aplicación de lo dispuesto en la Ley de participación ciudadana; es decir, la responsabilidad del diseño, coordinación, seguimiento y evaluación «de las actuaciones en materia de participación ciudadana que, en el marco de esta Ley, impulsen los diferentes Departamentos del Gobierno de Aragón» (artículo 44).

Mientras Aragón aboga por ese carácter centralizador, siempre en coordinación con el resto de Departamentos implicados en las diferentes políticas sectoriales, el anteproyecto andaluz parece diseñar una estructura fragmentada y en cascada en cuya cúspide se situaría la Comisión General de Viceconsejeros y Viceconsejeras (encargada de la coordinación general en materia de participación ciudadana —artículo 73—) y el órgano directivo competente en materia de participación ciudadana (al que se le atribuye la coordinación operativa y la promoción con carácter transversal de los derechos de la ciudadanía y el fomento e impulso de la participación ciudadana —artículo 74—). A partir de ahí, y en el marco de esta coordinación general y operativa, se diseña una *microorganización* departamental: las distintas Consejerías pueden asignar a sus órganos directivos funciones de fomento de la participación ciudadana en la ejecución y gestión de los servicios públicos y en la prestación de las políticas públicas de su competencia (artículo 76), existiendo en cada Consejería una unidad de participación ciudadana y una comisión de participación ciudadana con la representación de los distintos centros directivos. Finalmente, el centro directivo competente en materia

de política digital asumirá, con carácter transversal para la Administración autonómica, las funciones de promoción e impulso de la participación ciudadana a través de las tecnologías de la información y la comunicación.

Por tanto, en ambos modelos organizativos el principio de transversalidad y coordinación asumen un papel esencial para el diseño e implementación de las estrategias de participación ciudadana. La transversalidad del nuevo derecho de participación y, en definitiva, el carácter innovador y transformador que pretende impulsar este marco normativo, aconsejan la creación de instrumentos que promuevan una eficaz *coordinación interdepartamental*, encontrando como ejemplos, además del aragonés o el andaluz, las Comisiones Interdepartamentales para la Participación Ciudadana de la Comunidad Valenciana y Baleares (54).

Los principios de transversalidad y coordinación también han elevado la técnica de la planificación a rango de Ley, en aras a promover una mayor eficacia y publicidad (55). El legislador aragonés, como novedad dentro del panorama autonómico comparado, prevé el denominado Programa Anual de Participación Ciudadana (artículo 45), como documento estratégico que contiene los proyectos normativos, planes o programas derivados de las políticas públicas que serán objeto de procesos y mecanismos de participación ciudadana previstos en esta Ley. El texto andaluz también asume la planificación de las actuaciones relativas a la promoción de la participación ciudadana, si bien su configuración jurídica de nuevo vuelve a estar informada por el principio de fragmentación. Así, el artículo 77 establece que, en materia de participación ciudadana, cada Consejería establecerá un Plan operativo que deberá incluir las actuaciones en la estructura organizativa, las responsabilidades, las funciones y los procedimientos para realizar la acción de participación en el ámbito de la Consejería y sus entidades instrumentales.

El tercer y último elemento que incorpora la visión global de algunas Leyes es la previsión de *medidas de fomento o de carácter incentivador*. Un análisis de los recientes textos legales exige detenerse tanto en los destinatarios de estas medidas como en la tipología de las mismas. Respecto al primer aspecto, los textos canario, valenciano, aragonés y andaluz habilitan la aplicación medidas de fomento al tejido asociativo, dando cumplimiento así a una de las finalidades de la Ley. Ahora bien, estas medidas no van dirigidas tanto al sostenimiento del asociacionismo como al apoyo de actividades de las entidades ciudadanas vinculadas a la promoción de la participación ciudadana o que sirvan para fomentar una conciencia cívica de participación respecto de la actuación de las instituciones públicas.

Asimismo, la necesidad de articular un modelo relativamente homogéneo sobre el territorio y apoyar estrategias de participación en la entidad local como ente más cercano

---

(54) El diseño de esta organización administrativa se cierra con la previsión de *órganos consultivos*, como el Consejo extremeño de ciudadanos o el Consejo de Ciudadanía de la Comunidad Valenciana. Además, el proyecto aragonés añade, como elementos de su organización administrativa, tanto el Fichero de participación ciudadana como el Portal de Participación Ciudadana, vistos anteriormente en el análisis de los instrumentos participativos.

(55) Fernando Pindado propone la necesidad de impulsar una auténtica planificación de la participación, otorgando al plan estratégico —que es diferente al plan concebido como organización de los procesos— un enfoque metodológico que organice las intervenciones de manera flexible y coordinada, a fin de aprovechar los impactos que en el contexto concreto puedan irse produciendo con la puesta en marcha de las diferentes iniciativas. PINDADO SÁNCHEZ, Fernando, *La participación ciudadana es la vida de las ciudades*, Editorial del Serbal, Barcelona, 2008, p. 231.

a la ciudadanía, ha construido en ocasiones un liderazgo de la Comunidad Autónoma en la materia(56). El texto aragonés, que también habilita el apoyo y fomento a las actividades de las entidades ciudadanas, amplía el ámbito de los destinatarios al incluir el apoyo a las entidades locales en el fomento de la participación ciudadana (artículo 58) a través de subvenciones, ayudas y otras medidas de apoyo, para lo que se valorará la aceptación de los principios de participación previstos en la Ley («invitación» al ámbito local a asumir los principios y el régimen de la legislación autonómica). Por su parte, el anteproyecto andaluz impulsa la firma de convenios de colaboración con las Entidades Locales para el fomento de la participación ciudadana en el ámbito de competencia e interés de éstas (artículo 71), así como la convocatoria de subvenciones y ayudas (artículo 72).

En cuanto a la tipología de las medidas de fomento, el legislador reconoce un amplio abanico de instrumentos. En primer lugar, medidas económicas, fundamentalmente subvenciones, otorgadas de conformidad con los principios de objetividad, igualdad, no discriminación, concurrencia y publicidad, valorando en todo caso, el beneficio social, la transparencia y la calidad de los servicios de las entidades ciudadanas beneficiarias (artículos 22.2 de la Ley valenciana, 59.2 del proyecto de Ley aragonés y 72 del anteproyecto andaluz), así como la productividad de los servicios de las entidades ciudadanas beneficiarias en adecuación a las políticas de fomento de los procesos participativos establecidos por el departamento competente (artículo 26 de la Ley canaria).

En segundo lugar, medidas de asistencia, asesoramiento y apoyo técnico o material (por ejemplo, la cesión temporal de medios públicos) para el cumplimiento efectivo de los fines previstos en la Ley. En este sentido, resalta la creación de la denominada Red de Entidades Ciudadanas o Red de Participación Ciudadana (artículos 26 de la Ley valencia y 16 de la Ley canaria) al objeto de ofrecer espacios de comunicación, trabajo y encuentro entre las entidades ciudadanas de todos los ámbitos, y entre éstas y la ciudadanía con carácter general. Las medidas de fomento de carácter honorífico también son incorporadas a través de instrumentos como el Distintivo de buenas prácticas en materia de participación (artículo 60 del anteproyecto de Ley aragonés) o el Código de Buenas Prácticas de Participación Ciudadana (artículo 68.2 del proyecto andaluz). Finalmente, se regulan medidas que tratan de fomentar la sensibilización y capacitación mediante campañas de difusión y en medios de comunicación (artículo 67 del anteproyecto andaluz) o la articulación de planes formativos dirigidos tanto a la ciudadanía como al personal al servicio de la Administración Pública. Estos planes constituyen un elemento común a todas las Leyes autonómicas tratando de contribuir a la creación de una verdadera cultura participativa. Aunque todas las leyes prevén líneas formativas, son los textos valenciano, canario, aragonés y andaluz los que mayor atención prestan a esta actuación, distinguiendo, a efectos de sus destinatarios y objetivos, entre programas de formación para la participación ciudadana dirigidos a la ciudadanía y las entidades ciudadanas, y programas de sensibilización y formación para el personal al servicio de la Administración Pública.

Finalmente, y entendiendo que la generación de unos valores democráticos y una cultura participativa no se puede imponer por ley sino que se aprenden e interiorizan me-

---

(56) El caso de la Comunidad Autónoma de Aragón es un ejemplo claro de este liderazgo, reconocido de forma expresa en el proyecto de Ley al atribuir al Departamento competente en materia de participación ciudadana el «fomento, apoyo y asesoramiento a las iniciativas de participación ciudadana de las entidades que integran la Administración Local» (artículo 44.2).



dian­te la educación formal, el anteproyecto andaluz trata de incorporar y fomentar el de­recho de participación en este ámbito. Para ello, ordena a la Administración fomentar la participación ciudadana en el sistema educativo en todos los niveles, promoviendo aque­llos proyectos que desarrollen los valores democráticos y de participación, de acuerdo con lo que establezca en materia de participación la legislación educativa (artículo 63); así como impulsar la democracia participativa en los centros docentes, y el desarrollo de los valores democráticos y de participación en el alumnado, favoreciendo la interacción entre la ciudadanía e instituciones públicas y fortaleciendo la conciencia cívica (artículo 66).

## V. Conclusión

El marco normativo del «nuevo» derecho de participación ciudadana parece haberse consolidado en la agenda política de las Comunidades Autónomas. Se trata de una apuesta que, en el contexto actual de desafección política, debe apoyar la necesaria re­generación democrática y reforzar la configuración clásica de nuestra democracia.

Sin duda, la institucionalización de esta apuesta requiere de un marco normativo que promueva e incentive una participación ciudadana de calidad, concretando y mate­rializando mediante norma con rango de Ley este derecho con mecanismos que abran los centros de decisión política y administrativa, para convertir verdaderamente la parti­cipación de la ciudadanía en un presupuesto básico de cualquier iniciativa pública. En desarrollo de los mandatos estatutarios, se trata de aumentar y mejorar las oportuni­dades de participación directa en el diseño, prestación y evaluación de las políticas públi­cas, desde el criterio de la complementariedad. La incipiente legislación autonómica pretende desarrollar los derechos democráticos de la ciudadanía y de los grupos en que se organiza por medio de los procesos, prácticas e instrumentos de democracia partici­pativa, que complementen y perfeccionen la democracia representativa.

Ahora bien, una adecuada legislación, como palanca de cambio en esta tarea transformadora, debe ir acompañada, en primer lugar, de una estrategia ordenada que provea de manera efectiva la implementación de estos principios. Una estrategia cuya articulación se encuentra en su fase embrionaria y caracterizada por contornos impre­cisos en un marco normativo que profundiza su disparidad. Y en segundo lugar, e igual de importante, conviene tener presente que el derecho de participación que configura el legislador autonómico no depende exclusivamente de un marco jurídico e institucio­nal determinado, de la articulación de multitud de cauces o vías o de grandes procla­maciones, sino que el éxito final va a estar condicionado sobre todo por la voluntad política, el liderazgo y la adecuación de este modelo a la realidad política y social.

Trabajo recibido el 26 de agosto de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Azken aldian, agerikoa da autonomia-erkidegoen «boom arautzailea». Legeak onartzeko lehian ari dira, herritarren parte-hartzeko eskubidea berritzeko. Badirudi marko arautzaile berriak erabaki publikoetan herritarren parte hartzea beharrezkotzat jotzen duela, eta azken belaunaldiko autonomia-estatutuetakoa adierazpenak dituela inspirazio-iturri. Hala, eskubide hori erregimen juridikoaren bidez eman nahi du. Lan honek autonomia-erkidegoetako legegintzaren alderdi formal eta material garrantzitsuenak aztertu nahi ditu eta parte-hartzeko eskubide berriaren gainean hausnarketa egiten du ikuspegi teorikotik eta praktikotik.

**HITZ GAKOAK:** Herritarrek parte hartzeko legeak. Demokrazia parte-hartzailea. Lehenengo xedapen gehigarria. Autonomia-erkidegoak.

**RESUMEN:** En los últimos tiempos asistimos al surgimiento de un «boom normativo» por parte de las Comunidades Autónomas, que han iniciado una auténtica carrera para aprobar Leyes cuyo objeto es renovar el derecho de participación ciudadana. Este nuevo marco normativo, que parece consolidarse por un auge discursivo en torno a la necesaria implicación de la ciudadanía en las decisiones públicas, encuentra su inspiración en las declaraciones efectuadas por los Estatutos de Autonomía de última generación, profundizando en la calidad del ejercicio de este derecho a través de un régimen jurídico. El presente trabajo trata de analizar los aspectos formales y materiales más importantes del reciente desarrollo legislativo autonómico, reflexionando sobre el nuevo derecho de participación desde una perspectiva teórica y práctica.

**PALABRAS CLAVE:** Leyes de participación ciudadana. Democracia participativa. Comunidades autónomas.

**ABSTRACT:** During last times there has been an emergence of a «normative boom» by the Autonomous Communities that have started an authentic race to pass acts whose scope is to renew the right of citizen's participation. This new normative framework, which seems to become established due to a discursive height around the necessary involvement of citizenship in political decisions, finds its inspiration in the statements set forth in the last generation Statutes of Autonomy, by delving in the quality of the exercise of this right by the means of a legal regime. This work deals with the analysis of the most relevant formal and material features in the recent autonomic legislative implementation, by thinking over the new right of participation from a theoretical and practical perspective.

**KEYWORDS:** Acts of Citizen's participation. Participative Democracy. Autonomous Communities.

# La nueva «Recentralización»: la Especificidad vasca

José Manuel Castells Arteche

*A Demetrio, viejo amigo, entrañable compañero,  
jurista ejemplar. Siempre en nuestros corazones*

**Sumario:** I. El estado de la cuestión.—II. La «arisca» Cataluña.—III. La «singular» Vasconia.—IV. Interrogantes actuales

## I. El estado de la cuestión

Una reciente publicación del Catedrático de Economía Aplicada catalán Germá BEL, titulada sintomáticamente *España, capital París*(1), proporciona respuestas particularmente clarificadoras respecto de un tiempo y un país. Se parte como base de un dato inquestionable: Madrid, capital política, se ha hecho también capital económica del Reino, mediante la instauración de un sistema radial de transportes y comunicaciones(2).

Se ratifica de tal modo, el viejo dicho «Spain is different», según este proceso sin parangón europeo, salvo, claro está, París. Concentración en la capital por doquier, con un epicentro político en el segundo gobierno del presidente Aznar; igual, en lo que respecta a las sedes operativas de las grandes empresas(3). Lo mismo ocurre en infraestructuras, con un comprobable fortalecimiento del centro peninsular, buscando una vertebración territorial a través de una aguda centralización propia de un Estado radial. Lo mismo que sucedió con los primeros ferrocarriles, lo esencial ha sido y es, la comunicación de las capitales de provincia con la capital del reino, al margen conveniencias económicas o de otro tipo, con el ejemplo de siempre de la gran urbe parisiense y sus lejanas provincias.

No es una cuestión de estricta actualidad, aunque en este momento la tendencia apuntada se ha agudizado; así, las primeras autopistas siguieron fielmente los parámetros radiales mencionados. Intereses partidistas y clientelistas a añadir, según el partido del gobierno correspondiente, aunque el mérito en esta dirección, la presente el P.P., al menos mayoritariamente.

Es patente que el primer Tren de Alta Velocidad (Madrid-Sevilla) manejó otras prevalencias que las propias de la rentabilidad social o su mayor utilización por los usua-

---

(1) Con un subtítulo igual de sintomático: *¿Por qué España construye tantas infraestructuras que no se usan? Una respuesta económica a un problema político* (Barcelona. 2012. Primera edición ampliada).

(2) *Op. cit.*, p. 15.

(3) Siete de las 10 mayores tienen su sede en Madrid.

rios, parámetros que hubieran otorgado la primacía al tendido Madrid-Barcelona (4). Al menos en base a coyunturas económicas, que no políticas, así se hizo.

Exactamente en términos similares puede deducirse en relación a la gestión de aeropuertos, siempre con la absoluta prevalencia del Kilómetro cero (5). No obstante, los dos grandes aeropuertos del Estado —sobra reseñarlo que uno es Madrid y el otro a distancia, Barcelona—, tienen ambos un importante déficit, por lo que difícilmente están en condiciones de atender, tanto uno como el otro, a la solidaridad interterritorial. Objetivo que ni se plantea por el momento.

Situaciones que le lleva a Bel a concluir forzosamente: «que no se diga unidad de mercado cuando en realidad se quiere decir Unidad Nacional» (6). Por decirlo de otra forma: al servicio del fortalecimiento del centro peninsular, según el sempiterno modelo francés de organización territorial.

Simultáneamente y en estos tiempos históricos, se produce —superadas las ternas veleidades de la transición—, un realineamiento, primero doctrinal y después institucional (al menos de las instancias del centro), que proclaman que la España de las autonomías ha supuesto un Estado débil y devorado por sus componentes. Sobre todo la polémica sobre el nuevo Estatuto de Cataluña, mal solventado por la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, acompañada de una abundante doctrina contradictoria, aunque fundamentalmente unitarista, planteada desde los peldaños centralistas y ratificada en su amplio entorno.

Una vía intermedia ha supuesto la doctrina de una reciente publicación de Santiago MUÑOZ MACHADO (7), calificable de reformista respecto de una situación considerada muy peyorativamente (8). Escrito con la altura académica propia y connatural al autor (9), se parte de la absoluta necesidad de ampliar y profundizar reformas del Estado autonómicos español. Si pueden ser discutibles algunas de sus propuestas, no puede menos de reconocer el valor de su contenido, al menos contemplado en su globalidad y oportunidad.

El autor reconoce la pérdida de prestigio del Estado autonómico; no podía ser de otra manera dado que, en su opinión, ya reseñada, sobre la propia Constitución en esta materia (10). Insiste en los males derivados del básico principio dispositivo que le hace reivindicar, en principio, la supresión de todas las Comunidades autónomas, salvo las del País Vasco, Cataluña y Galicia.

También detecta fallos en partes importantes del sistema, aún no considerados esenciales, tal como sucede con «el nada afortunado cuadro de distribución de competencias» (11). Todo ello le induce a formular unas propuestas para solventar la difícil situación, tal como presentar la posibilidad de un federalismo asimétrico; el

(4) *Op. cit.*, p. 169.

(5) *Op. cit.*, p. 201.

(6) *Op. cit.*, p. 214.

(7) *Informe sobre España. Repensar el Estado o destruirlo* (Barcelona. 2012).

(8) *Op. cit.* p. 19: «El título VIII de la Constitución es un desastre sin paliativos».

(9) Recuérdese en esta materia su excelente *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, dos volúmenes. Madrid. 1982 y 1984. Con una nueva edición puesta al día en 2006.

(10) *Informe sobre España*. P. 19.

(11) *Op. cit.* p. 109.

mantenimiento de los órganos periféricos al servicio del Estado; el régimen local debía ser intracomunitario, como se intentó, siguiendo el modelo alemán, sin el éxito conocido, en el proceso constitucional.

En todo caso, y con esta afirmación es difícil no coincidir: el inmovilismo resulta irresponsable (12), aunque para el actual poder sea y en muchas perspectivas, la posición predilecta: la inacción en espera de tiempos mejores.

Más discutibles pueden considerarse diversas propuestas colaterales, como la expresada en un «mensaje a los separatistas», formulada en la misma obra, en la que se reclama, que el referéndum determinante de las soberanías, aunque se pretenda hacer en un territorio específico, debía ser votado por la totalidad de la ciudadanía española. Dado que indudablemente no estamos en Canadá o Escocia, tal situación haría innecesario el propio referéndum, aunque ciertamente sería un buen exponente de la opinión estatal.

Repetir que existe una doctrina mayoritaria —muy mayoritaria en la actualidad—, en los medios académicos no periféricos, a favor de lo que se denominó en el segundo mandato aznarista «recentralización». Parece como si las realidades autonómicas derivadas del proceso autonómico —con la salvedad del País Vasco y Cataluña—, deben de suprimirse como trastos inútiles. De ahí, a la acusación de los «males» de la presente crisis económica a los mamotretos autonómicos territoriales, sólo hay un paso. Pásemos a las dos Comunidades Autónomas, a las que habría que añadir la foral de Navarra, que presentan suficientes especificidades para tener un sistema peculiar propio.

## II. La «arisca» Cataluña

La Comunidad catalana ha sido el escenario de un fuerte debate estatutario, que culminó en el Estatuto del año 2006. El referéndum del pueblo catalán, ratificadorio del proyecto, no impidió la sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, que enmendó diversos artículos y en profundidad el proyecto. Situación que supuso un cierto agotamiento de los planteamientos estrictamente jurídicos y un correlativo hastío y desencanto popular, desde la vertiente catalana.

Este es el momento en que el Presidente Artur Mas lanza, en términos y sintonía política, el programa del derecho a decidir envuelto en grandes movilizaciones ciudadanas, con datos desconocidos por su magnitud.

La llamada a un referéndum sobre el futuro de la Comunidad, a realizarse el próximo 9 de noviembre, supone un reto innegable, cuya materialización se escapa en la presente coyuntura, tan próxima por lo demás. En todo el trazado se encuentra latente la fórmula ensayada y lanzada por el Lehendakari Ibarretxe, y asumida por mayoría absoluta por el Parlamento Vasco, propuesta que fue despiadadamente rechazada en el Congreso de los Diputados, tan pronto como se presentó y sin negociación alguna.

Cuales sean las ideas motor y el propio impulso ideológico, debe, pues, analizarse desde un prisma socio-político, orillando, por pertenecer al pasado, las precisiones jurídicas. Es por esta razón que me basaré para perfilar el actual momento, en la reflexiva obra (13) de un periodista catalán, Enric JULIANA, periodista y director adjunto

(12) *Op. cit.* p. 228.

(13) Titulada *España en el diván. De la euforia a la desorientación, retrato de una década decisiva (2004-2014)* RBA Libros. 2014. 1.ª edición.

del diario «La Vanguardia» en Madrid, que con fácil pluma y desde una cierta objetividad, analiza con rigor la frustración derivada de esta década. Visión ponderada catalana, que ilustra la perspectiva desde esta Comunidad.

El autor sitúa, y no es el único que lo hace, en el segundo mandato del presidente José María Aznar, la construcción de un proceso de recentralización a todos los niveles territoriales y en los más diversos niveles, como pueden incluirse las instituciones financieras (14); denota Juliana que es también en esta época cuando se materializa la equivalencia de Madrid y España, desde un punto de vista de confusión de ámbitos, configurándose «la gran trampa del periodismo madrileño de haber logrado legítimamente su punto de vista como el verdadero enfoque “nacional”» (15).

De forma simultánea se lanza desde el «aznarato» una vigorosa campaña de postergación de Cataluña. Es con esta intención que se ensaya desde Madrid la vía valenciana con ánimo de debilitar a Cataluña (16), apoyando el corredor mediterráneo y defendiendo que la comunidad valenciana fuera la playa y el puerto de Madrid. (17)

Denigamiento catalán no sólo referido a hechos palpables, también se pretende que los catalanes están al servicio de intereses mercantilistas, mientras que el gran Madrid sirve en exclusiva a los «intereses nacionales». Todo ello en el interior de un lenguaje de gran dureza en «tanto herramienta cargada de futuro» (18). El choque de trenes se percibía como inexorable.

Resulta también incuestionable que la entrada de fondos europeos que llegaron profusamente con la integración europea, tuvo, como uno de sus principales beneficiarios en el Estado de las autonomías, a Madrid (19), detrás de Andalucía, la más beneficiada. «Entre 1986 y 2006 los carolingios han entregado 118.000 millones de euros a España en concepto de ayudas y subvenciones. Tres veces el plan Marshall» (20).

Todo ello adobado por un antirregionalismo que como ya señala Ridruejo, siempre ha servido para «anexionar voluntades» (21), además de un virulento anticatalanismo y de un interés ineludible de desprestigiar al Estado autonómico (22).

Nada nuevo bajo el sol y basta recordar el debate estatutario del verano de 1932, para incrustar en parámetros conocidos el actual momento autonómico. (23).

En «esta década que nos ha cambiado la vida» (24), se asiste al plante catalán, que en opinión de Juliana, «nunca (Cataluña) romperá con España, pero que jamás se

---

(14) En esta época fija Juliana «el golpe de mano contra los vascos en el BBVA», que supuso el abandono de la sede central radicado en la Gran Vía bilbaína y el traslado de todos sus cuadros a la capital madrileña. Lo que no había conseguido la dictadura de Franco, lo consiguió Aznar prevaleándose de la adición de la letra A (Argentina) al sólido conjunto del Banco de Bilbao y de Bizkaia.

(15) *Op. cit.* p. 173.

(16) *Op. cit.* p. 139.

(17) *Op. cit.* p. 290.

(18) *Op. cit.* p. 50.

(19) «Nuevas plataformas de poder aterrizaban en el aeropuerto de Barajas inmediatamente después del ingreso (de España) en la C.E.E.» (*Op. cit.* p. 122).

(20) *Op. cit.* p. 215.

(21) *Op. cit.* p. 234.

(22) *Op. cit.* p. 525.

(23) «El Estado autonómico casi se fue a pique» (*Op. cit.* p. 583).

(24) *Op. cit.* p. 18.

rendirá como nación» (25). Poco que añadir a la encrucijada de noviembre de este año, que en su efectividad no es comparable, ni de lejos, al que sucedió en octubre de 1934, en los aledaños de la Generalitat catalana.

Postura de un periodista catalanista, con la que se podrá o no estar de acuerdo, pero que no puede obviarse como si no existiera. Es la expresión de un fuerte y denso espacio catalán.

### III. La «singular» Vasconia

Desde que en la presentación en el Congreso de los Diputados, se consiguió la prioridad para el proyecto de Estatuto vasco, esta autonomía ha supuesto la vanguardia territorial en el reino de España. Al menos hasta un reciente postergamiento que sumió al País Vasco en una incertidumbre de grandes dimensiones. La fecha concreta de esta oscilación puede señalarse en el fracaso de la propuesta del Parlamento vasco de un nuevo Estatuto político.

Sin embargo, las décadas precedentes, comenzando por la transición política y con la clarividencia demostrada por el Presidente Suárez y el lehendakari Garaikoetxea, que abrieron un cauce que permitió un avance en profundidad (26). Con la base en la importante Disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la Constitución» (27). El Tribunal Constitucional se tomará el cuidado en diversas sentencias, de que los posibles beneficiarios de esta operación, sólo podían ser la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Foral de Navarra.

Disposición que tenía una correspondencia estatutaria en la igual Disposición adicional del Estatuto vasco (28). Cita expresa de ambas Disposiciones por lo que suponían de permisibilidad de un proceso abierto y singular, como se corroboraría de inmediato.

Una primera exigencia, dada la altura del ordenamiento citado: el tomarse en serio su contenido y efectividad (29). Una segunda: plantear en todo momento su desarrollo práctico.

---

(25) *Op. cit.* p. 71.

(26) Sobre este decurso histórico, mi trabajo *El hecho diferencial de Vasconia. Evidencia e incertidumbres*. Fundación para el Estudio del Derecho Histórico y Autonómico de Vasconia. San Sebastián. 2007.

(27) «La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía».

(28) «La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica renuncia del Pueblo Vasco a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establezca el ordenamiento jurídico».

(29) Todavía poseen toda su fuerza, el texto de Miguel Herrero y de Ernest Lluch (Prólogo de la obra: *Foralismo, Derechos Históricos y Democracia*. Bilbao 1998, pag15: «La Disposición adicional primera o se la toma en serio, o se le presta la lealtad debida, se interpreta correctamente según requieran las reglas de la hermenéutica jurídica y se sacan las oportunas consecuencias, o ponemos en tela de juicio la Constitución toda. No cabe exigir lealtad constitucional si partimos de que una de sus disposiciones, la Adicional primera, es pura retórica o sólo mito y, en consecuencia nos negamos a su lógica interpretación, invocando una u otra excusa política, una u otra opinión periodística, una u otra experiencia personal, uno u otro tema escatológico causado por el libro de moda del último fin de semana...»

Lúcidas palabras, más pertinentes aún para quienes hacen de la Constitución seña vital de existencia y «marginan» correlativamente una Disposición constitucional.

Bien es cierto que el citado basamento normativo fue un firme asiento para la materialización de la especificidad en el Estatuto de Autonomía. Así se demuestra con la singularidad vasca en lo que concierne, por ejemplo, a la seguridad ciudadana, carreteras, organización foral o el propio concierto económico. Instrumento éste último de un proclamado (véase el sistema foral) (30) pactismo bilateral Comunidad vasca - Reino de España.

Incluso con ocasión del desarrollo inmediato del Estatuto, persistió la actualización de los Derechos Históricos como una tarea a realizar; así se comprueba en materias tales como el régimen funcional o la regulación del ámbito local.

Eliseo AJA al perfilar los distintos diferencialismos en el bloque de la constitucionalidad (31), destacó que tanto la Comunidad del País Vasco como Navarra disponían de todos los elementos que definían al hecho diferencial: territorios históricos, lengua propia, Derecho civil foral, policía propia y sistema de concierto y convenio fiscal.

Bagaje, que de manera especial en la Comunidad autónoma vasca, presupone una destacable rampa de lanzamiento hacia mayores profundidades autonómicas.

En el trasfondo se encontraba latente el componente foral, percibido en amplias capas del País como algo propio hasta ayer mismo. Disponiendo de instituciones igualmente propias (así, la hidalguía universal, el pase foral, etc. etc.), lo resaltante de este conglomerado es su pervivencia en solitario en el suelo ibérico, así como su reconocimiento externo y su defensa por las instituciones vascas hasta prácticamente la actualidad.

Un intelectual vasco ya fenecido, lo describía con su brillantez acostumbrada (32):

«Se ha dicho, en primer lugar, que se trata de simples fueros o privilegios locales, de los que se encuentran en Béjar como en Miranda de Ebro, no de derechos que no datan. Aún dado esto por bueno, que no es poco dar, queda un detalle inexplicado: cómo es que unos llegaron a crecer y madurar, resistiendo a muy fuertes vientos contrarios, y sean todavía hoy un recuerdo eficaz, cuando de los otros sólo nos queden, en el mejor de los casos, ediciones críticas del mayor valor para quienes se interesan por particularidades jurídicas y lingüísticas de la Edad Media...»

Incluso en momentos turbulentos y reacios al sistema foral, como puede ser catalogada la Restauración borbónica tras la última guerra carlista, el fuero consigue subsistir en alguna medida, ante la potencialidad desplegada por las Diputaciones, alcanzándose así el régimen bilateral del concierto económico.

No obstante, las sólidas raíces de un diferencialismo particularmente vivo, se agrupan junto a la lengua vernácula y la cultura en general, sin olvidar un también particular sentido de lo colectivo expresado en múltiples facetas.

Así se llega al «prodigio» de la conservación del euskera, como lo califica AZAOLA (33), a pesar de configurar el País Vasco en una zona de tránsito y de sufrir la

(30) Al respecto, mi trabajo «el Pacto en la articulación estatal: el caso vasco». Ponencia presentada en la Conferencia Internacional «Democracia, Ciudadanía y Territorialidad en Sociedades Plurinacionales», celebrada en Oñati (I.V.A.P.) en marzo de 2007.

(31) En su excelente libro *El Estado Autónomo: Federalismo y Hechos Diferenciales*. Madrid. 1999.

(32) Koldo MITXELENA: *Entre nosotros* (Irún. 2001). El texto citado en p. 36.

(33) En su obra *El País Vasco*. Madrid. 1988, p. 64.



fuerte presión de las colindantes lenguas indoeuropeas, que hizo desaparecer todas las lenguas vivas en otros tiempos en la península.

También es preciso aludir al cimiento socio-político que nos conduce a un subsistema propio de partidos políticos y sindicatos de clase que agrupan a un 60% largo de la población.

Perceptible igualmente una constante y viva voluntad de autogobierno, manifestada en distintas épocas y coyunturas, que si no llegaría a plasmarse como fórmula, tal como era la voluntad de los representantes vascos en la disposición del Estatuto, estaba notablemente acreditada.

El nivel competencial propio, nos revela lo que en su momento denominé «la lucha por un régimen de excepción», respecto al ordenamiento global del Estado. Así se entienden fórmulas específicas en el régimen local, respecto del funcionariado o de la regulación general de carreteras...

La dualidad existente en la organización foral (Diputaciones forales y juntas generales), es una demostración, en solitario en el Estado, de la singularidad foral. Existe además una particular relación de estos organismos con las instituciones comunes, cuyo deslindamiento competencial se ha establecido en la conocida como Ley de Territorios Históricos, y en caso de conflictos competenciales se resuelve por la Comisión Arbitral paritaria entre el Gobierno vasco y las instituciones forales.

El sistema del concierto económico en materia de hacienda, con fundamento intensivo en la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Constitución, es una prueba del carácter pactado de su misma existencia, así como se ha reconocido el carácter de leyes materiales a las que surjan de las Juntas Generales en el espacio impositivo.

Prueba también de la tradicional bilateralidad negocial con el Estado, cuya primera formulación fue el conocido como «Pacto con la Corona». Bilateralismo con algunas prácticas (Comisión Euskadi-Estado para asuntos europeos y otras), aunque acordadas demasiado esporádicamente y sin un planteamiento general.

A nivel horizontal existe un precedente nacional entre la Comunidad Foral navarra y la Comunidad Autónoma vasca, a modo de cooperación, suscrita siendo presidente de Navarra Juan Cruz Alli (34). Por decisión del siguiente presidente navarro, este acuerdo dejó de existir.

Son muestras singulares de la mencionada singularidad vasca, que al asomarse el nuevo siglo parece como si se hubieran diluido. Punto de inflexión general que significaba una puesta en cuestión de la misma letra estatutaria, y por lo tanto, una rotunda negativa, expresa o implícita, para cualquier operación de desarrollo del sistema foral o de los derechos históricos.

He descrito (35) la última reivindicación autonómica que se materializaría en la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe, que desembocó en la propuesta de Estatuto político de la Comunidad Autónoma de Euskadi, aprobada por mayoría absoluta en el Parlamento Vasco y rechazada, sin negociación alguna, en el Congreso de los Diputados, en la infausta fecha de 1 de febrero de 2005. Triste final, hasta el momento, de ubicarse en un lugar adecuado como territorio histórico.

---

(34) Lo relata este mismo autor poco tiempo después: *La cooperación entre la Comunidad Autónoma del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra*. San Sebastián. 2004.

(35) En la «Revista Aragonesa de Administración Pública», n.º VIII. 2005.

En el trasfondo se hallaba esa política asimilacionista del Estado español, tal como había señalado Manuel Azaña (36), o el impedimento centralista de «vivir de otra manera» en el interior de España. La cuestión ha sido el beligerante cierre de puertas para posibles fórmulas salidas territorialmente desde las Comunidades nacionalistas. Esta es la situación presente.

#### IV. Interrogantes actuales

El primero, vista la coyuntura, consiste en la pregunta de si sigue en vigor la Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> de la Constitución, gran marginada en el proceso de desarrollo autonómico vasco, y totalmente ignorada en el proceloso debate de la Propuesta de Estatuto Político del Parlamento Vasco, denominado, peyorativamente se entiende, por los niveles políticos y académicos de obediencia centralista, «el plan Ibarretxe». Silencio que parece dar a entender que se han agotado las virtualidades existentes en dicha Disposición, parte esencial de un ordenamiento constitucional y estatutario.

Aún reconociendo que la contemporánea incertidumbre no equivale, ni mucho menos, al final del periplo que tanta fuerza tuvo en la transición a la democracia, se reconoce la supeditación del tema territorial a las nefastas consecuencias de la crisis económica, como anteriormente se proporcionaba a la lucha antiterrorista.

No parece necesario insistir que el componente ordinamental —especialmente el constitucional— sigue estando plenamente en vigor, por mucho que se juegue con una premeditada y relajada marginación. Situación claramente detectable en el espacio analizado.

Tal vez sea oportuno la vuelta a tiempos pasados, aquellos del «espíritu constituyente de imaginación, transición y consenso» que añoraban Herrero de Miñón y Lluch (37). Melancolía por lo que pudo ser y no fue, que no impide pensar que los nuevos tiempos pueden alumbrar nuevas realidades (38). Que así sea. Mientras tanto se trata de bandearse en la galerna, no del Cantábrico precisamente. (39)

Trabajo recibido el 1 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(36) Véase su discurso sobre el proyecto de Estatuto de Cataluña en las Cortes, el 27 de mayo de 1932, recogido por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA en su obra *sobre la Autonomía de Cataluña* (Madrid. 2005).

(37) En el prólogo a la obra colectiva *Derechos Históricos y Constitucionalismo útil* (Fundación BBVA. 2000, p. 17).

(38) Algunas de éstas se perfilan en el libro *Pais Vasco ¿Un nuevo Estado?* Euskal Etxea. Colombia. 2013. Especialmente en las ponencias de Jon Azua, Juan José Ibarretxe, Juan José Álvarez y Josu Lejarreta. Esta obra tiene su versión catalana.

(39) Las Sentencias del Tribunal Constitucional 208/2112 de 14 de noviembre y la de 26 de junio de 2014, han sido calificadas por el jurista Patxi Zabaleta como un «Requiem por el Fuero».

**LABURPENA:** Eskumenak zentralizatzeo eta autonomien balioa gutxitzeko joera dago zenbait erakunde zentralistetan, eta horren aurrean Kataluniako Autonomia Erkidegoan eta Euskal Autonomia Erkidegoan emandako erreakzioak aztertzen dira. Egungo egoera oso gorabeheratsua eta anbigua da.

**HITZ GAKOAK:** Deszentralizatzea. Zentralizatzea. Euskadiren eta Kataluniaren berezitasuna. Konstituzioaren erreforma.

**RESUMEN:** Asistiendo a una clara voluntad de recentralización competencial y a una minusvaloración de la autonomías políticas por determinadas instancias centralistas, se analizan diversas reacciones de distinto signo en la Comunidad autónoma de Cataluña y en la igual Comunidad del País Vasco. La coyuntura actual es particularmente oscilante y ambigua.

**PALABRAS CLAVES:** Descentralización. Recentralización. Especialidad vasca y catalana. Reforma Constitucional.

**ABSTRACT:** Witnessing a clear will of recentralization of powers and a undervaluation of political autonomies by certain centralist instances, several reactions of different type in the Autonomous Community of Cataluña are analyzed. The current situation is particularly oscillating and ambiguous.

**KEYWORDS:** Decentralization. Recentralization. Basque and Catalan specialty. Constitutional reform.



# La nueva regulación de los consorcios públicos: interrogantes y respuestas sobre el régimen jurídico de su personal (1)

Federico A. Castillo Blanco

**Sumario:** I. El nuevo planteamiento sobre la naturaleza y el régimen jurídico de los consorcios públicos. I.1. Introducción: la problemática planteada por los Consorcios y la definitiva consagración del Consorcio como una entidad instrumental de naturaleza singular. I.2. Las modificaciones introducidas por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.—II. El nuevo régimen jurídico del personal al servicio de los consorcios públicos. II.1. La aplicación de la legislación de empleo público a los Consorcios. II.2. El papel de los Estatutos del Consorcio. II.3. ¿Cuál es el significado de la expresión adscribir el personal del Consorcio a la Administración dominante? II.4. ¿Desde qué momento operan las previsiones establecidas con respecto del personal? II.5. Las excepciones al régimen jurídico establecido.—III. La selección del personal del consorcio y la situación del personal existente de forma previa a la regulación efectuada. III.1. ¿Es adecuada la reasignación de efectivos como fórmula para proveer las necesidades de personal de los consorcios públicos? III.2. La situación del personal existente en los Consorcios ya constituidos.—IV. Otro personal al servicio de los consorcios públicos. IV.1. Interinos y contratados. IV.2. El personal directivo. IV.3. El personal eventual. IV.4. Los funcionarios con habilitación de carácter nacional.—V. Conclusión: las desventuras de legislar a la defensiva.

## I. El nuevo planteamiento sobre la naturaleza y el régimen jurídico de los consorcios públicos

### II.1. Introducción: la problemática planteada por los Consorcios y la definitiva consagración del Consorcio como una entidad instrumental de naturaleza singular

La distribución de competencias entre las instancias territoriales en que se organiza el Estado, según viene establecido en el art. 137 C.E., comporta inevitablemente la necesidad de asegurar la coherencia de la actuación de las Administraciones públicas mediante el deber de colaboración entre ellas; deber que, como señalara en

---

(1) El presente trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación «Remodelando el empleo público y la organización administrativa para garantizar el estado del Bienestar» (DER2013-48416)

forma temprana la STC de 4 de mayo de 1982, «se encuentra implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que implanta la Constitución». Y es que nuestro modelo constitucional de ejercicio de competencias entre los distintos poderes públicos implica, de forma inevitable y al menos por ahora, la concurrencia de administraciones en un amplio abanico de materias que no admiten, por simplista, la idea de «una administración una competencia» tan de moda en estos últimos años de crisis económica.

A estos efectos, de colaboración entre las distintas instancias territoriales, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) previó que las distintas Administraciones públicas podrían celebrar convenios que, a su vez, dieran lugar, o no, a la creación de entes instrumentales entre los que se cuenta el Consorcio (arts. 6.2.e y 7). Del mismo modo, la legislación local contempló, de forma previa a la anterior, la colaboración interadministrativa mediante la creación de consorcios (arts. 57 LBRL y 64, 69 y 70 TRRL). Y, en el mismo sentido, la legislación sectorial, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, se refirió a la constitución de Consorcios para el cumplimiento de sus fines (art. 12 del Reglamento de Gestión Urbanística; art. 11.5 de la Ley 42/1975 de Recogida y Tratamiento de Residuos Sólidos Urbanos; 123 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico; Ley de la Comunidad de Madrid 5/1985 de 16 de mayo, creadora del Consorcio Regional de Transportes Públicos Regulares de Madrid; etc.) (2).

En suma, los Consorcios son organizaciones de cooperación interadministrativa, dotadas de personalidad jurídica, que las Administraciones públicas podían constituir con la finalidad de gestionar intereses públicos comunes en el ejercicio de sus respectivas competencias. Los Consorcios encontraron, a lo largo de estas décadas, sus manifestaciones más típicas en la gestión común de competencias concurrentes de los entes consorciados, fundamentalmente en materia de servicios públicos (abastecimiento de aguas o prestación de servicios culturales por ejemplo) o en materias específicas de interés común no atribuidas en concreto a ninguna de las mismas. Pero, y esto ha sido más frecuente de lo que sería de desear, junto a los anteriores se han constituido Consorcios sin atenerse necesariamente al principio de especialidad y que parecían responder a la idea, más que de la gestión de un servicio o función, de dar vida a una nueva forma de ente público, alejándose así de la idea propia de un estado multinivel basado en su esencia en la existencia de competencias concurrentes, que sustituye ampliamente a las Administraciones incorporadas al mismo en materias de

---

(2) El vigor de la figura, en un estado multinivel de competencias concurrentes, es indiscutible y así según los datos del Directorio de Entes del Sector Público Autonómico (datos publicados por el Ministerio de Economía y Hacienda, a fecha 1 de enero de 2009), del total de entes existentes en el conjunto de las Comunidades Autónomas (1940), el 30% aproximadamente (573), son Consorcios, mientras que las sociedades mercantiles representan un 27% del total, las fundaciones un 20%, los entes públicos un 10% y los Organismos Autónomos un 9%.

Las Comunidades Autónomas en las que los consorcios tienen mayor peso específico en el conjunto de los entes integrantes del sector público son:

- Andalucía: el 48,3% (144 de un total de 298).
- Cataluña: el 44,4% (143 de un total de 322).
- Baleares: el 61,1% (99 de un total de 162).

Además, y únase a lo anterior, a lo largo de los últimos años previos a la crisis económica se han creado más de 100 nuevos consorcios, frente a la creación de 80 sociedades y 46 entes de derecho público de diversa naturaleza.

interés propias de todas las entidades participantes. Los problemas de nuestra planta local, por su minifundismo, no son ajenos a ello.

Lo cierto es que, a pesar de la importante función a desarrollar por los Consorcios derivada de este implícito principio constitucional de cooperación, éstos ha debido desarrollar sus funciones en medio de un notable vacío normativo respecto de los mismos que ha provocado que, tanto en el procedimiento para su constitución, como en los aspectos relativos a la gestión ordinaria de sus actividades (particularmente en el ámbito del control presupuestario y de la gestión del personal), hayan surgido numerosos conflictos derivados, fundamentalmente, de la indeterminación de la naturaleza jurídica de esta figura y de la imprecisión de sus propios Estatutos(3). El debate sobre su naturaleza no es nuevo y sobre el mismo se ha escrito suficiente por lo que no nos ocuparemos aquí de ese punto.

No es ésta, sin embargo y debemos advertirlo, una cuestión baladí, pues de la correcta determinación de su naturaleza, va a depender el régimen jurídico aplicable a sus actos (control financiero y presupuestario, régimen de personal, contratación, etc.), pero, además, y por extensión va a ser relevante respecto de los entes instrumentales y sociedades dependientes del mismo que se verán o no sujetas a la legislación local para su constitución y funcionamiento dependiendo de su naturaleza estatal, autonómica o local.

Pues bien, así las cosas, paradójicamente dada la importante función a desarrollar por este tipo de ente público, no será hasta la aprobación de la LRPAC sino cuando se reconozca, por primera vez en el ámbito estatal, y al margen de la legislación de régimen local, la figura del consorcio interadministrativo.

Inicialmente en su artículo 7, y, tras la reforma operada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en su artículo 6.5, la LRJPAC reconoce a los consorcios como una manifestación del principio de colaboración interadministrativa. Este artículo prevé que cuando la gestión de un convenio entre Administraciones haga necesario crear una organización común, ésta podrá adoptar la forma de consorcio dotado de personalidad jurídica o sociedad mercantil, encomendándose a los estatutos del consorcio la determinación de sus fines, así como las particularidades de su régimen orgánico, funcional y financiero. Además, la Ley establece que los órganos de decisión estarán integrados por representantes de todas las entidades consorciadas, en la proporción que se fije en la norma estatutaria, pudiendo utilizarse, para la gestión de los servicios que se le encomienden, cualquiera de las formas previstas en la legislación aplicable a las Administraciones consorciadas.

Es preciso referirnos, sin embargo, a que el referido precepto únicamente cita, refiriéndose al ámbito subjetivo de los convenios de colaboración, a la Administración General del Estado y a las Administraciones de las Comunidades Autónomas, unido a la remisión a la normativa básica local en todo lo relativo a las relaciones interadminis-

---

(3) FERREIRA FERNÁNDEZ, J., «Los consorcios del sector público autonómico: naturaleza y características», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, n.º 310, cita como un ejemplo de esta incertidumbre y confusión en el caso gallego dos resoluciones jurisdiccionales en el mismo Juzgado (JCA n.º 2 de Santiago de Compostela), con dos pronunciamientos absolutamente contradictorios sobre la naturaleza jurídica del Consorcio Gallego de Servicios de Igualdad y Bienestar. Nótese que es el mismo órgano jurisdiccional, el que en dos sentencias coincidentes en el tiempo (7 de mayo y 30 de julio de 2007), y ante supuestos de hecho idénticos, concluye, en uno y otro proceso, respectivamente, en la naturaleza jurídica autonómica y local del referido ente consorcial.

trativas con las entidades locales (art. 9), lo que, a mi juicio, determina que, en estos casos, no sería posible la participación de una entidad local en los consorcios creados a su amparo. De esta forma, hay que entender que se ofrecen dos regímenes jurídicos diferentes, el de los consorcios con participación de entes locales y el de aquellos en que no hay tal participación(4). Lo que estimo se acentúa tras la regulación ofrecida por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local aprobada a finales de 2013 y que ha incidido singularmente en el régimen jurídico de los Consorcios públicos, especialmente aquellos adscritos a un ente local, y lo que estimo, también, que debería ser objeto de rectificación. Desde mi punto de vista, la figura consorcial exigiría una regulación acabada de carácter básico aplicable a todo tipo de consorcios que estableciera los elementos claves de la figura en cuanto a su constitución, organización, funcionamiento y extinción(5), sin perjuicio de las competencias autonómicas para su desarrollo.

El desarrollo de la figura consorcial en el ámbito autonómico, motivado por la necesidad de poner límite a un proceso de generación casi espontánea que había alcanzado un cierto nivel preocupante, sobre todo en términos de control presupuestario, se inicia a partir el año 2000 como ha tenido ocasión de exponer FERREIRA FERNÁNDEZ(6). Así, si hasta el año 2000, el legislador no había sometido aún rígidamente la organización y régimen del consorcio a los tipos legalmente preestablecidos, el espectacular crecimiento de los entes consorciales a finales de los años 90, unido a la necesidad de disciplinar presupuestariamente a todo el sector público con el fin de garantizar los objetivos de estabilidad presupuestaria, le llevó a tomar conciencia de su existencia y a tratar de clarificar su naturaleza jurídica y ré-

(4) CASTILLO BLANCO, FA, «Los Consorcios Administrativos: especial referencia a los consorcios de entidades locales en la legislación andaluza», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 42: 95 y ss. En el mismo sentido PÉREZ TORRENTE ha afirmado que «Como fácilmente se advierte, el artículo 7 de la Ley regula tan sólo el régimen de consorcios entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La Ley de bases de régimen local y el texto refundido de 1986 regularían los consorcios en que participaran entidades locales. Así pues, la Ley 30/1992, en lugar de crear una regla común, consagra dos regímenes que en más de una ocasión serán distintos. Ratifica esta conclusión el artículo 9 de la Ley 30/1992, el cual, bajo el epígrafe de «relaciones la Administración Local» dispone lo siguiente: «las relaciones entre la Administración general del Estado o la Administración de la comunidad autónoma con las entidades que integran su Administración local se regirán por la legislación básica en materia de régimen local.» «Los Consorcios». *Revista Catalana de Derecho Público*. 21: 52-65.

Bien es cierto que dicha tesis no es unánime y en opinión de FERREIRA FERNANDEZ, J., «Los consorcios del sector público autonómico...», *op. cit.*, p. 181 dicha remisión no supone en modo alguno el establecimiento de dos regímenes diferenciados, no sólo porque entre ambas regulaciones no existen diferencias sustanciales, sino también porque la aplicación supletoria de los preceptos de la LRJPA sirve para limar las posibles diferencias o carencias de la LBRL (por ejemplo, en todo lo relativo a la posibilidad de que el Consorcio sea fruto de un Convenio) y, en esa medida, para dotar de mayor homogeneidad a esta regulación. Además, no debe olvidarse que ni la LRJPAC, ni la LBRL establecen en ninguno de sus preceptos cuál ha de ser el régimen jurídico aplicable, ni la administración a la que han de adscribirse los Consorcios, participan en ellos entes locales o no.

(5) En efecto, la ausencia de una regulación de éstos ha sido una constante en el tiempo. Ahora, sin embargo, lo urgente es poner remedio a esa dispersión normativa (LRJPAC, LBRL y, ahora, la reciente LRSP) y dotar a los Consorcios de una regulación homogénea, uniforme para todo tipo de Consorcios que establezca las líneas maestras de éstos. Entre ellas la provisión de los recursos humanos necesarios para el desarrollo de sus fines y su régimen jurídico.

(6) Para todo ello es de imprescindible lectura el trabajo ya citado de FERREIRA FERNÁNDEZ a quien se sigue en estas líneas.



gimen de adscripción, al igual que antes había ocurrido con otros entes instrumentales (7).

Y es que en este período, ya se trata del sector estatal o autonómico, las distintas normas presupuestarias y financieras van a tratar de definir cuando el Consorcio ha de quedar adscrito a uno u otro sector público con la finalidad de establecer cuál es la administración que ha de ejercer sobre éste la tutela, pero por sobre todo, y fundamentalmente, el control en el ámbito económico-financiero.

En este sentido, destaca la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, que con la finalidad de precisar qué debe entenderse por entes integrantes del sector público estatal, a efectos de control financiero y de cumplimiento de los principios de estabilidad presupuestaria, tendrá en cuenta que puede haber consorcios que no tengan naturaleza local (8).

Y es que, hasta la aprobación de la LRSAL, el único esfuerzo armonizador en la delimitación de los criterios de adscripción de los consorcios al sector público se ha dado en el marco de la legislación básica en materia de estabilidad presupuestaria. Y, en este sentido, y, entre otras, con esa finalidad se aprobó el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria cuyo objeto es «el establecimiento de los principios rectores a los que deberá adecuarse la política presupuestaria del sector público en orden a la consecución de la estabilidad y crecimiento económicos, en el marco de la Unión Económica y Monetaria, así como la determinación de los procedimientos necesarios para la aplicación efectiva del principio de estabilidad presupuestaria, de acuerdo con los principios derivados del Pacto de Estabilidad y Crecimiento, y en virtud de la competencia del Estado respecto de las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica». A estos efectos, y con el fin de garantizar la formación y el mantenimiento de un Inventario de Entes integrantes del Sector Público que vele por la efectiva aplicación de este importantísimo principio hoy como sa-

---

(7) Cuestión a la que nunca ha sido ajena nuestra doctrina. Puede verse, a este respecto, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ (1974) *Los Consorcios en el Derecho español - Análisis de su naturaleza jurídica*. Madrid: IEAL y MARTÍN MATEO, R (1971) «Los consorcios como institución jurídica». *RAP*, 161: 9 y ss. CASTILLO BLANCO, F. A. (1991) «Los consorcios de entidades locales: análisis y evolución a la luz de la nueva legislación de régimen Local» *RAP*, 124: 397 y ss. Más recientemente cabe citar los trabajos de MARTÍN MATEO, R. (1987) *Entes locales complejos*. Madrid: Trivium, y MARTÍN MATEO, R (1992) «Los Consorcios locales: una institución en auge», *RAP*, 129: 8 y ss.; LÓPEZ MENUDO, F (1995) «Servicios municipales y gestión consorciada» en Pedro Escribano Collado (Coord.) *Jornadas de Estudios sobre consorcios locales: Temas de Administración Local*. Ediciones Adhara, S.L. 1-34. CASTILLO BLANCO, F.A. (2001) «Los Consorcios Administrativos: especial referencia a los consorcios de entidades locales en la legislación andaluza», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 42: 95 y ss.; NIETO GARRIDO, E. (1997) *El Consorcio Administrativo*, Barcelona: Cedecs. BARRERO DOMÍNGUEZ, C. (2002) «Los conceptos de mancomunidades y consorcios: necesidad de delimitación y diferenciaciones». *Revista Andaluza de Administración Pública*, 45: 81 y ss. Y REBOLLO PUIG, M. (1997) «Los Consorcios entre entes locales como forma de cooperación», en *Anuario del Gobierno Local. 1997*. Madrid: Marcial Pons: 203 y ss.

(8) Su artículo 2 establece que formarán parte del sector público estatal «Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo (entes integrantes del sector público estatal) hayan aportado mayoritaria mente a los mismos dinero, bienes o industria, o se hayan comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado»

bemos constitucionalizado, el legislador básico estatal fijó los criterios determinantes de la adscripción de los consorcios al sector público estatal y local (9).

No obstante, de esa preocupación por la Administración que ha de ejercer el control económico-financiero de los Consorcios y, consiguientemente, el sector público al que esté ha de quedar adscrito no ha estado ausente el legislador autonómico ya se trate de la normativa específica de carácter financiero (10), como en la general de régimen jurídico y administrativo de las distintas Comunidades Autónomas (11).

(9) En ese sentido, y de acuerdo con lo dispuesto en la TRLGP, formarían parte del sector público estatal, «los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado» (art. 2.1.h). Por otra parte, y de conformidad con el artículo 2.1 f) del Real Decreto 1463/2007, de 2 de noviembre por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, de Estabilidad Presupuestaria, en su aplicación a las Entidades Locales, formarán parte del sector público local los consorcios que las entidades locales hayan podido constituir con otras administraciones públicas para fines de interés común o con entidades privadas que persigan fines de interés general, siempre que la participación (habrá que entender financiera) de la o las entidades locales en dichos Consorcios sea mayoritaria, o bien que en caso de igualdad de participación con otras entidades que no sean de carácter local, se cumpla alguna de las siguientes características: que la o las entidades locales dispongan de mayoría de votos en los órganos de gobierno; y que la o las entidades locales tengan facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno.

(10) Así, la última generación de normas autonómicas sobre finanzas públicas (Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Hacienda Foral de la Comunidad Autónoma de Aragón, Ley 14/2006, de 24 de octubre de Finanzas de Cantabria, Ley 2/2006, de 3 de mayo de Hacienda y del Sector Público de Castilla y León, Ley 11/2006, de 11 de diciembre de Hacienda de Canarias y Ley 5/2007, de 19 de abril, de Hacienda de Extremadura) contemplaran ya los requisitos de adscripción de los consorcios al sector público autonómico a los efectos de determinar el régimen de control financiero. A título de ejemplo, el artículo 5 del Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo (BOJA núm. 53, de 18 de marzo) por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía que establece que:

1. A los consorcios referidos en el artículo 12.3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, a las fundaciones del sector público andaluz, y a las demás entidades con personalidad jurídica propia no incluidas en los artículos anteriores en las que sea mayoritaria la representación, directa o indirecta, de la Administración de la Junta de Andalucía, les será de aplicación el régimen presupuestario, económico-financiero, de control y contabilidad que se establece en la presente Ley, en lo previsto en la misma.

Se entenderá que existe representación mayoritaria en las citadas entidades cuando más de la mitad de los miembros de los órganos de administración, dirección o vigilancia sean nombrados por la Administración de la Junta de Andalucía o por sus agencias y sociedades mercantiles del sector público andaluz.

Para la creación y extinción de las entidades referidas en este apartado así como para la adquisición y pérdida de la representación mayoritaria, se requerirá autorización del Consejo de Gobierno.

2. Los consorcios, las fundaciones y demás entidades con personalidad jurídica propia que, aunque no cumplan los requisitos establecidos en el apartado anterior, tengan una financiación mayoritaria de la Junta de Andalucía, podrán quedar sometidos al control financiero previsto en esta Ley cuando, mediando razones justificadas para ello, así lo acuerde el Consejo de Gobierno, a propuesta de la persona titular de la Consejería competente en materia de Hacienda.

(11) De nuevo, a título de ejemplo y para que sirva de contraste, el artículo 12 de la Ley de Administración de la Junta de Andalucía establece, bajo la denominación de organización personificadas de gestión, que:

1. La Administración de la Junta de Andalucía podrá constituir con otras Administraciones Públicas y otras entidades públicas o privadas organizaciones personificadas de gestión para la consecución de finalidades de interés común, que pueden adoptar la forma de consorcios o de sociedades mercantiles.

Corresponde al Consejo de Gobierno autorizar la creación de dichos consorcios o la integración de la Administración de la Junta de Andalucía en los mismos. Asimismo, le corresponde autorizar la creación de sociedades mercantiles en los términos previstos en el artículo 76 de la presente Ley, para la prestación de servicios con contenido económico que no impliquen ejercicio de autoridad y que afecten a los intereses de la Administración de la Junta de Andalucía y de otras Administraciones Públicas.

2. El acuerdo de autorización para la creación, al que se refiere el apartado anterior, incluirá los estatutos del consorcio. En caso de integración, el acuerdo de autorización irá acompañado de la ratificación o adhesión a

De idéntica forma, y adelantándose inclusive a la legislación estatal de régimen local, también el legislador autonómico de régimen local también se ha ocupado de delimitar cuando, y con qué requisitos, un consorcio ha de ser considerado como un ente local (12), bien es cierto que dicha condición de ente local, tras la LRSAL aunque a mi juicio desde antes, no viene amparada por la legislación básica de régimen local (13). Cuestión ésta última que ha sido un problema, añadámoslo, ampliamente discutido (14). Y es

---

los estatutos preexistentes. Tras su aprobación, ratificación o adhesión, se publicarán en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*. Los estatutos han de determinar las finalidades del consorcio, así como las particularidades de su régimen orgánico, funcional y financiero.

La autorización del Consejo de Gobierno para la creación o integración requerirá informe previo de las Consejerías competentes en materia de Administración Pública y de Hacienda.

3. Los consorcios en los que la Administración de la Junta de Andalucía o cualquiera de las entidades que integran el sector público andaluz hayan aportado mayoritariamente dinero, bienes o industria, o se hayan comprometido en el momento de su constitución a financiar mayoritariamente dicho consorcio, han de someter su organización y actividad al ordenamiento autonómico y estarán sujetos al régimen económico-financiero, de control y contabilidad establecido en la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Dicho régimen se aplicará igualmente a los consorcios en los que la designación de más de la mitad de los miembros de sus órganos de dirección corresponda a la Administración de la Junta de Andalucía o a cualquiera de las entidades del sector público andaluz.

(12) La Ley 5/2010, de 11 de junio, de autonomía local de Andalucía ha reconocido también la condición de entidad local del consorcio local. Su artículo 3.4 admite que «por Ley, o de acuerdo con la presente Ley, podrán crearse otras entidades locales complementarias». Entre estas se encuentran los consorcios locales, que, en los términos del artículo 78.3 de la LAULA, «se considerarán entidades locales de cooperación territorial a los efectos de esta Ley» cuando se trate de «consorcios participados mayoritariamente por entidades locales y que persigan fines en materia de interés local».

(13) Lo que no ha impedido que la legislación autonómica lo haya considerado así, ya se trate del caso andaluz (artículo 78.3 de la Ley 5/2010, de 11 de junio) o en el caso de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia o, por referirnos a un último supuesto, por la Ley 20/2006, de 15 de diciembre, municipal y de régimen local de las Illes Balears. Circunstancia que, en opinión de quienes defienden dicho aspecto, no contradice la legislación estatal básica, en la medida de que hay que entenderla referida a los supuestos en que el régimen jurídico de adscripción de la entidad es la legislación local. Véase, en torno a este punto, GARCÍA RUBIO, F., «Las entidades supramunicipales en el gobierno local español. Reflexiones tras la reforma de la sostenibilidad», *Cuadernos de Derecho Local*. n.º 34, 2014, p. 195.

(14) En efecto, el debate sobre si el Consorcio es o no un ente local y sobre la capacidad del legislador autonómico para crear entidades locales no necesarias o dispositivas es algo ya sabido por conocido. De esta forma, entienden que el artículo 3.2 de la LRRL es un listado abierto ALONSO MÁZ, M. J., «Comentario al artículo 3 LRRL», en DOMINGO ZABALLOS, M. J. (coord.), *Comentarios a la Ley básica de régimen local (Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local)*, 2.a ed., Thomson-Cívitas, Madrid, 2005, p. 185-187; MARTÍN MATEO, R., *Entes locales complejos: mancomunidades, agrupaciones, consorcios, comarcas, áreas metropolitanas*, Trivium, Madrid, 1987 p. 22; MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I., «Consortios locales», en Muñoz Machado, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo. Tomo I. A-G*, Iustel, Madrid, 2005, p. 631; SÁNCHEZ BLANCO, A., Organización intermunicipal, Iustel, Madrid, 2006, p. 87. Muy destacadas en este aspecto son las reflexiones de TOSCANO GIL, F., «La definición del Consorcio como entidad local en la legislación autonómica», *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 27, 2011, p. 45 para quien la configuración del consorcio local como entidad local por el legislador autonómico es posible ya que «si en la práctica los estatutos reguladores de los consorcios locales suelen configurarlos como entes de Derecho público que gestionan intereses predominantemente locales, entes participados e integrados mayoritariamente por Administraciones Públicas locales, y sujetos fundamentalmente al Derecho local, ningún problema debería haber en dar el siguiente paso, el de definirlos como entes locales en la normativa autonómica».

No es esta mi posición, sin perjuicio de las competencias autonómicas en materia de régimen local (STC 31/2010). Así lo he expuesto en trabajos ya citados más atrás. Tampoco es la de REBOLLO PUIG, M., «Los consorcios entre entes locales como forma de cooperación», en FONT I LLOVET, T. (dir.), *Anuario del Gobierno Local 1997*, Diputación de Barcelona, Marcial Pons, Instituto de Derecho Público, Madrid, 1997, p. 209. La nueva regulación establecida en la Disposición adicional vigésima avala más, aun si cabe, esta postura y es que, a la vista de la misma, resulta muy complicado mantener la condición de ente local del Consorcio cuando el régimen jurídico puede variar sustancialmente según el criterio de adscripción del mismo. Lo que indica que estamos frente a un ente instrumental que será local o no, o mejor dicho al que le será de aplicación o no la legislación local, dependiendo de su adscripción a una u otra Administración.

que una cosa es delimitar qué régimen jurídico ha de ser aplicación al Consorcio y otra, bien distinta, que éste sea una entidad local.

Como se deduce de la mayoría de la normas autonómicas o de régimen local dictadas por los legisladores autonómicos la adscripción a la Administración autonómica o local vendrá dada por la concurrencia alternativa de una posición de control orgánico o de control financiero por parte de la administración a quien se adscriben. Bien es cierto que, en el caso local, se ha condicionado en ocasiones también a la existencia de un interés local.

Debemos de reiterar que la adscripción a una u otra Administración, más que su calificación de ente local o no, es una cuestión de especial relevancia por cuanto la adscripción del consorcio al sector público de que se trate, será determinante del régimen jurídico de aplicación a éstos. De lo que se deriva que su funcionamiento, el control económico-financiero de éste, las reglas que rijan su actividad, etc. van a venir determinadas por este esencial aspecto. La situación, hasta ahora existente, que permitía la existencia de consorcios no clasificados y la consiguiente indefinición de su régimen jurídico, parece haber tocado fin. Y es que a clarificar dicha situación, ya veremos si con mayor o menor éxito, se ha dedicado la LRSAL con modificaciones tanto en el régimen general de los consorcios públicos como en el específico de los consorcios adscritos a entes locales.

## **I.2. Las modificaciones introducidas por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local**

En relación a los Consorcios, ha de señalarse, en primer término, la dispersión normativa que contiene la norma citada en el frontispicio de este epígrafe que aborda una nueva regulación que se contiene en innumerables preceptos(15), algunos de ellos referidos muy específicamente a los consorcios que queden adscritos a una entidad local(16). Pero,

(15) De hecho se le ha calificado como fragmentario y tortuoso. Puede verse, a este respecto, PAREJO ALFONSO, L., «La racionalización de la Administración Local en el marco de la sostenibilidad: panorama general», *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 34, 2014, p. 35. La reciente aprobación de la Ley de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa incrementa, aún más si cabe, esta situación.

(16) A saber:

- El artículo 57 LRBRL, norma de carácter general, en la legislación básica de régimen local que establece el marco de actuación de éstos en sus relaciones de cooperación con la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas.
- El apartado 2.º del art. 26 LRBRL, respecto a la propuesta de constitución que corresponde a la Diputación como forma de gestión integrada de servicios obligatorios.
- El apartado 2.º del art. 103 bis LRBRL referida a la masa salarial del personal laboral que incluye a los Consorcios adscritos a la entidad local a estos efectos con las eventuales consecuencias que ello pueda suponer.
- La nueva redacción de la Disp. Adicional 12.ª LRBRL, a la que luego nos referiremos más detalladamente, respecto a la limitación de las retribuciones y, singularmente, las correspondientes a los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público local y número máximo de miembros de los órganos de gobierno.
- La Disp. Adicional 13.ª LRSAL, que aunque se denomina Consorcios constituidos para la prestación de servicios mínimos, en realidad aborda una excepción al régimen general de adscripción de personal a los Consorcios.
- La Disp. Adicional 14.ª LRSAL, denominada de nuevo Régimen jurídico especial de determinados consorcios, pero que lo que aborda es una excepción al régimen general de los Consorcios al que ahora nos referiremos.
- La Disp. Transitoria 6.ª de LRSAL, que se dedica al régimen transitorio de los consorcios en tanto se realiza su adaptación a la nueva normativa.
- Disposición Adicional Novena de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, respecto a la aplicación del Redimensionamiento del sector público local y su incidencia en la constitución de nuevos Consorcios o de participación en los mismos de entes locales durante el tiempo de vigencia de su plan económico-financiero o de su plan de ajuste.

sin duda, y a los efectos que interesan en el presente Estudio, es la Disposición Final 2.ª LRSAL que modifica la LRJPAC, para incluir una nueva Disposición Adicional 20.ª denominada «Régimen jurídico de los consorcios», la que será de mayor interés por las indudables consecuencias que tiene para el régimen del personal al servicio de los Consorcios Públicos.

Unas notas claves, de carácter general, cabe extraer de la citada regulación:

- El texto aprobado finalmente sitúa en menor tela de juicio la figura que las versiones de anteriores borradores (17), lo que enlaza perfectamente con el principio de cooperación y la existencia de un sistema de competencias multinivel que hace especialmente idónea la figura consorcial para la gestión de competencias no atribuidas, en exclusiva, a un solo nivel territorial. De todas formas, y aún así, la regulación, como ya veremos, se ha realizado con una excesiva prevención respecto de esta figura y plantea numerosas dudas.
- Se considera un ente instrumental, ya nos hemos referido a ello, y no un ente local lo que, desde mi punto de vista, responde a una elemental lógica dadas la naturaleza de la figura y así podía ser entendido con anterioridad a la LRSAL
- Se configura de forma subsidiaria respecto de los Convenios en el artículo 57 LR-BRL para la cooperación entre Administraciones siempre que, en términos de eficiencia económica, permita una asignación más eficiente de recursos económicos.
- El Consorcio no podrá demandar más recursos de los inicialmente previstos.
- Hay un modificación sustantiva del régimen de los consorcios desde una perspectiva instrumental (adscripción) y en cambios que se concretan en su régimen financiero y contable, así como de personal. En efecto, la nueva Disposición Adicional 20.ª de la LRJPAC regula tanto el régimen de adscripción a efectos de la aplicación del régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Administración pública a la que estén adscritos (según lo dispuesto en sus Estatutos conforme a los criterios del apartado 2), como que el personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral procedente exclusivamente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes, y su régimen jurídico será el de la Administración pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquella.
- La participación de socios privados no influye en la Administración a la que esté adscrito el Consorcio.
- El régimen transitorio establece las siguientes características:
  - Adaptar sus Estatutos en el plazo máximo de un año lo que puede llevar a cambiar de entidad matriz y que el consorcio en pérdidas contagie a ésta.
  - El derecho de «salida», sin embargo, está regulado en la recientemente aprobada Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector

---

(17) En cualquier caso, es preciso subrayar que, aun cuando los Consorcios públicos en el sector local, se configuren de forma subsidiaria en relación los Convenios (artículo 57 LR-BRL), lo cierto es que los Consorcios pueden prestar, a diferencia de lo que acontece en las Mancomunidades tras las reformas legislativas introducidas a partir de 2013, servicios de los denominados impropios pues nada hay en la reforma local de 2013 que limite dicha prestación cumpliendo los requisitos establecidos para la prestación de los mismos que, además, no regirán para los ya constituidos aunque ciertamente se dificulte su funcionamiento en cuanto a la gestión de los medios personales.

Público y de medidas de reforma administrativa (artículos 12 a 15 que regula el procedimiento, las causas, los efectos y la liquidación con grave olvido de la situación del personal en estos supuestos)(18).

- En cuanto al régimen del personal lo aplaza a uno de enero del año siguiente.

En cualquier caso, cabe destacar de la norma introducida en la LRJPAC que esta da respuesta a la situación, en principio anómala, de los Consorcios que podemos denominar como mixtos —por no tener una Administración la mayoría de participación en el mismo—, y que hasta el momento se movían en una esfera de indefinición a la que era preciso poner término (19).

Y habremos de preguntarnos cual es la respuesta que la legislación básica estatal objeto de modificación ofrece. Pues, como se deduce de la norma, hay que extraer las siguientes consecuencias: la primera, que éste queda sujeto al régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Administración pública a la que estén adscritos; la segunda, no menos relevante aunque ya veremos si efectiva, que el personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral procedente exclusivamente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes, su régimen jurídico será el de la Administración pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquélla.

(18) Precisamente esta nota pone de relieve la necesidad, como ha apuntado el Dictamen del Consejo de Estado referido a esta norma, de ofrecer una regulación completa a estos entes públicos que, hasta ahora, prácticamente era inexistente y que, en estos momentos, se encuentra dispersa y con enfoques no homogéneos.

(19) En efecto, establece dicha disposición las siguientes previsiones:

1. Los estatutos de cada consorcio determinarán la Administración pública a la que estará adscrito, así como su régimen orgánico, funcional y financiero de acuerdo con lo previsto en los siguientes apartados.
2. De acuerdo con los siguientes criterios de prioridad, referidos a la situación en el primer día del ejercicio presupuestario, el consorcio quedará adscrito, en cada ejercicio presupuestario y por todo este periodo, a la Administración pública que:
  - a) Disponga de la mayoría de votos en los órganos de gobierno.
  - b) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos ejecutivos.
  - c) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del personal directivo.
  - d) Disponga de un mayor control sobre la actividad del consorcio debido a una normativa especial.
  - e) Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno.
  - f) Financie en más de un cincuenta por cien o, en su defecto, en mayor medida la actividad desarrollada por el consorcio, teniendo en cuenta tanto la aportación del fondo patrimonial como la financiación concedida cada año.
  - g) Ostente el mayor porcentaje de participación en el fondo patrimonial.
  - h) Tenga mayor número de habitantes o extensión territorial dependiendo de si los fines definidos en el estatuto están orientados a la prestación de servicios, a las personas, o al desarrollo de actuaciones sobre el territorio.
3. En el supuesto de que participen en el consorcio entidades privadas sin ánimo de lucro, en todo caso el consorcio estará adscrito a la Administración pública que resulte de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado anterior.
4. Los consorcios estarán sujetos al régimen de presupuestación, contabilidad y control de la Administración pública a la que estén adscritos, sin perjuicio de su sujeción a lo previsto en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera. En todo caso, se llevará a cabo una auditoría de las cuentas anuales que será responsabilidad del órgano de control de la Administración a la que se haya adscrito el consorcio. Los consorcios deberán formar parte de los presupuestos e incluirse en la cuenta general de la Administración pública de adscripción.
5. El personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral procedente exclusivamente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes, su régimen jurídico será el de la Administración pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquélla.

Con más pena que gloria, permítasenos la expresión dados los ingentes problemas que podría producir que, en cada ejercicio presupuestario, el Consorcio quedase adscrito a una Administración distinta con el consiguiente cambio de régimen jurídico (20), lo cierto es que la adición efectuada al régimen jurídico de los Consorcios permite dar respuesta, como decíamos líneas más atrás, a los más que frecuentes Consorcios mixtos que no podrían ser enclavados estrictamente en ningún sector público por no concurrir los requisitos establecidos.

## **II. El nuevo régimen jurídico del personal al servicio de los consorcios públicos**

La naturaleza de ente de derecho público del consorcio interadministrativo es determinante para su sometimiento al derecho público que es un requisito que permanece inalterable, sea cual fuere su naturaleza jurídica. No así su sujeción a la legislación local, autonómica o estatal que dependerá, según lo hasta ahora expuesto, de la administración a la que quede adscrito el Consorcio.

Una primera conclusión se puede ya obtener y es que, en coherencia con su condición de ente público, el régimen derivado de la normativa administrativa general resulta íntegramente aplicable a la totalidad de consorcios interadministrativos; así, el régimen jurídico, procedimiento administrativo, normativa básica reguladora del empleo público, contratación administrativa, el patrimonio de las respectivas Administraciones Públicas, la formación de los presupuestos, etc. son normas de necesaria referencia para la actuación del Consorcio.

Sin embargo, y esto también debe ser matizado, el alcance de la adscripción de un consorcio al ente público dominante según los criterios establecidos por la legislación básica ya expuestos, por su composición heterogénea, no puede tener la misma intensidad que el resto de entes instrumentales respecto de la administración matriz ya se trate de entidades públicas empresariales o de organismos autónomos en las diversas denominaciones que éstas figuras han recibido en la distinta legislación autonómica dictada. La razón es bien sencilla, y se deriva de su naturaleza, estamos frente a un ente público instrumental en el que pueden concurrir distintas Administraciones y de ahí se deriva, también, la especial importancia que desempeñan los Estatutos de éste. Volveremos más adelante sobre ello a propósito de si se integran o no los Consorcios, y si así fuera si debería mantenerse dicha medida, en el sector público de la administración a la que quedan adscritos.

### **II.1. La aplicación de la legislación de empleo público a los Consorcios**

El artículo 2.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público establece que las previsiones contenidas en ella resultarán de aplicación, ade-

---

(20) PAREJO ALFONSO, L., «La racionalización de la Administración Local...», *op. cit.*, p. 36 advierte de lo discutible de los criterios de adscripción establecidos cuando el último en relevancia es el número de habitantes y extensión territorial si se tiene en cuenta que el Consorcio está orientado a la prestación de servicios a las personas o al desarrollo de una actuación sobre el territorio.

más de a la Administración General del Estado, a las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, Administraciones de las entidades locales, Universidades Públicas, Organismos Públicos, Agencias, a las demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.

Teniendo en cuenta la naturaleza de ente de derecho público, vinculado o dependiente de las administraciones públicas que tienen los consorcios, no cabe la menor duda que las normas previstas en el EBEP resultan de aplicación a estos entes y así ha sido ratificado, en este concreto supuesto, por SANCHEZ MORÓN que, como es notorio, resulta una opinión muy cualificada en este punto ya que presidió, y más allá de ello, inspiró la Comisión para el análisis y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público (21).

Así, el ejercicio de las funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses del consorcio, corresponderá, en exclusiva, al personal sujeto al estatuto funcional, debiendo observar la norma estatutaria las determinaciones que sobre las previsiones contenidas en el artículo 9.2 del EBEP establezca, en su caso, la normativa autonómica de desarrollo, bien es cierto que con las singularidades que, en este concreto punto, podría plantear el sector público local al que seguidamente, por su singularidad, nos referiremos.

De esta forma, la plantilla y la relación de puestos de trabajo del consorcio podrá, por tanto, estar integrada por personal funcionario y/o laboral atendiendo al contenido de los puestos de trabajo y al objeto y la actividad a que se dedique éste (22). En todo caso, conviene tener presente que una decisión de tal naturaleza debe venir condicionada por la necesidad de que los Estatutos prevean de forma explícita y precisa el destino de su personal en caso de disolución dada la sucesión universal que se produce por los entes públicos que están integrados en el Consorcio, cuestión ahora, y

(21) En cualquier caso, y a estos efectos, puede verse SANCHEZ MORON, M., *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007.

(22) A estos efectos, ha de tenerse presente que los criterios básicos para la determinación de los puestos de trabajo que han de ser prestados en régimen laboral o funcional difieren entre la normativa establecida en el EBEP y la norma local básica tras las modificaciones introducidas en la legislación de bases de régimen local por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local.

Conforme a la nueva normativa «con carácter general, los puestos de trabajo en la Administración local y sus organismos Autónomos serán desempeñados por personal funcionario». Pero es que, además, se ha de reparar que la nueva legislación deroga la Disposición Adicional Segunda del EBEP en la que, entre otros aspectos, se contenían las funciones públicas de las entidades públicas que se reservaban a los funcionarios.

Y en su apartado 3 se establece cuál es la reserva de funciones que, en todo caso, debe corresponder a los funcionarios públicos, recuperando el antaño regulación contenida en la Ley de Bases, a la que añade lo previsto en el artículo 9.2 EBEP. Reiteración de normas sobre reserva de funciones que, más que añadir claridad, arroja un resultado ciertamente perturbador por lo que suponía el establecimiento de un solo criterio básico para la determinación de estos aspectos. Me explico.

El EBEP había derogado el antiguo art. 92 de la LBRL (cuyo contenido ahora se recuperaría por la nueva Ley) pretendiendo establecer unos elementos mínimos de definición del lo que significa el vínculo funcional para todo el empleo público del Estado. Serían las CCAA, mediante su regulación de empleo público referida a todo el personal de las AAPP de éstas, las que concretarían a través de su legislación de desarrollo dicho aspecto optando por un empleo público, incluido el local, en mayor o menor medida servido por personal laboral o funcionario.

Por otra parte, del planteamiento general establecido en el EBEP basado en la delimitación de los puestos de trabajo que podían llevar a cabo los funcionarios públicos (principalmente en la ejecución de funciones que impliquen participación en el ejercicio de potestades públicas siguiendo los criterios establecidos a este respecto por la legislación comunitaria), se pasa a una regulación en el caso de las entidades locales en las que «con carácter general» deben ser ocupados por funcionarios públicos.



tras las modificaciones legales introducidas por la legislación básica de régimen local, en principio menos problemática.

Desde similar lógica le son de aplicación las limitaciones presupuestarias establecidas, en su caso, en la legislación presupuestaria, ya se trate de incrementos retributivos o tasa de reposición de efectivos, ya que, esté adscrito al ámbito estatal, autonómico o local, se trata de un ente del sector público bien es cierto que con singularidades derivadas de su composición interadministrativa y de las recientes modificaciones normativas (23).

Igual puede decirse de normas laborales de carácter especial para el sector público, amén de la legislación laboral ordinaria, que, asimismo, les serán de aplicación. Un caso específico digno de comentario se produce con el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, con posterioridad convertido en la Ley 3/2012, de 6 de julio, que, como es conocido, ha puesto sobre la mesa, sin duda, un nuevo escenario en las relaciones laborales del sector público y no sólo para el denominado sector empresarial público, sino también, bien que con ciertas matizaciones, con directa aplicación a las estructuras centrales de nuestras Administraciones públicas territoriales e instrumentales dependientes de éstas.

Y es que, como es conocido, en desarrollo de esta norma se dictó el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre que aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, pero la legislación citada viene referida a todo el sector público incluido en el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Ahora bien, tras el iter parlamentario y la promulgación del Reglamento de desarrollo, sólo a las Administraciones públicas, entendiendo por tales las incluidas en el apartado 2 de ese artículo 3, les son aplicables las causas específicamente establecidas en esa disposición por lo que, aún siendo de aplicación la posibilidad de aplicación del despido colectivo a todas las establecidas en el apartado 1, las que no tienen carácter estrictamente de Administración pública serán regidas, tanto las causas como el procedimiento, por las normas establecidas con carácter general para el sector privado.

Pues bien de lo expuesto, y estando incluidos los consorcios públicos objeto de estudio en el ámbito del artículo 3 del TRLCSP, ha de concluirse que, en lo referente a

---

(23) Todas las leyes de Presupuestos establecen un ámbito subjetivo de aplicación en cuanto a la retribuciones y la selección de personal. En este sentido, la regulación presupuestaria estatal incorpora siempre y en todo caso un ámbito subjetivo, bajo la descripción de «*Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en materia de gastos de personal al servicio del sector público*», siempre incorporado en el Título dedicado a «*los gastos de personal*» y en cuanto se refiere a la Oferta de empleo público o instrumento similar, no fija un ámbito subjetivo diferenciado —con alguna salvedad— sino que se remite al anteriormente ámbito.

Al respecto, para el 2013 la Ley 17/2012 exceptuaba del régimen general de no incorporación de nuevo personal a las sociedades mercantiles públicas. La Ley 22/2013 incorpora también a las fundaciones y consorcios en su DA 21.ª, como ya lo formuló su antecedente la Ley 17/2012. Se instituye así para todo este colectivo del sector público —estatal, autonómico, local, universitario, etc.— un marco específico y singular.

La regulación de la política selectiva del sector público referido a los Consorcios para el 2014 aparece en la DA 21 de la Ley 22/2013 y la regla general es también la prohibición de contratar nuevo persona, pero se exceptúa la contratación de personal o la incorporación de funcionarios con una relación preexistente fija e indefinida en el sector público en el que respectivamente esté incorporado la correspondiente fundación o consorcio.

Un magnífico trabajo sobre el tema puede consultarse en BOLTAINA BOSCH, X. «La gestión de los recursos humanos en una época de crisis: el personal de nuevo ingreso, la interinidad, la temporalidad y los procesos de funcionarización del personal laboral», en el volumen colectivo *La Reforma del Sector Público* (Dir. Federico A. Castillo Blanco), Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2014.

la extinción de contratos de trabajo, se ha de estar, asimismo, a lo dispuesto específicamente en estas normas especiales constituyendo unidades independientes a los efectos de despidos colectivos.

## II.2. El papel de los Estatutos del Consorcio

En efecto, ya hicimos puntual referencia, en el caso de los consorcios a que los Estatutos de éste jugarán un papel fundamental a la hora de determinar las particularidades que, respecto de la normativa marco de general aplicación en el ámbito del sector público de que se trate y al que pueda ser adscrito, presentarán los consorcios en los aspectos organizativos, funcionales y financieros. En cualquier caso, conviene en este preciso punto que distingamos entre los consorcios con carácter general y los consorcios adscritos a entidades locales ya que éstos, tras la LRSAL, establecen disposiciones específicas que conviene analizar para determinar exactamente el papel de éstos.

### A) LOS ESTATUTOS EN LOS CONSORCIOS PÚBLICOS

La pregunta a resolver ha de ser necesariamente: ¿qué alcance tienen las citadas particularidades? Desde mi punto de vista el régimen jurídico propio de los consorcios que establezcan sus Estatutos no puede resultar notoriamente distinto de aquél al que está sujeta la Administración a la que quede adscrito. No debe olvidarse además las importantes consecuencias, tras la reciente legislación dictada, que se derivan del cambio de adscripción cuando se produzca un cambio de sector público al que el mismo ha resultado adscrito y que, en el caso de que la singularidades sean relevantes, puede que obligasen a realizar un cambio de Estatutos.

De todas formas, y en cualquier caso, esas particularidades no parece que puedan alcanzar a aspectos básicos del régimen de funcionamiento de cualesquiera entes públicos. Por ejemplo, en ningún caso podrían autorizar a que el consorcio careciera de fiscalización, o, por citar otro ejemplo, tampoco podrían autorizar mecanismos de adjudicación contractual que contraríen los establecidos para las Administraciones públicas (24),

---

(24) El TRLCSP incluye, en su ámbito de aplicación subjetivo, a los consorcios dotados de personalidad jurídica propia. De acuerdo con lo previsto en su artículo 3.1.e) «los consorcios dotados de personalidad jurídica a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local» forman parte del sector público.

Ahora bien, para determinar el grado de intensidad de aplicación de la misma, el artículo 3 del TRLCSP, en sus apartados 2 y 3, distingue entre «administraciones públicas», a quienes se aplicará íntegramente el contenido de la ley y «poderes adjudicadores que no tienen la consideración de administraciones públicas», a quienes sólo se le aplican determinadas normas de la misma. Al no mencionar expresamente a los consorcios en ninguno de estos apartados, se ha planteado la duda de qué consideración deben tener los consorcios y, en consecuencia, con qué intensidad se les han de aplicar los preceptos de la ley y qué régimen jurídico tendrán los contratos por ellos celebrados.

Para GIMENO FELIU, sin duda la mejor doctrina en este punto, el elemento clave es el apartado e) del artículo 3.2 apartado e), cuyo análisis, según el referido autor, nos lleva a la conclusión de que los consorcios (al igual que las Agencias Públicas), cuando cumplan alguno de los dos requisitos previstos en el mismo tendrán la consideración de Administración pública y estarán sometidos a las prescripciones de la TRLCSP en todo caso, tanto en fase de preparación y adjudicación, como de cumplimiento y extinción.

o permitir, por referirnos a un último aspecto y fuera de los casos establecidos, que el consorcio tuviese personal propio. Es decir, los límites a esa facultad de disposición sobre la sujeción de éste a la normativa propia del sector público al que queda adscrito se plantearían esencialmente en términos negativos prohibiendo la elusión de los mecanismos básicos de control, de la sujeción a la normativa básica, o de garantía de los derechos de los ciudadanos respecto del régimen jurídico o de funcionamiento del consorcio.

Desde este punto de vista, dichas singularidades podrían permitir, en cambio, que se definan los órganos de fiscalización, que se determine la composición de las mesas de contratación, que se regule, en cierta medida (los aspectos disponibles del régimen jurídico básico del empleo público), el régimen del personal que preste sus servicios en el organismo, y ello siempre que la normativa de aplicación del sector público de que se trate no realice una regulación tan exhaustiva que orille cualquier pretensión normativa.

En definitiva, las particularidades que podrán abordarse en los estatutos se ceñirán en mayor medida a aspectos organizativos o que, de aplicarse la normativa general de la administración a la que quedaron adscritos y, en especial, la reglamentaria, se traduciría en una antinomia normativa por la falta de equiparación entre las categorías de alguna o de todas las Administraciones consorciadas con la propia Administración del consorcio.

De esta forma, y en materia de personal, los Estatutos del Consorcio pueden ser determinantes para diversos aspectos, que van desde las condiciones económicas y sociales de los trabajadores y dado que puede variar su régimen de adscripción, el procedimiento para la provisión de los puestos de trabajo mediante la reasignación de efectivos, la delimitación de los puestos de trabajo a prestar por personal funcionario, las particularidades de sus instrumentos organizativos de personal, etc., pero de todos ellos destaco uno que me parece de especial relevancia. Me refiero al que podríamos denominar personal estatutario, es decir, aquellas figuras de personal que pueden aparecer en los Estatutos, que no necesariamente tienen que tener carácter directivo, y cuya provisión estaría ajena al sistema ordinario de provisión de puestos de trabajo mediante la reasignación de efectivos.

Me refiero, específicamente, a puestos como Gerentes o Consejeros Delegados en aquellos supuestos en que los mismos aparezcan en los Estatutos cuya designación, como órgano estatutario que resulta, será una de las particularidades orgánicas que pueden establecer los Estatutos y que, por tanto, no se ve afectado por el tenor de la disposición antes referida.

Lo mismo cabe decir del puesto de Secretaría, de nuevo un órgano estatutario al que luego nos referiremos más en detalle, en aquellos consorcios que no tengan la condición de locales en que, nuevamente, habrán de ser los Estatutos los que puedan y deban establecer como particularidad orgánica su forma de provisión.

---

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 38/2008, de 31 de marzo de 2009, ha dado un paso más en esta línea al concluir que los consorcios son considerados administraciones públicas y, en consecuencia, deberán aplicar las previsiones de la LCSP (la dicción no varía respecto de la prevista en el TRLCSP) en su más alto grado de intensidad (preparación, adjudicación, efectos y extinción). En consecuencia, únicamente restaría a los estatutos la posibilidad de establecer aquellas particularidades de índole organizativa que consideren pertinentes (así, en la determinación del órgano de contratación, en la composición de las mesas de contratación, etc.).

## B) LOS ESTATUTOS EN EL CASO DE LOS CONSORCIOS LOCALES Y EL ALCANCE DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DUODÉCIMA LRBRL RESPECTO DE ESTOS

En efecto, un caso específico se presenta en los consorcios adscritos a un ente local y la conciliación entre lo previsto en sus Estatutos y las decisiones a adoptar por la entidad local a la que queda adscrito. Y es que la Disposición Adicional duodécima de la LRBRL, introducida por la LRSAL, ofrece una regulación de un conjunto de cuestiones referidas al personal que, sin perjuicio de su contenido, plantean una pregunta más allá de sus previsiones concretas y la idoneidad o no de las mismas.

En efecto, dicha disposición prevé que para las entidades del sector público local será el Pleno de la entidad local a la que se adscriba el Consorcio quien ha de determinar el que clasifique a tal entidad dentro de uno de los tres grupos de clasificación establecidos al efecto para determinar el número máximo de miembros del consejo de administración, la estructura organizativa (con fijación del número máximo y mínimo de directivos), así como las retribuciones (25). La cuestión es ¿se aplica a los consorcios adscritos a un ente local dicha disposición?

---

(25) Establece la Disposición adicional duodécima, con la denominación «Retribuciones en los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público local y número máximo de miembros de los órganos de gobierno» los siguiente:

1. Las retribuciones a fijar en los contratos mercantiles o de alta dirección suscritos por los entes, consorcios, sociedades, organismos y fundaciones que conforman el sector público local se clasifican, exclusivamente, en básicas y complementarias.

Las retribuciones básicas lo serán en función de las características de la entidad e incluyen la retribución mínima obligatoria asignada a cada máximo responsable, directivo o personal contratado.

Las retribuciones complementarias, comprenden un complemento de puesto y un complemento variable. El complemento de puesto retribuiría las características específicas de las funciones o puestos directivos y el complemento variable retribuiría la consecución de unos objetivos previamente establecidos.

2. Corresponde al Pleno de la Corporación local la clasificación de las entidades vinculadas o dependientes de la misma que integren el sector público local, en tres grupos, atendiendo a las siguientes características: volumen o cifra de negocio, número de trabajadores, necesidad o no de financiación pública, volumen de inversión y características del sector en que desarrolla su actividad.

Esta clasificación determinará el nivel en que la entidad se sitúa a efectos de:

a) Número máximo de miembros del consejo de administración y de los órganos superiores de gobierno o administración de las entidades, en su caso.

b) Estructura organizativa, con fijación del número mínimo y máximo de directivos, así como la cuantía máxima de la retribución total, con determinación del porcentaje máximo del complemento de puesto y variable.

3. Las retribuciones en especie que, en su caso, se perciban computarán a efectos de cumplir los límites de la cuantía máxima de la retribución total. La cuantía máxima de la retribución total no podrá superar los límites fijados anualmente en la Ley de presupuestos generales del Estado.

4. El número máximo de miembros del consejo de administración y órganos superiores de gobierno o administración de las citadas entidades no podrá exceder de:

a) 15 miembros en las entidades del grupo 1.

b) 12 miembros en las entidades del grupo 2.

c) 9 miembros en las entidades del grupo 3.

5. Sin perjuicio de la publicidad legal a que estén obligadas, las entidades incluidas en el sector público local difundirán a través de su página web la composición de sus órganos de administración, gestión, dirección y control, incluyendo los datos y experiencia profesional de sus miembros.

Las retribuciones que perciban los miembros de los citados órganos se recogerán anualmente en la memoria de actividades de la entidad.

6. El contenido de los contratos mercantiles o de alta dirección celebrados, con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, deberá ser adaptados a la misma en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor.

La adaptación no podrá producir ningún incremento, en relación a su situación anterior.

En principio, y si nos atenemos al tenor literal de la norma, pareciera que habría que llegar a dicha conclusión y de esa opinión son algunos autores (26). Pero creo que cabría otra interpretación porque esta última, desde luego, no es la solución más acertada.

En efecto, una reflexión debe de ser puesta de manifiesto para entender el alcance de la disposición, a saber: una cosa es que, a los efectos de determinar el régimen jurídico de aplicación al consorcio, éste quede adscrito a una Administración y otra, bien distinta, es que el consorcio se integre en el sector público local de la Administración a la que ha quedado adscrito con las importantes consecuencias organizativas que tendría dicha inclusión según lo establecido en la citada disposición. Adscripción no significa integración. Y es que, en una administración instrumental compartida por varias administraciones, la consecuencia de mantener la inclusión del consorcio en su sector público sería que la entidad local a la que quedase adscrita fuese la que determinase materias que, por su propia naturaleza, son de contenido estatutario (por ejemplo, el número de miembros de su órgano representativo). Lo que contradice, por otra parte, distintas disposiciones normativas referidas a éstos, tanto autonómicas como estatales de carácter básico, restándole capacidad de autoorganización, en cuanto a sus órganos de gobierno, a la entidad instrumental constituida por distintas Administraciones.

La naturaleza del consorcio, como entidad instrumental participada por varias administraciones, estimo que debiera impedir dicha integración o matizar el alcance de ésta que puede ser uno u otro según las materias a las que nos refiramos. En cualquier caso, desde mi punto de vista, no puede ser el Pleno de la entidad a la que queda adscrito el consorcio quien determine dichos puntos, sino que dicho papel vendrá atribuido a los Estatutos o, en todo caso, al órgano de representación de éste. De nuevo estaríamos ante una particularidad orgánica y funcional de este tipo de entes.

Otra cosa es que la disposición, en cuanto a su contenido, retribuciones máximas y otros puntos le pueda ser de aplicación, pero el instrumento normativo o el órgano que haya de decidir dichas cuestiones no puede ni debe ser una de las Administraciones consorciadas que, además, lo hace por tan solo un ejercicio presupuestario. Carece de la más elemental lógica y la antinomia normativa que se produce con respecto de otras disposiciones ha de resolverse conciliando el contenido de las mismas. De esta forma, habrá que entender que a ciertos efectos (por ejemplo estabilidad presupuestaria o masa salarial), el consorcio formará parte del sector público local, pero por sobre todo las decisiones organizativas han de quedar atribuidas al ente consorciado que, en sus Estatutos, o mediante acuerdos de su máximo órgano representativo ha de ser quien acuerde las mismas.

---

Las entidades adoptarán las medidas necesarias para adaptar sus estatutos o normas de funcionamiento interno a lo previsto en esta Ley en el plazo máximo de tres meses contados desde la comunicación de la clasificación.

7. La extinción de los contratos mercantiles o de alta dirección no generará derecho alguno a integrarse en la estructura de la Administración Local de la que dependa la entidad del sector público en la que se prestaban tales servicios, fuera de los sistemas ordinarios de acceso.

(26) JIMENEZ ASENSIO, R. ¿«Réquiem» por los consorcios? Notas sobre el nuevo régimen jurídico de los Consorcios tras la LERSAL», que puede consultarse en el blog del autor).

### II.3. ¿Cuál es el significado de la expresión adscribir el personal del Consorcio a la Administración dominante?

No son escasas las dudas que presenta la regulación efectuada en la nueva Disposición Adicional Vigésima de la LRJPAC para aquellos Consorcios que ya preexistían a la regulación establecida y contaban con personal propio, funcionario o laboral.

Las dudas se plantean en los siguientes términos: ¿La adscripción del Consorcio implica la subrogación ex lege de la Administración dominante en las relación jurídica que el Consorcio mantenía con éstos? ¿Se aplica dicha previsión con carácter retroactivo? ¿Afecta a todo tipo de personal ya sea contratado o fijo?

La terminología utilizada por la disposición podrían conducir a pensar que el personal al servicio del Consorcio quedaría integrado en el empleo público de la Administración dominante «ex lege» o que se produce una sucesión de empresas en el caso del personal laboral, pero en mi opinión esta no es la solución acertada, en los términos que está establecida, y menos con carácter general para todo tipo de personal ya fuere fijo o contratado.

Si así fuere se tendría que producir, en el caso del personal laboral, que es al que primeramente nos referimos una sucesión de empresas y en el caso del personal funcionario la declaración en la situación administrativa correspondiente de servicio activo en la administración de adscripción. Y dichas soluciones no me parecen suficientemente satisfactorias. Otra respuesta creo que es la solución.

En efecto, una cosa es, desde mi punto de vista, absolutamente diáfana, a saber: que el régimen jurídico de la Administración dominante les sea de aplicación no tiene que tener, necesariamente, esas consecuencias antes aludidas. Es decir, y por decirlo de una vez, no parece que pueda hablarse de que se produce una integración del personal funcionario al servicio del Consorcio en el empleo público de la Administración a la que queda adscrito ya que nada se dispone respecto de ello y, por demás, y en el supuesto de que se produjese de nuevo un cambio en la Administración de adscripción el resultado sería una especie de funcionario «itinerante» que sucesivamente se iría integrando en una u otra Administración a la que quedara adscrito el Consorcio.

Tampoco, y por la misma razón, se produce una sucesión de empresas en el caso específico del personal laboral (27). A mi juicio no es posible una solución de tal tipo que, de otro lado, no se menciona expresamente a diferencia de lo acontecido en los supuestos de reestructuración del sector público acontecidos en los últimos tiem-

(27) La experiencia en nuestro ordenamiento jurídico ha acontecido en la reordenación del sector público en distintas Comunidades Autónomas. En el caso andaluz la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía solo prevé un régimen de integración del personal en dos supuestos:

- En los casos en que, como consecuencia de la reordenación del sector público andaluz, se produzca la supresión de centros directivos de Consejerías
- En aquellos otros en que se produzca la extinción de entidades instrumentales públicas o privadas en las que sea mayoritaria la representación y la participación directa o indirecta de la Administración de la Junta de Andalucía y sus agencias,

Previéndose, a estos efectos, y solo en esos supuestos de supresión o extinción notoriamente distintos al analizado aquí, la integración del personal en las agencias públicas empresariales o de régimen especial que asuman el objeto y fines de aquellas que se extinguen de acuerdo con un protocolo que se adoptará por la Consejería competente en materia de Administración Pública.

Recuérdese, además, la doctrina vertida, a este respecto, por las SSTs de 21 de enero de 2013 (rec. 6191/2011) y de 25 de marzo de 2013 (rec. 1326/2012 y 1197/2012) que, aún admitiendo la sucesión de empresas realizada en virtud del Decreto impugnado, deja claramente establecido fundamentalmente dos cosas:

pos (28). Un primer dato es elocuente y es que la propia Disposición Adicional Vigésima prevé dicha adscripción exclusivamente para cada ejercicio presupuestario. ¿Se produciría pues, y caso de aceptarse esa tesis, en cada ejercicio presupuestario en el supuesto de que se produjesen cambios en los criterios de prioridad para determinar la Administración de adscripción, una continúa integración y sucesión de empresas? ¿Hay, como sin embargo ocurre en el caso de la reestructuración de otros sectores públicos, un cambio en la titularidad de la empresa? ¿Cuál es el sentido de esa disposición en este concreto ámbito? ¿Se aplica a todo el personal incluido el directivo o aquel que desempeña el ejercicio de funciones públicas necesarias para el desarrollo de la actividad del Consorcio?

Vayamos por partes. En efecto, el cambio de titularidad de una empresa, según los términos del artículo 44 del ET, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general, cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiere adquirido el cedente. Es decir, y como puede verse, estamos frente a una institución de garantía a fin de garantizar la continuidad de las relaciones laborales cuando continúa la actividad realizada (29).

Y es que aquí no hay cambio de titularidad alguna, ni extinción del ente matriz, ni integración de éste en otro, sino simplemente asimilación de un régimen jurídico para evitar que el personal proveniente de los entes consorciados se someta a condiciones

---

— Expresamente alude a que ese personal que se integra en los nuevos entes creados solamente podrá pasar a la función pública de la Administración General de la Junta de Andalucía o a su personal laboral si supera los correspondientes procesos selectivos.

— El personal integrado ya era empleado público ya que la entidad de la que provenía era una «entidad pública».

(28) Véase respecto de este punto lo acontecido en el caso de Andalucía con la reestructuración del sector público andaluz y las previsiones a este respecto contenidas en la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía y, en concreto, lo dispuesto en su Disposición Adicional Cuarta.

(29) Institución de plena aplicación en el sector público. La Directiva 2001/23 (de la que trae causa el artículo 44 ET), al igual que hacía su precedente, la Directiva 77/187, excluye del ámbito de aplicación de la misma «la reorganización administrativa de las autoridades públicas administrativas y el traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas administrativas». Tal tenor legal ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea entendiendo que el mero hecho de que el cesionario de la actividad sea un organismo de Derecho Público o una Administración no permite excluir la existencia de una transmisión comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, siempre que no se trate de tareas propias del ejercicio del poder público.

Es más, los empleados públicos, protegidos como trabajadores en virtud del Derecho nacional y afectados por una transferencia a un nuevo empleador dentro de la Administración Pública, también se encuentran tutelados por la Directiva, pues si se acogiera la interpretación contraria «importantes categorías de trabajadores que ejercen actividades económicas podrían quedar privados de la protección prevista por la norma comunitaria». El Tribunal de Justicia asume, además, un concepto amplio de «actividad económica», extensivo a «cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado», incluyendo servicios que se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los operadores que actúan con ese ánimo. Desde esta perspectiva, actividades como la gestión de instalaciones públicas de telecomunicaciones y su puesta a disposición de los usuarios, la limpieza o el mantenimiento o la gestión de actividades ligadas a la intermediación y al mercado de trabajo, quedan ubicadas en el ámbito de la Directiva, permaneciendo al margen únicamente la reorganización de estructuras de la Administración Pública o la cesión de competencias administrativas entre Administraciones cuando afecten a actividades propias del ejercicio del poder público, las cuales, descendiendo al ordenamiento jurídico español, deben ser realizadas únicamente por funcionarios (art. 9.2 EBEP)

laborales distintas. Simple y llanamente eso. Lo que no quiere decir, ni mucho menos, que tal solución no presente numerosos problemas e interrogantes.

Es decir, operará el fenómeno subrogatorio del art. 44 ET si se dan los requisitos para ello, lo establece el convenio colectivo o, por lo que aquí interesa, se determinase así en las previsiones adoptadas para la reestructuración por la Ley. Pero no concurre ninguna de esas circunstancias(30), sino que en el caso analizado exclusivamente se establece una vis atractiva del régimen jurídico a fin de posibilitar unas mismas condiciones laborales.

En definitiva, lo que la analizada disposición establece, seguramente con la mejor de las intenciones, puede presentar, a menos que se establezcan normas complementarias de la misma (me refiero a normas específicas de empleo público y no de otro tipo), numerosas dudas en su aplicación práctica y problemas de complicada solución sobre todo si se producen sucesivos cambios en la Administración a la que queda adscrito el Consorcio.

Un supuesto muy revelador lo constituye el caso del personal laboral y sus condiciones de trabajo ¿Se pueden producir modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo ex lege? ¿se vulnera el derecho a la negociación colectiva de los trabajadores al servicio del Consorcio?, ¿Pueden estos tener Convenio Colectivo? La disposi-

(30) Como ha dejado establecido la jurisprudencia (véase entre otras la STSJ de Madrid de 1 de marzo de 2013, rec. 6259/2012):

«Así tenemos —como sintetizábamos en las sentencias de 14-7-2008, rec. 2089/08 y en la de 13-11-09, rec. 4324/09, de esta Sección Primera— que los distintos supuestos de subrogación empresarial, asumiendo la patronal entrante los derechos y obligaciones de la empresa saliente, se reconducen en la actualidad a los siguientes:

A) Art. 44 del ET, reformado al compás de las Directivas comunitarias e interpretación de la jurisprudencia del TJCE, condicionado al requisito subjetivo de cambio de titularidad de la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, y al objetivo de la entrega o aporte de los elementos patrimoniales necesarios, activos materiales o inmateriales o infraestructuras básicas para la continuidad de la actividad productiva.

B) Sucesión empresarial por disponerlos los pliegos de concesiones administrativas, cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos previstos en los mismos.

C) Subrogación empresarial convencional por así disponerlo los Convenios colectivos, aunque no exista transmisión de elementos patrimoniales, contrayéndose a los casos expresadamente pactados y en tanto se hayan cumplido todos y cada uno de los requisitos en la norma estipulada para que surta efecto, no dándose si se incumpliera alguno de ellos ( SSTS 10-12-97 , 9-2 y 31-3-1998 , 30-9-99 y 29-1-2002 ).

D) Sucesión contractual mediante acuerdo entre la empresa cedente y cesionaria, aun no concurriendo los requisitos del art. 44 del ET, supuesto a que hace méritos una copiosa jurisprudencia del TS referida a las empresas de *handling*, (por todas STS 29- 2-2000), que constituye una novación por cambio del empleador que exige el consentimiento de los trabajadores afectados en aplicación del art. 1205 del Código.

E) Sucesión de plantillas, aun no dándose tampoco los presupuestos del art. 44 del ET ni prever la subrogación el Convenio Colectivo o el pliego de condiciones, figura esta nacida de la jurisprudencia del TJCE, por continuar la empresa entrante en la actividad, asumiendo o incorporando a su plantilla a un número significativo de trabajadores de la empresa cesante, tanto a nivel cuantitativo (asumir por ejemplo la empresa entrante dos trabajadores sobre un total de seis, STS de 25-1-2006 ), como cualitativo (STSJ de Castilla-León de 31-10-2007), siempre que la actividad productiva descanse esencialmente en la mano de obra. Aquí, la organización productiva, es la plantilla de trabajadores, entendida como un conjunto de elementos personales organizados, y constitutiva de una entidad económica que mantiene su identidad. Este supuesto ha sido aceptado por la Sala Cuarta del TS en su sentencia de 27-10-2004, (aun suscitando en la misma ciertas «reservas», entre otras razones, «por el efecto de desincentivación de estas contrataciones y del establecimiento convencional de estas garantías, que acabarán privando de las oportunidades de empleo a los trabajadores que supuestamente se quiere proteger»), ya que la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al resolver cuestiones prejudiciales, es vinculante para el TS que ha de acatarla y ello no sólo en el caso decidido por la sentencia que resuelve la cuestión prejudicial, sino con carácter general en todas aquellas que queden comprendidas en la interpretación que se establece».



ción es más que desconcertante: «su régimen jurídico será el de la Administración pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquella».

De más está decir que, en cuanto al régimen jurídico de este personal, no se puede cuestionar su capacidad de negociación colectiva y presenta serias dudas, por la eventual vulneración del derecho de negociación colectiva, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que pueden acontecer como consecuencia del cambio de adscripción a uno u otro sector público o a una u otra administración.

#### **II.4. ¿Desde qué momento operan las previsiones establecidas con respecto del personal?**

La Disposición transitoria sexta de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local aborda el régimen transitorio para los consorcios estableciendo, a estos efectos, que los consorcios que ya estuvieran creados en el momento de la entrada en vigor de esta Ley deberán adaptar sus estatutos a lo en ella previsto en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley.

Ahora bien, la misma añade otra previsión y es que si esta adaptación diera lugar a un cambio en el régimen jurídico aplicable al personal a su servicio o en su régimen presupuestario, contable o de control, este nuevo régimen será de aplicación a partir del 1 de enero del año siguiente.

Lo primero, sin perjuicio de lo que ya aludimos en el apartado anterior, que ha planteado esa fecha de 1 de enero es una cuestión lógica, a saber: ¿desde cuando opera dicha fecha desde que se aprueben los Estatutos debidamente adaptados? o, alternativamente, ¿Desde la entrada en vigor de la Ley, es decir, 1 de enero de 2015?

El simple sentido común nos conduce a considerar que será desde que se aprueben los Estatutos adaptados a las previsiones establecidas en esa nueva normativa ya que estos serán determinantes en el establecimiento de las particularidades orgánicas que se establezcan en los mismos y, como ya nos hemos referido, pueden ser relevantes en materia de empleo público. De todas formas, y siendo necesaria la publicación de los mismos, es probable que el procedimiento de aprobación y publicación vaya más allá de 31 de diciembre de 2014 por lo que, en ese supuesto, el plazo para realizar las correspondientes adaptaciones en materia de personal se alargaría hasta al menos 1 de enero de 2016.

#### **II.5. Las excepciones al régimen jurídico establecido**

Bien es cierto que se regulan excepciones a la regla general establecida en la Disposición Adicional vigésima. En efecto, la Disposición Adicional decimotercera establece que el personal al servicio de los consorcios constituidos, antes de la entrada en vigor de la Ley, que presten servicios mínimos a los que se refiere el artículo 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de Régimen Local, podrá integrarse por quienes no sean personal funcionario o laboral procedente de una reasig-

nación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes en el consorcio (31).

Otro supuesto lo constituye el establecido en la Disposición Adicional decimo cuarta de Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local («B.O.E.» 30 diciembre), según la cual lo previsto en esta disposición adicional vigésima no resultará de aplicación a los consorcios, constituidos antes del 31 de diciembre de 2013 que, en forma cumulativa, cumplan tres condiciones: la primera de ellas consistente en que no tengan la consideración de Administración Pública a efectos del Sistema Europeo de Cuentas; la segunda, que estén participados por Entidades Locales y entidades privadas; y la tercera, de carácter económico-financiero, que no estén incurso en pérdidas durante dos ejercicios consecutivos y no reciban ni hayan recibido subvenciones de las Administraciones Públicas en los cinco ejercicios anteriores al de entrada en vigor de la citada Ley 27/2013, con independencia de las aportaciones a las que estén obligados los entes consorciados.

Estos consorcios citados en último lugar, en tanto se mantengan todas las condiciones mencionadas, se regirán por lo previsto en sus respectivos Estatutos.

### **III. La selección del personal del consorcio y la situación del personal existente de forma previa a la regulación efectuada**

#### **III.1. ¿Es adecuada la reasignación de efectivos como fórmula para proveer las necesidades de personal de los consorcios públicos?**

Hasta ahora, y con base en la relación de instrumentalidad que une al consorcio con las Administraciones que lo integran, era posible tener personal propio o, en forma alternativa, la adscripción al consorcio del personal funcionario o laboral procedente de cualquiera de las Administraciones consorciadas mediante la ocupación de los puestos de trabajo de éste a través de los distintos sistemas de provisión establecidos. Una decisión, esta última, prudente y aconsejable en numerosos supuestos, sobre todo en aquellos casos en que, bien sea por el carácter contingente de sus fines o por cualquier otra razón, las administraciones consorciadas duden del carácter indefinido o duradero del mismo. Es más, es ésta una solución que en términos estrictamente técnicos plantea menores problemas en el momento de la disolución del Consorcio, pero que no siempre es posible en todos los supuestos de entidades consorciadas en razón de su objeto.

Ahora, y tras las modificaciones legislativas acontecidas, la instrumentalidad se refuerza y dicha opción no resulta sino obligatoria dados los términos en que se expresa

---

(31) A sensu contrario algún autor ha planteado que aquellos Consorcios locales que, estén constituidos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley y se dediquen a actividades o servicios que no tengan el carácter de «mínimos» según el artículo 26 LBRL, deberían proceder a desprenderse (ya sea reasignándolo a la entidad local de adscripción o extinguiendo las relaciones laborales, en su caso) de ese personal que no procediera de la reasignación de puestos de trabajo de las entidades participantes en el Consorcio (JIMENEZ ASENSIO, R., ¿«Réquiem» por los consorcios? Notas sobre el nuevo régimen jurídico de los Consorcios tras la LERSAL, que puede consultarse en el blog del autor)

No creo, a mi juicio, que esa sea la solución acertada para los consorcios ya constituidos ya que esa regla debe entenderse pro futuro a pesar de la expresión «exclusivamente» que luce en dicha disposición.

la legislación básica. En efecto, el apartado 5 de la Disposición Adicional vigésima establece una norma sencilla para la provisión de sus puestos de trabajo: el personal al servicio de los consorcios podrá ser funcionario o laboral procedente exclusivamente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes, su régimen jurídico será el de la Administración pública de adscripción y sus retribuciones en ningún caso podrán superar las establecidas para puestos de trabajo equivalentes en aquélla.

Ciertamente, como he aludido, la solución escogida presenta, en principio, ventajas indudables respecto del régimen del personal y las garantías de éstos en caso de disolución y evita inconvenientes como el reproducir plantillas en entes dependientes de los entes territoriales optimizando los recursos humanos disponibles (32). Hasta ahí ningún problema, pero es prematuro afirmar que la fórmula no los ocasionará tanto por el fondo del asunto como por el procedimiento escogido.

Y es que la solución citada que, como sigo reiterando, presenta numerosas ventajas en las entidades dependientes de las Administraciones territoriales no presenta las mismas ventajas comparativas en el caso de los Consorcios públicos. Y no resulta óptima por la naturaleza y fines de éste.

En efecto, como ya se dijo al principio de este trabajo, los consorcios públicos son un instrumento de cooperación interadministrativo, con personalidad jurídica propia, cuyos fines suelen ser competencias concurrentes de las Administraciones públicas consorciadas. En muchos supuestos, y hay múltiples ejemplos (orquestas sinfónicas, palacios de congresos, museos, sociedad de la información, etc.), los fines de éstos, además, no están delimitados competencialmente de forma acabada y las Administraciones que participan en los mismos lo hacen en virtud de títulos competenciales genéricos o por el propio territorio en que se radica el consorcio y desarrolla su actividad. Pues bien, específicamente en estos supuestos más habituales de lo que se puede pensar, el personal requerido para la prestación de los fines del Consorcio difícilmente puede encontrarse en las plantillas de personal de las entidades consorciadas con lo que la única solución, indudablemente *sui generis*, es que la Administración a la que está adscrito el Consorcio proceda a incorporar a su plantilla de personal esas plazas singulares (por ejemplo Director de la orquesta sinfónica consorciada) y, con posterioridad, proceder a la transferencia de este al Consorcio. Creo que la solución ofrecida carece, y creo que no es difícil coincidir en este aspecto, de la más elemental lógica.

Por otro lado, la fórmula de provisión escogida difícilmente puede ser calificada de apropiada. En efecto, como reza la disposición analizada, el personal al servicio del Consorcio, de forma exclusiva indica la norma, se proveerá mediante reasignación de puestos de trabajo. La fórmula escogida ya presenta un primer problema interpretativo, a saber: ¿incluye tanto la redistribución de efectivos como la reasignación de

---

(32) Como he defendido en otro lugar desde mi punto de vista, y con carácter general, el personal al servicio de los entes dependientes de las Administraciones territoriales debe ser personal propio de éstas y no constituir una función pública separada. Así, y a título de ejemplo, el personal al servicio de entidades vecinales y de las entidades locales autónomas previsto en la Ley de Autonomía Local de Andalucía, a mi juicio, no debe ser personal propio sino solo y exclusivamente del municipio del que dependen dichas entidades que ocuparan puestos de trabajo en las entidades dependientes. Puede verse a estos efectos CASTILLO BLANCO, F.A., «El empleo público en la Ley de Autonomía Local de Andalucía», en el volumen colectivo *Derecho Local de Andalucía* (coord. por RIVERO ISERN, J.L.), Iustel, Madrid, 2012, p. 500.

efectivos previstas en la legislación de empleo público? (33). Si seguimos el tenor literal en cuanto al verbo se trataría de la reasignación prevista en el artículo 60 del RD 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado, aunque ha de tenerse presente que dicha figura ha encontrado regulación específica en Comunidades Autónomas que han procedido a regular la misma y que serían de aplicación cuando el Consorcio quedase adscrito al sector autonómico o local siempre que la norma de función pública autonómica le fuese de aplicación a este último sector (34).

En general, pero no solo dado que como decimos la legislación autonómica existente también la ha previsto para otros supuestos, dicha fórmula de provisión, de carácter extraordinario, está prevista para aquellos funcionarios cuyo puesto de trabajo sea objeto de supresión como consecuencia de un Plan de Empleo (35). Y es que di-

(33) La diferencia no es baladí ya que la redistribución de efectivos solo está prevista para puestos no singularizados (artículo 59.1 RD 364/1995). Respecto de este punto puede verse la STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de diciembre de 2013.

(34) Puede verse, a este respecto, los artículos 72 y ss de la Ley Ley 4/2011, de 10 de marzo, del Empleo Público de Castilla-La Mancha o el artículo 111 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana.

(35) El régimen jurídico básico de la reasignación de efectivos es el que sigue.

La reasignación de efectivos como consecuencia de un Plan de Empleo se efectuará aplicando criterios objetivos relacionados con las aptitudes, formación, experiencia y antigüedad, que se concretarán en el mismo.

La adscripción al puesto adjudicado por reasignación tendrá carácter definitivo. Los funcionarios que como consecuencia de la reasignación de efectivos vean modificado su municipio de residencia tendrán derecho a la indemnización prevista en el artículo 20.1.g) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, sin perjuicio de otras ayudas que puedan establecerse en los Planes de Empleo.

La reasignación de efectivos podrá producirse en alguna de las siguientes fases:

- En el plazo máximo de seis meses desde la supresión del puesto de trabajo, el Subsecretario del Departamento ministerial donde estuviera destinado el funcionario podrá reasignarle a un puesto de trabajo de similares características, funciones y retribuciones en el ámbito del mismo y de los Organismos adscritos. Cuando se trate de funcionarios pertenecientes a Cuerpos o Escalas que tengan reservados puestos en exclusiva, la reasignación se efectuará por la autoridad de la que dependen dichos Cuerpos o Escalas.
- Si en el plazo señalado en la fase anterior el funcionario no hubiera obtenido puesto en el Ministerio donde estaba destinado, podrá ser reasignado por la Secretaría de Estado para la Función Pública, en un plazo máximo de tres meses, a un puesto en otro Departamento ministerial en las mismas condiciones establecidas en la primera fase.

Durante estas dos primeras fases la reasignación tendrá carácter obligatorio para puestos en el mismo municipio y voluntario para puestos que radiquen en otro distinto.

En tanto no sea reasignado a un puesto durante las dos fases citadas, el funcionario continuará percibiendo las retribuciones del puesto de trabajo suprimido que desempeñaba y podrán encomendársele tareas adecuadas a su Cuerpo o Escala de pertenencia.

Los funcionarios que tras las anteriores fases de reasignación de efectivos no hayan obtenido un puesto de trabajo serán adscritos al Ministerio para las Administraciones Públicas a través de relaciones específicas de puestos en reasignación, siendo declarados en la situación administrativa de expectativa de destino. Podrán ser reasignados por la Secretaría de Estado para la Función Pública a puestos, de similares características a los que tenían, de otros Ministerios y sus Organismos adscritos. A estos efectos se entenderán como puestos de similares características los que guarden semejanza en su forma de provisión y retribuciones respecto del que se venía desempeñando. La reasignación conllevará el reingreso al servicio activo. Tendrá carácter obligatorio cuando el puesto esté situado en la misma provincia y voluntario cuando radique en provincia distinta a la del puesto que se desempeñaba en el Departamento de origen.

La reasignación de efectivos de funcionarios de la Administración General de Estado en otras Administraciones Públicas se acordará por la Secretaría de Estado para la Función Pública en los términos que establezcan los convenios que, a tal efecto, puedan suscribirse con ellas.

cha fórmula, que tiene carácter excepcional y limitado, se establece, sin embargo, en la modificación legislativa efectuada como mecanismo de provisión ordinario de las necesidades de personal de los Consorcios públicos.

De nuevo la más elemental lógica hubiera aconsejado, consiguiendo los mismos objetivos que parece perseguir la norma (no duplicidad de plantillas y ofrecer salida a los excedentes de personal) remitirse no a ese mecanismo excepcional sino, con carácter general, a los medios de provisión ordinarios y extraordinarios para la provisión de puestos de trabajo que existen en la legislación de empleo público y prever de forma adicional algún mecanismo para evitar esa duplicidad respecto de las Administraciones consorciadas ya que, con toda seguridad, en determinados Consorcios sobre todo aquellos de especial singularidad en cuanto a sus fines, lo más probable es que no exista en las plantillas de las Administraciones que conforman el mismo la clase de personal que se necesita de forma efectiva (36).

La fórmula escogida, pensada con la lógica de la supresión y reducción de plantillas propia del tiempo que vio surgir la norma, ofrece lo que ha de ser una respuesta coyuntural como solución definitiva a los procedimientos de cobertura de aquellos consorcios que, no estando incluidos en la excepción establecida en la disposición adicional decimotercera en el caso del sector local y en todos los demás supuestos en el sector público autonómico y estatal, existan, se creen o presten servicios no incluidos en el artículo 26 de la LBRL. La conclusión no puede ser otra que lo que realmente se pretende es que los Consorcios que se creen o que ya existan, pero cuyo objeto no sea la prestación de servicios mínimos, tengan muy complicada su subsistencia y que, en todo caso, no produzcan en ningún supuesto duplicidad de plantillas en los mismos servicios.

### **III.2. La situación del personal existente en los Consorcios ya constituidos**

Otra cuestión a resolver y que se plantea como consecuencia de la regulación dictada es cual haya de ser la situación del personal propio del Consorcio o aquél que procedía de las Administraciones consorciadas en aquellos consorcios preexistentes a la regulación efectuada. Descartado ya el que el personal funcionario quede integrado en la Administración de adscripción y que, en el caso del personal laboral, se produzca una sucesión de empresas, considero que es preciso distinguir entre los Consorcios ya constituidos a los que no se aplica dicha disposición (que prestan servicios mínimos) y el resto a los que es de plena aplicación.

En el segundo caso, es decir cuando la legislación referida les sea de plena aplicación, en el caso del personal funcionario no hay duda de que el régimen jurídico que les será de aplicación será el de la Administración a que queden adscritos, pero no integrados en la misma seguirán teniendo la condición de personal del Consorcio si así fueron seleccionados (o en la situación administrativa que corresponde en el supuesto de que prestasen servicios en el Consorcio procedentes de otra Administración), mientras que en el supuesto del nuevo personal que prestase servicios mediante una

---

(36) Los problemas son múltiples pues teniendo carácter definitivo dicha reasignación ¿qué sucede con la vacante si quien ocupa un puesto no singularizado en un Consorcio opta por ocupar otro puesto en alguna Administración?

reasignación de efectivos en el caso del personal funcionario permanecerán en servicio activo en la Administración de procedencia ocupando un puesto de trabajo en el Consorcio o, en forma alternativa, de servicio en otras Administraciones públicas (37).

En el caso del personal laboral es obvio que habrá que estar a lo que la normas convencionales del Consorcio establezcan, aunque no estaría de más, sobre todo para los nuevos supuestos de incorporación de personal, que se ofreciese una solución parecida a la que existe para el personal funcionario a fin de que, en caso de supresión del mismo, no se tuviese que acudir a fórmulas extintivas de la relación de empleo ya que, al menos se supone, en la mayoría de los casos los servicios que se prestan se seguirán desempeñando por una o algunas de las Administraciones consorciadas aunque ya no lo sea bajo esta fórmula.

#### **IV. Otro personal al servicio de los consorcios públicos**

Los problemas, sin embargo, no terminan con lo hasta aquí expuesto. Efectivamente la norma habla de personal funcionario o laboral, pero no aclara si se trata de personal fijo o no lo que plantea el problema de si se excluye la posibilidad de que el Consorcio pueda utilizar personal interino o contratado. Asimismo tampoco dice nada acerca de si pueden o no disponer de personal eventual o directivo.

##### **IV.1. Interinos y contratados**

La pregunta, ya sugerida más atrás, es obvia: ¿Podrían los Consorcios ya constituidos, y sin haber adaptado aún sus Estatutos o habiéndolo realizado, continuar cubriendo plazas vacantes con personal funcionario interino o personal laboral temporal o deben acudir ya ineludiblemente a la cobertura por personal funcionario o laboral mediante el sistema de reasignación de efectivos?

De nuevo dejaremos sentada nuestra posición que, como en supuestos anteriores, trata de conciliar y hacer viable una dicción claramente desafortunada. La disposición, a mi juicio, tiene un radio de acción diferente según se trate de cada tipo de personal al que hemos aludido.

¿Y qué quiere decirse con ello? Pues que si, efectivamente, la lógica de la norma es que la provisión definitiva de los puestos de trabajo que tenga el Consorcio habrá de realizarse, exclusivamente indica la Ley, por personal que provenga de las Administraciones consorciadas, cuestión netamente distinta ha de ser si el Consorcio puede acudir a

---

(37) Y es que, en efecto, no deja de ser problemática dicha situación. Por un lado, y si se considera que la prestación de servicios se realiza mediante una comisión de servicios forzosa estaríamos en el supuesto de servicio activo y en la situación de servicios en otras Administraciones Públicas en caso de que no fuera así aunque dada la regulación establecida ésta última carece del sentido general que establece el artículo 88 EBEP por el cual, según su apartado 3, se rigen por la legislación de la Administración en la que estén destinados de forma efectiva y conservan su condición de funcionario de la Administración de origen y el derecho a participar en las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo que se efectúen por esta última. Añadiendo, dicho apartado, que el tiempo de servicio en la Administración Pública en la que estén destinados se les computará como de servicio activo en su cuerpo o escala de origen.

Y deja de tener sentido porque, en definitiva, se le aplica la legislación de la Administración de origen y no la de donde presta sus servicios (sentido último, aunque no único, de la disposición).

la contratación de personal temporalmente o al nombramiento de funcionarios interinos en determinados supuestos de los permitidos actualmente por el EBEP (38).

Las razones son variadas y ahora las expondremos (39), pero es que además una lectura distinta nos llevaría a conclusiones no operativas e inclusive absurdas como sería que el Consorcio se viera imposibilitado para acudir a la contratación laboral temporal por motivos concretos y específicos contemplados en la normativa que regula tal tipo de contratación (circunstancias de la producción, ejecución de programas de carácter temporal, etc.).

Y es que la norma tiene dos objetivos claros, y con arreglo a dicha ratio, debe ser entendida:

- No consolidar plantillas propias en la entidad instrumental resolviendo con ello todos los problemas que pudiese plantear la disolución de ésta.
- Garantizar la uniformidad de las relaciones laborales de los trabajadores que proceden de entidades públicas distintas.

Fuera de ahí, al extrarradio de estos puntos, la norma no imposibilita desde mi punto de vista que circunstancias concretas aconsejen la contratación laboral temporal por los motivos que la legislación laboral establece.

Igual sucede con el personal funcionario interino que, en prácticamente todos los supuestos previstos en el artículo 10 EBEP, podrían ocupar, hasta tanto se produce su cobertura definitiva, los puestos de trabajo del Consorcio (40).

## IV.2. El personal directivo

La dirección pública ofrecía, y todavía ofrece en buena medida, peculiaridades y déficit que han sido reiteradamente puestas de manifiesto por la mejor doctrina que se ha ocupado del tema (JIMENEZ ASENSIO, LONGO, RAMIO, SANCHEZ MORÓN, PALOMAR OLMEDA, etc.).

---

(38) Resulta dudoso que se pudiese acudir al nombramiento de funcionarios interinos en plazas vacantes ya que no puede disponer de personal propio, pero nada impediría a mi juicio que éstos fueran nombrados por el resto de circunstancias que la norma habilita.

(39) Lo corrobora, en este sentido, la Disposición Adicional 21.ª de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2014 que establece disposiciones específicas para los Consorcios en materia de Personal y la Disposición Adicional 15.ª del Proyecto de Ley de PGE para 2015.

(40) Establece el artículo 10 EBEP, en su apartado 1, que:

1. Son funcionarios interinos los que, por razones expresamente justificadas de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:

- a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.
- b) La sustitución transitoria de los titulares.
- c) La ejecución de programas de carácter temporal que no podrán tener una duración superior a tres años, ampliable hasta doce meses más por las leyes de Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto.
- d) El exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un periodo de doce meses. Téngase en cuenta la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de Racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa, ha modificado dicho artículo añadiendo, también, un párrafo 6.º a este precepto que establece que el personal interino cuya designación sea consecuencia de la ejecución de programas de carácter temporal o del exceso o acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses, podrá prestar los servicios que se le encomienden en la unidad administrativa en la que se produzca su nombramiento o en otras unidades administrativas en las que desempeñe funciones análogas, siempre que, respectivamente, dichas unidades participen en el ámbito de aplicación del citado programa de carácter temporal, con el límite de duración señalado en este artículo, o estén afectadas por la mencionada acumulación de tareas.»

Ya se tratase de la colonización del espacio directivo por responsables electos, la diversidad de regímenes utilizados para articular la función directiva, la existencia de personal eventual, etc. es esta una cuestión que aún requiere de reformas si se quiere, de verdad, lograr los objetivos que con su implantación se pretendían. La definición de un modelo de dirección profesional en nuestro sistema de empleo público era, pues, una asignatura pendiente en la que existían, y lamentablemente siguen existiendo, limitaciones normativas e, inclusive, como ha indicado JIMÉNEZ ASENSIO, institucionales y culturales (41). Y es que ni el sistema de provisión de puestos mediante libre designación, ni la existencia del denominado personal eventual (42), ni los sistemas de dirección pública hasta ahora implementados han dado cumplida respuesta a dicha necesidad de articular un espacio directivo. Tampoco lo ha hecho la LR-SAL que, a pesar de cubrir el olvido del legislador de 2003 respecto del personal directivo de las Diputaciones Provinciales, sigue presentando las mismas carencias que la regulación efectuada tenía.

Esta, sin embargo, resultó una de las cuestiones del Estatuto Básico del Empleado Público que despertó mayor interés bien que ha sido defraudado. Atendiendo a las reflexiones contenidas en el Informe de la Comisión de Expertos constituida para tales fines, el citado texto legal abordó en su artículo 13 al personal directivo profesional. Si bien éste no se limita a regular en términos objetivos una función directiva profesional, tampoco contempló al personal directivo como una clase más de personal como sugirió la Comisión de Expertos dada la especial función que desempeñan y los rasgos peculiares de su prestación de servicios (43).

(41) «Sobre las dificultades (fáctico-normativas) de implantación de la dirección pública profesional en los gobiernos locales» *Anuario de Derecho Municipal*, N.º 4, 2010, pp. 167-193

(42) Especialmente notorio ha sido dicho desempeño de puestos directivos por personal eventual en el ámbito local amparado aquí, además, normativamente por el artículo 176 TRRL. No obstante, y sin embargo, es preciso resaltar la valoración negativa, y sobre todo la interpretación restrictiva, que desde el punto de vista jurídico ha podido recibir dicho artículo. Así por ejemplo, doctrinalmente, SERRANO PASCUAL, A. *El Personal de las Entidades Locales. Análisis de su régimen jurídico*. Ed. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1997, páginas 200-201 señala lo siguiente: «De la normativa examinada se desprende que el mencionado artículo 176 no se compadece con las previsiones de la legislación básica en materia de función pública, —en un clarísimo ultra vires, ya que tampoco se ajusta al diseño de la propia Ley 7/1985, como se ha visto— configurándose los puestos eventuales de una manera distinta a como se contemplan en ésta, es decir, el artículo 20 de la Ley 30/1984 habla de que este personal ejercerá sólo funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial, mientras que el Texto Refundido incluye la posibilidad de desempeñar puestos de carácter directivo (...) —nótese también que no se trata de un asesoramiento general o natural característico en una Administración—, por lo que esta asignación de funciones directivas no tiene encaje alguno. Asimismo, el hecho de que se indique en el Texto Refundido que el personal eventual deberá reunir las condiciones específicas que se exijan a los funcionarios que puedan desempeñar dichos puestos, está denotando que se están extrayendo del ámbito de los funcionarios de carrera puestos que corresponden a ellos y no a este tipo de personal que únicamente encuentra una incardinación aceptable en los puestos de secretarías particulares, gabinetes...»

(43) Como ha señalado SÁNCHEZ MORÓN, M. «*Clases de Personal*», en AAVV, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 105, Presidente de la Comisión de Expertos a que se ha hecho mención, refiriéndose a su previsión opcional: «En tales casos, los puestos de dirección administrativa serán desempeñados, como hasta ahora, bien por funcionarios, normalmente nombrados para el cargo por el sistema de libre designación, como permite el artículo 80.2 del EBEP, o bien por personal de confianza política. Con ello se debe matizar la observación contenida en la Exposición de Motivos del propio EBEP, que, partiendo de considerar al personal directivo como “un factor decisivo de modernización administrativa”, concluye que “conviene avanzar decididamente en el reconocimiento legal de esta clase de personal”. Pero según el texto de la Ley, ya no se trata de una “clase” de personal y el avance que supone su regulación no es tan decidido. Se limita a abrir la puerta a regulaciones futuras»



La opción materializada, a lo largo del iter parlamentario, fue en dos direcciones: de un lado, la de configurar un sistema de puestos a cubrir por el resto del personal o, alternativamente, por personal externo; de otro, considerar la cuestión del personal directivo como algo inserto en la potestad de autoorganización de cada Administración (deslegalizando su regulación a través de una enmienda en el Senado y excluyendo a la Administración Local que como ya sabemos en la reforma de 2003 y en la más reciente de 2013 ha encontrado su regulación (44)).

Lo cierto, y en lo que nos atañe, es que al remitir el EBEP el desarrollo del régimen del personal directivo a los Gobiernos estatal y autonómico (45), enclava a éste en las potestades de autoorganización y se suprime la reserva legal, pero el artículo 13 se olvida por completo de la Administración Local. El EBEP, en este aspecto y como decimos, no ha aportado solución alguna y la situación del personal directivo en la Administración local se remite, bien que sin decirlo pero así ha de ser entendido, a la legislación de régimen local y a las potestades de autoorganización (y por tanto reglamentarias) de los entes locales.

En el caso de los Consorcios públicos, de nuevo, creo que habrá que entender a estos puestos de trabajo exceptuados de dicha disposición que impone la reasigna-

---

(44) Lo cierto, y en lo que se refiere a este nivel de administración, es que al remitir el EBEP el desarrollo del régimen del personal directivo a los Gobiernos estatal y autonómico, el artículo 13 se olvida por completo de la Administración Local. El EBEP, en este aspecto y como decimos, no habría aportado solución alguna y la situación del personal directivo en la Administración local se remitió a la legislación de régimen local.

(45) En el caso autonómico es de destacar el estudio realizado por MAESO SECO, L.F. «El personal directivo en las leyes autonómicas de desarrollo del EBEP», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 91, 2011, p. 283 y ss. quien destaca que el modelo G10 —el grupo de CCAA que han procedido a regular dicho espacio directivo— es un modelo basado en la idea de que, salvo excepción, sólo podrán ser directivos públicos los funcionarios pertenecientes al Grupo A (o Subgrupo A1) de la Administración, que gocen de la confianza (personal o de partido) del titular del órgano superior —y las más de las veces político— que ostenta la competencia de propuesta o nombramiento (y cese).

Y destaca el autor que Algunas —la mayoría—, lo han hecho o lo están haciendo de un modo no acabado (a través de borradores, anteproyectos o de proyectos de ley) y algo timorato, incidiendo tan solo en aspectos colaterales o tangenciales de lo que será su futuro estatuto del personal directivo, tales como: el régimen de sus retribuciones (que vinculan a los resultados); el sistema de evaluación (cuyo establecimiento y concreción, de ordinario, delegan en una eventual y posterior norma reglamentaria); el régimen disciplinario y de incompatibilidades (que casi todas ellas endurecen); las RPT (que asumen un nuevo y mayor protagonismo al acudirse a la técnica del análisis de puestos); o la formación (que, por lo general, se revaloriza y se deja en manos del instituto o escuela autonómica correspondiente).

Y sigue diciendo el autor que algunas de estas Comunidades Autónomas del G10 se han atrevido a ir más allá. Y, o bien han elaborado sus propias leyes de empleo o función pública (en desarrollo del EBEP y en lo que aquí importa de su artículo 13), o bien han incidido significativamente sobre el «núcleo duro» de su régimen de directivos (esto es, sobre los requisitos de acceso, procedimiento de nombramiento y cese de esta específica categoría de personal). Entre las primeras, y en el momento en el que se escriben estas páginas, cabe citar a la Comunidad de Valencia (y su Ley 10/2010, de 9 julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública) y a la Comunidad de Castilla-La Mancha (con su Ley 4/2011, de 10 de marzo, de Empleo Público). Entre las segundas, esto es, entre aquellas que han sido más ambiciosas y han intervenido sobre el «núcleo duro» de su régimen de directivos, despuntan la Comunidad de las Islas Baleares y, desde luego, el País Vasco. Toda vez que estas dos Comunidades Autónomas han resuelto configurar un régimen de directivos en clave verdaderamente profesional. Cabe apuntar, añadimos nosotros, que en el caso del País Vasco su proyecto de Ley se encuentra en fase de Anteproyecto.

De otro lado, distingue el autor a otro grupo el de aquellas que lo han intentado, aunque de una forma un tanto particular, son: la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Comunidad Autónoma de Extremadura y la Región de Murcia. La primera de ellas lo ha hecho, de un lado, dando cabida a los directivos públicos en su «nuevo» Estatuto de Autonomía, lo cual resultaría un dato sumamente relevante si no fuese porque «se limita» a fijar la regla de la paridad entre hombres y mujeres en la cobertura de vacantes de esta naturaleza. Y de otro lado, aprobando una Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del Sector Público Andaluz, en la que encontramos algún precepto referido al personal directivo de agencia (v., Disposición adicional quinta), pero que no innova en este ámbito respecto de la Ley de agencias estatal.

ción de efectivos. Recuérdese que los directivos no son una clase de personal, sino que se trata de puestos de trabajo que, como hemos visto en la legislación de empleo público con carácter general, pueden ocuparse tanto por personal inserto en la organización como por personal externo en determinados supuestos. De esta forma, y a mi juicio, no plantea problema alguno la disposición respecto de este tipo de personal cuya provisión, caso de existir, se sujetará a la normativa de la Administración a la que esté adscrito el Consorcio y que, en los supuestos en su caso establecidos, podrá ser personal externo, pero no tendrá que proceder necesaria e ineludiblemente de una reasignación de efectivos que, de nuevo, se presenta como una figura anómala para la cobertura de esos puestos de trabajo vacantes.

### IV.3. El personal eventual

Como es conocido y notorio el abuso de esta clase de personal en numerosas administraciones públicas provocó una cierta reacción doctrinal frente a esta clase de personal, falsos empleados públicos los denomina algún autor, y algunas modificaciones legislativas tendentes a limitar y reducir esta clase de personal que obedece a la estricta confianza política(46). La LRSAL continúa esa senda de mayor restricción de ese personal con un cierto desacierto, sin embargo, en las soluciones que ofrece.

Y es que, de nuevo, una paradoja presenta la norma desde mi punto de vista. Mientras que, en los consorcios adscritos a la AGE o a las Comunidades Autónomas, podría en principio nombrarse este tipo de personal, no sucede igual en las entidades locales. La redacción dada al nuevo artículo 104 bis por la LRSAL impide el nombramiento de personal eventual en aquellos Consorcios que queden adscritos a entidades locales (47). Al menos esa es mi opinión, bien es cierto que existen otras opiniones al respecto (48), ya que ya fuera porque, en cualquier caso, al ser de aplicación el régimen jurídico de la

(46) Por todos puede verse el excelente trabajo de FERNANDEZ RAMOS, S., «Los falsos empleados públicos: el personal eventual», *Revista General de Derecho Administrativo*, N.º 34, 2013. De otro lado, jurisprudencialmente se ha mantenido una visión restrictiva de los puestos de trabajo a ocupar por personal eventual basada en el concepto de «permanencia» de la función y negando la posibilidad de su provisión cuando las funciones atribuidas a dichos puestos no implican ésta. Por todas, y en cierto sentido de forma pionera, puede verse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 8 de marzo de 1999. De esta forma, y con la doctrina citada respaldada por el Tribunal Supremo, la jurisprudencia ha rechazado la posibilidad de utilizar este sistema para un Encargado de Obras, aún cuando sus funciones a juicio de la entidad local se caractericen por ser de confianza y asesoramiento especial (Sentencia de 2 de marzo de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura), de conductor de vehículos del Conseller (Sentencia de 5 de noviembre de 1998 del Tribunal Superior de Justicia de Valencia), Director Técnico de la Oficina de Urbanismo (Sentencia de 3 de marzo de 2000 y de 12 de abril del Tribunal Superior de Castilla y León) y, con un criterio contrario, la ha admitido en el caso de Secretaria particular del Alcalde (Sentencia de 28 de febrero de 1990 del Tribunal Superior de Justicia de Baleares) o de Ayudante del Gabinete de Prensa (Sentencia de 18 de septiembre de 1995 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León).

(47) El apartado 3 del artículo 104 establece que el resto de Entidades Locales o de sus organismos dependientes no podrán incluir en sus respectivas plantillas, puestos de trabajo cuya cobertura corresponda a personal eventual.

(48) En efecto, JIMENEZ ASENSIO, R., *op. cit.*, opina que «Al tener el Consorcio un carácter netamente «instrumental» a partir de la LARSAL no le sería de aplicación la regla del artículo 104 bis, 3, LBRL (prohibición de disponer de personal eventual al «resto de entidades locales» que no sean ayuntamientos o Diputaciones provinciales). Sin embargo, sí le sería de aplicación la regla prevista en el apartado 4 de ese artículo. Por consiguiente, si se quiere adscribir «funcionalmente» personal laboral a un Consorcio solo se podría hacer mediante la modificación del Reglamento Orgánico de la entidad local y previendo específicamente ese supuesto. Problema adicional es hasta qué punto el personal directivo de los Consorcios puede ser personal eventual. En

Administración a la que quedan adscritos regirán las limitaciones establecidas, o ya sea porque habría que entender al Consorcio como entidad dependiente de la entidad local a la que queda adscrito, a mi juicio la prohibición regiría plenamente.

Lo que no significa, de nuevo, que ésta sea una solución óptima. El personal eventual tiene su razón de ser, otra cosa, bien distinta es el abuso del mismo lo que se evita con reglas claras y limitaciones en cuanto al número y a la función que hayan de ejercer.

#### IV.4. Los funcionarios con habilitación de carácter nacional

Respecto de este tipo de funcionarios, que prestan sus servicios exclusivamente en entidades locales, ya en su momento se planteó si podían o no desempeñar necesariamente sus funciones en aquellos consorcios en que participasen entidades locales y no planteó problema alguno que, para el ejercicio de funciones reservadas a éstos (art. 92 L.R.B.R.L.), se acudiese a este tipo de funcionarios que, inclusive, podrían prestar sus servicios de forma acumulada con los de una entidad local perteneciente al Consorcio según dispusiesen los Estatutos del Ente consorciado (STS de 30 de abril de 1999, R.J. 4692).

Quiere decirse que, en este tipo de funciones reservadas, los Estatutos adquieren, de nuevo, una importancia fundamental y serán éstos los que determinen la forma de prestación de esas funciones con carácter general, aunque en los que tengan carácter local en razón de la Administración a la que queden adscritos su prestación por éstos no plantea duda alguna si bien con las singularidades propias de la figura consorcial (49).

---

todo caso, si se optara por esta fórmula (cosa discutible en estos momentos), se debería reflejar en el Reglamento Orgánico de la entidad local a la que se adscriba el mismo».

No es esta mi opinión, sin embargo, que considero que ese apartado 4.º está pensado para otros supuestos y que regiría plenamente, a pesar de no compartirla, la prohibición del apartado 3.º.

(49) Bien es cierto que, inclusive en los consorcios a los que se les aplique la legislación de régimen local, los Estatutos juegan un papel esencial. Puede verse a este respecto la STS de 3 de noviembre de 1997 (R.J. 7967) cuyo fundamento segundo dice «La decisión contenida en la sentencia apelada, aunque elude pronunciarse expresamente sobre el tema de si el Consorcio tiene naturaleza de Ente Local, sin embargo establece una elaborada argumentación en la que en realidad subyace una plena equiparación con dichos Entes, lo que le lleva a concluir en la plena aplicación al mismo del Real Decreto 1174/1987, teniendo en cuenta la llamada expresa que en el acuerdo de aprobación de la plantilla se hace a lo previsto en la Ley 7/1985 y en el Real Decreto Legislativo 781/1986.

Pero la argumentación desarrollada entendemos que da un valor jurídicamente excesivo a esta llamada expresa. En efecto, el precepto en el que se marcan los elementos esenciales del régimen legal de los consorcios es el enunciado en el artículo 110 del Real Decreto Legislativo 781/1986, en uno de cuyos apartados se establece que «los Estatutos de los Consorcios determinarán... las particularidades del régimen orgánico, funcional y financiero» de los mismos, lo que acredita que en atención a su carácter de entidades constituidas para atender a fines concretos y determinados, que tienen la nota de ser también competencia común de otras entidades, aunque en todo caso una de ellas debe ser una Administración Pública, el legislador no ha sometido rígidamente su organización a los tipos legalmente preestablecidos, sino que teniendo en cuenta la gran variedad de posibles fines y partícipes en los Consorcios y su consiguiente mayor o menor complejidad, la ha flexibilizado, encomendando a sus Estatutos la adopción de la que considere más idónea a las necesidades de su buen funcionamiento. En ejercicio de esta potestad, el único límite que en el artículo 25 de los Estatutos de Cada una se establece respecto a las funciones de secretaría e intervención es que se realicen por funcionarios pertenecientes a los Cuerpos Nacionales, pero sin que la exigencia de este requisito, acreditativo de la aptitud y capacidad de los llamados, pueda transferirse plenamente al ámbito de lo organizativo e interpretarse como sumisión a la reglamentación contenida en el Real Decreto 1174/1987, que no está prevista para casos tan singulares como son los consorcios, por lo que no puede considerarse que le sea automáticamente aplicable al que nos ocupa por el hecho de que aquella aptitud y capacidad se haya descrito en la plantilla por referencia a la categoría más alta de los Secretarios de la Administración Local».

De nuevo en este punto otras opiniones se han vertido. Muy cualificada es la de JIMÉNEZ ASENSIO para quien «al tener los Consorcios un marcado carácter instrumental y preverse, con las excepciones que se verán, que su personal provendrá por regla general de reasignación de efectivos de las entidades que formen parte del mismo, cabría concluir que, a partir de la entrada en vigor de la LRSAL, las funciones de secretaría e intervención de tales entidades ya no deberían estar reservadas necesariamente a funcionarios con habilitación de carácter nacional, pues los Consorcios —ya claramente— no son entidades locales y se adscriben como «entidad instrumental» a una Administración matriz. Por tanto, su régimen jurídico en este punto debería ser similar al resto de entidades instrumentales del sector público local» (50). De nuevo discreparemos de dicha opinión.

Desde mi punto de vista, y partiendo de que los Estatutos juegan un papel esencial —forman parte de las peculiaridades que éstos pueden establecer—, es preciso distinguir los consorcios adscritos al sector estatal o autonómico en que nada hay que oponer a la argumentación efectuada por el citado autor bien que es cierto que, desde mi punto de vista, serían los Estatutos los que establecieran el procedimiento de provisión sin necesidad de acudir necesariamente a la reasignación de efectivos, de los que en aplicación de los criterios establecidos en la LRSAL pero también en otras normas (por ejemplo las autonómicas de régimen local), quedasen adscritos a una entidad local.

En estos últimos la situación no ha cambiado en nada por la promulgación de la LRSAL. La fijación de una naturaleza instrumental por dicha norma, que como se ha dicho, a mi juicio preexistía a esta norma no es determinante cuando lo que si parece cierto es que a esos consorcios les será de aplicación la normativa de la Administración a la que quedan adscritos y, en el caso local, la prestación de esas funciones no cabe duda que corresponde a esos funcionarios que son, además, funciones reservadas. Los Estatutos podrán establecer singularidades, en efecto, pero el régimen esencial de nuevo habrá que subrayarlo habrá de respetarse.

## V. Conclusión: las desventuras de legislar a la defensiva

Ciertamente los excesos cometidos en los últimas décadas, y eso en cierta medida podría explicar la actitud del legislador, no han sido menores en lo que se refiere a la creación y multiplicación incesante de entes instrumentales —incluidos los Consorcios— por las distintas Administraciones públicas. Fundaciones, sociedades, organismos y entidades de distinto tipo han proliferado por doquier incrementado, en muchas ocasiones de forma innecesaria, el gasto público y con dudosas justificaciones en cuanto a la consecución de objetivos se refiere. Prácticamente toda la denominada administración instrumental ha servido para un «roto» y para un «descosido» sin criterio alguno sobre la finalidad y la razón de ser de cada figura.

Esa realidad, sin duda, requería medidas de contención y de racionalización de estructuras administrativas que, y eso es lo que ha de ser objeto de discusión, se han afrontado con mayor o menor criterio, con mayor o menor debate y con mayor o menor éxito, pero sin poner en cuestión la oportunidad de las mismas. La mayoría de las

(50) JIMÉNEZ ASENSIO, R., *op. cit.*

veces, como ha acontecido con la Ley de Racionalización —bendita palabra— de la Administración Local, con más ruido que nueces, con marchas adelante y atrás, que han dejado, finalmente, un balance, desde el punto de vista de la técnica normativa aunque no solo, realmente pobre.

Y algo de ello es lo que acontece con los Consorcios públicos que hubieran merecido mejor suerte que la finalmente acontecida tras dos sucesivas incursiones normativas, en 2013 y recientemente en septiembre de 2014, de las que hemos dado cuenta y cuyo balance, realmente, presenta numerosas sombras.

Es un hecho la carencia normativa en que se ha desenvuelto la figura consorcial que, si salvamos el mundo local, prácticamente ha sido, en cuanto a su regulación se refiere, inédita en el ámbito estatal y autonómico hasta la LRJPAC lo que ha provocado largos debates doctrinales en cuanto a su naturaleza y su régimen jurídico. Como hemos dado cuenta fueron las disposiciones referidas al ámbito presupuestario y económico las que, en razón del control de los mismos, empezaron a determinar su régimen de adscripción a estos efectos.

Pero, no me cabe la menor duda, que una figura como los Consorcios, derivada del principio de cooperación connatural al esquema de distribución competencial que subyace en la Constitución y en todo el bloque de constitucionalidad, hubiese merecido mayor atención. Una atención singular, una regulación coherente e integral que diera encaje a la figura en aquello que es su razón de ser —que no es precisamente las competencias de carácter obligatorio de los municipios—, a saber: permitir la acción conjunta de las Administraciones públicas, de distinto nivel territorial, en materias concurrentes competencialmente. Algo se va avanzado, pero aún hoy la normativa sigue encontrándose dispersa y, más grave que ello, sin una misma concepción de la misma en la legislación estatal, autonómica y local.

De todo ello, como no puede ser de otra forma, es tributaria la regulación referida al régimen jurídico del personal al servicio de los consorcios públicos que, en lugar de recibir un tratamiento coherente acorde a la funciones y fines de estos entes públicos, recibe ahora en una legislación dictada a trompicones un tratamiento que hemos calificado de coyuntural, pero que, además, y como creo que se ha puesto de manifiesto en estas líneas, presenta numerosos problemas en su aplicación.

La regulación efectuada parece, sobre todo en el mundo local, dictada con una excesiva desconfianza si atendemos, además, a la evolución del déficit público en cada nivel territorial, y con una cierta ausencia de criterios, con los límites que hayan de establecerse después de nuestra experiencia reciente, que no sean otros que los de evitar incrementos injustificados de efectivos. Creo, sinceramente, que no es la mejor opción y que la misma, más tarde o más temprano, deberá ser objeto de rectificación, sin perjuicio, que creo que eso sí que puede ser pacíficamente compartido, de obviar los negativos efectos de una política incremental de los efectivos de personal.

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Toki Administrazioaren Arrazionaltasunari eta Jasangarritasunari buruzko Legeak araubide berria eman die partzuergo publikoei, gastu publikoa murriztu nahian, eta horrek galdera asko eragin ditu partzuergo publikoetako langileen inguruan, batzuetan ohiko funtzionamenduari eragiteraino. Erakunde publiko horiek ohiko araubidea izan behar duenari konponbide koiunturalak ematen dizkion legeriaren baldereari erantzuten zaie lan honetan.

**HITZ GAKOAK:** Partzuergoak. Enplegu publikoa. Bitarteko langileak. Kontratututako langileak. Zuzendaritzako langileak. Behin-behineko langileak. Estatuko gaikuntza duten funtzionarioak.

**RESUMEN:** La nueva regulación de los consorcios públicos realizada por la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, con el objetivo confesado de reducir el gasto público, ha planteado respecto del personal al servicio de los consorcios públicos numerosas cuestiones que, en distintos supuestos, plantean relevantes problemas para el funcionamiento ordinario de éstos. El presente trabajo trata de ofrecer algunas respuestas a los interrogantes planteados por una legislación que ofrece soluciones coyunturales a lo que debe ser el régimen ordinario de estos entes públicos.

**PALABRAS CLAVES:** Consorcios. Empleo público. Interinos. Contratados. Personal directivo. Personal eventual. Funcionarios con habilitación de carácter nacional.

**ABSTRACT:** The new regulation of public consortiums by the Act on rationality and Sustainability in Local Entities with the confessed aim of cutting public spending has set out regarding staff in public consortiums several issues that in different cases pose relevant problems for the ordinary functioning of them. This work tries to provide with some answers to the issues posed by the questions posed by the legislation which offers relevant solutions to what it has to be the ordinary regime of these public entities.

**KEYWORDS:** Consortiums. Public Employment. Temporary staff. Regular staff. Management staff. Casual staff. Officials with national authorization.

# Violación del plazo razonable en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: su compensación y dos consecuencias importantes (1)

Edorta Cobrerros Mendazona

*En recuerdo del compañero y amigo  
del alma que fue Demetrio Loperena*

**Sumario:** I. Introducción.—II. La inicial solución adoptada en la *Sentencia Baustahlgewebe*. II.1. El retraso en un proceso ante el (entonces) Tribunal de Primera Instancia. II.2. La propuesta del Abogado General del remedio a través de la acción de indemnización. II.3. La solución adoptada por la *S. Baustahlgewebe*: rebajar la sanción fijada en la sentencia recurrida.—III. Otros pronunciamientos posteriores en relación con el plazo razonable. III.1. Continuidad sin sobresaltos con *Baustahlgewebe*. III.2. Primeros distanciamientos.—IV. La consolidación definitiva de la compensación de la violación del plazo razonable por la vía autónoma del recurso de indemnización. IV.1. El punto de inflexión: las sentencias *Gascogne Sack Deutschland* et alia. IV.2. Más pronunciamientos que ratifican esta interpretación. IV.3. ¿Qué decir de la solución adoptada?—V. Dos importantes y novedosas consecuencias: una, sobre el requisito de la «violación suficientemente caracterizada»; otra, sobre la responsabilidad del propio tribunal de justicia. V.1. ¿La lesión de un derecho fundamental constituye, siempre, una «violación suficientemente caracterizada» del Derecho de la Unión Europea, a efectos de responsabilidad extracontractual? V.2. ¿Responsabilidad patrimonial del propio Tribunal de Justicia por violación del plazo razonable?

## I. Introducción

La aplicación judicial del Derecho sin retrasos no es una preocupación reciente sino que, por el contrario, viene de lejos, aunque originariamente acotada al ámbito de la jurisdicción penal. Así, baste ahora con recordar, por ejemplo, el capítulo dedicado en 1764 a la «Prontitud de la pena» por el Marqués de BECCARIA(2); la VI Enmienda a

---

(1) Proyecto de Investigación DER2010-19715, subprograma JURI, y Grupo de Investigación GIC IT662-13 (incluido en la UFI 11/05).

(2) En el clásico *De los delitos y de las penas*. (Prefacio y notas de P. Calamandrei. Traducción de S. Sentís Melendo y M. Ayerres Redín). Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1974, pp. 152-155.

la Constitución Americana, de 1791, para proclamar que «en toda causa criminal el acusado gozará del derecho a ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial» (el conocido *right to speedy and public trial*); el art. 286 de la Constitución de Cádiz de 1812 que dispuso, por su parte, que «las leyes arreglarán la administración de justicia en lo criminal, de manera que el proceso sea formado con brevedad, y sin vicios, a fin de que los delitos sean prontamente castigados»; o, en fin, la propia Exposición de Motivos de la aún vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, donde luce explícita la preocupación al respecto.

Más cercano en el tiempo —y enmarcado ya en la protección internacional de los derechos fundamentales— tenemos el art. 14.3,c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, que proclama —con expresión que, años más tarde, se nos hará propia— que, durante el proceso, toda persona acusada de un delito tiene derecho «a ser juzgada sin dilaciones indebidas».

Pero, sin dejar de reconocer la importancia que tienen los retrasos en el campo específico de la justicia criminal, la necesidad de atajarlos en *todos* los ámbitos jurisdiccionales resultará cada vez más patente. Así, es conocida la rotunda proclamación que, en su comienzo, efectúa el decisivo art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella». Texto del que, además de otras importantes particularidades, destaca que no se refiere sólo a los procesos penales, sino también, expresamente, a los litigios sobre derechos y obligaciones de carácter civil(3).

En esta misma orientación, aunque en el ámbito de las garantías constitucionales, el art. 24.2 de la Constitución Española, de 1978, reconocerá el derecho de todos «a un proceso sin dilaciones indebidas»; derecho fundamental sobre el que, frente a la primera impresión que podía producir la lectura literal de todo su apartado(4), el Tribunal Constitucional desde el comienzo dejó claro que no era aplicable sólo en el marco de los procesos penales sino en cualquier clase de proceso judicial(5).

En fin, en el concreto ámbito de la Unión Europea, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea —formulada como «Carta de Niza» en 2000, pero introducida como Derecho originario vinculante a partir del Tratado de Lisboa (*ex art. 6 TUE*)— establece también, en su art. 47, el derecho de toda persona a que su causa sea oída «en un plazo razonable»; previsión que nos resulta especialmente relevante en este trabajo, como se verá más adelante.

A esto podemos añadir que las preocupaciones al respecto se orientan en una triple dirección: A) cómo evitar, en el seno de un proceso, que se produzcan dilaciones indebi-

---

(3) En la interpretación amplia —conviene añadir— de que ha sido objeto por la jurisprudencia europea el carácter *civil* de los derechos o las obligaciones judicialmente reclamados.

(4) Donde se habla de defensa y asistencia letrada, de acusación, de no declarar contra sí mismo, de no confesarse culpable o de presunción de inocencia; expresiones todas ellas de indudable connotación penal.

(5) Así, en su tempranísima sentencia núm. 24/1981, de 14 de julio, RA, fj 3, ya afirmó que «aunque pueda pensarse que por el contexto en que se utiliza esta expresión sólo está dirigida en principio a regir en los procesos penales, ello no veda que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial deba plantearse como un posible ataque al mismo las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso».



das en el mismo, que se traducirá, en su caso, en la existencia de mecanismos (normalmente procesales) a los que acudir cuando exista tal riesgo y que pudieran impedir su consumación; B) cómo reparar los supuestos en los que ya se ha producido, efectivamente, el indebido retraso; y, finalmente, C) en una línea más reciente y «proactiva» (podíamos decir) (6), cómo establecer mecanismos, que garanticen unos tiempos óptimos de desarrollo de los procesos y una previsibilidad de su desarrollo temporal (7).

En este trabajo vamos a ocuparnos de la segunda de las vertientes —la reparadora— y acotada, precisamente, a la jurisprudencia dictada por el Tribunal de Luxemburgo. El interés de este análisis radica no sólo en la importancia del sujeto que actúa sino también en que, como podremos apreciar, su construcción no ha sido lineal y monolítica. En efecto, será en 1998 cuando el Tribunal de Justicia (entonces, de las Comunidades Europeas) dicte su primera resolución al respecto; con posterioridad, ha ido resolviendo otros asuntos y, más recientemente, ha efectuado un notable cambio en su interpretación, que conviene considerar con algún detenimiento. Pero es que, además, esta construcción —en la opinión que aquí se mantiene y que en la parte final se intentará justificar— va comportar dos importantes y novedosas consecuencias para el sistema de la responsabilidad extracontractual de las Instituciones de la Unión Europea.

## II. La inicial solución adoptada en el *Sentencia Baustahlgewebe*

### II.1. El retraso en un proceso ante el (entonces) Tribunal de Primera Instancia

La primera vez que el Tribunal de Luxemburgo se enfrenta con el problema de la conculcación del plazo razonable en su propia jurisdicción es en la conocida *Sentencia Baustahlgewebe* (8), importante por diversas razones (incluida la de haber servido de soporte argumental a la Sala Segunda del Tribunal Supremo de España en sus iniciales intentos de «remediar» las dilaciones indebidas en el proceso penal por la vía, *ex analogia*, de una atenuante modificativa de la responsabilidad criminal) (9).

(6) Aquí debemos incluir, por méritos propios, los trabajos desarrollados por la Comisión Europea Para la Eficacia de la Justicia (más conocida como CEPEJ), creada en el seno del Consejo de Europa por Resolución del Comité de Ministros de 18 de septiembre de 2002 [Resolución (2002)12]

(7) Vid. el documento CEPEJ (2004)19, rev2, *A new objective for judicial systems: the processing of each case within an optimum and foreseeable timeframe (Framework Programme)*, párrafos 2 y 3.

(8) *S. Baustahlgewebe*, de 17 de diciembre de 1998, C-185/98, cuya importancia tuvo oportunidad de destacar en su momento: vid. COBRERROS MENDAZONA, E., «Las dilaciones indebidas en los procesos judiciales. Un problema generalizado y de no fácil solución», en *RVAP* núm. 58 (II), 2000, espec. pp. 181 y 182. También se ha ocupado de esta sentencia MOREIRO, C.J., en *La invocación del plazo razonable ante el Tribunal de Justicia*. Dykinson. Madrid, 2012, pp. 76 y ss.

(9) En su Sentencia de 8 de junio de 1999, rec. 1731/1998, ponente Bacigalupo. Sobre el proceso de elaboración jurisprudencial de esta interpretación operativa, anterior a su inclusión (en 2010) como atenuante en el vigente art. 21.6 CP, con referencia expresa a esta sentencia del Tribunal de Luxemburgo, vid. COBRERROS MENDAZONA, E., «Las dilaciones indebidas...», *cit.*, p. 182; HUERTA TOCILDO, S., «La singularidad de la atenuante de dilaciones indebidas en la causa», en la obra colectiva (coordinada C. García Valdés), *Estudios en homenaje a Enrique Gimbernat*. Edisofer. Madrid, 2008, vol. I, espec. p. 1052; y ASUA BATARRITA, A., «Lesión del derecho a un juicio sin dilaciones indebidas y proceso penal: disfunciones de la atenuación de la pena como compensación sustitutiva», en *RVAP* núm. 87/88, 2010, espec. p. 177.

El problema planteado podemos sintetizarlo de la siguiente manera. La Comisión impuso unas multas a una serie de empresas por prácticas colusorias de la competencia; y, más en concreto, una de 4,5 millones de ecus a la empresa alemana que da nombre a este asunto. La afectada planteó, inicialmente, un recurso de anulación ante el (entonces) Tribunal de Primera Instancia, que resolvió en su sentencia (10) mantener la multa aunque reduciendo su importe a 3 millones de ecus. Contra esta resolución judicial, la empresa interpuso recurso de casación, ante el Tribunal de Justicia, que fundamentó en seis motivos, el primero de los cuales era, precisamente, la conculcación del plazo razonable, por la excesiva duración del proceso judicial *a quo* (casi cinco años y medio, de los que cerca de veintidós meses se dedicaron a deliberaciones) —con mención expresa del art. 6.1 del Convenio Europeo de protección de los Derechos Humanos—, razón por la que *la recurrente entendía que debía anularse la Decisión sancionadora de la Comisión y, subsidiariamente, minorarse su cuantía*.

## II.2. La propuesta del Abogado General del remedio a través de la acción de indemnización

Tiene interés, por lo que luego se verá, analizar la interpretación propuesta por el Abogado General LÉGER en sus Conclusiones (11), que —se adelanta ya— no será la que luego siga la sentencia.

Desde un comienzo pone de relieve la importancia que tiene, de los seis motivos esgrimidos, el basado en la inobservancia del plazo razonable y, además, plantea las tres posibilidades que, en hipótesis, le caben a este propósito al Tribunal de Justicia al resolver un recurso de casación de este tipo: a) anular la multa, b) reducirla o, c) si no dispone de elementos suficientes, devolver el asunto al Tribunal de Primera Instancia. Descartada esta última posibilidad, por razones obvias, el Abogado General examina las soluciones arbitradas en los ordenamientos jurídicos de los Estados, para ver si existe una «tradición jurídica común en la que pudiera inspirarse el Tribunal de Justicia, llegando a la conclusión de que existen soluciones diversas, aunque —señala— en la mayoría de ellos la constatación de la vulneración del plazo razonable «carece de incidencia en la validez de los procedimientos de que se trata. Tan sólo permite interponer ante el órgano jurisdiccional competente un *recurso de indemnización*» (12).

En este mismo sentido, considerará que la solución más compartida entre los Estados miembros, para resolver los casos de inobservancia del plazo razonable, es el reconocimiento a un derecho a indemnización del justiciable; a lo que añade que la vía consistente en repercutir sobre la sanción penal no le parece una solución adecuada. En efecto, para el Abogado General, será la aplicación errónea del Derecho por parte del Tribunal de Primera Instancia la que le confiere al Tribunal de Justicia la facultad de

(10) *S. Baustahlgewebe c. Comisión*, de 6 de abril de 1995, T-145/89.

(11) Conclusiones presentadas el 3 de febrero de 1998. De manera puramente incidental (porque la referencia se hacía a un aspecto que aquí no interesa), podemos señalar que estas Conclusiones fueron mencionadas por nuestro Tribunal Constitucional en su Auto de planteamiento de la primera cuestión prejudicial ante el Tribunal de Luxemburgo (*vid.* ATC núm. 86/2011, de 9 de junio, FJ. 6).

(12) Apto. 53 de las Conclusiones, *cit.* (la cursiva aparece en el original).

anular, total o parcialmente, la sentencia recurrida (y, así, suprimir o reducir la multa impuesta); pero no es éste el caso, claramente (13).

En esas circunstancias, a juicio del Abogado General, no hay relación entre la falta de respeto del plazo razonable y un nuevo examen de la cuestión de fondo (esto es, de la multa impuesta por la Comisión), y tal «inexistencia de relación se opone a que este Tribunal se atribuya el Derecho, *a falta de una disposición que le autorice expresamente para ello*, de basarse en el incumplimiento del “plazo razonable” para reducir o anular, mediante la revocación de la sentencia impugnada, la multa» (14). Además, la lógica de la compensación, significaría deducir de una pena la cuantía de una reparación, lo que no deja de ser algo extraño.

Por todas esas razones, el Abogado General concluirá que el motivo no puede prosperar, proponiendo al Tribunal de Justicia que lo desestime sin ulterior examen (15). Ahora bien, esta respuesta le parece insuficiente y dedica también una parte destacada de sus Conclusiones a la alternativa que propone, que no es sino el ejercicio de la acción de indemnización (16).

A estos efectos, la primera dificultad que hay que soslayar es que la competencia para conocer de las acciones de indemnización contra una Institución de la Unión Europea está atribuida, precisamente, al propio Tribunal General (17). Ahora bien, como esto iría en contra del principio de imparcialidad (que se opone a que sea el propio órgano jurisdiccional el que aprecie y enjuicie su comportamiento), una interpretación pro justiciable exige —en su opinión— que se completen las previsiones normativas sobre los asuntos de que conoce el Tribunal de Justicia, considerando que también tiene atribuida la competencia para conocer de las reclamaciones indemnizatorias imputables al Tribunal General (18).

Así, pues, para el Abogado General, la solución no está en minorar o anular la multa (es decir, «aprovechar» el recurso de casación para intentar garantizar la eficacia del art. 6.1 CEDH), sino en *reenviar a la afectada a un recurso de indemnización* (aunque ante el Tribunal de Justicia), con mención expresa —aquí, sí— del sistema de responsabilidad extracontractual de las Instituciones de la Comunidad. Se infiere, así,

---

(13) Ya que, por mucho que sea el tiempo dedicado por el Tribunal de Primera Instancia a examinar la legalidad de la Decisión recurrida, no afecta ni a la comprobación de los hechos imputados ni a la apreciación de su responsabilidad en las prácticas indebidas, ni a la aplicación efectuada del Derecho comunitario aplicable (*vid.* aptdo. 58 de las Conclusiones, *cit.*).

(14) Aptdo. 59 de las Conclusiones, *cit.* (la cursiva está añadida).

(15) Aptdo. 61 de las Conclusiones, *cit.*

(16) «Dado que el recurso de casación no constituye un respuesta válida a la efectividad del “plazo razonable”, soy del parecer de que ha de buscarse en la acción indemnizatoria el medio para evitar que dicho principio del Convenio no pase de ser letra muerta cuando se invoca contra un procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia» (aptdo. 63 de las Conclusiones, *cit.*).

(17) Para valorar debidamente lo propuesto por el Abogado General, adviértase que, en el momento de emitirse estas Conclusiones, las competencias del Tribunal de Primera Instancia venían establecidas por la Decisión 88/951 del Consejo, modificada por la Decisión 93/350 CECA, CEE y Euratom. Posteriormente ya se hará por Derecho originario: en la actualidad es el art. 256 TFUE el decisivo.

(18) Concluyendo así: «Procede, por tanto, tal y como le autoriza a este Tribunal el párrafo segundo del artículo [340 TFUE], inspirarse en esta tradición común para reconocer una forma idéntica de resolución de los litigios [refiriéndose a la de los ordenamientos de los Estados] que venga a completar, en el área que le corresponde, el ámbito abarcado por el recurso de casación. Se trata, pues, tan sólo de suplir las insuficiencias de este recurso para dar respuesta a un motivo específico en un ámbito que, por lo demás, se aproxima más al del funcionamiento de la justicia que al del ejercicio de la actividad jurisdiccional» (aptdo. 74 de las Conclusiones, *cit.*).

una admisión tácita de la responsabilidad extracontractual del propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (19).

### II.3. La solución adoptada por la *S. Baustahlgewebe*: rebajar la sanción fijada en la sentencia recurrida

La primera y rotunda afirmación que se contiene en la sentencia, tras la referencia al art. 6.1 CEDH, es que «el principio general del Derecho comunitario», según el cual toda persona tiene derecho a un *juicio justo*, es un principio que se inspira en los derechos fundamentales garantizados por el Convenio de Roma (20); y, más concretamente, que el *plazo razonable* es aplicable en el marco de un recurso jurisdiccional contra una Decisión de la Comisión por la que se impone a un empresa una multa por violación del Derecho de la competencia (21).

Para analizar, entonces, si se había respetado este principio del plazo razonable por parte del Tribunal de Primera Instancia, el Tribunal de Justicia utiliza los mismos criterios, conocidos y ya «clásicos», del Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando aplica aquél artículo (22): la trascendencia del asunto para la afectada, la complejidad del pleito, la propia conducta de la recurrente y, finalmente, el comportamiento, en el caso, del Tribunal de Primera Instancia.

Vistas las circunstancias, la sentencia considerará, textualmente, que «es preciso reconocer que, aun teniendo en cuenta la relativa complejidad del asunto, el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia *rebasó las exigencias relacionadas con el respeto del plazo razonable*» (23).

La consecuencia será, en escueta argumentación de la propia sentencia —y apartándose de lo propuesto por el Abogado General, según los términos ya vistos—, la siguiente: «*Por razones de economía procesal y para garantizar una protección inmediata y efectiva* contra dicha irregularidad del procedimiento, debe declararse que el motivo referente a la duración excesiva del procedimiento es fundado» (24). Ésa es, pues, la razón para estimar el recurso.

(19) Lo que constituye, ciertamente, un aspecto novedoso. En la doctrina había muy pocas referencias a esta hipótesis; una de ellas aparece mencionada en las propias Conclusiones (nota 32), y es el trabajo de DU BAN, B., «Les principes généraux communs et la responsabilité non contractuelle de la Communauté», en *Cahiers de droit européen*, núm. 4, 1977, espec. pp. 403 y ss., pero que se refiere únicamente a la hipótesis de lo que —con nuestras categorías— llamaríamos «error judicial», mas no al caso de un «funcionamiento anormal de la Administración de Justicia».

(20) Repárese en el momento en el que se hace esta afirmación: 1998; estamos, por tanto, en la fase evolutiva del ordenamiento comunitario de pura y acertada (aunque insuficiente) creación jurisprudencial a efectos de la aplicación de los derechos fundamentales, incluida su inspiración en el Convenio Europeo y en la propia jurisprudencia de Estrasburgo (como se hace meridianamente en esta sentencia); fase bastante lejana aún de los tres omnicomprensivos apartados del actual art. 6 TUE. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos mencionaría más tarde esta *S. Baustahlgewebe*, para referirse a la atención prestada por el Tribunal de Luxemburgo a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (al enjuiciar el célebre *caso Bosporus*, Sentencia de 30 de junio de 2005, as. 45036/98, en la nota 8, donde se planteaba, precisamente, el posible control por aquél de las actuaciones de los Estados cuando ejecutaban el Derecho comunitario).

(21) Como era el caso (aptdo. 21 de la *S. Baustahlgewebe*, *cit.*).

(22) Si bien remitiéndose a sus sentencias «por analogía» (aptdo. 29 de la *S. Baustahlgewebe*, *cit.*).

(23) Aptdo. 47 de la *S. Baustahlgewebe*, *cit.* (la cursiva está añadida).

(24) Aptdo. 48 de la *S. Baustahlgewebe*, *cit.* (la cursiva está añadida).

Ahora bien, «a falta de cualquier indicio de que la duración del procedimiento haya tenido alguna incidencia en la solución del litigio», no procederá la anulación de la totalidad de la sentencia (apdo. 49). Y, entonces, el Tribunal de Justicia considerará que la cantidad de cincuenta mil ecus «constituye una compensación equitativa, en razón de la excesiva duración del procedimiento (apdo. 141), razón por la cual reduce la multa a 2.950.000 ecus (apdo. 142). Debemos llamar la atención sobre la primera razón —si el retraso no incide en la solución que se debía haber adoptado en Derecho, no se debe anular, en casación, la sentencia recurrida—, porque será lo que luego le sirva al Tribunal para cambiar su jurisprudencia; y también hay que subrayar que lo que hace para reparar el retraso es otorgar una «compensación».

Así, para dar una solución más efectiva, el Tribunal de Justicia reducirá la propia multa (25), se insiste, como compensación (habrá que entender que por la misma *ratio* de una indemnización). Y lo hace dentro del propio proceso en vía de recurso (26); sin reenviar, por tanto, a un nuevo proceso indemnizatorio (algo *sui generis*, ciertamente), que era lo propuesto por el Abogado General. Adviértase que, si bien se habla de una «compensación equitativa» (27), no hay mención expresa alguna a una posible responsabilidad extracontractual del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, en definitiva, sería el fundamento de tal compensación indemnizatoria.

### III. Otros pronunciamientos posteriores en relación con el plazo razonable

Tras la sentencia anterior, el Tribunal de Justicia se pronunciará en diversas ocasiones sobre la violación del plazo razonable en vía jurisdiccional y sus consecuencias, lo que repasamos sumariamente a continuación, destacando el *iter* interpretativo seguido.

#### III.1. Continuidad sin sobresaltos con *Baustahlgewebe*

##### A) SENTENCIA LVM Y OTROS, DE 15 DE OCTUBRE DE 2002 (28)

Dictada también en vía casacional contra una sentencia dictada en recurso de anulación contra una serie de decisiones de la Comisión en el marco del Derecho de la competencia, de este pronunciamiento interesa destacar, sobre todo (29), que ratifica

(25) Que, a su vez, ya había reducido algo el Tribunal de Primera Instancia en el recurso de anulación judicial, como se ha mencionado.

(26) De ahí la expresión «satisfacción endoprocesal» que se utilizó en «Las dilaciones indebidas en los procesos judiciales...», *cit.*, p. 182.

(27) Lo que recuerda no poco a la «satisfacción equitativa», prevista en el art. 41 CEDH, a efectos de la completa reparación de la violación de un derecho protegido por el Convenio.

(28) Asuntos acumulados C-238/99P, C-244/99P, C-245/99P, C-247/99P, C-250/99P, C-252/99P y C-254/99P.

(29) Pues no se pronunciará sobre una cuestión que le plantearon los recurrentes y que podría haber tenido algún interés, como es si, dentro del cómputo a tener en cuenta para valorar la razonabilidad del plazo, deben incluirse —conjuntamente— la fase procedimental administrativa (ante la Comisión), más la fase propiamente jurisdiccional (ante el Tribunal de Primera Instancia... y ante el propio Tribunal de Justicia); y no lo hará por considerar que no había habido exceso en ninguna de las fases (*vid.* aptdos. 229 a 235 de esta *S. LVM y otros, cit.*).

la *doctrina Baustahlgewebe*, si bien en el caso concreto no aprecia la conculcación del plazo razonable por parte del Tribunal de Primera Instancia —la duración fue de unos cuatro años y medio—, a la vista del criterio de la complejidad del asunto (los recursos jurisdiccionales fueron interpuestos por trece empresas distintas, en cinco lenguas de procedimiento diferentes).

Contiene esta sentencia, también, una interpretación (que aquí denominaremos *matiz LVM*) (30) —en la que el Tribunal de Justicia insistirá en posteriores ocasiones— consistente en considerar que la lista de estos criterios no es exhaustiva y que la apreciación de la razonabilidad del plazo no requiere un examen sistemático de todas las circunstancias del asunto en función de cada uno de ellos cuando la duración se revela justificada en función de uno solo; y que, a la inversa, también puede considerarse que un lapso de tiempo sobrepasa los límites admisibles en función de uno solo de los criterios (31).

Además, ofrece una consideración adicional que puede ser representativa de su forma de ver las cosas a este respecto: «es preciso subrayar que el deseo de celeridad que debe animar a la Comisión, en la fase de la investigación, y al órgano jurisdiccional comunitario, en la fase de los procedimientos jurisdiccionales, no debe menoscabar los esfuerzos realizados por cada institución para aclarar plenamente los hechos controvertidos, ofrecer a las partes afectadas todas las facilidades para presentar sus pruebas y sus observaciones y para pronunciarse únicamente tras una madura reflexión sobre la existencia de las infracciones y las sanciones» (32).

#### B) SENTENCIA CORUS, DE 2 DE OCTUBRE DE 2003 (33)

También en relación con una multa impuesta por la Comisión en el ámbito del Derecho de la competencia, el Tribunal de Justicia no admite el motivo basado en la excesiva duración del proceso (casi cinco años) ante el Tribunal de Primera Instancia —con cita expresa de la *S. Baustahlgewebe* (y del *matiz LVM*)—, debido a la complejidad del proceso (con numerosas partes, cuatro lenguas de procedimiento y diversas cuestiones jurídicas planteadas en relación con el acceso a la documentación).

#### C) SENTENCIA SUMITOMO Y NIPPON, DE 25 DE ENERO DE 2007 (34)

Asimismo en relación con una multa impuesta por la Comisión por prácticas colusorias de la competencia. En el recurso de casación se alega la excesiva duración del proceso de anulación ante el Tribunal de Primera Instancia (cuatro años y tres meses). La sentencia recuerda *Baustahlgewebe* (y el *matiz LVM*) y concluye que no ha habido vulneración del plazo razonable.

(30) Interpretación de discutible acierto, aunque que no es éste el lugar para profundizar en tal cuestión.

(31) Esta interpretación la efectúa, además, al analizar los conocidos criterios con respecto al procedimiento administrativo seguido por la Comisión y no al tratar del proceso judicial seguido ante el Tribunal de Primera Instancia (*vid. aptdo. 188 de la S. LVM y otros, cit.*).

(32) Aptdo. 234 de la *S. LVM, cit.*

(33) Asunto C-199/99P.

(34) Asuntos acumulados C-403/04P y C-405/04P.

D) *SENTENCIA PAPERFABRIK Y OTROS*, DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2009 (35)

Resolución en la que no se aprecia ningún dato novedoso: se trata de un recurso de casación con origen en una sentencia del Tribunal de Primera Instancia dictada en recurso de anulación contra sanciones impuestas por la Comisión en materia de Derecho de la competencia, de una duración del proceso judicial de cinco años y que, con remisión a la *doctrina Baustahlgewebe* (y al *matiz LVM*), termina por desestimar al interpretar que no había habido violación del plazo razonable en atención a que los recursos (que luego se acumularon) fueron planteados por nueve empresas y tramitados en cuatro lenguas de procedimiento distintas.

Repárese, sin embargo, en que esta sentencia «continuista» es posterior en el tiempo a las dos primeras sentencias que se mencionan en el apartado siguiente.

### III.2. Primeros distanciamientos

A) *SENTENCIA FIAMM Y FEDON*, DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2008 (36)

A diferencia de los supuestos anteriores, en este caso el recurso de casación que conoce el Tribunal de Justicia lo es contra una sentencia desestimatoria del Tribunal de Primera Instancia, en un *recurso de indemnización* planteado por sendas empresas contra el Consejo de la Unión Europea y la Comisión (por un recargo aduanero exigido por los Estados Unidos de América y abonado por las recurrentes).

Pues bien, tras confirmar formalmente la vigencia de la *doctrina Baustahlgewebe* (y del *matiz LVM*), la sentencia pone de manifiesto las diferencias existentes entre una sentencia que condena al pago de una cantidad y otra que deniega una indemnización por no reunirse los requisitos para ello (como era el caso), y el Tribunal de Justicia desestimaré la pretensión compensatoria, por resultarle inencajable en una sentencia que ratifica la desestimación de una indemnización (37) (además, de añadir, a mayor abundamiento, que en el caso no se había conculcado el principio del plazo razonable, en atención a los criterios del comportamiento de la autoridad competente y del grado de complejidad del asunto).

B) *SENTENCIA DER GRÜNE PUNKT*, DE 16 DE JULIO DE 2009 (38)

En este asunto se plantea la cuestión del plazo razonable en la instancia (cinco años y diez meses), en un asunto relativo a prácticas colusorias de la competencia, en

---

(35) Asuntos acumulados C-322/07/P, C-327/07P y C-338/07P.

(36) Asuntos acumulados C-120/06P y 121/06P.

(37) Éste será su razonamiento: «De ello resulta que la anulación de dicha sentencia no puede llevar a conceder una compensación equitativa en virtud de la exclusiva duración del procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, por medio de la modificación de la sentencia recurrida, dado que en tal procedimiento no se pedía en ningún caso al Tribunal de Primera Instancia, como tampoco se pide en casación al Tribunal de Justicia, que condene a las partes recurrentes al pago de una cantidad de la que pudiera deducirse en su caso esa compensación equitativa» (aptdo. 210 de la *S. FIAMM y Fedon, cit.*).

(38) Asunto, C-385/07P.

el que había recaído una Decisión de la Comisión —pero consistente no en una multa, sino en una obligación de modificación de las actuaciones de determinada empresa (la diferencia es importante)—, objeto del recurso de anulación inicial.

Pues bien, en este caso el Tribunal de Justicia, con los criterios habituales y, como novedad, con mención expresa del art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (formalmente aún no en vigor, se recuerda), a la vista de las circunstancias del caso, *considera que sí se había producido lesión del plazo razonable*(39). A partir de aquí conviene que nos detengamos en lo que interpreta la Gran Sala.

La recurrente solicita expresamente que el Tribunal de Justicia modifique lo dicho en *Baustahlgewebe* relativo a que sólo procede la anulación de la sentencia recurrida por violación del plazo razonable en la hipótesis de que la excesiva duración del proceso hubiera tenido alguna incidencia en la solución del litigio(40). Pero la sentencia no lo estimará oportuno(41), sino incluso contraproducente(42), y finalmente desestimará el recurso de casación en su integridad.

Ahora bien, la cuestión no podía quedarse ahí, sino que había que ofrecer una solución a la constatada lesión del plazo razonable, para lo que el Tribunal reenvía a la recurrente al recurso por indemnización sobre la base de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad (actuales arts. 268 y 340 TFUE) (43); pero sin mayores precisiones, salvo una escueta referencia a lo dicho por el Abogado General(44). Veamos, por tanto, qué es lo que éste había sugerido.

En sus Conclusiones, el Abogado General BOT señaló que la violación del plazo razonable sólo puede dar lugar, en su caso, a una pretensión indemnizatoria del perjuicio soportado; perjuicio que, en el caso de la empresa infractora, en ningún caso le supuso un daño económico (aptdo. 308). Pero también es cierto que el derecho a que su causa sea vista en un plazo razonable tiene tanta importancia que, el mero hecho de privar a una persona física o jurídica de esta garantía, constituye un perjuicio autónomo por sí solo (aptdo. 313). Pero, ¿cómo y ante quién habrá de materializarse su reparación? Aquí viene la (relativamente) novedosa aportación del Abogado General.

(39) «El procedimiento desarrollado ante el Tribunal de Primera Instancia incumplió las exigencias derivadas del respeto de una duración razonable del procedimiento» (aptdo. 188 de la *S. Der Grüne Punkt, cit.*).

(40) *Vid. supra* (II.3) lo dicho a propósito del aptdo. 49 de la *S. Baustahlgewebe, cit.*

(41) «En la medida en que no existe indicio alguno que deje traslucir que la falta de respeto de una duración razonable del procedimiento pudo tener alguna incidencia sobre el resultado del litigio, la anulación de la sentencia recurrida no repararía la violación del principio de tutela judicial efectiva [en el que el Tribunal, desde hacía dos años, venía englobando el art. 47 CDFUE] cometida por el Tribunal de Primera Instancia» (aptdo. 193 de la *S. Der Grüne Punkt, cit.*).

(42) En efecto, «el Tribunal de Justicia no puede permitir, por la mera falta de respeto de una duración razonable del procedimiento, que la parte recurrente ponga en cuestión la existencia de una infracción, pese a haber sido desestimados por infundados todos los motivos que invocó contra las afirmaciones hechas por el Tribunal de Primera Instancia a propósito de dicha infracción y del correspondiente procedimiento administrativo previo» (aptdo. 193 de la *S. Der Grüne Punkt, cit.*).

Más claramente aún lo había dicho el Abogado General BOT: «la sanción de la violación del plazo razonable del procedimiento no puede, en ningún caso, conducir a que una empresa pueda continuar o reanudar un comportamiento que ha sido declarado contrario a las normas comunitarias» (aptdo. 306 de sus Conclusiones presentadas el 31 de marzo de 2009).

(43) Aptdo. 195 de la *S. Der Grüne Punkt, cit.*

(44) En los aptdos. 307 y ss. de las Conclusiones *cit.*



Lo primero que señala es que no existen en el ordenamiento comunitario disposiciones específicas sobre las acciones de indemnización causadas por el funcionamiento de la justicia comunitaria y que la sugerencia del Abogado General en la *S. Baustahlgewebe*(45) —que fuese el propio Tribunal de Justicia el que la asumiese (que, como sabemos, luego no fue seguida por el Tribunal de Justicia)—, tras *Niza*, no podría sostenerse porque iría en contra de las competencias atribuidas por el Derecho originario al Tribunal de Primera Instancia. A su vez, también analiza si tal consecuencia —es decir, que sea el Tribunal de Primera Instancia el que deba conocer de una solicitud de indemnización basada en una violación del plazo razonable causada por él mismo— podría ir en contra del principio de imparcialidad y, tras repasar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la imparcialidad objetiva, llega a la conclusión de que «le parece razonable sostener su competencia [la del Tribunal (entonces) de Primera Instancia, se entiende], *bajo la condición expresa de que la composición que conoce del recurso sea distinta* de la que adoptó el acto o de la que resultó el perjuicio alegado» (46).

Como se ve, en esta importante sentencia de la Gran Sala, ya se avanza que la violación del plazo razonable por parte del Tribunal de Primera Instancia «puede dar lugar a una pretensión de indemnización» al amparo de un recurso de indemnización(47), cerrándose el paso a la pretensión de obtener una reparación en el propio proceso casacional ante el Tribunal de Justicia.

### C) SENTENCIA GOGOS, DE 20 DE MAYO DE 2010 (48)

El ámbito material del recurso que origina esta sentencia es muy distinto de todo lo ya visto, pues se dicta en un recurso de casación contra otra del Tribunal de Primera Instancia que había desestimado a un funcionario la anulación de una Decisión «de clasificación» de la Comisión que afectaba a su estatus funcional. Se reitera ante el Tribunal de Justicia la tacha de violación del plazo razonable (cuatro años y ocho meses) y, por esta razón, se solicita una indemnización de cincuenta mil euros. La sentencia, sin embargo, entiende que el retraso no ha tenido incidencia alguna en la solución de litigio(49) y la desestima, sin ulteriores indicaciones. La Abogada General KOKOTT, en cambio, parecía no negar del todo la posibilidad indemnizatoria para la que entiende —y esto es lo que aquí podría tener alguna relevancia— que la vía pertinente sería el específico recurso de indemnización(50).

---

(45) *Vid. supra* aptdo. II.2.

(46) Aptdo. 337 de las Conclusiones *cit.* (la cursiva está añadida).

(47) *S. Der Grüne Punkt, cit.*, aptdo. 195.

(48) Asunto C-583/08P.

(49) En razonamiento ya visto, y con referencia a *Baustahlgewebe*, *FIAMM* y *Fedon* y *Der Grüne Punkt* (*vid. S. Gogos, cit.*, aptdos. 56 y 57).

(50) Pues concluía así su examen del asunto: «*Sin perjuicio de un examen más minucioso en el marco de un eventual procedimiento de indemnización*, dicha duración del procedimiento no parece estar justificada ni por una especial complejidad de la materia o de las cuestiones de hecho y de Derecho planteadas, ni por la conducta de las partes» (aptdo. 88 de las Conclusiones presentadas el 4 de marzo de 2010, la cursiva está añadida).

## IV. La consolidación definitiva de la compensación de la violación del plazo razonable por la vía autónoma del recurso de indemnización

### IV.1. El punto de inflexión: las sentencias *Gascogne Sack Deutschland et alia*

Tres pronunciamientos de la Gran Sala (51), que resuelven de la misma manera y con idéntica *ratio decidendi* otros tantos recursos de casación, constituyen la consolidación —plenamente consciente (52)— del cambio en la solución arbitrada por el Tribunal de Justicia.

En efecto, en un asunto análogo al resuelto en la *S. Baustahlgewebe* (53), el Tribunal de Justicia desarrollará su razonamiento de la siguiente manera (54). En primer lugar, reconoce que el recurso de casación es un proceso apto para controlar las irregularidades que, lesionando los intereses del recurrente, hubiera podido cometer el Tribunal General; y, entre ellos, sin duda alguna, se encuentra la violación del plazo razonable garantizado por el art. 47 CDFUE.

A continuación, entra en la cuestión del plazo razonable recordando las exigencias derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos (55) en lo referente a que la inobservancia del mismo debe abrir a la parte afectada la posibilidad de interponer un recurso efectivo capaz de ofrecer una reparación adecuada (56). Adelantando un poco el análisis de esta sentencia, conviene precisar desde ahora que *la duración del proceso le parecerá al Tribunal de Justicia injustificable, reconociendo expresamente la conculcación de dicho derecho fundamental* (57).

La sentencia reitera su ya mencionada doctrina consistente en que, si la excesiva duración del pleito no ha influido en la solución del litigio —como era el caso, podemos apuntar—, no procede anular la sentencia recurrida. Pero sucedía que la recurrente había pedido la reducción de la misma por los perjuicios que le había ocasionado el retraso en la tramitación de su recurso de anulación, con invocación expresa

(51) Son tres sentencias de 26 de noviembre de 2013: la *S. Gascogne Sack Deutschland*, C-40/12P; la *S. Kendrion*, C-50/12P y la *S. Groupe Gascogne*, C-58/12P. También las Conclusiones de los tres asuntos fueron elaboradas por la misma Abogada General (SHARPSTON) y presentadas en la misma fecha (el 30 de mayo de 2013), aunque formalmente individualizadas.

(52) Buena prueba de lo que se afirma es lo recogido en las Conclusiones, *cit.* en el *as. Groupe Gascogne* (aptdo. 119), donde se señala que, durante la tramitación del proceso: «El Tribunal de Justicia instó a los veintisiete Estados miembros, al Parlamento Europeo y al Consejo a expresar por escrito su opinión con respecto a los criterios adoptados respectivamente en las sentencias *Baustahlgewebe* y *Der Grüne Punkt*. Siete Estados miembros manifestaron su preferencia por el criterio adoptado en la primera sentencia, tres por el de la última y seis Estados miembros no expresaron ninguna preferencia. El Consejo respaldó el criterio de la sentencia *Baustahlgewebe*, aunque reconoció que las dos vías de recurso coexisten y que ninguna es perfecta. El Parlamento Europeo se inclinó por el criterio de la sentencia *Der Grüne Punkt*».

(53) Como la propia *S. Gascogne Sack Deutschland*, *cit.*, aptdo. 88, reconoce explícitamente.

(54) *S. Gascogne Sack Deutschland*, *cit.*, aptdos. 74 a 103; en la *S. Kendrion*, *cit.*, lo hará en los aptdos. 77 a 108 y en la *S. Groupe Gascogne*, *cit.*, en los aptdos. 66 a 97. En los tres casos muchos de los apartados resultan idénticos.

(55) Tal y como lo interpretó el Tribunal de Estrasburgo en su STEDH de 26 de octubre de 2000, *as. Kudla c. Polonia*, aptdos 156 y 157.

(56) El «remedio efectivo» al que se refiere el conocido art. 13 CEDH (aunque la sentencia no lo identifica).

(57) *S. Gascogne Sack Deutschland*, *cit.*, aptdos. 97 y 102.

de la *solución Bausthalgewebe*. Y aquí es donde el Tribunal de Justicia, con apoyo en la *S. Der Grüne Punkt* (que, recuérdese, no se refería a una condena al pago de cantidad alguna), se separará de lo dicho en *Baustahlgewebe* (58) y afirmará, de una manera clara y rotunda —coincidente, por cierto, con lo propuesto por la Abogada General SHARPSTONE (59)—, que la indemnización procedente por tales perjuicios debería articularse, precisamente, por la vía del recurso de indemnización (*ex arts.* 268 y 340 TFUE), constituyendo este tipo de proceso el «remedio efectivo» establecido por el ordenamiento de la Unión Europea para el caso de la violación del plazo razonable.

Ahora bien, esta solución nos reenvía directamente al Tribunal General, que es el que tiene atribuida la competencia para conocer de este tipo de recursos indemnizatorios contra la Unión Europea (según viene establecido en el art. 256.1 TFUE), pero

---

(58) De hecho, en su Informe Anual 2013, refiriéndose a este grupo de las tres sentencias ahora comentadas, reconocerá que el Tribunal de Justicia «se apartó de la solución recogida en su sentencia de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe*/Comisión, al desestimar la solicitud, a estos efectos [se refería al remedio adecuado para reparar las consecuencias económicas resultantes de la duración excesiva del procedimiento], en el marco de un recuso de casación, de reducción del importe de las multas impuestas» (p. 5).

(59) En las Conclusiones *cit.*, en el *as. Groupe Gasgone*, alguno de cuyos apartados merece recogerse aquí:

«127. He aquí la razón por la que no estoy de acuerdo con el criterio adoptado en la sentencia *Baustahlgewebe*. Multar a una empresa por vulnerar las normas sobre competencia no puede equipararse a la condena a una pena de privación de libertad de una persona física, supuesto en que el retraso en el juicio puede de hecho compensarse de forma efectiva (si la persona física es declarada culpable y condenada a una pena de prisión), mediante la reducción del tiempo de cumplimiento de la pena de prisión. Por otra parte, si la empresa ha sufrido un perjuicio a causa del retraso, dicho perjuicio puede desglosarse en pérdidas financieras concretas relacionadas causalmente con el retraso excesivo sufrido en la resolución del recurso. Se pueden aportar elementos de prueba y, una vez probado el daño, podrá concederse la indemnización apropiada. En el ordenamiento jurídico de la Unión corresponde al Tribunal General y no al Tribunal de Justicia examinar los hechos en profundidad y evaluar los elementos de prueba. Opino que este es otro argumento a favor de la conclusión de que sería preferible la interposición de un recurso de indemnización separado ante el Tribunal General en vez de intentar ofrecer un recurso efectivo mediante la reducción de las multas en el marco del recurso de casación.  
[...].

131. No me resulta claro de qué modo el artículo 261 TFUE (invocado por el Tribunal General) constituye una base satisfactoria para la reducción de una multa, cuando no existen motivos sustantivos para desvirtuar la apreciación de la Comisión de que la multa era apropiada con respecto a la infracción. Es cierto que el artículo 31 del Reglamento n.º 1/2003 y el artículo 261 TFUE otorgan al Tribunal General (y, en vía de recurso, al Tribunal de Justicia) «competencia jurisdiccional plena»; pero esta competencia jurisdiccional plena está estrechamente ligada al carácter apropiado (o no) de la sanción impuesta con respecto a la infracción cometida. El retraso de un procedimiento —ya sea causado por la Comisión en la vía administrativa o por el Tribunal General en la vía contenciosa— no guarda relación alguna con el comportamiento de la empresa o la gravedad de la infracción.

132. Soy consciente de que el rigor de este criterio no coincide con el enfoque adoptado por el Tribunal General al examinar alegaciones de retraso indebido. Tampoco corresponde al criterio adoptado por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Baustahlgewebe*. No obstante, creo que el Tribunal de Justicia se encuentra ahora en una situación en la que puede y debe pronunciarse sobre cuál es la mejor de las dos vías de recurso actualmente disponibles. Comprendo que, en el marco de un recurso, es tentador, en aras de la economía procesal, inclinarse por la reducción de la multa (en un porcentaje indeterminado, calculado sobre una base desconocida). No obstante, no me convence el fundamento lógico de tal criterio (en términos de la relación entre la multa y el comportamiento, la competencia jurisdiccional y la transparencia), que además, en el peor de los casos, puede convertirse en un criterio casi totalmente arbitrario. (Debo añadir que la situación sería muy diferente si el legislador decidiese introducir normas específicas para regular el efecto que debe tener en el importe de las multas, la existencia de un retraso indebido en la vía administrativa o en la contenciosa, en asuntos en materia de competencia; pero, según creo, hasta ahora no se ha explorado esta posibilidad)».

que es a quien se le imputa la lesión, cabalmente. Para obviar esta dificultad —y adoptando la solución que, inicialmente, había propuesto el Abogado General BOT en el asunto *Der Grüne Punkt* y que, ahora, secunda también la Abogada General SHARPSTONE—, el Tribunal de Justicia formula la salvedad expresa de que, cuando el Tribunal General resuelva este recurso de indemnización, lo haga «fallando en una *formación diferente de la que conoció del litigio* que dio lugar al procedimiento cuya duración se critica» (60). Aunque bien es verdad que lo hace sin mayores consideraciones y sin mención alguna al principio de imparcialidad (que es el que, de manera indudable, está en el origen de esta cautela) (61).

Pero el Tribunal de Justicia no se contenta con esta remisión, sino que aprecia en el caso, de manera expresa, la existencia de una dilación indebida en el proceso judicial *a quo*, siguiendo en esto la solución sugerida por la Abogada General (62). En

(60) *S. Gascogne Sack Deutschland, cit.*, aptdo. 96 (la cursiva está añadida).

(61) Cosa que sí hace la Abogada General SHARPSTONE en sus Conclusiones *cit.*, en el as. *Groupe Gascogne*, argumentado de la siguiente manera:

«145. Opino que el verdadero problema es si el Tribunal General sería percibido como órgano imparcial al resolver un recurso de indemnización basado en la alegación de que el propio Tribunal General es responsable de la vulneración de los derechos fundamentales del recurrente.

146. En mi opinión, existen elementos suficientes para inclinarnos por considerar que el Tribunal General puede ser percibido de forma razonable como suficientemente imparcial.

147. En primer lugar, el pago de la indemnización concedida no provendría del propio Tribunal General. Saldría del presupuesto de la Unión Europea, con lo cual el Tribunal General no tendría ningún interés directo en las consecuencias financieras del procedimiento. En segundo lugar, para poder cumplir con el requisito subjetivo de la imparcialidad personal, el Tribunal General deberá asegurarse de que el recurso de indemnización sea oído por una sala diferente de la que conoció del litigio en el que se produjo el retraso excesivo. En tercer lugar, en la medida en que la alegación de vulneración del artículo 47 de la Carta probablemente se plantee en vía de recurso de casación y no ante el Tribunal General, será el Tribunal de Justicia quien apreciará la existencia de un retraso excesivo. La labor del Tribunal General quedaría restringida a la prueba del perjuicio y la evaluación de la cuantía. En cuarto lugar, aunque la situación que motiva el procedimiento por la vulneración del artículo 47 de la Carta es competencia del Tribunal General, corresponderá a la Comisión, en su función de promover el interés general de la Unión de conformidad con el artículo 17 TUE, apartado 1, defender a la Unión en el procedimiento ante dicho Tribunal. En quinto lugar, cualquier resolución del Tribunal General obviamente quedaría sujeta al control de las cuestiones de Derecho por el Tribunal de Justicia.

148. Por consiguiente, llego a la conclusión de que, en cuanto a la alegación del recurrente de haber sufrido un perjuicio derivado del hecho de que el Tribunal General no resolvió su recurso en un plazo razonable, la interposición de un recurso de indemnización ante el Tribunal General constituye una solución más adecuada y eficaz a los efectos del artículo 47 de la Carta, interpretado a la luz de los artículos 6 CEDH, apartado 1, y 13 CEDH, que una reducción del importe de la multa. En la medida en que sea necesario reconocer expresamente la infracción del Tribunal General al margen de un posible recurso de indemnización, opino que una declaración del Tribunal de Justicia a estos efectos constituye una reparación adecuada.»

(62) En las mismas Conclusiones, *cit.* (la cursiva está añadida):

«149. Procede examinar una última cuestión: ¿cuál sería “el hecho que [...] motivó” la responsabilidad extracontractual de la Unión a los efectos del artículo 46 del Estatuto del Tribunal de Justicia? En mi opinión, ese hecho es necesariamente la conclusión del Tribunal de Justicia de que se ha producido un retraso indebido en el procedimiento ante el Tribunal General. De ello se deduce, que el plazo de prescripción de cinco años previsto para la interposición de dicho recurso de indemnización empezaría a computarse a partir de la fecha en que el Tribunal de Justicia dicte sentencia en el presente recurso.

150. Por consiguiente, propongo que el Tribunal de Justicia declare que se ha producido un retraso excesivo en la resolución del recurso interpuesto por *Groupe Gascogne* ante el Tribunal General; y sugiero asimismo que el Tribunal de Justicia señale claramente que *Groupe Gascogne* puede interponer un recurso separado de indemnización de daños y perjuicios, si así lo desea.»

efecto, aunque el Tribunal de Justicia desestima la petición de rebaja de la cuantía de la multa, declara la existencia de una vulneración del art. 47 CDFUE y afirma literalmente que tal actuación «constituye una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tiene por objeto conferir derechos a los particulares» (63). Esto significa que, en el eventual recurso posterior ante el Tribunal General, éste ya no podrá ignorar la existencia del requisito básico para la responsabilidad extracontractual que se acaba de mencionar y sólo le cabe analizar los demás elementos necesarios para establecer la indemnización.

Además de esta (inesquivable) declaración, también tiene importancia otra doble precisión, de tipo material, que le hace el Tribunal de Justicia al Tribunal General para estos casos, referida a la exigencia de que respete ciertos *criterios de fondo* en su enjuiciamiento (64). Así, en primer lugar, para la apreciación de la violación del plazo razonable, le señala que deberá tener en cuenta los criterios «clásicos» que, como es sabido, tienen su principal fuente de inspiración en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (al interpretar y aplicar el art. 6.1 CEDH) (65). Y, en segundo lugar, le indica los típicos elementos para dilucidar la existencia de una responsabilidad extracontractual: la realidad del daño y la relación de causalidad entre éste y la duración excesiva del procedimiento; pero con un par de precisiones más a este respecto, como son la exigencia de tener en consideración los principios generales aplicables en los ordenamientos de los Estados miembro para casos similares (hay que entender que por lo establecido en el párrafo segundo del art. 340 TFUE), por un lado, y que debe tener en cuenta, además de la existencia del daño material, la de un posible daño inmaterial, por otro.

Estos matices recogidos en el párrafo anterior, frente a lo que a primera vista pudiera parecer, no son ni gratuitos ni redundantes, puesto que establecen un condicionamiento al Tribunal General, a la hora de resolver un asunto que le afecta tan directamente, que puede constituir una garantía efectiva frente al peligro de «corporativismo» o excesiva comprensión hacia sus propias actuaciones jurisdiccionales, en un supuesto en el que enjuicia, precisamente, una actuación previa suya tachada de incorrecta y lesiva. Dicho de otra manera, cuando en el marco de un recurso por indemnización el Tribunal General —en una formación jurisdiccional distinta, se insiste— conozca de un asunto en el que se dilucide si ha habido una previa actuación suya constitutiva de una lesión del derecho al enjuiciamiento en plazo razonable, no puede establecer unos criterios más estrictos o rigurosos a la hora de analizar una posible responsabilidad patrimonial de la Unión que los que ya le ha señalado el Tribunal de Justicia.

No parece muy aventurado deducir de lo anterior un intento por parte del Tribunal de Justicia de evitar la tacha de proponer una vía que, por quedar en manos de quien había originado la lesión, pudiera tildarse de ineficaz o, al menos, de muy dudosa viabilidad práctica.

---

(63) *S. Gascogne Sack Deutschland*, *cit.*, aptdo. 102.

(64) *S. Gascogne Sack Deutschland*, *cit.*, aptdos. 91 a 95.

(65) Como expresamente le había sugerido la Abogada General SHARPSTON en sus Conclusiones, *cit.*, en el as. *Groupe Gascogne*, aptdo. 72 (con cita, además, de jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia al respecto).

## IV.2. Más pronunciamientos que ratifican esta interpretación

Las sentencias mencionadas en el apartado anterior han tenido continuidad en otras cuatro posteriores, que llegan hasta nuestros días (66). En todas ellas se ratifica expresamente lo recién visto, con fundamentación jurídica idéntica, razón por la que no procede insistir más en ello ahora.

Incluso aunque se haya manifestado alguna reticencia relevante, como es la del Abogado General WATHELET, la cuestión parece definitivamente zanjada en favor de la más reciente interpretación aquí analizada ya con suficiente detenimiento (67).

## IV.3. ¿Qué decir de la solución adoptada?

No resulta fácil emitir una valoración indubitada sobre la cuestión que nos ocupa, puesto que —como tantas veces sucede a la hora de interpretar y aplicar el Derecho— existen (buenas) razones jurídicas a favor de una u otra solución.

En efecto, la *doctrina Baustahlgewebe* tenía la clara ventaja de la inmediatez a la hora de paliar los perjuicios producidos por un incorrecto funcionamiento jurisdiccional, con lo que la tutela judicial efectiva de los intereses del perjudicado quedaban mejor protegidos, evitándose un nuevo (y posterior) proceso puramente reparatorio, que siempre es una «carga» (en todos los sentidos) para quien lo tiene que instar y una «sobrecarga» para el propio sistema jurisdiccional. Pero tiene también algunos inconvenientes, como son, primero, que sólo sirve para pleitos en los que la sentencia establezca una obligación *cuantificable* para el particular perjudicado (más claramente, si es pecuniaria; y siempre a favor de la Unión Europea) y, segundo, que mezcla inevitablemente dos lógicas jurídicas distintas: la de la aplicación de las previsiones normativas para comportamientos infractores (que es la que preside el proceso inicial, en cuyo transcurso se produce, luego, la indebida dilación) y la que preside la reparación del daño producido en sede jurisdiccional, que es muy distinta.

Sin embargo, la *doctrina Gascogne Sack Deutschland* tiene la ventaja de la claridad a la hora de resolver jurídicamente dos cuestiones distintas (separando la de fondo de la reparatoria) y sirve para todo tipo de procesos (y no sólo aquéllos que finalicen con una sentencia condenatoria «cuantificada»). La pretensión indemnizatoria, así, se sustancia autónomamente con sus propios parámetros, sea cual fuere el proceso en el que se hubiera producido. Pero también conlleva el mencionado inconveniente de

(66) La *S. Deltafina*, de 12 de junio de 2014, C-578/11P, aptdos. 80 a 93; la *S. FLS Plast A/S*, de 19 de junio de 2014, C-243/12P, aptdos. 130 a 144; la *S. Telefónica*, de 10 de julio de 2014, C-295/12P, aptdos. 62 a 69; y la *S. ICF*, de 9 de octubre de 2014, C-467/13P, aptdos. 55 a 66.

(67) Las Conclusiones del Abogado General a que se hace referencia en el texto son las presentadas el 29 de abril de 2014, en el *as. Guardian Industries Corp.*, C-580/12P (sobre el que no ha recaído sentencia en el momento de finalizar este trabajo). En ellas, el Sr. WATHELET manifiesta explícitamente su interpretación favorable a la *S. Baustahlgewebe* [«En mi opinión, el mecanismo de reparación apropiado para una violación del principio del plazo razonable por el Tribunal General en un asunto como el de autos sería —por motivos de economía procesal pero también para garantizar una tutela judicial efectiva e inmediata— una reducción de la multa, en vez de hacer que las partes interpongan una reclamación por daños y perjuicios ante el Tribunal General, del cual se ha establecido, por definición, que incumplió dicho principio al no garantizar la emisión de una resolución dentro de un plazo razonable», (*vid.* aptdos. 110 a 116)]; pero reconoce inmediatamente que, tras las sentencias *Gascogne Sack Deutschland et alia*, el Tribunal de Justicia «abandonó claramente» tal interpretación y «por tanto me veo obligado a razonar sobre dicha base en el presente asunto» (*vid.* aptdos. 119 a 123).

que, quien se ha visto perjudicado en la tramitación de un proceso, tiene que iniciar uno nuevo para resarcirse de los perjuicios padecidos en aquél, lo que no deja de retrasar y encarecer el propio mecanismo indemnizatorio.

## **V. Dos importantes y novedosas consecuencias: una, sobre el requisito de la «violación suficientemente caracterizada»; otra, sobre la responsabilidad del propio Tribunal de Justicia**

De esta interpretación última del Tribunal de Justicia sobre la cuestión que aquí nos ocupa (que tiene visos de ser definitiva, por lo que ya se ha visto) pueden deducirse dos consecuencias muy destacables; pero que, por no resultar expresamente formuladas por el Tribunal de Justicia, conviene plantearlas con la debida prudencia, aunque también con la convicción de su acierto.

La primera se refiere al alcance que puede tener, sobre el requisito básico para generar la responsabilidad extracontractual de la Unión —cual es el de que la ilegalidad en que se base no sea un incumplimiento cualquiera del Derecho de la Unión Europea, sino que constituya una violación suficientemente caracterizada del mismo—, el hecho de que el incumplimiento generador del daño haya consistido en la lesión de un derecho fundamental.

La segunda consecuencia es la apertura que esta interpretación puede significar para la admisión de la existencia de un incumplimiento del plazo razonable no ya por parte del Tribunal General —que es de lo que se ha estado hablando hasta ahora, como único supuesto—, sino por parte del propio Tribunal de Justicia.

Analizaremos ambas, de manera separada, a continuación.

### **V.1. ¿La lesión de un derecho fundamental constituye, siempre, una «violación suficientemente caracterizada» del Derecho de la Unión Europea, a efectos de responsabilidad extracontractual?**

Previamente conviene afirmar que lo que ha hecho, en último término, la *S. Gascogne Sack Deutschland* es reconducir y hacer encajar la compensación del daño producido en sede jurisdiccional por los retrasos sufridos en el sistema general de la responsabilidad patrimonial extracontractual de las Instituciones de la Unión Europea (*sub specie* daño producido por el Tribunal General como consecuencia de su incumplimiento del plazo razonable de enjuiciamiento); sistema en el que, como es harto conocido, una pieza clave es la constatación de la existencia de una «violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión», verdadera *condictio sine qua non* para tener derecho a la indemnización (68). Por su capital importancia, esto merece ahora una reflexión más detenida.

---

(68) Sobre este requisito, ciertamente nuclear en la construcción jurisprudencial de la responsabilidad extracontractual de las Instituciones de la Unión Europea y también de la de los Estados por incumplimiento del Derecho de la Unión, valga ahora con la mera remisión a GUICHOT REINA, E., «La responsabilidad extracontractual de la Unión Europea», en la obra colectiva dirigida por Beneyto y coordinada por Maillo y Becerril, *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea*. Aranzadi, Cizur Menor, tomo V, 2012, espec. pp. 433 y ss.; y COBREROS MENDAZONA, E., «El principio de la responsabilidad patrimonial del Estado por Incumplimiento del Derecho de la Unión Europea. (Construcción y elementos en el ordenamiento europeo y su aplicación por el ordenamiento estatal)», en la misma obra colectiva, tomo IV, 2011, espec. pp. 631 y ss.

Así, esta conocida (69) y nada sencilla exigencia de la violación suficientemente caracterizada viene a significar que no cualquier infracción del ordenamiento de la Unión generadora de un daño originará la obligación de indemnizarlo, sino sólo aquella que reúna la mencionada característica, que se hace equivaler a una violación *manifiesta* y *grave* del Derecho de la Unión Europea (70). Esta construcción es una creación propia y muy específica del Tribunal de Justicia (a partir de su jurisprudencia de los años setenta y, sobre todo, ochenta) —no exenta de autorizadas críticas, como son, por ejemplo, las de los Abogados Generales LÉGER y TESAURO (71)— y que se hace originariamente para los supuestos en los que las Instituciones de la Unión Europea gozan de un margen de apreciación.

Además del ya mencionado carácter de «manifiesto» y «grave», este concepto de violación suficientemente caracterizada no ha sido posteriormente determinado con mayores precisiones (72).

Lo que esta opción interpretativa restrictiva «pretende, cualquiera que sea la naturaleza del acto ilícito de que se trate, [es] evitar que el riesgo de tener que cargar con las indemnizaciones de los daños alegados por las personas interesadas menoscabe la capacidad de la institución de que se trate de ejercer plenamente sus competencias en vista del interés general, tanto en el marco de su actividad normativa o que implique decisiones de política económica como en la esfera de su competencia administrativa, sin que recaigan sobre terceros, no obstante, las consecuencias de incumplimientos flagrantes e inexcusables» (73). Queda claro, entonces, el motivo que ha llevado al Tribunal de Luxemburgo a introducir el requisito de la cualificación de la ilegalidad cometida por una Institución europea: el interés general justifica la comisión de algún yerro o contravención de la legalidad, sin que comporte consecuencias indemnizatorias. Así, siempre que no se supere un determinado umbral de tolerabilidad, el daño producido no será resarcido. Como ha

(69) Puesto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha venido exigiéndola en el caso de las pretensiones indemnizatorias contra la (entonces) Comunidad, desde hace más de cuatro décadas (así, ya aparece en la *S. Zuckerfabrick Schöppenstedt*, de 2 de diciembre de 1971, 5/71, aptdo. 11).

(70) Como por el propio Tribunal de Justicia se recuerda en una sentencia emblemática para la responsabilidad extracontractual de los Estados miembros: «sólo incurre en responsabilidad si la institución de que se trata se ha extralimitado, de manera manifiesta y grave, en el ejercicio de sus facultades» (*S. Brasserie du Pêcheur y Factortame*, de 5 de marzo de 1996, C-6 y 90/93, aptdo. 45).

(71) Así, el Abogado General LEGER, en las Conclusiones presentadas el 20 de junio de 1995, en el *as. Hedley Lomas*, C-5/94, se hizo favorable eco de las opiniones que consideraban el sistema de la responsabilidad ex 340 TFUE como «insatisfactorio, demasiado riguroso e insuficientemente protector del derecho a un recurso jurisdiccional efectivo» (aptdo. 145, la cursiva en el original).

Por su parte, en las Conclusiones presentadas el 28 de noviembre de 1995 (aptdo. 63) en el asunto *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, *cit.*, el Abogado General TESAURO no tendría reparo en decir que «esta jurisprudencia estableció requisitos tan restrictivos, especialmente en relación con la ilegalidad del comportamiento imputable a las Instituciones, que dificulta extraordinariamente la condena de una Institución comunitaria a la indemnización del daño».

(72) A lo más, podrían citarse algunos pronunciamientos en los que el Tribunal General considera cumplido el mencionado requisito cuando se constate «una irregularidad que no habría cometido una administración normalmente prudente y diligente que estuviera en las mismas circunstancias (así, *S. Comafica*, de 12 de julio de 2001, T-198/95, 171/96, 230/97, 174/98 y 225/99, aptdos. 138 y 149; *S. Medici Grimm*, de 26 de enero de 2006, T-364/03, aptdo. 79; *S. Artegoda*, de 3 de marzo de 2010, T-429/05, aptdo. 62; y *S. Sison III*, de 23 de noviembre de 2011, T-341/07, aptdo. 39).

(73) *S. Sison III*, *cit.*, aptdo. 34 (la cursiva está añadida).



reconocido de manera palmaria el Tribunal General, refiriéndose a una actuación de la Comisión: «la declaración de ilegalidad de un acto jurídico [...] no basta, por lamentable que sea esa ilegalidad, para considerar que concurra el requisito para generar la responsabilidad de la Comunidad» (74).

Claramente y en definitiva, se trata de admitir o reconocer en el ámbito del ordenamiento de la Unión Europea un *margin de tolerancia* ante determinadas ilegalidades, que conlleva la no resarcibilidad de algunas actuaciones u omisiones dañosas. Y, más allá del acierto de esta restrictiva interpretación jurisprudencial, lo indiscutible es que está muy asentada en el acervo del Tribunal de Luxemburgo.

Ahora bien, los pronunciamientos más recientes del Tribunal de Justicia sobre los daños generados por la violación del plazo jurisdiccional razonable que acabamos de analizar permiten una reflexión adicional. En efecto, la conclusión final que extraía el Tribunal de Justicia en los casos enjuiciados era, como se ha visto, la siguiente: «procede declarar que el procedimiento sustanciado ante el Tribunal General vulneró el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta por no haber satisfecho las exigencias derivadas de la observancia de un plazo de enjuiciamiento razonable, lo que constituye una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tiene por objeto conferir derechos a los particulares» (75).

De esta rotunda afirmación se puede extraer, válidamente, una novedosa conclusión: la lesión de un derecho fundamental constituye *per se* una violación manifiesta y grave del ordenamiento de la Unión Europea, comprendida, por tanto, en el concepto «violación suficientemente caracterizada» a efectos resarcitorios.

Otra interpretación diferente nos llevaría a un resultado indeseable (por contrario a la especial posición de que en el ordenamiento de la Unión Europea también gozan los derechos fundamentales), como es admitir la existencia de violaciones de derechos fundamentales que no suponen un incumplimiento grave y manifiesto del Derecho (originario, además) de la Unión Europea, sino algo más leve y tolerable a efectos de no generar indemnización alguna por los daños que produzcan.

En definitiva, de la lógica del sistema y de la propia dicción literal de las sentencias *Gascogne Sack Deutschland et alia* debemos entender que la lesión de un derecho fundamental protegido por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea supone una violación suficientemente caracterizada a efectos de una eventual acción de indemnización; lo cual no deja de ser una novedosa consecuencia, tanto para el ámbito de protección de los derechos fundamentales como para el de la responsabilidad extracontractual de la Unión Europea.

---

(74) Previamente, el Tribunal se había apoyado en la existencia de sendos recursos, como son el de anulación y el de responsabilidad, que son autónomos y responde a finalidades diferentes. Así, dirá: «En efecto, según la jurisprudencia, el recurso por responsabilidad se estableció como un recurso autónomo, con una función determinada en el marco del sistema de recursos y supeditado a requisitos de ejercicio concebidos en función de su objeto específico (...). Mientras que los recursos de anulación y por omisión persiguen declarar la ilegalidad o la falta de adopción de un acto jurídicamente vinculante, el recurso de indemnización tiene por objeto la solicitud de reparación de un perjuicio causado por un acto o un comportamiento ilícito imputable a una institución». Las citas del texto y de esta nota están tomadas de la *S. Artegodan, cit.*, aptdos. 49 y 51; reiteradas, para una actuación del Consejo de la Unión Europea, en la *S. Sison III, cit.*, aptdos. 31 y 32, respectivamente.

(75) *S. Gascogne Sack Deutschland, cit.*, aptdo. 102 (la cursiva está añadida); del mismo modo, en la *S. Kendrion, cit.*, aptdo. 106 y en la *S. Groupe Gascogne, cit.*, aptdo. 96.

## V.2. ¿Responsabilidad patrimonial del propio Tribunal de Justicia por violación del plazo razonable?

Como hemos visto con suficiente detenimiento, todos los casos analizados en relación al derecho a un plazo razonable se referían a la tramitación de procesos ante el Tribunal General. Pero también cabe realizar una reflexión más amplia y plantear la cuestión en relación con el respeto a ese mismo derecho fundamental —garantizado por el art. 47 CDFUE, así como por el art. 6.1 CEDH— por parte del Tribunal de Justicia.

La hipótesis no es, en absoluto, descabellada. Primero, porque éste también está obligado por los recién mencionados preceptos; y, segundo, porque bien pudiera ocurrir que un interesado considere que ha existido una violación del plazo razonable en la tramitación de su recurso de casación contra una sentencia previa del Tribunal General, por ejemplo, y decida obtener la reparación de los daños que le ha causado. En este supuesto, y a la vista de la construcción *Gascogne Sack Deutschland*, el perjudicado podría intentar una acción de indemnización ante el Tribunal General; con lo que éste, tendría que analizar, primero, si se ha producido una lesión del plazo razonable por parte del Tribunal de Justicia (que también está vinculado por el art. 47 CDFUE, se insiste) y, luego, los restantes elementos para la obtención de la indemnización.

Es más, rizando el rizo de las oportunidades procesales, también podría suceder que, ante la desestimación de la pretensión indemnizatoria por parte del Tribunal General, la parte recurrente se alzara en casación ante el Tribunal de Justicia, que —aplicando su propia doctrina— debería conocer de este recurso en una formación distinta de aquélla que tramitó el primitivo recurso (objeto, ahora, de discusión a efectos resarcitorios).

Finalmente, repárese en que, cuando se haga efectiva la prevista ratificación del Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte de la Unión Europea, con el correspondiente sometimiento a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, éste garantizará, en última instancia, el respeto al derecho fundamental al plazo razonable, en *todas las actuaciones judiciales* en el seno de la Unión Europea (76); a la que, coherentemente, exigirá la existencia de un recurso «interno» efectivo para la protección del derecho al plazo razonable, *ex art. 6.1 CEDH*.

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(76) Como, *mutatis mutandis*, conviene recordar que ha hecho con los Estados parte del Convenio, incluyendo sus jurisdicciones constitucionales también (*vid.*, al respecto, COBREROS MENDAZONA, E., «La violación del «plazo razonable» por la Jurisdicción Constitucional», en *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16, 2002, pp.13 y ss.; más recientemente y con referencia concreta a nuestro Tribunal Constitucional, en «El difícil problema de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional», en *RVAP*, núm. 87-88, 2010, pp. 295 y ss.).

**LABURPENA:** Zentzuzko epea funtsezko eskubidea da Europar Batasunaren ordenamenduan. Askotan eztabaidatu da hori urratzeak eragin ahal ditzakeen kalteak ordaintzeko modua, eta Justizia Auzitegiaren interpretazioa eboluzionatuz joan da. Horri buruzko azken jarrerak berriro abiarazi du kalte-ordainei buruzko helegite bat Auzitegi Nagusian, eta horrek bi ondorio izan ditzake, hasieran aurreikusi gabeak, Europar Batasuneko kontratuz kanpoko erantzukizun-sisteman: funtsezko eskubide bat urratzea per se nahikoa karakterizatuta egotea, eta Auzitegi Nagusiak epaitu behar izatea Justizia Auzitegiak zentzuzko epea bete ez izana.

**HITZ GAKOAK:** Zentzuzko epea. Luzamendu desegokiak Europar Batasuneko Justizia Auzitegian. Europar Batasuneko kontratuz kanpoko erantzukizuna. Funtsezko eskubide bat urratzea eta Batasuneko Zuzenbidearen urratze nahikoa karakterizatua.

**RESUMEN:** El plazo razonable es en la actualidad un derecho fundamental en el ordenamiento de la Unión Europea. La compensación de los daños que pudiera haber producido su conculcación ha sido una cuestión debatida y en la que la interpretación del Tribunal de Justicia ha experimentado una clara evolución. La última postura al respecto, que obliga a iniciar un recurso de indemnización ante el Tribunal General puede tener dos consecuencias, no previstas inicialmente, en el sistema de responsabilidad extracontractual de la Unión Europea: que la lesión de un derecho fundamental constituya per se una violación suficientemente caracterizada y que el no respeto del plazo razonable por el Tribunal de Justicia deba enjuiciarse por el Tribunal General.

**PALABRAS CLAVE:** Plazo razonable. Dilaciones indebidas en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Responsabilidad extracontractual de la Unión Europea. Lesión de un derecho fundamental y violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión.

**ABSTRACT:** The reasonable time limit is currently a fundamental right within the European Union order. The award of damages by its violation is a debated matter and the interpretation by the Court of Justice has experienced a clear evolution. Last approach in that regard, that obliges to lodge an action for damages before the General Court can have two not initially foreseen consequences in the non contractual liability system of the European Union: that the impairment of a fundamental right is by itself a serious breach and that the reasonable time limit by the Court of Justice is flouted is tried before the General Court.

**KEYWORDS:** Reasonable time. Undue delay in the Court of Justice of the European Union. Non contractual liability in the European Union. Impairment of a fundamental right and serious breach of European Law.



# El informe sobre las implicaciones de la independencia de Escocia y su adhesión a la Unión Europea

Carlos Coello Martín  
Fernando González Botija

A Demetrio Loperena Rota, *In memoriam*,  
oroimenez Geure Euskalherriko Aezkoako adiskidea.

«Here Stewarts once in glory reign'd  
And laws for Scotland's weal ordain'd;  
(...)»

Robert Burns

We are a sovereign people. So let's act like one  
Alasdair Gray and Adam Tomkins

**Sumario:** I. Introducción.—II. La cuestión de la adhesión a la UE. II.1. La convención de Viena sobre la sucesión de Estados con respecto a los Tratados. II.2. Sobre la existencia de un precedente al caso escocés en la UE. II.3. El art.49 del TUE. II.4. La posición de las instituciones y órganos comunitarios. II.5. El art.50 del TUE. II.6. El argumento basado en la ciudadanía europea: el caso Rottman.—III. Epílogo.

## I. Introducción

1. El 5 de mayo de 2011, el *Partido Nacionalista Escocés* (SNP en adelante) ganó las elecciones al Parlamento de Escocia con una amplia mayoría. El Gobierno salido de las urnas consiguió el 15 de octubre de 2012 llegar a un acuerdo con el Gobierno del Reino Unido para celebrar un referéndum sobre la independencia de Escocia («independence within Europe») basado en una pregunta clara dirigida a conocer los deseos del pueblo escocés sobre su futuro y cuyo resultado tendrá carácter vinculante para ambas partes (1). La convocatoria responde, entre otros, a la pregunta que se formulaban entre otros, el conocido escritor escocés, Alasdair GRAY y el constitucionalista Adam TOMKINS, *How we should rule our selves*(2).

---

(1) Sobre estas cuestiones, KEATING, M., *The independence of Scotland*, Oxford University Press, (2009) , y MacCORMICK, N., *Questioning sovereignty*, Oxford University Press, (2001). Son de interés las observaciones de EDWARD, J, «Plurinational societies and constitutional change. Scotland – socio-economic and socio-political aspects» en *Iura Vasconiae*, 7/2010, 339-353

(2) GRAY, A. y TOMKINS, A., *How we should rule our selves*, Editorial Canongate (2005).

Dicho referéndum está ya convocado para el próximo mes de septiembre de 2014, y cuando vea la luz este comentario, se habrá celebrado y se conocerán los resultados(3).

1.1. Tres departamentos del Gobierno británico solicitaron un informe a dos profesores(4) universitarios para que analizaran, entre otras cuestiones(5), los princi-

(3) Sobre este proceso puede verse, TIERNEY, S., «*Legal Issues Surrounding the Referendum on Independence for Scotland* (University of Edinburgh School of Law Research Paper Series N.º 2013/34). Puede consultarse el documento publicado por el Gobierno Escocés *Scotland in The European Union*, Noviembre (2013), así como los trabajos recopilados en el documento del Parlamento Escocés (*European and External Relations Committee*) (EU/S4/14/2/A) relativo a diversas sesiones en enero de 2014 y el *Official Report*, correspondiente al 5 de diciembre, pp- 1553 y ss.; 12 de diciembre de 2013, pp. 1591 y ss. 23 de enero, pp. 1685 y ss 24 de enero de 2014, pp. 1639 y ss. En la doctrina puede consultarse, entre otros, ESTEBAN CAMPOS C.G., «Devolution y forma de Gobierno en Escocia», CEC; Madrid (2005); HARRIS, E., «Defeating Braveheart: The trials and tribulations of the 2014 scottish independence referendum in a Union-oriented Britain and the current implications for Scottish Devolution», en *Cuadernos GIMÉNEZ ABAD*, número 4, diciembre (2012), pp. 7 y ss.; GUIBERNAU, M., «Devolution and independence in the United Kingdom: the case of Scotland» REAF, núm. 11, octubre 2010, p. 56-82; el trabajo de BREDÁ, V., «La *devolution* de Escocia y el referéndum de 2014: ¿cuáles son las repercusiones potenciales en España?», UNED, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, 2013, pp. 69-88; CASAÑAS ADAM, E., «Drets fonamentals i devolution: el nou tribunal suprem i la proposta de carta de drets fonamentals del parlament britànic en el marc de l'estat compost» en la REAF, núm. 15, abril 2012, p. 10-43.

(4) Los profesores de Derecho Internacional James CRAWFORD de la Universidad de Cambridge y Alan BOWLE de la Universidad de Edimburgo.

(5) En el Anexo A del Informe, que es el que estamos manejando aquí, se analizó también el posible estatus de Escocia y del resto del Reino Unido si se llega a producir la independencia desde la perspectiva de los principios de sucesión y continuidad de Estados en el Derecho internacional público. Hay que advertir que en el Informe se analiza igualmente el estatus histórico de Escocia y del Reino Unido, examinando si el Tratado de Unión de 1707 fue de verdad un tratado internacional y si creó o no un nuevo Estado: el Reino Unido, haciendo desaparecer a Inglaterra y Escocia del panorama internacional (sobre el caso escocés no se tiene duda de que así fue) o si en el fondo fue la continuación del Estado inglés. En concreto se analizan las siguientes hipótesis: a) *que el Reino Unido sin Escocia sería el Estado continuador del actual Reino Unido, siendo Escocia un nuevo Estado*. Se abordan aquí los casos de la disolución del Imperio Otomano, de Francia y Argelia, del Imperio Británico en la India con respecto a Pakistán, de Pakistán con relación a Bangladesh, de la antigua ex URSS —con especial atención a Ucrania y Bielorusia—, de Eritrea y Etiopía, de Serbia y Montenegro, de la división de Corea, de Irlanda con respecto al Reino Unido, de Alemania tras la segunda guerra mundial y la reciente separación de Sudán del Sur. En estos supuestos existe un Estado continuador que siguió siendo miembro de la ONU, mientras que el nuevo Estado que se independizaba debió pedir la adhesión. Los autores del Informe se inclinan por esta opción en el caso del Reino Unido sin Escocia, el cual seguiría teniendo la mayor parte del territorio, población e instituciones del actual Estado; b) *que el Reino Unido sin Escocia y está última se convirtiesen en dos nuevos Estados*. Este es el caso de Checoslovaquia, estudiándose también las polémicas divisiones de Austria y Hungría y de la antigua Yugoslavia, que causó una importante disputa en la ONU, agravada por el hecho de la cruenta guerra precedente). Este supuesto no creen los autores del Informe que llegue a aplicarse al Reino Unido en el hipotético caso de la independencia de Escocia, pues aquél reclamará ser el Estado continuador y se espera un reconocimiento unánime por parte del resto de Estados del mundo; c) *la reversión al Estado escocés existente antes del Tratado de Unión de 1707*. Es decir, sería un supuesto derivado del anterior. En este caso no se crearían dos nuevos Estados, sino que volverían a aparecer Inglaterra, o al menos Escocia, tal y como existirían antes de 1707. Se citan aquí los casos de las uniones ya desaparecidas de la República Árabe Unida —que unió a Egipto y Siria en 1958—, de la creación de *Senegambia* (como unión de Senegal y Gambia en 1982), de la federación de Libia y Marruecos en 1984, de la monarquía dual de Austria y Hungría, de la reparición de los países bálticos (Estonia, Letonia y Lituania) tras la desaparición de la ex URSS, de Polonia, de Croacia, Macedonia y Serbia con respecto a la ex Yugoslavia y de Bohemia y Moravia. Los autores del Informe entienden que esta hipótesis aplicada a Escocia parece muy improbable, y que la existencia de un Estado escocés antes de 1707 no tendrá ninguna consecuencia legal en la actualidad. Reconocen que esta circunstancia se ha aprovechado por algunos autores para defender que el reconocimiento de que la independencia supone hacer renacer los viejos Estados anteriores a 1707 supone reconocer que ambos (Inglaterra y Escocia) son titulares de los derechos y obligaciones de los Tratados firmados por el actual Reino Unido, lo cual supondría la adhesión automática a la UE. Obsérvese que el argumento es muy interesante porque pudiere utilizarse argumentalmente como título histórico. Repárese en el caso del hogaño Reino de España, por un lado, la cuestión derivada de la denominada «*guerra de sucesión*» (1700-1714), y, por otro lado, la

pios que se aplicarían después de la posible independencia de Escocia para determinar la posición del Reino Unido y de una Escocia independiente en el ámbito de las organizaciones internacionales y, en concreto, la UE. En especial, el asunto que nos interesa es desglosar el Informe encargado por el «*corregimiento gubernativo*» relativo a si una *región o nación* de un Estado miembro se independiza, puede llegar a ser miembro de la Unión de manera automática o precisa seguir el procedimiento de adhesión como cualquier otro Estado que esta fuera de la UE (6).

2. En este trabajo pretendemos recoger el contenido de dicho *Informe* en la medida en que es de gran interés para nuestro país dado el estado actual de la *cuestión española o catalana*.

2.1. Además vamos a dar cuenta también del reciente documento que ha publicado el Gobierno británico sobre la posible independencia escocesa, documento que recoge en gran medida las conclusiones del *Informe* citado. Es significativo, en nuestro criterio, que este género de discusiones y controversias sobre el ejercicio, en su caso, del *ius secessionis* del Reino Unido de la nación escocesa o del especular *ius retentionis*, se debata pública y cívicamente en expresión de una tradición democrática —sea o no deliberativa—, lo que contrasta con el *espacio público* del Reino de España (7).

3. Es evidente que en el caso británico, ha sido posible llegar a un acuerdo sobre la consulta conforme con su ordenamiento jurídico, y si la independencia llega a producirse será completamente legal *interna corporis*.

3.1. No deja de ser sorprendente que si el acuerdo de unión de Escocia al Reino Unido de 1707 se celebrara en tiempos *no democráticos*, o cuando se invoque alguna insurrección presbiteriana «convenanter invasión» como título histórico (8), suscite estas controversias cuando el camino iniciado sea cí-

---

rebelión de los catalanes del siglo XVII, que concluye con el Tratado de los Pirineos de 1659. Sobre la primera puede consultarse la obra de ALBAREDA SALVADO, J. *La guerra de sucesión de España (1700-1714)*, Editorial Crítica, Barcelona (2010), y la obra de GARCÍA GONZÁLEZ, F. (Coord.) *La guerra de sucesión en España y la batalla de Almansa. Europa en la encrucijada*, en coedición Editorial Sílex-UCLM, Madrid (2009). Sobre la «*re-pública catalana*», es de enorme interés el opúsculo de SOREL, C. *La defensa de los catalanes*, Editorial Tecnos, Madrid (2001), que traduce el publicado en París en 1642, que ha sido editado con estudio preliminar de la Profesora ARRENDONDO SIRODEY. Sobre esta cuestión puede leerse el clásico libro de ELLIOTT, J.H., *La rebelión de los catalanes, 1598-1640*, Siglo XXI, Madrid (1977), y SIMON I TARRÉS, A. *Els orígens ideològics de la revolució catalana de 1640*, Publicacions de la Abadía de Montserrat, Barcelona (1999). Los autores del *Informe* advierten que este argumento no es válido para garantizar la adhesión automática de Escocia a una organización internacional donde esté el Reino Unido porque, obviamente, el Estado que existía antes de 1707 no era miembro ni de la UE ni de la ONU. A este respecto citan el caso de los Estados bálticos que existieron antes de 1940. Por ello consideran que el tema de si Escocia se puede también contemplar como un sucesor del Reino Unido a efectos de necesitar solicitar o no la adhesión a la UE es una cuestión diferente de si puede estimarse que se vuelve al viejo Estado de antes de 1707.

(6) La página web del Parlamento Escocés ofrece toda una serie de informes y trabajos relativos a esta cuestión en la siguiente dirección: <http://www.scottish.parliament.uk/parliamentarybusiness/CurrentCommittees/70496.aspx>

(7) Algo que ya había advertido David HUME en sus reflexiones sobre la libertad de prensa, recogidas en sus *Ensayos Políticos*, Editorial Tecnos, Madrid, 2.ª Edición, pp. 3 y ss.

(8) En la que se encuadra la narración de STEVENSON, R.L., «*The Plague-cellar*» («El sótano de la plaga»), en *Historias Escocesas*, Valdemar, Madrid (1995), pp.109 y ss. No deja de ser un *ritornello* que alguno de los

vico(9). Esas son algunas de las recurrentes paradojas entre la *nación cívica* y la *histórica* que ya había puesto de manifiesto el pensamiento jurídico(10).

4. No se nos escapa que la diferencia en la tradición y en el régimen constitucional de ambos Reinos, el de Gran Bretaña y el de España, es relevante. Y en los modos y formas de las controversias constitucionales como la que nos ocupa(11).

5. La *querrela constitucional* en el hogaño Reino de España, dotado de una *constitución rígida*, adquiere una perspectiva constitucional muy distinta como acaba de poner de manifiesto el profesor MEDINA ORTEGA en un recién horneado trabajo(12).

5. La *querrela constitucional*, ante el fracaso de las denominadas «*terceras vías*»(13), puede transformarse en un nuevo conflicto político constitucional que, ora

---

«*convenanters*», fueren llamados «*cameronianos*» tomando el nombre de Richard CAMERON, un predicador que declaró la guerra a Carlos II en 1680. Véase TREVOR-ROPER, H, *La crisis del siglo XVII*, Editorial Katz, Buenos Aires (2009), especialmente el capítulo VIII, «Escocia y la revolución puritana», señalaba que entra la unión de las coronas de 1603 y la unión de los parlamentos en 1707, «las relaciones entre Inglaterra y Escocia estuvieron signadas por la más absoluta infelicidad».

(9) A este respecto, pueden consultarse los trabajos de ARRIETA, J, «Forms of Union: Britain and Spain, a comparative Analysis», pp. 23 y ss, WORMALD, J, «A Union of Hearts and Minds? The Making of the Union Between Scotland and England, 1603», pp. 109 y ss. ROBERTSON, J, «The conceptual Framework of Anglo-Scottish Union», pp. 125 y ss., publicados en el volumen codirigido por ARRIETA, J y ELLIOT, J.H., en «*Forms of Union: the British and Spanish Monarchies in the Seventeenth and Eighteenth Centuries*» en *Cuadernos 5* de la RIEV, Astigarraga (2009).

(10) Recoge HOLMES, S, *Anatomía del Liberalismo*. Alianza Editorial, Madrid, (1999), pp. 80 y ss la crítica de Carl SCHMITT a la configuración de las fronteras desde los principios del liberalismo cívico. Las reglas *constitucionales* (*principios de gobierno de la mayoría y reglas de igualdad formal*) sólo pueden funcionar en la práctica en «los confines de fronteras territoriales legítimas» pero tales principios se revelan «por completo incapaces de crear o justificar tales fronteras».

(11) Puede consultarse el libro coescrito por CORTESAO, A, ARAQUISTAIN, L, DE IRUJO, M y PI SUNYER, C, *La comunidad ibérica de Naciones*, Editorial Vasca Ekin SL, Buenos Aires (1945), en cuyo proemio, Don Manuel DE IRUJO, p. 35, señalaba el afán de canalizar con «satisfacción para todos, la solución del histórico y candente problema de hacer compatible la vida nacional de los pueblos ibéricos, con el mantenimiento de un vínculo estatal libremente otorgado que haga de todo el territorio peninsular un espacio común».

(12) Lo ha puesto de manifiesto el profesor MEDINA ORTEGA, M, en su reciente trabajo, *El derecho de secesión en la Unión Europea*, Marcial Pons-Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid (2014).

(13) Mucho se ha hablado en nuestro país sobre cómo hay que encajar todas las piezas del *puzzle español* y si somos una nación o una nación de naciones. En el plano doctrinal es de gran interés el estudio de FERNÁNDEZ, T-R: «La España de las autonomías: un estado débil devorado por diecisiete estaditos», en *REDA*, n.º 158, p.25 y ss y MUÑOZ MACHADO, S: *Informe sobre España (repensar el Estado o destruirlo)*, Editorial Crítica, 2012. Sobre este particular, la Generalitat en su reciente Documento de trabajo de febrero de 2014 titulado «Estrechar lazos en libertad», con el que ha respondido al *Memorandum* elaborado por el Ministerio de Exteriores para apoyar las tesis del Gobierno central, ha recordado lo siguiente: «España y Suiza son dos Estados con diferentes comunidades lingüísticas y adscripciones identitarias asociadas a las mismas. España nunca ha asumido su plurinacionalidad, sino todo lo contrario. Suiza, en cambio, lo hizo fundacionalmente. El resultado: Suiza es el país más estable de Europa desde hace siglos, y España ha sido la protagonista de una de las historias más convulsas y sangrientas de Occidente. Es probable que ello tenga que ver con una *visión hidalga* del pacto, entendido como capitulación, e incluso humillación. Pero resulta que hoy hay sobre la mesa preguntas de naturaleza política que reclaman respuestas de naturaleza igualmente política, y ese atolladero solo se resolverá mediante el diálogo (real) y el pacto (real)». Efectivamente, la Constitución suiza en su art. 3 dispone que «los cantones son soberanos en los límites de la Constitución Federal y, como tales, ejercerán todos los derechos no delegados al poder federal». Por otro lado, GARCÍA PELAYO, M, en su *Derecho constitucional comparado*, Alianza Editorial, Madrid, 1984, p. 535, cuando estudia dicha Constitución explica de manera contundente que «Suiza es un Estado plurinacional. La población del Estado o la nación política se compone de cuatro nacionalidades culturales: la alemana y las tres románicas, es decir, la francesa, la italiana y la reto-romana». Más recientemente, Alain MINC, empresario y asesor político francés, ha recomendado para el caso español una monarquía federal en torno a cuatro o cinco grandes



termine mediante una declaración unilateral de independencia, ora, en su caso, se inyoquen por algunas voces la aplicación del artículo 155 de la CE de 1978, ora, en algún caso, en una reforma constitucional en una perspectiva «federalizante» con todo lo que ello pueda significar desde el punto de visto político y jurídico (14).

6. Nuestra pretensión, sin embargo, es más reducida. Nos limitamos a dar cuenta de los argumentos recogidos en el *Informe* de los profesores británicos antes citados. Siguiendo una tradición analítica el *Informe* recoge las tesis favorables y contrarias al proceso. Esa es la cuestión en la que queremos centrarnos. Recoger y dar cuenta de los argumentos políticos y jurídicos invocados.

## II. La cuestión de la adhesión a la UE

### II.1. La convención de Viena sobre la sucesión de Estados con respecto a los Tratados

1. El *Informe* dedica la Parte V del Anexo a considerar la posición de una Escocia independiente y el resto del Reino Unido en las organizaciones internacionales, cuyo presupuesto es que Escocia sería un nuevo Estado y el resto del Reino Unido el continuador del actual Estado británico.

2. Destacan que la pretensión del SNP de que Escocia, como nuevo Estado, permanecería como miembro de las organizaciones internacionales debe rechazarse por poco convincente si se hace sobre la base de la *Convención de Viena sobre sucesión de Estados* con respecto a los Tratados de 1978 (Convención de 1978, en adelante).

2.1. En principio el art.34.1.a) relativo a la sucesión de Estados en caso de separación de partes de un Estado, dispone que «cuando una parte o partes del territorio de un Estado se separen para formar uno o varios Estados, continúe o no existiendo el Estado predecesor: a) Todo tratado que estuviera en vigor en

---

entidades miembros. Cabe también recordar aquí la aplicación de la doctrina de los «fragmentos de Estado» de JELLINEK en la obra de HERRERO DE MIÑÓN, M: *Derechos históricos y Constitución*, Taurus, 1998 que pivota en el caso español en la articulación de la Adicional Primera de la Constitución, que fuere abordada por FERNÁNDEZ, T-R: *Los derechos históricos de los territorios forales*, Civitas-CEC, Madrid, 1985; MUÑOZ MACHADO, S: *El problema de la vertebración del Estado en España (Del siglo XVIII al siglo XXI)*, Iustel, (2006). KEATING, M: «Rethinking sovereignty. Independence-lite, devolution-max and nacional accommodation», en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 16 – Octubre 2012, pp. 9 y ss. El problema ha afectado también y especialmente al caso vasco con la recurrente invocación de la *cláusula de los derechos históricos*. Sobre esta cuestión, y sin ánimo de ser exhaustivos, puede verse: EZEIZABARRENA, X, «Scottish Devolution & Basque Historical Titles» en *Iura Vasconiae* 7/2010, pp. 355-383 y COELLO MARTÍN, C: 1.º) *La disposición adicional primera de la Constitución y la organización autónoma vasca*, Universidad de La Rioja, Logroño, (1997), 2.º) «Isegoría vinícola: vidualos prefiloxéricos e injertos constitucionales», en *Revista Gerónimo de Uztariz*, núm. 20, Pamplona, Iruña, (2004), 3.º) «Derroteros institucionales del Estatuto de Guernica: Notas sobre la organización institucional vasca», *RVAP*, núm. 73 (III), (2005) y 4.º) «Aguafuertes sobre la invocación de los derechos históricos como cuestión política o puramente administrativa», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 34, (2009), pp. 127 y ss; También es muy interesante la obra colectiva titulada AA.VV. *Estudios sobre la propuesta política para la convivencia del Lehendakari Ibarretxe*, publicado por el IVAP, Oñati, (2003), donde se puede consultar el excelente trabajo de LOPERENA ROTA, D., titulado «Navarra y el nacionalismo compatible» p. 103 y ss.

(14) Sobre esta cuestión es de gran interés consultar el esclarecedor estudio de URRUTIA LIBARONA, I, titulado: «Territorial integrity and self-determination: the approach of the International Court of Justice in the advisory opinion on Kosovo», en *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, núm. 16 – Octubre (2012), pp. 107 y ss.

la fecha de la sucesión de Estados respecto de la totalidad del territorio del Estado predecesor continuará en vigor respecto de cada Estado sucesor así formado. En relación con el Estado predecesor, el art. 35, sobre la situación en caso de que un Estado continúe existiendo después de la separación de parte de su territorio, estipula que, «cuando, después de la separación de una parte del territorio de un Estado, el Estado predecesor continúe existiendo, todo tratado que en la fecha de la sucesión de un Estado estuviera en vigor respecto del Estado predecesor continuará en vigor respecto del resto de su territorio».

2.2. Sin embargo, como excepción a ambas reglas, se establece en el art. 34.2.b) para el *nuevo Estado* y en el art. 35. c) para el *Estado continuador*, que las reglas generales vistas no se aplican: «si se desprende del tratado o consta de otro modo que la aplicación del tratado respecto del Estado sucesor o predecesor sería incompatible con el objeto y el fin del tratado o cambiaría radicalmente las condiciones de su ejecución».

2.2.1. Los autores del *Informe* entienden que esta excepción se puede aplicar a un tratado por el que se constituye una organización internacional. La adhesión automática, según su criterio, podría ser incompatible, por ejemplo, con el objeto y fines de los arts. 2 y 3 (y otros preceptos) del TUE, y también podría «cambiar radicalmente» las condiciones de funcionamiento de los tratados comunitarios en la medida en que dichas condiciones parten de la existencia de determinados Estados miembros con un concreto tamaño de su territorio y población.

2.3. Sin embargo, los mismos autores del *Informe* advierten que no es necesario tener en cuenta estas excepciones al caso escocés porque el mismo art.4 de la *Convención de 1978*, titulado: «Tratados constitutivos de organizaciones internacionales y tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional», se encarga de precisar expresamente que «la presente Convención se aplicará a los efectos de la sucesión de Estados respecto de: a) todo tratado que sea un instrumento constitutivo de una organización internacional, sin perjuicio de las normas relativas a la adquisición de la calidad de miembro y sin perjuicio de cualquier otra norma pertinente de la organización; b) todo tratado adoptado en el ámbito de una organización internacional, sin perjuicio de cualquier norma pertinente de la organización».

2.3.1. Es decir, este precepto en su opinión deja claro que el efecto de la sucesión de Estados en relación con la pertenencia a una organización internacional depende de las mismas reglas de la organización, por lo que las reglas generales de los arts. 34.1.a) y 35 no se aplican a la adhesión o pertenencia a una organización internacional. Apuntan además que es dudoso que esta *Convención* se aplicase al caso escocés, dado que ni el Reino Unido ni muchos otros Estados de la UE son parte de dicha Convención de 1978(15).

---

(15) Sí lo son Polonia, Estonia, Chipre, República Checa, Eslovaquia, Eslovenia y Croacia. Citan doctrina que ha analizado el caso de la ex URSS, donde Rusia continuó como parte en muchos tratados de la antigua URSS mientras que los otros Estados sucesores no siguieron siempre el mismo camino, aunque muchos accedieron a cumplir con las obligaciones internacionales derivadas de tratados de la ex URSS, mientras que otros adoptaron acuerdos específicos.

3. Una vez hecha esta aclaración, pasan los autores del *Informe* a abordar el problema en relación con la ONU(16), el Consejo de Europa y su Convenio Europeo de Derechos Humanos(17) y, finalmente, la UE(18). Nosotros nos vamos a detener en las siguientes líneas, obviamente, en este último caso.

## II.2. Sobre la existencia de un precedente al caso escocés en la UE

1. Desde su nacimiento en los años cincuenta del siglo pasado los Estados miembros de la entonces Comunidad económica europea y actual UE, han experimentado cambios territoriales importantes que han afectado en mayor o menor medida al marco jurídico comunitario. Ahora bien, ¿alguno de esos cambios ha sido igual o, al menos,

---

(16) La *Carta de la ONU* no contiene una disposición que prevea la sucesión en la condición de miembro. Con todo, en 1947, al hilo de la disputa sobre si Pakistán podía suceder a la India como miembro, el 6.º Comité de la Asamblea General adoptó una serie de principios sobre este tema. En virtud de ellos, en primer lugar, si un Estado ve modificadas sus fronteras, no por ello deja de ser miembro de la ONU. Por otro lado, si se crea un nuevo Estado segregado de un Estado ya miembro de la ONU, no por ello es considerado automáticamente miembro de la organización y debe solicitar formalmente su adhesión de acuerdo con lo previsto en la Carta. La práctica corrobora estos principios. Así se citan los casos de Pakistán, Singapur, Bangladesh, las ex repúblicas soviéticas, la antigua Yugoslavia, Montenegro y Sudán del Sur. La única aparente excepción es el caso de Siria al abandonar la Unión Árabe, pero se ve como un supuesto muy especial dadas las circunstancias. También se apunta el caso de Rusia con respecto a la URSS, que siguió como miembro de la ONU y del Consejo de Seguridad. Esto último parece ser lo que ocurriría con el resto del Reino Unido en el supuesto de independencia de Escocia, estimando que esta última debería solicitar formalmente su adhesión a la ONU.

(17) Al igual que en el caso de la ONU, no existe una regla especial sobre sucesión de Estados si se produce una secesión. Sin embargo existen dos precedentes importantes: los casos de Checoslovaquia y Montenegro. Esta última se separó de Serbia, que continuó siendo miembro del Consejo y, por ende, parte en el Convenio, mientras que Montenegro tuvo que solicitar su adhesión formal al Consejo como un nuevo Estado, solicitud aceptada desde el 11 de mayo de 2007. Sin embargo, en relación con su pertenencia al Convenio, el Comité de Ministros del Consejo decidió que Montenegro (que aceptó los tratados que habían vinculado a su antigua unión con Serbia) fuese considerada parte de dicho Convenio con efectos desde el 6 de junio de 2006 (es decir, tres días después de declararse la continuidad de Serbia como miembro del Consejo y parte en el Convenio). Esto último se confirmó por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Bijeli* contra Montenegro y Serbia de 28 de abril de 2009, en donde se planteó un recurso contra Serbia-Montenegro. Después de que Montenegro declarara la independencia, los recurrentes mostraron su deseo de continuar el litigio iniciado contra la extinta unión. El citado Tribunal entiende que el Convenio había continuado aplicándose en Montenegro a pesar de su independencia. Aclara que según los arts. 4 y 16 del Estatuto del Consejo de Europa, el Comité de Ministros invita a ser miembro del Consejo a los Estados que cumplen los requisitos, teniendo competencia sobre todas las materias relacionadas con la organización interna y adopción de acuerdos, mientras que el Tribunal se ciñe a interpretar y aplicar la Convención. El Tribunal recuerda que el Comité de Ministros y el Tribunal llegan a la misma conclusión en el caso de Checoslovaquia y las dos nuevas Repúblicas creadas tras la disolución de su unión, destacando el Tribunal que existe el principio de que los derechos fundamentales protegidos por tratados de derecho internacional humanitario son patrimonio de los individuos que viven en el territorio de los Estados parte afectados, independientemente de su sucesión o disolución. Por ello el Tribunal concluye que el Convenio se aplicó en Montenegro tanto antes como después del 5 de junio de 2006. Los autores del Informe estiman que estos supuestos se aplicarían igualmente al caso del resto del Reino Unido y Escocia, se consideren dos nuevos Estados o se estime que el primero es continuador del actual Reino Unido y Escocia un nuevo Estado.

(18) A este respecto, PALOMARES AMAT, M., «Las decisiones de los Jefes de Estado y de Gobierno, en el seno del Consejo Europeo, como categoría jurídica para regular, transitoriamente, la participación en la Unión Europea de nuevos estados surgidos de la separación de estados miembros», *REAF* núm. 17, abril 2013, pp. 146-183.

equiparable, al caso que se produciría si se independizase Escocia o, ya puestos a especular, otras regiones o naciones europeas de otros Estados miembros?

2. Sostiene *el Informe* objeto de esta glosa que no existe un claro precedente de que una parte metropolitana de un Estado miembro de la UE haya llegado a ser independiente y, simplemente por ello, ser automáticamente miembro sin pedir la adhesión. Tampoco existe el caso de un Estado que se haya retirado de la UE. Se advierte que sólo los casos de Argelia o Groenlandia pueden proporcionar una visión aproximada.

3. El informe reconoce que las consecuencias de la independencia de Escocia y su continuidad en la UE dependerán de la postura de los otros Estados miembros, de las instituciones comunitarias y de las negociaciones, lo que implica tener que especular al respecto (19).

3.1. Con todo destacan que, en su opinión, al Reino Unido sin Escocia se le reconocerá ser el Estado continuador del actual Reino Unido con Escocia como miembro de la UE, pues resulta improbable que su pertenencia a la UE se suspenda o se finalice de alguna manera como consecuencia de la pérdida de población y territorio ocasionado por la posible independencia.

4. Históricamente, en el marco del Tratado CECA ya se presentó un problema de cambio territorial. En el momento en que entró en vigor el Tratado CECA, el Sarre (*Saar*) formaba parte de la República de Francia (20).

4.1. En 1957 fue reintegrado a la RFA mediante un tratado bilateral. El mismo día, los miembros de la CECA firmaron un tratado reconociendo el cambio territorial (aunque no fue ratificado por Italia y Holanda durante al menos dos años).

4.2. Para los profesores británicos este precedente sugiere que los tratados comunitarios, (si todavía se sigue aplicando la misma perspectiva a pesar de la integración de la CECA dentro de la UE), podrían aplicarse sólo al territorio de un Estado miembro en el momento de su adhesión o ratificación antes que a la «totalidad de su territorio» en cualquier momento, incluso si ese territorio se ha incrementado o reducido.

4.3. Al hilo de este precepto entienden que esto deja abierta la cuestión de si los tratados comunitarios es evidente que tienen una diferente perspectiva de la contenida en el art.29 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, que dispone (ámbito territorial de los tratados) que «un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respecta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo». Con todo, incluso si la cesión del *Saar* se ve como un precedente aplicable al caso escocés, (más que los supuestos que vamos a ver inmediatamente de Groenlandia o los *Landers* que formalmente formaban parte de la antigua RDA), consideran que de ello no se seguiría que si el territorio de un Estado se reduce, entonces, los tratados comunitarios pueden de alguna ma-

(19) A este respecto recientemente el Ministro de Asuntos Exteriores del Reino de España ha manifestado en una entrevista recogida en el *Financial Times* (*Spain promises non-interference on Scotland*) de 2 de febrero de 2014, unas declaraciones recogidas en la prensa escrita y digital, que han sido objeto de «controversia» y de ulterior *redacción canónica*.

(20) Los problemas de nacionalidad francesa estuvieron siempre presentes, DESCHODT, P-J y HUGUENIN, F, *La république xénophobe*, Editions, Latés (2001), sobre la «question sarroise», pp. 111 y ss.

nera continuar aplicándose al territorio perdido, incluso si ya no forma parte de un Estado miembro de la UE.

4.4. En cualquier caso recalcan que la aparición de un nuevo Estado es totalmente diferente de un cambio en el territorio o los acuerdos constitucionales internos de un Estado miembro existente.

5. Posteriormente, en relación con los dos casos citados antes se apunta que la pérdida de parte del territorio de dos Estados miembros implicados, acaecida antes de aprobarse el TUE, no les afectó para nada en su condición de miembro de la entonces CEE.

5.1. En primer lugar hay que recordar el caso de Argelia que, antes de su independencia en 1962 por los *Acuerdos de Evian* y la celebración del correspondiente referéndum, en plena «republique consulaire» como la calificara DUVERGER, formaba parte de la Francia metropolitana y, por ende, parte de la CEE. Tras independizarse Argelia no siguió siendo parte de la CEE, aunque su relación con la Comunidad se resolvió con un acuerdo de cooperación. Esto no afectó en ninguna medida a la condición de miembro de Francia.

5.2. Los autores del *Informe* entienden que, dado que Argelia era más bien una colonia que una parte de Francia, en verdad se trata de un precedente que tiene poco peso en el caso de determinar las consecuencias en el supuesto del Reino Unido y Escocia. De hecho, a pesar de la consideración de Argelia en Derecho francés como parte de la República indivisible, la CEE nunca reconoció a Argelia como una parte igual que cualquier otra del territorio francés europeo, sino que fue tratada como un territorio dependiente.

6. El otro caso que se cita es el de Groenlandia, territorio autónomo danés que formaba parte de la CEE hasta que en 1985 votó su retirada de la CEE, aunque continuó formando parte del Reino de Dinamarca como región autónoma no independiente.

6.1. Esta circunstancia tampoco afectó a la condición de miembro de la CEE de Dinamarca. Los autores del Informe entienden que se trata de un caso de limitada relevancia, pero advierten que aquí sí es importante el hecho de que hubo que modificar los tratados comunitarios para cambiar su ámbito territorial de aplicación (21).

7. Finalmente también mencionan el caso de la unificación alemana de 1990. Aquí los Estados miembros acordaron evitar modificar específicamente los tratados para reflejar el incremento del territorio y población de la RFA.

---

(21) Con todo citan una opinión doctrinal sobre el caso de Groenlandia que lo considera de importancia decisiva, ya que demuestra, como cuestión de Derecho comunitario, que un territorio no se puede separar unilateralmente de la jurisdicción constitucional de las Comunidades europeas (ahora la UE) simplemente mediante un cambio de la relación constitucional dentro de un Estado miembro». Los autores del Informe consideran que esto no es del todo de decisiva importancia en el caso escocés, pues el supuesto de Groenlandia afecta a un cambio en la relación constitucional *dentro de* Dinamarca, pero no de las fronteras internacionales de Dinamarca. Advierten que, incluso si el Derecho comunitario hubiera continuado aplicándose a Groenlandia sin una retirada negociada de la CE, de eso no se sigue que continuaría aplicándose a Escocia si llegase a ser un nuevo Estado por completo.

7.1. Para esta última esto supuso facilitar el proceso de ampliación a la RDA (donde los tratados pasaron a aplicarse automáticamente), para los otros Estados miembros esto implicó la aceptación por parte de la RFA del reparto existente del peso en el sistema de votación y otras materias. Ya que la cuestión de si esto suponía una adhesión se evitó, no sirve como precedente (22).

8. Los profesores británicos concluyen poniendo de relieve que, más allá de la lista de Estados miembros del art. 52 del TUE y del estatus especial de ciertos territorios de ultramar del art.355 del TFUE, los tratados comunitarios no definen el territorio de los Estados miembros.

8.1. Recuerdan que en el asunto *Hansen c/ Hauptzollamt Flensburg*, el TJCE mantuvo que se desprende de estas dos previsiones (artículo 227 TCEE) que «el estatus de los departamentos franceses de ultramar dentro de la Comunidad se definen primariamente con referencia a la Constitución francesa conforme a la cual, como el Gobierno francés estableció, los departamentos de ultramar son parte integral de la República. Esto confirma que el territorio de los Estados miembros de forma general depende de la propia constitución de cada Estado miembro, no de los tratados de la UE (23).

8.2. No se requiere una modificación del tratado simplemente como resultado de un cambio en los límites del territorio de un Estado. En opinión de los autores del *Informe* esto sugiere que corresponde al Reino Unido cambiar el ámbito territorial de los tratados unilateralmente concediendo la independencia a Escocia. Los tratados continuarían aplicándose al restante territorio del Reino Unido, pero, dejarían de aplicarse a una Escocia independiente a menos que fuesen modificados.

### II.3. El art.49 del TUE

1. Los autores del *Informe* se detienen a analizar la posición de Escocia ante la UE, aclarando en primer lugar que ello dependerá del propio orden legal comunitario.

(22) Advierten que se ha defendido que el Protocolo al Tratado CEE sobre Comercio interior en Alemania y problemas conexos ya reconocía la posibilidad de una futura reunificación alemana. Desde cualquier punto de vista entienden que Alemania era un caso inusual, complicado por cuestiones como si la RFA era la continuadora del antiguo Reich, y por consideraciones políticas que influyeron en los Estados implicados. En coherencia con el precedente de la reunificación alemana se cita la siguiente opinión doctrinal: «el ámbito territorial de aplicación del Derecho comunitario puede cambiarse unilateralmente por un Estado miembro si concede la independencia (descolonización) a un territorio o incorporando un territorio. La descolonización no significa un cambio dramático para ciertos territorios, a causa de la definición del ámbito territorial de los tratados. En la mayor parte de los casos, la asociación sobre la base de los mismos tratados comunitarios (como países y territorios de ultramar) ha sido reemplazada por la asociación sobre la base de un tratado entre la CE y los nuevos Estados independientes (*Convenciones de Yaounde/Lomé Cotonou*). Sin embargo, la extensión en el territorio de un Estado ha mostrado claramente donde reside la competencia a la hora de delimitar el territorio de la CE. La reunificación de Alemania, que legalmente no necesitó de la aprobación de las instituciones comunitarias y de los Estados miembros, constituyó una decisión unilateral de un Estado miembro y supuso incrementar en un 4,66% el territorio sometido al Derecho comunitario y en 16,5 millones la nueva población de la Comunidad.

(23) Sobre los mismos, CHAPUS, R, *Droit administratif général*, Tomo 1, 8.º Édition, Montchrestien, ob. cit. pp. 281 y ss.

A este respecto advierten que no existen normas de la UE que específicamente afirmen que puede adquirirse automáticamente la condición de miembro (cuestión distinta de las consideraciones no legales que pueden regir una salida negociada, que consideraran que puede llegar a ser de más importancia en la práctica).

2. Traen a colación el art. 49 del TUE, precepto que dispone lo siguiente: «Cualquier Estado europeo (24) que respete los valores mencionados en el artículo 2 y se comprometa a promoverlos podrá solicitar el ingreso como miembro en la Unión. Se informará de esta solicitud al Parlamento Europeo y a los Parlamentos nacionales. El Estado solicitante dirigirá su solicitud al Consejo, que se pronunciará por unanimidad después de haber consultado a la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo, el cual se pronunciará por mayoría de los miembros que lo componen. Se tendrán en cuenta los criterios de elegibilidad acordados por el Consejo Europeo (25). Las

---

(24) El requisito de que sea «europeo», en principio implica que existe una exigencia geográfica que impide la adhesión de países claramente no ubicados en Europa (por ello se produjo la negativa a aceptar la solicitud de Marruecos realizada en los años ochenta). Sin embargo, la realidad luego no se ha ajustado a este principio de forma absolutamente pura. Así tenemos el caso de Chipre. La isla está situada geográficamente en Asia, pero por razones históricas, culturales, políticas y comerciales con los países europeos se ha considerado como un país europeo. También existe el precedente de las regiones miembros de la UE que están situadas fuera de Europa, como por ejemplo la Guayana Francesa (América del Sur), que es parte de la UE al ser parte de Francia o las Islas Canarias, Ceuta o Melilla, que geográficamente pertenecen a África. Ya vimos antes el caso de Groenlandia, región sita geográficamente en América del Norte, que se unió a la Comunidad Económica Europea (CEE) el año 1973 como dependencia danesa, pero escogió salir voluntariamente de la CEE años después de ser admitida. También hay que citar el caso de Turquía que es un país geográficamente europeo sólo en el 3% de su territorio (la zona oeste de la ciudad de Estambul), pues el resto es asiático. Esto no ha impedido que sea país candidato a la adhesión desde hace muchos años aunque, como es bien sabido, diversos factores políticos han impedido culminar dicha solicitud de entrada.

(25) Los citados criterios fueron fijados en el Consejo Europeo de Copenhague, en junio de 1993. La mayoría de estos elementos fueron esclarecidos y expuestos de un modo más preciso, en los quince años posteriores a través de la legislación del Consejo, la Comisión y el Parlamento Europeo, así como por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. No obstante esto, en ocasiones aparecen conflictos en las interpretaciones que hacen los actuales Estados miembros. Cuando estos criterios se acordaron en 1993 no existía un mecanismo para asegurarse que cualquier país que ya era miembro de la UE cumpliera estos criterios. Estas disposiciones entraron en vigor hacia los Estados ya miembros el 1 de febrero de 2003 en virtud de las disposiciones del Tratado de Niza. Surgen así los denominados «Criterios de Copenhague», que son los siguientes: 1.º) el criterio político: la existencia de instituciones estables que garanticen la democracia (que exige que todos los ciudadanos tienen que estar en condiciones de participar, en condiciones de igualdad, en la toma de las decisiones políticas que rigen la vida política, en cada uno de los niveles, ya sea en el nivel local, regional o estatal. Esto también exige la libre elección con voto secreto, el derecho a establecer partidos políticos y las libertades de expresión, de prensa, de crear sindicatos, etc), el Estado de derecho (Que implica que la autoridad del gobierno sólo puede ejercer en conformidad con las leyes establecidas en cada país, que fueron aprobadas a través de un procedimiento establecido. El principio es la intención de ser una salvaguarda contra las arbitrariedades falladas en casos individuales), el respeto de los derechos humanos (hay que recordar la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. Muchos Estados candidatos han tenido que realizar ajustes importantes en su ordenamiento interno para adaptarse a los requisitos de protección de estos derechos) y el respeto y protección de las minorías (Por minoría se entiende cualquier grupo étnico, lingüístico o religioso de personas que se define a sí misma como un grupo distintivo, que forma la población histórica y actual en una zona bien definida, y que mantiene relaciones de amistad con el Estado. Pueden citarse como ejemplos: a) en Dinamarca: la «minoría alemana del sur de Jutlandia», b) en Alemania: «daneses de nacionalidad alemana y los sorabos de Lusacia, los grupos étnicos que residen tradicionalmente en Alemania, los frisones y los gitanos», c) en Eslovenia: «las minorías italianas y húngaras», d) en Austria: «las minorías croatas, eslovenas, húngaras, checas, eslovacas y gitanas» y e) en Rumania el reconocimiento de 20 minorías nacionales. Su ley electoral les garantiza representación parlamentaria); 2.º) el criterio económico: la existencia de una economía de mercado viable, así como la capacidad de hacer frente a la presión competitiva y las fuerzas del mercado dentro de la Unión; 3.º) el criterio del acervo comunitario: la capacidad para asumir las obligaciones que se derivan de la adhesión, especialmente aceptar los objetivos de la unión política, económica y monetaria. Todos los miembros potenciales tienen

condiciones de admisión y las adaptaciones que esta admisión supone en lo relativo a los Tratados sobre los que se funda la Unión serán objeto de un acuerdo entre los Estados miembros y el Estado solicitante. Dicho acuerdo se someterá a la ratificación de todos los Estados contratantes, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales».

3. Los profesores británicos, subrayan que este precepto implica: 1.º) una solicitud del candidato; 2.º) que las instituciones comunitarias han de considerar ciertos requisitos procedimentales; 3.º) que el candidato y los Estados miembros deben ratificar por unanimidad el tratado de adhesión. Al observar lo posición de los tratados comunitarios, ponen de relieve que, asumiendo que Escocia sería reconocido como un nuevo Estado, aunque fuese sucesor con respecto al Reino Unido, es difícil saber cómo podría eludir el proceso de adhesión para nuevos Estados que se prevé en este art.49 del TUE.

4. Reconocen que la posición de los representantes de las instituciones no sugiere que sea *inconcebible* que Escocia automáticamente pudiera llegar a ser miembro de la UE.

4.1. En efecto, las instituciones comunitarias y los Estados miembros podrían llegar a aceptar ajustar los requisitos habituales para la adhesión para adaptarse al caso de las circunstancias de Escocia. Por ello apuntan que el procedimiento de adhesión podría variarse en el caso escocés considerando que ya se aplica el Derecho comunitario al haber formado parte del Reino Unido(26). Esto úl-

---

que adecuar la legislación nacional para armonizarla con el cuerpo de la legislación europea construida hacia arriba sobre la historia de la Unión, conocida como el acervo comunitario. Para que el Consejo Europeo decida el inicio de negociaciones, debe cumplirse el criterio político. La estrategia de preadhesión y las negociaciones de adhesión proporcionan el marco y los instrumentos necesarios. Durante las negociaciones con cada país candidato, el progreso hacia el cumplimiento de los criterios de Copenhague se controla regularmente. Sobre esta base se toman las decisiones sobre cuándo y cómo un país ha de participar, o qué acciones ha de tomar antes de unirse. En la preparación para cada admisión, el acervo es dividido en capítulos separados, cada uno tratando áreas de política diferente. Para el proceso de la quinta ampliación que concluyó con la admisión de Bulgaria y Rumania en 2007, se dividió en 31 capítulos. En las rondas de conversaciones con Croacia y Turquía el acervo ha sido dividido en más de 35 capítulos.

(26) Sobre este particular también traen a colación (aunque reconociendo que se trata de un ejercicio especulativo) ciertos argumentos doctrinales que parecen estar basados más en el Derecho comunitario que en la posibilidad de un acuerdo (suponemos que fundamentalmente político) que pueda alcanzarse entre las partes. Ponen de relieve dos líneas argumentales que algunos autores piensan que el TJUE podría considerar, aunque opinan que ninguna de ellas parece factible. La primera (la segunda la veremos más abajo al desgranar el caso *Rottman*) fue defendida por cierta doctrina antes de que la CE llegase a ser la UE. Esta doctrina concluyó que una Escocia independiente necesitaría la aceptación de la CE y probablemente también negociaciones de buena fe. Podría lograrse una Escocia independiente en Europa si se conseguía coordinar al mismo tiempo una acción favorable a tal fin en el nivel nacional y en el nivel comunitario que permitiese alcanzar un resultado acordado que necesariamente incluyese el acuerdo de las instituciones comunitarias y de todos los Estados miembros. Esta doctrina consideraba que el logro de una Escocia volcada en la consecución de una independencia basada en un claro apoyo democrático del pueblo crearía una obligación moral y, dado el principio de autodeterminación del Derecho internacional, probablemente una obligación legal para todos los Estados miembros de negociar de buena fe para alcanzar tal resultado. Pero se entiende que esta solución reposa esencialmente en el ámbito de la política no del Derecho y eso es una cuestión diferente. Los autores del *Informe* estiman que son dudosas estas sugerencias doctrinales de que el principio de autodeterminación crearía una obligación legal de negociar de buena fe. Advierten que, fuera del contexto colonial, el principio de autodeterminación es una cuestión controvertida. Recuerdan que el Tribunal Supremo de Canadá estableció en su momento que el «derecho a la secesión sólo surge del derecho a la autodeterminación de los pueblos en el Derecho internacional cuando un «pueblo» está gobernado como parte de un imperio colonial. En los territorios metropolitanos



timo sería una decisión que ellos probablemente podrían tomar sobre la base de negociaciones.

4.2. Esto no es una exigencia del Derecho internacional ni del Derecho comunitario (27). Pero estiman que el resultado último de la adhesión sería probablemente el mismo, es decir, un tratado por el que se modifican los tratados comunitarios, que siempre se requiere para adherir un nuevo miembro.

4.3. A este respecto traen a colación el reciente caso del Tratado de adhesión de Croacia que demuestra las modificaciones que son todavía necesarias en los tratados comunitarios cuando se produce la adhesión de un nuevo estado ahora que los tratados fueron modificados por el Tratado de Lisboa.

4.4. Fundamentalmente la ratificación de los Estados miembros permitió incluir a Croacia en el art. 52 del TUE como miembro tanto del TUE como del TFUE en relación con los nombres de los Estados miembros que se ponen en una lista de acuerdo con sus nombres oficiales. Además, señalan que la adhesión de Croacia ha supuesto otras modificaciones relativas al número de jueces del TJUE o del capital y directores del BEI. Advierten que ajustes similares serían necesarios en el caso de que Escocia llegase a ser un Estado miembro de la UE.

5. Por otro lado, los autores del Informe apuntan que, una vez asumido que Escocia tendría que adherirse como un nuevo Estado, en el proceso de adhesión podría discutirse si su incorporación como miembro podría hacerse en términos similares a los del Reino Unido.

---

como Escocia, se espera que los pueblos ejerzan su autodeterminación dentro del marco de su Estado de existencia» y un Estado que respeta los principios de autodeterminación en su Derecho interno está legitimado para mantener su integridad territorial bajo el Derecho internacional». Consideran que esto, por supuesto, no empaña el punto de vista doctrinal de que si Escocia votase a favor de su independencia en un referéndum, los poderes públicos afectados por este resultado deberían o podrían sentirse moral o políticamente obligados a tener que facilitar dicha independencia. Ello tampoco prejuzga la posición dentro del ordenamiento comunitario. Así, recuerdan que en el asunto *Van Gend en Loos*, el TJUE dispuso que lo que es ahora la UE constituía «un nuevo orden jurídico de Derecho internacional en virtud del cual los Estados han limitado sus derechos soberanos, aunque dentro de ámbitos limitados, y cuyos sujetos no son sólo los Estados miembros sino también los ciudadanos». En el asunto *Grzelczyk*, el TJUE dispuso (considerando 31) que «la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros y permitir a aquellos de dichos ciudadanos que se encuentran en la misma situación obtener, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo trato jurídico». Los profesores británicos explican que, la idea (apoyada en el Derecho comunitario) de que el Reino Unido al negociar la independencia de Escocia, y quizás su estatus dentro de la UE, estaría ligado por un principio de buena fe que le debería llevar a actuar de determinada manera (precisamente lo que sería esa «determinada manera» es una cuestión sobre la que se puede especular), tendría que fundamentarse en una lectura creativa y extensiva de las normas de los tratados para la cual no existe un precedente legal. Observan que tampoco existe una norma que, obviamente, imponga tal requisito o necesidad.

(27) Los profesores británicos estiman que la imposibilidad de aceptar la adhesión automática de Escocia a la UE necesariamente llevaría a que el Derecho comunitario no se aplicaría en Escocia a menos que se adhiciese como un nuevo Estado. En concreto, dependiendo de los acuerdos alcanzados para la continuidad del actual Derecho británico después de la independencia de Escocia, la *European Communities Act 1972* (UK) s 2(4) podría continuar aplicándose en Escocia de forma genérica. Esa sección prevé que la legislación nacional se interpretará y tendrá eficacia de acuerdo con el Derecho comunitario directamente aplicable. Pero la continuidad del Derecho comunitario en Escocia sería simplemente una cuestión de Derecho nacional. Ello no supondría que Escocia o sus ciudadanos tendrían derechos u obligaciones de acuerdo con los tratados comunitarios. Esto dependería de la adhesión a la UE.

5.1. Advierten los autores que no existe una norma que de alguna manera reconozca que automáticamente tendría derecho al mismo régimen excepcional de que disfruta el Reino Unido en cuanto al euro, la política de justicia o el control de fronteras, por lo que consideran que las condiciones de la adhesión tendrían que negociarse con los otros Estados miembros.

5.2. A estas consideraciones, cabe añadir el problema derivado de que el art.49 señale al final que cada Estado deba ratificar la adhesión «*de conformidad con sus respectivas normas constitucionales*».

5.3. Como hemos señalado al principio de este trabajo esto no presenta problema en el caso del Reino Unido, pero en el *caso español* (catalán) sí surge la duda por el carácter rígido de la Constitución Española de 1978, al margen de las cuestiones político-constitucionales, no podría sostenerse que el Estado Español, ratificara, *ex constitutione* una solicitud de adhesión presentada por una Cataluña que se hubiese declarado unilateralmente independiente. Semejante *mutación constitucional* es evidente que no sería viable desde el lado español (28).

6. Por último, hay que advertir que más recientemente el Gobierno británico ha publicado un documento donde analiza diversas cuestiones relativas al proceso independentista escocés.

6.1. Nos interesa aquí detenernos en el capítulo 3.º de dicho documento dedicado a la UE, ya que se aborda expresamente el problema que estamos tratando en este apartado desde la perspectiva del Gobierno británico y a la luz del Informe objeto de descripción en este trabajo.

6.2. El Reino Unido destaca que, aunque no existen precedentes y ciertas incertidumbres que rodean al proceso al ser un caso único, obviamente el Reino Unido sin Escocia sería el Estado que sucedería al actual Reino Unido conservando intactos sus derechos como miembro de la UE al ser parte contratante de los Tratados (*remarcando que los poderes y participación en la UE viene de los Tratados que son firmados y ratificados por los Estados miembros*).

6.3. En cambio, Escocia no es parte en dichos Tratados y tendría que solicitar y negociar su adhesión como nuevo Estado miembro. El Gobierno del Reino Unido recuerda que en el Informe jurídico titulado *Scotland analysis: Devolution and the implications of Scottish independence*, es claro desde el punto de vista del Derecho internacional que una Escocia independiente no sería automáticamente miembro de la UE, pues no existe una previsión explícita para ello en los Tratados, con lo que tampoco podría «*heredar*» automáticamente las cláusulas especiales que se aplican al Reino Unido (29).

7. El Gobierno escocés alega que en este caso se preferiría que la base legal para su adhesión fuese el art.48 del TUE (dedicado a la revisión ordinaria de los tratados) y no el art.49. Sin embargo, el Gobierno británico advierte que ese precepto nunca ha sido aplicado para una adhesión, y estima que es improbable que tanto los

---

(28) Sobre la mutación, es conveniente acudir a DAU-LIN, H, *Mutación de la Constitución*, en la edición de LUCAS VERDÚ y Christian FÖRSTER, que con prólogo del primero, editara el IVAP, Bilbao (1998).

(29) El Gobierno británico remite a las declaraciones de altos representantes de las instituciones europeas como el Presidente del Consejo Europeo Herman Van Rompuy o Barroso, que vamos a ver abajo con detalle.

Estados miembros, cuyo consenso se requiere para aplicar dicho art.48, como la Comisión que debe ser consultada, accedan a usar esa vía sin precedentes.

7.1. Máxime teniendo en cuenta que el mismo TUE ya prevé un artículo (el 49 mencionado antes) que expresamente regula el procedimiento de adhesión de nuevos Estados. Pero, advierte que, incluso aceptando la tesis del Gobierno escocés, las negociaciones serían también muy complejas, pues el art. 48 permite revisar los Tratados en cualquier materia y una vez abierto el proceso para adherir a Escocia podrían aprovechar la Comisión o el Parlamento europeos para aprovechar las negociaciones para revisar otros aspectos de los Tratados. Esto podría ligar el proceso de adhesión de Escocia a otros temas más complicados y amplios. Además, si esas reformas afectaran a las competencias o al funcionamiento de la UE podrían ser sometidas a referéndum en varios Estados miembros antes de ser ratificados.

7.2. Por tanto, el Reino Unido tiene claro que la adhesión de Escocia en cualquier caso necesitaría que se discutiesen los términos y período de adhesión y debería esto ser aprobado por unanimidad de los Estados miembros.

7.3. De seguirse el procedimiento ordinario del art. 49 el Gobierno británico llama la atención sobre el primer escollo que se enfrentaría la adhesión de Escocia. No existe un plazo para las negociaciones de adhesión, la rapidez del proceso depende de la medida en que el candidato cumple con las negociaciones y de la naturaleza de sus demandas con objeto de conseguir acuerdos especiales(30). Se pone en duda que la adhesión se pueda conseguir antes del plazo previsto para llevar a efecto la independencia en el caso de ganar el sí en el referéndum.

8. El segundo escollo, todavía más importante, reside, como recuerda dicho Gobierno, en que todos los Estados miembros de la UE tendrían derecho de veto tanto en el proceso de adhesión de una Escocia independiente, como en los términos de la adhesión.

---

(30) La Comisión europea diseña un proyecto de marco negociador, los Estados miembros lo adoptan y la Presidencia del Consejo lo presenta al comienzo de las negociaciones de adhesión. El marco de negociaciones establece las guías y principios para las negociaciones de adhesión con cada país candidato. Aunque las negociaciones son desarrolladas por la Comisión los Estados miembros se implican muy ampliamente en el proceso y toman la decisión final por unanimidad mediante una posición común sobre cada capítulo que evalúa la aptitud del candidato (35 capítulos de negociación que abarcan diferentes áreas), definiendo que progreso adicional es necesario, y estableciendo puntos de referencia que el candidato debe reunir. En el caso de Escocia se puede esperar que los aspectos técnicos de la negociación vayan relativamente rápidos por el hecho de haber sido parte del Reino Unido, por lo que cumpliría las condiciones para la adhesión y la mayor parte del Derecho comunitario. Pero se advierte que podrían surgir dificultades políticas que podrían ralentizar las negociaciones (especialmente si pretende conseguir el mismo estatus del Reino Unido en temas como el euro o *Schengen*, donde existen regímenes de excepción favorables al Reino Unido en su conjunto). Se recuerda además que, una vez que los Estados miembros de la UE han llegado a un acuerdo para cerrar todos los capítulos de negociación, la Comisión recomienda concluir las negociaciones para la adhesión. El Consejo de Ministros y el Consejo Europeo deben alcanzar un acuerdo unánime sobre la decisión de cerrar las negociaciones, una fecha para la adhesión y el contenido del Tratado de Adhesión. El proyecto de Tratado de adhesión se somete al Parlamento Europeo para su aprobación por mayoría de sus miembros. Todas las partes (los Estados miembros y el candidato) deben firmar el Tratado de Adhesión, que debe ser ratificado por todas las partes (con un más que posible referéndum en el candidato). Una vez que se ha completado el proceso de ratificaciones de manera satisfactoria, el Consejo de la UE dicta una Decisión acordando por unanimidad acceder a la adhesión, de modo que el Tratado de adhesión produce sus efectos y el candidato accede como Estado miembro.

8.1. Advierte que los puntos de vista y reservas de otros Estados miembros deben ser tomados en serio (31).

8.2. Finalmente, el Gobierno británico explica que, en su documento sobre Escocia en la Unión Europea, el Gobierno escocés parece sugerir que el acuerdo alcanzado entre el Gobierno del Reino Unido y el Gobierno de Escocia implica que el Reino Unido está obligado a emprender acciones específicas en relación con una solicitud que pueda presentar Escocia para su adhesión a la UE.

8.3. Las autoridades británicas aprovechan la oportunidad para aclarar que en el marco del *Acuerdo de Edimburgo* ambos gobiernos se comprometieron a «continuar trabajando juntos de buena fe a la luz de los resultados del referéndum, cualquiera que sea», pero puntualizan que no se comprometieron «a nada más». Es decir, aquí el Gobierno inglés lanza el aviso a las autoridades escocesas de que el acuerdo que llegó con ellas para celebrar el referéndum y considerar vinculante su resultado, en ningún caso implica que, en caso de ganar la opción independentista, el resto del Reino Unido estará obligado por el citado Acuerdo a hacer todo lo posible para apoyar la candidatura de Escocia como nuevo miembro de la UE, facilitando además todo lo que el Gobierno escocés ha dicho que espera lograr a través de la independencia, como sería por ejemplo los términos de su adhesión a la UE (32).

---

(31) Ya el Comité de asuntos exteriores de la Cámara de los Comunes apuntó en un Informe sobre las consecuencias para el Reino Unido y Escocia de la independencia en la política exterior, que el Gobierno escocés subestimaba la inquietud con que los Estados miembros y las instituciones comunitarias observaban la independencia de Escocia. Si Escocia consiguiese unas condiciones favorables para la adhesión podría convertirse en un precedente atractivo para otras potenciales regiones independentistas en Europa u otros Estados candidatos. Varios Estados miembros (que no ven con buenos ojos un nuevo socio que surge del desmembramiento de un Estado miembro) podían ver esto como una razón política aceptable para rechazar una Escocia independiente candidata a nuevo Estado miembro con el fin de anular un precedente para los movimientos independentistas existentes dentro de sus propias fronteras. Es más, el Gobierno británico avisa que, ya sólo la existencia de dichos movimientos y el riesgo de animarlos o activarlos si al final los escoceses sacan adelante su candidatura de adhesión (sin necesidad de llegar a plantearse las consecuencias de conceder o no un régimen de adhesión más favorable para Escocia que el ordinario), podía servir de excusa a algunos Estados afectados por dichos movimientos para negarse a aceptar en cualquier caso la adhesión de Escocia incluso si se siguiese el procedimiento ordinario del art.49 y no se aplicasen facilidades o tolerancias considerando la especialidad del caso (el hecho de que Escocia ya ha estado dentro de la UE como parte del Reino Unido). Llama mucho la atención que en el Informe del Gobierno británico se citen expresamente declaraciones del hogaño Presidente español Sr. Rajoy recordando la posición de las instituciones europeas que vamos a ver en el punto siguiente. Por otro lado, se señala que, incluso Estados miembros que no tienen estos problemas, podrían estar preocupados por la fragmentación de la UE. Por ello se ve difícil que Escocia consiga una adhesión en los términos que desea.

(32) Es más, el Gobierno británico subraya que, obviamente, Escocia pasaría a ser un nuevo Estado con un peso reducido en las instituciones comunitarias (donde se tiene en cuenta a partir de 2014 la población para el voto en el Consejo. El Reino Unido representa el 12% de la población comunitaria frente al 1% que representaría la escocesa. El mismo efecto se produce en el seno del Parlamento). Sobre las reglas de votación en el Consejo resulta de imprescindible consulta el excelente trabajo de GONZÁLEZ SAQUERO, P: «La mayoría cualificada en el Consejo de la UE según el Tratado de Lisboa», en *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 31, 2009, p.309 y ss. Las autoridades británicas llaman la atención sobre el hecho de que Escocia perdería, por consiguiente, las ventajas e influencias de que goza el actual Reino Unido, que al ser un gran Estado tiene mucho más peso y margen de maniobra para sacar adelante sus criterios. Así lo ha demostrado en el pasado especialmente en el tema presupuestario —donde se afirma que los escoceses pagarían al presupuesto comunitario menos como ciudadanos británicos que como ciudadanos de un Estado escocés independiente al no poder esgrimir el estatus del Reino Unido— y en los regímenes privilegiados logrados en relación con el euro, el control fronterizo y las políticas sociales de la Comunidad. Asimismo, se advierte que recibirían menos ingresos por fondos estructurales y deberían renegociar desde cero su participación en la PAC. Por último, se

## II.4. La posición de las instituciones y órganos comunitarios

1. Se destaca en el Informe que la conclusión de que Escocia debería solicitar la adhesión como un nuevo Estado miembro es conforme con las declaraciones sobre esta materia de altos cargos de la UE.

2. Se cita así la famosa pregunta planteada hace una década al Comisario PRODI en una época mucho menos mediatizada por las discusiones políticas como la actual (33).

2.1. Se preguntaba entonces a la Comisión lo siguiente: 1.º) si podía confirmar si se aplicaría el precedente establecido en el caso de Argelia (que hemos visto arriba) en el supuesto de que un Estado miembro resultara dividido como consecuencia de que una región obtuviese su independencia por vías democráticas; 2.º) si podía explicar qué fue exactamente lo que sucedió en el caso de Argelia; 3.º) si podría confirmar si una región que obtuviese entonces la independencia tendría que salir de la UE y luego solicitar la adhesión de nuevo y 4.º) si una solicitud de este tipo requeriría una renegociación de los tratados en una Conferencia Intergubernamental y un acuerdo unánime de los entonces 25 Estados miembros.

2.2. PRODI entonces respondió lo siguiente: «Las Comunidades europeas y la UE han sido establecidas por tratados firmados por los Estados miembros. Los Tratados se aplican a los Estados miembros (artículo 299 del TCE). Cuando una parte del territorio de un Estado miembro deja de ser parte de ese Estado, por ejemplo, porque ese territorio se convierte en un Estado independiente, los Tratados ya no se aplicarán a dicho territorio. En otras palabras, una región que se independiza se convertiría, por el hecho de su independencia, en un tercer país con respecto a la Unión y los tratados, desde el día de su independencia, no serían desde entonces aplicables en su territorio. En virtud del artículo 49 del Tratado de la Unión Europea, cualquier Estado europeo que respete los principios enunciados en el artículo 6 (1) del Tratado de la Unión Europea pueden solicitar el ingreso como miembro en la Unión. Una solicitud de este tipo requiere, si es aceptada por el Consejo por unanimidad, una negociación para llegar a un acuerdo entre el Estado solicitante y los Estados miembros sobre las condiciones de admisión y las adaptaciones de los Tratados que esta admisión supone. Este acuerdo está sujeto a la ratificación de todos los Estados miembros y el Estado solicitante.

2.3. Casi una década después, ponen de relieve en el Informe que el actual Presidente de la Comisión, Sr. DURAO BARROSO, aunque reacio a especular específicamente sobre la secesión de Escocia, dio una respuesta similar cuando fue preguntado sobre este asunto por la BBC News en septiembre de 2012. De este modo afirmó lo siguiente: «Adherirse a la UE supone seguir un

---

pone de relieve que Escocia se ha beneficiado de este protagonismo del Reino Unido al poder contribuir y participar en las discusiones y negociaciones desarrolladas por las autoridades británicas, citándose con detalle, por ejemplo, el caso de las cuotas pesqueras, así como otras cuestiones.

(33) Ver, Pregunta Escrita P-0524/04 (2004/C 84 E/0492) de Eluned Morgan (PSE) a la Comisión (17 de febrero de 2004) Asunto: *La Constitución. Respuesta del Sr. Prodi en nombre de la Comisión* (1 de marzo 2004).

procedimiento de Derecho internacional. Primero de todo el Estado tiene que ser una democracia y debe solicitar su adhesión a la UE y todos los Estados miembros tienen que dar su consentimiento. Un nuevo Estado, si quiere adherirse a la UE tiene que solicitar ser miembro de la UE como cualquier otro Estado. De hecho no he visto ningún Estado abandonándola y sí he visto muchos queriendo adherirse».

3. Conviene recordar que esta misma cuestión se ha planteado por escrito a la Presidencia de la Comisión en diversas ocasiones (*ya directamente relacionadas con los actuales casos escocés y catalán*) y desde varias perspectivas (34).

(34) Ver: 1.º) Pregunta escrita E-011131-13 de Auke Zijlstra (NI) a la Comisión (30 de septiembre de 2013). Asunto: Consecuencias de la independencia. Según el Vicepresidente de la Comisión Joaquín Almunia, si una parte del territorio de un Estado miembro decide separarse, la parte separada no es miembro de la Unión Europea. Esta afirmación ha sido respaldada por un portavoz de la Comisión de alto nivel, quien afirmó que la evaluación de la situación del Comisario Almunia está en línea con la posición de la Comisión y que, legalmente, una región separatista no estaría cubierto por los Tratados existentes. 1. ¿Está la Comisión familiarizado con las declaraciones anteriores? 2. ¿Habló el Comisario Almunia en nombre de la Comisión, como comisionado o como un particular? 3. ¿Estaba el Comisario Almunia autorizado oficialmente por la Comisión para expresar su opinión sobre la situación? Si es así, ¿esta autorización fue precedida por una evaluación formal de la situación actual? 4. ¿Se ha solicitado ya al Servicio Jurídico de la Comisión que presente una evaluación de las consecuencias legales de la separación de parte del territorio de un Estado miembro? Si es así, ¿podría la Comisión compartir los resultados de esta evaluación? 5. ¿Puede la Comisión ver una diferencia entre las declaraciones del Comisario Almunia y la respuesta del Presidente Barroso a la pregunta escrita E-009009/2012 al respecto? Si es así, ¿representa la respuesta el punto de vista oficial y jurídico de la Comisión? Respuesta dada por el Sr. Barroso en el nombre de la Comisión (12 de noviembre de 2013); 2.º) Preguntas escritas: E-008752/12. E-008324/12. E-009009/12 a la Comisión (28 de noviembre de 2012). Respuesta conjunta del Sr. Barroso en el nombre de la Comisión. La Comisión remite a Su Señoría a la pregunta escrita E-008133/2012; 3.º) Pregunta escrita: E-008133/2012 de Izaskun Bilbao Barandica (ALDE), Ramón Tremosa i Balcells (ALDE), Salvador Sedó i Alabart (PPE) y Raül Romeva i Rueda (Verts/ALE), a la Comisión. (17 de noviembre de 2012). Asunto: Secesiones en el seno de la Unión y ciudadanía europea. La Comisión Europea, a través de uno de sus portavoces autorizados y de acuerdo con determinadas informaciones periodísticas aparecidas en medios de comunicación españoles, afirmó el 11 de septiembre que «no hay disposiciones en el Tratado sobre la secesión de una región en el seno de un Estado miembro». Además ha destacado que cualquier proceso de secesión «debe desarrollarse de acuerdo con la legislación internacional». Finalmente añade que, en caso de producirse la secesión, «el nuevo país debe hacerlo de acuerdo con los tratados y disposiciones sobre la adhesión. Mientras tanto esta nueva entidad no es parte de la UE y por ello tiene que pedir la adhesión». Contestaba así a varias cuestiones en torno a la manifestación celebrada ese día en Cataluña con motivo de su día nacional. Sin embargo, otras interpretaciones jurídicas, como la denominada «ampliación interna de la Unión» afirma que son las personas, y no los Estados, las titulares del principio de identidad y nacionalidad. En consecuencia, en el caso de un proceso de secesión desarrollado democráticamente por ciudadanos europeos, estos conservarían tal condición al no existir previsión alguna en sentido contrario en los Tratados. La paradoja podría crecer si los nuevos Estados presentasen mejores condiciones económicas para seguir en la Unión que los Estados de los que se escinden. En consecuencia: 1. ¿Considera la Comisión que son los ciudadanos y no los Estados los titulares de los derechos de identidad o ciudadanía? 2. ¿Si es así y surgen nuevos Estados a consecuencia de procesos democráticos en el seno de la Unión, en qué precepto de los Tratados puede apoyarse una expulsión de la UE de las personas que, siendo ciudadanas de la UE, apuesten expresamente por seguir siéndolo desde una nueva realidad estatal? 3. ¿Cómo piensa afrontar la Comisión posibles procesos de este tipo si, junto a la secesión, la ciudadanía implicada apuesta expresamente por continuar en la UE? Respuesta del Sr. Barroso en nombre de la Comisión (12 de noviembre de 2012); 4.º) Pregunta escrita: P-009862-12 de Gerard Batten (EFD) a la Comisión (29 de octubre de 2012). Asunto: Estatus del Reino Unido si Escocia se independiza. El Presidente de la Comisión José Manuel Barroso recientemente comentó en BBC Radio 4's World en un programa relativo al referéndum sobre la independencia de Escocia previsto para 2014 que si Escocia se independizase tendría que solicitar su adhesión a la UE. Si el electorado escocés de verdad confirma en 2014 abandonar el Reino Unido y por ello Escocia llega a ser un país independiente, entonces cambiaría la misma naturaleza del Reino Unido. Cuando Gran Bretaña se adhirió a la CEE el 1 de enero de 1973 lo hizo como el Reino Unido que comprendía Inglaterra, Escocia, Gales e Irlanda del Norte. Si Escocia abandona el Reino Unido entonces se puede plantear la duda sobre el estatus legal de la pertenencia de ambos, Escocia y el resto del Reino Unido. Se plantea a la Comisión las siguientes cuestiones,

3.1. La respuesta del Presidente de la Comisión, ante una regulación legal que no ha cambiado desde 2004 (ya que el Tratado de Lisboa no ha introducido ningún cambio al respecto del tema de la adhesión de nuevos miembros) ha sido siempre la misma de manera rotunda y clara: «No le corresponde a la Comisión expresar una posición sobre cuestiones de organización interna relacionadas con disposiciones constitucionales de un Estado miembro. Ciertas hipótesis, como la separación de una parte de un Estado miembro o la creación de un nuevo Estado no tendrían carácter neutro con respecto a los Tratados de la UE. A petición de un Estado miembro que detallase una situación concreta, la Comisión expresaría su opinión sobre las consecuencias legales de la misma con arreglo a la legislación de la UE. En lo relativo a la cuestión general de la adhesión de los Estados a la Unión Europea, la Comisión recuerda que este proceso debe ajustarse plenamente a las normas y procedimientos previstos en los Tratados de la UE. La UE se funda en Tratados que se aplican sólo a los Estados que los han aceptado y ratificado. Si una parte del territorio de un Estado miembro cesase de ser parte de ese Estado como consecuencia de convertirse en un nuevo Estado independiente los Tratados dejarían de aplicarse a ese territorio. De acuerdo con el artículo 49 del TUE, cualquier Estado europeo que respete los principios establecidos en el artículo 2 del TUE puede solicitar ser miembro de la UE. Si la solicitud es aceptada por el Consejo por unanimidad, entonces se procede a negociar entre el solicitante y los Estados miembros las condiciones de admisión y las adaptaciones a los Tratados que tal admisión comporta. Este acuerdo está sujeto a ratificación de todos los Estados miembros y del Estado solicitante» (35).

---

ante la posible salida de Escocia del Reino Unido en 2014: 1. ¿Cuál sería el estatus de Escocia y del resto del Reino Unido después de la independencia y antes de que tuviera lugar cualquier renegociación con la UE?, ¿dejarían los dos países de ser miembros de la UE hasta que se hubiesen acordado y firmado unas nuevas condiciones de adhesión a los Tratados? 2. ¿Tendría Escocia que solicitar de Nuevo su adhesión a la UE? 3. ¿El Reino Unido sin Escocia tendría que pedir también de nuevo la adhesión? 4. ¿Escocia y el Reino Unido estarían obligados a aceptar el euro, como nuevos países candidatos a la adhesión y en los términos establecidos en el Tratado de Lisboa?; 5.º) Pregunta escrita: P-009756-12 de David Martin (S&D) a la Comisión (25 de octubre de 2012). Asunto: Estados independientes y pertenencia a la UE. ¿Puede la Comisión confirmar si continúa manteniendo el punto de vista expresado por Romano Prodi en 2004, de que cuando una parte de un Estado miembro deja de ser parte de ese Estado, por ejemplo, porque se independiza, los tratados ya no se aplican a ese territorio. En otras palabras, un nuevo Estado por el hecho de su independencia se convertiría en un tercer Estado respecto de la Unión y los tratados desde el mismo día de su independencia, no aplicándose en su territorio? Respuesta de Romano Prodi en el nombre de la Comisión, 1 de marzo de 2004 (DOCE C 84. 3.4.2004), 3 de diciembre de 2012. Respuesta conjunta dada por el Sr. Barroso en el nombre de la Comisión a las preguntas escritas: P-009756/12, P-009862/12; 6.º) Pregunta escrita E-009009-12 de Auke Zijlstra (NI) a la Comisión (8 de octubre de 2012). Los últimos acontecimientos en España muestran que Cataluña tiene una oportunidad real de convertirse en un Estado independiente. Esto ha quedado demostrado en varias encuestas: por ejemplo, en una encuesta reciente el 51% de los catalanes encuestados votarían que sí a la independencia. 1. ¿Es consciente la Comisión de estas circunstancias en Cataluña? 2. ¿Cuál sería la opinión de la Comisión sobre la posición legal de Cataluña si alcanzase la independencia? Parece que existen importantes posibilidades de que ocurra lo mismo en otros Estados miembros como por ejemplo en Bélgica y Reino Unido. 3. ¿Cuál serían las consecuencias en la UE si estos escenarios llegasen a hacerse realidad? 4. ¿Los nuevos Estados deberían solicitar su ingreso en la UE? En este caso, ¿qué consecuencias se producirían en el caso de que no quisiesen plantear su solicitud? ¿podrían renegociar los términos de adhesión?

(35) Esta misma doctrina la ha reiterado más recientemente en una respuesta de 20 de noviembre de 2013 a la Pregunta escrita: E-000266/2014 de Ramon Tremosa i Balcells (ALDE) a la Comisión (27 de septiembre de 2013), formulada de la siguiente manera tras recordar la respuesta E-008133/2012: «Recientemente, varios comisarios

3.2. A estas explicaciones de la Comisión se pueden sumar las que se han dado desde el Parlamento Europeo, que, por ejemplo, ve el problema español como un asunto que no es de su competencia al tratarse de una cuestión interna de España. Esta institución respeta los principios de subsidiariedad y de no injerencia ante litigios políticos que puedan surgir en algún país miembro. Con todo, recientemente en la prensa escocesa se informa que el Presidente de la Comisión de Asuntos constitucionales del Parlamento Europeo ha encargado un informe a sus servicios jurídicos para tener definida una posición sobre la posible incorporación inmediata de una Escocia o de una Cataluña independiente en la UE.

4. Finalmente, también hay que referirse a la posición del Comité de las Regiones en un reciente Dictamen (36) que parece servir de gran apoyo para los defensores de la denominada tercera vía, aunque llega a la misma conclusión que la Comisión. Así, en su capítulo dedicado a «descentralización y movimientos independentistas» se afirma que el Comité: «1. está convencido de que una descentralización bien entendida podría contribuir significativamente a la satisfacción de los ciudadanos de las regiones y los municipios, y por consiguiente fortalecer al Estado en su conjunto; 2. está convencido no obstante de que negarse a largo plazo a un diálogo serio entre los diferentes niveles de gobernanza y el hecho de ignorar permanentemente los deseos y las necesidades regionales en materia de descentralización de competencias y de los recursos financieros necesarios, puede generar reivindicaciones de autonomía y en casos especiales el llamamiento a la independencia; recuerda en este contexto que una aceptación y aplicación consecuentes y coherentes de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad a

---

europeos y hasta el portavoz del Parlamento Europeo han emitido versiones contradictorias sobre procesos de posible secesión de territorio europeo y la creación de nuevos Estados. ¿Ha pedido algún Estado miembro la opinión legal de la Comisión sobre el proceso que debería seguir una región europea que declarase su independencia de forma democrática? ¿Ha planteado el Estado español a la Comisión alguna situación concreta con respecto a la posible independencia de Catalunya? En caso negativo, ¿puede un funcionario con obligaciones de portavoz posicionarse sobre cuestiones políticas con respecto a las que la Comisión no tiene una opinión firme?». Este mismo diputado catalán más recientemente ha ido un poco más lejos y ha formulado la siguiente Pregunta escrita: E-000266/2014 a la Comisión (13 de enero de 2014). Asunto: Hipotética acción militar en España: «La semana pasada, el Ministro de Defensa, Pedro Morenés, afirmaba: «Los militares están preocupados por la unidad de España». Esta afirmación, lejos de ser neutra, guarda un fuerte contenido político, teniendo en cuenta la historia del Estado español en los últimos cien años. Además, no se haría una afirmación semejante en relación con otros sectores como, por ejemplo, los médicos o los profesores. En ocasiones anteriores, no se han admitido a trámite preguntas de diversos diputados al Parlamento Europeo que pedían a la Comisión que aportase claridad sobre la posible aplicación del artículo 7 del TUE en caso de que el ejército de un Estado miembro use la violencia con el fin de frenar un movimiento político pacífico y democrático. Se adujo el argumento de que la Comisión no se posiciona sobre situaciones hipotéticas. No obstante, en el caso de la independencia de una región de un Estado miembro, la Comisión sí se ha posicionado, pese a que los Tratados no hacían mención específica de este caso, y ha declarado que «si una parte del territorio de un Estado miembro dejase de ser parte de ese Estado para convertirse en un nuevo Estado independiente, los Tratados ya no serían aplicables en dicho territorio. En otras palabras, un nuevo Estado independiente, por el hecho de alcanzar la independencia, pasaría a convertirse en un tercer país con respecto a la UE y los Tratados dejarían de ser aplicables en su territorio» (E-011023/2013). ¿Pienso la Comisión clarificar si pediría que se aplicara el artículo 7 del TUE en caso de una intervención del ejército en la vida democrática de un Estado miembro? ¿Existe algún motivo formal por el cual la Comisión puede interpretar los Tratados para manifestar su posición sobre qué puede pasar con la pertenencia a la UE de una región que declare su independencia, pero no para pronunciarse sobre qué ocurriría en caso de que el ejército de un Estado actuase contra un movimiento político pacífico y democrático».

(36) Ver, *Draft Opinion of the Committee of the Regions* (100th plenary session, 11-12 April 2013, CIVEX-V-034): «*Devolution in the European Union and the place for local and regional self-government in EU policy making and delivery*», Rapporteur: Prof. Franz SCHAUSBERGER (AT/EPP).



nivel europeo proporcionan el mejor marco para albergar las preocupaciones legítimas de los distintos niveles; 3. sigue muy de cerca los movimientos independentistas crecientes que se han producido recientemente en regiones de algunos Estados miembros y de países candidatos a la adhesión, así como sus causas, que son muy diferentes desde un punto de vista histórico, político y económico; 4. sugiere, en este contexto, analizar las causas de dichos movimientos, para discutir y entender los motivos y las razones, a fin de poder encontrar soluciones coherentes y pacíficas para todas las partes interesadas; 5. declara que según el artículo 4.2 del TUE el avance de una región hacia la independencia ha de ser considerado fundamentalmente como un asunto interno del país afectado(37); 6. recuerda que en el caso de que una región obtuviese la independencia y quisiera integrarse en la UE, tendría que presentar una candidatura oficial al Consejo y seguir el procedimiento de adhesión del artículo 49 del TUE como cualquier otro Estado que deseara convertirse en Estado miembro de la UE».

## II.5. El art.50 del TUE

1. Se llama la atención sobre el hecho de que actualmente el TUE, tal y como fue modificado por el Tratado de Lisboa en 2007, ahora prevé expresamente la posibilidad de solicitar la salida de la UE, actualmente recogida en el art.50, único precepto que se dedica a este tema (38).

2. Cierta doctrina considera que si una Escocia independiente no fuese automáticamente miembro de la UE sería tanto como una expulsión sin seguir el procedimiento del art. 50 del TUE.

3. Los autores del Informe entienden que no hay base en los Tratados para este último argumento, pues la independencia de Escocia sería un supuesto sin un claro precedente en el Derecho comunitario y no claramente previsto en los Tratados comunitarios. Además, señalan que este precepto demuestra que los Tratados pueden de-

---

(37) El art. 4.2 del TUE dispone lo siguiente: «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro».

(38) «1. Todo Estado miembro podrá decidir, de conformidad con sus normas constitucionales, retirarse de la Unión. 2. El Estado miembro que decida retirarse notificará su intención al Consejo Europeo. A la luz de las orientaciones del Consejo Europeo, la Unión negociará y celebrará con ese Estado un acuerdo que establecerá la forma de su retirada, teniendo en cuenta el marco de sus relaciones futuras con la Unión. Este acuerdo se negociará con arreglo al apartado 3 del artículo 218 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El Consejo lo celebrará en nombre de la Unión por mayoría cualificada, previa aprobación del Parlamento Europeo. 3. Los Tratados dejarán de aplicarse al Estado de que se trate a partir de la fecha de entrada en vigor del acuerdo de retirada o, en su defecto, a los dos años de la notificación a que se refiere el apartado 2, salvo si el Consejo Europeo, de acuerdo con dicho Estado, decide por unanimidad prorrogar dicho plazo. 4. A efectos de los apartados 2 y 3, el miembro del Consejo Europeo y del Consejo que represente al Estado miembro que se retire no participará ni en las deliberaciones ni en las decisiones del Consejo Europeo o del Consejo que le afecten. La mayoría cualificada se definirá de conformidad con la letra b) del apartado 3 del artículo 238 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. 5. Si el Estado miembro que se ha retirado de la Unión solicita de nuevo la adhesión, su solicitud se someterá al procedimiento establecido en el artículo 49».

jar de aplicarse a un Estado incluso sin que exista un acuerdo, aunque sí se exige que se haga la notificación dado el uso del imperativo («notificará»).

3.1. Hacen hincapié en que este precepto demuestra que, si se produce la independencia de Escocia, defender que el resto del Reino Unido quedaría automáticamente fuera de la UE entraría en conflicto con el citado precepto. Por tanto, este artículo incrementa las posibilidades de que el Reino Unido sin Escocia continúe siendo miembro de la UE. Con todo advierten que esto no significa que la posición del resto del Reino Unido en la UE no se vería afectada por la independencia de Escocia. La consiguiente reducción de su territorio y población podría tener efectos sobre cualquiera de los aspectos de su condición de miembro que dependen de esos factores. Estas cuestiones deberían ser objeto de negociación, aunque presumen que el Reino Unido tendría poco margen para evitar sufrir una reducción proporcional (39).

## II.6. El argumento basado en la ciudadanía europea: el caso Rottman

1. En el *Informe* sobre Escocia se hace hincapié en un aspecto muy interesante de toda esta cuestión: que el TJUE pudiera resistirse a permitir que parte de un Estado miembro de la UE fuese expulsado automáticamente, especialmente en la medida en que ello afectaría a derechos individuales de ciudadanos europeos.

---

(39) Hay que advertir que este art.50 ha sido utilizado recientemente por la Generalitat en su Documento de trabajo de febrero de 2014 arriba citado, «Estrechar lazos en libertad» para apoyar sus planteamientos favorables al referéndum de autodeterminación y su derecho a permanecer en la UE. Así, se afirma lo siguiente: «¿Qué sucedería si la mayoría del Parlamento español, tras un referéndum favorable, decidiera abandonar la Unión Europea? Teniendo en cuenta que esa decisión afectaría al resto de países de la Unión, ¿la salida debería ser sometida a un referéndum en toda Europa? ¿El caso es también comparable a un cuerpo —en este caso, la Unión Europea— al que se le extirpa un brazo, España? Tras décadas de convivencia y de vínculos afectivos, ¿ello no supondría un «retroceso político» y un «desgarro en la convivencia» entre los españoles y el resto de europeos?, etc. La cuestión de un hipotético abandono de la Unión está regulada con toda claridad por el artículo 50 del Tratado de Lisboa. En este caso, pues, sí tiene sentido resolver la cuestión citando simplemente ese punto (aunque las anteriores preguntas, en coherencia con el argumentario del Ministerio de Asuntos Exteriores, deberían hacerse igualmente en aras de la ética cívica para evitar «desgarros y angustias»). En el caso de la consulta que se propone para Catalunya no se busca un «artículo 50» que permita cerrar ningún tema de manera expeditiva: ni el de la secesión, ni el de la no secesión, ni ninguna otra fórmula intermedia. No. Se pretende preguntar a los ciudadanos, no presuponer su respuesta. Se pretende algo tan elemental en democracia como determinar cuántas personas son partidarias de una cosa, y cuántas de otra. Según informes del Institut d'Estudis Autonòmics, dirigido por el ex magistrado del Tribunal Constitucional Carles Viver i Pi-Sunyer, esa consulta se puede llevar a cabo simplemente si el gobierno español tiene la voluntad de que pueda ejercerse ese derecho en Catalunya, sin vulnerar la legalidad vigente. El hecho de que no exista un «artículo 50» no implica, sin embargo, que no exista una cuestión política que requiere una respuesta igualmente política. El problema no va a desaparecer por arte de magia con el recurso de negarlo. Tampoco se resolverá considerando la Constitución como «un ídolo ni un arcano (sic) que adoramos supersticiosamente», como apunta con ironía el texto citado (para, a renglón seguido, y de manera un tanto paradójica, usar argumentalmente la Constitución como un verdadero ídolo)». Lo cierto es que el art.50 se presta efectivamente al juego de las analogías y a que se puedan deducir de él ciertos planteamientos siguiendo cierta coherencia lógica. Por ejemplo, hemos visto arriba que su apartado 5 dispone que si un Estado miembro que se ha retirado de la Unión solicita de nuevo la adhesión, su solicitud se someterá al procedimiento establecido en el artículo 49. Esto significa que el hecho de que haya pertenecido antes a la UE no le da derecho a disfrutar de un procedimiento especial de adhesión o a una reincorporación automática a la UE saltándose el art.49. Por consiguiente, resulta razonable pensar que también ese debe ser el caso en el supuesto de que una parte de un Estado miembro se independice para formar parte un nuevo Estado. Es verdad que en este caso falta el hecho de la voluntad expresada anteriormente de haber salido de la Unión. Pero ahí está el problema interpretativo: ¿el que muestra su deseo de abandonar un Estado miembro está al mismo tiempo mostrando su deseo de salir de la UE porque los arts.4,2 y 49 del TUE conllevan inexorablemente esa consecuencia?

2. Se apunta que esta posibilidad ha sido defendida por un sector doctrinal radical que defiende que la continuidad automática de Escocia como miembro de la UE es posible e, incluso, exigible con base en el mismo ordenamiento comunitario. Para ello se basan en varios argumentos. Ya hemos visto los relativos a los arts. 49 y 50.

3. Vamos ahora a detenernos en el argumento basado en la ciudadanía comunitaria, analizado dentro del punto «complicaciones potenciales».

3.1. Según esta doctrina favorable a las tesis independentistas el art. 20 del TFUE, al reconocer la ciudadanía europea, tendría el efecto de impedir medidas nacionales que privasen a los ciudadanos de la UE de disfrutar del contenido de los derechos conferidos en virtud de su estatus como ciudadanos, lo que ligado a los derechos conferidos por el resto del ordenamiento jurídico, podría influir en que el TJCE dispusiese que Escocia y el resto del Reino Unido deberían suceder al actual Reino Unido como miembros de la UE, pero ahora como dos Estados miembros distintos y no como uno.

4. Esta visión de las cosas vendría avalada, en opinión de la citada doctrina, por un pronunciamiento del TJUE: la sentencia *Rottman*, que afectaba al Derecho alemán y austriaco sobre concesión de nacionalidad (40).

4.1. Según las disposiciones del Derecho alemán relativas a la nacionalidad aplicables, en el marco del asunto, la naturalización de un extranjero dependía en principio del abandono o de la pérdida de la nacionalidad que éste hubiera tenido hasta entonces (41).

4.2. Una autorización para conservar la nacionalidad austriaca (42) presupone, con arreglo al artículo 28, apartado 1, punto 1, de la StbG, que el mantenimiento de ésta redunde en interés de la República de Austria a causa de servicios que la persona afectada haya prestado ya, o que dicho Estado miembro

---

(40) Ver, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 2 de marzo de 2010, *Janko Rottman contra Freistaat Bayern*. Asunto C-135/08. Recopilación de Jurisprudencia 2010, pp. I-1449.

(41) El artículo 16, apartado 1, de la Ley Fundamental alemana establece: «Nadie podrá ser privado de la nacionalidad alemana. La pérdida de la nacionalidad sólo podrá producirse en virtud de una ley y, contra la voluntad del afectado, únicamente cuando éste no se convierta por ello en apátrida.» El artículo 8 de la *Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz* (Ley sobre la nacionalidad), en su versión aplicable hasta el 31 de diciembre de 1999, disponía: «Un extranjero que haya establecido su residencia en el territorio alemán, podrá, a petición suya, ser naturalizado por el Land en cuyo territorio resida, siempre que no esté incurso en las circunstancias de expulsión previstas en los artículos 46, apartados 1 a 4, y 47, apartados 1 o 2, de la *Ausländergesetz* [(Ley de extranjería)], 3, en su lugar de residencia, haya encontrado un alojamiento independiente o un empleo. [ ]». El artículo 48, apartados 1 y 2, del *Bayerisches Verwaltungsverfahrensgesetz* (Código de procedimiento administrativo del Land de Baviera) es del siguiente tenor: «1) Un acto administrativo ilegal podrá, aunque haya adquirido carácter definitivo, ser revocado total o parcialmente, con efectos futuros o retroactivos. [ ] 2) Un acto administrativo ilegal que conceda una prestación dineraria única o periódica o una prestación en especie divisible o que constituya la base de tales prestaciones no podrá ser revocado en la medida en que el beneficiario confíe en la existencia de dicho acto administrativo y su confianza se estime digna de protección frente al interés público de una revocación. [ ] El beneficiario no podrá invocar la confianza [ ] 1. [si] ha obtenido el acto administrativo mediante fraude, amenazas o corrupción, 2. [si] ha obtenido el acto administrativo ofreciendo indicaciones esencialmente falsas o incompletas, 3. [si] tenía conocimiento de la ilegalidad del acto administrativo o la ignoraba debido a una negligencia grave. En [estos] casos [ ], el acto administrativo, en principio, será revocado con carácter retroactivo.»

(42) A tenor del artículo 27, apartado 1, de la *Staatsbürgerschaftsgesetz* (Ley sobre la nacionalidad, BGBl. 311/1985; en lo sucesivo, «StbG»): «Todo aquel que adquiera una nacionalidad extranjera, a petición suya, por medio de una declaración o de su consentimiento expreso, perderá la nacionalidad austriaca, salvo que se le haya concedido expresamente el derecho a conservar [ésta].»

pueda esperar de ella, o sobre la base de consideraciones particulares que deban tenerse en cuenta.

4.3. De las observaciones del Gobierno austriaco se desprende que, conforme a su Derecho nacional, la pérdida de una nacionalidad extranjera adquirida mediante naturalización, se produzca *ex nunc* o *ex tunc* en el orden jurídico del Estado de naturalización, no conduce automáticamente a que el interesado que ha perdido la nacionalidad austriaca debido a la adquisición de esta nacionalidad extranjera recupere retroactivamente la nacionalidad austriaca.

4.4. Según este mismo Gobierno, en tal supuesto, la nacionalidad austriaca sólo puede obtenerse de nuevo mediante una decisión administrativa, siempre que se cumplan los requisitos previstos al respecto en los artículos 10 y siguientes de la StbG (43).

5. Los hechos que motivaron el litigio fueron los siguientes: el demandante en el asunto principal nació en Graz (Austria) y era inicialmente, por nacimiento, nacional de la República de Austria.

5.1. En 1995, trasladó su domicilio a Múnich (Alemania), tras haber prestado declaración ante el *Landesgericht für Strafsachen Graz* (Tribunal de lo penal de Graz) en el marco de una investigación que le afectaba, iniciada a causa de las sospechas, que él rebate, en cuanto a la comisión por su parte de estafa grave en el ejercicio de su profesión.

5.2. En febrero de 1997, el *Landesgericht für Strafsachen Graz* dictó una orden de detención nacional contra el demandante en el asunto principal.

5.3. Éste solicitó la nacionalidad en febrero de 1998. En el procedimiento de naturalización, omitió mencionar el proceso penal en que se hallaba incurso en Austria. El documento de naturalización, fechado el 25 de enero de 1999, se le expidió el 5 de febrero de 1999.

5.4. La naturalización del demandante en el asunto principal en Alemania tuvo como consecuencia, conforme al Derecho austriaco, la pérdida de la nacionalidad austriaca.

5.5. En agosto de 1999, la ciudad de Munich fue informada por las autoridades municipales de Graz de que sobre el demandante en el asunto principal pesaba una orden de detención dictada en esta última ciudad. Por otra parte, en septiembre de 1999, la fiscalía austriaca comunicó a la ciudad de Munich, entre

---

(43) El artículo 10 de la StbG, en la versión que entró en vigor el 23 de marzo de 2006, dispone: «1) Salvo disposición en contrario en la presente ley federal, la ciudadanía sólo podrá concederse a un extranjero 1. si ha permanecido legalmente y sin interrupción en el territorio federal desde hace al menos diez años y ha establecido su residencia en dicho territorio desde hace al menos cinco años; 2. si no ha sido condenado mediante sentencia firme a una pena de prisión impuesta por un órgano jurisdiccional nacional o extranjero por una o varias infracciones dolosas, [ ]; 3. si no ha sido condenado mediante sentencia firme a una pena de prisión impuesta por un órgano jurisdiccional nacional por un delito financiero; 4. si no está en curso un procedimiento penal contra él ante un órgano jurisdiccional nacional [por] una infracción dolosa o [por] un delito financiero castigado con una pena de prisión; [ ] 2) No podrá concederse la ciudadanía a un extranjero [ ] 2. si ha sido objeto de más de una condena mediante sentencia firme por una infracción administrativa grave de una particular relevancia, [ ]; [ ] 4) El requisito mencionado en el apartado 1, punto 1, [así como] el impedimento para la concesión mencionado en el apartado 2, punto 2, [ ] no [serán] aplicables 1. a un extranjero residente en el territorio federal que haya tenido la ciudadanía ininterrumpidamente durante al menos diez años y la haya perdido por una causa distinta a la revocación [...]; [...].»

otros datos, que el demandante en el asunto principal ya había estado incurso en un proceso penal en julio de 1995 ante el *Landesgericht für Strafsachen Graz*.

5.6. En vista de tales circunstancias, el *Freistaat Bayern*, tras oír al demandante en el asunto principal, decidió revocar con carácter retroactivo la naturalización mediante decisión de 4 de julio de 2000, debido a que dicho demandante había ocultado que era objeto de diligencias judiciales en Austria y que, por consiguiente, había obtenido la nacionalidad alemana de manera fraudulenta.

5.6.1. La revocación de la naturalización obtenida en Alemania no es firme aún, a causa del recurso de anulación interpuesto contra esta decisión por el demandante en el asunto principal. Pronunciándose en apelación, el *Bayerischer Verwaltungsgerichtshof* (Tribunal de lo contencioso-administrativo del Land de Baviera), mediante sentencia de 25 de octubre de 2005, estimó que la revocación de la naturalización del demandante en el asunto principal, basada en el artículo 48, apartado 1, primera frase, del Código de procedimiento administrativo del Land de Baviera, es compatible con el Derecho alemán, aunque dicha revocación, cuando sea firme, implique que el interesado adquiera la condición de apátrida.

5.6.2. La petición de «Revision» del demandante en el asunto principal, de la que conoce el *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Administrativo Federal), se dirige contra esta sentencia de 25 de octubre de 2005.

5.7. El órgano jurisdiccional que planteó la pregunta al TJUE señala que la naturalización adquirida de manera fraudulenta por el demandante en el asunto principal era ilegal desde su origen y, por consiguiente, podía ser revocada por las autoridades alemanas competentes en el marco de su facultad de apreciación. Precisa que, en virtud de las disposiciones pertinentes de Derecho austriaco, es decir, la StbG, el demandante en el asunto principal no cumple los requisitos para que se le restituya inmediatamente la nacionalidad austriaca. En su sentencia, el *Bayerischer Verwaltungsgerichtshof* había indicado que, en el supuesto de que, a causa de una naturalización obtenida de modo fraudulento, una persona se convirtiera en apátrida, perdiendo en consecuencia la ciudadanía de la Unión, es suficiente, para respetar la reserva formulada por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 7 de julio de 1992, Micheletti y otros (C-369/90, Rec. p. I-4239) «según la cual los Estados miembros deben ejercer su competencia en materia de nacionalidad respetando el Derecho de la Unión», que la importancia de los derechos conferidos por esta ciudadanía de la Unión sea tenida en cuenta por la autoridad competente alemana en el ejercicio de su facultad de apreciación.

5.8. Según este órgano jurisdiccional, suponer la existencia, en el Derecho de la Unión, de una obligación de no revocar una naturalización obtenida de modo fraudulento tendría la consecuencia de afectar, de manera esencial, al poder soberano de los Estados miembros, reconocido por el artículo 17 CE, apartado 1, de definir las modalidades de aplicación de su Derecho en materia de nacionalidad. En cambio, el órgano jurisdiccional remitente considera que la importancia y el alcance de esta reserva formulada en la sentencia Micheletti y otros,

antes citada, no han sido aún aclarados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

5.9. A su entender, de esta reserva el Tribunal de Justicia únicamente dedujo el principio según el cual un Estado miembro no puede restringir los efectos de una atribución de nacionalidad por parte de otro Estado miembro estableciendo un requisito adicional para el reconocimiento de dicha nacionalidad con objeto de ejercer una libertad fundamental prevista por el Tratado CE. Según el órgano jurisdiccional remitente, no está suficientemente claro si el *estatuto de apátrida* y la pérdida de la ciudadanía de la Unión adquirida de manera legal en un momento anterior, asociada a la revocación de una naturalización, es compatible con el Derecho de la Unión y, en particular, con el artículo 17 CE, apartado 1. El órgano jurisdiccional remitente estima al menos posible que la República de Austria, como Estado miembro de la nacionalidad de origen del demandante en el asunto principal, esté obligada, en virtud del principio de lealtad de la Unión y teniendo en cuenta los valores reflejados en la Convención para reducir los casos de apatridia, así como en el artículo 7, apartado 1, letra b), del *Convenio Europeo sobre la Nacionalidad*, a interpretar y aplicar su Derecho nacional o adaptarlo de modo que se evite que la persona afectada se convierta en apátrida cuando, como ocurre en el asunto principal, dicha persona no haya sido autorizada a conservar su nacionalidad de origen a consecuencia de la adquisición de una nacionalidad extranjera.

6. A la vista de todo esto, el órgano jurisdiccional nacional planteó al TJUE si el Derecho de la Unión, en particular el artículo 17 CE, se opone a que un Estado miembro le revoque a un ciudadano de la Unión la nacionalidad de dicho Estado miembro adquirida de modo fraudulento mediante naturalización en la medida en que tal revocación priva al interesado de su estatuto de ciudadano de la Unión y de los derechos correspondientes, convirtiéndolo en apátrida, puesto que la adquisición de la nacionalidad de ese Estado miembro por naturalización supuso para la persona afectada la pérdida de la nacionalidad de su Estado miembro de origen.

6.1. Tras exponer los argumentos de las partes(44), recuerda el TJUE que, según reiterada jurisprudencia, la determinación de los modos de adquisición y

---

(44) Todos los Gobiernos que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia, así como el *Freistaat Bayern* y la Comisión de las Comunidades Europeas, sostienen que las normas relativas a la adquisición y a la pérdida de la nacionalidad son competencia de los Estados miembros. Algunos de ellos deducen de esto que una decisión revocatoria de la naturalización como la que se discute en el asunto principal no pertenece al ámbito del Derecho de la Unión. En este contexto, se remiten a la Declaración n.º 2 relativa a la nacionalidad de un Estado miembro, anexa por los Estados miembros al Acta final del Tratado UE. Los Gobiernos alemán y austriaco alegan asimismo que, en el momento de la decisión revocatoria de la naturalización del demandante en el asunto principal, éste era un nacional alemán, residente en Alemania, al que se dirigía un acto administrativo emanado de una autoridad alemana. Según estos Gobiernos, con el apoyo de la Comisión, se trata por tanto de una situación meramente interna que no tiene ningún vínculo con el Derecho de la Unión, el cual no es de aplicación por el simple hecho de que un Estado miembro adopta una medida respecto a uno de sus nacionales. La circunstancia de que, en una situación como la del asunto principal, el interesado haya ejercido su derecho a la libre circulación antes de su naturalización no puede constituir por sí sola un elemento transfronterizo capaz de desempeñar papel alguno en lo que atañe a la revocación de dicha naturalización. Ver, sentencias *Micheletti* y otros, antes citada, apartado 10; de 11 de noviembre de 1999, *Mesbah*, C-179/98, Rec. p. I-7955, apartado 29, así como de 19 de octubre de 2004, *Zhu y Chen*, C-200/02, Rec. p. I-9925, apartado 37).

pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro(45).

6.2. El TJUE reconoce que es cierto que la Declaración n.º 2 relativa a la nacionalidad de un Estado miembro, anexa por los Estados miembros al *Acta final del Tratado UE* (citada abajo), así como la Decisión de los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno del Consejo Europeo de Edimburgo los días 11 y 12 de diciembre de 1992, relativa a determinados problemas planteados por Dinamarca en relación con el Tratado UE, dirigidas a aclarar una cuestión especialmente importante para los Estados miembros, a saber, la delimitación del ámbito de aplicación *ratione personae* de las disposiciones del Derecho de la Unión que se referían al concepto de nacional, deben ser tomadas en conside-

---

(45) La Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dispone: «1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.» El artículo 7 de la *Convención para reducir los casos de apatridia*, hecha en Nueva York el 30 de agosto de 1961 y que entró en vigor el 13 de diciembre de 1975, es del siguiente tenor: «1. a) Si la legislación de un Estado contratante prevé la renuncia a la nacionalidad, dicha renuncia sólo será efectiva si el interesado tiene o adquiere otra nacionalidad; [ ] 2. El nacional de un Estado contratante que solicite la naturalización en un país extranjero no perderá su nacionalidad a menos que adquiera o se le haya dado la seguridad de que adquirirá la nacionalidad de dicho país. 3. Salvo lo dispuesto en los párrafos 4 y 5 del presente artículo, el nacional de un Estado contratante no podrá perder su nacionalidad, si al perderla ha de convertirse en apátrida, por el hecho de abandonar el país cuya nacionalidad tiene, residir en el extranjero, dejar de inscribirse en el registro correspondiente o cualquier otra razón análoga. 4. Los naturalizados pueden perder la nacionalidad por residir en el extranjero durante un período fijado por la legislación del Estado contratante, que no podrá ser menor de siete años consecutivos, si no declaran ante las autoridades competentes su intención de conservar su nacionalidad. [ ] 5. Salvo en los casos a que se refiere el presente artículo, una persona no perderá la nacionalidad de un Estado contratante, si dicha pérdida puede convertirla en apátrida, aunque dicha pérdida no esté expresamente prohibida por ninguna otra disposición de la presente Convención.» El artículo 8 de la misma Convención dispone: «1. Los Estados contratantes no privarán de su nacionalidad a una persona si esa privación ha de convertirla en apátrida. 2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo, una persona podrá ser privada de la nacionalidad de un Estado contratante: a) En los casos en que, con arreglo a los párrafos 4 y 5 del artículo 7, cabe prescribir que pierda su nacionalidad; b) Cuando esa nacionalidad haya sido obtenida por declaración falsa o por fraude. [ ] 4. Los Estados contratantes solamente ejercerán la facultad de privar a una persona de su nacionalidad, en las condiciones definidas en los párrafos 2 ó 3 del presente artículo, en conformidad con la ley, la cual proporcionará al interesado la posibilidad de servirse de todos sus medios de defensa ante un tribunal o cualquier otro órgano independiente.» El artículo 9 de esta misma Convención dispone que los Estados contratantes no privarán de su nacionalidad a ninguna persona o a ningún grupo de personas, por motivos raciales, étnicos, religiosos o políticos. El *Convenio Europeo sobre la Nacionalidad*, de 6 de noviembre de 1997, se adoptó en el marco del Consejo de Europa y entró en vigor el 1 de marzo de 2000. Es aplicable desde esta última fecha en Austria y fue ratificado por la República Federal de Alemania el 11 de mayo de 2005. A tenor del artículo 3 de este Convenio: «1. Corresponde a cada Estado determinar mediante su legislación cuáles son sus nacionales. 2. Esta legislación debe ser admitida por los demás Estados, siempre que sea acorde con los convenios internacionales aplicables, el Derecho internacional consuetudinario y los principios de Derecho generalmente reconocidos en materia de nacionalidad.» El artículo 4 de dicho Convenio establece: «Las normas sobre la nacionalidad de cada Estado parte deben basarse en los siguientes principios: a. todo individuo tiene derecho a una nacionalidad; b. debe evitarse la condición de apátrida; c. nadie puede ser privado arbitrariamente de su nacionalidad; [ ]» El artículo 7 de este mismo Convenio es del siguiente tenor: «1. Un Estado parte no puede establecer en su Derecho interno la pérdida de su nacionalidad de pleno derecho o por iniciativa propia, salvo en los siguientes casos: a) adquisición voluntaria de otra nacionalidad; b) adquisición de la nacionalidad del Estado parte como consecuencia de una conducta fraudulenta, mediante información falsa u ocultación de un hecho pertinente por parte del solicitante; [ ] 3. Un Estado parte no puede establecer en su Derecho interno la pérdida de su nacionalidad en virtud de los apartados 1 y 2 de este artículo si la persona afectada se convierte por ello en apátrida, excepto en los casos mencionados en el apartado 1, letra b), de este artículo.» El artículo 9 del *Convenio Europeo sobre la Nacionalidad* dispone que cada Estado miembro facilitará, en los casos y en las condiciones previstas en su Derecho interno, que se restituya su nacionalidad a las personas que la tenían y que residan legalmente y de forma habitual en su territorio.

ración como instrumentos de interpretación del Tratado CE, en particular para determinar el ámbito de aplicación *ratione personae* de este último.

**6.3.** Sin embargo, advierte que el hecho de que una materia sea competencia de los Estados miembros no obsta para que, en situaciones comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión, las normas nacionales de que se trate deban respetar este último(46). En estas circunstancias, entiende el TJUE que el corresponde pronunciarse sobre las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional remitente, que atañen a las condiciones en que un ciudadano de la Unión puede, a causa de la pérdida de su nacionalidad, perder dicho estatuto de ciudadano de la Unión y, por tanto, verse privado de los derechos vinculados a éste.

**6.4.** De este modo, afirma el Tribunal que es manifiesto que la situación de un ciudadano de la Unión que, como el demandante en el asunto principal, se enfrenta a una decisión revocatoria de la naturalización adoptada por las autoridades de un Estado miembro que lo coloca, tras haber perdido la nacionalidad de origen de otro Estado miembro, en una posición que puede acarrear la pérdida del estatuto conferido por el artículo 17 CE y de los derechos correspondientes está comprendida, por su propia naturaleza, en el ámbito del Derecho de la Unión. Tal como el Tribunal de Justicia ha señalado en diversas ocasiones, la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros(47).

**6.5.** El artículo 17 CE, apartado 2, atribuye a dicho estatuto los derechos y deberes previstos por el Tratado CE, entre ellos el de invocar el artículo 12 CE en todas las situaciones comprendidas en el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Derecho de la Unión(48). Así, los Estados miembros, en el ejercicio de su competencia en materia de nacionalidad, deben respetar el Derecho de la Unión(49).

**6.6.** El TJUE responde a las dudas que plantea al órgano jurisdiccional remitente esta afirmación así como sobre las consecuencias de esta reserva en una situación como la examinada en el asunto principal. El TJUE aclara que la reserva según la cual debe respetarse el Derecho de la Unión no menoscaba el principio de Derecho internacional ya reconocido por el Tribunal de Justicia, y recordado más abajo, según el cual los Estados miembros son competentes para determinar los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad, pero consagra el principio según el cual, cuando se trata de ciudadanos de la Unión,

---

(46) Véanse las sentencias de 24 de noviembre de 1998, *Bickel y Franz*, C-274/96, Rec. p. I-7637, apartado 17 (en relación con una normativa nacional en materia penal y de procedimiento penal); de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, C-148/02, Rec. p. I-11613, apartado 25 (respecto a normas nacionales que rigen el apellido de una persona); de 12 de julio de 2005, *Schempp*, C-403/03, Rec. p. I-6421, apartado 19 (en cuanto a normas nacionales relativas a la fiscalidad directa), así como de 12 de septiembre de 2006, España/Reino Unido, C-145/04, Rec. p. I-7917, apartado 78 (respecto a normas nacionales que determinan los titulares del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo).

(47) Véanse las sentencias de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, Rec. p. I-6193, apartado 31, y de 17 de septiembre de 2002, *Baumbast y R*, C-413/99, Rec. p. I-7091, apartado 82.

(48) Ver las sentencias de 12 de mayo de 1998, *Martínez Sala*, C-85/96, Rec. p. I-2691, apartado 62, y *Schempp*, antes citada, apartado 17).

(49) Ver, sentencias *Micheletti* y otros, antes citada, apartado 10; *Mesbah*, antes citada, apartado 29; de 20 de febrero de 2001, *Kaur*, C-192/99, Rec. p. I-1237, apartado 19, y *Zhu y Chen*, antes citada, apartado 37.



el ejercicio de esta competencia, en la medida en que afecte a los derechos conferidos y protegidos por el ordenamiento jurídico de la Unión, como ocurre en particular en el caso de una decisión revocatoria de la naturalización como la del asunto principal, puede ser sometido a un control jurisdiccional realizado en función del Derecho de la Unión.

**6.7.** Explica el Tribunal que, a diferencia de la demandante en el asunto que dio lugar a la sentencia *Kaur*, antes citada, (que, al no responder a la definición de nacional del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, no pudo haber sido privada de los derechos derivados del estatuto de ciudadano de la Unión), el demandante en el asunto principal ha tenido sin duda alguna las nacionalidades austriaca y, posteriormente, alemana y, por consiguiente, ha gozado de dicho estatuto y de los correspondientes derechos.

**6.8.** No obstante, señala que, tal como han alegado varios Gobiernos que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia, cuando una decisión revocatoria de la naturalización como la del asunto principal se basa en el fraude cometido por el interesado en el marco del procedimiento de adquisición de la nacionalidad de que se trata, tal decisión podría ajustarse al Derecho de la Unión. Apunta que una decisión por la que se revoca la naturalización debido a maniobras fraudulentas corresponde a un motivo de interés general. A este respecto, es legítimo que un Estado miembro quiera proteger la relación especial de solidaridad y de lealtad entre él mismo y sus nacionales, así como la reciprocidad de derechos y deberes, que son el fundamento del vínculo de nacionalidad<sup>(50)</sup>.

**6.9.** Precisa el TJUE que estas consideraciones sobre la legitimidad, en principio, de una decisión por la que se revoca la naturalización a causa de maniobras fraudulentas siguen siendo inicialmente válidas cuando tal revocación tiene como consecuencia que la persona afectada pierda, además de la nacionalidad del Estado miembro de naturalización, la ciudadanía de la Unión.

**6.10.** No obstante, considera que, en tal supuesto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si la decisión revocatoria de que se trata en el asunto principal respeta el principio de proporcionalidad en cuanto a las consecuencias que implica para la situación de la persona afectada en función del Derecho de la Unión, además del examen, en su caso, de la proporcionalidad de esta decisión en función del Derecho nacional.

**7.** Por tanto, habida cuenta de la importancia que el Derecho primario otorga al estatuto de ciudadano de la Unión, al examinar una decisión por la que se revoca la natura-

---

(50) El TJUE añade lo siguiente: «Esta conclusión relativa a la legitimidad, en principio, de una decisión revocatoria de la naturalización adoptada en circunstancias como las del asunto principal queda corroborada por las disposiciones pertinentes de la Convención para reducir los casos de apatridia. En efecto, el artículo 8, apartado 2, de ésta dispone que una persona podrá ser privada de la nacionalidad de un Estado contratante cuando esa nacionalidad haya sido obtenida por declaración falsa o por fraude. Igualmente, el artículo 7, apartados 1 y 3, del Convenio Europeo sobre la Nacionalidad no prohíbe a un Estado parte privar a un individuo de su nacionalidad, aunque de este modo se convierta en apátrida, cuando tal nacionalidad se haya adquirido como consecuencia de una conducta fraudulenta, mediante información falsa u ocultación de un hecho pertinente por parte de dicho individuo. Esta conclusión es acorde por lo demás con el principio de Derecho internacional según el cual nadie puede ser privado arbitrariamente de su nacionalidad, principio recogido en el artículo 15, apartado 2, de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 4, letra c), del Convenio Europeo sobre la Nacionalidad. En efecto, cuando un Estado priva a una persona de su nacionalidad a causa del comportamiento fraudulento de ésta, determinado legalmente, tal privación no puede considerarse un acto arbitrario».

lización es preciso tomar en consideración las eventuales consecuencias que esta decisión acarrea para el interesado y, en su caso, para los miembros de su familia en lo que atañe a la pérdida de los derechos de que goza todo ciudadano de la Unión.

**7.1.** A este respecto, debe comprobarse, en particular, si esta pérdida está justificada en relación con la gravedad de la infracción cometida por el afectado, con el tiempo transcurrido entre la decisión de naturalización y la decisión revocatoria, así como con la posibilidad de que el interesado recupere su nacionalidad de origen. En lo que atañe más concretamente a este último aspecto, concluye que un Estado miembro cuya nacionalidad se ha adquirido de manera fraudulenta no puede considerarse obligado, con arreglo al artículo 17 CE, a abstenerse de revocar la naturalización por la mera circunstancia de que el interesado no ha recuperado la nacionalidad de su Estado miembro de origen.

**7.2.** No obstante, pone de relieve que corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si, a la luz del conjunto de circunstancias pertinentes, el respeto del principio de proporcionalidad exige que, antes de que se haga efectiva tal decisión revocatoria de la naturalización, se conceda al interesado un plazo razonable para que pueda intentar recuperar la nacionalidad de su Estado miembro de origen. En resumen, para el TJUE el Derecho de la Unión, en particular el artículo 17 CE, no se opone a que un Estado miembro le revoque a un ciudadano de la Unión la nacionalidad de dicho Estado miembro adquirida mediante naturalización cuando ésta se ha obtenido de modo fraudulento, a condición de que esta decisión revocatoria respete el principio de proporcionalidad.

**8.** Mediante segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si, cuando un ciudadano de la Unión que se encuentra en una situación como la del demandante en el asunto principal se enfrenta a una decisión revocatoria de la naturalización por la que corre el riesgo de perder su estatuto de ciudadano de la Unión, el Derecho de la Unión, y en particular el artículo 17 CE, debe interpretarse en el sentido de que el Estado miembro de cuya nacionalidad era titular en origen tiene la obligación de interpretar su normativa nacional de manera que se evite esta pérdida permitiéndole recuperar esta nacionalidad.

**8.1.** Aclara el TJUE que en el presente caso, es preciso señalar que la revocación de la naturalización obtenida por el demandante en el asunto principal en Alemania no era entonces firme y que el Estado miembro de cuya nacionalidad era titular en origen, es decir, la República de Austria, no había adoptado ninguna decisión respecto a su estatuto.

**8.2.** El Tribunal explica que en el marco de la remisión prejudicial, era preciso recordar que los principios derivados de la presente sentencia en cuanto a la competencia de los Estados miembros en materia de nacionalidad así como su obligación de ejercer esta competencia respetando el Derecho de la Unión se aplicaban tanto al Estado miembro de naturalización como al Estado miembro de la nacionalidad de origen. No obstante, el TJUE no podía pronunciarse sobre la cuestión de si el Derecho de la Unión se oponía a una decisión que entonces todavía no se había adoptado. Tal como alegó el Gobierno austriaco en la vista, correspondía eventualmente a las autoridades austriacas adoptar una decisión sobre la cuestión de si el demandante en el asunto principal recuperaría su na-

cionalidad de origen y, en su caso, sería competencia de los órganos jurisdiccionales austriacos apreciar su regularidad, cuando se tomase tal decisión, a la luz de los principios derivados de la presente sentencia.

9. Los autores del Informe sobre el caso escocés, a la vista de estos argumentos que acabamos de exponer sobre la ciudadanía europea (y especialmente el papel que puede jugar el TJUE tras dictarse el caso Rottman), estiman que tampoco van mucho más allá que los vistos más atrás para apoyar la adhesión automática de Escocia.

9.1. Recuerdan los profesores británicos que la práctica de los Estados sirve para apoyar el punto de vista de que la nacionalidad de una población afectada por un cambio de soberanía está sujeta a acuerdos particulares (51).

9.2. Los «artículos sobre la nacionalidad y personas naturales con relación a la Sucesión de Estados de la Comisión de Derecho internacional adoptó una perspectiva similar.

9.3. El artículo 4 prevé que los Estados tomarán medidas apropiadas para evitar las situaciones de apátridas. El art. 24 trata el tema de la atribución de nacionalidad por el Estado sucesor y el art. 25 sobre la retirada de la nacionalidad del Estado predecesor.

---

(51) Sobre este particular se destaca que dichos acuerdos sirven para conceder a los nacionales del Estado predecesor un derecho de opción. A este respecto citan el ejemplo de los tratados de paz que reconocieron nuevos Estados europeos después de la Primera Guerra Mundial. Para evitar que algunas personas pudiesen llegar a ser apátridas, tales acuerdos consideraron que los ciudadanos afectados por los cambios políticos conservarían en cualquier caso la nacionalidad de un Estado implicado en dichos cambios, nacionalidad que sólo perderían en el caso de que un individuo ejerciese la opción que se le otorgaba de cambiarla por una nueva. *El busto del emperador* de Joseph ROTT está presente. Transcribe RAWICZ, M, en *Confesionario de papel. Memorias de un inconformista*, Editorial Comares-IVAM, Colección La veleta, Granada 1997, la siguiente escena de su toma de filiación: «—¿Su nombre y apellidos? —Mariano Rawicz Majerowicz. —¿Edad? —Cincuenta y seis.—¿Nacionalidad? —Chileno. —Nacionalizado ¿Eh? —Sí señor. —A juzgar por el acento es usted español, pero sus apellidos parecen eslavos. —Y no se equivoca Usted, porque antes de ser chileno fui polaco y también español, pero perdí ambas nacionalidades. Cosas de la vida ¿sabe? —¡Caramba! Pero vayamos por partes. ¿Cómo y cuando perdió la nacionalidad polaca? —Cuando me la quitó el gobierno polaco en 1937 como castigo por mi participación en la guerra civil española. —Hmmm...¿y entonces se hizo usted español? —Sí porque ya llevaba varios años en España y me sentía allí muy a gusto. —¿Y cómo diablos perdió la nacionalidad española? Porque el régimen del Caudillo la dejó sin efecto, como todo lo legislado por la república española. —Pero entonces usted volvió a ser polaco ¿no? —No señor. Me transformé en apátrida, en un sujeto sin nacionalidad. —Vaya, vaya...y a todo esto, ¿dónde nació usted? —En Lwów. —¿Y dónde queda eso? —En Austria, Rusia, Ucrania, Polonia, URSS, Alemania y otra vez la URSS. —¿Está Usted loco y me está tomando el pelo? ¿Cómo pudo haber nacido en tantos países? —Estoy muy cuerdo (...) Nací en Lwów, en 1908. En esa época, Lwów antigua capital de una provincia sudoriental polaca, formaba parte de Austria desde los famosos repartos de Polonia de fines del Siglo XVIII. —Entonces usted nació en Austria. —Sí...pero en 1915, a poco de estallar la guerra europea las tropas rusas se apoderaron de la Galitzia oriental y de Lwów, incorporándolas al imperio de los zares. —Y Usted claro está, se transformó en ciudadano ruso. —Sí, pero por poco tiempo, porque en 1916 las tropas austríacas reconquistaron Lwów. —Y usted volvió a ser austríaco. —Sí pero también por poco tiempo, porque en 1918, a la caída del imperio austro-húngaro, los nacionalistas ucranianos ocuparon Lwów, proclamándola capital de Ucrania. (...) La ocupación ucraniana sólo duró algunos meses hasta que penetraron allí las tropas polacas. Durante veinte años, hasta septiembre de 1939, la ciudad formó parte de Polonia. Y como mis padres habían nacido allí y siempre se consideraron polacos, yo también me sentí polaco. A raíz del pacto germano-soviético, el estado polaco dejó de existir y Lwów pasó a ser capital de la Ucrania Occidental soviética. En 1941 fue conquistada por los nazis y formó parte del llamado Gobierno central. Y en 1945, cuando terminó la guerra, volvió a ser incorporada a la URSS. En buenas cuentas, una persona nacida en Lwów en 1914 y que no se haya movido de allí durante treinta años, ha sufrido en ese intervalo no menos de ocho cambios de nacionalidad, lo que da un promedio de menos de cuatro años por cada uno ¿Qué le parece? —Un poco mareante...»

9.4. El artículo 26, sobre la concesión del derecho de opción por el estado predecesor y el Estado sucesor. Ambos Estados concederán un derecho de opción a todas las personas afectadas cubiertas por las disposiciones del art.24 y el apartado 2 del artículo 25 que están cualificados para tener la nacionalidad de ambos estados predecesor y sucesor o de dos o más Estados sucesores.

10. Los autores del Informe estiman que un acuerdo de este tipo podría preverse para el Reino Unido. Dependiendo de sus términos, parte de la población de Escocia podría conservar la nacionalidad británica (y de este modo la ciudadanía europea).

10.1. Sin embargo, el estatus de los futuros nacionales escoceses que no retuvieran también su nacionalidad británica como actuales ciudadanos de la UE plantea varias cuestiones. Es concebible que pudiese atribuir un significado independiente a la ciudadanía europea en forma de derechos individuales. Aunque no es necesario discutir el contenido de tales derechos, hay una posibilidad real de que su existencia pueda influir en el TJUE en su aproximación a la independencia escocesa si Escocia no llega a ser un Estado miembro de la UE.

10.2. Por supuesto, consideran que hay una cuestión preeliminar de cómo el TJUE tendría la oportunidad de tener en cuenta la independencia escocesa, y en concreto considerarla sobre la base sólo del actual Derecho comunitario. En la práctica lo ven como improbable.

10.3. Un caso relevante para la independencia escocesa tendría que llegar al TJUE. Esto podría ocurrir, por ejemplo, si un individuo esgrimiese ante un tribunal británico que una acción del Reino Unido conectada con la independencia de Escocia sería incompatible con el Derecho comunitario y si el tribunal británico plantease una cuestión prejudicial al TJUE. Pero si esto ocurriese, entienden que es dudoso que esto se pudiese plantear y resolver dentro de un plazo realista para influir en el proceso de la independencia de Escocia y la adhesión a la UE. En cualquier caso, entienden que virtualmente no ven de qué manera el TJUE podría plantear la cuestión sobre la exclusiva base del Derecho comunitario actualmente aplicable.

11. Estiman que es difícil saber cómo el TJUE podría actuar sobre la necesidad de incorporar Escocia a los Tratados comunitarios y renegociar su posición con respecto a otros Estados miembros. No existe precedente sobre tal situación, y prevén que en la práctica la UE y sus actuales Estados miembros tratarían de impedirlo casi seguramente.

11.1. Consideran que es improbable que el TJUE llegase a considerar la cuestión en los términos discutidos arriba o que, si lo hiciese, efectivamente usurpase el papel de los Estados miembros en negociar una solución política adoptando una aproximación comparable a la mantenida por la doctrina favorable a la adhesión automática (52). Por todo esto ponen de relieve que lo más proba-

---

(52) Concluyen los profesores británicos que debe hacerse una distinción entre la posición en Derecho internacional público y el Derecho comunitario. El primero es el derecho adecuado para responder a cuestiones sobre continuidad y sucesión de Estados fuera del contexto concreto de la UE. Incluso si el TJUE adoptase una aproximación diferente, esta no afectaría al estatus de Escocia y del Reino Unido sin Escocia, sólo afectaría su posición dentro del ordenamiento comunitario.

ble es que el Reino Unido, Escocia y la UE a través de negociaciones consigan llegar a un acuerdo sobre la independencia escocesa que coincidiría con el objeto de la posible cuestión que se querría plantear al TJUE. Esta perspectiva viene reforzada por el hecho de que no existe una previsión expresa sobre este aspecto en los Tratados comunitarios (53).

12. Para finalizar destaquemos tres cuestiones a considerar en el *Informe* muy relevantes para valorar este argumento relativo a las consecuencias que tiene la ciudadanía europea sobre la adhesión de una región independizada de un Estado miembro:

- 1.º En 2012 se planteó a la Comisión una pregunta escrita (54) con el siguiente contenido: En el Documento C (2012) 3689, la Comisión rechazó la iniciativa ciudadana titulada «*Fortalecimiento de la participación ciudadana en la toma de decisiones sobre la soberanía colectiva*», con base en que su contenido excedía de las competencias de la Comisión. El fin de esta iniciativa era asegurar que los ciudadanos de un nuevo Estado que pudiese surgir de la secesión de Cataluña de España mantuviesen su estatus como ciudadanos de la UE. La Comisión apuntó que, además de no encontrar ninguna base legal ni en los trata-

---

(53) Los autores consideran que es una cuestión abierta si en el caso *Rottman*, que trata sobre un fraude, sería proporcionado retirar la nacionalidad al sujeto. Lo que parece evidente es que el caso *Rottman* afecta a un individuo concreto, surgiendo la duda de saber si el argumento de la ciudadanía europea en el fondo tiene como objetivo final el evitar que acabase convirtiéndose en un apátrida. Esto obviamente es una pretensión mucho más modesta que lo que se quiere conseguir con los procesos independentistas. Estos últimos tratarían de forzar la situación para que el TJUE declare que la consecuencia de su doctrina sentada en el asunto *Rottman* es que, en caso de declaración unilateral de secesión de una región de la UE, esa región automáticamente debe ser de forma obligatoria admitida como nuevo Estado miembro de la UE sin tener que pasar por el filtro del art.49 del TUE para evitar que los ciudadanos de dicha región independizada pierdan su estatus de ciudadanos de la UE. Es evidente que este objetivo, mucho más ambicioso tanto por el número de afectados como por las consecuencias políticas y jurídicas de tal decisión, abre la puerta a plantearse varias cuestiones: 1.º ¿no es el caso *Rottman* un supuesto muy distinto al que quieren plantear los procesos independentistas? En el caso *Rottman* se trata de que alguno de los dos Estados implicados mantenga la nacionalidad. En los supuestos de secesión hay que diferenciar el supuesto escocés del catalán. En el primero es previsible que los gobiernos implicados podrán llegar a un acuerdo que evite la pérdida de la ciudadanía europea. En el segundo el Estado español no tiene intención de reconocer un nuevo Estado catalán en caso de declaración unilateral y, por ende, no reconocerá una nueva nacionalidad catalana que sustituirá a la española, ni dejará de considerar como ciudadanos españoles, y por tanto ciudadanos de la UE, a los catalanes. Por consiguiente no vamos a ver a unos ciudadanos que se quedan sin la nacionalidad de un Estado miembro de manera masiva; 2.º ¿es o no posible diferenciar como dos cosas distintas, por un lado, la obtención, conservación y pérdida de la ciudadanía europea y, por otro lado, el procedimiento de adhesión de un nuevo Estado reconocido por la comunidad internacional y por todos los Estados miembros de la UE?; 3.º ¿qué margen de interpretación le queda al TJUE ante la rotunda claridad del art.4.2 del TUE, arriba citado, y que también es Derecho de la Unión que hay que aplicar y considerar en este caso (recordemos que en ese precepto se afirma que la Unión respetará la identidad nacional de los Estados, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional y respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional?); y 4.º ¿no se estaría intentando convertir al TJUE en un legislador al margen de las instituciones comunitarias que detentan el poder legislativo en la UE, olvidándonos que su función es aplicar e interpretar los Tratados y no crear un nuevo procedimiento de adhesión (por fragmentación de un Estado miembro, también denominada por algunos políticos como «*ampliación interna*») que no está expresamente previsto en ningún precepto?

(54) Ver, Pregunta escrita: E-007453/2012 de Mara Bizzotto (EFD) a la Comisión (25 de julio de 2012. Respuestas del Sr. Barroso en el nombre de la Comisión (28 de agosto de 2012).

dos ni en el Derecho derivado con la que apoyar esta iniciativa, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20 del TFUE sólo las personas que poseen la nacionalidad de un Estado miembro se podían considerar ciudadanos de la UE, ya que la ciudadanía de la Unión se adicionaba a la nacional y no venía a sustituirla. La Comisión también subrayó que en el caso de que una secesión se produjese dentro de un Estado miembro, la solución tendría que encontrarse a través de negociaciones y de acuerdo con el Derecho internacional. A la vista de esto se preguntaba a la Comisión lo siguiente: 1.º ¿es verdad que el art. 20 del TFUE establece que la ciudadanía europea es adicional a la de un Estado miembro y que, en caso de secesión, los ciudadanos inmediatamente perderían su estatus como ciudadanos europeos y sus correspondientes derechos y obligaciones? y 2.º ¿no estima la Comisión que los ciudadanos deberían, pese a ello, estar protegidos en el caso de una posible secesión dentro de un Estado miembro con base en el Derecho internacional?, y si es así, ¿cómo?

La Comisión respondió a esta pregunta confirmando que, de acuerdo con el art. 20 del TFUE, la ciudadanía europea es adicional a la ciudadanía nacional (es decir, la ciudadanía de un Estado miembro) y no la reemplaza<sup>(55)</sup>. También confirma que en el hipotético caso de que una parte de un Estado miembro se independizase, la solución tendría que encontrarse y negociarse en el marco del ordenamiento jurídico internacional. Finalmente, se advierte que cualquier otra consideración relativa a las consecuencias de tal hecho es una simple conjetura.

- 2.º Destacan los autores del Informe que la respuesta a la pregunta que ellos mismos citan es coherente con lo dispuesto en el art. 20.1 del TFUE que dispone que «se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla». Es decir, la ciudadanía de la UE esta ligada a la nacionalidad de un Estado miembro.
- 3.º Finalmente, recuerdan que este planteamiento está reforzado por la «Declaración relativa a la nacionalidad de un Estado miembro» aneja al Tratado de Maastricht y que dispone lo siguiente: «la Conferencia declara que cuando en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se haga referencia a los nacionales de los Estados miembros, la cuestión de si una persona posee una nacionalidad determinada se resolverá únicamente remitiéndose al Derecho nacional del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros podrán declarar, a efectos informativos, quiénes deben considerarse sus nacionales a efectos comunitarios mediante una declaración presentada a la Presidencia, la cual podrá modificarse en caso necesario».

---

(55) Sobre esa cuestión, DEL VALLE GÁLVEZ, J.A, «La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia», en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN-PÉREZ DE NANCLARES, J.M, *Derecho comunitario material*, Editorial McGraw Hill, Madrid (2000), pp. 47 y ss. y DUBOIS, L. y BLUMANN. C., *Droit matériel de l'Union européenne*, Editorial Montchrestien, 5.ª edición, Paris (2009), pp. 17 y ss.

### III. Epílogo

Como anunciábamos al inicio de este breve comentario, el referéndum se ha celebrado. Los resultados «*brutos*», han sido publicados. Las causas y motivos del voto del *no* son varias. Las del *sí* claras. Quedan pendientes los análisis y el desglose de los mismos, que expliquen, la inscripción en el censo electoral y el hecho de que el «*si*» resultara vencedor en los distritos escoceses más pobres amen de la ciudad industrial de Glasgow. Las cuestiones de orden constitucional *post referéndum* han quedado abiertas como recordaba Andy ROBINSON (56). Lo relevante, sin embargo, es el propio proceso. La recuperación del *demos* en su propia definición, o, la recurrente pregunta sobre si los ciudadanos pueden o no disponer de su comunidad política.

Trabajo recibido el 22 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

---

(56) Vide Andy ROBINSON, «Escocia: Postmortem de un referéndum histórico», publicado en la revista digital *Sin permiso* del 21 de septiembre de 2014.

**LABURPENA:** Gobernu britainiarrak azterketa bat argitaratu du Eskozia burujabe batek ekarriko litzuzkeen ondorioei buruz. Dokumentu horri erantsita doa bi irakasleren azterketa (James Crawford eta Alan Boyle, Edinburgoko Unibertsitatekoak), Eskoziaren burujabetza-erreferendumari buruzko alderdi juridikoak jorratuz. Bertan ondorioztatzen denez, Eskozia burujabe egiten bada, estatu berritatz hartuko da nazioarteko Zuzenbidearen ikuspegitik, eta gainerako estatuak oraingo Erresuma Batua ordeztuko luke, bere erakundeei eutsiz, eta bi estatu berri agertzearen ideia baztertuz. Horregatik, gainerako Erresuma Batuak orain kide den nazioarteko erakundeen kide izaten jarraituko luke, eta Eskoziak bere atxikipena eskatu beharko luke estatu berri gisa. Hala gertatuko litzateke, adibidez, Europar Batasunarekin.

**HITZ GAKOAK:** Europar Batasuneko estatu kide berri gisa atxikitzea. Europar Batasuneko Zuzenbidea. Atxikitze-prozedura.

**RESUMEN:** El Gobierno británico ha publicado un documento de análisis sobre las implicaciones que conllevaría una Escocia independiente. Como anexo a dicho documento se encuentra el estudio de dos profesores (James Crawford y Alan Boyle de la Universidad de Edimburgo) que analizan los aspectos jurídicos del referéndum sobre la independencia de Escocia. En ese estudio se concluye que si Escocia llega a ser independiente, se considerará como un nuevo Estado desde el punto de vista del Derecho internacional y el resto del actual Estado sucederá al actual Reino Unido, conservando sus instituciones, rechazándose la idea de que aparezcan dos nuevos Estados. Por ello el resto del Reino Unido continuaría como miembro de las organizaciones internacionales de las que es actualmente miembro, mientras que Escocia tendría que solicitar su adhesión como un nuevo Estado. Este sería el caso de la Unión Europea.

**PALABRAS CLAVE:** Adhesión como nuevo Estado miembro de la Unión europea. Derecho de la Unión europea. Procedimiento de adhesión.

**ABSTRACT:** The British Government has published a major analysis paper on the implications of Scottish independence: «Scotland Analysis: Devolution and the Implications of Scottish Independence». The paper annexes an Opinion written by Professor James Crawford along with Professor Alan Boyle of the University of Edinburgh, entitled 'Opinion: Referendum on the Independence of Scotland – International Law Aspects'. The Opinion concludes that if Scotland becomes independent, it will be considered a new state as a matter of international law and the remainder of the UK will continue the legal identity of the UK and retain its existing institutions generally uninterrupted. It rejects the alternative possibility that Scotland and the remainder of the UK will both be considered new states. The Opinion also concludes that one consequence of this is that the remainder of the UK will continue its membership of international organisations, whereas Scotland will have to join many of them as a new state. In particular, Scotland will have to join the EU as a new member state.

**KEY WORDS:** Membership of the European Union. European law. Accession process.



# La compensación de impactos ambientales mediante adquisición de créditos de conservación: ¿una nueva fórmula de prevención o un mecanismo de flexibilización del régimen de evaluación ambiental?

Jesús Conde Antequera

**Sumario:** I. Planteamiento.—II. La compensación de impactos ambientales mediante la adquisición de créditos de conservación en la evaluación ambiental. II.1. Las modalidades de la acción compensatoria en la LEA. En particular la adquisición de créditos de bancos de conservación. II.2. La incorporación a la normativa de evaluación ambiental de la posibilidad de compensar efectos adversos adquiriendo créditos de conservación. II.3. Naturaleza y características de la compensación mediante adquisición de créditos en la LEA.—III. La necesidad de interpretación del sistema a la luz de los principios generales del derecho ambiental y de una definición del papel de la Administración en su gestión. III.1. La interpretación de la funcionalidad compensatoria de los créditos de conservación de la naturaleza conforme a los principios generales informadores del Derecho ambiental. III.2. La necesidad de regulación de la utilización de las medidas compensatorias y el protagonismo del principio de proporcionalidad. III.3. La definición del papel del Derecho público y de la Administración en la gestión del sistema.—IV. Bibliografía

## I. Planteamiento

Aunque la reciente Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental (LEA), ha sido presentada como una Ley que incorpora interesantes novedades en la regulación de la evaluación de impacto ambiental, no nos cabe duda de que la cuestión que más interés va a despertar en el régimen de este instrumento de prevención ambiental ha de ser la referencia a los bancos de conservación de la naturaleza y al papel que a éstos se pretende dar en la aplicación de la posibilidad de compensación de los efectos adversos de la implantación y desarrollo de determinados proyectos o actividades como medida justificadora de una evaluación ambiental positiva a pesar de dichos efectos adversos. Esta finalidad «compensatoria» de la evaluación ambiental, que hasta ahora ha tenido un carácter residual, es la que justifica la funcionalidad de estos bancos de conservación y su posible futuro protagonismo en los procedimientos de evaluación ambiental.

La posibilidad de compensar el daño ambiental ocasionado por un proyecto (pensemos en una autovía, un puerto, una actuación urbanística, etc.) mediante la realización de

trabajos alternativos que recuperen la funcionalidad ambiental perdida no es nueva en nuestra legislación reguladora de la evaluación del impacto ambiental o de otros ámbitos relacionados con la protección o reparación del medio ambiente. Lo novedoso e interesante de esta nueva LEA, por lo tanto, radica en la introducción, en su Disposición adicional octava, de la posibilidad de llevar a la práctica dicha compensación recurriendo al comercio de unos créditos que representan trabajos ambientalmente positivos efectuados previamente por terceros y en otros lugares, y en el cambio de perspectiva con la que se miran ahora las medidas compensatorias, ya no desde un punto de vista reparador derivado de la responsabilidad por la causación efectiva de un daño ambiental sino como una opción a barajar con carácter previo al desarrollo del proyecto y que permite obtener una autorización para llevarlo a cabo a pesar de preverse que van a causar tales daños.

Sin embargo, a pesar de la importancia y trascendencia que creemos que esta herramienta está llamada a tener en el régimen jurídico de la evaluación ambiental, la escasa o escueta regulación que hace la Ley de esta posibilidad compensatoria planteará, sin duda, muchas cuestiones e incertidumbres, algunas de las cuales queremos al menos apuntar en este trabajo.

Lógicamente, la incorporación de los créditos de conservación al sistema de evaluación ambiental y de su posibilidad de gestión en un sistema de mercado ha de presentar luces y sombras(1). Así, por un lado, creemos que ésta puede ser una nueva forma de consideración de los impactos ambientales y convertirse en una herramienta más para asegurar la sostenibilidad del desarrollo económico así como una posibilidad de entrada a la participación privada en la evaluación de impacto ambiental y, en consecuencia, en la protección eficiente del medio ambiente. Pero, por otro, su introducción supone en el fondo la admisión de la posibilidad de realización de determinada «actividad que produzca una pérdida inevitable e irreparable de valores naturales» a cambio de esas «medidas compensatorias de impacto ambiental».

Además, la introducción de una herramienta de corte tan mercantil como la que ahora abordamos nos induce a considerar la influencia o peso que haya podido tener el aspecto económico en nuestro legislador, sobre todo teniendo en cuenta la situación económica actual. De hecho, ya en la exposición de motivos de la LEA se hace una referencia directa en tal sentido a la necesidad de que la normativa no sea un obstáculo a la productividad, aludiendo expresamente al informe de la Comisión Europea, *Industrial Performance Scoreboard and Member's States*, que sitúa a España en un puesto no muy destacado en cuanto a su actividad mercantil. A partir de ello, podríamos plantearnos cuál es ahora el interés general preponderante en la evaluación ambiental tras la nueva Ley, si el ambiental o el económico, y cuál es el aspecto que más protagonismo adquiere en la aplicación del principio de desarrollo sostenible(2); de lo que se derivarían otras cuestiones como la de si la compra de créditos de conservación actuaría a modo de medida fundamentadora de una licencia para causar impactos ambientales irreversibles o simplemente se trata de una medida más para minimizar el daño cuando sea más práctico llevar a cabo la actuación ambientalmente favorable en otro lugar diferente

---

(1) De hecho, ya el profesor LOPERENA advertía que, desde una perspectiva puramente teórica, el desarrollo económico sostenible es relativamente incompatible con la economía libre de mercado. Vid. LOPERENA ROTA, «Hacia un concepto útil de desarrollo sostenible», *Ambiente y derecho*, núm. 1, 2003, p. 33.

(2) También LOPERENA, *op. cit.*, p. 33, se refiere a los tres pilares sobre los que se asienta el desarrollo sostenible: el desarrollo económico, el desarrollo social y la protección ambiental.

al de implementación del proyecto; o si, con esta figura, la LEA pretende simplemente fomentar acciones positivas para el medio por parte de particulares o, en cierto modo, busca ofrecer una posibilidad de salida a la polémica suscitada en torno a las pretensiones de indemnización por la limitación de usos de propiedades afectadas por instrumentos de planeamiento protector del medio ambiente.

## **II. La compensación de impactos ambientales mediante la adquisición de créditos de conservación en la evaluación ambiental**

### **II.1. Las modalidades de la acción compensatoria en la LEA. En particular la adquisición de créditos de bancos de conservación**

Desde la perspectiva de nuestro estudio, en el ámbito de la evaluación ambiental, la compensación es una forma prevista de mitigación del impacto ambiental de planes, programas o, sobre todo, proyectos. La finalidad de la compensación se podría incluir en este ámbito en la idea de «minimización» de impactos, pero es más difícil encajarla en la de prevención y en la de reparación o corrección, ya que precisamente, lo que se ha previsto es que el impacto sobre el medio va a ser irreparable. Se parte de la idea de que la actuación va a suponer un efecto adverso (negativo) sobre el medio ambiente que, aunque previsto, es aceptado y no va a ser reparado in situ, por lo que se pretende minimizar el impacto que se va a causar con otra actuación (o costeando otra actuación previa) que, por su efecto positivo sobre el medio, compensa en cierto modo el perjuicio que supone dicha actuación proyectada. Se trataría así de una minimización del impacto desde la perspectiva de un concepto ideal, importado de la rama de la Economía y de los presupuestos, cual es el del «neto ambiental».

Los denominados «bancos de conservación de la naturaleza» (también reciben otros nombres como «bancos ambientales», «bancos de mitigación», «bancos de hábitats» o «bancos de biodiversidad», si bien con connotaciones diversas) constituyen uno de los instrumentos, jurídicamente configurados, utilizables para realizar tal compensación, que ofrecen una alternativa flexible para evitar la pérdida neta de biodiversidad basada en el mercado, pretendiendo que los efectos negativos ocasionados a un valor natural puedan ser equilibrados por efectos positivos generados en otro lugar. Son así el resultado de la realización de acciones que mejoran los ecosistemas en un determinado emplazamiento, ya sea mediante la creación, mejora, restauración o conservación de ese determinado ecosistema(3). Su objetivo, por lo tanto, es la búsqueda de la eficiencia neta; es decir, del logro de un balance positivo entre el efecto adverso generado por una acción y el positivo generado por la actuación mediante el intercambio de los créditos que los representan, a modo de compensación.

Los créditos ambientales, o créditos de conservación o de compensación, serían entonces títulos, otorgados por una entidad(4), que cuantifican los valores ambien-

---

(3) Sobre la evolución, funcionamiento y operativa de los bancos de mitigación en EEUU véase GARDNER, R.C. «Banking on entrepreneurs: wetlands, mitigation banking, and takings», *Iowa Law review*, núm. 81, pp. 527-587.

(4) La entidad supervisora de los bancos de conservación, en nuestro caso, es el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, a quien la LEA encarga la función de otorgar al promotor del banco de conservación una serie de créditos ambientales que éste puede vender a quien va a generar el impacto ambiental con su actuación.

les generados o conservados en los terrenos adscritos a un banco de conservación, convirtiéndose así en unidades de valor ambiental intercambiables. Estos créditos pueden ser adquiridos por el promotor de una actividad económica que produce o va a producir un deterioro o destrucción de un activo natural existente, en determinadas circunstancias reguladas, por un precio equivalente, en términos ecológicos, al valor en que se cuantifica el daño que se va a causar. Así, el crédito de compensación es una forma de objetivación del daño, o al menos de intentarlo.

En definitiva, y en general, el modelo operativo de la compensación ambiental a través de los créditos ambientales es, en teoría, sencillo: una actuación de conservación, mejora o creación de un ecosistema o de un recurso natural realizada por particulares o empresas (por ejemplo, reforestar un parque, recuperar una especie en peligro, limpiar una zona contaminada, etc.) se valora y representa en créditos ambientales, que se monetarizan y se atribuyen a un banco de conservación. Estos créditos se inscriben en un registro controlado por la Administración. Con las mismas unidades de medida, se valora un impacto o un daño ambiental. Y los créditos obtenidos de la mejora del ecosistema en cuestión son utilizados, cuando se compran al banco, por parte de los promotores de actividades impactantes para compensar el impacto evaluado causado por sus proyectos.

En nuestra normativa sobre evaluación ambiental, ya el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, hacía una referencia directa a la posibilidad de prever medidas compensatorias, junto a medidas de reducción o eliminación de los efectos ambientales negativos de un proyecto, en el estudio de impacto ambiental que debía de acompañar a la solicitud de evaluación(5). Posteriormente, la Ley 62/2003, 30 diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, incluyó en éste una nueva Disposición adicional cuarta con la que amplió el ámbito de aplicación de la evaluación ambiental a los planes y proyectos estatales previstos en el artículo 6 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establecen medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres; concretamente aquéllos desarrollados en zonas especiales de conservación y, más específicamente, en espacios de la red Natura 2000. Lo destacable de este reglamento, y que se incorpora expresamente a la normativa de evaluación ambiental con

---

(5) El fundamento de este Real Decreto Legislativo se encuentra en la Directiva 85/337/CEE, del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente que, en su artículo 5.3, establecía, entre otras, la obligación del promotor de describir en el estudio de impacto ambiental las medidas previstas para evitar, reducir, y, si fuera posible, compensar, los efectos adversos significativos y, en el artículo 9.1, disponía la obligación de que las autoridades competentes para autorizar los proyectos informaran de las principales medidas para evitar, reducir y, si es posible, compensar los principales efectos negativos (curiosamente en la redacción dada a este último artículo tras la Directiva 2003/35/CE, se utiliza la expresión «contrarrestar los principales efectos adversos»). Pero no hacía mención a los bancos de conservación o de mitigación como medida compensatoria. Asimismo el reglamento de ejecución del R.D. Legislativo 1302/1986, aprobado por R.D. 1131/1988, de 30 de septiembre, se refirió a la obligación de indicar las medidas previstas para compensar los efectos ambientales negativos significativos en el proyecto, expresando en su artículo 11 el carácter subsidiario de dichas medidas compensatorias «dirigidas a compensar dichos efectos con acciones de restauración o de la misma naturaleza y efecto contrario al de la acción emprendida», al señalar que dichas medidas se llevarían a cabo en defecto de las medidas adecuadas para atenuar o suprimir dichos efectos negativos. Además, este reglamento aporta en su anexo I definiciones de gran interés para este instrumento como las de efecto reversible o irreversible o efecto recuperable o irrecuperable.

la referida Disposición adicional, es que, a pesar de sujetar a EIA los proyectos en estos espacios protegidos, admite que «razones de índole social o económica» pueden justificar el hecho de que, aún con una evaluación de impacto ambiental negativa, puedan desarrollarse dichos proyectos a cambio de cumplir la condición de que «las Administraciones públicas competentes tomarán cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de Natura 2000 quede protegida» (artículo 6.4) y de que el Ministerio remita la información sobre las medidas compensatorias que se hayan adoptado a la Comisión Europea. Una posterior redacción de este precepto dada por el R.D. 1421/2006, de 1 de diciembre, obligaba a la adopción de dichas medidas compensatorias durante el procedimiento de evaluación ambiental y, en el caso de que la autorización del plan, programa o proyecto correspondiera a la Administración del Estado, a consultar específicamente al órgano de la comunidad autónoma competente para la gestión del espacio de la Red Natura 2000 afectado por el mismo. Estas mismas previsiones se realizaron en el artículo 45.5 la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, que únicamente planteaba la restauración compensatoria como medida subsidiaria e inevitable para los casos en que «razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica», justificaran la realización del proyecto, ampliando el ámbito de aplicación para referirlo no ya sólo a espacios de la red Natura 2000 sino también a Zonas Especiales de Conservación y las Zonas de Especial Protección para las Aves y estableciendo que la adopción de las medidas compensatorias se debía llevar a cabo, en su caso, durante el procedimiento de evaluación ambiental y que la aplicación de dichas medidas se habría de hacer en la fase de planificación y ejecución que determine la evaluación ambiental(6).

Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico no ha existido una norma que haga referencia siquiera indirecta al sistema de compensación mediante créditos generados por los bancos de conservación de la naturaleza hasta el Real Decreto 1274/2011, de 16 de septiembre, por el que se aprueba el Plan estratégico del patrimonio natural y de la biodiversidad 2011-2017, en aplicación de la citada Ley 42/2007. Este Plan parece proveer una clara preparación de las bases de un nuevo sistema de compensación a través de herramientas de mercado en nuestro Derecho al incluir entre sus principios el de «no pérdida neta» (7). Y apuesta, entre los mecanismos innovadores de financiación para la biodiversidad, por el pago por servicios de los ecosistemas y otras iniciativas para involucrar al sector privado. Y, más concretamente, al enunciar su objetivo 3.15, especifica la necesidad de estudiar y regular la puesta en marcha de

---

(6) Posteriormente, también el Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos se refería también a estas medidas compensatorias, tanto en el artículo 7.1.d), al disponer los datos de contenido obligatorio en el estudio de impacto ambiental, como en el art. 16.1.d, como medida a incluir en el contenido del documento ambiental que había de presentarse junto a la solicitud para la determinación de sometimiento o no a evaluación de impacto ambiental para la evaluación de impacto ambiental de proyectos del Anexo III y de proyectos no incluidos en el Anexo I que pudieran afectar a los espacios de la red Natura 2000. El nuevo R.D. Legislativo mantuvo la redacción de la Disposición Adicional 4.<sup>ª</sup> anteriormente comentada.

(7) En el apartado dedicado a la evaluación ambiental, partiendo de que «los impactos acumulativos o los efectos sinérgicos de actividades o proyectos sobre la biodiversidad provocan una progresiva disminución en la funcionalidad ecológica del medio natural y con ello su capacidad para proporcionar bienes y servicios ambientales», considera que «es preciso establecer mecanismos para evitar esta pérdida neta de biodiversidad y patrimonio natural».

bancos de biodiversidad como acción para lograr el objetivo de asegurar la adecuada financiación de la política de conservación de la biodiversidad.

La LEA no hace referencia, sin embargo, a diferentes modalidades de acciones compensatorias en los preceptos que regulan el procedimiento de evaluación ambiental(8), refiriéndose sólo genéricamente a «medidas que permitan prevenir, corregir y, en su caso, compensar los efectos adversos sobre el medio ambiente» y remitiéndose, en su artículo 5, a la Ley 42/2007 para la definición de las medidas compensatorias, pero si alude, en su Disposición adicional octava, a la posibilidad de que los créditos de conservación constituyan las medidas compensatorias o complementarias previstas en la legislación de evaluación ambiental, responsabilidad ambiental o sobre patrimonio natural y biodiversidad. A partir de la LEA, por lo tanto, podemos realizar una primaria clasificación de las medidas de compensación en dos tipos: la compensación con actuaciones ambientales positivas, expresamente indicadas en la declaración ambiental, y la compensación mediante la adquisición de créditos ambientales a que se refiere su Disposición adicional octava. En nuestro estudio nos centramos en esta última, si bien, dada la escueta redacción del apartado 3 de la citada Disposición, cuando establece que «los titulares de los terrenos afectados por los bancos deberán *conservar* los valores naturales *creados o mejorados*, debiendo estos terrenos solo destinarse a usos que sean compatibles con los citados valores naturales», podría darse lugar a entender que cabe no sólo la posibilidad de compensar mediante la compra del crédito generado por la realización expresa de actuaciones que han tenido o tienen un efecto ambiental positivo, sino también mediante la compra del crédito generado por la simple *conservación* de un bien que ofrece servicios ambientales y que podría haber sido destinado por su titular a otro uso que no habría generado tal efecto ambiental positivo o eliminado tal servicio.

## **II.2. La incorporación a la normativa de evaluación ambiental de la posibilidad de compensar efectos adversos adquiriendo créditos de conservación**

Las corrientes economicistas norteamericanas de la segunda mitad del siglo xx aportaron una idea novedosa al Derecho Ambiental, cual fue la valoración de la posibilidad de que la contaminación, como fallo del mercado, pudiera corregirse a partir de la creación de un mercado sobre elementos ambientales basado en el comercio de derechos a contaminar transferibles dentro de una cantidad máxima de emisiones limitada por el número de certificados emitidos(9). Esta teoría influyó en la Environ-

(8) En EEUU si se han regulado tres formas de mitigación compensatoria: a) la mitigación-permisionario responsable, que es la que realiza directamente el operador al que se autoriza la realización de una actividad con efectos ambientales adversos mediante la creación o la mejora de los humedales en el lugar del desarrollo; b) los programas de pagos-*in lieu* o mitigación de pago, que consisten en el pago de una cuota para financiar la mitigación de humedales por una tercera entidad de conservación en el mismo lugar, en vez de realizar directamente las actividades de mitigación, y que implica también la posibilidad de crear, restaurar y mejorar los humedales adyacentes a los que están siendo afectados; y c) los bancos de mitigación, que ya hemos definido. Respecto a la operativa de funcionamiento de estos tres sistemas, puede consultarse RUHL, J.B. y SALZMAN, J., «The effects of wetland mitigation banking on people», en *National Wetlands Newsletter*, vol. 28, n.º 2, Environmental Law Institute, Washington D.C., 2006.

(9) Véase, por ejemplo, la teoría de DALES, J.H., en *Pollution, Property and Prices*, University of Toronto Press, Toronto, 1968.

mental Protection Agency (EPA) y quedó plasmada en la Clean Air Act de 1970 y en la sección 404 de la Ley Federal de Aguas de 1972 (Federal Water Pollution Control Act, conocida posteriormente como la Clean Water Act). Ésta última contemplaba la compensación de los impactos a los humedales (wetlands) mediante la creación de «bancos de mitigación» basados en créditos con los que se valoraban y representaban trabajos previos de recuperación, mantenimiento o generación de ecosistemas equivalentes. A partir de entonces hay un proceso regulatorio basado en el objetivo de «No net loos» («Sin Pérdida Neta»)(10). La idea se ha extendido a otros países en los primeros años del siglo XXI(11) y actualmente se barajan datos que estiman que el mercado de los Bancos de Hábitat mueve en el mundo en torno a los 3000 millones de euros anuales; es decir, que manos privadas invierten aproximadamente esta cantidad en creación de biodiversidad.

En Europa, el *Libro Verde sobre la Utilización de Instrumentos de Mercado en la Política de Medio Ambiente y otras Políticas Relacionadas*(12) ha sido el instrumento que planteó la posibilidad de introducir este tipo de sistemas a nivel comunitario (citando como ejemplo los «bancos de hábitats») y la necesidad de realizar un estudio adecuado de sus ventajas e inconvenientes para su implementación, partiendo de considerar que «los instrumentos de mercado pueden resultar eficaces para animar a los propietarios de terrenos a mantener bosques o humedales, o para compensar el daño inevitable causado a la biodiversidad por los proyectos de desarrollo, creando hábitats similares en otras partes y evitando así pérdidas netas de biodiversidad».

En este marco, la posibilidad de compensación de impactos mediante la adquisición de créditos de conservación ha tenido acogida en el nuevo sistema de evaluación

(10) Este objetivo fue presentado por primera vez en la campaña presidencial de Bush de 1988 y fue aprobado posteriormente como una política por la EPA en 1989, culminando en 1995 con la aprobación por la EPA y The Army Corps of Engineers (The Corps), de la *Guía para el establecimiento uso y operación de los bancos de mitigación* —Federal Guidance on the Establishment, Use and Operation of Mitigation Banks—, 60 Fed. Reg. 58.605, conocida como The Guidance o la Mitigation Banking Guidance, que constituyó la original regulación práctica de los bancos de mitigación junto a un Memorandum of Agreement, de 1993, la *In-Lieu-Fee Guidance*, de 2000, y la *Regulatory Guidance Letter*, de 2002. Sobre estas guías hay un completo estudio en RUHL y GREGG, «Integrating Ecosystem Services into environmental Law: a case study of wetlands mitigation banking», *Stanford environmental law journal*, núm. 20, 2001, pp. 373 a 277. Surgen en paralelo en los años noventa los bancos de conservación, para especies amenazadas con base en una Ley de Especies Amenazadas de 1973 y en 2003 se aprobó la guía sobre éstos. En abril de 2008, la EPA y The Corps, con el propósito de establecer las normas y criterios para todos los métodos de mitigación compensatoria por daños a las fuentes de agua debidos a una actividad permitida, promulgaron una norma definitiva que afectará a la regulación de los bancos de mitigación, actualmente objeto de importantes controversias que han requerido serias modificaciones normativas y la introducción de instrumentos de seguimiento y revisión del funcionamiento del mercado de créditos. Véase al respecto GARDNER, R.C., «Rehabilitating Nature: A Comparative Review of Legal Mechanisms That Encourage Wetland Restoration Efforts», *Catholic University Law Review*, vol. 52 n.º 3, 2003, pp. 573 y ss., donde se hace una referencia al «Mitigation Banking Review Team» (MBRT), órgano técnico compuesto de expertos en recursos naturales de los organismos interesados, encargado de la evaluación de la necesidad general para la constitución del banco, el estado del sitio del banco de base ecológica, la viabilidad técnica de los trabajos de mitigación propuestos y los procedimientos que rigen el uso del banco.

(11) En 2006 nació en Nueva Gales del Sur (Australia) el sistema de Biobanking, con una filosofía similar a los bancos de conservación norteamericanos, dirigida a la compensación de desarrollos urbanísticos. En Francia y Reino Unido ha habido también experiencias piloto. Alemania ha incorporado este instrumento a la Ley de Conservación de la Naturaleza de 2002, que faculta a los länder (Estados federados) a utilizarlos para la compensación de impactos derivados del desarrollo urbanístico. A nivel internacional, incluso la ONU está desarrollando programas en los que se valora la viabilidad de bancos de hábitat en Latinoamérica y Caribe.

(12) COM (2007) 140 final.

ambiental de la Ley 21/2013, si bien, a pesar de la trascendencia operativa y práctica que pueden llegar a tener en el sistema de evaluación ambiental, con un tratamiento que parece resultar insuficiente. Así, salvo una breve y descriptiva alusión a los bancos de conservación de la naturaleza en la exposición de motivos, sólo dedica a su regulación la citada Disposición adicional 8.<sup>a</sup>. Sorprende además que la regulación que la LEA hace de estos instrumentos sea a través de disposición adicional, a sabiendas de que dichas disposiciones están destinadas a la regulación de regímenes especiales. La importancia de la materia que regula esta Disposición nos hace pensar que hubiera requerido un tratamiento más extenso en el articulado de la Ley.

La referida Disposición adicional 8.<sup>a</sup> ofrece un concepto casi de derecho mercantil de los bancos de conservación de la naturaleza (13). Posteriormente, en su apartado 2, hace referencia a la forma o instrumento de creación de tales bancos (se crean por resolución del Ministerio o, en su caso de la comunidad autónoma) y al contenido de la resolución, del cual podemos deducir los aspectos formales básicos definidos por la Ley para la constitución de dichos bancos. En tal sentido se dice que en la resolución han de describirse las actuaciones concretas en que consiste esa creación o mejora de valores naturales, deberá identificarse la finca sobre la que se realizan y se hará constar la atribución del número de créditos que la Dirección General competente otorgue a los titulares de los terrenos de acuerdo con criterios técnicos expresos. Y, en el apartado 3, se establecen las principales obligaciones derivadas de la constitución de tales bancos; a saber: la obligación de los titulares de los terrenos afectados por los bancos de conservar los valores naturales creados o mejorados impidiéndose que dichos terrenos se destinen a usos incompatibles con los citados valores naturales y la obligación de anotar esta limitación del dominio en el Registro de la Propiedad en la inscripción de la finca en la que se haya realizado la mejora o creación de los activos naturales (14).

Pero el mayor interés para nuestro estudio lo ofrecen los apartados 4 y 5 de dicha Disposición adicional. El 4 es el que relaciona dichos créditos de conservación con las medidas compensatorias o complementarias a las que se refiere la legislación ambiental, estableciendo que dichos créditos podrán constituir tales medidas tanto desde el punto de vista de la evaluación ambiental como del de la responsabilidad y sobre patrimonio natural o biodiversidad, y positivizando así el principio de «no pérdida neta» al considerar como objetivo de tal relación el «que los efectos negativos ocasionados a un valor natural sean equilibrados por los efectos positivos generados sobre el mismo o semejante valor natural, en el mismo o lugar diferente». Y el apartado 5, en cuanto que establece la posibilidad de transmisión de dichos créditos otorgados para cada banco en régimen de libre mercado, facilitando incluso el comercio de títulos mediante su inscripción en un Registro público, compartido y único en todo el territorio nacional, dependiente del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente.

---

(13) Los define, en el apartado 1, como «un conjunto de títulos ambientales o créditos de conservación otorgados por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente y, en su caso, por las comunidades autónomas, que representan valores naturales creados o mejorados específicamente».

(14) A tal efecto, se dispone que será título suficiente para practicar esta inscripción el certificado administrativo de que la actuación de creación o mejora del activo natural está registrada en el correspondiente banco de conservación de la naturaleza.



En definitiva, de la LEA podemos deducir los siguientes aspectos normativos en relación con esta herramienta: se trata de un instrumento que da cabida a la actuación privada, pues no limita o reduce la posibilidad de crear o mantener valores ambientales a la actuación pública; la creación de los bancos de conservación requiere una resolución administrativa, lo que, en consecuencia, genera una actividad administrativa tendente a la motivación y justificación de dicha resolución; a la Administración estatal es a quien se atribuye la función de evaluar la actuación privada de creación o mantenimiento ambiental, puesto que a ella corresponde cuantificarla en créditos que asigna al titular de la finca en la que se ha creado o mejorado su funcionalidad ambiental; su implementación supone una limitación de usos de los terrenos para destinarlos sólo a los que sean compatibles con la conservación; esa limitación va a ser públicamente conocida, debido a la oportuna inscripción en el Registro de la Propiedad; y la clave de la aplicación de los créditos es utilizarlos para compensar impacto ambiental que puede o va a causarse por el desarrollo de un proyecto, aunque la Ley abre la posibilidad a trasladar el sistema al ámbito de la responsabilidad respecto a daños ya acaecidos.

Se trata, por lo tanto, de una regulación muy escueta para un instrumento tan complejo, pues se obvia todo lo relativo a las condiciones de intercambio, metodología o criterios de valoración de los créditos, regulación del mercado, etc., si bien se remite a desarrollo reglamentario para el tratamiento de algunas de estas cuestiones. Sin embargo, creemos que hubiera sido interesante que la Ley especificara el objeto (hábitats, humedales, red Natura 2000, o recursos naturales en cuestión) y hubiera ofrecido una definición legal, siquiera básica, del crédito de conservación, en la que se explicara exactamente qué es lo que representa.

### **II.3. Naturaleza y características de la compensación mediante adquisición de créditos en la LEA**

La sobriedad de la regulación legislativa y la falta aún de un desarrollo reglamentario hacen que resulte aventurado delimitar la naturaleza y sistematizar las características de esta nueva herramienta en el ámbito de la evaluación ambiental que, por otro lado, en algunos casos han de considerarse como requisitos o criterios de aplicabilidad de tales medidas.

La implementación de los bancos de conservación en nuestro sistema de protección ambiental se fundamenta y se inserta en la corriente teórica que propugna que es preciso acudir a instrumentos de mercado para lograr dicho fin protector del medio ambiente. Por lo tanto, se parte de la premisa de que la utilización de instrumentos de mercado es adecuada para colaborar a la consecución de fines de interés público y, en este caso, la protección del medio ambiente; teoría que ya ha tenido una aplicación operativa en la protección ambiental en diversos ámbitos, destacando, sobre todo, en el ámbito de la emisión de gases de efecto invernadero y en la protección contra el cambio climático acaudillada por el Protocolo de Kyoto y el establecimiento de un mercado de cuotas de emisión de dichos gases. La primera cuestión que planteamos sobre la naturaleza de los bancos de conservación y los créditos generados a los que se refiere la LEA es, pues, si son equiparables al mercado de cuotas de emisión de gases derivado del Protocolo de Kyoto. Al respecto, si bien existe cierto paralelismo

funcional respecto a éste, en el caso del comercio de créditos de compensación previsto ahora en la LEA encontramos una diferencia básica de gran importancia: no hay una asignación administrativa previa de un límite de títulos ni un límite cuantitativo debidamente regulado y previamente evaluado y valorado por el regulador, como en el caso de las emisiones, en el que se produce una posterior reasignación por el mercado de dichos títulos, admitiendo su transmisión total o parcial, sino que el mercado se genera *ad hoc* en función de unas actividades concretas. De este modo, hemos de tener en cuenta que se recurre al mecanismo del comercio de créditos ambientales no dentro de unos márgenes de asignación previstos por la normativa, sino dentro de los límites expresamente establecidos por la Administración en el procedimiento de evaluación ambiental. Habrá de ser el órgano ambiental, por lo tanto, el que valore y determine (imponga), a la vista del proyecto presentado, el número de créditos necesarios para compensar el efecto adverso que dicho proyecto conlleva. Se negocia así con los créditos que representan los beneficios ambientales creados por unos y los que representan el derecho a destruir, por lo que, realmente, lo que se genera es un verdadero mercado del impacto ambiental (15).

La siguiente cuestión fundamental que podemos plantear a partir de lo dicho, y con base en la regulación que hace la LEA, es si se reconoce un derecho del promotor a recurrir a esta posibilidad compensatoria para poder desarrollar proyectos que conllevan efectos adversos sobre el medio afectado que son irrecuperables salvo, y en cierto modo, a través de actuaciones compensatorias; y, por lo tanto, si la adquisición de los títulos valores que constituyen dichos créditos originan el derecho a causar un impacto ambiental no recuperable al adquirente (16). De la redacción de la D.A. 8.<sup>a</sup> la respuesta parece ser afirmativa, pero realmente se trataría, en todo caso, de una obligación consecuyente, a modo de condición necesaria para el ejercicio del derecho a llevar a cabo la empresa, supeditado a que no existan otras posibilidades de corrección o minimización del efecto adverso, lo cual ha de ser previamente comprobado y valorado por la Administración.

La evaluación ambiental es un procedimiento de carácter técnico, en el que se pone de manifiesto la dependencia técnica de la decisión administrativa sobre el uso de los recursos naturales y el medio ambiente. Y uno de los aspectos técnicos que se consideran en el procedimiento de evaluación ambiental, a partir de la LEA, es la conversión en unidades de valor del impacto ambiental que conllevan las actividades, para poder equipararlo al beneficio ambiental generado por los bancos de conservación en los casos en que se proponga y proceda esta medida de compensación. Dado que la evaluación del impacto de la actividad y del beneficio ambiental de los bancos

---

(15) Véase idea del *mercado de la contaminación* en VVAA, *El mercado de derechos a contaminar. Régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España*, Dir. SÁNZ RUBIALES, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 48. Parte de la idea de que es difícil valorar el ambiente, pero es más fácil que el mercado ponga valor a la contaminación con un precio a la unidad de contaminación necesaria para seguir ejerciendo determinadas actividades económicas. Llevando el razonamiento a la atmósfera, reflexiona en el sentido de pensar que «si fuera ésta el objeto del mercado tendríamos que preguntarnos cuánto estaríamos dispuestos a pagar por tener una atmósfera limpia y minimizar el efecto invernadero. Ahora bien, si se comercia con derechos a contaminar la pregunta sí tiene una respuesta: las empresas saben el precio de la unidad de contaminación necesaria para su funcionamiento rentable».

(16) Véase la teoría de RÈMOND-GOUILLOUD, M., *Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement*, PUF, Paris, 1989.

de conservación son actividades de carácter técnico, sería lógico plantearse si la actuación de la Administración a la hora de prever la restauración por compensación en la declaración de impacto ambiental es una actuación discrecional o es una actividad reglada. Sobre todo, partiendo de la base del riesgo ambiental que conlleva tanto la aceptación de la alternativa compensatoria como del riesgo para el desarrollo económico que supondría el impedimento de la puesta en marcha de la actividad (17).

En nuestra opinión, entendemos que la decisión sobre si se adoptan las medidas compensatorias no sería una decisión discrecional de la Administración, sino que más bien estaríamos en presencia de una decisión reglada que se tomará, específicamente, cuando no sea posible otra solución conforme a la denominada «jerarquía de mitigación» (18). Ahora bien, la decisión de proceder a la compensación a través de la adquisición de créditos de conservación, y no mediante otros sistemas de compensación, sería una decisión discrecional, controlable, sobre todo, por aplicación del principio de proporcionalidad. Por lo tanto, las «razones imperiosas de interés público de primer orden», a las que luego nos referiremos, que motivan el recurso a esta modalidad de compensación, serían un concepto jurídico indeterminado, que habrá de concretarse técnicamente, y también la valoración o reducción a título valor (crédito) que se haga del impacto o efecto adverso de la actividad (el número y el valor exacto del crédito) sería un concepto jurídico indeterminado a concretar tras una actividad técnica de valoración contrastada y controvertida en el procedimiento de evaluación ambiental, a modo semejante al de la determinación del justiprecio en la institución expropiatoria.

La tercera reflexión que hacemos es la de si los créditos de conservación son un instrumento de naturaleza preventiva, acorde a la filosofía de la EIA, o participan más de un carácter corrector, cercano a la teoría de la responsabilidad. En este sentido, hemos de hacer una referencia al carácter de la compensación como mecanismo para lograr una evaluación ambiental positiva del proyecto que se pretende implementar, distinguiéndola de las medidas de compensación en el ámbito de la responsabilidad ambiental. Para la Ley de responsabilidad ambiental (19) la reparación compensatoria consiste en aportar mejoras adicionales a las especies silvestres y los hábitat o a las aguas, ya sea en el lugar dañado o en un lugar alternativo, y la reparación complemen-

---

(17) Manifestación también de la gestión del riesgo como paradigma del Derecho ambiental al que se refiere ESTEVE PARDO en *Derecho del medio ambiente, tercera edición*, Marcial Pons, Madrid, 2014, p. 14.

(18) En contra a esta opinión defendida, la STSJ de Cantabria núm. 127/2005, de 17 de marzo, en la que el Tribunal concluye que entra en el ámbito de la discrecionalidad administrativa determinar el tipo de medida correctora que procede. Desde la perspectiva de la experiencia estadounidense, la legislación federal de aguas establece una «jerarquía de mitigación» como principio que conlleva la obligación del promotor del proyecto de poner todos los medios necesarios a su alcance para evitar el daño, y en caso de no poder evitarlo, minimizarlo, antes de poder acceder a la compra de créditos. *Vid.* también, al respecto, CABALLERO, *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Ed. LGDJ, París, 1981, p. 333, al referirse a la necesidad de mantenimiento de órganos dedicados a la restauración ambiental: réparation en nature o compensation en nature (lorsque la première est impossible en raison de l'irréparabilité du préjudice).

(19) Esta Ley hace referencia en su anexo II, apartado c) a la «reparación compensatoria» como toda acción adoptada para compensar las pérdidas provisionales de recursos naturales o servicios de recursos naturales que tengan lugar desde la fecha en que se produjo el daño hasta el momento en que la reparación primaria haya surtido todo su efecto. Distingue, por lo tanto, la reparación compensatoria de la reparación primaria, cuyo objetivo sería, según dicho anexo, restituir o aproximar los recursos naturales dañados o los servicios de recursos naturales perdidos a su estado básico.

taria consistiría en aquella que se debe hacer cuando los recursos naturales o los servicios de recursos naturales dañados no se restituyen a su estado básico, con la finalidad de proporcionar un nivel de recursos naturales o servicios de recursos naturales —inclusive, si procede, en un lugar alternativo— similar al que se habría proporcionado si el lugar dañado se hubiera restituido a su estado básico. En conclusión, en el ámbito de la responsabilidad ambiental, el concepto de reparación compensatoria no coincidiría con las «medidas compensatorias» a que hace referencia la LEA, que más bien se acomodarían a la finalidad de la llamada reparación complementaria de la Ley de responsabilidad ambiental. En definitiva, la compensación en la EIA consiste en la adopción de medidas que se deciden en un procedimiento de carácter preventivo cuya finalidad es recuperar la funcionalidad (o el servicio) ambiental perdido (o que se va a perder) tras el desarrollo de un proyecto. Por lo tanto, su carácter es corrector. Están más próximas a la teoría de la responsabilidad ambiental que a la prevención. Sin embargo, la LEA pretende incorporar el estudio previo y la previsión de estas medidas al procedimiento de evaluación ambiental para considerar su viabilidad y contraefecto frente a los efectos ambientales negativos previstos en un proyecto. Suponen por lo tanto, una anticipación de la concreción de la responsabilidad de un promotor por el desarrollo de su proyecto que se aplicará frente a las consecuencias dañinas de éste.

Otra característica de la compensación sería la subsidiariedad y adicionalidad. Ha de recurrirse a la compensación de efectos adversos sólo cuando no pueda restaurarse y como *última ratio*. Para compensar un daño a través de un banco de conservación primero se ha de realizar el correspondiente trámite de EIA y el procedimiento de evaluación ambiental ha de basarse, por lo tanto, en esa «jerarquía de mitigación» que concluya la aplicabilidad de la medida compensatoria únicamente después de intentar evitar, posteriormente reducir y finalmente restaurar el daño. Sólo cuando estas tres finalidades no se logren completamente existirá la necesidad de acudir a la compensación del efecto negativo. La LEA confirma este carácter cuando utiliza la frase expletiva «en su caso», al referirse a la utilización de estas medidas, si bien debería haber sido más explícita disponiendo expresamente el empleo de las medidas compensatorias adicionalmente a las correctoras de carácter primario que procedan parcialmente. Por lo tanto, han de lograr un beneficio ambiental que vaya más allá de los resultados que hubieran dado otros mecanismos de corrección o minimización. Esta característica es la que evitaría que los bancos de conservación se conviertan en meras herramientas simplificadoras de las compensaciones que terminen colaborando a la degradación ambiental.

La siguiente característica de esta medida sería su obligatoriedad. Dado el carácter reglado de la actuación administrativa y la adicionalidad de la medida, la realización de la acción compensatoria ha de entenderse obligatoria. Cuando no es suficiente la previsión en el estudio de impacto ambiental de una medida de restauración primaria para recuperar el saldo neto del servicio ambiental perjudicado, es necesario acudir a la medida compensatoria hasta dar cumplimiento al principio de no pérdida ambiental neta. En caso contrario, el desarrollo del proyecto quedaría convertido en una fuente de externalidades. Sin embargo, el recurso a la utilización de los créditos de compensación como forma de compensación si ha de entenderse con carácter voluntario, como lo califica la exposición de motivos de la LEA. Los créditos de conservación son simplemente una modalidad de lograr la finalidad compensatoria pretendida, pero no

puede obligarse al promotor a recurrir a esta figura, si tiene la opción de acudir a cualquier otra forma de compensación que equilibre la balanza ambiental perjudicada. Sólo podrá obligarse a ello si es preciso por no existir otras soluciones.

Finalmente, otras características de la medida compensatoria consistente en la adquisición de créditos serían la transmisibilidad, puesto que así queda establecido en la LEA, por lo que puede generarse un mercado secundario en relación al comercio de dichos créditos y la publicidad, por la obligación de inscripción en el registro, requerido de control público.

### **III. La necesidad de interpretación del sistema a la luz de los principios generales del Derecho ambiental y de una definición del papel de la Administración en su gestión**

#### **III.1. La interpretación de la funcionalidad compensatoria de los créditos de conservación de la naturaleza conforme a los principios generales informadores del Derecho ambiental**

Probablemente éste sea uno de esos trabajos de investigación que plantean más preguntas que respuestas, simplemente por la inexperiencia en la aplicación de los créditos de conservación en nuestro Derecho y por la poca información disponible de la aplicación de las medidas compensatorias hasta ahora llevadas a cabo; por cierto información no muy alentadora. Por ello, hemos de abordar las cuestiones dudosas desde la cautela y a la luz de los principios generales del Derecho ambiental.

Desde la perspectiva del *principio de protección y mejora del medio ambiente*, la medida compensatoria plantea ciertas dudas, principalmente en cuanto que puede generar algún conflicto con una derivación de éste, que es el *principio de no regresión*. Este principio vincula al estado de referencia a efectos de responsabilidad y plantea la duda de cómo compatibilizar la obligación de conservar y no perder calidad, tomando como referencia el estado actual de los recursos naturales, si se va a admitir su perjuicio. Sin embargo, para entender que no existe enfrentamiento entre estas medidas y el principio de protección, se ha gestado otra concreción de éste en el novedoso «principio de no pérdida neta de biodiversidad», al que, con clara alusión al «No net loos» norteamericano, se hace expresa referencia ya en nuestra normativa desde el mencionado Plan de 2011. Por lo tanto, para aceptar en nuestro ordenamiento la inclusión de los bancos de conservación de la naturaleza y de la compensación a través del sistema de créditos de conservación es preciso entender que la protección del medio ambiente ha de considerarse en función de valores «netos».

En semejante sentido, en cuanto al *principio de prevención* hemos de partir del hecho de que la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA) es el instrumento jurídico de prevención por excelencia. Admitir la posibilidad de un efecto ambiental adverso irreparable a la hora de emitir la declaración ambiental en el procedimiento de evaluación ambiental puede suponer una lesión del principio de prevención y un quebranto de la finalidad de la EIA si no se reinterpreta dicho principio en el sentido comentado de la no pérdida neta de biodiversidad. Lo que se pretende es «prevenir» esa pérdida neta de biodiversidad derivada de la realización de un proyecto soslayando con medidas

compensatorias las consecuencias jurídicas contrarias al desarrollo del proyecto que tendría una prevención del impacto mediante las técnicas habituales.

Por otro lado, la justificación de la operatividad de los créditos de conservación está en que los instrumentos clásicos de intervención (autorizaciones, EIA, sanciones, etc.) no alcanzan en ocasiones a resolver la situación o necesidad planteada, por lo que se recurre entonces a este nuevo instrumento que podemos insertar en el ámbito del mercado. Pero ello conlleva la necesidad de aplicar el *principio de cautela* a la hora de su generalización pues ello podría suponer una vulneración de dicho principio. Por lo tanto, sólo en cada caso previamente evaluado, y cuando se tenga certeza de que no es posible la restauración primaria o in situ y que la medida compensatoria va a ser suficiente para recuperar la funcionalidad ambiental perdida por la implantación del proyecto, podrá acudir a este mecanismo.

En cuanto al *principio quien contamina paga*, la adquisición de créditos de conservación podría incluirse entre las medidas correctoras previstas en la evaluación ambiental, que plasman los principios de responsabilidad y de quien contamina paga en este ámbito, puesto que podría considerarse una especie de pago por el impacto ambiental causado o que va a causar una actividad. Desde el punto de vista del promotor de la actividad dañina, lógicamente la adquisición del crédito de conservación es una forma anticipada de asumir una responsabilidad objetiva por el impacto que se va a causar, sólo que prevista y permitida. Hasta ahora, la autorización de la actividad sin valorar el efecto ambiental negativo ni disponer su compensación cuando el daño ocasionado por una actividad que era preciso desarrollar no podía recuperarse ha significado la consideración de tales efectos como externalidades, en el sentido de que se trataría de daños o costes producidos por la actividad que el mercado por sí sólo no puede valorar y tampoco se pueden castigar. La compensación mediante la adquisición de créditos ambientales precisamente pretende evitar que ese impacto ambiental siga siendo una externalidad sólo asumida por la sociedad. Desde esta perspectiva, y en esos casos en los que la técnica no puede solucionar in natura el efecto causado por la actividad, esta medida sería una forma adecuada de introducir el principio quien contamina paga en la evaluación de impacto ambiental. Desde la perspectiva del propietario del terreno o del recurso que se conserva o mejora para que genere el beneficio ambiental, la filosofía de esta medida sería justamente la alterna. Ha habido importantes presiones para hacer valer la premisa de que, si quien contamina paga, por qué quien descontamina o beneficia al medio ambiente, quien mejora la biodiversidad, o incluso quien la conserva y no ejerce su derecho a destruirla, no puede cobrar y obtener un beneficio económico por ello. Desde mi punto de vista, esta cuestión plantearía inmediatamente otra acerca del alcance o límite del deber de conservación y, probablemente, el debate doctrinal ofrecería una respuesta mayoritaria que plantearía el surgimiento de la posibilidad de justificar un cobro por acciones que benefician a la sociedad en general a partir de la superación de ese límite del deber de conservación. De hecho, la propia normativa española ha pretendido, en cierto modo, reconocer esta actividad positiva de los particulares y fomentarla a modo de implementación de la teoría de que «quien provee, cobra» (20). En cualquier caso, el aspecto básico del concepto de los bancos de con-

---

(20) De este modo, la Ley considera necesario generar incentivos para que los propietarios de fincas en las que se concentra la biodiversidad puedan obtener ingresos por su conservación. No obstante, la propia ley es cauta a la hora de plantear la aplicación de este principio en relación a los pagos compensatorios homogéneos

servación de la naturaleza es que son herramientas de conservación por las que se mejora el medio natural de manera que permiten comerciar con esta mejora en forma de créditos ambientales, por lo que las acciones de mejora y conservación de la biodiversidad, que hasta ahora parecía impensable o no se consideraban como actividades que pudieran tener un retorno económico, son ahora valoradas e, incluso, pueden convertirse en una actividad rentable.

Pero dadas las insuficiencias sobradamente conocidas del principio quien contamina paga, sería conveniente también interpretar la utilización de esta medida desde los postulados del *principio de restauración ambiental*. La adquisición de créditos de conservación puede observarse desde este principio, si bien no desde la perspectiva de la reparación in natura, sí desde una perspectiva de la restauración en sentido amplio, como recuperación de la funcionalidad ambiental que mantiene la teoría ecologista, que considera al medio ambiente como un sistema interrelacionado, y partiendo de una concepción integral o integrada del medio ambiente y ecológica en la que cobra protagonismo esa funcionalidad ambiental y el «saldo ambiental neto» del servicio ambiental frente al recurso concreto o el lugar del impacto. Desde esta óptica, cuando no es posible recuperar la funcionalidad ambiental perdida de forma inmediata, es conveniente que el responsable realice otras actividades en otro ámbito que aporten una funcionalidad ambiental equivalente a la pérdida, introduciendo mejoras en el ecosistema que compensen las pérdidas (21). Sin embargo, desde la perspectiva del principio de restauración ambiental, basado fundamentalmente en la reparación in natura, la reparación por compensación ha de entenderse como subsidiaria de la reparación primaria. Únicamente cuando la restauración ambiental sea imposible habrá que acudir a la reparación por compensación mediante actuaciones alternativas, equivalentes o sustitutivas que puedan equilibrar la situación.

Por todo lo expuesto anteriormente, la inclusión de la posibilidad compensatoria en la EIA y la admisión de los créditos de conservación entre sus modalidades plantea claramente una interpretación específica del *principio de desarrollo sostenible*, removiendo los cimientos de la balanza entre el desarrollo causante de impactos ambientales y la necesidad de conservación del medio en el sentido de considerar «sostenible» todo aquello que no supone una pérdida «neta» de valor ambiental, dando entrada a la técnica. Con esta medida, se considerará sostenible y, por lo tanto, merecedor de una evaluación ambiental positiva, aquella actividad que, aunque conlleve un efecto ambiental adverso irreparable en un lugar determinado, pueda compensar la

---

basados en el cálculo del lucro cesante, ya que éstos no siempre garantizan la adecuada conservación de la biodiversidad en áreas marginales, según expresa la Ley en su exposición de motivos. Así, por ejemplo, el artículo 73 de la Ley 42/2007 insta a regular incentivos para retribuir las externalidades positivas en espacios naturales y con acuerdos de custodia. Los acuerdos de custodia del territorio ofrecen una función muy cercana a la de los bancos de conservación, que culminan la estrategia denominada «custodia del territorio», que pretende la implicación de los propietarios y usuarios en la conservación y el uso del territorio acorde con los valores y los recursos naturales. La custodia del territorio promueve acuerdos de custodia (voluntarios) entre un propietario y una entidad de custodia u otros agentes públicos o privados para pactar el modo de conservar y gestionar un territorio en consonancia con la protección de sus valores naturales.

(21) En este sentido, véase CONDE ANTEQUERA, *El deber jurídico de restauración ambiental*, Comares, Granada, 2004, p. 279, acerca de la compensación de efectos ambientales negativos mediante la realización de acciones de efecto inverso como modalidad de restauración ambiental y sobre la insuficiencia de las previsiones normativas sobre evaluación de impacto ambiental.

funcionalidad ambiental perdida por el recurso dañado o el servicio ambiental que éstos dejan de prestar con una actuación positiva, de signo contrario, en otro sitio.

### **III.2. La necesidad de regulación de la utilización de las medidas compensatorias y el protagonismo del principio de proporcionalidad**

Dado que el ámbito material en el que se pretende la utilización de los créditos de conservación como medida compensatoria no es propicio para plantear la limitación cuantitativa del impacto, la forma de tratar el alcance de dicho impacto ambiental sería la delimitación cualitativa. En este tipo de compensaciones la operativa se produce a nivel singularizado y no dentro de una cuota máxima de emisiones, como ocurre, por ejemplo, en el caso del mercado de emisiones a la atmósfera o de la limitación de contaminación en las aguas, decidida por el poder público como base para la generación de créditos.

Probablemente, si se recurre a este sistema para compensar impactos sobre bienes ambientales sustituibles, la utilización de las medidas compensatorias no sería especialmente problemática. En tales casos la adquisición de créditos de conservación o la realización de actividades complementarias o compensatorias en otro lugar van a suponer la recuperación neta de la funcionalidad perdida en el lugar del proyecto y simplemente van a proporcionar comodidad y rapidez a la evaluación ambiental en curso. Sin embargo, la funcionalidad o la mayor aplicabilidad de esta medida parece venir orientada a los supuestos en que el proyecto tenga efectos sobre bienes ambientales irrecuperables, normalmente situados en espacios protegidos(22). Ello es previsible si nos atenemos a los ámbitos de aplicabilidad de los créditos generados por bancos de mitigación en USA (los humedales) y si tenemos en cuenta que la compensación pretende precisamente lograr un equilibrio en el balance ecológico porque se va a perder biodiversidad o funcionalidad ambiental en un lugar en el que no puede recuperarse o no es eficiente hacerlo. En tal sentido, hemos de partir por lo tanto del hecho de que, a través de esta medida, los recursos, bienes o servicios ambientales que van a verse implicados seguramente tendrán un importante valor ecológico digno de protección y regulado especialmente. La remisión de la LEA a la Ley 42/2007 y las referencias a la garantía de la coherencia de la Red Natura 2000 y a la necesaria supervisión y aprobación de los órganos competentes en su protección son suficiente argumento para partir de esta premisa.

Por ello, en atención al valor de los bienes, recursos o servicios ambientales que pueden verse afectados por los proyectos en virtud de la pretensión compensatoria, sería conveniente delimitar la aplicabilidad de los créditos de conservación excluyendo de esta posibilidad aquéllos bienes o recursos de gran valor ambiental o especial singularidad. De hecho, según la LEA, el estudio ambiental puede incluir la «alternativa

---

(22) En estos ámbitos es preciso mencionar que los tribunales, hasta ahora, han venido siendo reacios a permitir la compensación mediante obras generadoras de funcionalidad ambiental en otros lugares como medida que permita la realización de un proyecto que suponga la pérdida de bienes ambientales protegidos. Véanse al respecto, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Supremo de 14-9-2009 (RJ2010\803) y de 29-11-2006 (RJ2007\8317), aunque, lógicamente, es pronto aún para ver la aplicación que hace el Tribunal Supremo de esta nueva forma de compensación de impactos.



cero» o de no realización del proyecto por cuestiones ambientales (artículo 35.1.b)) que, por virtud de la posibilidad compensatoria, parece destinada a desaparecer como alternativa real. Desde este punto de vista, sin embargo, es posible que la utilización de los créditos de conservación como medida compensatoria sea de menor aplicabilidad, si se imponen tales límites, y se recurra a ella sólo de forma muy excepcional.

En cierto modo, este límite está ya reflejado en la normativa vigente, si bien recurriendo a un concepto jurídico indeterminado para justificar la excepcionalidad de la aplicación de la medida compensatoria. Es decir, si bien podemos considerar que la normativa comentada limita la posibilidad de comerciar con los créditos de compensación en el sentido de no proceder respecto a proyectos que ocasionen daños irreversibles sobre aspectos ambientales significativos, a este límite se le permiten excepciones debidas a «razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social o económica» (artículo 45.5 de la Ley 42/2007), que permitirían llevar a cabo el proyecto a pesar de las conclusiones negativas de la evaluación ambiental cuando no existieran soluciones alternativas. La procedencia o no de la restauración compensatoria se basa, por lo tanto, en una actividad técnica de la Administración y, en cierto modo, en el concepto jurídico indeterminado «razones imperiosas de interés público de primer orden», que supone entender que el motivo, incluso social o económico, al que se refiere la Ley es prioritario y más «imperioso» que la conservación de un recurso ambiental singular.

En la interpretación de dicho concepto jurídico indeterminado hay que ser también cautelosos, pues dicha excepción podría llegar a justificar cualquier impacto ambiental. Por ello, aunque en la LEA debería haber quedado resuelto o, al menos, haberse ofrecido más claves para hacerlo, la normativa reglamentaria y la jurisprudencia<sup>(23)</sup> deberán ofrecer criterios de definición de esas «razones imperiosas de primer orden» y marcar límites éticos y jurídicos pues, en la LEA, estos límites a la compensación no quedan claros, ocasionando por lo tanto, falta de seguridad jurídica.

En definitiva, creemos que el recurso a las medidas compensatorias y sus limitaciones han de ser regulados de forma mucho más precisa y detallada y con una importante base interpretativa en el principio de proporcionalidad, que ha de adquirir un papel protagonista y principal<sup>(24)</sup>, para evitar un uso indebido de este instrumento por parte de los operadores. Conforme a dicho principio, creemos que habrá que encontrar una adecuación entre esas «razones imperiosas» y el daño ambiental que se va a causar y las posibilidades reales de compensación del mismo, valorándose la singularidad de los bienes afectados, y en la que adquirirá un importante papel el planeamiento de protección de los bienes que exista<sup>(25)</sup>. Además, únicamente servirá la adquisición de créditos de conservación como medida compensatoria de

---

(23) Hasta ahora, en muy escasas ocasiones se ha pronunciado al respecto. Sí sabemos, por ejemplo, que no se consideran razones de este tipo las de seguridad vial (STSJ de Madrid Sentencia 946/2008 de 1 julio) o razones laborales (STS 29-11-2006 ó STJUE de 16 de julio de 1996).

(24) El requisito de proporcionalidad entre la mitigación y el impacto de la actividad es objeto de intenso tratamiento en las sentencias de la U.S. Supreme Court, en el caso *Nollan v. California Coastal Commission*, 483 U.S. 825 (1987) y, sobre todo, en *Koontz v. Saint Johns River Water Management District*, 133 S. Ct. 2586 (2013). Encontramos un interesante comentario sobre la segunda en THOMAS y JOHNSON, «Turning Koontz into an opportunity for more resilient communities», *Environmental Law Institute*, marzo-abril 2014, pp. 14-17.

(25) En apoyo de esta teoría, véanse las STJCE de 13-12-2007, asunto C-418/05 (TJCE 2007, 370) y la STJCE de 20-9-2007, asunto C-304/05 (TJCE 2007, 240).

un efecto ambiental adverso si existe una relación de adecuación entre el perjuicio ambiental ocasionado por el proyecto y el beneficio generado por el banco de conservación.

Por lo tanto, dos son los aspectos de interés a valorar en la aplicación de estas medidas compensatorias desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Por un lado, serán desproporcionadas, y no podrán aplicarse si no existen esas «razones imperiosas de interés público de primer orden», y además sean más imperiosas que la necesidad de preservar el recurso, que justifiquen el desarrollo de la actividad dañina. Y, por otro lado, debe haber una equivalencia («equilibrio» dice la D.A. 8.ª) entre los créditos en que se valora el efecto adverso llevado a cabo por el proyecto y los adquiridos en los que se valora el beneficio ambiental generado por el banco de conservación, de tal modo que la adquisición de créditos ha de estar en proporción al daño generado. En consecuencia, el crédito (la patrimonialización del daño ambiental) ha de reflejar adecuadamente el valor ambiental que trata de representar, y de forma equivalente o proporcionada tanto en relación al beneficio generado por el banco como al perjuicio que conlleva el proyecto. Si no existe una equivalencia adecuada entre un valor y otro se producirá un mercado especulativo que termine desvirtuando la medida. La virtud de esta proporcionalidad se traducirá en el hecho de que, si es equivalente o proporcional, la empresa buscará el nivel de impacto óptimo, para no tener que compensar en otro sitio. Si existe desproporción y sale «barato» contaminar en relación a los créditos que ha de adquirir, la empresa que desarrolle el proyecto preferirá adquirirlos, pensando en el beneficio, antes que realizar actuaciones de reparación *in situ*.

Para lograr dar cumplimiento a los postulados del principio de proporcionalidad, la valoración del crédito se convierte así en el nudo gordiano del funcionamiento del sistema de compensación de los bancos de conservación. La base del funcionamiento del sistema de bancos de conservación se encuentra en el hecho de que la economía ambiental asigna precio a recursos ambientales que no son renovables o reparables, que se encuentran fuera de comercio tradicionalmente. Pero en el caso de la mitigación compensatoria esos bienes van a poder ser objeto de mercado. Y se habla ya no sólo de los recursos naturales sino también de los servicios que reportan esos recursos ambientales y de la creación de un mercado para el comercio de los títulos representantes de los valores ambientales de esos recursos o servicios extracomercium. Desde la perspectiva de la Economía, por otra parte, cuando no se autoriza un proyecto por razones ambientales se pierde el beneficio económico que supone el proyecto pero se gana el beneficio económico del servicio ambiental que prestan los recursos naturales que se iban a destruir y que, en ocasiones, puede ser superior o muy superior al que supone implementar el proyecto, generándose las externalidades en el supuesto en que se decida desarrollarlo sacrificando para ello el medio ambiente.

Cómo se valoran los bienes y servicios ambientales que antes se consideraban extracomercium y cómo se calcula la aportación que debe hacer el promotor de la actividad, teniendo en cuenta también los efectos beneficiosos de la misma para el interés general, son cuestiones que requieren de una categorización normativa si queremos evitar inseguridad jurídica. Y en dicha regulación debe incluirse una caracterización tanto ecológica como económica de los terrenos afectos a bancos de conservación comprobada por la Administración. Si complejo es valorar el potencial ecológico de los

terrenos, más complejo es valorar económicamente el daño ambiental en muchas ocasiones y concretar tales valores en créditos, sobre todo porque a veces no cabe la compensación, por ejemplo, de una hectárea por otra, si se trata de suelos con valores medioambientales distintos (26) y hay en juego otros elementos de valoración no tenidos en cuenta (27).

Una vez más buscando la referencia extranjera, en EEUU se han previsto dos modelos de valoración: a) el modelo de «equivalencia *ad hoc*», según el cual, ante un impacto negativo sobre unos hábitats o especies, será preciso emplear un crédito referido a esos mismos hábitats o especies, basándose en el análisis de equivalencia de recursos o hábitats. Se tiene en cuenta, por lo tanto, la función ambiental pero, en definitiva, la equivalencia acaba concretándose en una equivalencia de superficie; b) equivalencia basada en una lista de comprobación, modelo más complejo que parte de unos baremos establecidos en función de estudios previos.

Finalmente, es preciso considerar la aplicación del principio de proporcionalidad también desde el punto de vista de la actuación administrativa de control del sistema. Así, con el objetivo de lograr esa protección neta de la biodiversidad, este principio impone que el criterio para controlar que la medida es adecuada sea valorar que la restauración in situ vaya a suponer un gasto desproporcionado en relación a dichas medidas y al beneficio ecológico que se pretende. Es decir, cuando el coste de la actividad restauradora exceda desproporcionadamente del beneficio que se obtendría con dicha restauración, no sería procedente ésta si hay una medida compensatoria alternativa que equilibre la balanza ambiental (28). Además, independientemente del valor que se asigne al crédito, también el principio de proporcionalidad puede servir al efecto de controlar la legalidad de la decisión administrativa que determine el valor de los créditos y el número de éstos que se han de adquirir para compensar el impacto.

---

(26) Por ahora, la única referencia normativa para tal estimación es recurrir a la legislación de responsabilidad ambiental. En el anexo II del Reglamento, (apartado V. Estimación de las ganancias de recursos naturales o de servicios de los recursos naturales obtenidas mediante la reparación complementaria o compensatoria) se establece una «metodología para el cálculo de las medidas de reparación complementaria y compensatoria», que básicamente se fundamenta en los criterios de equivalencia. En el apartado 2 del punto V y en el apartado VII.1 se hace referencia a la forma de calcularlos y a la aplicación de los criterios de equivalencia valor-valor y valor-coste, que se llevará a cabo mediante el empleo de las técnicas de valoración que ofrece el análisis económico.

(27) En cualquier caso, ni en la normativa sobre responsabilidad ni en la LEA, a salvo de lo que regule el reglamento, se hace consideración alguna de llamado «precio sombra» o precio social, concepto que se entiende fundamental en la evaluación social de los proyectos. Ese precio sombra, que es la medida monetaria en que se mide la contribución a los objetivos socio-económicos de los cambios en los bienes o factores, supone que la valoración de los bienes ambientales realizada por la Administración o, en su caso, por los promotores de un proyecto, puede diferir del valor social real de dichos bienes, generando diferencias entre los precios de mercado y los precios sociales, como es el caso de las externalidades. El precio sombra, por lo tanto, sería el precio de mercado, pero incluyendo dichas distorsiones para llegar a representar el verdadero valor que la comunidad asigna a un determinado bien.

(28) Véase CONDE ANTEQUERA, *El deber jurídico...* op. cit., pp. 97 y ss., al hablar de los límites de la restauración ambiental. En este sentido, el Tribunal Supremo ha considerado que la rehabilitación no podrá tener lugar si los gastos son considerablemente más elevados que el beneficio resultante de dicha rehabilitación para el medio ambiente, y si pueden adoptarse medidas alternativas a la rehabilitación por un coste considerablemente menor (Auto TS 17-2-1990). Véase también ALONSO GARCÍA, «Legislación sectorial de medio ambiente», *RAP* n.º 137, 1995, p. 85 y GOMIS CATALÁ, *Responsabilidad por daños al medio ambiente*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1998, pp. 261 y 264.

### III.3. La definición del papel del Derecho público y de la Administración en la gestión del sistema

Lo expuesto en el punto anterior nos lleva a plantearnos el debate acerca de si el comercio de créditos de conservación debe estar regulado y controlado por la Administración y limitado a un mercado primario o si puede o debe abrirse a los mercados secundarios, como parece permitir la LEA y la Administración simplemente efectuar un seguimiento de éstos (29).

En cualquier caso, la introducción del mercado de créditos ambientales en la EIA deja como consecuencia abierta la cuestión del papel del Derecho público en el funcionamiento del sistema. La simple idea de la creación de este mercado ya parece plantear que el sistema va a suponer una reducción del papel interventor de la Administración para facilitar una entrada al papel del particular en la protección del medio ambiente. Pero, por otro lado, si los bancos están debidamente regulados y controlados administrativamente se unirían las ventajas del mercado con las garantías públicas.

En nuestra opinión, creemos que la Administración pública y el Derecho público deben jugar un papel fundamental en la gestión de estos instrumentos, pero para lograr su generalización es precisa una definición clara de ese papel que les corresponde desempeñar en el sistema. Sin embargo, por ahora, la LEA ha dejado pendiente de regulación reglamentaria las cuestiones más operativas, por lo que únicamente quedan claras las siguientes funciones de la Administración en este sistema según la LEA: determinar y supervisar las medidas compensatorias necesarias para garantizar la coherencia global de Red Natura 2000, encargada por la Disposición Adicional 7.<sup>a</sup> al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente; valorar la alternativa propuesta para compensar el efecto negativo de las actividades con la aprobación del estudio de impacto ambiental y otorgar los créditos de conservación a los titulares de los terrenos, de acuerdo con los criterios técnicos que se establezcan en la resolución por la que se crea cada banco de conservación, función que se asigna al MAGRAMA y, en su caso, las Comunidades autónomas (D.A. 8.<sup>a</sup>, 1.<sup>o</sup> y 2.<sup>o</sup>); crear los

---

(29) Los detractores de estas medidas alegan que de esta manera se mercantilizan los daños al medio ambiente, ya que estos títulos se pueden transmitir en régimen de libre mercado, lo que puede dar lugar a que se especule con el precio (mercado secundario), contraviniendo, según manifiestan, los principios en los que esta Ley alega basarse. Según esta teoría, al final persiste el daño al sitio en concreto y los bancos de conservación han sido la justificación para otorgar esa «licencia para contaminar». En este sentido, las cinco organizaciones ecologistas más importantes de España, WWF, Greenpeace, SEO BirdLife, Amigos de la Tierra y Ecologistas en Acción han reclamado un diseño de esta medida al margen de los mercados secundarios y financieros, y que tengan como único fin garantizar que la pérdida de biodiversidad sea nula. Además, es lógico pensar que, como en cualquier mercado, su implantación en el ámbito de la evaluación ambiental suponga la introducción de los riesgos inherentes a la mercantilización, como la deslocalización (ambiental y territorial), las burbujas financieras o la especulación. Frente a estos riesgos, las ventajas que podrían predicarse del sistema de mercado en el comercio de créditos de conservación desde el punto de vista de la evaluación ambiental, serían, principalmente tres: pueden servir para agilizar los procesos de compensación y, por lo tanto, el procedimiento de evaluación ambiental y la obtención de la declaración de impacto ambiental, al verse reducidos trámites y comprobaciones; pueden servir para que la iniciativa privada se involucre en la gestión y creación de espacios naturales, pudiendo obtener beneficio económico por ello y reduce el gasto público de conservación de la naturaleza, así como para generar empleo; y pueden aumentar la eficiencia en el uso de recursos naturales, mejorando la relación coste-eficacia en la conservación e impulsando prácticas innovadoras y la optimización de los procesos; es decir, se entiende que dará lugar a que la iniciativa privada estudie la mejor manera y más eficiente económica y ecológicamente de acometer las acciones de conservación, pensando en la continuidad en el tiempo de las mejoras ambientales obtenidas.

bancos de conservación de la naturaleza, por resolución del MAGRAMA y, en su caso, de las Comunidades autónomas (D.A. 8.ª, 2.º); velar porque los titulares de los terrenos los destinen a usos compatibles con los valores naturales que se han de proteger, de acuerdo con lo que disponga la resolución de creación de cada banco de conservación de la naturaleza; registrar la actuación concreta de creación o mejora del activo natural en el banco de conservación (D.A. 8.ª, 3.º), proponer la inscripción de los créditos en el registro (público) y gestionar el registro. La inscripción se configura así como modalidad de control; el MAGRAMA está también encargado de la remisión, en su caso, de la información a la Comisión Europea sobre las medidas compensatorias que se hayan adoptado (D.A. 7.ª, 3.º); sancionar como infracción grave «el incumplimiento... de las medidas compensatorias establecidas en la declaración de impacto ambiental» (art. 55.3); seguimiento de las declaraciones de impacto ambiental y de los informes de impacto ambiental (art. 52).

En conclusión, creemos que aún no están adecuadamente reguladas y hubiera sido conveniente incluir entre las cuestiones tratadas en la LEA, entre otras, las siguientes atribuciones administrativas:

- a) La relación entre las medidas compensatorias y la planificación. La LEA no resuelve la cuestión de si las medidas compensatorias se han de prever de forma singular para cada caso concreto («*ad hoc*») y proceden en cualquier ámbito o han de encuadrarse en una previa planificación. No existe un mercado como es el caso de la autorización de emisiones, en las que hay hasta un Plan Nacional de Asignaciones. Únicamente encontramos referencias, y de carácter indirecto, a la necesidad de planificación para la asignación de las tareas de restauración alternativas en la Ley 42/2007, en la que se establece que se han de elaborar unas directrices de conservación de la Red Natura 2000 como marco orientativo para la planificación y gestión de dichos espacios y que los recursos naturales y, en especial, los espacios naturales a proteger, serán objeto de planificación con la finalidad de adecuar su gestión a sus principios inspiradores y fijando sus objetivos y contenidos (30). Entendemos imprescindible que las medidas compensatorias se adopten, cuando hay en juego valores ambientales singulares y protegidos, conforme a las disposiciones del correspondiente plan de protección y, como luego diremos, en el ámbito territorial de aplicación del mismo, prioritariamente.
- b) La Administración debe realizar una actividad generalizada de control del sistema a través de la evaluación ambiental y procurar una adecuación de las medidas compensatorias a los principios generales del Derecho ambiental y, en especial, también al principio de proporcionalidad. A escala nacional, se detectan carencias en el seguimiento de la aplicación y eficacia de las medidas preventivas, correctoras y compensatorias una vez formuladas las declaraciones

---

(30) Tal es así que en el Real Decreto 1274/2011, de 16 de septiembre se parte de un hecho: dice que «en la actualidad, las medidas compensatorias para proyectos, planes o programas que responden al artículo 45 de la Ley 42/2007 no se diseñan siempre de forma adecuada ni responden al principio de compensar los daños producidos a hábitats o especies, por lo que se puede considerar que no cumplen sus objetivos de manera adecuada. Sería conveniente que en el diseño de estas medidas participasen de un modo más activo los órganos de gestión de la Red Natura 2000 en particular y de conservación de la biodiversidad en general. De este modo se considerarían mejor los requerimientos de las especies y hábitats afectados potencialmente».

de impacto ambiental, tanto por parte del órgano sustantivo como del ambiental(31). De hecho, la LEA sólo realiza un encargo especial y expreso de supervisión al MAGRAMA respecto de aquéllas medidas compensatorias que sean necesarias para garantizar la coherencia global de Red Natura 2000, en el supuesto de proyectos autorizados por la Administración General del Estado, a la vista de las conclusiones de la evaluación de impacto ambiental sobre las zonas de la Red Natura 2000, y supeditado a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, pero no en el resto de los casos. Cuando no se vean afectados espacios de la Red Natura 2000 y se trate de proyectos no autorizados por la AGE, por lo tanto, la Administración (concretamente el órgano sustantivo) simplemente queda investida de una facultad potestativa de control a través de los informes de seguimiento del cumplimiento de la declaración de impacto ambiental o del informe de impacto ambiental si se hubieran definido, por entenderlo así necesario el órgano sustantivo, los requisitos para el seguimiento del cumplimiento de las condiciones establecidas en los mismos, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 52 de la LEA. Por su parte, también el apartado 2 atribuye al órgano ambiental la facultad de recabar potestativamente información y realizar las comprobaciones que considere necesarias para verificar el cumplimiento del condicionado de la declaración de impacto ambiental o del informe de impacto ambiental. Por lo tanto, y salvando la obligación de control del MAGRAMA indicada, la LEA parece limitarse a atribuir a la Administración simplemente la función de asignación de los títulos de «destrucción», que posteriormente serán objeto de comercio conforme a normas de mercado, y limita el control a un sistema de revisión de informes y verificaciones que parece sustituir al de inspección administrativa clásica. Por ello, consideramos imprescindible reforzar normativamente la actividad de inspección y control del órgano ambiental en estas labores de vigilancia y seguimiento para aquellos proyectos que lleven asociadas medidas de compensación, para el logro de los objetivos de los procedimientos de evaluación ambiental. No resulta claro que esta función pública de vigilancia o supervisión del sistema sea de inspección o de mera comprobación, si bien, en cualquier caso, es una actividad eminentemente técnica. Téngase en cuenta al respecto que las Administraciones públicas carecen de suficiente personal técnico preparado en estos temas.

- c) La forma de compatibilizar este instrumento con la responsabilidad. Sin perjuicio de la potestad para sancionar las infracciones e incumplimientos previstos

---

(31) Un trabajo del Centro de Estudios y Experimentación de Obras Públicas (Cedex) concluyó que, entre 1990 y 2011, las medidas compensatorias no se aplicaron en España o se diseñaron y pusieron en práctica de forma incorrecta. También en EEUU ha habido problemas de implementación que han dado lugar a diversas revisiones normativas respecto a la configuración legal inicial de los bancos de mitigación fundamentadas en las consecuencias del escaso control posterior. Así se hizo constar en el informe de la NRC (comité técnico multidisciplinario, designado expresamente al efecto), encargado por la EPA en 1999, titulado «Compensación por pérdidas de humedales bajo la Clean Water Act». Dicho comité señaló que el programa de mitigación compensatoria de la Clean Water Act no estaba logrando el objetivo de la no pérdida neta. Asimismo, otro estudio posterior realizado en 2005 por the General Accountability Office, demostró que no se hicieron los seguimientos adecuados por parte del Cuerpo. Véase al respecto U.S. Gen. Acctg. Off., Wetlands Protection: Corps of Engineers Does Not Have an Effective Oversight Approach to Ensure that Compensatory Mitigation Is Occurring 17 (GAO-05-898, Sept. 2005). Puede consultarse en <http://www.gao.gov/new.items/d05898.pdf>.

en la LEA de conformidad con lo establecido en el artículo 55.3, hay dos cuestiones derivadas de la relación entre las medidas compensatorias y la responsabilidad por daños ambientales. En primer lugar, porque hemos de entender que la autorización administrativa, basada en la evaluación ambiental positiva que se realiza conforme al estudio de impacto que propuso la medida compensatoria del efecto adverso, supone que no ha de incluirse el daño generado por el proyecto entre los merecedores de la aplicación de normativa de responsabilidad. Pero, en segundo lugar, y en consecuencia con la anterior, porque en el caso de que la medida compensatoria resulte inadecuada, desproporcionada o no suficiente para lograr una restauración compensatoria integral, podrían surgir dudas sobre qué responsabilidades podrían derivarse de su ineficacia, si pretendemos evitar cualquier externalidad. Aunque creemos que nuestros principios generales y la normativa actual darían cobertura suficiente a la respuesta, una aclaración normativa resultaría de gran utilidad al respecto.

- d) La definición del ámbito territorial, material y temporal de aplicación de las medidas compensatorias. En primer lugar, se plantea la cuestión de la localización de las acciones compensatorias y de la definición del ámbito de distribución u operatividad de los créditos de conservación; es decir, si la compensación tendrá efecto con una limitación municipal, provincial, autonómica o estatal(32). La LEA no hace referencia a esta cuestión. Únicamente encontramos una alusión al criterio del lugar en la normativa de responsabilidad, en el caso de la reparación complementaria. La Ley (Anexo II, 1.1.2) establece que hay que lograr, en la medida en que sea posible y adecuado, que el lugar alternativo esté vinculado geográficamente al lugar dañado(33). Ello puede, por otro lado, generar la necesidad de establecer normativamente una distribución adecuada de competencias administrativas capaz de resolver la problemática que pueda crearse(34).

En segundo lugar, también se plantea la cuestión de a qué espacios se van a aplicar y si tiene incidencia la naturaleza del bien ambiental en liza(35). En cuanto a espacios naturales protegidos, hay que tener en cuenta que muchos espacios protegidos son de propiedad privada, con una limitación de los usos y de la propiedad por sus valores naturales. La compensación mediante la adquisición de créditos de conservación puede convertirse en un sistema de indemnización a los propietarios de

---

(32) Durante la tramitación de la LEA, el MAGRAMA era partidario de que se pudiera compensar ambientalmente en otro lugar, mientras que la consejera de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio de la Junta de Andalucía, María Jesús Serrano, criticó este aspecto tras una conferencia sectorial celebrada al efecto: «Un proyecto que tiene impacto en Andalucía puede compensarse en Galicia, eso no nos sirve y no nos gusta».

(33) En EEUU, el Comité de la NRC recomendó que la mitigación compensatoria se realizara en un lugar cercano al del impacto y preferentemente antes de la actividad permitida, con el criterio del denominado «enfoque de cuenca» o restauración en la misma cuenca.

(34) En semejantes términos, ARANA GARCÍA en «Aspectos competenciales de la evaluación de impacto ambiental: comentario a la STC 13/1998, de 22 de enero de 1998, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 162, 1998.

(35) Hasta ahora no ha sido determinante para nuestros tribunales el hecho de que la actuación se pretenda desarrollar en espacios en los que no se haya procedido a una declaración formal de protección, bastando la justificación de especiales valores ambientales para denegar la posibilidad de la medida compensatoria. Al respecto, STSJ de Cantabria núm. 280/2010, de 16 de marzo, o STS de 14-9-2009.

estos terrenos afectados por una declaración de protección, dado que no hay un instrumento jurídico claro para lograr tal compensar (salvo la expropiación forzosa, en algunas comunidades). Cuando se declaran los espacios naturales protegidos (normalmente por ley) no se establece una compensación a los propietarios afectados, siendo doctrina jurisprudencial reiterada y sobradamente conocida que la delimitación de espacio natural protegido no genera derecho a indemnización. Reconocer esta posibilidad partiría de una asunción de un principio «si conservo cobro», basado en el reconocimiento de que no puede recaer la carga de la conservación de los recursos naturales sólo sobre unas personas. Esta interpretación, que no es demasiado arriesgada teniendo en cuenta la experiencia norteamericana, podría dar lugar a incluir en este supuesto la valoración mediante créditos de conservación de una especie o modo de «indemnización» o «justiprecio» por la limitación de usos derivada del planeamiento de protección.

#### IV. Bibliografía

- ARANA GARCÍA, E., «Aspectos competenciales de la evaluación de impacto ambiental: comentario a la STC 13/1998, de 22 de enero de 1998, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 162, 1998, pp. 151-170.
- BAUMOL, W.J., y OATES, W.E., *The Theory of Environmental Policy*, 2.ª Ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1988.
- BUÑUEL GONZÁLEZ, M., *El uso de instrumentos económicos en la política del medio ambiente*, CES, Madrid, 1999.
- CABALLERO, F., *Essai sur la notion juridique de nuisance*, Ed. LGDJ, París, 1981.
- COASE, R.H., «The problem of social cost», *The Journal of Law and Economics*, núm. 3, 1960, pp. 1-44.
- CONDE ANTEQUERA, J., *El deber jurídico de restauración ambiental*, Comares, Granada, 2004.
- DALES, J.H., *Pollution, Property and Prices*, University of Toronto Press, Toronto, 1968.
- ESTEVE PARDO, J., «Derecho del medio ambiente» *Tercera edición*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- ESTEVE PARDO, J., «El mercado de títulos administrativos: asignación objetiva, reasignación transparente», *Estudios de Derecho Público Económico, Homenaje a S. Martín-Retortillo*, coord.. COSCULLUELA MONTANER, L, Madrid, 2003, pp. 743 y ss., en *Derecho del Medio Ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- FERNANDO PABLO, M. «El comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero: el régimen español», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 258, 2006, p. 43.
- FRACCHIA, F., Y MATTASSOGLIO, F., «Lo sviluppo sostenibile alla prova: la disciplina di VIA e VAS alla luce del d.lg. n. 152/2006» en *Rivista Trimestrale di Diritto pubblico*, n.º 1, 2008.
- GARDNER, R.C. «Banking on entrepreneurs: wetlands, mitigation banking, and takings», *Iowa Law Review*, núm. 81, pp. 527-587.
- GARDNER, R.C., ZEDLER, J., RDMOND, A., y otros, «Compensating for wetland losses under the Clean Water Act (Redux): Evaluating the federal compensatory mitigation regulation», *Stetson Law Review*, vol. 38, pp. 213-249.
- GARDNER, R.C., Rehabilitating Nature: A Comparative Review of Legal Mechanisms That Encourage Wetland Restoration Efforts, *Catholic University Law Review*, vol 52 n.º 3, 2003, pp. 573 y ss. Disponible en: <http://scholarship.law.edu/lawreview/vol52/iss3/3>.
- GARDNER, R.C., «Taking the principle of just compensation abroad: private property rights, national sovereignty, and the cost of environmental protection», *University of Cincinnati Law Review*, núm., 65, 1997, pp. 539-593.
- LOPERENA ROTA, D. *El derecho al medio ambiente adecuado*, Ed. Civitas, Madrid, 1996.



- , «Hacia un concepto útil de desarrollo sostenible», *Ambiente y derecho*, núm. 1, 2003, pp. 33-45.
- , Veinte años de política ambiental en EE.UU, *Revista de Administración Pública*, núm. 129, 1992, pp. 435-458.
- , «El derecho al desarrollo sostenible», en *El derecho a un medio ambiente adecuado*, coord. EMBID IRUJO, 2008, pp. 63-86.
- , *Los principios del derecho ambiental*, Civitas, Madrid, 1998.
- LOZANO CUTANDA, B., *Derecho Ambiental Administrativo*, 10.<sup>a</sup> edición, Dykinson, Madrid, 2009.
- MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, Trivium, Madrid, 2003.
- RÉMOND-GOUILLOUD, M., *Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement*, PUF, Paris, 1989.
- RUHL, J.B. y SALZMAN, J., «The effects of wetland mitigation banking on people», en *National Wetlands Newsletter*, vol. 28, n.º 2, Environmental Law Institute, Washington D.C., 2006.
- RUHL, J.B. y GREGG, R.J., «Integrating Ecosystem Services into environmental Law: a case study of wetlands mitigation banking», *Stanford environmental law journal*, núm. 20, 2001, pp. 365-392.
- SAKYI, A. M. «Mitigation Banking: Is State Assumption of Permitting Authority More Effective», *William & Mary Environmental Law & Policy Review*, n.º 34, 2010. Puede consultarse en <http://scholarship.law.wm.edu/wmelpr/vol34/iss3/8>.
- THOMAS, E., y JOHNSON, L.R., «Turning Koontz into an opportunity for more resilient communities», *Environmental Law Institute*, marzo-abril 2014, pp. 14-17.
- VVAA, *El mercado de derechos a contaminar. Régimen jurídico-público del mercado comunitario de derechos de emisión en España*, Dir. SÁNZ RUBIALES, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.

Trabajo recibido el 7 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Ingurumen-ebaluazioari buruzko Lege berrian, aukera ematen da natura kontserbatzeko bankuetan sortutako kredituak eskuratzeko, ingurumenean ondorio kaltegarri eta itzulezinak sortu dituzten proiektuen ingurumen-eragina konpentsatzeko modalitate gisa. Hori dela eta, interes juridikoko zenbait gai sortzen dira, bai eta nolabait teko ziurgabetasun juridikoa ere, hain zuzen ere figura horrek ez duelako izan behar adinako araupenik orain arte.

Lan honetan, merkatu-tresna horren ezaugarrietako batzuk aztertu nahi ditugu, bai eta haren integrazioa ere ingurumen-ebaluazioaren sisteman. Horretarako, ekonomia-garapeneraren alde egiteko izan dezakeen ahalmena ebaluatuko dugu, baina neurriaren aplikazio desegokiak ingurumenerako izan ditzakeen arriskuei buruzko gogoeta eginda. Horretarako, honako hauek azpimarratuko ditugu: ingurumen-zuzenbidearen printzipio nagusiak berrinterpretatzearen garrantzia, No net loss (biodibertsitate garbiamen galerarik ez) delakoaren ikuspegik, eta proportzionaltasun-printzipioak izan beharreko funtsezko eginkizuna, bai sistemaren aplikazio praktikoa zehaztean, bai administrazio-jardueraren kontrolean.

**HITZ GAKOAK:** Natura kontserbatzeko bankuak. Kontserbazio-kredituak. Ingurumen-ebaluazioa. Ingurumen-eragina konpentsatzeko neurriak. Merkatu-tresnak.

**RESUMEN:** La introducción en la nueva Ley de Evaluación Ambiental de la posibilidad de recurrir a la adquisición de créditos generados en bancos de conservación de la naturaleza, como modalidad compensatoria de impactos ambientales de proyectos con efectos adversos sobre el medio ambiente de carácter irreversible, plantea numerosas cuestiones jurídicas de interés y una cierta inseguridad jurídica derivada, precisamente, del insuficiente tratamiento normativo que, hasta el momento, se ha hecho de esta figura.

En este trabajo queremos abordar algunas de las características de este instrumento de mercado y de su integración en el sistema de evaluación ambiental, valorando sus potenciales virtudes in pro del desarrollo económico pero también reflexionando sobre los riesgos que puede conllevar para el medio ambiente una aplicación incorrecta de la medida. Para ello, resaltamos la importancia de reinterpretar los principios generales del Derecho ambiental desde la perspectiva del «No net loss», o no pérdida de biodiversidad neta, y el papel protagonista que ha de adquirir el principio de proporcionalidad en la delimitación de la aplicación práctica del sistema y en el control de la actividad administrativa.

**PALABRAS CLAVE:** Bancos de conservación de la naturaleza. Créditos de conservación. Evaluación ambiental. Medidas compensatorias del impacto ambiental. Instrumentos de mercado.

**ABSTRACT:** The introduction by the new Act of Environmental Assessment of the possibility to resort to the acquisition of credits generated in banks for the nature conservation as a compensatory method of environmental impacts of projects with irreversible adverse effects over environment sets out many legal issues of interest and a sort of legal uncertainty which derives exactly from the inadequate legal treatment given to this figure so far.

In this work we want to deal with some of the features of this market instrument and its integration within the system of environmental assessment, valuing its potential virtues for economic development but also thinking about the risks that can bring to the environment the incorrect implementation of the measure. Therefore, we highlight the importance of reinterpreting the general principles of environmental law from the «No net

loss» perspective, or no loss of net biodiversity and the leading role that the principle of proportionality has to get in the delimitation of the practical application of the system and in the monitoring of the administrative activity.

**KEYWORDS:** Banks for the nature conservation. Credits of the conservation. Environmental assessment. Compensatory measures for environmental impact. Market instruments.



# Proyectos y planes aprobados por Ley: contradicciones a la luz de la evaluación ambiental, el derecho de participación y el acceso a la justicia en materia ambiental

José Ignacio Cubero Marcos

**Sumario:** I. Introducción.—II. El panorama legislativo acerca de la participación en materia ambiental. II.1. Convenio de *Aarhus*. II.2. Derecho comunitario. II.3. Legislación interna.—III. Efectos de los proyectos y planes aprobados por ley en la evaluación de impacto ambiental y en la evaluación ambiental estratégica. III.1. Fundamento de la evaluación ambiental. III.2. Procedimiento adecuado, en especial, la participación del público y la coordinación entre las administraciones públicas. A) Una aproximación a la jurisprudencia comunitaria. B) Objeciones a la jurisprudencia comunitaria: el derecho de participación en la evaluación de impacto y estratégica. III.3. Leyes singulares y legislación en materia de evaluación ambiental. A) Caracterización de las leyes singulares. B) La reciente jurisprudencia del tribunal constitucional. C) Algunas consideraciones críticas relacionadas con la participación y el procedimiento. En especial, la directiva 2014 / UE. —IV. El derecho de participación para la autorización de proyectos y elaboración y aprobación de planes aprobados por ley.—V. El acceso a la justicia en materia ambiental. V.1. La legitimación activa. V.2. Las leyes singulares y autoaplicativas en relación al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva.—VI. Conclusiones

## I. Introducción

La virtualidad y el poder de la Ley como fuente del Derecho no deben empañar una realidad tristemente fatal para el derecho ambiental de nuestros días. Se está convirtiendo en una práctica «acantonarse» en la sede parlamentaria para aprobar normas que permitan alterar el estado físico de los elementos ambientales o empeorar significativamente la calidad de vida de poblaciones determinadas, sin habilitar los mecanismos adecuados para la participación efectiva de las personas afectadas o sus posibilidades de defenderse ante los tribunales. Es digno de encomio el esfuerzo llevado a cabo estas tres últimas décadas por las instituciones comunitarias e internas para dotar al medio ambiente de mecanismos de protección a través de normas sustantivas o procedimentales. No obstante, a esas iniciativas están reaccionando con mayor o menor profusión los estados miembros empleando distintas fórmulas que impiden una, si no completa, sí mermada aplicación de todas las garantías y medios de protección.

Una de esas fórmulas reactivas ha consistido en aprobar planes y proyectos mediante Ley. Podría advertirse que la misma goza de un considerable grado de legitimidad y que la doctrina más clásica y ortodoxa tan sólo podría respaldar el uso de esta fuente, al reducir considerablemente el poder del ejecutivo y, en consecuencia, lograr mayor aceptación social. Los sistemas parlamentarios actuales, sin embargo y paradójicamente, tienden a preservar un poder político que aglutina por igual intereses de partido, de clase y, sobre todo, económicos que son los que afectan en mayor medida al medio ambiente. Los criterios técnicos o jurídicos parecerían disiparse ante la enorme discrecionalidad legislativa, tradicionalmente amparada por el TC.

Además, las fórmulas representativas actuales se apartan de confrontaciones sociales o de la ciudadanía de a pie. Su misión consiste en aprobar leyes que arrastran un terrible déficit democrático, en tanto que los procedimientos que deben tramitarse para su aprobación no gozan de la necesaria transparencia, difusión o no habilitan mecanismos de participación más activos. Se ha reiterado durante este último siglo y medio la necesidad de limitar la discrecionalidad administrativa, pero ¿qué ocurre con la legislativa? ¿Sólo por el hecho de aprobarse una norma con rango de Ley, nacida de la representación popular, se entiende cumplido el Derecho, la Constitución o el ordenamiento jurídico? Esta presunción de legitimidad de que se le inviste al legislativo se refuerza por la restricción en la legitimación activa para interponer recursos de inconstitucionalidad. Tan sólo la vulneración de un derecho fundamental procuraría la tutela judicial efectiva.

Partiendo de aquellas interrogantes y reflexiones, el trabajo aborda los déficits o carencias de que adolecen los proyectos aprobados por Ley en materia ambiental. Se han escogido tres aspectos de suma importancia en esta rama del Derecho, al objeto de demostrar que jurídicamente deben plantearse, cuando menos, dudas serias en torno al cumplimiento del Derecho por el legislador. Por una parte, la evaluación ambiental de proyectos y planes es una materia que ha venido regulando el Derecho comunitario, cuya primacía exige al Estado adoptar las medidas necesarias para hacerlo cumplir de modo útil y efectivo. Eso significa que, más allá de que se permitan por el TC los proyectos autorizados por Ley, han de observarse las prescripciones europeas. Por otra, el Convenio de Aarhus ha perfilado los requisitos a seguir por los estados al objeto de lograr una participación efectiva. Por último, el derecho a la tutela judicial efectiva requiere que cualquier medida administrativa, incluida la aprobada por una Ley, pueda ser impugnada ante los tribunales y recabar, así, la tutela judicial efectiva. A continuación, se expondrán los problemas y contradicciones que no han permitido solucionar esta problemática en torno a las facultades del legislativo y su alcance en el actual régimen constitucional.

## **II. El panorama legislativo acerca de la participación en materia ambiental**

### **II.1. Convenio de Aarhus**

La materia relativa al acceso a la información ambiental, la participación en los procedimientos que tienen por objeto adoptar decisiones vinculadas al medio ambiente y el acceso a la justicia en ese mismo rubro, encuentra una regulación específica en un Instrumento de carácter internacional, cual es el Convenio de 25 de junio de 1998, ratificado por el Estado español el 15 de diciembre de 2004 y al que

también se acogió la Unión Europea. Esta última hizo efectivas las normas de ese Convenio mediante dos directivas que se comentarán con posterioridad. Más allá de las garantías que presenta esa norma internacional en materia de acceso a la información, interesa centrarse en los mecanismos de participación y acceso a la justicia. La regulación no puede resultar exhaustiva, en tanto que su aplicación efectiva depende de las peculiaridades y regímenes jurídicos vigentes en los Estados Parte. Sin embargo, más allá de los cauces formales y los procedimientos, asegura la puesta en marcha de garantías sustantivas (1).

En materia de participación, distingue entre los proyectos de actividad, por un lado, y los planes y normas que producen efectos en los elementos del medio ambiente y sus factores. En el procedimiento para la autorización de actividades con incidencia ambiental, en primer lugar, cabe notar que tan sólo podrían invocarse las garantías de participación a aquellas que vienen referidas en el Anexo I del Convenio. Sin detenerse demasiado en ellas ni enumerarlas de forma exhaustiva, sí ha de mencionarse como característica común a todas ellas su intensidad y repercusión especial en el medio ambiente (2).

En el procedimiento para autorizar actividades y, en ciertos casos, elaborar y aprobar planes o programas, se señalan cuatro principios o garantías básicas que han de recoger las normas estatales, bien el procedimiento para evaluar el impacto ambiental, bien, si no estuvieran sometidas al mismo, aquel que permita obtener la habilitación para su ejercicio: uno, la obligatoriedad de facilitar información previa al público, acerca de cuestiones relativas al procedimiento, como la modalidad de participación, los plazos, el órgano ante el que pueden presentarse alegaciones u observaciones, los derechos que le amparan a la persona durante el procedimiento y el proyecto que en sí mismo pretende aprobarse o autorizarse (3); asimismo, han de informar acerca de los trámites o fórmulas indispensables para ejercer el derecho a la información en materia ambiental; por último, han de ponerse a disposición del público todos los datos y aspectos relativos al proyecto presentado por el promotor y su incidencia en el medio ambiente (4).

---

(1) RÁZQUIN LIZARRAGA, J.A. y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., *Información, participación y justicia en materia de medio ambiente. Comentario sistemático a la Ley 27/2006*, de 18 de julio, Thomson-Aranzadi, 2007, p. 54. LASAGABASTER HERRARTE, I., «Participación y protección del medio ambiente», GARCÍA URETA, A. (coord.), *Estudios de Derecho ambiental europeo*, Lete, Bilbao, 2005, pp. 39 y 40.

(2) LASAGABASTER HERRARTE, I., «Participación y protección...», *cit.*, 2005, pp. 39 y 40.

(3) DAVIES, S., «In name or nature? Implementing international environmental procedural rights in the post-Aarhus environment: a finnish example», *Environmental Law Review*, 190, 2007, pp. 191 y 192. Los procesos participativos exigen valorar las circunstancias sociales, culturales, orográficas o económicas de los lugares a los que afectan las normas aprobadas. Ahí reside la legitimidad del proceso participativo. La decisión se adopta mediante el mecanismo denominado «bottom up», que permite incrementar la legitimidad democrática de la decisión. Véase al respecto, SALOMONS, G.H. y HOBERG, G., «Setting boundaries of participation in environmental impact assessment», *Environmental Impact Assessment Review*, 45, 2014, 2014, p. 73.

(4) LASAGABASTER HERRARTE, I., GARCÍA URETA, A. y LAZCANO BROTONS, I., *Derecho ambiental. Parte general*, Lete, Bilbao, 2007, p. 520. EDEN, S. y BEAR, C., «The good, the bad, and the hands-on: constructs of public participation, anglers and lay management of wáter environments», *Environment and Planning*, vol. 44, 2012, p. 1202. HOURDEQUIN, M., LANDRES, P., HANSON, M.J. y CRAIG, D., «Ethical implication of democratic theory for U.S. public participation in environmental impact assessment», *Environmental Impact Assessment Review*, 35, 2012, 2012, p. 41. HARTLEY, N. y WOOD, C., «Public participation environmental impact assessment-implementing the Aarhus Convention», *Environmental Impact Assessment Review*, 25, 2005, p. 334. Una de las deficiencias más graves percibidas en los procedimientos participativos estriba precisamente en la falta de una información jurídica y legal adecuada.

En segundo lugar, el tiempo en la participación es un elemento que no puede desdeñarse. En el Convenio se precisa que las Partes han de otorgar al público plazos razonables que dejen tiempo suficiente para informar al público, por un lado, y para que se prepare y participe efectivamente en los trabajos a lo largo de todo el proceso de toma de decisiones en materia medioambiental(5), por otro, los Estados Parte han de adoptar medidas, es decir, acciones positivas para que la participación del público comience al inicio del procedimiento, es decir, cuando todas las posibilidades estén abiertas y el público pueda ejercer una influencia real(6).

En tercer lugar, la autoridad pública debe conceder al público que participe la posibilidad de presentar observaciones, informaciones, análisis y opiniones que considere pertinentes respecto a la actividad propuesta(7). No parece desprenderse del Convenio una única modalidad de participación, sino que se alude a la posibilidad de convocar audiencias o investigaciones públicas en las que cabría la opción de expresar la posición de las personas intervinientes de forma oral y no escrita(8). Esas audiencias o investigaciones en las que se haya presente el público pueden admitir fórmulas más dinámicas y que gocen de una mayor autenticidad respecto a la limpieza del proceso, como las preguntas y repreguntas o réplicas y contrarréplicas que se recogen en el acta correspondiente a cada sesión. La Ley 2/2006, del Suelo del País Vasco, ha incluido la posibilidad de convocar esas consultas en los programas de participación que aprueben los municipios para la elaboración de los planes urbanísticos(9).

En cuarto lugar, los resultados del proceso participativo han de publicarse y, además, han de ser tomados en consideración por las autoridades(10). No significa que puedan ser acogidas todas las alegaciones, sino que hayan sido examinadas y, en su caso, aquéllas expongan los motivos por los que no se han decantado por asumirlas(11). Esta ambigüedad del Convenio, en la descripción de la fase final de la participación, parece calculada, en tanto que se presume que los Estados Parte establecen los requisitos que han de contener las resoluciones respecto a la forma en que las autoridades han tenido en cuenta las alegaciones. Podría entenderse esta expresión como la necesidad de justificar las medidas, planes o resoluciones adoptados, lo que,

(5) JADOT, B., «Les cas dans lesquels une enquête publique doit être organisée en matière d'urbanisme et d'environnement: l'inevitable évolution», JADOT, B. (dir.), *La participation du public au processus de décision en matière d'environnement et d'urbanisme*, Bruylant, Paris, 2005, pp. 133 y 134.

(6) Art. 6.3 y 4 Convenio de Aarhus. Véase, PIGRAU SOLÉ, A. y BORRÁS, PENTINAT, S., «Diez años del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente», PIGRAU SOLÉ, A. (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 2008, pp. 33-39.

(7) Art. 6.7 Convenio de Aarhus. Véase también JADOT, B., «Les cas dans...», *cit.*, 2005, p. 140. ZACCAI, E., FRENDI, L. y BAULER, T., «Etudes d'incidences sur l'environnement et participation du public en région wallonne», JADOT, B. (dir.), *La participation...*, *cit.*, 2005, p. 275.

(8) ZACCAI, E., FRENDI, L. y BAULER, T., «Etudes d'incidences...», *cit.*, p. 275.

(9) CUBERO MARCOS, J.I., ITURRIBARRIA RUIZ, M. y LASAGABASTER HERRARTE, I., *Acceso a la información, participación y acceso a la justicia en materia de medio ambiente*, Gobierno Vasco, 2009, p. 82.

(10) Art. 6.8 y 9 Convenio de Aarhus.

(11) RENDERS, D., «Les obligations qui incombent à l'administration après avoir procédé à une enquête publique», JADOT, B. (dir.), *Participation...*, *cit.* 2005, p. 209.



desde luego, conlleva dotar de razonabilidad y proporcionalidad a la solución y alternativa escogida, así como las medidas correctoras que se impondrían en cada caso.

La elaboración y procedimiento para aprobar los planes y programas, en cambio, no necesariamente han de respetar todas aquellas garantías en materia de participación. Así, tan sólo se entenderían aplicados —y los Estados Parte se hallarían vinculados— los apartados 3, 4 y 8 del artículo 6 del Convenio (12). En otras palabras, no necesariamente ha de publicarse o ponerse a disposición del público una información determinada, ya sea sobre la medida pública, la situación ambiental, el emplazamiento de la actividad o sobre el procedimiento para aprobarla o ejercer el derecho de acceso (13). Asimismo, se excluirían otras modalidades de participación, como la audiencia o las investigaciones públicas y, por último, se omitiría la publicación del plan o programa y los resultados de la participación. Se les confiere a los Estados Parte un amplio margen de apreciación para definir en qué se concreta la participación en los planes y programas (14).

Respecto al tema que se aborda en el presente trabajo, es decir, los proyectos de actividades o planes aprobados por Ley, el Convenio lo relega a una breve alusión realizada con motivo de la explicación de los conceptos. Las obligaciones en materia de participación recaen sobre las llamadas autoridades públicas, es decir, según el Texto, la Administración pública; las personas físicas o jurídicas que ejercen, en virtud del Derecho interno, funciones administrativas públicas y, en particular, tareas, actividades o servicios específicos relacionados con el medio ambiente o cuando desempeñen esas funciones bajo la autoridad de la Administración o de aquellas personas físicas o jurídicas que ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente; por último, las instituciones de cualquier organización de integración económica regional como el Espacio Económico Europeo. Entre esas autoridades no figura el Parlamento, por lo que el mismo Convenio precisa que la definición no engloba a los órganos o instituciones que actúen en ejercicio de poderes judiciales o legislativos (15). En este punto, debe abordarse la cuestión en torno a si las leyes podrían albergar planes o proyectos que consisten en aplicar o ejecutar lo que previamente han previsto otras leyes.

## II.2. Derecho Comunitario

La firma del Convenio de *Aarhus* por la Unión Europea exigía una adecuación, por parte de las instituciones comunitarias, al nuevo marco jurídico en lo que se refiere a la participación en materia ambiental. Así, se aprobó la Directiva 2003/35/CE, de 26 de mayo. En las cuestiones esenciales relativas a la participación, llama la atención que la Directiva no distingue entre los planes y programas que deben cumplir los re-

---

(12) Art. 7 Convenio de *Aarhus*.

(13) RENDERS, D., «Les obligations qui incombent...», *cit.*, 2005, p. 215.

(14) PÉREZ SOLA, N., «La tutela judicial del medio ambiente: estado de la cuestión», RUIZ-RICO RUIZ, G. RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y PÉREZ SOLA, N. (coords.), *Derecho ambiental. Análisis jurídico y económico de la normativa medioambiental de la Unión Europea y española: estado actual y perspectivas de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 306.

(15) Art. 2.2 Convenio de *Aarhus*.

quisitos y criterios en materia de participación y aquellos que se sujetan a otra normativa propia. El Convenio de *Aarhus* permitía esa distinción, de modo que los Estados Parte podrían considerar necesario no incorporar algunos de esos trámites a los procedimientos para elaborar y aprobar otros planes, como ha sucedido efectivamente en la legislación española(16). Al respecto, se reiteran los cuatro criterios imprescindibles en cualquier proceso participativo: la información mediante avisos al público acerca de las propuestas y de los derechos que le asisten; el carácter temprano de la participación, de modo que estén abiertas todas las opciones; el derecho a expresar observaciones y opiniones; y, por último, la necesidad de que las autoridades públicas informen de las decisiones adoptadas y del proceso de participación, incluyendo los motivos en que se basen las misma(17).

La Directiva 2014/52/UE(18), que modifica la 2011/92, correspondiente a la evaluación de las repercusiones en el medio ambiente de determinados proyectos públicos y privados, ha suprimido el apartado relativo a los proyectos aprobados por un acto legislativo. Con arreglo a su exposición de motivos, los Estados miembros deben velar por que con el procedimiento legislativo se logre la consecución de los objetivos de la presente Directiva en materia de consulta pública. Significa todo ello, en principio, que no por el hecho de tratarse de un procedimiento legislativo específico, y en que se disponga de toda la información respecto a la actividad, se aplicarían las normas sobre evaluación ambiental estratégica o de proyectos. Ahora bien, no se acierta a comprender bien el enorme margen de apreciación que se confiere a las autoridades internas para excluir los actos legislativos del procedimiento de evaluación de impacto. En efecto, se establece en esta última Directiva que los Estados pueden excluir los proyectos aprobados por actos legislativos de las disposiciones de aquélla referentes a la consulta pública. Asimismo, les obliga a informar a la Comisión en caso de que se aplique esa excepción cada dos años a partir del año 2017(19).

No se aprecia referencia alguna, no obstante, en lo que respecta a los procedimientos para elaborar y aprobar disposiciones de carácter general. En este caso, la Unión carece de atribuciones para modificar la legislación interna en materia de organización, procedimientos administrativos y fuentes. Piénsese, además, en la heterogeneidad y diversidad de modalidades de participación y procedimientos que regulan los Estados en la aprobación de normas reglamentarias. En cualquier caso, deben respetarse las garantías recogidas en el Convenio de *Aarhus* para ese tipo de procedimientos, tal y como se ha comentado anteriormente.

Si bien en la Directiva 2003/35 no se alude al poder legislativo ni a los procedimientos que se tramitan en su seno, en la Directiva 2003/4, relativa al acceso a la información en materia ambiental, se establece la posibilidad de que los Estados no incluyan a las autoridades legislativas y jurisdiccionales en el concepto de autoridad pública, siempre que el ordenamiento interno no prevea un procedimiento de re-

---

(16) NADAL, C., «Pursuing substantive environmental justice: The Aarhus Convention as a pillar of empowerment», *Environmental Law Review*, 10, 2008,

(17) Art. 2.2 Directiva 2003/35.

(18) Directiva 2014/52/UE, de 16 de abril, del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente.

(19) Art. 2.5 Directiva 2011/92, modificado por la Directiva 2014/52.

curso(20). Los Estados podrían englobar en el concepto de autoridad pública el poder legislativo, siempre que se prevean mecanismos de recurso contra sus resoluciones, lo que significaría que cualquier persona podría invocar su derecho de acceso mediante un recurso previo. Esta última alternativa no ha sido acogida por el Derecho español, por lo que el acceso a la justicia quedaría de nuevo en entredicho a tenor de la normativa comunitaria.

### II.3. Legislación interna

En la Ley 27/2006 se distingue la participación básicamente en dos procedimientos: la elaboración y aprobación de planes y programas vinculados al medio ambiente; y, por último, aquellos que tengan por objeto disposiciones de carácter general con incidencia en el medio ambiente. Se excluyen los planes y programas cuyo único objetivo la defensa nacional o la protección civil en casos de emergencia. Además, aquellos que desarrollen previsiones sobre el aprovechamiento hidráulico u otras cuestiones en materia de aguas, y los que deban ser evaluados desde una perspectiva ambiental, se rigen por su propia normativa(21).

En relación con los planes, las garantías de participación que trata de preservar el Convenio de Aarhus tan sólo se aplican a determinados planes según la materia que regulen. En concreto, tan sólo regirían aquellas garantías en los procedimientos para aprobar y elaborar los planes de residuos; los de pilas y acumuladores; los que prevean determinaciones acerca de nitratos; los referidos a envases y residuos de envases; los que contengan determinaciones acerca de la calidad del aire, así como otros en que así se decida por normativa autonómica(22). En resumidas cuentas, la participación temprana, cuando estén abiertas todas las posibilidades, el derecho previo de información que asiste al ciudadano con derecho a participar, así como la obligatoriedad de poner a disposición del público los resultados de la participación tan sólo podrían exigirse en determinados procedimientos relacionados con las materias correspondientes a los planes anteriormente comentados(23).

La Ley 27/2006 no menciona como autoridad pública a los órganos legislativos, sino al Gobierno y las administraciones públicas en los diferentes niveles institucionales. La razón de que se omitan los procedimientos legislativos estriba en que la implantación de todas las garantías en materia de participación incluiría una reforma de los reglamentos de las cámaras legislativas en el ámbito del Estado y, en su caso, en el de las Comunidades Autónomas. La Ley aplicable en esta materia no podría modificar las disposiciones reguladoras de los procedimientos legislativos, algu-

---

(20) JADOT, B., «Les cas d'enquête...», *cit.* 2005, p. 145.

(21) PALLARÉS SERRANO, A., «La participación pública en materia de medio ambiente», PIGRAU SOLÉ, A. (dir.), *Acceso a la información...*, *cit.*, 2008, pp. 309-312.

(22) Art. 17.1 Ley 27/2006, de 18 de julio, de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia ambiental.

(23) RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. y RUIZ DE APODACA, A., *Información, participación...*, *cit.*, 2007, pp. 333-339.

nas de las cuales no sólo poseen un rango de Ley Orgánica, fundamentado en una reserva, sino también podrían afectar a ciertos preceptos constitucionales (24).

Se restringe la participación a las personas interesadas y a las asociaciones sin ánimo de lucro que cumplan determinados requisitos. Así, han de disponer, entre los fines acreditados en sus estatutos, la protección del medio ambiente en general o la de alguno de sus elementos en particular; deben constituirse legalmente al menos dos años antes del ejercicio de la acción y han debido ejercer de modo activo las actividades necesarias para alcanzar los fines previstos en sus estatutos; por último, según estos últimos, deben desarrollar su actividad en un ámbito territorial que resulte afectado por la actuación u omisión administrativa. Estos criterios se aplican, asimismo, para considerar a dichas asociaciones como legitimadas activas para la impugnación de las decisiones que adopten las administraciones en materia ambiental. Es lo que se denomina de forma llamativa por la Ley «la acción popular en asuntos medioambientales» (25). En algunas legislaciones autonómicas, no obstante, se prevé una legitimación activa más amplia, que permite incluir a cualquier persona, sin más matices ni especificaciones. Así, en la Ley 3/1998, vasca de medio ambiente, se contempla que cualquier persona posee el derecho de participación en los procedimientos administrativos relacionados con el medio ambiente y, a su vez, el derecho a recurrir las decisiones administrativas en esta materia (26). Más allá de las disquisiciones doctrinales en torno a la atribución de competencias, la misma Ley prevé la posibilidad de que se aprueben normas que reconozcan más derechos que los que explícitamente figuran en ella (27). Las cuestiones relacionadas con el procedimiento administrativo pueden ser reguladas y desarrolladas por las Comunidades Autónomas, siempre que sean ellas las encargadas de tramitarlos, como puede ser el caso medioambiental, en virtud de las previsiones estatutarias y de la atribución expresa del Texto Constitucional.

### **III. Efectos de los proyectos y planes aprobados por ley en la evaluación de impacto ambiental y en la evaluación ambiental estratégica**

#### **III.1. Fundamento de la evaluación ambiental**

Pueden distinguirse dos tipos de procedimientos: la autorización de actividades o la aprobación de planes y programas. En cuanto a la primera, no puede olvidarse que el órgano sustantivo debe habilitar al promotor del proyecto para llevarlo a cabo y que, antes de poner en marcha la instalación o comenzar su construcción, resulta indispensable dicho permiso. Si se trata de una actividad que figura en el correspondiente anexo de la Directiva 2011/92 o, en su caso, de la Ley 21/2013 y de la

---

(24) Arts. 72.2, 89 y 90 CE. En ellos se alude al Reglamento de las Cámaras como normativa aplicable e, incluso, se hace referencia a la participación del Senado en el procedimiento de elaboración de las leyes. Se requeriría una reforma de los reglamentos de las cámaras para incorporar mecanismos distintos de participación.

(25) Arts. 22 y 23 Ley 27/2006.

(26) Art. 3.4 Ley 3/1998, Vasca de Medio Ambiente.

(27) Art. 16.3 Ley 27/2006.

normativa autonómica, debe someterse a una evaluación previa por parte del órgano ambiental. En caso de que se proceda a la aprobación de un plan o programa, se aplicaría la misma normativa y habría de tenerse presente si el mismo se incluye entre los que precisan evaluación de acuerdo con aquellas normas mencionadas. En todos esos casos, el fundamento de la evaluación estriba en detectar el impacto que la actividad puede ejercer en cualquiera de los elementos del medio físico, en los factores ambientales y en la salud de las personas(28). Una vez clarificados los efectos que ocasiona el funcionamiento de la instalación o infraestructura, deben presentarse, o bien alternativas para impedir su existencia, o bien medidas que reduzcan significativamente el perjuicio medioambiental o en la salud de las personas(29).

Para ello, es indispensable llevar a cabo un estudio previo de la situación en que se encuentran los elementos ambientales, incluida la flora y la fauna. De esa información podrá deducirse con posterioridad si han de imponerse nuevas medidas o si ha de proponerse una modificación de las condiciones del título habilitante, como la disminución de la producción o la reducción del espacio de la planta(30). Además, ese estudio previo permitiría, en virtud del principio de corrección, analizar el daño ambiental en el origen y conocer la causa del mismo, lo cual deviene esencial en la implantación de tecnologías o de mecanismos de protección adecuados. El procedimiento administrativo se destinaría a recabar informaciones y criterios procedentes de todos los sectores interesados y, asimismo, conocer de forma más detallada los impactos en la vida diaria de las poblaciones. Todo ello repercutiría en el bienestar de la ciudadanía y en la legitimidad del proyecto desde una perspectiva democrática(31).

Ahora bien, cabría interrogarse en torno a la posibilidad de que todos esos objetivos sean cumplidos mediante el procedimiento legislativo de turno. Se advierten para ello no pocas dificultades para que la Directiva comunitaria y la Ley se apliquen estrictamente en todos estos proyectos. Por un lado, las asambleas legislativas deberían disponer de personal lo suficientemente cualificado para analizar el estudio previo de los elementos del medio físico, así como examinar cada uno de los impactos(32). Todo ello exige un alto grado de especialización del que carecen las cámaras parlamentarias.

---

(28) GARCÍA URETA, A., *Marco jurídico del procedimiento de evaluación de impacto ambiental: el contexto comunitario y estatal*, IVAP-Oñati, 1994, pp. 227-234. AGUDO GONZÁLEZ, J., «Evaluación de impacto ambiental: problemas jurídicos», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 176, 2000. Véase en <http://vlex.com/vid/evaluacion-impacto-ambiental-problemas-111738>. ROSA MORENO, J., *Régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental*, Trivium, Madrid, 1993, pp. 168 y 169.

(29) GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G., «Acceso a la información, participación y acceso a la justicia en cuestiones ambientales: del Convenio de Aarhus a la sentencia Boxus», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, 2013, pp. 467 y 468.

(30) LOZANO CUTANDA, B., *Derecho ambiental Administrativo*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 274-278.

(31) HARTLEY, N. y WOOD, C., «Public participation in...», *cit.*, 2005, p. 322.

(32) GLUCKE, A.N., DRIESEN, O., KOLHOFF, A. y RUNHAAR, H.A.C., «Public participation in environmental impact assessment: why, who and how?», *Environmental Impact Assessment Review*, 43, 2013, p. 107. Las necesidades que alberga el proyecto debe contrastarse, en el proceso de decisión, con otros valores y conocimientos de que dispone el público u otras administraciones.

Asimismo, al objeto de emitir una decisión suficientemente fundamentada en el otorgamiento de la autorización o el proyecto, deberían reunir la capacidad suficiente para aportar argumentos técnicos y científicos de cierta entidad. Al finalizar el procedimiento para la concesión o no de la autorización, podría oponer objeciones a la declaración previa emitida por el órgano ambiental(33). La resolución de discrepancias directamente podría ser resuelta por una Ley, norma que debe ser respetada por el ejecutivo(34). Todo ello permitiría zanjar los conflictos entre órgano sustantivo y ambiental basándose en un argumento formal, consistente en el tipo de fuente que se ha aplicado en cada caso y sin que se incorporen razones sólidas desde una perspectiva técnica o sustantiva, dado que las asambleas legislativas o las Cortes Generales se hallan carentes de los medios necesarios para ello.

En cuanto a los planes y programas aprobados por Ley, no podría sino reiterarse el comentario anterior. Pese a que los Planes pudieran contemplar un contenido más genérico, lo cierto es que entre sus previsiones pueden figurar habilitaciones más o menos expresas para llevar a cabo determinadas actividades (35). Piénsese en un Plan de infraestructuras aprobado por Ley o un Plan Hidrológico que prevé un trasvase(36). En estos casos deben analizarse los impactos ambientales que supondrían todas aquellas determinaciones que amparan la modificación de elementos del medio físico como el suelo o el agua(37). El Parlamento precisa de una información indispensable que le permita obtener los elementos de juicio necesarios para aprobar los proyectos. Todo ello debe contar con la participación de diferentes administraciones u órganos, así como tomar en consideración las observaciones del público principalmente afectado por los proyectos(38).

### **III.2. Procedimiento adecuado, en especial, la participación del público y la coordinación entre las administraciones públicas**

Al objeto de solucionar los problemas derivados de la ausencia de cualificación y dotar al procedimiento de aprobación del proyecto de las garantías indispensables, la Directiva 85/337/CEE permitió excluir de la evaluación de impacto ambiental los proyectos aprobados por Ley, siempre que fueran suficientemente específicos y

(33) PERNAS GARCÍA, J.J., «Integración y coordinación procedimental de la evaluación de impacto ambiental y de la autorización ambiental integrada», NOGUEIRA LÓPEZ, A. (dir.), *Evaluación de impacto ambiental. Evolución normativo-jurisprudencial, cuestiones procedimentales y aplicación sectorial*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 96.

(34) AGUDO GONZÁLEZ, J., «Evaluación de impacto...», *cit.*, 2000.

(35) VERDÚ AMORÓS, M., *Ámbito de aplicación y procedimiento de la Evaluación ambiental estratégica*, Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 80-81.

(36) GARCÉS SANAGUSTÍN, A., «La participación en la gestión de los recursos hídricos», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, XIV, 2013, p. 488. La necesaria coordinación entre administraciones parecería decaer en el caso de tramitar un procedimiento legislativo.

(37) NIETO MORENO, J.E., «Elementos estructurales de la Evaluación ambiental de planes y programas», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 17, 2011, pp. 104-109.

(38) SALOMONS, G.H. y HOBERG, G., «Setting boundaries of...», *cit.*, 2014, p. 70.

contasen con todas las informaciones disponibles para examinar el proyecto(39). La Ley de evaluación ambiental también sustrae a su ámbito de aplicación «los proyectos detallados aprobados específicamente por una Ley». Como condición se establece que contengan los datos necesarios para la evaluación de las repercusiones de dicho proyecto sobre el medio ambiente y en la tramitación de la Ley de aprobación del proyecto se deben cumplir los objetivos establecidos en la misma(40). En otras palabras, parecería exigir una actividad previa de análisis y recopilación de la información por parte del Parlamento, al objeto de que este último adoptase la decisión correspondiente.

Todo ello no permitiría solucionar el grave problema de la cualificación y especialización necesarias de las que carecen los parlamentos y asambleas legislativas para incorporar las medidas que propone el órgano ambiental. Los datos e informaciones deben interpretarse y conocer su alcance en un contexto científico-técnico(41). La Directiva 2014/52/UE ha concedido un amplio margen de apreciación a los Estados para determinar si un proyecto puede aprobarse mediante un acto legislativo, dado que ha suprimido los criterios relativos a la necesidad de obtener una información previa por parte del órgano legislativo con anterioridad a la aprobación del proyecto. Esta modificación legislativa dejaría esta cuestión aún más irresoluta y presentaría ciertas dosis de inseguridad jurídica de cara a la aplicación del Convenio de Aarhus y el resto de directivas comunitarias aplicables a esta materia.

## A) UNA APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA

Respecto a esta cuestión, se han suscitado algunas controversias ante el Tribunal de Justicia. Se apoya este último en la normativa sobre evaluación de impacto ambiental, que respeta las garantías previstas en materia de participación. Para que se excluya la aplicación de la Directiva, los proyectos han de ser detallados y adoptarse a través de un acto legislativo específico, dado que los objetivos perseguidos por aquella Directiva, incluido el de la disponibilidad de informaciones, se consiguen a través del procedimiento legislativo(42). En el mismo acto legislativo debe contenerse la autorización, es decir, recoger todos los datos pertinentes para la evaluación de sus repercusiones sobre el medio ambiente(43). Ha de conferir al promotor del proyecto el derecho a llevarlo a cabo, como si fuera un título habilitante más(44).

---

(39) EZEIZABARRENA SÁENZ, X., *El principio constitucional de participación ante la evaluación de impacto ambiental de las grandes infraestructuras*, IVAP, Oñati, 2006, pp. 259-261.

(40) Art. 8.2 a) Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental.

(41) PETTS, J. y BROOKS, C., «Expert conceptualisations of the role of lay knowledge in environmental decision-making: challenges for deliberative democracy», *Environmental and Planning*, vol. 38, 2006, p. 1047. Ponen de manifiesto la necesidad de no adoptar decisiones estrictas, sino en estrecha relación con la ciudadanía afectada, tanto para informarle adecuadamente como para consultar su posición en torno a una planificación o actuación ambiental.

(42) En ese sentido, véase STJUE 18 de octubre de 2011, C-128/09 a C-131/09, C-134/09 y C-135/09, *Boxus* y otros, aps. 36-38.

(43) STJCE 19 de septiembre de 2000, C-287/98, *Linster*, ap. 56.

(44) STCE 16 de septiembre de 1999, C-435/97, *WWF* y otros, ap. 59.

Antes de que este último sea concedido, es indispensable que el proyecto reciba una evaluación ambiental acerca de las repercusiones o efectos significativos sobre el medio ambiente que aquél entraña. Todo ello significa que, con anterioridad a la aprobación de la Ley que conlleva la autorización, el Parlamento debe disponer de la información precisa acerca del emplazamiento de la instalación o infraestructura, diseño y tamaño, medidas previstas para evitar, reducir y, si fuera posible, compensar los efectos adversos significativos, así como los datos requeridos para identificar y evaluar los principales efectos que el proyecto pueda tener en el medio ambiente. El poder legislativo podría recopilar todo ese material a partir de un procedimiento administrativo previo (45). Solamente podría exceptuarse la aplicación de la Directiva en materia de evaluación de impacto en caso de que el acto legislativo sustituya al acto de autorización, para lo que debe revestir todas las características del mismo, incluida la información correspondiente de la evaluación del proyecto desde una perspectiva ambiental (46).

No se plantea una solución convincente, aunque el procedimiento contase con una evaluación del órgano ambiental, previa tramitación de las consultas previas y el análisis del proyecto como tal (47). No parece advertirse una mínima duda en torno a la capacidad de los órganos legislativos para analizar las medidas propuestas por el ambiental. Incluso, podría parecer que se sobreentiende que el legislador adopta una decisión de carácter técnico, lo que no resulta muy acorde a la realidad. Piénsese que únicamente se exigen determinadas informaciones previas, pero se omiten otros trámites inherentes al procedimiento de evaluación de impacto o estratégica, como pueden ser las consultas a otras administraciones o al público (48). En caso de que se suscitara algún tipo de controversia entre el órgano administrativo y el ambiental, el Parlamento podría imponer, mediante Ley, su voluntad.

En un reciente fallo se han sentado las bases del procedimiento de evaluación para los proyectos autorizados por Ley. El Parlamento valón adoptó un Decreto por el que se ratificaron licencias de construcción cuyo objeto eran diversas obras ligadas al aeropuerto de Lieja, al de Bruselas y a una línea ferroviaria, que las emprendió por razones imperiosas de interés general. Una vez recibidas las cuestiones de inconstitucionalidad, la Corte Constitucional belga remitió la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para que éste resolviera en torno a la aplicación del Convenio de Aarhus. No se impide, de acuerdo con el fallo, que el Estado conceda una autorización a un particular mediante dos actos emanados del Derecho nacional. Lo que sí parece imprescindible es no obviar las garantías del procedimiento, tanto de evaluación ambiental como el participativo que se desarrolla en su seno, pese a que con posterioridad la autorización se ratifique mediante una Ley (49). Tras mencionar los criterios expuestos más arriba, se le insta al órgano jurisdiccional interno a que com-

(45) STJUE 18 de noviembre de 2011..., *cit.*, *Boxus*, ap. 44.

(46) LASAGABASTER HERRARTE, I., GARCÍA URETA, A. y LAZCANO BROTONS, I., *Derecho...*, *cit.*, 2007, pp. 244 y 245.

(47) ZACCAI, E., FRENDU, L. y BAULER, T., «Etudes d'incidences sur...», *cit.*, 2005, p. 277.

(48) ALENZA GARCÍA, J.F., «La evaluación de impacto ambiental a la luz de la jurisprudencia comunitaria», NOGUEIRA LÓPEZ, A. (dir.), *Evaluación de impacto ambiental...*, *cit.*, 2009, p. 49.

(49) STJCE 4 de mayo de 2006, C-508/03, Comisión contra Reino Unido, ap. 102.



pruebe si realmente el legislador disponía de esa información con el suficiente grado de detalle como para que el acto legislativo pudiera ser excluido de la Directiva sobre evaluación de impacto ambiental(50).

Con ligeros matices, el Tribunal se pronunció acerca de la aprobación, mediante acto legislativo, de un trasvase entre cuencas hidrográficas que precisaba evaluación de impacto ambiental y, por tanto, aplicación de la Directiva 85/337. La diferencia en este caso estriba en que la Ley se aprobó con fundamento en una evaluación de impacto ambiental previa, incorporada a una resolución administrativa que se emitió siguiendo las reglas que establece aquella Directiva en materia de participación. La Corte comunitaria le confirió al órgano jurisdiccional interno la competencia para dirimir si el acto legislativo específico se basó en un procedimiento previo en el que se observaron las obligaciones en materia de participación por parte de la autoridad pública. De todo ello se deduce que, pese a tratarse de un acto legislativo específico, no podría sustraerse la autoridad al cumplimiento de aquellas obligaciones, incluso cuando la misma resolución hubiera sido anulada en la vía jurisdiccional(51). Con arreglo a los fallos anteriores (*Solvay y Boxus*) tan sólo se habría exigido la disponibilidad de las informaciones necesarias para evaluar el proyecto desde una perspectiva ambiental, sin añadir las garantías en materia de participación(52).

El mismo fallo señala que la solución, adoptada por la Directiva sobre evaluación de impacto ambiental, coincide en lo sustancial con el Convenio de *Aarhus*. Éste excluye de su ámbito de aplicación las actuaciones procedentes de órganos legislativos y jurisdiccionales en el ejercicio de sus funciones legislativa y jurisdiccional. Eso no significaría eludir la tramitación de un procedimiento de evaluación de impacto. El Tribunal Constitucional ya había declarado la imposibilidad de que el Estado prescindiera del procedimiento de evaluación de impacto mediante una Ley, salvo que se excluyeran proyectos que estuvieran vinculados a una competencia propia de aquél(53).

## B) OBJECIONES A LA JURISPRUDENCIA COMUNITARIA: EL DERECHO DE PARTICIPACIÓN EN LA EVALUACIÓN DE IMPACTO Y ESTRATÉGICA

Aquellas tesis no parecen muy acordes con el derecho de participación, toda vez que, si se pretende trasladar la evaluación de impacto ambiental al procedimiento legislativo, los trámites de elaboración y aprobación de leyes se someten a las normas que regulan el funcionamiento interno de los Parlamentos. En ello, es probable que se vea la presencia de muchos colectivos, incluidas ONGs y de parte de la ciudadanía directamente afectada por los proyectos. La Unión Europea no puede ejercer competencia alguna en esa materia, conferida a los estados en virtud de la potestad de autoorganización de las cámaras legislativas. Más allá de que el pro-

(50) STJUE 16 de febrero de 2012, C-182/10, *Marie-Nöelle Solvay* y otros, ap. 41.

(51) STJUE 11 de septiembre de 2012, C-43/10, *Aftodioikisi Aitoloakarnanias*, aps. 90 y 91.

(52) GARCÍA URETA, A., «Convenio de Aarhus y convalidaciones legislativas: ¿recurso directo contra leyes en vía contenciosa?», *La Ley*, 7763, 2011. Véase en [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es).

(53) STC 13/1998, FJ 6.º.

yecto contenga determinadas informaciones y sea detallado, deberían exigirse, además, unas garantías de participación tal y como se establecen en el Convenio de Aarhus(54). De lo contrario, no parecería ajustarse la regulación contenida en la Directiva a las determinaciones del Instrumento internacional, tal y como ha señalado el mismo Tribunal de Justicia. Lejos de alcanzar una propuesta conforme a los derechos de participación, la modificación de la Directiva 2011/92 permitirá, a discreción de las autoridades internas, eludir los principios y criterios que contempla el Convenio de Aarhus para que la participación del público sea efectiva en los procedimientos para aprobar planes, programas o proyectos cuando se recojan en una norma con rango de Ley o un acto legislativo.

La solución consistiría en asegurar la participación conforme a los criterios establecidos en el Convenio de Aarhus durante la tramitación del proyecto de Ley en sede administrativa, lo que no deja de plantear problemas en torno a la necesidad de que ese proyecto, aún aprobado por Ley, deba ser objeto de evaluación de impacto(55). De hecho, las informaciones procedentes de la Administración pueden ser objeto de acceso por parte del público y, pese a que se opte por una Ley como instrumento para la aprobación, la participación y los requisitos para su cauce podrían observarse en sede administrativa. Las autoridades públicas responsables de la decisión han de facilitar a los participantes detalles de los proyectos propuestos o de las actividades, el plazo, y el impacto esperado en los grupos particulares o actividades. Deben facilitar asistencia para asegurar una completa implementación de programas y proyectos(56). Al respecto, en materia de acceso a la información se ha adoptado una solución similar en caso de que se exija información en torno a la aprobación de una Ley con incidencia en el medio ambiente(57). Ahora bien, una participación efectiva debería procurar las garantías jurisdiccionales indispensables para hacerla efectiva, lo que dista mucho de la realidad según se expondrá en el apartado relativo a la tutela judicial efectiva.

En cuanto a la motivación acerca de la necesidad de someter el proyecto a evaluación de impacto ambiental, la decisión del Tribunal de Justicia resulta igual de polémica. Se afirma que la Directiva no obliga a la autoridad pública a exponer las

(54) EDEN, S. y BEAR, C., «The good, the bad, and the hands-on...», *cit.*, 2012, p. 1202. El proceso participativo resulta mucho más complejo que la simple participación del público. La determinación, acerca de qué personas tienen derecho a participar, según los autores, alegan intereses muy diversos, desde los económicos hasta los políticos. Además, no pueden descartarse fórmulas convencionales o de concertación entre agentes públicos y privados. Al respecto, véase también, HOURDEQUIN, M., LANDRES, P., HANSON, M.J. y CRAIG, D., «Ethical implications...», *cit.*, 2012, p. 38. Véase también EZEIZABARRENA SÁENZ, X., *El principio...cit.*, 2006, p. 264. El procedimiento de evaluación debe avalar o no las manifestaciones aportadas por promotor del proyecto u obra, así como la necesidad de conocer en profundidad cuáles son las distintas variables ambientales que afectan a la cuestión.

(55) GARCÍA URETA, A., «Convenio de Aarhus y convalidaciones...», *cit.*, 2011.

(56) O'FAIRCHEALLAIGH, C., «Public participation and environmental impact assessment: purposes, implications and lessons for public policy making», *Environmental Impact Assessment Review*, 30, 2010, p. 20.

(57) STJUE 14 de febrero de 2012, C-204/09, *Flachglas Torgau*, ap. 51. El Tribunal de Justicia declaró compatible con la Directiva 2003/4 exigir el derecho de acceso a la información a los ministerios encargados de elaborar los proyectos, en la medida en que participan en el procedimiento legislativo propiamente dicho. En otras palabras, la documentación empleada para elaborar una Ley y que obre en poder de los ministerios que elaboraron el proyecto o el anteproyecto puede ser exigida conforme a las disposiciones recogidas en el Convenio de Aarhus o la Directiva 2003/4.

razones por las que ha decidido que la evaluación de impacto ambiental era necesaria(58). Las partes interesadas pueden exigir a la autoridad administrativa que explique los motivos de su decisión y, además, pueden acudir a la jurisdicción para obligarle a la autoridad a exponerlas, si fuera necesario(59). En el caso de los proyectos aprobados por Ley, sucede que la legitimación activa para recurrir ante el Tribunal Constitucional resulta restringida y los órganos jurisdiccionales no pueden obligar a los Parlamentos para que lleven a cabo determinadas prestaciones. Esta realidad vuelve a ser ignorada por el Tribunal de Justicia, quien no se percata de que, al tratarse de un órgano legislativo, en el caso del Derecho español ni siquiera el Tribunal Constitucional podría obligarle a incluir informaciones o cualquier contenido en sus leyes. Incluso, se ha propugnado desde diversas perspectivas la aprobación de normas que establezcan criterios claros y transparentes respecto a los resultados de la participación, debido a la heterogeneidad de intereses que presentan los procesos participativos(60).

### III.3. Leyes singulares y legislación en materia de evaluación ambiental

#### A) CARACTERIZACIÓN DE LAS LEYES SINGULARES

En este apartado se plantea otra controversia de hondo calado relacionada con la las leyes singulares. En principio, el legislador no podría exceptuar la aplicación de una norma para casos y circunstancias concretas, porque se atentaría contra el principio de igualdad y no discriminación. Las evaluaciones de impacto ambiental de actividades podrían encajar en estos supuestos, debido a que se presentan proyectos concretos cuya repercusión en los elementos del medio físico y en los factores ambientales han de examinarse en función de las características de la actividad, del emplazamiento, de la intensidad de su funcionamiento o de cuestiones técnicas más concretas. Se trata, en definitiva, de una decisión administrativa de marcado carácter aplicativo y no innovador del ordenamiento jurídico(61). En el caso de la evaluación ambiental estratégica, podrían admitirse ciertos matices derivados de la misma naturaleza del plan o programa, que, en ocasiones, reconoce, modifica o extingue diversas situaciones jurídicas e implica, asimismo, diversos actos de aplicación. Todo ello les convertiría en normas cuyo alcance debería interpretarse caso por caso en sede administrativa.

Las leyes singulares se han definido por el Tribunal Constitucional como aquellas dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su con-

---

(58) STJUE 16 de febrero de 2012, *cit.*, ap. 56.

(59) STJUE 30 de abril de 2009, C-75/08. *Mellor*, ap. 58.

(60) HOURDEQUIN, M., LANDRES, P., HANSON, M.J. y CRAIG, D., «Ethical implications of democratic...», *cit.*, 2012, p. 40. Un procedimiento bien diseñado no siempre es suficiente si los resultados del mismo no parecen plasmarse en las decisiones finales, incluso plantearse cualquier tipo de modificación legislativa.

(61) LASAGABASTER HERRARTE, I., *Fuentes del Derecho*, Lete, Bilbao, 2007, p. 91. GALÁN VIOQUE, R., «RUMASA: expropiaciones legislativas y leyes singulares (comentario en torno a las sentencias constitucionales y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaídas en este asunto)», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 29, 1997, p. 126.

tenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la Ley singular y no comunicable con ningún otro (62). Entre la doctrina se consideran leyes en las que, además de definir un supuesto de hecho abstracto al cual aplicar un régimen jurídico, se establecen los casos concretos a los que tal régimen debe ser aplicado (63). A su vez, la Ley singular no remite a una categoría de leyes distinta de la general, ni a una construcción nueva y original. No se trata de admitirla o rechazarla, sino analizar su régimen jurídico en relación a sus límites y procedimientos de control, en defensa de las garantías del ciudadano (64).

Aquel Tribunal no ha cuestionado la vigencia de leyes de esta naturaleza, dado que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había exigido al Estado español el reconocimiento de mínimas garantías procesales, como el trámite de audiencia previo, a favor de las personas destinatarias de la Ley singular, en el proceso tramitado ante el Tribunal Constitucional. En ese sentido, las leyes expropiatorias pueden calificarse como singulares y deben responder a una finalidad de utilidad pública e interés social, garantizar la correspondiente indemnización y respetar lo dispuesto en las leyes. Eso significa que la naturaleza excepcional de las leyes singulares de expropiación no autoriza al legislador a prescindir de la garantía del procedimiento expropiatorio al que deben someterse igualmente. No obstante, dada la singularidad y excepcionalidad concurrentes, se le permite a aquél incorporar en el procedimiento general las modificaciones pertinentes, siempre que se inserten «como especialidades razonables que no dispensan de la observancia de las demás normas de los procedimientos contenidos en la legislación general» (65).

En otras palabras, el legislador también debería tramitar un procedimiento específico que permitiera señalar una *causa expropiandi*, fijar la correspondiente indemnización a favor de los expropiados y seguir aquellos pasos que resulten de la propia excepcionalidad de la medida. Debe constatarse que no resulta relevante la forma en que se lleva a cabo la expropiación, mediante Ley o acto administrativo, sino que efectivamente se cumplan determinadas garantías del procedimiento establecidas en las leyes. Así, debería ponderarse si la excepcionalidad de la expropiación justifica el hecho de que se omitan determinadas garantías procesales o se supriman trámites propios del procedimiento ordinario previsto en la Ley (66). Este instrumento debe emplearse de un modo funcional, no tanto formal, por lo que los objetivos y fines del procedimiento no pueden quedar alterados. Por ello, con razón parte de la doctrina constitucionalista ha considerado el procedimiento como fundamento mismo de la existencia de la Ley (67).

---

(62) STC 166/1986, FJ 10.º

(63) ARIÑO ORTIZ, G., «Leyes singulares, leyes de caso único», *RAP*, 118, 1989, p. 57.

(64) MONTILLA MARTOS, J.A., *Las leyes singulares en el ordenamiento constitucional español*, Civitas, Madrid, 1994, p. 112.

(65) STC 166/1986, FJ 13.º.

(66) STC 48/2005, FJ 6.º.

(67) RUBIO LLORENTE, F., «Función legislativa, poder legislativo y garantía del procedimiento», *El Procedimiento legislativo. V Jornadas de Derecho Parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, p. 30. Véanse también, DE OTTO, I., *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 106.

El mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de destacar esas mismas conclusiones respecto a la vulneración del derecho de propiedad por la ausencia de un justo equilibrio entre la indemnización y los daños causados por la expropiación o la falta de compensación entre los bienes o derechos sacrificados y el beneficio obtenido por la comunidad (68). En un caso examinado por el TC, respecto a la ampliación de la sede parlamentaria de Canarias, se declaró abiertamente incapaz de examinar las alternativas posibles a la ampliación, si bien señala que existen. Por otra parte, del mismo texto legislativo no se desprende una justificación para ocupar determinados bienes y no otros (69). Aquí se exponen nuevamente los problemas que presenta la jurisdicción constitucional en su faceta de fiscalización puramente negativa, lo que exigiría un análisis más pormenorizado de los proyectos e impactos ambientales en la vía administrativa. La realidad fáctica que no se explica de forma apropiada en sede legislativa, por el contrario, encontraría un mejor acomodo en el trámite probatorio del proceso judicial, según el TC.

## B) LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En materia medioambiental, merece abordarse la controversia suscitada con motivo de la aprobación, por una Ley del Parlamento de Castilla y León, del proyecto regional «Ciudad del Medio Ambiente». El texto legislativo fue objeto de recurso de inconstitucionalidad interpuesto en nombre de más de 50 diputados socialistas que básicamente alegaban el carácter singular de la Ley y la quiebra del principio de igualdad ante la Ley, así como la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y el derecho a la tutela judicial efectiva. Por otra parte, la Ley preveía en su Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> la modificación de las normas subsidiarias urbanísticas de un municipio afectado por el proyecto. El Tribunal Constitucional sostiene desde un primer momento que el proyecto regional planificaba la ejecución de una actuación urbanística, pues contenía las determinaciones de los planes urbanísticos y requería del posterior proceso de gestión por los sistemas contemplados en la legislación urbanística. Así, incluía determinaciones de ordenación pormenorizada, clasificando las zonas como rústicas o urbanizables. Como consecuencia de esas previsiones, la misma Ley reclasificaba una parte del suelo, clasificado por las normas subsidiarias de Garray, como no urbanizable de especial protección para permitir su transformación en suelo urbano (70).

Por una parte, el TC rechaza calificar esa norma como una Ley autoaplicativa, pues contiene una verdadera ordenación urbanística para un territorio y requiere, por tanto, diferentes actos de aplicación ejecutivos. Según el Alto Tribunal, la Ley no reviste un

---

(68) SSTEDH 23 de septiembre de 1982, *Sporrong y Lönnroth* contra Suecia, aps. 66-69 y 5 de noviembre de 2002, *Pincova* contra República Checa, ap. 52.

(69) STC 48/2005, FJ 7.º.

(70) STC 203/2013, FJ 2.º. Además, como cita la propia sentencia, delimitaba dos sectores de suelo urbanizable en los que se localizaba el aprovechamiento lucrativo, como el uso residencial o el suelo de uso industrial, al margen de sistemas generales de comunicaciones, equipamientos comunitarios, espacios libres e infraestructuras y servicios públicos que permiten el funcionamiento integrado del conjunto de actividades que soporta la totalidad del territorio.

carácter singular, pues tiene por objeto la regulación de los usos de determinados terrenos y por destinatarios a todos aquellos afectados por el planeamiento. Si bien la Ley autonómica sobre ordenación del territorio permite la aprobación por Ley de planes, ha de observarse un requisito para ello: su carácter excepcional, circunstancia que debe ser motivada caso por caso por parte del legislador.

Por eso, en un sorprendente viraje argumentativo, el Alto Tribunal considera que se trata de un «género de la Ley singular» (71). En efecto, parecería deducirse de la sentencia comentada que el legislador se haya vinculado a una Ley previa —la relativa a la ordenación del territorio— lo que no se ajustaría a la clásica libertad de configuración del legislador, tantas veces mentada por aquel Tribunal.

En efecto, la caracterización, un tanto fraudulenta, como «un género de Ley singular» permite superar dos escollos de difícil salvación que el TC ha exhibido en numerosos fallos mediante su consolidada jurisprudencia: uno, la inexistencia de una reserva reglamentaria en la Constitución; y, dos, la necesidad de que aquella norma deba ser fiscalizada por la jurisdicción, en tanto que se trata de una aplicación concreta o de la ejecución de una norma. Todo ello supondría eludir el derecho a la tutela judicial efectiva, debido a las limitaciones que la Constitución y la LOTC establecen en cuanto a la legitimación activa. La incongruencia en que incurre el Tribunal Constitucional, cuando afirma la inexistencia de una reserva a favor del Reglamento o del poder ejecutivo, consiste en afirmar que el Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla y León dispone de competencias para aprobar planes de ordenación del territorio y urbanísticos y que tan sólo le correspondería esa labor al legislador en caso de que concurrieran circunstancias excepcionales. ¿Por qué se sostiene que el Gobierno debe asumir esa facultad, si el mismo legislador puede suprimirla o modificarla, dado que, efectivamente, la Ley prima sobre el Reglamento y la Constitución no le ha reconocido ámbito alguno a este último? (72)

La caracterización como Ley singular permitiría someter esa norma al test de proporcionalidad y razonabilidad, al objeto de determinar si efectivamente estaría justificada su naturaleza excepcional. En concordancia con fallos precedentes, declaró que la adopción de Leyes singulares debe estar circunscrita a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediabiles por los instrumentos normales de que dispone la Administración, ni por los instrumentos normativos ordinarios, haciéndose por ello necesario que el legislador intervenga singularmente, al objeto exclusivo de arbitrar una solución adecuada, a una situación singular. Así, el canon de constitucionalidad impone examinar si concurren los presupuestos de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación para determinar si puede dictarse la Ley en ese caso (73). El análisis de los hechos puede servir como fundamento para confirmar o rechazar el carácter excepcional de la Ley y con-

(71) STC 203/2013, FJ 3.º. REY MARTÍNEZ, F., «A vueltas con el concepto de Ley singular (análisis de la STC 203/2013, de 5 de diciembre)», *La Ley*, 8288, 2014. Véase en [www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es).

(72) Al respecto, MONTILLA MARTOS, J.A., *Las leyes singulares...*, cit., 1994, p. 185. La habilitación funcional que lleva a cabo el art. 97 CE al gobierno inquiriere, como requisito previo para su efectividad, leyes generales y no autoaplicativas, que puedan ser ejecutadas por la Administración. La Constitución no contiene excepción alguna a la potestad ejecutiva de la Administración. Supondría, por ello, una quiebra de la distribución de competencias entre ambos poderes prevista en la Constitución.

(73) STC 129/2013, FJ 4.º.

cluir si efectivamente aquélla se adapta al fin establecido por el ordenamiento jurídico. La discriminación no justificada entrañaría arbitrariedad, si bien, como antes se ha comentado, no debe soslayarse la libre configuración del legislador y sus decisiones derivadas de las múltiples opciones políticas que han contribuido a su elaboración (74). En cualquier caso, el canon de comparación o de justificación debería ser más uniforme, en tanto que la razonabilidad y la proporcionalidad no pueden considerarse criterios homogéneos (75).

El TC consideró cumplido el requisito de la justificación, en tanto que su labor como fiscalizador negativo le impide controlar la discrecionalidad del legislador, al margen de que las razones expuestas, para aprobar una Ley con ese carácter de excepcionalidad, resultan objetivas (76). Ahora bien, por lo que se refiere al principio de proporcionalidad, el legislador no explicó las razones por las que entendía que la utilización de la Ley era una medida razonable y proporcionada, aún a sabiendas de que resultaba inmune a la fiscalización de la jurisdicción contencioso-administrativa (77). El desenlace de todo ello fue la anulación de la norma por no revestir ese carácter excepcional y conducir a la lesión de la tutela judicial efectiva. En la sentencia que examina el Plan de Gestión de Residuos aprobado por Ley de Castilla y León, la Ley se considera, en ciertos aspectos, autoaplicativa, dado que, además, incorporaba una reserva de Ley formal. En ese caso, como se analizará con posterioridad, también se entendió vulnerada la tutela judicial efectiva.

### C) ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS RELACIONADAS CON LA PARTICIPACIÓN Y EL PROCEDIMIENTO

Resulta llamativo, al respecto, que la principal y única objeción para debatir en torno a la constitucionalidad de la Ley singular consistiría en la vulneración de la tutela judicial efectiva, sin advertir la importancia que reviste la audiencia en los procedimientos administrativos que bien podrían permitir, por un lado, la evitación de una controversia judicial, y, por otro, la temprana participación que se exige nada menos que en textos internacionales de directa aplicación en el ordenamiento interno. El empleo de la Ley tan sólo podría justificarse cuando los bienes, por su naturaleza o circunstancias, no admitieran otra forma de adquisición por el poder público, pero no cuando, «éste no puede adquirirlos de manera negociada, supuesto en el que la proporcionalidad impone más bien servirse de formas jurídicas que, como los actos administrativos, son susceptibles de un control jurisdiccional de mayor al-

---

(74) Lo cierto es que el legislador castellanoleonés esgrimió la excepcional relevancia que comportaba el proyecto, tanto en el plano económico como en el desarrollo social. Según las autoridades autonómicas, se perfilaba como un modelo pionero a nivel nacional e internacional. Permitiría el asentamiento de empresas tecnológicas innovadoras en materia de medio ambiente, creando empleo directo e indirecto de alta cualificación y constituyendo un núcleo tecnológico industrial de referencia. Asimismo, se señalaba que la «Ciudad del Medio Ambiente» se constituiría como un ámbito pionero en el desarrollo de un nuevo concepto de la educación ambiental.

(75) REY MARTÍNEZ, F., «A vueltas con el concepto...», *cit.*, 2014.

(76) STC 203/2013, FJ 6.º.

(77) *Ibidem*, FJ 7.º.

cance y densidad que el ofrecido por el ordenamiento a los particulares frente a las otras formas con valor de Ley» (78).

La regulación material de la Ley no presentaba peculiaridad alguna con respecto a cualquier ordenación urbanística aprobada por el Consejo de Gobierno. Muy al contrario, la memoria del proyecto contenía una extensa y completa justificación del cumplimiento de los aspectos regulados por leyes y disposiciones generales de inferior rango. No puede apreciarse en el proyecto, a tenor de la sentencia, la inaplicación de norma legal o reglamentaria alguna, por lo que la misma ordenación podría haberse dictado por la autoridad gubernativa. Asimismo, contemplaba una deslegalización en su Disposición Final primera, en virtud de la cual, se establecían las determinaciones urbanísticas que pudieran ser modificadas por Decreto posterior del Consejo de Gobierno. Todo ello le llevó al Tribunal Constitucional a concluir la falta de necesidad de la intervención del legislador para alcanzar los fines perseguidos. Si hay cuestiones o materias en las que no puede intervenir el legislador, a *sensu contrario*, debería actuar sobre ellas el Gobierno. Se acentúa, entonces, el carácter material de la reserva de Ley y la matización de la primacía de Ley.

Es un debate que presenta aristas más finas y de fondo, vinculado a la separación de poderes, ya que afecta a la delimitación de funciones que corresponde a la Administración o al Gobierno, por un lado, y al poder legislativo, por otro (79). En Reino Unido, por ejemplo, la aprobación de proyectos por Ley requería un cierto vínculo con la Administración y un procedimiento previo en el que se garantizase, al menos, una evaluación ambiental desde una perspectiva más técnica y no tanto política. Pese a que algunos jueces de la Corte Suprema no cuestionaron la supremacía del Parlamento para autorizar proyectos, y su libertad de aceptar o rechazar las propuestas del Gobierno, no tuvieron más remedio que valorar si previamente los miembros del legislativo habían dispuesto de la información relevante para adoptar la decisión, tal y como disponía el Derecho comunitario. Esos procedimientos híbridos, a caballo entre la Administración y el legislativo, demuestran que la Ley en estos casos no puede entenderse en un sentido puramente formal, sino que debe asentarse en una base técnica, de fondo o sustancial, que permita justificar la aprobación de un proyecto y en qué términos (80).

Queda en el tintero otra cuestión que no fue objeto de análisis. En concreto, se omite toda referencia al Derecho comunitario y a la interpretación formulada por el Tribunal de Justicia en torno a la evaluación de impacto ambiental. Si bien en este su-

---

(78) STC 48/2005, FJ 6.º la declaración de necesidad de ocupación precisa de términos comparativos y de análisis que superan la capacidad de examen del Tribunal Constitucional. Se trata de elementos enormemente concretos, que se refieren a cuestiones urbanísticas, medioambientales o técnicas que no pueden ser evaluadas por aquél. Así, se requiere la aplicación del principio de proporcionalidad en sus tres aspectos: la adecuación de la intervención a los fines del ordenamiento; la necesidad, de modo que no exista una medida menos lesiva para la consecución de aquéllos; la idoneidad, por sus resultados más beneficiosos para el interés general que perjudiciales para otros bienes e intereses en conflicto (STC 70/2002, FJ 10.º). Acerca de esta sentencia, véase ORTEGA BERNARDO, J., «Límites constitucionales en la adopción por Ley de medidas concretas de carácter administrativo. Comentario a la STC 48/2005, sobre la Ley de expropiación para la ampliación de la sede del Parlamento de Canarias», *RAP*, 172, 2007, pp. 295-297.

(79) ARIÑO, G. «Leyes...», *cit.*, 1989, p. 67.

(80) EDWARDS, D., «HS2. The first spike. HS2 action Alliance Ltd. Vs. Secretary of State for Transport», *Journal of Environmental Law*, 26, 2014, pp. 324-326.



puesto el objeto de la controversia son normas urbanísticas que, a su vez, modifican la planificación, no puede soslayarse que la modificación de los planes exige evaluación ambiental estratégica. Ésta se encuentra regulada en normas comunitarias, en concreto, la 2001/42/CE, que no parece establecer excepciones relacionadas con actos legislativos. Aún tratándose de una Ley y de la necesidad de atender al efecto útil de las Directivas comunitarias, debería haberse tramitado un procedimiento que respondiese, al menos, al espíritu y finalidad de aquella Directiva. En él también se hace referencia, nuevamente, a la participación y a los trámites de consultas. No se acoge la jurisprudencia comunitaria, siquiera de forma analógica para los proyectos, al objeto de exigir, no ya un procedimiento previo, sino la disponibilidad de información suficiente para que el legislador adopte una decisión. En el mismo sentido, se omite cualquier análisis del procedimiento en la sentencia 129/2013, que aborda la aprobación por Ley del Parlamento de Castilla y León de un Plan de Gestión de residuos que, asimismo, incluía la habilitación para llevar a cabo actividades de tratamiento.

#### **IV. El derecho de participación para la autorización de proyectos y elaboración y aprobación de planes aprobados por ley**

La tramitación de un procedimiento legislativo en sede parlamentaria no siempre garantiza esa colaboración entre administraciones, indispensable para obtener la mayor cantidad de información y criterios técnicos antes de que se materialice la decisión. Como paradigma de ello, puede plantearse la necesidad de que el municipio participe de un modo u otro en la elaboración del proyecto, aunque éste adopte la forma de una Ley. Así, se suscitó la controversia en torno a la inconstitucionalidad de parte de una Ley del Parlamento de Castilla y León por la que se eliminaban licencias y autorizaciones urbanísticas y ambientales para los proyectos regionales de infraestructuras de residuos. En concreto, se alegaba por los diputados recurrentes la vulneración de la autonomía local, al desapoderar a los entes locales de competencias reconocidas a éstos en la legislación, tanto estatal como autonómica, en materia de urbanismo y protección medioambiental.

Como se ha expuesto *supra*, la Ley podía entrar a regular los proyectos regionales de infraestructuras de residuos de singular interés para la Comunidad Autónoma. En ella se excluía la obtención de licencias y autorizaciones previas para su implantación. Al afectar a las competencias municipales en materia de urbanismo o medio ambiente, podría quebrarse la autonomía local. De la sentencia del TC se infiere que la participación de los municipios se garantiza con la exigencia de un informe dentro del procedimiento administrativo que precede a la aprobación del proyecto de singular interés. Asimismo, fundó su argumentación en el carácter excepcional y supramunicipal de este tipo de proyectos que justifica, por sí mismo, la exención de licencia<sup>(81)</sup>. Las fórmulas consultivas, como puede ser el informe, no siempre garantizan el respeto de las competencias municipales en materia de urbanismo y medio ambiente. De hecho, habría de examinarse si la exención de licencias se justifica en la legislación ambiental, sanitaria o urbanística y si se han presentado los

---

(81) STC 129/2013, FJ 8.º.

datos o informaciones que así lo acrediten. La concesión o denegación mediante resolución —en este caso municipal— no surte los mismos efectos que un informe que no adquiere tal carácter vinculante. Esta cuestión también fue omitida por el TC en la sentencia relativa al plan de gestión de residuos.

Podría tramitarse el procedimiento administrativo previo a la aprobación del proyecto de Ley, pero todo ello exigiría también una participación funcional, no sólo orgánica. Las leyes en su preparación contienen elementos que no pueden sustraerse a esa necesaria participación pública por exigencia de la legislación que regula tales elementos (82). En cualquier caso, deberían justificar caso por caso esas leyes la concurrencia de situaciones excepcionales que permiten su declaración por Ley (83).

Piénsese que tan sólo cabría acudir en sede parlamentaria a las comisiones, pero se halla restringida para personas competentes u organizaciones dedicadas a la protección ambiental (84). La misma participación temprana quedaría en una quimera cuando el proyecto se hubiera perfilado en sede administrativa y el Parlamento no hiciera más que ratificarlo o corroborarlo. Se perdería un mecanismo de presión y protesta consustancial a los procesos participativos (85). Esta deficiencia ha sido expresada por la doctrina, al resaltar la supresión del procedimiento administrativo y la posible eliminación de la participación municipal, básicamente en una materia como la urbanística (86). En efecto, el procedimiento parlamentario no responde de forma satisfactoria al principio democrático o de contradicción que idealmente inspira los sistemas representativos. Los partidos políticos o los grupos de presión afines a ellos no siempre favorecen un debate que, especialmente en cuestiones urbanísticas o ambientales, debería aceptar perspectivas muy heterogéneas y diversas (87).

Esta polémica no es ni mucho menos irrelevante. Piénsese en Leyes que expresamente han declarado una zona como espacio natural protegido y que congelan el rango para sucesivas modificaciones. Así sucedió en el caso de la Ley Foral 9/1996, que afectaba a parte de la zona protegida que abarcaba parte del pantano de Itoiz. Ese proyecto había sido anulado previamente en la jurisdicción y, gracias a

(82) BARCENA HINOJAL, I., LARRINAGA ZUGADI, J. y ZUBIAGA GARATE, M., Reflexiones teóricas sobre la relación entre el medio ambiente, la participación y la democracia. Participación, cultura política y sostenibilidad, *Hacer*, 2011, pp. 119.

(83) LÓPEZ RAMÓN, F., «La problemática de las leyes singulares y las reservas de ley para la declaración de parques nacionales y otros espacios naturales protegidos», LÓPEZ MENUJO, F. (dir.), *Derechos y garantías del ciudadano: estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 770-773.

(84) RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. y RUIZ DE APODACA, A., *Información, participación...*, cit., 2007, pp. 341 y 342. Al margen de ello, siempre ha existido cierta renuencia, por parte de los partidos políticos, a convocar a personas que no sean funcionarios del Gobierno o expertos. Ése es el problema con el que se encuentran las asociaciones si pretenden exponer su punto de vista en una comisión parlamentaria. Al respecto, véase, RUBIO LLORENTE, F., «El procedimiento legislativo en España. El lugar de la Ley entre las fuentes del Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 16, 1986, pp. 93 y 94.

(85) MARTÍNEZ IGLESIAS, M.M., LERMA MONTERI, J.I. y GARCÍA, E., «Políticas de medio ambiente y participación ciudadana», *Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa*, 61, 2008, p. 192.

(86) SANTAMARÍA ARINAS, R.J., «Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina boxus por el Tribunal Constitucional español», *RAP*, 193, 2014, p. 174.

(87) GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., «El procedimiento legislativo en las Cortes Generales: notas y bases para una reforma», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 74, 2005, p. 224.

aquella Ley, la jurisdicción impidió la ejecución de la sentencia de anulación. Tras haberse puesto de manifiesto, no sólo por parte de la jurisdicción la invalidez de un proyecto, sino también por parte de las personas afectadas su oposición, el poder legislativo desatendió esos antecedentes y, en un desempeño alejado de su auténtica competencia y finalidad, convalidó lo ya anulado y, así, dejó inmune la actuación de los poderes públicos. El TC, en posterior sentencia, consideró válida la Ley Foral, pero no ofreció justificación suficiente para anular todo el procedimiento administrativo y jurisdiccional previo y, además, tan sólo basó su fundamentación en el hecho de que se trataba de una regulación general que afectaba al ordenamiento urbanístico de la zona (88).

Según el TC, el sometimiento de las leyes a la legalidad ordinaria viene motivado por la necesidad de que, con anterioridad a que el proyecto se discuta o enmiende en sede parlamentaria, debe tramitarse un procedimiento administrativo, con el que pretende garantizarse la legalidad y el acierto en la decisión (89). Ahora bien, aún tramitándose el procedimiento legislativo, quedan dudas sin despejar en torno a cómo puede llevarse a cabo una participación efectiva, de modo que el legislador recoja los motivos por los que las alegaciones no han sido acogidas en sede administrativa. El Parlamento funcionaría como el órgano sustantivo para aprobar el proyecto, mientras que para su tramitación se situaría el órgano administrativo competente en la materia concerniente al mismo. Esta dualidad arroja muchas dudas en torno a la participación efectiva, toda vez que el legislador podría apartarse de lo dispuesto por el órgano ambiental y del proceso participativo aprovechando su inmunidad frente a las decisiones administrativas y la superioridad de la Ley ante el acto administrativo por el que se emite la declaración de impacto o la evaluación ambiental estratégica.

Debería concretarse, como garantía de la efectividad de la participación, el vínculo o la relación que ha de mediar entre las actuaciones administrativas, como la declaración de impacto o estratégica o los informes, y la posterior decisión en sede legislativa. La fiscalización posterior del proyecto por la jurisdicción devendría imposible si el control es negativo y se amplía sensiblemente el margen de apreciación y de discrecionalidad del legislador. Se transgrede la participación real y se transforma en una mera formalidad, si la Ley tan sólo tiene por objeto aprobar un plan o una actividad, pues se deduciría de ello una voluntad de blindarlos frente las observaciones del público y la fiscalización jurisdiccional ordinaria. En ese sentido, no debe olvidarse que la función jurisdiccional se haya supeditada a los dictados de la Ley y no podría contradecir la misma para anular un proyecto o los trámites de participación. El procedimiento administrativo sería un apéndice, accesorio por completo de la actividad legislativa.

Por último, otro deber que recae sobre la autoridad pública consiste en facilitar los resultados de la participación, de manera que, bien en la autorización de la actividad, en su evaluación de impacto o en el acto final por el que se aprueba el plan o programa, ha de hacerse mención a las alegaciones presentadas y tomarlas en consideración, a los efectos de señalar las razones por las que no han sido acogidas en su totalidad o parcialmente. No resulta innecesario o irrelevante apuntar esta cuestión, toda vez que la motivación de los actos administrativos se halla ligada a la posibilidad

---

(88) LÓPEZ RAMÓN, F., «Leyes singulares para la declaración...», *cit.*, 2011, p. 777.

(89) STC 129/2013, FJ 4.º.

inmediata de fiscalizarlos y, en consecuencia, facilitar la tutela judicial efectiva. En esa decisión deberían componerse los intereses, a veces enfrentados, que deben inspirar cualquier decisión pública(90). Respecto a esta cuestión, se apuntan en el próximo apartado ciertas incógnitas en torno a su efectividad en caso de que pretenda impugnarse la Ley que aprueba la actividad o el plan. Por otra parte, no puede ignorarse, en la actualidad, la estrecha relación que media entre la participación y la tutela judicial. La presentación de alegaciones exige una respuesta en la vía administrativa. Si ésta no es satisfactoria para la persona que ha participado, carecería de sentido impedir que obtenga, asimismo, el pronunciamiento de las autoridades judiciales para que puedan revisar si efectivamente la Administración obra o no correctamente con arreglo a la legalidad ordinaria.

## V. El acceso a la justicia en materia ambiental

El acceso a la justicia se presenta como otro de los retos que ha de afrontar la regulación de proyectos por Ley. A tenor del Convenio de *Aarhus*, las personas que no hayan satisfecho sus derechos de acceso a la información o participación disponen del derecho a recurrir ante una instancia judicial o independiente(91). Además, debe tener un acceso a la justicia rápido que sea gratuito o poco oneroso, con miras a la revisión de la solicitud o reclamación o a su examen por un órgano independiente e imparcial distinto de un órgano judicial(92). Estas previsiones topan con obstáculos difícilmente salvables cuando se trata de actividades o planes que se incorporen al ordenamiento jurídico mediante Ley. Los proyectos aprobados por Ley presentan, como principal deficiencia para recabar la tutela de la jurisdicción, el carácter enormemente restringido de la capacidad para impugnar aquélla.

La Ley 27/2006 limita el ámbito subjetivo para acceder a la justicia. Son personas legitimadas los titulares de derechos o intereses legítimos en el sentido que consagra la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo y las asociaciones sin ánimo de lucro que tengan por objeto la protección ambiental y el mismo se halle reconocido en virtud de sus estatutos. Esas últimas, además, han de cumplir un par de requisitos más. En concreto, deben haber ejercido aquellas labores de protección durante los dos años anteriores al momento en que pretenden impugnar una decisión administrativa y han de llevar a cabo su misión en el ámbito territorial que resulte afectado por la actuación de las autoridades públicas(93). En algunas Comunidades Autónomas, como la vasca, la legislación medioambiental contempla la acción po-

(90) BARCENA HINOJAL, I., LARRINAGA ZUGADI, J. y ZUBIAGA GARATE, M., *Reflexiones...*, cit., p. 120.

(91) LOMBAERT, B., «Questions d'actualité...», cit., 2005, p. 224. El autor matiza, en relación a Bélgica, la posibilidad de que se impugnen actos legislativos ante la Corte de Arbitraje por violación de Derechos Fundamentales o, en su caso, por la invasión competencial. En ese caso, efectivamente existe una obligación de la autoridad judicial de someter la cuestión directamente a la Corte de arbitraje. Véase también, JADOT, B., «L'intérêt à agir en justice pur assurer la protection de l'environnement», AAVV, *Les juges et la protection de l'environnement*, Brillant, Bruselas, 1998, p. 34.

(92) HATTON, C., CASTLE, P. y DAY, M., «The environment and the law —does our legal system deliver access to justice? A review», *Environmental Law Review*, 240, 2004, p. 245.

(93) Art. 23 Ley 27/2006.

pular sin las restricciones comentadas anteriormente (94). Además, otras leyes sectoriales, estatales o autonómicas, han previsto tal mecanismo de la acción pública. Así sucede en materia de urbanismo, patrimonio histórico o costas. La cuestión estriba en dirimir qué normativa resultaría aplicable (95).

### V.1. La legitimación activa

En materia de participación en los procedimientos administrativos, no parecería albergar dudas que tanto el Convenio de *Aarhus* como la Ley 27/2006 permiten una ampliación o extensión de las garantías en materia de participación. En el acceso a la justicia, la competencia estatal podría vedar el despliegue de la legislación autonómica, al menos en los procesos jurisdiccionales. No obstante, carecería de sentido impedir la revisión en la vía judicial de un acto administrativo dictado para la resolución de un recurso. Se ha negado el reconocimiento de una acción pública generalizada, tal y como vienen reconociendo algunas legislaciones autonómicas, dada la competencia estatal en materia procesal y la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional que se ha pronunciado sobre esta cuestión (96). Sin embargo, sería una contradicción permitir la participación activa en el procedimiento y facultar para la interposición de los recursos procedentes en la vía administrativa, por un lado, y, con posterioridad, impedir que la misma persona que ha recibido una respuesta de la Administración no pueda recabar el amparo y protección de los jueces y tribunales para revisar o fiscalizar la misma. Piénsese que la jurisdicción contencioso-administrativa, ante todo, hunde sus raíces en la revisión del acto, no tanto en el derecho de la persona. Por ello, más allá de la legislación procesal y la competencia para dictarla, el acto administrativo es el objeto de la tutela judicial. La imposibilidad de recabar su revisión traería como consecuencia inmediata la quiebra del derecho fundamental (97).

Con arreglo al Convenio de *Aarhus*, podrían presentar recursos y acceder a la justicia las personas titulares de derechos o intereses legítimos, así como las organizaciones no gubernamentales que trabajan a favor de la protección medioambiental y que cumplan los requisitos establecidos por el Derecho interno. La restricción en el ejercicio del derecho a la tutela judicial, en caso de que se aprueben los proyectos por Ley puede comportar, asimismo, una discriminación que no cuente con una justificación suficiente y razonable (98). De hecho, esa libertad para concretar

---

(94) Art. 3.4 Ley 3/1998, del Medio Ambiente del País Vasco.

(95) PÉREZ SOLA, N., «La tutela judicial...», *cit.*, 2007, pp. 324-326.

(96) RAZQUIN, J.A. y RUIZ DE APODACA, A., *Información, participación...*, *cit.*, 2007, p. 391.

(97) CUBERO MARCOS, J.I., ITURRIBARRIA RUIZ, M. y LASAGABASTER HERRARTE, I., *Acceso a la información, participación...*, *cit.*, 2009, p. 113.

(98) MICHELOT, A., «A la recherche de la justice climatique — Perspectives á partir du principe de responsabilités communes mais différenciées», COURNIL, C. y COLARD-FABREGOULE, C. (dirs.), *Changements climatiques et défis du droit*, Bruylant, Paris, 2010, p. 192. Las ilegalidades confrontan, no sólo a los estados ya las asociaciones, sino también a los mismos individuos afectados, especialmente los más vulnerables. Véase también, HATTON, C., CASTLE, P. y DAY, M., «The environment and the law...», *cit.*, 2004, p. 248. En Reino Unido la extensión de las personas legitimadas se ha fundamentado en la trascendencia de los efectos sobre el medio ambiente que podría ocasionar el plan o la actividad en cuestión.

quiénes pueden acceder a la justicia, concedida a los Estados Parte por el Convenio, ha sido criticada abiertamente por parte de la doctrina, que cuestiona el hecho de que se limite incluso la legitimación para recurrir a las personas interesadas y a las ONGs en ciertos casos (99).

El Tribunal de Justicia también ha plasmado la polémica en torno a las dificultades que presenta el recurso ante una autoridad jurisdiccional por la persona que vea agraviados sus derechos en materia de acceso a la información y participación. En la sentencia, relativa al Decreto del Parlamento valón, deja la cuestión sin resolver, al declarar que correspondería a cualquier órgano jurisdiccional nacional, que en el marco de su competencia conociese del asunto, ejercer el control de la decisión y deducir las conclusiones oportunas. Podría, incluso, dejar sin aplicación dicho acto legislativo (100). Si la normativa en materia ambiental permitiera el acceso a la justicia por parte de personas interesadas o del público en general, porque entienden las autoridades jurisdiccionales internas que lo establece el Derecho comunitario, ¿debería permitírseles a todos ellos la interposición de un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley que aprueba el proyecto? La respuesta no puede ser más que negativa, porque dejar de aplicar una Ley no es lo mismo que aplicar una que no existe o no se halla vigente. Esa laguna debería completarse en el ordenamiento, pues el efecto útil de la Directiva se despliega, no sólo en la materia que regule la misma, sino también en todo el ordenamiento jurídico. Así lo debería imponer el principio de primacía del Derecho comunitario y su interpretación uniforme y coherente con el Derecho de los estados miembros.

La condición de parte en un procedimiento aparece, sin duda, como una cuestión de primer orden al objeto de garantizar el acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva. La interpretación del Convenio de Aarhus por parte del Tribunal de Justicia influye en la aplicación que del mismo pueden efectuar los Estados miembros, en tanto que, cuando ambas normas se incorporan a ambos ordenamientos, el interno y el comunitario, ha de tenderse a una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tenga que aplicarse (101). Si bien el Convenio de Aarhus señala que las asociaciones ecologistas tan sólo adquieren la condición de parte de acuerdo con la legislación interna, los principios de equivalencia y efectividad en Derecho comunitario disponen que la regulación procesal de las acciones, destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, no debe ser menos favorable que la referente a recursos semejantes de Derecho interno ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (102).

Los órganos jurisdiccionales internos deben interpretar, en la mayor medida de lo posible, el régimen procesal de los requisitos necesarios para interponer un re-

(99) NADAL, C., «Pursuing substantive...», *cit.*, 2008, p. 35.

(100) STJUE 16 de febrero de 2012..., *cit.*, ap. 52.

(101) STJCE 17 de julio de 1997, C-130/95, *Giloy*, ap. 28. Al respecto, véase también FAJARDO DEL CASTILLO, T., «Avances y retrocesos en materia de acuerdos mixtos y de acceso a la justicia para la protección del medio ambiente a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de marzo de 2011 en el Asunto oso pardo», *Revista General de Derecho Europeo*, 29, 2013, p. 18.

(102) STJCE 15 de abril de 2008, C-268/06, *Impact*, ap. 46.

curso administrativo o judicial con arreglo a los preceptos contenidos en el Convenio de *Aarhus*, a fin de permitir que una asociación disponga de las vías de impugnación administrativa o jurisdiccional que corresponda (103). Estas cuestiones adquieren una mayor relevancia en materias como el cambio climático. La intensidad en la explotación de recursos naturales afecta ineludiblemente a la supervivencia y a las condiciones de vida de numerosas comunidades, alejadas de las políticas de crecimiento propuestas por ciertos estados (104).

## V.2. Las leyes singulares y autoaplicativas en relación al ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva

Respecto a las leyes autoaplicativas, bien porque congelan el rango de Ley disposiciones relativas a determinadas materias, bien por la necesidad de ser aplicadas por otras leyes posteriores, el Tribunal Constitucional declaró que no necesariamente su aprobación vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que esa jurisdicción se halla facultada para tutelar dicho derecho. Ahora bien, han de concurrir dos requisitos, que no poseen carácter acumulativo, para que se encargue de esa tutela: uno, los titulares de esos derechos deben contar con la capacidad para recurrir la Ley ante el TC; y, dos, el control que puede ejercer ese último sea suficiente para brindar una tutela materialmente equivalente a la que puede otorgar, frente a un acto administrativo, la jurisdicción contencioso-administrativa (105). En este punto, debería efectuarse el mismo test de razonabilidad y proporcionalidad que se mencionó en la STC 203/2013, de manera que la inmunidad de la Ley al control jurisdiccional ordinario resultara justificada y se descartara cualquier tipo de discriminación o arbitrariedad (106).

Cabría cuestionarse, no obstante, en qué supuestos, relativos a la impugnación de leyes, concurre cualquiera de estos requisitos, aspecto que omite el TC. Piénsese en que la legitimación activa para impugnar leyes se encuentra muy restringida y sujeta a requisitos muy gravosos según el TC y la cuestión de inconstitucionalidad es una potestad del órgano jurisdiccional que podría entenderla innecesaria o irrelevante en algunos casos (107). Por otro lado, se antoja complicado acertar en qué hipótesis el TC puede ejercer un control similar o muy próximo al efectuado por la jurisdicción contencioso-administrativa. La razón estriba en que el margen de discrecionalidad o apreciación de que dispone el legislador, en función de las opciones políticas, podría encontrar sus límites en la protección de los derechos fundamentales y en algunas disposiciones constitucionales con ciertos matices. No obstante, la fiscalización jurisdiccional ordinaria requiere una labor de análisis caso por caso que permite estrechar los márgenes de apreciación y contar con técnicas de li-

---

(103) STJUE 8 de marzo de 2011, C-240/09, *Lesoochránárske*, aps. 51 y 52.

(104) GEMENNE, F., «De l'équité dans l'adaptation aux impacts du changement climatique», CURNIL, C. y COLARD-FABREGOULE, C. (dirs.), *Changements...*, cit., 2010, p. 223.

(105) STC 48/2005, FJ 6.º.

(106) ORTEGA BERNARDO, J., «Límites constitucionales...», cit., 2007, p. 299.

(107) LASAGABASTER HERRARTE, I., *Fuentes...*, cit., 2007, p. 92.

mitación de la discrecionalidad basadas en los hechos determinantes. Ello exigiría un examen de cuestiones técnicas y fácticas que el mismo TC se inhibe de realizar(108).

En concreto, la jurisdicción constitucional debería dirimir si existe un interés supramunicipal suficiente como para aprobar un proyecto regional por Ley; comprobar si se ha seguido o no el procedimiento administrativo, sobre todo el relativo a la evaluación ambiental; verificar la observancia de la normativa en materia de ordenación del territorio; y, por último, examinar si se ajusta el proyecto a la legislación ambiental. Piénsese que algunas actividades ocasionan impactos ambientales que obligan al promotor a obtener diferentes autorizaciones, como sucede en materia de licencias de actividades clasificadas o autorizaciones ambientales integradas(109). Estos aspectos, a juicio del TC, deben considerarse de «mera legalidad ordinaria» que exceden de la función encomendada al mismo. En este punto, se desprende la incoherencia que presenta la jurisprudencia constitucional respecto a la reserva reglamentaria o los poderes de la Administración. Si bien expresamente la Constitución no atribuye al reglamento o a la actividad administrativa unas determinadas materias, no es menos cierto que, para impedir la vulneración de la tutela judicial efectiva, algunas de ellas pertenecen inequívocamente al ámbito administrativo. Al igual que sucede en las leyes singulares, no puede obviarse la necesidad de un procedimiento administrativo previo y, en consecuencia, una competencia irreductiblemente administrativa. Corresponde la labor de aplicación de la legalidad ordinaria a la jurisdicción, que debería plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión, en caso de que se suscitara cualquier duda al respecto(110). Esta tendencia a inhibirse de las cuestiones ambientales se ha neutralizado en la república francesa desde la aprobación de la Carta medioambiental y su vinculación a la Constitución. Desde entonces, el Consejo Constitucional ha dirimido controversias con derechos y deberes protegidos por la Carta(111).

(108) STC 129/2013, FJ 6.º.

(109) Acerca de las licencias de actividad, véase DOMPER FERRANDO, J., *El medio ambiente y la intervención administrativa en las actividades clasificadas*, vol. II, Civitas, Madrid, 1992, pp. 125-128. Las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas reciben una distinta aplicación práctica, pero, mediante ellas se hace referencia no exclusivamente a cuestiones relacionadas con el medio ambiente, sino también con la salud o el bienestar de las personas, como el ruido o la sanidad. Todos estos aspectos también deberían ser analizados y no siempre una evaluación ambiental del proyecto puede ponderar sus efectos reales en la población.

(110) STC 129/2013, FJ 6.º.

(111) MARRANI, D., «The intersection between Constitution, Human Rights and the environment: the French Charter for the environment and the new ex post constitutional control in France», *Environmental Law Review*, 16, 2014, p. 112. Cita algunos fallos del Conseil francés en relación a la producción de daños y perjuicios al medio ambiente, destacándose especialmente que la Carta del Medio Ambiente posee un estatus constitucional, de modo que puede obligar al legislador a adoptar las medidas necesarias para adaptar las actividades al principio de precaución. Véanse las sentencias 2008-564 y 2005-514. También se citan casos en los que se exige responsabilidad a las autoridades públicas por permitir la implantación de determinadas actividades perjudiciales al medio ambiente o molestas para las personas. Sentencia 2011-116. Al respecto, véase RUIZ-RICO RUIZ, G., «La constitucionalización del derecho al medio ambiente en Francia: principios y derechos de la Charte de l'environnement», RUIZ-RICO RUIZ, G. RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y PÉREZ SOLA, N. (coords.), *Derecho ambiental. Análisis jurídico y económico de la...*, cit., 2007, p. 22. El ordenamiento otorga carta de naturaleza constitucional a esos derechos, y les proporciona, por tanto, una inmunidad incluso frente a un legislador que no sea sensible a la importancia social que tiene la implicación de la ciudadanía en una gestión pública respetuosa con el medio ambiente.



Cabría objetar, al hilo de todos estos argumentos, cuál sería la diferencia de argumentación respecto a las leyes singulares. El mismo TC ha declarado que algunas de ellas podrían resultar acordes con el Texto Constitucional, siempre que superasen el test de proporcionalidad para justificar su carácter excepcional. Ahora bien, ¿el hecho de ajustarse a una justificación objetiva, razonable y proporcional implicaría *per se* su validez, sin tomar en consideración el derecho a la tutela judicial efectiva? La respuesta debe ser negativa y, en ese sentido, no se entiende por qué el TC no considera aplicables los mismos dos requisitos para evaluar la constitucionalidad de una Ley singular conforme a la tutela judicial efectiva. Se plantearían las mismas dudas que si se tratara de una Ley autoaplicativa, es decir, cabría cuestionarse en qué supuestos, en los que se aprueba una Ley singular, concurre alguno de los dos requisitos por los que se considera ajustada aquella a la tutela judicial efectiva. Por todo ello, como bien ha definido cierta doctrina, la tesis del TC puede calificarse como retórica (112). Pese a tratarse de una Ley y toparse con los obstáculos derivados de su control, especialmente la llamada «libertad de configuración del legislador», el carácter proporcional o razonable de la Ley singular no puede obviar el hecho de que, si introduce elementos sustantivos o de fondo en su parte dispositiva, han de habilitarse fórmulas para poder contradecir o refutar en vía judicial esas cuestiones de fondo (113).

Resulta criticable igualmente que el TC tan sólo se centre en las partes de las leyes que pudieran calificarse como autoaplicativas o singulares y las analice a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, se omite cualquier alusión o juicio acerca de las leyes que aprueban planes o proyectos de actividad que pudieran calificarse como generales o que contuvieran normas que resultasen aplicables a diversos supuestos. Así, en el fondo, debería concluirse que el TC está prohibiendo la aprobación por Ley de proyectos comprendidos en el ámbito de la Directiva de evaluación de impacto ambiental y del Convenio de Aarhus (114). Asimismo, podría considerarse que la jurisprudencia comunitaria fuerza a reconocer la posibilidad de impugnación de las leyes singulares que autoricen proyectos o aprueben planes que requieran evaluación de impacto ambiental (115).

Parece deducirse, de los diversos fallos del TC acerca de esta materia, que no se debería enjuiciar esas leyes o esas partes de la Ley con arreglo a los dos criterios anteriormente expuestos para entender respetada la tutela judicial. Piénsese en planes o programas que regulan un ámbito territorial específico y que, aún así, contienen determinaciones generales obligatorias para un número indeterminado de destinatarios ¿Acaso no delimitan derechos de las personas mediante aplicaciones singulares? Entonces, también deberían ser objeto de tutela judicial y someterse al test de los dos requisitos mencionados anteriormente. En el supuesto del plan regulador de las infraestructuras de residuos en Castilla y León, por ejemplo, el TC no anula los párrafos,

---

(112) SANTAMARÍA ARINAS, R.J., «Leyes singulares, tutela judicial...», *cit.*, 2014, p. 189.

(113) Con ciertos matices parece mostrarse contrario MONTILLA MARTOS, J.A., *Las leyes singulares...*, *cit.*, 1994, p. 233. Se eludiría el escabroso e irresoluble control de oportunidad mediante la aplicación del test de razonabilidad y proporcionalidad únicamente. Habría que definir, no obstante el grado de oportunidad o discrecionalidad que encierran criterios técnicos y más en materias como el Derecho ambiental.

(114) SANTAMARÍA ARINAS, R.J., «Leyes singulares, tutela judicial...», *cit.*, 2014, p. 192.

(115) GARCÍA URETA, A., «Convenio de Aarhus y convalidaciones...», *cit.*, 2011.

tercero, cuarto y quinto del artículo Único de la Ley. Se refieren a la necesidad de eliminar otras autorizaciones y licencias para ese tipo de proyectos, aplicándose la Ley como instrumento de autorización de los mismos.

No resulta muy acorde con la tutela judicial efectiva impedir que se impugnen estos apartados, en tanto que afectan nada menos que a algunos elementos del medio físico o a factores ambientales que se protegen por autorización ambiental o por licencia de actividad, como puede ser el ruido, las mejores tecnologías disponibles o los residuos(116). Así, un proyecto no sometido a evaluación de impacto ambiental y que, sin embargo, produce esos impactos, no se sometería más que un control posterior de funcionamiento o, en su caso, se sujetaría a la potestad sancionadora de la Administración, pero se suprimiría el control preventivo imprescindible si la actividad genera un nivel de contaminación lo suficientemente intenso como para ser sometida a autorización previa(117). Y con él, también la posibilidad de impugnar la resolución administrativa previa en forma de autorización. Si se ha admitido la violación de un Derecho Fundamental en diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos e, incluso, del Tribunal Constitucional, con motivo del efecto ambiental que ocasionan ciertas actividades, la aprobación de una Ley tampoco podría eludir el sometimiento a ese control si de todo ello pudieran derivarse transgresiones de aquellos derechos(118).

Se pone de manifiesto, en definitiva, la imposibilidad jurídica de adaptar la tesis de la sentencia *Boxus* al ordenamiento español hasta que definitivamente el Tribunal Constitucional, sin ambages, declare abiertamente la inconstitucionalidad de los proyectos aprobados por Ley y las determinaciones de los planes que afectaran a situaciones específicas, debido a que la decisión contiene un núcleo que no puede ser fiscalizado por aquél, por tratarse de cuestiones vinculadas a la legalidad ordinaria. Frente a las afirmaciones relativas a la posibilidad de no aplicar la Ley directamente por parte del órgano jurisdiccional competente(119), lo que conllevaría ciertas dosis de inseguridad jurídica, es preferible remitir la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia y que éste definitivamente obligue al Estado español y, más concretamente al Tribunal Constitucional, a anular la ley aplicable por vulnerar las Directivas en materia de evaluación de impacto ambiental o las relativas al derecho de participación y acceso a la justicia en materia ambiental.

## VI. Conclusiones

En primer lugar, se proclamó la efectiva aplicación de las garantías en materia de participación y acceso a la justicia, contempladas en instrumentos como el Convenio

(116) VALENCIA MARTÍN, G., «Evaluación de impacto ambiental y autorización ambiental integrada», NOGUIERA LÓPEZ, A. (dir.), *Evaluación...*, cit., 2009, pp. 71 y 72.

(117) SANTAMARÍA ARINAS, R.J, «Leyes singulares, tutela judicial...», cit., 2014, p. 176.

(118) MALONE, L.A. y PASTERNAK, S., *Defending the environment: civil society strategies to enforce International Environmental Law*, Transnational Publishers, Ardsley, New York, 2004, pp. 15 y 16. Véase también, respecto al efecto que la explotación desequilibrada del territorio puede producir en las condiciones presentes y futuras de los seres humanos, WAITE, A., «The quest for environmental law equilibrium», *Environmental Law Review*, 34, 2005, p. 57.

(119) GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, G., «Acceso a la información, participación y acceso...», cit., 2013, p. 471.

de Aarhus o en Directivas europeas. No obstante, los poderes públicos, mediante la práctica administrativa u optando por mecanismos diversos, progresivamente han tratado de eludir de forma torticera o fraudulenta la implantación de sus efectos. Una de esas fórmulas consiste en aprobar un proyecto de infraestructura o un plan mediante una Ley, cuyo procedimiento de elaboración y aprobación dista, en la actualidad, de reunir las características de una participación pública, tal y como podría suceder en la vía administrativa.

En segundo lugar, uno de los procedimientos administrativos en que la Ley puede ser inmune al control y a la participación del público es la evaluación de impacto ambiental de actividades o la estratégica, relativa a planes y programas. Llama poderosamente la atención que el Tribunal de Justicia haya sustraído ese procedimiento a la legislación en materia de evaluación de impacto ambiental cuando disponga de la información suficiente. ¿Y qué ocurre con la participación y con los periodos de consultas a otras administraciones? Esta posición restrictiva respecto al derecho de participación se ha consolidado gracias a la recientemente aprobada Directiva del año 2014. En ella se les otorga a los Estados un amplio margen de apreciación que les permitiría excluir la aplicación de la normativa en materia de evaluación de impacto, sin más consideraciones ni criterios que los que pueda establecer el Derecho interno. Y en este ámbito lo cierto es que no se suscitan más que oscuridades e incongruencias que, más que arrojar luz, confunden a los aplicadores del Derecho.

En tercer lugar, en estos momentos la legislación en materia de evaluación de impacto o estratégica está condicionada por una jurisprudencia del TC demasiado ambigua: por un lado, admite la singularidad de las leyes si concurren ciertos requisitos; por otro, en cambio, asume que el Gobierno o la Administración tienen competencia en determinados asuntos relacionados con la aplicación de la Ley, por lo que, implícitamente, se entendería que el legislador no debe entrar en esas materias y, por tanto, la singularidad, en ese ámbito, estaría vedada. Lo más asombroso es que en alguna sentencia el mismo TC afirma tajantemente que tampoco él mismo podría resolver cuestiones de legalidad ordinarias. Y, entonces, ¿quién las dirime? Naturalmente la jurisdicción. Ahora bien, para acceder a la misma se precisa un acto administrativo y éste, a su vez, un procedimiento administrativo. La tutela jurisdiccional, por tanto, viene condicionada al acto y al procedimiento previo. En ellos han de cumplirse las exigencias que recogen las normas e instrumentos internacionales, como Aarhus o las directivas comunitarias.

En cuarto lugar, si bien la participación en el procedimiento administrativo no parece discutirse, el acto administrativo final de aprobación carece de virtualidad si no se convierte formalmente en una Ley (120). Ésta es la que habilita al promotor para el funcionamiento de la actividad o la ejecución del plan o programa de que se trate. Por ello, la participación en vía administrativa carecería de sentido en estos casos si no se permitiera la impugnación de la misma Ley para poder anularla. En efecto, si se recurre el acto administrativo, por el que se aprueba el proyecto de Ley que contiene la autorización del proyecto o el mismo plan, se trataría prácticamente de un acto político cuya fiscalización se halla circunscrita a cuestiones relacionadas con los elementos reglados del acto o con la supuesta vulneración de derechos fundamentales. Las cues-

---

(120) LOMBAERT, B., «Questions d'actualité relatives au contenu des enquêtes publiques», JADOT, B. (dir.), *La participation...*, cit., 2005, p. 228.

tiones de fondo quedarían completamente aparcadas, puesto que el margen de apreciación del legislador es muy amplio y la capacidad de interpretar cuestiones de legalidad ordinaria por el TC es nula. La Ley debería anularse por resultar contraria al Derecho comunitario, al no reunir los requisitos y criterios relativos a la evaluación ambiental y a la participación. Solución esta última, en cualquier caso, muy arriesgada por dos razones: una, la regulación de la Directiva 2014/52 ya mencionada y que deja en manos de los estados la fiscalización de las leyes y observar los trámites del procedimiento; y, dos, el mismo Tribunal de Justicia, como se ha comprobado en algún caso, ha devuelto la controversia al juez o Tribunal interno para que comprueben si efectivamente existe, como tal, el procedimiento y las informaciones suficientes para adoptar una decisión acerca del impacto ambiental.

Por último, el acceso a la justicia o la participación en los procedimientos no pueden verse condicionadas por categorías de creación y desarrollo jurisprudencial cuyos contornos resultan borrosos o confusos. Así, las leyes singulares o las autoaplicativas, las cuales parecen convertirse en un género de aquellas, no por el hecho de serlo pueden hallarse exentas de un control jurisdiccional efectivo. Los requisitos que ha señalado el TC para que no sea vulnerado el derecho a la tutela judicial, no pueden omitirse para las leyes singulares. Del mismo modo, tampoco el test de razonabilidad y proporcionalidad debería ser soslayado en las leyes autoaplicativas y empleado para las singulares. La creación de este tipo de categorías, sin un anclaje más o menos general en la Constitución, conduce a ciertas contradicciones derivadas de la, por desgracia, inveterada costumbre de aquel Tribunal de convertirse en auténtico legislador o, a veces, incluso constituyente. Todo ello arroja suspicacias en torno a la aprobación de proyectos de actividades o planes y su paulatina sustracción al poder de participación ciudadana, a la efectividad de sus derechos constitucionales, y en torno al marcado carácter político de determinadas decisiones, frente a un componente más jurídico, que es el que realmente debe primar en el Estado Social y Democrático de Derecho.

Trabajo recibido el 9 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Azken garaiotan Legeak onartzen duen ingurumenari lotutako proiektuak ugartu egin dira. Honek zalantza eta eztabaida handiak sortu ditu ingurumen ebaluaketa, parte-hartze prozedura eta justiziara sartzeari buruz esparru horretan. Halaber, ez da zehaztu ea esku har dezakeen legegintzarako botereak gai batzuetan, horrek ez dituelako ezinbesteko baliabideak, proiektuek eta planek ukitutako pertsonak eta ingurumena babesteko elkarrekin prozeduretan parte hartu ez ezik, lege horiek aurka ditzaten ere, Europar Batasuneko legediak eta Nazioarteko Zuzenbideak ezartzen duen moduan. Konstituzio Auzitegiak irizpide iraunkor eta argia finkatu behar du, proiektuen hauen baliotasunaren inguruan.

**HITZ GAKOAK:** Legea. Proiektuak. Parte hartzea. Justiziara sartu. Ingurumena.

**RESUMEN:** Han proliferado en los últimos tiempos las actividades y los planes en materia ambiental autorizados por una Ley, lo que presenta enormes controversias y dudas respecto al cumplimiento de las garantías que la legislación ha establecido en materia de evaluación ambiental, procedimiento de participación y acceso a la justicia en ese sector. Asimismo, no ha permitido clarificar si el poder legislativo puede o no intervenir en determinadas cuestiones, debido a que no reúne las condiciones indispensables para que las personas afectadas por los proyectos o planes, así como las asociaciones dedicadas a la defensa del medio ambiente, participen en los procedimientos y se defiendan ante los tribunales contra sus decisiones, tal y como establece la legislación comunitaria e internacional. El Tribunal Constitucional debería fijar un criterio estable y claro en torno a la validez de este tipo de proyectos.

**PALABRAS CLAVE:** Ley. Proyectos. Participación. Acceso a la justicia. Medio ambiente.

**ABSTRACT:** In the last times the number of projects authorized by a Law has grown in environmental matters, which shows many controversies and doubts related to fulfil the guarantees that legislation has established about the environmental assessment, the participation procedure and access to justice in that sector. Additionally, it is not has been clarified if legislative power can take over in some matters, because it lacks the conditions so that people affected by projects or plans overrule a passed Law, and associations destined to protect environment take part in procedures and defend their interests before courts of justice, as International and Community Law lays down. Constitutional Court should set stable and clear criteria around this sort of projects.

**KEYWORDS:** Act. Projects. Participation. Access to justice. Environment.



# A vueltas con El Algarrobico: la historia interminable de un despropósito medioambiental

José Cuesta Revilla

**Sumario:** I. Introducción.—II. Antecedentes.—III. Dos sentencias paradigmáticas. III.1. La STSJA de 21 de marzo de 2014. III.2. La STSJA de 29 de julio de 2014.—IV. Conclusiones.

## I. Introducción

A estas alturas no creo caer en ningún exceso si afirmo que el hotel El Algarrobico se ha convertido ya, y ante todo, en un referente de despropósito medioambiental. A lo que habría que sumar otra serie de valoraciones, nada favorables, acerca de las desafortunadas actuaciones que se han ido sucediendo casi desde el mismo momento inicial de la compra de los terrenos, y que han dado lugar a irregularidades de toda índole. En este caso podíamos decir que el edificio, por lo que se refiere a patologías —¡salvo las constructivas!, que desconocemos— presenta un abanico tan amplio de ellas que su estudio podría dar lugar no ya a una tesis doctoral sino a un auténtico tratado.

El hotel se encuentra, prácticamente finalizado, en el término municipal de un pueblo de la costa almeriense, Carboneras, en el paraje denominado como El Algarrobico, incluido en un Parque Natural de singular belleza y características excepcionales. Se trata del Parque Natural «Marítimo-Terrestre» de Cabo de Gata-Níjar, así declarado por la Junta de Andalucía, de quien depende, en 1987(1). El hotel(2) consta, nada más y nada menos, de veinte plantas, con 411 habitaciones y los demás espacios propios de una actividad de este tipo. Por si no bastara con esto, la citada construcción, la del hotel propiamente dicho, ha sido realizada a 47 metros del dominio público marítimo-terrestre y algunas de sus instalaciones, tales como un restaurante, una piscina y parte de los muros que rodean su perímetro, están a tan sólo 14 metros de la citada línea demanial.

La sola descripción de estas características arquitectónicas, unidas a la especial ubicación del hotel, nos pone sobre aviso acerca de las múltiples variables jurídicas, técni-

---

(1) Se trata de la primera reserva de estas características (marítimo-terrestres) en Andalucía y fue creada por Decreto 314/1987, de 23 de diciembre. Es uno de los espacios naturales españoles con mayor número de figuras de protección, tanto de carácter natural como cultural.

(2) Aun cuando nos refiramos al hotel como una construcción ya finalizada, lo cierto es que no lo está en su totalidad aunque, como tendremos ocasión de mencionar, su ejecución alcanza al 94,41% de aquella.

cas, competenciales... que concurren en esta singular actuación urbanística. Y, como era previsible, este sombrío panorama ha desembocado en una concatenación de errores, omisiones, desaciertos y equívocos que, a su vez, han dado lugar a un complejo escenario en el que salen mal paradas todas las Administraciones implicadas —Estado, Comunidad Autónoma y Ayuntamiento— así como los Tribunales que, lejos de aportar claridad en este caos, han contribuido al mismo con una veintena de resoluciones, no ya discrepantes entre sí en algunos puntos, sino, lo que es más grave, a todas luces, contradictorias. Y ello sin contar con que aun quedan varios, e importantes, pleitos pendientes de ser resueltos. Nuestro comentario se centrará en las dos últimas sentencias dictadas por la Sala de lo Contencioso-administrativo, con sede en Granada, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (en adelante TSJA), el 21 de marzo (n.º 803) y el 29 de julio de 2014 (n.º 2.273). Una y otra han dado un vuelco radical a una línea jurisprudencial anterior que había propiciado el inicio de lo que podríamos llamar una vía de salida a tan complicado proceso y que parecía avocar, como solución, al derribo de la polémica construcción hotelera. No obstante, antes de entrar en materia, con el fin de aportar al lector unos elementales conocimientos previos, creo necesario exponer los antecedentes que nos han traído hasta aquí.

## II. Antecedentes

Sigamos un esquemático orden cronológico. La historia comienza con la creación por la Junta de Andalucía, en 1987, del Parque Natural *Marítimo-Terrestre* del Cabo de Gata-Níjar, en cuyo interior se encontraban los terrenos del paraje denominado el Algarrobo, ubicados a su vez en el término municipal de Carboneras (Almería). El Ayuntamiento de este municipio, en ejercicio de sus competencias urbanísticas, aprobó unas Normas Subsidiarias(3) en las que los terrenos de dicho paraje se incluían en un Sector de suelo clasificado como urbanizable. En dichas NNSS se contemplaba como plazo de ejecución del mismo el de seis años.

Como es de todos conocido, en 1988 fue aprobada la Ley de Costas (22/1988, de 28 de julio) que estableció una franja de servidumbre de protección del dominio marítimo-terrestre de 100 metros. Pese a ello el Ayuntamiento de Carboneras no adaptó su normativa urbanística a la misma —como podía esperarse en aplicación de la Disposición Transitoria Tercera punto 2.b de la ley— y aprobó un Plan Parcial para el desarrollo del suelo de El Algarrobo (Sector R.5), permitiendo, por tanto, su urbanización, y contemplando una servidumbre de protección de tan sólo 20 metros.

A su vez, en 1994 la Junta de Andalucía aprueba el primer Plan de Ordenación de Recursos Naturales del Parque en el que el suelo de El Algarrobo es clasificado como no urbanizable (4) en la planimetría, pero no así en el texto articulado.

(3) Éstas fueron aprobadas definitivamente el 26 de mayo de 1988. No obstante, el Ayuntamiento no adaptó a las previsiones del PORN ni las NNSS de 1988, ni las posteriores de 1998 ni tampoco el PGOU que aprobó en mayo de 2009, que calificó el Sector donde se encontraban los suelos de El Algarrobo (S-T1 de SUE-0) como suelo urbanizable ordenado.

(4) Fue aprobado por el Decreto 418/1994, publicado en el BOJA de 22 de diciembre de dicho año. En su planimetría se configuraba el sector de El Algarrobo como espacio protegido no urbanizable, en concreto se incluía en la Zona C1 (área natural de interés general).



En 1995 la sociedad «Parque Club El Algarrobito» de la que, supuestamente, participaba la Administración autonómica a través de la «Sociedad para la Promoción y Reconversión Económica de Andalucía» (Soprea), compró los terrenos a la empresa «Río Alías».

La sociedad propietaria del suelo vendió éste a la constructora «Azata» en 1999, la cual solicitó una licencia de construcción del complejo hotelero en 2001. El precio de la venta fue de 2'31 millones de euros. Dicha autorización le fue concedida por el Ayuntamiento el 3 de marzo de 2003, con una llamativa exención del 99 % de las tasas. Dos meses después un grupo de ecologistas solicitan al fiscal que abra una investigación sobre la concesión de esta licencia.

Con fecha de 8 de noviembre de 2005 se dicta una Orden del Ministerio de Medio Ambiente, de conformidad con la nueva Ley de Costas, por el que se aprueba el deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre del tramo de costa, de 5.791 metros de longitud, que va desde el borde sur de la playa de Lacón hasta el mismo límite del término municipal de Mojácar. Ello supone también, obviamente, el deslinde de la franja de 100 metros de anchura de la llamada zona de servidumbre de protección.

Al año siguiente, el 21 de febrero de 2006, gracias a la petición planteada por una asociación ecologista, el Juzgado n.º 1 de lo Contencioso de Almería paraliza de forma cautelar las obras del complejo hotelero en cuanto que las mismas podrían vulnerar la ley de Costas(5). En ese momento su nivel de ejecución era del 94'41 %. Poco después, el 30 de marzo de 2006, es el propio Ministerio de Obras Públicas el que impugna ante el juzgado la licencia municipal. Finalmente la licencia sería anulada por el citado Juzgado de Almería (457/05). En ese mismo año 2006 la Junta de Andalucía trata de ejercer el derecho de retracto en relación con la adquisición de los terrenos llevada a cabo en su día por «Azata», alegando haber desconocido hasta entonces dicha compraventa.

En 2007 el Consejo de Ministros declara la utilidad pública del paraje de El Algarrobito, con el fin de incorporarlo al dominio público marítimo-terrestre.

El año 2008 tendrían lugar varios hechos importantes. Por un lado la Junta de Andalucía aprueba un nuevo PORN del Parque Natural(6), en el que el citado paraje, como consecuencia de la zonificación resultante, es también objeto de una calificación distinta que supone una reducción de su nivel de protección medio ambiental(7); si bien este Plan fue suspendido cautelarmente y, posteriormente, revocado en sus disposiciones relativas al sector por el TSJA (Sala de Granada)(8). Por otra parte, este mismo Tribunal, en su sentencia de 17 de marzo, confirma el Auto de 2006 del Juzgado n.º 1 de lo Contencioso-administrativo de Almería por el que se suspendieron

---

(5) Se trata del Auto, de dicha fecha, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Almería, que fue confirmado por Sentencia del TSJA (Sala de Granada) de 17 de marzo de 2008.

(6) El Decreto 37/2008, de 5 de febrero, aprobó tanto el PORN como el Plan Rector de Usos y Gestión del Parque.

(7) Procedió a calificar la zona de El Algarrobito como Zona C3, definida como «núcleos habitados preexistentes y otras zonas transformadas», respecto de las cuales el art. 5.4.3.3 establecía que tal zonificación era compatible con las nuevas edificaciones y la rehabilitación de las existentes para el desarrollo de actividades ligadas al turismo en el medio rural.

(8) STSJA 1951/2012, de 11 de junio (RJCA 2012/431)

cauteladamente las obras del hotel. Por último, el 5 de septiembre, ese mismo Juzgado, como anticipamos, declaró ilegal la licencia de obras (9).

El 4 de noviembre de 2010 el TSJA desestima un recurso de súplica interpuesto por el Ayuntamiento de Carboneras contra la decisión de prohibir cualquier actuación urbanística en el Sector.

A la vista de todos estos fallos, en 2011, el Gobierno central y la Junta de Andalucía se comprometieron a demoler el hotel en cuanto contaran con la seguridad jurídica necesaria para sustentar esta operación. A tal efecto firmaron un Protocolo General «para la recuperación de la playa de El Algarrobico» la Ministra de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino por un lado, y el Presidente de la Junta de Andalucía por otro, al amparo del art. 8.2 de la Ley 30/92 (10).

El 21 de marzo y el 18 de julio de 2012 el Tribunal Supremo dictamina que la construcción del hotel vulnera la ley de Costas por invadir la zona de 100 metros de protección de la costa, reiterando la legalidad del deslinde que ya había sido proclamada por una anterior sentencia de la Audiencia Nacional (11). Y deniega a «Azata» la posibilidad de ser indemnizada por el Estado (12). Por su parte el TSJA ese mismo año confirma el carácter de no urbanizable del suelo sobre el que se asienta el hotel, por encontrarse en una zona del Parque Natural en la que no es posible llevar a cabo construcción alguna (13).

El 13 de enero de 2013, así como en los meses de octubre y diciembre del mismo año, el TSJA rechazó varios recursos, interpuestos no sólo por la constructora del hotel sino incluso por el propio Ayuntamiento de Carboneras, contra la Resolución de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de 2006 por la que se acordaba la adquisición, por retracto, de las fincas de El Algarrobico (14). Para hacer éste efectivo la Junta debería entregar a «Azata» los 2.313.896'61 euros que, en su día, fue el precio de la compra.

(9) El titular de este juzgado, Don Jesús Rivera, fue posteriormente destinado al TSJA y formó parte de la Sección Primera de la Sala de este Tribunal que dictaminó en 2012 que el paraje de El Algarrobico era una zona del Parque Natural Cabo de Gata-Níjar en la que no se podía construir.

(10) El objeto del Protocolo, tal y como figura en la cláusula primera del mismo, era «establecer un marco estable de colaboración entre el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino y la Junta de Andalucía, con la finalidad de garantizar la actuación coordinada de ambas Administraciones en orden a la demolición del edificio destinado a hotel situado en la playa del Algarrobico (...) así como a la posterior restauración ambiental de la zona, todo ello de conformidad con lo establecido en la normativa aplicable y de acuerdo con los pronunciamientos judiciales que posibiliten tal solución» (BOE n.º 293, de 6 de diciembre de 2011, pp. 129547-129551)

(11) Estas sentencias fueron objeto de dos excelentes comentarios por parte de Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA: «El hotel del Algarrobico (I): Dominio público marítimo-terrestre y urbanismo. Comentario a la STS de 21 de marzo de 2012 (RJ 2012,4458)» y «Algarrobico (II) Prueba de hecho y valor del procedimiento del deslinde del dominio público marítimo-terrestre. Comentario a la STS 5934/2012, de 18 de julio», ambos en la *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, números 25 (pp. 201-208) y 26 (pp. 210-214), respectivamente.

(12) La denegación se entiende referida a la indemnización solicitada por la promotora. Ésta había llegado a reclamar al Estado, a la Junta y al Ayuntamiento una indemnización que estaba en torno a los 70 millones de euros.

(13) Interesa tener en cuenta, por las razones que más adelante se expondrán, que esta sentencia fue dictada por la Sección Primera de la Sala de lo contencioso del TSJA en Granada que era la que se había encargado de ver todos los pleitos relacionados con el Parque dado que, según el reparto de la Sala, todos los asuntos atinentes a cuestiones medioambientales, eran conocidos por dicha Sección. Se trata de la STJA 1951/2012, de 11 de junio (RJCA 2012/431).

(14) Se trata de las sentencias 2849/2013, de 7 de octubre (RJCA 2013/960) y la 3510/2013, de 10 de diciembre (RJCA 2014/377).

Contra todo pronóstico, en el presente año 2014 tienen lugar las dos importantes sentencias del TSJA de 21 de marzo y 29 de julio (15) a las que hemos mencionado y, en cuya virtud, se afirma, respectivamente, que el suelo del hotel es urbanizable y que es legal la licencia de obras que el Ayuntamiento de Carboneras concedió en 2003 a la promotora «Azata».

Pese a ello la Junta, amparándose en la confirmación de su derecho de retracto por el TSJA el pasado año, pretendió, formalmente y sin éxito, su ejercicio el 12 de septiembre de 2014 (16). Ante la incomparecencia de la empresa propietaria, la Junta se adhirió a finales de dicho mes al incidente de petición de ejecución forzosa de la sentencia que le da la propiedad del suelo, y que había sido planteado, en mayo, por la Asociación «Amigos del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar» (17). Pocos días después, el 22 de octubre, la Abogacía del Estado ha solicitado al TSJA que anule la sentencia de 29 de julio que declara conforme a derecho la licencia municipal de obras. En su escrito manifiesta que se adhiere al incidente de nulidad también promovido por dos grupos ciudadanos («Ecologistas en Acción» y «Salvemos Mojácar»), y en la misma línea ha actuado la Junta de Andalucía.

Obviamente se trata de una relación no exhaustiva de todas y cada una de las actuaciones, administrativas o judiciales (18), que han tenido lugar desde que se iniciara este desafortunado incidente allá por 1995, pero sí creemos haber reflejado aquellas que, por su especial trascendencia, pueden ayudarnos a conocer mejor cómo hemos llegado hasta aquí.

### III. Dos sentencias paradigmáticas

Las dos últimas sentencias de 2014, como hemos afirmado, han supuesto un importante cambio de rumbo en la historia de El Algarrobito y por ello han tenido una

---

(15) Las mismas también han sido comentadas por el prof. Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA: «Algarrobito (III): Planeamiento urbanístico y Planeamiento ambiental. Comentario a la STSJ Andalucía (Granada) de 21 de marzo de 2014» y «Un paso más —en absoluto definitivo— en el asunto del Hotel del Algarrobito (IV). Comentario a la STSJ Andalucía (Granada) de 29 de julio de 2014». Ambas se encuentran en prensa y no han sido aun publicadas por la *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*. Agradezco a su autor su generosidad al facilitarme uno y otro texto.

(16) En efecto, ese día la Junta había convocado a la empresa constructora en una Notaría de Almería para llevar a cabo la compraventa de los terrenos en virtud del ejercicio del derecho de retracto. En realidad la empresa confiaba en que el Tribunal Supremo invalidará ese derecho por entender que se pretendió ejercer fuera de plazo, dado que, como es sabido, el titular del derecho de adquisición preferente tiene el plazo de un año para ejercitarlo desde que tuviera conocimiento de la venta. En cuanto que ésta se llevó a cabo en 1999, la empresa esgrime que no cabe pretender su ejercicio por la Junta en 2006 aun cuando alegue haber desconocido la venta hasta entonces.

(17) El escrito ha sido elevado, como no podía ser de otro modo, a la Sección Primera de la Sala, que fue la que dictó el fallo que devino firme en enero. Hay que hacer notar que con este escrito la Junta cambia su postura y desiste del que presentó en junio en el que se oponía a la ejecución forzosa del retracto, alegando la inseguridad jurídica que deriva del hecho de estar otras dos sentencias pendientes de recurso, sobre el mismo tema, en el Tribunal Supremo, y a la falta de legitimación de los peticionarios, un colectivo de ecologistas, para pedirlo.

(18) Como hemos visto, del Tribunal Supremo hay dos pronunciamientos y otros que quedan por producirse, uno de ellos esencial que es el relativo a la legalidad del retracto. Asimismo hay tres sentencias de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional (Se trata de las de 23 de enero y 19 de noviembre de 2008). Ello sin contar las resoluciones de los juzgados de lo contencioso así como del TSJA. En total estamos ante una veintena de fallos y autos de distintos tribunales.

importantísima repercusión social, política y mediática (19). Hemos de tener en cuenta que, en el marco de la crisis económica en la que nos encontramos y de la que, en parte, ha sido causa coadyuvante un urbanismo desaforado, el hotel de El Algarrobo ha venido a convertirse en un símbolo de lo que no se ha de hacer en ningún caso. Y así, a un argumento urbanístico, que hoy reniega del crecimiento expansivo a toda costa, se añade otro medioambiental, de enorme arraigo en nuestra sociedad, que repudia la sobreexplotación de los recursos naturales o, sencillamente, un uso no sostenible de los mismos, según el lenguaje actual.

### III.1. La STSJA de 21 de marzo de 2014

En esta sentencia se dilucida un recurso interpuesto por la constructora contra el Decreto 37/08, antes citado, por el que se aprueba el PORN y el Plan Rector de Usos y Gestión del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar. Como demandada figura la propia Junta, autora del Decreto, y como codemandados la organización ecologista Greenpeace y el Ayuntamiento de Carboneras. La pretensión de la actora, no obstante, no se dirige contra la totalidad del Decreto sino que se centra exclusivamente en las disposiciones del mismo que afectan a dos Sectores de éste, el ST-1 (denominado «El Algarrobo»), y que se incluye en la zona C3 del Decreto; SUE R5 en las NNS de Carboneras de 1988) y el ST-2. El resultado ya lo hemos adelantado. Por decirlo brevemente, y desde el principio: el Tribunal declara como urbanizable el suelo de El Algarrobo.

El objeto del pleito gira en torno a la prevalencia de los instrumentos de planificación medioambiental sobre los de planificación urbanística, que convergen en el mismo ámbito; a lo que se añade una cuestión, de apariencia secundaria pero que acaba convirtiéndose en determinante, como es la necesidad de dar una solución a la discordancia existente entre el texto articulado de la norma medioambiental que aprueba el primer PORN del Parque —Decreto 418/94— y la planimetría en ella contenida, puesto que de la solución que se dé a esta contradicción derivará la legalidad o no de las previsiones contenidas en el Decreto 37/2008 por el que se aprueba el nuevo PORN y contra el que, en realidad, se dirige el recurso. Todo ello en el marco, una vez más, de una desafortunada actuación administrativa —autonómica y municipal— que adolece de importantes errores tanto por acción como por omisión.

Veamos. Es evidente que, como ya indicamos en los antecedentes, el suelo objeto de la discordia ha sido calificado desde siempre por el Ayuntamiento de Carboneras como urbanizable. De hecho este suelo ha contado para su desarrollo no sólo con Plan Parcial sino con Estudio de Detalle, Proyecto de urbanización y Proyecto de Compensación. Además las obras de urbanización del Sector se han llevado a cabo en un 61'3 % y el hotel ha sido construido, prácticamente en su totalidad, con licencia de obras, calificación ambiental favorable y licencia de actividad para hotel. Si bien, como es sabido, la licencia de obras fue anulada en primera instancia y las obras paralizadas.

---

(19) Así el diario El País, en su edición de Andalucía, del 31 de agosto de 2014, recogía un expresivo titular: «De la condena al *indulto* en cuatro meses» (p. 22). Respecto de la movilización ciudadana al respecto, baste señalar que son varios los grupos, ecologistas o no, que están apoyando las acciones contra la subsistencia del hotel: Ecologistas en Acción, Salvemos Mojácar, Greenpeace, la plataforma «Desmontando El Algarrobo», Asociación «Amigos del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar», etc.

Esta situación de facto, que acabamos de exponer, es la que determina que el Decreto 418/94 —aun cuando el Tribunal, con carácter general, reconozca su carácter prevalente respecto del planeamiento urbanístico— la asumiera sin más discusión el PORN de 1994, de tal modo que, en su texto articulado, incluye los terrenos litigiosos en la zona de protección de Grado D (20), y más en concreto, en la Subzona D2 que se refiere a las llamadas *Áreas urbanizables*. Y que eran definidas como «aquellos espacios que, clasificados por el planeamiento municipal vigente como tales, no presentan contradicción alguna con los objetivos de conservación del Parque Natural; esto es, no afectan al patrimonio cultural del Parque Natural o prevean usos que se consideren incompatibles con los industriales. Estas áreas se localizan actualmente junto a los núcleos de población de San José, el Pozo de los Frailes, Rodalquilar, las Negras y Agua Amarga».

Sin embargo la planimetría recogía una representación cartográfica de los terrenos en la que los incluía en la Zona C1, esto es, como *Áreas naturales de interés general*, que englobaba «aquellos espacios que contenían formaciones vegetales naturales y cultivos abandonados en proceso de regeneración natural, cuyas singularidades no precisaban protección específica». Para complicar más las cosas, en 1997, la Administración autonómica procedió, amparándose en unos supuestos errores de hecho, a modificar esta cartografía, sustituyendo tres de los planos que formaban parte de la documentación del PORN y entre los que se encontraba representado el paraje de El Algarrobo que, por mor de este cambio, pasó a incluirse en la Zona D2, o sea, como suelo urbanizable ordenado (entre cuyos usos incluía el turístico).

Pues bien este hecho, de apariencia menor, acaba siendo uno de los puntos de apoyo fundamentales de la argumentación del Tribunal. Es cierto que éste, como no podía ser de otro modo, parte de una premisa que, con carácter general, nadie puede cuestionar: la prevalencia del texto articulado del PORN sobre la planimetría. Afirmando en este sentido que «así lo imponen razones de seguridad jurídica pues el texto articulado es el que permite analizar la situación existente, comprender las razones y justificación de la norma y asegurar una aplicación general de la misma que respete el principio de igualdad y no discriminación, garantizando que los criterios normativos se aplican de igual forma a todos los ciudadanos que se encuentren en un mismo supuesto de hecho, todo ello frente a la representación cartográfica, que realiza una aplicación singular de la norma respecto de la cual, y advertida la evidente discordancia, en principio se desconocen las razones que justificarían su inclusión de los suelos como C1 pues ningún argumento se ofrece para ello, y la propia Administración autonómica autora de la norma reconoce que la cartografía era errónea y por ello procedió a su rectificación por vía de error de hecho». En efecto, a partir de este dato el Tribunal pone su punto de mira en la Administración —básicamente en la autonómica— a la que, por acción u omisión, acabará señalando como la responsable de la inadecuada calificación como área protegida no urbanizable del suelo de El Algarrobo por el Decreto 37/08, de 5 de febrero por el que se aprueba el último PORN y el Plan Rector de Usos y Gestión del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar. Para el Tribu-

---

(20) El art. 238 establece como zonas de protección de Grado D «aquellos espacios que carecen de un interés ambiental específico para ser incluidos en algunas de las categorías anteriores ya que se detectan significativas alteraciones de carácter antrópico como son las áreas de cultivo intensivo o los núcleos urbanos de interés general» Esta Zona D se subdivide, a su vez, en 5 categorías dentro de las que se encuentra la D2.

nal la modificación de la planimetría —«sin entrar a analizar la legalidad de la modificación antedicha y de la validez que pudiera otorgarse a la misma por respetar o no los cauces establecidos para la corrección de errores ...»— puede ser interpretada como «una toma de postura de la Administración» sobre la situación que analizamos. Y como argumento a fortiori acude a unos hechos irrefutables: la Administración no solo no inició procedimiento alguno de revisión de las normas urbanísticas del municipio, ni del Plan Parcial, ni suspendió su vigencia, sino que, además, «informó favorablemente la revisión de las Normas Subsidiarias de Carboneras que consideraban dicho Sector como suelo urbanizable; la Administración ratificó desde siempre su consideración de suelo urbanizable (...)». Así pues, si la situación de partida era ésta durante toda la vigencia del PORN de 1994, el nuevo de 2008 no podía sino mantener ese mismo criterio. A juicio del Tribunal el cambio de zonificación operado por el Decreto 37/08 adolece de una «absoluta falta de justificación por la Administración», de ahí que rechace la invocación del *ius variandi* esgrimido por ésta y, en cuanto que dicha modificación supone una clara restricción de los derechos de los propietarios, falla a favor de la revocación del nivel de protección medioambiental otorgado por el PORN de 2008, clasificando los suelos en cuestión como urbanizables.

Como vemos, para el Tribunal, nos encontramos tanto ante una palmaria inactividad por parte de la Administración como ante una actuación inadecuada de ésta, que estaría rozando, en algún caso, la arbitrariedad.

Ahora bien, aun coincidiendo en parte con la argumentación esgrimida por el Tribunal, no podemos dejar de recordar, tal y como hicimos notar en las páginas iniciales de este trabajo, que la misma Sala, sólo que su Sección Primera, en su Sentencia de 11 de junio de 2012, llega a una solución distinta. De hecho nos ha sorprendido que en la sentencia que comentamos, de la Sección Tercera como sabemos, el propio Tribunal así lo reconozca (Fundamento Duodécimo). Pero la sorpresa es aun mayor cuando, para sustentar su posición, esgrime:

- que la citada sentencia no es cosa juzgada,
- que no resulta afectado el principio de igualdad «por cuanto la jurisprudencia constitucional ha excluido la existencia de tal derecho cuando los procesos sometidos a comparación radican en Secciones diferentes de un mismo Tribunal»
- y que la divergencia se debe al hecho de que la citada Sección Primera dicta su sentencia «con fundamento sustancial en la cartografía del PORN» (de 1994 se entiende). Afirmación que, dada la argumentación empleada por la Sección Tercera para defender la prevalencia, en todo caso, del texto articulado frente a la representación gráfica, podría entenderse como un aventurado juicio de valor acerca de la labor desarrollada por los Magistrados integrantes de la Sección Primera.

Queda, por tanto, en manos del Tribunal Supremo, dirimir esta evidente discrepancia.

### III.2. La STSJA de 29 de julio de 2014

Se trata de la última STJA aparecida hasta el momento y que, al igual que la anterior, ha sido dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso de dicho Tribunal con sede en Granada. Su fallo, como hemos reiterado, ha causado una conmoción

en el recorrido judicial, político y mediático de este episodio en cuanto que viene a declarar legal la licencia de obras que en su día concediera el Ayuntamiento a la empresa constructora.

Para llegar a este punto el Tribunal viene a desmontar la sentencia 266/2008, de 5 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Almería, por la que se atendía a la petición, planteada al Ayuntamiento, por varios grupos ecologistas y por la Junta de Andalucía, de que éste revisara de oficio la citada licencia. Dicha petición fue desestimada, tanto de forma expresa como por silencio, por el Ayuntamiento. Ante ello el juez resolvió anulando «dichos actos expreso y presuntos por no ser conformes a derecho, ordenando al Ayuntamiento de Carboneras que inicie el procedimiento de revisión de oficio de este *acto nulo de pleno derecho* (21)(...)».

La sentencia es extensa y compleja y, por decirlo todo, tiene la apariencia de querer dejar sentadas, de una vez por todas, las bases sobre las que ha de resolverse este asunto. De hecho el Tribunal ha querido rebatir, con una contundencia notable, todos y cada uno de los argumentos esgrimidos por el juez de la primera instancia y además ha querido dejar en evidencia, sin contemplaciones, tanto los supuestos excesos cometidos por aquél en el ejercicio de su función jurisdiccional, como el hecho de que, a su juicio, pretendiera construir «el» proceso al Algarrobo (22).

Hemos de reconocer que se trata de una sentencia bien elaborada, bien argumentada, pero que, pese a ello, tanto por la excesiva vehemencia con que combate los argumentos del juez de lo contencioso, como por el tratamiento que da, o mejor dicho que no da, a algunos de los temas sustanciales que se debaten en este asunto (dominio público costero, espacio protegido, ordenación medioambiental y urbanística) resulta en cierto modo decepcionante puesto que, prácticamente, centra todo su esfuerzo en declarar la legalidad de la licencia concedida. Obviando por ejemplo, como acertadamente ha puesto de relieve Julio V. GONZÁLEZ, «las resoluciones que establecen como cosa juzgada que el inmueble viola la Ley de Costas y se ubica en suelo no urbanizable de especial protección» (23)

---

(21) La cursiva es nuestra.

(22) Sirvan como muestra las siguientes citas literales: «la sentencia apelada ha desbordado en no pocos aspectos estos límites y con ello ha desnaturalizado el proceso judicial»; «en la sentencia apelada el juez ha rebasado los límites de enjuiciamiento propios de la revisión (...)»; «la sentencia apelada, insistimos, razona de forma desacertada e imprecisa además de incongruente (...)»; «la sentencia apelada incurre en flagrante incongruencia interna (...) por cuanto una decisión no puede basarse en una motivación que es absolutamente contradictoria»; «el juez no debió rebasar los límites de la cuestión controvertida» o «También cabe calificar de improcedentes y extralimitadas las consideraciones que hace el juez de la primera instancia cuando llega a afirmar que la Administración queda compelida a una expropiación y ulterior demolición de lo construido. Con afirmaciones de esta clase, y con la calificación de nulidad de pleno derecho de la licencia que contiene en su parte dispositiva, la sentencia apelada está afectando de manera improcedente e infundada jurídicamente al ejercicio legítimo de las competencias que tiene la Administración para decidir sobre la revisión de oficio del acto de concesión de la licencia, y mas aun, sobre una eventual demolición e incluso expropiación que de ninguna manera es el objeto del litigio. Con ello no solo se ha creado una situación confusa sobre el alcance jurídico de la sentencia, como es obvio, sino que también se está construyendo una apariencia de declaración prejudicial y cosa juzgada que distorsiona el normal ejercicio de sus competencias por la Administración, y por ende de los jueces y tribunales que hayan de revisarlas, en su caso. Las sentencias que dictan los jueces y tribunales no son dictámenes o estudios, son actos de poder, y como tales tienen que ceñirse estrictamente a lo que constituye el objeto del litigio que es donde se ejerce la potestad que constitucionalmente tienen atribuida con exclusividad».

(23) Véase la nota 15.

La sentencia se detiene en exceso, en nuestra opinión, en un discutido tema sobre la legitimación procesal de algunos de los grupos ecologistas, así como en la institución de la revisión de oficio de la que lleva a cabo un pormenorizado estudio acerca de su naturaleza, extensión y efectos, negando con rotundidad que, en este caso, quepa aplicar dicho procedimiento. Para no dejar ningún resquicio al respecto entra también a rechazar que pudiera admitirse el conocido como recurso indirecto contra reglamentos.

Por lo demás su línea argumental es muy clara y, para llegar a la conclusión que conocemos, resulta determinante la lectura del Fundamento Noveno en el que menciona la coordinación entre la legislación sectorial medioambiental y de costas con la urbanística, para pasar después a relatar la secuencia de los distintos instrumentos urbanísticos que aparecen a lo largo de todo este proceso. A juicio del Tribunal todas y cada una de las distintas Administraciones implicadas han tenido numerosas ocasiones para impedir que se siguiera avanzando en la consolidación de los derechos concedidos por la licencia y, sin embargo, no ha sido así. Su anuencia o su omisión han dado pie al consabido resultado. Y así se afirma de un modo tajante:

«Por consiguiente el Ayuntamiento de Carboneras contaba, y debía aplicar, un planeamiento urbanístico que estaba vigente, que había sido aprobado por los órganos competentes de la Junta de Andalucía y del propio Ayuntamiento y que contaba con los informes preceptivos, entre otros el favorable de la Dirección General de Costas, por lo que siendo la licencia un acto reglado que se concede o deniega al planeamiento urbanístico vigente, y por ende a la legislación urbanística aplicable, al conceder la licencia el Ayuntamiento de Carboneras actuó conforme a las previsiones del Plan Parcial ST-1 y las NNSS de Carboneras. Lo que se está pretendiendo con la vía de revisión de oficio es, en realidad, que se declare la ilegalidad de esa normativa urbanística».

En definitiva procede a desestimar la solicitud de revisión de oficio llevada a cabo por la Junta de Andalucía y a ratificar el acuerdo del Ayuntamiento que así lo hizo.

#### IV. Conclusiones

Es evidente que estamos ante un caso complejo que presenta muchas variables, en el que no se ha actuado con la debida diligencia en demasiadas ocasiones y que presenta el problema añadido de haber causado una gran alarma social. A este clima han contribuido también los tribunales con un elevado número de pronunciamientos, algunos de ellos contradictorios. Esta apreciación nos remite a una reflexión de mayor alcance como es «la inadecuación del régimen del control judicial de la Administración ante un litigio de esta naturaleza». Como afirma GONZÁLEZ GARCÍA, «las peculiaridades del control judicial de la Administración impiden una acumulación automática de los asuntos, a pesar de que resultaría lo más razonable para proporcionar una respuesta satisfactoria» (24). De hecho el gran interrogante gira en torno a cómo van a

---

(24) Véase la nota 15. Esta cita pertenece al segundo de los Comentarios en ella reseñados.



poder ejecutarse fallos tan dispares como los emitidos en este asunto. Ello sin entrar a considerar el impacto que causa en la ciudadanía este tipo de situaciones.

Con independencia de los derechos que pudieran corresponderles a los propietarios, todo parece apuntar a que el destino final del complejo de El Algarrobico será su demolición. El Protocolo firmado entre el Estado y la Junta de Andalucía, así como la firmeza del retracto a favor de esta última, avalarían esta tesis. Sin embargo creemos necesario resaltar que es precisamente esta figura, la del Protocolo, u otra equivalente, la que debía haberse utilizado desde el principio puesto que se revela como un instrumento válido para articular la indispensable coordinación administrativa que ha de darse en nuestro país tanto en éste como en otros casos.

Por último cabe traer a colación una reciente actuación del legislador estatal con el loable propósito de evitar situaciones de este tipo y que ha tenido lugar con ocasión de la reciente aprobación de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio. En su virtud se ha dado una nueva redacción al art. 119.2 de la Ley de Costas, de tal modo que ahora se habilita al Delegado del Gobierno para suspender, por el procedimiento del artículo 67 de la Ley de Bases de Régimen Local, los acuerdos municipales que afecten a la integridad del dominio público marítimo-terrestre, o la servidumbre de protección, o que infrinjan de manera manifiesta las limitaciones impuestas en la zona de servidumbre de protección. De hecho esta previsión ya es conocida con el nombre de «cláusula anti-algarrobico» cuya aplicación es más que probable que genere conflictos entre la Administración estatal y la local puesto que no se ha planteado, paralelamente, ningún mecanismo alternativo, o complementario, de coordinación administrativa que pudiera servir para atemperar aquellos.

En cualquier caso, y por lo que se refiere al calvario judicial de El Algarrobico, no debemos olvidar que aun quedan por conocer importantes pronunciamientos del Tribunal Supremo.

Trabajo recibido el 24 de octubre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Lan honetan, El Algarrobico hotelaren inguruan jarraitutako ibilbide judicialaren balorazioa egiten da; Cabo de Gata-Níjar Parke Naturalean dago hotela (Almerian), eta ibilbide hori azkenean ingurumenaren aurkako atentatu bihurtu dela esan liteke. Izan ere, Andaluziako Justizia Auzitegi Nagusiaren azken bi epaiek —2014koak— guztiz irauli dute higiezina eraistera bideratuta zegoela zirudien prozesua, urbanizagarritzat jotzen baitute eraikina kokatuta dagoen lurzorua, eta legezkatzat jotzen baitute bere garaian emandako lizentzia.

**HITZ GAKOAK:** Algarrobico. Parke naturala. Baliabide Naturalak Antolatzeko Plana. Kostaldeko jabari publikoa. Ingurumen-baliabideak nagusitzea hirigintzako gainean. Obra-lizentzia. Ofizios ezeztatzea.

**RESUMEN:** En el presente trabajo se lleva a cabo una valoración del itinerario judicial seguido en relación con el hotel El Algarrobico, situado en el Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar (Almería) y que ha acabado convirtiéndose en lo que podía denominarse un atentado medioambiental. Las dos últimas sentencias, de 2014, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía han dado un vuelco radical a un proceso que parecía estar abocado a la demolición del inmueble puesto que califican como urbanizable el suelo en el que éste fue construido y consideran legal la licencia otorgada en su día.

**PALABRAS CLAVE:** Algarrobico. Parque Natural. Plan de Ordenación de Recursos Naturales. Dominio público costero. Prevalencia de los instrumentos medioambientales sobre los urbanísticos. Licencia de obra. Revocación de oficio.

**ABSTRACT:** This work deals with an assessment of the judicial path of the Hotel El Algarrobico, located in the Natural Park of Cabo de Gata-Níjar (Almería) and that it has become what it could be called a environmental attack. Last two judgments, from 2014, by the High Court of Justice of Andalucía have changed drastically the process that seemed to be committed to the demolition of the building since they qualify the land where it was built as developable and they consider the permit granted in the past legal.

**KEYWORDS:** Algarrobico. Natural Park. Natural Resources Ordinance Plan. Coastal public domain. Preemption of the environmental tools over urban. Construction permit. Ex officio reversal.

# Crisis económica y Administración Pública

Miriam Cueto Pérez

**Sumario:** I. Introducción.—II. Aspectos jurídicos de la crisis económica: II.1. Mayor presencia de la Unión Europea. II.2. Necesidad de reforma de la Constitución española. II.3. Pérdida de calidad democrática. El uso y el abuso del Decreto-Ley. II.4. El principio de estabilidad presupuestaria. A) La constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria. B) La LO de estabilidad presupuestaria. C) Conciliación de la estabilidad presupuestaria con la autonomía financiera de las CCAA. D) Principio de responsabilidad de las Administraciones por incumplimiento del Derecho comunitario.—III. La organización administrativa en el punto de mira de las reformas. III.1. Importancia de la potestad de autoorganización. III.2. Estructura organizativa de las Administraciones territoriales. A) Administración General del Estado. B) Comunidades Autónomas C) Administración Local. III.3. La descentralización funcional de las Administraciones territoriales: los entes instrumentales. A) límites a la creación de entes instrumentales: especial referencia a las personificaciones jurídico-privadas. B) racionalización del sector público estatal, autonómico y local.—IV. Recapitulación.

## I. Introducción

La situación económica que estamos atravesando en la Unión Europea en los últimos años, con una incidencia especial en algunos Estados como el nuestro, ha puesto uno de sus principales focos de atención en las Administraciones Públicas. Sin que el final del túnel todavía se vea de forma clara, aunque algunos ya lo intuyan, este trabajo trata de reflexionar desde el ámbito de nuestra disciplina sobre el papel que ha jugado el Derecho Administrativo en los cambios planteados en las Administraciones públicas, si hemos acertado en las reformas planteadas, si hemos mejorado o empeorado su funcionamiento, si hemos reflexionado suficientemente sobre su tamaño, funciones, recursos humanos, régimen jurídico, su eficacia y su eficiencia. Ha sido y lo es aún época de cambios y medidas, algunas precipitadas ante la sucesión también precipitada de acontecimientos que claramente tenían lugar sin que desde los poderes públicos hubiese verdadera capacidad de control sobre los mismos.

Nuestra disciplina, sin duda, mostró su preocupación por la situación que atravesábamos desde el inicio de la crisis; el Derecho y los juristas estaban llamados a asumir un papel importante a la hora de afrontar la difícil realidad que se había impuesto. El Derecho tenía tanto que decir o más que la propia Economía en este asunto, pues no se podía obviar que la práctica totalidad de las medidas para afrontar dicha situación

de extrema dificultad se tenían que adoptar a través de normas, normas que debían tener en cuenta la necesidad de respetar el Estado de Derecho, el Estado Social y Democrático de Derecho, al que hay que añadir en el caso español, el Estado autonómico creado por la Constitución de 1978 (1).

Apunta el profesor Embid Irujo que «consideraciones jurídicas y económicas deben ir sustancialmente unidas en una materia como esta en la que los tratamientos sectoriales unilaterales arriesgan ser bastante incompletos si no se nutren de distintas fuentes de conocimiento» (2). De ahí que desde 2008 en toda Europa y también en nuestro país, desde las disciplinas jurídicas hayan ido surgiendo trabajos (3) que advierten de las profundas transformaciones sufridas por los ordenamientos jurídicos como consecuencia de la crisis en los distintos niveles territoriales, afectando a los pilares de nuestro sistema de fuentes, desde el Tratado de la Unión Europea, pasando por las Constituciones de los distintos Estados, hasta llegar a la multitud de normas reglamentarias que articulan la propia organización o las prestaciones vinculadas a los servicios públicos, a los que supuestamente tenían derecho los ciudadanos, en el marco de un Estado Social de Derecho cuya bandera distintiva era, sin duda, la protección de los ciudadanos.

Se ha hablado incluso de un Derecho de la crisis económica, como si se tratase de una nueva disciplina jurídica que llega con fuerza arrasadora, para llevarse por delante los pilares y postulados que constituían nuestro sistema, que aunque con años de vida y ya con alguna crisis vivida, considerábamos que gozaba de una buena salud, hasta que de un día para otro nos encontramos sumidos en nuestro error de aprecia-

(1) EMBID IRUJO, A.: *El Derecho de la crisis económica*, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2009. Este autor ha advertido de las dificultades de tratar de dar un enfoque jurídico al asunto, p. 12.

(2) *Op. cit.*, p. 25.

(3) Al trabajo citado en la nota anterior hay que señalar del mismo autor los siguientes: *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, 2012; «El Derecho Público de la crisis económica», en *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, INAP, 2012, (coord. A. BLASCO ESTEVE); «Crisis económica y reforma local», *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 2011, n.º 3, 2012; «Crisis, Norma, Economía y Lenguaje en el derecho de la crisis económica. El control judicial de la actividad administrativa en la autonomía. Algunas reflexiones», *Documentación Administrativa*, n.º 1, 2014 (nueva época).

Muestra del interés de la doctrina también hay que señalar que el VI y el VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo junto con el XIX Congreso italo-español de Derecho Administrativo dedicaron sus ponencias a la situación de crisis económica dando lugar a las siguientes publicaciones: *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*, INAP, 2011, (coord. A. BLASCO ESTEVE); *Estructuras Administrativas y racionalización y gasto público*, INAP, 2012 y *Crisis Económica y Estado del Bienestar. El papel del Derecho Administrativo*, Edit. Reus, 2014 (coord. J. L. PINAR MAÑAS); Igualmente la propia AEPDA elaboró un manifiesto publicado por ALEGRE ÁVILA, J.M.: «Manifiesto de la AEPDA ante la crisis económica, política y constitucional», *REDA*, n.º 158, pp. 247-248.

SOSA WAGNER, F. y FUERTES LÓPEZ, M.: *La bancarrota del Estado y Europa como contexto*, Marcial Pons, 2011; MUÑOZ MACHADO, S.: *Informe sobre España: repensar el Estado o destruirlo*, Iustel, 2011; COSCULLUELA MONTANER, L. y MEDINA ALCOZ, L.: *Crisis económica y reforma del régimen local*, Thomson-Civitas, 2012; PONCE SOLE, J.: *El Derecho y la irreversibilidad limitada de los derechos sociales*, INAP, 2014; VILLAR ROJAS F. J.: «Crisis económico-financiera; Crisis de la Administración Pública», en pp. 43 y ss. en GONZÁLEZ SANFIEL, A.M. (dir.): *El derecho ante la crisis: nuevas reglas de juego*, Atelier, 2012 Barcelona; BASSOLS COMA, M.: «La reforma del artículo 135 CE y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: el proceso parlamentario de elaboración de la reforma», *REDA* n.º 155, 2012, pp. 21-42 y en «La crisis económica y sus repercusiones en el Derecho público económico; el Principio de Buena Regulación Económica, supresión de cargas administrativas y constitucionalización de la estabilidad presupuestaria», *Noticias de la Unión Europea*, N.º 325, 2012 (Ejemplar dedicado a: Medidas económicas), pp. 3-15.

ción. Y más que la constatación de que ha surgido efectivamente un nuevo Derecho, lo que realmente nos ha de preocupar a los juristas es que ese surgimiento se produzca de alguna forma en una situación de excepcionalidad del ordenamiento jurídico, de suspensión o relajación de sus exigencias, en una situación en la que se da la espalda al orden establecido. Una situación que a pesar de la gravedad no ampararía actuaciones que excepcionasen o superasen los límites de la normalidad fijados y admitidos por el ordenamiento jurídico para su propia inaplicación (por ejemplo, la aplicación de los estados de Alarma, Excepción y Sitio del art. 116 de la CE que ha desarrollado la LO 4/1981, de 1 de junio)(4). Por todo ello la crisis económica no ha de servir de parapeto para que el Derecho ignore en su producción las exigencias formales y sustantivas que marca el propio ordenamiento o para que las Administraciones públicas sigan desarrollando toda su actuación sometidas a la Ley y al Derecho. El mayor riesgo que corremos es que como consecuencia de la crisis económica, los poderes públicos se instalen en la situación del «todo vale», amparados por las presiones (sin duda existentes), la exigencia de inmediatez en las decisiones y la necesidad de resultados y transformaciones que generen confianza en los mercados.

Este «Derecho de la crisis» sin duda abarca todas las disciplinas jurídicas, pero el Derecho Administrativo ha tenido un papel protagonista que hace difícil, aún en el ámbito exclusivo de esta materia, acotar todos los ámbitos afectados: organización administrativa, empleo público, servicios públicos (tanto en lo que afecta a su extensión y prestaciones como en lo que se refiere a la forma de gestión de los mismos), dentro de ellos, sanidad, educación, bienestar social, servicios municipales, actividad de fomento, las ayudas y subvenciones, algunas tan importantes como las destinadas al impulso de la innovación empresarial, a la investigación científica y técnica o a la educación pública. La dificultad de abarcar lo inabarcable hace que este trabajo se haya circunscrito a un ámbito en el que con anterioridad a la crisis económica, el Derecho Administrativo había entrado en su propia crisis, por no haber sido capaz de contener la voracidad de la potestad de autoorganización de las distintas Administraciones Públicas, voracidad que en un primer momento llevó a la creación de una ingente cantidad de organismos públicos, después a la de entidades privadas en sus diversas manifestaciones por cada una de las Administraciones territoriales existentes, más tarde llevó a la confusión intencionada entre lo público y lo privado, haciendo una apuesta descontrolada por lo último, apuesta denunciada reiteradamente por la doctrina a través de la crítica a la huida del Derecho Administrativo y en la misma medida reiteradamente ignorada por los poderes públicos, que se convirtieron en patronos de fundaciones, en empresarios vocacionales ..., finalmente, ya no hubo huida, sino simplemente rendición y reverencia ante la eficacia y eficiencia de la gestión privada(5), que como si de una panacea se tratase nos empeñamos en trasladar a lo público, apostando claramente por la gestión indirecta de servicios públicos y llegando

---

(4) ALEGRE ÁVILA, J.M.: «Una nota a propósito de los estados de alarma, excepción y sitio», *REDA*, n.º 163, 2014, pp. 339-352.

(5) LOPERENA ROTA, D.: «Cláusula social y crisis económica», *Revista Aranzadi doctrinal*, n.º 8/2010. Bib 2010/2447. Señalaba el Prof. Loperena en este artículo con la clarividencia que le caracterizaba en asuntos jurídicos: «No hay razón ontológica para que la gestión privada sea más ágil que la administrativa. Si se confirma con el paso de los años que la gestión administrativa produce retrasos y complejidad en el funcionamiento de los servicios públicos, el diagnóstico es claro, tenemos un mal Derecho administrativo»

al sumun con la aceptación de la colaboración público-privada para cualquier iniciativa del gestor o político de turno, procediese o no dicha colaboración, y que en un buen número de casos ha terminado en la asunción de las consecuencias y de las pérdidas generadas en dicha colaboración por parte del erario público, es decir, por todos los ciudadanos.

Pues bien todos esos polvos trajeron en buena medida los actuales lodos de los que nos va a llevar un tiempo considerable librarnos, si es que finalmente lo logramos, con el agravante de que las soluciones se han tomado y se están tomando de forma precipitada por la urgencia, y las urgencias no son buenas consejeras para afrontar grandes reformas, aunque las circunstancias obliguen a la celeridad (algunos intentos ya hemos visto cómo se han quedado a medias y no han suscitado el más mínimo consenso). Esas grandes reformas que afectan al modelo de Estado en toda su extensión no pueden quedar al margen del rigor jurídico, ni pueden ser utilizadas políticamente para barrer al contrario, más de 30 años de recorrido de nuestra Constitución y de estudio de nuestro modelo territorial y organizativo deben haber propiciado las bases doctrinales para abordar los cambios necesarios, para generar un modelo sostenible que permita salvaguardar lo máximo posible el Estado social, pero que no necesite apoyarse en un sector público que no tengamos capacidad para financiar.

El Derecho Administrativo del siglo xx se ha caracterizado por la intervención generalizada del Estado en todo tipo de funciones, sectores y actividades, sobre todo en el ámbito social llegando a asumir de alguna forma la garantía de una asistencia vital mínima al ciudadano. Igualmente interviene en la provisión de prestaciones económicas, cada vez más complejas, a medida que se genera un avance tecnológico y social que considerábamos imparable. El incremento de actividades ha llevado a varias consecuencias, una primera, el claro incremento del gasto público, que más de uno pensó que nunca tendría fin, gasto que no se redujo por el hecho de privatizar servicios, mientras éstos estuviesen financiados de forma indirecta o directa por las Administraciones públicas. Las privatizaciones trataron de reducir la actividad empresarial del Estado, pero en muchos casos esas privatizaciones supusieron la financiación vía subvención, con lo cual el Estado externalizaba la gestión y se despatrimonializaba pero no reducía su gasto. También los intentos liberalizadores de servicios, los llamados servicios económicos de interés general, están encontrando dificultades para que esa liberalización sea real (energía, transporte ferroviario...), dificultades que impiden respetar el principio de libre competencia. En estos supuestos el Estado ha pasado de prestar el servicio a asumir la reglamentación, vigilancia, inspección y evaluación del sector y a actuar como garante, actuaciones que igualmente implican gasto, ya que requieren de medios humanos y materiales para su correcta realización. Es más se está produciendo la evidencia de que dicha intervención pública en muchos supuestos ha fallado (entidades financieras, empresas de telecomunicaciones, empresas energéticas, aerolíneas comerciales...) estando en buena medida en el origen de la actual crisis económica (6).

---

(6) MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público general*, IV, Iustel, 2011, p. 487 y ss.

## II. Aspectos jurídicos de la crisis económica

### II.1. Mayor presencia de la Unión Europea

En primer lugar hay que señalar que gran parte de las medidas adoptadas y que suponen transformaciones de mayor o menor envergadura en nuestro ordenamiento jurídico se derivan de decisiones adoptadas en el ámbito de la Unión Europea. Ello ha traído como consecuencia que la presencia de la Unión Europea se haya intensificado de forma considerable para el ciudadano de a pie y para el jurista. Anteriormente, aunque algunas políticas europeas sí habían incidido de forma significativa en algunos sectores como en el agrario, en el pesquero o el energético, en la protección del medio ambiente o de los consumidores, la percepción de influencia política y jurídica por parte de los ciudadanos era menor. La Unión Europea ha pasado a tener una presencia constante y a influir de forma determinante y notoria en el ordenamiento jurídico de los distintos Estados, con unos poderes de control, de vigilancia y también de intervención que no se habían dejado sentir hasta el presente con dicha intensidad. En nuestra CE el art. 93 ya preveía la autorización de la celebración de tratados por los que se atribuyese a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, precepto que sirvió en su día para la entrada de España en la Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea. Aunque el Derecho comunitario es Derecho interno, no es menos cierto que sus contenidos, nunca habían incidido de forma tan determinante sobre la política interna de sus Estados, así como en el desarrollo de políticas propias en el ámbito económico (7). Hasta el punto, de que una parte de la ciudadanía percibe un desapoderamiento real de los gobiernos estatales a favor de un aumento de poder de la Unión Europea que causa recelos, percepción que es totalmente real en el ámbito económico y que en algunos países como Francia ha causado un verdadero debate (8).

Finalmente, solo la Unión Europea ha sido capaz de propiciar la reforma de la CE de 1978 y con ella la constitucionalización en nuestro ordenamiento jurídico de la propia Unión Europea como Administración a la que estamos vinculados en sus decisiones, ya que por dos veces alude a ella el nuevo art. 135 de la CE: en primer lugar, para señalar que es la Unión Europea la que fija los márgenes establecidos para el déficit estructural para sus Estados Miembros y, en segundo lugar, para fijar que el volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (9).

---

(7) MARTÍN RETORTILLO, L.: «Crisis económica y transformaciones del Estado», *REDA*, 153, 2012, p. 97, p. 89.

(8) ARROYO GIL, A. y GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I. M.: «La incorporación de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia», *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 98, 2013, pp. 149-188; RUIZ RUIZ, J.J. y SÁNCHEZ NAVARRO, A.J.: «El debate sobre la consagración constitucional de la estabilidad presupuestaria en Francia», *Teoría y realidad constitucional* n.º 29, 2012, pp. 219-236. La posible incorporación en la Constitución francesa de la cláusula de estabilidad presupuestaria supuso un verdadero debate social, doctrinal y político, por considerarse una intromisión en sus asuntos internos por parte de la Unión Europea. Finalmente la cláusula no se ha incorporado a la Constitución francesa.

(9) SÁNCHEZ BARRILAO, J.F.: «Globalización y crisis económica: sombras en la integración europea», *Videtur Quod: anuario del pensamiento crítico*, N.º. 2, 2010, pp. 184-201; MARTÍN RETORTILLO, L.: *op.cit.*, p. 97.

## II.2. Necesidad de reforma de la Constitución española

El rasgo anterior ha traído consigo una situación de debilitamiento de la soberanía nacional, que tiene uno de sus reflejos en el impulso de reforma de varias Constituciones en toda Europa, entre ellas la española, como acabamos de señalar. La crisis económica ha puesto sobre la mesa la necesidad de reforma para dar cumplimiento a las exigencias de estabilidad presupuestaria de la Unión Europea. Se entendió que era ineludible fijar límites infranqueables al endeudamiento de los Estados con la adopción del Tratado sobre la estabilidad, la coordinación y la gobernanza de la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012, señalándose en su art. 3.2 la obligación de los Estados de «transponer la regla de equilibrio presupuestario en sus ordenamientos jurídicos nacionales, mediante disposiciones vinculantes, permanentes y preferentemente de rango constitucional».

De nuevo, como por cierto ya había ocurrido con la reforma del art. 13(10), la reforma constitucional llega impulsada por la Unión Europea, incorporándose en el art. 135 la ineludible obligación de estabilidad presupuestaria de todas las Administraciones Públicas. Antes que España, Alemania modificó la Ley Fundamental de Bonn en julio de 2009 y otras constituciones europeas (Italia) han seguido este camino para cumplir con la exigencia de que la legislación de los Estados miembros contemplan la estabilidad presupuestaria como principio de actuación de las Administraciones Públicas(11), hasta el punto de que se habla de «constitucionalización de la crisis»(12). Aunque la exigencia de incorporación a los ordenamientos jurídicos de los Estados pudo no precisar su inclusión en el texto constitucional, la situación en la que se encontraba España abocaba a esta solución con el objetivo de trasladar la máxima confianza a los mercados y al resto de Estados de la Unión Europea.

Como consecuencia de esta exigencia y de la opción elegida para incorporar la cláusula de estabilidad presupuestaria, en España se ha abierto el debate sobre la necesidad de reforma de la Constitución más allá de las cuestiones estrictamente económicas, un debate que había estado latente pero que no había surgido con la fuerza que lo ha hecho ahora. Hasta el momento es más que evidente que se había evitado de forma palmaria plantear en el debate público la reforma constitucional, con una resistencia que podríamos considerar numantina(13), hasta el punto de que en la doc-

---

(10) Reforma de la CE de 27 de agosto de 1992.

(11) ARROYO GIL, A. y GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I.M.: «La incorporación de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia», *Revista de Derecho Constitucional*, n.º 98, 2013, pp. 149-188.

(12) Así se titula el libro del Prof. EMBID IRUJO.

(13) PUNSET BLANCO, R.: *La reforma de la Constitución, Aporías del cambio constitucional en Derecho español*, Lección inaugural Universidad de Oviedo curso 2012-13, Servicio de Publicaciones de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, 2012. La situación es verdaderamente absurda hasta el punto de que en relación con la sucesión a la Corona se ha puesto a la heredera en una situación sin precedentes, ya que anunciado en el momento de su nacimiento que reinaría, lo cierto es que el texto constitucional en su art. 57 sigue dando prevalencia al varón sobre la mujer, con lo cual el nacimiento de un hermano varón posterior en el tiempo a la ya Princesa de Asturias, bien podría acarrear problemas totalmente innecesarios si se hubiese abordado la reforma constitucional en un punto, que afortunadamente en nuestros días no causaría excesivo debate y resulta en todo caso anacrónico y contrario frontalmente a nuestra actual legislación. Parece claro que la sociedad española en estos momentos asumiría que la sucesión al trono no hiciese distinción alguno sobre el sexo del heredero dando prevalencia a la primogenitura, como ya se ha hecho con los títulos nobiliarios desde la Ley



trina constitucionalista se habla de la petrificación de la Constitución y del tabú de la reforma(14). La rápida reforma del art. 135 ha desmitificado de alguna forma la cuestión de la reforma y ha puesto la necesidad de la misma en la agenda social y política de nuestro país(15).

La modificación de la CE de 27 de septiembre de 2011, aunque hecha de forma precipitada y sin una cierta reflexión sobre el alcance de la decisión que se estaba adoptando(16), puede que al menos haya traído consigo la superación en parte de ese miedo paralizante que existía en España a la modificación de nuestra Carta Magna(17), aunque aún por razones no del todo claras algunos sigan queriendo blindar el texto de 1978 *sine die*. La Norma Fundamental no debe ser modificada «alegremente», pero tampoco debe ser inamovible cuando las circunstancias sociales, históricas, económicas cambian y se transforman. La Constitución no puede ni debe permanecer estática y sobre todo no debe ser ajena a la realidad social; considerar un elemento perturbador y desestabilizador del sistema la reforma constitucional implica asumir una incapacidad política de llegar a acuerdos y una cierta falta de madurez democrática. Siendo válidos muchos de los principios y opciones del poder constituyente de 1978, otros se han alterado o transformado y ello tiene que tener su reflejo en el texto constitucional. El constituyente en su título X (arts. 166 a 169) contempla la reforma constitucional exigiendo mayorías cualificadas que precisan del consenso de los grupos políticos del arco parlamentario, y además en los supuestos de reforma agravada, del pronunciamiento plebiscitario para su aprobación. Respetando el procedimiento fijado en el propio texto, la Constitución no impide su reforma y la adaptación de su contenido a nuevas circunstancias. Además lo cierto es que nuestro texto constitucional ha configurado las posibilidades de reforma en su máxima extensión, pues no hay ninguna parte que esté excluida de la reforma a diferencia de otras constituciones europeas. La existencia del miedo reverencial que existe en España a la modificación de la Constitución(18) y que posiblemente se sustente en nuestra trayectoria histórica, sólo pone de manifiesto una falta de confianza en el propio Estado democrático y muestra un exceso de paternalismo con la ciudadanía que ya va siendo hora de superar. Alemania ha modificado su Constitución 53 veces desde su aprobación sin resquebrajo del Estado, ni quiebra de la estabilidad política(19) y Francia la ha

---

33/2006 de 30 de octubre, sobre igualdad del Hombre y la Mujer en el Orden de Sucesión de los Títulos Nobiliarios . Tratar de poner freno a otros debates, incluida la Jefatura de Estado, bloqueando la reforma, solo da muestra de una forma de actuar bien propia del avestruz.

(14) Vid. la encuesta sobre la reforma de la Constitución en *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 29, 2012.

(15) Encuesta sobre la reforma del art. 135 de la CE planteada por la *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 93, 2011.

(16) La crítica sobre el procedimiento seguido ha sido unánime, *vid.* BASSOLS COMA, *op. cit.*, p. 31. No parece que el contenido de esta reforma debiese ser sustraído del debate parlamentario mediante el procedimiento especial de urgencia y lectura única. Por este motivo se presentó recurso de amparo ante el TC por parte de los grupos parlamentarios de ERC e IU que no fue admitido a trámite por Auto del TC de 13 de enero de 2012, aunque con un voto particular.

(17) MARTÍN-RETORTILLO, L.: «La reforma de la Constitución: una llamada a la responsabilidad», *REDA*, n.º 153, 2012, p. 11 y ss.

(18) MARTÍN-RETORTILLO, L.: *op. cit.*

(19) PUNSET, R.: *op. cit.*

modificado 24 veces desde 1958 por diversos motivos sin que se haya alterado la convivencia social por esta causa.

Como ya hemos manifestado, la situación de crisis económica ha puesto sobre la mesa la necesidad de una revisión profunda de la CE más allá de los aspectos económicos y presupuestarios que han venido impuestos desde la Unión Europea. La Constitución norma fundamental de nuestro ordenamiento jurídico debe ser cumplida, y aunque suene a evidencia y a obviedad, la realidad nos hace dudar de dicha afirmación. Son muchos los contenidos de nuestra Constitución que están claramente superados y ello lleva a que en la realidad su cumplimiento sea relativo, por poner tal vez el más visible y también el más controvertido en estos momentos, en el texto constitucional nos encontramos con un Título VIII que no dejaba cerrado el modelo de organización territorial, que dejaba la puerta abierta a que existiesen o no CCAA en todo el territorio (probablemente el poder constituyente no imaginó que todo el territorio optaría por la organización autonómica) (20), que distinguía diferentes vías de acceso a la autonomía por parte de los territorios, que establecía un reparto competencial entre Estado y CCAA, ahora claramente superado por los Estatutos de Autonomía, a pesar de los pronunciamientos del TC y de todos sus esfuerzos para buscar el encaje entre el texto constitucional y la evolución que ha experimentado el Estado autonómico, cayendo a veces inevitablemente en interpretaciones que rayan en el esperpento, al que le lleva la situación de inmovilismo del texto constitucional y la necesidad de coherencia del ordenamiento jurídico.

Pero sobre todo, a nadie se le escapa que el Estado de las Autonomías y el modelo de la Administración Local influyen mucho más en la estabilidad presupuestaria y en la generación de déficit público en el conjunto del Estado que el contenido el art. 135 CE. El Estado autonómico podemos considerar que está en jaque, para unos porque ha sido un error y la crisis económica les ha brindado la oportunidad de criticar abiertamente el modelo (en los primeros momentos de la crisis los exabruptos fueron constantes), olvidando por completo que tal vez las CCAA facilitaron una rápida modernización de nuestro país y el desarrollo de un Estado de Bienestar aceptable teniendo en cuenta la realidad de la que habíamos partido; para otros porque consideran que ha llegado el momento de que el modelo autonómico se convierta en una realidad diferente, que sustente y respalde aspiraciones soberanistas y/o independentistas, siempre latentes, pero que la crisis ha convertido en protagonistas de la agenda política, en buena medida por un régimen de financiación con el que nadie parece estar conforme. Para otros con planteamientos más equidistantes porque realmente la definición (o indefinición) del modelo autonómico por la CE ha quedado hace tiempo superada por la realidad. Sin ahondar en más asuntos, la necesidad de clarificar el complejo régimen competencial convertido en un puzle cada vez más difícil de encajar, justifica por sí mismo la reforma (21).

Tampoco la Constitución de 1978 prestó atención a la Administración local siendo como es una pieza fundamental de la organización territorial del Estado, el constituyente no abordó los problemas que ya le afectaban (los más de 8000 municipios ya

---

(20) LOPERENA ROTA, D.: «La institucionalidad en recesión», *Revista doctrinal Aranzadi*, 5/2011, BIB 2011/1026

(21) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: «La España de las autonomías: un estado débil devorado por diecisiete estaditos», *REDA*, n.º 158, 2013, pp. 25 y ss.

existían en ese momento), centrada la atención en la configuración del novedoso Estado autonómico, se olvidó prácticamente del ámbito local «despachando» su regulación en cuatro preceptos, los arts. 137, 140, 141 y 142, donde se recoge la autonomía local, confiando al legislador la regulación, pero con un olvido importante ya que a la hora de fijar la distribución de competencias, ni en el art. 148 ni en el 149 aparece referencia alguna al régimen local. La Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen local, tendrá que ser dictada al amparo del art. 149.1.18 que otorga al Estado la competencia para regular las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas, competencia que aunque reconocida claramente por la jurisprudencia del TC, ha sido cuestionada por los Estatutos que se aprueban a partir del año 2006 con el de Cataluña a la cabeza (22), entendiéndose poco menos que las CCAA tendrían toda la competencia legislativa sobre la organización municipal de su territorio y marginando la competencia normativa de los propios municipios. El carácter bifronte de la autonomía local no es ajeno al llamado «proceso de interiorización del régimen local por las CCAA», de hecho son las CCAA las que ostentan las grandes competencias sobre la definición de los municipios, su organización y gestión y es a ellas a quien corresponde en virtud del art. 148.2 *la competencia sobre las alteraciones de los términos municipales en su territorio*.

Esta situación jurídica y competencial nos lleva a aceptar que cualquier solución sobre el tamaño y el número de los municipios, sobre fusiones (23) o supresiones, podría tener diecisiete soluciones diferentes, lo que no parece de recibo dado que la cuestión afecta a la organización territorial del Estado. Ahora bien, tal vez esa solución ni siquiera deba ser propiciada por el Estado desde una norma con rango de Ley (24), quizás dicha solución deba trascender del ámbito legislativo e instalarse en

---

(22) El art. 160 del Estatuto catalán aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, establece que:

1. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de régimen local que, respetando el principio de autonomía local, incluye:

- a. Las relaciones entre las instituciones de la Generalitat y los entes locales, así como las técnicas de organización y de relación para la cooperación y la colaboración entre los entes locales y entre éstos y la Administración de la Generalitat, incluyendo las distintas formas asociativas, mancomunadas, convencionales y consorciales.
- b. La determinación de las competencias y de las potestades propias de los municipios y de los demás entes locales, en los ámbitos especificados por el artículo 84.
- c. El régimen de los bienes de dominio público, comunales y patrimoniales y las modalidades de prestación de los servicios públicos.
- d. La determinación de los órganos de gobierno de los entes locales creados por la Generalitat y el funcionamiento y régimen de adopción de acuerdos de estos órganos.
- e. El régimen de los órganos complementarios de la organización de los entes locales.

2. Corresponde a la Generalitat la competencia compartida en todo lo no establecido por el apartado 1.

3. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de régimen electoral de los entes locales creados por aquélla, con la excepción de los constitucionalmente garantizados.

Este precepto fue impugnado ante el TC en sus apartados 160.1 a), b), c), y d) y 3 EAC, señalando el TC la constitucionalidad del mismo en su STC 31/2010, de 20 de junio, al entender que la atribución en exclusividad se hace de forma impropia y que nada impide que el Estado dicte sus bases conforme al art. 149.1.18.

(23) El TC ha dado por buena la posibilidad de que el Estado incentive fusiones en su STC 103/2013, de 25 de abril.

(24) Recordemos que cuando echó a andar el proyecto de reforma de la LBRL se habló de la fusión obligatoria de municipios de menos de 5.000 habitantes. Al final la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalidad y sostenibilidad de la Administración Local, contempla simplemente la introducción de medidas para fomentar la fusión voluntaria de municipios, cuya aplicación dudamos que tenga una especial incidencia en el número de municipios existentes.

la propia Constitución, lo cual exigiría una reforma constitucional consensuada donde se fijase un mínimo de población para la supervivencia o existencia del municipio, vinculándose la garantía de la autonomía local a la capacidad del municipio para la prestación de unos servicios mínimos a su población dentro de unos parámetros de calidad. El poder constituyente asumiría una decisión difícil de adoptar desde las CCAA, ya que la cercanía a sus municipios entorpece la misma, como hemos visto a lo largo de los últimos 40 años. No se nos escapa que el problema que subyace es de orden político y que debe haber unos mínimos en los que una mayoría estén de acuerdo, de nuevo nos encontramos con que la búsqueda de soluciones para por el consenso.

### II.3. Pérdida de calidad democrática. El uso y el abuso del Decreto-Ley

La crisis ha puesto de manifiesto como el gobierno bajo la presión de las circunstancias económicas ha llevado a aumentar el déficit democrático, déficit democrático que aunque ahora aparezca en un segundo plano ocultado por el déficit presupuestario no debe hacernos olvidar su importancia. A todos los niveles normativos, la necesidad de una rápida toma de decisiones ha impuesto el carácter unilateral de las mismas, sustrayendo del debate político un buen número de cuestiones. La legislación de urgencia impulsada por el poder ejecutivo se ha instalado en el sistema de fuentes como si todas las decisiones tuviesen carácter excepcional, inaplazable o imprevisto, lo cual es evidente que no en todos los casos responde a la realidad. La crisis no puede servir de tapadera para dar cobertura a una situación de excepcionalidad permanente del ordenamiento jurídico, más cuando se trata en muchos casos de exigencias constitucionales (otro ejemplo más de incumplimiento de la Constitución). Las normas vigentes siguen siendo de obligado cumplimiento, tanto las de carácter formal como las de carácter material. El Derecho debe seguir en su producción las exigencias formales y sustantivas que marca el propio ordenamiento jurídico y las Administraciones públicas deben seguir llevando a cabo toda su actuación sometidas a la Ley y al Derecho (art. 103 CE) y bajo el control de los tribunales (art. 106 CE).

El uso y el abuso que se está haciendo del Decreto-Ley para la adopción de medidas ha sobrepasado hace tiempo cualquier límite razonable, los límites del art. 86 de la CE no se están respetando(25), sustrayendo del debate parlamentario decisiones

---

(25) Algunas muestras: el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y Real Decreto-Ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo, afectaban a dos servicios públicos fundamentales como son la asistencia sanitaria y la educación, incluyendo reformas que modificaban el propio contenido del servicio, sin que la urgencia, la necesidad de respuesta inmediata o la extraordinaria necesidad estuviesen presentes. El caso tal vez más desproporcionado del uso del Decreto-Ley es el reciente Real Decreto-Ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, en el que se reforman más de 30 Leyes ordinarias sobre las más diversas materias, sin que en la mayor parte de los supuestos los presupuestos habilitantes estuviesen presentes. En lo que va de esta X Legislatura el número de Decretos-Leyes iguala al número de Leyes, y si descontamos aquellas Leyes que a su vez provienen de Decretos-Leyes, su número es claramente superior. En la IX Legislatura en la que ya se incrementó el número de Decretos-Leyes el total fue de 57. En los dos años y medio que llevamos de la X Legislatura se han aprobado ya el mismo número.

trascendentes que solamente a él deberían corresponder (26). El papel del poder ejecutivo está siendo claramente dominante frente al poder legislativo que está quedando claramente relegado. No todo se puede regular por Decreto-Ley y todo aquello que no respete los límites del art. 86 de la CE supone una vulneración del texto constitucional, vulneración que no se repara en el caso de que se produzca una sentencia posterior del TC, ya que el daño causado al principio democrático no es reparable. Aparte de la situación de urgencia que debe amparar a todo el contenido del Decreto-Ley (no solo algunos preceptos) están los límites de carácter material que también se ignoran en muchas ocasiones. Por no hablar de la mala técnica legislativa que supone que muchos de ellos por la premura con la que han sido dictados hayan sido ya objeto de reformas a los pocos meses de ser aprobados (27). Junto a los Decretos Leyes estatales hay que añadir los dictados por las CCAA que en las últimas reformas de los Estatutos han incluido esta posibilidad para sus ejecutivos y de la que están haciendo igualmente un exceso de uso en estos momentos (28).

## II.4. El principio de estabilidad presupuestaria

### A) LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA

La nueva redacción del art. 135 de la CE obliga a la estabilidad presupuestaria de todas las Administraciones públicas y ello va a incidir en el tamaño y en la dimensión del Estado y en el peso de lo público, así como las prestaciones de carácter social que perciben los ciudadanos (29). El endeudamiento ya no será libre para las Administraciones, ni el Estado ni las Comunidades Autónomas podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros, como ya hemos señalado más arriba. El déficit estructural se fijará por una LO tanto para el Estado como para las CCAA en relación con su producto interior bruto y tanto el Estado como las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por Ley para emitir deuda pública o contraer crédito (esta exigen-

---

(26) La doctrina ha denunciado de forma continuada esta situación: SOSA WAGNER, F., FUERTES, M.: *op. cit.*, p. 56; ARANA GARCÍA, E.: «El uso y el abuso del Decreto-Ley», *RAP* n.º 191, 2013, p. 337-365; DÍAZ DE MERA RODRÍGUEZ, A.: «Gobierno de la crisis. Uso y abuso del Decreto-Ley», *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 24, 2011, pp. 137-178. GONZÁLEZ GARCÍA, J.: «El abuso del Decreto-Ley y la mala calidad de la democracia», *el diario.es*, julio 2014

(27) En el Decreto-ley 19/2012, de 25 de mayo, sobre medidas urgentes de liberalización del comercio y otros servicios, modifica varios Decretos-Leyes anteriores: Decreto-Ley 18/2012, de 11 de mayo, sobre saneamiento y venta de los activos inmobiliarios del sector financiero, 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, Decreto-ley 12/2012, de 30 de marzo, por el que se introducen diversas medidas tributarias y administrativas dirigidas a la reducción del déficit público

(28) Desde 2011 las CCAA que contemplan esta posibilidad en sus Estatutos han dictado 90 Decretos-Leyes. Vid. TARDÍO PATO, J.A.: «La introducción de Decretos Leyes autonómicos en España», *REDA* n.º 160, 2013, pp. 319-362.

(29) EMBID IRUJO, A.: *La constitucionalización de la crisis*, *op. cit.* pp. 65 y ss. ; CARRILLO, M.: «Constitución y control de las finanzas públicas», *Revista española de derecho constitucional*, n.º 101, pp. 13-42; LASA LÓPEZ, A.: «La ruptura de la constitución material del estado social: la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria como paradigma», *Revista de Derecho Político*, n.º 90, 2014, pp. 213-248.

cia ya se contemplaba con anterioridad pero solamente para el Estado, ya que se hablaba del Gobierno). Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la Ley de emisión. La inclusión de esta previsión supone una importante limitación a la hora de elaborar las Leyes de Presupuestos tanto del Estado como de las CCAA, ya que esta prioridad limita y condiciona indudablemente el gasto destinado cualquier otra finalidad, incidiendo especialmente en la extensión y en el alcance del Estado social cuyas prestaciones esenciales se están viendo afectadas (30).

## B) LA LEY ORGÁNICA DE ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA (31)

En desarrollo de este precepto se ha aprobado la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (LOEP) (32), por cierto en el plazo que se fijó en la Disposición Transitoria de la reforma de la CE de 27 de septiembre de 2011 que exigía que esta no se aprobase más allá del 30 de junio de 2012, aunque esta vez no se logró consensuar el contenido de la misma por los dos grandes partidos (33). Esta Ley regula una serie de medidas (preventivas, correctivas y otras coercitivas) y un sistema de controles en cascada para garantizar la estabilidad presupuestaria de las distintas Administraciones. Las CCAA se someterán a los controles del Estado y las entidades locales a los de las CCAA, que se concretan en distintas medidas: elaboración de planes económico-financieros, remisión de información, informes de seguimiento, aprobación de acuerdos de no disponibilidad, pérdida de competencias normativas sobre los tributos cedidos a favor del Estado, multas

(30) La influencia de estas previsiones en el alcance del Estado social tanto en el ámbito estatal como autonómico está fuera de toda duda. La incidencia en el ámbito autonómico es mayor si atendemos a la distribución competencial: sanidad, educación, vivienda, asistencia social... todos ellos son ámbitos donde la financiación corresponde mayoritariamente a las CCAA, a las que además se les fijan porcentajes de déficit mucho más restrictivos que el del Estado. EMBID IRUJO, A.: *La constitucionalización de la crisis*, op. cit. pp. 65 y ss.; MÍGUEZ MACHO, L.: «Constitucionalización del principio de estabilidad presupuestaria y cláusula del Estado social», *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, n.º 117, 2012, pp. 111-119; TORNOS MAS, J.: «Crisis del Estado de bienestar. El papel del Derecho Administrativo», en *Crisis económica y crisis del estado de bienestar.*, op. cit. pp. 171 y ss.; CARRILLO, M.: «Constitución y control de las finanzas públicas», *Revista española de derecho constitucional*, n.º 101, 2014, pp. 13-42; LASA LÓPEZ, A.: «La ruptura de la constitución material del estado social: la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria como paradigma», *Revista de Derecho Político*, n.º 90, 2014, pp. 213-248.

(31) Ya reformada por la LO 4/2012, de 28 de septiembre y por la LO 9/2013, de 23 de diciembre. El TC ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno de Canarias contra varios preceptos de la LOEP.

(32) Con anterioridad se habían dictado las Ley 18/2001, de 20 de julio, de estabilidad presupuestaria y la LO 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria a la anterior y enjuiciadas por varias SSTC que avalaron su constitucionalidad (SSTC 134/2011, 157/2011, 185-189/2011, 195-199/2011, 203/2011) CORCHERO, M. y SÁNCHEZ PÉREZ, L.: «Autonomía local, suficiencia financiera y estabilidad presupuestaria: la jurisprudencia constitucional», *El consultor de los ayuntamientos*, n.º 4, 2014, laley.es

(33) DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, J. M., LÓPEZ JIMÉNEZ, J. M.: «La reforma de la política de estabilidad presupuestaria: análisis de la LO de estabilidad presupuestaria», *Documentos de Trabajo*, Instituto Universitario de Análisis económico y social, n.º 9, 2012.

coercitivas, inspecciones por expertos (las visitas de los llamados hombres de negro), hasta llegar a sus máximas consecuencias con la posibilidad de aplicar el art. 155 de la CE, de forma que el Estado agotadas el resto de actuaciones requerirá al Presidente de la Comunidad Autónoma para que lleve a cabo las medidas que se determinen en el plazo que se indique al efecto y en caso de no atenderse el requerimiento, el Gobierno, con la aprobación por mayoría absoluta del Senado, adoptará las medidas necesarias para obligar a la Comunidad Autónoma a su ejecución forzosa. Para la ejecución de las medidas el Gobierno podrá dar instrucciones a todas las autoridades de la Comunidad Autónoma (34).

En el supuesto de que sea una Corporación Local, el Gobierno, o en su caso la Comunidad Autónoma que tenga atribuida la tutela financiera, requerirá al Presidente de la Corporación Local para que proceda a adoptar, en el plazo indicado al efecto, la adopción de las medidas. En caso de no atenderse el requerimiento, el Gobierno, o en su caso la Comunidad Autónoma que tenga atribuida la tutela financiera, adoptará las medidas necesarias para obligar a la Corporación Local al cumplimiento forzoso de las medidas contenidas en el requerimiento. La persistencia en el incumplimiento de alguna de las obligaciones recogidas en la Ley, cuando suponga un incumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria, del objetivo de deuda pública o de la regla de gasto, podrá considerarse como gestión gravemente dañosa para los intereses generales, y podrá procederse a la disolución de los órganos de la Corporación Local incumplidora, de conformidad con lo previsto en el artículo 61 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).

### C) CONCILIACIÓN DE LA ESTABILIDAD PRESUPUESTARIA CON LA AUTONOMÍA FINANCIERA DE LAS CCAA

Todas estas medidas recogidas en los arts. 21-26 de la LOEP, aún entendiendo que en este momento son necesarias, ya que es el Estado el que responde ante la Unión Europea de las vulneraciones imputables a las CCAA, resultan a la luz del recorrido hecho por el Estado autonómico de difícil cumplimiento, e incluso algunas chocan frontalmente con el normal funcionamiento de las CCAA, que éstas llevan a cabo de acuerdo con el texto constitucional y de acuerdo con la interpretación que el TC ha hecho del mismo, por lo que su aplicación hasta sus máximas consecuencias exigiría una mayor reforma de la CE, y en concreto del Tit. VIII sobre la organización territorial, cuyos preceptos salvo que se modifiquen siguen siendo de tan obligado cumplimiento como el art. 135 de la CE. El propio FMI, en un informe publicado hace ahora un año, ya mostraba su preocupación por el poco impacto que había tenido en el control del déficit de las CCAA la LO 2/2012. En realidad ya ha ocurrido que varias CCAA han incumplido el déficit público fijado, sin que se hayan aplicado hasta sus últimas consecuencias las medidas coercitivas previstas en la LOEP (35), es evidente que el Gobierno estatal está

---

(34) Por su parte, algunas CCAA han aprobado su propia legislación de estabilidad presupuestaria: Galicia (Ley 6/2011, de 16 de junio), Cataluña (Ley 6/2012, de 17 de mayo), Aragón (Ley 5/2012, de 7 de junio) debiendo respetar en todo caso el contenido de la LOEP.

(35) En 2013 seis CCAA incumplieron el objetivo de déficit.

dando un margen al cumplimiento para no aumentar las tensiones autonómicas ya existentes (36). Y es que el propio TC a través de la doctrina fijada en la STC 134/2011, de 2 de julio, aunque da por buena la competencia del Estado para fijar la exigencia de estabilidad presupuestaria del resto de Administraciones Públicas, concilia ésta con la autonomía política y financiera de las CCAA fijada en los arts. 2 y 137 de la CE, señalando una serie de límites para el Estado que no debe sobrepasar porque en dicho caso entraría en el terreno de la inconstitucionalidad, entre estos límites, claramente se señala que el Estado no puede sustituir la competencia de la CCAA en la adopción de medidas para lograr la estabilidad presupuestaria, las podrá considerar insuficientes o inadecuadas pero no tomar la decisión sobre cuáles se deben de adoptar. Interpretación que parece salvaguardar el art. 135. 6 de la CE cuando señala que son las CCAA las que de acuerdo con sus respectivos Estatutos y dentro de los límites a que se refiere el propio artículo, adoptarán las disposiciones que procedan para la aplicación efectiva del principio de estabilidad en sus normas y decisiones presupuestarias. Esto ha llevado a que una parte de la doctrina ya haya considerado que algunas de las medidas podrían desvirtuar totalmente el principio de autonomía financiera de las CCAA y rayar en la inconstitucionalidad, como en el caso de recuperación de las competencias por parte del Estado sobre los tributos cedidos a las CCAA, en caso de falta de presentación, de aprobación o de incumplimiento del plan económico-financiero o del plan de reequilibrio, (art. 25.1.a) *in fine*) y sobre todo en el caso de envío bajo la dirección del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, de una comisión de expertos para valorar la situación económico-presupuestaria de la Comunidad Autónoma, ya que esta comisión a la luz de la información y de los datos deberá presentar una propuesta de medidas que serán de obligado cumplimiento para la administración autonómica incumplidora, lo cual claramente sobrepasa el límite fijado por el TC, ya que se sustituye la voluntad de la CA (art. 25.3) (37) por la voluntad de la Comisión.

En relación con las medidas coercitivas es necesario hacer alguna referencia a la cláusula de cierre de las mismas, que no es otra que la posibilidad de intervención de las CCAA vía artículo 155 de la CE (posibilidad que por cierto existiría aunque la LOEP no la contemplase). Respecto a esta cláusula, lo primero que hay que señalar es que su operatividad es bastante dudosa porque su utilización llevaría a consecuencias inciertas (38). Lo cierto es que en los años que llevamos de vigencia de la CE de 1978 y aunque sea la cláusula de cierre del sistema autonómico, otorgando un poder excepcional de control del Estado sobre las CCAA (39), el art. 155 ha salido a la palestra varias veces (últimamente vuelve a estar de plena actualidad ante la consulta catalana), sin que nunca se haya llegado a aplicar. Su contenido plantea dudas de aplicación y en buena medida su aplicación queda al albur de la interpretación política (cuándo es rei-

---

(36) QUADRA-SALCEDO JANINI, T.de la: ¿Se ha transformado la autonomía política y financiera de las Comunidades Autónomas tras la reforma constitucional del artículo 135 y la adopción de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera?, *Cuadernos Giménez Abad*, n.º 6, 2013, pp. 59 y ss.

(37) QUADRA-SALCEDO JANINI, T.de la: «¿Se ha transformado la autonomía...», *op. cit.* p. 64; CARRILLO, M: *op. cit.* p. 39.

(38) Con una expresión muy gráfica de la misma se ha dicho que es poco menos que la bomba atómica: hay que tenerla pero no utilizarla.

(39) TOLIVAR ALAS, L: *El control del Estado sobre las CCAA*, INAP, 1981, pp. 185 y ss.



terada la actuación, si se entiende que se produce el cumplimiento por parte de la CA cuando esta con alguna medida atiende el requerimiento, cuánto tiempo hay que esperar desde el requerimiento hasta la adopción de medidas...). No se puede obviar que su aplicación debe llevarse a cabo en situaciones de extrema gravedad y esta es una realidad que creo que el legislador de 2012 debería conocer antes de haber optado por esta opción, que se formula además con carácter imperativo (art. 26 de la LOEP), por muy difícil y extrema que haya sido la situación de crisis financiera en nuestro país. Sin embargo este parecer no es compartido por el actual legislador, tal y como demuestra el hecho de que la LO 4/2012, de 28 de septiembre, añade un nuevo supuesto que puede poner en marcha la aplicación del artículo 155 de la CE. En la DA cuarta que se incorpora, se señala que cuando el Gobierno aprecie que existe riesgo de incumplimiento del pago de los vencimientos de deuda financiera, a propuesta del Ministro de Hacienda y Administraciones públicas, se considerará que ese riesgo atenta gravemente contra el interés general lo que habilitará para proceder conforme al art. 26 de la LOEP.

También creo que es preciso llamar la atención sobre los títulos competenciales que amparan al Estado para dictar esta Ley. La LOEP en su Disposición final cuarta fundamenta sus medidas y contenidos exclusivamente en el art. 135 de la CE, precepto que sin perjuicio de que otorgue ciertos poderes al Estado y un mandato al legislador estatal de desarrollar mediante LO los principios que contempla, no es un título competencial. Los títulos competenciales en esta materia siguen siendo los artículos 149.1.13, que otorga competencia exclusiva al Estado para establecer las bases y la coordinación de la planificación general de la política económica y el art. 149.1.14 que otorga la competencia sobre la Hacienda General y Deuda del Estado, preceptos que han sido los utilizados como referencia en la aprobación de Leyes previas de estabilidad presupuestaria (Ley 18/2001, de 12 de diciembre o el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, que aprueba el Texto Refundido de la Ley presupuestaria), por lo que no hubiese estado de más que hubiesen figurado al lado del art. 135 CE. La existencia del art. 135 de la CE no puede llevar a darle una sujeta primacía sobre el resto de contenidos constitucionales, pues en tanto en cuanto la CE no se reforme los arts. 148 y 149 de la CE mantienen su plena vigencia, al igual que el art. 37.

#### **D) PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES POR INCUMPLIMIENTO DEL DERECHO COMUNITARIO**

La LOEP incluye el principio de responsabilidad de las Administraciones por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea en el art. 8 y en la DA segunda (ambos reformados por la LO 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público). Este principio que ahora el legislador presenta como una novedad, en realidad ya había sido incluido con carácter general en la Ley 2/2011, de 2 de marzo, de Economía sostenible<sup>(40)</sup>, en su Disposición Adicional primera, casi en

---

(40) Y con anterioridad en otras Leyes sectoriales como en el Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por RDLeg. 1/2001, de 20 de julio, en su art. 121 bis (ahora derogado por el Real Decreto-Ley 7/2013, de 26 de junio)

idénticos términos que ahora se contempla en la DA segunda de la LOEP(41), sin que se mencione ni siquiera su existencia, ni por la LOEP ni por el RD 515/2013, de 5 de julio, por el que se regulan los criterios y el procedimiento para determinar y repercutir las responsabilidades por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, que la desarrolla(42). La LOEP en su art. 8 señala que:

«Las Administraciones Públicas que incumplan las obligaciones contenidas en esta Ley, así como las que provoquen o contribuyan a producir el incumplimiento de los compromisos asumidos por España de acuerdo con la normativa europea o las disposiciones contenidas en tratados o convenios internacionales de los que España sea parte, asumirán en la parte que les sea imputable las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubiesen derivado.

En el proceso de asunción de responsabilidad a que se refiere el párrafo anterior se garantizará, en todo caso, la audiencia de la administración o entidad afectada»

Este precepto se completa con lo dispuesto en la Disposición adicional segunda que lleva como epígrafe *Responsabilidad por incumplimiento de normas de Derecho de la Unión Europea o de tratados o de convenios internacionales de los que España sea parte* señalando que las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus competencias, incumplieran obligaciones derivadas de normas del derecho de la Unión Europea o de tratados o convenios internacionales en los que España sea parte, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, o condenado por tribunales internacionales o por órganos arbitrales, asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que se devenguen de tal incumplimiento, de conformidad con lo previsto en esta disposición y en las normas de carácter reglamentario que, en desarrollo y ejecución de la misma, se dicten. El Consejo de Ministros es el órgano competente para declarar las responsabilidades previstas y acordar, previa audiencia de las Administraciones afectadas, la compensación o retención de dichas deudas con las cantidades que deba transferir el Estado a la Administración o entidad responsable por cualquier concepto, presupuestario y no presupuestario. En dicha declaración se tendrán en cuenta los hechos y fundamentos contenidos en la resolución de las instituciones europeas, de los tribunales internacionales o de los órganos arbitrales y se recogerán los criterios de imputación tenidos en cuenta para declarar la responsabilidad. El acuerdo se publicará en el *BOE* habilitándose al Gobierno para desarrollar reglamentariamente la disposición. En cumplimiento de dicha habilitación se aprobó el RD 515/2013, de 5 de julio, ya mencionado, cuyo alcance supera claramente el ámbito de la estabilidad presupuestaria de la Ley que desarrolla. En el procedimiento que se regula hay que resaltar que el Estado asume un papel protagonista en la determinación y el reparto de responsabilidades, también que no se contemple la posibilidad de que el

---

(41) Ahora se contempla la compensación o retención de la deuda por parte del Estado. En la redacción de la Ley 2/2011 solo se hablaba de compensación y ya no se hace mención a que la resolución del Consejo de Ministros acordará la «extinción total o parcial de la deuda».

(42) La Disposición Adicional primera de la Ley 2/2011 no fue derogada expresamente por la LOEP, sino que se deroga con posterioridad en el Real Decreto-Ley 7/2013, de 26 de junio, en una muestra más de la esquizofrenia legislativa que estamos sufriendo y que a la postre resulta ser una característica más del Derecho de la crisis.

incumplimiento de la Comunidad Autónoma se pueda imputar a la actividad o inactividad del Estado(43), así como que no se haga mención alguna a la posibilidad de recurrir la resolución del Consejo de Ministros que pone fin al mismo (aunque evidentemente su procedencia está fuera de toda duda, conforme al art. 19 de la LJCA). El hecho de que no se mencione el recurso contencioso-administrativo parece querer otorgar un carácter definitivo a la decisión del Consejo de Ministros publicada en el *BOE*, lo que nos da una muestra más de esta situación de excepcionalidad en la que se ha instalado el Derecho. Es evidente que entre Administraciones públicas determinar el tanto de culpa que pueda corresponder a cada una de ellas será en la mayor parte de los casos objeto de controversia, por muchos criterios que establezca la norma. Por otro lado, en todo aquello no regulado en el procedimiento el propio RD se remite en su disposición final segunda a la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aunque a nuestro juicio hubiese sido más adecuada una remisión al Tít. X de la Ley regulador de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.

### **III. La organización administrativa en el punto de mira de las reformas**

#### **III.1. Importancia de las normas de organización**

El impacto de la toma de decisiones en el ámbito de la organización administrativa en el déficit público resulta a estas alturas fuera de toda duda. Por ello no deja de sorprender que las normas de organización administrativa no hayan sido objeto de suficiente atención por parte del Derecho. La organización administrativa se ha considerado un ámbito de libre disposición por los gestores públicos y el Derecho a través de sus normas no ha sido capaz de limitar y acotar la voluntad de los mismos. Hubo un tiempo incluso en que el carácter jurídico de las normas organizativas se puso en cuestión, se les suponía su ausencia de efectos frente a terceros y que su aplicación se circunscribía al ámbito doméstico de la Administración. Estas afirmaciones han sido ya superadas y las normas de organización se consideran normas jurídicas de obligado cumplimiento, entendiéndose que las mismas exceden el ámbito interno y despliegan verdaderos efectos frente a terceros. Además, son presupuesto indispensable para la creación de nuevos órganos (art. 11 de la Ley 30/92) y nuevos entes con personalidad jurídica propia (Ley 6/1997, de 14 de abril), regulando las relaciones intersubjetivas entre ellos. La propia Constitución recoge importantes normas organizativas cuyo incumplimiento tendría las mismas consecuencias que el incumplimiento de cualquier otro precepto de nuestra norma fundamental, normas que han de regir la labor del legislador, el cual a su vez limitará el poder de autoorganización que corresponde a cada Administración. El art. 103 de la CE establece principios fundamentales que son los que rigen el funcionamiento y la creación de órganos de la Administración (eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación). En el Título VIII se describe la creación de las CCAA y el diseño de una organización para las mismas, que será desarrollada por los Estatutos de

---

(43) ANDRÉS SAÉNZ DE SANTA MARÍA, P.: «Comunidades autónomas y repercusión económica ad intra de las sanciones pecuniarias en el recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista catalana de dret públic*, n.º 47, 2013, pp. 40 y ss.

Autonomía como norma institucional básica, así como la configuración de las entidades locales, como son el municipio, la provincia y la isla. La potestad de organización administrativa que corresponde a toda Administración a la que se le reconoce autonomía, ha debido contar con unos límites claros fijados por el legislador, sin embargo, tanto el legislador estatal como autonómico ha perfilado de forma bastante laxa dichos límites y los pocos que se han establecido han sido franqueados por las distintas Administraciones sin consecuencias de ningún tipo, como ya hemos tenido ocasión de exponer (44), lo que ha llevado a una creación excesiva de entes que ha dado lugar a un sector público que ahora resulta necesario redimensionar.

La Administración Pública es para el Derecho Administrativo una verdadera persona jurídica y la personalidad jurídica que acompaña a cada Administración es única (art. 3.4 de la Ley 30/92, cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única), pero a la vista de la proliferación de los entes institucionales, públicos y privados, vemos que en el caso de la Administración territorial esa personalidad jurídica se disemina de forma infinita en diferentes entes que han surgido de la Administración matriz (45). Además, aunque la potestad de autoorganización se predica de cualquier Administración que goce de autonomía, lo más racional y lógico sería que la misma no tuviese el mismo alcance e intensidad en todas las Administraciones territoriales; no parece asumible que el Estado tenga la misma potestad de autoorganización que un municipio de 5.000 habitantes y tal vez tampoco que una Comunidad Autónoma de 500.000 habitantes. Las decisiones sobre la estructura organizativa de una Administración deberían sustentarse siempre en la búsqueda de la mejor realización de las competencias y funciones que a cada Administración se atribuyen y en la prestación más eficiente de los servicios públicos a los ciudadanos, por ello no se entiende que las posibilidades organizativas carezcan de límites precisos. Además, cuando esos límites existían en el ordenamiento jurídico han sido muchas las veces en las que las Administraciones los han ignorado o bordeado o maquillado su cumplimiento. A ello ha contribuido también el hecho de que, salvo en contadas ocasiones (principalmente si se pone en peligro empleo público o la prestación de un servicio), los ciudadanos no han reaccionado contra ciertas decisiones organizativas por muy temerarias que fuesen, tal vez porque no percibían que les afectasen de forma directa.

Defendiendo la necesidad de un sector público fuerte, lo cierto es que con esta creación desmesurada de órganos y organismos solamente hemos logrado debilitarlo y dar argumentos sólidos a todos aquellos que no lo consideran necesario, de forma que uno de los retos es sin duda su reformulación, creando una nueva dimensión de lo público. Se ha apuntado que el gran reto de este Derecho Administrativo de la crisis es la organización (46), afirmación que compartimos, pero para ello debemos diferen-

---

(44) CUETO PÉREZ, M: *Procedimiento administrativo, funciones públicas y sujetos privados*, THOMSON-CIVITAS, 2008.

(45) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 15.ª edición, 2011, pp. 36 y ss.; PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo, Organización y Empleo público*, Marcial Pons, 2012, 22 ed. p. 19. GALLEGO ANABITARTE, A.: *Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización*, Marcial Pons, 2000.

(46) VILLA ROJAS, F.: «El Derecho Público de la crisis: lo que se ha hecho y lo que se puede hacer», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 325, febrero 2012; JORDANO FRAGA, J.: «El Derecho administrativo de la crisis, op. cit., p. 99.

ciar lo esencial de lo que no lo es, lo necesario de lo superfluo, no debemos acudir a soluciones parciales propiciadas por la inmediatez con la que se está legislando, porque sin una reflexión suficiente se puede derrumbar el Estado social construido. Bajo el término racionalización (palabra mágica en estos tiempos, junto a sostenibilidad) se están acometiendo reformas que no se sabe muy bien a qué objetivo responden, ni si de verdad producen disminución del gasto público; si están motivadas por la crisis o simplemente buscan avanzar en un modelo de gestión en el que el peso de la ideología es mayor que el logro de una Administración eficiente. Sería una pena que no se aprovechara este momento para acometer reformas estructurales, para fijar límites y para aumentar los controles sobre la potestad de organización, sin embargo, mucho nos tememos que las acometidas hasta la fecha en los distintos ámbitos no nos van a conducir al logro de estos objetivos.

### **III.2. Estructura organizativa de las Administraciones territoriales**

#### **A) ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO**

Empezando por la Administración del Estado, ya que es la que ha servido de referencia a todas las demás, diremos en primer lugar que no hay límite numérico en cuanto a la mayor parte de sus órganos superiores y directivos. Es decir no hay límite para el nombramiento de Ministros, ni de Secretarios de Estado, ni de Directores Generales. Sin embargo, en los momentos actuales es cierto que se ha tratado de ajustar su número por cuestiones presupuestarias, pero también por cuestiones de imagen pública porque parece que es necesario parecer austero cuando lo importante es serlo (no sirve de nada, o sirve de poco, reducir el número de Ministerios si se multiplica luego el resto de órganos). Ningún límite se ha impuesto normativamente por lo que nada impide que si regresan las épocas de bonanza se vuelva a modelos más expansivos. Y estando de acuerdo en que el número de Ministros es anecdótico, su número también debe ser decidido conforme al interés general, por lo tanto, el mensaje debe ser que la estructura organizativa debe ser la necesaria en cada momento para cumplir con las competencias existentes de forma eficaz, sea cual sea el nivel de recursos de los que se disponga en cada momento. Sí resulta imprescindible ser extremadamente cuidadoso con el personal eventual y de confianza existente y con la configuración de los Gabinetes, cuestión que suele ser un punto débil para todos los gobiernos. En los Reales Decretos que fijan la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales fijan el número de personas por gabinete tanto de la Presidencia, vicepresidencias, ministros y secretarios de Estado, así como el rango de los mismos (47). Hubiese sido deseable que la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, hubiese incluido en su art. 6, junto a la necesidad de hacer pública la estructura organizativa de cada Administración y los responsables de los diferentes órganos, la necesidad de hacer pública la relación de personas que forman parte del personal eventual y de confianza, junto con su perfil y trayectoria profesional.

---

(47) El gasto en personal eventual ascendió en 2013 a 35,9 millones de euros solamente en la AGE.

## B) COMUNIDADES AUTÓNOMAS

En las CCAA la cuestión de la organización administrativa propia ha pasado por varias fases. Es cierto como apunta el profesor MARTÍN RETORTILLO (48) que la estructura organizativa de las CCAA estuvo en un primer momento contenida para desbordarse más tarde, de acuerdo con la potestad de autoorganización ilimitada de cada ente territorial. Así, en un primer momento fueron varios los Estatutos de Autonomía que apuntaron la necesidad de articular los servicios periféricos de la Comunidad Autónoma a través de las estructuras de las Diputaciones Provinciales, con el objeto de no duplicar la organización administrativa, pero esta buena intención al poco tiempo quedó en nada y cada CA de carácter pluriprovincial estableció delegaciones de cada una de sus Consejerías en sus diferentes provincias duplicando claramente su estructura organizativa. Igual ocurrió con los límites en cuanto al número de Consejerías que se podían crear y que se recogieron en los primeros Estatutos, pero que en la reforma de los Estatutos de 1999 desaparecieron porque todas las CCAA quisieron ser de primera y ello parecía no ser compatible con cualquier cortapisa al número de Consejerías. ¿Por qué se iban a limitar? Parecía un signo de debilidad, si el Estado tenía 16 ministros ¿qué razón de peso se podía esgrimir para no tener el mismo número de Consejeros y Consejeras en cualquier Autonomía? Si el Estado tenía delegaciones provinciales, ¿por qué no las CCAA? Todo ello multiplicado por diecisiete ha dado un resultado que acabó siendo importante si atendemos al gasto público, aunque a nuestro juicio, tampoco está aquí el principal problema.

## C) ADMINISTRACIÓN LOCAL

La Administración local ha contado con normas organizativas más claras contenidas en la Ley 7/85, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, recientemente reformada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (49) y en la LO 5/85, de 19 de junio, de régimen electoral general. La población claramente va a influir en el diseño de la organización municipal y en el número de concejales, muchos de los cuales carecen de remuneración. Una incidencia negativa en el tamaño de la organización local, lo tuvo, sin duda, aunque extrañamente apenas se menciona, la reforma llevada a cabo por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, que estableció un régimen *ad hoc* para los municipios de gran población que conforme al art. 121 son los de más de 250.000 habitantes o los de más de 175.000, siempre que sean capitales de provincia. A éstos se

---

(48) MARTÍN RETORTILLO, L.: «Crisis económica y transformaciones administrativas», *REDA*, n.º 153, 2012, pp. 89 y ss.

(49) Son varios los trabajos ya publicados sobre la reforma de la Administración Local, algunos de ellos anteriores a la propia aprobación de la Ley, ya que el debate sobre la misma se prolongó en el tiempo. Sin ánimo exhaustivo: COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.): *Crisis económica y reforma del régimen local*, CIVITAS, 2012; «Reforma de la Administración Local. Una oportunidad de modificar la planta municipal que no puede perderse», *REDA*, n.º 157, 2013, pp. 11-19; SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (coord.): *La reforma del 2013 del régimen local español*, Fundación Democracia y Gobierno local, 2014; QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.) y CASARES MARCOS, A. B. (coord.): *La reforma del régimen local*, Tirant Lo Blanch, 2014. FONT I LLOVET, T.: «La reforma de la planta local», *REDA*, n.º 158, pp. 11-16; BASSOLS COMA, M.: «La racionalización de la Administración local en el marco de la sostenibilidad financiera (panorama general)», *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 34, 2014., pp. 21-48.

pueden sumar, si así lo deciden las Asambleas legislativas de las CCAA todos los que sean capitales de provincia, capitales autonómicas o sedes de las instituciones autonómicas y los que superen los 75.000 habitantes y presentes circunstancias económicas sociales, históricas o culturales especiales. A todos estos municipios se les abrieron posibilidades inmensas de crecimiento en lo organizativo, que han tenido una mayor repercusión económica, que la que ha tenido el tan debatido número de concejales. Se crea una asesoría jurídica con un titular de libre designación y se crean los órganos directivos (coordinadores de área, directores generales...), también de libre designación, configurándose la mayor parte de este personal como personal directivo conforme al art. 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, que aprueba el Estatuto Básico del empleado público (EBEP), por lo que sus remuneraciones están totalmente al margen de los límites presupuestarios que se fijan para los funcionarios públicos. Esta modificación sí ha supuesto un encarecimiento real de las estructuras municipales por las posibilidades que abre de nombramiento de puestos de libre designación, sin que ninguna reforma de estos preceptos haya sido llevada a cabo por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.

La crisis económica ha abierto el debate de nuevo sobre el número de municipios existentes en España y aunque al comienzo del mismo se hicieron propuestas muy decididas sobre su reducción, al final la reforma ha sido pospuesta una vez más. El problema, como ya hemos señalado, precisa de un consenso amplio, consenso que debería plasmarse en el texto constitucional. No hace falta ser un experto en la materia para entender que el número de municipios es claramente cuestionable, como lo es en Italia, donde ya se está abordando la reforma de los mismos; Reino Unido, Bélgica y Dinamarca redujeron en los años 70 del siglo pasado drásticamente sus municipios; en Francia, aunque se ha hecho algún intento su impacto ha sido mínimo, y realmente el ejemplo a seguir es el de nuestro país vecino Portugal donde a mediados del siglo XIX se sentaron las bases de un municipalismo más fuerte en el que la adecuada prestación de servicios estuviese garantizada, encontrándonos con que cuenta en la actualidad con unos 300 municipios de los cuales sólo 40 tienen menos de 5000 habitantes (50). Entiendo y comparto que la concentración del déficit de las Administraciones Públicas no lo causan los pequeños municipios, sino los grandes, pero aun así la reducción del número de municipios se debe abordar, carece de sentido mantener municipios que no tienen capacidad para cumplir con sus fines; cuál ha de ser el límite poblacional para la subsistencia del municipio como tal deberá ser objeto de consenso entre los partidos políticos (51), y aún logrado este consenso, es cierto que entre los habitantes de los municipios afectados se producirán reticencias y que la reforma tendrá un coste político, pero la reforma entendemos que se debe producir. Hasta ahora las CCAA, que son las Administraciones con competencias para ello, no han tenido capacidad o voluntad de hacer un nuevo mapa local.

---

(50) REBOLLO PUIG, M.: *op.cit.*, p. 152.

(51) Cuando se planteó la última reforma se habló de fusión de los municipios de menos de 5000 habitantes, aunque en términos de eficiencia en relación con la prestación de servicios el margen de población se sitúa entre 5000 y 10.000 habitantes, pero incluso con cifras considerablemente más reducidas el impacto de la reforma puede ser importante porque si sumamos los municipios de menos de 1.000 habitantes nos encontramos con 4.923 municipios. Además las fusiones deben tener en cuenta también el área geográfica que se va a fusionar y las comunicaciones especialmente por carretera entre los territorios fusionados.

La reforma llevada a cabo por la Ley 27/2013(52) no creemos que vaya a tener consecuencias positivas en la racionalización de la Administración local, ni en la reducción de la atomización municipal. El art. 13 recoge ahora un mínimo de población para la creación de nuevos municipios que fija en 5000 habitantes, pero esta medida tendrá un impacto mínimo si atendemos al número de municipios creados en los últimos años. Igualmente, se recogen incentivos a la fusión de municipios, medida en la que el legislador ha puesto todas sus esperanzas, pero dado que los incentivos no son de gran impacto creemos que la repercusión igualmente será testimonial(53). Sí puede tener mayor incidencia, aunque ya al margen de el número de entidades locales, el contenido de los artículos 75 bis y 75 ter. Se establece el régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones locales y del personal al servicio de las entidades locales, en función de la población, permitiendo que solo perciban dietas por asistencia los órganos colegiados de la corporación los miembros de la misma que no tengan dedicación exclusiva. Además, el art. 75 ter prohíbe expresamente que los miembros de corporaciones locales inferiores a 1000 habitantes tengan dedicación exclusiva y para el resto de corporaciones fija el número máximo de concejales con dedicación exclusiva también en función de la población. A los concejales proclamados diputados provinciales se les impide tener dedicación exclusiva en ambas entidades locales, lo cual parece aceptable. Respecto al personal se señala que las Leyes anuales de Presupuestos Generales del Estado podrán establecer un límite máximo y mínimo total por todos los conceptos retributivos que pueda percibir el personal al servicio de las Entidades Locales y entidades de ellas dependientes en función del grupo profesional de los funcionarios públicos o equivalente del personal laboral. Por su parte el art. 104 bis fija el número del personal eventual de Municipios y Diputaciones de nuevo en función de su población, obligando a las respectivas entidades a publicar en su sede electrónica y en el Boletín Oficial de la Provincia o, en su caso, de la Comunidad Autónoma uniprovincial el número de los puestos de trabajo reservados a personal eventual (medida que nos parece muy adecuada). Sin embargo, todas estas medidas se exceptúan inexplicablemente hasta el 30 de junio de 2015 en la Disposición transitoria décima, cuando estemos ante Entidades Locales que cumplan con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública, y además su período medio de pago a los proveedores no supere en más de 30 días el plazo máximo previsto de la normativa de morosidad, en el momento de la entrada en vigor de esta Ley y se mantendrá en tanto sigan cumpliendo los requisitos mencionados hasta la fecha señalada, con el límite de que no podrán incrementar el número total de puestos de trabajo de personal eventual o cargos públicos con dedicación exclusiva respecto al que disponían a 31 de diciembre de 2012. Esta excepción de alguna forma diluye las razones que han inspirado al legislador, parece que las medidas contempladas en la Ley son una especie de «castigo» a los municipios incumplidores, ya que las entidades locales saneadas económicamente no se someten, al menos de momento, a sus contenidos. Las medidas si se consideran realmente ajustadas deberían ser aplicadas a todos los

---

(52) La Ley 27/2013 ha sido recurrida ante el TC por cuatro CCAA y por los parlamentos de otras tres CCAA, así como de 3000 municipios a través de la vía del conflicto en defensa de la autonomía local.

(53) DIEGO GÓMEZ, A.: «La fusión de ayuntamientos en la Ley 27/2013, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local», *El consultor de los ayuntamientos*, n 5, 2014, pp. 546-559.



municipios. Erramos si consideramos que lo razonable debe ser aplicado únicamente por razones presupuestarias y damos un mensaje equivocado si estos límites no tienen razón de ser al margen del momento coyuntural que atravesamos.

La Ley incluye otras reformas de más dudoso acierto. La supresión de la personalidad jurídica y, por lo tanto, su desaparición como verdaderos entes locales, de las entidades inframunicipales carece de fundamento alguno (art. 2.2 de la LBRL), mas cuando existen Estatutos de Autonomía que expresamente les conceden esa personalidad, como ocurre con las parroquias rurales, en el art. 6 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias(54), que las considera forma tradicional de convivencia y asentamiento de la población asturiana(55), lo que al menos debería haber invitado a la reflexión sobre la medida. El propio Tribunal Constitucional ha dictado sentencias en las que se reconoce que las peculiaridades estatutarias pueden primar, excepcionalmente, sobre los postulados de la legislación básica (por ejemplo, SSTC 27/1987, de 27 de febrero; 214/1989, de 21 de diciembre y 109/1998, de 21 de mayo) (56). La reforma no ha ido tan allá como se planteaba en la redacción inicial del proyecto, donde se disolvían sin más todas las entidades inframunicipales, pero lo cierto es que este aspecto de la reforma no aporta ahorro alguno y arremete contra una peculiaridad territorial propia, con una tradición arraigada en nuestra organización local de carácter milenar(57). El art. 24 bis de la Ley 27/2013 se remite a la legislación de las CCAA sobre régimen local para la regulación de estas entidades, reiterando lo dispuesto en el art. 2.2, que no podrán tener personalidad jurídica y que serán formas de organización desconcentrada *para la administración de núcleos de población separados*. Con lo cual no se da la opción de que alguna CA pudiese optar por otra configuración en su normativa propia. Y finaliza recordando que solo procederá su creación si resulta una opción más eficiente para la administración desconcentrada de núcleos de población separados de acuerdo con los principios previstos en la LOEP. La Disposición Transitoria cuarta salva la existencia como entes locales de aquellas entidades inframunicipales existentes en el momento de la entrada en vigor de la reforma, si bien pone como condición que deberán presentar sus cuentas ante los organismos correspondientes del Estado y de la Comunidad Autónoma respectiva para no incurrir en causa de disolución, si no presentasen sus cuentas en dicha fecha incurrirán en causa de disolución que será acordada por Decreto del órgano de Gobierno de la Comuni-

---

(54) El Estatuto de Autonomía de Galicia también se incluye ese reconocimiento.

(55) La Ley 11/86, de 20 de noviembre, de reconocimiento de la personalidad jurídica de parroquias rurales desarrolla el art. 6 del Estatuto. En Asturias están reconocidas 39 parroquias rurales, que permitirían llegado el caso de hipotéticas fusiones que determinadas agrupaciones vecinales que ahora pueden ser capitalidades de concejo pasasen a tener esta condición, facilitando la prestación de servicios, cuando como en el caso asturiano nuestros concejos tienen distintos núcleos de población diferenciados.

(56) TOLIVAR ALAS, L.: «Las entidades inframunicipales» en *La reforma del régimen local*, op. cit., pp. 371-103.

(57) Recordemos que en Galicia esta cuestión fue objeto de reivindicación por el nacionalismo gallego en tiempos de la II República. Como consecuencia de la división municipal en función de una parte del territorio, en Galicia y en Asturias los municipios contaron con varias parroquias que a su vez podrían tener varios núcleos de población diseminados. Se habló entonces de frustración inframunicipal que llevó a la reivindicación parroquial en los primeros documentos del nacionalismo gallego. Se considera que la unidad política natural de Galicia no es el municipio sino la parroquia, que cuenta siempre «con fuente, abrevadero, camino, monte, iglesia y cementerio» y ello se plasmó en el Estatuto gallego de 1936 que no llegó a aprobarse como consecuencia de la Guerra Civil.

dad Autónoma respectiva, en el que se podrá determinar su mantenimiento como forma de organización desconcentrada.

En el proyecto de reforma también se planteaba la inexplicable supresión de las mancomunidades, que finalmente no ha salido adelante, quedando limitada la reforma a lo dispuesto en la Disposición Transitoria undécima la exigencia de que adopten sus Estatutos en el plazo de seis meses al contenido del art. 44 de la LBRL, lo cual no deja de sorprender porque se supone que los estatutos aprobados deberían con anterioridad cumplir lo dispuesto en dicho precepto. Sin embargo, el matiz viene dado por el hecho de que ahora se exige que las competencias de las mancomunidades de municipios estén orientadas exclusivamente a la realización de obras y servicios, vinculadas a los ámbitos competenciales enumerados en el art. 25 y en los servicios mínimos obligatorios del art. 26 LBRL, cuyo contenido ha sido modificado. El plazo para la revisión de estatutos era de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley y la falta de adaptación supondría incurrir en causa de disolución.

Finalmente, se hace necesario hacer una breve alusión a las Diputaciones Provinciales. Ya hemos señalado que cualquier reforma en profundidad de la Administración, y de la Administración local en particular, pasa por lograr el consenso sobre unos mínimos y tal vez ese consenso sea la mayor dificultad para abordar reformas en nuestro país. No deja de ser al menos llamativo que una de las principales líneas maestras de la reforma local haya sido reforzar las Diputaciones Provinciales y aumentar sus competencias, cuando apenas unos meses atrás había una propuesta de eliminar las Diputaciones Provinciales del principal partido de la oposición. Sin entrar en el fondo de la cuestión, que por lo demás es compleja y sería difícil llevar a la práctica como todas las reformas de calado e implicaría de nuevo la tan temida reforma constitucional (58), está claro que su eliminación hubiese supuesto un adelgazamiento de la Administración local, que son Administraciones ya eliminadas en las CCAA uniprovinciales y que con las estructuras periféricas desplegadas por todas las CCAA en sus distintas provincias la necesidad de su existencia hubiese merecido al menos una reflexión. Sin embargo, la reforma las refuerza otorgándoles nuevos cometidos respecto a la prestación de servicios esenciales en los municipios de menos de 20.000 habitantes, sin que se haya hecho una valoración detenida sobre si todas las Diputaciones están en condiciones y cuentan con los medios para asumir el cometido. Lo cierto es que esta reforma dificulta la posibilidad de su supresión en un futuro próximo.

### **III.3. La descentralización funcional de las Administraciones territoriales: los entes instrumentales**

Finalizado el recorrido por las administraciones territoriales, debemos situar el problema en el ámbito donde realmente la potestad de autorganización ha llevado al ma-

---

(58) COSCULLUELA MONTANER, L.: «El debate sobre la abolición de la provincia y la reforma de las Diputaciones», en VV.AA., *Anuario del Gobierno Local 2011*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2012, pp. 45-67; VILLAR ROJAS, F.: «El derecho público de la crisis», *op.cit.*, p. 160; JORDANO FRAGA, J.: El derecho administrativo de la crisis, *op. cit.* p. 99. FONT I LLOVET, T y GALÁN: «Gobierno local y reorganización territorial: ¿la reforma vendrá de Europa?», en VV.AA., *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2010*, *cit.*, pp. 11-28; LASAGABASTER HERRARTE, I: «La Ley orgánica y los Estatutos de Autonomía en la delimitación, creación y supresión de las provincias», *RAP*, n.º 191, 2013, pp. 81-111.

yor número de excesos; el verdadero problema del tamaño del sector público se deriva de la descentralización funcional que cada Administración territorial ha llevado a cabo a su libre albedrío(59). La situación que estamos atravesando habría de servirnos al menos para que desde los diferentes gobiernos se optase en serio y de una vez por la racionalización del sector público como principio de actuación pública, y no como un mal necesario solamente por la coyuntura que atravesamos del que huiremos sin demora en el momento en el que la recuperación económica se consolide. Si en épocas pretéritas se hubiese hecho algún tipo de reflexión a buen seguro el número de entes dependientes de cada Administración hubiese sido menor. Ahora no ignoramos que el camino de vuelta está siendo doloroso, la cuestión de fondo es que nunca se debía haber emprendido el camino de ida. Cada euro que se destina a sustentar una entidad superflua o innecesaria o que duplica competencias de otras ya existentes, se sustrae de la mejora de las prestaciones que reciben los ciudadanos y esto es así tanto en época de vacas flacas como de vacas gordas.

También es cierto que la racionalización de los organismos públicos y demás entidades vinculadas a las Administraciones territoriales es un objetivo antiguo, que ya estaba presente en la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958 y que se fue repitiendo en las sucesivas normas que han tratado de abordar esta empresa. Por supuesto hoy más que nunca se repite en los preámbulos de las diferentes normas que se dictan en esta materia como si por repetirlo estuviésemos más cerca de conseguirlo. Sin embargo, lo cierto es que ese objetivo por más que ha sido mencionado nunca ha llegado a realizarse y el sector público ha crecido de forma progresiva a lo largo del tiempo. La LOFAGE permite al Estado la creación de organismos públicos (organismos autónomos, entidades públicas empresariales, agencias), mediante Ley, que es un requisito formal importante, pero que no ha sido obstáculo alguno para la proliferación de nuevas personificaciones, ya que no existe ningún límite en cuanto al número de entes que pueda tener una Administración. La posibilidad de crear sociedades mercantiles se contempla en la DA Duodécima de la LOFAGE, ya no siendo necesaria para su creación una Ley, sino un acto de autorización del Consejo de Ministros conforme al art. 169 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, lo cual no deja de ser significativo y claramente ha permitido su crecimiento. Por otro lado, la creación de fundaciones que contempla la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, en el ámbito estatal exige simplemente el Acuerdo del Consejo de Ministros. Por lo tanto, vemos que el sector público estatal puede tener en realidad el tamaño que considere en cada momento el ejecutivo, pero a esta afirmación habría que añadir algo que no se ha tenido en cuenta: «*siempre que los Presupuestos lo puedan sustentar*».

#### A) LÍMITES A LA CREACIÓN DE ENTES INSTRUMENTALES: ESPECIAL REFERENCIA A LAS PERSONIFICACIONES JURÍDICO-PRIVADAS

La cuestión que está en el fondo de este crecimiento de los entes instrumentales y de la descentralización funcional no es otra que la voluntad de las Administraciones públicas de escapar de los corsés que le impone el Derecho Administrativo, de ahí

---

(59) BOTO ÁLVAREZ, A.: *El enigma de la descentralización funcional. La utilidad de otros modelos en la reforma de la Administración española*, Erasmus, Barcelona, 2013.

que la mayor descentralización funcional en los últimos tiempos se haya llevado a cabo a través de entidades sometidas en su funcionamiento al Derecho privado (los organismos autónomos hace tiempo que no son objeto del deseo de los gestores públicos, ya que los mismos se someten al Derecho Administrativo). Ante esta situación el ordenamiento jurídico no ha sido capaz de reprimir dicha voluntad, aunque la doctrina sí que advirtió con cierto énfasis, sobre la huida del Derecho Administrativo, al igual que sobre la quiebra entre personalidad jurídica y régimen jurídico aplicable (60).

El art. 128.2 de la CE permite a la Administración Pública llevar a cabo actividades de índole económica y para ello tradicionalmente ha venido constituyendo empresas públicas (61), encargadas de la dación de bienes y servicios al mercado, en concurrencia con el sector privado y respetando el principio de competencia. En principio, cuando la Administración desarrolla esta actividad no está investida de poderes públicos, por lo tanto, esta actividad no constituiría actividad administrativa (62), pero aun siendo esto así, el hecho de que la misma se desarrolle a través de fórmulas societarias que se nutren íntegra o mayoritariamente de fondos públicos ha llevado a una llamada de atención generalizada sobre la necesidad de que dicha actividad empresarial pueda responder a algunos de los principios constitucionales que rigen la actuación de las Administraciones públicas (legalidad, eficacia, eficiencia, coordinación, objetividad, prohibición de la arbitrariedad, mérito y capacidad, imparcialidad) (63). Incluso se ha cuestionado la existencia de justificación para esta actividad y la libertad de la Administración para tomar la decisión de crear o no crear una sociedad, ya que dicha decisión sí estaría sujeta a la satisfacción de intereses generales y sería propiamente actividad administrativa (64), y por tanto, tendría que estar justificada, y lo estaría sólo cuando la Administración pretendiese actuar en el mercado libre y en competencia con el resto de empresarios (65); además esta opción sólo sería válida cuando la Ad-

(60) Sobre la huida del Derecho Administrativo existe una prolija doctrina recogida entre otros muchos en un trabajo anterior al que ahora me remito: *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, op. cit., pp. 44 y ss. Más recientemente SOCÍAS CAMACHO, J.: «Huída del Derecho Público y racionalización administrativa en el sector público instrumental», *REDA*, n.º 161, 2014, pp. 263 y ss.

(61) Sobre esta cuestión ver entre otros los siguientes trabajos ALONSO UREBA A: *La empresa pública. Aspectos jurídico-constitucionales y de Derecho Económico*, Montecorvo, 1985, también en *La sociedad mercantil de capital como forma de la empresa pública local*, Universidad Complutense, 1988; ARIÑO ORTIZ G.: «De la empresa pública a la empresa con participación pública. ¿privatización o reforma?, Quizás ambas cosas», *RAP*, 138, 1995; MONTOYA MARTIN, E.: *La empresa pública sometida al Derecho privado*, MARCIAL PONS, 1996; ROCA ROCA, E.: «Las técnicas societarias en la Administración pública española» en la obra colectiva *Administración Instrumental. Libro homenaje al Prof. Clavero Arévalo, I*, CIVITAS, 1994, pp. 737 y ss.; LAGUNA DE PAZ, J.C.: «La empresa pública: formas, régimen jurídico y actividades», en la obra colectiva *Administración Instrumental. Libro homenaje al Prof. Clavero Arévalo, II*, CIVITAS, 1994, p. 12; GUAYO CASTIELLA, I. del: *Sector público empresarial e instituciones paraconcursoales*, Marcial Pons, 2004, pp. 58 y ss; GARCÍA RUIZ, E.: *La nueva sociedad anónima pública*, Marcial Pons, 2006.

(62) PAREJO ALFONSO, L.: *Eficacia y Administración. Tres estudios*, INAP, 1990, pp. 70 y ss.

(63) ORTEGA ÁLVAREZ, L. «El reto dogmático de la eficacia», *RAP*, n.º 133, 1994; SAZ CORDERO. S. DEL: «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional» en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*, Civitas, 1992, p. 175.

(64) PAREJO ALFONSO, L.: op cit., p. 71. Siguiendo a este autor SERNA BILBAO, M. N. de la: *La privatización en España*, Aranzadi, 1995, p. 142 y ss. También en este sentido LAGUNA DE PAZ, J.C.: *Las empresas públicas de promoción económica regional*, Montecorvo, 1991, p. 294.

(65) GARCIA de ENTERRÍA E., FÉRNANDEZ RODRÍQUEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, op. cit., p. 410.

ministración renuncie a las prerrogativas que le otorga el Derecho Administrativo a cambio de la eficacia y agilidad que supuestamente le otorga el Derecho Privado (66). Por otro lado, desde el punto de vista organizativo se ha reiterado que la Administración, a la hora de perfilar su organización no cuenta con una libertad total para poder prestar cualquier actividad bajo una fórmula societaria, ya que el ejercicio de la potestad de autoorganización que le corresponde está sujeto a los principios constitucionales de actuación administrativa. No se puede reconocer a la Administración la facultad de decidir libremente en qué casos prescinde de la aplicación del Derecho Administrativo, simplemente porque sus potestades autoorganizativas le permitan crear cualquier tipo de ente, incluidos los que adoptan una forma jurídico-privada (67). Por lo tanto, cuando exista actividad pública que exija la utilización de potestades administrativas, desaparecerá la libertad de elección, estando sometida tanto la forma jurídica que se adopte como la regulación de la actividad al Derecho Administrativo (68), además existirá una prohibición de crear sociedades mercantiles cuando su cometido implique el ejercicio de funciones públicas o de autoridad (69). En realidad lo adecuado y lo ajustado a nuestro ordenamiento jurídico sería no utilizar las sociedades mercantiles, al margen de actividades en régimen de mercado, el límite organizativo al que estaría sujeta la Administración para llevar a cabo verdadera actividad administrativa no permitiría ir más allá de la creación de entidades públicas empresariales.

El legislador de forma expresa en la DA duodécima de la LOFAGE prohíbe que las sociedades mercantiles puedan disponer de facultades que impliquen *el ejercicio de autoridad pública*; la normativa autonómica es más ambigua en este sentido, ya que algunas normas todavía no recogen dicha prohibición (que por lo demás deberíamos entender implícita en la propia naturaleza privada del ente) (70); en el ámbito local ha existido la misma prohibición para las sociedades mercantiles de las

---

(66) DESDENTADO DAROCA, E.: *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, 1999, p. 106.

(67) LAGUNA DE PAZ, J.C.: *La empresa pública...*, *op. cit.* p. 1228.

(68) BASSOLS COMA, M.: «Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las llamadas sociedades estatales», *RAP*, n.º 84, 1982, pp. 27-60; SALA ARQUER, J. M.: «Huida del Derecho privado y huida del Derecho», *REDA*, n.º 75, 1992, p. 411; SAZ CORDERO, S. DEL: «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional» en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*, Civitas, 1992, pp. 174 y ss.; «La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *RAP*, n.º 133, 1994; MARTÍN RE-TORTILLO, S.: «Las empresas públicas: reflexiones del momento presente», *RAP*, n.º 126, 1991, 63-132; «Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo» *RAP*, n.º 140, 1996, p. 25-68; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «Empresa pública y servicio público: el final de una época», *REDA*, n.º 89, 1996, pp. 37-48. En el mismo sentido SOCIAS CAMACHO, J.: *op. cit.* p. 273.

(69) SALA ARQUER, J. M.: *op. cit.* p. 412, defendió esta exclusión antes de que la legislación estableciese dicha prohibición. También J. M. de la CUETARA MARTÍNEZ, en *La actividad de la Administración*, Tecnos, 1983, p. 184 y de nuevo en «Título habilitante de las empresas 100 por 100 propias de un ente público para la gestión de servicios públicos», en la ob. col. *La Administración Instrumental, Libro Homenaje al Prof. Clavero Arévalo*, CIVITAS, 1994, Vol. II.

(70) A modo de ejemplo, en Asturias la normativa autonómica no establece ninguna prohibición respecto al tipo de potestades o actuaciones que puedan llevar a cabo las sociedades mercantiles vinculadas a la CA, en cambio la Ley 6/2002, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria les prohíbe funciones que impliquen el ejercicio de autoridad; la Ley 3/2001, de 3 de julio, Castilla y León, prohíbe que las sociedades mercantiles desarrollen potestades públicas y la Ley 7/2010, de 21 de julio, del sector público instrumental de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears prohíbe que las sociedades mercantiles ejerzan potestades administrativas.

Administraciones Locales en el art. 85.3 de la LBRL hasta la última reforma de 2013, que inexplicablemente ha suprimido este precepto y con ello la prohibición expresa de la prestación de servicios públicos que impliquen el ejercicio de autoridad. Aunque tanto la LOFAGE como la LBRL hacían referencia al *ejercicio de autoridad*, a nuestro juicio la prohibición debe establecerse de forma más amplia haciendo alusión al ejercicio de potestades administrativas, tal y como sí ha hecho la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones en su art. 46(71). Pero salvando la corrección de una y otra expresión, la cuestión importante es que esta prohibición ha sido incumplida de forma reiterada por todas las Administraciones una y otra vez, y ese afán por ignorar dicha prohibición se ha debido a que la aplicación del Derecho privado ha permitido a las Administraciones a través de estas entidades obviar las legislaciones de contratos del sector público (cuestión por la que España ha sido reiteradamente condenada por el TJUE (72)), contratar a su personal sin someterse a los procedimientos selectivos a los que están obligadas las Administraciones públicas (73), lo cual ha facilitado la entrada de personal que en una Administración pública no hubiese sido posible, a todo ello no podemos ignorar que el régimen retributivo en estas entidades privadas se venía determinando sin los límites que fija la legislación presupuestaria para los funcionarios públicos, con lo cual realmente el coste de su personal acababa siendo mucho más elevado que el de la Administración matriz, el personal directivo ha sido frecuente y sus ventajas también (pólizas sanitarias, bonos de transporte, tickets restaurante, indemnizaciones millonarias...). Finalmente las personificaciones jurídico privadas han servido para esquivar el control presupuestario y, por lo tanto, de gasto, para camuflar deuda de las Administraciones Públicas territoriales de las que dependían; bajo el manto de la Administración institucional se evitaba que apareciese como déficit público un buen volumen de gasto, déficit que ahora no ha quedado más remedio que aflorar y asumir por parte de las Administraciones territoriales de las que dependen, como estamos viendo un día sí y otro también. Además ahora la normativa comunitaria ha extendido el concepto de contabilidad pública a estas sociedades con lo cual la creación de sociedades mercantiles con este fin deja de tener sentido.

---

(71) En el ámbito autonómico hay que señalar que algunas normas han recogido al lado de la prohibición del ejercicio de potestades públicas igual prohibición en relación con la prestación de servicios públicos; así lo hacen la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de Andalucía que en su art. 57 señala que «las fundaciones del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía no podrán ejercer potestades públicas, ni comportar el establecimiento de servicios públicos», igualmente la Ley 8/98, de 9 de diciembre, de Fundaciones de la Comunidad Valenciana en su art. 7 señala que su creación no puede comportar «el establecimiento de servicios públicos cuya prestación en régimen de fundación no se halle especialmente prevista».

(72) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro Derecho Administrativo en materia de entes sujetos al derecho público y de medidas cautelares Contencioso-Administrativas: Sentencia Comisión c. España, C-214/00, de 15 de mayo de 2003», *REDA*, n.º 119, 2003, pp. 471-487; «Una nueva sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas (Sentencia Comisión contra España, de 16 de octubre de 2003, C-283/00), *REDA*, n.º 120, 2003, pp. 667-677.

(73) En el caso de las fundaciones, la propia Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, es cierto que exige que el personal de las mismas se elija conforme a los principios de igualdad, de mérito capacidad y de publicidad y en el caso de las sociedades mercantiles desde 2007 se debería seguir este mismo criterio como exige la DA primera del EBEP que considera de aplicación a las entidades del sector público estatal, autonómico y local determinados preceptos entre ellos los criterios de selección del personal.

## B) RACIONALIZACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO ESTATAL, AUTONÓMICO Y LOCAL

Llegados a este punto ahora nos vemos en la necesidad imperiosa de hacer un camino de vuelta que va a ser duro, cuando lo cierto es que nunca teníamos que haber hecho el de ida. Todas las Administraciones en estos momentos están obligadas a reducir sus respectivos sectores públicos y en los últimos cuatro años no se puede negar que se han hecho esfuerzos en este sentido. Sin embargo, la precipitación de muchas de las decisiones y el aprovechamiento de la coyuntura por algunos gobiernos para impregnar algunas decisiones de reorganización de un marcado contenido ideológico, hacen lamentar que la reestructuración no hubiese acontecido antes, que al menor atisbo de innecesariedad o de duplicidad no se hubiesen adoptado las medidas necesarias para no cargar con ineficiencias un sector público cuya existencia debe responder en exclusiva a la satisfacción del interés general (74).

El Estado por medio del Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012 ha aprobado el Plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal y en él se decide extinguir una serie de sociedades, fusionar otras, llevar a cabo desinversiones y liquidaciones (con un total de 80 procesos de supresión, desinversión o agilización en la liquidación, con extinción de 24 sociedades en las que el Estado cuenta con una participación que supera el 50%; y desinversión en otras 8 sociedades) (75). Llama la atención que abiertamente en la motivación del acuerdo se afirme que se ha producido un incremento del uso de la técnica fundacional en el ámbito de la gestión pública «no siempre justificado o proporcionado», que existen en el sector público empresarial y fundacional estatal «duplicidades y solapamientos en las estructuras societarias, junto con ineficiencias operativas que conllevan incremento del gasto» y sobre todo que se reconozca abiertamente que estas entidades privadas cumplen funciones públicas, porque a nuestro juicio aunque ocurra, está expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico.

En el informe CORA (76) se señala que a 31 de diciembre de 2012 existían 435 entes desglosados de la siguiente forma: 144 en el sector público administrativo (en el

---

(74) VÁQUER CABALLERÍA, M.: «El criterio de la eficiencia en el Derecho Administrativo», *RAJ*, 186, 2011, pp. 91-135.

(75) Con anterioridad se habían producido otros acuerdos:

El Acuerdo de 30 de abril de 2010, que afectó a 29 entes, todas ellas sociedades mercantiles: en 14 casos se acordó su absorción o fusión; y en 15 casos su liquidación o disolución.

2. El Acuerdo de 3 de junio de 2011, que afectó a 10 fundaciones: 6 perdieron su condición y en 4 casos se acordó su disolución o extinción.

3. El Acuerdo de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el Plan de Reestructuración y Racionalización del Sector Público, con un total de 80 procesos de supresión, desinversión o agilización en la liquidación, con extinción de 24 sociedades en las que el Estado cuenta con una participación que supera el 50%; y desinversión en otras 8 sociedades.

(76) El Informe Cora se ha elaborado por la Comisión para la reforma de las Administraciones Públicas creada por el Consejo de Ministros en su reunión de 26 de octubre de 2012. En esta Comisión se estableció la constitución de la Subcomisión de Administración Institucional, a la que encomendó «analizar la distinta tipología de entes que la componen, revisar el marco normativo y los modelos que en él se identifican como óptimos, y plantear las modificaciones que convengan en la lista de entidades existentes». Con fecha 21 de junio de 2013, el Consejo de Ministros recibió el informe y, por Real Decreto 479/2013, de 21 de junio, se creó la Oficina para la Ejecución de la Reforma de la Administración, como órgano encargado de la ejecución coordinada, seguimiento e impulso de las medidas incluidas en el mismo, pudiendo proponer nuevas medidas. La Ley de reforma del sector público trata de llevar a cabo las reformas allí planteadas.

que se incluyen las Agencias (77)), 243 en el sector público empresarial y 48 en el sector público fundacional, a los que habría que sumar los entes con régimen especial, así como las llamadas administraciones independientes y los entes reguladores. De estos datos cabe llamar la atención sobre el hecho de que el sector público empresarial y fundacional duplicaba al sector público administrativo. Es cierto que desde el año 2010 se han hecho esfuerzos por reducir el número de entes que integran la AGE (78), pero la reducción se ha hecho sin una reflexión profunda sobre la estructura y tamaño del sector público, más bien la urgencia por embridar el déficit público ha ido marcando el camino recorrido en la supresión o fusión de entidades públicas sin que muchas veces se pueda adivinar el criterio que ha llevado a la eliminación de unas y al mantenimiento de otras.

Desde el punto de vista normativo se han ido dictando disposiciones, que tratan de paliar de forma sectorial, alguna de las consecuencias de haber creado un número tan elevado de entes instrumentales especialmente en el llamado sector empresarial y fundacional. Así el Decreto-Ley 2/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes de reforma del mercado laboral, regula el despido en el sector público *por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción* en su Disposición adicional segunda y en la Disposición adicional octava se regulan las especialidades en *los contratos mercantiles y de alta dirección del sector público estatal*, introduciendo criterios de ajuste en el ámbito de estos contratos y reduciendo de forma drástica las indemnizaciones por despido, como medida económica dirigida a contener la expansión del gasto público y a reducir el déficit público. En desarrollo de estas previsiones se aprueba el RD 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos del sector público empresarial y otras entidades, estos sueldos ya hemos señalado que eran considerablemente más elevados que los percibidos por los funcionarios. Por su parte, el Real Decreto 701/2013, de 20 de septiembre, de racionalización del sector público, ejecuta algunas medidas de reducción de entidades contenidas en el informe CORA, al igual que la reciente Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa (79), que partiendo del Acuerdo publicado mediante la Orden HAP 1816/2013, de 2 de octubre, aborda una nueva reducción, un tanto aleatoria, del sector público. No se entiende muy bien por qué se dictan con una diferencia de un año un RD y una Ley con idéntico nombre y finalidad; si bien es cierto que la norma reglamentaria pueda ser aprobada con mayor celeridad, por coherencia normativa se debió incluir

---

(77) MONTOYA MARÍN, E.: «Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización», en Actas del VII Congreso de la AEPD, INAP, Madrid, 2012, pp. 45 y ss.; este autora considera claramente un fracaso el intento de la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos de generalizar este organismo público como forma de actuación descentralizada del Estado. Está claro que el sometimiento al Derecho Administrativo no resultaba atractivo, a finales de 2012 existían 8 Agencias. En el mismo sentido VAQUER CABALLERÍA, M: *op. cit.* p. 110.

(78) Al final de 2013 el número de entes había pasado a 423. En el avance de 2014 que figura en el inventario de entes del sector público estatal INVESPE figuran 415 entes.

(79) Aprobada tan solo con el apoyo del Grupo Popular. Sobre la misma el Dictamen del Consejo de Estado 1221/2013, de 12 de diciembre, señala que «El título de la norma parece un tanto excesivo dado que, desde una perspectiva subjetiva, se refiere sólo a la Administración del Estado, y desde una perspectiva objetiva, su alcance material no es tan amplio como la voz racionalización evoca, razones por las que se sugiere reformar la denominación del anteproyecto para hacerla expresiva de su verdadero contenido, y en todo caso referirla al sector público estatal». Nada de lo dicho en esta observación ha sido tenido en cuenta.



todo en el texto legal. Tampoco resulta muy coherente desde el punto de vista normativo que dos meses antes de la aprobación de la misma se haya aprobado una LO que supuestamente la complementa: la LO 4/2014, de 11 de julio, complementaria de la Ley de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. La Ley 15/2014 aprueba la integración de diversos organismos, llamando especialmente la atención que diversas fundaciones se integren en organismos públicos, una prueba más de que su creación bajo una forma jurídico-privada no estaba justificada. Esta opción no está exenta de problemas jurídicos, cuyo análisis excede del objeto de este trabajo, que ponen en evidencia que la aparición de nuevos entes instrumentales presentó muchas menos dificultades que su desaparición. Entre estas integraciones se encuentra la de la Fundación Agencia Nacional de la Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA) en la nueva Agencia Nacional de la Calidad y la Acreditación que pasa a ser un organismo autónomo a pesar del nombre y en la que a la vez se integrará a la CNEAI, que hasta ahora venía funcionando como un órgano desconcentrado del Ministerio de Educación, concentrando así todas las funciones de evaluación y acreditación del profesorado universitario (80). Junto a estas supresiones y transformaciones de entidades se incluyen algunas decisiones de marcado carácter político que no se justifican especialmente en la reducción de gasto, como ocurre con organismos de una larga tradición como el Consejo de la Juventud de España, que era un organismo autónomo creado en 1983, como entidad de base asociativa en la que se integraban los Consejos de la Juventud autonómicos y asociaciones juveniles de carácter nacional y cuyas funciones ahora asume el INJUVE (en el que se integra además todo el personal), pasando a ser una entidad corporativa de base privada y personalidad jurídica propia. Esta Ley vuelve a ser un ejemplo de falta de modelo de sector público estatal. La necesidad de acometer reformas y reformas importantes, no nos puede llevar a soluciones parciales, a actuaciones fragmentadas, a decisiones normativas fundadas en impulsos, que dan prioridad a unas reformas sobre otras sin que sepamos muy bien cuáles son las razones, por lo que todo ello nos lleva a dudar de que estemos avanzando por el camino adecuado.

En el ámbito autonómico cabe repetir en términos similares lo ya señalado respecto al Estado. La potestad de autoorganización que les reconoce junto a la autonomía la propia Constitución a llevado a que todas ellas pueden crear su Administración instrumental con organismos semejantes a los del Estado, aunque no siempre coin-

---

(80) No deja de sorprender que la Ley señale en su art. 8 que la incorporación del personal procedente de la fundación se realizará, en su momento, con la condición de «a extinguir» y sin que en ningún caso este personal adquiera la condición de empleado público. Únicamente podrá adquirir la condición de empleado público mediante la superación de las correspondientes pruebas selectivas que, en su caso, se puedan convocar por la Administración Pública a la que se incorpora, en los términos y de acuerdo con los principios contenidos en la Ley 7/2007, de 12 de abril, pruebas selectivas que en todo caso también tendrían que haber superado para incorporarse a la Fundación.

La Ley 15/2014 también ha levantado en su debate parlamentario muchos reproches por la invasión de competencias autonómicas. En relación con la ANECA se aprovecha la Ley para modificar el art. 32 de la Ley 6/2001 de 21 de diciembre, Orgánica de Universidades, otorgando a la ANECA competencia exclusiva sobre la evaluación de títulos, lo que parece negar a las Agencias autonómicas la participación en esta función. El texto elimina cualquier referencia a los órganos de evaluación existentes en las CCAA aunque también es cierto que se dice que «La ANECA ejercerá sus funciones (...) dentro del marco general de competencias definido en nuestro ordenamiento»

cida la denominación aplicada a los mismos. Esto ha tenido un efecto multiplicador imparable que agrava con mucho la situación descrita en el ámbito estatal, con lo cual si vamos sumando los entes creados en los últimos años nos encontramos con un número claramente preocupante, por no decir claramente escandaloso para muchos ciudadanos. Las CCAA han abordado la reducción del sector público en buena medida obligadas por el Estado (81), aunque finalmente han demostrado ser más eficaces a la hora de acometer las reformas. El Consejo de Política Fiscal y Financiera, por medio de su Acuerdo el 22 de marzo de 2010, instó a las Comunidades Autónomas a alcanzar un acuerdo que garantizase la sostenibilidad de las finanzas públicas en el período 2010-2013, incluyendo la asunción del compromiso de presentar un «Plan de racionalización de las estructuras de sus respectivos sectores públicos, administrativos y empresariales» con el objetivo de mejorar la eficacia y reducir el gasto público. A este Acuerdo ha seguido el de 17 de enero de 2012 con la misma finalidad. A 1 de julio de 2010 el número de entes dependientes del sector público autonómico era de 2477 (sin incluir los entes del País Vasco) de los cuales el 53% lo constituían sociedades mercantiles y fundaciones. Dos años después a 1 de julio de 2012 la reducción de entes era de 198 con carácter neto lo cual no parece un volumen muy elevado en su conjunto. Está claro que las CCAA trataron de ganar tiempo a ver si la situación económica mejoraba y las medidas no eran necesarias, sin embargo, finalmente han abordado la reforma de forma decidida y es preciso señalar que los datos contenidos en el Informe sobre reordenación del sector público autonómico de enero de 2014 son mucho más esperanzadores, las CCAA en los dos últimos años han ido más allá incluso de los compromisos asumidos con la Administración General del Estado. La imperiosa necesidad de reducción del déficit y los angostos márgenes presupuestarios en los que se mueven han hecho de la necesidad virtud. La reducción total comprometida de 790 entidades supone que, el sector público instrumental del conjunto de Comunidades (excluidos los entes del País Vasco, aquellos en los que participan varias Comunidades, y los dependientes de Ceuta y Melilla) estaría compuesto por 1.579 entidades, un 33,35% inferior que al inicio de los procesos (1 de julio de 2010), y en niveles inferiores al año 2003 (primer año de formación del Inventario de Entes dependientes de las Comunidades Autónomas), en el que el número de entidades del sector público autonómico era de 1.743.

En todo caso, lo trascendental sería que cuando retornemos a situaciones de calma financiera se mantenga la lección aprendida y que la creación de nuevas entidades se haga única y exclusivamente cuando su creación se considere indispensable para una mejor satisfacción del interés general. A ello habría que añadir que la opción por la creación de personificaciones jurídico-privadas debería reducirse al máximo, ya que la falta de controles públicos por muy cómodo que resulte para los gestores en el día a día, a la larga en lugar de eficiencia ha traído un mayor endeudamiento para las Administraciones. La creación de entidades privadas para evitar los límites de déficit ha estado al orden del día, los resultados presupuestarios de las entidades mercantiles no consolidaban en el presupuesto autonómico por lo que una parte del déficit quedaba oculta por un tiempo. La aprobación de numerosas normas autonómicas sobre sector público, en las que se fijan principios y pautas de actuación en relación con

---

(81) Los límites de déficit permitidos a las CCAA han sido bastante más reducidos que el asumido por el Estado.

la Administración instrumental, aumentándose los controles tanto para su creación como para su posterior funcionamiento, parece reflejar un cierto propósito de enmienda(82). Por otro lado, las CCAA que acuerden acudir al Fondo de Liquidez regulado en la DA Primera de la Ley de Estabilidad presupuestaria vendrán obligadas a incluir reducciones del sector público en su plan de ajuste si así lo exige el Estado (DA Primera modificada por LO 4/2012, de 28 de septiembre).

Si analizamos el ámbito local ocurre exactamente lo mismo, podríamos pensar que en función de su tamaño, su capacidad de autoorganización es diferente, pero la garantía institucional de la autonomía local legitima esa potestad de forma que el sector público en el ámbito local también ha crecido de forma incontrolada. La Ley 27/2013 anuncia la revisión y racionalización del conjunto de sus entidades instrumentales, en su preámbulo sin que en el texto de la norma se encuentren grandes novedades al respecto(83). El art. 85 de la LBRL señala que los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente, «contemplando la gestión directa a través de la propia Entidad Local, a través de un Organismo autónomo local, de una Entidad pública empresarial local o por medio de una sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública». Hasta aquí se mantiene prácticamente las previsiones anteriores a la reforma, la novedad se produce porque ahora tanto la gestión por medio de entidad pública empresarial como por sociedad mercantil (es decir, a través de entes privados) «sólo podrá hacerse cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes» que la gestión directa por la propia entidad o por medio de organismo autónomo, «para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera

---

(82) En el ámbito normativo son muchas las normas dictadas con el fin de reorganizar todo el sector público: Ley 7/2010, de 20 de julio, del sector público instrumental de Islas Baleares; Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial y Ley 7/2012, de 4 de octubre, de medidas extraordinarias del sector público de Aragón; Ley 5/2012, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para garantizar la estabilidad presupuestaria en el ámbito del sector público de La Rioja y Ley 5/2012, de 28 de septiembre, de medidas urgentes para garantizar la estabilidad presupuestaria en el ámbito del Sector Público de la Comunidad Autónoma de La Rioja.; Ley 1/2013, de 21 de mayo, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat.; Ley 1/2011, de 17 de febrero, de Reordenación del sector público de Andalucía; Decreto-Ley 4/2010, de 3 de agosto, de Medidas de racionalización y simplificación de la estructura del sector público de la Generalidad de Cataluña, Ley 11/2011, de 29 de diciembre, de Reestructuración del sector público para agilizar la actividad administrativa de Cataluña y Ley 2/2014, de 27 de enero, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público; Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico y Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico de Galicia; Ley 14/2012, de 27 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y de reordenación del sector público regional de Murcia. Ley 1/2013, de 24 de mayo, de medidas de reestructuración del sector público autonómico y Ley 8/2014, de 17 de julio, de segunda reestructuración del sector público autonómico del Principado de Asturias . Un recorrido exhaustivo por la normativa autonómica y las medidas adoptadas, con especial del caso andaluz en MONTOYA MARÍN, E.: *op. cit.*, pp. 36-73

(83) BOTO ÁLVAREZ, A.: «El redimensionamiento del sector público local» en *La reforma del régimen local*, *op. cit.* pp. 465-518; CARPIO CARRO, M.: «Los entes instrumentales y la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local», *El consultor de los Ayuntamientos*, n.º 5, 2014.

de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera», previsión que entendemos oportuna, pero que no deja de resultar llamativo que provenga de los mismos que en su día defendieron a ultranza la eficiencia de las formas privadas de gestión.

Además de esta limitación en relación con la creación de entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles, la reforma ha introducido un nuevo artículo 85 bis donde se señalan una serie de medidas para el correcto funcionamiento de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales, que pasan a regirse en buena medida por la LOFAGE, lo cual no deja de llamar la atención desde un punto de vista competencial y de técnica legislativa (84). Sin embargo, tal vez la

---

(84) La gestión directa de los servicios de la competencia local mediante las formas de organismos autónomos locales y de entidades públicas empresariales locales se regirán, respectivamente, por lo dispuesto en los artículos 45 a 52 y 53 a 60 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en cuanto les resultase de aplicación, con las siguientes especialidades:

- a) Su creación, modificación, refundición y supresión corresponderá al Pleno de la entidad local, quien aprobará sus estatutos. Deberán quedar adscritas a una Concejalía, Área u órgano equivalente de la entidad local, si bien, en el caso de las entidades públicas empresariales, también podrán estarlo a un organismo autónomo local. Excepcionalmente, podrán existir entidades públicas empresariales cuyos estatutos les asignen la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma o distinta naturaleza.
- b) El titular del máximo órgano de dirección de los mismos deberá ser un funcionario de carrera o laboral de las Administraciones públicas o un profesional del sector privado, titulado superiores en ambos casos, y con más de cinco años de ejercicio profesional en el segundo. En los municipios señalados en el título X, tendrá la consideración de órgano directivo.
- c) En los organismos autónomos locales deberá existir un consejo rector, cuya composición se determinará en sus estatutos.
- d) En las entidades públicas empresariales locales deberá existir un consejo de administración, cuya composición se determinará en sus Estatutos. El secretario del Consejo de Administración, que debe ser un funcionario público al que se exija para su ingreso titulación superior, ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados de estas entidades.
- e) La determinación y modificación de las condiciones retributivas, tanto del personal directivo como del resto del personal, deberán ajustarse en todo caso a las normas que al respecto apruebe el Pleno o la Junta de Gobierno, según corresponda.
- f) Estarán sometidos a controles específicos sobre la evolución de los gastos de personal y de la gestión de sus recursos humanos por las correspondientes concejalías, áreas u órganos equivalentes de la entidad local.
- g) Su inventario de bienes y derechos se remitirá anualmente a la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local.
- h) Será necesaria la autorización de la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que se encuentren adscritos, para celebrar contratos de cuantía superior a las cantidades previamente fijadas por aquélla.
- i) Estarán sometidos a un control de eficacia por la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que estén adscritos.
- j) Cualquier otra referencia a órganos estatales efectuada en la Ley 6/1997, de 14 de abril, y demás normativa estatal aplicable, se entenderá realizada a los órganos competentes de la entidad local.

Las referencias efectuadas en el presente artículo a la Junta de Gobierno, se entenderán efectuadas al Pleno en los municipios en que no exista aquélla.

2. Los estatutos de los organismos autónomos locales y de las entidades públicas empresariales locales comprenderán los siguientes extremos:

- a) La determinación de los máximos órganos de dirección del organismo, ya sean unipersonales o colegiados, así como su forma de designación, con respeto en todo caso a lo dispuesto en el apartado anterior, con indicación de aquellos actos y resoluciones que agoten la vía administrativa.
- b) Las funciones y competencias del organismo, con indicación de las potestades administrativas generales que éste puede ejercitar.
- c) En el caso de las entidades públicas empresariales, los estatutos también determinarán los órganos a los que se confiera el ejercicio de las potestades administrativas.
- d) El patrimonio que se les asigne para el cumplimiento de sus fines y los recursos económicos que hayan de financiar el organismo.

disposición que afecta de forma más importante a los entes instrumentales de las Administraciones locales sea la Disposición Adicional novena, sobre redimensionamiento del sector público local, cuyo contenido afecta especialmente a aquellos municipios que tengan vigente un plan económico financiero o un plan de ajuste (art. 116 bis LBRL) o que se encuentren en situación de desequilibrio financiero (recordemos que las Administraciones locales no solo están sujetas al principio de estabilidad presupuestaria sino de equilibrio presupuestario). En estos casos «las Entidades Locales y los organismos autónomos de ellas dependientes no podrán adquirir, constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia del plan ni realizar aportaciones patrimoniales ni suscribir ampliaciones de capital de entidades públicas empresariales o de sociedades mercantiles locales que tengan necesidades de financiación». Solo se permite la excepción a tal prohibición a las Entidades Locales *que en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, hubieren cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad*. A las entidades en situación de desequilibrio financiero se les ha dado un *plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la reforma para aprobar, previo informe del órgano interventor de la Entidad Local, un plan de corrección de dicho desequilibrio*. A estos efectos, y como parte del mencionado plan de corrección, *la Entidad Local de la que dependa podrá realizar aportaciones patrimoniales o suscribir ampliaciones de capital de sus entidades solo si, en el ejercicio presupuestario inmediato anterior, esa Entidad Local hubiere cumplido con los objetivos de estabilidad presupuestaria y deuda pública y su período medio de pago a proveedores no supere en más de treinta días el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad*. Si esta corrección no se cumpliera a 31 diciembre de 2014, *la Entidad Local en el plazo máximo de los seis meses siguientes a contar desde la aprobación de las cuentas anuales o de la liquidación del presupuesto del ejercicio 2014 de la entidad, según proceda, disolverá cada una de las entidades que continúe en situación de desequilibrio*. De no hacerlo, *dichas entidades quedarán automáticamente disueltas el 1 de diciembre de 2015*(85).

Los plazos anteriores se ampliarán *hasta el 31 de diciembre de 2015 y el 1 de diciembre de 2016, respectivamente, cuando las entidades en desequilibrio estén prestando alguno de los siguientes servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros*. Se trata con ello de salvaguardar a las entidades locales que aún no cumpliendo con los requisitos presupuestarios prestasen los servicios públicos esenciales que recoge el art. 26 de la LBRL, por lo que la mayor parte de los munic-

---

e) El régimen relativo a recursos humanos, patrimonio y contratación.

f) El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, de intervención, control financiero y control de eficacia, que serán, en todo caso, conformes con la legislación sobre las Haciendas Locales y con lo dispuesto en el capítulo III del título X de esta ley.

3. Los estatutos deberán ser aprobados y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento efectivo del organismo público

(85) BOTO ÁLVAREZ, A.: «Redimensionamiento del sector público local», *op. cit.* pp. 508-515

pios podrán disfrutar de la ampliación, lo que evitará la desaparición inmediata de entidades cuyo objeto sea la prestación de estos servicios.

También se prohíbe la creación de entidades en cascada, práctica que se había generalizado especialmente en los grandes municipios. Llama la atención que a los organismos autónomos se les considere en los mismos términos que a las propias entidades locales territoriales (entidades del art. 3.1 LBRL) a efectos de crear entidades de un segundo nivel, suponemos que la distinción viene dada por el hecho de que los organismos autónomos someten toda su actividad al Derecho Administrativo. Así una sociedad mercantil vinculada a un organismo autónomo no se vería afectada, sin embargo, si la misma sociedad estuviese vinculada a una entidad pública empresarial se le aplicaría lo dispuesto en la norma que señala lo siguiente:

«Los organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes que estén adscritos, vinculados o sean dependientes, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas (SEC), a cualquiera de las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley o de sus organismos autónomos, no podrán constituir, participar en la constitución ni adquirir nuevos entes de cualquier tipología, independientemente de su clasificación sectorial en términos de contabilidad nacional

Aquellos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes que a la entrada en vigor de esta Ley no estén en situación de superávit, equilibrio o resultados positivos de explotación, estuvieran controlados exclusivamente por unidades adscritas, vinculadas o dependientes, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas, de cualquiera de las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley, o de sus organismos autónomos deberán estar adscritos, vinculados o dependientes directamente a las Entidades Locales del artículo 3.1 de esta Ley, o bien ser disueltos, en ambos casos, en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley e iniciar, si se disuelve, el proceso de liquidación en el plazo de tres meses a contar desde la fecha de disolución. De no hacerlo, dichas entidades quedarán automáticamente disueltas transcurridos seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley.

En el caso de que aquel control no se ejerza con carácter exclusivo las citadas unidades dependientes deberán proceder a la transmisión de su participación en el plazo de tres meses desde la entrada en vigor de esta Ley».

Los plazos se amplían en un año más, cuando las entidades en desequilibrio presupuestario estén prestando los servicios esenciales de abastecimiento domiciliario y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, con la misma finalidad que en el supuesto anterior ya señalado.

Las reformas planteadas en el ámbito local en relación con los entes instrumentales vuelven a adolecer de las mismas carencias planteadas a lo largo de este trabajo. Son reformas muy vinculadas a la situación coyuntural y sobre todo a la situación económico-financiera de cada entidad local, en lugar de ser reformas que traten de buscar un nuevo modelo que perdure más allá de la crisis económica y que re-

duzca de verdad la potestad de autoorganización en relación con los entes instrumentales. Sin negar la oportunidad de algunas de ellas, su operatividad e impacto se verá en los próximos meses, mucho nos tememos que no se logren los resultados deseados.

#### IV. Recapitulación

La crisis económica ha centrado la atención en las Administraciones Públicas en su dimensión, en su potestad organizatoria y en el peso en el gasto público vinculado a su mantenimiento, apareciendo en cierta medida como responsables de la grave situación alcanzada por nuestro país. El propio ordenamiento jurídico, a través del cual se han ido articulando las reformas, también ha tenido que asumir nuevos rasgos, nuevos contenidos e incluso nuevas formas de proceder. La mayor presencia de la Unión Europea en la toma de decisiones, la rápida reforma de la Constitución para incluir en apenas dos meses el principio de estabilidad presupuestaria para todas las Administraciones Públicas, convirtiéndose este principio en un postulado sagrado legitimador de un buen número de reformas, la entrada en el debate público de la oportunidad de la reforma de la Constitución en otros ámbitos (especialmente en el de la organización territorial) o la merma de la participación democrática a la hora de legislar, por la opción reiterada y mayoritaria de acudir a los Decretos-Leyes para abordar los cambios, son aspectos que definirán al llamado Derecho de la crisis.

La necesidad de plantear reformas en nuestras Administraciones Públicas está fuera de toda duda, sin embargo, la forma en que se han abordado la mayor parte de ellas, de manera apresurada para dar respuesta a los mercados y para generar confianza, sin una reflexión previa al respecto sobre el camino a seguir, ha llevado a continuos vaivenes legislativos y también a la ignorancia de ciertas exigencias jurídicas, principalmente en lo que se refiere al marco constitucional. La inclusión del principio de estabilidad presupuestaria en un precepto constitucional no puede ser la excusa para obviar otros principios, igualmente constitucionales y con un mayor recorrido en el tiempo, como el Estado social o el Estado autonómico. Durante todo este período cada vez ha surgido con más fuerza la necesidad de reforma del texto constitucional y tal vez ha llegado la hora de superar los miedos a la reforma y volver a revisar los consensos existentes en el momento actual, que en buena medida coincidirán con los del poder constituyente de 1978, pero que también pueden ser nuevos, ajustados a la realidad social actual.

El traslado al ámbito legislativo del principio de estabilidad presupuestaria ha otorgado un protagonismo preferente al Estado, llamado a definir y diseñar la aplicación del mismo para el resto de Administraciones públicas, dentro del marco competencial diseñado por la CE. Ese protagonismo del Estado le lleva a asumir un rol de fiscalización y decisión que en muchos casos excede de lo constitucionalmente admisible, por ello surgen dudas sobre la adecuación de algunas de las medidas coercitivas contempladas al marco competencial, aunque sea el Estado el llamado en último término a responder frente a la Unión Europea.

En cuanto a las reformas acometidas aparecen, a nuestro juicio, más sombras que luces. Se han producido soluciones parciales y coyunturales, no se ha querido mirar más allá del momento presente y no se han buscado grandes acuerdos sobre las me-

didias a adoptar. Todo ello lastra la eficacia hacia el futuro de las reformas planteadas. Se ha errado con frecuencia en el enfoque y en el fundamento de las medidas de reforma adoptadas. Un ejemplo claro de lo afirmado es la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, tal vez la que contiene la reforma más ambiciosa de las planteadas hasta la fecha, sin embargo, en el ámbito organizativo los nuevos límites implantados se vinculan en su mayoría a la situación presupuestaria de la entidad. Una reforma del sector público local exigía una visión más global y con vocación de futuro, apostando por medidas racionales de funcionamiento, válidas sea cual sea la situación económico-financiera de las entidades locales.

También hemos querido llamar la atención sobre el hecho de que por fin haya aflorado gracias a la crisis el verdadero resultado de acudir indiscriminadamente a las personificaciones jurídico-privadas, cuestión que con tanta insistencia se había denunciado desde la doctrina. La supuesta eficacia y eficiencia de las mismas ha quedado demostrado que no ha sido tal, más bien todo lo contrario, la deuda de las mismas supera en muchos casos a la de las Administraciones territoriales de las que dependen. Su razón de ser no fue otra que la búsqueda de una gestión no sometida a los controles que impone el Derecho Público. Y no deja de ser sorprendente y anecdótico que tras tratar de convencernos de las bondades de la gestión privada, ahora nos encontremos con fundaciones públicas convertidas en organismos autónomos tras la aprobación de la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa. Dice el refrán que nunca es tarde si la dicha es buena.

Sin embargo, como cierre no queremos dejar de mencionar, que estos años han dejado un poso de recelo contra lo público que va a llevar tiempo reconducir. Los excesos, sin duda cometidos, se han magnificado y una buena parte de la ciudadanía culpa a las Administraciones y a sus gestores (además de a las entidades financieras) de la situación producida. Esto no es inocuo, ya que favorece posiciones en las que la protección del Estado Social y la defensa de un sector público fuerte pasan a un segundo plano. Por eso conviene avanzar más pronto que tarde en reformas de carácter general, que sienten unos principios de actuación sólidos en el ámbito de la organización administrativa y que impidan que se repitan los errores cometidos.

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.



**LABURPENA:** Ekonomiaren krisiak ordenamendu juridikoan duen eragina jorratzen da lan honetan, urte hauetan zehar sortu eta ordenamendu juridikoari gehitu zaizkion ezaugarriak aztertuz. Administrazio publiko guztietan aurrekontu-egonkortasuna ezartzeko agindu du Europar Batasunak. Horrek Konstituzioa erreformarazi du eta ondorio eta erreforma ugari ekarri ditu sektore publikoan, batik bat antolamendu-ahalmenari eraginez. Erreforma horiek Estatuko lurralde bakoitzari zenbateraino eragiten dion ere baloratzen da.

**HITZ GAKOAK:** Ekonomia-krisia. Aurrekontu-egonkortasuna. Administrazio-antolamendua. Erakunde instrumentalak. Sektore publikoaren erreforma.

**RESUMEN:** Este trabajo tiene como objeto abordar la incidencia de la crisis económica en el ordenamiento jurídico analizando los rasgos que han ido surgiendo e incorporándose al ordenamiento jurídico a lo largo de estos años. La reforma de la Constitución como consecuencia de la exigencia de la Unión Europea de incorporar el principio de estabilidad presupuestaria vinculando a todas las Administraciones públicas ha traído importantes consecuencias y numerosas reformas en el sector público, afectando en especial a la potestad de organización. El alcance de esas reformas en los distintos niveles territoriales del Estado es igualmente objeto de valoración.

**PALABRAS CLAVE:** Crisis económica. Estabilidad presupuestaria. Organización administrativa. Entes instrumentales. Reforma del sector público.

**ABSTRACT:** This work aims at dealing with the impact of economic crisis in the legal order by analyzing the features that for the last years have arisen and been incorporated onto the legal order. The reform of the Constitution as a consequence of the European Union request of incorporating the principle of budgetary stability binding all public administrations has carried out important consequences and many reforms in the public sector, having a particular effect on the power of organization. The scope of those reforms in the several territorial levels of the State is likewise to be valued.

**KEYWORDS:** Economic crisis. Budgetary stability. Administrative organization. Instrumental entities. Public sector reform.



# La vulneración del derecho a la igualdad en el reparto de la publicidad institucional: comentario a la STC 104/2014

Carmen Chinchilla Marín

**Sumario:** I. Introducción.—II. La vía de hecho.—III. La vulneración del derecho a la igualdad en conexión con el derecho a comunicar y recibir información. III.1. La publicidad institucional y el derecho a comunicar y recibir información veraz a través de los medios de comunicación. III.2. El elevado precio de las tarifas como un criterio constitucionalmente no admisible para excluir a una emisora de radio de la contratación de publicidad institucional.—IV. Consideraciones finales.

## I. Introducción

Una reciente sentencia del Tribunal Constitucional —la 104/2014 (1)— ha otorgado el amparo a una emisora de radio por entender que privarla de publicidad institucional, debido a sus altas tarifas, constituye una vulneración de su derecho a la igualdad (artículo 14 CE), en conexión con el derecho a comunicar y recibir información veraz (artículo 20.1.d CE). El objeto del recurso de amparo, según lo define el propio Tribunal Constitucional en su sentencia, lo constituye «la vía de hecho de la Administración, condensada en la exclusión de Radio Castellón S.A. de la publicidad institucional...»; vía de hecho que, como consecuencia de la estimación del recurso de amparo, es declarada nula por el Alto Tribunal.

No es este el aspecto más importante de la sentencia que va a ser objeto de comentario, pero sí, en mi opinión, el más sorprendente. Al menos, desde la perspectiva del Derecho Administrativo. Por eso he considerado oportuno iniciar mi comentario con el análisis de esta cuestión.

## II. La vía de hecho

Es bien sabido que no existe un concepto legal sobre la vía de hecho, pero también es de sobra conocido que tanto la jurisprudencia como la doctrina, hasta hoy, han coincidido a la hora de entender que el elemento característico de la vía de hecho es

---

(1) STC 104/2014, de 23 de junio, Sala Segunda, Ponente F. Valdés Dal-Ré. Con posterioridad, ha sido dictada otra —la 130/2014 (Sala Primera, Ponente J. A. Xiol Ríos)— en la que el Tribunal Constitucional aplica la misma doctrina y concede también el amparo a *Radio Castellón S.A.*

su condición de conducta material de la Administración pública. Más exactamente, de actuación material de las Administraciones públicas realizada al margen del Derecho, esto es, por la simple vía de los hechos o, como dice la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, *Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* (LJCA), «sin la necesaria cobertura jurídica» (2).

Se ha discutido mucho y probablemente se seguirá discutiendo sobre cuál es exactamente el vicio que hace de la actuación material de la Administración una vía de hecho y, en definitiva, sobre el significado exacto de la expresión «*carecer de la necesaria cobertura jurídica*». Pero lo que no se había puesto en duda, hasta el momento, es que la vía de hecho constituye una conducta material, y no una «no-conducta» de la Administración pública (3). Así como que hay vía de hecho en la actuación material de la Administración pública sin acto administrativo previo, o en la actuación material administrativa que se «excede» de lo que le permite hacer el acto administrativo que le sirve de cobertura. Pero nunca en la «no-actuación» material de la Administración pública; porque eso, la «no-actuación material», en Derecho Administrativo tiene un nombre y un régimen jurídico propio y específico, a saber: la inactividad administrativa, contemplada en los artículos 25.2 y 29 LJCA (4).

Aunque en el caso que dio lugar a la STC 104/2014, y por las razones que más adelante expondré, tampoco hubo inactividad administrativa, debe recordarse, a efectos de explicar por qué, en mi opinión, no puede calificarse de vía de hecho una conducta omisiva de la Administración pública, que la inactividad es la no realización de una conducta material debida, consistente bien en la no realización de una prestación concreta a favor de una o varias personas determinadas (artículo 29.1 LJCA), bien en la no ejecución de actos administrativos firmes (artículo 29.2 LJCA). Pero en todo caso, se trata de una no-actuación u omisión de la Administración pública.

La vía de hecho es todo lo contrario a la inactividad administrativa, pues consiste en una actuación fáctica o material de las Administraciones públicas (artículo 25.2

(2) Según la citada Exposición de motivos, mediante la vía de hecho «se pueden combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos o intereses legítimos de cualquier clase».

(3) LÓPEZ MENDUO, F., *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, 1998. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, 16.ª edición, 2013; SAINZ MORENO, F., «Defensa frente a la vía de hecho: recurso contencioso-administrativo, acción interdictal y amparo», *RAP*, 123, 1990; GÓMEZ DÍAZ, A.B., «Recurso contra vías de hecho: una regulación peligrosa y problemática», *RAP*, 151, 2000.

(4) Artículo 25.2 de la LJCA: «También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley».

Artículo 29 de la LJCA:

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

2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78».

LJCA), realizada sin cobertura jurídica(5) o con la cobertura de un acto administrativo que carece de los requisitos esenciales para llevar a cabo la conducta material de que se trate (por ejemplo, la ocupación del bien expropiado sin cumplir con las exigencias del artículo 125 de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de *Expropiación Forzosa*(6)). En la vía de hecho hay siempre, pues, un exceso de acción; todo lo contrario, por tanto, a una omisión administrativa.

Precisamente porque se trata de una actuación material de la Administración, y no de una no-actuación, la vía de hecho no puede ser anulada, sino que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 32.2 de la LJCA, lo que procede, y la pretensión que, por tanto, puede ejercerse frente a ella, es declararla contraria a Derecho; ordenar su cese; y adoptar, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2 LJCA, es decir, el reconocimiento de una situación individualizada y las medidas para el pleno restablecimiento de la misma, incluida la indemnización de daños y perjuicios. Lo que puede anularse son los actos y Reglamentos contrarios a Derecho (artículo 31.1 LJCA), pero no las vías de hecho ni tampoco la inactividad administrativa.

Por lo demás, todo el régimen jurídico de la vía de hecho se asienta sobre el presupuesto de que se trata de una actuación material de la Administración y no de una no-actuación.

Para empezar, el origen del régimen jurídico de la vía de hecho está en la necesidad de proteger la posesión frente a actuaciones materiales de la Administración que, por carecer de la más mínima cobertura jurídica, no merecen las prerrogativas propias de la autotutela y, por eso, se acepta que frente a esas actuaciones materiales se puedan ejercer interdictos. Es decir, puesto que la Administración actúa por la mera vía de hecho, llevando a cabo actuaciones materiales sin la necesaria cobertura jurídica o de Derecho, se admite la reacción interdictal y, por consiguiente, el sometimiento de las Administraciones públicas a la jurisdicción civil, pues, en definitiva, como ha reiterado el Tribunal Supremo, «la vía de hecho administrativa coloca a la Administración actuante en pie de igualdad con los particulares, de manera que estos se ven liberados de la carga del *onus probandi* frente a la presunción de legalidad de la actuación administrativa —que la vía de hecho destruye— por un lado y, por otro, permite utilizar los medios de reacción del Derecho Civil, fundamentalmente los procesos posesorios...» (7). En estos casos, afirma el Tribunal Supremo, la Administración actúa como «mero sujeto particular» (8).

---

(5) Exposición de Motivos de la LJCA, ya citada, y artículo 101 de la Ley 30/1992, de *Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, según el cual «no se admitirán a trámite interdictos contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido».

(6) Artículo 125 de la LEF: «Siempre que, sin haberse cumplido los requisitos sustanciales de declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación y previo pago o depósito, según proceda, en los términos establecidos en esta Ley, la Administración ocupare o intentase ocupar la cosa objeto de la expropiación, el interesado podrá utilizar, aparte de los demás medios legales procedentes, los interdictos de retener y recobrar, para que los Jueces le amparen y, en su caso, le reintegren en su posesión amenazada y perdida».

(7) SSTs de 22 de septiembre de 2003, recurso n.º 8039/1999; de 19 de abril de 2007, recurso n.º 7241/2002 y de 29 de noviembre de 2007, recurso n.º 889/2004.

(8) STS de 21 de diciembre de 1993, RJ 1994\ 9932.

Que se trata de una actuación material y no de una «no-actuación» material o inactividad administrativa se pone de relieve, asimismo, por la configuración del régimen procesal de la vía de hecho, según lo establecido en la vigente LJCA.

En primer lugar, y a diferencia de lo que sucede con la inactividad administrativa, el recurso contra la vía de hecho no exige que el interesado requiera a la Administración para que cese en su actuación material, como paso previo y preceptivo para interponer el recurso contencioso-administrativo. La intimación de cese a la que se refiere el artículo 30 de la LJCA, en relación con la vía de hecho, es facultativa y no preceptiva, a diferencia de lo que ocurre con la reclamación prevista en el artículo 29 de la LJCA para la inactividad, la cual tiene la función de dar a la Administración la oportunidad de cumplir la obligación hasta ese momento incumplida (durante tres meses, si se trata de una inactividad consistente en la no realización de una prestación y durante un mes, si se trata de una inactividad consistente en la no ejecución de un acto administrativo firme). Pero, en ambos casos, la Ley exige, antes de acudir al contencioso, recordar a la Administración su incumplimiento y reclamarle el cumplimiento. Nada que ver, pues, con la vía de hecho, frente a la que, precisamente por tratarse de una actuación material sin la necesaria cobertura jurídica, el interesado puede reaccionar directamente, solicitando, sin más trámites, la tutela judicial efectiva.

En segundo lugar, los plazos para recurrir la vía de hecho son muy breves, y ello se debe precisamente a que se trata de una actuación «invasiva» y no omisiva o pasiva de la Administración pública, frente a la cual lo que el interesado necesita es acudir cuanto antes a los Tribunales para que los mismos la declaren contraria a Derecho y adopten las medidas procedentes para restablecerlo en sus derechos. Así lo ha destacado F. LÓPEZ MENUDO al decir que las pretensiones ante las vías de hecho «exigen ante todo celeridad y una acción incisiva del órgano juzgador para hacer cesar o eliminar la situación de hecho creada por la Administración» (9). Por eso, y también por contraste con el recurso contra los actos y reglamentos (dos meses) y contra la inactividad (dos meses, una vez transcurridos los correspondientes plazos después de la reclamación por incumplimiento), los plazos para recurrir la vía de hecho son de 10 o 20 días, según se haya hecho o no la intimación de cese que, como ya he dicho, es de carácter facultativo.

Y en tercer y último lugar: precisamente porque la vía de hecho es una conducta o actuación material de la Administración, en positivo, es por lo que no se puede anular, sino, cuando así proceda, declararla contraria a Derecho. Y es por ello por lo que la LJCA, cuando regula las pretensiones de las partes, en su artículo 32.2, dispone que «si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2», es decir, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada o las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma. Y esa es igualmente la razón por la que la LJCA, cuando regula el contenido de las sentencias estimatorias, establece, en su artículo 71.1.a), que la sentencia «declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada».

(9) LÓPEZ MENUDO, F. «Vía de hecho», en *Diccionario de Derecho Administrativo*, Director S. MUÑOZ MACHADO, Iustel, 2005, Tomo II, p. 2652.

A todo lo dicho, cabría añadir, además, que los autores que han definido o descrito la vía de hecho lo han hecho en unos términos que claramente hacen referencia a la actuación material, en positivo, de la Administración; incompatible, por tanto, con una concepción de la vía de hecho como inactividad material (no digamos, formal) de la Administración (10).

A la vista de todo lo expuesto, y volviendo a la STC 104/2014, no se comprende cómo puede calificarse de vía de hecho y, además, anularla, una conducta negativa u omisiva de la Administración, consistente en no contratar con una emisora de radio su publicidad institucional durante un período determinado de tiempo y contratarla, por el contrario, con otras emisoras. La vía de hecho es siempre una actuación material, nunca una inactividad material.

Es más, en el caso de autos, y como ya he adelantado, no creo que pueda calificarse lo acaecido como inactividad administrativa, dado que la vulneración del derecho a la igualdad que el Tribunal Constitucional aprecia en esta Sentencia se habría producido por el hecho de que el Ayuntamiento comprase espacios publicitarios a unas emisoras de radio sí, y a la de la recurrente en amparo, no. Por tanto, lo que hubo fue una actividad formal o jurídica, más concretamente de naturaleza contractual, que, precisamente, por dar a unos y no dar a otro (el recurrente en amparo) sin una razón objetiva, razonable o proporcionada, ha vulnerado el derecho de este último a la igualdad. Dicho de otro modo: la violación de la igualdad que se aprecia en esta sentencia del Tribunal Constitucional no la produce la inactividad administrativa, sino su actividad contractual y, más exactamente, la contratación de publicidad institucional con unas emisoras sí y con otra (la de la recurrente) no. Si no hubiera habido contratación con ninguna emisora, no podría hablarse de vulneración del derecho a la igualdad de la recurrente en amparo. Luego es evidente que hubo actos administrativos y no inactividad, y menos aún vía de hecho.

Por eso, en los numerosos casos en que se ha planteado en la jurisdicción ordinaria la cuestión de la vulneración del derecho a la igualdad derivada de la adjudicación de publicidad institucional a unos medios de comunicación sí y a otros no, lo que se recurrían eran actos administrativos. Así, por ejemplo, en un caso, el acto impugnado fue la desestimación, por silencio, de la solicitud por parte de dos periódicos de Baleares de que el Ayuntamiento acordase, en lo sucesivo, no excluirlos de la inserción de publicidad institucional (STS de 28 de mayo de 1993, recurso n.º 3946/1991). En otros, los actos administrativos impugnados fueron los «actos de

---

(10) Para los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «la vía de hecho es el vicio específico de la acción coactiva de la Administración. Viene a constituir la manifestación característica de una nulidad de pleno derecho en la actuación fáctica administrativa, no cubierta ni justificada en el Derecho» (*op. cit.* p. 838). El concepto de vía de hecho —afirman los citados profesores— «comprende, por tanto, en la actualidad todos los casos en que la Administración pública pasa a la acción sin haber adoptado previamente la decisión que le sirva de fundamento jurídicos y aquellos otros en los que en el cumplimiento de una actividad material de ejecución comete una irregularidad grosera en perjuicio del derecho de propiedad o de una libertad pública (*op. cit.* p. 862).

Por su parte, F. López Menudo, para subrayar la importancia de la prueba en los procesos que tengan por objeto la vía de hecho, dice que estos procesos deberían estar específicamente diseñados «para atajar de manera inmediata perturbaciones graves de situaciones de hecho, generadas por actuaciones que suponen inquietación o despojo de la posesión, la propiedad u otros derechos, sin la cobertura jurídica oportuna, donde los hechos adquieren una importancia capital y casi exclusiva» («Vía de hecho», *cit.* p. 2657). Y es que, en definitiva, este autor, identifica la vía de hecho con «una situación normalmente apremiante y grave; a veces, dramática para el interesado» (*Vía de hecho administrativa y Justicia civil, cit.* p. 111).

atribución concreta de publicidad», o los propios anuncios insertados en determinados periódicos de Asturias (STS de 7 de julio de 1995, recurso n.º 66/1992 y de 10 de julio de 1995, recurso n.º 57/1992). En el caso de un diario vasco, lo que se impugnó directamente fue «la exclusión» de este periódico de una campaña institucional del Gobierno vasco (STS de 5 de mayo de 1998, recurso n.º 2561/1995). En otro supuesto, lo que se recurrió fue la desestimación expresa de la solicitud de dos periódicos gallegos de que no fuesen excluidos de las órdenes de inserción de publicidad institucional de la Diputación provincial de Lugo (STS de 4 de octubre de 2002, recurso n.º 62/1993). En otro caso, el acto recurrido fue la resolución del Gobierno de Canarias de la solicitud de una emisora de radio en la que pedía al Gobierno autonómico que concretara las razones por las que dicha emisora había sido excluida de una campaña institucional y justificara la imposibilidad, por razones económicas, de insertar publicidad en todas las emisoras de radio de las islas (STS de 19 de noviembre de 2002, recurso n.º 3415/1999). Por último, en la STS de 14 de junio de 2010, se planteó la cuestión de si era una actividad impugnable la campaña publicitaria de la Generalitat de Cataluña «1000 días de Gobierno», que se había recurrido por considerar que vulneraba la prohibición legal de realizar campañas institucionales con la finalidad de destacar los logros del Gobierno. En este caso, la Generalitat alegó que el recurso debía ser inadmitido por falta de acto administrativo expreso. El Tribunal Superior de Cataluña, primero, y el Tribunal Supremo, después, entendieron que la actuación impugnada era recurrible por considerar que los distintos anuncios que daban a conocer los logros de los Departamentos del Gobierno catalán no eran sino la materialización de un acto tácito que sería la decisión del Gobierno de llevar a cabo la campaña «institucional» de que se trataba (STS de 14 de junio de 2010, recurso n.º 4871/2009).

Esa es, en mi opinión, la perspectiva correcta, es decir, entender que hay actos administrativos expresos (adjudicaciones de contratos o desestimaciones de solicitudes de atribución de publicidad institucional) o tácitos (los propios anuncios como actos que materializan una decisión administrativa previa), pero no la de considerar que la exclusión de una emisora de radio de la publicidad institucional constituye una vía de hecho, como afirma la STC 104/2014. Es cierto, aunque la propia Sentencia siembra alguna duda sobre ello, que el Tribunal Constitucional se encuentra con un proceso que, en las dos instancias, ha tenido por objeto «la vía de hecho» consistente en la exclusión de la emisora de radio de la publicidad institucional del Ayuntamiento, pero no lo es menos que el Tribunal Constitucional podría haber hecho alguna observación crítica al respecto y, en todo caso, no debería haber «anulado» lo que el propio Tribunal asume que es una vía de hecho.

Y cuando digo que la propia Sentencia del Tribunal Constitucional siembra alguna duda sobre si el objeto del recurso, en la jurisdicción ordinaria, fue o no, realmente, la vía de hecho y, sobre todo, la vía de hecho consistente en la exclusión del recurrente en amparo de la campaña publicitaria, como dice el Tribunal Constitucional, es porque la propia Sentencia, en el apartado 2.º de los Antecedentes, afirma que «los hechos de los que trae causa la demanda son, en síntesis, los siguientes: a) la sociedad demandante de amparo interpuso recurso contencioso-administrativo por los trámites del procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales denunciando *la inactividad* de la Administración local demandada frente al requerimiento formulado por medio de escrito de 10 de noviembre de 2009...». Aun-



que también es verdad que, pese a ello, el Tribunal Constitucional, en los Antecedentes de su sentencia, dice que en el suplico de la demanda del recurso contencioso-administrativo se pedía «la nulidad de *la vía de hecho* en la asignación discriminatoria de la publicidad institucional, el cese de la misma y una reparación económica...».

No he tenido acceso a la sentencia dictada en primera instancia por el Juzgado de Castellón, pero por lo que se dice en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 22 de mayo de 2012 (11), dictada en apelación, el recurso se debió plantear desde el principio contra la vía de hecho, pues solo así se explica que el Juzgado lo inadmitiera por considerarlo fuera del plazo establecido en el artículo 46.3 de la LJCA, referido, como se sabe, al plazo para interponer los recursos contra vías de hecho. El Tribunal Superior de Justicia de Valencia, por su parte, rechazó la inadmisibilidad del recurso por entender que había «una vía de hecho administrativa de carácter continuado en virtud del otorgamiento de campañas publicitarias radiofónicas con discriminación de la parte apelante».

Probablemente en este punto radique el problema de considerar —de forma forzada e incorrecta, en mi opinión— que lo acaecido en este caso constituye una vía de hecho. Como ya he dicho, a mi juicio, en este caso no sólo no hubo vía de hecho, sino que tampoco hubo inactividad, en el sentido técnico del término. Hubo actos administrativos expresos (adjudicación de contratos de publicidad a las otras emisoras (12)) y, de no haberlos habido, habría que considerar que hubo actos administrativos tácitos, es decir, anuncios que habrían materializado una decisión previa del Ayuntamiento de atribuir publicidad institucional a dos emisoras locales. Tanto en un caso como en otro, al tratarse de actos administrativos, se tenían que haber respetado los plazos legalmente establecidos para interponer el recurso. No se hizo así (13) y quizás, por ello, se forzó, desde el principio, la calificación del objeto del recurso para acogerse al criterio que finalmente terminaría aplicando el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de considerar (en mi opinión, en contra de la dicción literal del artículo 46.3 de la LJCA) que la doctrina jurisprudencial que interpreta que el plazo de seis meses del artículo 46.1 de la LJCA no puede entenderse precluido cuando lo que se recurre es el silen-

---

(11) Recurso n.º 686/2011.

(12) En el apartado tercero de los Antecedentes de la Sentencia, al resumir el contenido de la demanda de amparo, el Tribunal Constitucional afirma que, entre los indicios de discriminación que había aportado la recurrente, figura «la incontrovertida adjudicación publicitaria (1.348.286,19 euros) mediante contratos menores por parte del Ayuntamiento demandado».

(13) Según puede leerse en los apartados 2.a) y 7 de los Antecedentes de la STC 104/2014, la recurrente no efectuó hasta el 10 de noviembre del 2009 su requerimiento de cesación de la vía de hecho, cuando su pretensión era que se pusiera fin a una situación que se inició en noviembre de 2004. No obstante, y tras haber quedado acreditado en el expediente que le había sido atribuida publicidad institucional en dicho período (concretamente hasta abril del 2008), la recurrente modificó su pretensión y la circunscribió al período 2008-2009. La demanda —siempre según la exposición que se hace de los Antecedentes en la STC 104/2014— se presentó ante el Juzgado de Castellón el 23 de febrero de 2010.

Dicho lo cual, es claro que el recurso estaba interpuesto fuera de plazo, pues la recurrente efectuó el requerimiento de cesación el 10 de noviembre de 2009 y presentó la demanda el 23 de febrero de 2010, cuando, como es sabido, de acuerdo con el artículo 46.3 de la LJCA, los recursos contra vías de hecho deben interponerse en el plazo de diez días desde que transcurran los diez que la Administración tiene para atender el requerimiento (artículo 30 de la LJCA).

cio negativo, debe aplicarse, por identidad de razón, a los supuestos de actuación constitutiva de vía de hecho (14).

### III. La vulneración del derecho a la igualdad en conexión con el derecho a comunicar y recibir información

Como he advertido desde el principio de este comentario, la cuestión de la calificación de la actividad administrativa objeto de recurso como vía de hecho no es el aspecto más importante de la STC 104/2014, pues lo que constituye el centro de interés de este pronunciamiento del Tribunal Constitucional es su doctrina sobre el derecho a la igualdad y la libertad de información, en relación con la denominada «publicidad institucional» (15).

Lo que ocurrió en el supuesto que ha dado lugar a la STC 104/2014 puede quedar resumido en los siguientes términos: en el año 2008, período al que se circunscribe la demanda, el Ayuntamiento de Castellón dejó de contratar publicidad institucional con la emisora recurrente en amparo (*Radio Castellón* de la cadena SER) (16). La publicidad institucional municipal fue contratada con Onda Cero y la COPE, justificándolo el Ayuntamiento en que las tarifas de la SER eran notablemente superiores a las de las otras cadenas; concretamente un 33% más que las de Onda Cero y un 50% más que las de la COPE.

El Tribunal Superior de Justicia, en su Sentencia de 22 de mayo de 2012, desestimó el recurso de la emisora de la cadena SER por entender que la recurrente no había aportado un término de comparación válido, puesto que había quedado acreditado en el proceso que sus tarifas eran notablemente superiores a las del mercado; luego

(14) El Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en el Fundamento de Derecho segundo de su Sentencia de 22 de mayo de 2012, afirma lo siguiente: «...mientras dicho comportamiento continúe, cabría razonar que la posible vulneración de derechos fundamentales continúa en el tiempo y puede actuarse contra la misma en cualquier momento. Así lo declara con reiteración la doctrina del Tribunal Supremo [...] según la cual «estándose en presencia de una actividad e incumplimiento continuados, tal plazo permanece abierto mientras la situación —de ilegalidad, como veremos— continúe o permanezca». Doctrina seguida asimismo por el TSJ del País Vasco en sentencia de 6 de noviembre de 2007 [...] y de Andalucía en sentencia de 30 de noviembre de 2009 [...] en la que se declara: «Y por lo que se refiere a la denunciada extemporaneidad esta misma Sección ya se ha pronunciado anteriormente en el sentido de que si la doctrina jurisprudencial ha interpretado que en los supuestos de interposición del recurso jurisdiccional contra la desestimación presunta por silencio administrativo no cabe interpretar el artículo 46.1 LJCA en el sentido de que el plazo de seis meses para la interposición no puede entenderse precluido, quedando siempre abierta la posibilidad de recurrir al equiparar la desestimación por silencio a los supuestos de notificación defectuosa, la Sala concluye que, por la identidad de razón concurrente, en los supuestos de actuación material constitutiva de vía de hecho, cuya esencia es una actuación de la Administración desprovista de la necesaria habilitación legal o carente de formalidad procedimental alguna, no cabe hacer una interpretación estricta del cómputo del plazo de 20 días previsto por el artículo 46.3 LJCA, máxime si tenemos en cuenta que lo que la recurrente denuncia es una actuación continuada de la Administración, integrada por una sucesión de actuaciones constitutivas de vía de hecho».

(15) Ley 29/2005, de 29 de diciembre, de *Publicidad y Comunicación Institucional* y, a los efectos de este caso, Ley 7/2003, de 20 de marzo, de *Publicidad Institucional de la Comunidad Valenciana*.

(16) En el apartado 7 de los Antecedentes de la Sentencia se afirma, al resumir las alegaciones del Fiscal, que «ha quedado acreditado que el Ayuntamiento de Castellón de la Plana contrataba con la recurrente publicidad institucional hasta el mes de abril del año 2008 en cuantías relevantes; que desde ese momento no ha ingresado cantidad alguna por ese concepto; y que al menos otras dos emisoras de radio (la Cadena COPE y Onda Cero de Castellón) han concertado publicidad institucional desde el mes de abril de 2008 con ese mismo Ayuntamiento».

no podía compararse, a efectos del juicio de igualdad, con las otras dos emisoras que sí habían recibido publicidad institucional en ese período de tiempo.

Tras formular incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, la emisora de radio interpuso recurso de amparo por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) y a la igualdad (artículo 14), en relación con la libertad de expresión e información (artículo 20.1.a y d CE). El Tribunal Constitucional, como ya he adelantado, entendió que, efectivamente, la Administración municipal había vulnerado el derecho de la recurrente a la igualdad, en relación con la libertad de información.

Llama la atención que lo que terminaría siendo el elemento central de la argumentación del Tribunal Constitucional en esta Sentencia —la relación de la publicidad institucional con la libertad de información— estuviera del todo ausente en el debate que se produjo en la vía judicial ordinaria previa al recurso de amparo. Y digo esto porque, aunque la recurrente invocó en el proceso contencioso-administrativo «la libertad de expresión y de opinión (artículo 20 CE)» (17), ni en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia ni en su voto particular se hace la menor alusión —ni explícita, ni implícita— a las libertades del artículo 20 CE (18). El artículo 20 CE tampoco estuvo presente en el incidente de nulidad de actuaciones, que se formuló, exclusivamente, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE) y a la igualdad y no discriminación (artículo 14 CE) (19); ni tampoco, finalmente, en las alegaciones del Fiscal, en el recurso de amparo, quien interesó su otorgamiento por vulneración del derecho a la no discriminación o, subsidiariamente, del derecho a la igualdad de trato, pero sin hacer la menor alusión a las libertades de información del artículo 20 CE.

El hecho de que a pesar de que nada dijese la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia sobre la libertad de información, ni tampoco se intentase remediar esa falta de pronunciamiento mediante el incidente de nulidad de actuaciones, el Tribunal Constitucional no haya visto en ello un obstáculo para otorgar el amparo por vulneración (también) de los derechos del artículo 20 CE, quizás pueda explicarse porque, a efectos de la debida invocación previa de la lesión de los derechos fundamentales, lo importante es que, en este caso, la de la libertad de información nunca se planteó como una vulneración autónoma, sino vinculada a —e inseparable de— la vulneración del derecho a la igualdad. Dicho ello, y considerando razonable que el Tribunal Constitucional haya entendido cumplido el requisito procesal de la debida invocación del Derecho fundamental lesionado y del correspondiente agotamiento de la vía previa respecto del mismo, no he querido dejar de poner de relieve este aspecto porque no deja de llamar la atención que lo que no fue objeto de la menor consideración en la vía procesal previa, acabara por convertirse en el elemento determinante del otorgamiento del recurso de amparo. Y digo determinante porque, de no haber estado en juego el artículo 20 CE, tal y como lo ha interpretado el Tribunal Constitucional en esta Sentencia, es dudoso, en mi opinión, y por las razones que expondré a continua-

---

(17) Así se afirma en el apartado 2.a) de los Antecedentes de la STC 104/2014.

(18) Incluso, en el Voto particular del Magistrado F. Nieto Martín, que es más detallado, en cuanto a antecedentes, que la propia Sentencia, se dice que en el proceso «el derecho alegado era el de igualdad de trato (artículo 14 CE)». Por tanto, ni siquiera menciona que el recurrente hubiera planteado su recurso por vulneración del artículo 14 CE en relación con el artículo 20 CE.

(19) Apartado 2.c) de los Antecedentes de la STC 104/2014.

ción, que se hubiese podido considerar vulnerado el derecho a la igualdad cuando, como se recordará, la diferencia de trato estuvo basada en un criterio tan objetivo y tan justificado, en términos de eficacia y eficiencia administrativa, como es el del menor coste de la publicidad en unas emisoras y en otra.

De hecho, resulta muy significativo a este respecto que en las ocasiones en las que el Tribunal Supremo ha estimado los recursos de medios de comunicación por haber sido excluidos de la contratación de publicidad institucional, lo ha sido por considerar vulnerado su derecho a la igualdad, sin más, esto es, sin ponerlo en conexión con el artículo 20 de la CE. Por otro lado, y estrechamente vinculado a ello, el Tribunal Supremo ha considerado que supone una infracción del derecho a la igualdad excluir a un medio de comunicación de la contratación de una campaña institucional cuando este tenga una tirada superior a otros y sus tarifas no sean superiores a las del mercado (20).

### **III.1. La publicidad institucional y el derecho a comunicar y recibir información veraz a través de los medios de comunicación**

Si, como es sabido, la publicidad comercial está amparada por la libertad de expresión (21), a partir de la STC 104/2014 se puede afirmar que la publicidad institucional está amparada por la libertad de información. Esto es, la publicidad consistente en anuncios o mensajes de los entes públicos que tengan como objetivo alguno de los muchos que le son propios y característicos (22), se considera por el Tribunal Constitucional que forma parte de las libertades consagradas por el artículo 20 CE.

Entiende, en efecto, el Tribunal que «la publicidad institucional es una concreción de la comunicación pública que pone en relación a los poderes públicos con los ciudadanos a través de los medios de comunicación social», y que, desde la perspectiva constitucional, en ese concreto recurso de amparo que resuelve su Sentencia, poseen relevancia dos vertientes de las libertades del artículo 20.1.d) CE, a saber: «a) el

(20) SSTS de 13 de marzo de 1991, RJ 1991, 2278; de 14 de enero de 1988, RJ 1988\274 y de 8 de julio de 1987, RJ 1987\5273.

(21) *vid.* PINA SÁNCHEZ, C. y MESA, C., «El derecho a la comunicación comercial», en *Estudios sobre la Ley General de Comunicación Audiovisual*, CHINCHILLA, C. y AZPITARTE, M., Coordinadores, Aranzadi 2011, pp. 255 y ss.

(22) No se considera publicidad institucional la publicidad comercial; ni tampoco la electoral; ni, finalmente, los actos por los que los entes públicos publiquen resoluciones y trámites de su actividad estrictamente administrativa (convocatoria de procesos de concurrencia; edictos; trámites de información pública etc).

A tenor de lo establecido en el artículo 3 de la Ley 29/2005, de 29 de diciembre, *de Publicidad y Comunicación Institucional*, los objetivos de las campañas institucionales de publicidad y comunicación son: a) promover la difusión y conocimiento de los valores y principios constitucionales; informar a los ciudadanos de sus derechos y obligaciones legales, de aspectos relevantes del funcionamiento de las instituciones públicas y de las condiciones de acceso y uso de los espacios y servicios públicos; informar a los ciudadanos sobre la existencia de procesos electorales y consultas populares; difundir el contenido de aquellas disposiciones jurídicas que, por su novedad y repercusión social, requieran medidas complementarias para su conocimiento general; difundir ofertas de empleo público que por su importancia e interés así lo aconsejen; advertir de la adopción de medidas de orden o seguridad públicas cuando afecten a una pluralidad de destinatarios; anunciar medidas preventivas de riesgos o que contribuyan a la eliminación de daños de cualquier naturaleza para la salud de las personas o el patrimonio natural; apoyar a sectores económicos españoles en el exterior, promover la comercialización de productos españoles y atraer inversiones extranjeras; difundir las lenguas y el patrimonio histórico y natural de España; y comunicar programas y actuaciones públicas de relevancia e interés social.

derecho de los ciudadanos a recibir la información de interés general que emane de los poderes públicos en condiciones de igualdad y no discriminación; b) los derechos de los medios de comunicación social con ocasión de la contratación y difusión de esa información pública».

Por lo que se refiere a la primera de las dos vertientes del derecho del artículo 20.1.d) CE —el derecho de los ciudadanos a recibir información veraz— el Tribunal parte de identificar, sin más, información con publicidad institucional y, por consiguiente, a entender que la misma función constitucional cumple la información, entendida como noticia o hecho de interés o relevancia públicos, que una campaña institucional, tenga esta el contenido que tenga. Pues según el Tribunal, la comunicación pública, incluida la publicitaria,

«debe asegurar la relación de la Administración con los ciudadanos a través de las políticas de comunicación que fomenten su información sobre la esfera pública, el debate social, su participación crítica en la *res publica*, la corresponsabilidad ciudadana y el control de la acción administrativa, evitando lo que se han denominado asentimientos pasivos y comportamientos acclamativos, impulsando la transparencia frente a las zonas de secreto, mejorando la imagen de las instituciones y fortaleciendo su identidad, así como la eficacia de los servicios públicos».

No estoy segura de que a las campañas de publicidad institucional, que lo mismo recuerdan la necesidad de presentar la declaración de la renta en plazo, que promocionan la compra de bonos del Estado o invitan a conocer las bellezas naturales o arquitectónicas de una ciudad o de una Comunidad Autónoma, se les pueda atribuir, sin caer en la exageración, la importante función de fomentar la participación crítica en la *res publica*, la corresponsabilidad ciudadana y el control de la acción administrativa... Nada más y nada menos que todo eso.

No quiero decir con ello que la publicidad institucional sea completamente ajena a las libertades del artículo 20.1.d) CE, pues, en efecto, se trata de actos de comunicación cuyo contenido ha de tener siempre, y por definición, interés público<sup>(23)</sup>, pero de ahí a atribuirle idéntica función que a la comunicación de información, entendida como hecho noticiable, y a afirmar que, al igual que la información y la expresión libre de ideas y opiniones, la publicidad institucional contribuye a garantizar la existencia de una opinión pública libre, hay un trecho que, en mi opinión, el Tribunal debería haber salvado exponiendo razones y argumentos y no, simplemente, afirmando que la publicidad institucional cumple una serie de tareas, a cual más importante, que, en mi opinión, es más que dudoso que las cumpla<sup>(24)</sup>.

---

(23) Según el artículo 3.2 de la Ley 29/2005, «las campañas institucionales de publicidad y de comunicación se desarrollarán exclusivamente cuando concurren razones de interés público...»

(24) Por otro lado, la construcción que en esta Sentencia se realiza, y sin la cual no creo que hubiese podido otorgarse el amparo, lleva a la paradoja de afirmar que en la publicidad institucional están en juego dos vertientes del derecho fundamental del artículo 20.1.d) CE —el derecho de los medios a comunicar libremente información y el derecho de los ciudadanos a recibirla— sin que, sin embargo, pueda hablarse de un derecho de quien genera esa información a comunicarla, pues en ningún caso dice el Tribunal Constitucional que los entes públicos, con sus campañas de publicidad institucional, estén ejerciendo un pretendido derecho fundamental a comunicar información veraz a través de los medios de comunicación.

Pero la vinculación existente, según el Tribunal Constitucional, entre la publicidad institucional y las libertades del artículo 20.1.d) CE no se agota, como ya he advertido, en el derecho de los ciudadanos a recibir publicidad institucional, como la «información neutral, objetiva y veraz» que es o debería ser siempre (25), sino que se extiende también al derecho a comunicar dicha información del que son titulares los medios de comunicación.

Según el Tribunal, los artículos 14 y 20.1.a) y d) CE (26), se concretan en el derecho de los medios de comunicación «a un trato igualitario y no discriminatorio en la asignación publicitaria», así como «en la necesidad de evitar incidencias negativas en el ejercicio de su función informativa». Expresión esta última («evitar incidencias negativas») que, en contra de lo que podría parecer a primera vista, no está aludiendo al mandato constitucional de que los poderes públicos se abstengan de llevar a cabo intromisiones ilegítimas en el ejercicio de la libertad de expresión y de información, sino, más bien, a un deber —en positivo— de las Administraciones públicas de garantizar la libertad, la independencia y el desarrollo de los medios de comunicación en régimen de concurrencia competitiva. Y es que el punto de conexión entre la existencia de medios de comunicación libres e independientes y actuando en régimen de competencia, por un lado, y el reparto equitativo de la publicidad institucional, por otro, como algo que la Constitución impone, se encuentra, según el Tribunal Constitucional, en «las necesidades de financiación de los medios de comunicación» o, dicho con otras palabras, en la necesidad de asignar de forma equitativa los recursos económicos de publicidad institucional entre los medios de comunicación como forma o instrumento de garantizar su independencia y hasta su propia supervivencia (27).

Dicho lo cual, el Tribunal concluye que puesto que la contratación de publicidad institucional tiene consecuencias sobre la financiación de los medios de comunicación y dichas consecuencias afectan a la independencia e, incluso, propia subsistencia de los medios de comunicación, resulta claro que la asignación de publicidad institucional afecta, de forma «siquiera mediata», al contenido primario del artículo 20 CE, habida cuenta de que «las libertades allí consagradas entrañan el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático».

(25) según el artículo 3.4 de la Ley 29/2005, «las campañas institucionales se ajustarán siempre a las exigencias derivadas de los principios de interés general, lealtad institucional, veracidad, transparencia, eficacia, responsabilidad, eficiencia y austeridad de gasto».

(26) La Sentencia no es del todo clara y precisa a la hora de concretar en qué contenido del artículo 20 de la CE se inserta la emisión de publicidad institucional. Aunque a lo largo de la sentencia, incluido su fallo, el Tribunal parece inclinarse por la libertad de información, en su Fundamento de Derecho 4, donde desarrolla la argumentación que estoy exponiendo, cita el artículo 20.1 a) —libertad de expresión— y el d) —libertad de información—.

(27) Así, se afirma en el Fundamento de Derecho 4 que la concurrencia competitiva es un factor que «no es en absoluto ajeno ni indiferente a las decisiones de gasto público adoptadas en la asignación de recursos económicos de publicidad institucional entre los medios de comunicación» y que los principios de objetividad, publicidad y libre concurrencia de los medios de comunicación no son extraños a la garantía del pluralismo, ni puede desconectarse éste de las necesidades de financiación de los medios de comunicación, pues un trato público peyorativo en la contratación, injustificado, voluntarista o selectivo (artículo 14 CE, primer inciso) o discriminatorio por razón ideológica, de tendencia u opinión (segundo inciso del precepto), podría condicionar su independencia o incluso su propia supervivencia».

Así pues, y recapitulando, la Constitución garantiza el derecho de los medios de comunicación a recibir un trato igualitario y no discriminatorio en la asignación de publicidad institucional por parte de los poderes públicos. Sería, por tanto, según cabe interpretar esta Sentencia, un derecho fundamental a la igualdad en la contratación de publicidad institucional (artículo 14 CE), como medio o instrumento de garantía de otro derecho fundamental, complejo y plural en su contenido(28), que es el que consagra el artículo 20.1.d) CE y que, como es sabido, no solo está integrado por una vertiente subjetiva —a su vez de doble contenido: el derecho de los medios a comunicar información veraz y el derecho de los ciudadanos a recibirla—, sino también por una vertiente objetiva o institucional que garantiza la formación de una opinión pública libre.

Precisamente porque existe esta vertiente objetiva o institucional en el artículo 20.1.d) CE puede sostenerse, como hace el Tribunal Constitucional, en esta importante sentencia, que en la contratación de publicidad institucional por parte de los poderes públicos está en juego algo más que el derecho a la igualdad, pues si así no fuera, difícilmente podría considerarse que existe vulneración de los derechos fundamentales del recurrente en una decisión administrativa de no contratar publicidad con una emisora de radio debido a los altos precios de sus espacios publicitarios. Quiero decir con ello que si, en el caso enjuiciado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 104/2014, solo estuviera en juego el derecho a ser tratado por las Administraciones públicas en condiciones de igualdad, no estaríamos más que ante una contratación administrativa acorde con la legislación de contratos, donde rige el criterio de elegir «la oferta económicamente más ventajosa» (29); así como de la legislación en materia de publicidad institucional donde rigen principios como el de «eficiencia y austeridad en el gasto» (artículo 3.4 de la Ley 29/2005), o el de la necesidad de asignar la publicidad institucional atendiendo, entre otros criterios, «al coste de las inserciones publicitarias» (artículo 7.2 de la Ley valenciana 7/2003).

Por qué se otorgó el amparo apreciando que se había vulnerado el derecho a la igualdad de la recurrente, en relación con el derecho a la libertad de información, en un caso en el que, como ya he dicho, la única razón para excluirla de las campañas de publicidad institucional de ese año había sido que sus costes eran los más altos del mercado radiofónico de la ciudad, es una pregunta cuya respuesta expondré y analizaré en el epígrafe siguiente, debiendo advertir, desde este momento, que es en este punto donde radica la parte más discutible o menos convincente de esta sentencia.

### **III.2. El elevado precio de las tarifas como un criterio constitucionalmente no admisible para excluir a una emisora de radio de la contratación de publicidad institucional**

La emisora *Radio Castellón* había alegado en su recurso de amparo la vulneración del principio de igualdad en el reparto de la publicidad institucional, vinculado «al con-

---

(28) Me remito a lo que sobre ello he expuesto en mi libro *La Radiotelevisión como servicio público esencial*, Tecnos, 1988, p. 42 y ss.

(29) Artículos 1 y 150, entre otros, de la *Ley de Contratos del Sector público*, Real Decreto Legislativo 3/2011.

dicionamiento indirecto de los medios de comunicación» (30). En concreto, denunciaba haber sufrido discriminación por razones ideológicas y, en general, haber sido objeto de un trato desigual respecto de las otras cadenas que sí habían tenido publicidad institucional en el período de tiempo en el que la recurrente no la tuvo.

El Tribunal Constitucional descartó que se hubiera vulnerado su derecho a no sufrir trato discriminatorio por razones ideológicas, por entender que la recurrente no había aportado indicios suficientes como para acreditar que la decisión del Ayuntamiento se hubiera debido a razones ideológicas. Ello descartado, y —dirá el Tribunal— «con independencia de que puedan sembrarse dudas sobre la concurrencia de factores solapados, ideológicos o de otro tipo» (expresión esta que me parece innecesaria e injustificada (31)), lo que sí se aprecia es la existencia de «un desigual trato que no cumple los mandatos constitucionales de objetividad y proporcionalidad» y, por consiguiente, la vulneración del derecho a la igualdad, en su vertiente de cláusula general de igualdad, es decir, como derecho a obtener un trato igual en el reparto de la publicidad institucional.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal parte de su doctrina sobre el derecho a la igualdad, como cláusula general, y reitera que no toda desigualdad de trato supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan solo la que implique tratar de forma desigual situaciones iguales sin una justificación «objetiva y razonable». Además, es necesario que las consecuencias jurídicas que se deriven de la diferencia de trato sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen —concluye el Tribunal— «el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad».

Así, pues, objetividad que justifique la diferencia de trato ante la igualdad de situaciones, por un lado, y proporcionalidad en las consecuencias del trato diferenciado, por otro, es lo que el Tribunal Constitucional tenía que comprobar si existió o no en la adjudicación de publicidad institucional a unas emisoras —Onda Cero y COPE— y no a otra, la SER.

Y eso es lo que va a hacer el Tribunal Constitucional, no sin antes advertir que en «este complejo supuesto» no puede sortearse la conexión «siquiera mediata» que la actuación municipal tiene con la función institucional de los medios de comunicación, así como los principios constitucionales y legales de la actuación administrativa (objetividad, sometimiento pleno a la legalidad e interdicción de la arbitrariedad).

(30) Apartado 3.º de los Antecedentes de la Sentencia. En este apartado se dice expresamente que el recurrente había hecho tal planteamiento con cita de los artículos 14 y 20 CE.

(31) Considero que el inciso entrecomillado es innecesario porque nada añade a la argumentación del Tribunal, ya que es evidente que para decir que cuando se da un trato desigual, sin razones objetivas y proporcionadas que lo justifique, se vulnera el principio general de igualdad y que, por tanto, se vulnera igual si el medio tiene menor audiencia, como si la tiene mayor, y tanto si tiene una ideología como si tiene otra, no es necesario aclarar que ello es así «con independencia de que puedan sembrarse dudas sobre la concurrencia de factores solapados, ideológicos o de otro tipo». Por otro lado, no queda claro si el Tribunal, con ese inciso, está queriendo decir que hay algo en las actuaciones —por lo demás, no reflejado en la Sentencia— que haya podido sembrar la duda de que en la decisión del Ayuntamiento de Castellón han concurrido «factores solapados, ideológicos o de otro tipo». Es decir, no sabemos si al Tribunal Constitucional le ha quedado alguna duda al respecto, lo que de ser así, no debería haberlo manifestado o, simplemente, lo que trata de decir, gratuitamente, como ya he razonado, es que cuando se recibe un trato desigual sin razones que lo justifique se vulnera la igualdad, con independencia de que, además, se puedan sembrar dudas sobre la existencia de factores solapados de discriminación, ideológicos o de cualquier otro tipo.



En términos más concretos, lo que el Tribunal Constitucional tenía que determinar en este asunto es si el criterio por el que el Ayuntamiento decidió no contratar publicidad institucional con la emisora recurrente en amparo (el elevado precio de sus tarifas) es un criterio constitucionalmente admisible para justificar la diferencia de trato.

Y el Tribunal responderá de forma negativa, concluyendo que se ha excluido de la publicidad institucional a un medio de comunicación particularmente relevante en función de su implantación y audiencia «*sin justificación administrativa alguna que objective la decisión de conformidad con la pluralidad de elementos concurrentes*» «*y per mitema someterla a una juicio de razonabilidad y proporcionalidad*».

Al margen de que en los pronunciamientos que integran el Fundamento de Derecho 8 de la Sentencia, haya alguna afirmación un tanto excesiva («*sin justificación administrativa alguna que objective la decisión...*»), y al margen también de que el Tribunal Constitucional insista en negarle «objetividad» al criterio del elevado precio de las tarifas, cuando había quedado acreditado que las mismas eran las más altas del mercado radiofónico de la ciudad y, más concretamente, que eran un 33% más caras que las de Onda cero y un 50% superiores a las de la COPE, la lectura íntegra del Fundamento de Derecho 8 de la Sentencia permitiría concluir, en mi opinión, que, en realidad, el Tribunal Constitucional no censura el criterio del precio de las tarifas, determinante de la diferencia de trato, por no ser objetivo, sino más bien por no ser suficiente para excluir a la emisora de que se trata de la contratación de publicidad institucional.

Antes de seguir adelante con las reflexiones críticas sobre el juicio de igualdad llevado a cabo por el Tribunal Constitucional en esta Sentencia, considero imprescindible transcribir su fundamento de Derecho 8, con el fin de que podamos preguntarnos con conocimiento de causa si el Tribunal ha aplicado, estrictamente, el test de la diferencia justificada en un criterio objetivo y razonable o, por el contrario, ha ido más allá de eso, exigiendo a las Administraciones públicas una circunstanciada y agotadora ponderación de todos —absolutamente todos— los elementos que, en teoría, pueden ser tomados en consideración por una Administración pública a la hora de elegir en qué medios de comunicación inserta sus campañas de publicidad institucional. Razona así, el Tribunal Constitucional, en su sentencia:

«Ha quedado constatada una serie de hechos relevantes: que la actora cuenta con la máxima audiencia radiofónica en el territorio de referencia y que durante años se dieron relaciones de contratación entre la recurrente y la Administración demandada en el proceso, hasta que en 2008 cesó la atribución de campañas publicitarias. No hay prueba ni motivación alguna, en cambio, sobre otros elementos, señaladamente: que la decisión adoptada a partir del año 2008 estuviera fundada en una variación desmedida de las tarifas de la cadena Ser; que la ratio comparativa tarifaria con las otras cadenas radiofónicas se hubiera alterado en esa fecha de manera significativa; que un estudio de impacto, en función de costes por *ratio* de oyentes o factores similares, o por franjas horarias, explicara un exceso inasumible en el gasto.

Nada se dice, en efecto, de la ruptura del criterio manifestado por el precedente administrativo, ni hay consideraciones sobre el hecho de que las más altas tarifas pudieran eventualmente estar motivadas por la mayor difusión del medio líder de audiencia. Ni se aporta tampoco objeción

fundada en la incompatibilidad de Radio Castellón S.A. con la dignidad de la Corporación local; menos aún de que por su titularidad, ideario o contenido pudiera quedar vinculado con posiciones o actividades que lesionen o apoyen la violación de los valores constitucionales o los derechos humanos o promuevan o induzcan a la violencia, el racismo u otros comportamientos contrarios a la dignidad humana, como apunta el artículo 6 de la Ley autonómica 7/2003 antes citada; ni argumentos fundados en las características de las campañas publicitarias, en los destinatarios de la publicidad, el ámbito e implantación territorial y social del medio, la lengua empleada por éste o la rentabilidad económica de la inversión en función del impacto. Tampoco ha sido razonado por qué el precio superior excluye por completo la inserción de publicidad, en lugar de simplemente limitar o reducir la contratación con esa cadena. Y, por lo demás, la Administración ni siquiera intenta justificar el carácter abusivo de los precios de Radio de Castellón S.A.; concepto aquel, por indeterminado que sea, al que se refiere la normativa autonómica citada, y que sin duda, tras la debida especificación por la Corporación local, podría condicionar su actuación y decisiones de gasto.

A falta de ello sólo se ofrece una motivación apodíctica, careciendo de razonable fundamentación calificar un precio como superior sin efectuar una medición económica ligada a la audiencia y repercusión social o al índice de impacto del medio. Que un precio sea superior en términos de gasto por cuña no significa que lo sea en términos de proporcionalidad del gasto, como tampoco implica que sea abusivo, cuando no existe una unificación de costes.

Falta, en definitiva, una justificación que objetive la decisión y permita someterla a un juicio de razonabilidad y proporcionalidad. Y en ausencia de ello no está justificada la eliminación de Radio Castellón S.A. del reparto equitativo de la publicidad institucional. Con ese trato desigual, el Ayuntamiento de Castellón de la Plana, sin razones aptas conocidas, limita a una parte muy representativa de ciudadanos la información que aquel ente público considera necesario transmitir, y a la recurrente sus fuentes previsibles de financiación, con los efectos aparejados ya descritos ex artículo 20 CE.

Tan inadmisibles resulta desprestigiar el elemento económico, pues los entes públicos deben velar por un adecuado gasto público, como excluir de partida a cualquier medio, más cuando lo es de relevancia en función de sus niveles de audiencia, por el hecho de su mayor precio de tarifa, ya que los poderes públicos no pueden desatender otros factores en juego, ni desprestigiar la necesaria igualdad de los medios, la función de pluralismo que despliegan en relación con su viabilidad económica y el objetivo de la publicidad institucional misma. La garantía de la opinión pública libre, que de manera mediata queda con estas prácticas potencialmente comprometida, siquiera en algún modo incidida, obligaba a un examen diferente, integrador de todas las variables en juego, no solamente la económica, medida por lo demás en función del precio formal, sin proyección proporcional de costes en función del impacto mediático de la cuña publicitaria.

Y el resultado apreciable no es sino la carencia de soporte y respaldo en Derecho de la vía de hecho impugnada, resultado que se daría exactamente igual si se perjudicara sin razones objetivas y sin criterios de proporcionalidad a medios de menor audiencia o de cualquier tendencia editorial. En ese escenario, con independencia de que puedan sembrarse dudas sobre la concurrencia de factores solapados, ideológicos o de otro tipo, de lo que queda constancia es de un desigual trato que no cumple los mandatos constitucionales de objetividad y proporcionalidad.

Cabe concluir, por consiguiente, que es contrario al artículo 14 CE la exclusión absoluta de la inserción de publicidad institucional en un medio de comunicación, particularmente relevante en función de su implantación y audiencia, sin justificación administrativa alguna que objetive la decisión de conformidad con la pluralidad de elementos concurrentes. La vía de hecho del Ayuntamiento, por tanto, resulta contraria al principio de igualdad (artículo 14 CE)».

La lectura del Fundamento de Derecho que he transcrito permite extraer, a mi juicio, tres criterios o reglas generales que paso a enunciar de forma sucinta y alterando el orden en el que están expuestos en la Sentencia:

- es inadmisibles excluir de la publicidad institucional a cualquier medio solo por el hecho de que sus tarifas tengan un precio superior al de otros medios.
- no es razonable calificar un precio como superior sin efectuar una medición económica ligada a la audiencia y repercusión social o al índice de impacto del medio.
- la garantía de la opinión pública libre, que de manera mediata queda potencialmente comprometida con estas prácticas, obliga a la Administración a hacer un examen que integre todas las variables en juego.

De lo dicho cabe deducir que para el Tribunal Constitucional el «examen» que la Administración tiene que hacer a la hora de seleccionar con quién contrata la publicidad institucional es un examen «diferente» y más exigente que el que deriva, con carácter general, del derecho a la igualdad de trato. Tan exigente que, en mi opinión, cabría pensar que el Tribunal Constitucional está invirtiendo la carga de la prueba, como si de un supuesto de discriminación se tratase. Y todo ello por entender el Tribunal que, en estos casos, no está en juego solamente la igualdad, sino la garantía de la opinión pública libre, por más que se reconozca que la relación entre la asignación de publicidad institucional y la garantía de la opinión pública libre no es una relación directa, sino indirecta e, incluso, débil, como se deduce de las palabras del propio Tribunal al decir —no sin cierta ambigüedad— que con estas decisiones administrativas la garantía de la opinión pública libre queda «de manera mediata comprometida o siquiera en algún modo incida».

Determinar cuál tiene que ser el alcance de ese examen que el Tribunal Constitucional ha calificado de «diferente», y que yo me he permitido calificar, también, de *más exigente*, no resulta sencillo a la luz de lo expuesto en esta Sentencia, salvo que la misma sea interpretada en un sentido maximalista, es decir, entendiendo que lo que el Tribunal exige, para superar el canon de la igualdad en la exclusión de algún medio de comunicación de las campañas de publicidad institucional, es que se ponderen *todos* los elementos que potencialmente pueden influir en la decisión.

Y digo eso porque el Tribunal no solamente afirma que ha de ser un examen «integrador de todas las variables en juego», sino que, además, efectivamente, hace una larga y detallada enumeración de las circunstancias que no estuvieron presentes en la decisión del Ayuntamiento, para terminar concluyendo, sobre la base de ello, que ha habido un trato diferenciado sin «justificación administrativa alguna que objetive la decisión de conformidad con la pluralidad de elementos concurrentes».

Así, y por poner solo algunos ejemplos, argumenta el Tribunal que «no hay prueba ni motivación alguna...sobre que la decisión adoptada...estuviera fundada en una variación desmedida de las tarifas de la cadena SER»; o que «la *ratio* tarifaria con las otras cadenas radiofónicas se hubiera alterado en esa fecha de manera significativa»; o que un estudio de impacto explicara «un exceso inasumible en el gasto». Ni se aporta tampoco —continúa diciendo el Tribunal— «objeción fundada en la incompatibilidad de Radio Castellón, S.A. con la dignidad de la Corporación local»; ni se razona «por qué el precio superior excluye por completo la inserción de publicidad, en lugar de simplemente limitar o reducir la contratación con esa cadena»; ni «la Administración ni siquiera intenta justificar el carácter abusivo de los precios de Radio Castellón S.A.», etc.

No acierto a comprender por qué la Administración ha de quedar constreñida a justificar que los precios de un medio de comunicación le resultan inasumibles o que son abusivos, para no incurrir en una vulneración del derecho a la igualdad. Como tampoco entiendo que el Tribunal reproche al Ayuntamiento que nada diga sobre aspectos que no solamente no tuvieron nada que ver con su decisión de no contratar publicidad institucional con *Radio Castellón*, sino que, además, aparecen definidos en la Ley como supuestos de publicidad prohibida (incompatibilidad con la dignidad de la Corporación local o vinculación con posiciones o actividades contrarias a los valores constitucionales) (32).

Por otro lado, en mi opinión, es más que dudoso que el criterio del alto precio de las tarifas de la recurrente merezca la consideración de «motivación apodíctica que carece de razonable fundamentación», o que la exclusión de esta emisora de la publicidad institucional en aquel período de tiempo se ha llevado a cabo «*sin justificación administrativa alguna que objetive la decisión...*».

¿puede calificarse de «no objetiva» y de «no razonable» la decisión de no contratar publicidad institucional con una emisora de radio por considerar que sus tarifas eran las más caras del mercado, en una proporción tan significativa como la que allí se daba (33% más y 50% más, respecto de las otras dos emisoras)?

En mi opinión, no; ya que los principios que, según la Ley, han de regir la distribución de la publicidad institucional, son los de eficacia, eficiencia y objetividad (33), así como el de «austeridad en el gasto» (34). Siendo ello así, es más que discutible que de una decisión de una entidad pública basada en un criterio económico como es el del alto precio de las tarifas de una emisora de radio, pueda decirse que no es obje-

(32) Artículo 4 de la Ley estatal sobre publicidad institucional, Ley 29/2005 y artículo 5.2 y 6 de la Ley autonómica sobre publicidad institucional, Ley 7/2003.

(33) Artículo 7.1 de la Ley autonómica 7/2003: «La distribución de la publicidad institucional respetará los principios de eficacia, eficiencia y objetividad»

(34) Artículo 3.4 de la Ley estatal 29/2005: «Las campañas institucionales se ajustarán siempre a las exigencias derivadas de los principios de interés general, lealtad institucional, veracidad, transparencia, eficacia, responsabilidad, eficiencia y austeridad en el gasto».

tiva; ni tampoco que no esté basada en la eficacia y en la eficiencia, o en el principio de austeridad en el gasto.

Ciertamente, para respetar esos principios se pueden —y se tienen que— tomar en cuenta varios elementos que la propia Ley enumera (características de los destinatarios de la publicidad; ámbito e implantación territorial y social y nivel de difusión o audiencia de los diversos medios; coste de las inserciones publicitarias y otros (35)), pero, en todo caso, el objetivo a alcanzar tiene que ser —según la Ley— «*la óptima consecución*» de los fines propios de la publicidad institucional.

Y la «óptima consecución» de esos fines pasa, entre otras cosas, por llegar a la máxima audiencia al menor coste para el erario público, razón por la cual no creo que pueda decirse que carece de justificación objetiva y fundamentación razonable que un Ayuntamiento, en tiempos de crisis económica, decida asignar publicidad a dos emisoras locales que tienen tarifas considerablemente más bajas que la que resultó excluida y que no son dos emisoras marginales que carezcan de audiencia. Y frente a la afirmación del Tribunal de que «tampoco se ha razonado por qué el precio superior excluye por completo la inserción de publicidad, en lugar de simplemente limitar o reducir la contratación con esa cadena», se podría responder diciendo que tal decisión podría estar justificada en un criterio de eficiencia, ya que la única forma de evitar pagar las altas tarifas de la cadena excluida hubiera sido contratar con ella espacios publicitarios en franjas horarias de menor audiencia y, en ese caso, la finalidad de llegar al mayor número de oyentes posible no se cumpliría.

#### IV. Consideraciones finales

Dejando al margen la cuestión procesal de la calificación del acto impugnado como vía de hecho, cuestión a la que dediqué la primera parte de este Comentario, la Sentencia del Tribunal Constitucional 104/2014 merece ser destacada por lo novedoso de algunos de sus pronunciamientos, así como por la trascendencia que los mismos tienen respecto de los medios de comunicación social y sus relaciones con los entes públicos, en materia de publicidad institucional.

Comparto el criterio sostenido en esta Sentencia de que hay una relación, si bien, en mi opinión, indirecta y cuantitativamente no muy significativa, entre la publicidad institucional y los derechos del artículo 20, específicamente, con los del apartado 1.d) de dicho precepto. Sin embargo, no creo que la publicidad institucional cumpla idéntica función que la información de carácter general. Concretamente, me parece exagerado atribuir a la publicidad institucional funciones como el fomento de la participación crítica de los ciudadanos en la *res publica* y del control de la acción administrativa.

Así mismo comparto que, al estar implicada, de manera indirecta, la garantía de la opinión pública libre, se deba exigir a la Administración pública una motivación reforzada para excluir a un medio de comunicación de sus campañas publicitarias, especialmente si ese medio es el de mayor audiencia en el ámbito territorial de que se trate.

Pero creo, igualmente, que excluir de la publicidad institucional al medio que supera con mucho el precio de las tarifas de otros no es un criterio «no objetivo» ni irrazona-

---

(35) Artículo 7.2 de la Ley 7/2003.

ble. Antes al contrario, puede considerarse, sobre todo a la luz de la crisis económica y de las exigencias de estabilidad presupuestaria que afectan de forma particularmente intensa a los Ayuntamientos, que se trata de un criterio objetivo, basado en la eficiencia y la austeridad en el gasto y que, desde luego, cumple el fin de divulgar el mensaje publicitario institucional desde el momento en que la publicidad se ha asignado a dos emisoras de las que no puede decirse que sean marginales o que carezcan de audiencia. A lo que debe añadirse, como ya he dicho, que la alternativa de dar publicidad a la emisora más cara, pero en menor proporción o en horas de menor audiencia, podría resultar contraria a la finalidad que se persigue con este tipo de publicidad.

Partiendo de la base de que un municipio tiene una cantidad limitada de dinero para pagar publicidad institucional, no puede decirse que carezca de justificación excluir de dicha publicidad, en un período determinado de tiempo (por lo demás no demasiado prolongado, como ocurrió en este caso), al medio que tiene las tarifas más caras, pues lo contrario supondría obligar a un Ayuntamiento a pagarle las tarifas que libremente fije, sean estas lo altas que sean, con tal de que no sean abusivas(36). Por otro lado, obligar a la Administración a «trocear» sus campañas para que todos los medios sean destinatarios de las mismas, puede resultar contrario a las finalidades de difusión y penetración del mensaje publicitario.

Además, si bien es cierto que con esas campañas se contribuye a la financiación de las emisoras, no lo es menos que se contribuye en un porcentaje menor que con la publicidad comercial, que es la verdadera fuente de financiación de los medios de comunicación. Y precisamente por ello, el argumento podría volverse en contra de las emisoras que tienen las tarifas más altas de publicidad, ya que, normalmente, si las tarifas son más altas es porque tienen más audiencia y lo lógico es que, al tener más audiencia, también sean las que más publicidad comercial venden y, por consiguiente, aquellas cuya subsistencia depende, en menor grado, de la publicidad institucional.

Aunque no se diga así en ningún momento en la Sentencia, no creo que sea descabellado entender que el resultado práctico al que lleva es el de que no cabe excluir a ningún medio de comunicación, y menos aún a uno de máxima audiencia, salvo por una motivación que para ser suficiente necesita ponderar *todos* los elementos en juego, algunos tan discutibles como que resulte un precio inasumible, o que se haya producido una variación desmedida de las tarifas que hasta ahora tenía el medio excluido; o que comparadas sus tarifas con las otras se hubieran alterado de forma significativa; o que los precios sean abusivos; o, finalmente, otros que más que criterios objetivos y razonables se corresponden con supuestos legales de prohibición de publicidad institucional.

La pregunta que, en definitiva, cabe hacerse es si con esta doctrina del Tribunal Constitucional la Administración pública puede realmente excluir a un medio de comunicación de su publicidad institucional por otros motivos que no sean los que la Ley identifica con supuestos de prohibición de asignación de este tipo de publicidad. En mi opinión, es dudoso que, en la práctica, pueda llegar hacerlo. Y desde luego lo que, sin duda, no puede hacer la Administración, según la STC 104/2014, es excluir a un medio de comunicación de sus campañas de publicidad institucional solo y exclusivamente por considerar que sus tarifas son mucho más caras que las de otros medios.

---

(36) Artículo 7.3 de la Ley valenciana sobre publicidad institucional.

Para concluir no quiero dejar de subrayar los efectos positivos que esta Sentencia ha de desplegar frente al problema del mal uso que las Administraciones públicas pueden hacer (y en ocasiones han hecho) de la publicidad institucional, como un instrumento político con el que favorecer o perjudicar a los medios de comunicación, según su línea editorial.

Dicho lo cual, no es necesario advertir que la doctrina de esta sentencia se circunscribe a la publicidad institucional y, por eso, precisamente, se ha podido construir a partir de conceptos como el del pluralismo o la independencia de los medios de comunicación. Por razones obvias que no es necesario exponer, la doctrina de esta sentencia no puede trasladarse a la publicidad comercial, verdadero sustento económico de los medios de comunicación. En la sentencia se habla de la independencia de los medios de comunicación y, en concreto, de que las necesidades de financiación pueden condicionar dicha independencia. Siendo ello cierto, no creo, sin embargo, que en nuestros días el problema de la falta de independencia de los medios de comunicación de titularidad privada —de existir— se plantee, realmente, en relación con los poderes públicos, sino más bien con los poderes económicos. Como he dicho antes, la subsistencia de los medios de comunicación privados no depende, esencialmente, de la publicidad institucional, sino de la comercial. Y si bien es cierto que la dependencia financiera puede poner en cuestión la independencia editorial de un medio de comunicación, el problema creo que se plantea en otro ámbito que no es el de los poderes públicos y, menos aún, en el de su publicidad institucional.

Trabajo recibido el 4 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Konstituzio Auzitegiak babesa eman dio irrati-kate bati. Tarifa garestiak direla-eta, ez zaio erakunde-publizitaterik eman irrati-kateari epealdi jakin batean, eta horrek berdintasunerako eskubidea urratzen duela jo du auzitegiak, irrati-katearen informazio-askatasunari dagokionez.

**HITZ GAKOAK:** Erakunde-publizitatea. Informazio-askatasuna. Berdintasuna erakunde-publizitatearen banaketan. Egitate-bidea.

**RESUMEN:** El Tribunal Constitucional ha otorgado el amparo a una emisora de radio por considerar que no atribuirle publicidad institucional, durante un determinado de tiempo concreto, debido a las altas tarifas de la emisora, vulnera su derecho a la igualdad, en conexión con su libertad de información.

**PALABRAS CLAVE:** Publicidad institucional. Libertad de información. Igualdad en el reparto de la publicidad institucional. Vía de hecho.

**ABSTRACT:** The Constitutional Court awarded protection to a radio station for considering that the denial of institutional advertising for a specific period of time due to the station's high tariffs infringes its right to equality connected with its freedom of information.

**KEYWORDS:** Institutional advertising. Freedom of Information. Equality in sharing institutional advertising. Administrative action without legal warrant



# Instalaciones y residuos contra los recursos naturales y el ambiente: el artículo 328 C.P.

José Luis de la Cuesta Arzamendi (1)

**Sumario:** I. Introducción.—II. Extensión y alcance del delito de contaminación ambiental: algunas consideraciones preliminares.—III. El delito de establecimiento de depósitos o vertederos de desechos o residuos tóxicos o peligrosos (artículo 328.1 CP).—IV. Nuevas figuras delictivas introducidas en el art. 328 por la L.O. 5/2010. IV.1. Explotación irregular de instalaciones peligrosas (art. 328.2). IV.2. Nuevas figuras delictivas en materia de residuos. A) Gestión gravemente peligrosa de residuos (art. 328.3). B) Traslado de residuos (art. 328.4). IV.3. Tipos cualificados (art. 328.7).—V. Disposiciones comunes. V.1. Regla concursal (art. 328.5). V.2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 328.6). V.3. Otras disposiciones. V.4. La sanción de la imprudencia.

## I. Introducción

Es posición generalmente admitida que en un Estado social y democrático de derecho la intervención del derecho penal sólo debe tener lugar allí donde se produce un grave atentado a alguno de los bienes jurídicos dignos, necesitados y susceptibles de protección penal. De lo anterior se deriva el carácter de *ultima ratio* del instrumento penal y su posición de subsidiariedad respecto del resto de las ramas del ordenamiento jurídico que puedan garantizar la protección de los bienes jurídicos en juego. Esto resulta particularmente necesario en aquellas áreas donde la intervención administrativa es ya intensa, comprendiendo hasta la definición de infracciones y la previsión de importantes sanciones. El área ambiental se presenta, en este orden de cosas, como un ejemplo particularmente relevante, dada la proliferación normativa sobre las actividades humanas de significativo impacto ambiental, objeto de regulación por parte del nuevo Derecho ambiental (2).

En realidad, actividades susceptibles de interferir negativamente con los elementos e intereses ambientales son «todas o casi todas» (3) las desarrolladas por el ser

---

(1) Grupo consolidado de investigación en Ciencias Criminales (GICCAS, IT-585-13 y UFI 11/05). UFI 11/05 UPV/EHU.

(2) El cual, «por su juventud», carece naturalmente todavía de la «solidez cimental» de otros órdenes normativos. D. LOPERENA ROTA, «La perplejidad del ius ambientalista», en F. SOSA WAGNER (coord.), *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, III, Valencia, 2000, p. 3567.

(3) A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Derecho ambiental*, Madrid, 2014, p. 961.

humano y los animales. No obstante, cuando se trata de delimitar mejor las más relevantes desde la perspectiva ambiental, son las actividades e instalaciones contaminantes, los productos y preparados peligrosos, y los residuos los aspectos que merecen, por lo común, una mayor consideración (4).

También en el plano penal, la combinación de tipificaciones específicas relativas a la contaminación, a las instalaciones peligrosas y a los residuos constituye una característica de las legislaciones más avanzadas, que buscan de este modo completar, con pleno respeto de los principios de taxatividad y proporcionalidad, la mejor cobertura de aquellos comportamientos potencialmente más atentatorios de los elementos naturales y, en general, contra el ambiente.

Y es que si bien en la contaminación es donde, a través del necesario contacto entre el comportamiento humano y el correspondiente elemento natural —que se ve de algún modo alterado (nocivamente) en su pureza o condiciones normales—, confluyen los rasgos definitorios de los atentados más graves al ambiente, también los altos riesgos inherentes al funcionamiento ordinario y/o accidentes procedentes de las instalaciones peligrosas aconsejan para muchos una intensificación de la exigencia de respeto a las normas establecidas.

Por lo que concierne a los residuos, inicialmente la regulación se vio motivada por su impacto sobre la salud. Predomina en la actualidad en su tratamiento jurídico la preocupación por su incidencia ambiental, siendo objetivo prioritario de la actual política en la materia «la prevención de su producción» (5) y, cuando ésta no es posible, el aseguramiento de una gestión que limite o reduzca su peligrosidad para el equilibrio del ecosistema; esto es, una gestión no productora de riesgos para el agua, el aire, el suelo, la fauna y la flora, ni generadora de incomodidades derivadas del ruido u olores, así como no atentatoria contra los valores paisajísticos ni de los lugares de especial interés (art. 7, Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados).

Ahora bien, cuando, como sucede en el actual Derecho español, el tipo penal de contaminación adelanta en exceso las barreras de protección, el espacio disponible para la construcción de tipos penales en materia de instalaciones y residuos acaba siendo muy reducido; al menos si se trata de evitar la sanción penal de las meras desobediencias y de las infracciones simples de los mandatos y prohibiciones administrativos, y se exige, como procede, que las agresiones a incriminar alcancen un mínimo de lesividad material para el bien jurídico ambiental.

## II. Extensión y alcance del delito de contaminación ambiental: algunas consideraciones preliminares

Con objeto de dar respuesta a lo exigido por el art. 45.3 de la Constitución (6), la reforma de 1983 introdujo en el viejo Código penal un único precepto: el art. 347 bis. Empleando la técnica de la ley penal en blanco, se configuró así un delito basado en la

(4) A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *ibidem*, p. 962.

(5) A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *ibidem*, p. 1036.

(6) D. LOPERENA ROTA, «La protección de la salud y el medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona en la Constitución», en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, vol. 2, Madrid, 1991, pp. 1455 y ss.

provocación o realización, directa o indirecta, de «emisiones o vertidos de cualquier clase, en la atmósfera, el suelo o las aguas terrestres o marítimas». Para resultar penalmente relevantes, éstas habían de poner «en peligro grave la salud de las personas» o poder «perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles». Tipos cualificados eran, por su parte, el funcionamiento clandestino de la industria, la desobediencia a las órdenes expresas de la administración, la aportación de información falsa sobre los aspectos ambientales de la actividad, la obstaculización de la actividad inspectora de la Administración y el «riesgo de deterioro irreversible o catastrófico».

Resultado de una técnica legislativa muy defectuosa, en la que al carácter ambiguo y difícil de entender de no pocos de los términos empleados se añadía una excesiva proximidad con los delitos contra la salud pública, así como el olvido de aspectos esenciales de la protección ambiental y, sobre todo, la censurable asimilación, a efectos de pena, de la grave puesta en peligro de la salud de las personas y el simple perjuicio potencial (aunque fuera grave) de las condiciones de la vida animal, bosques espacios naturales o plantaciones útiles, el art. 347 bis fue valorado muy negativamente por la doctrina (7).

La línea abierta por el art. 347 bis, de definición unitaria y omnicompreensiva de todos los comportamientos de contaminación penalmente relevantes, encontró continuidad en el art. 325 del nuevo Código Penal, incardinado en el seno de los «delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», capítulo III del Título XVI (libro II) que, separado ya de los delitos contra la salud pública, lleva por rúbrica «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente».

Por lo que respecta al tipo básico de contaminación y con objeto de cubrir las insuficiencias detectadas anteriormente, el nuevo Código Penal, que en su «regulación atormentada» (8) mantuvo en lo esencial la base y estructura del art. 347 bis,

- completó con una larga lista las referencias iniciales a «emisiones y vertidos de cualquier clase», añadiendo «radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos», así como las captaciones de agua,
- amplió la descripción de los ámbitos protegidos, incluyendo el subsuelo y las aguas subterráneas (habiéndose agregado en 2010 la «alta mar»), y
- reformuló la referencia a la contravención normativa exigida, que pasó a ser de «las leyes o disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente», lo que, al lado de las leyes de las Cortes generales y de los parlamentos autonómicos, incluye a las directivas y reglamentos de la UE, así como los decretos y órdenes emanados de las autoridades de la Administración central,

---

(7) J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «La reciente historia del delito ecológico: del artículo 347 bis al proyecto de nuevo Código Penal de 1994», en J.M. VALLE MUNIZ (coord.), *La Protección Jurídica del Medio Ambiente*, Pamplona, 1997, pp. 187 y ss.

(8) En contraste «con fórmulas más sencillas de incriminar la contaminación, como las seguidas, por ejemplo, en los Códigos alemán o portugués», M. ALONSO ÁLAMO, «Trama de la vida y protección penal del ambiente», en J.R. SERRANO-PIEDRACASAS / E. DEMETRIO CRESPO (dirs.), *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Madrid, 2010, p. 187.

autonómica y local; todos ellos sí «materialmente» destinados a la protección del ambiente (9).

Además, se rompió definitivamente con la asimilación valorativa del peligro grave para la salud de las personas y la posibilidad de grave perjuicio para las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. En su lugar, el Código vigente exige que los comportamientos anteriores «puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», previendo la imposición de la pena de prisión en su mitad superior para «la segunda modalidad de tipo básico» (10) recogida por el art. 325: esto es, «si el riesgo de grave perjuicio fuese para la salud de las personas». Esta —que por su condición de «tipo autónomo» será también susceptible de comisión «por imprudencia» (11)— no requiere la verificación del peligro hipotético para el equilibrio de los sistemas naturales, por lo que, de concurrir ambos y no agotarse la totalidad del peligro en el daño generado, se dará un concurso ideal de delitos (12).

Centrándonos en la afectación del equilibrio de los sistemas naturales, superada la etapa inicial en la que desde ciertos sectores se defendió que se trataba de un delito de peligro concreto, es generalizada en la actualidad, tanto en doctrina como en la jurisprudencia más reciente (13), la posición que entiende que, para la realización típica, lo que se precisa no es la verdadera generación de un peligro concreto, sino la constatación de la posibilidad de causación de grave perjuicio al equilibrio de los sistemas naturales por parte de los comportamientos descritos. Esto responde a la técnica de los llamados delitos de peligro hipotético (14), en los que al desvalor real de acción (la peligrosidad real de la acción) se añade la posibilidad de producción del resultado dañoso (desvalor potencial de resultado) (15); un peligro hipotético para el «equilibrio de los sistemas naturales», fórmula bastante indeterminada que permite muchas posibilidades interpretati-

(9) R. MONTANER FERNÁNDEZ, «Capítulo 17. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en I. ORTIZ DE URBINA GIMENO (coord.), *Memento Experto Reforma Penal. Ley Orgánica 5/2010*, Madrid, 2010, p. 373.

(10) J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente: Capítulo III, Título XVI, Libro II del nuevo Código Penal», *Actualidad Penal*, 14, 6-12 abril 1998, p. 295 y, del mismo autor, «Cuestiones dogmáticas relativas al delito de contaminación ambiental», *Revista Penal*, 4, 1999, p. 32. Ver también L.M. PUENTE ABA, «Art. 325», en P. FARALDO (dir.), *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, Valencia, 2011, p. 253 (y referencias doctrinales por ella aportadas).

(11) C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 4.ª ed., Valencia, 2013, p. 1004.

(12) La LO 5/2010 ha derogado otra figura delictiva introducida por la reforma de 2003 en el art. 325.2 consistente en la liberación, emisión o introducción de radiaciones ionizantes u otras sustancias en alguno de los elementos naturales del art. 325.1, «en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles», a encauzar en lo sucesivo por la vía del art. 343 CP, donde, con todo, «solamente se alude a materiales o radiaciones ionizantes». R. MONTANER FERNÁNDEZ, «Capítulo 19. Los delitos contra el ambiente», en J.M. SILVA SÁNCHEZ (dir.), *El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma*, Madrid, 2012, p. 516.

(13) R. MONTANER FERNÁNDEZ, «Capítulo 17», *cit.*, p. 377. Igualmente, N. CASTELLÓ NICÁS, «Concepto, contenido y protección del medio ambiente en el delito del artículo 325 del Código Penal (su relación con el artículo 328 tras la reforma LO 5/2010 de 22 de junio)», en N. CASTELLÓ NICÁS (dir.), *El cambio climático en España: análisis técnico-jurídico y perspectivas*, Madrid, 2011, pp. 337 y s.

(14) J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Delitos...», *cit.*, p. 294.

(15) A. TORÍO LÓPEZ, «Los delitos de peligro hipotético (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, p. 846.

vas(16) y se identifica con el «equilibrio ecológico» mencionado por el art. 339(17). En todo caso, lo fundamental no es el ataque a un equilibrio «perfecto» de los sistemas naturales, sino al «statu quo» anterior a la intervención penalmente relevante(18): el art. 325 no contempla los elementos naturales de manera aislada o separada, sino en su interrelación estrecha dentro del correspondiente ecosistema, compuesto por los seres vivos (animales y plantas) y el «entorno o medio»(19) de un lugar, en cuyo equilibrio se conforman las condiciones vitales idóneas y naturales(20) de la vida animal y de las formas vegetales complejas del planeta.

### III. El delito de establecimiento de depósitos o vertederos de desechos o residuos tóxicos o peligrosos (artículo 328.1 CP)

Contemplada ya en el tipo básico la posible contaminación del suelo a través de vertidos, excavaciones, aterramientos, inyecciones y depósitos, y siendo la entidad peligrosa requerida la del peligro hipotético, el margen dejado por el art. 325 para la incriminación de otras conductas específicas de afectación del ambiente por medio de instalaciones peligrosas o en relación con los residuos, resultaba realmente estrecho.

Sin embargo, en línea con el art. 325 del Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1980 y el art. 312 de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código Penal de 1983, el Código Penal de 1995 introdujo un precepto (el art. 328) relativo al establecimiento de depósitos o vertederos de desechos o residuos, sólidos o líquidos, tóxicos o peligrosos, susceptibles de perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas. Reformado en 2003 y en 2010 en lo relativo a las penas previstas —en la actualidad, de seis meses a dos años de prisión, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a dos años—, tras la última de las reformas su contenido integra el primer número del vigente art. 328 CP.

— Censurado por lo reiterativo de su tenor literal, el debate doctrinal y jurisprudencial se centró desde un inicio en la falta de necesidad del art. 328(21), «uno de los artículos más complejos de la normativa medioambiental»(22), dada la incriminación ya por parte del art. 325 de los supuestos de contaminación consis-

(16) M. ALONSO ÁLAMO, «Trama...», *cit.*, pp. 159 ss; para un entendimiento sistémico, superador del ecocentrismo/antropocentrismo, en la línea de la «trama de la vida», *ibidem*, pp. 161 ss.

(17) Indica LOPERENA ROTA que, en realidad, el Código Penal utiliza, al menos «tres expresiones distintas con probable intención unitaria: medio ambiente, recursos naturales y sistemas naturales», «La perplejidad...», *cit.*, p. 3575.

(18) R. MONTANER FERNÁNDEZ, «Capítulo 17», *cit.*, p. 377.

(19) J.M. SILVA SÁNCHEZ / R. MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos contra el medio ambiente. Reforma legal y aplicación judicial*, Barcelona, 2012, p. 29.

(20) P.M. DE LA CUESTA AGUADO, «Algunas consideraciones acerca de la necesidad de protección del medio ambiente como bien jurídico», *Anales de la Universidad de Cádiz*, XI, 1996, p. 274.

(21) N. CASTELLÓ NICÁS, «Concepto...», *cit.*, p. 361.

(22) J.L. FUENTES OSORIO, «La creación de depósitos o vertederos del art. 328.1 CP: ¿acto preparatorio?», *Cuadernos de Política Criminal*, 103, I, mayo 2011, p. 134. Sobre la evolución del debate dirigido a dotar de sustantividad al art. 328, *ibidem*, pp. 147 y ss.

tes en provocación o realización directa o indirecta de vertidos o depósitos aptos para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas. Siendo, además, las penas a imponer inferiores a las previstas para el delito de contaminación, a pesar de las decisiones jurisprudenciales orientadas «hacia la aplicación de la norma más favorable» (23), no resultaba razonable entender que pudiera tratarse de un tipo privilegiado, por la inexigencia de vulneración administrativa alguna, y menos respecto de conductas de «contumacia o persistencia en los vertidos que dan lugar a vertederos permanentes frente a aquellos otros considerados ocasionales» (24). También se propuso distinguir entre depósitos o vertidos incontrolables (los del art. 325) y controlados (25), con menor riesgo de su liberación al exterior (los del art. 328), lo que justificaría su penalidad menor (26), y el castigo por un delito consumado del art. 328 en concurso ideal con un delito de contaminación imprudente (art. 325.1 en relación con 331) de los supuestos de liberación al exterior o contacto entre los desechos o residuos y los correspondientes elementos naturales.

Constatada la «deficiente técnica legislativa» (27), la búsqueda de sentido a una disposición, que parecía carecer del mismo, llegó por la vía de los términos empleados: en particular, el verbo «establecer» (28) y el concepto de «depósito», cuya polisemia fue resaltada por un destacado sector de la doctrina (29). Marco de aplicación actualmente asumido (30) no es por ello la realización de vertidos o depósitos concretos (a tratar por la vía del art. 325 CP), sino más bien aquella actividad previa, si se quiere preparatoria, de creación o acondicionamiento de espacios o lugares donde depositar o verter las sustancias indicadas.

El momento consumativo queda así identificado, simplemente, con la construcción de los depósitos o vertederos, lo que —contra el criterio mantenido por di-

(23) N. CASTELLÓ NICÁS, «Concepto...», *cit.*, p. 362.

(24) A. CASQUERO SUBIAS, «De los delitos relativos a la ordenación del territorio y la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente», *Cuadernos de la Guardia Civil*, 1996, núm. 15, p. 250.

(25) O entre provocación o realización directa (art. 325) e indirecta (art. 328) en clara contravención del tenor literal del art. 325 C.P.

(26) F. MUÑOZ CONDE / C. LÓPEZ PEREGRÍN / P. GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual de Derecho Penal Medioambiental*, Valencia, 2012, pp. 284 y s.

(27) N. CASTELLÓ NICÁS, «Concepto...», *cit.*, p. 363.

(28) J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Delitos...», *cit.*, pp. 301 y s.

(29) Por todos, J.M. SILVA SÁNCHEZ, *Delitos contra el medio ambiente*, Valencia, 1999, p. 126. No obstante, contra la distinción entre los términos «depósitos» en los arts. 325 y 328, M. OLMEDO CARDENETE, «Capítulo 34. Delitos sobre la ordenación del territorio, urbanismo, patrimonio histórico y medio ambiente (III). Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en L. MORILLAS CUEVA (coord.), *Sistema de Derecho Penal Español. Parte Especial*, Madrid, 2011, p. 740; ver también A. SERRANO GÓMEZ / A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte Especial*, 15.ª ed., Madrid, 2010, p. 659.

(30) P. FARALDO CABANA, «Art. 328», en P. Faraldo (dir.), *Ordenación...», cit.*, pp. 301 y s.; J.M. SILVA SÁNCHEZ / R. MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos...», cit.*, pp. 183 y s. Cabe criticar la evolución en torno a una figura, que, en el Proyecto de 1980 y en la Propuesta de 1983, no generó dudas relevantes y podía haber servido asimismo de base para tipificar la «manipulación potencialmente nociva para el ambiente de desechos, residuos, sustancias (incluso microorganismos) peligrosos». J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Delitos...», *cit.*, p. 301. Ver también C. ALMELA VICH, «El medio ambiente y su protección penal», *Actualidad Penal*, 1998, 1, p. 37.

versas sentencias(31)—, ha de llevar a resolver técnicamente por la vía de la consunción (preferencia del art. 325 sobre el 328)(32) el conflicto de normas suscitado en caso de que al establecimiento del depósito o vertedero siga la provocación o realización por el mismo sujeto activo de algún vertido o depósito individual en el que tenga el lugar el contacto efectivo de los residuos o desechos con alguno de los elementos naturales mencionados por el tipo penal de contaminación(33).

Ahora bien, de provocarse o realizarse el vertido por otro(s), el establecimiento del depósito constituiría, en realidad, un favorecimiento delictivo reconducible a la participación en los hechos mismos de vertido(34), lo que, por su significación inequívoca, no debería hallar obstáculo en la prohibición de regreso, incluso si se produjera con antelación a la fase de resolución delictiva del autor.(35).

A la vista de lo anterior, relevantes posiciones doctrinales mantienen que, en realidad, lo que en el art. 328.1 se incrimina como tipo autónomo no es sólo un «acto preparatorio», sino igualmente una «tentativa de participación en la realización de vertidos o depósitos en sentido estricto»(36). Sin entrar aquí en el complejo debate en torno a la punibilidad o no de la tentativa de participación, en general y en el Derecho español, y pasando por alto la importante cuestión de si el tipo penal del art. 325 responde o no a un concepto unitario o extensivo de autor, conviene subrayar la distancia entre las penas previstas por el art. 328.1 y las que corresponderían a la calificación técnica indicada. Así, en los supuestos de vertidos o depósitos individuales constitutivos de un delito de contaminación peligrosa para el equilibrio de los sistemas naturales, siendo la pena generalmente indicada por el art. 62 la inferior en uno o dos grados, la tentativa de inducción o cooperación necesaria en el art. 325 ciertamente mantendría para la prisión(37) el mismo marco de duración del art. 328.1, pero no sucedería lo mismo en cuanto a la multa, que quedaría muy por debajo de las previsiones al efecto del delito de establecimiento de depósitos o vertederos, el cual debería tener preferencia tanto en razón de la especificidad de los objetos como en aplicación de la regla de alternatividad (art. 8.4.<sup>a</sup>). Curiosamente la aplicación de las mismas reglas llevaría a otra solución en el supuesto del segundo tipo básico del art. 325 (peligro para la salud de las personas), pues en un nuevo ejemplo de la incoherencia del legislador en el tratamiento de esta cuestión, la pena de prisión de la tentativa (p.e. de cooperación necesaria) se

---

(31) F. MUÑOZ CONDE / C. LÓPEZ PEREGRÍN / P. GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual...*, cit., pp. 285 y s.

(32) R. MONTANER FERNÁNDEZ, «Capítulo 17», cit., p. 391. También M.C. GÓMEZ RIVERO, «Lección XLIII. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en M.C. GÓMEZ RIVERO (coord.), *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte especial (adaptado al EEES)*, Madrid, 2010, p. 707.

(33) Ver también J.L. FUENTES OSORIO, «La creación...», cit., pp. 152 y 156 y ss.

(34) J.M. SILVA SÁNCHEZ / R. MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos...*, cit., pp. 186 y s.

(35) B. FEIJÓO SÁNCHEZ, *Comportamientos de terceros en Derecho penal*, México, 2002, pp. 57 y 64 y ss.

(36) J.M. SILVA SÁNCHEZ / R. MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos...*, cit., p. 184. Para el debate que se genera al respecto, J.L. FUENTES OSORIO, «La creación...», cit., pp. 133 y ss.

(37) N. CASTELLÓ NICÁS, «Concepto...», cit., p. 365.

extendería entonces de 10 meses y medio a 3 años y 6 meses, superior, por tanto, a la previsión del art. 328.1.

- En el art. 328.1 la punición del establecimiento de depósitos o vertederos queda constreñida a los supuestos que digan relación con desechos o residuos sólidos o líquidos, tóxicos o peligrosos. La terminología, muy criticada por su ambigüedad(38) y por la reiteración de sinónimos(39), no coincide con la empleada por la legislación administrativa(40), referencia imprescindible en este campo, como la normativa comunitaria(41): deja fuera a los desechos o residuos gaseosos y tampoco alude al origen urbano o industrial de los residuos o desechos.
- El tipo penal requiere, además, un elemento adicional: la aptitud para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas. Dos son las posibilidades alternativas de interpretación que el tenor literal ofrece:
  - a) O bien referir a los desechos o residuos la exigencia de la aptitud para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de la persona(42).
  - b) O bien entender que la aptitud nociva ha de predicarse del establecimiento mismo de los propios depósitos o vertederos, los cuales, para ser típicos, no deberían reunir las condiciones (de seguridad, medidas de control, etc.) requeridas para excluir, en el supuesto de que se realicen depósitos, toda posibilidad de perjuicio grave al equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas.

La primera de las alternativas amplía el alcance de un tipo penal que se presenta ya desde muchos puntos de vista como excesivo. Y, ciertamente, para su aplicación habría que operar normalmente con base en presunciones(43), algo que convendría en todo caso evitar. Resulta por ello recomendable seguir la segunda de las líneas indicadas, por lo que la aptitud para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de la persona habrá de derivarse del modo en que se establece el depósito o vertedero en sí, habida cuenta de la calidad y características de los residuos que habrán de ser objeto de vertido o depósito en los mismos, algo perfectamente susceptible de prueba.

En todo caso, y frente a lo mantenido por la mayor parte de la doctrina(44), un análisis más detallado de la realidad de esta figura típica cuestiona el que realmente estemos ante un verdadero delito de peligro hipotético. Si lo propio de esta modalidad de delitos de «peligro posible»(45) es la doble exigencia de peligrosi-

(38) A. SERRANO GÓMEZ / A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal*, cit., p. 658.

(39) J.J.QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español. Parte especial*, 6.ª ed., Barcelona, 2010, p. 938.

(40) Con todo, P. FARALDO CABANA, «Art. 328», cit., pp. 305 y s.

(41) Y de los convenios internacionales en que España sea parte, R.MONTANER FERNÁNDEZ, «Capítulo 17», cit., p. 391.

(42) N. CASTELLÓ NICÁS, «Concepto...», cit., p. 366.

(43) M. CORCOY BIDASOLO / S. MIR PUIG, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011, p. 747. También F. MUÑOZ CONDE / C. LÓPEZ PEREGRIN / P. GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual...*, cit., p. 285.

(44) Por todos, A.M. JAVATO MARTÍN, «Artículo 328», cit., p. 1281.

(45) A. TORÍO LÓPEZ, «Los delitos...», cit., p. 838.



dad real de la acción y posibilidad de producción del resultado dañoso, aun cuando la aptitud peligrosa, en general, de un establecimiento de depósitos o vertederos —p.e. sin observar ninguna de las normas de seguridad requeridas para este tipo de residuos— pueda no presentar muchos problemas, la concurrencia del desvalor potencial de resultado —la posibilidad de producción de grave perjuicio para el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas— en modo alguno podrá afirmarse sin la presencia de depósito o vertido efectivo alguno. De lo anterior deriva que, en realidad, el tipo penal del art. 328.1 requiere un nivel menor de peligro: basta la aptitud peligrosa, en general, del comportamiento de establecimiento del depósito o vertedero (46). Y es precisamente la menor exigencia del nivel de peligro requerido (no hipotético, sino mera aptitud peligrosa) lo que permite tal vez entender la colocación en estos supuestos a un mismo nivel valorativo del equilibrio de los sistemas naturales y de la salud de las personas, que contrasta con la separación de ambos (y a efectos de pena) en el art. 325.

Grande es, con todo, el riesgo de que, en un ámbito tan normativizado como el de la gestión de este tipo de residuos o desechos, todo ello se acabe simplemente identificando con la mera inobservancia o desobediencia de aquellas normas técnicas de seguridad y control dirigidas a la prevención de riesgos en este tipo de instalaciones o establecimientos, sobrepasando lo tolerado por los principios de lesividad e intervención mínima en un nuevo y criticable adelantamiento de las barreras de protección.

- El tipo penal del art. 328.1 también se distancia de la técnica seguida en el art. 325, en cuanto a la falta de referencia expresa a la necesidad de contravención de «las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente». Ahora bien, «sólo aparentemente se prescinde de la accesoria administrativa» (47), pues el tratamiento y gestión de este tipo de residuos o desechos está sujeto a una intensa regulación y a la necesidad de autorización, de aquí que pueda perfectamente afirmarse que «la ilegalidad es inherente al establecimiento de depósitos o vertederos de esta clase de sustancias» (48). Por otra parte, es en sede administrativa donde se precisan aquellas medidas y controles a respetar para el establecimiento de depósitos o vertederos de los residuos o desechos aquí relevantes, con objeto de reducir al máximo la incidencia negativa de los mismos en el equilibrio de los sistemas naturales o para la salud de las personas. Resultaría por ello un contrasentido admitir como típicos en este marco aquellos comportamientos que no resultan administrativamente ilícitos, bien por su plena licitud de origen, bien por estar autorizados, lo que lleva, por ejemplo, a afirmar que, «aunque no de forma expresa (lo que desde luego es constitucionalmente cuestionable), estamos, por tanto, ante una norma penal en blanco» (49). Conviene, en todo caso, recordar

---

(46) Para SILVA SÁNCHEZ y MONTANER FERNÁNDEZ, en el art. 328.1 el peligro «se halla en fase preparatoria, mientras que en el art. 325 ya ha iniciado la fase ejecutiva». *Los delitos...*, cit., p. 188.

(47) C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 1008.

(48) R. MONTANER FERNÁNDEZ, «Capítulo 17», cit., pp. 391 y s. También N. CASTELLÓ NICÁS, «Concepto...», cit., p. 364; P. FARALDO CABANA, «Art. 328», cit., p. 308.

(49) F. MUÑOZ CONDE / C. LÓPEZ PEREGRÍN / P. GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual...*, cit., p. 284.

que, frente a la fórmula utilizada por el art. 325, en los supuestos de accesoriedad administrativa sería preferible la referencia directa por el tipo penal no a la contravención normativa sino a la naturaleza «no autorizable» de los comportamientos en cuestión (50), que permite un mejor tratamiento de las situaciones que pueden suscitarse. En efecto, de proceder así, al reconducirse los actos típicos a los material y formalmente no susceptibles de autorización conforme a la legislación penal vigente, quedarían directamente fuera del ámbito del tipo del injusto las conductas autorizables, pero que no cuentan con una autorización formal, las cuales deberían constituir simples ilícitos administrativos. De otra parte, construido el tipo penal sobre la naturaleza no autorizable de los comportamientos, la presencia de una autorización no impediría la concurrencia del tipo penal, sino que operaría en el plano de la justificación, resolviéndose a través del error de prohibición las cuestiones suscitadas por la creencia errónea en la concurrencia de una autorización válida, cuando era nula o anulable, o incluso en casos de tolerancia administrativa de comportamientos legal o reglamentariamente no susceptibles de autorización (51).

#### IV. Nuevas figuras delictivas introducidas en el art. 328 por la L.O. 5/2010

Además de agravar las penas del establecimiento de depósitos y vertederos en el sentido explicado (art. 328.1), la reforma de 2010 ha seguido ampliando el elenco de tipos penales en materia de residuos y otras sustancias peligrosas, incluyendo en el art. 328 hasta tres nuevas figuras. El Preámbulo lo justifica con base en lo dispuesto por la Directiva 2008/99/CEE, aprobada a nivel europeo tras la resolución por el Tribunal Europeo de Justicia del conflicto institucional generado entre Comisión y Consejo (52), que derivó en la derogación de las Decisiones Marco 2003/80/JAI y 2005/667/JAI por parte de las Sentencias de 13 de septiembre de 2005 y de 23 de octubre de 2007, respectivamente.

En un «muy *sui generis* entendimiento de lo que es la transposición de la Directiva 2008/99/CE» (53), cuyo artículo 3 «implica una toma de posición a favor de la protección penal ‘administrativizada’ del medio ambiente» (54), el legislador español opera de forma sorprendente, requiriendo una diferente intensidad de ataque para cada una de las figuras delictivas y llegando en algún caso a asimilar penalmente el peligro con la causación del daño. Además, añade «confusión» (55) al utilizar, con «lamentable redacción» (56),

(50) A favor de la interpretación en este sentido del actual tipo penal, J.M. SILVA SÁNCHEZ / R. MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos...*, cit., p. 186. Ver igualmente al respecto, P. FARALDO CABANA, «Art. 328», cit., p. 310.

(51) J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Cuestiones dogmáticas...», cit., p. 38.

(52) J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Armonización penal en la Unión Europea», en C. ARANGÜENA FANEGO / A.J. SANZ MORÁN (coords.), *La reforma de la Justicia Penal. Aspectos materiales y procesales*, Valladolid, 2008, pp. 153 y ss.

(53) J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, cit., p. 938.

(54) M. ALONSO ÁLAMO, «Trama...», cit., p. 173.

(55) R. MONTANER FERNÁNDEZ, «Capítulo 17», cit., p. 394.

(56) Y «aberrantes barbarismos», C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 1008.

fórmulas diversas para aludir al ataque a los bienes de las personas y, en clara ruptura de la «homogeneidad con el art. 325» (57), sustituir la expresión «equilibrio de los sistemas naturales», recogida en los arts. 325 y 328.1, por la «calidad del aire, del suelo o de las aguas» o «animales o plantas».

La falta de suficiente reflexión y de todo criterio unitario se manifiesta hasta en la inserción en el número 2 del nuevo delito de explotación de instalaciones peligrosas, un cuerpo extraño en un precepto centrado en los residuos y desechos y que, por sus propias características y naturaleza, debería haber sido objeto de un artículo independiente. El hecho de que el art. 328 contenga un conjunto de disposiciones comunes no tendría por qué haber sido obstáculo, pues no se entiende bien la razón de que esas disposiciones lo sean sólo para los supuestos contemplados por el art. 328 y no para todos los delitos del mismo capítulo.

A continuación, procedemos al análisis de las nuevas figuras delictivas introducidas por la reforma de 2010, siguiendo el orden en que se presentan en el Código penal vigente y comenzando, por tanto, por el delito de explotación irregular de instalaciones peligrosas, contemplado por el número 2 del art. 328, un supuesto que, insistimos, debería haberse colocado en un precepto inmediatamente anterior.

#### IV.1. Explotación irregular de instalaciones peligrosas (art. 328.2)

En línea con el art. 3 d) de la Directiva 2008/99/CE (58), castiga el art. 328.2 con las mismas penas previstas para el establecimiento de depósitos o vertederos de residuos o desechos tóxicos o peligrosos (art. 328.1) (59) la explotación

- «contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general»,
- de determinadas instalaciones, caracterizadas típicamente tanto por la actividad que desarrollan como por su dañosidad o capacidad lesiva. En efecto, el tipo penal del art. 328.2 requiere que se trate de instalaciones
  - dedicadas a :
    - la realización de actividades peligrosas, en general,
    - el almacenamiento o utilización de sustancias o preparados peligrosos; y
  - que causen o puedan causar:
    - la muerte o lesiones graves a personas o
    - daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas, animales o plantas.

Considera la doctrina que el «círculo de posibles autores es muy reducido» (60): para explotar, «el sujeto activo debe sacar alguna utilidad de un negocio o industria en

(57) N. CASTELLÓ NICÁS «Concepto...», *cit.*, p. 359.

(58) Que se copia «casi literalmente». E. HAVA GARCÍA, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», en ALVAREZ GARCÍA (dir.), *Derecho penal español. Parte especial*, Valencia 2011, p. 291.

(59) Prisión de 6 meses a 2 años, multa de 10 a 14 meses e inhabilitación especial para profesión u oficio (1-2 años).

(60) J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, cit.*, p. 939.

provecho propio» (61), lo que coloca naturalmente al tipo penal en «un marco empresarial» (62) y viene a dejar fuera «al personal subalterno y que materialmente no puede ser considerado de alta dirección» (63).

En todo caso, es grande la amplitud e imprecisión del dictado típico de este delito que, por su propia «ubicación sistemática», ha de ser contrario a los recursos naturales y el ambiente (64). Ello obliga a un esfuerzo de reconducción del precepto a parámetros razonables, algo imprescindible a la vista de los comportamientos, en otro caso, incardinables en el tipo penal, y hasta para su adecuada discriminación de otros tipos penales que se ocupan igualmente de la utilización de sustancias o elementos asimilables (65), como, por ejemplo, los explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, susceptibles de causar estragos, mencionados por el art. 348, o los comportamientos relativos a materiales nucleares o elementos radiactivos tipificados por el art. 345.

— Así, si nos fijamos en los términos empleados (66), es la peligrosidad el único elemento calificativo de las «actividades» (o incluso de las «sustancias o preparados»), lo que, «por su amplitud», no resulta muy «significativo» (67). Pues bien, habría que comenzar por exigir que esa peligrosidad lo sea contra los recursos naturales y el ambiente, habida cuenta del capítulo en el que el delito se encuentra. En todo caso, la referencia a la legislación administrativa será ineludible, al encontrarse en ella no sólo los parámetros para valorar lo peligroso (68), sino también posibles definiciones que pueden ser de interés a la hora de interpretar no pocos términos típicos: por ejemplo, en materia de residuos la legislación vigente regula pormenorizadamente el concepto de almacenamiento, que identifica legalmente con el depósito temporal de residuos, con carácter previo a su valorización o eliminación.

Los desechos o residuos no son los únicos elementos abarcados por el art. 328.2, cuya definición puede encontrarse en normas pertenecientes a otras áreas. Este es el caso, por ejemplo, de las «sustancias o preparados», para cuyo entendimiento considera Olmedo Cardenete (69) de utilidad lo dispuesto en la legislación sanitaria. Esta define a la «sustancia» como un elemento químico y sus compuestos naturales o los obtenidos por algún proceso industrial, incluidos los aditivos necesarios para conservar su estabilidad y las impurezas que inevitablemente produzca el proceso, con exclusión de todos los disolventes que puedan separarse sin afectar a la estabilidad de la sustancia ni modifi-

(61) J.M. SILVA SÁNCHEZ / R. MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos...*, cit., p. 190.

(62) P. FARALDO CABANA, «Art. 328», cit., p. 311.

(63) J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, cit., p. 939, quien, con base en lo indicado, lo califica de «delito especial propio».

(64) J.M. SILVA SÁNCHEZ / R. MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos...*, cit., p. 193.

(65) F. MUÑOZ CONDE / C. LÓPEZ PEREGRÍN / P. GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual...*, cit., p. 286.

(66) A. SERRANO GÓMEZ / A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 659 y s.

(67) J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, cit., p. 939.

(68) J.M. SILVA SÁNCHEZ / R. MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos...*, cit., p. 191.

(69) M. OLMEDO CARDENETE, «Capítulo 34», cit., p. 756.

car su composición. En cuanto al «preparado» se asimila a la mezcla o solución compuesta por dos o más sustancias.

Todas estas referencias han de tomarse, no obstante, a título indicativo, sin que las definiciones de la normativa administrativa vinculen irremediabilmente al juzgador penal a la hora de la interpretación y aplicación de los términos empleados por el correspondiente precepto.

- La accesoriad administrativa viene explícitamente plasmada en el tipo del art. 328.2, cuyos comportamientos sólo pueden resultar punibles si tienen lugar «contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general». Tampoco aquí ha seguido plenamente el legislador el modelo del art. 325 y omite el que esas leyes o disposiciones de carácter general hayan de ser «protectoras del medio ambiente». Sin embargo, para evitar situaciones muy complejas (70) y por las mismas razones que se aducían más arriba, ha de entenderse que así debe ser, por lo que la contravención requerida habrá de ser de las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del ambiente, aunque el Código Penal no lo diga (71). Por lo demás, la alusión a la contravención de las leyes o disposiciones de carácter general no se contemplaba en el Proyecto y fue incluida en el debate parlamentario, algo que debe valorarse positivamente (72), si bien, como ya se ha indicado, hubiera sido preferible la referencia a la no susceptibilidad de autorización.

- Conforme al artículo 328.2 del Código Penal las instalaciones a explotar, además de dedicarse a la realización de actividades peligrosas, en general, o al almacenamiento o utilización de sustancias o preparados peligrosos, han de presentar un rasgo adicional: «que causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas, o a animales o plantas».

Constatada la omisión de la mención al equilibrio de los sistemas naturales y el cambio terminológico operado —que no añade sino «más confusión» (73)—, lo primero que llama la atención es la asimilación, en la línea del art. 328.1, del tratamiento de supuestos tan dispares, como son:

- las agresiones a la vida o salud e integridad de las personas
- los daños a animales o plantas
- los daños a la calidad del aire, del suelo, de las aguas etc. (74)

La perplejidad llega al extremo cuando se observa que a lo anterior se suma, como en el nuevo art. 345.1, la colocación a un mismo nivel tanto de la causación efectiva de las agresiones o daños mencionados como de la mera poten-

---

(70) A. SERRANO GÓMEZ / A. SERRANO MAÍLLO, *Derecho Penal*, cit., pp. 659 y s.

(71) N. CASTELLÓ NICÁS, «Concepto...», cit., p. 366; R.Montaner Fernández, «Capítulo 17», cit., p. 395.

(72) J. BAUCCELLS LLADÓS / P. FARALDO CABANA, «Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 325, 327, 328, 329 y 339)», en F.J. ÁLVAREZ GARCÍA / J.L. GONZÁLEZ CUSSAC, *Comentarios a la Reforma penal de 2010*, Valencia, 2010, pp. 339 y ss. Con todo, A.M. JAVATO MARTÍN, «Artículo 328», cit., p. 1282.

(73) J.M. SILVA SÁNCHEZ / R. MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos...*, cit., p. 192.

(74) CASTELLÓ NICÁS califica, además, de «incomprensible», que en sede de protección ambiental «no figure este bien jurídico en primer término». «Concepto...», cit., p. 371.

cialidad nociva («puedan causar»), llevando a niveles inimaginables «el ataque contra la proporcionalidad» (75).

En realidad, para la realización del hecho típico del art. 328.2 basta con que las instalaciones «puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas, o a animales o plantas», siendo la entidad del peligro requerido, como en el art. 328.1, la mera aptitud(76): un nivel de peligro menos exigente que el hipotético(77). El problema deriva, por tanto, de la presencia en el tipo penal del verbo «causar». Esto sugiere que, en el art. 328.2, la pena prevista no se reserva sólo para los supuestos de peligro y es también la directamente aplicable a la producción de los resultados, lo que no debería aceptarse. La regla concursal del art. 328.5 ordena, por su parte, otra solución para cuando la potencialidad nociva (aptitud para la producción de un daño, en este caso sin necesidad de llegar al estadio del peligro hipotético) se acaba traduciendo en la producción de «un resultado lesivo constitutivo de delito»: la apreciación únicamente de «la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior». Una interpretación correctora que llevara simplemente a operar como si no existiera la referencia al «causar», permitiría aplicar directamente aquel criterio en estos supuestos, pero iría directamente contra el tenor literal. Con todo, y en última instancia, la situación puede abordarse como un conflicto de normas entre el art. 328.2 y el art. 328.5, a resolver por la alternatividad (art. 8.4), dando plena virtualidad en consecuencia a lo dispuesto en la regla concursal.

Recuerda Montaner Fernández (78) que el art. 328.2 no incluye la exigencia del art. 3 d) de la Directiva 2008/99/CE de que los peligros y/o resultados tengan lugar fuera de las instalaciones objeto de explotación, por lo que también resultarán abarcados por el tipo penal los producidos dentro de la misma, generándose los correspondientes problemas concursales con los delitos contra los derechos de los trabajadores.

En cualquier caso, si las sustancias peligrosas llegan efectivamente a emitirse o liberarse pudiendo poner en peligro el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas, la preferencia será para el art. 325 (79).

## IV.2. Nuevas figuras delictivas en materia de residuos

Dos son las nuevas figuras delictivas introducidas por la Reforma de 2010 en relación con los residuos: el delito de gestión gravemente peligrosa (art. 328.3) y el de traslado irregular de una cantidad importante de los mismos (art. 328.4).

(75) Por todos, J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, cit., p. 939. En esta situación propone este mismo autor el entendimiento del «puedan causar» como «peligro concreto (...)», puesto que la inmediatez, que motiva el incremento de pena, habla de su contigüidad» (*ibidem*, p. 940).

(76) P. FARALDO CABANA, «Art. 328», cit., p. 213.

(77) «Peligro abstracto puro», para J. MUÑOZ LORENTE / J. BAUCCELLS LLADÓS / P. FARALDO CABANA, «Delitos...», cit., p. 393. Con todo, para JAVATO MARTÍN estamos ante un «tipo de lesión y/o de peligro posible o hipotético». A.M. JAVATO MARTÍN, «Artículo 328», cit., p. 1280.

(78) «Capítulo 17», cit., p. 394.

(79) F. MUÑOZ CONDE / C. LÓPEZ PEREGRÍN / P. GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual...*, cit., p. 286.

## A) GESTIÓN GRAVEMENTE PELIGROSA DE RESIDUOS (ART. 328.3)

En línea con lo dispuesto por el art. 3 b) de la Directiva 2008/99/CEE, castiga el art. 328.3 CP con prisión de uno a dos años a los que

- «en la recogida, el transporte, la valorización, la eliminación o el aprovechamiento de residuos, incluida la omisión de los deberes de vigilancia sobre tales procedimientos»,
- «pongan en grave peligro la vida, integridad o la salud de las personas, o la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas».

— Frente al requerimiento de la Directiva (80), estamos claramente ante un tipo de peligro concreto (81), que exige, por tanto, la «efectiva comprobación» (82) de la producción por parte de los comportamientos típicos de un resultado concreto de peligro para los elementos acabados de mencionar. Ahora bien, ya de entrada sorprende que, siendo el nivel de agresión exigido para los recursos naturales o el ambiente (peligro concreto y grave) (83) mayor que el previsto por el art. 325 CP, la pena a imponer sea menor a la del tipo básico de contaminación referida al equilibrio de los sistemas naturales (prisión de 2 a 5 años). Y es que, habida cuenta de lo «difícil de imaginar» (84) de una puesta en peligro sin una emisión, vertido o depósito de los residuos en alguno de los elementos naturales, se llegará al «contrasentido» (85) siguiente:

- si en las actividades descritas por el tipo penal se acaba produciendo el contacto entre los residuos y el correspondiente elemento natural, pudiéndose «perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales», las penas aplicables serán las del art. 325: prisión de dos a cinco años, multa de ocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para profesión u oficio por tiempo de uno a tres años;
- mientras que, cuando a través del ineludible contacto lo que se produzca es un peligro concreto y grave para «la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas», la pena será de prisión de uno a tres años, sin acompañamiento de multa ni de inhabilitación especial (86).

La causa de esta situación, sólo resoluble razonablemente mediante la aplicación de la regla de alternatividad (art. 8.4), se encuentra en la vía seguida a la

---

(80) M. ALONSO ÁLAMO, «Trama...», *cit.*, p. 191.

(81) Por todos, N. CASTELLÓ NICÁS, «Concepto...», *cit.*, p. 369 (y n. 384); P. FARALDO CABANA, «Art. 328», *cit.*, p. 313.

(82) F. MUÑOZ CONDE / C. LÓPEZ PEREGRÍN / P. GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual...*, *cit.*, p. 287.

(83) Sobre la dificultad de valoración de lo que sea «grave peligro», A. SERRANO GÓMEZ / A. SERRANO MÁILLO, *Derecho Penal*, *cit.*, p. 660.

(84) F. MUÑOZ CONDE / C. LÓPEZ PEREGRÍN / P. GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual...*, *cit.*, p. 287.

(85) N. CASTELLÓ NICÁS, «Concepto...», *cit.*, p. 369.

(86) Crítica, con razón, MONTANER FERNÁNDEZ («Capítulo 17», *cit.*, p. 398) la no previsión de la multa e inhabilitación, debido a la «gran utilidad» de estas penas respecto de supuestos delictivos como el presente, en particular, «desde un punto de vista preventivo, teniendo en cuenta el perfil de los sujetos activos». Sin embargo, P. FARALDO CABANA, «Art. 328», *cit.*, p. 319.

hora de la trasposición de la Directiva 2008/99/CEE (87), que en este punto no fue copiada, pues el art. 3 b) expresamente refiere como verbos típicos: «causen o puedan causar» (88).

En todo caso, el distanciamiento no sólo se produce en cuanto al texto de la Directiva, sino también respecto de lo establecido por el art. 325, pues al igual que en el art. 328.2 se prescinde de la alusión al «equilibrio de los sistemas naturales». Tampoco coincide plenamente la fórmula elegida con la del art. 328.2 («muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas, o a animales o plantas»), no pudiéndose achacar esta criticable diferencia de formulación —que no ayuda a la clarificación del contenido del art. 328—, a la propia Directiva, ya que en este punto tampoco sido transpuesta de un modo literal, habiéndose prescindido hasta de una parte de las conductas punibles, al no reproducir lo concerniente a «la posterior reparación de instalaciones de eliminación, e incluidas las operaciones efectuadas por los comerciantes o intermediarios (aprovechamiento de residuos)», que sigue en el texto del art. 3 b) a «la vigilancia de estos procedimientos».

- El tipo penal comprende dos bloques de comportamientos: la realización de un conjunto de actividades de gestión, de un lado; y del otro, «la omisión de los deberes de vigilancia sobre tales procedimientos». Ambos supuestos deberán hallarse en relación de causalidad e imputación objetiva con el peligro concreto aludido (89) y referirse a «residuos». Curiosamente el art. 328.3 no «especifica la naturaleza de los residuos» ni requiere explícitamente su peligrosidad (90). Ahora bien, teleológicamente y por razones obvias, la peligrosidad de los residuos para los recursos naturales y el ambiente deberá tomarse como una exigencia implícita del tipo penal. Esto no debe identificarse con el hecho de que los únicos residuos aptos para integrar lo dispuesto por el art. 328.3 sean los calificados administrativamente como peligrosos desde la perspectiva ambiental. Ciertamente, la normativa administrativa se presenta en este plano como una referencia fundamental: la Ley 22/2011, de 29 julio de Residuos y Suelos contaminados», que ha venido a sustituir a la Ley 10/1998, describe las fases de gestión de los residuos y aporta relevantes definiciones de los conceptos utilizados por el tipo penal. Mas, como ya se ha subrayado con ocasión del art. 328.2, conviene afirmar la autonomía a la hora de la integración de los términos empleados por la legislación penal; y, en este mismo sentido, tampoco tienen por qué alcanzar al ámbito penal las limitaciones establecidas por el art. 2 de la Ley 22/2011 en cuanto a su ámbito de aplicación (91).

(87) N. CASTELLÓ NICÁS, «Concepto...», *cit.*, p. 369.

(88) Por ello, para J. MUÑOZ LORENTE / J. BAUCCELLS LLADÓS / P. FARALDO CABANA, «Delitos...», *cit.*, es preciso interpretarlo en la línea del «peligro abstracto», «aunque esa no sea la dicción literal del precepto, que es de peligro concreto» (pp. 393 y s.).

(89) Lo que lleva a JAVATO MARTÍN («Artículo 328», *cit.*, p. 128 y s) a entender que en el caso de la modalidad omisiva estamos ante una «comisión por omisión», la cual, como recuerda OLMEDO CARDENETE («Capítulo 34», *cit.*, p. 758), en ausencia de lo dispuesto por el art. 328.3 habría sido en cualquier caso punible «por aplicación de las reglas contenidas en el art. 11 CP».

(90) R. MONTANER FERNÁNDEZ, «Capítulo 17», *cit.*, p. 395.

(91) M. OLMEDO CARDENETE, «Capítulo 34», *cit.*, p. 757.



- Lo indicado no es incompatible con la importancia que, a efectos de la aplicación del presente precepto, alcanzan los residuos considerados peligrosos por la propia Ley 22/2011, que remite al contenido de su Anexo III y a las correspondientes disposiciones reglamentarias aprobadas por el Gobierno con base en la regulación europea o internacional aplicable (92).
- Contrariamente a lo que sucede en otros números del presente artículo, la contravención reglamentaria no es aquí una exigencia típica explícita. Ha de considerarse, sin embargo, implícita: dada la intensa regulación administrativa de estas actividades y su sujeción a un estricto régimen de autorización resultan, en efecto, «inimaginables supuestos en los que el injusto se cometa sin incurrir al mismo tiempo en infracción de la normativa administrativa en materia de residuos» (93), siendo la puesta en peligro grave lo que las más de las veces «permitirá distinguir el ilícito penal del administrativo» (94).
  - El tipo penal no incluye referencia expresa alguna a la calidad del sujeto activo, lo que apunta «teóricamente» a un delito común, aunque también aquí lo normal es que para su realización de modo penalmente relevante se requiera «un poder de dirección y decisión» (95). El carácter especial del tipo del artículo 328.3 se acentúa además en lo concerniente a la modalidad omisiva, que sólo podrá realizarse por quien esté específicamente obligado a asumir la vigilancia de los procedimientos afectados. Siendo muy alta la proliferación normativa en materia de seguridad, autoprotección, emergencias, etc. (con exigencia a las propias entidades de implantación y desarrollo de mecanismos de autorregulación, reflejados en sus propias regulaciones internas), los deberes de vigilancia podrán encontrar en ocasiones su fuente en «normas técnicas de naturaleza privada» (96).

## B) TRASLADO DE RESIDUOS (ART. 328.4)

Si bien el apdo. c) del art. 3 de la Directiva se ocupa ya del «transporte de residuos» —lo que lleva al legislador español a incluir el traslado peligroso entre las modalidades de gestión irregular de residuos tipificadas por el art. 328.3—, en su apartado d) se insiste nuevamente en la necesidad de sancionar penalmente los traslados de residuos comprendidos en el artículo 2, apartado 35, del Reglamento (CE) 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006. Estos no tienen que ser necesariamente dañinos o peligrosos, sino realizarse «en cantidad no desdeñable, tanto si se ha(n) efectuado en un único traslado como si se ha(n) efectuado en varios traslados que parezcan vinculados».

---

(92) M. OLMEDO CARDENETE, *ibidem*, p. 758.

(93) E. HAVA GARCÍA, «La reforma...», *cit.*, p. 291. Similarmente, J.M. SILVA SÁNCHEZ / R. MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos...*, *cit.*, p. 197. También N. CASTELLÓ NICÁS, «Concepto...», *cit.*, p. 369.

(94) R. MONTANER FERNÁNDEZ, «Capítulo 17», *cit.*, p. 397.

(95) J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español*, *cit.*, p. 940.

(96) Lo que, a juicio de SILVA SÁNCHEZ y MONTANER FERNÁNDEZ, puede presentar problemas de resolución en algunos casos. *Los delitos...*, *cit.*, p. 196.

El artículo 2, apartado 35, del Reglamento (CE) 1013/2006 identifica el traslado con el transporte de residuos destinados a la valorización o eliminación que se efectúa bien entre países, o entre éstos y

- los países y territorios de ultramar u otras zonas bajo la protección del primero,
- cualquier zona terrestre que no forme parte de país alguno con arreglo al Derecho Internacional,
- la Antártida.

Se asimilan a ellos los transportes (con origen en un país) a través de alguna de las zonas indicadas, los realizados en el interior de un país atravesando alguna de esas zonas y que se inicien y terminen en el mismo país, o los llevados a cabo desde una zona geográfica no sujeta a la jurisdicción de ningún país, con destino a un país.

Siguiendo su estela, el nuevo delito tipificado por el número 4 del art. 328 CP castiga con prisión de uno a dos años a quien «contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general traslade una cantidad importante de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados».

Ninguna referencia típica se hace a la producción de resultado alguno de lesión o de peligro, ni incluso a la necesidad de aptitud nociva para el ambiente de la conducta tipificada; ésta se presenta como un delito de mera actividad(97) y de peligro abstracto(98), caracterizado por la pura y simple contravención de la regulación administrativa, lo que merece ser muy criticado(99).

La diferente caracterización y alcance respecto a los objetos contemplados y el bien jurídico no se refleja, además, en la entidad de la pena, idéntica a la de la gestión irregular de residuos (art. 328.3), la cual sí ha de caracterizarse por el grave peligro concreto para la vida, integridad o la salud de las personas, o la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

En realidad, la única mención limitadora del alcance de este tipo penal —más propio del Derecho administrativo sancionador que del Derecho penal(100)—, vulnerador del «principio de intervención mínima»(101) por su plena identificación de la ilegalidad penal con la ilegalidad administrativa(102) y que abarca tanto el caso de uno como el de varios traslados que aparezcan vinculados (lo que impide la apreciación del delito continuado)(103), es la exigencia de que se trate de «una cantidad importante de residuos». Esta expresión —el art. 3, c) de la Directiva habla de «cantidad no desdeñable»—, por su «indeterminación»(104), poco o nada ayuda en el imprescindible es-

(97) M.C. GÓMEZ RIVERO, «Lección XLIII», *cit.*, p. 708.

(98) N. CASTELLÓ NICÁS, «Concepto...», *cit.*, p. 367.

(99) A.M. JAVATO MARTÍN, «Artículo 328», *cit.*, p. 1280.

(100) J.M. SILVA SÁNCHEZ / R. MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos...*, *cit.*, p. 201.

(101) M. OLMEDO CARDENETE, «Capítulo 34», *cit.*, p. 759.

(102) «Accesoriedad extrema, totalmente rechazable, del Derecho penal respecto al Derecho administrativo». F. MUÑOZ CONDE / C. LÓPEZ PEREGRÍN / P. GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual...*, *cit.*, p. 288.

(103) R. MONTANER FERNÁNDEZ, «Capítulo 19», *cit.*, p. 533.

(104) R. MONTANER FERNÁNDEZ, «Capítulo 17», *cit.*, p. 399.

fuerzo de fijación del precepto (105), careciéndose de criterios para su concreción, algo que deberá hacerse necesariamente caso por caso atendiendo a «la naturaleza de los residuos trasladados» (106) y entendiendo el término residuo como en el art. 328.3 (107).

Buscando compatibilizar el precepto con las elementales exigencias de lesividad e intervención mínima, que (como la proporcionalidad y el carácter subsidiario del Derecho penal) (108) no pueden dejar de respetarse «por muy importantes que sean los recursos medioambientales» (109), propone la doctrina exigir para su aplicación «un mínimo de peligrosidad» (110), encontrando en la referencia a la «cantidad importante de residuos» la prueba de la que, a juicio del legislador, sería la «peligrosidad intrínseca de esta conducta para el medio ambiente» (111). Se reconoce, con todo, que no deja de tratarse de «una presunción de peligrosidad abstracta» (112), que únicamente permitirá declarar la conducta «atípica» si se prueba que, a pesar de la ilicitud del traslado, está completamente excluido el riesgo (113).

Como en los casos anteriores el delito puede cometerse por «cualquiera» (114), si bien por lo general serán sujetos activos quienes «desarrollen algún tipo de actividad empresarial (pública o privada)» (115).

Para terminar, debido a su amplitud y características, no son pocas las cuestiones concursales que suscita esta figura: tanto respecto del supuesto más cercano, el art. 328.3, para el que se prevé la misma pena, como en relación con otros preceptos, como el art. 345, que castiga con pena de uno a cinco años —más elevada, por tanto, que la del art. 328.4— el transporte de materiales nucleares o sustancias radiactivas peligrosas (116).

### IV.3. Tipos cualificados (art. 328.7)

La reforma de 2010 ha establecido la plena aplicabilidad a «cualquiera de los hechos previstos en los apartados anteriores del art. 328 de las cualificaciones de los apartados a), b), c) o d) del artículo 326, las cuales, de concurrir, determinarán la im-

(105) En sentido muy crítico, por todos, J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, cit.*, p. 941.

(106) R. MONTANER FERNÁNDEZ, «Capítulo 17», *cit.*, p. 399.

(107) A. SERRANO GÓMEZ / A. SERRANO MÁILLO, *Derecho Penal, cit.*, p. 661.

(108) I. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, «La protección penal del medio ambiente. Algunas cuestiones generales», en F. MUÑOZ CONDE (dir.), *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, 2008, p. 1001.

(109) F. MUÑOZ CONDE / C. LÓPEZ PEREGRÍN / P. GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual...*, *cit.*, p. 286.

(110) F. MUÑOZ CONDE / C. LÓPEZ PEREGRÍN / P. GARCÍA ÁLVAREZ, *ibidem*, p. 288.

(111) R. MONTANER FERNÁNDEZ, «Capítulo 17», *cit.*, p. 400.

(112) R. MONTANER FERNÁNDEZ, *ibidem*, p. 400.

(113) E. HAVA GARCÍA, «La reforma...», *cit.*, p. 291.

(114) J.J. QUERALT JIMÉNEZ, *Derecho penal español, cit.*, p. 940

(115) R. MONTANER FERNÁNDEZ, «Capítulo 17», *cit.*, p. 398

(116) F. MUÑOZ CONDE / C. LÓPEZ PEREGRÍN / P. GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual...*, *cit.*, p. 288.

sición de «las penas superiores en grado a las respectivamente previstas, sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código».

No es este el momento de llevar a cabo un análisis de las circunstancias de clandestinidad, desobediencia, falseamiento u ocultación de datos y obstaculización de la actividad inspectora de la Administración, que por sí mismas suscitan ya una rica problemática y sólo serán apreciables si concurren de forma dolosa (117).

Cuestionadas desde algunos sectores por su carencia de «mayor desvalor de injusto y tratarse simplemente de meras irregularidades o infracciones meramente formales de carácter administrativo» (118), sorprende en todo caso la no alusión por el art. 328.7 al «riesgo de deterioro irreversible o catastrófico» (art. 326 e); lo que no resulta coherente con la naturaleza de peligro de la mayor parte de las figuras tipificadas por el art. 328 (119).

En cuanto a la referencia a «sin perjuicio de las que puedan corresponder con arreglo a otros preceptos de este Código», se reproducen aquí los problemas generados por la misma expresión, utilizada en el art. 326 CP, en torno a su naturaleza, consecuencias y hasta su legitimidad, cuestionada por algún sector doctrinal por «infracción del principio *non bis in idem*» (120). Aun cuando la regla pueda apuntar al concurso real de delitos, ha de defenderse la aplicación del «concurso ideal siempre que pueda apreciarse una unidad de hecho entre la conducta agravada y el delito calificable autónomamente» (121), debiendo criticarse igualmente la falta de toda previsión explícita para la concurrencia de más de una circunstancia (122).

## V. Disposiciones comunes

La nueva regulación introducida en el art. 328 CP por la L.O. 5/2010 no se agota en las figuras delictivas básicas y cualificadas. También se añaden, como disposiciones comunes a todas ellas, una regla concursal y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

De otra parte, conviene recordar que son igualmente aplicables a los delitos comprendidos en el art. 328 otras disposiciones del presente capítulo, en particular, la relativa a la imprudencia grave (art. 331).

### V.1. Regla concursal (art. 328.5)

Dispone el núm. 5 del art. 328 que «cuando con ocasión de las conductas previstas en los apartados anteriores se produjera, además del riesgo prevenido, un resul-

(117) A. MENDO ESTRELLA, «La clandestinidad, la desobediencia y la falsedad como agravaciones específicas en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2010, p. 230.

(118) F. MUÑOZ CONDE / C. LÓPEZ PEREGRÍN / P. GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual...*, cit., p. 289.

(119) M. OLMEDO CARDENETE, «Capítulo 34», cit., pp. 759 y s.

(120) F. MUÑOZ CONDE / C. LÓPEZ PEREGRÍN / P. GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual...*, cit., 2012, p. 289.

(121) M. OLMEDO CARDENETE, «Capítulo 34», cit., p. 743.

(122) M. OLMEDO CARDENETE, *ibidem*, p. 743. Ver también, A. MENDO ESTRELLA, «La clandestinidad...», cit., pp. 231 y ss.

tado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los jueces o tribunales apreciarán tan solo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior».

Como entiende la amplia mayoría de la doctrina, a través del art. 328.5 se establece el tratamiento por la misma regla del concurso ideal (pena más grave en su mitad superior) (123) de aquellos supuestos en que, con ocasión de las conductas típicas (caracterizadas en su amplia mayoría como delitos de peligro), se acaba produciendo «un resultado lesivo constitutivo de delito», lo que debe entenderse que excluye las faltas (124). Ahora bien, si esta fue la voluntad del legislador el precepto era «innecesario» y se presenta hasta «incoherente y distorsionador» (125). Hubiera sido, en efecto, más razonable la remisión directa a lo dispuesto por el art. 77, pues en él se contiene un límite («sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones») que el art. 328.5 no contempla (126). Esto suscita el debate en torno a su aplicabilidad en estos supuestos, algo que sólo puede mantenerse mediante una analogía *in bonam partem* plenamente justificada en esta sede. A la misma solución se podría llegar, además, «aplicando los principios generales de la parte general», de aquí que tenga pleno sentido proponer la desaparición (127) de un precepto que, por cierto, el legislador no ha considerado oportuno incluir respecto de otros delitos del mismo capítulo (128) y, muy en particular, para el delito de contaminación, en el que la posibilidad de que del peligro para el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas se derive un resultado lesivo es hasta más alta que en no pocos supuestos del art. 328.

En cualquier caso, la regla sólo se aplicará cuando, en razón de las circunstancias, no quepa la consunción, por no agotarse la totalidad del peligro en el resultado lesivo producido (129).

## V.2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas (art. 328.6)

Una de las novedades más destacadas de la reforma de 2010 ha sido la introducción en el Derecho Penal español de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (130). Regulada principalmente en el art. 31 bis, esta plena responsabilidad penal,

---

(123) J.M. SILVA SÁNCHEZ / R. MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos...*, cit., p. 202.

(124) M. OLMEDO CARDENETE, «Capítulo 34», cit., p. 760.

(125) J. MUÑOZ LORENTE / J. BAUCCELLS LLADÓS / P. FARALDO CABANA, «Delitos...», cit., p. 395.

(126) E. HAVA GARCÍA, «La reforma...», cit., p. 291; en el mismo sentido, N. CASTELLÓ NICÁS, «Concepto...», cit., p. 371; J. MUÑOZ LORENTE / J. BAUCCELLS LLADÓS / P. FARALDO CABANA, «Delitos...», cit., pp. 391 y ss.

(127) A.M. JAVATO MARTÍN, «Artículo 328», cit., p. 1283.

(128) F. MUÑOZ CONDE / C. LÓPEZ PEREGRÍN / P. GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual...*, cit., 289; R. MONTANER FERNÁNDEZ, «Capítulo 17», cit., p. 400.

(129) N. CASTELLÓ NICÁS, «Concepto...», cit., p. 371. También al respecto, P. FARALDO CABANA, «Art. 328», cit., pp. 324 y s.

(130) J.L. DE LA CUESTA, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», *Revista electrónica de la AIDP / Electronic Review of the IAPL / Revista electrónica de la AIDP* 2011, A-05, pp. 1 y ss.

de la que quedan excluidas las personas jurídico-públicas y entes asimilados (ver art. 31 bis 5), puede derivar de los delitos cometidos:

- bien «en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y los administradores de hecho o de derecho».
- bien «en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso» (131).

El sistema es de *numerus clausus*: para que la responsabilidad sea exigible es preciso que se trate de un caso específicamente contemplado por el Código Penal; pues bien, tanto para el delito de contaminación ambiental (art. 327) como para los distintos tipos penales del art. 328 (pero, muy censurablemente, no para el delito de daño a espacios naturales protegidos del art. 330), el Código Penal prevé expresamente la posibilidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas (132). La regulación no es del todo coincidente, lo que llama ciertamente la atención (133).

La distancia se encuentra tanto en la entidad de las penas de multa, como en el sistema previsto para la imposición de las mismas.

El art. 327 contempla, en efecto, como penas a imponer a las personas jurídicas, junto a las de las letras b) a g) del art. 33 (atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis), la pena de multa, que podrá ser:

- a) de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión superior a cinco años;
- b) de uno a tres años, en el resto de los casos.

Por su parte, el art. 328.6, que recoge igualmente la misma previsión de la posible imposición de las penas del art. 33 b) a g) en las condiciones indicadas, prevé las siguientes penas de multa:

- a) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

(131) Indica MONTANER FERNÁNDEZ que esta será por lo general la «vía de fundamentación» en relación con el delito ecológico. «Capítulo 19», *cit.*, p. 518.

(132) Aun cuando algunos autores consideran que esto «era de obligado cumplimiento conforme a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Directiva 2008/99» (E. HAVA GARCÍA, «La reforma...», *cit.*, p. 292; también F. MUÑOZ CONDE / C. LÓPEZ PEREGRÍN / P. GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual...*, *cit.*, p. 279), el hecho cierto es que la Directiva no exige necesariamente que las personas jurídicas sean *penalmente* responsables, sino que se limita a reclamar la previsión de su responsabilidad (sin indicar la naturaleza de la misma) y la aplicación de «sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias».

(133) Tanto el art. 327 como en art. 328. «silencia(n) toda referencia al art. 129». Sin embargo esto no impedirá su aplicación en estos supuestos a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, a la luz de lo dispuesto por el art. 129.2. E. RAMÓN RIBAS, «Art. 327», en P. FARALDO CABANA (dir.), *Ordenación...*, *cit.*, p. 293.

- b) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

En suma, mientras que para el delito de contaminación ambiental el sistema de multa es de cuotas, en el caso del art. 328.6 se prevé, a su lado, la posibilidad de un régimen de multa proporcional, con base en la entidad de los resultados lesivos producidos (134). Esto parece encontrar su fundamento en el hecho de la presencia de algún tipo de lesión en el propio art. 328, así como en el art. 328.5, que claramente alude a la regla a aplicar cuando, además del peligro típico, se genere «un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad» y «cuantificable económicamente» (135), algo no contemplado específicamente para el delito de contaminación ambiental. La opción por un sistema u otro se rige por el criterio de la gravedad, de modo que hay que elegir la modalidad que lleve a una cantidad de multa «más elevada».

### V.3. Otras disposiciones

Aunque colocadas fuera del Capítulo III, resultan plenamente aplicables a los delitos del art. 328 las disposiciones comunes del Capítulo V (136), que conviene brevemente recordar.

- *Agravante específica*: El art. 338 ordena la imposición de la pena superior en grado cuando las correspondientes conductas «afecten a algún espacio natural protegido», lo que ha de entenderse que sucede cuando los hechos se realicen en su ámbito o puedan alcanzarle sus efectos (137).
- *Atenuante específica*: Por su parte, el art. 340, en la línea de la atenuante genérica del art. 21.5, prevé la imposición de la pena inferior en grado para el caso de que se hubiera procedido por el culpable «voluntariamente a reparar el daño causado». Ambas regulaciones se separan, con todo, tanto en sus efectos como por lo que respecta a los requisitos legalmente exigidos: el culpable ha de actuar «voluntariamente», algo no aludido por el art. 21.5.<sup>a</sup> y que suscita la cuestión del momento oportuno de la reparación, que en la atenuante genérica debe hacerse antes del juicio oral. De otra parte, en la atenuante genérica se asimila a la reparación la disminución de los efectos. Todo ello aconsejaría la sustitución de la actual regulación por una previsión simplemente ampliatoria de la atenuante genérica con el fin de abarcar los casos de voluntaria disminución de los efectos del delito.
- *Medidas cautelares y de restauración del equilibrio ecológico perturbado*: Por fin, el art. 339, también reformado en 2010, ordena en la actualidad a jueces y tribunales (antes era potestativa) la adopción motivada, «a cargo del autor del

---

(134) R. MONTANER FERNÁNDEZ, «Capítulo 17», *cit.*, p. 401.

(135) M. CORCOY BIDASOLO / S. MIR PUIG, *Comentarios...*, *cit.*, p. 748.

(136) J.L. DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Delitos...», *cit.*, pp. 305 y ss.

(137) Para «controlar los límites del tipo cualificado» proponen SILVA SÁNCHEZ y MONTANER FERNÁNDEZ requerir como afectación «la propia del art. 325, es decir, la puesta en peligro grave del sistema natural representado por éste». *Los delitos...*, *cit.*, p. 207.

hecho(138), de medidas encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como adoptar cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados» (139).

#### V.4. La sanción de la imprudencia

El art. 328 castiga infracciones penales dolosas, cometidas por tanto con conocimiento y voluntad de la realización de los elementos del tipo objetivo, habiendo indicado la jurisprudencia que basta con un dolo genérico, que será normalmente eventual(140).

Por las propias características y los términos empleados a la hora de la tipificación de los comportamientos punibles, amplio es el margen que se ofrece para el desconocimiento o conocimiento equivocado de alguno de los elementos típicos: pensemos que, en el establecimiento de depósitos o vertederos (art. 328.1), el conocimiento deberá abarcar el carácter tóxico o peligroso de los residuos y la aptitud de los depósitos o vertederos establecidos para perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales o la salud de las personas. En el número 2 (instalaciones peligrosas) el carácter peligroso bien de la actividad bien de las sustancias o preparados, y la potencialidad, al menos, del comportamiento típico de causación de los resultados lesivos tipificados. En la gestión irregular de residuos (núm. 3), la realidad de ésta y la concreta puesta en peligro a partir de la misma de los elementos típicos concernidos. En el número 4 el sujeto activo deberá conocer que traslada ilegalmente una cantidad importante de residuos... (141)

Además, el error de tipo incluirá igualmente en estos supuestos el desconocimiento o conocimiento equivocado sobre la «amplia y difusa» (142)-normativa extrapeenal a contravenir por exigencia explícita o implícita del tipo penal.

En aplicación de lo dispuesto por el art. 14.1 CP, todos ellos, de ser vencibles, habrán de tratarse por la vía de la imprudencia, forma de comisión de los hechos punible que el art. 3 de la Directiva obliga, por su parte, a castigar si se trata, «al menos» de imprudencia grave.

Constituyendo la sanción de la imprudencia en el Derecho Penal español un *numerus clausus* (art. 12), el art. 331 CP se ocupa de dar cauce a todo lo anterior, ordenando la imposición de «la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave». La gravedad de la imprudencia, que no cabe asimilar a su carácter inconsciente, habrá de medirse tanto por el grado de infracción de la norma de cuidado (o su prolongación en el tiempo), como por su peligrosidad (143).

La aplicabilidad de lo dispuesto por el art. 331 respecto de algunos de los contenidos del art. 328 ha suscitado cierto debate doctrinal. Este es el caso de la regla del

(138) ¿A cargo únicamente del «autor material» o también de otros posibles responsables?, C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico*, cit., p. 1038; favorables a la interpretación en un sentido amplio, J. MUÑOZ LORENTE / J. BAUCCELLS LLADÓS / P. FARALDO CABANA, «Delitos...», cit., pp. 369 y s.

(139) Conviene, en todo caso, recordar, con LOPERENA ROTA que «restaurar el medio ambiente es en nuestro ordenamiento una función administrativa incondicionada», «Administración pública y restauración ambiental», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 634, 2004, p. 1.

(140) N. CASTELLÓ NICÁS, «Concepto...», cit., pp. 357 y ss.

(141) F. MUÑOZ CONDE / C. LÓPEZ PEREGRÍN / P. GARCÍA ÁLVAREZ, *Manual...*, cit., p. 291.

(142) F. MUÑOZ CONDE / C. LÓPEZ PEREGRÍN / P. GARCÍA ÁLVAREZ, *ibidem*, p. 262.

(143) E. RAMÓN RIBAS, «Artículo 331», en P. FARALDO CABANA (dir.), *Ordenación...*, cit., pp. 365 y s.



art. 328.5, que se refiere sólo a «las conductas previstas en los apartados anteriores». Ahora bien, aun cuando, literalmente, ello no comprenda al art. 331, comparto la necesidad de asegurar la aplicación de la regla concursal a los hechos castigados por el art. 331, con base en una «exégesis *in bonam partem*» (144).

En cuanto a la posible concurrencia de un tipo básico imprudente y un tipo cualificado doloso, el art. 328.7 fija similarmente como su marco de influencia «cualquiera de los hechos previstos en los apartados anteriores de este artículo», entre los que no se encuentra, literalmente, lo previsto por el art. 331. Ahora bien, en casos de error de tipo tiene sentido pensar en la aplicación a estos supuestos de lo dispuesto por el art. 328.7 (145).

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

---

(144) M. OLMEDO CARDENETE, «Capítulo 34», p. 760.

(145) J.M. SILVA SÁNCHEZ / R. MONTANER FERNÁNDEZ, *Los delitos...*, cit., pp. 142 y s. Ver también L. LADRÓN PIJUAN, «La posibilidad de comisión por imprudencia del artículo 326 del Código penal», *Revista de Ciencias Penales. Revista de la Asociación Española de Ciencias Penales*, vol. 1, núm.2, 1998, pp. 345 y ss.

**LABURPENA:** Zigor Kodearen 2010eko Erreformak 328. artikulua erreformatu zuen: gordailu edo zabortegien delitu-figura osatzen dute modalitate tipiko berriek —instalazio arriskutsuei buruzkoak eta hondakin eta bestelako substantzia arriskutsuen arlokoak—, 2008/99/EEE Zuzentarauak xedatzen duenarekin justifikatuta.

Berriro ere, erreformak oso epaiketa kritikoa merezi du: erabilitako legegintza-teknika eta tipifikazioa desegokiak dira, inkoherentziak daude jarrerren zigorretan, eta gehiegi aurreratzen dira esku-hartze penalaren barrerak (kutsadura-delituak espazio zabala betetzen du subsidiariorotasun- eta *ultima ratio* printzipioren argitan).

**HITZ GAKOAK:** Instalazio arriskutsuak. Hondakinak. Substantzia arriskutsuak. Gordailuak eta zabortegiak. Ingurumena.

**RESUMEN:** La Reforma del Código Penal de 2010 reformó el contenido del art. 328, completando la figura delictiva de establecimiento de depósitos o vertederos con nuevas modalidades típicas relativas instalaciones peligrosas y en materia de residuos y otras sustancias peligrosas, justificándolo con base en lo dispuesto por la Directiva 2008/99/CEE.

Una vez más, la reforma merece un juicio muy crítico por la inapropiada técnica legislativa y de tipificación empleadas, las incoherencias evidentes en cuanto al tratamiento punitivo de las diferentes conductas y el adelantamiento excesivo de las barreras de intervención penal en una materia en la que el delito de contaminación ocupa ya ampliamente el espacio disponible a la luz de los principios de subsidiaridad y *ultima ratio*.

**PALABRAS CLAVE:** Instalaciones peligrosas. Residuos. Sustancias peligrosas. Depósitos y vertederos. Medio ambiente.

**ABSTRACT:** The reform of the Criminal Code of 2010 amended the content of article 328 completing the offence of establishing yards or dumping sites with new typical sorts relatives to hazardous facilities and in wastes and other dangerous substances, justifying it on the basis of Directive 200/99/CEE.

One more time, the reform deserves a very critical opinion due to the inappropriate legislative technique and categorization used, the evident inconsistencies as far as criminal treatment of the different behaviours is concerned and the excessive moving ahead of the barriers to the criminal intervention in a pollution crime that widely occupies the space available in the light of the principles of subsidiarity and *ultima ratio*.

**KEYWORDS:** Hazardous facilities. Wastes. Dangerous substances. Yards and dumping sites. Environment.

# ¿Debemos repensar los poderes del juez ante la constatación de la ilegalidad de una disposición general o un acto administrativo? La anulación parcial del Plan General de Madrid de 1997: un inmejorable ejemplo

Silvia del Saz Cordero

*Demetrio maittia: elkar ikusi arte.  
Sólo hasta que nos volvamos a encontrar, querido Demetrio.*

## I

Es bien conocido el tiempo que transcurre desde la interposición del recurso contencioso administrativo hasta que se obtiene una sentencia firme. El plazo preclusivo, por lo demás breve, en el que el interesado debe cumplir con la carga de impugnación que permite enervar la presunción de legalidad de actos y disposiciones generales(1), so pena de que los vicios de anulabilidad sean convalidados por el paso del tiempo, no responde a los tiempos reales en los que la jurisdicción da respuesta a la ilegalidad denunciada.

La velocidad con que se suceden las normas obliga a menudo al Juez de lo contencioso-administrativo a enfrentarse con una realidad transformada, cada vez con mayor frecuencia, por modificaciones jurídicas posteriores a la interposición del recurso que inciden directamente sobre la disposición o acto impugnado(2). La distinción entre invalidez y eficacia de las disposiciones generales y actos administrativos, tantas veces puesta de manifiesto por la doctrina(3), provocan, a menudo, una transformación de la situación fáctica del todo irreversible o, al menos, difícilmente reversible de la que el juez es ya plenamente consciente en el momento de dictar sentencia.

Especialmente en estos casos, se pone de manifiesto la tensión entre el carácter ejemplificante que conlleva el restablecimiento de la legalidad infringida mediante la declaración de nulidad, paso necesario para la restauración del derecho o interés, y la utilidad de una sentencia que obligará a la Administración a un esfuerzo inútil de reconstrucción de la norma o acto anulado, o que finalizará con el mantenimiento de la situación creada por el acto anulado, mediante la declaración de la imposibilidad de eje-

---

(1) DOMENECH PASCUAL, G. «El principio de presunción de validez» en VVAA: *Principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Dir. SANTAMARÍA PASTOR, La Ley, Madrid, 2010.

(2) Es el caso del reglamento impugnado cuando, tras su impugnación pero antes de la sentencia, se ha modificado o aprobado una disposición general o una ley que le da cobertura, o el acto inválido de aplicación de una norma que ha resultado modificada antes de la sentencia, de manera que los vicios de que pudiera adolecer no serían tales de haberse dictado en aplicación de la misma.

(3) Por todos, SANTAMARÍA PASTOR, J.: *Nulidad de pleno derecho de los actos administrativo*, IEA, Madrid, 1972 y BELADIEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

cución de la sentencia. Ello ocurrirá, necesariamente, cuando la situación fáctica es irreversible o el resultado de su ejecución resulta absolutamente desproporcionado (4).

En ambos casos, la anulación carece de efecto útil alguno. Y en aquellos en los que se solicita el restablecimiento del derecho o interés legítimo vulnerado, su tutela se desplazará a la fase de ejecución en la que, para mayor complejidad, pueden personarse no solo las partes en el proceso sino cualquiera de los afectados por la sentencia anulatoria e incluso cualesquiera personas en ejercicio de la acción pública en aquellos ámbitos en que la ley la reconoce (5).

El efecto del paso del tiempo y de la transformación física y jurídica de la realidad se ve, aún, agravada por el hecho de que las nulidades de pleno derecho del acto pueden ser retomadas en cualquier momento, de oficio o a instancia del interesado, mediante la acción de revisión de oficio, y el recurso indirecto contra reglamentos permite plantear, con motivo de la impugnación del acto de aplicación, la ilegalidad de la disposición general de la que trae causa a partir de la idea de que los vicios de nulidad de pleno derecho que aquejan a las disposiciones generales son imprescriptibles y exigen, una vez constatados, no solo la inaplicación de la disposición general sino su eliminación del ordenamiento jurídico mediante su anulación en la cuestión de ilegalidad (6).

Cierto es que la jurisprudencia ha intentado paliar, en alguna medida, los efectos del paso del tiempo cuando se trata de disposiciones generales, llevando a la teoría de la invalidez las irregularidades y vicios de anulabilidad de los actos, de manera que los defectos de procedimiento se reconducen, por lo general, a la anulabilidad, y la falta de impugnación directa del reglamento viciado en su procedimiento hace que sea inatacable por este motivo, mientras que permanecen como vicios insubsanables que, en todo caso, conducen a la anulación con independencia del tiempo transcurrido desde la aprobación de reglamento y sea cual sea la vía de impugnación, los relativos a su contenido (7). Pero esta distinción tan nítida entre anulabilidad y nulidad de pleno derecho, pierde virtualidad cuando se trata de recursos directos en que la tesis de la nulidad de pleno derecho recupera todo su alcance: todos los vicios de que adolecen las disposiciones generales son vicios de nulidad plena del art. 62.2 de la Ley 30/1992, y por tanto no pueden ser convalidados (8).

Mucho se ha escrito por la doctrina sobre el régimen de la nulidad y anulabilidad, la presunción de validez de los actos, la relación entre los vicios de los actos y su eficacia (9), y se ha puesto, incluso, de manifiesto lo poco que queda en nuestro derecho administrativo (10) de la inicial distinción entre la nulidad, basada en el carácter originario, insubsanabilidad, e imposibilidad de producir efectos, y la anulabilidad, sujeta a la

(4) GÓMEZ FERRER RINCÓN, R.: *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el procedimiento contencioso administrativo*, Civitas, 2008

(5) SSTS 26 de enero de 2005 (rec. 6867/2001) y 23 de abril de 2010 (rec. 1328/1997)

(6) CARLÓN RUIZ, M.: *La cuestión de ilegalidad en el contencioso administrativo contra reglamentos*, Thomson Civitas, 2005, p. 74

(7) DOMENECH PASCUAL, G.: *La invalidez de los reglamentos*, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 110 y 382.

(8) STS de 21 de mayo de 2010 (rec 2463/2006)

(9) Por todos, SANTAMARÍA PASTOR, J.: *Nulidad de pleno derecho de los actos administrativo*, IEA, Madrid 1972 y BELADIEZ ROJO, M.: *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons. Madrid, 1994.

(10) NIETO, A. prólogo al libro de BELADIEZ ROJO citado en la nota anterior.

carga de impugnación so pena de su convalidación, postulando, incluso, una reconstrucción de la teoría de la nulidad que prescindiera de categorías que el legislador apenas distingue (11).

Pero el planteamiento jurisprudencial sigue siendo el mismo. Los vicios de nulidad, que no admiten convalidación o subsanación alguna, y de anulabilidad cuando el acto o disposición ha sido objeto de impugnación en plazo y no han sido convalidados o subsanados por la Administración o por el legislador, deben conllevar la declaración por el Juez de la nulidad del acto o disposición, esto es, su eliminación del mundo jurídico y, con ella, la ineficacia y no producción de efectos hacia el futuro.

Y en cuanto a los efectos ya producidos, dependiendo del carácter *ex nunc* o *ex tunc* que, de acuerdo con la teoría clásica, acompaña a las nulidades y anulabilidades, debe conllevar o no la desaparición de los efectos ya producidos antes de su anulación, sin perjuicio de que en determinados casos éstos puedan mantenerse en aplicación de los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad o buena fe, tal y como exige el art. 73 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción contencioso administrativa (LJCA) para las sentencias y actos administrativos firmes dictados en ejecución de un reglamento anulado, prescripción que no es ajena a la doctrina del Tribunal Constitucional que, con total naturalidad, separa la declaración de inconstitucionalidad de la declaración de nulidad *ex nunc* de la norma impugnada, manteniendo los actos dictados en aplicación de la norma posteriormente declarada inconstitucional en atención al principio de seguridad jurídica.

Conforme a esta idea se han interpretado las facultades del juez en el recurso contencioso administrativo, cuya estimación, de acuerdo con lo establecido en los arts. 71.1.a) y 31.1 LJCA, debe conllevar la declaración de su no conformidad a derecho y, en su caso, la anulación total o parcial de la disposición o acto recurrido. La expresión «en su caso» que ya figuraba en la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa de 1956, común para actos y disposiciones generales, permite llegar a la concepción hasta ahora expuesta: la anulación es la consecuencia necesaria de la constatación de la ilegalidad invalidante no subsanada, o insusceptible de subsanación, en que habría incurrido el acto o disposición recurrida.

Pero, también puede ser interpretada en otro sentido: el juez puede optar por otras soluciones que no pasen necesariamente por la anulación de la norma o del acto impugnado, valorando no la situación de la que se partía *ab initio*, sino de la que existe en el momento de poner la sentencia. Incluso en el caso de que se hubiera solicitado el restablecimiento del derecho o interés, valorando en fase de sentencia, y no posteriormente en ejecución, la necesidad de sustituir la anulación por la compensación económica del derecho vulnerado.

Esto es lo que conviene repensar. Así, de hecho, lo pone de manifiesto alguna solución ciertamente original y aún no extendida en nuestro derecho —no así en el derecho comparado— adoptada por el Tribunal Supremo.

Me refiero a la STS de 26 de abril de 2014 (rec.1/ 21/2013) que estimó el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el Real Decreto 1422/2012, por el que se establecían las servidumbres aeronáuticas del aeropuerto de Lleida, puesto que aunque afectaba también a municipios de Huesca, sólo fue sometido a trámite de

---

(11) BELADIEZ ROJO, M. ob. cit 186 y 187

información pública en el ámbito de Cataluña. No habiendo podido intervenir en el procedimiento de elaboración ni el Gobierno de Aragón ni los municipios afectados de Huesca, el Tribunal Supremo procedió a su anulación por motivos formales. No obstante lo cual, el Real Decreto anulado reproducía un Real Decreto anterior cuya validez había sido declarada en sentencia por el Tribunal Supremo, por lo que la Sala afirmó que la anulación había de ir acompañada de una limitación temporal —y excepcional— de la eficacia de la sentencia «por razones imperiosas ligadas precisamente a la seguridad de la navegación aérea, pues, una vez comprobado que el régimen sustantivo de las servidumbres impuestas y de sus mecanismos de control (tanto para los actos como para los planes urbanísticos o de uso del suelo) es conforme a Derecho, la declaración de nulidad del Real Decreto 1422/2012, basada exclusivamente en motivos formales, no puede tener como efecto inmediato que la navegación aérea con origen o destino en el aeropuerto de Lérida quede desprovista de las indispensables garantías de seguridad en atención a las cuales se prevén aquellas servidumbres (y su régimen de control preventivo)». Por ello concluía, que «aun cuando los artículos 71 y 72 de la Ley Jurisdiccional no contemplan de modo expreso la limitación de los efectos de las sentencias que acojan pretensiones de nulidad de los actos administrativos, la Sala estima que ante circunstancias excepcionales, y por razones muy calificadas que atañen a la seguridad y a la vida de las personas, nada obsta a que se mantenga temporalmente la eficacia del acto anulado, en tanto es subsanado el defecto formal determinante de la nulidad de aquellos actos».

En otras palabras, una técnica de anulación diferida mediante la cual el acto se anula, pero los efectos de su anulación se difieren, en este caso sin establecer plazo concreto alguno, para dar tiempo a la Administración a reaccionar subsanando los defectos formales en los que se constata ha incurrido, sin poner en peligro otros bienes jurídicamente protegidos.

Por otra parte, la posibilidad de que la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de origen de una norma legal o disposición reglamentaria, derivada de la vulneración del orden constitucional de distribución de competencias, pueda ser subsanada si, cuando ha de dictarse sentencia, la vulneración es ya inexistente por haberse modificado la ley estatal que determina la inconstitucionalidad mediata, es admitido por el Tribunal Constitucional, siempre, claro está, que de ello no dependa la validez del acto recurrido, y de la declaración de nulidad dependa el resultado del proceso judicial en que se plantea la cuestión de inconstitucionalidad de la ley.

## II

No es esta una cuestión exclusiva de nuestro derecho. Como explicó DOMENECH PASCUAL G. (12), a cuyo trabajo ahora nos remitimos, la revisión de la teoría de la nulidad de los reglamentos ilegales originó en Alemania, a partir de los años noventa, una serie de reformas legislativas que afectaron a los vicios de los planes de ordenación urbanística.

---

(12) *La invalidez de los reglamentos cit.*

Pero tampoco es una cuestión extraña en el derecho francés, donde, como pone de manifiesto el trabajo de BLANCO F.(13), la revisión de la doctrina clásica de las nulidades ha venido de la mano de la jurisprudencia del Consejo de Estado en el recurso de exceso de poder, que ha intentado encontrar soluciones intermedias entre la anulación, que llevaría a la Administración a un mayor esfuerzo, a menudo infructuoso, de reconstrucción, y la desestimación del recurso. Así, ha insistido no sólo en las técnicas neutralizadoras de la ilegalidad —como puede ser entre nosotros la conversión de los actos estudiada por ESCUIN PALOP V.(14)— sino que ha ideado técnicas de reconstrucción de actos generales y singulares. Constituyen ejemplo de ello, las anulaciones parciales, y dentro de éstas, las anulaciones parciales cualitativas «*en tant que ne pas*», que permiten mantener la validez de la norma obligando a la administración a completar la omisión, lo cual, cuando no es un olvido sino una decisión expresa de la Administración de excluirlo, implica de facto la modificación de la norma añadiéndole elementos nuevos.

En otros casos, el Consejo de Estado ha sustituido los elementos fácticos y jurídicos del acto reglado o discrecional, de manera que si la Administración alega en el proceso nuevos motivos de hecho o derecho no tenidos en cuenta en el acto impugnado y, a la vista de los elementos que obran en el expediente, la decisión administrativa hubiera sido la misma, no declara la nulidad y reconstruye el acto general o singular. También ha utilizado la doctrina «des moyens inopérants» si bien que limitada a los actos reglados, según la cual no procede la anulación del acto cuando ésta sería inútil y sólo serviría para añadir un problema al servicio público, sin beneficio alguno para la Administración.

Finalmente, la técnica de la anulación diferida o condicionada mediante la que se pide a la Administración que en un determinado plazo proceda a subsanar la omisión o a realizar determinados actos que eviten la obligación de indemnizar, esto es, se le exige un determinado comportamiento. En algunos casos la anulación está condicionada a que la Administración cumpla el requerimiento del Tribunal por lo que queda a su voluntad la validez o nulidad del acto general o singular. En otros se produce una anulación diferida estableciendo un plazo para que la administración pueda llevar a cabo el comportamiento exigido, transcurrido el cual, la anulación produciría todos sus efectos.

### III

También en nuestro derecho, las consecuencias negativas del planteamiento más tradicional de las nulidades y de la limitación de los poderes del juez al dictar la sentencia, se han mostrado de forma más descarnada cuando se trata del planeamiento urbanístico y, no sólo por la complejidad de los procedimientos administrativos que, a la vez que fortalecen las garantías de los administrados y garantizan el acierto de la decisión normativa, incrementan la inseguridad jurídica, sino por las consecuencias de

---

(13) *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité. Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux de l'excès de pouvoir*. Presses universitaires, Daix-Marseille, 2010.

(14) ESCUIN PALOP, V.: *La conversión de los actos administrativos dogmática y realidad*, Thomson Reuters, 2012.

orden económico y social que supone la anulación de un plan cuando la realidad jurídica y fáctica se ha modificado, precisamente, como consecuencia de su ejecución, y cuando el retorno a la situación anterior supondría unas consecuencias de tal calado en otros intereses dignos de protección, que resultaría desproporcionada.

Es el caso de la anulación parcial de la revisión del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997. Por desgracia, la mejor constatación de lo hasta aquí afirmado. Recientemente se ha referido a ello FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, al estudiar el proceso contencioso administrativo en materia urbanística, realizando un certero diagnóstico que aquí se comparte y ofreciendo soluciones que parten de las posibilidades que ofrece el art. 105.2 LJCA para subsanar los vicios formales que han llevado a la anulación. Una tesis distinta de la que se enuncia en este trabajo, esto es, que el juez pueda reconstruir la norma o acto viciado atendiendo a la realidad jurídica y fáctica existente en el momento de dictar sentencia y evitando así la declaración de nulidad.

#### IV

La Orden de la Consejería de Obras públicas, urbanismo y transportes de la Comunidad de Madrid, por la que se hicieron públicos los acuerdos de aprobación definitiva de la revisión del Plan General de Ordenación urbana de Madrid (PGOU) en 1997, fue objeto de un recurso contencioso administrativo.

El recurrente solicitaba la anulación del PGOU por varios motivos atinentes, bien al procedimiento de aprobación —el alcance del acuerdo de aprobación por la Comunidad Autónoma de los Planes Generales y si debía limitarse ésta a aprobarlos o denegarlos o podía imponer condiciones para su aprobación—, bien a sus determinaciones sustantivas.

Dentro de los últimos, interesa señalar aquél que fue finalmente estimado, en concreto, la ilegal reclasificación que se había producido de suelos no urbanizables especialmente protegidos a urbanos o urbanizables, en unos casos sin motivación y, en otros, apartándose de las determinaciones contenidas en los informes técnicos. Esta alegación afectaba a veintiocho ámbitos de suelo clasificados en el Plan General de 1985 como no urbanizables de protección ecológica y agraria, prácticamente todos los sectores —alguno quedó excluido, sin duda, por olvido de los recurrentes pues las causas invocadas resultaban también predicables de ellos— en los que se centraba la estrategia de crecimiento de la ciudad planteada en la revisión del Plan general de 1985 que se llevó a efecto doce años después.

Una vez desestimadas las alegaciones procedimentales y los motivos relativos a otras vulneraciones sustantivas puntuales, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de febrero de 2003 (núm. 216), tras recordar el carácter reglado del suelo no urbanizable sometido a un régimen de protección, y la necesidad de que la modificación por el planeamiento de las clasificaciones preexistentes acompañe una expresa motivación basada en razones de interés público suficientemente justificadas, añade que esta justificación debe estar en la Memoria, que es la que constituye elemento esencial para evitar la arbitrariedad, porque en ella debe justificarse que el destino urbanístico atribuido por el Plan en cada caso es el más conveniente para el interés público y porque es una garantía para que pueda impugnarse con posibilidad de criticar las bases en que se funda.



La falta de motivación o la motivación defectuosa pueden constituir así, continúa la sentencia, un vicio de anulabilidad o una irregularidad no invalidante, produciéndose lo primero cuando la falta de motivación impide conocer las razones que fundan la ordenación discutida sin que se cuente con base que permita valorar si se ajustaba o no a derecho la discrecionalidad del planeamiento. Tras analizar de forma pormenorizada la Memoria del Plan general impugnado, la sentencia viene a señalar que si bien se pone de manifiesto que la clasificación sirve al desarrollo de los objetivos y fines del Plan, no se ha acreditado en ella, debidamente, que hayan desaparecido las circunstancias que habían llevado a la protección de los suelos no urbanizables en 1985. La Memoria —sorprende a la Sala que no haya tratado conjunta y sistemáticamente las condiciones de hecho en que, al momento de su redacción, se encontraban en situación de suelo no urbanizable de protección— debía haber descendido a mayores detalles para posibilitar tanto el conocimiento de las razones en que se ha basado la decisión como las eventuales impugnaciones de la misma.

Y a ello añade, aún, que el Informe de la Consejería competente de 4 de abril de 1997 formulaba objeciones y oposiciones a la referida desclasificación bien porque en algunos casos se infringían leyes especiales, bien porque en otros los terrenos presentaban valores acreedores de ser preservados tanto conforme a las condiciones de clasificación establecidas en la Ley autonómica de ordenación territorial vigente cuando se aprobó el planeamiento, como en la Ley del Suelo de 1976.

En consecuencia, concluye que, a falta de la necesaria motivación, el cambio en la clasificación urbanística se ha operado con extralimitación del *ius variandi* de las administraciones planificadoras que «no han seguido criterios acordes con la realidad, al desatender o considerar erróneamente los hechos determinantes obstativos o impositivos de la reclasificación, en unos casos, y a haber decidido en oposición a normas con rango superior en otros», por lo que concluye anulando las determinaciones que suponen la desclasificación de terrenos clasificados por el PGOU de 1985 como Suelo no urbanizable de especial protección para todos los ámbitos impugnados.

Sin entrar en el fondo de la cuestión discutida, lo cierto es que la tesis de la que parte la sentencia es una de las más conservadoras en cuanto a los poderes del juez, como también lo fue el comportamiento procesal de las Administraciones demandadas que se limitaron a rebatir la necesidad de motivar en la Memoria la modificación de la clasificación e intentar demostrar que, en todo caso, la motivación era suficiente.

La motivación de la desclasificación, entiende la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, debe estar en el planeamiento, en concreto en la Memoria y no en cualquier otro documento incorporado al expediente administrativo que conlleva la tramitación de un plan general (en este caso se trataba de un expediente de 53.442 folios), de ahí que la sentencia no tenga en cuenta ningún otro documento que no sea la Memoria y el informe técnico que denunciaba la existencia, en determinados casos, de vulneraciones de leyes sectoriales. Así planteado, nada puede hacer ya la Administración en el pleito más allá de intentar ilustrar al Tribunal sobre dónde se encuentra la motivación que se echa en falta, o razonar sobre la suficiencia de la motivación referida en la Memoria, y nada tampoco puede hacer el Tribunal, que comprobada la insuficiencia de la motivación contenida en la Memoria está constreñido a anular las determinaciones impugnadas. En definitiva, en las antípodas de la técnica de la reconstrucción de la disposición a partir de elementos de hecho o de derecho que permitirían reemplazar

los tenidos en cuenta por la Administración al aprobar la disposición impugnada. O de la anulación condicionada a que la Administración, en un plazo determinado, subsane el defecto formal, en este caso la motivación, transcurrido el cual, de no haberlo hecho, o de no haber quedado acreditado el acierto de la decisión adoptada, la nulidad habría devenido definitiva.

Cuando se trata, como en este caso, y con independencia de los derroteros que finalmente pareció tomar la sentencia de instancia, de un problema de motivación —la demanda nunca alegó que los suelos contaran con elementos susceptibles de protección, salvo en los casos en que, conforme a lo expresado en el informe antes mencionado, entendía que concurría la vulneración de una ley especial y aunque así lo hubiera hecho— ¿por qué no permitir que, en fase probatoria, la Administración acredite la falta de existencia de valores merecedores de la especial protección, o el cumplimiento de las exigencias de las leyes sectoriales ya sea con documentos anteriores no aportados al expediente administrativo, o con nueva prueba practicada en el proceso? O ¿por qué no permitir que la Administración subsane por mandato de la sentencia, si es que puede, la falta de motivación evitando así la anulación definitiva de las determinaciones no motivadas? La tutela dispensada a los intereses tutelados en este pleito, como a continuación se expondrá, no habría sido menor. Pero se habría ganado en seguridad jurídica y evitado el esfuerzo administrativo y judicial que, a la postre, se ha demostrado absolutamente infructuoso.

## V

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia fue recurrida en casación, recurso que fue resuelto por la sentencia de la sección quinta de la Sala tercera del Tribunal Supremo, de 3 de julio de 2007, cuando habían transcurrido diez años desde la aprobación del plan impugnado.

El Tribunal Supremo confirmó a grandes rasgos el planteamiento de fondo de la sentencia recurrida. Esto es, el carácter reglado del suelo no urbanizable de protección, y la carga del plan, en concreto de la Memoria, de motivar la pérdida de los valores que habían llevado a desclasificar los terrenos previamente protegidos. La desclasificación de los terrenos clasificados previamente, debe «exponer con claridad las razones que justifican una decisión que, como esta posterior, contraviene una anterior en una cuestión no regida por su discrecionalidad. Esta decisión posterior no está, así, amparada sin más, o sin necesidad de más justificación, por la genérica potestad reconocida a aquél de modificar o revisar el planeamiento anterior, ni lo está sin más, o sin necesidad de esa concreta justificación, por la discrecionalidad que con carácter general se pregonaba de la potestad de planeamiento» (FJ décimo A).

Y aunque a continuación añade que «por ende, como una consecuencia más, es a la Administración que toma esta decisión posterior a la que incumbe en el proceso la prueba de la causa de justificación, la carga de probar si existían las razones hábiles para adoptar dicha decisión. O lo que es igual: no es la impugnante a quien incumbe la carga de probar que tales razones no existen», vuelve, en fundamentos jurídicos posteriores a retomar la idea de que es contenido exigible a la memoria, si bien no una detallada especificación reforma por reforma de todas las variaciones en que el Plan incide, ya que las memorias sólo marcan las líneas maestras, sí al menos la ex-

presión de las circunstancias, las razones suficientes para poder percibir, no sólo la conveniencia de ordenar unos determinados ámbitos sino la específica justificación, aunque sea por remisión a otros documentos del Plan, de la pérdida de las características que habían determinado la protección de los terrenos desclasificados.

Así pues, el debate ha de circunscribirse en principio, como en la sentencia de instancia, a la motivación contenida en el planeamiento sin que quepa a las Administraciones demandadas aportar nuevos elementos de prueba ajenos a la documentación en él contenida para subsanar la falta de motivación, tal y como se pondrá de manifiesto, cuando al exponer el Ayuntamiento de Madrid las razones que motivaron el cambio de la clasificación para cada uno de los sectores, la sentencia afirma que se trata de meras alegaciones de parte que no van acompañadas de la remisión a documentos u otros elementos de juicio de los obrantes en las actuaciones, esto es, en el expediente administrativo, sin perjuicio de que la incorporación en fase de prueba del documento en que se plasmó la evaluación ambiental y de los estudios que con ocasión de la misma hubieran llegado a realizarse y que no se incorporaron a la documentación del plan general, hubieran podido aportar «más luz».

Y a ello se añade todavía una segunda limitación derivada de la estructura del recurso de casación: la imposibilidad de añadir cuestiones nuevas no discutidas en la instancia y de aportar nuevos elementos de prueba que ya se encontraban en poder de una de las partes en la primera instancia del proceso, pues su admisión en casación supondría la vulneración de los principios de contradicción y proscripción de la indefensión al no estar previsto en este momento procesal una fase de prueba. Ello lleva a la sentencia a no analizar el argumento esgrimido en casación por la Comunidad de Madrid, relativo a que algunos de los suelos fueron clasificados como no urbanizables no en función de los valores intrínsecos de que adolecían sino, precisamente, por la necesidad de evitar su ocupación lo que se habría garantizado con su integración por el plan general impugnado como zonas verdes y espacios libres. Habiendo en esta alegación ingredientes de carácter fáctico (los valores que determinaron la protección) este nuevo argumento podría haber sido contradicho con pruebas en contrario si se hubiera alegado en la instancia pero no son hábiles para modificar la decisión tomada por la sentencia recurrida.

Vuelve por ello la sentencia a repasar para cada uno de los sectores impugnados la motivación contenida en la Memoria a los efectos de comprobar si resulta adecuada o suficiente a los efectos antes señalados y a repasar los documentos aportados junto con el recurso de casación para ver si se encuentran en el expediente administrativo. Tras esta operación llega a la misma conclusión que la sentencia de instancia, salvo en lo que respecta algunos sectores de suelo urbanizable cuya descalificación se operó por modificaciones puntuales anteriores a la revisión de 1997, de manera que el Plan General impugnado, lejos de alterar su clasificación, se limita a incorporar la que les otorgaba el planeamiento previo. Es por esta razón que los sectores previamente descalificados quedan excluidos de la anulación, mientras que el resto de los sectores se ven afectados por la declaración de nulidad que se confirma para el resto. Si bien es cierto que la sentencia del Tribunal Supremo solo hace hincapié en la falta de motivación y no en las vulneraciones de las leyes especiales invocadas que llevaron a la sentencia de instancia a desviar la anulabilidad hacia la nulidad de pleno derecho por ejercicio de la función de planeamiento con vulneración de las condiciones fácticas en que se encontraba el suelo.

## VI

La anulación de la desclasificación abatió la carta sobre la que sustenta el castillo de naipes en que consiste la ejecución del planeamiento urbanístico. Un castillo gigante cuando se trata de una ciudad como Madrid y cuando habían quedado afectados la mayoría de los sectores sobre los que se centraba la estrategia de crecimiento del Plan General de Madrid de 1997, y así lo habían puesto de manifiesto las Administraciones durante el proceso. Ciertamente es que la anulación cumplió con creces su función ejemplificadora en lo que implica de llamada de atención a las Administraciones sobre el cumplimiento estricto de la legalidad. Pero nada más.

Transcurridos diez años desde la aprobación del plan parcialmente anulado, la ejecución del planeamiento se encontraba muy avanzada en muchos de estos sectores. Precisamente porque la realidad no entiende de tiempos judiciales.

En algunos de ellos se había llevado a efecto la ejecución jurídica y los suelos habían sido transformados por la urbanización. En otros, la ejecución estaba menos avanzada. Pero, en todo caso, los intereses económicos y sociales afectados eran, para entonces, especialmente relevantes habida cuenta del momento en que se produjo la anulación, en plena burbuja del mercado inmobiliario, con una demanda insaciable de uso residencial y actividades productivas.

Y aunque la ejecución de una sentencia anulatoria de una disposición general se cumple con la publicación en el Boletín oficial de la sentencia, sus efectos no quedaban ahí.

Tanto los Planes de sectorización conteniendo la ordenación estructurante y pormenorizada, como los Planes parciales de los sectores que habían recuperado su condición de suelos no urbanizables de protección, podían ser objeto de recurso indirecto con motivo de la impugnación de cualesquiera de los sucesivos actos jurídicos de ejecución de planeamiento, incluidas las miles de licencias de obras que habían aún de otorgarse. La falta de modulación de los efectos de la nulidad declarada, había hecho recuperar a los suelos su clasificación como no urbanizables, como si nunca hubiera sido modificada, de manera que los planes urbanísticos que atribuyeron edificabilidad a los suelos (planes de sectorización) y el planeamiento de desarrollo que contenía la ordenación pormenorizada estaban ordenando un suelo no susceptible de transformación, y esto no podía considerarse un vicio meramente formal, no invocable a través de los recursos indirectos.

La nulidad de las determinaciones había resucitado la situación jurídica del Plan de 1985 pero, como se ha expuesto, de facto, ello era ya imposible. Por otra parte, no cabía dejar las cosas así, dada la inseguridad jurídica generada. De ahí que la reacción de las Administraciones no se hiciera esperar.

## VII

De las posibles, el Ayuntamiento y la Comunidad Autónoma escogieron la solución que consideraron menos compleja y más rápida. Como quiera que la legislación urbanística conforme a la cual se aprobó el Plan General de 1997 había variado sustancialmente y a ello se añadía el tiempo que podía llevar la tramitación parcial por el procedimiento establecido para la aprobación de los planes generales, se optó por

convalidar las determinaciones del planeamiento, una vez completada la motivación cuya omisión había provocado la anulación. Pero no se sometió a información pública.

A tal fin, el Ayuntamiento de Madrid elaboró un documento complementario a la Memoria del Plan anulado, justificando de manera pormenorizada la clasificación otorgada por el Plan General para cada uno de los sectores afectados por la sentencia firme. Y como entendía que había que tener en cuenta que el vicio que había llevado al Tribunal Supremo a la anulación de la desclasificación operada por el Plan General no era un motivo de nulidad de pleno derecho sino de mera anulabilidad estrictamente formal, concluyó que cabía subsanar las deficiencias detectadas por la sentencia con mantenimiento de los actos del procedimiento que llevó a la aprobación del Plan General parcialmente anulado.

Para ello adoptó un acuerdo aprobando el documento complementario al que otorgó efectos retroactivos desde la aprobación provisional del Plan general de 1997, esto es, desde el acuerdo de 17 de diciembre de 1996. Además, se ordenaba conservar, con efectos retroactivos, tanto el acuerdo de aprobación provisional como los acuerdos de 25 y 27 de junio, 29 de julio, 31 de octubre y 28 de noviembre de 1997, todos ellos adoptados en cumplimiento de las condiciones impuestas por el Consejo de Gobierno de la Comunidad en su acuerdo de aprobación definitiva del Plan General de 1997. Se ordenaba, finalmente, la incorporación formal al Plan de la documentación aprobada, como Anexo a la Memoria.

Por acuerdo de 24 de enero de 2008, el Consejo de Gobierno (BOCM de 15 de febrero de 2008) aprobó definitivamente la documentación complementaria a la Memoria del Plan General de Madrid de 1997, relativa a los ámbitos cuya desclasificación había sido anulada, retrotrayendo sus efectos a la fecha de aprobación definitiva del Plan general. Dispuso, asimismo, la conservación del acuerdo de aprobación definitiva del Plan General así como de los acuerdos de aprobación definitiva de los expedientes de cumplimiento de las condiciones impuestas por el Plan General de 1997, de las modificaciones puntuales del Plan General y de los Planes de sectorización de alguno de los ámbitos afectados, dotándoles de eficacia retroactiva con efectos desde la fecha de su adopción.

Mediante ese acuerdo, que suponía la conservación de los actos de aprobación definitiva, una vez subsanada la falta de motivación que había provocado la declaración de nulidad, entendía la Comunidad Autónoma que el Plan General había entrado nuevamente en vigor (salvo para uno de los sectores en el que la aprobación definitiva quedó aplazada) con efectos retroactivos desde el mismo momento en que fue aprobado más de diez años antes.

## VIII

Una vez convalidado el Plan General, el Ayuntamiento aprobó, el 22 de diciembre de 2008, la segunda modificación del Plan parcial de uno de los sectores de suelo urbanizable no programado afectados por la sentencia, en concreto del «Parque Valdebebas-Ciudad aeroportuaria» en la que se iba a emplazar la Ciudad de la Justicia sobre suelos de sistema supramunicipal, de cesión obligatoria y gratuita. Pocos meses después, el 31 de marzo de 2009, aprobaba el Plan parcial de reforma interior de «Instalaciones militares de Campamento». Ambos fueron recurridos.

Este último acuerdo fue también recurrido en ejecución de sentencia. Aunque los recurrentes en el proceso contencioso-administrativo en el que se dictó la sentencia anulatoria no reaccionaron, se personó en el proceso una organización ecologista que impugnó, en incidente de ejecución de sentencia, la aprobación del Plan de Reforma interior de Campamento e, indirectamente, el acuerdo aprobado por la Comunidad de Madrid, por entender que se había dictado para eludir la nulidad declarada por la sentencia, siendo así que no era posible la convalidación retroactiva de las disposiciones que desarrollan las determinaciones anuladas, ni la conservación de los reglamentos devenidos nulos por ser contrarios a otros de rango superior, habiéndose operado una especie de vía de hecho con desviación de poder.

El Tribunal Superior de Justicia paró el primer golpe (Auto de 8 de mayo de 2010) rechazando su personación e inadmitiendo el recurso. Entendió, de un lado, que la ejecución de las sentencias de anulación termina con la publicación en el Diario Oficial de la sentencia anulada, por lo que el acuerdo de la Comunidad de Madrid de aprobación definitiva del documento complementario de la Memoria no podía considerarse un acto de ejecución de la sentencia. De otro, que la organización ecologista no cumplía con el requisito establecido en la Ley de la jurisdicción pues la ejecución de la sentencia estaba reservada a los afectados por ella, siendo así que la organización ecologista concurría en ejecución amparada por la acción pública.

Pero la STS de 23 de abril de 2010 casó el Auto impugnado. Si la acción pública reconocida en urbanismo permite recurrir el plan, la acción pública debe permitir solicitar su correcta ejecución aún cuando no haya sido parte en el proceso: «la asociación recurrente puede personarse en la ejecución para ejercitar las acciones tendentes únicamente al exacto cumplimiento de la sentencia, que no podemos entender consumada con la mera publicación del Plan General, como señala la resolución recurrida».

No es necesario extenderse en este momento sobre la legitimación para personarse en ejecución de sentencias de quienes no han sido parte, más allá de señalar, que si bien esta reconocida en el art. 19 1 h) LJCA para la impugnación de la actividad administrativa susceptible de recurso, el art. 104.2 de la misma norma amplía el derecho que deriva del art. 24 CE para las partes procesales, únicamente a las personas afectadas. Pero esta es una cuestión meramente incidental en el relato.

## IX

La primera sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de 18 de noviembre de 2010, recayó en el recurso en que se impugnó la modificación del Plan Parcial de Valdebebas. Y pretendió paliar las consecuencias que no tuvo en cuenta al declarar la nulidad de la reclasificación, modulando, ahora sí, los efectos de la nulidad sin paliativos, que anteriormente había declarado.

La demanda no invocaba ilegalidad alguna de la modificación del Plan Parcial, más allá de la ilegalidad del Plan de sectorización del que traía causa, por haber sido anulado el Plan general que desclasificaba el suelo del sector, y de la ilegalidad del acuerdo de la Comunidad de Madrid de 24 de enero de 2008 de aprobación retroactiva de la Memoria y convalidación de los planes de sector ya aprobados. Siendo ilegal este acuerdo, no había Plan general que dotara de cobertura al Plan de sector y, tampoco, a la modificación del Plan parcial. Por ello, concluía la demanda, en aplicación

del art. 62 de la Ley 30/1992, debía declararse la nulidad de la modificación del plan parcial, del Plan de sector y del acuerdo de convalidación.

Son dos los argumentos que manejó la sentencia para desestimar el recurso. En primer lugar entendió que como la impugnación indirecta del plan de sector no estaba basada en vulneraciones sustantivas sino en un motivo formal cual es la nulidad de la convalidación operada por el acuerdo del Consejo de Gobierno, también recurrido indirectamente en el proceso, el motivo de la nulidad invocada del Plan de sector es puramente formal, y tratándose de un recurso indirecto, los únicos efectos formales que pueden denunciarse son la omisión clamorosa del procedimiento establecido para su aprobación en perjuicio del recurrente, la incompetencia manifiesta del órgano que lo aprobó definitivamente o el defecto de comunicación a la Administración del Estado.

Por otra parte, entendió que como la anulación había sido parcial pues sólo afectaba a unas de sus determinaciones por un vicio puramente formal plenamente subsanado, la aportación de la Memoria, tras la realización del trámite de información pública, determina la validez del acuerdo de aprobación de la Memoria. En efecto, considera la sentencia que el acuerdo del Consejo de Gobierno no procedió a la convalidación del plan pues para ello hubiera sido necesario convalidar el plan en su totalidad. Por el contrario se limitó a subsanar los defectos formales puestos de manifiesto por la sentencia, y mantener los actos que podrían ser conservados. De esta forma, concluye, la actuación administrativa ha consistido en «formar una Memoria, dar efectos retroactivos a la misma lo que resulta inútil dado que la documentación no puede tener efectos retroactivos, y sobre la base de dicha Memoria ordenar la conservación de todos los actos en su día viciados por la falta de dicha Memoria. El recurrente no ataca su contenido, por ejemplo la ausencia de motivación en la reclasificación, ni las implicaciones que sobre el resto de las determinaciones del Plan General pueda suponer dicha reclasificación por lo que debe entenderse, a los meros efectos de este litigio, por correcto su contenido. Por tanto el Plan General se mantiene incólume por lo que no necesitará de ningún acto de conservación de su aprobación provisional o definitiva y el vicio de que adolecía ha sido subsanado lo que lleva a una conclusión ineludible, el planeamiento derivado no puede ser anulado por los vicios formales a los que hace alusión la demanda».

Como era de esperar, los otros dos recursos planteados, en el incidente de ejecución, de un lado, y en proceso contencioso independiente, fueron resueltos por Auto de 10 de enero de 2011 y Sentencia de 17 de enero de 2011, por aplicación de la doctrina establecida en la sentencia anteriormente expuesta.

## X

Las sentencias y Auto del Tribunal Superior de Justicia fueron recurridas en casación. El 28 de septiembre de 2012 se dictaron dos sentencias, las relativas a la aprobación del Plan de reforma interior de Campamento. La tercera, de fecha 13 de diciembre de 2013, resolvió el recurso contra la aprobación de la modificación del Plan parcial de Valdebebas.

Todas casaron las resoluciones impugnadas. Se anularon los dos planes parciales impugnados, pero también, por dos veces, los acuerdos de aprobación provisional y

definitiva de la Documentación complementaria de la Memoria del Plan General (15), con la misma argumentación: la aplicación de la teoría más clásica de la nulidad de pleno derecho.

Parte el Tribunal Supremo de considerar que la sanción que el ordenamiento jurídico depara a las disposiciones generales es la contemplada en el art. 62.2 Ley 30/1992, y en el caso examinado «basta la lectura de la sentencia del Tribunal Superior y luego de este Tribunal Supremo para constatar que la nulidad se deriva de una flagrante infracción legal». Y de ahí, extrae el resto de consecuencias. En primer lugar, entiende que los efectos de la nulidad plena son *ex tunc*, desde el momento inicial, y por ello no pueden producir efecto alguno ni ser posteriormente enmendadas. En segundo lugar considera que no existen razones para perfilar o ajustar tales efectos, pues la naturaleza del vicio de nulidad apreciado —desclasificación de terrenos sin motivación— y el menoscabo que para el derecho de los ciudadanos ante la imposibilidad de cuestionar este contenido durante la sustanciación del procedimiento de la norma y los siempre sensibles bienes ambientales concernidos en ese cambio de la clase de suelo, avalan la improcedencia de modular el contundente alcance de la nulidad plena. La nulidad plena determina la inaplicación del principio de conservación y convalidación a las disposiciones impugnadas en la instancia, ambos preceptos están exclusivamente destinados a los actos administrativos. Y como los Planes generales son disposiciones generales, no es posible convalidar o conservar los actos dictados en su tramitación.

Ahora bien, la argumentación desplegada no debe llamar a engaño: tanto cuando se dicta sentencia anulatoria, como cuando se analiza la validez de una disposición general afectada por la nulidad anteriormente declarada, el juez puede modular sus efectos, que no son necesariamente los que se derivan del art. 62.2 de la Ley 30/1992.

Aunque en principio cabría deducir de la tajante afirmación de la que parte la sentencia: que todas las nulidades de las disposiciones generales son nulidades plenas, por lo que una vez declarada no es posible paliarla con una actuación administrativa posterior, y produce efectos *ex tunc*, afectando a los planes aprobados antes de su declaración, la propia sentencia reconoce que podría haber perfilado o ajustado estos efectos si concurrieran razones para ello, que en este caso no concurren dado que el vicio ha afectado a los derechos de los ciudadanos y el interés ambiental.

Es decir, lo que viene a afirmar es que no todos los vicios de las disposiciones generales producen los mismos efectos lo haya o no determinado así la sentencia anulatoria. Y como la infracción consiste en que la falta de motivación ha hurtado a la información pública los motivos por los que los suelos habían perdido las características que habían determinado su preservación, y ello afecta al medio ambiente, estamos ante un vicio equivalente a la omisión de un trámite esencial del procedimiento, como si se tratara de una modificación sustancial del plan. En ello radica la verdadera discrepancia con las resoluciones de instancia que habían equiparado la falta de motivación a un vicio de mera anulabilidad sin tener en cuenta que la omisión de la motivación había afectado a la información pública.

---

(15) Cuando se dictó la tercera de las Sentencias, el 13 de diciembre de 2013, las anteriores ya habían sido publicadas, de manera que habría bastado con señalar que el Plan parcial impugnado se había aprobado en un suelo no urbanizable y que la anulación del Plan General con efectos *ex tunc* había dejado sin cobertura la disposición impugnada, sin necesidad de anular una disposición ya eliminada del ordenamiento jurídico.



## XI

Las Administraciones reaccionaron, esta vez, tramitando la revisión del Plan general de 1997 por el procedimiento legalmente establecido para la revisión de los Planes generales. La revisión fue aprobada definitivamente por acuerdo del Consejo de Gobierno de 1 de agosto de 2013 (BOCM 2 de agosto de 2013). Estaba limitada a los sectores que habían resultado afectados por la anulación, pues como reconocía el acuerdo de aprobación definitiva, se trataba de enervar los efectos anulatorios de la sentencia, restableciendo la integridad del Plan General de 1997, mediante la rehabilitación de las determinaciones clasificatorias que habían sido anuladas o su modificación cuando los valores protegibles aún perdurasen.

Es decir, el nuevo Plan no ha partido de la situación de hecho que existía en el momento de la aprobación del Plan General de 1997, sino de la que había cuando comenzó a tramitarse la revisión. Por ello, el informe de sostenibilidad ambiental que se elaboró en cumplimiento de la Ley 9/2006, de evaluación estratégica de planes y programas incluye un análisis sobre la evolución del valor de los suelos que motivó su protección en el Plan General de 1985 hasta la actualidad, y es ésta la que se ha tenido en cuenta a la hora de determinar la nueva clasificación. Así, de los veintiuno sectores que resultaron afectados, se mantiene la protección como suelos no urbanizables en dos de ellos, mientras que en otros tres, se ha corregido mínimamente su delimitación para excluir los suelos que debían ser protegidos y aún no habían sido transformados. El resto de los suelos con valores a preservar, han quedado incluidos en suelos urbanizables o urbanos, aunque, como señala el acuerdo de aprobación definitiva, se utilizan técnicas de protección urbanísticas y se adoptan medidas que permiten la salvaguarda de dichos valores. Como señala el Informe técnico jurídico municipal emitido para la aprobación provisional, se han tratado de ponderar los intereses y bienes en conflicto, ya que junto con la protección general del medio ambiente se han querido salvaguardar otros intereses generales relativos a las actividades constructivas.

Por otra parte, se ha mantenido e incorporado al Plan General de 2013 la ordenación contenida en los planes de sectorización y planes parciales, aprobados a partir de 1997 y antes del inicio de esta revisión. Para ello ha sido necesario que la Disposición adicional sexta de la ley 8/2012, de 28 de diciembre, de la Comunidad de Madrid, incluyera una previsión según la cual la normativa urbanística que se aplica en los ámbitos del Plan General declarados nulos que hayan contado con Plan de sectorización o instrumento de desarrollo aprobados, es la vigente en el momento en que fueron aprobados. La inclusión de la anterior ordenación en el Plan General otorga vigencia a los planes aprobados con anterioridad y que adolecían de un vicio de nulidad plena, así lo había determinado el Tribunal Supremo, derivada de la anulación del Plan de 1997. Así, recuperó su vigencia el Plan Parcial de Reforma interior del sector Campamento-instalaciones militares que resultó anulado por las SSTS de 28 de enero de 2012 y los que no habían sido anulados fueron sustituidos o reemplazados por las determinaciones incluidas, ahora ya, en el Plan General —sectores de suelo urbano o consolidado y urbanizable programado con ordenación pormenorizada—. En definitiva, el Plan general había derogado los planes anteriores aún no completamente ejecutados, incorporando sus determinaciones.

Pues bien, cuando se dictó la tercera sentencia del Tribunal Supremo, la STS de 13 de diciembre de 2013, que como anteriormente se señaló, anuló la segunda modifica-

ción parcial del Plan Parcial de Valdebebas y el Plan de Sectorización que se había aprobado al amparo del Plan general de 1997 que resultó anulado, la revisión del Plan General estaba ya publicada, y así lo hizo saber la Junta de Compensación, parte en el proceso, con la presentación del acuerdo definitivo de aprobación del Plan General.

Para entonces, el suelo de este sector ya estaba clasificado como urbano no consolidado y las determinaciones del Plan de sectorización y de la modificación del Plan parcial incorporadas a al Plan General. O lo que es lo mismo, tanto el Plan de sector como el Plan parcial habían quedado derogados. Incluidos en el nuevo Plan General, pero al fin y al cabo derogados.

En esta situación, el Tribunal Supremo debía haber declarado, de acuerdo con su propia jurisprudencia, la pérdida de objeto del proceso, pues si las normas impugnadas directa o indirectamente han sido expulsadas del ordenamiento, no tiene ya objeto el pronunciamiento.

Sin embargo, la contestación del Tribunal Supremo fue exactamente la contraria, amparada en un breve párrafo en el que, ni siquiera, paró en analizar las consecuencias que, sobre la vigencia de los planes impugnados, había traído consigo la aprobación del Plan General que, no era ya una mera convalidación del Plan General de 1997, sino un nuevo Plan en toda regla: «En la parte expositiva del referido acuerdo de 1 de agosto de 2013 se indica que (...) En relación a aquellos ámbitos de suelo urbano y algunos ámbitos de suelo urbanizable que disponían antes de las sentencias de instrumentos de desarrollo con determinaciones suficientes para permitir posteriormente los actos de gestión y ejecución material correspondientes, se ha establecido en este documento de planeamiento general la ordenación pormenorizada, distinguiéndola materialmente de las determinaciones estructurantes, sin que resulte necesario formular planeamiento de desarrollo posteriormente. Ahora bien, es claro que tanto las determinaciones estructurantes como la ordenación pormenorizada incorporadas a esa revisión del planeamiento general sólo podrán tener validez y eficacia hacia el futuro, sin que quepa atribuirles —por las mismas razones expuestas en los apartados anteriores— ningún efecto subsanador o de convalidación de actuaciones y disposiciones anteriores que han sido declaradas nulas».

En consecuencia, anuló los planeamientos impugnados directa e indirectamente sin modular los efectos de la nulidad, esto es sin siquiera salvar los actos administrativos dictados en su aplicación que podían estar impugnados, aún a sabiendas de que, en el momento en que dictaba esta sentencia, el suelo era ya urbano, así lo había declarado el Plan General, por estar la urbanización casi totalmente ejecutada y haber perdido el suelo los valores que en su día provocaron su protección. Las consecuencias de tal decisión no se hicieron esperar y a ello colaboró, una vez más, el Tribunal Superior de Justicia.

## XII

La Junta de Gobierno de la Comunidad de Madrid aprobó, el 28 de enero de 2010, el proyecto de reparcelación de Valdebebas, vigente aún el acuerdo del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de aprobación definitiva de la documentación complementaria a la Memoria, ya que aún no había sido anulado por el Tribunal Supremo.

El proyecto fue impugnado por la ilegalidad del Plan de Sector y del plan parcial, que venía determinada por la anulación de la clasificación del Plan general, sin que se invocara vicio sustantivo alguno. El Juzgado desestimó el recurso. Como era de esperar, la sentencia fue recurrida en apelación cuando ya habían sido publicadas las dos sentencias del Tribunal Supremo anulando la convalidación del Plan General.

Cuando el Tribunal Superior de Justicia dictó sentencia, se había aprobado la revisión del Plan General que clasificaba el suelo como urbano no consolidado por estar prácticamente terminada la urbanización (330.514.346 millones de euros costeados por los propietarios en régimen de equidistribución, en los términos establecidos en la reparcelación), pero también se había dictado la STS de 13 de diciembre de 2013, anulando el Plan de Sector y el Plan parcial.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de 10 de junio de 2014, se limitó a reproducir el párrafo antes transcrito de la sentencia del Tribunal Supremo, para concluir que, como la reparcelación sólo se puede realizar sobre suelo urbano no consolidado o urbanizable, y esta reparcelación se había operado sobre suelo no urbanizable de protección —ya no era ni jurídica ni fácticamente no urbanizable sino urbano—, era nula.

Por tanto, la sentencia se limitó a anular, sin más, el acto administrativo realizado en ejecución del planeamiento.

Sólo han pasado tres meses desde el dictado de esta última sentencia, pero no hay mucho margen de error si se afirma que el resultado de la nulidad acordada no puede ser otro que la declaración de imposibilidad de ejecución de la sentencia, habida cuenta de la irreversibilidad de la situación existente cuando se puso la sentencia.

Muchas de las parcelas resultantes de la reparcelación se han enajenado e inscrito en el Registro de la Propiedad, a favor de terceros adquirentes de buena fe, y el esfuerzo que supondría aprobar una nueva reparcelación, exactamente igual que la anterior, ya que la misma ordenación entonces aprobada está vigente ahora, conduciría a un resultado desproporcionado. Todo ello sin contar la inseguridad jurídica y los daños económicos que podrían derivar para terceros de la cancelación de las inscripciones registrales existentes sobre las fincas de resultado. De nuevo, pues, una resolución judicial absolutamente inútil.

### XIII

Quizás el ejemplo expuesto sea exponente de demasiados despropósitos de la actuación administrativa y desaciertos de la actuación judicial a los que se ha unido la situación económica de las últimas décadas. En todo caso, esta es nuestra realidad.

Pero lo cierto es que pone de manifiesto la verdadera esencia del problema: ¿debe limitarse el juez a anular las disposiciones generales y actos administrativos, como la única posibilidad de satisfacer el interés general vulnerado, o de restablecer los derechos o intereses de los recurrentes?

Hemos visto cómo el Tribunal Supremo mantiene que el poder del Juez alcanza la facultad de matizar los efectos de la nulidad, previamente declarada, con motivo de la impugnación de otra disposición general, lo que implica, necesariamente, que podrá determinar en la sentencia en que declare la nulidad los efectos que esta puede producir. ¿Por qué, entonces, no dar un paso más antes de declarar la nulidad y permitir la reconstrucción de la disposición o acto impugnado?

Si las sentencias anulatorias hubieran contemplado la posibilidad, perfectamente normal en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, de declarar la nulidad condicionada a que la Administración subsanara, en debida forma, esto es, con información pública, la falta de motivación, pudiendo así valorar, en su caso, el acierto de la disposición impugnada y las vulneraciones sustantivas denunciadas; si, después, con motivo de la anulación de los planes en los que no se denunciaba vulneración sustantiva alguna, el Juez hubiera valorado la suficiencia de la motivación aportada en el documento complementario a la Memoria y comprobado la situación fáctica de ese concreto sector; si, además, se hubiera tenido en cuenta el Plan General aprobado en debida forma, y si, finalmente, se hubiera tenido en cuenta la situación jurídica y fáctica existente en el momento de anular el acto de ejecución del planeamiento que es la reparcelación, no sólo se habrían ahorrado los esfuerzos absolutamente infructuosos que han debido realizar las administraciones afectadas y las centenares de horas en que ha incurrido la Administración de Justicia, y los afectados por la anulación del planeamiento, sino también y sobre todo la inseguridad jurídica generada. Si, en efecto, existían valores medioambientales que proteger no han resultado protegidos de esta forma, pues los catorce años de conflicto judicial sólo han servido para que la realidad haya terminado por imponerse.

#### XIV

Tuve la suerte de compartir muchas horas de conversación con Demetrio Loperena, ferviente enemigo de planteamientos ortodoxos, jurídicos o no, cuando no sirven al propósito que se pretende de ellos. Este trabajo es la continuación debida de la iniciada hace poco más de un año en uno de los paseos por las montañas que circundan Garralda, las montañas que él adora. Una conversación que concluyó, como es usual en él, con un «pues escríbelo, ¿no es esto, acaso, lo que los profesores podemos aportar? Pero entretanto, sigamos andando».

Escrito queda, pues, Demetrio, pero sólo hasta que la retomemos cuando nos volvamos a encontrar.

Trabajo recibido el 3 de octubre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** 1997ko Madrileko Plan Orokorrak babes berezikotzat jotako lur urbanizaezinen desklasifikazioaren balio gabetze judiziala dela eta, lan honek administrazioarekiko auzien epailearen botereak berrikusteko beharra planteatzen du, xedapen edo egintza bat legez kanpokoa dela egiaztatzen duenerako. Hala, ez dute dena delakoa deuseztatzea mugatu behar, epaia ematen denean egoera juridikoa edo faktikoa zein den kontuan hartu behar dute, halako moldez non Administrazioa ez den alferrik behartuko atzeraezina den egoera faktiko bat berritzera edo horri eustera, eta urratutako interesen eta eskubideen babesa epaia betearazteko intzidenterako utziko den, konpentsazio ekonomikoa emanda.

**HITZ GAKOAK:** Erabateko deuseztasuna. Deuseztagarritasuna. Akats formal. Motibazioa. Erregelamenduaren aurkako zuzeneko eta zeharkako errekurtoa. Zuzentzea. Deuseztapena. Egintzen bihurketa. Egintzak mantentzea. Neurriak eta egintzak berritzea. Epaiak betearaztea. Hirigintzako plana. Motibazioa. Eskubidea berrezartzea.

**RESUMEN:** Con motivo de la anulación judicial de la desclasificación de los sectores de suelo no urbanizable de protección operada por el Plan General de Madrid de 1997, este trabajo plantea la necesidad de revisar los poderes del Juez contencioso administrativo cuando constata la ilegalidad de una disposición o acto, los cuales no deben quedarse limitados a la anulación sino, antes al contrario, deben tener en cuenta la situación jurídica o fáctica existente cuando se dicta la sentencia, para evitar los efectos inútiles de una resolución que obligue a la Administración a un esfuerzo inútil de reconstrucción o al mantenimiento de la situación fáctica irreversible desplazando al incidente de ejecución la tutela de los derechos intereses y derechos vulnerados mediante su compensación económica.

**PALABRAS CLAVE:** Nulidad plena. Anulabilidad. Vicio formal. Motivación. Recurso directo e indirecto contra reglamento. Subsanación. Anulación. Conversión de los actos. Conservación de los actos. Reconstrucción de disposiciones y actos. Imposibilidad de ejecución de sentencias. Plan urbanístico. Motivación. Restablecimiento del derecho.

**ABSTRACT:** As a result of the judicial annulment of the de-classification of the land protected from urban development by the General Plan of Madrid of 1997, this work shows the need to check the powers of the contentious administrative judges when verifying the illegality of a provision or act, which cannot confine themselves to the annulment but also, on the contrary, to take into account the legal or factual position that exists at the moment of giving a judgment, in order to avoid useless effects of a resolution that obliges the Administration to a useless effort of rebuilding or to keep an irreversible factual situation moving to the execution the protection of interests and infringed rights by means of an economic compensation.

**KEYWORDS:** Absolute nullity. Annulability. Formal vice. Motivation. Direct and indirect appeal against a regulation. Correction. Annulment. Conversion of acts. Reconstruction of provisions and acts. Impossibility to execute sentences. Urban planning. Motivation. Revival of a right.



# Las limitaciones jurisprudenciales del recurso indirecto contra reglamentos (1)

Gustavo Manuel Díaz González

**Sumario:** I. Introducción.—II. La invocación de vicios de forma y procedimiento a través de la impugnación indirecta de reglamentos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.—III. Crítica de la restricción jurisprudencial que afecta al canon de enjuiciamiento de las disposiciones generales a través del recurso indirecto.—IV. Conclusiones.

## I. Introducción

El objeto del presente trabajo es el estudio de una línea jurisprudencial, tristemente consolidada, que se caracteriza por excluir, en el análisis de la validez de las disposiciones de carácter general a través del recurso indirecto, a las normas reguladoras de la forma y procedimiento de ejercicio de la potestad reglamentaria por parte de las Administraciones Públicas como parámetro de enjuiciamiento.

Como tendremos ocasión de comprobar, la referida restricción jurisprudencial surge en la práctica de nuestros tribunales a comienzos de la década de 1970, al amparo, por lo tanto, de leyes reguladoras del procedimiento administrativo y de la jurisdicción contenciosa ya derogadas, y con carácter previo, asimismo, a la aprobación de la Constitución de 1978, sin que la aparición de un nuevo marco normativo se haya traducido en una rectificación de la doctrina judicial.

De esta forma, nuestra intención es la de exponer una serie de argumentaciones críticas en relación con la mencionada restricción jurisprudencial. Para ello, abordaremos en primer lugar el análisis de las principales líneas de la doctrina del Tribunal Supremo en la materia, con una referencia al tratamiento inicial de los vicios de forma y procedimiento en su jurisprudencia (II), para, a continuación, contrastar los principales elementos de esta doctrina con las normas que disciplinan la impugnación indirecta de las disposiciones de carácter general, con su fundamento y con la sanción que anuda el ordenamiento a la vulneración por parte de aquéllas de lo dispuesto en normas de rango superior (III). Cerraremos nuestro trabajo con unas breves conclusiones (IV).

---

(1) Estudio realizado en el marco del Programa de Ayudas predoctorales para la Formación del Profesorado Universitario del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Agradezco a la RVAP el haberme permitido participar en este merecidísimo homenaje al prof. LOPERENA ROTA

## II. La invocación de vicios de forma y procedimiento a través de la impugnación indirecta de reglamentos en la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Como se desprende de lo que sintéticamente se acaba de exponer, el tratamiento que la jurisprudencia ha dado a los vicios de forma y procedimiento en la elaboración de las disposiciones de carácter general no ha sido homogéneo a lo largo de la andadura de nuestros tribunales. Por el contrario, y aunque en un principio pudiera resultar paradójico, teniendo en cuenta los intensos límites impuestos al control judicial de la actuación de las Administraciones Públicas en la etapa preconstitucional, los defectos de forma y procedimiento fueron en un primer momento objeto de un severo análisis por parte de nuestro Tribunal Supremo, en aplicación de la doctrina de los vicios de orden público, según la cual, en síntesis, la consideración de las normas reguladoras de los aspectos formales de las disposiciones reglamentarias como delimitadoras de potestades regladas de las Administraciones Públicas permitía el desarrollo del control jurisdiccional sobre estos aspectos, admitiéndose la apreciación de oficio por el Tribunal y su valoración y solución preferentes, mientras que, en lo referente a los elementos materiales, en tanto integrantes de una facultad característicamente discrecional de las Administraciones, se entendía que las posibilidades de fiscalización judicial eran no sólo más reducidas, sino prácticamente inexistentes. Esta posición extrema, cuyas consecuencias, tanto en relación con el control de vicios materiales (por sus límites), como formales y de procedimiento (por su extralimitación, que conducía a alcanzar resultados indeseables, lúcidamente puestos de relieve por el prof. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ(2)), eran muy negativas para los derechos y garantías de los ciudadanos, constituyó el punto de partida de una serie de resoluciones que declararon la incurción en causa de nulidad del Reglamento de 29 de diciembre de 1959, regulador de los Impuestos Directos en la Región Ecuatorial.

Las referidas sentencias(3) fueron dictadas como consecuencia de la impugnación de sendos actos de aplicación de la citada disposición administrativa general. La Administración Tributaria había dictado a cargo de varias sociedades mercantiles actos administrativos de liquidación de deudas fiscales en aplicación del Reglamento, y las empresas afectadas acudieron a los tribunales para solicitar la anulación de las referidas liquidaciones alegando que el Reglamento era nulo por haber sido dictado sin audiencia previa al Consejo de Estado, preceptiva de acuerdo con el Texto Refundido de

---

(2) Aun cuando reconociera a las normas reguladoras del procedimiento de elaboración de reglamentos una «dignidad» mayor de la que recibe en la actualidad, la doctrina de los vicios de orden público, al atribuir a aquéllos una valoración y resolución preferentes frente a las ilegalidades de carácter material, determinaba que se alcanzasen conclusiones inaceptables, pues se daban casos en los que el ciudadano impugnaba un acto o disposición reglamentaria por cuestiones materiales, pero el órgano jurisdiccional, al apreciar (incluso de oficio) la concurrencia de vicios formales o de procedimiento, anulaba el acto o disposición impugnado y no entraba a valorar la cuestión de fondo, lo que determinaba que la Administración correspondiente volviera a iniciar un nuevo procedimiento y, esta vez sin incurrir en vicios formales, aprobaba un acto o disposición general con el mismo contenido que el anulado por la sentencia anterior, con el lógico perjuicio para el ciudadano. Ello conduce al prof. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ a la formulación de sólidas críticas en *La doctrina de los vicios de orden público*, Instituto de Estudios de la Administración Local, Madrid, 1970, pp. 30 y ss. y 129 y ss.

(3) Estas resoluciones, todas ellas del Tribunal Supremo, son de 19 de junio y 6 de noviembre de 1962 (ambas en Aranzadi 4.464), de 9 de febrero de 1963 (Aranzadi 300) y de 7 de enero de 1964 (Aranzadi 47; en esta última, el Abogado del Estado se allana a las pretensiones del demandante).



la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE), entonces vigente, y con las normas en aquel momento aplicables al supremo órgano consultivo.

El Tribunal Supremo resolvió todas las impugnaciones con una argumentación similar: una vez apreciaba que la falta de audiencia al Consejo de Estado había sido suficientemente acreditada en un caso en que tenía carácter preceptivo, anulaba el acto de liquidación, declarando inaplicable(4) al caso concreto el reglamento enjuiciado, y rechazando entrar a examinar los demás motivos de recurso, basados en razonamientos materiales. Se trata, en definitiva, de pronunciamientos que se corresponden en todos sus aspectos con la doctrina de los vicios de orden público, según la exposición del profesor T.R. FERNÁNDEZ, y que no hacen sino poner en evidencia las virtudes y los defectos de las premisas de las que se partía en lo referente al grado de vinculación del Ejecutivo y de las Administraciones Públicas a las normas reguladoras del procedimiento de elaboración de los reglamentos.

La situación, no obstante, no tardaría en sufrir importantes mutaciones. A partir del comienzo de la década de 1970 se produce un cambio en el tratamiento de los vicios de forma y procedimiento de las disposiciones de carácter general en su examen a través del recurso indirecto: estos defectos pasan a ser considerados como infracciones no determinantes de nulidad de pleno derecho salvo en los casos en que ello resulte así de la normativa reguladora de las sanciones aplicables a los actos administrativos contrarios al ordenamiento, con lo que el Tribunal Supremo estima que su invocación, con carácter general, dada la necesaria interpretación restrictiva de las causas de nulidad de los actos, no procede ya cuando se plantea un recurso indirecto, sino tan sólo cuando se impugna directamente la norma reglamentaria.

Sin perjuicio de las consideraciones críticas que se desarrollarán más adelante, conviene señalar que la nueva orientación jurisprudencial incurría en aquel momento en un defecto patente de argumentación: el carácter *inter partes* atribuido por la jurisprudencia a la estimación de los recursos indirectos frente a reglamentos durante la vigencia de la Ley Jurisdiccional de 1956 chocaba frontalmente con la exigencia para su estimación de la concurrencia de causas de nulidad, que, de producirse, habría de determinar la imprescriptibilidad de la acción para la impugnación de la norma, la consiguiente im-

---

(4) La declaración de inaplicabilidad del reglamento impugnado al caso concreto en lugar de la de nulidad, que es la que correspondería en aplicación del principio de jerarquía normativa, constituye una muestra del problemático estado de la cuestión con anterioridad a la aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: la inexistencia de un mecanismo equivalente desde un punto de vista funcional a la cuestión de ilegalidad traía consigo la imposibilidad de proceder a la expulsión del ordenamiento jurídico de toda norma reglamentaria que no hubiera sido objeto de impugnación directa en el plazo de dos meses a partir del momento de su aprobación. El recurso indirecto se concebía, pues, como una vía procesal de control de los actos administrativos basada en el carácter antijurídico del reglamento aplicado para su dictado y carecía de consecuencias en relación con la validez de éste, que devenía inatacable. Se dictaban, así, nuevos actos administrativos en aplicación de normas cuya ilegalidad había sido previamente declarada, y se sobrecargaba a los tribunales con la imposición del deber de conocimiento de causas de objeto similar respecto a las cuales se les concedían facultades de respuesta limitadas, con los lógicos efectos perniciosos desde el punto de vista de los principios de legalidad, igualdad (en el supuesto de resoluciones divergentes respecto a un mismo reglamento) y economía procesal. Al respecto, puede consultarse a GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La eliminación general de las normas reglamentarias nulas con ocasión de recursos contra sus actos de aplicación», *REDA*, 66, 1990, pp. 279 y ss.; SANTOS VIJANDE, J. M., *El recurso indirecto contra reglamentos*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1998, pp. 22 y ss.; ALONSO GARCÍA, R., en «Artículo 27», *REDA*, 100, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, 1998, p. 271; CARLÓN RUIZ, M., *La cuestión de ilegalidad en el contencioso-administrativo contra reglamentos*, editorial Thomson Civitas, Cizur Menor, 2005, p. 60; y SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *La ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 308 y ss.

posibilidad de convalidación de sus vicios y su expulsión inmediata del ordenamiento jurídico. Los términos literales de las resoluciones del Tribunal Supremo no dejaban, sin embargo, lugar a dudas. Así, la STS de 23 de octubre de 1974 (Aranzadi 3.948), dictada como consecuencia de la impugnación de liquidaciones tributarias practicadas a cargo de una empresa (denominada Algodonera del Sur, S. A.) por la Aduana de Barcelona en aplicación del Decreto 2.169/1964, de 9 de julio, regulador del Impuesto de Compensación de Gravámenes Interiores (en concreto, de su artículo 6, que había sido modificado por el Decreto 2.968/1968, de 28 de noviembre), puesto que entendía la contribuyente y actora que el referido reglamento estaba viciado de nulidad tanto por razones de fondo (vulneración material de normas de rango legal) como de forma (al haberse dictado el Decreto de modificación sin haberse recabado los informes de la Junta Consultiva del Impuesto de Compensación de Gravámenes Interiores y del Consejo de Estado, de acuerdo con sus propias normativas), es inequívoca al respecto: *que esta Sala tiene dicho en su sentencia de 23 de junio de 1973 que la alegación de supuestos vicios procesales en la elaboración de disposiciones de carácter general sólo cabe en la impugnación directa, al amparo del párrafo primero del artículo 39 de la Ley de la Jurisdicción, y siempre que el recurso se promueva dentro del plazo legal a contar desde su publicación; mas en la impugnación indirecta, donde no se pide la declaración de nulidad de la disposición general, sino su inaplicación al acto concreto combatido, tan sólo es lícito invocar razones de nulidad, pero no motivos de anulabilidad, única consecuencia de la omisión de algún trámite, no confundible con el olvido total y absoluto del procedimiento legalmente establecido*(5) (Considerando 4.º). La doctrina, sin embargo, insistió más en otras consideraciones generales al hilo del análisis de esta sentencia, con olvido de su evidente contradicción interna (6).

Una tal argumentación, que podría haber recibido la consideración de desviación aislada frente a la consolidada doctrina de los vicios de orden público, dado su carácter tanto o más problemático, terminó por convertirse en una línea jurisprudencial que habría de orientar el comportamiento de nuestros tribunales en el análisis de impugnaciones indirectas de normas reglamentarias hasta la fecha actual. Sus efectos se dejaron sentir no sólo en la precisión de los motivos de válida invocación en los procedimientos especiales de control de las disposiciones reglamentarias, sino también en otros aspectos de la dinámica de las Administraciones Públicas, tales como la delimitación de las potestades discrecionales frente a las regladas. Si la doctrina de los vicios de orden público había puesto especial atención en las normas de procedimiento por entender que las mismas contenían prescripciones de inequívoco carácter re-

---

(5) Un pronunciamiento de idéntico signo contiene la STS de 23 de septiembre de 1977 (Aranzadi 3.540), que resuelve un recurso indirecto interpuesto por la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Logroño contra la Ordenanza aprobada por el Ayuntamiento de esta localidad en materia de Arbitrio sobre Edificios de Insuficiente Altura, como consecuencia de la impugnación del Padrón de 1973 relativo al mencionado arbitrio (acto administrativo de alcance general). En ella, el TS rechaza la toma en consideración de vicios de forma y procedimiento sin mencionar siquiera cuál ha sido alegado por la recurrente: *si el recurso directo no se utiliza, las posibles irregularidades determinantes de anulabilidad quedan convalidadas, y sólo podrán esgrimirse ya, en el posterior recurso indirecto, como consecuencia de la primacía de la ley, aquellas infracciones sustantivas del ordenamiento jurídico en que la disposición reglamentaria pudiera incurrir, por tratarse entonces de causas de nulidad de pleno derecho* (Considerando 2.º).

(6) *Vid.* el comentario del prof. GONZÁLEZ PÉREZ, J., «Una exclusión del recurso contencioso-administrativo por vía jurisprudencial: el control de los vicios de procedimiento de elaboración de disposiciones generales (Sentencia de 23 de octubre de 1974)», *REDA*, 9, 1976, pp. 345-348.

glado, la STS de 24 de septiembre de 1977 (Aranzadi 3.541), que resolvía un recurso indirecto interpuesto contra un acto administrativo dictado en aplicación del Decreto 2.413/1973, de 20 de septiembre, electrotécnico de baja tensión, en el que se alegaba la ilegalidad de éste, fundándose tanto en motivos de fondo como de forma (estos últimos, consistentes en la falta de apertura de un trámite de audiencia exigido legalmente), reconoce en su considerando segundo un *margen de discrecionalidad* a favor de la autoridad administrativa correspondiente para la apreciación de la conveniencia de apertura del trámite de audiencia, pese a su exigencia legal.

La falta de toma en consideración de los vicios de forma y procedimiento de los reglamentos cuando son enjuiciados en un recurso indirecto ha afectado a las materias más variadas, como consecuencia tanto de la amplitud de la actuación de las Administraciones Públicas como del frecuente incumplimiento de las normas que la disciplinan. Así, numerosas sentencias, ya en la etapa constitucional, han resuelto recursos indirectos planteados frente a normas reglamentarias reguladoras de diversos tributos: por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2000 (7), que da respuesta a la pretensión de declaración de nulidad de varios actos de liquidación de tributos a cargo de la empresa Cerrajera Valle Leniz, S. A., por haber sido dictados en aplicación de un reglamento nulo, en tanto aprobado sin que se hubiera recabado el preceptivo dictamen del Consejo de Estado, de acuerdo con la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, vigente en el momento de su elaboración, declara la inadmisibilidad de la alegación de este tipo de vicios, cifrando en varios cientos los pronunciamientos previos en tal sentido, y ello pese a entrar a valorar un argumento interesante planteado por el recurrente, consistente en la invocación del principio de confianza legítima por parte del administrado en que la Administración habría cumplido los trámites prescritos para la aprobación de la norma (entre ellos, el requerir el preceptivo dictamen del Consejo de Estado), con lo que no podía entenderse precluido el plazo para recurrir (el Tribunal Supremo, no obstante, equipara la inactividad del administrado en relación con la impugnación del reglamento a través de un recurso directo por omisión de tal trámite a una abdicación de su derecho de impugnación, pese a que tal interpretación resulta manifiestamente contraria a lo establecido en el artículo 26.2 de la LJCA, que consagra el principio de independencia entre ambos recursos – FJ 5.<sup>o</sup>). Otras resoluciones que afectan al campo del Derecho Tributario y que rechazan entrar a valorar la inobservancia alegada de las normas sobre procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general son las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1992 (8) y de 12 de mayo de 1993 (9), en las que se analiza la validez jurídica de un mismo reglamento (el Acuerdo del Consejo de Administración del Puerto Autónomo de Valencia de 28 de diciembre de 1983), a través del que se imponía a los recurrentes el pago de tarifas portuarias, por estimarse que, durante el procedimiento de elaboración, se habían vulnerado las disposiciones contenidas en la ley que desarrollaba, argumento que es rechazado por el tribunal, con cita de jurisprudencia anterior que declara la *improcedencia de invocar como fundamento del recurso indirecto las posibles infracciones de las normas de procedi-*

---

(7) Recurso de casación núm. 2.623/1995.

(8) Recurso núm. 1.029/1990.

(9) Recurso núm. 6.915/1990.

miento en que se hubiese incurrido al elaborar la disposición (cita similar recogida en los Fundamentos Jurídicos segundos de ambas resoluciones); la STS de 17 de octubre de 2003 (10), en la que la vulneración consistía en la falta de elaboración de un estudio económico-financiero, exigido legalmente; la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la comunidad autónoma de Galicia de 18 de enero de 2002 (11), en la que el vicio alegado consistía en la falta de dictamen previo a la aprobación del reglamento impugnado del Consejo Consultivo de Galicia, exigido por la ley rectora de la Administración Hidráulica gallega, autora de la disposición impugnada; o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 21 de mayo de 2001 (12), en la que nuevamente se rechaza la alegación de que la falta de estudio económico-financiero tenga la suficiente entidad para declarar la nulidad de la ordenanza municipal de una tasa por licencia de apertura de establecimientos.

Un ámbito hermano con el Derecho Tributario, por cuanto nuestro Tribunal Constitucional ha estimado que impone obligaciones pecuniarias con idéntico fundamento en el artículo 31.3 de nuestra norma fundamental, es el Derecho de la Seguridad Social, en relación con el cual también nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa ha enjuiciado la validez de normas reglamentarias por la inobservancia de alguno de los trámites legalmente exigidos para su aprobación, declarando la falta de consecuencias jurídicas de tales incumplimientos cuando se pretenden hacer valer en un recurso indirecto, con cita de numerosas resoluciones del Tribunal Supremo (todas ellas, por cierto, preconstitucionales) que niegan la posibilidad de que *en la impugnación indirecta de disposiciones de carácter general, al combatir los actos de aplicación individual de las mismas, [quepa] aducir irregularidades del procedimiento seguido al dictarlas, al no tratarse de vicios que produzcan la nulidad de pleno Derecho* (STS de 3 de noviembre de 1986, RJ 1986/7.735, FJ 1.º, donde se acepta como válido el Considerando de la sentencia impugnada en el que se asumían los argumentos reproducidos).

Otra materia afectada por esta restricción jurisprudencial es el urbanismo (13), un ámbito donde adquiere especial importancia (tal vez la máxima que conoce nuestro ordenamiento jurídico) el procedimiento de elaboración de las disposiciones reglamentarias (planes). Tal relevancia es, sin embargo, irrelevante (valga el redundante juego de palabras) para nuestra jurisprudencia, como ponen de manifiesto pronunciamientos tales como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 28 de marzo de 2001 (14), que resuelve al recurso planteado frente al Plan General de Ordenación Urbana de Zaragoza, amparándose en motivos formales tales como la infracción de normas sobre publicidad y documentación a elaborar durante su tramitación, que no son admitidos; o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco

(10) Recurso de casación núm. 6.186/1998.

(11) Recurso contencioso-administrativo núm. 8.652/1997.

(12) Recurso contencioso-administrativo núm. 929/1998.

(13) Resulta de interés al respecto la consulta de un reciente trabajo de AGOUÉS MENDIZÁBAL, C., «Reflexiones sobre el alcance del recurso indirecto contra reglamentos en relación con los planes urbanísticos», *RAP*, 190, 2013, pp. 197-226, donde se defiende, a nuestro juicio con acierto, la procedencia de estimar recursos indirectos frente a planes urbanísticos promovidos por vulneración no sólo de la correspondiente ley urbanística autonómica, sino también del plan jerárquicamente superior (esp. , pp. 219 y ss.).

(14) Recurso contencioso-administrativo núm. 1.078/1996.

de 26 de noviembre de 2004(15), que resuelve el recurso interpuesto frente a unas Normas Subsidiarias que habían sido aprobadas sin el preceptivo trámite de información pública, negando que tal vicio tenga carácter invalidante cuando es alegado a través de la impugnación de un acto de aplicación de las referidas normas.

También el Derecho sancionador es otro de los campos en los que se ha puesto de manifiesto el desinterés de nuestra jurisprudencia por la defensa del procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias cuando éstas son impugnadas indirectamente. Así, destacan la STS de 17 de noviembre de 1993(16), que, al enfrentarse a un recurso en el que se solicita la declaración de nulidad de un Reglamento regulador de determinados aspectos relativos al juego dictado sin el preceptivo informe del Consejo de Estado, dispone que tal dictamen no era preceptivo, pero que, aun cuando lo fuera, la alegación de su omisión en el procedimiento es inadmisibles en la vía indirecta de impugnación; la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 29 de enero de 1997(17), que analiza la validez de un Decreto sobre ruidos dictado sin recabar el preceptivo informe de la Comisión Provincial de Actividades Clasificadas, afirma la falta de interés de tal defecto en relación con la posible declaración de nulidad de la norma impugnada; las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de junio de 2000(18) y de 11 de julio de 2001(19), que resuelven sendos recursos a través de cuya interposición los actores, sancionados con multas pecuniarias por la comisión de infracciones en materia medioambiental (más concretamente, por vulneración de la normativa forestal aplicable), alegaban la invalidez de los actos sancionadores porque el reglamento aplicado había sido elaborado sin dar audiencia, exigida legalmente, a todas las asociaciones e individuos interesados, vulneraciones que el Tribunal, en ambos casos, rechaza entrar a valorar; y la STS de 15 de diciembre de 1987(20), que, por su parte, enjuicia la validez de un Real Decreto regulador de aspectos relativos a la disciplina de mercado que había sido dictado sin recabarse el preceptivo informe del Consejo de Estado, afirmando que ello no obstaculiza la válida perfección jurídica de la norma reglamentaria.

Por último, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León ha rechazado entrar a valorar la vulneración de normas de procedimiento durante la elaboración de normas reglamentarias que afectan a la seguridad ciudadana (sentencia de 26 de diciembre de 2005(21), en la que se pretendía la declaración de invalidez de una norma reglamentaria por falta de audiencia a los sujetos interesados, conforme a las exigencias legales al respecto). Se refiere con claridad la sentencia citada a las diferencias que la jurisprudencia ha impuesto en relación con la invocación de vicios de forma y procedimiento en función de que el cauce procesal utilizado sea el recurso directo o indirecto: *es doctrina reiterada y consolidada la que sostiene que en la impugnación de*

---

(15) Recurso contencioso-administrativo núm. 1/2002.

(16) Recurso núm. 1769/1991.

(17) Recurso contencioso-administrativo núm. 1777/1994.

(18) Recurso contencioso-administrativo núm. 1.522/1996.

(19) Recurso contencioso-administrativo núm. 310/1997.

(20) RJ 1987/9496.

(21) Recurso contencioso-administrativo núm. 146/2005.

las disposiciones generales, mediante el recurso contencioso-administrativo directo, los recurrentes pueden fundarlo en cualquier causa de invalidez, sea de fondo o de forma, existiendo una jurisprudencia abrumadora en el sentido de que la omisión de los informes preceptivos de los órganos consultivos de la Administración Pública y de las Corporaciones de Derecho Público y de los Colegios profesionales es un vicio invalidante, porque afecta a las decisiones de fondo, en la medida en que tales informes ilustran y permiten que la Administración Pública tenga los elementos de juicio necesarios para decidir conforme a Derecho y para fundar técnicamente sus pronunciamientos. En cambio, en los recursos contencioso-administrativos indirectos en los que el acto administrativo puede haberse dictado con respeto absoluto de la disposición reglamentaria de que se trate, y cuya impugnación se basa precisamente en la invalidez de la disposición bajo cuyo amparo se ha dictado, sólo es posible alegar los vicios invalidantes que afecten al fondo, y no a la forma (FJ 2.º).

La argumentación utilizada por el Tribunal Supremo en otras ocasiones ha hecho hincapié en la necesidad de que el análisis de la validez de las disposiciones reglamentarias impugnadas indirectamente se base con carácter exclusivo en motivos susceptibles de producir efectos en el acto administrativo recurrido; así, cabe la cita de la SSTs de 11 de octubre de 2005 (22) (FJ 3.º) y de 26 de diciembre de 2007 (23) (FJ 6.º). El carácter procedimental de los vicios en que se basaban las impugnaciones indirectas resueltas por estas sentencias presupone, de acuerdo con el Tribunal Supremo, su nula incidencia en el contenido de la norma reglamentaria aplicada, por lo que no se entra a analizar tales argumentos, que evidencian, en el fondo, la pervivencia de la consideración del recurso indirecto como un recurso al acto, pese a sus potenciales efectos, de acuerdo con la normativa actual, sobre la norma aplicada para el dictado de aquél y en cuya ilegalidad se fundamenta la pretensión del recurrente.

En ocasiones, sin embargo, el carácter extraordinariamente grave de los trámites omitidos o de las irregularidades formales en que se había incurrido durante la elaboración del reglamento ha traído consigo la declaración de nulidad del mismo como consecuencia de la estimación de un recurso indirecto, basada, claro está, en la apreciación de incursión en alguna de las causas de nulidad por defecto de forma previstas ex artículo 62.1 LPC. Particular interés presenta, en este sentido, la STS de 17 de junio de 2003 (24), que, al analizar la conformidad con el ordenamiento de una subsanación de deficiencias de una modificación del Plan General de Ordenación Urbana de Jumilla efectuada por la Concejalía de Urbanismo del Ayuntamiento de dicha localidad, declara el carácter manifiesto de la incompetencia de ésta para llevar a cabo tal operación y estima el recurso indirecto (FJ 7.º).

La estimación de las pretensiones anulatorias de las disposiciones de carácter general se ha basado, sin embargo, en la aplicación de la triple categoría de invalidez característica de los actos administrativos a los reglamentos (nulidad, anulabilidad e ilegalidad no invalidante). Tan sólo cierta jurisprudencia minoritaria se ha mostrado favorable al enjuiciamiento con mayor rigor del *proceder* de las Administraciones Públicas en el ejercicio de la potestad reglamentaria, con exclusiva aplicación de la sanción de nulidad

---

(22) Recurso de casación núm. 6.822/2002.

(23) Recurso de casación núm. 344/2004.

(24) Recurso de casación núm. 2.565/1999.

en los casos de efectiva detección de incumplimiento de normas de rango legal por vulneración de trámites que forman parte del procedimiento reglamentario. En este sentido, la STS de 18 de diciembre de 1997 (25) entra de lleno a analizar la observancia por parte del Ayuntamiento de Málaga de las normas que disciplinan la elaboración de ordenanzas fiscales, declarando, al resolver un recurso indirecto, la nulidad radical de la disposición reglamentaria objeto de impugnación a través de un acto de aplicación por incumplimiento del deber de publicación de la norma en el Tablón de Anuncios de la Corporación Municipal durante un plazo de quince días, tal y como exige la Ley de Bases de Régimen Local, por remisión de la Ley 40/1981, aun pese a que se había procedido a la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia. Y ello porque el Tribunal toma en consideración en esta resolución principios constitucionales como los de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE) y participación de los ciudadanos en la vida política [artículo 105.a) CE], en la medida en que sólo el cumplimiento de las dos formalidades garantiza, en opinión del legislador (que ha impuesto ambos requisitos), la adecuada publicidad de la apertura del trámite de audiencia pública y presentación de propuestas de modificación del texto provisional de la norma, y en tanto que las normas de procedimiento, amén de estar al servicio de la legalidad de las normas definitivamente aprobadas, contribuyen también a su acierto y oportunidad (FJ 3.º).

Esta última sentencia constituye un ejemplo de la línea que, entendemos, habría de seguirse. A la defensa de los presupuestos de que parte (y a la crítica de la doctrina jurisprudencial dominante que se sitúa en su contra) dedicamos las siguientes páginas.

### **III. Crítica de la restricción jurisprudencial que afecta al canon de enjuiciamiento de las disposiciones generales a través del recurso indirecto**

Las limitaciones impuestas por nuestra jurisprudencia al parámetro de validez de las normas reglamentarias cuando éstas son impugnadas indirectamente se amparan, fundamentalmente, en el tenor literal del artículo 27.1 LJCA, de acuerdo con el cual procede el planteamiento de la cuestión de ilegalidad una vez que haya sido estimado por sentencia judicial firme el recurso frente a un acto administrativo basado en la ilegalidad del *contenido* del reglamento aplicado en su dictado.

Una lectura aislada del citado precepto, de redacción ciertamente desafortunada, conduce, al menos aparentemente, a afirmar la corrección de la conclusión alcanzada por nuestro Tribunal Supremo. A partir de un análisis de estas características parece inequívoca la intención del legislador procesal de reconocer a las normas legales de contenido material un mayor grado de vinculación respecto a la potestad reglamentaria, traducido en su potencial invocación sin sujeción a plazo alguno (esto es, a través del recurso indirecto), frente al atribuido a las normas reguladoras del procedimiento, sujetas al breve plazo de dos meses en que resulta admisible el planteamiento del recurso directo.

Entendemos, sin embargo, que el recurso al criterio gramatical de interpretación trae consigo en este caso la defensa de conclusiones manifiestamente contrarias a los principios inspiradores del conjunto de la normativa procesal y, en concreto, de la figura de la cuestión de ilegalidad. La referencia al *contenido* de la disposición impug-

---

(25) Recurso núm. 2.179/1997.

nada afecta, en todo caso, con carácter exclusivo a la obligación de planteamiento de la cuestión de ilegalidad, de forma que la extensión de esta limitación al canon de enjuiciamiento del recurso indirecto resulta infundada y habría de defenderse, con estricta aplicación del criterio literal, que los vicios de forma y procedimiento del reglamento pueden determinar la anulación del acto administrativo impugnado, pero nunca la declaración de invalidez de la disposición general aplicada, como de hecho ha afirmado un minoritario sector doctrinal(26). Sin embargo, es lo cierto que una conclusión de este signo termina por implicar un total desconocimiento del fundamento de la propia institución de la cuestión de ilegalidad, nacida con la pretensión de evitar la pervivencia de normas reglamentarias contrarias al ordenamiento jurídico en los casos de falta de impugnación directa y la imposición al administrado de la carga de acudir al contencioso cada vez que pretenda la anulación de un acto administrativo dictado en aplicación de las mismas, por lo que, en nuestra opinión, debe ser rechazada.

En la doctrina se han esgrimido, además, argumentos basados en las prescripciones reguladoras del procedimiento especial de la cuestión de ilegalidad. Así, la limitación del objeto de ésta al precepto o preceptos que hayan servido de base para la estimación de la demanda impuesta *ex artículo 123.1 LJCA* y el carácter meramente facultativo que el artículo 125.3 LJCA atribuye al acuerdo de reclamación del expediente de elaboración de la norma reglamentaria impugnada han servido para defender que la cuestión de ilegalidad no puede nunca fundarse en vicios del procedimiento, susceptibles de afectar a la totalidad del articulado del reglamento y que sólo podrán ser analizados cuando el órgano que haya de resolver la cuestión acuerde la reclamación del expediente(27). Sin embargo, entendemos que tales argumentos no resultan del todo concluyentes, por cuanto, de una parte, no todo vicio procedimental ha de afectar necesariamente a la totalidad de la disposición impugnada, pues no es difícil imaginar casos en los que un mismo reglamento regule una pluralidad de ámbitos materiales susceptibles de tratamiento conjunto respecto a cuya disciplina reglamentaria el ordenamiento imponga requisitos procedimentales diversos (así, por ejemplo, si se trata de una disposición de desarrollo de una ley previa que contenga normas generales sobre una determinada categoría de contrato mercantil y normas específicas para las relaciones jurídicas establecidas con consumidores, cuyo tratamiento reglamentario, de acuerdo con lo establecido *ex artículo 39 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre*, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, exige previa consulta al Consejo de Consumidores y Usuarios), y por cuanto, de otra, el carácter facultativo de la remisión del expediente de elaboración del reglamento se debe a que existirán casos en la práctica en los que su análisis no sea necesario para la resolución de la cuestión de ilegalidad.

---

(26) En este sentido se han manifestado LEGUINA VILLA, J. Y SÁNCHEZ MORÓN, M., en *Comentarios a la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, editorial Lex Nova, Valladolid, 2.ª edición, 2001, pp. 180 y ss.; GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., GARBERÍ LLOBREGAT, J. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N., en *Comentarios a la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción de 1998*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pp. 824-825; y SÁNCHEZ-TARAZAGA MARCELINO, J. M., en «El control de los reglamentos ilegales en la Ley 29/1998. El nuevo régimen de su impugnación indirecta», en BAÑO LEÓN, J. M. y CLIMENT BARBERÁ, J. (coord.), *Nuevas perspectivas del régimen local: estudios en homenaje del Profesor José María Boquera Oliver*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 1.255 y ss.

(27) *Vid.*, en este sentido, SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J. A. y FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Práctica procesal contencioso-administrativa*, II, editorial Bosch, Barcelona, 1999, p. 696.



El fundamento último de la jurisprudencia criticada en este trabajo se halla, sin embargo, en la admisión de la existencia de causas de ilegalidad del reglamento determinantes de una sanción distinta de la nulidad de pleno derecho. Todos los argumentos hasta este momento analizados se explican si se toma como punto de partida la distinción entre nulidad, anulabilidad e ilegalidad no invalidante como consecuencias jurídicas aplicables a la disposición general que incurre en vulneración del ordenamiento, presupuesto rechazable a la luz de cuanto establecen los artículos 9.3 CE (principio de jerarquía normativa), 62.2 LPC y 1.2 CC.

Tal distinción, sin embargo, no carece de apoyos (28), y, en los últimos años, han aparecido trabajos que, sea al hilo del análisis más general del control jurisdiccional de las normas, sea con ocasión del estudio más específico de la invalidez de las disposiciones reglamentarias, se han pronunciado a favor de una revisión práctica (esto es, no normativa) de la aplicación de la sanción de nulidad de pleno derecho a las normas jurídicas contrarias a las jerárquicamente superiores, particular, aunque no exclusivamente (29), cuando la naturaleza de la vulneración es de índole procedimental.

Así, el profesor DOMÉNECH PASCUAL ha defendido la restricción de la aplicación de la sanción de nulidad absoluta a los casos en que el reglamento ilegal lo sea por motivos materiales, con base en argumentos tales como el carácter meramente instrumental de la disciplina del procedimiento reglamentario (30) o la afirmación de que la vulneración de la misma no produce una antinomia entre la norma legal y la reglamentaria, esto es, que, mientras que la violación desde una perspectiva material de la ley comporta un desconocimiento de la misma en todos aquellos casos en que sea aplicado el reglamento, el incumplimiento de las normas en materia de procedimiento no implica *per se* que la aplicación posterior de la disposición general traiga consigo una negación de la disciplina legal (31).

---

(28) Pionero en este sentido fue el prof. BOQUERA OLIVER, J. M., en «Enjuiciamiento e inaplicación judicial de los reglamentos», *REDA*, 40-41, 1984, donde defendía, en atención a la identificación del concepto de ilegalidad con el desacuerdo con la ley, que *en todos los órdenes de la realidad los desacuerdos tienen grados*, por lo que la distinción entre nulidad, anulabilidad e irregularidad, característica del acto administrativo, había de ser también aplicada a las normas reglamentarias (p. 8). Ello explica su posterior referencia acrítica al tenor literal del artículo 27.1 LJCA en «La impugnación e inaplicación contencioso-administrativa de los reglamentos», *RAP*, 149, 1999, p. 34.

(29) Llama poderosamente nuestra atención que, en este sentido, LETELIER WARTENBERG, R., en *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*, editorial Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 114, mencione, como ejemplo del pretendido fracaso del modelo anulatorio en lo que respecta a la ley inconstitucional, la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional sobre la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal anterior a sus sentencias 118/1996 y 61/1997, con las que se producía un brusco cambio en el tratamiento de la ley estatal que invadía competencias de las Comunidades Autónomas. Si hasta aquellas resoluciones venía declarando el Tribunal que en el campo que excediera del ámbito competencial estatal la ley permanecería vigente con carácter meramente supletorio *ex artículo 149.3 CE*, a partir de las mismas se corrigió esta orientación y se procedió a declarar la nulidad de la ley estatal no circunscrita al ámbito material reservado al Estado, de acuerdo con la delimitación efectuada por el artículo 149.1 CE y los Estatutos de Autonomía. Más allá de tratarse, por tanto, de una jurisprudencia hoy en día totalmente superada, la doctrina citada por el autor partía de un modelo que consideraba a la cláusula de supletoriedad del Derecho estatal del artículo 149.3 CE como una vía de atribución universal de competencias con alcance aplicativo limitado, de forma que no se incurría en ningún caso en inconstitucionalidad por el hecho de que el Estado regulase una materia de titularidad autonómica, sino por el hecho de hacerlo sin delimitar adecuadamente el alcance aplicativo de la norma, defecto que se corregía por tanto no mediante la declaración de nulidad, sino mediante la precisión de su ámbito de aplicación.

(30) DOMÉNECH PASCUAL, G., *La invalidez de los reglamentos*, editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 249.

(31) DOMÉNECH PASCUAL, G., *La invalidez...*, *cit.*, p. 105.

Entendemos, no obstante, que los argumentos que aporta el profesor DOMÉNECH en defensa de su tesis no son concluyentes. El análisis de la normativa en materia de procedimiento reglamentario escapa a las pretensiones de este estudio, pero no podemos dejar de referirnos al hecho de que los trámites integrantes de aquél cumplen funciones cuyo carácter instrumental no les resta un ápice de relevancia(32); son instrumentales en la medida en que se hallan puestos al servicio de la legalidad, el acierto y la oportunidad del producto normativo, pero los trámites del procedimiento reglamentario contribuyen no sólo desde una perspectiva global a un aumento de la calidad y la estabilidad del ordenamiento jurídico a través de la aportación de elementos de juicio al órgano administrativo encargado de la elaboración de la disposición, aspecto de por sí nada desdeñable, sino que sirven también como mecanismos de inserción ciudadana en el ejercicio del poder público (en el caso de los trámites de audiencia e información pública) o de evitación de futuros litigios (en lo que se refiere a los pronunciamientos de estricta legalidad del Consejo de Estado). Por ello, la pretendida degradación de la disciplina procedimental no sustenta un tratamiento diferenciado de las ilegalidades de tipo formal frente a las materiales.

En lo que respecta a la afirmación de que el desconocimiento de las normas sobre procedimiento reglamentario no produce una antinomia entre ley y reglamento por cuanto la permanencia en el ordenamiento de la disposición general incursa en causa de ilegalidad formal no impide la futura aplicación de la ley, entendemos que, aun admitiendo la corrección del argumento, por cuanto no deja de ser cierto que las normas de carácter procedimental siguen resultando plenamente aplicables aun cuando hayan sido puntualmente vulneradas, ello no debe servir para afirmar, sin más, la superación de la sanción de nulidad como consecuencia jurídica aplicable a la norma contraria a la disciplina reguladora de su procedimiento de elaboración. En otras palabras, la afirmación es correcta, pero no las consecuencias que se extraen de ella. El autor efectúa así un salto contrario a la lógica jurídica; la norma legal es jerárquicamente superior a la reglamentaria y ésta no puede, por tanto, desconocerla, con independencia del carácter más o menos lesivo de tal vulneración respecto al contenido de la fuente superior, cuyo prestigio, en todo caso, se resiente en los casos en que los poderes públicos a ella sujetos la ignoran sin que el sistema reaccione con los medios que el ordenamiento le proporciona, esto es, sin que se proceda a la declaración de nulidad de la disposición general. Se está introduciendo, de hecho, una nueva causa de derogación formal de las leyes(33) y se están amparando, en definitiva, conductas contrarias al ordenamiento jurídico por medio de argumentaciones que pecan, en nuestra opinión, de artificiosas.

---

(32) Una sólida defensa de la relevancia de las normas sobre procedimiento administrativo, y, concretamente, reglamentario, y de su relación con el principio de buena administración en el ejercicio de potestades discrecionales, se encuentra en PONCE SOLÉ, J., «La calidad en el desarrollo de la discrecionalidad reglamentaria: teorías sobre la regulación y adopción de buenas decisiones normativas por los Gobiernos y las Administraciones», *RAP*, 162, 2003, pp. 123 y ss. En la misma línea, y conectando con la sanción de nulidad del reglamento ilegal, GÓMEZ-FERRER MORANT, R., en «Nulidad de reglamentos y actos dictados durante su vigencia», *REDA*, 14, 1977, afirma que la relevancia de las normas de procedimiento, que actúan como garantes de la legalidad, acierto y oportunidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria, impone la consideración de que la sanción de nulidad de pleno derecho del reglamento ilegal es proporcionada (p. 391). En el mismo sentido, en fin, abordando la cuestión desde la perspectiva urbanística, donde los trámites integrantes del procedimiento de elaboración de los planes adquieren especial relevancia, se pronuncia AGOÚES MENDIZÁBAL, C., en «Reflexiones sobre el alcance...», *cit.*, p. 210.

(33) *Vid.*, en este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, I, editorial Thomson Civitas, Cizur Menor, 15.ª edición, 2011, p. 232.

La sanción de nulidad de las disposiciones generales ilegales deriva, en último término, no sólo de la vinculación del reglamento a la ley formal, sino también de su condición de norma jurídica y de su identidad y diferenciación plenas frente al acto administrativo. Una equiparación de las consecuencias jurídicas aplicables en los supuestos de invalidez de ambas figuras implicaría, en definitiva, el desconocimiento de uno de los principales puntos de partida de nuestra disciplina, por medio de la vuelta a la identificación de reglamento y acto administrativo. Y ello es precisamente lo que ha propuesto, en apoyo de su tesis, el prof. LETELIER WARTENBERG (34); sin embargo, la neta distinción introducida por los artículos 62 y 63 LPC en materia de invalidez de una y otra categorías nos impide compartir las conclusiones alcanzadas por el autor.

No es de extrañar, en conclusión, que, con independencia de la aparición de propuestas de revisión de las relaciones entre ley y reglamento y de defensas más o menos vehementes de la doctrina del Tribunal Supremo que es objeto de estudio en el presente trabajo, la mayor parte de la doctrina haya optado por una defensa del principio de nulidad de pleno Derecho del reglamento ilegal (35) y por el rechazo de las res-

---

(34) *Vid. Nulidad y restablecimiento...*, *cit.* El autor niega la distinción entre reglamento y acto administrativo a partir de la consideración de que uno y otro se insertan en el ordenamiento jurídico, produciendo la imposición de obligaciones jurídicas (pp. 57-58), lo que le conduce a dar un tratamiento equivalente a ambas formas de actuación administrativa desde la perspectiva de la sanción jurídica anudada a su invalidez (pp. 155 y ss.), como proponía DOMÉNECH exclusivamente respecto a los vicios formales. Este último autor, de hecho, en «La inaplicación administrativa de los reglamentos ilegales y leyes inconstitucionales», *RAP*, 155, pp. 63-64, niega la relación existente entre la ilegalidad de las normas jurídicas y la invalidez de las mismas a partir del recurso a un concepto amplio de acto administrativo, al afirmar en apoyo de su tesis que *un acto jurídico debe ser considerado válido no sólo cuando es legal, sino cuando literalmente vale*.

El grado de consolidación en la mejor doctrina administrativista española de la distinción entre acto y reglamento excusaría de la cita de las principales aportaciones en este punto, pero justo es recordar que ya en la etapa preconstitucional se defendió esta tesis con el objeto de alcanzar conclusiones favorables a la plena fiscalización de las normas de origen administrativo por parte de la jurisdicción contenciosa. En este sentido, junto al trabajo de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Recurso contencioso directo contra reglamentos y recurso previo de reposición», *RAP*, 29, 1959, en el que se afirma la plena validez del criterio ordinalista de distinción entre reglamentos y actos administrativos de carácter general (p. 164), destacan también el de MARTÍN-RE-TORTILLO L., «Actos administrativos generales y reglamentos», *RAP*, 40, 1963, donde con gran acierto se afirmó que la estricta sujeción de las convocatorias de oposiciones a sus reglamentos reguladores y el carácter absolutamente reglado de aquéllas constituía una evidencia de su falta de efecto innovador del ordenamiento jurídico y, en consecuencia, de la imposibilidad de defensa de su carácter normativo (p. 234), y el de LEGUINA VILLA, J., «Legitimación, actos administrativos generales y reglamentos. El valor normativo de las disposiciones organizatorias», *RAP*, 49, 1966, donde, si bien se admite la necesidad de utilizar un concepto amplio de acto administrativo con el objeto de salvar las restricciones impuestas por la LJCA de 1956 a la legitimación para la impugnación de disposiciones reglamentarias, se critica desde un punto de vista técnico tal conclusión (pp. 207-208).

(35) En este sentido, entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., en *Curso...*, I, *cit.*, pp. 232 y ss.; FERNÁNDEZ, T.R., en *La doctrina...*, *cit.*, p. 116; GÓMEZ-FERRER MORANT, R., en «Nulidad de reglamentos...», *cit.*, p. 388; HUERGO LORA, A., en «La jurisdicción contencioso-administrativa: partes, objeto y procedimiento», en CANO CAMPOS, T. (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, IV (*Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones Públicas*), editorial Istel, Madrid, 2009, p. 290; ALONSO MAS, M. J., en «La legitimación para impugnar disposiciones generales por vicios de procedimiento: una injustificada restricción jurisprudencial», *RAP*, 157, 2002, pp. 249-250; SANTOS VIJANDE, J. M., en *El recurso indirecto...*, *cit.*, p. 23; FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., en *El control jurisdiccional de los reglamentos*, editorial Atelier, Barcelona, 2002, p. 211; BLANQUER, D., en *El control de los reglamentos arbitrarios*, editorial Civitas, Madrid, 1998, p. 207; y, desde una perspectiva general (relativa, por tanto, a toda norma inválida), a partir del análisis del Derecho Europeo, GARCÍA LUENGO, J., en *El recurso comunitario de anulación: objeto y admisibilidad*, editorial Thomson Reuters, Madrid, 2004, pp. 92, 309 y 310.

tricciones jurisprudenciales al recurso indirecto contra reglamentos (36). De hecho, al hilo de análisis generales, se ha argumentado a favor de la aplicación de la sanción de nulidad absoluta de la disposición general en cuya aprobación se detecta desviación de poder, vicio que, de ser apreciado respecto a un acto administrativo, es causa de mera anulabilidad de acuerdo con lo prescrito *ex artículo* 63.1 LPC (37). El panorama doctrinal no ha estado exento tampoco de indecisión (38) ni de contradicciones internas (39) en lo que a esta jurisprudencia se refiere, pero se ha tratado, nuevamente, de casos aislados frente a una abrumadora mayoría de aportaciones favorables a cuanto aquí se defiende.

#### IV. Conclusiones

La limitación del canon de análisis del ejercicio de la potestad reglamentaria a las normas legales de contenido material en los casos en que la impugnación de la disposición es efectuada por medio del recurso indirecto no resiste un contraste mínimamente serio con la normativa vigente. El débil apoyo que encuentra esta línea jurisprudencial del Tribunal Supremo en el tenor literal del artículo 27.1 LJCA es fuertemente contrarrestado por los preceptos constitucionales y legales involucrados, que han consagrado la estructura jerárquica de nuestro sistema de fuentes y la sumisión plena de las Administraciones Públicas al ordenamiento jurídico y al control jurisdiccional en el ejercicio de las potestades que les son propias. De esta manera, no cabe apreciación de quiebra alguna respecto a la aplicación de la sanción de nulidad de pleno derecho a la norma contraria a la que es jerárquicamente superior, con independencia de que la previsión vulnerada tenga carácter material o procedimental.

Hemos tratado de poner de manifiesto cómo la pretendida flexibilización del contenido normativo introducido por el artículo 62.2 LPC no sólo desvirtúa las relaciones entre ley y reglamento, sino también cómo las limitaciones del canon de enjuiciamiento de las disposiciones generales en vía indirecta promueven una tolerancia ante

(36) *Vid.*, en este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., en *Curso...*, I, *cit.*, p. 234; SANTA-MARÍA PASTOR, J. A., *La ley reguladora...*, *cit.*, p. 303; GONZÁLEZ PÉREZ, J., en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, I, Civitas, Madrid, 2003 pp. 719 y ss.; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 238; SANTOS VIJANDE, J. M., en *El recurso indirecto...*, *cit.*, pp. 58 y ss.; MESEGUER YEBRA, J., en *El recurso indirecto contra reglamentos y la cuestión de ilegalidad*, editorial Bosch. Biblioteca Básica de Práctica Procesal, Barcelona, 2001, pp. 15-16; y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M., en *El control...*, *cit.*, pp. 314 y ss.

(37) *Vid.*, en este sentido, CHINCHILLA MARÍN, C., *La desviación de poder*, editorial Civitas, Madrid, 2.ª edición, 1999, p. 105, y TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., «La desviación de poder como técnica de control del ejercicio de la potestad reglamentaria», *Poder Judicial*, 34, 1994, pp. 343, 346 y 347.

(38) Así, REBOLLO PUIG, M., en «Recursos contra reglamentos y cuestión de ilegalidad», *Justicia Administrativa*, Número Extraordinario, 1999, afirma que la Ley Jurisdiccional *no aborda frontalmente el problema ni tampoco ofrece elementos que permitan resolverlo definitivamente y con seguridad ni en un sentido ni en otro* (p. 28).

(39) SÁNCHEZ MORÓN, M., en *Derecho Administrativo. Parte General*, editorial Tecnos, Madrid, 9.ª edición, 2013, defiende por un lado la aplicación de la sanción de nulidad de pleno Derecho al reglamento que incurra en causa de invalidez (p. 220) para, posteriormente, admitir que, aunque se trate de una doctrina polémica, la limitación del canon de enjuiciamiento de las disposiciones reglamentarias a las normas de contenido prescriptivo material *parece confirmarse en el artículo 27.1 LJCA* (p. 884).

el incumplimiento de las prescripciones legales que resulta insólita en un Estado de Derecho, un ejercicio de la potestad reglamentaria dotado de un menor grado de reflexión y un retroceso al tratamiento que la cuestión relativa a la distinción entre acto administrativo y reglamento recibía en la etapa preconstitucional.

Ello no debe ser interpretado como una defensa a ultranza de las formas, que conduzca a soluciones tan problemáticas como las que aportaba la extrema doctrina de los vicios de orden público. Es admisible, en abstracto, la idea de que no todo vicio procedimental tiene la misma relevancia aun cuando se trate del análisis de un *iter* de carácter normativo; en este sentido, el prof. LAVILLA RUBIRA defendía hace tiempo que *podría estimarse, por ejemplo, que es excesivamente lesiva para el interés público la anulación de una norma dictada hace ya años por el simple hecho de que en el procedimiento conducente a su aprobación se omitió dar audiencia a una asociación minoritaria de afectados que ni siquiera alega discrepancia alguna con el contenido de la norma*(40). No somos, por tanto, insensibles a los problemas que plantean las posturas excesivamente rigurosas con el cumplimiento de las formas, pero, ante la constatación de situaciones problemáticas en este sentido, no parece razonable reaccionar negando al procedimiento prácticamente todo su valor, sino más bien formulando propuestas orientadas al perfeccionamiento de la disciplina formal de ejercicio de las potestades normativas (41).

La doctrina y la jurisprudencia criticadas en este trabajo parecen responder, antes que a elaboraciones de carácter dogmático más o menos meditadas, a una supuesta imperiosa necesidad práctica de dar una respuesta normativa inmediata a situaciones que lo requieren. La más sosegada construcción de MUÑOZ MACHADO al respecto(42) debería ser objeto de un sereno debate político para que la normativa en la materia precisara con auténtico rigor qué trámites de cuantos integran el procedimiento reglamentario son de inexcusable cumplimiento, cuáles son prescindibles y en qué concretas circunstancias y, en su caso, cómo ha de modularse la respuesta de la jurisdicción contencioso-administrativa en atención a la entidad del vicio procedimental y del tiempo transcurrido desde la aprobación de la disposición general hasta la efectiva detección de aquél. Con ello se alcanzaría un adecuado equilibrio entre los dogmas de nuestro sistema jurídico y las necesidades derivadas de la práctica, que no han forzosamente de divergir, pese a lo que con frecuencia se cree, y como demues-

---

(40) LAVILLA RUBIRA, J. J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de reglamentos en los Estados Unidos de América*, editorial Civitas, Madrid, 1990, p. 355.

(41) En este sentido, resultan de interés las propuestas de corrección del procedimiento de elaboración de reglamentos formuladas por NÚÑEZ LOZANO, M. C., en «El Decreto-Ley como alternativa a la potestad reglamentaria en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad», *RAP*, 162, 2003, pp. 355 y ss., planteadas con el objeto de flexibilizar las posibilidades de reacción del Ejecutivo ante situaciones urgentes por medio de la elaboración de disposiciones de carácter general, y sin recurrir a la potestad que le confiere el artículo 86 CE.

(42) MUÑOZ MACHADO, S., en *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, II, editorial Lustel, Madrid, 2006, pp. 1.158 y ss., propone la corrección de las consecuencias anulatorias de las normas reglamentarias con aplicación de los principios de seguridad jurídica, conservación y proporcionalidad. Con independencia del mayor o menor acuerdo con la propuesta, la misma tiene el valor de no acudir a alambicadas argumentaciones ni a la equiparación de instituciones perfectamente deslindadas normativa y doctrinalmente, sino a principios generales del Derecho que integran, junto a la ley, el canon de validez de la actuación de las Administraciones Públicas ex artículo 103.1 CE.

tra el extraordinario análisis que, al hilo de esta cuestión, desarrolla SANTAMARÍA PASTOR en sus *Fundamentos*(43).

En tanto tal revisión normativa no se produzca, procede, en nuestra opinión, un replanteamiento de la doctrina judicial analizada, dado su potencial efecto de perversión de diversos elementos esenciales de la ciencia del Derecho Administrativo.

Trabajo recibido el 24 de abril de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

---

(43) Vid. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Fundamentos de Derecho Administrativo*, editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1991, pp. 804-805. El autor alerta acerca de que, más allá de que una respuesta mínimamente rigurosa ante los vicios procedimentales en que con frecuencia se incurre en el ejercicio de la potestad reglamentaria podría traducirse en una declaración de invalidez de multitud de normas vigentes, resulta de dudosa conveniencia en términos prácticos y absolutamente injustificado en clave jurídica el mantenimiento de una actitud tolerante ante este tipo de incumplimientos.

**LABURPENEA:** Lan honetan iruzkin kritikoa egiten zaio Auzitegi Gorenaren jurisprudentziari; erregelamendu-xedapenen jurisdikzio-kontrolaren alorrean, inolako arrazoirik gabe baztertu du prozedura-edukia duten arauak zeharkako errekurtsioan auziperatzeko kanon gisa erabiltzeko aukera. Lan honetan, gainera, doktrina horren jatorria aztertzen da; 1978ko Konstituzioa baino lehenagokoa da, eta, beraz, egun indarrean ez dauden premisetan oinarritzen da. Laburbilduz, azterlanak proposatzen du gainditu egin behar dela jurisprudentziara mugatu hori, eta zorrozki aplikatu behar dela indarrean dagoen araudiak legez kanpoko erregelamenduari ezartzen dion baliogabetasun-zehapena.

**HITZ GAKOAK:** Erregelamenduen kontrako zeharkako errekurtsioa. Baliogabetasuna. Prozedura-akatsak.

**RESUMEN:** El presente trabajo constituye un comentario crítico de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en materia de control jurisdiccional de las disposiciones reglamentarias, ha excluido de forma injustificada la utilización de las normas de contenido procedimental como canon de enjuiciamiento en el recurso indirecto. En él se analiza, además, el origen de esta doctrina, anterior a la aprobación de la Constitución de 1978, y basada, por tanto, en presupuestos que hoy no se pueden considerar vigentes. El estudio propone, en síntesis, la superación de esta limitación jurisprudencial y la rigurosa aplicación de la sanción de nulidad que la normativa en vigor impone al reglamento ilegal.

**PALABRAS CLAVE:** Recurso indirecto contra reglamentos. Nulidad. Vicios de procedimiento.

**ABSTRACT:** This paper aims to critically comment those Supreme Court's rulings regarding the validity of governmental decrees in which the possibility of taking into account procedural rules in the indirect appealing has been excluded. In this paper, the origins of this judicial doctrine will also be analyzed. In fact, being developed before the approval of the Spanish Constitution in 1978, such doctrine is based upon legal propositions which have been, already, overcome. To sum up, the purpose of this work is to surpass the limitations of the current legal doctrine, while claiming for the strict application of the sanction of nullity imposed to illegal governmental decrees by the legislation currently in force.

**KEY WORDS:** Indirect appealing against decrees. Nullity. Procedural infringement.





# El indulto ante la justicia administrativa

Juan José Díez Sánchez

**Sumario:** I. Introducción y reflexiones previas.—II. Las líneas básicas que informan el control judicial de los actos políticos.—III. La doctrina jurisprudencial unánime y reiterada en torno al indulto y su control. III.1. La potestad de gracia y su cuestionable categorización. III.2. El alcance del control judicial.—IV. La nueva doctrina jurisprudencial. IV.1. La ruptura radical sentada por la STS de 20 de noviembre de 2013. IV.2. La conformación sistemática de la resolución. IV.3. La recharacterización del indulto como acto discrecional. IV.4. La exigencia de motivación ad hoc del indulto. IV.5. El alcance del control judicial de la motivación.—V. Consideraciones finales.

## I. Introducción y reflexiones previas

El derecho de gracia o la prerrogativa real de gracia del indulto es una institución que, como bien se sabe, hunde sus raíces en los más antiguos sistemas jurídicos. Las características intrínsecas de ese derecho como su propia concepción y denominación, así como la atribución de la facultad a la máxima autoridad del Estado, las razones del otorgamiento, etc. no han sido inconveniente para que haya desplegado su vigencia en cualquier tiempo y sistema, y como tal se reafirmará también en el Estado de Derecho y por supuesto en su versión actual el Estado social y democrático de Derecho, donde aquellas seguirán siendo referentes para comprender lo que la gracia como indulgencia, clemencia o perdón de una previa condena penal ha representado en cualquiera de esas etapas históricas.

El Estado de Derecho deberá, no obstante hacer las oportunas adaptaciones con las que procurar conciliar tan singular prerrogativa con las exigencias que lo identifican, o lo que es igual, con el principio de división de poderes, con la sujeción de todos los poderes públicos a la Ley y al Derecho, y con la protección de los derechos y libertades fundamentales. El encaje y la integración en los distintos ordenamientos jurídicos de esta naturaleza se realizará con la mayor naturalidad, y dejando a un lado otras experiencias comparadas, bastará para atestiguarlo con recurrir al ejemplo de la historia del constitucionalismo español, que prácticamente siempre ha dispuesto de parcas y exiguas previsiones para reconocer la prerrogativa de gracia, encomendándola al Rey (salvo en el período de la II República) para su ejercicio con arreglo a las leyes.

Es difícil imaginar algún momento de la historia constitucional en el que no se haya puesto en tela de juicio la existencia de la potestad misma, en su caso no se haya cuestionado el poder que la ejerce, y no se haya denunciado su utilización y el uso abusivo que de ella hace el Gobierno (en tanto éste a través del Consejo de Ministros es quien la ejerce materialmente). Sin que, por otra parte, la regulación expresa de la gracia del indulto mediante una Ley como la vigente que data de 18 de junio de 1870 y sería modificada parcialmente por la Ley 1/1988, de 14 de enero (LI) donde se establecerán reglas para el ejercicio de este derecho (por cierto, avanzada, garantista y perfectamente homologable a cualquier norma de derecho comparado, al menos en el plano estrictamente formal, especialmente para su tiempo, pero también en el actual)(1), haya cambiado mucho aquel estado de la cuestión. Quizás, al contrario, con el paso del tiempo y los progresos, sobre todo en materia de derechos y libertades, todas esas cuestiones se han agudizado y amplificado, en algún caso tal vez demasiado.

Doctrina científica y jurisprudencia habrán aportado, cada una a su modo, de forma permanente opiniones, pareceres y decisiones que avivan la controversia. No será menor la que de siempre se ha suscitado en torno a la quiebra de la división de poderes y/o la perturbación del orden jurídico, tanto por la interferencia que ello representaría del Poder Ejecutivo en el ámbito reservado a las funciones exclusivas atribuidas al Poder Judicial, como por lo que comporta de dejar sin efecto una sentencia judicial firme. En ocasiones probablemente debido a planteamientos ideológicos o a otros de índole sustancial que propugnan un alcance más restrictivo de las razones que justifiquen el indulto, con los que atribuir la potestad al Poder Judicial. Aunque a la postre la incompatibilidad o la interferencia no deje de ser sino teórica y muy relativa, tanto porque la propia Constitución la reconoce (arts. 62.i), 87.3 y 102.3) y se supone que no es incongruente su texto al hacerlo con el reconocimiento a su vez de las exclusivas potestades al Poder judicial, cuanto porque el ejercicio de la gracia, dentro de ciertos márgenes legales, requiere de la previa y posterior intervención del tribunal sentenciador, al cual se reserva incluso la aplicación material y aún la posible inaplicación del perdón. Y, en fin, porque ninguna contradicción entre las funciones de cada uno de los poderes implicados en aquella división, ni ningún reparo u observación le han merecido al TC, cuando ha tenido y podido hacerlo, sino que, contrariamente, con su doctrina elemental al respecto ha consolidado su tradicional entendimiento, según veremos.

Esta última constatación puede servir igualmente, al menos en parte, cuando la controversia gira en torno a las funciones, a las causas del indulto o a las razones que deben amparar su utilización. Ello al margen, el mero hecho de una regulación como la que depara la LI, al margen de las espléndidas consideraciones que contiene su Preámbulo fundamentándola, denota a las claras el empeño de alejarse con la misma equidistancia tanto de la actuación *legibus solutus* del Poder Ejecutivo, como de asentar el mantenimiento de la concepción originaria de la clemencia, si bien por encima de cualquier otra consideración supone establecer que el indulto sólo es admisible

---

(1) En realidad el primero de los textos legislativos (y en la práctica el único, si dejamos al margen la Ley de 9 de agosto de 1973, de efímera vigencia) regulador de tan importante prerrogativa en el ordenamiento jurídico español, de carácter —para más *inri*— provisional. Hasta entonces, como se indica en la justificación, lo que existían era decretos «simplemente administrativos».

cuando se ajusta a la Ley. Se hace, pues, compatible la máxima libertad del Ejecutivo para ejercitar la gracia, con las limitaciones, límites y prohibiciones que impone y particularmente con las razones de equidad, justicia o utilidad pública, que libremente puede apreciar, y que en la versión primigenia de ley debe expresar en la motivación de las concesiones. Las pretensiones de reconducir las funciones y razones, de restringirlas y cuasi reglarlas, de juridificarlas y extraerlas del ámbito de la política o políticas, ni coincide con la configuración de la institución ni parece lógico ni conveniente, por más que el objetivo último sea garantizar así la tutela judicial y evitar que el indulto pueda servir a intereses espurios o arbitrarios.

En ese mismo orden, compleja y harto problemática se presenta la cuestión de preservar los derechos y libertades fundamentales, no sólo porque el derecho a la gracia no es un derecho subjetivo, sino porque otros derechos como el de igualdad o la prohibición de arbitrariedad, aparecen como incompatibles con la concepción libérrima y la oportunidad de la decisión, al margen de resultar muy difícil encontrar supuestos que permitan realizar el pertinente juicio comparativo. En este aspecto, habría que advertir la reserva ya mencionada que la LI atribuye a la justicia penal, que a su modo garantiza la tutela judicial, y que se justifica sin duda por los efectos de este tipo de actos gubernativos, pero que no deja de ser una singularidad y una excepción cuando se repara que otros actos gubernativos con los que puede identificarse o asociarse (como los políticos) hasta hace pocas fechas eran inmunes al control judicial. Este hecho —al margen del histórico— explicaría probablemente que en la ley (ni siquiera tras su reforma ya vigente la CE) encontrara cabida la intervención del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para atribuir a éste competencias que aquel no ostenta, aun cuando también pudiera explicarse al entender que con aquel protagonismo judicial era suficiente para preservar los derechos que en su caso pudieran vulnerarse por las decisiones del Gobierno.

Esa es una materia en la que también el encaje o integración ha hecho correr ríos de tinta —y lo seguirá haciendo— pues a la no poca confusión que existe en torno a los actos políticos y al exacto alcance de los límites de su control judicial, la institución del indulto presta muchas singularidades y de diferentes características, al margen de las que tienen su origen en la regulación legal. De ahí que se conjunten múltiples factores: como la oportunidad de la decisión unida a la propia libertad decisoria y las razones que en su caso la fundamenten, incluido su carácter jurídico o político; las que guardan relación con las distintas concepciones en torno a la naturaleza del acto y las diferencias que a su vez deben tenerse en cuenta entre los actos de concesión y los de denegación; las debidas a la exigencia o no de motivación —ya porque lo imponga o no la LI como ley especial, ya derive la obligación de la ley general de régimen jurídico, o constituya una exigencia constitucional—, o al contenido en su caso de la misma. Todos ellos, por otro lado, unidos a los que pueden encontrarse en la doble competencia ya adelantada que ejercitan las jurisdicciones penal y contencioso-administrativa, y los que en conexión con esta última derivan de la problemática del acceso a ella, y que a partir de la admisibilidad de los recursos plantean la recurrente problemática de la fiscalización, tanto en su extensión como en su intensidad, particularmente para evitar la supuesta o real arbitrariedad en que incurre la impugnada decisión del Gobierno.

El análisis y valoración de la evolución y progresos de la jurisprudencia contencioso-administrativa será el objeto esencial de nuestra atención, procurando exponer-

las y compararlas con los principales planteamientos doctrinales(2). Antes de eso nos permitimos unas reflexiones generales, para entre cosas evidenciar, al margen de cualquier otra consideración, la vigencia y apogeo de la figura así como el interés político en mantenerla(3), con independencia de reformarla y pudiendo corregir algunas de los reparos que se hacen a la actual regulación y adaptarla a algunos otros requerimientos del ordenamiento jurídico. Extremo que parece desplazar anteriores tesis abolicionistas, y que al no proponer la introducción de cambios trascendentales apuntala el pleno sentido con el que logrado superar la condición de institución anacrónica.

Pero dejando al margen una futura reforma de la LI, de mayor o menor profundidad en los diferentes planos sustantivo y procedimental que a buen seguro se acometerá en algún momento —por más que sea en extremo delicada y sensible por lo que parece dada la trayectoria legal al respecto—, es lo cierto que esta figura se percibe muy problemática y preocupante. En buena medida como consecuencia de los avances que plantean los controles sociales, la presión mediática y la progresión de la fiscalización judicial, ante lo que se considera un uso abusivo, desproporcionado o arbitrario de dicha prerrogativa por los gobiernos, abocada de ordinario a ser considerada discriminatoria cuando no calificada de fraude, incluso dentro del propio seno judicial(4) Mucho tiene que ver como justificación, el acceso hoy a la información y conocimiento de los indultos concedidos y su sistematización y tratamiento por los medios de comunicación, como igualmente los avances y progresos que la sociedad civil proyecta con el objetivo de controlar en forma difusa a sus representantes políticos. Pero mucho más guarda relación con la opacidad y secretismo con que se actúa en asuntos que hoy requieren de mayor transparencia, y que demandan conocer las razones de la concesión como de la denegación, buscando que ello conste en los acuerdos del Consejo de Ministros, sea público o se pueda acceder públicamente, y en cualquier caso pudiendo advertir que no se han utilizado otras razones que las legalmente previstas y que con el mismo rasero se han tratado unas u otras peticiones. Y desde luego con el empleo nada excepcional que de la gracia de indulto realizan los sucesivos gobiernos, con las mismas o análogas premisas(5), por los datos cuantitativos

(2) Remito al respecto a: AGUADO RENEDO, César. *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*. Civitas. Madrid, 2001; del mismo autor «La clemencia vinculada por el Derecho», en *Revista de Derecho Público*, UNED, núm. 74, 2009, pp. 335-351; CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y GUICHOT REINA, Emilio. «Alcance, límite y control de la prerrogativa de gracia (consideraciones en torno al indulto de Gómez de Liaño)», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 42, 2001, pp. 207-246; DOVAL PAÍS, Antonio y VIANA BALLESTER, Clara. «El indulto, a revisión. Razones y propuestas para una modificación legislativa», en *El Cronista del Estado social y Democrático de Derecho*, núm. 43, 2014, pp. 40-55; GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo. «La resolución en el procedimiento de indulto particular», en *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 16, 2010, pp. 53-68; LINDE PANIAGUA, Enrique. Amnistía e indulto en España. Tucur. Madrid, 1976, y del mismo autor «El indulto como acto de Administración de Justicia y su judicialización. Problemas, límites y consecuencias», en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 5, 2000, pp. 161-175; LOZANO, Blanca. «El indulto y la amnistía ante la Constitución», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*. Vol. II, Civitas. Madrid, 1991, pp. 1028-1051.

(3) Véase en DOVAL PAÍS y VIANA BALLESTER, *cit.*, p. 44, las iniciativas o proposiciones de ley presentadas en sede parlamentaria.

(4) Véase manifiesto judicial de 29 de noviembre de 2012 suscrito por hasta 200 Jueces y magistrados, titulado «Contra el indulto como fraude. En defensa de la independencia judicial y de la dignidad».

(5) Véase al respecto previsiones constitucionales y sistemas de derecho comparado en la obra citada de AGUADO RENEDO, p. 32 y ss.

que se manejan(6), que con independencia de lo relevantes que resulten quedan oscurecidos cuando se conectan con algunas de esas conmutaciones de mayor relevancia y repercusión social. En el subconsciente colectivo, toda decisión que no se halla motivada o cuyo motivación es una pura fórmula de estilo —como las que se suelen emplear en las concesiones de indulto— es sinónimo de arbitrariedad (ya sea entendida en el sentido de decisión injustificada ya en el sentido de quebrantar el principio de igualdad) y debe ser reparada por los tribunales correspondientes como en cualquier otra decisión que proceda del poder público.

Nada se ha hecho para mejorar la transparencia a ese nivel general o particular en la ley específica que se ha promulgado recientemente(7), y tampoco mucho vía parlamentaria aunque consten las explicaciones que se suelen dar al respecto por el Ministro de Justicia responsable de estos asuntos. La impresión de que incluso se hubiera reconocido una mayor opacidad al privilegio gubernativo con aquella reforma legal carece de sentido si en la práctica la transparencia o motivación y publicidad de las razones siempre han sido inexistentes o se han realizado mediante fórmulas de estilo, y menos aún si era impensable control judicial alguno de las mismas. Cierto que la exigencia de motivación de las razones, no parece que se oponga conceptualmente a la naturaleza de la gracia ni como acto graciable ni como político o discrecional, aun cuando sólo sea por el hecho de que la gracia no tiene porqué entenderse ayuna de razón que la explique y justifique en aras de la transparencia; otra cosa es el contenido que deba incorporar para servir fielmente a esos propósitos y cuestión diferente es que la misma sea objeto del control judicial contencioso-administrativo. Aspectos todos ellos que mucho tienen que ver con los funciones, finalidades o causas a las que puede servir el indulto, por mucho que se pretenda resumir en la justicia material, y que podrán ser evidentes cuando la propios órganos de la justicia los avalen, pero que en todo caso deben contribuir a alejar los fantasmas del trato de favor, del capricho o de la pura arbitrariedad, ya sea en la concesión como en la denegación.

Por su parte, en sede jurisdiccional, se habría reconocido el acceso a la tutela judicial efectiva a través de la jurisdicción contenciosa, lo que ya significaba un paso de enorme trascendencia, aunque los resultados pudieran parecer frustrantes. De este modo, se procedería a efectuar un control especialmente singular de estos actos, limitado a los actos reglados, aún sin constar motivación de la decisión gubernativa. En fechas recientes, sin embargo, la Sala 3ª dará un paso espectacular que pondrá a prueba las costuras de la institución y también el traje de la Constitución como norma que cobija tanto aquella como la interdicción de la arbitrariedad.

Se abre de esa forma una nueva y capital interrogante con la que supuestamente contrarrestar el privilegio gubernativo en las concesiones de indultos, no exenta de lecturas críticas tanto por seguir entendiendo que pueda ser insuficiente —al interpretarse que el ordenamiento jurídico en cualquier caso no admite que todo fundamento de la interdicción de la arbitrariedad es residenciable y subsanable, por principio, a través de esta vía— como en el lado opuesto por estimar que es un nuevo activismo judicial que excede su ámbito competencial y no se compadece con las funciones que

---

(6) Véase al respecto, entre otros, LOZANO, *cit.*, p. 1044 y AGUADO RENEADO, *cit.*, p. 48. Sobre las cifras de los indultos otorgados en los últimos años, facilitados por el Ministerio de Justicia, véase Actualidad Iustel RI 1119966.

(7) Véase la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

corresponden a la justicia ni con las concepciones del derecho de gracia. Cuando del ejercicio de la gracia se trata o no cabe hablar de arbitrariedad o la misma debe depurarse si acaso por otras vías como las del control social o la parlamentaria. No cabe rasgarse las vestiduras por ello, pues la reparación o freno a los abusos no puede corregirse judicialmente al ser los indultos actos de pura voluntad, infiscalizables sustancialmente. Lo habría admitido así el legislador aun cuando su pretensión fuera no quebrantar «la recta administración de justicia, el prestigio de los Tribunales y la misma moralidad y orden público». En otros términos, y a pesar de ese hipotético doble control judicial los gobiernos pueden cometer abusos e incurrir en presuntas arbitrariedades, cuantitativos y/o cualitativos, al ejercitar este derecho, sin que frente a ellos pueda la justicia ser el remedio, o el único remedio. En algunos casos extremos sí y podrá convenirse que, al margen de las reservas que puedan merecer los planteamientos jurisprudenciales en que se sustentan, su admisión podría ser comprensible.

Por más que para unos resulte un contrasentido y aún para otros repugne una conclusión como esa, entre otras razones por representar una realidad innegable lo poco que se ha evolucionado en el control judicial de estas decisiones, e incluso por advertir palmarios pasos atrás respecto a los propósitos presentes en la letra y en el espíritu de la legislación decimonónica. Podrá ser cierta esa continuidad e incluso la ruptura con la misma, dependiendo de las interpretaciones y el alcance que merezcan «las más capitales prescripciones y los principales fundamentos en que descansan» dichos propósitos expresados en su Preámbulo. Ahora bien, al reparar en ellos se tiene clara conciencia de que tan loables fines no pueden entenderse sino como magnos deseos, típicos de tantas y tantas disposiciones legislativas, que más pronto que tarde resultan —en todo o en parte— hueros de significado y quedan como brillantes esfuerzos de razonamiento político, o desplazados por la inercia de otras realidades que toman de ellos sólo lo que sirve a los intereses prevalentes en cada circunstancias histórica. Sea como fuere, el Sr. Ministro de Gracia y Justicia de la época elaboró un discurso teórico irreprochable que pasaría a ser Preámbulo legal, en el que es posible advertir que sin desconocer el sentido de la prerrogativa la encierra o regula con suficientes cortapisas como para que parezca que la decisión a adoptar se halla igualmente equidistante de lo que hoy consideramos tanto un acto administrativo como un acto político. Es más, ninguna de esas expresiones utiliza y, ello no obstante, no cabría por ello decir que se inclina por que la decisión aparezca como el acto desnudo de limitaciones, sino antes al contrario como el acuerdo del Gobierno (favorable o desfavorable) más sensato, razonado y justificado y sustentado única y exclusivamente en suavizar el rigor característico de la justicia, tras un procedimiento que garantice el acierto de la decisión y con esa confianza se haga público. No cabría dudar, por ello, en la incidencia que todas esas ideas de base habrían de tener a la hora de decidir lo que debe ser concedido y lo que no debe serlo, que rectamente interpretadas son susceptibles de reducir el decisionismo gubernativo tanto de lo que debe ser concedido como de lo que no debe serlo.

Pero más allá de lo que se quiera deducir de ese deber ser y los ya citados límites en los que la justicia penal está legitimada a intervenir, bien parece que apela a la autocontención gubernamental y a reconocer que es una actuación absolutamente política en el pleno sentido de la expresión, de la que no debe responder sino por los cauces políticos (representación parlamentaria, electores), porque al igual que otras de esa naturaleza tiene que ver con las decisiones de conciencia, con la ética pública o con otras encomiables finalidades que cualquier gobernante sabe de la relevancia de su manejo.

Esa continuidad es poco esperable y, seguramente no deseable, que se trastoque más allá de cuestiones técnicas, formales y procedimentales en una futura ley(8).

## II. Las líneas básicas que informan el control judicial de los actos políticos

Según adelantamos en otro momento (9), tras las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997, resultaba apreciable la ausencia de tensiones y la normalidad con la que progresivamente se afianza el acceso a la justicia y el control por ésta de los llamados *actos políticos*, así como la falta de novedades a partir de la entrada en vigor de la LJCA que incluiría en su art. 2.a) a dichos actos como objeto de revisión por ese orden jurisdiccional. Ello podía deberse al hecho de que la Sala 3ª no había tenido la oportunidad de enfrentarse a asuntos tan sensibles como aquellos de que se ocuparon las mencionadas sentencias, cuya influencia en la transformación del entendimiento con el que debía actuarse respecto a esos actos era notoria, como es bien sabido. Debido a esta circunstancia, con posterioridad a la entrada en vigor de la ley jurisdiccional el excelente parecer doctrinal que expusiera la STS de 15 de julio de 1997, acerca del alcance del control judicial del acto político, será reiterado y aplicado, como igualmente el que lo complementaría con el ATS de 3 de diciembre de 1998 profundizando en las técnicas de control de los elementos reglados y los conceptos judicialmente asequibles, pero sin advertir alteraciones ni supuestos de especial significación.

Rechazando que en la idea del Estado de Derecho pueda justificarse la ausencia de todo control de las decisiones de esa naturaleza (10), dicha jurisprudencia intenta, al margen, establecer criterios delimitadores entre el acto político como acto distinto al acto administrativo discrecional, por derivar de la función política, para ejercitar en forma diferente el control judicial (11). Lo que de entrada no impedirá sino al contrario impondrá a los órganos judiciales rechazar la inadmisibilidad de los recursos, reservándose la justicia determinar, según la STS de 26 de noviembre de 1999, el carácter político o administrativo del acto recurrido, al menos a los efectos de ese control cuyo contenido suscita dificultades de entendimiento, atendiendo precisamente a su carácter. La heterogeneidad junto a la inevitable complejidad o la especial naturaleza de algunos de esos actos por los intereses en juego, la posición del Gobierno y el respeto de la división de poderes que a cada uno corresponde, al margen de las diferentes prescripciones normativas que, en su caso, enmarcan las respectivas potestades, se pondrán de relieve en el alcance y la intensidad del control judicial de las decisiones gubernativas, así como en las

---

(8) Las iniciativas parlamentarias conocidas confirmarían esta idea.

(9) Véase DÍEZ SÁNCHEZ, Juan José. «El control jurisdiccional de los actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 26, monográfico, 2012, sobre el Control judicial de las Administraciones Públicas, coordinado por el profesor Tomás QUINTANA LÓPEZ, pp. 49 a 75, y a mayor abundancia la monografía *Razones de Estado y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

(10) No puede admitirse en nuestro Derecho (teniendo en cuenta lo previsto en los arts. 9.1. y 24 CE) que existan actos de los poderes públicos no sometidos al ordenamiento jurídico y en consecuencia actos de los mismos exentos del control judicial (ATS Pleno Sala 3.ª de 14 de enero de 1993).

(11) Acerca de la confusión existente tanto en relación con la naturaleza de los actos del Gobierno como acerca de su residenciabilidad ante los Tribunales, ya sean ordinarios o el propio TC, véase voto particular del Magistrado Eduardo ESPÍN TEMPLADO a la STS Pleno de 2 de diciembre de 2005.

técnicas y principios con los que se hace efectivo y, en definitiva, la delimitación de lo que en su caso sea el contenido político o núcleo de éste infiscalizable.

Se adaptarán así casuísticamente al caso enjuiciado (o si se prefiere al conjunto de asuntos que por razón de la materia responden al mismo ámbito de potestades gubernativas), y, por otro lado, con la prudencia y cautela de no sustituir aquello que, en cuanto auténtica cuestión política, es de la exclusiva responsabilidad del gobierno, y sólo él puede decidir con la máxima discrecionalidad. El tratamiento judicial no resultará por ello homogéneo más allá de los conceptos judicialmente asequibles, entendidos como elementos reglados y como requisitos objetivos, bien que no alcance nunca un control de plena jurisdicción. No será fácil apreciar la línea divisoria que determine, ni siquiera en relación con todos los aspectos que debe abarcar la verificación de la regularidad formal, el alcance y la intensidad de la fiscalización y en particular si puede alcanzar, en algunos casos, la valoración de la decisión gubernamental en tanto afecte a otros derechos o valores constitucionales. La equiparación, en principio, con el control de los actos discrecionales en cuanto a extensión e intensidad, dependerá de los requisitos, criterios o conceptos judicialmente asequibles que depare el ordenamiento jurídico y que la jurisprudencia convenga ajustados al mismo y a la concreta función política objeto de enjuiciamiento (caso de la desviación de poder). Podrá ser preciso entrar a valorar la razonabilidad y/o racionalidad de la decisión, si los tribunales han de aplicar las facultades judiciales para el conocimiento de las cuestiones en relación con la protección de los derechos fundamentales.

Es razonable pensar que esa solución, que posibilita que el órgano judicial anule un acto del Gobierno cuando sea necesario para eliminar la lesión a un derecho fundamental que el acto haya producido, o incluso, como en el caso extremo de la sentencia de los secretos oficiales decidir sobre el fondo sin limitarse a anularlo por entender que el Gobierno no tiene ninguna posibilidad de opción y su discrecionalidad está reducida a cero, no fuera lo que el precepto citado de la LJCA pretendiera con equívoca redacción. Pero resulta poco realista imaginar que esa tutela pueda ser efectiva de no enjuiciar —hasta cierto límite— el fondo, o de realizar el juicio de ponderación de los componentes «políticos» de ese acto para preservar los derechos fundamentales que puedan estar en juego. Valoración que alcanzará a decidir, con posterioridad, si el mismo lesiona o no derechos fundamentales, y dentro de este enjuiciamiento, si dicha lesión es prevalente o no sobre los bienes que con el acto político se pretende amparar, sin que el Tribunal sustituya el criterio político. Todo ello no hace sino poner de relieve la práctica imposibilidad de establecer *a priori* dónde se sitúa el límite infranqueable que el juzgador no puede traspasar sin invadir las funciones del Poder Ejecutivo o el principio de división de poderes. La inseguridad jurídica derivada de la falta de un criterio determinante para delimitar qué actos son políticos en todo caso, como la ausencia de criterios generales en cuanto a esa revisión para todos los que se incluyan en esa categorización, es consustancial y entiendo que insalvable, incluso de existir una enumeración exhaustiva de decisiones con todas las matizaciones por parte del legislador.

Pues bien, aquella falta de novedades durante un relativamente largo período se ha quebrado con las que depara —sobre todo— la STS de 20 de noviembre de 2013, rec.13/2013, en materia de indulto. Cabe entender, salvando ciertas distancias, que esta resolución tiene una trascendencia equiparable a algunas de las decisiones judiciales adelantadas, con las que por otra parte engarza para hacer efectiva una profundización en la capacidad de control judicial de las decisiones relativas al ejercicio del



derecho de gracia por el Gobierno. Trascendencia y novedades no tanto por suponer introducir nuevas consideraciones abstractas en cuanto a la formulación de dicho control jurisdiccional, ya que parte de respetar y llevar a sus últimas consecuencias las técnicas judiciales de control de la discrecionalidad en función de la naturaleza de los actos de indulto, hasta el punto de considerar indiferente su calificación como acto político, reconociendo no obstante las especiales limitaciones que se imponen a ese control precisamente por su naturaleza singular o de máxima discrecionalidad, sino por otras razones que son las que pretenden lograr que estas consideraciones no impidan que la justicia administrativa se limite a fiscalizar exclusivamente los aspectos puramente procedimentales o formales, para garantizar el principio de interdicción de la arbitrariedad —también— en dicha materia. En este sentido representa una novedad indudable, por una parte, en cuanto supone de ruptura o de cambio de criterio respecto al que de forma prácticamente unánime aplicaba la doctrina jurisprudencial en torno a la revisión de este tipo de actos; pero, asimismo, en cuanto impone la motivación de las decisiones del Gobierno —en concreto, los acuerdos de concesión de indultos, como deducen posteriores decisiones judiciales según indicaremos, aunque no sea tan evidente en el texto de aquella sentencia— transformándose por ello en realidad en un legislador positivo en la medida en que fuerza la interpretación legal, y sobre esa base, se autootorga la facultad para controlar el cumplimiento por el Gobierno de los requerimientos legales y poder así fiscalizar esencialmente que aquellas decisiones no conculcan la interdicción de la arbitrariedad. Bien puede hablarse por ello de creación jurisprudencial, o de evidente activismo judicial por más que se creyera que éste había decrecido, y bien puede entenderse que sirva por ello de justificación reforzada para este trabajo (12) centrado en esa jurisprudencia y en la problemática del ejercicio de la gracia y su compatibilidad con los derechos fundamentales como el de tutela judicial, de igualdad o con la interdicción de la arbitrariedad.

### **III. La doctrina jurisprudencial unánime y reiterada en torno al indulto y su control**

#### **III.1. La potestad de gracia y su cuestionable categorización**

La controvertida naturaleza jurídica del indulto ha venido lastrando cualquier pronunciamiento explícito de la jurisprudencia hasta hace pocas fechas en el que ha explotado con estrépito (13). Con algún reparo se podría sostener que en la primera

---

(12) Dejamos, pues, a un lado, el control judicial que corresponde al orden jurisdiccional penal, en particular al órgano sentenciador al que ha de encomendarse indispensablemente la aplicación de la gracia (art. 31), y al que la LI impone expresamente no ejecutar el indulto (en los supuestos previstos en los arts. 5 y 17); así como otros controles, como los parlamentarios. *Vid.*, entre otros, los pareceres de ARAGÓN, Manuel, en Prólogo a la obra citada de AGUADO RENEDO, p. 18, así como los de este último, pp. 192 y ss.

(13) La corta historia de esa jurisprudencia puede verse reflejada en el inicio del FJ Séptimo de la STS de 20 de noviembre de 2013 ya citada, donde se enumeran las distintas resoluciones y los recursos de que traen causa. Si bien contiene el error de incluir la STS Pleno de 26 de noviembre de 2009, rec. 585/2008, que en realidad resuelve un caso de responsabilidad patrimonial imputable al TC por dilaciones indebidas. A ellas deben agregarse únicamente las cuatro posteriores dictadas en 2014: SSTS de 30 de enero, rec. 407/2012, 17 de marzo, rec. 53/2013, de 4 de junio, rec. 159/2013 y de 15 de septiembre, rec. 109/2014. En el trabajo se citan únicamente por su fecha.

sentencia sobre esta materia (la de 21 de mayo de 2001) se consideraba un acto político no por explicitar esta calificación sino en cuanto se asocia con la política penitenciaria (otro tanto las SSTs de 27 de mayo y 3 de junio de 2003); pero lo cierto es que, básicamente a partir de la sentencia de 11 de diciembre de 2002, lo que sí quedará claro es que no es un acto sujeto al Derecho administrativo, calificándose como un derecho de gracia, sin más, en la sentencia de 3 de junio de 2004. La mayoría de las posteriores sentencias mantendrán esa apreciación de que *constituye un acto graciable, como categoría distinta de los actos discrecionales*(14), en tanto por medio la STS Pleno de 2 de diciembre de 2005, sostendrá que el acuerdo del Consejo de Ministros que resuelve una solicitud de indulto no es, en principio, dadas las características con las que está concebido en nuestro ordenamiento jurídico, un acto idóneo para trazar la dirección política que la Constitución asigna al Gobierno. Así no cabe considerar que se trate de actos sustancial, esencial o eminentemente políticos(15), en tanto no constituyen *per se* decisiones que necesariamente impliquen —en principio— una nueva orientación política, en tanto no tienen por qué condicionar, comprometer o impedir las que deba adoptar el futuro Gobierno, y de ahí que dicha prerrogativa se integre en el concepto de «despacho ordinario de los asuntos públicos», como actividad que sí puede realizar el Gobierno en funciones (arts. 101 CE y 21 LG). Si bien dicha caracterización general a los efectos de las exclusiones de aquella noción que contempla la Ley del Gobierno, admite no obstante que caso por caso, y teniendo en cuenta distintos factores, el propio Tribunal se reserve apreciar si tiene o no aquella cualidad (FJ Décimo).

No hay en ninguna de esas resoluciones una expresa caracterización de estos actos como políticos, en tanto parece que todos los pronunciamientos se han cuidado sobremanera de utilizar dicha expresión no tanto, seguramente, por razones dogmáticas cuanto por un sentido pragmático relacionado con el objetivo del control que a esta jurisdicción corresponde. Tendríamos así la lógica conclusión de que sin discusión se admitiría su entendimiento —positivo— como ejercicio del derecho de gracia y en —negativo— su no conceptualización como acto administrativo, a lo que puede añadirse que más allá de ello se considera distinto o diferente a los actos discrecionales. Sin embargo, recientemente se decidirá invertir la caracterización con todas las consecuencias teórico-prácticas, al concebir la decisión de indultar o denegar el indulto como un típico acto de Gobierno(16) o con los conocidos convencionalmente como actos políticos («actos del Gobierno incluidos entre los denominados tradicionalmente actos políticos»). En esa tesis —de la STS de 20 de febrero de 2013, FJ Octavo— se precisaría no obstante que «es incluso diferente de otros actos políticos, para evidenciar que en el indulto existe una previa regulación normativa que enmarca la facultad, a diferencia de otros actos que son propios del Gobierno en su función de dirección

---

(14) SSTs de 16 de febrero de 2005, de 28 de abril de 2009, de 5 de mayo de 2009, 7 de mayo de 2010, 14 de mayo de 2010, 24 de septiembre de 2010, 2 de mayo de 2011, 25 de enero de 2012 o 23 de enero de 2013.

(15) Expresiones como de «especial y relevancia y trascendencia política», o de «hondo calado político y constitucional», son calificados en algunos votos particulares a la STS Pleno de 2005. Otros votos particulares, por el contrario, entenderán insuficiente la distinción entre actos políticos y actos administrativos que hace la mayoría.

(16) STS de 12 de mayo de 2011.

política del Estado, en los que la Ley no prefigura normalmente ni su extensión ni su contenido y sólo la Constitución les da cobertura» (17).

Será precisamente en esta última Sentencia donde mayores explicitaciones encontraremos acerca de esta potestad y su caracterización, valiosas para enmarcar su ejercicio y su significado. Es ahí donde en referencia a su sentido en relación con el principio de división de poderes, se entenderá que «es una potestad extraordinaria de intervención de un poder estatal, el Ejecutivo, en el ámbito de competencia de otro, el Judicial, de manera que, una vez constitucionalmente admitida la prerrogativa por la razón indicada, su uso de ha de estar rodeado de cautelas y límites, con objeto de procurar la menor perturbación posible para el orden jurídico (...)» (18). Se advertirá, pues, su compatibilidad en el plano abstracto y en tanto no ha sido nunca puesta en duda por la justicia constitucional, aun cuando sí pueda serlo en el caso concreto, pues el TS evidencia que no contradice el Estado de Derecho «un ejercicio adecuado de la clemencia, con los importantes márgenes de libertad no fiscalizables, de que dispone el Gobierno». Por otro lado, en esa misma sentencia se enfatiza la significación de la regulación legal del indulto, así como la finalidad y justificación de esta prerrogativa excepcional al exigir que la misma «sólo puede insertarse como institución en el seno del Estado constitucional, que se afirma como Estado de Derecho, sujetándose al principio de legalidad, con lo que ello supone de *límite* pero también de presupuesto habilitante»; o que «el indulto es esencialmente un producto jurídico que se justifica en virtud de la atribución normativa precedente que sirve para condicionar la extensión y límites de su ejercicio, aunque lo sea con un amplísimo margen de libre decisión»; añadiéndose que el indulto «no es indiferente a la Ley, muy al contrario, es un *quid aliud* respecto de la Ley, y, por tanto, no puede ser ajeno a la fiscalización de los Tribunales, pues en un Estado constitucional como el nuestro, que se proclama de Derecho, no se puede admitir un poder público que en el ejercicio de sus potestades esté dispensado y sustraído a cualesquiera restricciones que pudieran derivar de la interpretación de la Ley por los Tribunales»; o que son «la Constitución y la Ley las que proporcionan el atributo de la clemencia al Gobierno y es esta última la que fija hasta donde su ejercicio puede producir efectos jurídicos en sentido positivo». La justificación de esa prerrogativa y sus efectos se encuentra «en el intento de consecución de la justicia material del caso concreto inspirado en el valor justicia (art. 1 CE)» (19), pues esa es precisamente la razón de que exista la figura del indulto a fin de permitir compatibilizar las exigencias de la justicia formal con la de la justicia material del caso» (20).

---

(17) Caso de la extradición pasiva, teniendo en cuenta lo que establece expresamente el art. 6.2 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, que regula esa modalidad de extradición.

(18) Otros análogos calificativos en los votos particulares a la STS Pleno de 2 de diciembre de 2005, por entre otras razones suponer la derogación con efectos retroactivos de la aplicación de la norma penal por los tribunales de justicia, o una excepción al principio de cumplimiento de las sentencias judiciales proclamada por el art. 118 CE al dejar sin efecto, total o parcialmente, lo dispuesto en una sentencia firme, o una especie de «contrasentencia».

(19) Dicha justificación, como se advierte en la propia sentencia, proviene de la afirmación contenida en el ATC 360/1990, FJ Décimo, en el que también se justificará por el hecho de que «determinadas circunstancias fácticas pueden dar lugar a que, en ocasiones, las penas impuestas como consecuencia de un ilícito pierdan total o parcialmente su significado legal y constitucional».

(20) Consideración abstracta, que en todo caso, se pondría a prueba con las diferentes funciones, finalidades o causas a las que pudieran ser debidas las concesiones de indulto. *Vid.*, al respecto las interesantes consideraciones que se hacen en algunos de los votos particulares a la STS Pleno de 2005.

Antes y aún al hilo de esta jurisprudencia, la doctrina científica pondrá de manifiesto las múltiples y diversas concepciones en torno a la institución y su difícil categorización jurídica (21), subrayando su carácter con diversidad de pareceres que comprenden desde su equiparación a las funciones jurisdiccionales a la de los actos discrecionales, coincidiendo en no catalogarlos como actos políticos (22). Al margen resaltarán su consideración como una medida excepcional, en tanto referida a la interferencia en las funciones constitucionales atribuidas en exclusiva al Poder Judicial, bien que los efectos de la misma no puede impedir el reconocimiento de que se trata de una potestad que quiebra con autorización constitucional el principio de separación de poderes (23), pues no deja de ser una excepción que previamente ha consignado la propia Constitución y que, por tanto, requiere entender que la potestad atribuida al Rey con «arreglo a la ley», es compatible con aquella otra (24). Otras consideraciones tendrán en cuenta, la excepcionalidad de la medida y su finalidad desde otra perspectiva (25), por más que la utilidad del indulto resulte ampliamente controvertida más allá de las previsiones en que pretende enmarcarla la ley reguladora, lo que es común asociar con la finalidad reparadora, individualizada o referida al caso concreto, en esencia teniendo en cuenta las propuestas que proceden de los propios tribunales sentenciadores.

Existe pues un notable antagonismo en la caracterización del indulto, doctrinal y jurisprudencial, y una más que evidente polémica a la hora de determinar la finalidad del indulto, o por mejor decir, los presupuestos que permitirían al Gobierno ejercitarla. Se trata de una cuestión central, que la CE remite a la Ley pero que ésta no precisa en modo alguno, por más que en ella quepa hallar invocaciones genéricas con algún sentido delimitador, en las razones de equidad, justicia y utilidad pública, conceptos todos ellos indeterminados. Lo que dejaría al Gobierno de turno valorarlos o utilizarlos cuando lo juzgue indispensable para cumplir muchos cometidos —de uno u otro tipo de políticas en sentido amplio o eufemístico incluso—. No parece posible llegar a un consenso ni en cuanto a una sola política ni en cuanto a una sola finalidad. No es dudoso que esa es (o de esa forma puede entenderse) también de acuerdo con la doctrina constitucional y jurisprudencial contencioso-administrativa, que no tendría verdadera trascendencia a la hora de fiscalizar las concesiones.

---

(21) Véase en LOZANO, *cit.*, p. 1045, referencias a las diversas tesis al respecto, llegando a la conclusión de que la institución del indulto mantiene en nuestro ordenamiento su naturaleza singular, difícilmente categorizable jurídicamente, por lo que en su opinión sólo puede concebirse como una medida excepcional destinada a proveer situaciones igualmente excepcionales.

(22) Véase CARRILLO DONAIRE y GUICHOT REINA, *cit.*, p. 224, y asimismo voto particular del Magistrado Jorge RODRIGUEZ-ZAPATA a la STS Pleno de 20 de noviembre de 2013, y el FJ 4º de la STS de 6 de junio de 2014 de la que es ponente, en el que se atribuye al indulto ese mismo carácter jurisdiccional. Asimismo LINDE PANIAGUA, *cit.*, p. 185, y LOZANO, *cit.*, pp. 1049-1050, que coinciden en que por la propia naturaleza de la institución su otorgamiento se configura como una facultad esencialmente discrecionalidad en cuanto a la oportunidad de su concesión y la extensión del beneficio. Por su parte, para AGUADO RENEDO, *cit.*, pp. 210-211, resultaría claro que se trata de un supuesto de discrecionalidad, desde el momento en que, en cada caso sometido a su consideración, tiene varias posibilidades para elegir.

(23) «Anomalía, al menos teórica, en un Estado de Derecho...», dirá ARAGÓN, *cit.*, p. 17; «Antinomia jurídica» según LOZANO, *cit.*, p. 1029, entre otros.

(24) AGUADO RENEDO, *cit.*, p. 67, considera que tal interferencia sería un problema insalvable sino mediaran otras previsiones constitucionales, por lo que deja de serlo al preverlo la propia Constitución; por lo que es una interferencia constitucionalmente autorizada.

(25) Véase LOZANO, *cit.*, pp. 1046-1047 y CARRILLO DONAIRE- GUICHOT REINA, *cit.*, pp. 208 y 227.

### III.2. El alcance del control judicial

Para entender cabalmente el alcance del control judicial que nos ocupa, es necesario partir de los recursos de amparo interpuestos directamente contra la decisión del Consejo de Ministros denegatoria de los indultos, resueltos negativamente por los AATC 360/1990, de 5 de octubre y 278/1997, de 16 de julio. Con ellos se vendría a reconocer que el ejercicio de esta prerrogativa se fundaría en motivos de simple oportunidad, por lo que no serán fiscalizables sustancialmente las decisiones, esto es, «el control no podrá afectar a lo *sustancial* de la medida graciosa; o lo que es igual, a su oportunidad misma, ya que este terreno el Gobierno goza de un *amplio margen de discrecionalidad*». No tendrá tampoco ninguna relevancia que en el caso existan informes favorables tanto del Fiscal como el juez sentenciador, pues el TC sostendrá que el indulto «en cuanto figura del derecho de gracia, corresponde decidirlo al Poder Ejecutivo concediéndolo el Rey, sin que las decisiones que se adopten al efecto sean fiscalizables por parte de los órganos jurisdiccionales, incluyendo este Tribunal Constitucional». Esas decisiones, servirán de pórtico a la STCJ 4/2001, de 13 de junio, con la que se pretende solucionar la distribución de competencias que corresponden al tribunal sentenciador según la LI y las que conforme al art. 1 y 2.a) de la LJCA son propias de esta jurisdicción. La solución no muy convincente ni esclarecedora, a la postre encomienda a esta última el genérico control que deriva del principio de legalidad ex art. 9.3, en lo que se refiere a «la actuación de la misma sujeta al Derecho Administrativo» que «nunca puede pretender extenderse a la motivación discrecional que constituye la esencia del perdón». Ambas delimitaciones suponen así un muro, adaptado a la prerrogativa de la gracia y a su concreta regulación, que presta los indispensables parámetros a la justicia administrativa.

En la indicada corta historia del control jurisdiccional contencioso-administrativo de los indultos, que consta de 36 sentencias, de la Sala 3ª, Pleno o Secciones (26), pueden encontrarse determinadas cuestiones que dan idea de la problemática concepción del alcance del control y de otras cuestiones relacionadas con el mismo, así como respecto a la trascendencia de los pasos que este orden jurisdiccional ha acometido. Esto último, se pone de manifiesto ya por el hecho de que en dos ocasiones la decisión ha sido avocada al Pleno, que dará lugar a las SSTS de 2 de diciembre de 2005 y a la citada de 20 de noviembre de 2013, lo que resaltamos más adelante. Mayoritariamente, por otro lado, conviene resaltar que la práctica totalidad de los recursos resueltos versaban sobre denegaciones de indultos y todos ellos serían desestimados. Únicamente cuatro resoluciones, la última de las citadas, junto a la 12 de diciembre de 2007, la de 20 de febrero de 2013, y la muy reciente de 17 de marzo de 2014, tenían su origen en sendas concesiones de indultos, impugnadas dos de ellas por los propios indultados disconformes con el alcance del perdón concedido y las otros dos por las víctimas u ofendidos (o sus familiares) y en todos ellos salvo el de la

---

(26) Los escasos recursos que contra esas resoluciones se han interpuesto, o que al menos han llegado a ser resueltos por sentencia resultan indicativos de la mínima litigiosidad al respecto, sobre todo si se comparan con los datos de las decisiones que ya en sentido positivo o ya en el negativo se adoptarían por el Gobierno en el mismo período. Véanse los datos manejados por DOVAL PAÍS y VIANA BALLESTER, *cit.*, pp. 42 y 43. Lo que tiene su origen, sin duda, en los obstáculos y exenciones que arrostra este instituto, debidos a la práctica imposibilidad de impugnar las decisiones, como subrayaría LOZANO, *cit.*, p. 150.

sentencia de 2007 serían anuladas —total o parcialmente—, bien que por razones muy diferentes, la falta de motivación, exceder el Gobierno los límites legales de lo que podía ser indultado y en la última por la ausencia de un previo informe del órgano competente.

En dicha evolución habría también que resaltar, siquiera sea brevísimamente, algunos aspectos que juzgamos significativos, en particular la lacónica argumentación con la que se han despachado muchas de las resoluciones, las cuales por otro lado en ocasiones ni siquiera contienen aproximación alguna a la discutible naturaleza jurídica de las decisiones. Podría decirse que el control judicial contencioso-administrativo de estos actos resulta casi mecánico, al reiterar pronunciamientos que no se apartan un milímetro del guión ya porque no lo requería el asunto planteado, ya porque se trataba de garantizar la tutela judicial efectiva admitiendo el recurso para rechazarlo o desestimararlo en cuanto al fondo(27). Esto es, moviéndose dentro de los parámetros ortodoxos —mínimos— del control judicial que corresponde a dichos actos conforme a los innegables perfiles propios que le atribuye su regulación específica. No es, por eso mismo, resaltable ninguna innovación en una jurisprudencia que carece de hitos y pronunciamientos destacados.

Esa jurisprudencia se centraba, pues, en el control de legalidad y por ello, fiscalizando los aspectos formales ex LI —que alguna sentencia concreta en los arts. 19 a 32 de la misma— habiendo tenido oportunidad de pronunciarse sobre muchos de ellos, como la audiencia del ofendido, previos informes preceptivos pero no vinculantes del Ministerio Fiscal y tribunal sentenciador(28) y Consejo de Estado(29) para excepcionalmente acotar incluso que el alcance de ese control no alcanzaba a su contenido (caso de la STS de 17 de febrero de 2010) o emitir la precisión de que la LI no exige que la denegación de los indultos se formalice mediante Real Decreto (caso de la STS de 28 de abril de 2009). Ciertamente que, de paso, esa jurisprudencia eliminará los obstáculos en relación con la impugnación de estas decisiones, al admitir la legitimación activa de la víctima u ofendido (o sus familiares) respecto a las concesiones, lo que sin impedimentos había aceptado ya la STS de 12 de diciembre de 2007, pero que con sólida argumentación apoyará la STS de 20 de febrero de 2013 (FJ Séptimo). En esta misma sentencia, por otro lado, se apreciará la novedad de controlar los límites sustanciales o el contenido material que a la potestad de indulto atribuye al Gobierno la ley, considerándolo con acierto como un elemento reglado más, al entender que el indulto es una «potestad de resolución material ordenada exclusivamente a la condonación total o parcial de las penas», y considerar que «la determinación del alcance de la prerrogativa de gracia de indulto particular», en una interpretación basada en los

---

(27) Muy alejado de lo que la STS de 6 de junio de 2014 indica al precisar que a los tribunales se les exige una motivación y razonamiento especial reforzado (conforme doctrina de esta Sala y del TC que cita), en tanto las pretensiones que se formulan están relacionadas con derechos de la recurrente implicados en el cumplimiento de lo que resta de su condena e *inciden en la libertad como valor superior del ordenamiento*.

(28) Por lo que la relevancia que alcanza la intervención previa en la gracia de los órganos judiciales se ve ampliamente minusvalorada, pues es lo cierto que, no hay, en modo alguno, ninguna relación causa-efecto, esto es, no hay ninguna relación entre la intervención judicial proponiendo el indulto o informando sobre él, y la concesión o denegación del mismo (salvo los casos ya indicados), y no la hay porque quien de hecho acaba en definitiva resolviendo sin mayores problemas es el Gobierno.

(29) En particular, SSTS de 12 de diciembre de 2007, 16 y 23 de enero de 2008, 17 de febrero de 2010, y de 17 de marzo de 2014.

arts. 62.i) CE y 1 de la LI «se extiende a *toda o parte de la pena* en que hubiesen incurrido los reos de toda clase de delitos, pero a nada más». O lo que es igual, el marco legal vigente establecido «en relación con las condenas por delito, no permite más indulto que el de la pena» (30). De esta forma se impone con todas las consecuencias el principio de vinculación positiva a Ley, que impide entender que «con arreglo» a la misma el Gobierno disponga de apoderamientos genéricos o implícitos.

Aquellos dos extremos y en particular el último constituyen los escasos supuestos que aportan alguna singularidad reseñable, pues aunque no cabe desconocer que la Sala habría conocido de posibles vulneración del principio de igualdad o del principio de interdicción de la arbitrariedad, en todo caso por la falta de motivación de las denegaciones de indultos, tales alegaciones se habrían despachado con suma facilidad. Bastaba con sustentar las resoluciones en la consolidada doctrina jurisprudencial de la falta de necesidad de motivación en estas decisiones, tanto por no tratarse de actos administrativos como por no imponerlo la LI(31), y por supuesto por no poder extenderse dicho control a los requisitos de carácter sustantivo(32). Lo manifestado en la STS Pleno de 2 de diciembre de 2005 apelando a la importancia que la exposición de motivos de la Ley de 1870 otorga a los efectos de la decisión que deba adoptar el Gobierno, los hechos y circunstancias del caso concreto, «sobre los que debe extenderse la motivación que ha de contener el Real Decreto en que se manifieste» (33), carecería de influencia posterior. Por su parte, las SSTS de 20 de febrero de 2013 y de 9 de mayo de 2013 reconocerán que «los indultos son susceptibles de control jurisdiccional en cuanto a los límites y requisitos que deriven directamente de la Constitución o de la Ley, pese a que se trate de actos del Gobierno incluidos entre los denominados tradicionalmente actos políticos, sin que ello signifique que la fiscalización sea *in integrum* y sin límite de ningún género, pues esta posición resultaría contraria también a la Constitución» (34), sin que ello, en principio suponga tampoco innovación sustancial en la práctica.

La doctrina científica, en cambio, habría puesto de manifiesto tempranamente el alcance de la competencia del control judicial, la necesidad de de motivación para la concesión de indultos, no en caso de denegación pues el indulto no es un derecho, ni tampoco expectativa de derecho, y en tanto no supone, materialmente, alteración de la

---

(30) FFJJ. Noveno, Décimo y Duodécimo. *Vid.*, en ese mismo sentido parecer de LINDE, *cit.*, p. 179, AGUADO RENELO, *cit.*, p. 73 y LOZANO, *cit.*, p. 1030.

(31) *Vid.* SSTS de 28 de abril de 2009, de 24 de septiembre de 2010 y de 25 de enero de 2012.

(32) En su momento únicamente la STS de 11 de diciembre de 2002, habría manifestado la conveniencia de que de *lege ferenda* estos actos contuvieran una especificación sucinta de las razones sobre las que se fundamentan a fin de determinar con mayor certeza y exactitud el conocimiento de la voluntad manifestada y permitir su control general.

(33) FJ Décimo. Véanse algunos de los votos particulares a dicha sentencia, donde se pone de manifiesto que la misma se aparta sin fundamento de la propia doctrina jurisprudencial.

(34) Es evidente, pues, que a partir de las dos sentencias de 2013 que hemos indicado, la legitimación ampliada permitirá un acceso a los tribunales de resoluciones de concesión de indultos, cuando o bien el Gobierno pudiera exceder con su decisión el «contenido esencial y propio del indulto», o cuando el Gobierno incumpla algunos de los muchos requerimientos reglados o pueda fundamentarse la interdicción de la arbitrariedad o infringir otros preceptos constitucionales, bien que seguramente con otros razonamientos adaptados al caso a juzgar. Esto es lo que al final se advierte, con claridad meridiana y sin que haya ya ninguna consideración, con el asunto resuelto en la STS de 17 de marzo de 2014, rec. 53/2013.

sentencia(35). Esta exigencia de motivación *ad casum* de las concesiones, debida a la Ley de 1988, merecerá valoraciones doctrinales encontradas, al asumir o negar que tras la reforma del art. 30 requiera que el Real Decreto deba ser motivado. No será obstáculo para algunos autores, a pesar del dudoso cumplimiento que se hacía de dicho requerimiento antes de dicha reforma, la exigencia de motivación por la posible contradicción que ello plantea de entrada con los varios informes previos que demanda para motivar la decisión favorable, y más allá del plano legal por cuanto esa es una exigencia que deriva de la CE (art. 9.3) y es la única que permite acomodar aquella decisión a lo previsto a sensu contrario en el art. 120.3, como asimismo por juzgar que la motivación es indispensable porque es el único modo de poder controlar el ejercicio positivo de la gracia y con ella la justificación de la interferencia del Gobierno en la decisión judicial(36).

Otros pareceres(37), pondrán de relieve que en cualquier caso la motivación no sería objeto de control judicial tanto porque no cabe aplicar a esta potestad los requisitos formales del acto administrativo, por cuanto la motivación del indulto no es otra cosa que la pura oportunidad o conveniencia del perdón; como porque la reforma de la LI elimina la necesidad de motivación. No obstante, esa misma doctrina entiende que existe un límite último en la apreciación de la oportunidad del indulto, en tanto el núcleo duro de la decisión de indultar está en última instancia subordinado al principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el art. 9.3 de la CE, bien que el control basado en dicho principio ocupa aquí un papel límite, dada la no exigencia de motivación de las concesiones. Por ello —consideran— que no cabe negar que tal principio, como clave última del arco del Estado de Derecho, está llamado a corregir los abusos de la prerrogativa de gracia que supusieran un uso manifiestamente irracional, aberrante o inicuo de la misma.

Habría, pues en esos casos un control de oportunidad. Control que también defiende AGUADO RENEDO, a partir de su concepción del acto como discrecional, al que pueden aplicarse los elementos esenciales del control de la discrecionalidad, y entre ellas el más principal y el que sirve de fundamento al resto, las razones de su decisión: la motivación(38). En esta misma línea se habría pronunciado previamente B.LOZANO como hemos adelantando al considerar que incluso en el ámbito más libre del ejercicio del derecho de gracia, como es el otorgamiento o no del indulto al solicitante y la determinación de la extensión del beneficio, la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, de ahí que estime que la utilización del indulto con motivaciones o fines diversos o la concesión de un perdón notoriamente desproporcionado con

---

(35) Véase al respecto, LINDE PANIAGUA, *cit.*, p. 201, sobre la extensión de la competencia de control de la legalidad a todos los aspectos regulados en la LI, salvo en lo referido al ámbito de discrecionalidad que determina la misma. Sobre la necesidad de motivación, entre otros: GALLEGU ANABITARTE, Alfredo y MENÉNDEZ REXACH, Ángel. «Art. 97. Funciones del Gobierno», en Oscar ALZAGA VILLAAMIL (Dir.). *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Edersa, Madrid, 1998, T. VIII, p. 140; AGUADO RENEDO, *cit.*, p. 216 y LOZANO, *cit.*, p. 1049, señalando que resulta indispensable para ejercer un control judicial sobre la corrección del ejercicio del derecho de gracia. La jurisprudencia remarcará que tampoco supone ejecución del derecho de petición en el sentido que le atribuye la ley que regula este último, así, entre otras SSTs de 27 de mayo y de 3 de junio de 2003, lo que reitera la de 30 de enero de 2014.

(36) Véase AGUADO RENEDO, *cit.*, pp. 216 y ss., indicando en nota 377, que el requisito en realidad no se cumplía ya que el Gobierno se limitaba a utilizar una cláusula de estilo.

(37) CARRILLO DONAIRE y GUICHOT REINA, *cit.*, pp. 227 y ss.

(38) *Cit.*, p. 213. Sobre su sólido razonamiento, remito a pp. 203 y ss.



el fin de justicia que lo motiva, pueden por ello considerarse como supuestos de desviación del poder controlables judicialmente (39). Tesis que no comparte LINDE PANIAGUA, para quien la finalidad prevista en el art. 9.3 CE de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos debe ser objeto exclusivamente de control parlamentario, entendiendo que esta es la solución que la Constitución establece (40).

Se apreciaría así el extremo alejamiento de algunos de estos planteamientos doctrinales respecto a los jurisprudenciales, operando estos últimos con los parámetros más ortodoxos y acomodados a las singularidades de estos actos (41), y representando aquellos otros, entendimientos muy diferentes, casi alternativos, del ordenamiento jurídico en su conjunto y de la CE en particular al demandar el ejercicio de controles judiciales inéditos, concebidos como perfectamente constitucionales.

## IV. La nueva doctrina jurisprudencial

### IV.1. La ruptura radical sentada por la STS de 20 de noviembre de 2013

El punto de inflexión se produce con esta sentencia por cuanto al margen de cualquier otra apreciación lo más sobresaliente de la misma y lo que depara una evidente sorpresa —en tanto supone una ruptura, sin paliativos, con la doctrina reiterada del propio TS— es la negación de su carácter de acto político y su equiparación u homologación sustancial con los actos discrecionales, exigiendo que las decisiones de concesión estén motivadas y ofreciendo las pautas con las que a partir de ese momento serán fiscalizables dichos actos por la propia Sala de lo contencioso-administrativo. Con esta decisión judicial se decide dar un paso adelante y por vez primera asumir la supuesta plenitud de sus posibilidades de fiscalizar este tipo de decisiones, a través de la interdicción de la arbitrariedad consagrada en el art. 9.3 CE, sentando un precedente mayúsculo cuyas consecuencias pueden alterar significativamente el ejercicio de esta prerrogativa, muy particularmente en relación con las concesiones de indulto, pero sin que quepa desconocer si sólo ahí encontrarán su límite aplicativo los argumentos de «lógica jurídica» con los que la sentencia opera (42). No dudamos por ello en considerar que se trata de un cambio radical que, en efecto, se aparta de la jurisprudencia unánime de la Sala, sin que se deje constancia del porqué, como parece razonable exigirlo (43), que es dudoso se acomode a los límites de control judicial de estas decisiones del Gobierno.

---

(39) LOZANO, *cit.*, p. 50. Por el contrario, el parecer de ARAGÓN, *cit.*, p. 21, es que la decisión del Gobierno de conceder o no conceder el indulto debiera quizás considerarse como un acto político no susceptible de control judicial

(40) LINDE PANIAGUA, «El indulto...», *cit.*, p. 170.

(41) No cabe desconocer el avance que supone el control materializado en la STS de 20 de febrero de 2013, por más que no quepa duda de que se estaba actuando el control de elementos reglados.

(42) Véase en este sentido el voto particular de la Magistrada Celsa PICÓ LORENZO a las Sentencias de 13 de enero y 6 de junio de 2014, estimando que la sentencia que tratamos exige motivación en todo caso.

(43) Así se hace por ejemplo en el *overruling* recientemente adoptado por la STC 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 2.d). En algunos votos particulares se calificará de «cambio de criterio», o de un giro o novedad en la jurisprudencia que supone por ello una innegable modificación jurisprudencial; o de cambio jurisprudencial sustantivo. De cualquier forma no vemos inconveniente en entender que se ajusta la exigencia constitucional tal y como se exige por la STC 71/1993, de 1 de marzo, entre otras.

Muchos y muy diferentes cuestiones, procesales y sobre todo sustantivas, depara esta sentencia. No todas ellas serán objeto de atención aquí y ahora, al centrarnos en los aspectos sustantivos, los cuales de por sí ofrecen muchos argumentos discutibles. Previamente, sin embargo, hacemos un breve excurso acerca de la atribución al Pleno de la decisión, ofreciendo más tarde alguna apreciación sobre la oportunidad de haber planteado una cuestión de inconstitucionalidad como demandaban los recurrentes.

Dado que, conforme al art. 197 LOPJ, el acuerdo de elevar al Pleno el conocimiento de un recurso, de no venir exigido legalmente, queda a la entera discrecionalidad del Presidente de la Sala cuando lo estime necesario para administrar justicia, conviene significar cómo esa necesidad ya ha sido demandada en dos ocasiones, extremo que pone de relieve o es cuando menos un indicio claro, de la trascendencia objetiva que el asunto de los indultos está teniendo y posiblemente de la muy delicada situación que, en ocasiones, como la de este supuesto enjuiciado, plantean su resolución, amén de la diversidad de criterios que en el tratamiento judicial de los indultos pueda existir, más allá de la Sección encargada de resolverlos. Aspectos en los que no es posible detenerse, si bien habría de anotarse la dificultad que entraña tomar una decisión al respecto en el ámbito judicial, teniendo en cuenta las posiciones que sostienen los diferentes magistrados, en concreto cuando las decisiones se elevan a este órgano. Es evidente que para alcanzar en estos casos la mayoría de pareceres se requieren acuerdos, especialmente complejos de alcanzar, dada la disparidad de pareceres que expresan los múltiples votos particulares. Así se han de entender los acuerdos que en esta materia ha venido adoptando el citado Pleno de la Sala Tercera del TS y con los que se han dado —o pueden darse— los pronunciamientos más significativos en este ámbito.

Interesa resaltar no obstante que las dos Sentencias del Pleno tienen objetivos y contenidos muy diferentes, y probablemente esa sea la razón del acuerdo por el que se elevó a dicho órgano plenario. En el primer caso (STS de 2 de diciembre de 2005) se trataba de dilucidar si era o no competente un Gobierno en funciones para otorgar o denegar (en el caso era esto último) un indulto, lo que ya hemos adelantado al igual que la conclusión a la que llegó la mayoría. En esa misma decisión se establecerá que el ejercicio del derecho de gracia es «una facultad sustancialmente gubernamental» (FJ Décimo) (44), y se valorará la importancia que la exposición de motivos de la LI otorga a la motivación que ha de contener el Real Decreto en que se conceda el indulto. Habría ya de subrayarse la coincidencia básica de ambos Plenos, tanto en la calificación de la naturaleza jurídica de los actos cuanto en la necesidad de motivar los indultos, o por decirlo más correctamente, teniendo en cuenta las sentencias posteriores (FJ Sexto de la STS de 30 de enero de 2014), la necesidad de motivar las concesiones. De paso, convendría tomar nota de que los pronunciamientos del Pleno en el año 2005 no cambiarían, sin embargo, la línea jurisprudencial precedente, pues no hace falta sino comprobar que tendrá que ser de nuevo el mismo órgano quien reformule aquella calificación y quién vuelva a exigir la motivación —eso sí— con otros términos pero con el mismo argumento.

Sin duda esta circunstancia justificaría con mayor razón la nueva intervención del Pleno de la Sala 3.<sup>a</sup>, aunque otras consideraciones parecen estar detrás de la avoca-

---

(44) Sobre esta calificación —que se reiterará en la STS que exponemos— remito a la censura que se formula en el voto particular citado del Magistrado RODRIGUEZ-ZAPATA (FJ Sexto).

ción, y no sólo por el hecho de tratarse de una concesión. Entre ellas, la de constituir un presumible y evidente caso de indulto que llamativamente constituye un supuesto que incurre en interdicción de la arbitrariedad y/o la supuesta alarma social —repercusión mediática— que el indulto en cuestión había creado (45). Cualquier estudioso de esa jurisprudencia puede tener la impresión de que la sentencia supone una reacción jurisdiccional ante un supuesto de concesión de indulto arbitrario. En particular dada la desproporción entre la condena penal y la gracia otorgada, que podría ser el elemento determinante, por más que la decisión de la mayoría no lo ponga de manifiesto explícitamente, para deducir el abuso o arbitrariedad de la decisión (46). Desde luego también podría traerse a colación que los recurrentes planteaban de forma insistente la existencia de arbitrariedad (FJ Quinto) e incluso la inconstitucionalidad del indulto por esa causa, ante la ausencia de motivación, si bien ese hecho no parece que sea concluyente de la decisión, tanto porque no es la primera vez que la interdicción de la arbitrariedad es invocada en esa sede, cuanto porque aquellos lo que solicitaban era que se plantease cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional admitiendo que el art. 30 de la LI, tras su reforma, exime de la obligación de motivar los indultos vulnerando así diversos preceptos constitucionales. No constará en la sentencia en base a qué argumentos entienden que no es exigible la motivación, pero resultaría lógico pensar que ateniéndose a la jurisprudencia reiterada del propio TS.

La sentencia omitirá cualquier pronunciamiento al respecto, lo que está lejos de resultar comprensible, máxime si como hemos de ver reconoce serias contradicciones legislativas en la regulación legal del indulto. Creo que esa circunstancia y la no menos importante derivada de la jurisprudencia unánime que la interpretaba imponía, antes de decidir tan profundo cambio de criterio, plantear la citada cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 30 LI (aconsejada o considerada indispensable por alguno de los votos particulares).

---

(45) Referencias a ambos factores pueden leerse en algunos de los votos particulares.

(46) Elocuente nos parece, en ese sentido, lo que se dice en el voto particular del Magistrado Luis María DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ cuando indica: «Lo crucial es que del acto se desprendan las razones por las que ha sido adoptado. Pues bien, cuáles son las razones por las que se aprobó el Real Decreto 1668/1992 no sólo no se infieren del texto del mismo, sino que son difícilmente imaginables para un observador externo y desapasionado. La enorme desproporción entre la pena impuesta (trece años de prisión) y la pena por la que aquélla se conmuta (dos años de multa), impiden afirmar, al menos a primera vista, que hay atendibles razones de equidad o justicia material detrás de la gracia acordada. Más aún, en la sentencia condenatoria —por un delito de homicidio, en concurso ideal con otro de lesiones y dos faltas de lesiones y daños— se afirma expresamente, como hecho probado, lo siguiente: «No consta sin embargo que en el momento de ocurrir los hechos padeciera cualquier tipo de crisis que, durante el desarrollo de los hechos antes descritos, le hiciera conducir de forma automática, privado totalmente de conciencia y voluntariedad». Este hecho no puede ser válidamente puesto en duda, ni puede ser obviado a la hora de ejercer el derecho de gracia. Dadas las circunstancias del caso, además, no son imaginables razones ajenas a la equidad o la justicia material; es decir, no cabe pensar que el indulto haya sido concedido por consideraciones políticas de interés general. Todo ello quiere decir que el indulto otorgado por el Real Decreto 1668/2012 estaba particularmente necesitado de una explicación, que el Consejo de Ministros no ha dado.» Dicho de otra forma, en el voto particular del Magistrado José Juan SUAY RINCÓN se concreta que es «preciso destacar antes que nada que, pese a los múltiples pronunciamientos que esta Sala ha tenido ocasión de realizar en materia de indulto, difícilmente cabe identificar alguno parangonable con el que ahora ha de centrar nuestra atención; por lo que no creo que se trate tanto de enmendar el sentido de una doctrina, como de atender a las peculiaridades de dicho supuesto...». Entiendo que no se puede decir más claro —fuera de la resolución judicial— lo que un indulto como el examinado merece, y no parece difícil entender que esa es la clave con la que la mayoría de la Sala lo ha enjuiciado y ha adoptado el cambio sustancial de doctrina.

No está de más anotar también, que en ambos casos, la redacción de la sentencia sería asumida por un segundo Magistrado de la Sala, una vez rechazada la ponencia redactada por el inicialmente designado, en razón de que no participaba del criterio mayoritario de la Sala; y de modo análogo a lo que sucediera en ese anterior precedente, la decisión será aprobada por la mayoría (47).

## IV.2. La conformación sistemática de la resolución

Es relevante señalar la sistemática con la que el Pleno afronta el tratamiento del asunto en las aspectos fundamentales que aquí interesa. El punto de partida es lo que denomina la configuración del indulto y de las consecuencias de ello derivadas, predefiniendo la identificación y caracterización de los actos de indulto (FJ Sexto) con notables novedades: «(1) Constituye el ejercicio del derecho de gracia; (2) se trata de una actuación individual y excepcional del Gobierno; (3) se trata de un acto discrecional del Gobierno; (4) es irrelevante su consideración como acto político del Gobierno; y (5) no tiene, ni cuenta, con la naturaleza de acto administrativo». Lo que con otras palabras reitera al señalar «que el indulto implica el ejercicio del derecho de gracia constitucionalmente reconocido, mediante una actuación individual y excepcional del Gobierno, reunido en Consejo de Ministros, no encuadrable en la antigua categoría legal de los actos políticos, y que, pese a su no consideración como acto administrativo, tiene como núcleo esencial y *ratio essendi*, su carácter discrecional». En un segundo momento (FJ Séptimo) resumirá la doctrina general de la jurisprudencia en torno al alcance del control jurisdiccional que sobre los mismos corresponde a la Sala, donde en síntesis (para no repetir lo que ya conocemos) se precisa que el control jurisdiccional no puede extenderse a los defectos de motivación del indulto, y que no se extiende a la valoración de los requisitos de carácter sustantivo. Llegando así al punto neurálgico que es la deducción que extrae de la cuestión que los recurrentes plantean, formulada silogísticamente de esta forma: «sí (1) pese al carácter discrecional del acto de concesión o denegación de indulto. (2) pese a la no exigencia de motivación —en los términos exigidos para los actos administrativos—, y, (3) a pesar de la tradición histórica seguida en nuestro país para la concesión de los indultos, puede controlarse el ejercicio del derecho de gracia desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos» (FJ Octavo).

El Pleno entiende que sí puede controlarse el acto de concesión de indulto desde esa perspectiva y de lo que se trata, en consecuencia, es determinar cómo o a través de qué medios se hace operativo dicho control y con qué intensidad y extensión. Surge aquí la necesidad de la motivación y las matizaciones a su contenido y asimismo las que tienen que ver con el alcance del control jurisdiccional.

## IV.3. La recharacterización del indulto como acto discrecional

El Pleno no niega el carácter político del indulto aunque considera esa calificación irrelevante, al entender que según lo dispuesto en el art. 26.3 de la LGO y en el

---

(47) En total siete votos particulares, si bien tres de ellos calificados como «concurrentes», firmados por 19 magistrados de los 36 que componen el Pleno.

art. 2.a) de la LJCA dicha deducción deriva del hecho de que la «función de gobierno como esencialmente distinta a la administrativa» ya no cuenta con unas exclusiones como las que disponía la LJCA de 1956. Lo trascendente a su juicio es por ello comprobar, una vez más, hasta donde ha de llegar la posibilidad de control en este tipo de actos de máxima discrecionalidad. Creo que podemos estar de acuerdo con esta conclusión —utilitarista—, en particular en cuanto viene a corroborar la doctrina del TS relativa a estos actos gubernamentales y entender que también respecto a ellos el control puede ampliarse cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse para comprobar si el Gobierno ha respetado aquellos y cumplido estos al tomar la decisión de que se trate. El hecho de la equiparación con los actos discrecionales en cuanto a su naturaleza, por más que entienda que se diferencian de estos últimos por la entidad de la discrecionalidad es no sólo una novedad conceptual sino al tiempo una identificación no demasiado afortunada, aun cuando muy conveniente o necesaria a los efectos de los objetivos del pronunciamiento. El indulto como un acto discrecional del Gobierno, según reza la calificación que le otorga la sentencia, con independencia de cualquier otra apreciación, es una calificación que rompe abruptamente y sin fundamentación apropiada con la doctrina que hemos anotado y que más allá de su indefinición procuraba singularizar estos actos de los estrictamente discrecionales, lo que ahora queda completamente desdibujado aunque tengamos claro que son actos discrecionales no administrativos, pues en este último aspecto se ratifica sin fisuras la doctrina jurisprudencial reiterada de que el indulto «no tiene ni cuenta con la naturaleza de acto administrativo».

Una vez más, el sentido utilitario se impone al dogmático pues admite que puede mantenerse desde esta última perspectiva la diferencia con los actos políticos, pero considera que ello también resulta indiferente o lo que es igual carece de relieve alguno, toda vez que lo trascendente es la discrecionalidad del Gobierno en la que reside precisamente «el núcleo de la gracia como acto no debido», pues «una vez cumplidos todos los requisitos procedimentales previstos en la LI para la concesión, el órgano competente para ello —el Gobierno que no el Rey— puede conceder, o no, la gracia solicitada, de modo que no se encuentra obligado a hacerlo». Ningún otro argumento histórico o constitucional tendrá mayor trascendencia y desde luego no «le priva de dicho carácter discrecional, en el que reside, precisamente, el núcleo de la gracia como acto no debido y que constituye la *ratio essendi* de la institución».

Estáramos, o así cabría valorarlo, ante un intento de simplificación en relación con las posturas que en torno a la naturaleza de estos actos se habrían ya advertido en los pareceres de la jurisprudencia, bien que desde luego coincide con las posiciones ya señaladas de la mayoría de la doctrina científica en cuanto a la conceptualización para, no obstante, apartarse posteriormente de los resultados o efectos en cuanto a la intensidad del control judicial que con ella se sostiene en aquel ámbito. Esta circunstancia será por ello objeto de cuestionamiento en algunos de los pareceres de los magistrados discrepantes, constituyendo en ocasiones la razón esencial del desencuentro. La causa tiene su razón de ser en la evidente contradicción en que incurre al igualar desde la perspectiva de control de los elementos reglados ambos tipos de actos (discrecionales y de gracia), para, inmediatamente, excluir como elemento reglado de control de la prerrogativa de gracia la desviación de poder, por

la imposibilidad de ser aplicado, al circunscribirse su ámbito a la actuación estrictamente administrativa (48).

Lo cierto es que las ulteriores SSTS (Sección séptima) de 30 de enero de 2014, FJ. Quinto y de 6 de junio de 2014, no parecen compartir esa conceptualización, al señalar inequívocamente «la naturaleza del indulto como acto graciable y, en consecuencia, revestido de una total libertad en la decisión», resaltando —lo que ya nos es conocido pero con otros términos— que la decisión de fondo (concesión o denegación del indulto) «quedaría sometida a la propia discrecionalidad del Gobierno». Con ello, se vuelve en buena medida a las primeras nociones y se deja sin apenas sentido la concepción sostenida por el Pleno.

#### IV.4. La exigencia de motivación ad hoc del indulto

Esta es la gran innovación formal de la Sentencia, que parte de salvar la contradicción que aprecia en la LI optando por dar pleno valor a su Exposición de Motivos. La contradicción tras la reforma de la LI al constatar, de una parte, lo que establecía en su redacción original el art. 30 de la LI y lo que desde la Ley 1/1998, establece; y de otra, el hecho de que la modificación dejó intacta la exposición de motivos de la Ley que, por tanto sigue diciendo que «para asegurar aún más, si cabe, el acierto, no será el Ministro de Gracia y Justicia, sino todo el Consejo, quien habrá de tomar la última resolución en un *decreto motivado*, a fin de que consten siempre las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional», y previamente que la concesión del indulto ha de llevarse a cabo «con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social» (49). La deducción —eliminación de la necesidad de motivar versus hacer constar las razones— la resuelve dando mayor valor a la exposición de motivos que a la reforma del art. 30, por más que sea un hecho irrefutable que tal exigencia ha desaparecido del texto legal en su parte dispositiva. Sin embargo, no descansaría tan sólo ahí el fundamento sino también en la interpretación concordante con lo que «de forma expresa», exige el art. 11 LI —a saber la existencia de «razones de justicia, equidad o utilidad pública»—, aun cuando dicho precepto sólo sea aplicable a los indultos totales (lo que no es el caso enjuiciado) (50).

---

(48) Véase así los argumentos expuestos en el voto particular conjunto encabezado por el Magistrado Carlos LESMES SERRANO, en particular aquellos que ponen de manifiesto como esa deducción resulta contradictoria en tanto no dejaría de reafirmar que la potestad administrativa discrecional es sustancialmente diferente de la prerrogativa de indulto y esa diferencia se extiende a sus técnicas de control, ya que con la primera no cabe entender que se satisface una finalidad pública legalmente establecida, en tanto «sería tanto como admitir un apoderamiento general del Ejecutivo para corregir las decisiones del Poder Judicial, lo que es constitucionalmente inadmisibles».

(49) El citado párrafo de la exposición de motivos se incluye en la justificación de los contenidos que incorpora el capítulo III de la ley, es un párrafo aislado que queda en medio de tres de los grandes propósitos legales.

(50) El aplicable en el caso que nos ocupa es el art. 12. La diferencia entre ambos es la trascendencia del informe favorable del tribunal sentenciador, pues en el primero es preceptivo y determinante de la decisión de concesión, en tanto en el segundo es sólo preceptivo y aunque desfavorable deja al Gobierno la libertad de otorgarlo, como ya adelantamos.

La —a nuestro juicio— extrema debilidad de estos argumentos determinará el recurso a otros que cabe concebir, de justicia material (o quizás de simple sentido común) como son, los que forma silogística, culmina apreciando con el recurso de que la «absoluta inutilidad del expediente de indulto resultaría clamorosa», dadas las siguientes afirmaciones (condicionales): «1º Si el legislador ha establecido la obligación de seguir un procedimiento para la concesión o denegación de los indultos, que ha de materializarse y documentarse en un expediente administrativo; 2º Si el mismo legislador exigen que consten siempre las razones, 3º Obvio es que el legislador ha pretendido que de esa tramitación documentada, se desprendan las tan citadas razones, legalmente exigibles».

De otra parte, sentada la inexistencia de motivación en el sentido técnico que requiere la LRJPAC al Acuerdo de concesión o denegación por no tratarse de un acto administrativo, determinará la no utilización en momento alguno del término motivación sustituido por eufemismos o expresiones que reiteran en múltiples ocasiones la exigencia de que consten o se desprendan aquellas razones («la especificación de las razones»), para poder enjuiciarlas con los «instrumentos de la lógica jurídica». A la postre, diríamos, que el espíritu de la LI, el sentido legal de los indultos y la lógica jurídica del procedimiento legalmente previstos, serían los fundamentos de la motivación *ad hoc*, o de que se exija al Gobierno que «del acuerdo de indulto se desprendan» aquellas razones, o que en otras palabras «la especificación y el conocimiento» de las mismas, al caso o individuales, «necesariamente deben de constar en el Acuerdo» de concesión, pudiendo «responder a muy distintas causas (que pueden ir desde las de carácter penitenciario o social a las de carácter personal o familiar)».

No es dudoso que a pesar de no utilizarse la expresión propia de los actos administrativos lo exigible tras esta interpretación es lo más parecido a la motivación *ex art. 54 LRJPAC*, por más que técnicamente no lo sea, por lo que la diferencia sería puramente nominal. La cuestión clave es, por tanto, la exigencia de una motivación formal optando el Pleno por acoger esta solución que se venía rechazando abierta y tajantemente por la jurisprudencia, con el fundamento más sorprendente que cabría: el de dar valor jurídico al Preámbulo, por encima o más allá de lo que el art. 30 establece. Como es comprensible, las discrepancias en ese extremo son radicales y se sustentan tanto en la crítica a la deducción en sí (no exige motivación la ley, negando de paso todo valor jurídico al Preámbulo de la misma), como en la censura o rechazo al planteamiento previo de la cuestión de inconstitucionalidad según pedía el recurrente y para salvar la contradicción advertida, como asimismo por haberse apartado del sistema de aplicación de fuentes del Derecho al desconocer la doctrina jurisprudencial reiterada, e incurrir en exceso de jurisdicción (51). Ciertamente por otras razones opuestas tanto al fundamento de la sentencia de la mayoría como al de esos votos disidentes, también habrá votos particulares que enfatizarán la exigencia pero con otros argumentos (52).

No está de más recordar que la motivación no se exige en todos los actos administrativos, sin que ello comporte exoneración del posible control judicial según doc-

---

(51) Véase al respecto los votos particulares de los Magistrados: RODRIGUEZ-ZAPATA, ya citado; Jesús Ernesto PECES MORATE y Mariano DE ORO-PULIDO Y LÓPEZ; o el voto conjunto encabezado por LESMES SERRANO, citado.

(52) Véase los firmados por los Magistrados DÍEZ-PICAZO y ESPÍNTEMLADO, ya citados.

trina del TC. Ese es el caso de la denegación de visados ex art. 27.5 de la LO 8/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, que la STC 236/2007, de 7 de noviembre, estima constitucional. Para dicha STC FJ 12º, sólo podría sostenerse la inconstitucionalidad si la norma hubiera impedido el control jurisdiccional de estos actos administrativos basándose en su carácter potestativo o discrecional, pues «con dicha fundamentación se niega la proyección que en este ámbito tiene la propia interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos que proclama el art. 9.3» como ya dijera la STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 5, y reitera la STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 11). Pero no es así, con lo cual «la Administración deberá estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales» (53). Sin entrar a discutir esta doctrina, que nos parece en exceso formalista, pues no se alcanza a comprender el porqué de la distinción, es suficiente con preguntarse si eso mismo, en su caso, no cabía exigir en los actos de indulto, pudiendo el Gobierno estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercitado de forma arbitraria sus facultades de gracia. Parece obvio que sí, sin necesidad pues de exigir motivación formal.

Tampoco sobra reiterar en lo que nos ocupa, que resulta evidente más allá de las interpretaciones que merezca aquella reforma de la LI e incluso el mantenimiento de su preámbulo, que nunca el legislador de 1870 (ni el de 1988) pensó en las razones como fórmula para ser posteriormente enjuiciada por los tribunales conforme se pretende, sino por el tribunal sentenciador en los casos que así previene ley, y a lo sumo que las mismas pudieran servir como medida susceptible de juicios sociales o políticos. Idea esta última en la que probablemente encuentra sentido la reforma de 1988 que, con independencia de las posibles interpretaciones que quepa, no hace sino dar carta de naturaleza a lo que siempre se había hecho, a pesar de lo que expresamente exigía aquel precepto. El argumento de la motivación sustentando en la exposición de motivos es, por ello y a nuestro juicio, el menos razonable de todos y el más endeble, tanto por el valor de los exordios, como por la propia finalidad de la reforma. Más razonable pareciera ser, en ese supuesto, la invocación del art. 9.3 CE en tanto prohibiría la falta de sustento o fundamento jurídico de las conductas de los poderes públicos, incluyendo el caso del derecho de gracia a pesar de la máxima discrecionalidad que se le atribuye al Gobierno, y con mayor razón tomando en cuenta el entendimiento que la sentencia hará de lo que es actuación arbitraria.

#### **IV.5. El alcance del control judicial de la motivación**

Una vez sentado aquel requerimiento legal, de lo que se trata ya es de concretar hasta donde alcanza el control judicial en ese preciso aspecto. Se reafirmará, pues, como límite infranqueable al control jurisdiccional que el mismo no puede alcanzar al «núcleo esencial de la gracia» (decisión de indultar o no indultar), porque carece de «ámbito de revisión jurisdiccional» al respecto; ni a la valoración del contenido de los requisitos formales (esto es, al contenido de los informes reglados a los que se refiere la LI) por entender que no cabe adentrarse en «las razones que se contengan»

---

(53) Aplicará esta doctrina, entre otras la STS de 3 diciembre de 2010.



en ellos, sino únicamente en «el control de la concurrencia de los elementos preceptivos»; ni, por último, la causa a la que puedan responder («variadas y sin posibilidad de discusión desde una perspectiva jurisdiccional»). Tampoco, como hemos indicado, alcanzará al control de la desviación de poder. Por el contrario sí alcanza a la no concurrencia de arbitrariedad en la concesión, y por ello sí impone «enjuiciar las razones», asumiendo la posibilidad de controlar el ejercicio positivo de la facultad de indulto, a través de la interdicción de la arbitrariedad, cuando el ejercicio de dicha potestad de indulto aparece como arbitrario, por aplicación del art. 9.3 CE.

Según cabe apreciar a tenor de las amplias explicaciones con las que pretende consignar el alcance de ese control, se precisa en primer término, el requerimiento acerca del contenido de la motivación, esto es, de la especificación y el conocimiento de las razones previstas en la ley que necesariamente habrán de constar en el Acuerdo. Razones que además deberán ser congruentes con las previas actuaciones preceptivas o lo que es igual que cuenten «con apoyo real reconocible en los elementos reglados o formales que componen el expediente». En torno a esos extremos, se reserva comprobar ambos requerimientos examinando y valorando «si la operación jurídica» llevada a cabo por el Consejo de Ministros dirigida a especificar y revelar las expresadas razones —a la vista del expediente tramitado—, ha conseguido realmente tal finalidad en el terreno de la lógica y la racionalidad jurídica.

Ese sería el «espacio jurisdiccionalmente asequible» en este ámbito apelando al entendimiento de la arbitrariedad entendida como ausencia de racionalidad. Espacio que —se insistirá en ello— se pretende aplicar con la lógica jurídica y que «debe limitarse a la comprobación de si el Acuerdo cuenta con soporte fáctico suficiente —cuyo contenido no podemos revisar—, para, en un proceso de lógica jurídica, soportar las razones exigidas por el legislador, pudiendo, pues, examinarse si en ese proceso se ha incurrido en un error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad lógica». Esto es, lo que en otras palabras más o menos reiterantes, expone al apostillar que las «razones han de ser explicadas y han de ser deducidas de lo actuado en el expediente (informes preceptivos, estos sí, motivados, alegaciones, certificaciones, aportaciones sobre la vida y conducta del indultado, etc.), pero, una vez verificada la realidad de tales hechos —que se aceptarán por no tener facultarles para revisarlos—, la fiscalización jurisdiccional valorará si la decisión adoptada guarda «coherencia lógica» con aquellos, de suerte que cuando sea clara la incongruencia o discordancia de la decisión elegida (basada en las expresadas razones legales de «justicia, equidad o utilidad pública»), con la realidad plasmada en el expediente y que constituye su presupuesto inexorable, (...)» tal decisión resultará viciada por infringir el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Se llega, pues, así a garantizar lo que el art. 9.3 CE proscribía, también respecto a la concesión de indultos, al entender que no cabe en la CE conductas administrativas que carezcan de fundamento jurídico objetivo, por más discrecionalidad que se otorgue a esas decisiones en el ejercicio del derecho de gracia (54). Se considerará, por otra parte, que ese control sigue siendo «meramente externo» —(«parámetro exterior

---

(54) A la postre, dirá que en el precepto constitucional lo que «se prohíbe es la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de una conducta administrativa, y, por consiguiente, la infracción del orden material de los principios y valores propios del Estado de Derecho. Y tal exigencia también ha de reclamarse cuando del derecho de gracia se trata, aunque en el marco de la mayor discrecionalidad de que la misma está investida.»

de contención de la arbitrariedad») —, lo que tendría sentido una vez sentados aquellos otros límites infranqueables, aun cuando no deje de ser discutible en tanto de entrada presupone y, por tanto, excluye, fundamentaciones políticas que puedan servir a la justificación de la concesión. Será discutible, asimismo, que en realidad sea tan sólo un control externo, pues en puridad lo sería si se limitase a comprobar si existe o no motivación y a lo sumo si existe un error material patente. Pero no resulta muy convincente esa afirmación cuando alcanza comprobar que el indulto no carezca de razón alguna o que no conste ninguna razón en el expediente y además abarque que lo que conste resulte absolutamente improcedente con aquellas razones legales, entendidas en el sentido jurídico objetivo que el TS se reserva determinar. Más bien parece un control interno o de fondo de la decisión aunque limitado, dadas las exclusiones de que se parte, que bien podría considerarse que si bien no rebasa en sentido estricto el límite impuesto por el ATC de que dichos actos no son «fiscalizables sustancialmente», puede entrar indirecta y colateralmente a hacerlo.

Es obvio que la problemática derivada de esta nueva doctrina jurisprudencial, de momento en cuanto a las concesiones (55), será más o menos compleja de concretar en la práctica, debido a la casuística que presenten los expedientes administrativos previos y si constan o no y con qué grado de explicitación las razones que motiven los informes favorables o desfavorables del tribunal sentenciador y/o del Ministerio fiscal, y su concordancia con las razones que el Real Decreto expresamente consigne. De momento el Gobierno no ha variado un ápice la formulación (v.gr. RD 132/2014, de 28 de febrero), al seguir utilizando una frase estandarizada en la que se limita a señalar que se han considerado los informes del tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, añadiendo la misma coletilla: «y estimando que atendiendo a las circunstancias... concurren razones de justicia y equidad» (56). Esto es, podemos seguir afirmando que se trata de una motivación de índole política, escasamente jurídica, que coincide con las habituales o tradicionales. Aún con todo, el punto crucial y el verdadero núcleo del debate seguirá centrado, a nuestro juicio, en admitir o no, que más allá de la presunta arbitrariedad que sea posible encontrar en el ejercicio del derecho de gracia, deba ser el TS, Sala 3ª, o cualquier otro orden jurisdiccional, quien a través de este proceso de lógica jurídica, logren hacer justicia o corregir las injusticias de unas u otras concesiones de indulto. Como avancé al comienzo, entiendo, aún a sabiendas de no resultar nada original, que en esta materia, siendo consecuente con los elementos y características consustanciales a la institución de la gracia, es discutible que proceda el control judicial con el alcance que le atribuye esta decisión. Comparto de este modo plan-

---

(55) En las SSTs de 30 de enero y de 6 de junio de 2014 queda claro que en las denegaciones no es exigible motivación formal, ya que ni la exige la LI ni la jurisprudencia, al margen de por no existir derecho subjetivo al indulto sino tan solo a solicitarlo y a que se tramite por el procedimiento establecido. Tampoco se requerirá la formalidad de un Real Decreto que se inserte en el BOE. Al margen y puesto que el acto denegatorio no es susceptible de control en cuanto al fondo por los tribunales, la doctrina de la STS de 2013 no servirá para entender infringido el principio de igualdad, pues difícil será que pueda existir un juicio comparativo con todos los requerimientos que la jurisprudencia exige en materia de gracia, y asimismo para entender conculcado el art. 9.3 CE por esa causa.

(56) Tampoco en esta última servirá esa doctrina para entender infringido el principio de igualdad, pues difícil será que pueda existir un juicio comparativo con todos los requerimientos que la jurisprudencia exige (caso de la STS de 30 de enero de 2014), lo que lleva a la STS de 6 de junio de 2014 a reconocer que por regla general, no resulta posible establecer un juicio de igualdad basado en un término de comparación en materia de gracia, porque, a esos efectos, no hay dos casos que sean iguales, y por cuanto a la postre cualesquiera que sean las características de los casos que se contraponen.

teamientos doctrinales ya citados y pareceres expresados en ciertos votos particulares a la sentencia(57), que convienen ya en que la arbitrariedad pueda utilizarse como una técnica jurisdiccional de control, como en que no constituye un elemento reglado (salvo quizás —añado— en el indicado supuesto de error material patente), y asimismo que el control de racionalidad no corresponde hacerlo a los jueces al recaer sobre una decisión política que no ha de sustentarse —o al menos no tiene porque—en criterios jurídicos.

## V. Consideraciones finales

La trascendencia de esta resolución no cabrá pues desconocerla. Estamos ante una nueva doctrina que a nuestro entender y, en cuanto a las consecuencias, resulta lo más parecido a la jurisprudencia de los papeles del CESID, porque si bien es cierto que no llegará a otorgar indultos, es evidente que se reserva decidir si la decisión del Gobierno de concederlo está motivada en los términos que impone, y cuando entienda que no es así según el criterio jurisprudencial, podrá estimar que es arbitraria la concesión del indulto y anularla.

No abrigo dudas en opinar que con esta decisión se realiza una recomposición en cuanto a la división de poderes, que no obstante podría no tener especial reconocimiento en futuras reformas legislativas, que hoy por hoy, parecen pretender el mantenimiento de las coordenadas que conocemos, sin apenas variación (v. gr. en relación con la motivación, que sí contemplan expresamente y con apenas variaciones basadas en las mismas razones). Pero tampoco se me oculta que, al margen, es posible admitir los efectos benéficos que ese control en los términos de la resolución, pueden resultar para la práctica gubernamental. Debe servir o así cabría valorarlo para disuadir o atemperar posibles veleidades y sobre todo concesiones que sólo puedan ser entendidas desde el arbitrio, favoritismo o el abuso más injustificado, sea por los sujetos a los que se otorga, sea por las conmutaciones o perdones desproporcionados, en tanto se presume que demuestran las diferentes varas de medir en unas u otras decisiones, en forma tan evidente. Probablemente, en esos casos, sería preferible que fuera el propio tribunal sentenciador —dado su conocimiento previo—, al reconocerle facultades de control de la aplicación del indulto —ex art. 117.3 CE—, en determinados y concretos supuestos, en los que se haya producido una *manifiesta* vulneración de la legalidad, como reconocería la STCJ ya citada, pero difícilmente tendría cabida dado el entendimiento que de esa vulneración viene asumiéndose conforme a la LI.

Trabajo recibido el 17 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(57) En especial, los de los magistrados DÍEZ-PICAZO y LESMES, ya citados.

**LABURPENA:** Grazia-eskubidearen kontrol judizialaren arloan, administrazioarekiko auzien jurisprudentzia aurkeztu eta baloratzen da. Haren eboluzioa gainbegiraten da, bai indultuaren arloko Gobernuak erabakien izaera bai hura zenbateraino berrikusi den. Auzitegi Gorenaren 2013ko azaroaren 20ko epaia aztertzen da, ordura arteko doktrina judiziala, ahobatezkoa eta errepikatua, apurtzen delakoan. Izan ere, indultuen arrazoia exijitzen da, eta akordioan agertu behar duten arrazoiak zabaltzen da administrazio-justiziaren kontrola. Gai horiek eztabaidagarriak dira hainbat faktoreengatik, eta horren garrantziak piztu du gure arreta.

**HITZ GAKOAK:** Egintza politikoak. Egintza diskrezionalak. Indultuak. Kontrol judiziala. Administrazioarekiko auziak.

**RESUMEN:** El trabajo tiene como objetivo esencial la exposición y valoración de la jurisprudencia contencioso-administrativa en torno al control judicial del ejercicio del derecho de gracia. Incluye un repaso analítico de su evolución tanto en relación a la naturaleza de las decisiones del Gobierno en materia de indulto como respecto al alcance de su revisión. Estudia en particular la STS de 20 de noviembre de 2013 al estimar que sus consideraciones comportan la ruptura de la doctrina judicial unánime y reiterada hasta entonces. Las causas que permiten apreciar esa ruptura cabe hallarlas, especialmente, al exigir la motivación de los indultos y al extender el alcance del control que corresponde a la justicia administrativa a las razones que han de constar en el acuerdo. Cuestiones discutibles y controvertidas por diversos factores cuya relevancia justifica la atención que se le dedica.

**PALABRAS CLAVE:** Actos políticos. Actos discrecionales. Indultos. Control judicial. Contencioso-administrativo.

**ABSTRACT:** The work has like essential aim the exhibition and assessment of the contentious jurisprudence-administrative around the judicial control of the exercise of the right of grace. It includes a review analytical of his evolution so much in relation to the nature of the decisions of the Government in matter of reprieve as with regard to the scope of his review. It studies in particular the STS of 20 November 2013 when estimating that his considerations comport the split of the unanimous judicial doctrine and reiterated until then. The causes that allow to appreciate this split fits to find them, especially, when demanding the motivation of the reprieves and when extending the scope of the control that corresponds to the administrative justice to the reasons that have to be recorded in the agreement. Debatable and controversial questions by diverse factors whose importance justifies the attention that devotes him.

**KEYWORDS:** Political acts. Discretionary acts. Reprieves. Judicial control. Contentious-administrative.

# El acceso a la justicia en materia ambiental en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Antonio Embid Irujo

**Sumario:** I. Introducción. El marco jurídico vigente.—II. No hay efecto directo del artículo 9.3 Del convenio de Aarhus. Papel fundamental de la normativa interna de los estados, inspirada por los principios de Aarhus.—III. La posibilidad de plantear recursos judiciales aun cuando, aparentemente, ello fuera imposible hacerlo por no haber transcurrido el plazo de transposición de la directiva que los permitía.—IV. Las interpretaciones favorables a la ampliación de la legitimación para recurrir. El supuesto de las organizaciones no gubernamentales.—V. El difícil control de las actuaciones legislativas en el ámbito de la evaluación de impacto ambiental. La solución del Tribunal de Justicia supone el favorecimiento del acceso a la justicia. La problemática inserción de su decisión en el derecho español.—VI. El concepto de coste no prohibitivo de los procesos y sus consecuencias.—VII. Conclusiones. El favorecimiento del acceso a la justicia en la jurisprudencia analizada.—Anexo bibliográfico.—Siglas, abreviaturas y acrónimos.

## I. Introducción. El marco jurídico vigente

El acceso a la justicia, junto con la información ambiental y la participación en la toma de decisiones en materia de medio ambiente, forman el contenido fundamental del derecho al medio ambiente (1). Esos tres componentes están indeleblemente

---

(1) La naturaleza jurídica del derecho al medio ambiente y su contenido ha sido ampliamente debatido, y no sólo en la doctrina española. D. LOPERENA mantuvo su naturaleza de derecho fundamental, primero en un trabajo publicado en 1996 (*in totum*) y luego, pero bajo la fórmula del «desarrollo sostenible», en 2008 (pp. 63 y ss.). Por mi parte examino las distintas concepciones doctrinales sobre el derecho al medio ambiente en (2008, pp. 23 y ss., a cuya bibliografía remito ahora). Mi posición, que niega el carácter de derecho fundamental en función de la colocación específica del art. 45 CE, ve en los reconocimientos estatutarios del derecho (a partir de la fase de reformas de los EEAA iniciada en 2006 con la reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana, con el contenido específico que relato en el texto), una solución desde el punto de vista del contenido del derecho a la problemática tratada, bien que la STC 247/2007, como recojo en el trabajo citado, niegue la posibilidad de que los EEAA puedan contener derechos de los ciudadanos relacionados con el ejercicio de las competencias (pero sí «institucionales», como el derecho a la participación política). Desde luego lo que parece claro es que el TC español no acepta la naturaleza de derecho fundamental del derecho al medio ambiente y como prueba puede verse la Sentencia 84/2013, de 11 de abril (recurso de la Comunidad Autónoma de La Rioja contra Ley Montes de 2003 modificada en 2006) en la que puede leerse la siguiente frase: «Tampoco cabe apreciar en el art. 54 bis. 2 infracción del art. 45.1 CE, que enuncia un principio rector, no un derecho fundamental (STC 199/1996, de 3 de diciembre, f.j. 3)» (f.j. 7). Pero ello no quiere decir, insisto, que la esencia del contenido de ese derecho (subjetivo, no fundamental) al medio ambiente, tenga la clara referencia del acceso a la justicia, de la información ambiental y de la participación en la adopción de decisiones que he referido.

unidos desde la suscripción del Tratado internacional conocido universalmente como Convenio de Aarhus, por la ciudad danesa donde se aprobó (2). Este texto ha sido determinante para la evolución del derecho ambiental en las dos últimas décadas en el plano mundial y, por supuesto, en el ámbito específico europeo (3). En concreto el Convenio fue ratificado por la Comunidad Europea mediante la Decisión del Consejo 2005/370/CE, de 17 de febrero de 2005 y desde entonces, por tanto, forma parte del Derecho de la Unión y a través de ello informa y vincula el desarrollo normativo y la práctica aplicativa de los Estados miembros (4) al margen de la ratificación individual por esos Estados, de dicho Convenio, tal y como sucedió en el caso de España (5).

En el Convenio de 1998 su artículo 9 regula el acceso a la justicia (esa es la rúbrica del precepto). Se trata de un artículo de amplio contenido que establece obligaciones específicas para las Partes del Convenio (los Estados que lo firman y ratifican). Algunas de ellas (art. 9.1) son dependientes de las previas decisiones del Convenio sobre el acceso a la información ambiental (art. 4), disponiendo que cualquier persona que estime que su solicitud de información en aplicación del artículo 4 no ha sido atendida, ha sido rechazada ilícitamente, en todo o en parte, no ha obtenido respuesta suficiente o que, por lo demás, no ha recibido el tratamiento previsto en dicho artículo, «tenga la posibilidad de presentar un recurso ante un órgano judicial o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley». Con ser interesante el planteamiento, hay que reconocer que esta prescripción no supone una novedad normativa de significación desde la perspectiva del derecho español (6).

Más interés tiene lo indicado a continuación en el artículo 9.2 que regula el derecho de acceso a la justicia vinculado al segundo de los contenidos del Convenio, al «derecho de participación del público en las decisiones relativas a actividades específicas» (art. 6), para lo que exige que las Partes reconozcan en su legislación el dere-

(2) «Convenio sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente, hecho en Aarhus (Dinamarca), el 25 de junio de 1998», es la denominación que sigue al Instrumento de Ratificación de España de dicho Convenio publicado en el *BOE* núm. 40 de 16 de febrero de 2005.

(3) Sobre los orígenes del Convenio en la literatura jurídica española *Vid.* PLAZA (2005, p. 392 y ss.); MORENO MOLINA (2006, pp. 242 y ss.) y también PIGRAU SOLÉ (2008, pp. 24 y ss.). Este último autor recoge datos muy interesantes sobre el desarrollo y cumplimiento del Convenio (2008, pp. 42 y ss.). Los últimos tratamientos del tema en BETANCOR RODRIGUEZ (2014, pp. 359 y ss.).

(4) La cuestión de la aplicabilidad directa por los Estados miembros del Convenio será tratada por una de las Sentencias del TJUE que luego se comentarán en el texto, la de 8 de marzo de 2011 (asunto C-240/09), que plantea tal cuestión en relación al art. 9.3 del Convenio que se transcribe más adelante.

(5) En nota anterior aparecen los datos de la ratificación española. Conforme a dicho Convenio y en ejecución de determinadas directivas comunitarias que luego se nombrarán en el texto, España aprobó la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE). Sobre la misma *Vid.* RAZQUIN LIZARRAGA y RUIZ DE APODACA (2007, *in totum*).

(6) Desde el punto de vista de la evolución del derecho interno español, esta decisión del Convenio no constituía en su momento una novedad, puesto que, en el fondo, el texto equivalía a otorgar legitimación a quien, evidentemente, ya tenía un derecho o interés legítimo en los términos de la legislación interna española de procedimiento administrativo (arts. 31 y ss. Ley 30/1992) o relativa a la jurisdicción contencioso-administrativa (cfr. art. 19 de la LJCA de 1998). No hay, como luego se insiste en el texto, una acción popular otorgada por el Convenio.

cho de «los miembros del público interesado» que tengan «un interés suficiente» o, en su caso, «que invoquen la lesión de un derecho, cuando el Código de procedimiento administrativo de una Parte imponga tal condición», de interponer recurso ante un órgano judicial u otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley para impugnar la legalidad, en cuanto al fondo y en cuanto al procedimiento, de cualquier decisión, o cualquier acción u omisión que entre en el ámbito de las disposiciones del artículo 6 y, si el derecho interno lo prevé y sin perjuicio de lo dispuesto en otro apartado de este artículo, de otras disposiciones pertinentes del presente Convenio.

«Interés suficiente» y «lesión de un derecho» deben juzgarse de acuerdo con el derecho interno pero éste debe ser «conforme al objetivo de conceder al público interesado un amplio acceso a la justicia en el marco del presente Convenio», lo que no significa, en modo alguno, que en el Convenio exista una «acción popular». En todo caso sí que hay que mencionar aquí, necesariamente, cómo el art. 9.2 se refiere también a las ONG, considerando que éstas tendrán «interés suficiente», si cumplen «las condiciones previstas en el apartado 5 del artículo 2» que reproduzco a continuación:

«Por “público interesado” se entiende el público que resulta o puede resultar afectado por las decisiones adoptadas en materia medioambiental o que tiene un interés que invocar en la toma de decisiones.

A los efectos de la presente definición, se considerará que tienen tal interés las organizaciones no gubernamentales que trabajan en favor de la protección del medio ambiente y que cumplen los requisitos exigidos por el derecho interno» (el resalte tipográfico es mío) (7).

Y el apartado 3 del art. 9 indica, finalmente, que cada Parte «velará porque los miembros del público que reúnan los eventuales criterios previstos por su derecho interno puedan entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar las acciones u omisiones de particulares o de autoridades públicas que vulneren las disposiciones del derecho medioambiental nacional».

El resto del artículo 9 contiene prescripciones relativas al ejercicio de este derecho de acceso a la justicia, que se mencionarán de la mano del examen de la jurisprudencia del TJUE, estudio jurisprudencial que es el objeto específico de este trabajo, no el de la consideración del marco jurídico, bien trabajado por distintos autores (8).

El Convenio de Aarhus cierra con la regulación de este derecho de acceso a la justicia el marco jurídico iniciado con la consagración en el mismo del derecho a la información ambiental y a la participación en la adopción de decisiones de la forma indi-

---

(7) Si el precepto supone, también, una remisión a lo que indique el derecho interno, hay que ver en el texto una invitación a que el derecho interno regule la legitimación de las ONG en la línea de consideración del interés suficiente a que se refiere el Convenio. Esta será tarea de la Ley 27/2006, antes mencionada. En conexión con lo que se desprende de este precepto ESTEVE PARDO (2005, p. 91) llamaba la atención con anterioridad sobre la necesidad de profundizar en la legitimación colectiva, más allá de la legitimación individual, normalmente vinculada a la posesión de un derecho o interés legítimo.

(8) Además de los trabajos ya citados, pueden verse también PEÑALVER (2008, pp. 349 y ss.) y RUIZ DE APODACA (2010, pp. 187 y ss.).

cada, sin perjuicio de que, como refiere el final del apartado 2 de este artículo 9, también existirá el derecho de acceso a la justicia para la impugnación de las acciones u omisiones que puedan violentar «otras disposiciones pertinentes del presente Convenio».

Sin ninguna duda el Convenio de Aarhus —y todo el movimiento jurídico posterior que le ha seguido para ponerlo en marcha— significa un nuevo estadio, más operativo, del derecho ambiental. Obviamente en Derecho pocas cosas irrumpen en el mundo de los conceptos jurídicos sin precedentes, y en este caso sucede lo mismo pues el Convenio está apoyado en determinados textos previos y, singularmente, en la Declaración de Río de Janeiro de 1992 sobre Medio Ambiente y el Desarrollo. En todo caso hay que resaltar la gran importancia del Convenio pues la información ambiental y la participación del público en la adopción de decisiones ambientales es capital y no hace falta insistir en ello, pero la previsión de un amplio acceso a la justicia, que es el tercer pilar del Convenio, es la condición esencial para que los anteriores principios (o, mejor, derechos) sean plenamente operativos, pues en el estado actual de las cosas solo con un amplio poder de control de Tribunales (independientes) sobre las acciones y omisiones administrativas, es posible concluir que nos encontramos, realmente, ante un Estado de Derecho, tal y como suelen proclamar muchas Constituciones, aun cuando no siempre el control judicial realmente existente en los Estados que llevan a cabo tales proclamaciones responda a las premisas propias de dicho modelo de Estado (9).

Como indicaba en nota anteriormente, el Convenio de Aarhus fue ratificado por la Comunidad Europea en 2005, pero ya antes de ello tuvo lugar por la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo, una inserción en las dos Directivas citadas (85/337 y 96/61) de los principios básicos del acceso a la justicia que se contenían en el Convenio de Aarhus (10).

(9) Una frase de la Exposición de motivos de la Ley 27/2006, expresa perfectamente la singularidad del acceso a la justicia considerándolo incluido en un concepto de «democracia ambiental» que constituye, sin duda, un homenaje implícito del legislador español al título de la conocida obra de M. PRIEUR (1999). La reproduzco: «El tercer y último pilar del Convenio de Aarhus está constituido por el derecho de acceso a la justicia y tiene por objeto garantizar el acceso de los ciudadanos a los tribunales para revisar las decisiones que potencialmente hayan podido violar los derechos que en materia de *democracia ambiental* les reconoce el propio Convenio» (el resalte tipográfico es mío).

(10) El Expositivo de la Directiva que cito ya se refería expresamente al Convenio de Aarhus como origen de su contenido y con plena conciencia de que se estaba en un tiempo anterior a la ratificación. El punto 5) de ese expositivo lo dice expresamente: «La legislación comunitaria debe ajustarse en consecuencia a ese Convenio con vistas a su ratificación por la Comunidad». Y, posteriormente, se refería expresamente al art. 9 del Convenio (punto 9 del Expositivo). En el punto 12, finalmente, expresaba la fundamentación competencial de la intervención de las instituciones europeas indicando que «Dado que el objetivo de la acción pretendida, a saber, contribuir a la aplicación de las obligaciones derivadas del Convenio de Aarhus, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros y, por consiguiente, debido a la dimensión y a los efectos de la acción, puede lograrse mejor a nivel comunitario, la Comunidad puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 5 del Tratado. De conformidad con el principio de proporcionalidad enunciado en dicho artículo, la presente Directiva no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo».



Quiere decir, entonces, que dentro de la institución de la evaluación ambiental (y de la autorización ambiental integrada (11)), pero destaco la primera por su mayor conflictividad judicial (12)), el derecho europeo ya conocía principios específicos, expresos, claramente inspirados por el Convenio de 1998, sobre el acceso a la justicia ordenando a los Estados que garanticen que los miembros del «público interesado»:

- a) que tengan un interés suficiente, o subsidiariamente,
- b) que sostengan el menoscabo de un derecho, cuando la legislación en materia de procedimiento administrativo de un Estado miembro lo imponga como requisito previo, tengan la posibilidad de presentar un recurso ante un tribunal de justicia o ante otro órgano independiente e imparcial establecido por la ley para impugnar la legalidad en cuanto al fondo o en cuanto al procedimiento, de decisiones, acciones u omisiones que caigan dentro del ámbito de las disposiciones relativas a la participación del público de la presente Directiva» (13).

La Directiva 85/337/CEE así modificada ha permanecido intocada a través de su relativamente compleja evolución. De esa forma, el precepto mencionado (art. 10 bis añadido por la Directiva 2003/35/CE se incorporó en sus términos a la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DOUE L 26/1, de 28 de enero de 2012), que expresamente advierte en su mismo título que se trata de un «texto codificado», es decir que no existe innovación normativa alguna sino que se aprueba exclusivamente a efectos de facilitar y aclarar la consulta al ordenamiento jurídico vigente (con funcionalidad semejante a la de los textos refundidos en el derecho español); en esa Directiva 2011/92/UE el antiguo art. 10 bis se ha transformado en art. 11.

No ha habido tampoco modificación de este artículo en la reciente Directiva 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 por la que se modifica la Directiva 2011/92/UE, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DOUE L 124/1, de 25 de abril de 2014).

Pues bien, teniendo en cuenta este entramado normativo europeo, han existido hasta la fecha varias sentencias del TJUE que respondiendo a decisiones prejudicia-

---

(11) La Directiva 96/61/CE fue derogada por la Directiva 2008/1/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de enero de 2008, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación. En la misma el acceso a la justicia es tratado por su art. 16 de la forma idéntica a la que puede observarse en el texto para el caso de la EIA.

(12) La evaluación de impacto ambiental —y luego y además la evaluación ambiental estratégica— ha generado incomparablemente muchas más Sentencias del TJUE que cualquier otra institución o sector o materia del derecho ambiental. *Vid.* una prueba de ello en EMBID IRUJO [2012, a] *in totum*] en donde son muy numerosas las Sentencias que allí se analizan. También es mayor la conflictividad en el ámbito de la información ambiental que estudio en EMBID IRUJO [2012 b], *in totum*].

(13) Lo que se transcribe en el texto es una parte del art. 10 bis añadido a la Directiva 85/337/CEE por la 2003/35/CE. El precepto es mucho más amplio en cuanto a los encargos a los Estados miembros en relación a este acceso a la justicia. Algunos de sus contenidos se verán posteriormente cuando se comente la jurisprudencia del TJUE sobre la materia que es el objetivo principal de este trabajo, no el análisis del marco normativo del acceso a la justicia, aunque necesariamente debo hacer mención del mismo en el pórtico del mismo.

les(14) planteadas por órganos judiciales de Estados miembros de la UE, han llevado a cabo estudios y profundizaciones sobre aspectos específicos del acceso a la justicia, con una base común en el favorecimiento desde distintos puntos de vista de este acceso y que son las que voy a estudiar a continuación.

No va a ser objeto, por tanto, del estudio la consideración de la jurisprudencia interna (española) sobre la cuestión ni mucho menos del marco normativo general, tanto estatal(15) como autonómico(16), en el que, contemplado en su evolución histórica, es claramente advertible una línea de favorecimiento de las posibilidades de recurso (administrativo o judicial)(17) para enfrentar las acciones u omisiones de los poderes públicos en materia de medio ambiente, tendencia normativa que además de conectar con la evolución del derecho europeo, es también adecuada a los requerimientos de la doctrina especializada(18). El trabajo se centra, exclusivamente, en la jurisprudencia del TJUE(19) que, como podrá advertirse, es bastante reciente lo que, creo, puede incrementar el atractivo de un estudio panorámico y de algún modo sistemático, de la misma(20).

---

(14) Curiosamente en estas cuestiones la intervención del TJUE siempre ha sido respuesta a decisiones prejudiciales planteadas por órganos judiciales desde los Estados miembros de la UE. No ha habido en esta materia sentencias que resolvieran recursos por incumplimiento planteados por la Comisión Europea. Eso quiere decir que en todas las circunstancias que van a ser consideradas a lo largo de este trabajo, de lo que se ha tratado es de confrontar con ocasión de un concreto litigio desarrollado en un Estado miembro, la más correcta aplicación de la normativa de ese Estado miembro desde el punto de vista de los mandatos contenidos en el derecho europeo. No es, por tanto, la normativa de un Estado miembro la que directamente ha sido confrontada con el derecho europeo, lo que no quiere decir que en determinadas circunstancias el resultado final no haya sido equivalente, pues como tendremos ocasión de comprobar, en algunos casos se ha declarado por el TJUE que normas de algún Estado miembro eran contrarias al derecho europeo sobre la cuestión.

(15) En el caso español la Ley fundamental a estudiar sería la 27/2006, antes citada, pero igualmente tendríamos que considerar la norma actualmente vigente en materia de evaluación ambiental, que está constituida por la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, que en su art. 5 1 g) constituiría la transposición adecuada de lo que hoy figura en el art. 11 de la Directiva 2011/92/UE nombrada en el texto. En la misma dirección *vid.* el art. 42 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, sobre el concepto de interesados en los correspondientes procedimientos administrativos de responsabilidad.

(16) Llama la atención sobre la profusión del otorgamiento de acciones populares en la legislación autonómica LOZANO CUTANDA (2010, p. 372). Igual y con una larga lista de leyes autonómicas que las contienen RUIZ DE APODACA (2010, en la nota 53, pp. 216 y ss.).

(17) Mediante una consideración muy favorable —ampliatoria— de la legitimación, pero no sólo de ese modo. Una consideración de jurisprudencia interna tendría que partir necesariamente de un examen del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Y si se tratara del acceso a la justicia en relación a decisiones de las instituciones europeas, debería citarse el art. 47 (derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial) de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Nada de ello es necesario en función de la orientación concreta de este trabajo.

(18) Pero, en todo caso, es claro que en el plano interno la situación no es la que idealmente se desprendería de la existencia de una clara acción popular, que sería plenamente útil para el control de actividades que muchas veces son enteramente difusas y sobre las que, en bastantes ocasiones, es difícil probar la concurrencia de legitimación, aun cuando ésta se configure de la forma cada vez menos exigente que es la situación actual. Sobre la cuestión también LASAGABASTER y otros (2007, pp. 523 y ss.).

(19) La realización de este trabajo me ha sido facilitada por el comentario que desde 1998 realizo en JA (y desde 2014 en REDA) de la jurisprudencia ambiental del TJUE. Eso explicará las notas que aparezcan remitiendo a estas revistas para ampliación, en su caso, de lo indicado en el texto.

(20) La primera Sentencia aparecida es la de 15 de octubre de 2009, recaída en el asunto C-263/08. He consultado la jurisprudencia hasta el 1 de junio de 2014.

## II. No hay efecto directo del artículo 9.3 del Convenio de Aarhus. Papel fundamental de la normativa interna de los estados, inspirada por los principios de Aarhus

Una de las variadas conclusiones que habrán podido extraerse del somero examen del marco jurídico a tener en cuenta que he realizado en el apartado anterior es la del papel decisivo del derecho interno de los Estados al que se reenvía continuamente por distintos de los preceptos del derecho europeo estudiados. Obviamente ello permite imaginar uno de los problemas jurídicos que pueden plantearse en este ámbito como es el de la relación entre el derecho interno y la normativa considerada, singularmente del Convenio de Aarhus: o sea, de qué forma ese derecho interno, al que continuamente se remite, puede estar influenciado por los mandatos generales del derecho internacional (o del europeo influenciado por tal derecho internacional).

Esa cuestión se le ha planteado al TJUE en relación concreta al art. 9.3 del Convenio de 1998 que dice así:

«Además, y sin perjuicio de los procedimientos de recurso a que se refieren los apartados 1 y 2 precedentes, cada Parte velará porque los miembros del público que reúnan los eventuales criterios previstos por su derecho interno puedan entablar procedimientos administrativos o judiciales para impugnar las acciones y omisiones de particulares o de autoridades públicas que vulneren las disposiciones del derecho medioambiental nacional».

Pues bien, como vamos a ver inmediatamente, el TJUE va a dictaminar que este precepto no tiene efecto directo, pero el órgano jurisdiccional interno tendrá que interpretar el régimen procesal propio de la legitimación de manera conforme a los objetivos del precepto reproducido y a la finalidad de la tutela judicial efectiva de los derechos que le confiere el ordenamiento jurídico de la UE.

Eso se indica en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 8 de marzo de 2011, recaída en el asunto C-249/09 (21). Esta Sentencia resuelve una decisión prejudicial planteada con al arreglo al art. 234 del Tratado CE por el Najvyšší sud Slovenskej republiky (Eslovaquia) en un litigio que se desarrolla entre una asociación medioambiental de ese país y el Ministerio de Medio Ambiente.

En los antecedentes del supuesto puede observarse que una asociación medioambiental eslovaca ha pedido al Ministerio personarse como parte en unos procedimientos administrativos incoados a iniciativa de asociaciones de cazadores y otras personas relativos a la concesión de excepciones al régimen de protección de especies como el oso pardo, al acceso a los espacios naturales protegidos y a la utilización de productos químicos en tales zonas (lo que supone excepcionar la aplicación de la Directiva de 1992 «hábitats»). El Ministerio ha denegado esta petición de personación por lo que la asociación ha interpuesto un recurso contencioso-administrativo ante un tribunal eslovaco y éste ha suspendido el procedimiento para plantear al TJUE diversas cuestiones en relación al posible efecto directo del art. 9.3 del Convenio *supra* reproducido. Fundamentalmente lo que se pregunta es si el derecho de la UE concede legitimación activa a los particulares y, concretamente, a las asociaciones protectoras del medio ambiente, para impugnar una decisión ambiental.

---

(21) *Vid.* el comentario en JA 52 (2011).

El Tribunal indica que el Convenio forma parte inequívoca del derecho de la comunidad (22) y, por ello, el TJUE es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la interpretación de dicho Convenio. En concreto la tarea del TJUE será determinar si en el ámbito del art. 9.3 del Convenio, la UE ha ejercitado sus competencias y adoptado disposiciones para dar cumplimiento a las obligaciones derivadas del mismo; si no es así, las obligaciones derivadas de dicho precepto seguirán sometidas al derecho nacional.

En este punto se sienta una afirmación teórica general muy importante: una cuestión concreta que aún no ha sido regulada por normativa de la UE (como es el caso) incumbe al derecho de la Unión cuando tal cuestión se regula en acuerdos celebrados por la UE y sus Estados miembros y se refiere a un ámbito cubierto por ese derecho, como se trata con la Directiva «hábitats». Consiguientemente el TJUE es competente para interpretar las disposiciones del art. 9.3 del Convenio de Aarhus y, en particular, para decidir si este precepto tiene, o no, efecto directo (23).

El TJUE indicará, entonces, que una disposición de un acuerdo celebrado por la UE y sus Estados miembros con Estados terceros tiene efecto directo cuando, a la vista de su tenor y de su objeto y naturaleza, contiene una obligación clara y precisa que, en su ejecución o en sus efectos, no se subordina a la adopción de acto ulterior alguno (punto 44 de la Sentencia). En esos términos el Tribunal indica que las disposiciones del art. 9.3 no contienen ninguna obligación clara y precisa que determine directamente la situación jurídica de los particulares, por lo que no tienen efecto directo lo que quiere decir que su ejecución es tarea de los derechos nacionales (punto 45) (24). Es el derecho interno, entonces, el que debe configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, teniendo los Estados miembros la responsabilidad de garantizar, en cada caso, una protección efectiva de estos derechos. Por todo ello es inconcebible interpretar, sin poner en cuestión la protección efectiva del derecho medioambiental de la UE, las disposiciones del art. 9.3 del Convenio de Aarhus de modo que resulte prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (puntos 47-49).

En conclusión: es el órgano jurisdiccional remitente el que deberá interpretar, en la medida de lo posible, el régimen procesal de los requisitos necesarios para interponer un recurso administrativo o judicial de manera conforme tanto a los objetivos del art. 9.3 del Convenio de Aarhus como al objetivo de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión, a fin de permitir a una organización de defensa del medio ambiente, impugnar ante los tribunales una decisión adoptada mediante un procedimiento administrativo que pudiera ser contrario al derecho medioambiental de la Unión (punto 51).

---

(22) En función de que el Convenio fue firmado por la Comunidad Europea y posteriormente ratificado mediante la Decisión 2005/370, que mencioné en el apartado primero del trabajo.

(23) Lo que se resume en este párrafo puede seguirse con más desarrollo en los puntos 36,37 y 43 de la Sentencia comentada.

(24) Es la afirmación básica de la Sentencia, afirmación que se comprende muy bien si se vuelve a releer el texto del art. 9.3 antes reproducido.

### **III. La posibilidad de plantear recursos judiciales aun cuando, aparentemente, ello fuera imposible hacerlo por no haber transcurrido el plazo de transposición de la directiva que los permitía**

En el apartado anterior se ha podido contemplar una Sentencia que aun negando el efecto directo de un precepto del Convenio de Aarhus y abocando a la aplicabilidad del derecho interno, en la práctica concluía en un claro favorecimiento del derecho de recurso que el derecho interno no parecía favorecer. En la Sentencia que voy a comentar a continuación, los resultados son similares pero a partir de una situación jurídica mucho más compleja, y ello porque la mera admisibilidad del recurso formulado por unos ciudadanos en un procedimiento de EIA que se demuestra irregularmente planteado, era cuestionable. La cuestión es, además, que la aplicabilidad del derecho europeo, que permitiría dicho recurso, parecía francamente difícil en tanto en cuanto no había concluido su plazo de transposición al derecho interno.

Esos son los términos en los que la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 7 de noviembre de 2013, asunto C-72/12, resuelve una decisión prejudicial planteada conforme al art. 267 TFUE por el BVwG (Alemania) mediante resolución de 10 de enero de 2012. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CE del Consejo, así como la interpretación del artículo 10 bis de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, en su versión modificada por la Directiva 2003/35 (ya mencionada en el apartado I del trabajo dentro de la normativa general que trata del acceso a la justicia, en este caso por el art. 10 bis mencionado).

La cuestión llega al TJUE por la presentación de la correspondiente acción por el BVwG que está conociendo —tras intervenciones judiciales previas— de recursos formulados por una serie de ciudadanos que se sienten perjudicados al denegárseles su recurso contra un determinado proyecto porque éste se solicitó antes de que hubiera concluido el plazo de transposición de la Directiva 2003/35/CE (la que adicionó el art. 10 bis a la Directiva 85/337/CEE). Igualmente se discute si la norma de transposición alemana que prevé recursos solo cuando se hubiera omitido la realización —preceptiva— de una EIA, es congruente con la normativa europea sobre la cuestión. Los ciudadanos aducen que el recurso debe existir no solo ante la inexistencia de evaluación de impacto, sino también cuando ésta hubiera sido realizada irregularmente. Igualmente se trata de la congruencia con la normativa europea de una práctica jurisprudencial alemana que no da relevancia a los vicios de procedimiento cometidos si, aun sin dichos vicios, la decisión final, de fondo, hubiera sido la misma.

La respuesta del TJUE va a ser favorecedora del derecho de recurso en las cuestiones que se le someten a examen. Así, recuerda su jurisprudencia tradicional acerca de que no se puede someter un proyecto a EIA si la presentación formal de la solicitud de autorización es anterior a la fecha de vencimiento del plazo de transposición de la Directiva 85/337 (*Vid.* el punto 25 de la Sentencia, donde se contiene citas de algunas sentencias que así lo acreditan, el plazo de transposición de la Directiva 2003/35

abarcaba hasta el 25 de junio de 2005) pero después de que se diga que esto es razonable porque la Directiva «se aplica en gran medida a proyectos de gran envergadura, cuya realización precisa a menudo un largo período de tiempo» por lo que «no sería oportuno que procedimientos ya complejos a nivel nacional se vieran lastrados y retrasados a consecuencia de exigencias específicas impuestas por dicha Directiva» (punto 26), el TJUE indica que esto no tiene nada que ver con la situación que ahora se plantea y que solo tiene por objeto «mejorar el acceso a una vía judicial» que es el objeto del art. 10 bis de la Directiva 85/337/CEE. Por tanto se responde a la primera pregunta formulada que «la Directiva 2003/35, que añadió el artículo 10 bis a la Directiva 85/337, debe ser interpretada en el sentido de que las disposiciones de derecho interno adoptadas a efectos de transponer este artículo deberían aplicarse igualmente a los procedimientos administrativos de autorización iniciados antes del 25 de junio de 2005 que hayan desembocado en la expedición de una autorización posterior a esa fecha» (punto 31).

Y en cuanto a la segunda cuestión se desautoriza la norma alemana que solo permitía recurrir cuando no hubiera existido EIA. Ahora y llevado el TJUE por la finalidad de favorecer el «efecto útil» del artículo 10 bis de la Directiva 85/337/CEE, indica que el recurso también procederá cuando se hubiera hecho la evaluación, sí, pero de una forma irregular (punto 38 de la Sentencia).

Finalmente también da respuesta el TJUE a una cuestión importante en la jurisprudencia alemana sobre el procedimiento administrativo. En la normativa alemana se supedita la posibilidad de presentación de un recurso al menoscabo de un derecho, pero cuando se aducen vicios procedimentales en el recurso, la jurisprudencia concluye en el rechazo del mismo si se comprueba que la decisión hubiera sido la misma aun llevándose a cabo correctamente el procedimiento. La adecuación de esta particularidad al derecho europeo también se le plantea al TJUE y éste se niega a dar una respuesta taxativa. Indica, solamente, que la jurisprudencia alemana puede ser correcta siempre que no se imponga al demandante la carga de la prueba a estos efectos y que el tribunal interno debe decidir tomando en cuenta el conjunto de la documentación existente y prestando particular atención al grado de gravedad del vicio invocado y, concretamente, si con el mismo se privó al público interesado de alguna de las garantías existentes para permitirle tener acceso a la información y participar en el proceso decisorio de conformidad con los objetivos de la Directiva 85/337 (punto 57 de la Sentencia) (25).

#### **IV. Las interpretaciones favorables a la ampliación de la legitimación para recurrir. El supuesto de las organizaciones no gubernamentales**

Como se ha podido comprobar en los anteriores apartados, las cuestiones tratadas lo han sido desde perspectivas muy concretas y generales, como la aplicación directa, o no, de un Tratado (apartado II), o la funcionalidad jurídica de una norma europea cuyo plazo de transposición no ha concluido (apartado III), pero las respuestas dadas —diversas— han tenido el fondo común del favorecimiento del acceso a la jus-

(25) *Vid.* el comentario de esta sentencia en REDA 162, 2014.

ticia, o sea la ampliación de las condiciones jurídicas de la legitimación. En el presente apartado voy a examinar otras dos decisiones del TJUE en la misma dirección, lo único que sucede que entrando ya directamente a la cuestión clave del acceso a la justicia y en la línea de considerar inaplicables preceptos de derechos nacionales por su contradicción con normas europeas de evidente aplicabilidad directa en el primero de los casos y, en el segundo, estableciéndose la necesidad de interpretar una norma interna de una forma favorable a la accesibilidad al recurso judicial (admisibilidad del recurso judicial por admisión de la legitimación de quien lo formula) lo que en el fondo, como se verá, viene a negar el fondo de lo que el derecho interno (en ese caso el alemán) pretendió establecer.

La primera de las Sentencias que quiero examinar es la de la Sala Segunda del Tribunal, de 15 de octubre de 2009, recaída en el asunto C-263/08(26). Como va a suceder en todas las sentencias examinadas en estas páginas, constituye la respuesta a una decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 CE, en este caso por un tribunal sueco. El pleito que da origen al planteamiento de la cuestión prejudicial oponía a una Asociación para la protección del medio ambiente con el Ayuntamiento de Estocolmo. La decisión del TJUE supone un amplio apoyo a la configuración del derecho al medio ambiente, en su componente de acceso a la justicia(27) y lleva a cabo una desautorización del derecho sueco aplicable al que juzga contrario al derecho europeo.

En la Sentencia se plantean también otras cuestiones de menor importancia a nuestros efectos, como el ámbito de los proyectos sometidos a evaluación ambiental(28). Lo que importa destacar ahora es que para un proyecto que debía realizar el Ayuntamiento de Estocolmo(29) se otorgó —conforme al derecho sueco— la autorización para realizarlo por la «Sala en materia medioambiental del tribunal de primera instancia de Estocolmo»(30), habiendo intervenido en el procedimiento previo de otorgamiento de la autorización la asociación medioambientalista mencionada. Pues bien, esta asociación interpuso recurso contra el otorgamiento de esta autorización y éste fue declarado inadmisibile porque la asociación no cumplía con el requisito presente en la legislación sueca de contar con, al menos, 2.000 socios para interponerlo.

La primera cuestión que se le plantea al TJUE en el ámbito de la decisión prejudicial es si, en general, puede interponer un recurso una asociación medioambiental aunque haya participado en el procedimiento previo a la decisión, judicial en este caso. A esos efectos la respuesta del Tribunal es enteramente positiva: da igual que se trate del otorgamiento de la autorización por una autoridad judicial o gubernativa y da también igual que se haya podido intervenir, por quien pretende ahora ser recurrente, en el procedimiento previo. Lo que debe cumplirse es lo previsto en el precepto vigente en la fecha: el art. 10 bis de la Directiva 85/337/CEE introducido por la

---

(26) Puede verse el comentario en JA 46, 2010.

(27) *Vid.* todo lo indicado sobre ello en el comienzo de este trabajo.

(28) En el caso se discute —y se responde positivamente por el Tribunal— si está sometido a tal evaluación un proyecto de evacuación de aguas subterráneas que no serán objeto de utilización posterior.

(29) Que consistía en el enterramiento de líneas eléctricas y extracción de agua subterránea para evitar que dañara a las líneas que se iban a enterrar.

(30) En España definiríamos esta decisión de un tribunal como una actuación materialmente administrativa llevada a cabo, sin embargo, por un órgano judicial.

Directiva 2003/35/CE tal y como contemplamos en el apartado I de este trabajo. Es decir, el «público interesado» que puede recurrir es aquél que tenga un «interés suficiente» o, subsidiariamente, que «sostenga el menoscabo de un derecho, cuando la legislación en materia de procedimiento administrativo de un Estado miembro lo imponga como requisito previo». Por ello la participación previa en el procedimiento no justifica, en modo alguno, una exclusión del recurso (punto 39 de la Sentencia).

La siguiente cuestión a resolver es la adecuación a la legislación europea aplicable del número mínimo de miembros que exige el derecho sueco. Para ello el Tribunal tiene que reparar en un párrafo del artículo 10 bis de la Directiva 85/337/CEE modificada, según el cual:

«Los Estados miembros determinarán, de manera coherente con el objetivo de facilitar al público interesado un amplio acceso a la justicia, lo que constituya el interés suficiente y el menoscabo de un derecho. Se considerará que toda organización no gubernamental que cumple los requisitos contemplados en el apartado 2 del artículo 1 (es la definición de público y de público interesado lo que se encuentra en tal referencia) tiene siempre el interés suficiente a efectos de la letra a) del presente artículo o acredita el menoscabo de un derecho a efectos de la letra b)».

El TJUE debe, en su labor, relajar la aparente amplísima remisión que mediante este precepto se realiza al derecho interno de cada país de la UE. En ese sentido y a partir del principio de que en cualquier caso se debe garantizar «un amplio acceso a la justicia» (punto 45 de la Sentencia), se considera posible que en el supuesto de las asociaciones medioambientales, las legislaciones internas exijan que el objeto social de las mismas esté relacionado, desde luego, con la protección de la naturaleza y del medio ambiente (punto 46) y que también se pueda establecer un número de socios mínimo (punto 47). Ahora bien, el número exigido por la legislación sueca le parece al TJUE a todas luces excesivo pues se ha comprobado que en Suecia solo dos asociaciones cumplen ese requisito en la actualidad (punto 51). Ello hace perfectamente posible que pequeños proyectos locales queden sin que nadie tenga capacidad de recurso (porque nadie posea legitimación para ello) y el hecho de que —como aduce el gobierno sueco— siempre las pequeñas asociaciones pudieran pedir a las grandes que interpusieran el recurso, no garantiza que se interponga efectivamente y, además, ello supone introducir «un filtro de los recursos en materia medioambiental directamente contrario al espíritu» de la Directiva 85/337/CEE modificada. Ello quiere decir, concluye el Tribunal, que la normativa sueca es contraria al derecho europeo (punto 52). Con lo que el órgano judicial nacional sueco que interpuso la petición de decisión prejudicial deberá sacar las consecuencias correspondientes de esa declaración de contradicción de una norma interna con otra de superior jerarquía (el derecho europeo aplicable).

La segunda de las Sentencias que quería mencionar aquí también hace referencia a la aplicabilidad de la Directiva 85/337/CEE (modificada) y, por supuesto, al tema que preocupa en estas páginas como es el de la accesibilidad a la justicia en el ámbito ambiental. Se trata de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2011 (Sala Cuarta), asunto C-115/09 (31), que resuelve una decisión prejudicial planteada con arreglo al art. 234 CE por el *Oberswaltungsgericht* (Tribunal Superior administrativo) für

(31) Puede verse el comentario en JA 53, 2011.



das Land Nordrhein-Westfalen (Alemania) mediante resolución de 5 de marzo de 2009, en un procedimiento entre Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland (Federación para la protección de la naturaleza y del ambiente de Alemania), Landesverband Nordrhein Westfalen ev. y Bezirksregierung (Gobierno de la Comarca, como voy aquí a traducir *Bezirk*) Ansberg, en el que participa Trianel Kohlekraftwert Lünen GMBH & Co.Kg.

La petición de decisión prejudicial versa sobre la interpretación de diversos preceptos de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente en su versión modificada por la Directiva 2003/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de mayo de 2003.

El supuesto de hecho sobre el que va a tratar la Sentencia, es el siguiente: La empresa Trianel, quiere construir y explotar una central térmica en Lünen, con una potencia térmica de 1.705 megavatios y un rendimiento eléctrico neto de 750 megavatios, para entrar en servicio el año 2012. A una distancia de 8 kilómetros de la localización prevista de la central se encuentran cinco áreas designadas como zonas protegidas por la normativa nacional.

Con fecha 6 de mayo de 2008 el Gobierno de la Comarca emitió un dictamen diciendo que no existían objeciones legales para la realización del proyecto y otorgó una licencia parcial. Con fecha 16 de junio de 2008, la Federación citada interpuso un recurso ante el Tribunal Superior Administrativo del Land Nordrhein-Westfalen alegando infracción de las disposiciones adoptadas para adaptar el Derecho interno a la Directiva «hábitats» y, especialmente, al art. 6 de ésta.

El órgano jurisdiccional estimó que, efectivamente, se había violado el art. 6.3 de la Directiva «hábitats» en la medida en que la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente del proyecto no había permitido demostrar que éste careciera de incidencia significativa sobre las zonas especiales de conservación situadas en sus proximidades. No obstante se planteó si esta Federación podía recurrir dado que el derecho procesal administrativo alemán exige para la admisibilidad de los recursos, que el acto recurrido hubiera vulnerado los derechos del recurrente, es decir sus derechos subjetivos públicos. Pero también estimó que seguir esta prescripción podía afectar al efecto útil de la Directiva 85/337/CEE y, en particular, al art. 10 bis de la Directiva 85/337/CEE adicionado por la Directiva 2003/35/CE.

Consiguientemente planteó ante el Tribunal de Justicia una serie de preguntas cuyo objetivo fundamental era dilucidar el predominio del art. 10 bis de la Directiva 85/337/CEE sobre una normativa interna que parte del presupuesto del interés o derecho público subjetivo violentado como medida de la admisibilidad de la acción judicial y, en concreto, de la aplicabilidad de todo ello a los recursos puestos por las organizaciones no gubernamentales de protección del medio ambiente.

La respuesta que a esta pregunta se va a dar por el TJUE es favorable a la aplicación prioritaria del art. 10 bis de la Directiva frente a cualquier normativa interna que pueda existir que no contenga este requisito de legitimación. A esos efectos se parte de la soberanía del legislador nacional para establecer el requisito del derecho público subjetivo como imprescindible para que un recurso sea admitido a tramitación, pero este establecimiento debe ser compatible con la posición especial de las ONG porque, si no, «ello sería contrario tanto al objetivo de asegurar un amplio acceso a la justicia al público interesado, como al principio de efectividad». En ese

sentido sería ilegítimo negar ese acceso a la justicia a las ONG por el único motivo que estas ONG tutelan derechos colectivos y no individuales. En ese sentido las ONG pueden aducir el derecho de la Unión porque si no ello «les privaría en gran medida de la posibilidad de instar a que se controle el respeto de las normas de este Derecho, las cuales muy a menudo se orientan a la protección del interés general y no a la mera protección de los intereses de los particulares de manera individual» (punto 46).

Y en conexión con lo anterior se dice que el art. 10 bis, párrafo tercero, última frase de la Directiva 85/337, «debe interpretarse en el sentido de que, entre los derechos susceptibles de sufrir un menoscabo, derechos cuya titularidad se reconoce a las asociaciones de defensa del medio ambiente, deben figurar necesariamente las normas de Derecho nacional que aplican la legislación de la Unión en materia de medio ambiente, así como las normas de Derecho de la Unión de medio ambiente de efecto directo» (punto 48). Consiguientemente, la norma alemana no se declara contraria al derecho europeo, pero en cuanto la misma pretendiera ser activada por una ONG debería ser interpretada de la forma favorable al acceso a la Justicia que acabo de indicar.

## **V. El difícil control de las actuaciones legislativas en el ámbito de la evaluación de impacto ambiental. La solución del Tribunal de Justicia supone el favorecimiento del acceso a la justicia. La problemática inserción de su decisión en el Derecho español**

Sabido es que la Directiva 85/337/CEE excepcionaba tres casos de la realización de una EIA, y cosa semejante hace la vigente Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DOUE L 26/1, de 28 de enero de 2012). Esos tres supuestos son los de aquéllos proyectos aprobados por Ley (acto legislativo nacional es el texto del art. 1.4 de la Directiva 2011/92/UE), los que se relacionen con la Defensa Nacional (art. 1.3 del mismo texto) (32) y aquellos que, excepcionalmente, decidan los Estados eximir en todo o en parte de lo disciplinado por la Directiva 2011/92/UE (art. 2.4) (33).

El TJUE, aun aceptando lo prescrito por la Directiva 85/337/CEE (no hay todavía sentencias de aplicación de la Directiva 2011/92/UE, lógicamente) estableció hace ya bastante tiempo y en distintas ocasiones que estas excepciones a la aplicación de la EIA deben interpretarse de una forma restrictiva. Ello se dijo expresamente en la Sen-

(32) El texto concreto dice: «Los Estados miembros podrán decidir, evaluando caso por caso si así lo dispone la legislación nacional, no aplicar la presente Directiva a los proyectos que respondan a las necesidades de la defensa nacional si consideran que esa aplicación pudiese tener repercusiones negativas respecto de dichas necesidades».

(33) El art. 2.4 contiene también referencias a ciertos compromisos que los Estados asumen en ese caso, como examinar la conveniencia de otra forma de evaluación, poner informaciones a disposición del público, informar a la Comisión de la exención concedida...

tencia de 16 de septiembre de 1999, *Comisión/Italia*(34) y en la de 19 de septiembre de 2000, *Linster*(35).

Más recientemente se han producido nuevas Sentencias en esta dirección que siguen en la línea de la interpretación restrictiva añadiendo, además, nuevos e importantes elementos que tendrán que ser objeto, necesariamente, de obediencias judiciales a sus mandatos e, incluso, de determinadas modificaciones de los ordenamientos jurídicos internos si no se adecúan a las exigencias que aquí han aparecido. Por su interés, me centro en esta cuestión tal y como aparece en la Sentencia del TJUE de 18 de octubre de 2011, recaída en los asuntos acumulados C-128/09, C-131/09, C-134/09 y C-135/09, Sentencia que resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Conseil d'Etat belga en disputas entre la región Valona, distintos particulares y empresas interesadas (36) y en la que se está tratando de uno de los supuestos previstos por la Directiva 85/337/CEE en los que no sería necesaria la realización de EIA: la aprobación legislativa de proyectos.

Así, la problemática planteada en la Sentencia citada se origina en distintas reclamaciones planteadas por particulares en relación a licencias de obras relacionadas con dos aeropuertos y una línea de ferrocarril. Estos recursos están residenciados ante el Conseil d'Etat y mientras se están tramitando estos recursos aparece un Decreto del Parlamento valón de 17 de julio de 2008, que es un acto legislativo, y que ratifica estas licencias y autorizaciones confirmándolas por razones imperiosas de interés general. El Decreto es objeto de recursos pero el órgano jurisdiccional remitente, el Conseil d'Etat, plantea una serie de preguntas al TJUE suspendiendo, mientras tanto el procedimiento. Estas preguntas versan sobre las condiciones que debe cumplir el acto legislativo para que pueda aplicarse lo previsto en el art. 1.5 de la Directiva 85/337/CEE (hoy, como ya he dicho antes, es el art. 1.4 de la Directiva 2011/92/UE) relativa a la evaluación de impacto ambiental, según el cual «la presente Directiva no se aplicará a los proyectos detallados adoptados mediante un acto legislativo nacional específico, dado que los objetivos perseguidos por la presente Directiva, incluido el objetivo de la disponibilidad de informaciones, se consiguen a través del procedimiento legislativo» e, igualmente, sobre las características y condiciones del recurso ante los tribunales a que se refiere el art. 10 bis de la misma Directiva 85/337/CE (hoy el art. 11 de la Directiva 2011/92/UE) y el art. 9.2 del Convenio de Aarhus que fue ratificado por las instituciones europeas, textos que ya han sido examinados anteriormente.

En relación a la primera de las cuestiones y después de un minucioso examen de tan capital cuestión el Tribunal concluye (punto 48 de la Sentencia) que el art. 1.5 de la

---

(34) *Cfr.* JA 6, 2000. En esa sentencia se trata de la modificación de un aeropuerto que la legislación italiana excluye de EIA no juzgándose suficiente la forma de exclusión. Así se dice que la referencia de la Directiva a que un acto legislativo pueda excluir la EIA solo cabe ser interpretada en el sentido de que se trate de un acto legislativo específico, que contenga todos los datos que puedan resultar pertinentes para la evaluación de las repercusiones del proyecto sobre el medio ambiente. Igualmente se indica que aun cuando un aeropuerto cumpla tanto fines civiles como militares, si su utilización principal es la comercial, no cabe considerarlo como afecto a la defensa nacional y, por tanto, excluido de las exigencias de la Directiva.

(35) *Cfr.* JA 10, 2001. En este caso el Tribunal de Justicia indicará que para que proceda la exclusión de EIA el procedimiento legislativo deberá haber permitido alcanzar los objetivos perseguidos por la Directiva 85/337/CEE, incluido el objetivo de la disponibilidad de informaciones y siempre que el Parlamento, en el momento de adoptar el proyecto detallado, haya dispuesto de informaciones equivalentes a las que deberían haberse facilitado a la autoridad competente en el marco de un procedimiento ordinario de autorización de proyectos.

(36) *Cfr.* JA 54, 2011 para la consideración del supuesto de hecho y los comentarios a la misma.

Directiva 85/337/CEE debe interpretarse en el sentido de que únicamente están excluidos del ámbito de aplicación de dicha Directiva los proyectos detallados adoptados mediante un acto legislativo específico, de forma que los objetivos de dicha Directiva se hayan alcanzado mediante el procedimiento legislativo. Y corresponde al Juez nacional comprobar que se han cumplido estos dos requisitos, teniendo en cuenta tanto el contenido del acto legislativo adoptado como el conjunto del procedimiento legislativo que condujo a su adopción, y en particular los trabajos preparatorios y los debates parlamentarios. A este respecto, un acto legislativo que no haga sino «ratificar» pura y simplemente un acto administrativo preexistente, limitándose a invocar la existencia de razones imperiosas de interés general sin la previa apertura de un procedimiento legislativo de fondo que permita cumplir dichos requisitos, no puede considerarse un acto legislativo específico en el sentido de la citada disposición y por lo tanto no basta para excluir un proyecto del ámbito de aplicación de la Directiva 85/337/CEE.

La segunda cuestión planteada es capital, pues puede suceder que en los países concretos miembros de la UE, los actos legislativos no sean susceptibles de un control judicial de la misma «calidad» que el que puede tener una resolución administrativa que se refiera o excluya el procedimiento de evaluación de impacto ambiental (en España, pleno control de la jurisdicción contencioso-administrativa mientras que no existe control de semejante calidad, hasta ahora, en relación a las Leyes tal y como comento más adelante). La respuesta del TJUE es taxativa y se expresa así en el punto 57 de la Sentencia:

- cuando un proyecto que esté comprendido en el ámbito de aplicación de estas disposiciones (se refiere al art. 9.2 del Convenio de Aarhus y el art. 10 bis de la Directiva 85/337/CEE que tratan del acceso a la justicia ambiental) se adopte mediante un acto legislativo, la cuestión de si dicho acto legislativo responde a los requisitos establecidos en el artículo 5.1 de la citada Directiva debe poder someterse, con arreglo a las normas de procedimiento nacionales, a un órgano jurisdiccional o a un órgano independiente e imparcial establecido por la ley;
- en el supuesto de que contra dicho acto no existiese recurso alguno de la naturaleza y alcance indicados, correspondería a cualquier órgano jurisdiccional que en el marco de su competencia conociese el asunto ejercer el control descrito en el apartado anterior y sacar las conclusiones oportunas, dejando, en su caso, sin aplicación dicho acto legislativo.

En la misma línea puede verse la Sentencia del TJUE de 16 de febrero de 2012, Asunto C-182/10 (37).

He dedicado tanto espacio a esta cuestión porque como podrá haberse advertido con la lectura de los párrafos anteriores, el emplazamiento, en última instancia, a un control judicial realizado por un juez nacional que conozca, de cualquier forma, del asunto está abriendo la necesidad de, al menos, interpretaciones judiciales internas de algunos de los Estados miembros de la UE o, incluso, de la aparición de normas que preparen un procedimiento judicial específico para estas cuestiones. Así y por poner el ejemplo de España, solo el Tribunal Constitucional está habilitado para ejercitar el control de normas con rango de Ley lo que no significa que con esa mención esté solucionado el problema dada la reducidísima legitimación para interponer el recurso de in-

(37) *Cfr.* JA 56, 2012.

constitucionalidad (si es que esta cuestión mereciera el apelativo de ser objeto de tal recurso) que, desde luego, no cumple las condiciones de acceso a la justicia en materia ambiental que se desprenden de la distinta normativa europea que se está considerando en este trabajo y, desde luego, de las Sentencias TJUE examinadas en este apartado. Pero la llegada de un asunto al TC también puede tener lugar a través de otros procedimientos, como la cuestión de constitucionalidad (planteada por un Juez o Tribunal) o un conflicto en defensa de la autonomía local (planteado por una o varias entidades locales en las condiciones tan estrictas como se plantea la legitimación en este plano y las mismas restricciones que en la actual jurisprudencia del TC tiene la extensión de las cuestiones que pueden ser abordadas por el TC en un conflicto de este tipo). No cabe duda de que el control de las actuaciones que afecten al medio ambiente (38) y que se adopten en España mediante normas con rango de Ley, estará necesitado —a falta de otro procedimiento específico— de un entendimiento bastante ampliador del TC de la legitimación en los distintos procedimientos que ante él puedan sustanciarse y, desde luego, de una forma de resolución que sea compatible con el claro mandato —que debe cumplirse internamente— de la jurisprudencia examinada (39).

Y para que un Tribunal de lo contencioso-administrativo pudiera conocer de un recurso de esta índole sería necesaria la habilitación legal de un procedimiento específico o, al menos, que se produjera una interpretación judicial con ocasión de la interposición de un recurso sobre materia relacionada con la falta de existencia en el acto legislativo de los datos suficientes que permitieran sentar que estábamos ante un proyecto «detallado» objeto de tal aprobación legal.

En todo caso nos encontramos con un supuesto interesantísimo, un caso límite de acceso a la justicia ambiental que, sin duda, conocerá de nuevos desarrollos en el futuro para hacer realidad la clara doctrina establecida en esta materia por el TJUE.

## VI. El concepto de coste no prohibitivo de los procesos y sus consecuencias

Tras la «gran cuestión» planteada en el apartado anterior, vamos a observar ahora una de aparente tono menor, pero de gran significación para la instrumentación, en la práctica, del acceso a la justicia en materias de medio ambiente y, por tanto, para la plena realización del derecho al medio ambiente. Esta cuestión es la del coste de los procedimientos administrativos y judiciales que debe asumir quien formule los correspondientes recursos y que cuenta con una regulación específica en la normativa europea considerada en este trabajo.

El problema es afrontado por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 11 de abril de 2013, asunto C-260/11, Pallikaropoulos (y otro)/Environment Agency y

---

(38) Hablo en general de afección al medio ambiente porque ello es lo que está implícito en la jurisprudencia del TJUE reseñada, por más que las sentencias indicadas se refieran a problemas de la evaluación de impacto ambiental específicamente.

(39) *Vid.* sobre el particular la importante STC 129/2013, de 3 de julio, que consideró que un precepto de la Ley impugnada ante el TC era un supuesto legislativo de caso único (afectaba a un Ayuntamiento) y que violentaba el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos consagrado por el art. 24.1 CE, por lo que lo anuló. En esa línea aparece posteriormente la STC 142/2013, de 11 de julio, que debe leerse en conexión con la primera.

otros, que resuelve una decisión prejudicial planteada el 17 de mayo de 2011 conforme al art. 267 TFUE por la Supreme Court of the United Kingdom (Reino Unido). La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 10 bis de la Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente, y del artículo 15 bis, párrafo quinto, de la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación, en sus versiones modificadas posteriormente (40).

El problema reside en que después de haber seguido el procedimiento judicial correspondiente en los recursos que primero inicia un recurrente y luego continúa la sra. Pallikaropoulos tras la aprobación de la construcción de una fábrica de cemento, se plantea la fijación de las costas judiciales dada la inadmisión, por infundado, del recurso de casación presentado definitivamente por la recurrente. Las costas que aparecen en el procedimiento son muy elevadas (casi 100.000 libras esterlinas) contra lo que reacciona la sra. Pallikaropoulos lo que determina la presentación de la petición de decisión prejudicial por parte de la Supreme Court of the United Kingdom (que sucede en sus competencias a la Cámara de los Lores desde el 1 de octubre de 2009, siendo esta Cámara quien había iniciado el procedimiento de fijación de costas).

Hay distintos preceptos que se refieren a la tasación de costas en procesos relativos al medio ambiente. Así, el apartado 8.3 del Convenio de Aarhus (aprobado en nombre de la Comisión Europea mediante la Decisión 2005/370/CE del Consejo) indica que: «Cada Parte velará porque las personas que ejerzan sus derechos de conformidad con las disposiciones del presente Convenio no se vean en modo alguno penalizadas, perseguidas ni sometidas a medidas vejatorias por sus actos. La presente disposición no afectará en modo alguno al poder de los tribunales nacionales *de imponer costas en una cuantía razonable* al término de un procedimiento judicial» (el resalte tipográfico es nuestro).

El último párrafo del art. 10 bis de la Directiva 85/337 y lo mismo de la Directiva 96/61 dice así: «Todos y cada uno de los procedimientos de recurso anteriormente enunciados serán justos y equitativos, estarán sometidos al criterio de celeridad y *no serán excesivamente onerosos*» (el resalte tipográfico es nuestro).

El derecho inglés relativo al procedimiento a seguir ante la Supreme Court solo se refiere a que la apreciación detallada de las costas se realizará por dos oficiales tasadores de costas, pero sin entrar en el fondo de su decisión.

La Supreme Court en el planteamiento de su decisión prejudicial estimó que la Cámara de los Lores no había examinado la cuestión de si la condena de la sra. Pallikaropoulos el pago de las costas de las partes recurridas era contraria a las Directivas nombradas.

El Tribunal de Justicia debe examinar, por tanto, el contenido del concepto procedimiento «no excesivamente oneroso». Lo fundamental de su argumentación consiste en lo siguiente:

En primer lugar establece que el carácter prohibitivo de los gastos excesivamente onerosos debe apreciarse globalmente, teniendo en cuenta todos los gastos soporta-

(40) En los dos supuestos ya se han mencionado en el trabajo las Directivas que han sustituido a ambas. La 2011/92/UE en el primer caso y la 2008/1/CE, en el segundo. Nuevas Directivas pero con idéntica regulación sobre el problema planteado en estas páginas.

dos por la parte interesada (punto 28). Igualmente y como las Directivas mencionadas no remiten al derecho nacional para la fijación de este concepto, ello lleva como consecuencia que la interpretación de su sentido debe ser hecha en toda la UE de una manera autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objeto perseguido (punto 29) y que ello no debe depender únicamente del derecho nacional (punto 30).

En ese sentido hay que tener en cuenta que las Directivas mencionadas persiguen facilitar al público interesado «un amplio acceso a la justicia» y que ese objetivo forma parte más ampliamente de la voluntad del legislador de la Unión de preservar, proteger y mejorar la calidad del medio ambiente y de hacer que el público desempeñe un papel activo a tal fin (puntos 31 y 32 de la Sentencia). También ello debe relacionarse con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (41), así como del principio de efectividad, según el cual la regulación procesal de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables no debe hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (punto 33).

Y en cuanto a los criterios con que el juez nacional debe operar a partir de todo lo anterior, se indica que se debe tener en cuenta la capacidad económica del interesado, pero no sólo ello, sino que debe basarse en un análisis objetivo de la cuantía de las costas, única forma en la que los particulares y las asociaciones podrán desempeñar un papel activo en la defensa del medio ambiente. Eso quiere decir que el coste de un procedimiento no debe resultar «objetivamente irrazonable» (punto 40).

También puede tener en cuenta el juez la situación de las partes, la importancia que para éstas y la protección del medio ambiente tiene el objeto del proceso, la complejidad del Derecho y el procedimiento aplicables, así como el posible carácter temerario del recurso (punto 42). Igualmente la existencia, o no, de un sistema nacional de asistencia jurídica gratuita o de un régimen de protección en materia de costas (punto 46).

Por cierto que esta sentencia podría enlazar —por su finalidad objetiva de evitar gastos excesivos a los particulares en su labor, podríamos decir, «protectora» del medio ambiente—, con cuestión semejante ya tratada con anterioridad por el TJUE como es la relativa a las limitaciones en el pago de tasas por la participación de los particulares en los procedimientos de EIA. También en este caso la cuestión fue deferida por el TJUE a la discrecionalidad de los Estados, aun con la obligación de respetar el núcleo esencial del derecho de participación. No es el caso de esta Sentencia estrictamente de acceso a la Justicia, pero la relación es evidente pues se desarrolla el problema en el ámbito de un procedimiento administrativo que puede ser —suele ser— el paso previo al planteamiento de la cuestión ante los tribunales.

Como digo esta cuestión fue tratada por la Sentencia de 9 de noviembre de 2006 (Sala Segunda), asunto C-216/05, *Comisión/República de Irlanda*. La Comisión interpuso un recurso por incumplimiento frente a una norma irlandesa que somete al pago de tasas la participación en determinados procedimientos de EIA. Los argumentos fundamentales de la Comisión versan en torno a la afirmación de que un Estado sólo

---

(41) Se trata del único supuesto, según mis datos, en los que esta jurisprudencia ha citado la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, lo que es un dato a resaltar. Con anterioridad en el apartado I ya he planteado su utilidad desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva.

podrá introducir una tasa relacionada con procesos de participación pública regulados por una Directiva si ella misma lo prevé expresamente, como sucede con la Directiva 2003/4/CE, relativa al acceso al público a la información ambiental. Igualmente la Comisión afirma que la introducción de una tasa dificultaría el ejercicio de un derecho que la Directiva reconoce.

Frente a ello el Tribunal afirma que el artículo 249.3 del Tratado CE (sustituido por el Tratado de Lisboa de 2009, pero sin variaciones materiales en el contenido de este precepto) dispone la obligación de los Estados en relación al resultado que debe conseguirse según la Directiva, pero deja a los Estados la elección de la forma y de los medios para conseguir ese resultado. Expresamente y a partir de esta premisa se niega la afirmación de la Comisión de que la posibilidad de imposición de tasas de los Estados solo procedería cuando la misma Directiva hubiera previsto ese hecho. Decir lo contrario sería incompatible con la libertad de decisión que se deriva del art. 249.2 Tratado CE (punto 28 de la Sentencia).

Ahora bien, la imposición de esta tasa no debe ser un obstáculo al ejercicio del derecho de participación que se deriva del art. 6 de la Directiva 85/337/CEE, pero el Tribunal afirma que la misma existencia de la tasa no es incompatible con tal ejercicio. Cuestión distinta sería la opinión que se mantuviera si la cuantía de la tasa hiciera imposible el ejercicio de este derecho, pues entonces la misma finalidad perseguida por la Directiva quedaría perturbada. En el caso concreto, las cuantías establecidas de 20 euros (si el procedimiento se lleva a cabo ante las autoridades locales) y 45 euros (si se actúa ante la llamada Comisión de Recursos) no permiten concluir en tal resultado lesivo respecto al ejercicio de los derechos (puntos 43 a 46 de la Sentencia) (42).

## VII. Conclusiones. El favorecimiento del acceso a la justicia en la jurisprudencia analizada

Las Sentencias que se han analizado en los apartados II-VI son todas recientes (de 2009 es la primera de ellas), con un número todavía poco numeroso que, sin duda, se incrementará en el futuro puesto que la normativa que debe ser aplicada procede también de años recientes (de 2003 y 2005 con sus modificaciones posteriores), pero, en su conjunto, bien representativas de una postura militante del TJUE en el favorecimiento del acceso a la justicia en las cuestiones medio ambientales que se tratan en ellas. Sucede en este caso lo mismo que se ha podido constatar en otros ámbitos ambientales en donde se ha producido y se produce intervención del TJUE: una clara postura favorable a la aplicación de normativa europea de protección ambiental que rompe la muchas veces conducta contraria de los Estados que se resisten a aplicar esa normativa europea. El TJUE ha acudido a múltiples tipos de razonamientos para vencer esas resistencias en donde el efecto útil de esa normativa y, en general, el predominio de las cláusulas de protección ambiental sobre otro tipo de valores, también con relevancia jurídica en ocasiones, son predominantes (43).

(42) *Cfr.* JA 34, 2007.

(43) Esta característica común en la jurisprudencia del TJUE la he podido observar también en mis trabajos sobre la EIA (2012 a) y sobre el ejercicio del derecho a la información en materia ambiental (2012 b).



Lo mismo se ha podido advertir en estas páginas en el examen de la jurisprudencia —todavía relativamente escasa— existente en este ámbito del acceso a la justicia en cuestiones ambientales. Sin excepción y en todos los supuestos que se han sometido a la decisión del TJUE, su respuesta ha sido favorable a los planteamientos más elevados posibles de protección ambiental. Aun cuando se haya deferido a decisiones de tribunales internos la última palabra en algunas cuestiones —a fin de cuentas ese suele ser también el contenido de las normas que el TJUE debe aplicar— esa remisión no ha sido enteramente libre, sin condiciones, sino acompañada del acotamiento de un campo de juego que hace muy difícil que el órgano judicial interno se separe de las directrices que el TJUE le marca y que las partes que han planteado los recursos en el plano interno desean, aun cuando sea este órgano interno el que deba resolver, definitivamente, la cuestión.

Nos encontramos, obviamente, ante un tema abierto en el que en los próximos años deberán aparecer otras muchas Sentencias del TJUE, máxime teniendo en cuenta el amplio número de Estados que hoy forman parte de la UE y su capacidad —múltiples veces observada— de resistirse a la aplicación, en el caso concreto, de normas europeas ambientales (Reglamentos pero, sobre todo, Directivas), que los mismos Estados incumplidores han cooperado a crear. Es una de las tantas paradojas que son observables en el cada vez más difícil funcionamiento de la UE pero que sin duda en este ámbito, da pie a mantener una esperanza en el papel liberador y protector que cumplen, tienen que cumplir, las instituciones europeas, en este caso el TJUE.

## Anexo bibliográfico

- BETANCOR RODRÍGUEZ A. (2014): *Derecho Ambiental*, La Ley, Madrid, 1860 pp.
- EMPID IRUJO A. (2008): «El derecho al medio ambiente en los nuevos Estatutos de Autonomía», en las pp. 29 y ss. de A. EMPID IRUJO (dir.), *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Lustel, Madrid, 543 pp.
- EMPID IRUJO A. (2012 a): «Evaluación de Impacto Ambiental en la Unión Europea. Análisis jurisprudencial», en las pp. 15-62 de María del Pilar García Pachón (coordinadora), *Evaluación de Impacto Ambiental*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2012, y con alguna ampliación y con el mismo título en JA 57, 2012, pp. 7-42.
- EMPID IRUJO A. (2012 b): «La información ambiental: entre el derecho subjetivo y la imposición de obligaciones de comportamiento activo a los poderes públicos», en las pp. 13-48 de *Lecturas sobre Derecho del Medio Ambiente, tomo XII*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2012.
- ESTEVE PARDO J. (2005): *Derecho del medio ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 308 pp.
- LASAGABASTER HERRARTE I., GARCÍA URETA A., LAZCANO BROTONS I., (2007): *Derecho Ambiental. Parte General*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 2.ª edición, 554 pp.
- LOPERENA ROTA D. (1996): *El derecho al medio ambiente adecuado*, Civitas, Madrid, 154 pp.
- LOPERENA ROTA D. (2008): «El derecho al desarrollo sostenible», en las pp. 63 y ss. de A. EMPID IRUJO (dir.), *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Lustel, Madrid, 543 pp.
- LOZANO CUTANDA B. (2010): *Derecho Ambiental Administrativo*, La Ley, Madrid, 11.ª edición, 841 pp.
- MORENO MOLINA A.M. (2006): *Derecho comunitario del medio ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*, Marcial Pons, Madrid, 555 pp.

- PEÑALVER I CABRÉ A. (2008): «Novedades en el acceso a la justicia y a la tutela administrativa en asuntos medioambientales», en las pp. 349 y ss. de A. PIGRAU SOLÉ (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 403 pp.
- PIGRAU SOLÉ A. (2008): «Diez años del convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente», en las pp. 21 y ss. de A. PIGRAU SOLÉ (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 403 pp.
- PLAZA MARTÍN C. (2005), *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1286 pp.
- PRIEUR M. (1999): «La Convention d'Aarhus, instrument universal de la démocratie environnementale», *Revue Juridique de l'environnement*, número especial, pp. 9 y ss.
- RAZQUIN LIZARRAGA J.A. y RUIZ DE APODACA ESPINOSA A. (2007), *Información, participación y justicia en materia de medio ambiente. Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA A. (2010): «Nuevas perspectivas del acceso a la justicia en materia de medio ambiente», en A. PIGRAU SOLÉ y L. CASADO CASADO (dirs.), *Derecho ambiental y transformaciones de la actividad de las Administraciones Públicas*, Atelier, Barcelona, 257 pp.

## Siglas, abreviaturas y acrónimos

- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- BVwG: Bundesverwaltungsgericht.
- CE: Comunidad Europea.
- CE (segunda acepción): Constitución Española.
- CEE: Comunidad Económica Europea.
- DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea.
- EEAA: Estatutos de Autonomía.
- EIA: Evaluación de Impacto Ambiental.
- JA: Justicia Administrativa.
- LJCA: Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- ONG: Organizaciones No Gubernamentales.
- REDA: Revista Española de Derecho Administrativo.
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional
- TC: Tribunal Constitucional.
- TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
- TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- UE: Unión Europea.

Trabajo recibido el 14 de agosto de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Justizia eskuratzeko aukera ingurumenerako eskubidearen funtsezko alderdia da, eta, oro har, ingurumen-babesarena. Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak paper oso garrantzitsua du ingurumenaren zaintzan, eta berdin gertatzen da justizia eskuratzeko aukeraren gaineko jurisprudentziarekin ere. Bereziki, legitimazioa zabaltzeko lan egiten du, hori Europako araudiarentzat eta Europak ere berretsi duen Aarhus Hitzarmenarentzat mesedegarri den moduan interpretatuz. Era berean, prozedura administratiboek eta judizialek gehiegizko gasturik ez eragiteko erabaki garrantzitsuak ere badaude.

**HITZ GAKOAK:** Judizio aurreko arazoa. Ingurumen-eragina ebaluatzea. Legitimazioa. Gobernu kanpoko erakundeak. Europar Batasuneko Justizia Auzitegia.

**RESUMEN:** El acceso a la justicia es parte esencial del derecho al medio ambiente y, en general, de la protección ambiental. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea juega un papel relevante en la protección ambiental y lo mismo sucede en la jurisprudencia sobre el acceso a la justicia. En particular su labor se desarrolla para ampliar la legitimación, interpretando de forma favorable a la misma normativa europea y el Convenio de Aarhus también ratificado por Europa. Igualmente existen decisiones relevantes para impedir un coste excesivo de los procedimientos administrativos y judiciales.

**PALABRAS CLAVE:** Cuestión prejudicial. Evaluación de Impacto Ambiental. Legitimación. Organizaciones No Gubernamentales. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**ABSTRACT:** Access to justice is a key element of the right to environment and in general of the environmental protection. The European Court of Justice of the European Union plays a relevant role in the environmental protection and the same applies to its case law regarding access to justice. Particularly, its work is carried out in order to broaden the locus standi by interpreting the same European normative and the Aarhus convention also ratified by Europe more favourably. Likewise, there exist relevant rulings to prevent an excessive cost of administrative and judicial procedures.

**KEYWORDS:** Preliminary question. Assessment of environmental impact. Locus standi. Non governmental organizations. European Court of Justice of the European Union.



# La deconstrucción de las fórmulas de intervención administrativa: de la aplicación de la Ley a la contractualización

José Esteve Pardo

**Sumario:** I. Planteamiento. De la policía administrativa a la gestión de riesgos por entidades privadas.—II. La deconstrucción del régimen de intervención pública en actividades económicas. Las fórmulas declarativas privadas como alternativa.—III. La imparable tendencia a la contractualización.

## I. Planteamiento. De la policía administrativa a la gestión de riesgos por entidades privadas

Asistimos en las dos últimas décadas a un auténtico vuelco en las formas de intervención administrativa con un traslado masivo de actividades del Estado, que eran realizadas directa o indirectamente por sus Administraciones, a la sociedad, al sector privado. Un vuelco que arrastra a todos los capítulos de la acción pública categorizados por el Derecho Administrativo y sus exposiciones más tradicionales, como son las que distinguen sobre todo entre actividad de policía o de intervención.

Bien podría decirse que la actividad de policía era la única que desarrollaba el Estado liberal con proyección sobre la sociedad(1). El Estado social añadió la actividad de prestación o de servicio público pero, en cualquier caso, la policía se ha mantenido como una actividad genuina y característica del Estado. En la concepción característica del Estado liberal que ha llegado hasta nuestros días, la policía administrativa tiene como conceptos nucleares, verdaderos presupuestos de esta actividad, los de peligro y orden público. El objetivo de la policía de seguridad es la defensa frente a los peligros y su rechazo o eliminación. Su finalidad, el mantenimiento del orden público o su restablecimiento en el caso de que se hubiese visto alterado.

Estos conceptos han perdido su sentido en la moderna sociedad postindustrial en la que el riesgo ha desplazado al peligro en la posición central que ocupaba. El concepto de peligro remitía a fenómenos naturales o acciones humanas bien perceptibles

---

(1) Más allá de la extendida convicción entre iuspublicistas, es de particular interés la percepción de un filósofo muy influyente en la actualidad, Michel Foucault, que ha insistido especialmente sobre ello: «la policía tendrá que regir —y ese será su objeto fundamental— todas las formas, digamos, de coexistencia de los hombres entre sí... los teóricos del siglo XVIII lo dirán: en el fondo, la policía se ocupa de la sociedad», *Seguridad, territorio, población*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2006, p. 375. Sobre la policía administrativa es también de interés el análisis histórico de Foucault en su estudio «*Omnes et singulatim*: Hacia una crítica de la razón política», en *Tecnologías del yo*, Paidós, Barcelona, 1990.

por cualquier persona con un conocimiento medio entre los que se encuentran por supuesto cualquier funcionario, gestor o responsable de la Administración. El riesgo por su parte tiene un marcado componente tecnológico y se envuelve por lo general en la complejidad característica de la sociedad postindustrial. Su detección y valoración requiere por lo general de un conocimiento experto del que carecen las Administraciones ordinarias; un conocimiento que se encuentra en el propio tejido tecnológico de las empresas y los centros de investigación privados.

La gran decisión que corresponde ahora adoptar a las instancias públicas con respecto a los riesgos es la determinación del riesgo permitido, el riesgo que se acepta (2). No es posible en nuestra sociedad el riesgo cero: ello supondría el total desmantelamiento del tejido industrial del que la ha dotado el progreso científico y que tanto confort y beneficios le reporta, para volver al estado de naturaleza y a enfrentarse crudamente con los peligros —que no riesgos— naturales. La imposibilidad del riesgo cero no es por lo demás un mero dato técnico: está afirmada de manera explícita por los Tribunales estatales y europeos. No es como el orden público que se presentaba como una situación —al menos idealmente— existente y alcanzable; así se explica la misma expresión del «restablecimiento» del orden —el retorno al orden— tan arraigada en la policía administrativa. Por ello, la gran cuestión de la determinación del riesgo permitido se resuelve en la opción entre riesgos, se opta por un riesgo con preferencia sobre otro u otros, y no en la opción entre un riesgo y el inexistente riesgo cero.

La regulación y gestión de riesgos es la actividad que desde hace un tiempo viene desplazando a la policía de seguridad que se centraba en peligros ostensibles y en el mantenimiento del orden público (3). La regulación y gestión de riesgos tiene entre sus cometidos la determinación del riesgo permitido, la distribución de ese riesgo (distribución territorial, por ejemplo: dónde se instalan industrias de riesgos, plantas de residuos peligrosos; distribución entre grupos sociales, entre consumidores y productores (4), etc), su seguimiento y conocimiento, su control, su reducción mediante el desarrollo tecnológico, etc. Este tipo de cometidos requieren de una información, de un conocimiento experto que ya no está en el Estado, en su Administración y funcionarios, sino en el propio tejido tecnológico generador del riesgo. Por eso la ingente actividad de regulación y gestión de riesgos —cuyo grueso volumen se expande en paralelo al desarrollo tecnológico y su complejidad— queda en su mayor parte fuera del aparato administrativo del Estado.

(2) Del tema me ocupo en «Convivir con el riesgo, La determinación del riesgo permitido» en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente*, PÉREZ ALONSO/ARANA GARCÍA/MERCADO PACHECO/SERRANO MORENO (Edit.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 273 y ss.

(3) De esa evolución transformadora doy cuenta más detallada en «De la policía administrativa a la gestión de riesgos» *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 119, 2003. En un sector tan relevante como el de la alimentación la transformación ha sido total en pocas décadas: de nuestros abuelos que comían lo que daba la naturaleza —la amenaza eran los peligros naturales— a nosotros que nos da de comer una industria, la industria alimentaria —la amenaza ahora son los riesgos tecnológicos—. Una evolución clarificadoramente trazada y percibida por Mariola RODRÍGUEZ FONT en su libro, *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria. De la policía administrativa a la gestión de riesgos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007.

(4) Las soluciones legislativas y normativas en materia de responsabilidad por daños implican normalmente una decisión sobre distribución de riesgos, por ejemplo y en el caso de los riesgos del desarrollo o del progreso, entre productores —o industriales— y consumidores; *vid.* al respecto, J. JORDANO FRAGA, «Riesgos del desarrollo como causa de exclusión en la Directiva sobre responsabilidad ambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales», en *Derecho, globalización, riesgo y medio ambiente, cit.*, p. 505 y ss.

En realidad lo que se produce aquí es una nueva correlación entre Estado y sociedad en torno a la técnica y el control de sus riesgos (5). Desde principios del siglo XIX es el Estado, sobre todo en la Europa continental bajo la inicial influencia napoleónica, el que se hizo con ese control a través de una estructura administrativa bajo el mando de sus rutilantes cuerpos especiales de ingenieros (6). Actualmente la complejidad alcanzada por el denso tejido tecnológico hace del todo imposible que un cuerpo de funcionarios —o muchos, da igual— tenga el conocimiento y control de sus posibles riesgos. En la mayor parte de los sectores, sólo los técnicos y expertos que están en la vanguardia de la innovación tienen algún conocimiento y es por ello prácticamente imprescindible su colaboración en el ejercicio de la función inequívocamente pública, por su trascendencia para el conjunto de la población, del control de sus riesgos.

Son dos en la actualidad los sujetos protagonistas de esa importante actividad de regulación y gestión de riesgos.

Un grupo lo constituyen esas Autoridades o Administraciones pretendidamente neutrales o independientes que se sitúan en esa posición intermedia entre Estado y sociedad en el sector de la regulación de riesgos —Consejo de Seguridad Nuclear, Agencias de Seguridad Alimentaria, del Medicamento, también agencias medioambientales, etc.— a las que ya nos hemos referido. Ahora interesa destacar como desde estas Autoridades se han desarrollado fórmulas de colaboración con los operadores privados, sabedoras aquellas que el conocimiento y la información relevante está por lo general en éstos. Fórmulas novedosas y específicas para la obtención y transmisión de ese conocimiento. Así en unos casos es el que resulta del seguimiento que hagan los propios agentes privados de los riesgos de sus productos o tecnologías inicialmente permitidos por la autoridad reguladora, así ocurre, por ejemplo, con la farmacovigilancia. En otros casos, se trata de un conocimiento de origen que sólo los propios agentes particulares pueden aportar y que se obtiene a través de fórmulas novedosas como la trazabilidad de los productos alimentarios que permite conocer su trayectoria desde su producción hasta su consumo, lo que requiere información de todos los operadores —agricultor, transportista, industrial, almacenista, etc.— que intervienen en la cadena (7).

Pero hay un segundo grupo, mucho más numeroso y pujante, de sujetos con destacado protagonismo en la materia. Está formado por sujetos y entidades privadas que desarrollan funciones de control y gestión de riesgos y que cuentan con un reconocimiento público formalizado. Son sujetos habilitados por el Estado para realizar es-

---

(5) Una nueva correlación que se plantea en otros importantes sectores. Sobre el tema me permito la remisión a mi libro.

(6) Primero fueron los de Caminos, Canales y Puertos, luego los de Minas, los de Montes, etc., formados en escuelas camerales, en el interior de la Administración, hasta que en los años setenta del pasado siglo estas escuelas se integraron en la organización universitaria. Distinto fue el caso de los ingenieros alemanes que desde el primer momento se formaron en las Universidades, fuera por tanto de la Administración de los Estados, o de los ingleses, formados «artesanalmente» en las propias industrias. Eran diferentes correlaciones entre el Estado y la sociedad con relación a la técnica. En la actualidad, con la expansión y complejidad del tejido tecnológico, esa correlación viene marcada en cualquier de las áreas territoriales y culturales consideradas por la pérdida del conocimiento y consiguiente dominio del Estado.

(7) Vid. al respecto M. RODRÍGUEZ FONT, *Régimen jurídico de la seguridad alimentaria*, cit.; sobre la farmacovigilancia, G. DOMÉNECH PASCUAL, *El régimen jurídico de la farmacovigilancia*, Aranzadi, Pamplona, 2009

tas funciones a las que no alcanza ya la Administración ordinaria (8). Esa asignación de funciones antaño tan genuinas y características de la Administración a sujetos privados es un claro exponente de ese flujo de funciones del Estado hacia la sociedad (9). No podemos pasar por alto que al margen de posibles habilitaciones por parte del Estado, el sector privado había venido desarrollando fórmulas de autocontrol de riesgos, pero eso forma parte de otro proceso de autoorganización y autorregulación de la sociedad. Ahora reparamos en el flujo descendente por así decirlo, devolutivo si se quiere, del Estado hacia la sociedad, con esa transferencia —delegación, privatización, externalización o términos similares que habremos de precisar— hacia ella de funciones públicas en materia de seguridad y gestión de riesgos.

## II. La deconstrucción del régimen de intervención pública en actividades económicas. Las fórmulas declarativas privadas como alternativa

Otro sector que se desprende de la órbita del Estado y del Derecho público, desplazándose hacia la sociedad y fórmulas de Derecho privado, es el que se contempla en la «Directiva de servicios de 2004», también conocida como Directiva Bolkenstein, cuyo ámbito de aplicación se extiende sobre todo a la prestación de actividades económicas y servicios profesionales (10), excluyéndose los grandes servicios, los llamados servicios de interés general. En este sector el vuelco se ha producido de manera súbita por una imposición normativa —la que deriva de la citada Directiva y su transposición al Derecho interno— aunque ya era visible una tendencia en esa misma línea que contaba con antecedentes y expresiones parciales (11).

### A) EL DESPLAZAMIENTO DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA POR LA COMUNICACIÓN O DECLARACIÓN RESPONSABLE

La transformación que se propugna en esta Directiva es radical y supone un cambio completo de paradigma. Otra cosa será su materialización efectiva. En cualquier caso, esa transformación ilustra mucho sobre las tendencias que parecen dominantes en Europa y en cuyo trasfondo podemos advertir bien a las claras esos corrimientos que se registran en la correlación entre Estado y sociedad.

(8) Sobre tales sujetos y las funciones públicas que ejercen, la obra de referencia es la de D. CANALS I AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003.

(9) Tal como lo destaca muy certeramente J. A. Carrillo Donaire: «la trascendencia actual de la categoría (se refiere a estos particulares que ejercen funciones públicas, en este caso en materia de seguridad industrial) está íntimamente ligada a la cuestión de los límites de aplicación del Derecho administrativo en la constante redefinición de las relaciones Estado-sociedad», *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons-Instituto García Oviedo, Madrid-Barcelona, 2000, p. 551.

(10) Sobre el tema, recientemente V. AGUADO/B. NOGUERA (Dirs.), *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, 2012. A. NOGUEIRA (Dir.) M.ª. A. ARIAS/M. ALMEIDA (Coord.) *La Termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2012.

(11) C. NÚÑEZ LOZANO, *Las actividades comunicadas a la Administración: la potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001 y M. RODRÍGUEZ FONT, *Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación*, Atelier, Barcelona, 2003.



Estas actividades y servicios estaban sujetas a un régimen muy arraigado y generalizado de autorización administrativa previa que la Directiva en principio suprime —aunque se mantienen toda una serie de excepciones en las que no se puede reparar aquí— con el objeto de eliminar trabas a estas actividades económicas o de servicios, y de favorecer así su competitividad. La autorización la otorgaba, o denegaba, la Administración al resolver un procedimiento iniciado a instancias del promotor de la actividad y en el que podía participar y presentar alegaciones cualquier persona interesada, los vecinos entre ellas.

Pues bien, este régimen de autorización se ve reemplazado por otro, con una configuración completamente distinta, de comunicación. El promotor se limita a comunicar a la Administración el inicio de una actividad y con ello le basta. No se espere una intervención posterior de la Administración —salvo denuncia, que sería ya otro régimen y procedimiento— ni se busque una semejanza con la fórmula del silencio administrativo porque no la tiene en absoluto. Más allá de los detalles formales hay un cambio de posiciones y de paradigma: el Estado, la Administración, se desentiende por completo de estas actividades y entrega a la sociedad su control de legalidad y la solución de la conflictividad que pudiera suscitarse con el inicio de estas actividades o servicios.

Porque al desaparecer la autorización desaparecen con ella dos perspectivas que eran adoptadas y resueltas por ese régimen. Una era la perspectiva de la legalidad: la autorización consistía en una declaración de la Administración en la que ésta se pronunciaba sobre la legalidad del proyecto de actividad que se pretendía emprender. Quien obtenía la autorización obtenía un título administrativo, una declaración de una instancia del Estado, que certificaba la adecuación a la legalidad vigente de su proyecto de actividad. La otra perspectiva es la que podemos calificar como social, vecinal en muchos casos: en el procedimiento del que resultaba la autorización, o su denegación, podían tener entrada todos los sujetos con intereses y en potencial conflicto con el proyecto; esa conflictividad se canalizaba y trataba en el procedimiento administrativo que resolvía sobre la solicitud de autorización.

## **B) LA DESATENDIDA PERSPECTIVA DE LA LEGALIDAD Y EL INTERÉS GENERAL QUE A TRAVÉS DE ELLA SE EXPRESA**

Con la comunicación no se obtiene así declaración pública alguna sobre la adecuación a la legalidad de la actividad proyectada. El promotor, el empresario o el profesional, puede verse en tal caso sumido en la incertidumbre y expuesto a posibles acciones y responsabilidades. Son entonces los mecanismos de cobertura que se articulen en la sociedad, resultado de pactos y negocios privados, los que puedan ofrecer esa cobertura. Se podrá convenir por vía contractual con una entidad privada cualificada por su conocimiento de la normativa aplicable que acredite el cumplimiento de la legalidad y —estableciéndolo también por contrato— que responda por los posibles daños que puedan producirse. Esto es algo que realizan con toda normalidad las compañías aseguradoras, y sus empresas satélites, en los Estados Unidos. En aquel sistema —que se presenta como «desregulado» o libre de la intervención administrativa previa y al que, no sin paradoja, parece tender una Europa que procede de otras tradiciones— no es indiferente en absoluto el cumplimiento de la legalidad y menos aún la capacidad para afrontar responsabilidades en las que se pueda incurrir; de ello se ocu-

pan las compañías de seguros que no expiden la correspondiente póliza si no cumple el solicitante con una serie de requisitos, también los que marca la legislación sobre la actividad de que se trate, que ellas mismas verifican. Es en realidad la compañía aseguradora la que en la práctica acaba autorizando al sujeto solicitante a desarrollar una actividad o a prestar un servicio al que ella da cobertura y asegura.

El régimen de comunicación que instaura la «Directiva de servicios» a lo que conduce es justamente a eso, a la despublicación del sistema de control de legalidad de actividades, instalaciones y servicios privados. El control y la cobertura frente a responsabilidades se entrega así a la sociedad, a sus agentes y a las fórmulas que, por la vía contractual civil y con exclusiva intervención de sujetos privados, puedan articularse en ella.

### C) LA DESATENDIDA PERSPECTIVA SOCIAL Y VECINAL

El régimen de comunicación reconoce únicamente dos sujetos: el comunicante y el receptor de la comunicación, la Administración. En rigor, sólo hay un sujeto activo, el comunicante, puesto que la Administración asume un papel estrictamente pasivo, de mero receptor. Por lo demás y como ya nos consta, el comunicante habrá de procurarse las certezas necesarias sobre la adecuación a la legalidad de su proyecto y las coberturas frente a posibles responsabilidades.

Más relevante aún: el régimen de autorización se articulaba en torno a un procedimiento administrativo abierto a una participación de interesados. Con la desaparición de la autorización desaparece la perspectiva social, participativa, y se implanta un régimen marcadamente individualista. Esta transformación sintoniza con la tendencia advertida por las corrientes del pensamiento sociológico que constatan la desaparición de lo social y la vuelta a una sociedad de los individuos(12), o con las que desde el análisis político destacan la pérdida de toda perspectiva colectiva pues todo se traslada al plano individual(13)

Se produce así una deconstrucción de un régimen del que la autorización fue en su momento el resultado de una evolución que ahora parece desandarse(14). En el siglo XIX las actividades empresariales y pequeñas industrias se encuadraban en un marco civil, ordinariamente el que venía conformado por las llamadas relaciones de vecindad. Los posibles conflictos que se suscitasen se resolvían ante los Tribunales en aplicación de estas reglas contenidas en el propio Código Civil. Más adelante se percibe la perspectiva pública, por su posible impacto, que adquieren muchas de estas actividades y se requiere la intervención de la Administración —en principio la más próxima, la Administración municipal— en la valoración de esa perspectiva pública que se hace visible a través de un procedimiento. Ese modelo de autorización no es así, en modo alguno, un régimen primario, ni casual, ni una imposición arbitraria, sino el resultado de una evolución lógica. Pues bien, la Directiva de Servicios viene así a deconstruir el régimen resultante de esa evolución para volver al entorno inicial pri-

(12) Así, Alain TOURAINE, en su libro *Un nuevo paradigma. Para comprender el mundo de hoy*, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México, 2005.

(13) A. GARAPON: *La Raison du monidre État. Le néolibéralisme et la justice*, Odile Jacob, Paris, 2010, p. 246.

(14) «La deconstrucción y previsible recomposición del modelo de autorización administrativa», en A. Nogueira (Dir.) *La termita Bolknestein...cit.*, 2012, pp. 29 y ss.

vado. No es por tanto una innovación, sino un retorno con toda la connotación regresiva que advertirse pueda. Con la singularidad de que el panorama del siglo XXI es mucho más complejo, sólo ya en el plano normativo, que el del XIX y ello requerirá del particular promotor de una actividad de comprobación y cobertura que habrá de dispensarse el mismo. La orientación es en cualquier caso inequívoca: el individuo ha de autoprocursarse los medios de certeza y seguridad que ni el Estado, ni un inexistente orden social, le ofrecen. Es una vuelta atrás, a un estadio más primitivo por el que ya transcurrió la sociedad occidental que, en su evolución, creó unas estructuras y unos procedimientos públicos que ahora, sorprendentemente y haciendo gala de un total desconocimiento de su historia, se propone deconstruir.

### III. La imparable tendencia a la contractualización

Es así como en la actividad administrativa de intervención, que convencionalmente puede adscribirse a la clásica noción de policía administrativa, se está abriendo paso el contrato. La puerta se le abre al contrato con la retirada de la Administración, concretamente con la supresión de su intervención a través de la autorización administrativa en muchos sectores. Una retirada que se programa y generaliza a través sobre todo de la ya famosa Directiva de Servicios o Directiva Bolkestein pero que contaba ya con algunos antecedentes significativos. En el sistema que así se configura, la autorización es sustituida por la comunicación o la declaración responsable. Desaparece por tanto el pronunciamiento o declaración de la Administración y, en su lugar, quien ahora se manifiesta es el promotor de la actividad, con su comunicación o declaración responsable. Una vez emitida, puede ya iniciar su actividad, pero carece del pronunciamiento de la Administración autorizándola. Carece por ello de la cobertura que ofrece un título administrativo que declara la adecuación a la legalidad de su actividad. Ciertamente que la Administración puede otorgar una autorización contraria a la legalidad, pero el sujeto autorizado se sabe seguro si se atiene a lo establecido en ella, a su título habilitante. Ninguna responsabilidad puede exigírsele tal como ha confirmado —no sin polémica— en la importante y supuestamente exigente legislación sobre responsabilidad (15).

Esta cobertura no existe si no hay autorización ni declaración administrativa alguna. El promotor carece entonces de la seguridad sobre la adecuación de su actividad a los requerimientos normativos, que suelen incluir detalladas prescripciones técnicas. Para tener seguridades al respecto puede acudir entonces al mercado, a un pujante mercado de acreditaciones, de certificaciones, de seguridades, que se está desarrollando a medida que la Administración se retira de su función autorizante, certificante, y sustituyéndola de algún modo. Se puede encontrar en él un sujeto cualificado, una entidad de certificación o similar integrada por expertos en el sector, en su normativa y en su tecnología exigible, que acrediten que la actividad del solicitante se ajusta a ellas. Naturalmente, la relación que se entabla entre el promotor y la entidad de acreditación privada es una relación contractual. Un contrato que, mediante la oportuna contraprestación dineraria por parte del promotor, puede perfectamente am-

---

(15) Así lo establece la Ley de Responsabilidad Medioambiental de 2007 —y la Directiva del 2004 de la que trae causa— que exoneran de responsabilidad, y de la obligación de sufragar los costes, a quien causando materialmente el daño actuase al amparo de una autorización administrativa.

pliarse también, operando como un seguro, a la cobertura de posibles responsabilidades derivadas de la actividad.

Así, como por ensalmo, hemos pasado de un régimen de autorización administrativa, que es la aplicación al caso concreto de una legislación general a todos aplicable por igual, a un régimen contractual entre sujetos privados con la consiguiente autonomía para establecer los pactos y condiciones que estimen convenientes. Un modelo marcado por la diversidad y desigualdad de posiciones en que los promotores pueden encontrarse según sean las coberturas pactadas contractualmente.

De ese modo, el régimen tradicionalmente asentado en la Europa continental —objeto por ello de atención por la Directiva de servicios para eliminarlo en lo posible— de intervención administrativa previa se transforma sustancialmente para asemejarse al que impera en Estados Unidos. Allí la intervención administrativa previa es mucho menor o inexistente, algo que se compensa de algún modo con un régimen de responsabilidad severo, ejemplarizante en muchos casos en su aplicación judicial. El contrato de seguro resulta imprescindible para cualquier actividad o instalación. Es entonces la compañía aseguradora la que supedita la póliza a la comprobación —por ella misma— o a la certificación —por un tercero— del cumplimiento de las exigencias legales por parte del promotor. En realidad es así la entidad aseguradora la que «autoriza» la actividad, pues de no darse esa adecuación a la legalidad no extenderá la correspondiente póliza y sin ella no es posible en la práctica iniciar la actividad (16).

Pasamos así de un régimen general de autorización administrativa establecido por ley y en aplicación suya a otro contractual, marcado por el particularismo de los pactos que en cada caso se acuerden por las partes (17). Un tránsito de la ley al contrato que es, aquí también, expresión de ese flujo de amplio caudal en los últimos tiempos que lleva del Estado, de la órbita de la Administración en este caso, a la sociedad, al mercado. Un flujo que discurre también en el terreno económico como muestra un elemental análisis: la Administración, al no intervenir, no recibe tampoco tasa o retribución alguna; el flujo económico se dirige entonces hacia el mercado en el que operan compañías de seguros y entidades de certificación. Para el promotor, al que se le libera de la carga de la autorización, será muy posiblemente superior el coste de los servicios privados que obtiene mediante contrato que el de las tasas que pagaba por la autorización administrativa (18).

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(16) Esa tendencia deconstructiva del régimen legal que aboca así en uno contractual la expongo con detalle en «La deconstrucción y previsible recomposición del modelo de autorización administrativa» en A. Nogueira (Dir.) *La Termita Bolkestein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas & Thomson Reuters, 2012, pp. 29 y ss.

(17) Sobre ello me permito mencionar mi reciente artículo: «De la Ley al contrato. Así se abre la desigualdad». *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Noviembre 2014.

(18) Unos costes económicos más elevados que no han de suponer una carga particularmente gravosa para las grandes corporaciones —muchas veces son cadenas de establecimientos sujetos a este régimen— pero sí lo son para pequeños empresarios y promotores, lo que contribuye también a la desigualdad. Claro que al pequeño promotor le basta con la comunicación para iniciar su actividad, pero sin ninguna cobertura sobre su adecuación a la legalidad, una situación desigual respecto a los que han contratado esta cobertura.

**LABURPENA:** Zuzenbide publikoaren arloko aldaketen ondorioz baztertzen ari dira lege-erregulazioak, eta hutsune horiek betetzera datoz subjektu pribatuen arteko kontratu-harremanak. Lekualdatze hori bera ikusten da interbentzio administratiboaren eremu tradizionallean ere: partikularren eskuetara ari dira joaten arriskuak kudeatzeko formulak eta baimenaren ordezkotako formulak, adibidez erantzukizunpeko jakinarazpena edo adierazpena. Horiek berez ez diete estaldurarik eskaintzen sustatzaileei, eta haiek sektore pribatuan bilatuko dituzte kontratu-estaldurak.

**HITZ GAKOAK:** Interbentzio administratiboa. Arriskuen kudeaketa. Pribatizazioa. Erantzukizunpeko jakinarazpena eta adierazpena. Kontratu-estaldurak.

**RESUMEN:** Las transformaciones que se registran en el ámbito del Derecho público están impulsando una retirada de las regulaciones legales que dejan unos espacios que son ocupados por relaciones contractuales entre sujetos privados. Este desplazamiento también se observa en el ámbito tradicional de la intervención administrativa: se está produciendo un amplio traslado a particulares de las fórmulas de gestión de riesgos y las fórmulas alternativas a la autorización, como son la comunicación o la declaración responsable no ofrecen por sí misma una cobertura a los promotores que tratarán de buscarse coberturas en el sector privado de estructura contractual.

**PALABRAS CLAVE:** Intervención administrativa. Gestión de riesgos. Privatización. Comunicación y declaración responsable. Cobertura contractual.

**ABSTRACT:** The transformations in the field of Public Law are promoting the withdrawal of legal regulations that leave spaces that are occupied by contractual relationships among private individuals. This shift is also observed in the traditional field of administrative action: a wide transfer to the privates of risk management formulas and the alternative formulas of authorization is being produced as the communication and the responsible statement do not offer by themselves a coverage to the promoters who will try to find coverages in the private sector of the contractual framework.

**KEYWORDS:** Administrative action. Risk management. Privatization. Communication and responsible statement. Contractual coverage



# El inicio de una investigación por la Corte Penal Internacional: la superación del test de admisibilidad

Katixa Etxebarria Estankona

**Sumario:** I. La Corte Penal Internacional en la lucha contra la impunidad de los grandes criminales.—II. La jurisdicción de la Corte Penal Internacional: su carácter complementario o subsidiario.—III. La activación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.—IV. La búsqueda de elementos razonables para el inicio de una investigación: el filtro de la admisibilidad. IV.1. Cuestiones previas. IV.2. La complementariedad y sus implicaciones. IV.2.1. Las cuestiones de admisibilidad previstas por el art. 17 EstCPI. IV.2.1.1. La valoración de la actividad o inactividad por parte del estado. IV.2.1.2. La falta de disposición del estado para actuar. IV.2.1.3. La falta de capacidad del estado para actuar. IV.2.1.4. El efecto de cosa juzgada. IV.2.1.4.1. Algunas aclaraciones previas. IV.2.1.4.2. El efecto de cosa juzgada y su previsión en el EstCPI. IV.2.5. La suficiencia en la gravedad. IV.3. El interés de la justicia. IV.3.1. La expresión «interés de la justicia» y su relación con el principio de complementariedad. IV.3.2. Su interpretación.—V. A modo de conclusión.

## I. La Corte Penal Internacional en la lucha contra la impunidad de los grandes criminales

El pasado 7 de marzo, el segundo fallo condenatorio emitido por la Corte Penal Internacional —en adelante, CPI— contra Germain Katanga fue noticia a nivel internacional: el líder rebelde congolés fue hallado culpable de cuatro cargos por crímenes de guerra y un cargo por crimen de lesa humanidad. A pesar de que la condena abarca únicamente algunos de una larga lista de graves crímenes cometidos en el Este de la república Democrática del Congo en el año 2003, la decisión ha sido aplaudida por la comunidad internacional. No obstante, lo que en un principio puede parecer un éxito, tampoco está exento de críticas. En sus casi 12 años de funcionamiento, indubitadamente, los frutos obtenidos han sido escasos: la primera condena, de Thomas Lubanga Dyilo, —de 14 de marzo de 2012—, tardó casi 10 años en llegar; el segundo fallo —de 18 de diciembre de 2012—, absolvió a Mathieu Ngudjolo Chui, exlíder rebelde congoleño, por no quedar demostrado que ordenara la muerte de, al menos, 200 civiles en la aldea de Bogoro, ubicada al Noreste de la República Democrática del Congo. En este tiempo, la Fiscalía de la Corte Penal Internacional ha abierto 8 investigaciones en diferentes lugares del continente Africano, que han dado lugar a 21 casos, de los cuales, 5 se encuentran en fase de primera instancia y 2 pendientes de

apelación. Con todo, debemos admitir que la labor de esta última ha resultado esencial para una institución que aún lucha por demostrar la razón de su existencia.

## II. La jurisdicción de la Corte Penal Internacional: su carácter complementario o subsidiario

La CPI constituye el primer Tribunal de la historia de carácter permanente con competencia para juzgar los crímenes más graves o de mayor trascendencia para la comunidad internacional (1). El Preámbulo del Estatuto de la CPI —en adelante, EstCPI—, subraya como objetivos básicos, evitar la impunidad de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, así como de los autores de los mismos, y contribuir a la prevención de otros nuevos, y garantizar, de este modo, que la justicia internacional sea respetada y puesta en práctica de forma duradera (2). Ahora bien, al mismo tiempo, el texto recuerda a los Estados, que es su deber «ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales» (3), y destaca que la CPI es «complementaria de las jurisdicciones penales nacionales» (4). Un aspecto importante a destacar, por tanto, es que la jurisdicción de la CPI tiene un carácter complementario o subsidiario en relación a las jurisdicciones nacionales (5). Ello implica que los Estados tienen preferencia para juzgar los crímenes competencia de la CPI y, únicamente, cuando éstos no actúen, lo hará, en su lugar, el citado órgano. Son los jurisdicciones de los Estados las competentes para llevar a cabo la investigación y enjuiciamiento de los crímenes previstos en el EstCPI y, sólo cuando esto no sea posible, se activará la jurisdicción de la CPI.

(1) Casi literal de, HEBEL, Herman V., ROBINSON, Darryl, «Crimes within the jurisdiction of the Court», AAVV (Ed. LEE, ROY S.), *The International Criminal Court. The Making of the Rome Statute. Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, La Haya 1999, p. 104.

(2) Preámbulo del EstCPI, pfs. 5.º-12.º.

(3) *Ibid.*, pfo. 7.º.

(4) *Ibid.*, pfo. 11.º.

(5) Entre la ingente bibliografía sobre el tema, destacamos, ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín, «La complementariedad de la Corte Penal Internacional y de los Tribunales Nacionales. ¿Tiempos de 'Ingeniería Jurisdiccional'?», AAVV (Coor. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio), *La criminalización de la barbarie: la Corte Penal Internacional*, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 383-434, AMBOS, Kai, «El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2, 2010, BURKE-WHITE, William, «Proactive Complementarity: The International Criminal Court and National Courts in the Rome System of International Justice», *Harvard International Law Journal*, vol. 49, n.º 1, 2008, pp. 53-108, FUENTES TORRIJO, Ximena, «El principio de complementariedad en la práctica de la Corte Penal Internacional», *Estudios internacionales. Revista del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile*, n.º 169, 2011, pp. 119-140, GÓMEZ BENÍTEZ, José M., «Complementariedad de la Corte Penal Internacional y jurisdicción universal de los tribunales nacionales», *Derecho Penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, vol. 27, n.º 82, 2006, pp. 35-62, HOLMES, John T., «Complementarity: National Courts versus the ICC», AAVV (Ed. CASSESE, Antonio, GAETA, Paola, JONES, John R. W. D.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, Oxford University Press, Oxford 2002, pp. 667-686, HOLMES, JOHN T., «The principle of complementarity», AAVV (Ed. LEE, ROY), *The International Criminal Court: the making of the Rome Statute Issues, Negotiations, Results*, Kluwer Law International, La Haya 2002, pp. 41-78, KLEFFNER, Jann K., *Complementarity in the Rome Statute and national criminal jurisdictions*, Oxford University Press, Oxford 2008 y OLÁSULO ALONSO, Héctor, «El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar», *Revista de derecho Penal y Criminología*, n.º 2, 2013, pp. 47-80.



Ahora bien, ¿en qué se concreta la competencia de la CPI? Tal y como dispone el EstCPI, este órgano detenta la competencia para el enjuiciamiento del genocidio, los crímenes contra la humanidad, los crímenes de guerra y el crimen de agresión(6), siempre que estos hayan sido cometidos con posterioridad al 1 de julio de 2002, fecha de entrada en vigor del EstCPI(7). Si bien la CPI es competente, en principio, en aquellos casos en que los citados crímenes se hubieran cometido en el territorio de los Estados Parte, también extiende su jurisdicción a aquellos que, aún habiendo sido perpetrados en un Estado no-Parte, su autor sea nacional de un Estado Parte(8), así como para los cometidos en el territorio de cualquier Estado —independientemente de que se trate de un Estado no-Parte—, siempre que la situación objeto de investigación sea remitida por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. A estos supuestos se añade otro: la CPI también puede extender su competencia a los supuestos en los que el crimen se hubiera cometido en el territorio de un Estado no-Parte, siempre que el mismo haya otorgado expresamente su consentimiento para ese supuesto(9).

---

(6) Los arts. 5-8 *bis* del Estatuto de la Corte Penal Internacional, establecen y perfilan la competencia material de este órgano jurisdiccional. Realizan un estudio en profundidad sobre la competencia de la CPI, entre otros, BERGSMO, Morten, «El régimen de la competencia de la Corte Penal Internacional (Parte II)», AAVV (Ed. AMBOS, Kai, GUERRERO, Oscar), *El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1999, pp. 179-211, FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, «Algunas cuestiones relativas a la competencia «ratione materiae» de la Corte Penal Internacional», AAVV (Ed. DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio), *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber Amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuéllar García*, Colex, Madrid 2006, pp. 521-544, FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, «La competencia de la Corte Penal Internacional: competencia material, personal y temporal y sus condiciones de ejercicio y de control», AAVV (Coor. BACIGALUPO, Silvina, CANCIO MELIÁ, Manuel), *Derecho penal y política transnacional*, Atelier, Barcelona 2005, pp. 85-115, HEBEL, Herman V., ROBINSON, Darryl, «Crimes within the jurisdiction of the Court», *op. cit.*, pp. 79-126, KRESS, Claus, «The International Court of Justice and the Elements of the Crime of Genocide», *European Journal of International Law*, vol. 18, n.º 4, 2007, pp. 619-629, LIROLA DELGADO, Isabel, «Reflexiones sobre la competencia material del Estatuto de la Corte Penal Internacional: una visión general», AAVV, *Hacia una justicia internacional. XXI Jornadas de Estudio. 9 a 11 de junio de 1999*, Ministerio de Justicia, Madrid 2000, pp. 655-668, LIROLA DELGADO, Isabel, MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., «El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Desarrollos previos a la entrada en vigor», *Revista española de derecho internacional*, vol. 53, n.º 1, 2001, pp. 692-697, PÉREZ CEBADERA, María Ángeles, «La organización y competencia de la Corte Penal Internacional», AAVV (Coor. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, CARDONA LLORÉNS, Jorge), *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)*, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pp. 139-161 y SCHABAS, William A., *An Introduction to the International Criminal Court*, Cambridge University Press, Cambridge 2004., pp. 21-53.

(7) Así lo prevé el art. 11 EstCPI. La citada norma se complementa con el art. 24 EstCPI, que declara la irretroactividad *ratione personae*, impidiendo que nadie sea declarado penalmente responsable de acuerdo al EstCPI por una conducta anterior a su entrada en vigor.

(8) Es lo que se denomina como competencia automática, que cuenta con la excepción prevista en el art. 124 EstCPI, siguiendo a PÉREZ CEBADERA, María Ángeles, «La organización y competencia de la Corte Penal Internacional», *op. cit.*, p. 140.

(9) Posibilidad prevista por el art. 12.3 EstCPI. Por tanto, y recapitulando, para que la CPI pueda desplegar su jurisdicción mediante el inicio de la investigación por el Fiscal, será preciso que: (a) el crimen haya sido cometido en el territorio de un Estado Parte, o el sospechoso sea nacional de un Estado Parte (art. 12.2 EstCPI); (b) el crimen se haya cometido en un Estado no parte o el sospechoso sea nacional del mismo, pero exista una aceptación expresa de la competencia de la CPI por parte del Estado (art. 12.2 y 3 EstCPI); (c) el Consejo de Seguridad remita una situación al Fiscal, de conformidad con el capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas (art. 13 b) EstCPI), sin necesidad de tener en cuenta la nacionalidad o si se trata de un Estado Parte.

### III. La activación de la jurisdicción de la corte penal internacional

En el apartado anterior hemos hecho referencia a la competencia de la CPI y su carácter complementario. Ahora la pregunta es: ¿cómo llega a conocer y enjuiciar este órgano los crímenes sometidos a su jurisdicción? ¿Cuál es el mecanismo previsto para que la CPI ejerza su competencia? Trataremos de explicar esta cuestión. El EstCPI articula un sistema de iniciativas o legitimaciones para promover la apertura de una investigación por la CPI o, en otras palabras, el inicio del proceso ante el citado órgano. Cometido el hecho criminal, existe una serie de entes legitimados para presentar la situación ante la CPI. Precisamente, los legitimados para promover la apertura de la investigación son, al mismo tiempo, los que con su solicitud hacen que la CPI se plantee sobre su competencia o no para conocer del asunto (10).

¿Cuál es la razón de este paso previo? La respuesta es sencilla, y atiende a una cuestión que hemos planteado en líneas anteriores: la jurisdicción de la CPI es subsidiaria de la de los Estados. Por tanto, el EstCPI exige que para que se inicie un proceso ante este órgano su jurisdicción se active a través de alguna de las vías indicadas en el art. 13 EstCPI (11): a) por un Estado Parte (art. 13.a) EstCPI); b) por el Consejo de Seguridad (art.13 b) EstCPI); o c) *motu proprio* por el Fiscal (art. 13 c) EstCPI) (12). Consideramos importante matizar que lo que estos últimos pueden activar es una situación (13), pero no un caso concreto (14), la determinación del cuál corresponde a la Fiscalía de la CPI.

Tras esta solicitud comienza un procedimiento que tiene como objeto analizar si la CPI es competente (15), así como la posible admisibilidad del asunto, lo que algunos

(10) OLÁSULO ALONSO, Héctor, *Corte Penal Internacional, ¿dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, p. 100. Este autor considera que los arts. 13, 14, 15, 18 y 53.1, 3 y 4 EstCPI regulan actuaciones «que se diferencian del proceso penal ante la CPI porque tiene un objeto, unas partes y un procedimiento de tramitación propios. Esta serie ordenada de actuaciones constituye (...) proceso de activación de la jurisdicción abstracta de la CPI, que se caracteriza por tener un carácter previo, necesario y autónomo frente al proceso penal propiamente dicho, y que se tramita a través de las modalidades procedimentales que en este trabajo hemos denominado procedimientos de activación a instancia de la Fiscalía, del Consejo de Seguridad y de un Estado Parte». Estos procedimientos se desarrollan a lo largo de las pp. 391-522 de la citada obra.

(11) Entiende GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, «La investigación del crimen en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional», AAVV (Ed. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, CARDONA LLORÉNS, Jorge), *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinar)*, op. cit., p. 297, que, a pesar de que el título del art. 13 sea «Ejercicio de la competencia», en realidad, debería llamarse «de la promoción de la investigación», en tanto que las vías planteadas por el precepto son para la presentación de la situación ante la CPI, que deberá admitir o no. Es decir, no es que a través de las vías previstas se esté ejerciendo la competencia, sino que se facilita la presentación de la situación ante la CPI para que decida si procede o no.

(12) El art. 13, es el primero de los tres preceptos que el EstCPI dedica a la activación de la jurisdicción. Los párrafos a) y c) hacen referencia a los arts. 14 y 15 respectivamente, así como al art. 12. Formula un análisis exhaustivo de este precepto, SCHABAS, William A., *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, Oxford University Press, Oxford 2010, pp. 293-303.

(13) En la Conferencia de Roma se barajaron dos términos diferentes: *situation* o *matter*, pero finalmente se optó por incluir en el EstCPI el primero de ellos. Lo advertimos en *Discussion Paper, Bureau*, UN Doc. A/CONF.183/C.1/L.53.

(14) Lo remarca, GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, «La investigación del crimen en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional», op. cit., p. 297.

(15) Con, GÓMEZ COLOMER, JUAN-LUIS, «La investigación del crimen en el proceso penal ante la Corte Penal Internacional», op. cit., p. 296, la CPI, en este momento debe analizar si concurren los presupuestos de jurisdicción y competencia.

denominan proceso de activación(16). Realizados estos apuntes previos, nuestro trabajo pretende esbozar la actuación del Fiscal en relación al denominado test de admisibilidad o examen de admisibilidad, paso previo al inicio de una investigación en el seno de la Corte Penal Internacional. El mismo se concreta en el análisis sobre la concurrencia de los presupuestos de jurisdicción, así como la competencia del mencionado órgano para conocer del asunto.

## IV. La búsqueda de elementos razonables para el inicio de una investigación: el filtro de la admisibilidad

### IV.1. Cuestiones previas

La remisión de una situación por el Consejo de Seguridad o un Estado Parte, o la recepción de comunicaciones sobre hechos que pueden ser de competencia de la CPI no supone necesariamente que el Fiscal de la CPI, de modo automático, actúe o inicie una investigación. Para que esto ocurra es preciso que la situación pase por un filtro de admisibilidad, basado básicamente en los «fundamentos razonables».

Si se trata de una comunicación(17), para que ésta derive en una investigación *motu proprio* del Fiscal, el EstCPI exige que existan fundamentos razonables para hacerlo. Si nos encontramos ante la remisión de una situación por el Consejo de Seguridad o un Estado, por el contrario, se trataría de realizar un test a la inversa, es decir, el Fiscal no actuará únicamente en aquellos casos en los que existan fundamentos razonables para no hacerlo(18).

El art. 53 EstCPI determina los criterios a tener en cuenta para decidir si existen o no fundamentos razonables(19). En primer lugar, el Fiscal comprueba si los crímenes denunciados son jurisdicción y competencia de la CPI. Lo cuál implica que se deben

---

(16) Realiza un estudio detallado sobre el proceso de activación, OLÁSULO, Héctor, *Corte Penal Internacional, ¿dónde investigar? Especial referencia a la Fiscalía en el proceso de activación*, op. cit. y OLÁSULO ALONSO, Héctor, *The Triggering Procedure of the International Criminal Court*, Martinus Nijhoff, Leiden/Boston 2005.

(17) La Oficina del Fiscal ha adoptado el término «comunicaciones» (*communications*) para hacer referencia a las informaciones recibidas en relación al art. 15 EstCPI, siendo sus principales fuentes particulares y ONGs. desde que la CPI comenzó su andadura en el 2002, en su sede se han recibido varios miles de comunicaciones. Lo atestiguan, entre otros, OTP, *Communications Received by the Office of the Prosecutor of the ICC*, 16 julio 2003; ICC, *Report on the activities of the Court*, ICC-ASP/3/10, pfo. 49; ICC, *Report on the activities of the Court*, ICC-ASP/4/16, pfo. 44; ICC, *Report on the activities of the Court*, ICC-ASP/5/15, pfo. 56. Concretamente, en el período de tiempo comprendido entre el 1 de agosto de 2012 y el 30 de junio de 2013, «la Fiscalía recibió 572 comunicaciones relativas al artículo 15 del Estatuto de Roma, de las que 477 se referían a hechos que rebasaban claramente la competencia de la Corte; 19 no guardaban relación con situaciones actuales y justificaban la realización de un análisis más detallado; 43 tenían vinculación con una situación que ya se estaba analizando; y 33 estaban relacionadas con una investigación o un enjuiciamiento», ICC, Ninth Report of the Court to the UN for 2012/13 (A/68/314), de 13 agosto 2013, p. 15, disponible en español: [http://www.icc-cpi.int/en\\_menus/icc/reports%20on%20activities/court%20reports%20and%20statements/Documents/9th-report/N1342656.pdf](http://www.icc-cpi.int/en_menus/icc/reports%20on%20activities/court%20reports%20and%20statements/Documents/9th-report/N1342656.pdf)

(18) En otras palabras, en este último caso, es la ausencia de fundamentos razonables para no actuar lo que hará que comience con la investigación

(19) Mientras el art. 15.3 EtCPI se refiere a «fundamento suficiente», el art. 53.1 lo hace a «fundamento razonable». Esta diferencia de términos únicamente se produce en la versión española, pero no en la inglesa, en la que únicamente se mencionan los *reasonable basis*, ni en la francesa, donde la referencia es a *base raisonnable*. Por lo tanto, haremos referencia únicamente a «fundamento razonable».

cumplir los requisitos *rationae materiae, loci o personae* y *temporis*, es decir, que los hechos queden bajo su competencia material, espacial o personal y temporal.

El segundo criterio atiende al requisito de admisibilidad del art. 17 EstCPI (20). Se trata de la aplicación del principio de complementariedad, el cuál otorga preferencia a las jurisdicciones nacionales; pero también hace referencia a aspectos jurídicos y de conveniencia: la disposición de un Estado a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento y la aplicación de la justicia nacional; el estado del proceso en la jurisdicción nacional y causas por las que no se ha incoado la acción penal; el principio de cosa juzgada y si la decisión de la jurisdicción nacional fue en base a la sustracción de la responsabilidad penal internacional,...

El tercer y último criterio hace referencia a la valoración del *interés de la justicia* (21), teniendo en cuenta la gravedad del crimen y el interés de las víctimas. Consiste en la existencia de razones sustanciales para creer que, aún teniendo en cuenta la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia. En este caso, el Fiscal, a pesar de encontrarse ante un delito competencia de la CPI, puede tomar la decisión de no proceder a la investigación y consiguiente enjuiciamiento; no obstante, éste puede modificar su decisión con posterioridad valorando nuevas circunstancias (art. 53.4 EstCPI). Nos encontramos aquí con una decisión discrecional del Fiscal, manifestación del principio de oportunidad. Pero, ¿cómo debemos interpretar la expresión «en interés de la justicia»? El art. 53.1 c) EstCPI únicamente hace referencia a dos elementos: la gravedad del delito y el interés de las víctimas. Podría entenderse que, en realidad, el Fiscal no inicia la investigación o, en su caso, no enjuicia porque, a pesar del daño cometido a las víctimas, el perseguir el o los crímenes en cuestión no favorecería a la justicia internacional (22), aunque la cuestión no es pacífica. Trataremos de arrojar algo de luz en las páginas que siguen.

## IV.2. La complementariedad y sus implicaciones

### IV.2.1. LAS CUESTIONES DE ADMISIBILIDAD PREVISTAS POR EL ART. 17 ESTCPI

Como afirmábamos anteriormente, una de las primeras cuestiones que el Fiscal deberá determinar es si los crímenes cometidos en la situación remitida o comunicada corresponden a la competencia de la CPI, es decir, los fijados en los arts. 5-8

(20) Para una visión de las discusiones producidas en la Conferencia de Roma sobre el art. 17 EstCPI, resulta interesante, WILLIAMS, Sharon A., «Article 17. Issues of admissibility», AAVV (Ed. TRIFFTERER, OTTO), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article*, Nomos, Baden-baden 2008, pp. 383-394.

(21) Se refieren al interés de la justicia, los arts. 53.1 c) y 53.2 c) EstCPI. El problema que se plantea en torno al concepto de interés de la justicia es que en ocasiones puede conllevar una valoración un tanto discrecional por parte del Fiscal. No obstante, esta decisión, en última instancia, se controla por la SCP.

(22) En este sentido, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, *El Tribunal Penal Internacional: Investigación y acusación*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 126 y 127. El autor menciona las razones que pueden llevar al Fiscal a tomar esta decisión: que el hecho no merezca sobrecargar de más asuntos a la CPI o la inutilidad de castigar al culpable debido a su estado mental o su elevada edad. En la misma dirección, CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, *La Corte Penal internacional*, Dykinson, Madrid 2002, p. 116. Vid., <http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC/Structure+of+the+Court/Office+of+the+Prosecutor/Policies+and+Strategies/Policy+Paper+on+the+Interests+of+Justice.htm>

EstCPI (el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes contra la humanidad y el crimen de agresión(23)). Además, deberá analizar el resto de criterios de determinación de la competencia citados anteriormente, es decir, si los hechos quedan bajo su competencia material, espacial o personal y temporal. No obstante, en ocasiones, a pesar de tratarse de crímenes competencia de la CPI, ésta no despliega su jurisdicción, en base al criterio de la complementariedad. En otras palabras, no es suficiente que la situación el caso sea competencia de la CPI, sino que, además, habrá de ser admisible. Así pues, el art. 17 EstCPI prevé el denominado test de complementariedad o de admisibilidad(24), estableciendo una serie de situaciones de las que se deriva la falta de jurisdicción de la CPI. De manera que la Corte resolverá la inadmisibilidad cuando: (a) el asunto haya sido investigado o se esté enjuiciando por un Estado con jurisdicción, salvo que no esté dispuesto a llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; (b) el asunto haya sido investigado por un Estado con jurisdicción y haya decidido no incoar acción penal contra la persona, salvo que la decisión adoptada tenga como finalidad no llevar a cabo el enjuiciamiento o no pueda realmente hacerlo; (c) la persona involucrada haya sido enjuiciada con efectos de cosa juzgada de conformidad con el art. 20.3 EstCPI, y (d) el asunto no sea de gravedad suficiente para justificar que la CPI pueda adoptar otras medidas. El Fiscal no podrá iniciar una investigación en ninguno de los citados supuestos por la sencilla razón de que en ellos la CPI no cuenta con jurisdicción, dado el principio de complementariedad al que se somete la competencia de este Tribunal.

Trataremos de analizar a continuación los criterios que han de ser tenidos en cuenta en orden a la admisibilidad.

#### **IV.2.1.1. La valoración de la actividad o inactividad por parte del Estado**

La Fiscalía de la CPI ha abordado el tema relativo a la complementariedad en sus informes dirigidos al Consejo de Seguridad en virtud de la remisión de la situación en Darfur(25). Además, incluso antes de que el primer Fiscal de la CPI, Luis Moreno-Ocampo, asumiera el cargo, la Oficina del Fiscal encargó un estudio de expertos en lo que denominó «complementariedad en la práctica». En él aparecían términos como «colaboración», «diálogo con los Estados» y «distribución de la carga», que abogaban por la conveniencia de una relación pacífica y constructiva entre los sistemas nacionales de justicia y la CPI. Por otra parte, los expertos enfatizaban las for-

---

(23) En relación al crimen de agresión, recordamos que las condiciones para la entrada en vigor consensuadas en Kampala establecieron que la CPI no podría ejercer su jurisdicción sobre el crimen hasta el 1 de enero de 2017.

(24) AMBOS, KAI, «El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)», *op. cit.*, p. 4. El autor lo define como un proceso en curso y que puede ser renovado varias veces antes de comenzar el juicio. En el mismo sentido, STIGEN, Jo, *The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions. The principle of complementarity*, Martinus Nijhoff, Leiden, Boston 2008, p. 145. OLÁSOLO ALONSO, Héctor, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2011, p. 61, considera que el principio de complementariedad «tiene como fundamento un sistema de soberanía compartida entre la Corte y las jurisdicciones nacionales que no es sino una manifestación del fenómeno de jurisdicciones concurrentes».

(25) Nos referimos al informe de la Fiscalía en la situación de Darfur-Sudán, OTP, *Report on the activities performed during the first three years (June 2003-June 2006)*, 12 septiembre 2006.

mas de cooperación y asistencia e hicieron referencia a lo que denominaban como «admisibilidad indiscutible» (26). En relación a este concepto, los expertos autores del citado informe concluyeron que pueden existir situaciones en las que la Oficina del Fiscal y el Estado en cuestión acuerdan una división consensuada de la labor de enjuiciamiento en interés de la justicia, por ejemplo, cuando un Estado devastado por el conflicto sufrido no se encuentra en condiciones de llevar a cabo actuaciones eficaces contra los mayores responsables de los crímenes cometidos. Aluden a escenarios posibles, planteando situaciones en las que la cuestión de la admisibilidad no implica mayor problema, en la medida en que el Estado está dispuesto a reconocer expresamente que no está llevando a cabo una investigación o enjuiciamiento (27). Hacen referencia, incluso, al supuesto de huida del sospechoso de crímenes competencia de la CPI a un tercer Estado; todas las partes interesadas podrían acordar que la CPI, en lo que se refiere a la experiencia en materia de pruebas y testigos, es el foro más efectivo. Si, además, ese tercer Estado no ha iniciado una investigación, simplemente no existiría óbice alguno para la admisibilidad en virtud del art. 17 EstCPI, por lo que simplemente no habría necesidad de considerar que el Estado es reacio o incapaz para llevar a cabo el enjuiciamiento, antes de que pueda cooperar con la CPI mediante la entrega del sospechoso (28). En los casos citados, concluyen los expertos, el declinar el ejercicio de la jurisdicción nacional con el objetivo de facilitar la jurisdicción internacional, no supone un signo de apatía o falta de compromiso por parte del Estado en cuestión (29).

En la situación de Sudán (30), el Fiscal no encontró muestras de que se hubiera iniciado ningún proceso en este Estado, dato que fue confirmado por su propio Gobierno (31). Sin embargo, en este caso, el Fiscal mantenía que el Estado de Sudán no estaba «dispuesto» a llevar a cabo la investigación y enjuiciamiento. Por lo que res-

---

(26) Así se detalla en, OTP, *Informal expert paper. The principle of complementarity in practice*, 2003, p. 19. El documento completo se encuentra disponible en: [http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp\\_docs/library/organs/otp/complementarity.pdf](http://www.icc-cpi.int/iccdocs/asp_docs/library/organs/otp/complementarity.pdf). De acuerdo con este enfoque, a la hora de determinar si un Estado cumple con su obligación de juzgar, han de valorarse sus motivos, más que sus acciones. El propio Fiscal hizo suya esta filosofía, quedando reflejado en el documento OTP, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor, for discussion at the public hearing in The Hague on 17 and 18 June 2003*, 2003, p. 5. En él queda claro que pueden existir casos en los que la inacción de los Estados es precisamente el modo apropiado de actuar, de manera que si, por ejemplo, la CPI y el Estado incapacitado para investigar o enjuiciar están de acuerdo en el reparto de la labor de enjuiciamiento, ésta sería el enfoque más adecuado y efectivo. Además, puede ocurrir que bandos enfrentados por el conflicto se opongan al enjuiciamiento llevado a cabo por el contrario, pero si llegar a un acuerdo para que lo haga una Corte, al ser percibida como un órgano neutral e imparcial.

(27) Lo avala, OTP, *Informal expert paper. The principle of complementarity in practice*, 2003, p. 18.

(28) *Ibid.*, p. 19.

(29) *Ibid.*, pp. 19-20.

(30) La describe, OTP, *Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, Mr. Luis Moreno Ocampo, to the Security Council pursuant to UNSR 1593 (2005)*, 29 junio 2005, p. 6. En él se muestra el estudio realizado por el Fiscal sobre las instituciones, leyes y procesos sudaneses. El gobierno de Sudán proporcionó información sobre su sistema procesal penal. La situación de Darfur-Sudán fue remitida por el Consejo de Seguridad; de la misma se han derivado cinco casos, tres de ellos en fase de investigación, uno en fase de apelación tras la desestimación de los cargos por la SCP, y el último, a la espera de juicio. Toda la información sobre la situación en Darfur-Sudán y los casos en curso se encuentra accesible en: [http://www.icc-cpi.int/EN\\_Menu/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/Situation%20ICC%200205/Pages/situation%20icc-0205.aspx](http://www.icc-cpi.int/EN_Menu/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/Situation%20ICC%200205/Pages/situation%20icc-0205.aspx)

(31) UN Doc. S/PV.5905, p. 2

pecta a las situaciones de la República Democrática del Congo (32) y Uganda (33), en ellas existía una división de la labor de enjuiciamiento entre el sistema de justicia nacional y la CPI. El Fiscal basó el examen de la complementariedad en la «inactividad» del Estado, lo que, en cierta medida, convierte el criterio de la «incapacidad» para actuar en algo secundario; se presume que, evidentemente, aquél Estado que sea «incapaz» para llevar a cabo la investigación y enjuiciamiento, permanecerá «inactivo». Cuestión diferente sería que un Estado, en principio, intente llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento, pero la CPI considere que el sistema jurisdiccional del mismo no está a la altura. En este caso el término aludido sí cobraría importancia.

Pero, ¿cuándo podemos considerar que un Estado permanece «inactivo»? Para contestar a esta cuestión prestaremos atención a algunas de las decisiones tomadas en los casos actualmente en curso ante la CPI. Concretamente, en el proceso contra Lubanga (34), la Sala de Cuestiones Preliminares —en adelante, SCP— I declaró que para que un caso derivado de una situación se considere admisible, resulta condición *sine qua non* que el procedimiento nacional abarque, tanto la persona objeto de investigación y enjuiciamiento, como la conducta que es objeto del caso ante la CPI. El acusado en cuestión se encontraba custodiado en la República Democrática del Congo a la espera de juicio por los cargos de genocidio y crímenes contra la humanidad. No obstante, la CPI señaló que no hacía frente al cargo por reclutamiento de niños soldado, crimen que, precisamente, era el que había dado lugar a la emisión de la orden de detención (35). En el mismo sentido, en el caso de Ali Kushayb, la CPI mantuvo que, a pesar de que Ali había sido arrestado y estaba bajo investigación en relación con los incidentes en Darfur, la investigación realizada por las autoridades sudanesas no abarcaba la misma conducta objeto de la solicitud del Fiscal ante la CPI (36).

Por tanto, podemos entender que, a pesar de que un Estado actúe, si el crimen o crímenes específicos por los que pretende acusar el Fiscal no están previstos por el sistema de justicia nacional —aún a pesar de que el acusado pueda estar enfrentán-

---

(32) Sobre la República Democrática del Congo, BURKE-WHITE William, «*Complementarity in Practice: The International Criminal Court as Part of a System of Multi-level Global Governance in the Democratic Republic of Congo*», *Harvard International Law Journal*, vol. 3, n.º 1, 2005, pp. 557-590.

(33) Realiza un análisis profuso, EL ZEIDY, Mohamed M., «The Ugandan government triggers the first test of the complementarity principle: An assessment of the first state's party referral to the ICC», *International Criminal Law Review*, vol. 5, n.º 1, 2005, pp. 83-119.

(34) Perteneciente a la situación de la *República Democrática del Congo* (ICC-01/04), remitida por un Estado Parte, el de *Thomas Lubanga Dyilo* (ICC-01/04-01/06), constituye el primer caso en el que se inició un juicio oral ante la CPI, con fecha de 26 de enero de 2009, finalizado por sentencia condenatoria el 12 de julio de 2012. Actualmente se encuentra en fase de apelación. Toda la información sobre la situación en la República Democrática del Congo y los casos en curso se encuentra accesible en: [http://www.icc-cpi.int/EN\\_Menu/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/Situation%20ICC%200104/Pages/situation%20index.aspx](http://www.icc-cpi.int/EN_Menu/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/Situation%20ICC%200104/Pages/situation%20index.aspx)

(35) Así lo expone, ICC, *Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant Arrest, Article 58, Lubanga* (ICC-01/04-01/06), 24 febrero 2006, pfs. 34-38. En el mismo sentido, ICC, *Decision on the Prosecution Application under Article 58.7 of the Statute*, ICC, *Harun et al.* (ICC-02/05-01/07), 27 abril 2007, pfo. 24; ICC, *Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngujolo Chui Ngujolo* (ICC-01/04/02/07), 6 julio 2007, pfo. 21; ICC, *Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a Warrant of Arrest for Germain Katanga Katanga*, (ICC-01/04-01/07), , 6 julio 2007, pfo. 20.

(36) ICC, *Decision on the Prosecution Application under Article 58.7 of the Statute*, 27 abril 2007 *Kushayb* (ICC-02/05-01/07), pfo. 21; en el mismo sentido, ICC, *Decision on the Prosecution Application under Article 58.7 of the Statute*, *Harun et al.*, (ICC-02/05-01/07), 27 abril 2007, pfo. 21.

dose a otros cargos que también puedan ser considerados como muy graves—, el test de admisibilidad puede resultar positivo.

#### IV.2.1.2. *La falta de disposición del Estado para actuar*

Los apartados a) y b) del art. 17.1 EstCPI hacen referencia a supuestos en los que debería resolverse a favor de la inadmisibilidad: cuando el asunto sea objeto de una investigación o enjuiciamiento por un Estado que tenga jurisdicción sobre él o, tras haber sido objeto de investigación, éste haya decidido no incoar acción penal contra la persona de que se trate. No obstante, en ambos casos, el precepto incluye una salvedad: la falta de disposición del Estado para llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento, o su incapacidad para hacerlo (art. 17.1 a) Est CPI)(37). El propio art. 17 EstCPI, en su apartado 2, proporciona los criterios o elementos a valorar en orden a determinar la existencia de «disposición» por parte del Estado para llevar a cabo la investigación o el enjuiciamiento. Los mismos se concretan en: (a) que el juicio haya estado o esté en marcha o que la decisión nacional haya sido adoptada con el propósito de sustraer a la persona de que se trate de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte, según lo dispuesto en el art. 5 (38); (b) que exista una demora injustificada en el juicio que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona ante la justicia; (c) que el proceso no haya sido o no esté siendo sustanciado de manera independiente o imparcial y haya sido o esté siendo sustanciado de forma en que, dadas las circunstancias, sea incompatible con la intención de hacer comparecer a la persona de que se trate ante la justicia (39).

La Regla 51 RPP (40) prevé que, en la determinación de la falta de voluntad o disposición por parte del Estado, la Corte, al examinar las cuestiones a que se hace referencia el art. 17.2 EstCPI y en el contexto de las circunstancias del caso, podrá tener

(37) Si nos fijamos detenidamente en la literalidad del precepto, vemos que, tanto en el apartado a), como b), se hace referencia a dos situaciones: a que el Estado «no esté dispuesto» o que éste «no pueda realmente hacerlo». En versión inglés: «genuinely». Al realizar la traducción al español ha cambiado el sentido en algún aspecto, aún así, podemos entender que el término realmente parece ser una referencia a las pautas establecidas en el apartado 2 del art. 17 EstCPI, proporcionando elementos de juicio para evaluar si el enjuiciamiento es, de hecho, cierto o real. Se pretende analizar si, realmente, el Estado en cuestión está dispuesto a juzgar al presunto criminal. Por lo que respecta al término «realmente» (*genuinely*) se consideró que podría ser más adecuada que otras alternativas como «efectiva» (*effectively*) o «diligencia» (*diligently*). No obstante, la jurisprudencia de la CPI tampoco ha dado demasiada importancia al término, dado el tratamiento de la inactividad a la que más arriba hemos aludido. Sobre esta cuestión, *vid.* HOLMES, John T., «The principle of complementarity», *op. cit.*, p. 49.

(38) En este sentido, ICC, *Motifs de la decisión orale relative à l'exception d'irrecevabilité de l'affaire (article 19 du Statut)*, *Katanga et al.* (ICC-01/04-01/07), 16 junio 2009, pfo. 77.

(39) Por otra parte, estos factores se analizan teniendo en cuenta indicadores potenciales, como el número de investigaciones en curso, los medios que tienen a su disposición para poder proceder a la investigación y enjuiciamiento, la adecuación de las acusaciones y responsabilidad habida cuenta de la gravedad del delito y las pruebas; o la suficiencia de estas últimas. Así lo afirma, OTP, *Informal expert paper. The principle of complementarity in practice, Annex 4. List of indicia of unwillingness or inability to genuinely carry out proceedings 2003*, p. 28. En el anexo 7 del mismo documento incluye un listado de jurisprudencia que, a juicio de los expertos puede resultar de interés, aunque, al mismo tiempo, incluye la advertencia de que el criterio de admisibilidad es distinto en relación a las normas de derechos humanos y, por otra parte, que la jurisprudencia existente no es del todo consistente. *Vid. ibid.* Annex 7, pp. 35-37.

(40) Reglas de Procedimiento y Prueba, que desarrollan las previsiones del EstCPI.



en cuenta, entre otros elementos, la información que el Estado ponga en su conocimiento mostrando que sus Tribunales reúnen las normas y estándares internacionales reconocidos para el enjuiciamiento independiente e imparcial de una conducta similar o que el Estado ha confirmado por escrito al Fiscal que el caso se está investigando o ha dado lugar a un enjuiciamiento.

#### IV.2.1.3. La falta de capacidad del Estado para actuar

A continuación, el art. 17.3 EstCPI, a fin de establecer la posible incapacidad del Estado para llevar a cabo la investigación o enjuiciamiento, prevé que la Corte examinará(41) si el mismo, debido al colapso total o sustancial de su administración nacional de justicia o al hecho de que carece de ella, no puede hacer comparecer al acusado, no dispone de las pruebas y los testimonios necesarios o no está por otras razones en condiciones de llevar a cabo el juicio(42). En el caso de Lubanga, cuando el Fiscal solicitó la orden de arresto a la SCP, ésta declaró que desde que el presidente de la República Democrática del Congo había remitido la situación, su sistema de justicia había mejorado(43). Por ello, no se mostró de acuerdo con el parecer del Fiscal, que entendía que el sistema de justicia de la República Democrática del Congo continuaba siendo «incapaz» en el sentido previsto por los apartados a) y c) del art. 17 EstCPI(44).

Por lo que respecta a la situación en la República Centroafricana(45), el Fiscal justificó la larga demora entre la remisión y su decisión de iniciar una investigación por la incertidumbre acerca de si el Estado en cuestión era capaz de llevar a cabo la investigación y el correspondiente procesamiento. Declaró que la *Cour de Cassation*, el más

---

(41) En el informe de expertos también se hace referencia a algunos factores que pueden resultar indicadores de la falta de capacidad, entre otros, falta del personal necesario, como jueces, investigadores y Fiscales; incluso falta de infraestructura judicial, o circunstancias como la concesión de amnistías o inmunidades. OTP, *Informal expert paper. The principle of complementarity in practice, Annex 7, «List of indicia of unwillingness or inability to genuinely carry out proceedings, op. cit., p. 38.*

(42) Fue, precisamente, este criterio el tenido en cuenta en el caso *Lubanga* para la emisión de la orden de arresto en febrero de 2006. Puede consultarse también, en relación a esta cuestión, lo declarado por Joseph Kabila, presidente de la República Democrática del Congo, en la situación de la *República Democrática del Congo*, ICC-01/04-01/06-32-AnexA1, 21 marzo 2004, que hacía clara referencia a la situación prevista por el art. 17.3 EstCPI. En este sentido, OTP, *Third Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005)*, de 14 junio 2006, p. 9; OTP, *Fourth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005)*, de 14 diciembre 2006, p. 7; y OTP, *Fifth Report of the Prosecutor of the International Criminal Court to the UN Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005)*, de 7 junio 2007, p. 7.

(43) Concretamente, el *Tribunal de Grande Instance*, había vuelto a operar en la Región de Ituri.

(44) ICC, *Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Prosecutor v. Lubanga* (ICC-01/04-01/06-8), 10 febrero 2006, pfo. 36.

(45) La situación de la *República Centroafricana* (ICC-01/05), remitida por su propio Gobierno, ha derivado en los procesos seguidos contra *Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08), que se enfrenta a dos cargos de lesa humanidad (violación y homicidio) y tres cargos de crímenes de guerra (violación, homicidio y saqueo), y contra *Jean Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu y Narcisse Arido* (ICC-01/05-01/13), aún en fase de investigación.

Toda la información sobre la situación en la República Centroafricana y los casos en curso se encuentra accesible: [http://www.icc-cpi.int/EN\\_Menu/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/Situation%20ICC%200105/Pages/situation%20icc-0105.aspx](http://www.icc-cpi.int/EN_Menu/ICC/Situations%20and%20Cases/Situations/Situation%20ICC%200105/Pages/situation%20icc-0105.aspx)

alto Tribunal del Estado, había confirmado que el sistema judicial nacional era «inca-paz» para llevar adelante los procedimientos necesarios para la correspondiente investigación y enjuiciamiento de los presuntos crímenes cometidos, siendo esta cuestión vital para proceder y, por tanto, para la decisión de admisibilidad(46).

En la Situación de Darfur, el Fiscal explicó que se había establecido un Tribunal especial para Darfur, así como para Geneina y Nyala, pero declaró que estos Tribunales eran relativamente inaccesibles, sufrían de escasez de recursos, y que, además, aparecían cuestiones como la falta de experiencia o de seguridad. Por ello, entendía que, a pesar de los esfuerzos, no se daban las circunstancias para que el caso fuera inadmisibile(47). Admitió la existencia de los mecanismos tradicionales de reconciliación, pero matizando que éstos no constituyen un proceso penal, a los efectos de evaluar la admisibilidad de los casos ante la CPI(48). Además, no contaba con un sistema efectivo de protección para víctimas y testigos, lo que repercutía de manera negativa en la efectividad de las investigaciones(49).

#### IV.2.1.4. El efecto de cosa juzgada y su previsión en el EstCPI

Otro de los criterios, a efectos de la admisibilidad, que el Fiscal ha de tener en cuenta es el efecto de cosa juzgada. Antes de entrar en el análisis de esta institución en el EstCPI y su consideración por el Fiscal, es preciso realizar unas breves notas que nos ayuden a entender el significado y alcance de este instituto, limitándolo al proceso penal.

##### IV.2.1.4.1. Algunas aclaraciones previas

La finalidad de la institución de la cosa juzgada apunta al principio de seguridad jurídica, que exige que el estado de incertidumbre en el que se encuentran, en el pro-

(46) ICC, *Prosecution's Report Pursuant to Pre-Trial Chamber II's, Situación en la República Centroafricana* (ICC-01/05), 30 noviembre 2006; «Prosecutor opens investigation in the Central African Republic», ICC-OTP-PR-20070522-220\_EN, 22 mayo 2007.

(47) Sí es cierto que, en ocasiones, se ha sugerido que los esfuerzos no judiciales de rendición de cuentas que puedan llegar a estar a la altura de la persecución penal, como un proceso de comisión de verdad y reconciliación, podrían responder de manera adecuada a la exigencia de la complementariedad. El propio Fiscal reconoció la importancia de este tipo de vías alternativas para la rendición de cuentas, suponiendo ello que pueden ser relevantes para el ejercicio de su facultad discrecional para iniciar un procedimiento, pero sin que, sin embargo, puedan plantear obstáculo para la admisibilidad. En este sentido, KAUFMAN, Zachary D., «*Justice in Jeopardy: Accountability for the Darfur Atrocities*», *Criminal Law Forum*, vol. 16, n.º 4, 2006, p. 349; STAHN, CARSTEN, «Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: Some interpretative guidelines for the International Criminal Court», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005, p. 695. También, sobre el mismo tema, AMBOS, Kai, «The legal Framework of Transicional Justice: A Systematic Study with a Special Focus on the Role of the ICC», AAVV (Ed. AMBOS, Kai, LARGE, Judith, MARIEKE, Wierde), *Building a Future on Peace and Justice: Studies on Transitional Justice, Peace and Development*, Springer, Berlin 2009, pp. 19-104 y SCHABAS, William, *The International Criminal Court. A commentary on the Rome Statute*, op. cit., p. 347.

(48) Aunque reconoce que son una parte importante de la trama de la reconciliación para Darfur, como se reconoce en la resolución 1593 (2005). Vid., CS, *Resolution 1593 (2005) adopted by the UN Security Council at its 5158th meeting* (S/RES/1593 (2005)), pfo. 5.

(49) OTP, *Second Report of the Prosecutor of the International Criminal Court, Mr Luis Moreno Ocampo to the Security Council pursuant to UNSCR 1593 (2005)*, de 13 diciembre 2005, p. 6.

ceso penal, el acusador, que desconoce si su acusación será estimada, y el acusado, a la espera de su destino final(50), se despeje en un momento determinado; y ello se obtiene, precisamente, con la firmeza de la resolución final. La cosa juzgada implica que la resolución que pone fin al proceso y el proceso mismo se conviertan en irrevocables y dota de una impronta especial frente a cualquier otro proceso presente o futuro(51). Implica esto que la sentencia que se dicte en el proceso penal —sea condenatoria o absolutoria(52)—, impide que se pueda volver a juzgar en otro proceso a la misma persona por los mismos hechos.

Con respecto a la cosa juzgada, distinguimos entre su aspecto formal o firmeza y su aspecto material. Por lo que respecta a la cosa juzgada formal o firmeza(53), ésta supone la preclusión de los medios de impugnación; la material, por su parte, hace referencia a la vinculación que produce en otro proceso penal la resolución de fondo firme(54). En el ámbito penal únicamente las sentencias de fondo firmes —absolutorias o condenatorias— y los autos de sobreseimiento libre(55) tienen como efecto fundamental la prohibición de los jueces de volver a juzgar de nuevo a la misma persona por los mismos hechos(56). La cosa juzgada material impide que existan dos sentencias o dos procesos con el mismo objeto, es decir, misma persona y mismos hechos. Constituye lo que conocemos como principio de *ne bis in idem*(57). Se trata de un principio que ha alcanzado la consideración de derecho fundamental y ha sido recogido por diferentes textos internacionales, así, en el art. 14.7 PIDCP de 1966, en el art. 4.1 del Protocolo n.º 7 del CEDH de 1984, el art. 54 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Shengen, además del art. 50 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007.

---

(50) Si pensamos en delitos de la gravedad a la que nos enfrentamos en el CPI, ese destino es, evidentemente, la prisión por un largo periodo de tiempo.

(51) Correctamente, GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, «Los efectos del proceso», AAVV, *Derecho jurisdiccional III: Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 424. Sobre la cosa juzgada, *vid.* también, OLIVA SANTOS, Andrés DE LA, *Sobre la cosa juzgada (civil, contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Centro de Estudios Ramón Areces, 1991, MEDINA CEPERO, Juan R., «La regulación de la cosa juzgada en el proceso penal», *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n.º 5, 2000, pp. 625-660 y TRECHSEL, Stefan, *Human rights in criminal proceedings*, Oxford University Press, Oxford 2005, pp. 381-402.

(52) Nos vamos a referir aquí únicamente a las resoluciones judiciales de fondo.

(53) Considerada por GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, «Los efectos del proceso», *op. cit.*, p. 424., como denominación más acertada.

(54) *Ibid.*, p. 425.

(55) En el ordenamiento jurídico español, en base a los motivos previstos en el art. 637. LECrim, o por estimación de artículo de previo pronunciamiento en los casos del art. 675 LECrim.

(56) Los límites subjetivos son la persona que aparece en la sentencia o auto de sobreseimiento y los objetivos, los hechos descritos.

(57) El EstCPI, en su art. 20, regula el instituto de la cosa juzgada, aunque en su versión inglesa tiene por título «*ne bis in idem*». De hecho, los autores vienen a utilizar indistintamente los términos *cosa juzgada* y *ne bis in idem*. Por ejemplo, RUIZ COLOMÉ, María A., CUERDA RIEZU, Antonio R., «Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 1, 1999, p. 1718. También en este sentido, y en relación al art. 20 EstCPI, TALLGREN, Immi, «Article 20. Ne bis in idem», AAVV (Ed. Otto TRIFFTERER), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes, article by article*, Nomos, Baden-Baden 2008, p. 420. Algunos autores entienden la *cosa juzgada* como expresión del principio de *ne bis in idem*. Así, VIVES ANTÓN, Tomás S., *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia 1995, p. 355.

#### IV.2.1.4.2. El efecto de cosa juzgada y su previsión en el EstCPI

Realizada esta precisión conceptual, volvamos a las previsiones del EstCPI sobre la cosa juzgada. Prevé el art. 17.1 c) EstCPI que será causa de inadmisibilidad el hecho de que la persona en cuestión haya sido ya enjuiciada por la conducta a que se refiere la denuncia recibida por la Fiscalía, y la CPI no pueda adelantar el juicio con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 3 del art. 20 (58). La norma se limita a remarcar algo que ya está previsto por el último precepto citado, prohibiendo que una persona que ya haya sido juzgada, vuelva a serlo, nuevamente, por los mismos hechos, aunque se tratara de un Tribunal distinto, en este caso, la CPI. Por tanto, debemos acudir al art. 20 (59) EstCPI, que es el que, en definitiva, nos ayuda a comprender los supuestos en los que la cosa juzgada sería causa de inadmisión del caso (60).

El citado precepto distingue dos supuestos (61): el primero, aquél en el que una persona ha sido juzgada por la CPI, independientemente de que la sentencia haya sido condenatoria o absolutoria (62); el segundo, aquél en el que una persona ha sido procesada por otro Tribunal. En el primer supuesto, el texto del artículo no deja lugar a dudas: si la CPI ha absuelto o condenado a una persona, por alguno de los crímenes del art. 5 EstCPI, no podrá volver a ser procesada, ni por la propia CPI, ni por otro Tribunal. En este caso, el efecto que despliega la cosa juzgada tiene plena vigencia.

En el segundo supuesto, es decir, si la persona ya ha sido juzgada por otro Tribunal que no sea la CPI, también juega el principio de cosa juzgada, pero despliega sus efectos, no de modo absoluto, sino con alguna excepción: la CPI no procesará a nadie que lo haya sido anteriormente por otro Tribunal en razón de hechos, también prohibidos, en virtud de los arts. 6, 7, 8 y 8 bis, a menos que ese enjuiciamiento: obedeciera

(58) Art. 20.3 EstCPI: «La Corte no procesará a nadie que haya sido procesado por otro Tribunal en razón de hechos también prohibidos en virtud de los artículos 6, 7, 8 y 8 bis a menos que el proceso en el otro Tribunal: a) Obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o b) No hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia».

(59) Realiza un profundo análisis de este precepto, TALLGREN, IMMI, «Article 20. Ne bis in idem», *op. cit.*, pp. 419-434.

(60) Ya desde un inicio, en las negociaciones en el Comité Preparatorio, se entendió que el *ne bis in idem* debía constituir una causa de inadmisibilidad, por lo que estaría relacionada a las cuestiones de competencia de la CPI. A pesar de que las causas de inadmisibilidad se recogen en los arts. 18-19 EstCPI, a continuación va el 20 y su previsión sobre este instituto. En relación a esta cuestión, *vid.* SADAT, Leila N., *The International Criminal Court and the transformation of international law: justice for the new millennium*, Transnational Publishers, Ardsley NY 2002, p. 188, que explica que esta fue la razón de que esta previsión se incluyera en la Segunda Parte del EstCPI, que recoge las normas relativas a competencia, admisibilidad y derecho aplicable.

(61) Puede sostenerse que el EstCPI ha acogido una concepción de la cosa juzgada procedente del Derecho Penal estadounidense, que se corresponde con la prohibición de *double jeopardy* o derecho a no ser sometido dos veces a un proceso por los mismos delitos. No obstante, aunque puede considerarse una proximidad entre el *ne bis in idem* del derecho continental y el *double jeopardy* del *common law*, no puede admitirse una total identificación entre ambos institutos. Así lo entienden, GÓRRIZ ROYO, Elena, GONZÁLEZ CUSSAC, José L., «'Ne bis in idem' y determinación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», AAVV, (Ed. GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, CARDONA LLORENS, Jorge), *La Corte Penal Internacional (Un estudio interdisciplinario)*, *op. cit.*, pp. 227-230. Para ahondar más en el instituto del *double jeopardy* y entender sus diferencias en relación al *ne bis in idem*, *vid.* SADAT, LEILA N., *The International Criminal Court and the transformation of international law: justice for the new millennium*, *op. cit.*, p. 187.

(62) Art. 20.1 y 2 EstCPI.

al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal por crímenes de la competencia de la Corte; o no hubiere sido instruido en forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiere sido de alguna manera que, en las circunstancias del caso, fuere incompatible con la intención de someter a la persona a la acción de la justicia (63). Por tanto, a *sensu contrario*, debemos entender que existe la posibilidad de que el Fiscal abra una nueva investigación y acuse a una persona que ya lo ha sido anteriormente por los mismos hechos. Nos llama la atención que el precepto haga referencia únicamente al «procesamiento», sin precisar que deba existir sentencia absoluta o condenatoria. Ello nos hace entender, por tanto, que podría tratarse de juicios incluso pendientes. Las excepciones que acabamos de comentar, y que darían lugar a la posibilidad de un doble enjuiciamiento por la jurisdicción nacional y por la CPI, pueden interpretarse como una expresión del principio de complementariedad entre las jurisdicciones estatales y la de la CPI (64). Si dándose alguna de las dos excepciones, el proceso ante la CPI se lleva adelante, el EstCPI no prevé expresamente la obligatoriedad de deducción de la condena ya cumplida, simplemente incluye la «posibilidad» (65) de que se tenga en cuenta cualquier otro periodo de detención cumplido en relación con la conducta (66).

Resulta destacable que el EstCPI no prevé como causa de inadmisibilidad la amnistía, (67) ni tampoco hace referencia alguna a las denominadas comisiones de la verdad (68), si bien es cierto que algunas ONG fueron partidarias de que fueran previstas (69). No es de extrañar que se hubiera evitado la inclusión de este tipo de cuestiones, habida cuenta de lo delicado del tema (70), en cuanto entramos en un plano en el que convergen dos frentes: por una parte, el interés en perseguir a los criminales y

---

(63) Lo consideran un proceso en fraude de ley, RUIZ COLOMÉ, María A., CUERDA RIEZU, Antonio R., «Observaciones sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional», *op. cit.*, p. 1718.

(64) Nos avalan, GÓRRIZ ROYO, Elena, GONZÁLEZ CUSSAC, José L., «Ne bis in idem» y determinación de la pena en el Estatuto de la Corte Penal Internacional», *op. cit.*, p. 23.

(65) Dice literalmente el último inciso del art. 78.2 EstCPI: «La Corte podrá abonar cualquier otro período de detención cumplido en relación con la conducta constitutiva del delito».

(66) Hecho criticado por VAN DEN WYNGAERT, Ongena, T., «Ne bis in idem Principle, including the issue of amnesty», AAVV (Ed. CASSESE, Antonio, GAETA, Paola, JONES, John R. W. D.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, *op. cit.*, p. 726.

(67) Su adopción fue desechada antes del inicio de la Conferencia de Roma. *Report of the Preparatory Committee on the Establishment of an International Criminal Court*, Vol. I, pp. 40 y ss.

(68) Sobre la amnistía y formas alternativas de justicia, entre otros, destacamos, STAHN, Carsten, «Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: Some interpretative guidelines for the International Criminal Court», *Journal of International Criminal Justice*, vol. 3, 2005, pp. 695-720, STAHN, Carsten, KLEFFNER, Jann K., *Jus post bellum: towards a law of transition from conflict to peace*, T.M.C. Asser, The Hague 2008 y OLÁSULO ALONSO, Héctor, *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, *op. cit.*, pp. 73-92.

(69) Dado que el EstCPI no contiene previsión alguna en esta materia, la propia CPI es quien tiene que pronunciarse sobre su reconocimiento en los posibles procesos de verdad y reconciliación. Analiza la cuestión, DUGARD, John, «Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions», AAVV (Ed. CASSESE, Antonio, GAETA, Paola, JONES, John R. W. D.), *The Rome Statute of the International Criminal Court. A commentary*, *op. cit.*, pp. 699-700.

(70) Tema delicado de difícil solución, teniendo en cuenta las diferentes situaciones en las que la amnistía puede ser concedida. A ello se refieren VAN DEN WYNGAERT, ONGENA, T., «Ne bis in idem Principle, including the issue of amnesty», *op. cit.*, p. 726.

hacer justicia y, en el otro, la política y la necesidad de poner punto y final a un conflicto (71).

A pesar de que existe una obligación por parte de los Estados para la persecución de los crímenes de genocidio, violaciones graves de los Convenios de Ginebra, así como los casos de tortura (72), en la práctica nos encontramos con ejemplos en los que se han concedido amnistías por crímenes internacionales (73). Incluso, hay autores que entienden que el EstCPI es lo suficientemente flexible como para que, en un futuro, se pudiera reconocer la amnistía (74). Por ello, resulta crucial la labor de la Fiscalía en analizar caso por caso, teniendo siempre en cuenta dos ejes que no ha de perder de vista: los intereses de las víctimas y la gravedad de los delitos. Y es que los panoramas ante los que el Fiscal de la CPI puede encontrarse son variados (75): desde el supuesto en que la concesión de amnistía es otorgada por los autores a sí mismos hasta aquellos en los que se otorga tras una investigación realizada por órganos no jurisdiccionales, cuasi jurisdiccionales, o incluso jurisdiccionales (76).

#### IV.2.1.5. La suficiencia en la gravedad de los crímenes a investigar

Por último, el asunto también puede ser reputado inadmisibile porque éste no sea de «gravedad suficiente» para justificar la adopción de otras medidas por la Corte. En este contexto, el Fiscal cuenta con facultades para decidir no seguir adelante con una situación o un caso (77) basándose en que éste no reviste la suficiente gravedad (78).

(71) Con, CAMERON, Iain, «Jurisdiction and admissibility issues under de ICC Statute», AAVV (Ed. MAC GOLDRICK, DOMINIC, ROWE, PETER, DONNELLY, ERIC), *The permanent International Criminal Court: legal and policy issues*, Hart Publishing, Oxford and Portland 2004, p. 89.

(72) Art. 4 de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio de 9 de diciembre de 1948; art. 49 del Convenio I, art. 50 del Convenio II, art. 129 del Convenio III y art. 146 del Convenio IV de Ginebra de 12 de julio de 1949.

(73) Da fe de ello, DUGARD, John, «Possible Conflicts of Jurisdiction with Truth Commissions», *op. cit.*, p. 699.

(74) Así lo entiende, *ibid.*, p. 701.

(75) Sobre esta cuestión, BERGSMO, MORTEN, KRUGER, PIETER, «Article 53», *Comentary on the Rome Statute of the International Criminal Court. Observers' notes article by article*, Nomos, Munich 2008., pp. 700-714, y ROBINSON, DARRYL, «Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court», *European journal of international law*, vol. 14, n.º 3, 2003, pp. 481-505.

(76) STAHN, Carsten, «Complementarity, amnesties and alternative forms of justice: Some interpretative guidelines for the International Criminal Court», *op. cit.*, pp. 695-720, plantea un listado de pautas o directrices para la admisión de amnistías e indultos, no obstante, advirtiendo que únicamente podría permitirse en situaciones muy excepcionales y sobre todo, si van unidas a otros métodos de justicia alternativa.

(77) La gravedad es tenida en cuenta en dos momentos del proceso: en un primer estadio, respecto del inicio de la investigación de una situación, y posteriormente, en relación al caso o los casos derivados de la misma, AMBOS, Kai, «El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)», *op. cit.*, p. 10. Queda avalado por la decisión tomada en el caso Abu Garda, *Decision on the Confirmation of Charges, Prosecutor v. Bahar Idriss Abu Garda* (ICC-02/05-02/09), de 8 febrero 2010, pfo. 30; *vid. también* EL ZEIDY, Mohamed M., «The Gravity Threshold under the Statute of the International Criminal Court», *Forum Criminal Law Forum*, vol. 19, n.º 1, 2008, p. 38-40.

(78) Nos encontramos con el caso de Iraq, en el que el Fiscal interpretó que el número de víctimas era inferior en relación al valorado en otras situaciones que ya habían sido sometidas a investigación. Se advierte en, OTP, *Response to communications received concerning Irak*, de 9 febrero 2006, p. 9. No obstante, el 13 de mayo de 2014, la Fiscal de la CPI, la Sra. Fatou Bensouda, anunció su decisión de reabrir el examen preliminar de la situación en Iraq, tras la recepción de nuevas informaciones en la Oficina del Fiscal, en enero de 2014. Las comunicaciones recibidas

La Oficina del Fiscal ha denominado a esta regla de valoración de la gravedad de los crímenes como el *umbral de gravedad*(79), parámetro que deberá superarse para que el caso sea admisible ante la CPI. Los criterios a analizar por el Fiscal, a efectos de determinar si se supera el umbral de gravedad y, por tanto, la causa es admisible, son los siguientes: en primer lugar, es preciso que en la situación concreta se hayan llevado a cabo violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos. Concretamente, en la situación de Venezuela, remitida por diferentes comunicaciones, el Fiscal consideró, en relación a los crímenes contra la humanidad, que no existía un fundamento razonable para entender que se trataba de un ataque sistemático y generalizado contra la población civil(80); en segundo lugar, que se trate de personas que ostentan un alto cargo de liderazgo; y, por último, para ello se considerará el papel desempeñado por la misma en el grupo que cometió la violación masiva y sistemática, así como el papel de las entidades estatales, organizaciones o grupos armados en el contexto de la comisión de los crímenes. Cumplido positivamente el test en relación a estas tres cuestiones, el resultado será la admisibilidad.

En el caso Lubanga, la SCP I sostuvo que, debido a que todos los crímenes competencia de la CPI eran, en principio, graves, habría una dimensión de gravedad adicional que ha de ser evaluada al realizar el test de admisibilidad, por ello, a juicio de este órgano, se requiere que la conducta sea sistemática o en gran escala, y provocar lo que se denomina «alarma social»(81). Sin embargo, la Sala de Apelaciones —en adelante, SA—, entendió que tal requisito diluía la distinción entre los requisitos jurisdiccionales para los crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad; a diferencia de lo mantenido por la SCP, consideró que el criterio de alarma social depende más de las reacciones subjetivas y contingentes a los crímenes, que de la gravedad objetiva. En su resolución, este mismo órgano añade, haciendo referencia a los arts. 1-5 del Preámbulo del EstCPI, que los crímenes competencia de la CPI, son los más graves de trascendencia para la comunidad internacional, por lo que el criterio subjetivo de alarma social, por lo tanto, no es una consideración apropiada para la determinación de la admisibilidad de una causa(82).

Por otro lado, la SCP I también aludió al efecto disuasorio de la CPI y su maximización, entendiendo que ésta sólo puede conseguirse si sus investigaciones y enjuiciamientos se centran en los perpetradores de más alto rango, aquéllos que se encuentran en lo alto de la jerarquía(83). A ello respondió la SA, declarando que esta idea era cuestionable en tanto que es difícil entender cómo el efecto disuasorio podría ser

---

apuntan a la responsabilidad de los funcionarios del Reino Unido por crímenes de guerra relacionados con el abuso sistemático de detenidos en Irak desde 2003 hasta 2008. El examen preliminar analizará, en particular, los supuestos delitos atribuidos a las fuerzas armadas del Reino Unido desplegadas en este territorio entre 2003 y 2008.

(79) OTP, *Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor*, septiembre 2003, p. 7.

(80) OTP, *Response to communications received concerning Venezuela*, 2 febrero 2006, p. 4.

(81) ICC, *Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Prosecutor v. Lubanga* (ICC-01/04-01/06-810), febrero 2006, pfs. 42-64.

(82) ICC, *Judgement on the Prosecutor's Appeal Against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled «Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58», Situación de la República Democrática del Congo* (ICC-01/04), 13 julio 2006, pfs. 70-72.

(83) En el caso ICC, *Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest, Prosecutor v. Lubanga* (ICC-01/04-01/06-8), 10 febrero 2006, pfs. 54-55.

más alto, si quienes perpetran los crímenes, por no ser líderes, no podían ser llevados ante la Corte (84). A su juicio, precisamente la exclusión predecible, por no tratarse de personas de alto rango, podría perjudicar gravemente el papel preventivo o disuasorio de la CPI, que es una de las piedras angulares de su creación. Podría llegar a convertirse en un anuncio de que aquellos autores que no cuenten con un alto rango o mando quedan excluidos automáticamente del ejercicio de la jurisdicción de la corte (85). El problema con esta decisión por parte de la SA, revocando la dictada por la SCP I, es que dejó abierta la cuestión relativa a cómo interpretar lo previsto por el art. 17.1 c). Tanto es así, que en posteriores resoluciones de las diferentes Salas han designado a esta cuestión como *obiter dictum*, lo que, de alguna forma resta autoridad o carácter vinculante a lo decidido por la SA (86).

La Fiscalía, por su parte, ha declarado que la gravedad de una situación depende de la magnitud, naturaleza, la modalidad de la ejecución de los crímenes y el impacto de los mismos (87).

### IV.3. El interés de la justicia

#### IV.3.1. LA EXPRESIÓN «INTERÉS DE LA JUSTICIA» Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE COMPLEMENTARIEDAD

El concepto de «interés de la justicia» resulta fundamental para poder explicar las facultades del Fiscal en relación a la selección de situaciones a investigar y los casos a perseguir por la CPI (88). Sin embargo, esta noción de «interés de la justicia» está íntimamente relacionada con el principio de complementariedad (89), que rige la relación entre la CPI y las jurisdicciones nacionales (90), de manera que el EstCPI, a través de este órgano de carácter internacional no pretende sustituirlas, sino que, a través de su competencia material, personal y temporal perfectamente delimitada, consigue complementar a aquéllas, actuando en los casos en que no se haya procedido a la investigación o persecución.

(84) ICC, *Judgement on the Prosecutor's Appeal Against the Decision of Pre-Trial Chamber I Entitled «Decision on the Prosecutor's Application for Warrants of Arrest, Article 58»*, Situación de la República Democrática del Congo (ICC-01/04), 13 julio 2006, pfs. 73-74. No obstante, en la misma decisión, el Juez Pikis, de la SA, realizó una interpretación del criterio de «gravedad suficiente». ICC, *Separate and partly dissenting opinion of judge Georgios M. Pikis*, Situación de la República Democrática del Congo (ICC-01/04), 13 julio 2006, pfo. 40.

(85) *Ibid.*, pfo. 81

(86) Entre otras, ICC, *Decision on application under Rule 103.4*, febrero 2009, Situación en Darfur, pfo. 25; ICC, *Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, *Prosecutor v. Bashir* (ICC-02/05-01/09), 4 marzo 2009, pfs. 48.

(87) OTP, *Report on the activities performed during the first three years (june 2001-june 2006)*, 12 septiembre 2006, p. 6.

(88) ROBINSON, Darryl, «Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court», *op. cit.*, p. 482

(89) Lo ratifica, *ibid.*, p. 498.

(90) A esta relación se refiere CÁRDENAS ARAVENA, Claudia M., «Revisión crítica del criterio «interés de la justicia» como razón para no abrir una investigación o no iniciar un enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional», *Revista de derecho*, n.º 1, 2011, pp. 21-47.



Ello indica que, a pesar de que se trate de un caso, que no ha sido investigado o perseguido por las jurisdicciones nacionales y es competencia de la CPI y de que, además, cumple con el criterio de admisibilidad, el Fiscal podrá decidir que no existe fundamento razonable para iniciar una investigación o presentar acusación. Si así es, la SCP será informada y podrá examinar el asunto ante la solicitud de quienes hubieren remitido la situación y pedir al Fiscal que reconsidere su decisión. Si el Fiscal fundamenta su decisión de no iniciar la investigación o no perseguir únicamente en que ello no redundaría en interés de la justicia, la SCP podrá revisar tal decisión. Si la decisión del Fiscal resulta revisable por la SCP (91), significa que el éste no puede adoptarla de modo arbitrario, sino que deberá ajustarse a una serie de criterios también razonables (92). La conclusión es sencilla: en estos casos en los que el Fiscal decide no investigar en «interés de la justicia», la investigación o enjuiciamiento queda en manos de los Estados, luego, la forma de interpretar esta noción, afecta directamente al modo de complementar la jurisdicción de la CPI (93).

Sin embargo, nos encontramos con diferentes previsiones en relación a la expresión «interés de la justicia». Mas, es preciso señalar que estas disposiciones son de aplicación excepcional; es decir, el Fiscal no tiene que fundamentar que concurre el interés de la justicia cada vez que decide proceder a una investigación o enjuiciamiento, porque se sobreentiende que dicho interés concurre (94). Pero sí deberá argumentar aquellos casos en los que decide no actuar, bien investigando o persiguiendo los hechos, teniendo en cuenta que la investigación o enjuiciamiento no redundaría en interés de la justicia (95).

En primer lugar, tenemos el art. 53.1 c) EstCPI. Nos encontramos ante la decisión que el Fiscal debe tomar en relación a una situación: el inicio o no de una investigación. En atención al mismo, el Fiscal, a pesar de haber realizado previamente un examen de la gravedad de los hechos, vuelve a considerarla, junto a los intereses de las víctimas. Estos intereses de las víctimas, precisamente, serán: su reconocimiento como tales víctimas; la garantía de que no vuelvan a sufrir riesgos y que se obtenga la correspondiente reparación (96). El precepto deja absolutamente fuera de toda duda que el criterio de la gravedad y los intereses de las víctimas determinan normalmente el inicio de una investigación en relación a una situación. Fijémonos en la citada disposición, cuyo tenor literal es «...aún teniendo en cuenta la gra-

---

(91) Critica este mecanismo de revisión, STIGEN, Jo, «The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions. The principle of complementarity», *op. cit.*, pp. 118 y ss.

(92) Casi literal, BERGSMO, Morten, KRUGER, Pieter, «Article 53», *op. cit.*, p. 705.

(93) Ahonda en la cuestión de la complementariedad (art. 17 EstCPI), AMBOS, Kai, «El test de complementariedad de la Corte Penal Internacional (artículo 17 Estatuto de Roma)», *op. cit.*, pp. 1-47.

(94) Aunque existe alguna opinión contraria. Por todos, WEBB, Philippa, «The ICC Prosecutor's discretion not to prosecute in the 'interests of justice'», *Criminal Law Quarterly*, vol. 50, 2005, p. 319.

(95) Lo expone, OTP, *Policy Paper on the interests of justice*, pp. 1-3, confirmándose por la misma Fiscalía.

(96) Tal y como establece el tenor literal del precepto, la gravedad del crimen y los intereses de las víctimas son criterios autónomos y distintos. En contrario, CAMERON, Ian, «Jurisdiction and admissibility issues under de ICC Statute», *op. cit.*, p. 84, que entiende que los derechos de las víctimas como elementos a tener en cuenta en relación a la determinación de la gravedad.

vedad del crimen y los intereses de las víctimas, una investigación no redundaría en interés de la justicia» (97).

No obstante, es preciso señalar que la previsión del art. 53.1 c) EstCPI es únicamente una facultad del Fiscal, no una obligación, y sometida además, al control por la SCP (98), evitando así un posible uso indiscriminado. El Fiscal, si decide hacer uso de esta facultad deberá poner a un lado de la balanza la gravedad del crimen y al otro, el interés de la justicia. La investigación se iniciará únicamente si la gravedad y los intereses de las víctimas tienen un mayor peso. Sólo en el caso contrario el Fiscal podría decidir no iniciar la investigación. En este último supuesto, el Fiscal debería apreciar la existencia de «razones sustanciales», es decir, una base fáctica consistente.

La siguiente previsión en relación al interés de la justicia es la contenida en el art. 53.2 c) EstCPI. Según éste, tras una investigación, el Fiscal puede decidir no proceder al enjuiciamiento, si considera que el mismo «no redundaría en interés de la justicia». En este caso, el Fiscal previamente ha tenido que valorar los elementos presentes en las letras a) y b), es decir, si hay o no «base suficiente de hecho o de derecho» para pedir una orden de detención o comparecencia, y si la causa es o no admisible. Pues bien, como en el caso anterior, en este momento, también, tras haber llevado a cabo una investigación y estando identificado el caso concreto, y a pesar de proceder una orden de detención o comparecencia y cumplirse el criterio de la admisibilidad, el Fiscal puede decidir no proceder al enjuiciamiento cuando considera que el mismo no redundaría en interés de la justicia, teniendo en cuenta «todas las circunstancias, entre ellas —dice el precepto—, la gravedad del crimen, los intereses de las víctimas y la edad o enfermedad del presunto autor y su participación en el presunto crimen». A diferencia del supuesto anterior, en éste, los criterios son más amplios, dando a entender este último inciso, que sería posible decidir no proceder en situaciones en las que la persona no se encuentre en condiciones físicas para hacer frente al proceso (99). Nuevamente, en este supuesto, el Estado que hubiera remitido la situación o el Consejo de Seguridad podrán solicitar el examen del asunto a la SCP, siendo posible hacer que el Fiscal reconsidere su decisión. Es más, si la decisión de no proceder se tomó atendiendo únicamente al art. 53.2 c) EstCPI (interés de la justicia), la revisión por la SCP es posible efectuarla de oficio y sería necesaria su confirmación.

(97) De la expresión se puede concluir que se trata evidentemente de un supuesto excepcional. *Vid.* ROBINSON, Darryl, «Serving the Interests of Justice: Amnesties, Truth Commissions and the International Criminal Court», *op. cit.*, p. 383.

(98) Cuando el Fiscal recibe remisiones y decide no investigar, debe dar cuenta de la causa de este proceder. Así lo entienden, WOUTERS, Jan, VERHOEVEN, Sten, DEMEYER, Bruno, «The International Criminal Court's Office of the Prosecutor», AAVV (Ed. JOSÉ DORIA, HANS-PETER GASSER, M. CHERIF BASSIOUNI), *The legal regime of the International Criminal Court: essays in honour of Professor Igor Blishchenko. In memoriam Professor Igor Pavlovich Blishchenko (1930-2000)*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston 2009, pp. 345 y 382.

(99) Un artículo interesante sobre el enjuiciamiento de personas en edad avanzada, HERZOG, Felix, «¿No a la persecución penal de dictadores ancianos? Acerca de la función de la persecución penal de la criminalidad estatal.: No to criminal prosecution of old dictators? About the penal prosecution function of state criminality», *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n.º 5, 2008, pp. 1-9. *Vid.*, también, STIGEN, Jo, «The relationship between the International Criminal Court and national jurisdictions. The principle of complementarity», *op. cit.*, pp 367-368. Si se tiene en cuenta el principio de proporcionalidad es comprensible el hecho de no llevar adelante un proceso penal cuando se demuestre que existen indicios más que fundados de que celebración del juicio oral supondría la muerte de la persona imputada.

### IV.3.2. SU INTERPRETACIÓN

La expresión «interés de la justicia» no es nueva en la justicia internacional. Se trata de una noción que goza de predicamento en los últimos años en relación a la justicia transicional y que se relaciona con la denominada justicia restaurativa. El término, no sólo aparece en el EstCPI, sino que está presente también en los Estatutos de los Tribunales Penales Internacional para la antigua Yugoslavia y Ruanda, en la jurisprudencia derivada de estos órganos jurisdiccionales internacionales, así como en el PIDCP y el CEDH(100). En este ámbito, la expresión apunta a los intereses del proceso.

En relación al art. 53 EstCPI, en orden a su interpretación, muchos autores parten del siguiente planteamiento: tratan de identificar aquellos casos en los que, si se iniciara una investigación o se procediera al enjuiciamiento, ello no sería en beneficio del «interés de la justicia» o, a *sensu contrario*, contravendría el interés de la justicia. Y en este sentido, se suele conectar la expresión con los procesos de paz o las comisiones de verdad y reconciliación, entre otras manifestaciones(101). Lo cierto es que cuesta entender que existan crímenes de carácter internacional sometidos a la jurisdicción de la CPI cuya investigación o enjuiciamiento no esté íntimamente conectado con lograr el «interés de la justicia», dejando a salvo los supuestos en los que la persona investigada o sometida a enjuiciamiento esté física o psíquicamente impedida para soportar el proceso. Lo que llama la atención en el art. 53.1 c) y 53.2 c) es el doble filtro establecido en relación a la expresión «interés de la justicia». Si en un principio, antes de proceder al inicio de la investigación, ya se han valorado la gravedad de los hechos y los intereses de las víctimas, ¿por qué se han de tener en cuenta nuevamente para decidir el enjuiciamiento de personas concretas en relación a la misma situación? No se entiende que si la situación es merecedora de investigación, porque cumple con los parámetros de jurisdicción y admisibilidad y cumplía el criterio de «interés de la justicia», nuevamente,

---

(100) CÁRDENAS ARAVENA, Claudia M., «Revisión crítica del criterio «interés de la justicia» como razón para no abrir una investigación o no iniciar un enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional», *op. cit.*, pp. 21-47, entiende que el denominador común en todos los textos mencionados hace referencia a «criterios para ejercer facultades o tomar decisiones dentro de un proceso», pudiendo ser la misma reemplazada por «intereses del proceso (debido, justo y racional)». Se trataría de una noción dirigida a expresar «la mejor forma de satisfacer de manera expedita los fines del proceso en sentido estricto (investigar el crimen, la participación y determinar el castigo, pues esa es la forma en la que se está llevando a cabo la justicia».

(101) Hay quién mantiene que la labor realizada por la CPI puede ser suplida por otros instrumentos que no consistan, efectivamente, en una auténtica investigación y enjuiciamiento. Tal es el caso de las comisiones de verdad y reconciliación, los procesos de justicia transicional o los supuestos de amnistía. Si bien es cierto que pueden ser medios complementarios al proceso penal, sea a través de la justicia nacional o de la CPI, ello no debe excluirlo. Estos mecanismos no pueden o no tienen por qué afectar al interés de la justicia en general. Si esto fuera así, nos encontraríamos con el peligroso riesgo de que aquellas situaciones que el Fiscal no ha investigado o aquellos casos no llevados a enjuiciamiento alegando el no «interés de la justicia», serían objeto de negociación. Una cosa es que este tipo de vías ayuden al restablecimiento de la paz en situaciones post-conflicto, pero otra muy distinta es que reemplacen al proceso penal. La CPI, en su Preámbulo, manifiesta como fin último «la persecución los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto», y establece como objetivo último «poner fin a la impunidad de los autores de estos crímenes», por tanto, no puede entenderse la selección de situaciones o casos que el Fiscal tenga que realizar en un momento dado, respecto del inicio de una investigación o enjuiciamiento, como un no interés de la justicia en general. En todo caso, será una decisión con la que tenga que lidiar teniendo en cuenta las circunstancias concretas de la situación o caso y la limitación de medios materiales y personales con los que cuente. En este sentido se manifiestan, *ibid.*, pp. 35-36. MURPHY, Colleen, «Political reconciliation and international criminal trials», AAVV (Ed. MAY, LARRY, HOSKINS, ZACHARY), *International criminal law and philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 236-238.

para el enjuiciamiento de casos, de personas concretas, es preciso realizar una nueva valoración que tiene en cuenta, parcialmente, los mismos criterios.

Concluyendo, debemos entender el criterio «interés de la justicia» como una guía de selección de situaciones y casos en manos del Fiscal(102); se trataría de un instrumento basado en criterios circunstanciales y que pueden ser además externos al caso concreto, por lo que el interés de la justicia debería conectarse con las circunstancias concretas de la situación o caso objeto de examen. Consideramos esta interpretación acorde con el resto de disposiciones del EstCPI, sobre todo, si reparamos en la literalidad del Preámbulo del EstCPI en estas dos expresiones: «los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo»; y «decididos a poner fin a la impunidad de los autores de estos crímenes». El objetivo final es llevar a cabo investigaciones y enjuiciamientos que cumplan con esos fines, es decir, que se trate de procesos justos y racionales. Es en este punto dónde se enlaza con otra cuestión a valorar en el trabajo de la CPI: los recursos limitados. A pesar de que el objetivo de la CPI y, por ende, del Fiscal sea poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional, es evidente que llevar a efecto esta idea es material y personalmente imposible, y sobre todo si tenemos en cuenta la complejidad de las posibles situaciones y casos ante los que la justicia internacional se enfrenta. La actividad de la CPI y de la Fiscalía quedaría totalmente colapsada, en detrimento de los derechos de las víctimas y de la credibilidad de la propia justicia internacional(103). Es precisamente este panorama el que iría en contra de la justicia universal(104).

## V. A modo de conclusión

Por lo que respecta a la complementariedad, resulta evidente que la Fiscalía de la CPI no ha elaborado una estrategia contundente dirigida a discriminar aquellas situaciones o casos que han de ser admisibles de los que no, cuando se encuentran en curso procedimientos paralelos en las jurisdicciones nacionales. De las decisiones adoptadas por el Fiscal desde que la CPI entró en funcionamiento, se desprende que su actuación no ha sido uniforme en relación al principio de complementariedad. En algunos casos, se ha dado por superado el test de admisibilidad aún existiendo investigación en curso contra los mismos acusados en la jurisdicción nacional y, en otros, se ha priorizado la

(102) Es precisamente ésta la interpretación de CÁRDENAS ARAVENA, Claudia M., «Revisión crítica del criterio «interés de la justicia» como razón para no abrir una investigación o no iniciar un enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional», *op. cit.*, p. 34, propone del art. 53 EstCPI.

(103) Su legitimidad quedaría en entredicho. En este sentido, STRUETT, Michael J. «The politics of discursive legitimacy: understanding the dynamics and implications of prosecutorial discretion at the International Criminal Court», AAVV (Ed. ROACH, STEVEN C.), *Governance, order and the International Criminal Court*. Oxford University Press, Oxford 2009, p. 151.

(104) CÁRDENAS ARAVENA, CLAUDIA M., «Revisión crítica del criterio «interés de la justicia» como razón para no abrir una investigación o no iniciar un enjuiciamiento ante la Corte Penal Internacional», *op. cit.*, pp. 45-47, propone, acorde a esta interpretación, que si se está llevando a cabo un proceso con garantías mínimas contra la misma persona, pero por otros crímenes distintos, podría aplicarse la previsión del art. 53 y no solicitar la entrega del imputado, al menos hasta que termine el juicio y cumpla condena. Añade también que esta interpretación hace factible el doble filtro ex art. 53.1 c) y 53.2 c), ya que el «interés de la justicia» serviría como criterio para, dentro de los casos graves identificados, como la CPI no tiene recursos para perseguir todos, debe elegir tomando en cuenta los «más graves». Lo mismo ocurriría con el grado de responsabilidad.

persecución a través de los procesos internos. Consideramos que la Fiscalía habría de plantear una estrategia y unas pautas claras y contundentes de actuación. Es cierto que existe una imposibilidad práctica para atender a la totalidad de situaciones y casos planteados ante la CPI y de que es necesario fomentar la cooperación con los Estados para cerrar la brecha de la impunidad, sin embargo, creemos que es preciso concretar las condiciones que los Estados habrían de cumplir a efectos de determinar si las investigaciones o enjuiciamientos en curso son auténticos o aquéllos cuentan realmente con la capacidad o infraestructuras judiciales precisas para llevarlos a cabo.

Por otra parte, la práctica seguida hasta el momento demuestra que únicamente son sometidos a investigación y enjuiciamiento los casos más graves, tomando como criterios, el número de víctimas, la forma de comisión de los crímenes y el impacto que estos han podido generar. Si bien es cierto que los crímenes competencia de la CPI, y determinados por el art. 5 EstCPI, son los mayores crímenes contra los derechos humanos, de entre ellos, solamente se investigan y enjuician los considerados más o especialmente graves. La estrategia seguida ha sido la de focalizar las investigaciones en los «más altos responsables» y siempre que el número de víctimas sea considerable, valorando incluso que la cifra se eleve a varios miles. Consideramos que, a pesar de que la Fiscalía fundamente esta estrategia de actuación en el carácter complementario de la jurisdicción de la CPI y la eficiencia, en realidad, las directrices vienen impuestas por la realidad práctica, es decir, la limitación de recursos económicos y humanos.

Por su parte, el criterio del «interés de la justicia» otorga un margen de discrecionalidad al Fiscal que le permite, ante situaciones o casos competencia de la CPI que han superado el test de admisibilidad, decidir que no sean investigados o perseguidos. Se entiende que no existe fundamento razonable para iniciar el proceso, al no redundar en interés de la justicia. Creemos que el criterio está fuertemente unido a la complementariedad, en tanto que si el Fiscal decide no iniciar una investigación basándose en el mismo, la única vía posible de investigación y enjuiciamiento será a través de las jurisdicciones nacionales. El criterio se convierte pues, entendemos, en una guía en manos de la Fiscalía para la selección de situaciones y casos; un elemento de discrecionalidad más a considerar por el Fiscal, que le habilita para alejarse del fundamento de la existencia misma de la CPI.

Para finalizar, una reflexión final. Entendemos que la brecha de la impunidad no se cierra únicamente con la labor de enjuiciamiento de la CPI, sino que las jurisdicciones nacionales han de concentrar sus esfuerzos en investigar y enjuiciar a las personas responsables de los grandes crímenes internacionales. Pero no nos equivoquemos, esta obligación no corresponde únicamente a los Estados en los que dichos crímenes se han perpetrado, sino también al resto, en aplicación del principio de justicia universal, del que, por cierto, parece haberse olvidado el legislador español, tras su última reforma del art. 23 LOPJ(105).

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(105) En virtud de la Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

**LABURPENA:** Ikerketa bat abiaraztea ahalbidetzen duten arrazoirik badagoen zehazteko Nazioarteko Zigor Auzitegiaren estatutuko irizpideak sistematikoki aztertzea da lan honen helburua. Auzitegiak, bere eskumenen bidez, balizko krimenei buruzko mezuak jasotzen dituenean, ez du, besterik gabe, ikerketarik abiarazten. Aitzitik, hainbat elementu aztertzeko prozedura hasten du. Zehaztu beharreko lehen alderdia salatutako krimenek auzitegiaren eskumenei (materialak, espazialak edo pertsonalak eta denborazkoak) buruzko irizpideak betetzen dituzten zehaztea da. Ondoren, Estatutuaren 17. artikuluko «onargarritasun-azterketa» izenekoak egiten da. Osagarritasun-printzipioaren aplikazioan oinarritzen da, eta lehenasuna ematen die herrialdeen jurisdikzioei. Estatuaren jarduera edo jardura eza, jokatze gaitasun edo ahalmen eza, «epaitutako auziaren» efektua eta salatutako gertaeen larritasuna balioztatu behar dira. Azterketa egin ondoren ere, baliteke auzitegiak ikerketarik edo prozedurarik ez abiaraztea, «justiziaren interesean» oinarriturik.

**HITZ GAKOAK:** Nazioarteko Zigor Auzitegia. Subsidiaritasuna. Osagarritasuna. Onargarritasuna. Justiziaren interesa.

**RESUMEN:** Este trabajo pretende realizar un estudio sistemático de los criterios previstos en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigidos a determinar la existencia de elementos razonables que permitan el inicio de una investigación. La remisión de una situación o la recepción de comunicaciones sobre posibles crímenes competencia de la Corte no implica, de modo automático, el inicio de una investigación, sino que da lugar a un procedimiento que tiene como objeto el examen de una serie de elementos. La primera cuestión a determinar es si los crímenes denunciados cumplen los requisitos sobre competencia material, espacial o personal y temporal de la Corte. A continuación, se realiza el denominado «test de admisibilidad» del art. 17 del Estatuto, basado en la aplicación del principio de complementariedad, el cuál otorga preferencia a las jurisdicciones nacionales. En él han de valorarse la actividad o inactividad del Estado, su falta de capacidad o disposición para proceder, el efecto de «cosa juzgada», así como la gravedad de los hechos denunciados. Aún superado este análisis, es posible que la investigación o el enjuiciamiento por la Corte no se lleve a cabo, en base al «interés de la justicia».

**PALABRAS CLAVE:** Corte Penal Internacional. Subsidiariedad. Complementariedad. Admisibilidad. Interés de la justicia.

**ABSTRACT:** This work tries to carry out a systematic study of the criteria described in the Statute of the International Criminal Court addressed to establish the existence of the reasonable elements that allow the initiation of the investigation. The referral of a situation or the reception of communications of possible crimes to be studied by the Court does not automatically imply the initiation of an investigation but a proceeding that has as its scope the analysis of some elements. The first question to establish is whether those reported crimes do fulfill the requirements of material, space or personal and temporal jurisdiction of the Court. Then, the so called admissibility test of article 17 of the Statute is carried out based on the application of the principle of complementarity which gives preference to national judiciaries. It has to be taken into account the activity or inactivity of State, its lack of ability or willingness to proceed, the effect of «res iudicata» together with the severity of the reported facts. Even though this analysis is done, it is possible that the investigation or the prosecution by the Court is not carried out bases on the «interest of justice».

**KEYWORDS:** International Criminal Court. Subsidiarity. Complementarity. Admissibility. Interest of justice.

# La mediación penal en las proyectadas reformas integrales del proceso penal español (1)

José Francisco Etxeberria Guridi

**Sumario:** I. Introducción.—II. Algunas diferencias de concepción entre ambos ALECRim.—III. La necesaria regulación de la materia.—IV. Ámbito de aplicación de la mediación penal.—V. Momento procesal en el que puede tener lugar la mediación.—VI. La incorporación del principio de oportunidad.—VII. Órgano competente para acordar la derivación del asunto a mediación penal. —VIII. Mediación vinculada a la conformidad.—IX. La necesidad de redefinir la participación de la acusación popular.—X. Interrupción o suspensión de la prescripción de la acción penal mientras se desarrolla la mediación.—XI. Conclusiones.

## I. Introducción

El Profesor Demetrio LOPERENA fue uno de los impulsores de la puesta en marcha de la Corte Internacional de Arbitraje y Conciliación Ambiental, creada en México DF en 1994 y de la que fue Secretario General Adjunto. Esta realidad refleja el traslado de las ADR (*Alternative Dispute Resolutions*) a un ámbito, el Derecho Ambiental, tan querido para nuestro Profesor. Constituye una muestra más de la energía con la que los modelos alternativos a la jurisdicción en la resolución de conflictos se expanden allí donde surge el litigio, el conflicto entre sujetos. En este homenaje que se le dispensa al Prof. LOPERENA nos gustaría centrar nuestra atención en otra de las posibles aplicaciones de las técnicas de ADR. Nos referimos a su utilización en la actuación del Derecho penal en el marco del proceso penal. Se trata sin duda del ámbito que mayor resistencia está planteando a la aplicación de las técnicas de ADR. Al menos en el ordenamiento español.

Sería un tanto ardua la prolija tarea de hacer un inventario de todas aquellas iniciativas que, en el ámbito de las Naciones Unidas, del Consejo de Europa o de la Unión Europea, se han ido adoptando con el claro propósito de impulsar mecanismos alternativos de resolución no jurisdiccional de conflictos. Las Recomendaciones en tal sentido, adoptadas en el seno del Consejo de Europa, son numerosas (2). También tienen

---

(1) Trabajo desarrollado en el marco de los proyectos PROMETEO II/2014/081 («ADR y Justicia: ¿Globalización o localización?») y DER 2013-44749-R («Mediación, arbitraje y jurisdicción en el actual paradigma de Justicia: integración, 'glocalización', derecho público y ODR como algunos de sus retos»).

(2) Por citar las que inciden más directamente sobre la cuestión, traemos a colación las siguientes: Recomendación R (83) 7, de 23 de junio de 1983, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la participación

su importancia, por su eficacia jurídica, las iniciativas adoptadas en el marco de la Unión Europea. Destaca por su carácter reciente en este último ámbito la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Directiva que ha sido trasladada a nuestro ordenamiento jurídico con bastante retraso mediante la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (3). La Directiva 2008/52/CE tenía por objeto los litigios de carácter transfronterizo (art. 1.1), pero sin impedir, tal como hiciera el legislador español, la adopción de un texto legislativo con pretensiones más genéricas (4).

Sin salir del marco de la Unión Europea, pero centrándonos más en el terreno que nos ocupa, ha de ser mencionada igualmente la Decisión Marco (DM) 2001/220/JAI, del Consejo de Europa, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. Dicha DM dispone en su art. 10 que «1. Los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida. 2. Los Estados miembros velarán por que pueda tomarse en consideración todo acuerdo entre víctima e inculpado que se haya alcanzado con ocasión de la mediación en las causas penales». De interés resulta igualmente la definición que de la mediación en asuntos penales recoge la DM: «la búsqueda, antes o durante el proceso penal, de una solución negociada entre la víctima y el autor de la infracción, en la que medie una persona competente» (art. 1.e). Por último, una exigencia gravemente incumplida, la que establece que los Estados miembros adoptarán las disposiciones necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado respecto de la mediación en causas penales (art. 10) «a más tardar el 22 de marzo de 2006» (art. 17). Esta DM ha sido sustituida por la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos (5). Tanto en un caso como en otro, se concibe la mediación como un mecanismo de ayuda o asistencia a las víctimas (6).

---

del público en la justicia penal; Recomendación R (85) II, de 28 de junio de 1985, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre posición de la víctima en el marco del Derecho penal y del procedimiento penal; Recomendación R (87) 21, de 17 de septiembre de 1987, sobre la asistencia a las víctimas y a la prevención de la victimización; Recomendación R (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, sobre mediación en materia penal.

(3) Prueba de tal retraso es la aprobación previa, con el carácter urgente que lo caracteriza, del Real Decreto-Ley 5/2012, de 5 marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

(4) *Vid.* al respecto ESPLUGUES MOTA, Carlos, «Mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España: de la Directiva 2008/52/CE a la Ley de mediación de 2012», en ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco (Dir.) *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación: ¿Una respuesta innovadora en los diferentes ámbitos jurídicos?*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 63-110.

(5) Si bien es cierto que la única referencia a la mediación en esta última Directiva 2012/29/UE es la contenida en el considerando (46) para afirmar que los servicios de justicia reparadora, entre los que incluye la mediación, deben fijarse como prioridad satisfacer los intereses y necesidades de la víctima, reparar el perjuicio que se le haya ocasionado e impedir cualquier otro perjuicio adicional. Acerca de la ineficacia de las Decisiones Marco como instrumento de armonización en esta materia y los beneficios derivados de su sustitución por las Directivas tras el Tratado de Lisboa *vid.* VILLEGAS DELGADO, César, «La ineficacia de la Decisión Marco 2001/220/JAI y la evolución de los instrumentos normativos para la cooperación policial y judicial en materia penal dentro del Tratado de Lisboa», en ARMENTA DEU, Teresa/OROMÍ VALLLLOVERA, Susana (Coords.), *La víctima menor de edad. Un estudio comparado Europa-América*, Colex, Madrid, 2010, pp. 277-283.

(6) A lo señalado en la nota anterior en relación con la Directiva 2012/29/UE, añadir que, igualmente, la DM hace este pronunciamiento en su considerando (7): «Las medidas de ayuda a las víctimas de delitos, y en particular las disposiciones en materia de indemnización y de mediación, no afectan a las soluciones que son propias del proceso civil».



¿Cabe hablar de resistencias en la aplicación de mecanismos como la mediación en el ámbito penal? Considerando los compromisos asumidos por el Estado español tanto en el plano internacional como supranacional al objeto de implantar la mediación en la justicia penal, y considerando la pasividad que ha mostrado pese a ello, no resulta ilógico afirmar que tales resistencias existen. Constituye una paradoja que desde el ámbito institucional estatal (CGPJ) se hayan impulsado experiencias piloto orientadas a contrastar la viabilidad de la mediación en el ámbito penal y, sin embargo, el legislador no haya adoptado las disposiciones jurídicas necesarias para ello.

Parece que tal situación podría solventarse considerando la existencia de varias iniciativas legislativas que con el propósito de reformar integralmente el proceso penal español han incorporado expresas disposiciones referentes a la mediación en dicho ámbito penal. Nos referimos, por un lado, al Anteproyecto de LECrim presentado por el anterior gobierno (PSOE) en junio del 2011 (en adelante ALECrím 2011), esto es, en los estertores de la legislatura y, por otro lado, al Anteproyecto o Propuesta articulada de reforma de la LECrim presentado por el Ministerio de Justicia del actual Gobierno (PP) nada más comenzar su mandato (en adelante ALECrím 2012). Pero parece que, pese a la premura en su presentación, ni siquiera la segunda de las iniciativas verá la luz. ¿No resulta inaceptable en estas circunstancias condicionar la existencia de una necesaria regulación sobre mediación al destino de las reformas procesales penales integrales?

Pese a todo, el objetivo de este trabajo consiste en analizar el modo en que ambas iniciativas contemplan la incardinación del mecanismo de mediación en el proceso. No el análisis de la mediación en sí misma, sino sus repercusiones procesales. Resulta indudable que son precisas algunas reformas procesales si se pretende que la mediación penal se articule en el proceso, o al menos, para que se haga sin estridencias. Cuestiones tales como la oportunidad, valga la redundancia, de incorporar el principio de oportunidad, la conveniencia de diseñar de un modo diverso la acusación popular para que no interfiera en el procedimiento de mediación, la conveniencia de incorporar expresamente la suspensión o interrupción de la prescripción al poner en marcha dicho procedimiento y, en definitiva, otras cuestiones de índole procesal que no son suficientemente solventadas por el recientemente presentado Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del delito (7).

## II. Algunas diferencias de concepción entre ambos ALECrím

En reformas de calado como las que suponen la aprobación de una nueva norma procesal resulta conveniente comenzar su análisis con la lectura de su Exposición de Motivos o Preámbulo. Aunque no siempre, en ellos queda reflejado cuál

---

(7) El 1 de agosto de 2014 se remitió a las Cortes dicho Proyecto de Ley que contempla la mediación en el marco de las actuaciones de los Servicios de justicia restaurativa superando, dice su Exposición de Motivos, «las referencias tradicionales a la mediación». Lo cierto es que las referencias que se contienen en dicho Proyecto de Ley son muy escasas y, salvo alguna excepción, prácticamente ninguna aborda las cuestiones procesales que trataremos. Es más, pese a lo proclamado en la Exposición de Motivos, se deduce del art. 15.1.d) del Proyecto de Ley que la justicia restaurativa que tiene por finalidad obtener una adecuada reparación material y moral de los perjuicios derivados del delito se materializará por los servicios de tal denominación mediante el procedimiento de mediación.

es el espíritu que impulsó al legislador reformador y cuáles son los principales aspectos en los que se centra la reforma y las razones de haberlo hecho en un sentido u otro. En este caso no conviene hacer excepciones y el análisis de las Exposiciones de Motivos de ambos textos nos depara algún indicio de comparación. En primer lugar nos encontramos con menciones a la mediación en ambas Exposiciones de Motivos. Menciones que, por un lado, dejan traslucir el interés del legislador en incorporar la institución de la mediación penal y, por otro, las elevadas expectativas que se depositan en dicha institución. Expectativas que, sin embargo, se diluyen al analizar el articulado, pues son muchas las cuestiones relevantes que ni siquiera son mencionadas.

Ello ocurre particularmente en el ALECRim 2012 que, sin ningún reparo, tras afirmar que la necesidad de regulación viene impuesta por obligaciones internacionales y que también ha sido «sentida y reclamada por la práctica en la que se habían llevado a cabo experiencias alentadoras y fructíferas», reconoce que la regulación de la mediación penal resulta «escasa en preceptos —no es necesario más detalle— pero rica en lo que comporta de introducción de una nueva perspectiva en el Derecho procesal penal» (8).

De la lectura de ambas Exposiciones de Motivos deriva igualmente una diferente concepción de la mediación penal. En el ALECRim 2011 la mediación penal aparece claramente vinculada al principio de oportunidad: «En el mismo marco del principio de oportunidad ha de ser comprendida la institución de la mediación», dice la mencionada versión al explayarse acerca de aquel principio (9). Añade a lo anterior que «la mediación ha de concebirse como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de *renunciar a la imposición de la pena* cuando ésta no es necesaria a los fines públicos de prevención y pueden resultar adecuadamente satisfechos los intereses particulares de la víctima». Aunque esta concepción pudiera parecer que converge necesariamente en una mediación penal limitada a las infracciones menos graves (al conllevar la renuncia a la imposición de pena), la misma Exposición de Motivos aclara que la mediación puede concluir o derivar, no en una renuncia, sino en una reducción de la pena mediante el instituto de la conformidad (10).

La orientación es, al menos aparentemente con pretensiones de distanciarse de la propuesta de reforma anterior, diferente en la Exposición de Motivos del ALECRim 2012, donde la mediación aparece vinculada a la «justicia restaurativa». Desmarcán-

(8) Compartimos al respecto el diagnóstico de CHOZAS ALONSO, José Manuel, a quien se le antojan «muy insuficientes y poco clarificadores» los cuatro preceptos que dedica el ALECRim 2012 a la mediación, «Otro avance de la justicia penal negociada: la conformidad y la mediación en el borrador de Código Procesal Penal de 2013», *La Ley*, núm. 8129, 2013, p. 4. Si bien es cierto que, para el caso de la mediación institucionalizada o profesional, el art. 144 ALECRim 2012 hace una remisión a una relación amplia de preceptos contenidos en la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

(9) En efecto, los precedentes apartados de la Exposición de Motivos relativos al mencionado principio son: «XXIV: Mecanismos alternativos a la acción penal. Principio de oportunidad»; «XXV: Principio de oportunidad y conformidad»; «XXVI: Principio de oportunidad y mediación».

(10) En concreto, se afirma que «será el fiscal el que —al apreciar la concurrencia de un supuesto que, por sus características específicas, permite acudir a un archivo por oportunidad o a la *imposición de una pena reducida*— pueda condicionar estas posibles opciones a la adecuada satisfacción de las víctimas». Y concluye el apartado indicando que si la mediación culmina con un resultado compositivo, «esta institución podrá conducir a la finalización de las actuaciones con un archivo condicionado al cumplimiento de lo pactado o *con una sentencia condenatoria en el marco de una conformidad premiada*».

dose claramente de los fundamentos antes mencionados, se concibe la citada justicia restaurativa, no como sustitutivo de los tradicionales fines de la justicia penal, «sino como complemento necesario del que deben extraerse todas sus capacidades sin dejarlo vinculado al principio de oportunidad o al instituto de la conformidad, lo que supone una visión estrecha de la mediación» (...). Ni toda mediación ha de acabar en la aplicación del principio de oportunidad o una conformidad, ni éstas reclaman necesariamente una mediación previa».

Entendemos que no falta razón a ninguna de las propuestas. Acierta la versión más moderna de 2012 al afirmar que la mediación penal no está vinculada necesariamente al principio de oportunidad o a la conformidad, sino que su verdadero fundamento es la justicia restaurativa. Pero también es cierto que el acuerdo compositivo ha de ser canalizado procesalmente de algún modo y el principio de oportunidad o la conformidad pueden ser una vía para ello. De otra parte, tampoco renuncia el ALECRim 2011 de todo sustento en la reparación a la víctima o justicia restaurativa. En alusión al fiscal, señala la propuesta mencionada que como director de la investigación, podrá «impulsar, a través de la mediación y con el consentimiento de los afectados, la obtención de una solución reparadora de los intereses particulares en juego».

### III. La necesaria regulación de la materia

Si hubiera que destacar un aspecto positivo de ambas iniciativas, pondríamos el acento en que, por fin, se dan los pasos necesarios para que la mediación penal cuente con regulación expresa en España, aunque en este caso se opta por integrarlo en una norma de carácter procesal. Se cumpliría así con lo exigido por la Decisión Marco 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001 (aunque con mucha tardanza) y la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre, que sustituye a la anterior. Además, confiesa el prelegislador en la Exposición de Motivos del ALECRim 2012 que la instauración de la mediación penal era «sentida y reclamada por la práctica, en la que se habían llevado a cabo ya experiencias *alentadoras y fructíferas*».

Ocurre, sin embargo, que las Cortes que habían de recibir para su tramitación el primer texto se disolvieron y, en relación al segundo texto, existen fundados rumores de que la reforma procesal penal tampoco se tramitará parlamentariamente en la presente legislatura. Considerando esta circunstancia ¿no hubiera sido más apropiado acometer una reforma limitada exclusivamente a la mediación?; ¿no hubiera sido más correcta una técnica legislativa como la llevada a cabo por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles? (11). La actual situación es insostenible. Se ha de poner fin a la fase de experimentos y experiencias piloto. Esta situación

---

(11) Así se ha hecho, por ejemplo, en Portugal donde la mediación penal se regula de forma autónoma en la Lei n.º 21/2007, de 12 de junio, que, según reconoce su propia titulación, se dicta en ejecución del art. 10 de la DM 2001/220/JAI. Aunque lo deseable sería, al menos en el caso español, enmarcarlo con ocasión de una reforma procesal integral. Como muy bien afirma BARONA VILAR, Sílvia, «la mediación penal no puede ser un postizo que se añade a un modelo procesal penal hoy caduco, sino que requiere la modulación de algunos componentes del sistema penal, del sistema procesal penal y del sistema penitenciario», en BARONA VILAR, Sílvia (Coord.), *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 15.

se extiende formalmente desde 2005 (12) y la misma genera desigualdades e inseguridad jurídica.

Desigualdades porque el ciudadano se ve tratado de distinta forma dependiendo de la Comunidad Autónoma o el partido judicial en los que se tramite el proceso. Las oportunidades de justicia consensuada o reparadora no son las mismas. Si los datos del propio CGPJ no son erróneos o están actualizados, en la provincia de Burgos sólo hay un Juzgado (Juzgado de Instrucción n.º 4) que ofrece servicios de mediación en el ámbito penal, mientras que en Gipuzkoa son catorce (14) entre Juzgados de Instrucción, de lo Penal y la propia Audiencia Provincial (13).

Junto a la mencionada desigualdad de trato, esta situación genera inseguridad jurídica. Los mecanismos o instituciones a través de los cuales se ha dado cobertura a los resultados de la mediación penal en las experiencias anteriormente mencionadas han sido de lo más variopinto, aunque en todos ellos el fundamento último haya sido la reparación del daño causado a la víctima (14). Los resquicios que permite nuestro ordena-

(12) Con formalmente queremos decir con impulso institucional, esto es, con el patrocinio del CGPJ (Servicio de Planificación) y con la participación activa de asociaciones de mediación y, a título personal, de profesionales de la Magistratura, Fiscalía y Abogacía. Distintas publicaciones se hacen eco de estas experiencias que gozan de respaldo institucional (CGPJ): así el monográfico «Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación», en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 111, 2006 o el número monográfico «La mediación civil y penal. Un año de experiencia», en *Estudios de Derecho Judicial*, n.º 136, 2007. Estas experiencias piloto se desarrollaron en el Juzgado de lo Penal n.º 20 de Madrid, en el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Pamplona, en el Juzgado de Instrucción n.º 32 de Madrid, en el Juzgado de lo Penal n.º 4 de Madrid, en el Juzgado de Instrucción n.º 13 de Sevilla, etc. y en los centros penitenciarios de Madrid III, Málaga, Nanclares, Pamplona, Zuera y Granada. Sin embargo, a estas experiencias respaldadas institucionalmente les precedieron otras en el tiempo, como las desarrolladas en Valencia durante los años 1991-1996. Vid. VARONA MARTÍNEZ, Gemma, en *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Comares, Granada, pp. 268-270.

(13) [http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Juzgados\\_que\\_ofrecen\\_mediacion](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/Juzgados_que_ofrecen_mediacion). En Francia la regulación de la mediación penal no tiene lugar hasta la Ley n.º 93-2, de 4 de enero. Hasta entonces se desarrollaron múltiples experiencias mediadoras con el único fundamento legal en el principio de oportunidad expresamente recogido en el *Code de Procédure Pénale*. La consecuencia fue el desarrollo de una variedad diversa de modalidades de autocomposición y su manifestación no uniforme en el territorio francés. Entre otros argumentos para reclamar una regulación expresa, se alegó la necesidad de respetar el principio de legalidad y de asegurar la igualdad de trato. Vid. FAGET, Jacques, «Le cadre juridique et éthique de la médiation pénale», en CARIO, Robert (Dir.), *La médiation pénale. Entre répression et réparation*, L'Harmattan, Paris, 1997, pp. 37-38; CARIO, Robert, *Justice restaurative. Principes et promesses*, L'Harmattan, Paris, 2005, p. 98; LEBLOIS-HAPPE, Jocelyne, «La médiation pénale comme mode de réponse à la petite délinquance: état des lieux et perspectives», *rev.science crim.*, núm. 3, 1994, p. 529; BLANC, Gérard, «La médiation pénale (Commentaire de l'article 6 de la Loi n.º 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale)», *La Semaine Juridique*, núm. 18, 1994, p. 212.

(14) Básicamente han sido: 1) la atenuante del art. 21.5.º CP («haber procedido el culpable a reparar el daño ocasionado a la víctima»); 2) la suspensión de las penas privativas de libertad inferiores a dos años conforme a los arts. 80 y ss. CP (el art. 81.3 CP exige, entre otras condiciones, «que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles»); 3) la sustitución de penas privativas de libertad del art. 88 CP (para valorar su procedencia se ha de considerar, «en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado»); 4) la libertad condicional del art. 90.1.c) CP (que exige la concurrencia de buena conducta y pronóstico favorable de reinserción social, que no se entenderá cumplida si el penado «no hubiese satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito»); 5) la clasificación o progresión al tercer grado de tratamiento conforme al art. 72.5 LOGP (que exige por parte del penado que «haya satisfecho la responsabilidad civil derivada del delito»); 6) la concesión del indulto, que, pese a no contemplar expresamente la reparación del daño para dicha concesión, resulta indudable su influencia y, de este modo, puede acordar el Juez o Tribunal sentenciador la suspensión de la ejecución de la pena durante la tramitación del indulto (conforme al art. 4.4 CP). Vid. acerca de la relevancia de la reparación del daño y de los mecanismos jurídicos para concederle eficacia jurídica como consecuencia de la mediación penal: MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, «La mediación, la reparación y la conciliación en el Derecho penal español»,

miento para incorporar, la mayoría de las ocasiones forzadamente, los mecanismos de mediación a nuestro proceso penal son francamente insuficientes. Quienes se ocupan de las tareas de mediación apuntan que, con frecuencia, la libertad de actuación de las partes se encuentra constreñida por la propia dinámica procesal(15). Con frecuencia se impone actuar al margen de lo dispuesto legalmente, cuando no claramente en contra(16) y siempre condicionado al voluntarismo de quienes en su actuar profesional estiman que la mediación penal tiene muchas y buenas cosas que aportar.

#### IV. Ámbito de aplicación de la mediación penal

Una de las cuestiones que suscita más polémica cuando se aborda la mediación penal es la relativa a la relación de infracciones penales que pueden derivarse al mecanismo de mediación(17). En relación con su ámbito de aplicación, no hallamos en ninguna de las propuestas de reforma ninguna cláusula que excluya alguna infracción penal en relación a dicho mecanismo. La Exposición de Motivos del ALECRim 2012 afirma expresamente que la justicia restaurativa y la mediación penal no han de quedar vinculados a «criterios utilitaristas o a la delincuencia menor». En el otro extremo, en el de las infracciones más leves, tampoco se excluye la mediación penal en el caso de las faltas (art. 161 ALECRim 2012 sobre interrupción de la prescripción). Por otra parte, la mediación penal aparece vinculada, aunque no necesariamente, a la conformidad y si nos centramos en el tratamiento de la institución en las propuestas de reforma podemos concluir que en ambas se plantea una apuesta enérgica a su favor, sin las limitaciones actualmente existentes y que afectan, entre otras muchas cuestiones, a las infracciones penales en las que cabe alcanzar y homologar la conformidad. Esta amplitud en la configuración de la conformidad en ambas propuestas (sobre todo desde el punto de vista de la gravedad punitiva del delito) redundará en una amplitud en el ámbito de aplicación de la mediación. Nos referiremos más adelante a esta posibilidad y a sus inconvenientes.

---

*La Ley*, núm. 13579, 2009, pp. 5-6; SAN MARTÍN LARRINOA, M.<sup>a</sup> Begoña, *La mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos (Del presente francés al futuro español)*, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, Vitoria-Gasteiz, 1997, pp. 250-257; GONZÁLEZ CANO, M.<sup>a</sup> Isabel, «La mediación penal en España», en *La mediación penal para adultos...*, *cit.*, pp. 43-47; FREIRE PÉREZ, Ramón M., «Reparación y conciliación: el Derecho Penal y los intereses de víctimas e imputados», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 111, 2006, pp. 98-104.

(15) Por ejemplo, en la mayoría de las mediaciones no puede eludirse una sentencia condenatoria al acusado y la cuantía de la reparación (indemnización) la fija el Fiscal, *vid.* PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther, «La mediación en el Derecho Penal de adultos en la fase de enjuiciamiento; un estudio sobre la experiencia piloto en los órganos jurisdiccionales», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 111, 2006, p. 122.

(16) MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, afirma que las llamadas experiencias piloto de estos últimos años contradicen la legislación vigente, ya que nuestro Derecho procesal penal se rige por los principios de legalidad y oficialidad, «La mediación, la reparación...», *cit.*, p. 7.

(17) Apunta GONZÁLEZ CANO, M.<sup>a</sup> Isabel, que resulta necesario atender a criterios relativos a la existencia de víctimas, a la naturaleza y circunstancias de los hechos, a su significación subjetiva para las partes, y a la significación jurídico-penal de la conducta, «La mediación penal en España», *cit.*, p. 40. La misma autora con mayor amplitud en «La mediación en el proceso penal. Especial consideración de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea de 15 de marzo de 2001 (2001/220/JAI)», en *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación...*, *cit.*, pp. 320-323.

Tampoco se excluye en ninguna de las propuestas, en principio, la posibilidad de recurrir a la mediación en casos de violencia de género (18). La única limitación general a la mediación, a tenor de lo dispuesto en la propuesta de reforma más reciente (art. 144.2 ALECRim 2012), es que el Ministerio Fiscal «no lo considere inadecuado en razón a la naturaleza del hecho». Estimamos que sería deseable una mayor concreción acerca de los criterios determinantes para considerar como no adecuada la mediación (19). Sería más comprensible que en lugar de a la naturaleza de los hechos se hiciera referencia a la condición o estado de las víctimas como criterio excluyente. Sobre este punto, parece más acertada la redacción dada en el ALECRim 2011, pues conforme al mismo, el MF podrá, de oficio o a instancia de parte, someter el proceso a mediación, «según las circunstancias del hecho, del infractor (20) y de la víctima» (art. 158.1). Se podrían atender, de este modo, circunstancias relevantes tales como la situación de igualdad o equilibrio entre víctima e infractor (21).

## V. Momento procesal en el que puede tener lugar la mediación

Constituyendo la mediación penal en el marco de la justicia restaurativa un instrumento tan relevante de la justicia penal como se deja entrever en las Exposiciones de Motivos de ambas propuestas de reforma, parecería lógico que la posibilidad de recurrir a dicho instrumento se extendiera a lo largo de las distintas fases del proceso y no quedara circunscrita, como resulta frecuente, a la fase preparatoria o de instrucción (22). Esta amplitud constituye una de las aspiraciones entre la doctrina espa-

(18) En el ALECRim (2011) la mediación y sus consecuencias (art. 159) están vinculadas con el principio de oportunidad y el art. 149.3 veda el archivo por razones de oportunidad en los delitos de violencia de género y en los relacionados con la corrupción. Pero entendemos que en este último caso se prohíbe el archivo por puras razones de oportunidad, no cuando es consecuencia de una mediación. La actual prohibición se encuentra recogida en el art. 87 *ter*.5 LOPJ incorporado por la LO 1/2004, de 28 de diciembre. Prohibición ésta cuestionada en la actualidad por su carácter absoluto. Vid. MARTÍNEZ GARCÍA, Elena, «El proceso penal, mediación y violencia de género: ¿Hacia un nuevo modelo de Justicia penal?», en *Estudios sobre el significado e impacto de la mediación...*, *cit.*, pp. 391-413; CARRIZO GONZÁLEZ-CASSELL, Adán, «La mediación penal en Portugal. ¿Un modelo a seguir en España?», en *La víctima menor de edad...*, *cit.*, p. 415.

(19) Si bien es cierto que el art. 144.2 ALECRim 2012 se refiere a un estadio muy inicial del proceso, pues el Ministerio Fiscal se limita a trasladar a la víctima la voluntad del infractor de someterse al procedimiento de mediación, y no parece que aquél se encuentre en condiciones de apreciar la situación de la víctima.

(20) Algunos autores sostienen la conveniencia de la mediación penal, por ejemplo, sólo respecto de los infractores primarios. Vid. MARTÍN DIZ, Fernando, «Mediación y víctima menor de edad: Ejes fundamentales y posibilidades de solución del conflicto penal», en *La víctima menor de edad...*, *cit.*, pp. 313-314.

(21) Apunta GANDOLFO BARJA, Sonia, que el criterio decisivo ha de ser la voluntad de los afectados de participar en el proceso de mediación; más que otros, como el pronóstico favorable acerca de la capacidad reparadora del infractor, «Mediación penal y la víctima. Especial consideración a la víctima menor de edad», en *La víctima menor de edad...*, *cit.*, p. 95. No son pocos los autores que plantean objeciones a la mediación penal cuando la víctima sea menor de edad atendiendo a la ausencia de equilibrio o igualdad: MARTÍN DIZ, Fernando, «Mediación y víctima menor de edad...», *cit.*, pp. 310-312; SÁNCHEZ DOMINGO, M.ª Belén, «La víctima menor de edad en la mediación penal», en *La víctima menor de edad...*, *cit.*, p. 323.

(22) Es el caso del ordenamiento francés, en el que la mediación penal está vinculada al principio de oportunidad que puede ejercer el Ministerio Público. Esto es, la mediación constituye una alternativa al ejercicio de la acción penal. Alternativa que se ubica procesalmente en la fase de instrucción (art. 41-1 CPP). Por el contrario, en el proceso penal de menores, el procedimiento de mediación puede tener lugar con anterioridad al ejerci-

ñola(23) y así se ha materializado en las diferentes experiencias piloto desarrolladas en España, esto es, posibilitando la mediación en las distintas fases del proceso, incluida la de ejecución en el ámbito penitenciario. Ésta es también la propuesta recogida en la Recomendación R (99) 19, de 15 de septiembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, sobre la mediación en materia penal, es decir, que en los Estados miembros, el uso de la mediación como mecanismo flexible de solución de conflictos se configure como «complemento o alternativa» al procedimiento penal tradicional y concluye que «la mediación debería ser posible en todas las fases del procedimiento penal» (24).

Siendo tan relevante dicha cuestión, es de lamentar que, nuevamente, no quede lo suficientemente esclarecida en las propuestas de reforma. Fundamentalmente en el más reciente ALECrím 2012.

La Exposición de Motivos del ALECrím 2012 deja entrever que en el futuro puede ser posible recurrir a la mediación más allá de la fase de instrucción. Dice por un lado que «la mediación penal reparadora se lleva a cabo de forma paralela al proceso jurisdiccional» y añade que las consecuencias del «modelo restaurativo» pueden ser muy dispares y menciona entre paréntesis «desde el archivo por razones de oportunidad, a la suspensión de condena, apreciación de alguna atenuante, (...)». La referencia al archivo por razones de oportunidad es característica de la mediación desarrollada en la fase de instrucción y concluida, por regla general, con un acuerdo satisfactorio. Las otras referencias —suspensión de la condena, apreciación de atenuante—, son en cambio más propias de procesos de mediación llevados a cabo en

---

cio de la acción penal, por la Fiscalía, o posteriormente por el Juez de Instrucción o la jurisdicción encargada del enjuiciamiento (Ordenanza de menores delincuentes, de 2 de febrero de 1945, reformada en la materia (art. 12-1) por la Ley n.º 93-2, de 4 de enero de 1993. *Vid.* ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco, «El modelo francés de mediación penal», en *La mediación penal para adultos...*, *cit.*, pp. 208-210. Ello no ha sido óbice para que se reclame, también en el caso del proceso de adultos, la extensión a posteriores fases del proceso atendiendo a la potencialidad restauradora de la mediación penal: *vid.* CARIO, Robert, *Justice restaurative...*, *cit.*, pp. 119-120.

(23) BARONA VILAR, Silvia, *Mediación penal. Fundamento, fines y régimen jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 319 y ss.; GONZÁLEZ CANO, M.ª Isabel, «La mediación penal en el proceso penal...», *cit.*, pp. 323-329; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Beatriz, «Cuestiones relevantes de Derecho sustantivo y procesal de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal en la fase de ejecución. La ejecución penitenciaria», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 136, 2007, p. 230; RIOS MARTÍN, Julián Carlos/OLAVARIA IGLESIA, Teresa, «Conclusiones del curso la mediación civil y penal. Dos años de experiencia», en *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 136, 2007, pp. 266-267. En relación con las distintas fases en las que se puede llevar a cabo, con referencias a las experiencias piloto desarrolladas, *vid.* BENITO OSÉS, M.ª Paz, «La mediación penal en la fase de instrucción», en OLAIZOLA NOGALES, Inés/FRANCÉS LECUMBERRI, Paz (Coords.), *Jornadas de Justicia Restaurativa*, UPNA, Pamplona, 2011, pp. 207-227; GARCÍA ROMO, Francisco, «La mediación penal en la fase de enjuiciamiento», en *Jornadas de Justicia Restaurativa*, *cit.* pp. 229-239. Este último entiende, sin embargo, que no debe intentarse la mediación cuando se ha intentado ya, sin resultado, en una fase previa, *ibidem*, p. 232.

(24) Hay, sin embargo, quien cuestiona que en la fase procesal de ejecución la mediación satisfaga la dimensión restaurativa que le corresponde, pues una vez recaída la sentencia de condena, la posición de las partes es distinta (más débil la del penado, fortalecida la de la víctima, reconocida oficialmente como tal): CARIO, Robert, «Les victimes et la médiation pénale en France», en JACCOUD, Mylène (Dir.), *Justice réparatrice et médiation pénale. Convergences ou divergences?*, L'Harmattan, Paris, 2003, p. 200. En algunas de las experiencias piloto desarrolladas en España, la mediación en la fase de ejecución tampoco ha sido satisfactoria. *Vid.* al respecto SILVA FERNÁNDEZ, M.ª de la O, «Cuestiones relevantes de Derecho sustantivo y procesal respecto de la incorporación de la mediación a la jurisdicción penal de adultos en la fase de ejecución», *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 136, 2007, pp. 222-223.

un estadio procesal más avanzado. Aunque no siempre tiene que haber ocurrido así (25).

Dicho esto, el articulado del ALECrím 2012 no da muchas pistas acerca de esta trascendental cuestión. De la lectura del Título VI del Libro II relativo a la mediación penal puede sobreentenderse, porque no se dice de forma expresa, un diseño de la mediación penal inmerso en la fase de instrucción de «diligencias de investigación». Resultan indicativas, por ejemplo, las referencias que se hacen al Ministerio Fiscal como organizador o garante del proceso de mediación. Por ejemplo, es el MF quien comunica a la víctima la voluntad del infractor de someter el conflicto a mediación y quien excluye dicha posibilidad si no lo considera adecuado en razón a la naturaleza del hecho (art. 144.2 ALECrím); es al MF a quien el mediador o institución de mediación comunican el inicio y la finalización del procedimiento de mediación, con su resultado (art. 144.3 ALECrím); es el MF quien puede suspender las Diligencias de Investigación cuando tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal (art. 145 ALECrím). Estas referencias al MF adquieren pleno sentido en este nuevo contexto, teniendo en cuenta que la dirección de las Diligencias de Investigación que sustituyen a la actual instrucción judicial corresponde al MF (art. 240 ALECrím) (26). Sin embargo, es equívoca la redacción contenida en el art. 145 ALECrím 2012 que dispone que «cuando el MF tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal podrá suspender las Diligencias de Investigación mediante decreto si lo considera oportuno». ¿Significa esto que la mediación penal puede intentarse a instancia de autoridad distinta a la del MF?; ¿en fase distinta a la de Diligencias de Investigación?; ¿aunque se encuentren abiertas Diligencias de Investigación por el MF?

Totalmente distinto es el enfoque del ALECrím 2011. Ya hemos adelantado que su Exposición de Motivos puede conducir a una inicial confusión, al vincular su parágrafo XXVI la mediación con el principio de oportunidad y afirmar que aquélla «ha de concebirse como un instrumento al servicio de la decisión expresa del Estado de renunciar a la imposición de la pena cuando ésta no sea necesaria a los fines públicos de prevención». Por la lógica general del propio proceso podría concluirse que en dicha propuesta de reforma (2011) la mediación se concibe en la fase inicial del mismo (en la instrucción o con anterioridad a la misma) pues en ella despliega su eficacia el principio de oportunidad. Pero sin salir de la propia Exposición de Motivos, se reconoce igualmente que el resultado de la mediación puede conducir a un archivo o a «una sentencia condenatoria en el marco de una conformidad premiada».

---

(25) Es posible que el acuerdo resultante de la mediación se haya alcanzado en la fase previa de instrucción, pero que la satisfacción que el mismo pueda suponer para la víctima no sea suficiente para desplazar absolutamente el merecimiento de reproche penal (por la gravedad de la infracción penal, por ejemplo).

(26) Excepcionalmente se contiene una referencia al MF junto a los «Tribunales» en el art. 146 ALECrím 2012 que pudiera hacer pensar que cabe la mediación más allá de la fase de instrucción o de Diligencias de Investigación. Sin embargo, dicho precepto se refiere a los efectos de la mediación y a la interdicción del ofrecimiento de ventajas por parte de aquellos por el sólo hecho de someterse a un procedimiento de mediación. Esto no excluye que la mediación se tenga que desarrollar necesariamente en la fase de Diligencias de Investigación, sin perjuicio de que los efectos se produzcan con posterioridad. Pero cabe igualmente interpretar que si cabe materialmente, aunque se proscriba, un ofrecimiento de ventajas por someterse a la mediación por parte de un Tribunal, ello significa que la misma acontece en fase procesal posterior a la instrucción o durante esta última, pero con motivo de la intervención de un órgano jurisdiccional (sobresimiento, medidas cautelares,...). Como se puede apreciar, la situación es muy confusa.



En efecto, el articulado del ALECRim 2011 recoge expresamente la posibilidad de recurrir a la mediación penal en las distintas fases del proceso. En la fase preliminar o de investigación corresponde al MF, de oficio o a instancia de parte, resolver el sometimiento al procedimiento de mediación (art. 158). Esta facultad del MF es lógica en la medida en que, una de las novedades del ALECRim 2011 al igual que del ALECRim 2012, corresponde al MF la dirección del procedimiento de investigación (art. 425). Si el resultado de la actividad mediadora es positivo, el MF, valorando los acuerdos a los que hayan llegado las partes, las circunstancias concurrentes y «el estado del procedimiento», podrá: a) decretar el archivo por oportunidad (27); b) proceder por las reglas especiales del procedimiento de conformidad (al que nos dedicaremos más adelante). Al margen de que la mediación penal pueda desarrollarse en esta fase preliminar y bajo la responsabilidad fundamentalmente del MF, el ALECRim 2011 prevé también que la mediación pueda desarrollarse en la fase de juicio oral. En este caso es el «tribunal de enjuiciamiento» quien asumiendo el protagonismo puede someter el proceso a mediación cuando todas las partes lo soliciten. Si se alcanzare el acuerdo, las conclusiones definitivas y la sentencia incluirán la atenuante de reparación (art. 160 ALECRim 2011). Por último, cabe igualmente, y también bajo la autoridad del órgano judicial, el sometimiento del procedimiento a mediación durante la fase de ejecución. En esta caso, antes de su decisión el juez dará audiencia al fiscal (art. 158.5).

## VI. La incorporación del principio de oportunidad

Las disposiciones del ALECRim 2011 son mucho más claras que las del ALECRim 2012 en relación con el punto anterior, es decir, el momento procesal en el que resulta procedente o posible el intento de mediación. Consideramos que ello es debido, en gran parte, a la valentía con la que apuesta por el principio de oportunidad y a la opción de vincularla básicamente con la mediación. El debate acerca de si cabe incorporar el principio de oportunidad en el ordenamiento procesal penal español, o si se impone, por el contrario, el principio de legalidad recogido en el art. 105 LECrim, ha sido intenso. Algún sector doctrinal ha concluido la imposibilidad de aplicar mecanismos consensuados basados en el principio de oportunidad penal, pues ello pugnaría con los principios constitucionales básicos sobre los que se asienta nuestro sistema procesal penal (monopolios estatal, judicial y procesal en la actuación del Derecho penal) (28).

---

(27) Dicho precepto se remite a los arts. 149 y 150 del ALECRim 2011. El primero de ellos se refiere al «archivo por razones de oportunidad», pero en el caso de la mediación no serán aplicables los requisitos de «mínima o insignificante» incidencia del hecho punible sobre los bienes o intereses legalmente protegidos (art. 149.1.a) y de que pueda «reputarse mínima la culpabilidad del responsable» (art. 149.1.b). El segundo de los preceptos (art. 150) se refiere no tanto al archivo, sino a la «suspensión del procedimiento por razones de oportunidad». En este caso, se pueden imponer al infractor una serie de obligaciones o reglas de conducta (entre las que se incluyen la indemnización al ofendido y la satisfacción moral) durante un plazo máximo de dos años. En este caso el procedimiento no se archiva, sino que se suspende. Transcurridos dos años sin que el sujeto investigado haya delinquido y cumplidas las obligaciones y reglas de conducta impuestas, el MF remitirá el procedimiento al Juez de Garantías que acordará su sobreseimiento (art. 150.6).

(28) MONTERO AROCA, Juan, *Los principios del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 15 y ss. Igualmente crítico con la introducción del principio de oportunidad y con carácter general en relación con la ideología que sustenta la justicia restaurativa, *vid.* CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás, «El último (y controvertible) credo en materia de política criminal. Justicia restaurativa y mediación penal», *La Ley Penal*, núm. 86, 2011, pp. 9 y ss.

Desde otra perspectiva, se considera que el principio de oportunidad puede propiciar una politización de la justicia, pero con el necesitado contrapeso de la proporcionalidad también favorece la justicia material (29). Aparentemente no faltarían argumentos constitucionales que pudieran servir de fundamento para oponerse a la incorporación del principio de oportunidad: así, el sometimiento de jueces y magistrados únicamente al imperio de la ley (art. 117.1 CE); igualmente que «la Constitución garantiza el principio de legalidad» (art. 9.3 CE), así como la publicidad del proceso (arts. 24.2 y 120.1 CE) o la exclusividad en el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE). El mismo texto constitucional dispone en relación al MF que «tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad» (art. 124.1 CE) o que ejerce sus funciones «con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad» (art. 124.2 CE) (30).

En todo caso, compartimos la opinión de quienes consideran que, al menos en el caso de la mediación intraprocésal, estos mecanismos alternativos no contradicen la exclusividad jurisdiccional en el orden penal, ni el monopolio del *ius puniendi* estatal, porque «serán los juzgados y tribunales quienes controlarán el buen desarrollo del procedimiento mediador, porque existirán prevenciones procesales para garantizar la presunción de inocencia y los derechos procesales de las víctimas, porque existirá un ámbito objetivo reglado para este procedimiento mediador, y porque sería una institución amparada en el principio de oportunidad y visualizable a través del sobreseimiento o de la sentencia» (31).

Lo cierto es que el principio de oportunidad dota al proceso penal de flexibilidad en relación al ejercicio de la acción penal (32), lo que vinculado a la mediación penal, posibilita un amplio abanico de posibilidades que permiten soslayar los constreñimientos vigentes en el actual ordenamiento procesal y penal español que imponen actuar al margen de lo dispuesto legalmente, cuando no en contra, como hemos comprobado anteriormente. No olvidemos, por ejemplo, la experiencia francesa antes citada. Las primeras experiencias mediadoras en dicho país, con anterioridad a su regulación expresa, contaron con la inestimable ventaja del reconocimiento expreso del principio de oportunidad en el CPP.

El ALECCrim 2011 apuesta claramente por la incorporación del principio de oportunidad, en su versión reglada, «como plasmación práctica de criterios político criminales basados en la falta de necesidad de pena en el caso concreto o en un margen de reducción de la pena ligado a la institución de la conformidad» (Exposición de Motivos, párrafo XXIV). En dicha propuesta de reforma, el principio de oportunidad tiene múlti-

(29) PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Derecho Procesal Penal. Tomo I. Principios de Derecho Procesal Penal*, Colex, Madrid, 2000, p. 162.

(30) Por todo ello, acepta PEDRAZ PENALVA, Ernesto, la oportunidad si es reglada y con todas las «precauciones y reservas». Entiende que «la oportunidad reglada ha de completarse con las vías necesarias para que los interesados puedan reclamar contra su desproporcionada aplicación» y hace un repaso de diferentes ordenamientos procesales europeos (alemán, portugués, italiano, etc.) en los que cabe recurrir ante la instancia judicial la decisión del MF de archivar las actuaciones. *Ibidem*, pp. 163-165 y 171-177.

(31) GONZÁLEZ CANO, M.ª Isabel, «La mediación en el proceso penal...», *cit.*, p. 307.

(32) GIMENO SENDRA, Vicente, afirma que la aplicación del principio de oportunidad podría realizarse tanto en el momento del ejercicio de la acción penal o en el de la suspensión del procedimiento, «Los procedimientos penales simplificados (principio de oportunidad y proceso penal monitorio)», *Revista Poder Judicial*, núm. extraordinario 2, «*Justicia penal*», 1986, p. 48.

tiples manifestaciones. Así, el archivo puro por verdaderas razones de oportunidad (faltas y delitos no graves —básicamente hasta dos años de prisión, entre otras penas—, escasa significación penal desde la perspectiva de las consecuencias dañosas y de la culpabilidad del infractor) con las lógicas exclusiones (si concurre violencia o intimidación, si hay condena previa, si se trata de delitos de violencia de género o corrupción) del art. 149 ALECRim 2011. También la aplicación del principio de oportunidad en la fase intermedia por el Juez de la Audiencia Preliminar disponiendo el sobreseimiento por las mismas razones por las que procede el archivo o la suspensión, siempre que lo soliciten todas las partes (art. 151 ALECRim 2011). Sin olvidar la suspensión del procedimiento por razones de oportunidad (art. 150 ALECRim 2011) o la existencia de supuestos especiales de aplicación de tal principio (por colaboración activa contra una organización criminal —art. 153 ALECRim 2011— o por el Fiscal General del Estado —art. 155 ALECRim 2011—). Como no podía ser de otra manera, el principio de oportunidad tiene su lógica presencia en relación con la mediación, pues los resultados positivos de ésta pueden conducir a decretar por parte del Fiscal «el archivo por oportunidad» (art. 159.3.a ALECRim 2011) o «proceder por las reglas especiales del procedimiento de conformidad» (art. 159.3.b ALECRim 2011) en la que reconoce la Exposición de Motivos, se manifiesta el principio de oportunidad.

La situación es bien distinta en la propuesta más reciente de reforma procesal. En la Exposición de Motivos del ALECRim 2012 se afirma que con la nueva regulación de la acción penal «se instaura con carácter general en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad». Sin embargo, las posibilidades de aplicación de la oportunidad reflejadas en su articulado no son tan generosas ni los criterios que lo posibilitan están recogidos con la precisión que sería deseable en una manifestación reglada de dicho principio. Sí es cierto que el ALECRim 2012 incorpora por fin la posibilidad de suspensión o sobreseimiento de la causa por razón de oportunidad (art. 90 ALECRim 2012), pero ninguno de los motivos previstos se refiere a la mediación penal como causa de los mismos (art. 91 ALECRim 2012). Máxime cuando sí se contiene una mención expresa para el supuesto de «sobreseimiento para cumplimiento de presupuestos» o condiciones voluntariamente aceptados por el infractor (art. 92 ALECRim 2012) (33).

En nuestra opinión se ha desperdiciado en el ALECRim 2012 una buena «oportunidad» para incorporar una posible aplicación del principio de «oportunidad» vinculada a la mediación y a la satisfacción de la víctima, fundamentalmente, como consecuencia

---

(33) Supuesto similar a la suspensión del procedimiento por razones de oportunidad previsto en el art. 150 ALECRim 2011. Dice el art. 91.1.2 ALECRim 2012 que podrá sobreseerse la causa por motivo de oportunidad «cuando la causa hubiera sido suspendida, (...), por un plazo otorgado al encausado para la satisfacción de condiciones aceptadas por el mismo y dichas condiciones hubieran sido cumplidas satisfactoriamente». El supuesto en concreto está condicionado (art. 92 ALECRim) a que se cumplan una serie de requisitos: a) que la suspensión sea acordada por el MF en la fase de investigación y que el plazo de la misma no exceda de los dos años; b) que la causa lo sea por delitos leves o menos graves; c) que el encausado acepte la realización de prestaciones de dar, hacer o no hacer propuestas por el MF con el fin de afrontar su responsabilidad civil, someterse a tratamiento de su adición en su caso o realizar trabajos en beneficio de la comunidad que priven de sentido a la imposición de pena. La suspensión interrumpe el plazo máximo de duración de las Diligencias de Investigación, que volverá a correr si la suspensión se levanta (art. 92.3 ALECRim). El plazo máximo de duración de las Diligencias de Investigación es, por otra parte, de seis meses (art. 127.1 ALECRim), si bien se amplía a 18 meses —susceptibles de prolongación por igual plazo o por uno inferior por el Tribunal de Garantías— si la investigación fuera compleja (art. 127.2 y 3 ALECRim). Nótese que el precepto en cuestión hace una referencia expresa a la posibilidad de suspender las Diligencias de Investigación durante el período de prueba, pero no especifica qué ocurre con la acción penal y la hipotética prescripción de la misma, ¿se interrumpe también?

de la misma. La única posibilidad de asociar el archivo por motivos de oportunidad con los resultados de la mediación sería la causal primera («cuando el delito sea de escasa gravedad y no exista un interés público relevante en la persecución, atendidas todas las circunstancias» —art. 91.1.1 ALECRim—). Pero ello reduciría el ámbito de aplicación de la mediación a los supuestos menos graves. Aunque no impediría que en el resto de los supuestos (más graves) el resultado de la mediación se materializara a través de otra institución procesal o sustantiva (conformidad, atenuante...). En cualquier caso, sería deseable una mención expresa similar a la contenida respecto de la suspensión para el cumplimiento de prestaciones (art. 91.1.2 en relación con art. 92 ALECRim). La regulación relativa al archivo y sobreseimiento de la causa en el Título relativo a la «Conclusión de las investigaciones» tampoco contiene referencia alguna que nos pueda servir de auxilio a la hora de esclarecer la posible vinculación de la mediación con el archivo y posterior sobreseimiento (34).

## VII. Órgano competente para acordar la derivación del asunto a mediación penal

Del articulado del ALECRim 2012 se deduce, como hemos dejado apuntado en el apartado anterior, que parece ser el MF el protagonista a la hora de resolver sobre si procede o no derivar el asunto al procedimiento de mediación, pues es a él a quien corresponde trasladar a la víctima la voluntad del infractor de someter el conflicto con la víctima a mediación salvo que «lo considere inadecuado en razón del hecho» (art. 144.2 ALECRim). Por otra parte, la institución de mediación o el mediador han de comunicar al MF el inicio y la finalización del procedimiento de mediación, con su resultado (art. 144.3 ALECRim). También corresponde al MF suspender las Diligencias de Investigación cuando se pone en marcha un procedimiento de mediación (art. 145 ALECRim). Sin embargo, conforme a este último precepto parece ser posible que no sea el MF el promotor o responsable de la decisión de someter el conflicto a mediación. En efecto, se dispone que «cuando el MF tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación», podrá adoptar la decisión de suspensión mencionada. ¿Quién puede haber decidido iniciar el procedimiento de mediación al margen del MF? No se dice nada al respecto y convendría esclarecerlo.

Por otra parte, resulta llamativo que conforme al art. 144.2 ALECRim 2012 el infractor pueda trasladar al MF su voluntad de someter el conflicto con la víctima a mediación, pero no se recoja la posibilidad de que sea la víctima la que plantee la iniciativa o posibilidad de poner en marcha el procedimiento de mediación (35).

Esta cuestión es tratada de forma diversa en el ALECRim 2011, pues junto al MF, que podrá someter el proceso a mediación de oficio o a instancia de parte según las circunstancias del hecho, del infractor y de la víctima (art. 158.1), también podrá el

---

(34) Los motivos de conclusión y archivo por el MF y posterior sobreseimiento judicial (arts. 418-419 ALECRim 2012) son los mismos que los comprendidos en los arts. 637 y 641 LECrim a los que se añade la de archivo por razones de oportunidad que, como hemos comprobado, no vincula esta posibilidad con la mediación.

(35) Se haría de esta manera efectiva la proclama recogida en la Exposición de Motivos del ALECRim 2012 en el sentido de que «en la justicia restaurativa la víctima, siempre voluntariamente, adquiere un singular protagonismo».

juez acordar el sometimiento del procedimiento a mediación durante la ejecución (art. 158.5) o el tribunal de enjuiciamiento durante el juicio oral cuando todas las partes lo soliciten (art. 160).

## VIII. Mediación vinculada a la conformidad

Pongamos que tras el procedimiento de mediación se pretende trasladar su resultado al proceso a través del instituto de la conformidad. La Exposición de Motivos del ALECRim 2012 deja entrever que cabe vincular la mediación con la conformidad, aunque no tenga que ocurrir necesariamente así<sup>(36)</sup>. Pese a las referencias que se realizan en la Exposición de Motivos a la conformidad y que están relacionadas con la mediación, nada claro podemos obtener de la lectura del articulado del ALECRim 2012.

Es cierto que el ALECRim 2012 incorpora importantes dosis de flexibilidad en relación con la conformidad, las cuales permiten predecir que el recurso a la misma ha de conocer un incremento exponencial si se mantienen los términos de la propuesta<sup>(37)</sup>. Si desde sus orígenes la institución de la conformidad limitaba su eficacia a delitos de menor gravedad (pena correccional equivalente en el CP de 1973 a pena de prisión menor de seis meses a seis años —arts. 655 y 688 LECrim—; pena de seis años de prisión en los casos de estricta conformidad del art. 787 LECrim. para el procedimiento abreviado; pena de seis años de prisión en el procedimiento ante el tribunal del jurado —art. 50 LO 5/1995—), el ALECRim 2012 dispone, ajustándose a la realidad de la práctica actual de nuestros tribunales, que será posible alcanzar y someter al órgano judicial una propuesta de conformidad «cualquiera que sea el tipo de delito y con independencia de la pena que le corresponda» (art. 103.1).

Junto a esta apertura de su ámbito de aplicación, no menos importante es la ampliación del momento procesal en que cabe manifestar el acuerdo o conformidad, hasta ahora limitado temporalmente hasta el momento de la apertura del juicio oral y «antes de iniciarse la práctica de la prueba» (art. 787.1 LECrim). En la proyectada reforma procesal, en cambio, es posible alcanzar y someter al órgano judicial una propuesta de conformidad «en cualquier momento del procedimiento» (art. 103.1 ALECRim 2012). Es más, se especifica que cabe alcanzar la conformidad en el curso del juicio oral, iniciado el mismo (art. 111 ALECRim 2012).

Otras no menos importantes modificaciones en el régimen jurídico de la conformidad que incorpora la proyectada reforma, y que indudablemente contribuirán a fomentar su uso, son, por ejemplo, la extensión con carácter general de la recompensa consistente en la rebaja en un tercio respecto de la pena acordada (art. 104 ALECRim 2012). Hasta ahora, dicha posibilidad está limitada a la conformidad acordada en fase de diligencias urgentes dentro del procedimiento de «juicios rápidos» (art. 801 LECrim) o de diligencias previas del abreviado cuando se cumplan los requisitos de aquél (art. 779.1.5.<sup>a</sup> LECrim que se remite al art. 801). Sin embargo, la recompensa de re-

(36) Así, dice que la justicia restaurativa se concibe como complemento de los tradicionales fines de la justicia penal, no como sustitutivo, pero «sin dejarlo vinculado al principio de oportunidad o al instituto de la conformidad, lo que supone una visión estrecha de la mediación, (...). Ni toda mediación ha de acabar en la aplicación del principio de oportunidad o una conformidad, ni éstas reclaman necesariamente una mediación previa».

(37) CHOZAS ALONSO, José Manuel, «Otro avance de la 'justicia penal negociada'...», *cit.*, p. 1.

baja en un tercio de la pena acordada puede ser general en el futuro, siempre que la conformidad sea alcanzada antes de expirar el plazo para la presentación del escrito de defensa (art. 104 ALECRim 2012). O, por ejemplo, la posibilidad de que sea dictada sentencia de conformidad aunque sean varios los encausados y no todos se conformaren, haciendo además abstracción del contenido de la conformidad en el juicio que se celebre en relación con los nos conformes (art. 103.2 ALECRim 2012) (38).

El tratamiento que se le da a la conformidad en el ALECRim 2011 es mucho más amplio que el recogido en el régimen actual, pero no alcanza las cotas previstas en el ALECRim 2012. En aquél, al igual que en el más reciente, se opta por acabar con el sistema de limitación de la conformidad en función del criterio de la gravedad de la pena, pues se afirma que «esta limitación no ha tenido reflejo en la práctica y ha llevado a que proliferen las conformidades encubiertas cuanto el asunto rebasa el límite máximo de los cinco años de prisión». Sin embargo, las previsiones contenidas respecto de la conformidad en la más antigua de las propuestas de reforma distan de la generosidad con que se aborda la materia en la más reciente de las propuestas de reforma. En efecto, en el ALECRim 2011 no procede la terminación por conformidad en el supuesto de pluralidad de sujetos pasivos si no concurre el consentimiento de todos los investigados o acusados por un mismo hecho punible o por hechos conexos que no puedan ser juzgados separadamente sin detrimento del derecho de defensa (art. 140) (39).

Asumido que el instituto de la conformidad verá incrementado exponencialmente su posibilidad de aplicación, volvemos a la cuestión inicial, ¿es el mecanismo más adecuado para reflejar procesalmente el resultado de una mediación penal? Apréciase que el instituto de la conformidad está sujeto al examen de la autoridad judicial, pues corresponde a ésta controlar la corrección de la calificación jurídica de los hechos y la procedencia de la pena según dicha calificación (art. 108.2.º ALECRim 2012) (40). Ahora bien, estas facultades de control judicial recaen sobre o «a partir de los hechos aceptados por todas las partes» (art. 108.2.º ALECRim 2012 y 787.2 LECrim), lo que viene a significar que la relación de hechos acordada por las partes vincula al juez aunque no se corresponda exactamente con la realidad (41). Así lo ha entendido también el TS en su sentencia 1077/2011, de 10 de octubre (42).

(38) En la actualidad, dispone el art. 655 LECrim para el procedimiento ordinario por delitos graves que «continuará el juicio si fuesen varios los procesados y no todos manifestaren igual conformidad». Idénticamente el art. 697 LECrim para la conformidad intentada en el acto del juicio oral. En la actualidad, el único supuesto en el que procede legalmente conceder eficacia a la conformidad prestada por uno o más de los encausados, pero no por todos, es aquél en el que los acusados sean personas jurídicas, pues su conformidad «podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos» (art. 787.8 LECrim).

(39) La excepción, según el mismo precepto, ocurriría cuando de entre los varios sujetos imputados quedaran fuera del acuerdo o consentimiento las personas jurídicas.

(40) Tal y como ocurre en la actualidad (art. 787.2 LECrim).

(41) En el procedimiento ante el tribunal del jurado el control judicial se extiende a la apreciación de si se ha cometido o no el hecho justiciable (art. 50.2 LO 5/1995). El tratamiento que se le da a esta cuestión en el ALECRim 2011 es particular. Si la pena acordada no es superior a los cinco años de prisión, se limitará el órgano judicial a controlar la corrección de la calificación jurídica o de la pena solicitada (art. 145.2 ALECRim 2011), pero si la pena aceptada excede de dicho límite el control judicial es más estricto, pues el juez «oír a todas las partes acerca de la existencia de indicios racionales de criminalidad adicionales al reconocimiento de los hechos» (art. 145.3.III ALECRim 2011).

(42) En el caso, el MF y la acusación particular recurren en casación porque el tribunal de instancia alteró en el relato de hechos probados lo acordado por las partes. Viene a decir el TS que el juez no puede alterar sus-

Esto es, las partes tienen como margen de maniobra para rebajar la petición de pena la relación de hechos, pues una vez fijados los mismos por acuerdo entre ellas, la autoridad judicial ha de controlar la corrección de la calificación y de la pena solicitada, nada más. ¿Podemos imaginarnos que la relación de hechos sobre la que recae el acuerdo no se ajuste exactamente con la realidad para satisfacer el único objetivo de permitir o favorecer una rebaja de la calificación y de la pena? Si ya de por sí la víctima tiene escasa participación en el acuerdo trasladado a la conformidad, ¿admitiría tergiversar la realidad de los hechos con el argumento de que sólo así se posibilita recompensar al infractor que participa en la mediación y repara a la víctima? (43).

## IX. La necesidad de redefinir la participación de la acusación popular

La acción penal es pública, todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla (art. 101 LECrim), hayan sido o no ofendidos por el delito (art. 270 LECrim). El MF no ostenta, pues, el monopolio en el ejercicio de la acción penal en España y junto a él, pueden intervenir en el proceso penal como partes acusadoras el ofendido o perjudicado como acusación particular y cualquier ciudadano español como acusación popular (art. 125 CE en relación con los arts. 101 y 270 LECrim antes mencionados). Siendo la mediación penal un procedimiento entre el infractor y la víctima orientado a la solución del conflicto, ¿puede suponer un inconveniente la interferencia de un tercero —acusación popular— legitimado para el ejercicio de la acción penal?, ¿puede influir en la decisión del infractor respecto de una mediación con la víctima la «amenaza» de una acusación como la popular no vinculada por lo que pueda acordarse en aquél procedimiento entre infractor y víctima?

La jurisprudencia de nuestros tribunales ya ha reducido en sus justos términos la actuación de la acusación popular en aquellos supuestos en que el MF y la acusación particular no estén dispuestos a ejercitar la acción penal y soliciten el sobreseimiento (doctrina Botín y doctrina Atutxa y otros miembros de la mesa del parlamento vasco). La naturaleza del delito es determinante.

El ALECRim 2012 mantiene el carácter público de la acción penal y la legitimación del MF, así como de la acusación particular y la popular para su ejercicio (art. 89). Sin

---

tancialmente los hechos admitidos por las partes, esto es, que la descripción «conformada del hecho no vale en tanto que, en lo cognitivo, acredita una verdad discutible, sino en cuanto que, con independencia de que tal «aceptación» no corresponda siempre y en todo caso a la verdad histórica, lo cierto es que supone una declaración de voluntad que en primer y decisivo término obtura «*ea ipsa*» la posibilidad de que la acusación produzca prueba de signo incriminatorio o de cargo u por ello produce en la instancia una preclusión para el acusado de poder alegar en otro grado jurisdiccional la ausencia de aquélla». Esta prohibición de alterar los hechos conformados estaría igualmente vinculada con el principio de imparcialidad judicial («la garantía de que la causa ha de ser resuelta por un juez imparcial exige que éste no asuma funciones que son de exclusiva incumbencia de las partes. A éstas compete determinar el objeto del proceso. Solamente ellas pueden introducir el hecho que funda sus pretensiones»). *Vid.* el comentario de FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Juan Manuel, a esta sentencia: «El control judicial de la conformidad en el proceso penal», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, 2012, pp. 41-48.

(43) La única posibilidad, muy limitada, de ajustar la conformidad a la realidad de los hechos es la prevista en el art. 108.4.º ALECRim 2012, esto es, que no conste la existencia del cuerpo del delito cuando, de haberse cometido éste, no pueda menos de existir aquél, o cuando alguna de las partes no conforme alegare razones en contra de la conformidad «por no corresponderse los hechos con la realidad de lo acontecido». Se hace difícil entender la virtualidad de este precepto para el caso de la mediación, entendido ésta como mecanismo basado en la voluntariedad y el acuerdo entre víctima e infractor.

embargo, la acusación popular experimenta una redefinición profunda «para evitar abusos» según se confiesa en la Exposición de Motivos. Ciertamente el recorte que pretende imponer el prelegislador es considerable. Junto a las tradicionales prohibiciones o limitaciones ya existentes en el ordenamiento procesal vigente, destaca la prohibición de ejercitar en el futuro la acción popular por parte, no sólo de los partidos políticos y sindicatos, sino también por parte de cualquier otra persona jurídica pública o privada (art. 70.2 ALECrIm 2012). Además, se limita objetivamente el ejercicio de la acción popular a una relación cerrada de delitos en los que el componente público es más intenso, si cabe, que en la hasta ahora categoría de delitos públicos perseguibles de oficio (44).

Ciertamente, en la relación de delitos en los que resulta admisible la acción popular resulta más difícil identificar una víctima concreta (prevaricación judicial, tráfico de influencias, cohecho, contra la ordenación del territorio, etc.) con la que desarrollar un procedimiento de mediación. Así, se reduce considerablemente el riesgo que para dicho procedimiento de mediación puede suponer la interferencia de un tercero ejercitando la acción popular. Ahora bien, este riesgo no está excluido absolutamente. Por ejemplo, en la relación de delitos respecto de los cuales resulta susceptible el ejercicio de la acción popular se incluyen los delitos de terrorismo, en los que la existencia de víctimas individualizadas es evidente. ¿Podemos imaginar el caso de una mediación entre la víctima concreta de un acto de terrorismo concreto y el autor del mismo en el que se alcanza una satisfacción plena para ambas partes y se espera alguna recompensa obstaculizada por una acusación popular? Precisamente, y aunque la prohibición de actuación de personas jurídicas como acusaciones populares (art. 70.2 ALECrIm 2012) pueda salvarse fácilmente mediante personas físicas interpuestas, en casos de terrorismo la excepción a la regla general permite la constitución de personas jurídicas para la defensa de las víctimas de estos delitos (art. 70.2 *in fine* ALECrIm 2012). Por otra parte, el ALECrIm 2012 amplía la legitimación para intervenir como acusación particular no sólo a los ofendidos o perjudicados por el delito (víctimas), sino a las asociaciones o personas jurídicas a las que la ley otorga legitimación para defender derechos de sus integrantes o terceros (art. 67 ALECrIm 2012).

Estas circunstancias nos impulsan a defender la conveniencia de incorporar alguna limitación o prohibición a la intervención de acusaciones populares cuando la misma pueda obstaculizar de alguna manera el desarrollo del procedimiento de mediación

---

(44) *Vid.* relación de delitos en el art. 71 ALECrIm 2012. El ALECrIm 2011 parte igualmente de la necesidad de reordenar la figura de la acusación popular reconocida constitucionalmente como forma de participación ciudadana en la administración de justicia y que, como tal, puede constituir «un elemento corrector último frente a posibles desviaciones o errores en el ejercicio de la acción pública por parte del Ministerio Fiscal» (Exposición de Motivos, parágrafo XXII). Desde el punto de vista subjetivo, el ALECrIm amplía la relación de sujetos legitimados añadiendo a los ciudadanos españoles «los ciudadanos y personas jurídicas de derecho privado de cualquier estado miembro de la Unión Europea» (art. 81 ALECrIm 2011). Excluye, sin embargo, expresamente de dicha posibilidad a las personas jurídicas de derecho público («Administraciones públicas, los partidos políticos y los sindicatos» —art. 82 ALECrIm 2011—). En el plano objetivo, las prohibiciones son idénticas a las actuales (delitos reservados a querrela privada, delitos cuya perseguibilidad está condicionada a la previa denuncia del ofendido —art. 83 ALECrIm 2011—). Las diferencias, hasta ahora, no son relevantes (salvo la prohibición subjetiva de organismos públicos o de interés público). La vía para limitar el posible ejercicio espurio de la acción popular se halla en la necesidad de que al personarse como acusador acredite un «interés legítimo y suficiente» (por un lado, «la relación o vínculo personal, social o profesional con el interés público que motiva su intervención» y, por otro lado, la relevancia de su actuación en el proceso para la defensa del interés público relacionado con los hechos punibles») conforme al art. 84 ALECrIm 2011.



penal conforme a la dinámica que lo caracteriza de voluntariedad y libertad (45). Por otra parte, estas limitaciones al ejercicio de la acción popular encajarían con mayor armonía en un modelo procesal en el que se pretende instaurar el principio de oportunidad (46).

## X. Interrupción o suspensión de la prescripción de la acción penal mientras se desarrolla la mediación

La Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, es consciente de que con el fin de alentar a las partes a hacer uso de la mediación, los Estados miembros deben garantizar que sus normas sobre plazos de caducidad y prescripción no impidan a las partes acudir a los tribunales o al arbitraje en caso de que fracase su intento de mediación [considerando (24)] (47). En desarrollo de esta idea la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, dispone que la solicitud de inicio de la mediación «suspenderá» la prescripción o caducidad de acciones (art. 4). Se considera en el Preámbulo que la solución de la suspensión es más conveniente que la de la interrupción, por un lado, porque impide que tenga repercusión en costes procesales posteriores, pero, por otro lado, porque evita su planteamiento como una estrategia dilatoria del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las partes.

Es precisa alguna disposición similar en relación con la mediación penal. Se debería excluir cualquier duda acerca de la intencionalidad del infractor que dice querer someterse a mediación con la víctima. Si el plazo de prescripción de las acciones penales no se interrumpe o suspende como consecuencia de la mediación, existe el riesgo de que concluida ésta sin éxito no puedan ejercitarse en el futuro dichas acciones.

Podría pensarse que no resulta necesaria previsión expresa sobre la materia teniendo en cuenta la reforma operada respecto de la prescripción del delito por la LO 5/2012, de 22 de junio, de modificación del CP. Esta reforma pretendía, precisamente, poner fin a las diferencias interpretativas surgidas entre nuestros más elevados tribu-

---

(45) El problema de la actuación obstaculizadora de la acusación popular en un procedimiento de mediación penal entre víctima e infractor cuando la mediación encuentre su cauce a través de la conformidad, podría solventarse mediante la previsión contenida en el art. 110 ALCrim 2012. Esto es, cuando el MF estime procedente la conformidad y ésta resulte imposible a tenor de la calificación o pena solicitada por alguna de las restantes partes acusadoras (podría ser la acusación popular), «si el Fiscal estimara la posición de tal parte temeraria o contraria a la ley y movida por razones de no estricta justicia podrá acudir junto con la defensa al Tribunal y elevar propuesta de conformidad con su calificación y pena».

(46) Como afirma ARMENTA DEU, Teresa, «presenta menos obstáculos instaurar o ampliar la aplicación del principio de oportunidad, si quien investiga y acusa es el MF, pero sólo, si además, es el titular exclusivo del ejercicio de la acción penal», *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América, ¿Un camino de ida y vuelta?*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, 2012, p. 122. En relación al proceso penal del menor, afirman POLO RODRÍGUEZ, José Javier/HUÉLAMO GARCÍA, Antonio Jesús, que —en relación con la redacción originaria de la LO 5/2000 y la exclusión de otras acusaciones distintas de la del MF— la exclusividad en el ejercicio de la acción penal por el MF, «cumple una función instrumental para permitir el juego del principio de oportunidad», *La nueva ley penal del menor*, Colex, Madrid, 2001, 2.ª ed., pp. 248-249.

(47) De este modo, dispone el art. 8.1 de la Directiva que «los Estados miembros garantizarán que el hecho de que las partes que opten por la mediación con ánimo de solucionar un litigio no les impida posteriormente iniciar un proceso judicial o un arbitraje en relación con dicho litigio por haber vencido los plazos de caducidad o prescripción durante el procedimiento de mediación».

nales sobre la interrupción de la prescripción del delito, lo que generaba no poca inseguridad jurídica. Para ello la LO 5/2012 combina la institución de la interrupción y de la suspensión de la prescripción dependiendo del grado de intensidad de la imputación existente contra el presunto autor de los hechos. La prescripción, por un lado, se interrumpe cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine son condena (art. 132.2 CP). ¿Pero cuándo se considera que el procedimiento se dirige contra la persona indiciariamente responsable? Para ello se precisa que se dicte «una resolución judicial motivada en la que se atribuya su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta» (48). Parece que esta primera regla del precepto indicado se refiere a la existencia de un acto formal de imputación judicial. Pero, incluso con carácter previo, esto es, sin la concurrencia de indicios serios o racionales de criminalidad, la mera atribución a una persona de la participación en un hecho criminal le hace merecedor de la condición de imputada y, por ello, de una serie de garantías y derechos, entre ellos, el de la defensa. El art. 118 LECrim es una muestra de ello. Por este motivo, la reforma del CP opta por una situación intermedia en estos casos, de ahí que en lugar de la interrupción de la prescripción, que deja sin efecto el tiempo transcurrido, se opte por la suspensión cuando se presentara una querrela o denuncia ante un órgano judicial en la que se atribuya a una persona determinada la participación en un hecho que puede ser constitutivo de delito o falta (49).

Por lo tanto, si el procedimiento se dirige contra persona determinada se interrumpe la prescripción del delito. Se podría considerar que el desarrollo de la mediación penal presupone la existencia de un procedimiento contra persona determinada. Pero, ¿cabe trasladar los criterios recogidos en el CP, sin más, al orden procesal que se pretende aprobar en el futuro?, ¿es equivalente la atribución de la presunta participación en un hecho criminal mediante resolución judicial motivada a la atribución que pudiera desarrollar el MF director en el futuro de las diligencias de investigación? La cuestión no es nada clara y exigiría en aras a la necesaria seguridad jurídica un pronunciamiento legal expreso acerca de la eficacia del procedimiento de mediación en la prescripción del delito (50).

La Circular 4/2013, sobre las diligencias de investigación del MF recuerda que las mismas no interrumpen la prescripción. Esta es también la opinión del STS 867/2002, de 29 de julio, en relación a las diligencias del art. 773.2 LECrim.

El ALECRim 2011 no contiene ninguna previsión al respecto. Sí, en cambio, el ALECRim de 2011. La Exposición de Motivos de esta última es más elocuente que su

---

(48) Se aclara en la regla 3.ª de dicho precepto que la determinación de la persona contra la que se dirige el procedimiento ha de hacerse suficientemente en la resolución judicial, pero no es necesario que sea sólo «mediante su identificación directa», siendo admisible que sea «mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho».

(49) La suspensión del cómputo de prescripción lo es por seis meses en el caso de delitos y por dos meses en el de faltas. Si durante este plazo se adopta la resolución judicial motivada de imputación contra el querrelado o denunciado, la interrupción de la prescripción se retrotrae al momento de la presentación de la denuncia o la querrela (art. 132.2.2.ª CP).

(50) En Francia, el ordenamiento procesal penal dispone que si el Fiscal (*Procureur de la République*) se decanta por impulsar el procedimiento de mediación en lugar de ejercitar la acción penal, se produce la suspensión de la prescripción de la misma (art. 41-1 CPP).

articulado. La Exposición de Motivos afirma: «Hasta tanto las investigaciones no llevan a dirigir las sospechas hacia una persona determinada, la garantía de la limitación temporal de la persecución estatal de la infracción cometida se encuentra en el plazo de prescripción señalado por la ley». Se afirma en dicha Exposición de Motivos que establecer un plazo máximo para las diligencias de investigación y el control de su duración, se orienta a proteger la esfera de los individuos afectados, y se fija dicho momento en la identificación del sujeto sobre el que recae la sospecha de responsabilidad criminal. Concluye que la primera comparecencia del investigado tiene un doble efecto temporal: por un lado, es el momento en el que se interrumpe el plazo de prescripción del delito; por otro lado, como garantía a la prescripción interrumpida, es el momento inicial del cómputo de inicio del plazo de duración.

Si la Exposición de Motivos del ALECRim 2011 anticipa todas estas cuestiones acerca de la interrupción de la prescripción, su articulado, en cambio, guarda silencio al respecto. Sólo en el caso de la suspensión del procedimiento por razones de oportunidad con imposición de obligaciones o reglas de conducta (art. 150.3 ALECRim 2011) se dispone que la suspensión queda condicionada a que el sujeto no delinca en un plazo de dos años, «quedando entretanto interrumpido el cómputo de la prescripción de la infracción cometida» (51).

La única previsión específica acerca de la interrupción del plazo de prescripción es la contenida en el art. 161 ALECRim 2011 en relación al juicio de faltas, al disponer que el sometimiento a la mediación interrumpirá el plazo de prescripción. El plazo máximo de desarrollo de la mediación no podrá exceder de tres meses.

## XI. Conclusiones

El Estado español está obligado por compromisos internacionales a incorporar a su ordenamiento interno la institución de la mediación penal (Decisión Marco 2001/220/JAI y Directiva 2012/29/UE). El prelegislador español ha optado por incorporar dicha institución en el marco de una reforma integral procesal. Es cierto que para su efectividad, la mediación penal reclama en el proceso español una serie de reformas y adaptaciones. Por ese motivo, puede parecer lógica la decisión de incluir este procedimiento de resolución de conflictos aprovechando las propuestas de reforma integral del proceso penal. Sin embargo, ni el ALECRim 2011 vio la luz, ni parece que lo vaya a hacer el ALECRim 2012 antes de que concluya la legislatura. Por este motivo urge seguir la senda de otros ordenamientos extranjeros (Portugal) o del propio ordenamiento español en relación con la mediación en asuntos civiles y mercantiles (Ley 5/2012) y aprobar una norma específica sobre la mediación penal, sin que quede su existencia condicionada a lo que depare el futuro a la reforma procesal penal.

Si algo caracteriza a ambas propuestas de reforma, sobre todo a la más reciente —ALECRim 2012—, es la efusividad con que reciben en sus Exposiciones de Motivos a la mediación penal y la parquedad e insuficiencia con que luego se materializa su regulación a lo largo del articulado. Hay cuestiones relevantes que no quedan suficiente-

---

(51) Sí se prevé expresamente que potestativamente el MF «podrá» suspender las diligencias de investigación mediante decreto, cuando tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento de mediación penal (art. 145 ALECRim 2012), pero ninguna referencia a la prescripción de la acción penal.

mente claras. Así, por ejemplo, la cuestión relativa al momento procesal en que resulta procedente. El ALECRim 2011 opta por una mayor amplitud: en la fase preparatoria, en la fase de juicio oral y en la de ejecución. Pero sin aclarar suficientemente cómo se articulará la mediación en estos dos últimos supuestos. En el ALECRim 2012, en cambio, sólo se hace mención expresa a la mediación en la fase de investigación dirigida por el MF.

Es de destacar, positivamente, que ambas propuestas optan por no limitar el ámbito de aplicación objetivo de la mediación penal a las infracciones más leves. Ni siquiera existe una prohibición expresa para los supuestos de violencia de género. Ahora bien, no parece oportuno que el único criterio determinante de la derivación del asunto a mediación sea la consideración por el MF de la adecuación por razón de la «naturaleza del hecho» (ALECRim 2012). Parece más oportuno que se aprecien igualmente, además, las circunstancias del infractor y de la víctima (ALECRim 2011). Tampoco resulta satisfactorio, en nuestra opinión, el tratamiento que se le da al principio de oportunidad en el ALECRim 2012, pues el mismo no aparece vinculado en ningún momento con la mediación penal.

Positivo merece ser el juicio en relación con la conformidad, en la medida en que al ampliar considerablemente la posibilidad de su aplicación, se amplían igualmente los cauces a través de los cuales articular procesalmente los acuerdos derivados de la mediación. El único inconveniente reside en que el control judicial se limita a la corrección en la calificación de los hechos y de la pena, lo cual obliga, de alguna manera, a alterar la realidad fáctica para que la misma tenga cabida en los términos acordados. Parece lógico que la víctima que participa en un procedimiento de mediación no esté por la labor de «tergiversar» la realidad para acomodarla a una calificación y a una pena pactadas. No es positivo, en cambio, el juicio que merece el tratamiento de la acción popular en relación con la mediación. Es cierto que se introducen limitaciones a su actuación en ambas propuestas de reforma, pero también lo es que no se eliminan las posibles interferencias de su intervención en la mediación. Habría que incorporar, en su caso, una prohibición expresa. Por último, por razones de seguridad jurídica y para evitar que el recurso a la mediación pueda influir maliciosamente en la prescripción de la acción penal, hay que incluir una cláusula general idéntica a la existente para las faltas en el ALECRim 2011 (interrupción de la prescripción).

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Bitartekotza Penal sartu beharra dago Espainiako ordenamenduan. Hala agintzen dute nazioarteko obligazioek. Espainiako prozesu penalaren erreforma integralerako proposamenak aurkeztu dira (2011n eta 2012an), eta haietan bitartekotza penala sartzeko aprobetxatu da. Ezinezkoa edo oso zaila da, baina, haiek gauzatzea. Bitartekotza penalaren hainbat alderdi aztertu behar dira hura eraginkorra izan dadin (aukera-printzipioa, egintza penala etetea, herri-akusazioa mugatzea, etab.), eta erreforma-proposamenetan nahikoa landu ez diren beste asko argitu behar dira (aplikazio-esparrua, adostasun-araubidea, etab.).

**HITZ GAKOAK:** Bitartekotza penala. Justizia leheneratzailea. Prozesuaren erreforma penala. Aukera-printzipioa. Adostasuna. Herri-akusazioa.

**RESUMEN:** Urge incorporar la mediación penal en el ordenamiento español. La misma está impuesta por obligaciones internacionales. Se han presentado propuestas de reforma integral del proceso penal español (en 2011 y en 2012) y se ha aprovechado para incorporar la mediación penal en ellas. Pero es imposible o poco probable que las mismas vean la luz. Urge abordar cuestiones procesales vinculadas a la mediación penal para asegurar o favorecer su efectividad (principio de oportunidad, interrupción de la acción penal, limitación de la acusación popular, etc.) y esclarecer otras muchas que no son tratadas suficientemente en las propuestas de reforma (ámbito de aplicación, régimen de la conformidad, etc.).

**PALABRAS CLAVE:** Mediación penal. Justicia restaurativa. Reforma procesal penal. Principio de oportunidad. Conformidad. Acusación popular.

**ABSTRACT:** It is increasingly urgent to incorporate the criminal mediation to the Spanish legal order. It is imposed by international obligations. Some proposals of integral reform of the Spanish criminal procedure have been advanced (in 2011 and in 2012) and has been used to incorporate the criminal mediation to them. But it is impossible or not very likely that they see the light. It is urgent to tackle procedural issues linked to the criminal mediation in order to guarantee or favor its effectiveness (principle of opportunity, stay of the criminal action, limitation of the public prosecution, etc.) and untangle other many that are sufficiently addressed in the proposals of reform (field of application, regime of conformity, etc.).

**KEYWORDS:** Criminal mediation. Restorative justice. Criminal procedural reform. Principle of Opportunity. Conformity. Popular prosecution.



# Montañas, riesgo y responsabilidad: breve aproximación jurídica

Xabier Ezeizabarrena Sáenz

«Orhiko txoria, Orhin laket»  
(Demetrio Loperenaren oroimenez)

*Euskal Herriko gailurretatik dago ikusgai: ibar eta herriz betea dago gure lurra, denborak aurrera egin ez balu bezala. Baina, nahiz eta mendi garaietatik hori ikusten dugun, behean, ibarrear oso bestelakoak dira gauzak. Eta, hain zuzen ere, Aezkoako azken eguna ospatu genuen elkarrekin, baina, dagoeneko, ez dago gurekin gure herriaren aldeko gizon langilea eta bikaina, Demetrio Loperena handia.*

*Mila bederatzehun eta laurogeita hamalauan ezagutu nuen Demetrio Loperena Donostiako Zuzenbide Fakultatean. Izan ere, Administrazio Zuzenbideko irakaslea zen Garraldako gizon bikaina. Eta ni, aldiz, bere ikasle gaztea.*

*Behin ikasketak bukatuta, berehala izan ginen lankideak: ni, hasieran, bekaduna eta Demetrio, ondoren, nire tesiaren zuzendaria izan zen era berean (1), segidako urteetan, elkarrekin eskola eta hitzaldi asko eman genituen bai Euskal Herriko Unibertsitatean, bai munduan zehar.*

*Horiek horrela, Demetrio, bere semea Iñigo, Ana bere emaztea, bere senitartekoeak, Silvia, eta baita Garraldako lagunak ere, kideak izan ginen. Eta, beraz, Demetrioren heriotza nahigabe handia izan da guztiontzat.*

*Goian bego gure Demetrio. Eta berreskura ditzagun bere lanak, asmoak eta arima alaia eta irekia. Demetriorik gabe hutsune sakona dugu, baina, hala ere, katea ez da erabat eten...*

**Sumario:** I. Introducción.—II. La montaña y el riesgo.—III. Responsabilidad civil.—IV. Responsabilidad penal.—V. Responsabilidad de la Administración Pública.—VI. Rescates, responsabilidad y tasa pública en Euskadi.—VII. Breve nota sobre Derecho Comparado.—VIII. Conclusiones.—IX. Bibliografía.

## I. Introducción

Las actividades de riesgo en la montaña y en los diferentes espacios naturales que nos rodean han adquirido en las últimas décadas un creciente protagonismo en nuestras sociedades. Con ello, paulatinamente, el ordenamiento jurídico en su con-

---

(1) Doktorego tesiaren epaimahaiko lehendakaria izan zen Ramon Martin Mateo. Nire gogoeta eta goraintziak berari, Ingurumen Zuzenbideko maisu handiari. Goian bego.

junto y la jurisprudencia interna y comparada han desarrollado cierto y diverso «corpus» jurídico de regulación en una materia en la que el riesgo, en distintas magnitudes, resulta palpable tanto para el propio deportista profesional u ocasional, como para terceros no necesariamente familiarizados con este tipo de actividades.

La problemática que vamos a abordar brevemente no se limita, por tanto, al senderismo, al trekking o al alpinismo propiamente dicho, pues se extiende a toda una amplia serie de categorías desarrolladas en espacios libres y naturales cuyas complejidades aconsejan una regulación más detallada que la actualmente vigente en aplicación de normativas estatales y autonómicas y de la aparición aleatoria de diferentes tesis jurisprudenciales.

Adicionalmente, es necesario avanzar que nuestro ordenamiento jurídico puede abordar esta cuestión en diferentes contextos del mismo, necesariamente relacionados entre sí. Derecho Civil (2), Derecho Penal y Derecho Administrativo pueden resultar aplicables en distintos momentos y situaciones de hecho, pudiendo, como es habitual, resultar complementarios. Tanto o más para las diferentes figuras y regímenes de aseguramiento para dar respuesta a los evidentes riesgos que entrañan determinadas actividades.

Otro aspecto a considerar, con implicaciones jurídicas inmediatas, vendrá determinado por el carácter voluntario (3), deportivo y/o profesional del desarrollo de una actividad y, particularmente, la responsabilidad profesional de aquellas personas que, debidamente cualificadas, asumen la responsabilidad de guiar, formar o entrenar a terceros en alguna de estas actividades (4). Es evidente que, en estos casos, el nivel y la exigencia de responsabilidad se agudizan notablemente al encontrarse dichas personas en un nivel profesional de diligencia y responsabilidad de cuya pericia puede depender la seguridad de un grupo determinado de personas e independientemente del lugar donde se realiza, en su caso, la labor de guía (5).

Una categoría adicional y compleja en la presente problemática viene representada por la peculiar figura de los grupos de rescate en montaña o en actividades desarrolladas en el medio natural. En este ámbito, la cuestión presenta, igualmente una doble dimensión:

- a) La del rescate profesionalizado dirigido y coordinado por la Administración pública o por grupos especializados de las fuerzas y cuerpos de seguridad, incluidos algunos cuerpos militares.
- b) El rescate voluntario realizado, en ocasiones, por grupos de voluntarios, asociaciones o grupos de montaña en los que, eventualmente, puede no concurrir la garantía propia de la profesionalidad necesaria para actuar en determinadas situaciones de riesgo.

(2) Vid. J. M. NASARRE: *Responsabilidad civil en actividades de montaña y actividades en la naturaleza*, Ed. Desnivel, 2013.

(3) En el caso de aquellas personas que voluntariamente guían o lideran a otros sin carácter profesional, éstas son conocidos con la denominación moderna de «guías benévolos».

(4) Vid. UIAA (Union Internationale des Associations D'Alpinisme) Standards for Voluntary Leaders and Instructors, «Guidance notes for Member Associations' training and assessment schemes», UIAA, Bern, 2007. <http://www.theuiaa.org>

(5) A este respecto, en el ámbito de la UE, es de interés la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 16-5-2002 (Asunto C-142/01), en relación con reconocimiento de títulos profesionales de monitor de esquí y guía de montaña.



En estos dos casos antedichos, pueden producirse situaciones que deriven en alguna de las tipologías de responsabilidad previamente mencionadas. De tipo penal, en el caso extremo, por una posible negligencia o impericia de carácter grave; de tipo civil derivado de lo anterior con las cuantificaciones económicas e indemnizatorias que pudieran corresponder; o de tipo administrativo por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública en la gestión y/o coordinación de un rescate o por la eventualidad, igualmente factible, de que uno de los miembros del equipo profesional de rescate pueda sufrir daños durante el mismo entre otras posibilidades diversas y no poco habituales (6).

Es necesario añadir a todo lo anterior siquiera una breve aportación introductoria sobre el carácter del medio físico en el que se desarrollan este tipo de actividades, independientemente del nivel de riesgo inherente a cada una de ellas. En este sentido, la montaña, la naturaleza en general, las aguas de los ríos, cañones, las cascadas, el propio bosque, el mar y sus olas, etc., constituyen, en mayor o menor medida, un medio hostil para las personas, tanto con carácter individual como colectivamente.

Además de esta hostilidad gradual, en función de las personas, de nuestra pericia y conocimiento, condiciones físicas, etc. lo cierto es que la naturaleza y sus condiciones meteorológicas tienden a agudizar dicha hostilidad a la vista del carácter cambiante del medio físico y de las diferentes condiciones meteorológicas que pueden condicionar, dificultar o imposibilitar la realización de una determinada actividad. Tanto es así que un adecuado conocimiento del medio, de los partes meteorológicos y de los eventuales impactos de los elementos en una determinada actividad a desarrollar en un medio natural pueden constituir elementos importantes a la hora de graduar el nivel de responsabilidad, diligencia, pericia y/o eventual negligencia de una persona o de un guía, ante una situación de riesgo derivado de la realización de cualquier actividad en la naturaleza.

## II. La montaña y el riesgo

La relación entre la montaña y el riesgo es algo inmemorial, por circunstancias de diferente naturaleza (7). No obstante, existen diferentes factores que han facilitado, especialmente en las últimas décadas, la necesidad de abordar una aproximación jurídica a la montaña, al alpinismo en su concepción más amplia, así como a las restantes actividades desarrolladas en la naturaleza.

Este proceso ha sido largo y complejo, desde el momento en que las primeras expediciones de alpinismo asumían de buena fe, a su riesgo y ventura, que cualquier eventualidad en las mismas formaba parte inherente del riesgo propio de la actividad del alpinista, todavía no profesionalizado.

---

(6) *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo 2995/2007, sala de lo contencioso-administrativo, de 16-4-2007, en referencia a un rescate en el monte Orhi en el Pirineo navarro. Por otro lado, el pasado 24-8-2014, un helicóptero de la Guardia Civil sufrió un accidente durante el rescate de un montañero en el pico de La Polinosa (2160 metros, León). Tres miembros del grupo de rescate de la Guardia Civil fallecieron en el accidente.

(7) *Vid.* V. SEIGNEUR, «The Problems of the Defining the Risk: The Case of Mountaineering», *Forum Qualitative Sozialforschung / Forum: Qualitative Social Research*, 7(1), Art. 14, 2006. <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0114-fqs0601148>

Un buen ejemplo de este aspecto es bien perceptible en el prefacio de Lucien DEVIES a la obra «Annapurna» de Maurice HERZOG, en relación con su ascensión en 1950 (8): «Resplandeciente de roca y de hielo, el mundo fascinador de las cumbres es un catalizador. Sugiere el infinito, pero no es el infinito. La altura no nos da más que lo que nosotros mismos llevamos.

El alpinismo es un medio de expresión. Lo que lo justifica son los hombres que por medio de él se obtienen, sus héroes y sus santos.

Esto es verdaderamente lo esencial, lo que ha sentido junto con nosotros un pueblo entero al elevar su admiración y sus alabanzas hacia los vencedores del Annapurna.

En el esfuerzo hacia la cima, hacia lo absoluto, el hombre se vence, se afirma, se encuentra a sí mismo.

En la extrema tensión del combate, en las fronteras de la muerte, el universo se desvanece, pareciendo acabar a nuestro lado. El espacio, el tiempo, el temor, el sufrimiento, no existen ya. Puede suceder entonces que todo se torne fácil. Como en el vértice de una ola, o en la furia de un ciclón, una gran tranquilidad se establece extrañamente en nosotros. Una tranquilidad que no es el vacío, sino el mismo ardor. Entonces sabemos con certeza que hay en nosotros algo indestructible, contra lo cual nada prevalecerá.

La llama nacida así no se extingue ya nunca. En el extremo desprendimiento hallamos la extrema riqueza.

Tal vez en esta certeza de que en adelante todo estará bien, Maurice Herzog consiguió la serena energía con que superar un calvario» (9).

En este texto, muy en la línea casi mística de los orígenes del Himalayismo, se aprecia una asunción propia y directa del riesgo inherente al alpinismo que desborda cualquier reflexión jurídica. Muy lejos de la sociedad del riesgo actual, los primeros alpinistas e Himalayistas asumían una concepción casi metafísica de sus relaciones con las montañas, con el riesgo y con los elementos que rodeaban sus gestas.

Todo ello se reitera en palabras del propio M. HERZOG, cuando afirma que «en las horas de agonía me pareció descubrir el profundo significado de la vida, que no había comprendido hasta entonces; vi que era más digna la sinceridad que la fuerza. Los recuerdos de esta prueba han quedado grabados en mi carne. Al salvarme, conquisté mi libertad, una libertad de la que ahora poseo un agudo sentido y que provoca en mí ese estado de lozana serenidad del hombre que ha conseguido realizarse, llenándome de la alegría inmensa de amar aquello que antaño despreciara. Una vida nueva y muy hermosa comienza para mí. (...)

Lo que en apariencia carece de sentido, tiene a veces un significado: la justificación de un acto presidido por el desinterés» (10).

Este aspecto es igualmente visible en el contraste de visiones sobre la razón de sus exploraciones recogido por R. FIENNES en su biografía sobre el capitán Scott (11). Frente a la visión de Scott, que decía no tener ningún interés especial en la exploración polar, el propio FIENNES expresa que «dirijo expediciones para ganarme la vida,

(8) M. HERZOG: *Annapurna*, Editorial Juventud, Barcelona, 1961.

(9) *Ibid.* p. 7.

(10) *Ibid.* p. 10.

(11) R. FIENNES: *Capitán Scott*, Editorial Juventud, Barcelona, 2003.

pero los patrocinadores que hacen posibles mis viajes se desesperan cuando ofrezco una respuesta tan prosaica, cada vez que los medios me preguntan por qué lo hago. Preferirían que la respuesta fuera más novelesca, como las palabras inmortales del héroe del Himalaya Mallory: porque está ahí» (12).

En la actualidad, esta concepción casi novelesca presente en las palabras de SCOTT, HERZOG o MALLORY ha cambiado significativamente debido a circunstancias muy diversas y, en muchas ocasiones, ajenas a la realidad jurídica.

En primer término, debido a que el ocio de montaña y de naturaleza se ha socializado entre nosotros tanto en el plano meramente de disfrute como en la organización no necesariamente profesional de ascensiones y expediciones de evidente complejidad. En segundo lugar, considerando que el ejercicio del alpinismo de elite se ha profesionalizado de manera relevante como sugiere FIENNES, lo cual implica consecuencias directas en la asunción del riesgo derivado del mismo desde cualquier punto de vista. En tercer lugar, debido igualmente a la profesionalización, al menos parcial, de la actividad y profesión de los guías de montaña y de otras actividades en el medio natural lo que trae consigo un imperativo de mayor diligencia, conocimiento y pericia en quienes asumen el liderazgo de dichas actividades desde el punto de vista profesional. Más si cabe, como apunta NASARRE, cuando hay presencia de menores en alguna de estas actividades (13).

A todo ello hay que añadir una tendencia natural en materia de responsabilidad en general durante las últimas décadas, que viene confirmando la paulatina objetivación de la responsabilidad civil en múltiples actividades. En base a este criterio, la jurisprudencia general viene limitando la necesidad de dolo o culpa para dirimir una eventual responsabilidad civil, bastando, en muchas ocasiones, la mera existencia de una relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión previa para producirse dicha responsabilidad civil, normalmente a través de la figura del aseguramiento.

A continuación veremos algunos ejemplos derivados de la jurisprudencia en los diferentes ámbitos habituales de la jurisdicción en esta materia.

### III. Responsabilidad civil

Como en otros ámbitos, la regulación básica de la responsabilidad civil extra-contractual parte del art. 1902 del Código Civil: «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». Este precepto debe complementarse con la aplicación del art. 1101 del Código Civil que regula, también con carácter general, la responsabilidad civil contractual: «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas» (14).

---

(12) *Ibid.*, pp. 26 y 27.

(13) Vid. J. M. NASARRE: *Responsabilidad civil en actividades de montaña y actividades en la naturaleza*, Ed. Desnivel, 2013, p. 13.

(14) Este sería, por tanto, el marco general de responsabilidad civil de los guías de montaña o de aquellas personas que, con carácter profesional, asumen una responsabilidad contractual y, normalmente, de tipo profesional derivada de estas actividades.

Tanto en uno como en otro caso, tal y como anticipa NASARRE, «plantea dudas generalizadas la firma de cláusulas que exoneran de responsabilidad a una de las partes. Quien va a firmar un contrato con un empresario para realizar alta montaña, equitación o parapente y ve ante sí un par de líneas que liberan a la empresa de cualquier responsabilidad por las lesiones que pudiera sufrir realizando la actividad, se frena un instante porque duda del alcance de esa rúbrica que estampa. Sin embargo, pocas dudas caben, ya que la cláusula es nula. Siempre existe la posibilidad última de acudir a los tribunales solicitando una indemnización por responsabilidad civil» (15).

Una primera Sentencia significativa en materia de responsabilidad civil es la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 13/1997 (Sala de lo Civil y Penal), de 10 de junio. Se trata de un caso relevante si consideramos los hechos que motivaron el caso en cuestión al producirse la caída en una sima de un montañero, con resultado de graves lesiones, en el rescate organizado por un club de montaña local con el fin de encontrar a otro montañero previamente extraviado (16). Esta Sentencia de 1997 impuso la correspondiente responsabilidad civil y pone en relación el concepto de responsabilidad extra-contractual del Código Civil con los propios conceptos del Fuero Nuevo de Navarra subrayando que «en materia de responsabilidad extracontractual, que en el derecho navarro, Ley 482.2 del Fuero Nuevo, se fundamenta en la negligencia, la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, referida generalmente a la interpretación y aplicación de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, ha evolucionado de modo que, sin prescindir del concepto de culpa como fundamento de dicha responsabilidad, tiende hacia soluciones próximas a su objetivación a medio de las tesis de responsabilidad por el riesgo creado o de la inversión de la carga de la prueba (17), tendencia reiterada de la que, entre otras muchas, son muestra las Sentencias de 10 julio 1943 (RJ 1943\856), 5 febrero 1991 (RJ 1991\991), 11 febrero 1992 (RJ 1992\1209), 25 mayo 1993, 20 junio 1994 (RJ 1994\6026), 14 julio 1995 (RJ 1995\6008) y 9 febrero 1996 (RJ 1996\953); en lo que al propio concepto de la culpa afecta, el mismo Tribunal, en Sentencia de 8 noviembre 1990 (RJ 1990\8534) declara que «es de mantener por el contrario, el moderno concepto de culpa que no consiste solamente, según el criterio clásico, en la omisión de la diligencia exigible según las circunstancias del caso, ya que actualmente se ha ampliado el concepto de culpa para abarcar aquellas conductas donde hay negligencia sin una conducta antijurídica y aquellas otras en que partiendo de una actuación diligente y lícita, no sólo en su inicio sino en su desarrollo, se entiende existente también conducta culposa a virtud de un resultado socialmente dañoso que impone la desaprobación de la acción o de la conducta, por ser contraria a los valores jurídicamente exteriorizados; es decir, es una conducta socialmente reprobable»; doctrina toda ella recogida por esta Sala, entre otras, en la sentencia de 30 marzo 1996 (RJ 1996\1943).

(15) J. M. NASARRE: *Responsabilidad civil en actividades de montaña y actividades en la naturaleza*, Ed. Desnivel, 2013, p. 14.

(16) Es interesante el contraste de esta Sentencia de 1997 con la Sentencia del Tribunal Supremo 2995/2007, sala de lo contencioso-administrativo, de 16-4-2007. En el primer caso, el rescate es organizado por voluntarios de un club local, mientras que en la segunda el rescate es organizado y coordinado por los servicios públicos de emergencia. Curiosamente, ambos casos se desarrollan en Navarra.

(17) Apuntábamos líneas atrás dicha tendencia en materia de objetivación de la responsabilidad en base al criterio de la responsabilidad por el riesgo creado.

En el caso presente la sentencia recurrida declara probado, literalmente «que la organización oficial existía («Protección Civil-Sos Navarra»), y que miembros del Club al que pertenecía el desaparecido, se agregaron a la misma, y estos grupos parece que actuaron con total coordinación y dirección; pero también está probado que, transcurridos 16 días desde la tal desaparición (vid, recortes de prensa aportados con demanda), el Club decide, por su cuenta, organizar batidas por lugares de más difícil acceso de la Sierra de Aralar (como lo es el Monte Tuturre y el punto conocido por «lru-mugarri-eta», o de las tres mugas, lleno aquél de simas, como la de las «paredes viejas», en la que cayó el interfecto). (...) «Esta organización «extra-oficial», hay que tildarla jurídicamente, y dadas las circunstancias en que se produce, y las condiciones de la montaña (por el alto riesgo que supone, superior al de la otra batida, la de Lekumberri, o a la de las marchas habituales o senderismo, excursiones etc.), de altamente imprudente, pues no se actúa con planos ni con guías, y se va a las simas más peligrosas y desconocidas, y con mal tiempo» (18).

Otro pronunciamiento relevante en la materia es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia 193/1999 (Sección 5.<sup>a</sup>), de 15 de marzo. En esta ocasión, el caso específico suscita interés dada la relación de amistad y el carácter voluntario de quien enseña técnicas de escalada a una persona que nunca había escalado con anterioridad. En este caso, se imputó responsabilidad civil a quien asumía la dirección y, por tanto, la responsabilidad en el desarrollo de una actividad de evidente riesgo.

En los aspectos sustanciales señalados, la Sentencia subraya que «si medio negligencia suficiente para ser merecedora de reproche civil, por cuanto que si bien es cierto que la víctima era una persona mayor de edad y que es de conocimiento común que el alpinismo o al menos la escalada es un deporte de riesgo que entraña peligro, y es obvio que ello lo asumió, como también lo es que confiaba en la experiencia y profesionalidad de su amigo» (19).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 12.<sup>a</sup>) 545/2010, de 14 de septiembre, aborda una cuestión ciertamente diferente, tanto por los hechos como por el contexto en el que suceden. La Sentencia en cuestión concluye en la existencia de responsabilidad civil extra-contractual por el accidente sufrido por un menor acaecida en una excursión de senderismo sin peligro aparente, pero para cuyo desarrollo la organización no adoptó toda la diligencia debida en el momento de planificar y organizar la misma. El menor en cuestión no fue advertido de la necesidad de contar con un calzado adecuado para la excursión, realizando la misma con botas de fútbol, resbalando y golpeándose en el ojo con la rama que portaba como bastón. Dicho golpe le provocó prácticamente la pérdida del globo ocular. Esta Sentencia abunda sobre la paulatina tendencia a objetivar la imputación de la responsabilidad civil, en base a la mencionada teoría de la creación del riesgo, de manera que «no habiendo sido probado por los monitores que emplearan toda la diligencia debida al programar dicha ac-

---

(18) Se produce, por tanto, un contraste objetivo en los niveles de diligencia observados entre ambas operaciones de rescate, según la propia Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

(19) De la práctica de las pruebas el juzgador concluye que en el descenso no se empleó la técnica adecuada y que concurrieron en los hechos una ausencia total de medidas de seguridad, sin tomarse en cuenta siquiera el peso de la persona accidentada ni su evidente inexperiencia en la materia. La Sentencia señala literalmente que «no estamos ante dos personas en igualdad de condiciones de decisión, sino ante una persona experta y otra no, quien difícilmente puede cuestionarle lo adecuado o no de la técnica o del material empleado, ni minimizar el riesgo que se incrementa ante la inexperiencia».

tividad pues si bien indicaron que no debían ir con chanclas, sino con zapatos deportivos no especificaron que no podía llevarse zapatillas de tacos y tampoco controlaron que no se excluyera dicho calzado. Lo que ocasionó el accidente».

En resumen, es posible observar en estas sentencias que la cuestión central para dirimir la responsabilidad civil derivada de daños en este tipo de actividades se sitúa, en general, en el nivel de diligencia desplegada por quienes asumen la responsabilidad de organizar la actividad en cuestión (20).

Veremos a continuación algunas situaciones y respuestas jurisprudenciales en el ámbito penal.

#### IV. Responsabilidad penal

En este ámbito, la jurisprudencia es menos abundante y ciertamente más compleja fundamentalmente debido al carácter garantista de la jurisdicción penal. Como bien señala NASARRE, «no es fácil encontrar condenas por delito o falta derivados de accidentes sucedidos en la montaña» (21).

Uno de los casos paradigmáticos en la jurisdicción española sucedió en Sierra Nevada en 2004 e implicaba a una guía turística de nacionalidad holandesa. NASARRE subraya que esta guía «conducía un grupo de personas mayores el 5 de mayo de 2004 en una travesía de Trevezal al refugio de Poqueira, (...), con un equipamiento insuficiente para el frío, en unas condiciones meteorológicas adversas, tras una conversación con el guarda del refugio que había desaconsejado la travesía. El grupo, al llegar al alto del Chorrillo con ventisca y bajísima temperatura, no volvió sobre sus pasos, permaneció un tiempo a la espera y finalmente prosiguió hacia el refugio. En este tramo del trayecto fallecieron tres excursionistas holandeses por hipotermia» (22). El asunto en cuestión fue sobreesido mediante Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 16-3-2005. Según indica el propio NASARRE, «el más decisivo de los argumentos que condujeron a esta decisión judicial fue que los excursionistas vivos confirmaron que habían sido prevenidos, en su país de origen, sobre la conveniencia de llevar ropa de abrigo y equipo adecuado para la montaña y que la decisión de continuar la ruta hasta el refugio y no volver atrás fue adoptada por unanimidad y no por la guía que les acompañaba. (...) El argumento es relevante, dado que reconoce el valor de la decisión unánime de los clientes, lo que indica que esta guía turística no se comportó como una guía de montaña, sino que ante su propia inexperiencia puso la decisión en manos del grupo y no fue ella quien la adoptó» (23).

Tal y como subraya NASARRE, la responsabilidad penal puede derivarse de «una preparación defectuosa de la actividad». Tal es el caso de lo advertido por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 6-2-1996, en la que se «condenó a los técnicos de un patronato municipal que eligieron un lugar peligroso para una excursión, pro-

(20) *Vid.* entre otras, la STS (Civil) de 30-10-1992, STS 543/97 (Civil) de 19-6-1997, STS 247/1998 (Civil) de 17-3-1998, STS 931/2001 (Civil) de 17-10-2001.

(21) J. M. NASARRE, «Responsabilidad civil en actividades de montaña y actividades en la naturaleza», Ed. Desnivel, 2013, p. 43.

(22) *Ibid.* pp. 43 y 44.

(23) *Ibid.* p. 44.

duciéndose el accidente y muerte de una menor, así como a la monitora que les acompañaba» (24). La citada Sentencia indica literalmente que «la elección para tal visita infantil del conocido como «Caminito del Rey», sito en el desfiladero de los Gaitanes, en la deplorable situación en que se encontraba el día de autos, no puede ser calificada más que de temeraria, por el extraordinario peligro que su recorrido comporta para cualquier adulto, mucho más para menores de edad (12 años tenía la fallecida) cuyas reacciones son inesperadas e imprevisibles».

Más recientemente se produjo en la Sierra de Gredos (Ávila) el fallecimiento de una montañera el 29 de marzo de 2013 por hipotermia y fatiga extrema. El asunto ha sido instruido por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Piedrahita, produciéndose inicialmente la imputación del monitor que guiaba al grupo en cuestión por presunta denegación de auxilio y homicidio imprudente (25).

En suma, una vez más, el nivel de diligencia desplegado por quienes organizan y lideran la actividad se manifiesta como elemento central determinante, en estos casos, de la existencia o no de responsabilidad penal (26).

## V. Responsabilidad de la Administración Pública

Nos encontramos, en este ámbito, en un espacio propio del Derecho Administrativo y, concretamente, en la conocida posibilidad de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, tal y como establecen los artículos 106.2 de la Constitución, 139 y siguientes de la Ley 30/1992 y el Real Decreto 429/1993, siempre que una lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Por tanto, esta cuestión tiene su relevancia en aquellos casos, situaciones o actividades en las que una parte de la misma viene directamente organizada por alguna Administración Pública o, en su caso, cuando la señalización pública de un itinerario, aviso de seguridad y emergencia, etc. no se encuentran en adecuado mantenimiento, uso, de manera que pueda deducirse que el daño objetivamente tiene relación con el funcionamiento de un servicio público. También, lógicamente, en el caso de los servicios públicos de rescate que se desarrollan en la montaña o en la naturaleza.

Precisamente este es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo 2995/2007, sala de lo contencioso-administrativo, de 16-4-2007, en referencia a un rescate en el monte Orhi en el Pirineo navarro (27). La peculiaridad de este asunto reside en que el reclamante de la responsabilidad patrimonial es miembro del cuerpo de salvamento que practicó el rescate de un montañero, en condiciones ciertamente difíciles, con la ayuda de dos helicópteros (28), y causándose el mismo funcionario una serie de lesiones de gran importancia. Tanto la sentencia de instancia como la del Tribunal Supremo

(24) *Ibid.*, p. 45.

(25) *Vid.*, en este contexto, el interesante artículo de O. GOGORZA, «¿Quién me lleva a la montaña?», *El País*, 7-4-2013. [http://deportes.elpais.com/deportes/2013/04/07/actualidad/1365351524\\_723971.html](http://deportes.elpais.com/deportes/2013/04/07/actualidad/1365351524_723971.html)

(26) De la cual, como es sabido, puede derivarse igualmente la existencia de responsabilidad civil y la consiguiente indemnización.

(27) El monte Orhi tiene 2017 metros de altitud y se trata de la primera montaña de más de 2000 metros viniendo desde el Oeste del cordal pirenaico.

(28) Servicios de emergencia de Navarra y Gendarmería francesa.

rechazan la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración demandada.

En el caso del primer motivo del recurso de casación ante el TS, éste se rechaza por deficiente articulación del mismo. Sostiene la propia Sentencia del TS que «la dureza del hielo en el pasillo hacía evidente la necesidad de emplear ataduras para el hielo para colocar los amarres necesarios para asegurar la percha a los socorristas. Parece que los amarrajes se realizaron únicamente sobre picos técnicos de alpinista en lo que se refiere a la percha e individualmente para los socorristas. Un error técnico del socorrista no asegurado en alguna parada debe ser el origen de su caída. Consecuencia de todo lo anterior es que el motivo está mal articulado por cuanto, si, como acontece, la tesis del recurrente se sustenta sobre una distinta apreciación de los hechos de la realizada por la Sala de Instancia, el motivo debió articularse por alguna de las causas que permiten la reconsideración fáctica en casación como son la falta de motivación, la arbitrariedad en la valoración o la infracción de los preceptos que regulan la valoración de determinados medios de prueba o del artículo 9.3 de la Constitución y al no hacerse así ello es suficiente para desestimar el motivo».

El segundo de los motivos del recurso de casación entra en el fondo de la cuestión en relación con el funcionamiento correcto o no del servicio público de rescate. La Sentencia señala que «la salida inicial del helicóptero se considera correcta, ya que es la que habitualmente acude a este tipo de rescates, y por otra parte, coincide con la que desplazó posteriormente el helicóptero francés para realizar los rescates (29). [...] Durante el viaje al monte Ori, SOS Navarra comunica al Gobierno de Navarra que ha recibido aviso de un nuevo accidente en la misma zona. En este momento son tres los rescates que deben realizarse: 2 en monte Ori y 1 en Lakartxela. [...] En esta situación, el sargento Don Imanol decide continuar hacia el monte Ori para realizar con el helicóptero los 2 rescates de esta zona, en la confianza de que podrán realizarse sin mayor dificultad con la ayuda del helicóptero [...]. Esta valoración de la situación, así como la asignación de recursos a cada uno de los incidentes se considera correcta. [...] La situación comienza a complicarse cuando el equipo de rescate llega al monte Ori. Según la información del piloto del helicóptero [...] hacía mucho viento en la zona (un fuerte viento racheado) motivo por el cual había dejado a los miembros del GRM en la cumbre (en el collado) para que se acercaran a pie hasta la posición donde se encontraban los heridos» (30).

---

(29) Según el Fundamento Jurídico 6.º de la Sentencia «es un hecho evidente que sin la intervención del helicóptero francés los rescates de ambos heridos habrían sido muy difíciles y peligrosos, prolongándose éstos por un tiempo difícil de estimar, seguramente hasta altas horas de la noche, con el consiguiente riesgo para la integridad física de los accidentados y de los propios equipos de rescate. Los hechos sucedidos aquel día han demostrado la necesidad de que toda la dotación de bomberos del GRM que acuden a un rescate en helicóptero debe formar con la pareja piloto-gruista un equipo conjuntado, estable y con el más alto grado de operatividad; en este equipo, la confianza en el trabajo y pericia del compañero debe ser total y absoluta».

(30) En consecuencia, la Sentencia del TS concluye que «podemos afirmar que en la producción del resultado lesivo no hubo un funcionamiento anormal de los servicios públicos ni por omisión de medidas de seguridad exigibles a la Administración, ni de ningún otro tipo como pudiera ser ser defectuosa conservación del material ni insuficiencia de medios humanos a la vista de los informes antes citados, supuestos en que sí serían resarcibles los daños y perjuicios sufridos por el reclamante en su condición de funcionario público de haberse producido un defecto en la organización del servicio o un fallo de su funcionamiento; por lo que este motivo debe ser desestimado». (Fundamento Jurídico 7.º).



En esta primera Sentencia se observa que las reglas para dirimir una posible responsabilidad patrimonial de la Administración son las mismas que habitualmente, si bien es cierto que la labor de los tribunales se hace más compleja y delicada a la hora de valorar los niveles de pericia, profesionalidad y diligencia empleados por los equipos de rescate en la montaña. En este caso, estas cuestiones se abordan tanto desde la perspectiva genérica de la prestación del servicio adecuado (incluida la labor de los helicópteros) como en la labor propia de rescate de los montañeros desde tierra, en unas condiciones claramente hostiles que, lógicamente, entran dentro de la labor habitual de los servicios de rescate en montaña(31). Se subraya, en este caso, que el propio demandante es un funcionario de dicho servicio de rescate en montaña.

Otra Sentencia del Tribunal Supremo 3411/1999 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 18 de mayo de 1999 aborda una situación de rescate en montaña sucedido en la Peña de la Hoz (Cantabria). Tampoco se reconoció en este caso la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, si bien es cierto que la demanda y el recurso de casación se sustentaron en reclamar contra la atención sanitaria recibida más que con respecto al rescate en el enclave de montaña aludido.

Existen dos sentencias relevantes en relación con la señalización adecuada de senderos o enclaves en espacios naturales de gestión pública, en ambos casos Parques Nacionales, con valoraciones diferentes por parte de la Audiencia Nacional en cuanto a la existencia o no de responsabilidad patrimonial de la Administración. El evidente interés de este tipo de pronunciamientos guarda directa relación con la propia gestión de espacios naturales por parte de las diferentes Administraciones Públicas. En dichos contextos, y a la vista del auge creciente del turismo activo y de naturaleza en todos ellos, resulta recomendable que las Administraciones que gestionan el espacio o parque extremen las medidas de prevención y señalización en lugares de riesgo potencial.

La primera de estas dos sentencias a la que me referiré brevemente es la Sentencia de la Audiencia Nacional (Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 20-10-2004(32). La Sentencia aborda como cuestión central la señalización específica del lugar en cuestión y su potencial riesgo, si bien no consideró que existiera responsabilidad patrimonial al entender como suficiente la señalización existente al comienzo del recorrido, así como la información general facilitada en el centro de interpretación del parque. En relación con la habitual movilidad y cambio de ubicación de los neveros, tampoco entendió la Sentencia que hubiera resultado exigible una señalización variable de cada uno de ellos. En suma, la Audiencia Nacional consideró que el desplome de la parte superior del nevero en el preciso instante en que la familia pretendía hacer una fotografía fue una situación de «fuerza mayor»(33), ajena, por tanto, al régimen propio de responsabilidad patrimonial de nuestras Administraciones Públicas.

---

(31) En estos casos, los requisitos para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración son los habituales:

- a) El particular sufre un daño en sus bienes o derechos que no tiene obligación de soportar;
- b) La lesión es real, individualizada y susceptible de evaluación económica;
- c) El daño es imputable al servicio público de la Administración, sin que medie fuerza mayor.

(32) Se trataba en este caso de un accidente sucedido en verano en el Parque Nacional de Ordesa y Monte Perdido, al romperse y caer una bóveda de hielo sobre una familia, con resultado de muerte para un niño y lesiones en la madre.

(33) «Fuerza mayor» curiosamente denominada como «*Act of God*» para la doctrina anglosajona.

El segundo de estos dos pronunciamientos es la Sentencia de la Audiencia Nacional (Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), de 17-10-2007 (34). En esta ocasión, la Audiencia Nacional consideró la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, fundamentalmente debido a la inexistencia de señalización o aviso alguno sobre la presencia de grieta o peligro en el sendero, lo cual no podía ser advertido o prevenido por la senderista en cuestión. A diferencia del caso anterior, el matiz central reside en el hecho de que la grieta se encontraba en mitad de un sendero calificado como de «mínima dificultad», mientras que el accidente del nevero referido en la sentencia referida al Parque Nacional de Ordesa y Monte Perdido se produjo fuera del sendero o camino balizado. En este caso referido a «Picos de Europa» la Audiencia Nacional entiende que el sendero carecía de «la más mínima señalización (...) en ese punto del recorrido (...) lo que demuestra una excesiva dejación por parte de la Administración a la que, si bien no se le puede exigir que no aparezcan grietas en esta clase de caminos, sí se le puede pedir que cuando aparecen a resultas de las inclemencias del tiempo se señalicen debidamente». En este sentido, la previa confianza de la senderista sobre la calificación administrativa del camino como de «mínima dificultad» es clave, pues determina la presunción de la inexistencia de peligrosidad en el sendero que luego se tornó errónea: «las propias condiciones del camino pudieron crear en la recurrente una razonable conciencia de confianza y tranquilidad que hacían más inexplicable la aparición de una grieta como la que, al parecer, se había provocado a consecuencia de la caída de las aguas» (35).

Nuevamente, encontramos que las reglas habituales propias de la responsabilidad patrimonial de la Administración deben adaptarse, con matices y rigor técnico, a una realidad social y técnica peculiares, en aquellos casos en los que el papel de la Administración pueda guardar relación directa con accidentes como los mencionados, particularmente en gestión de espacios, señalizaciones públicas de senderos y otros recorridos y, en su caso, rescates mediante servicio público en el medio natural.

En relación, precisamente, con este tipo de rescates, analizaré a continuación el debate abierto en Euskadi sobre la imposición de una tasa por rastreo, rescate o salvamento en determinadas situaciones de riesgo y su problemática jurídica y social.

## VI. Rescates, responsabilidad y tasa pública en Euskadi

La imposición, mediante Ley y bajo determinadas condiciones, de una determinada tasa por rastreo, rescate o salvamento en Euskadi ha abierto en nuestro contexto un delicado pero interesante debate sobre el papel de la Administración Pública y su servicio público universalizado (36), frente al rol y las obligaciones y responsabilidades que in-

(34) En relación con las lesiones sufridas por una senderista en el Parque Nacional de Picos de Europa, al introducir la pierna en una grieta situada en el propio sendero calificado por el propio Parque Nacional como de «mínima dificultad».

(35) Aparentemente, parece que si la caída se hubiera producido fuera del sendero balizado el resultado de la Sentencia de la Audiencia Nacional hubiera sido diferente.

(36) Navarra cuenta con una figura similar que también se ha implantado con diferentes criterios en Asturias, Castilla y León, Cataluña, Canarias y Cantabria. Vid. J. A. AUNION, «El monte ya no impone respeto», *El País*, 28-8-2014. [http://politica.elpais.com/politica/2014/08/27/actualidad/1409162633\\_450525.html](http://politica.elpais.com/politica/2014/08/27/actualidad/1409162633_450525.html)

cumben a la ciudadanía en general, particularmente en determinadas actividades de riesgo y en un contexto social como el vasco donde el colectivo vinculado a la actividad deportiva en la montaña es, en proporción, uno de los más numerosos de Europa(37).

La citada tasa por rastreo, rescate o salvamento ha entrado en vigor en Euskadi mediante Ley 5/2011, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley de tasas y precios públicos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco(38). La primera cuestión formal que llama la atención de la Ley es que, pese a tratarse de una Ley de modificación, lo cierto es que en la materia que nos ocupa se introduce «ex novo» una tasa inexistente hasta ese momento dentro de todo el contingente general de tasas y precios públicos. Su regulación se encuentra en el Capítulo V de la citada Ley, dentro de los artículos 111 bis y siguientes.

En concreto, el art. 111 bis regula el hecho imponible para la eventual imposición de la tasa en diferentes supuestos de hecho.

El primero de los supuestos para imponer la tasa se encuentra en el art. 111 bis 1 a). En estos casos, se produce el hecho imponible «cuando el rastreo, rescate o salvamento se realice con ocasión de la práctica de actividades recreativas y deportivas que entrañen riesgo o peligro para las personas». El propio precepto aludido es el que califica cuáles son las actividades recreativas y deportivas que implican riesgo o peligro para las personas: «submarinismo, travesía de natación, windsurfing, flysurf, esquí acuático, wakeboard, wakesurf, skurfer, motos de agua, bodyboard, surf, rafting, hydrospeed, piragüismo, remo, descenso de cañones y barrancos, puenting, goming, kite buggy, quads, escalada, espeleología deportiva o «espeleismo», bicicleta en montaña sin casco protector, motocross, vehículos de motor en montaña, raid y trec hípico, marchas y turismo ecuestre, esquí, snowboard, motos de nieve, paraski, snowbike, mushing, skibike, aerostación, paracaidismo, salto base, vuelo de ultraligeros, vuelo en aparatos con motor y sin motor, parapente, ala delta y parasailing»(39). Por tanto, como primer supuesto, cualquier rastreo, rescate o salvamento realizado con ocasión de la práctica de una de estas actividades genera el hecho imponible(40).

El segundo supuesto de hecho se regula en el apartado b) del art. 111 bis 1 de la Ley 5/2011. En este caso, el hecho imponible se produce «cuando el rastreo, rescate o salvamento se realice en zonas señaladas como peligrosas o en aquellas de acceso restringido o prohibido». No hace falta, por tanto, que la situación se refiera, en este supuesto, a alguna de las actividades de riesgo citadas en el apartado a). En este supuesto, el problema con el que nos encontramos es el de conocer cuáles son las zo-

---

(37) A nivel europeo, la situación en los países de tradición alpina es diversa. Suiza, Alemania, Austria e Italia imponen, en general, el cobro del servicio de rescate en montaña con distintas fórmulas y procedimientos. Francia mantiene su gratuidad, pero contempla sanciones penales por avisos o peticiones injustificados: Petición abusiva de auxilio (Déclenchement abusif de secours).

(38) BOPV n.º 245, de 28-12-2011. La Ley 5/2011 fue objeto de recurso contencioso-administrativo presentado por las Federaciones de Montaña de Euskadi ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, inadmitido a trámite por incompetencia de jurisdicción. Auto de dicho Tribunal de 7-1-2014.

(39) Nótese que dentro del listado no se incluye como actividad de riesgo o peligro el «trekking» o el senderismo. No obstante, el mismo precepto establece que reglamentariamente pueden calificarse otras actividades como «de riesgo o peligro».

(40) Según «El Diario Vasco», 29-7-2014, hubo 164 rescates en el último año en Euskadi. En 3 casos se giró la tasa: 2 de ellos en escalada y 1 en marcha ecuestre.<http://www.diariovasco.com/sociedad/201407/29/ertzaizain-tza-solo-cobro-tres-20140729002000-v.html>

nas señaladas como peligrosas o de acceso restringido o prohibido. A estos efectos, tanto la normativa administrativa sectorial como una adecuada señalización de lugares restringidos o prohibidos deberían aportarnos criterios interpretativos adicionales.

El tercer supuesto de posible hecho imponible para la imposición de la tasa se encuentra en el apartado c) del art. 111 bis 1, y su aplicación resulta más sencilla. En esta ocasión, el hecho imponible se produce «cuando el rastreo, rescate o salvamento tenga lugar en situación de avisos a la población de alerta naranja o roja por fenómenos meteorológicos adversos para la realización de actividades que puedan conllevar un incremento de riesgo derivado de la meteorología adversa». Aquí debe haberse producido un aviso de alerta naranja o roja por parte de la Administración competente (41).

Por último, el cuarto supuesto de hecho se refiere a aquellas situaciones en las que se solicite el rastreo, rescate o salvamento sin razones objetivamente justificadas (42) o en casos de simulación de la existencia de riesgo o peligro (art. 111 bis 1 d) de la Ley 5/2011).

El art. 111 bis 2. establece una exención general a la imposición de la tasa en los siguientes términos: «no estarán sujetas a la tasa las prestaciones de servicios de rastreo, rescate o salvamento de personas en el caso de situaciones de catástrofe o calamidad pública, así como por razones de interés general y no en beneficio de particulares o de bienes determinados. Tampoco estará sujeto a la tasa el salvamento de la vida humana en el mar o el rescate de embarcaciones en los casos ya previstos por la legislación específica y los convenios internacionales».

El art. 111 ter se encarga de definir los sujetos pasivos de la tasa por rastreo, rescate o salvamento:

- «1. Son sujetos pasivos de esta tasa las personas físicas o jurídicas y las entidades a las que se refiere el artículo 35.4 de la Ley General Tributaria que sean beneficiarias de la prestación del servicio.
2. También son sujetos pasivos de esta tasa quienes organicen las actividades recreativas y deportivas que dieran lugar a la prestación de los servicios sujetos a esta tasa (43). En este caso, serán subsidiariamente responsables del pago de la tasa los sujetos pasivos señalados en el apartado 1 de este artículo.
3. En el caso de que el sujeto pasivo tenga contratada una póliza de seguro que cubra los supuestos objeto de esta tasa, serán sujetos pasivos sustitutos las entidades o sociedades aseguradoras. El importe de la cuota de la tasa tendrá como límite la suma asegurada en la póliza por este concepto, y, en su defecto, el límite establecido como suma aseguradora para el conjunto de la prestación» (44).

---

(41) La situación de hecho presupone que el rastreo, rescate o salvamento se produce dado que se ha desoído u obviado la indicación de la alerta. Cuestión diferente es que la persona o personas rescatadas hayan sido conscientes o no de dicha alerta.

(42) La ausencia de razones objetivamente justificadas deja un margen de discrecionalidad interpretativa que deberá ponderar la Administración.

(43) En nuestro contexto, clubes y asociaciones de montaña, así como las propias federaciones de montaña y de otras actividades deportivas realizadas en el medio natural.

(44) Este precepto es buena muestra de la creciente importancia del aseguramiento en todo este ámbito de actividades.

Si se produjera concurrencia de sujetos pasivos, el art. 111 quinquies 3 establece que la cuota será prorrateada entre ellos.

Según estipula el artículo 111 quater, la tasa se devengará con el inicio de la prestación del servicio, esto es, una vez se produzca la salida de la correspondiente dotación, si bien los datos aportados anteriormente hablan de una aplicación muy limitada de la misma por parte de la Administración, al menos hasta la fecha (45).

Respecto a la cuota, es el art. 111 bis quinquies el que establece sus criterios generales, junto a unos baremos específicos en cuanto a los medios materiales y profesionales utilizados en cada rastreo, rescate o salvamento: «la cuota se determinará atendiendo, por una parte, al número de efectivos personales profesionales y medios materiales que intervengan en la prestación del servicio, y, por otra, al tiempo invertido en la prestación del servicio por cada uno de los efectivos y medios» (46).

Finalmente, el art. 111 sexies contempla una serie de exenciones adicionales al abono de la tasa. Quedan exentos de la misma quienes sufran cualquier tipo de anomalía, deficiencia o alteración física y las personas menores de 16 años. Lógicamente, también quedan exentos de la tasa quienes hubieran fallecido durante el rescate, previa o posteriormente, siempre que el fallecimiento sea consecuencia de las propias causas que originaron el rastreo, rescate o salvamento.

En resumen, la nueva legislación vigente en Euskadi busca encontrar un delicado equilibrio entre la universalidad del servicio público de rastreo, rescate y salvamento en determinadas situaciones y actividades y los niveles de responsabilidad de los ciudadanos en la práctica de deportes de riesgo y actividades en el medio natural. El balance de aplicación de la norma es escaso hasta la fecha, si bien el debate de fondo se mantiene abierto y aconseja modular el eventual impacto económico en los particulares por aplicación de la tasa mediante la figura del aseguramiento.

## VII. Breve nota sobre Derecho Comparado

La situación general sobre la responsabilidad y la regulación jurídica de los deportes y actividades en el medio natural es muy diversa e imposible de desarrollar en estas líneas. Sin embargo, veremos a continuación algunos criterios generales sobre la situación en algunos ámbitos de Derecho Comparado que pueden considerarse de interés desde nuestra perspectiva.

---

(45) Como se ha señalado, durante el último año se giró la tasa en tres ocasiones en Euskadi: 2 de ellos en escalada y 1 en marcha ecuestre.

(46) Art. 111 quinquies 2 de la Ley 5/2011:  
«2. La tasa se exigirá según la siguiente tarifa (euros/hora):

1. Medios humanos (por cada persona): 36.

Medios materiales.

2.1. Por cada vehículo: 38.

2.2. Por cada helicóptero: 2.093.

2.3. Por cada embarcación.

— Con eslora menor o igual a 18 metros: 383.

— Con eslora superior a 18 metros: 2.017.

En el caso de fracciones de hora, los importes contenidos en la tarifa anterior se aplicarán de forma proporcional. El tiempo máximo a liquidar será de cuatro horas».

Como criterio general inicial, los países anglosajones vienen analizando esta cuestión sobre la base de un análisis caso por caso tendente, como en nuestro caso, a separar aquellos casos en los que media un contrato de aquellos en los que no existe relación contractual previa. A continuación daremos cuenta de algunos pronunciamientos judiciales significativos en distintos ámbitos.

En el Reino Unido cabe subrayar una primera sentencia significativa emitida por el «House of Lords» en relación con la señalización y los límites en los deberes de los propietarios con terceros que acceden a un lago y tienen un accidente nadando, tras obviar las señalizaciones existentes. En este caso, el tribunal considera que la señalización era más que suficiente eximiendo de responsabilidad al propietario (47).

En sentido contrario, las señalizaciones fueron claramente insuficientes para advertir el riesgo de una zambullida nocturna, en otra sentencia civil del «Court of Appeal» en referencia a un accidente en aguas de Folkestone (48).

También en el ámbito civil, una sentencia del «High Court» entiende que el guía profesional en una escalada desarrollada en Northumberland ha puesto todas las medidas preventivas y de seguridad necesarias, de modo que queda exento de responsabilidad alguna (49).

También en el Reino Unido, pero en la jurisdicción de Gales, una sentencia del ámbito penal (Caernarfon Crown Court) se refiere a un accidente de senderismo y la caída desde un acantilado con resultado de muerte de un menor de edad en la cual el tribunal descartó la responsabilidad del guía de un grupo «scout» al ponderar que su comportamiento como líder del grupo fue el adecuado a las circunstancias y al nivel de pericia necesaria para completar la excursión (50).

En el caso de los Estados Unidos también es posible destacar algunos pronunciamientos significativos. Entre ellos reaparece el recurrente problema del riesgo derivado de una señalización inadecuada, en esta ocasión en una pista de esquí. Se trata de una Sentencia del «Supreme Court of Utah» (51).

Respecto de la nulidad de los formularios de renuncia a la eventual petición de responsabilidades, una Sentencia del «Supreme Court» en 1995 otorga prioridad a la existencia de una regulación específica sobre el particular en un accidente acaecido en la estación de Esquí de Vermont (52).

El «Federal District Court of Ohio» analizó en 2001 los niveles de diligencia y responsabilidad desplegados en una expedición al Tibet con el resultado de un joven fallecido a causa del mal de altura. El Tribunal considera que los niveles de diligencia y las medidas preventivas fueron las adecuadas (53).

Más cerca de nuestro contexto jurídico continental, la jurisprudencia que podemos destacar en Francia es diversa, vuelve a distinguir habitualmente entre situaciones

---

(47) House of Lords (2002), Tomlinson/Congleton BC, B3/2001/0788 [2002 EWCA Civil, 309].

(48) Court of Appeal (2003), Donoghue v Folkestone Properties Ltd., B3/2002/1920 [2003 EWCA Civil, 231].

(49) High Court (1996), Pope v. Cuthbertson, 1991P Number. 3484.

(50) Caernarfon Crown Court (2001), R. v. Finlay.

(51) Supreme Court of Utah (2007), Rothstein v. Snowbird Corporation, 2007 UT 96; 2007 Utah LEXIS 219.

(52) Supreme Court (1995), Dalury v. S-K-I, Ltd, 164 Vt. 329; 670 A.2d 795; 1995 Vt. LEXIS 127.

(53) Federal District Court of Ohio (2001), Wight, Admr., et al. v. Ohio State University. 112 Ohio Misc. 2d 13; 750 N.E.2d 659; 2001 Ohio Misc. LEXIS 9.

contractuales y carentes de contrato y, en mi opinión, tiende a ser la más rigurosa de las analizadas.

Un pronunciamiento ya clásico en la materia es el de la «Cour de Cassation» en 1979 que ratifica el de la «Cour d'Appel de Chambéry (Chambre Correctionnelle), de 24-2-1977. En este caso se produce una condena por homicidio involuntario y las consiguientes indemnizaciones civiles por el accidente y muerte de tres jóvenes durante la práctica del alpinismo causado, según la sentencia, por la imprudencia del guía de alta montaña en la elección de la ascensión adecuada para los alpinistas que le acompañaban y su nivel de pericia, así como a consecuencia de la omisión de las medidas de máxima seguridad para dicha ascensión considerando, especialmente, el nivel técnico escaso de los alpinistas fallecidos (54). El tribunal valora incluso la corta duración del periodo previo de entrenamiento de los jóvenes alpinistas y la elección de una ascensión de mayor dificultad a la inicialmente prevista considerando su preparación.

Otro pronunciamiento relevante es el de la «Cour de Cassation» en 2003, en relación con la caída de una piedra tras el paso de un alpinista y el accidente sufrido subsiguientemente por otro miembro de la cordada. No hubo responsabilidad civil en este caso, al tratarse más bien de un hecho fortuito no derivado de la falta de pericia de la parte demandada (55).

En el año 2001, la «Cour d'Appel de Chambéry» analiza la responsabilidad penal de un guía de alta montaña en el accidente sufrido por dos jóvenes alpinistas durante la ascensión a la cara norte del Mont Blanc de Tacul en julio de 1997. En este caso el tribunal determinó la responsabilidad penal del guía de montaña por homicidio involuntario ponderando las distintas circunstancias del caso. El tribunal consideró que los alpinistas fallecidos no estuvieron bajo la debida supervisión profesional del guía en su tránsito por un glaciar en condiciones de nieve muy dura, en un itinerario muy peligroso y con una pendiente de importancia. En este sentido, el exceso de confianza o la falta de diligencia expusieron a ambos jóvenes a un riesgo innecesario. La Sentencia confirma el pronunciamiento previo del «Tribunal Correctionnel» de Bonneville de 15-9-2000 (56).

Una situación diferente, con distintas objeciones procesales previas, se analiza por la «Cour de Cassation» en 2006 en relación con el fallecimiento de un alpinista de 18 años en los Alpes a causa de un alud de nieve en una cordada de 11 alpinistas liderada por dos guías de alta montaña. Al margen de las consideraciones sobre las excepciones procesales previas, el tribunal considera que el alud fue imprevisible y constituye una situación de fuerza mayor pues ambos guías obraron en todo momento con la debida diligencia profesional y con los medios técnicos disponibles en el momento de los hechos (57).

En términos generales, se observa en la jurisprudencia francesa una presencia más relevante del ámbito jurisdiccional penal y una mayor rigurosidad en la exigencia de determinados niveles de diligencia profesional, particularmente hacia la figura de los guías profesionales de alta montaña.

---

(54) Cour de Cassation (1979), Bulletin Criminel Cour de Cassation, Chambre Criminelle, n.º 259, p. 697.

(55) Cour de Cassation (2003), Sabry v. M. Morris, Bulletins des Arrêts de la Cour de Cassation.

(56) Cour d'Appel de Chambéry (2001), Chambre des Appels Correctionnels, Audience Publique du 19-12-2001, n.º de RG: 01/00350.

(57) Cour de Cassation (2006), Chambre Civile 1, Audience Publique du 24-1-2006, N.º de pourvoi: 03-18045.

## VIII. Conclusiones

En esta breve aproximación jurídica se aborda la cuestión del riesgo y la responsabilidad en la montaña y en otras actividades en el medio natural, desde la óptica inicial de un cambio de paradigma en la percepción del riesgo desde los alpinistas y los exploradores históricos hasta la situación actual de profesionalización y socialización de la montaña y otras actividades colaterales en la naturaleza.

Desde la perspectiva general, un primer criterio delimitador de los diferentes regímenes jurídicos aplicables a la responsabilidad civil es el de distinguir la existencia o no de una relación contractual previa vinculada a la actividad de riesgo en cuestión, así como el carácter profesional o no de quien guía o lidera a un grupo. Todo ello va a influir en los diferentes niveles de diligencia exigibles.

En ambos casos, la jurisprudencia analizada en el ámbito civil centra sus esfuerzos interpretativos en los diferentes niveles de diligencia desplegados por aquellas personas que, profesional o voluntariamente, asumen la responsabilidad de guiar o liderar a un grupo en la montaña o en cualquier ámbito de la naturaleza. Lógicamente, como en otros ámbitos, los niveles de diligencia exigidos son más rigurosos en el ámbito profesional que en otros. Para hacer frente a eventuales responsabilidades, también como en otros ámbitos de actividad, el aseguramiento del profesional es obligatorio y más que recomendable en los restantes ámbitos.

La jurisprudencia analizada sobre responsabilidad penal presenta algunos ejemplos relevantes cuando la falta de diligencia es más que notable y se han obviado las mínimas medidas de seguridad y prevención en la montaña. Los casos más significativos y rigurosos se corresponden con casos analizados en la jurisprudencia francesa.

Las reclamaciones judiciales frente a las Administraciones Públicas se centran en situaciones o accidentes derivados, presuntamente, de una deficiente señalización de rutas, senderos y/o actividades, así como en la gestión de los rescates o salvamentos por las propias Administraciones Públicas. En España, el mecanismo habitual a este respecto es la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

En distintos ámbitos, entre otros en el contexto vasco, se ha abierto un debate para el cobro a los ciudadanos de los rastreos, rescates o salvamentos en función de diferentes criterios y condiciones para su imposición, en general dependientes del nivel de diligencia y responsabilidad desplegada por quienes necesitan el rastreo, rescate o salvamento. En Euskadi, la tasa se encuentra en vigor desde 2011 aunque los casos en los que se ha hecho efectiva la misma han sido escasos hasta la fecha. La nueva Ley califica como actividades de riesgo o peligro potencial un amplio listado de deportes o actividades recreativas desarrolladas en el medio natural. Entre ellas no se encuentran el senderismo o el trekking.

La jurisprudencia comparada analizada no es muy abundante, pero presenta una diversidad de matices y aspectos técnicos de gran interés en el plano meramente jurídico, pero también en la necesaria concienciación y formación de quienes, profesionalmente o de forma voluntaria, desarrollan actividades deportivas o recreativas en la montaña y en cualquier medio natural.



## IX. Bibliografía

- AUNION, J. A. «El monte ya no impone respeto», *El País*, 28-8-2014. [http://politica.elpais.com/politica/2014/08/27/actualidad/1409162633\\_450525.html](http://politica.elpais.com/politica/2014/08/27/actualidad/1409162633_450525.html)
- FIENNES, R. «Capitán Scott», Editorial Juventud, Barcelona, 2003.
- GOGORZA, O. «¿Quién me lleva a la montaña?», *El País*, 7-4-2013. [http://deportes.elpais.com/deportes/2013/04/07/actualidad/1365351524\\_723971.html](http://deportes.elpais.com/deportes/2013/04/07/actualidad/1365351524_723971.html)
- HERZOG, M. «Annapurna», Editorial Juventud, Barcelona, 1961.
- LONG, S. «Hill walking: the official handbook of the Mountain Leader and Walking group leader schemes», MLTUK, UK, 2003.
- NASARRE, J. M. «Responsabilidad civil en actividades de montaña y actividades en la naturaleza», Ed. Desnivel, 2013.
- National Guidelines for Climbing and Walking Leaders, Mountain Leader Training's, UK, 2005.
- PÉREZ DE TUDELA, C. «Derecho de la montaña», Ed. Desnivel, 1996.
- SEIGNEUR, V. «The Problems of the Defining the Risk: The Case of Mountaineering», *Forum Qualitative Sozialforschung / Forum: Qualitative Social Research*, 7(1), Art. 14, 2006. <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0114-fqs0601148>
- SIMON, J. «Risking rescue: high altitude rescue as moral risk and moral opportunity», en *Risk & Morality*, edited by Ericson & Doyle, University of Toronto Press, 2003.
- UIAA (Union Internationale des Associations D'Alpinisme) Standards for Voluntary Leaders and Instructors, «Guidance notes for Member Associations'training and assessment schemes», UIAA, Bern, 2007. <http://www.theuiaa.org>

Trabajo recibido el 29 de agosto de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Azken hamarkadetan, gure inguruko mendietan eta espazio naturaletan egiten diren jarduera arriskutsuek gero eta protagonismo handiagoa hartu dute. Hala, gutxika, ordenamendu juridikoak, barne jurisprudentziak eta jurisprudentzia konparatuak nolabaiteko eta askotariko «corpus» juridikoa osatu dute, gidari profesionalentzat, noiz-behinkako kirolariarentzat eta jarduerak ezagutzen dituzten edo ezagutzen ez dituzten hiru-garrenentzat ageriko arriskua duen gai bati buruz.

**HITZ GAKOAK:** Zuzenbidea eta mendia. Erantzukizuna. Arriskua, Jurisprudentzia konparatua. Erreskateak

**RESUMEN:** Las actividades de riesgo en la montaña y en los diferentes espacios naturales que nos rodean han adquirido en las últimas décadas un creciente protagonismo en nuestras sociedades. Con ello, paulatinamente, el ordenamiento jurídico en su conjunto y la jurisprudencia interna y comparada han desarrollado un cierto y diverso «corpus» jurídico de regulación en una materia en la que el riesgo, en distintas magnitudes, resulta palpable tanto para los guías profesionales, para el deportista ocasional, así como para terceros no necesariamente familiarizados con este tipo de actividades.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho y Montaña. Responsabilidad. Riesgo. Jurisprudencia comparada. Rescates.

**ABSTRACT:** Risky activities in the mountain and in different natural spaces around us have developed a growing interest. Consequently the legal order in general and the national and comparative case law have gradually developed a certain and varying legal «corpus» of regulation in an area where risk, of different magnitudes, is obvious both for professional guides and for casual sportsmen just like for third parties who are not necessarily used to this type of activities.

**KEYWORDS:** Law and Mountain. Liability. Risk. Comparative case law. Rescues.

# La argumentación jurídica en la toma de decisión judicial

Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas (1)

**Sumario:** I. Planteamiento.—II. Cuestiones conceptuales y terminológicas: en qué consiste el contexto de descubrimiento.—III. Dos errores frecuentes al explicar los contextos de descubrimiento y justificación y sus interferencias. III.1. Primer error: reducir el contenido del contexto de descubrimiento al proceso mental seguido por el juez para decidir. III.2. Segundo error: considerar que la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación tiene que ver con una descripción de cómo actúan los jueces.—IV. El contenido del contexto de descubrimiento.—V. El reflejo del contexto de descubrimiento en el contexto de justificación: toma de decisión y motivación de la sentencia.—VI. Conclusiones.

«Donde la seguridad jurídica es preterida, la justicia difícilmente existirá porque los ciudadanos no podrán obtener tutela eficaz de sus derechos al margen de los conceptos depurados técnicamente que la doctrina puede proporcionarle. Y esto es predicable, a mi juicio, de las producciones normativas, de las argumentaciones judiciales y de la literatura jurídica de carácter exegético» (Demetrio Loperena Rota, *El derecho al medio ambiente adecuado*) (2).

## I. Planteamiento

Para cualquier persona interesada en la argumentación jurídica verla conectada con la *toma* de decisión judicial (y no con su *justificación*), como se hace en el título de este trabajo, puede resultar un tanto sorprendente. Ello seguramente es debido a que la teoría de la argumentación jurídica ha dejado de lado tradicionalmente la adop-

---

(1) No hubiera querido tener que escribir este trabajo para esta ocasión. No hubiera querido que Demetrio nos dejara tan pronto. Como la persona inquieta, inconformista y buscadora que era, le interesaron las más variadas cuestiones, jurídicas y no jurídicas. La teoría y la filosofía del Derecho fue una de ellas, y muchas de sus publicaciones abordan problemas de Derecho público y medio ambiente incorporando esa perspectiva. Por eso creo que este trabajo le hubiera interesado, aunque seguramente para discutirlo. El presente texto tiene su origen en la conferencia que impartí el 21 de mayo de 2014 en el Máster en Argumentación Jurídica de la Universidad de Alicante. Quiero agradecer al profesor Manuel Atienza su invitación y a los y las colegas de esa Universidad sus atinadas observaciones, así como las de las personas asistentes, que he intentado tomar en consideración para aclarar algunas ideas y corregir algunos errores. Esta investigación se ha realizado en el seno del Grupo de Investigación de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea GIC IT662-13 (incluido en la UFI 11/05).

(2) LOPERENA ROTA, Demetrio. *El derecho al medio ambiente adecuado*. Civitas/IVAP, Madrid, 1996, p. 19.

ción de la decisión judicial, por considerarla un puro proceso mental (el conocido como «contexto de descubrimiento»), interesándose únicamente en el resultado lingüístico de ese proceso, en su exteriorización, en definitiva en la motivación de la sentencia (el «contexto de justificación»). La idea principal que querría defender en este estudio es que la toma de decisión judicial, no es sólo una actividad mental, sino que tiene un componente argumentativo que tomado en cuenta puede mejorar la decisión. Desde ese punto de vista, una teoría de la argumentación jurídica que se ocupe del contexto de descubrimiento permite, a mi juicio, determinar de una manera más precisa los requisitos de la motivación de la sentencia y, en consecuencia, su control.

La distinción entre «contexto de descubrimiento» y «contexto de justificación» de la decisión judicial es un elemento muy relevante, diría que fundamental, de la denominada teoría «estándar» de la argumentación jurídica: una cosa es el proceso a través del que un órgano jurisdiccional toma una decisión en un caso (*el contexto de descubrimiento*), y otra la justificación o fundamentación de esa decisión (*el contexto de justificación*), siendo esta última cuestión la única de la que se ocupa ya que la argumentación sólo estaría presente en la motivación de la sentencia(3).

Como es bien conocido, el origen de la distinción se encuentra en la filosofía de la ciencia neopositivista(4), aunque su traslación al campo jurídico corresponde, según la mayoría de los autores, a WASSERSTROM con la finalidad de defender la utilidad del

(3) Vale la pena señalar que la distinción ha sobrepasado las fronteras de la teoría de la argumentación, para mostrar su utilidad también en la práctica de la aplicación judicial del Derecho. Por ejemplo, recientemente ha sido empleada en un voto particular por el Magistrado del Tribunal Constitucional Juan Antonio Xiol Ríos para diferenciar el derecho a la imparcialidad judicial, de la exigencia constitucional de que las decisiones judiciales estén motivadas y fundadas en Derecho (STC 133/2014, de 22 de julio de 2014, Voto particular del Magdo. Juan Antonio Xiol Ríos, al que se adhirieron el Magdo. Luis Ignacio Ortega Álvarez, la Magda. Encarnación Roca Trías y el Magdo. Fernando Valdés Dal-Ré):

«El derecho a la imparcialidad judicial no se refiere a lo que parece ser el trasfondo de la opinión mayoritaria en que se funda la Sentencia: la pureza en el desarrollo del proceso y de la argumentación jurídica contenida en la decisión; sino que busca garantizar la neutralidad del Juez aislando en lo posible el curso vital de su decisión de influencias ajenas al Derecho. Esta garantía, pues, no se proyecta sobre los aspectos formales del procedimiento ni sobre la forma y contenido de la motivación (contexto de justificación), sino sobre lo que en una cierta tradición filosófica suele llamarse el contexto de descubrimiento. La imparcialidad judicial se manifiesta así (i) como una garantía individual frente a decisiones que, independientemente de que estén correctamente justificadas en términos jurídicos, pueda suponerse en opinión de un observador razonable que han estado influidas por criterios ajenos a la función judicial de aplicación del Derecho, y (ii) como una garantía para el conjunto de la sociedad tendente a reforzar la confianza en que la labor judicial —y la función de control y equilibrio con el resto de poderes del Estado que aquella implica—, al margen de su corrección formal, se desarrolla sin influencias ajenas al Derecho».

(4) REICHENBACH, Hans. *Experience and Prediction: An Analysis of the Foundations of the Structure of Knowledge*. University of Chicago Press, Chicago, 1938, pp. 6-7:

«The only way to escape this difficulty is to distinguish carefully the task of epistemology from that of psychology. Epistemology does not regard the processes of thinking in their actual occurrence; this task is entirely left to psychology. What epistemology intends is to construct thinking processes in a way in which they ought to occur if they are to be ranged in a consistent system; or to construct sets of operations which can be intercalated between the starting-point and the issue of thought-processes, replacing the real intermediate links. Epistemology thus considers a logical substitute rather than real processes. For the logical substitute the term *rational reconstruction* has been introduced; (...) it seems an appropriate phrase to indicate the task of epistemology in its specific difference from the task of psychology. Many false objections and misunderstandings of modern epistemology have their source in not separating these two tasks; it will, therefore, never be a permissible objection to an epistemological construction that actual thinking does not conform to it».

silogismo normativo como representación de la aplicación judicial del Derecho frente a las críticas de los realistas americanos. Las críticas de esos últimos a la representación silogística de la decisión judicial podrían valer para el contexto de descubrimiento pero no afectarían en absoluto al contexto de justificación.

Puede considerarse que una parte importante de las confusiones, críticas y vaivenes que han acompañado al uso jurídico de la distinción surgen ya en ese mismo momento. Como señala certeramente Daniela ACCATINO, en la base del pensamiento de los realistas americanos está la cuidadosa separación de ambos aspectos en la decisión judicial:

«En primer lugar, creo que al concebir la fundamentación públicamente ofrecida de las decisiones judiciales como una 'racionalización' *ex post*, desligada por completo de los factores causalmente influyentes en el proceso decisorio, el realismo americano introdujo una nítida distinción entre dos momentos de la tarea judicial que resulta muy similar a la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación. De modo que más que desconocerla, me parece que el realismo anticipa la diferenciación de los dos contextos, proponiéndola incluso en términos más drásticos o radicales que los utilizados por Wasserstrom» (5).

Es cierto, como también afirma ACCATINO (6), que los realistas no se ocuparon de señalar cómo debía ser una adecuada justificación, tarea en la que se ha centrado la teoría de la argumentación. Pero plantearon dos cuestiones claves para dar respuesta a esa pregunta: cómo se relacionan y deben relacionarse en la aplicación judicial del Derecho el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación; y si debe haber coincidencia entre uno y otro, es decir, entre los motivos que explican una decisión judicial y las razones que la justifican en la sentencia.

De ambas cuestiones voy a ocuparme en este trabajo. Para desarrollarlas, comenzaré con la presentación conceptual de la distinción y las dificultades o confusiones a las que a menudo conducen las expresiones contexto de descubrimiento y contexto de justificación, a pesar de su importancia para la teoría contemporánea o estándar de la argumentación jurídica. En segundo lugar, me centraré en dos errores o reducciones en los que frecuentemente se incurre al abordar la cuestión: identificar el contexto de descubrimiento con el proceso mental del juez al decidir; y considerar que la distinción proporciona una descripción acerca de cómo actúan los órganos jurisdiccionales. En tercer lugar, ofreceré mi manera de entender el contexto de descubrimiento y cómo actúa en él la argumentación jurídica. Por último, presentaré algunas observaciones conclusivas tendentes a considerar objeto de atención de la teoría de la argumentación jurídica también el contexto de descubrimiento, o dicho de una manera más precisa, a determinar la influencia argumentativa que el contexto de descubrimiento tiene en la motivación de la sentencia.

---

(5) ACCATINO, Daniela. «Notas sobre la aplicación de la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación al razonamiento judicial», en *Revista de Derecho*, 2002 (XIII), p. 22.

(6) *Ibidem*, pp. 22 y 23.

## II. Cuestiones conceptuales y terminológicas: en qué consiste el contexto de descubrimiento

Como indicaba al comienzo, se encuentra ya muy asentado entre los teóricos del Derecho contemporáneos denominar contexto de descubrimiento al procedimiento que conduce a dar una determinada solución a un caso, en definitiva al proceso decisorio, y contexto de justificación al procedimiento dirigido a justificar la validez de esa decisión, en definitiva a la justificación de esa decisión, que la misma es adecuada, correcta. La distinción se completaría entendiendo el contexto de descubrimiento como una actividad y el contexto de justificación como un discurso, como un resultado lingüístico.

Desde mi punto de vista, una buena parte de los problemas que plantea la diferencia entre ambas nociones reside en que habitualmente el tipo de actividad con la que se identifica el contexto de descubrimiento es considerada *mental*, es decir, el proceso psicológico seguido por el juez para la toma de decisión. En buena medida, la explicación de que la teoría estándar de la argumentación jurídica haya dejado de lado este aspecto de la aplicación judicial del Derecho y se haya centrado exclusivamente en el contexto de justificación reside, a mi juicio, en esta conceptualización reduccionista del proceso de toma de decisión.

Una de las ideas que me gustaría defender en este ensayo es que, de alguna manera que inmediatamente intentaré explicar, tanto el contexto de descubrimiento como el contexto de justificación implican procesos mentales. En efecto, tomar una decisión (judicial en este caso) es un proceso mental, pero del mismo modo que lo es justificarla. La cuestión reside en que *en ambos casos* lo relevante es la exteriorización de esos procesos mentales, es decir su resultado. Por poner algunos ejemplos, el diálogo con las posiciones de las partes, el hecho de seguir las o no, la formulación de hipótesis y la comparación entre ellas, la estrategia del caso, o las elecciones racionales que se realicen.

La siguiente distinción de TARUFFO, examinando los aspectos encerrados en ambos contextos, creo que ilumina la cuestión:

«Ello permite precisar ulteriormente la relación que media entre el particular *context of discovery* constituido por el procedimiento decisorio y el *context of justification* constituido por la motivación: éstos son diversos no sólo desde el punto de vista estructural, sino también desde el punto de vista fenomenológico, en el sentido de que el primero es una actividad y el segundo un discurso que, además, no es ni siquiera el resultado de dicha actividad. La relación examinada es, en efecto, compleja y mediada a través de un esquema que puede representarse, de manera sintética, de la siguiente manera: razonamiento decisorio (actividad) / decisión (resultado) / razonamiento justificativo (actividad) / motivación (resultado). Dicho esquema implica una serie de distinciones sobre las cuales resulta inútil extenderse. El mismo muestra además, de manera evidente, que si bien los diversos elementos están vinculados recíprocamente por el hecho de incidir en la decisión son, sin embargo, heterogéneos entre sí, lo que permite excluir que haya una identidad estructural, particularmente entre el razonamiento decisorio

rio y la motivación, y entre el razonamiento decisorio y el razonamiento justificativo» (7).

Como puede observarse, en los dos contextos se puede identificar una *actividad* que se manifiesta en un *resultado*. Pues bien, *en ambos casos* sólo interesa, al menos desde el punto de vista del control de la aplicación judicial del Derecho, ese último aspecto, es decir la exteriorización o materialización tanto del proceso de descubrimiento como del proceso de justificación. A partir de esas consideraciones, la idea que querría defender es que, igual que el contexto de justificación no es únicamente un resultado lingüístico sino que implica una actividad mental previa, el contexto de descubrimiento no es únicamente un proceso que se desarrolla en la mente del juez, sino que se manifiesta externamente en un resultado que debe ser tenido en cuenta en el contexto de justificación para la motivación de la decisión. En definitiva, entiendo que sería provechoso que la teoría de la argumentación se ocupe también del contexto de descubrimiento ya que ello le permitiría fijar de manera más precisa los elementos relevantes del contexto de justificación, por tanto los requisitos de la motivación de la sentencia.

En ese sentido, querría detenerme un instante en una consideración acerca de la terminología que se ha ido asentando en los análisis de esta cuestión. No creo exagerado afirmar que un buen número de las discusiones e imprecisiones sobre cuál sería el respectivo contenido de los dos contextos y sobre sus relaciones tienen su explicación en un inadecuado uso de la terminología. Veamos.

En primer lugar, se emplea la expresión «razonamiento judicial» para referirse tanto al proceso de la toma de decisión, como al resultado del mismo, al discurso que la justifica.

En segundo lugar, la frecuente identificación del contexto de justificación con la motivación de la sentencia induce a la confusión de pensar que el contenido de aquél está compuesto por los motivos de la decisión, cuando en eso consiste precisamente el contexto de descubrimiento (8).

Por último, el empleo del término «descubrimiento» remite inmediatamente a un objeto preexistente que puede ser hallado. Ello implica una toma de posición del lado de una concepción de la decisión judicial muy cuestionada. Si se parte de la idea de que no (siempre) hay una única solución jurídicamente correcta, el término «descubrimiento» es inadecuado porque no hay nada que *descubrir*. Por ello parecería más adecuado referirse a esta parte de la aplicación judicial del Derecho como *contexto de (o de la) decisión*. No obstante, y por no introducir más confusión en este ámbito, seguiré hablando de contexto de descubrimiento aunque con la salvedad apuntada.

---

(7) TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*, traducción de Lorenzo Córdova Vianello, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2006, p. 204.

(8) Crítica lo inadecuado del término «motivación» para referirse a la justificación de la sentencia, GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. «Palabras, palabras, palabras... De lo que el derecho les dice a los jueces», en *Jueces para la democracia*, número 36, 1999, p. 59:

«creo que, a pesar de su fortuna, el término 'motivación' no es el más idóneo para designar la fundamentación de la sentencia. Motivar es expresar los motivos y los motivos no son en principio razones justificatorias. Un motivo es la causa psicológica por la que una acción tiene lugar».

La distinción que está siendo analizada ha sido objeto de muchas y diversas críticas y matizaciones (9). Incluso podría afirmarse que ha entrado en un cierto declive. A pesar de ello, sigue usándose con mucha frecuencia y en buena medida la teoría de la argumentación jurídica contemporánea se sustenta en ella, por dos razones.

De un lado, porque el objeto de la teoría de la argumentación jurídica es acotado por medio de la distinción: su ámbito de estudio es el contexto de justificación y no el contexto en el que se adopta la decisión judicial.

De otro lado, porque no necesariamente el discurso justificatorio refleja el proceso psicológico o mental llevado a cabo por el juez. Es perfectamente posible que la justificación sea una racionalización o reconstrucción *ex post* de una decisión a la que se ha llegado irracionalmente o simplemente por otras razones distintas a las expresadas (por motivos ideológicos, emocionales, de justicia, simpatías, antipatías, etc.). El problema surge en este punto porque los ordenamientos jurídicos contemporáneos no autorizan al juez a justificar la decisión en ese tipo de motivos, sino en normas jurídicas válidas.

### III. Dos errores frecuentes al explicar los contextos de descubrimiento y justificación y sus interferencias

Como ya se ha expuesto con anterioridad, la presentación de los contextos está usualmente plagada de imprecisiones. Me parece que son fundamentalmente dos los errores en el enfoque de la distinción, el contenido de cada uno de los contextos y sus relaciones: reducir el contexto de descubrimiento al proceso mental seguido por el juez para decidir, y pensar que la distinción entre los dos contextos tiene que ver con una descripción de cómo actúan los jueces. Veamos cada uno de ellos.

#### III.1. Primer error: reducir el contenido del contexto de descubrimiento al proceso mental seguido por el juez para decidir

En la presentación de la distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación, sea para criticarla o para mostrar su utilidad, a menudo se parte de la idea de que el contexto de descubrimiento es una actividad que sucede en la cabeza del juzgador.

(9) Y no sólo entre los juristas, sino también en la filosofía de la ciencia donde surgió. Véase por ejemplo el siguiente párrafo de SUÁREZ, Mauricio («Contextos de descubrimiento causal», en *Revista de Filosofía*, Vol. 37 Núm. 1, 2012, p. 28.

«La distinción ha sido muy criticada, y una amplia mayoría de filósofos de la ciencia consideran que es insostenible (Aufrecht, 2010, esp. capítulo 3). Fue quizás Kuhn (1962) el primero en señalar que no existe el contexto de la justificación, como algo diferenciado del contexto del descubrimiento. En la práctica, existe solo un contexto, el de la actividad científica, y en este contexto se entrelazan de manera esencial la lógica de la justificación y la psicología del descubrimiento. La distinción entre contextos parece haber seguido la habitual y honorable tradición de las grandes innovaciones neopositivistas que han sido eventualmente descartadas, como el principio de verificación, la lógica inductiva, o la distinción analítico / sintético».

Específicamente en el ámbito jurídico, es ineludible consultar la crítica reflexión de MAZZARESE, Tecla. «Scoperta vs. Giustificazione. Una distinzione dubbia in tema di decisioni giudiziali», en *Analisi e Diritto. Ricerche di Giurisprudenza analitica*, 1995, pp.145-196; y, junto a ella, la fina disección de IGARTUA SALAVERRIA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, pp. 66 y ss.



Naturalmente, reducir el contexto de descubrimiento al *iter* mental del juez le quita toda utilidad, ya que lo convierte en algo interno e irrelevante desde el punto de vista del control *jurídico* de la motivación de la sentencia. Salvo, claro está, que se considerara que la motivación de la decisión debe dar cuenta, debe reflejar fielmente el proceso mental del juez. El problema está en que, incluso desde esta postura con muy pocos seguidores en la actualidad, ese proceso psicológico es incontrolable en cuanto a su correspondencia con lo expresado en la sentencia y, por lo tanto, inservible como elemento para valorar la corrección y calidad del ejercicio de la función jurisdiccional. Adoptar esta posición, además, sería el mejor camino para sustraer la decisión judicial de cualquier tipo de control, ya que bastaría con que el juez hiciera constar en la motivación de la sentencia que es una fiel descripción del proceso de toma de decisión para que tuviera que ser considerada una motivación correcta.

Desde este punto de vista, la sinceridad del juez es irrelevante, no es un valor importante de la aplicación judicial del Derecho. Son importantes, desde luego, la honestidad o el comportamiento ético (que indudablemente implican sinceridad), pero el control de esas «virtudes judiciales» (10) se realiza por otros medios, como los requisitos de una adecuada argumentación o la igualdad en la aplicación del Derecho entre otros.

Esta conclusión entiendo que es polémica, aunque espero que sea mejor comprendida al final de mi exposición, y choca con la opinión de ilustres y apreciados colegas, como AGUILÓ (y ATIENZA que le sigue en este punto) (11).

AGUILÓ parte de la idea (que comparto) de que una razón explicativa puede tener fuerza justificativa, de que el buen juez sería el guiado por buenas razones, y que precisamente la independencia (consistente en que el juez sólo puede usar razones que proceden del Derecho) y la imparcialidad (consistente en que el juez no debe decantarse por una de las partes) judiciales pretenden hacer coincidir las razones explicativas con las justificativas, disolviéndose así en la práctica la separación entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación. Estas son sus palabras:

«Los deberes de independencia e imparcialidad conforman dos características básicas de la posición institucional del juez en el marco del Estado de derecho. Conforman la peculiar forma de cumplimiento del derecho que este mismo les exige. Finalmente, independiente e imparcial es, pues, el juez que aplica el derecho y que lo hace por las razones que el derecho le suministra. Con ello se trata de proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados desde el derecho y sólo desde éste. Si lo dicho hasta aquí es cierto, entonces las afirmaciones de que al derecho sólo le interesan el contexto de justificación y las razones justifi-

---

(10) La expresión la tomo de ATIENZA, Manuel. *Cuestiones judiciales*, Fontamara, México D.F., 2001, pp. 119 y ss.

(11) AGUILÓ, Josep. «De nuevo sobre 'independencia e imparcialidad' de los jueces y argumentación jurídica», en *Jueces para la democracia*, n.º 46, 2003, p. 54.; y ATIENZA, Manuel *Curso de argumentación jurídica*, Trotta, Madrid, 2013, p. 116; e ID., *El Derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*, Ariel, Barcelona, 2006, p. 105.

cativas es falsa. Todo lo anterior muestra de manera suficiente que el derecho trata de controlar los motivos por los cuales los jueces actúan. Es más, y por decirlo de manera breve, en el ideal del Estado de derecho de un juez independiente e imparcial hay algo muy parecido a la exigencia kantiana para la conducta moral, pero referido al marco institucional del derecho: que la explicación y la justificación de la conducta coincidan. El ideal de un juez independiente e imparcial designa a un sujeto que no tiene más motivos para decidir que el cumplimiento del deber» (12).

Desde mi punto de vista, esta opinión, o las consecuencias a las que conduce, es discutible por un par de razones. La primera de ellas, que en muchas ocasiones establecer esa coincidencia entre razones explicativas y justificativas es imposible de establecer. La segunda, que los requisitos de independencia e imparcialidad judicial, lejos de disolver la distinción entre descubrimiento y justificación, confirman su importancia. Imaginemos un juez que haya adoptado una decisión por motivos religiosos (razón explicativa de la decisión/contexto de descubrimiento), no podrá válidamente usar esas razones en la motivación de la sentencia (razón justificativa/contexto de justificación), porque lo prohíbe el deber de independencia judicial; o pensemos en un juez que toma su decisión con la intención de favorecer a un amigo (razón explicativa/contexto de descubrimiento), no podrá válidamente dar esa razón como justificación de la sentencia, porque lo prohíbe el deber de imparcialidad.

Ya he indicado anteriormente, que el contexto de descubrimiento es un proceso, una actividad, pero de la que no interesa el aspecto puramente psicológico o mental. Lo verdaderamente relevante de cara, sobre todo, al control del ejercicio de la función jurisdiccional, es la exteriorización de ese proceso, su resultado. Y esa plasmación externa tiene que ver con el diálogo y debate con las posiciones de las diferentes partes procesales, con su rechazo o aceptación, con la selección de argumentos o con las hipótesis interpretativas y probatorias intentadas pero infructuosas, por dar algunos ejemplos. En definitiva, cuestiones netamente argumentativas que se desarrollarían en el contexto de descubrimiento. Un poco más adelante intentaré dar una explicación más precisa, pero este planteamiento convierte, al menos una parte, del contexto de descubrimiento en jurídicamente controlable: su racionalidad, su calidad argumentativa o el respeto de principios como los de igualdad y coherencia.

Por último, esta reducción del contexto de descubrimiento al proceso mental del juzgador que se está criticando, lo hace prácticamente inservible. Es frecuente que el juez no sea tan siquiera consciente de que ha procedido a una elección entre varias alternativas, de que había otras opciones interpretativas o probatorias plausibles, o de los valores que han intervenido en su decisión. En un buen número de ocasiones el juez considera honestamente que se ha sometido en su sentencia al ordenamiento jurídico y a los hechos del caso, y que ha dictado la solución jurídicamente prevista. Ello explica también por qué la sinceridad no es útil como un valor a tener en cuenta para el control de la decisión judicial.

---

(12) AGUILÓ, Josep. *Ob. cit.*, p. 54.

### **III.2. Segundo error: considerar que la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación tiene que ver con una descripción de cómo actúan los jueces**

Si, como durante mucho tiempo se consideró, la función de la motivación de la sentencia fuera explicar la decisión, relatar cómo ha sido el proceso de la toma de decisión, de un lado la parte relevante de la aplicación judicial del Derecho sería el contexto de descubrimiento, y del otro sería muy importante que el contexto de justificación coincidiera con aquél,

Sin embargo, si la motivación posee una doble función endoprocesal y extraprocesal<sup>(13)</sup>, pero dirigidas ambas a posibilitar el control de la decisión, la sinceridad judicial, entendida como la coincidencia entre el contexto de descubrimiento y el de justificación, entre razones explicativas y justificativas, es irrelevante. El protagonismo lo adquiere entonces una adecuada justificación de la decisión que incluya también elementos procedentes del contexto de descubrimiento y que contenga, sin ánimo de exhaustividad, buenos argumentos y bien usados; buenas argumentaciones compuestas por razones a favor de un significado o de una hipótesis probatoria, pero también razones en contra de otros sentidos o relatos factuales alternativos; una adecuada y puntual contestación de las alegaciones de las partes, rebatiéndolas o confirmándolas; o el reflejo de la deliberación en el seno del órgano judicial colegiado.

Dicho de otro modo: si el contexto de descubrimiento es entendido como un puro proceso psicológico que acontece en la mente del juez, la argumentación no jugaría ningún papel en esa parte de la decisión. Si, por el contrario, se considera el contenido del contexto de descubrimiento como algo complejo, compuesto desde luego por el proceso mental intrínseco a la acción de decidir, pero también por elementos de carácter dialéctico, como el diálogo con las posiciones de las partes, con las de otros miembros de los órganos judiciales colegiados, o con las de otros tribunales en asuntos similares, entonces creo que puede afirmarse con rotundidad que la argumentación jurídica entra a formar parte también del contexto de descubrimiento y no únicamente del contexto de justificación.

## **IV. El contenido del contexto de descubrimiento**

No es sencillo determinar el contenido del contexto de descubrimiento, fundamentalmente porque los jueces no actúan siempre igual. Dicho de otro modo, el proceso de toma de decisión y su relación con la justificación ofrecida en la sentencia no es siempre idéntico.

Como mínimo, podemos identificar tres formas de resolver judicialmente un caso:

- a) Por intuición *a priori*, es decir condicionada por emociones, amistad, odio, ideología, prejuicios o la idea privada de justicia. Este modo de resolver puede resultar moralmente reprochable, resulta irrelevante desde el punto de vista del control de la decisión judicial, y en todo caso enseña muy poco sobre cómo decidir racionalmente.

---

(13) La distinción corresponde a TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*, cit., pp. 333 y ss.

- b) Por intuición *a posteriori*, es decir tras el estudio meticulado del caso, la lectura del expediente y/o la escucha atenta de los alegatos y argumentos de las partes. Sería lo que podríamos denominar una intuición *experta*, resultado de la experiencia y la preparación y no sólo deseable en el comportamiento judicial, sino que formaría parte de las virtudes o competencias profesionales de la judicatura. Dicho en otros términos, este tipo de intuición es imprescindible para establecer la estrategia del caso, aunque requiere ser sometida a un control racional para evitar conclusiones inadecuadas, debe ser confirmada por los datos normativos y probatorios del caso, y debe ser justificada con buenos argumentos.
- c) Por indagación, es decir, comparando alternativas, debatiendo las posiciones de las partes, definiendo alternativas u opciones factuales o interpretativas y eligiendo entre ellas. En este caso, la toma de decisión es el resultado de un proceso paulatino de conocimiento que exige analizar, comparar y valorar las posiciones de las partes, valorar alternativas, hipótesis y opciones factuales y normativas, a valorarlas y compararlas y a elegir entre ellas rechazando algunas y formulando otras nuevas.

En mi opinión, todo este proceso, indudablemente argumentativo, debe ser considerado parte del contexto de descubrimiento, siendo más provechosa esa conceptualización «amplia» del mismo, sometido al menos parcialmente a los requisitos de la argumentación jurídica, que trasladando sin más todo lo que no son procesos psicológicos al contexto de justificación.

En definitiva, el contexto de descubrimiento no es el campo exclusivo de las emociones y la irracionalidad. Actúan igualmente en el mismo elementos externos, lo que podríamos denominar *el contexto del contexto de descubrimiento*, fundamentalmente las alegaciones y argumentos de las partes y el deber posterior de justificar la decisión adoptada. Ello llevará, sin duda, al órgano jurisdiccional a seleccionar o preferir únicamente las hipótesis u opciones susceptibles de justificación racional, es decir, conforme a las reglas de la argumentación y las normas jurídicas válidas del ordenamiento de que se trate. Son especialmente significativas al respecto las consideraciones de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ(14):

«No es absolutamente infrecuente que las *impresiones* obtenidas a través de los sucesivos momentos de una vista, deban ser desterradas, luego, al elaborar la sentencia, porque son de imposible objetivación en el discurso justificador de la valoración de la prueba, es decir, de imposible verbalización razonada. Propiciar esta clase de ejercicio intelectual es, precisamente, una de las funciones centrales y constitucionales de la motivación, que sirve, antes aún que para explicar a terceros la *ratio decidendi* de la sentencia, para que quien o quienes tienen la responsabilidad de elaborarla puedan verificar por sí mismos la racionalidad del propio discurso. Realizar el esfuerzo de explicitar éste con coherencia es,

---

(14) Véase también para conocer y completar la postura de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ la exposición de IGAR-TUA SALAVERRÍA, Juan. *La «sucinta explicación» en el veredicto del jurado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 29 y 30.

puede decirse, la *prueba del nueve* de la calidad de la decisión judicial. Porque, cuando se actúa con honestidad intelectual, es fácil comprobar que hay conclusiones de imposible justificación, hasta el punto de que la pluma *no corre* sobre el papel cuando se intenta expresarlas» (15).

Como ya ha quedado señalado, todo ese conjunto de decisiones parciales inherentes a la decisión del caso, deben ser consideradas parte del contexto de descubrimiento, pero además deben ser trasladadas al contexto de justificación, encontrar reflejo en el mismo como un requisito argumentativo y de racionalidad adicional de la motivación de la sentencia. En definitiva, la decisión judicial implica la interacción de ambos contextos. *El contexto de descubrimiento entra en el de justificación*, puesto que la motivación de la sentencia exige tomar en cuenta aspectos y decisiones que acontecen en la toma de decisión; pero también *el contexto de justificación entra en el de descubrimiento*, puesto que únicamente podrán prosperar hipótesis probatorias o atribuciones de significado que sean susceptibles de ser justificadas por medio de una argumentación racional.

Toda la anterior exposición espero que haya servido para mostrar que contexto de descubrimiento y contexto de justificación son dos aspectos distintos, dos elementos o fases del proceso de toma de decisión, pero en buena medida conectados o incluso mezclados e interrelacionados. El contexto de descubrimiento está inevitablemente condicionado por las reglas de la argumentación jurídica y de la motivación legal y racional (16), pero también el contexto de justificación, o simplemente la motivación de la sentencia, debe tomar en cuenta y reflejar qué valor se ha dado a las alegaciones y argumentos de las partes o de la acusación, el seguimiento o no de precedentes propios o de otros jueces y tribunales en casos análogos, la definición de hipótesis probatorias e interpretativas, o la aceptación o rechazo de las mismas, por citar sólo algunos de esos elementos relevantes.

Es cierto, adelantándome a una posible objeción, que de todo el proceso de toma de decisión en sentido estricto (es decir, sin tomar en consideración su justificación) sólo sabemos lo que el juez relate en la motivación de la sentencia. Sin embargo, la ventaja de un planteamiento como el que se está presentando reside en que posibilita un control adicional de la motivación para determinar si constan en ésta, debidamente justificados, los aspectos del contexto de descubrimiento ya indicados. En ese control de «comunicación» entre ambos contextos la teoría de la argumentación jurídica es muy importante, pero una teoría de la argumentación que no olvide o incluso desprezice todo lo que sucede en el proceso de toma de decisión judicial.

Dicho con otras palabras, el contexto de descubrimiento define la estrategia del caso y esa estrategia es determinante en la estructura y contenido de la justificación de la decisión.

---

(15) ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. «Prólogo. Juicio por jurados: el debate debe continuar», en Alberto JORGE BARREIRO y otros, *Juicio por Jurado. Cuestiones teóricas y prácticas (Prueba, veredicto, sentencia, recursos)*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 16 y 17.

(16) El concepto de «ideología de la decisión legal y racional» fue construido por Jerzy WRÓBLEWSKI en muchas de sus obras. En español pueden consultarse *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985; y *Sentido y hecho en el Derecho*, Fontamara, México D.F., 2001 (ahora también en Grijley, Lima, 2013).

A pesar de todo lo indicado, o precisamente por ello, es muy útil mantener la distinción con el contenido señalado. Desde luego, porque ambos contextos poseen finalidades diferentes: alcanzar o tomar una decisión uno y justificarla el otro. Pero no únicamente por eso. Distinguir entre ambos contextos permite entender mejor las peculiaridades de la toma y justificación de las decisiones en algunos casos específicos.

En primer lugar, y aunque autorizados tratadistas de la argumentación han planteado lo contrario, la distinción entre ambos contextos facilita comprender el modo *cómo se adoptan y justifican las decisiones en los órganos judiciales colegiados*.

En efecto, algunos autores, y muy notablemente el profesor Manuel ATIENZA (17), mantienen que como en el seno de los tribunales colegiados no hay proceso mental del juez, sino interacción y deliberación, los contextos de descubrimiento y justificación acaban confundándose. Desde el punto de vista que está siendo expuesto, y en consonancia con el planteamiento presentado, la toma y justificación de la decisión no es tan diferente en estos casos que en los órganos jurisdiccionales unipersonales. Por un lado, cada magistrado actúa aisladamente de sus colegas, decide sobre el caso a través de un proceso mental similar al del juez unipersonal. La principal diferencia con este último reside en que cuando la decisión es individual no debe ser discutida con nadie, no está sometida a una deliberación. Sin embargo, esa diferencia es sólo aparente.

En los tribunales colegiados, a diferencia de lo que sucede en los unipersonales, la deliberación o el debate con los compañeros magistrados forma indudablemente parte sustancial del contexto de descubrimiento, del proceso de la toma de decisión. Desde luego, en la gran mayoría de casos lo que es objeto de deliberación es fundamentalmente el sentido de la decisión, el modo de resolver el asunto, la solución jurídica del mismo, de tal modo que esa parte de la actuación judicial es individualizable y distinguible de la justificación de la decisión ofrecida en la sentencia, confirmándose así la separación entre los dos contextos también en los órganos jurisdiccionales colegiados. Por supuesto que en los tribunales se dan en ocasiones amplias discusiones acerca de la justificación que debe acompañar a una decisión, coincidiendo a veces los magistrados en ésta pero discrepando de la motivación (los votos particulares concurrentes son una muestra de ello) (18), pero ello lo único que viene a confirmar es la variedad de combinaciones que pueden darse entre toma de decisión y justificación de la misma y la pertinencia de mantener la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación.

Me parece relevante señalar que el comportamiento de los tribunales colegiados descrito ahora mismo, es en lo fundamental similar al de los jueces unipersonales.

En primer lugar, del mismo modo que las intuiciones o emociones de estos últimos están moduladas o limitadas por el deber de justificación de la decisión, en los colegiados la deliberación a veces se centra en la difícil, insuficiente, inadecuada o débil justificación de algunas de las posiciones manifestadas por sus integrantes.

En segundo lugar, y como ya he indicado desde el comienzo, considero un error reducir la toma de decisión judicial, es decir el contenido del contexto de descubri-

---

(17) ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 653 y ss. y 701 y ss.

(18) Sobre esta cuestión me he ocupado en EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *El voto particular*. Estudio introductorio de Juan Igartua Salaverria. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

miento, a una mera actividad mental. Si se entiende éste de la manera que aquí se ha planteado, se verá que la adopción de la decisión en los órganos judiciales unipersonales es también fruto de una deliberación que debe tener su reflejo en la justificación de la sentencia. En efecto, la decisión judicial en todo caso debe ser el resultado de un debate y confrontación del juez o el tribunal con las diversas posiciones, alegaciones y argumentos de las partes del proceso, que por exigencias argumentativas debe tener su reflejo en la motivación de la sentencia.

Por último, en aquéllos tribunales o sistemas judiciales en los que el juez o magistrado cuenta con un cuerpo de letrados, asesores o secretarios encargados de elaborar los proyectos de sentencia bajo las indicaciones o la supervisión de aquél, la decisión y su motivación es resultado también en los órganos unipersonales de una deliberación o contraste de pareceres entre el juez y sus proyectistas y de éstos entre sí. Me parece muy improbable que esos debates, posiciones rechazadas o matizadas, argumentos exitosos o fracasados, queden en el secreto o en la intimidad de la ponencia o el juzgado sin que se vean recogidas, con mayor o menor amplitud, en la sentencia.

Hay escépticos, como POSNER, de la utilidad de la deliberación como medio para alcanzar una decisión resultado de un debate racional (19). Y es cierto que en sistemas judiciales que han llevado al extremo la transparencia judicial, como el mexicano (20), la transmisión televisada de las deliberaciones de los tribunales más importantes (como, en el ámbito federal la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación) se asemejan frecuentemente más a una «representación» o puesta en escena pública de un debate celebrado previamente en una sesión privada, que a una auténtica deliberación en la que se contrastan opiniones y se intenta convencer o se está abierto a serlo. Desconozco con qué frecuencia los Ministros y Magistrados electorales mexicanos cambian de parecer tras ese debate público, pero intuyo que la propia publicidad se puede convertir habitualmente en un freno para la modificación de las posiciones iniciales y, en consecuencia, para el acuerdo y la flexibilización de las posturas. Dicho en otros términos, estas sesiones televisadas tienen poco que ver con el contexto de descubrimiento (en el que se encuadrarían tal vez las sesiones privadas previas a las públicas) y mucho más con la justificación de la decisión o incluso de la postura de cada magistrado. Seguramente las críticas de POSNER son certeras en relación a este tipo de deliberaciones aparentes, pero ello no quita que en muchos casos se produzca en el seno de los tribunales y de los juzgados un auténtico contraste de pareceres, una crítica y valoración de los argumentos de los otros, que redunde sin duda en la mayor calidad argumentativa de la sentencia. Es en ese sentido cuando puede afirmarse que el contexto de descubrimiento entra en el de justificación y condiciona su contenido.

---

(19) POSNER, Richard A. *Cómo deciden los jueces*. Traducción de Victoria Roca. Marcial Pons, Madrid, 2011; y ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica, cit.*, pp. 697-699.

(20) Acerca de la conexión entre argumentación y transparencia puede consultarse EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. «El deber de fundar y motivar la decisión judicial como instrumento para la rendición de cuentas a los ciudadanos», en *Argumentación jurisprudencial. Memorias del II Congreso Internacional de Argumentación Jurídica*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D.F., 2012, pp. 25-43 (ahora también en EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *20 años en México. Sobre argumentos e interpretación*. Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, Morelia, 2013, pp. 215-223).

La segunda cuestión que la separación entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación puede ayudar a clarificar son *las peculiaridades del proceso oral en relación al escrito*.

En el tradicional, y hasta hace unos años muy generalizado en Latinoamérica, proceso fundamentalmente escrito, la separación entre el contexto de descubrimiento de la decisión judicial y su justificación era muy nítida: todo lo externo a la motivación de la sentencia (sea el proceso mental del juez o la vista oral cuando existía) formaba parte del «descubrimiento» de la decisión, siendo el texto escrito de la sentencia el único y determinante material apto para el control de la decisión. Con el tránsito en casi todo Latinoamérica hacia el modelo procesal adversarial oral, esa forma de ejercicio del control de la sentencia no sirve más (21). Aunque la intensidad de la oralidad y los mecanismos para evitar la «contaminación» del juez son diversos en los distintos países, en todos ellos uno de los principales objetivos de la reforma procesal penal ha consistido en que la decisión judicial sea «inmediata» en relación con el juicio, e incluso que también lo sea su justificación, borrándose en buena medida (como sucede por ejemplo en México) la separación entre contexto de descubrimiento y el de justificación. Lo intentaré explicar más claramente.

Con la finalidad de que la decisión judicial se adopte con la menor contaminación posible, la oralidad pretende precisamente que el contexto de descubrimiento de la decisión sea única y exclusivamente el juicio, lo alegado, argumentado o probado ante el juez o tribunal decisor. Es cierto que una vez concluido el acto del juicio se mantiene el deber de justificar la decisión por medio de una sentencia motivada, pero ello lleva a un par de observaciones.

De un lado, en los sistemas procesales penales orales se advierten, aún más claramente que en los escritos, las conexiones argumentativas entre la toma de decisión y su justificación. En el juicio oral se ve nítidamente que la toma de decisión se busca que se adopte a partir exclusivamente de las alegaciones efectuadas por las partes en el juicio, de las pruebas practicadas o reproducidas *in situ*, y del debate entre las partes, el Ministerio Público y el órgano jurisdiccional, elementos todos ellos que inevitablemente, y como consecuencia de la inmediatez, se constituirán prácticamente en los únicos con los que construir la justificación de la sentencia. Como se ve, aunque se mantenga la distinción entre contexto de descubrimiento y de justificación, la argumentación desarrollada en el primero entra con todo el protagonismo en el segundo.

De otro lado, algunos sistemas procesales penales como el mexicano, han sido especialmente radicales en los mecanismos para evitar la contaminación judicial, imponiendo al juez el deber, no sólo de decidir inmediatamente concluido el juicio, sino también de «explicar» la decisión adoptada, lo que implica una justificación (al menos sumaria) que posteriormente no puede modificarse. Esta opción tan radical que, en algunos casos puede acabar en la elaboración previa de «machotes» o modelos de justificación que implican claramente un incumplimiento del deber constitucional de motivación, elimina, casi completamente, la bondad de ésta como medio de correc-

---

(21) Sobre los dos modelos procesales y sus implicaciones es de gran interés el libro de DAMASKA, Mirjan. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000. Acerca de los cambios que desde el punto de vista argumentativo ha introducido el juicio oral, véase el estudio de GARCÍA CASTILLO, Zoraida. *La argumentación judicial sobre hechos en el juicio acusatorio*. Bosch México, México D.F. 2013.



ción racional de las conclusiones erróneas a las que puede conducir la intuición incluso experta.

Por último, y en tercer lugar, la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación en los términos que aquí están siendo presentados, permite apreciar con más nitidez *los rasgos peculiares que presenta el proceso penal frente al civil y la apelación frente a la primera instancia*, y cómo se produce en estos casos la conexión entre toma de decisión y justificación y el reflejo de la argumentación de un contexto al otro.

Lo característico del proceso penal frente al civil sería que en él hay un elemento procesal fundamental que es la acusación del juez instructor o del ministerio público, según los diferentes sistemas procesales. Lo característico de la apelación frente a la primera instancia sería que existe una sentencia previa. Pues bien, en ambos casos considero que se puede percibir con rasgos específicos, y de algún modo más acentuados, la comunicación entre los elementos presentes en el contexto de descubrimiento y su reflejo en la motivación de la sentencia, en definitiva cómo se traslada la argumentación de un contexto al otro. Los términos de la acusación y la motivación que la sustenta, así como la sentencia de primera instancia recurrida y su justificación, son datos que no pueden soslayarse en la toma de decisión ni, por supuesto, en la motivación de la nueva sentencia. Ello va a provocar que la decisión y su justificación entren a dialogar inevitablemente con la acusación o la sentencia de primera instancia, para seguir las o rebatirlas, mostrando, de forma tal vez incluso más intensa que en otros procesos, esa línea que conecta la argumentación desarrollada en los dos contextos que están siendo objeto de análisis.

Me parecen muy sugerentes al respecto, por el respeto teórico que merece pero también por su gran experiencia práctica, las consideraciones del Magistrado Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ acerca de la posibilidad de identificar en el proceso penal un «tercer contexto», *el contexto de la decisión*, que se vendría a añadir a los de «descubrimiento» y «justificación». A pesar de su extensión, creo que merece la pena reproducir sus palabras:

«el contexto del *descubrimiento* se identifica con la fase de la investigación procesal, que concluye con la formulación, y la propuesta, al juez de una hipótesis, que aquí es la hipótesis acusatoria. En este ámbito, el juez o el fiscal investigador opera con la lógica del detective, es decir, la propia del método abductivo, que consiste en 'razonar hacia atrás'. Esta actividad se produce, como es bien claro, en el marco de la experiencia acumulada en operaciones del género, pero, en el plano de la adquisición de conocimiento, de un modo no codificado sino muy abierto a las opciones individuales, a las ocurrencias del investigador, como criterios orientativos de la búsqueda y selección de las propuestas de explicación hipotizables. Ciertamente, a mayor simplicidad del caso el abanico de las opciones posibles será tanto menor, incluso, con frecuencia, las pautas de comportamiento del operador estarán 'cantadas'. Pero en los supuestos más complejos, las actitudes y aptitudes de éste serán determinantes en cada caso de su particular orientación. Un sujeto experimentado, dotado de imaginación y de excelente memoria, ante un caso difícil, se moverá ante un horizonte de posibilidades de mayor

amplitud y previsiblemente más fructífero que el que no goce de tales condiciones iniciales (...).

La formulación de la acusación da paso a la fase de enjuiciamiento que es el *contexto de la decisión*, momento específico del quehacer institucional, situado a caballo entre los dos que distingue la filosofía de la ciencia. Se inicia con la actividad probatoria, en la que cada parte opera con referencia a las hipótesis que intenta hacer prevalecer. Con el resultado de esa actividad, el juez evaluará la productividad explicativa de la hipótesis propuesta por la acusación, en concurrencia con las hipótesis alternativas que se le opongan (...).

El *contexto de justificación* se abre con la elección y en él deberá demostrarse que ella cuenta con un fundamento racional (...).

(...) Por lo demás, es bien claro que los aludidos momentos o contextos del proceder jurisdiccional son el resultado de una disección analítica y forman una secuencia lógica y no cronológica. En el modelo ideal se encuentran estrecha y dialécticamente relacionados, de manera que si es cierto que el juez al motivar parte de la decisión, también se trata de que al decidir tenga ya en cuenta la necesidad de motivar razonadamente su opción» (22).

Aunque como él mismo advierte al final del texto reproducido, no pretende realizar una descripción cronológica del modo de actuar del juez penal, las consideraciones del Magistrado ANDRÉS IBÁÑEZ son de mucho interés de cara a la posición que se está intentado presentar en este trabajo.

En primer lugar, deja entrever que la acusación, que como antes se indicaba es la que fija los términos del debate procesal, no es más que una (*propuesta de*) decisión en la que cabe distinguir también un contexto de decisión (del fiscal o del juez instructor) y un contexto de justificación de la acusación, ya que ésta debe estar justificada.

En segundo lugar, los tres contextos muestran muy bien cómo en el contexto de descubrimiento (que si no me equivoco es al que él llama de la decisión) intervienen elementos y circunstancias muy variados, entre otros la acusación necesariamente motivada, algunos de los cuales tienen un carácter claramente argumentativo y que deberían ser trasladados y estar presentes en la motivación de la sentencia. En la medida por tanto que el juez decisor debe entrar a dialogar para adoptar su decisión con los argumentos de la acusación y de la defensa, creo que el proceso penal proporciona nuevos datos para confirmar la idea de que el contexto de descubrimiento también es parcialmente argumentativo.

## V. El reflejo del contexto de descubrimiento en el contexto de justificación: toma de decisión y motivación de la sentencia

Como ya se ha indicado, no es sencillo elaborar un modelo único de decisión judicial en el que se aprecie la influencia del contexto de descubrimiento en la motivación

---

(22) ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. «La sentencia penal» (1995), recogido en ATIENZA, Manuel. *Curso de argumentación jurídica*, cit., pp. 670 y 671.

de la sentencia. No obstante, una exigencia ineludible de todo ese proceso es que la toma de decisión debe ser una actividad racional por dos motivos: primero, porque debe conducir a una decisión racional, y segundo porque debe sustentarse en una motivación racional. Este punto de partida permite señalar algunos elementos que muestran la dependencia de la motivación de la sentencia de cómo se desarrolla la toma de decisión, pero también como ésta está condicionada por el deber constitucional de motivación (23).

En primer lugar, es importante no perder de vista que *la decisión judicial es una elección*. Decidir implica elegir entre diferentes alternativas teóricamente posibles. Ello tiene como consecuencia la necesidad de formular con precisión las diversas alternativas y la identificación de los elementos jurídicos y factuales en los que se funda cada una de las alternativas. Podría afirmarse por ello que el razonamiento jurídico es «un sistema orgánico de elecciones» en el que la decisión final del caso es la última consecuencia (la última elección) de una serie de elecciones previas que van definiendo las nuevas alternativas entre las que se deberá volver a elegir (24).

En segundo lugar, esa elección exige la aplicación de reglas o criterios idóneos para identificar (y posteriormente justificar) la alternativa mejor. Por supuesto que esas reglas son igualmente el resultado de una elección ideológicamente condicionada y, en ese sentido, subjetiva, pero debe ser coherente y coincidente con valores aceptados en el sistema jurídico de que se trate, por ejemplo por su incorporación en la Constitución.

Todo ello muestra que la decisión judicial no es sólo un proceso psicológico e irracional racionalizado en el momento de la redacción de la motivación de la sentencia, sino que debe desarrollarse conforme a cánones y elecciones racionales, lo que implica la precisa identificación de los elementos del proceso decisorio, del razonamiento inherente también al contexto de descubrimiento, al proceso de toma de decisión judicial: no puede resolverse un problema sin identificar qué se pide, no puede contestarse una pregunta que no se comprende (25).

Así, en primer lugar, la *individualización de la norma jurídica aplicable al hecho* es resultado de una elección entre varias posibilidades, lo que implica la formulación de hipótesis diversas entre las que el juzgador elige. Puede afirmarse, entonces, que esa individualización no ocurre *a priori*, sino en relación dialéctica con lo que debe decidirse: que se corresponda con los términos de la *litis*, con la actividad de las partes, con el conocimiento que el juez va adquiriendo a lo largo del proceso, con la constatación de los hechos, y con otros elementos externos. No cabe duda, en consecuencia, de que todo ese procedimiento es dialéctico y por tanto argumentativo, ya que la validez de una hipótesis nunca puede ser tomada como definitiva ni depende de su coherencia interna, sino de su confrontación con elementos externos a ella como las modificaciones a la demanda o el resultado de la prueba.

---

(23) Para profundizar en el proceso de toma de decisión y su relación biunívoca con la motivación de la sentencia, en nuestro contexto jurídico-cultural los trabajos de Michele Taruffo siguen siendo muy sugerentes y de ellos están tomadas un buen número de ideas para desarrollar este punto. Véase TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*, cit., pp. 198 y ss.

(24) TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*, cit., p. 206.

(25) POLYA, George. *Cómo plantear y resolver problemas*. Traducción de Julián Zagazagoitia. Trillas, México, 1965 (reimpresión 2014), pp. 28 y ss.

En segundo lugar, *la interpretación necesaria para la formulación de cada hipótesis* implica la mayoría de las ocasiones una nueva elección entre varias opciones de significado. Muchas veces los criterios o argumentos interpretativos son guías para esas opciones, pero no debe olvidarse que ellos mismos son resultado de otra elección que debe estar en situación de justificar con criterios racionales (26).

En tercer lugar, muchas veces surgen varios *modelos probatorios*, cada uno de los cuales implica una propuesta de solución del litigio, entre los que debe elegirse el que incluya todos (o el mayor número) de los datos de prueba, valore individualmente cada prueba pero también efectúe una valoración conjunta y que, como consecuencia de todo ello, sea justificable.

En cuarto lugar, *la calificación jurídica de los hechos* es la síntesis entre las hipótesis relativas a la norma jurídica aplicable y a los hechos del caso. Ello implica confrontar las situaciones genéricas del supuesto de hecho normativo con los hechos del caso, que son situaciones específicas del mundo real. Con palabras de TARUFFO, de nuevo nos encontramos con una dialéctica que debe permitir el encuentro entre un enunciado fáctico concreto pero generalizado, y un enunciado normativo general pero concretizado (27).

Todo el proceso anterior, de definición de opciones y de elección racional entre las mismas, conducirá a la formulación de alguna o algunas hipótesis globales de decisión entre las que el juez elegirá la decisión final. ¿Con qué criterios? Podríamos señalar, a modo de ejemplo, la que posea mayor fundamento lógico, la que a su juicio tenga un mayor efecto de justicia material, cuyas consecuencias sean consideradas más adecuadas para el caso concreto, la más coherente con el sistema de precedentes, la que mejor responda al *petitum* de la demanda, o la que en mayor medida incorpore los elementos factuales y normativos de la controversia.

En definitiva, y como se ha intentado brevemente mostrar con este rápido repaso, la toma de decisión judicial es el resultado de un debate argumentativo (y no únicamente mental) con las pretensiones de las partes, con otras decisiones del propio juez o Tribunal o con las de otros de la misma organización judicial, con las diversas hipótesis probatorias, interpretativas y de calificación jurídica, y la elección racional entre ellas.

Si se acepta que una buena motivación de la sentencia debe ser ordenada y completa, creo que debe considerarse que el mejor camino para lograrla es un proceso de toma de decisión también ordenado y completo. Por eso, es preciso no despreciar la línea de conexión que se ha pretendido mostrar entre el contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, entre la decisión judicial y su motivación.

El deber de justificar la decisión está permanentemente presente en ésta, y tiene importantes consecuencias en el modo en que es entendida la motivación: por ejemplo, deberá incluir los argumentos que justifican la elección entre diferentes significados de una disposición normativa, los que han permitido establecer esos potenciales

---

(26) De esta cuestión me he ocupado en diferentes trabajos. Recientemente pueden consultarse EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier. *La motivación de las decisiones interpretativas electorales*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2012; ID. *Argumentación e interpretación. La motivación de las decisiones judiciales*. Grijley, Lima, 2013 (2.ª ed.); e ID. *20 años en México. Sobre argumentos e interpretación*, *cit.*

(27) TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*, *cit.*, p. 228.

significados, los que muestran el uso adecuado de los mismos, el rechazo de significados, los caminos interpretativos fracasados o las hipótesis rechazadas. En conclusión, tanto decidir como motivar consiste en confrontar posiciones, con las de las partes o con otras propias. Por ello, la calidad decisoria dependerá de la adecuada formulación de las diversas hipótesis y de la elección racional entre ellas, mientras que la calidad argumentativa dependerá del adecuado uso de argumentos, de la comparación entre ellos y de la justificación de la mejor idoneidad del elegido.

## VI. Conclusiones

La identificación de un contexto de descubrimiento en la decisión judicial es útil (se ha dicho que es una buena metáfora) para distinguir el proceso mental decisorio del juez de la justificación de la sentencia. El principal problema que plantea la distinción reside en que habitualmente parte de un concepto de descubrimiento muy restrictivo, con unos límites muy estrechos que lo ciñen prácticamente a una actividad psicológica y por lo tanto irrelevante por incontrolable desde un punto de vista jurídico.

A lo largo de mi exposición he intentado presentar y justificar un concepto más amplio de contexto de descubrimiento, que me parece más provechoso y relevante para la teoría (y la práctica) de la argumentación jurídica. Decidir no es sólo un proceso mental o puramente psicológico, o dicho tal vez con más precisión, es un proceso mental no sustentado únicamente en emociones, intuiciones, caprichos o intereses. Actúan también elementos externos al decisor, al juez, que tienen un carácter argumentativo y que son muy relevantes para la aplicación judicial del Derecho y el cumplimiento de los deberes inherentes a la función jurisdiccional. Por ello, deben tener reflejo, ser trasladados al contexto de justificación, a la motivación de la sentencia.

Ello se ve bastante claramente cuando las razones explicativas coinciden con las razones justificativas (28), pero también en otros casos. Por ejemplo, el hecho de que

---

(28) Por ejemplo, es muy interesante el voto «aclaratorio y concurrente» del Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea a la contradicción de tesis 293/2011 resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en el que se afirma:

«una mayoría de los integrantes del Pleno sostuvimos que los derechos humanos contemplados en tratados internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano tienen rango constitucional. Por otro lado, a pesar de que no formaba parte de la contradicción de tesis, una mayoría de Ministros decidió que debía abordarse el tema de las restricciones constitucionales al ejercicio de los derechos humanos. Sobre este punto, la mayoría de mis compañeros se pronunciaron a favor del criterio de que cuando en la Constitución hubiera una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se debería estar a lo que indica el texto constitucional.

En este escenario, entendí que era necesario hacer un esfuerzo por acercar mi posición a la de mis compañeros Ministros, con la intención de llegar a un punto de encuentro que nos condujera a establecer un criterio que consolidara la vigencia de un catálogo constitucional de derechos como parámetro de control de la regularidad de todas las leyes y actos jurídicos, y a la vez brindara certeza a los operadores jurídicos. Por esa razón, tomé la decisión de modificar el proyecto, pero sin desvirtuar el sentido de la propuesta original.

En esta línea, la nueva propuesta consistió en mantener el reconocimiento del rango constitucional de los derechos humanos, independientemente de que su fuente de reconocimiento fuera un tratado internacional, al tiempo que se introdujo una cláusula que establece que «cuando en la Constitución hubiera una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica el texto constitucional». Por lo demás, *con la finalidad de evitar desacuerdos adicionales, no se incor-*

la decisión por la que se opte sea justificable y posteriormente justificada; que la acusación en el proceso penal deba ser compartida o refutada motivadamente; que pueden existir precedentes (propios o ajenos) cuya aplicabilidad o no al caso deberá ser igualmente justificada; las alegaciones, pretensiones y argumentaciones de las partes a las que debe darse contestación; lo que *prima facie* establezca el ordenamiento jurídico; el debate en el seno de un tribunal; o lo que haya dicho la sentencia de primera instancia recurrida en apelación o en un proceso de control de constitucionalidad.

No cabe duda de que el sentido de justicia o injusticia del juez, sus intereses, preferencias o ideología seguirán teniendo una importante (e inevitable) influencia en el manejo de esos condicionantes señalados, en ese contexto, y en el peso que se les conceda: ignorarlos, maximizarlos, minimizarlos e incluso manipularlos. La ventaja de la postura que se está defendiendo aquí es que una parte importante de esas decisiones parciales, de esas elecciones, deberían ser trasladadas a la motivación de la sentencia y ser justificadas con buenas razones, con cumplimiento de las reglas de una adecuada argumentación jurídica. La relevancia de este enfoque reside en que cuando el juez no sea capaz de hacerlo, es decir, de justificar racional y suficientemente su decisión, deberá cambiarla o arriesgarse a que su sentencia sea calificada de incorrecta por falta de motivación.

Como ya se ha indicado, este modo de entender el contexto de descubrimiento y sus relaciones con el de justificación creo que tiene una gran importancia de cara a cuál debe ser el objeto de la teoría de la argumentación jurídica y cuáles los requisitos de una motivación legal, racional, suficiente y completa (29). Me parece que aspectos que frecuentemente escapan del contenido de una adecuada motivación, como la selección de los argumentos interpretativos empleados, la forma de su uso, la presentación y debate de los argumentos de las partes o de otros magistrados, quedarían incluidos de este modo entre los requisitos motivatorios de la sentencia.

Incluso en ocasiones hipótesis probatorias o interpretativas barajadas por el juez pero finalmente rechazadas por inviables, difíciles de justificar o consideradas menos adecuadas que otras, deberían a mi juicio no quedarse en el contexto de descubrimiento y trasladarse a la motivación de la decisión. Es evidente, sin embargo, que si el juez no da cuenta en la sentencia de esos caminos intentados pero desechados, nunca se sabrá de su existencia, pero cuando se incluyen en la motivación creo que mejora la calidad argumentativa de la decisión. No se olvide que la argumentación se convierte en imprescindible cuando hay posturas alternativas (cuando todos los inter-

---

*poró ninguna justificación o explicación de dicha cláusula*, de tal manera que los cambios al proyecto fueron en realidad mínimos.

Es de la mayor relevancia precisar que lo alcanzado no constituyó un «simple acuerdo», pues no se adoptó una postura que sumara la ideología de cada Ministro en lo individual, ni se trató de una «negociación» en la que los miembros del Alto Tribunal nos hiciéramos recíprocas concesiones. Ninguna de las señoras y señores Ministros comprometimos nuestras convicciones personales en la construcción de este amplio consenso» (la cursiva es añadida).

Lo interesante de la aclaración del Ministro Zaldívar reside en que, habitualmente, se mantiene que las razones explicativas pueden ser también buenas razones justificativas, mientras que en este caso las razones explicativas sirven para intentar justificar la ausencia de motivación de esta parte de la decisión que hace prevalecer los límites constitucionales a los derechos frente a lo que establezcan los tratados internacionales sobre la materia.

(29) Acerca de los requisitos de la motivación véase IGARTUA SALAVERRÍA, Juan. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, cit., pp. 96 y ss.

vinientes en un proceso coinciden en los hechos o en el significado de un artículo la argumentación no sirve para mucho), que una argumentación obtiene su fuerza persuasiva de su contraste con (y su resistencia frente a) otras argumentaciones alternativas, y que debe contener argumentos a favor de la alternativa probatoria o interpretativa que quiere justificarse pero también en contra de otras propuestas posible formuladas (sobre todo) por las partes o por el mismo juez o tribunal.

La idea que he pretendido defender aquí es que teniendo en cuenta el contexto de descubrimiento en la argumentación de la sentencia se facilita ese objetivo de una motivación más rigurosa y, por tanto, más controlable. Por supuesto que la crítica que puede formularse a lo expuesto es que todos esos elementos del contexto de descubrimiento señalados como relevantes para el de justificación forman parte de este último. Todo va a depender de dónde situemos la frontera entre un contexto y otro. Mi postura me parece que es más útil o provechosa que la tradicional para construir una teoría de la argumentación jurídica, y en general de la aplicación judicial del Derecho, que, de un lado, sea explicativa de la misma, y del otro permita un mayor y mejor control de la motivación de la sentencia, que era mi principal objetivo.

Trabajo recibido el 14 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Erabaki judizialak ez dira jarduera mental hutsak, badute argudiozko osagai bat ere, eta hura kontuan hartzeak hobetu egin dezake erabakia. Aurkikuntzaren testuingurua kontuan hartzen duen argudio juridiko batean errazago zehaztu ahal dira epai baten motibazioa legala, arrazionala, nahikoa eta osoa izateko baldintzak. Sarritan, motibazioak ez ditu kontuan hartzen erabilitako argudioen hautaketa, haien erabilera, alderdien edo beste magistratuen argudioen aurkezpena eta debatea, eta horiek, era honetan, epaia motibatzen duten baldintzen artean leudeke.

**HITZ GAKOAK:** Aurkikuntzaren eta justifikazioaren testuingurua. Erabaki judiziala hartzea. Argudiatze juridikoa.

**RESUMEN:** La toma de decisión judicial no es sólo una actividad mental, sino que tiene un componente argumentativo que tomado en cuenta puede mejorar la decisión. Una teoría de la argumentación jurídica que se ocupe del contexto de descubrimiento permite determinar de una manera más precisa los requisitos de una motivación legal, racional, suficiente y completa de la sentencia y, en consecuencia, su control. Aspectos que frecuentemente escapan del contenido de una adecuada motivación, como la selección de los argumentos interpretativos empleados, la forma de su uso, la presentación y debate de los argumentos de las partes o de otros magistrados, quedarían incluidos de este modo entre los requisitos motivatorios de la sentencia.

**PALABRAS CLAVE:** Contexto de descubrimiento y de justificación. Toma de decisión judicial. Argumentación jurídica.

**ABSTRACT:** The judicial decision making is not only a mental activity but it has an argumentative part that if it is taken into account can improve the decision. A theory about the legal reasoning that deals with the context of discovery allows to establish in a more precise way the requirements for a legal, rational, sufficient and complete reasoning and accordingly its control. Aspects that do often elude the content of an appropriate motivation, as the choice of the used interpretative arguments, the form of its use, the introduction and debate of the arguments by the parts or other judges, which would in this way be included among the motivating requisites of the judgment.

**KEYWORDS:** Context of discovery and justification. Judicial decision making. Legal reasoning.



# Regulación de la obtención de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica: situación en la Unión Europea y en España (1)

Dionisio Fernández de Gatta Sánchez (2)

**Sumario:** I. Introducción.—II. Gas no convencional y fractura hidráulica: definiciones.—III. Los efectos previsibles del desarrollo del gas no convencional y sus problemas ambientales.—IV. Régimen de la Unión Europea aplicable a la exploración y obtención de gas no convencional mediante fractura hidráulica. A) Documentos estratégicos y textos no obligatorios. B) Normativa de la Unión Europea aplicable.—V. La regulación de la obtención de gas no convencional mediante fractura hidráulica en España. A) La distribución constitucional de competencias en la materia y la innegable competencia del Estado: las SsTC 106 y 134/2014. B) La legislación española aplicable a las operaciones de exploración y extracción de gas no convencional.

## I. Introducción

Actualmente se está produciendo un intenso debate (no siempre por los cauces ni con las formas adecuadas) en relación con la obtención de gas no convencional mediante la técnica de fractura hidráulica, teniendo en cuenta la preocupante situación energética de la Unión Europea y, como contraposición, su éxito en los Estados Unidos, y su futura incidencia mundial(3). Por su parte, en España se está produciendo una intensa campaña contra el uso de la misma(4), con argumentos a veces sólidos y otras con tintes catastrofistas, e incluso algunas Comunidades Autónomas, excediéndose claramente en sus competencias, han intentado prohibir el uso de tal técnica con leyes propias, aunque algunas ya están siendo declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional.

---

(1) En memoria del Prof. Demetrio LOPERENA ROTA, y en recuerdo de las conversaciones en la cafetería de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, durante las reuniones anuales del Observatorio de Políticas Ambientales (OPAM).

(2) El presente estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2013-48006-C2-1-P, del Ministerio de Economía y Competitividad, dirigido por el Prof. QUINTANA LÓPEZ, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de León.

(3) BLACKWILL, R. D., y O'SULLIVAN, M. L., «La revolución del shale y el poder de Estados Unidos», *Política Exterior*, n.º 158/2014, pp. 86-99.

(4) Así, a título de ejemplo, ver «El PSOE declara la guerra al fracking» y el comentario crítico con esta sorprendente decisión de J. MÜLLER, «Apuntados al oscurantismo», en *Diario El Mundo* de 1 de Septiembre de 2014, p. 32, y «El rechazo al fracking une a los sindicatos agrarios», en *El Mundo Agrario* de 3 de Julio de 2014.

A pesar de los avances realizados, la dependencia energética del petróleo ha sido y continúa siendo muy importante. No obstante, desde hace tiempo (5), el uso de gas natural ha aumentado mucho en los Estados Unidos, en la Unión Europea y en otras partes del mundo.

Teniendo en cuenta la realidad de los yacimientos convencionales de gas, sobre esa problemática situación han incidido los avances tecnológicos, entre los que destaca la técnica de fractura hidráulica, que han propiciado desde los años 80 y 90 del siglo xx el acceso a reservas de gas no convencional cuya extracción antes resultaba compleja técnicamente y muy costosa (6). A pesar de que la extracción de gas, y también de petróleo, de reservas no convencionales no es un hecho nuevo, a partir de esas décadas, en los Estados Unidos se produjo un cambio de concepción en los procesos de exploración-extracción de este gas, y convirtió las rocas de esquisto generadoras del mismo en un objetivo de tales procesos, extendiéndose de tal forma que actualmente supone nada menos que el 60% de la producción estadounidense de gas. Es más, entre 2008 y Marzo de 2014, la producción de hidrocarburos se ha disparado nada menos que un 64%, batiendo en 2013 la marca de producción con 24'3 billones m<sup>3</sup>, en los 1.760 pozos de extracción existentes (7).

## II. Gas no convencional y fractura hidráulica: definiciones

Sin embargo, antes de continuar hemos de precisar algunos conceptos (8). Los hidrocarburos convencionales (petróleo y gas), desde la primera prospección llevada a

(5) TUGENDHAT, Ch., *Petróleo: el mayor negocio del mundo*, Alianza Editorial, 1969; CENTENO, R., *El petróleo y la crisis mundial*, Alianza Editorial, Madrid, 1982, y especialmente VELA, A., *El gas como alternativa energética*, Alianza Editorial, Madrid, 1995, y ALAYO, J. C., y BARCA, F., *La tecnología del gas a través de su historia*, Ed. Fundación Gas Natural, Barcelona, 2011. Sobre el inicio, desarrollo y problemas de la era del petróleo, ver las excelentes obras de WEIGTMAN, G., *Los revolucionarios industriales. La creación del mundo moderno 1776-1914*, Ed. Ariel, Barcelona, 2008, y de ROBERTS, P., *El fin del petróleo*, Ed. B, Barcelona, 2004.

(6) Así, las obras citadas en la Nota 5 no hacen referencia alguna al gas no convencional ni a la técnica de fracturación hidráulica, y tampoco lo hacen las importantes obras del COMITÉ ESPAÑOL DEL CONSEJO MUNDIAL DE LA ENERGÍA, *Energía para el Mundo del mañana. Realidades, opciones, objetivos*, Madrid, 1993, de MARTÍN MUNICIO, Á., y COLINO MARTÍNEZ, A. (Dir.), y otros, *Diccionario Español de la Energía*, Ed. Doce Calles, Madrid, 2003, ni de SÁNCHEZ RON, J. M., *Energía. Una historia del progreso y desarrollo de la Humanidad*, Lunwerg Editores, Barcelona, 2012.

(7) En general, sobre la historia y la trascendencia del gas no convencional en los Estados Unidos, ver GRAVES, J., *American's alternative energy revolution*, Safe Harbor International Publishing, Ventura (California, USA), 2012; IHS CHEMICAL, «Natural Gas», abril 2013, y SPEIGHT, J. G., *Shale gas production processes*, Gulf Professional Publishing (Elsevier), Kidlington (Oxford, United Kingdom), 2013; así como ALONSO SUÁREZ, A., y MINGO GONZÁLEZ, M., «La expansión de la producción de gas de yacimientos no convencionales (esquistos, capas de carbón y arenas compactas). Una revolución silenciosa», *Cuadernos de Energía*, n.º 28/2010, pp. 5-17; DAGANZO, J. M., «Shale gas, el sueño americano», *Gasactual (SEDIGAS)*, n.º 125/2012, pp. 26-35; GALLEGO VALDUEZA, E., «Desafíos y oportunidades para la explotación del gas no convencional en Europa. Una visión desde la perspectiva de la experiencia norteamericana», *Economía Industrial*, n.º 390/2013, pp. 67-72; NONAY DOMINGO, M.ª T., «El papel del gas no convencional en el mix energético futuro y el caso del shale gas en Estados Unidos», *Cuadernos de Energía*, n.º 32/2011, pp. 107-111, y ZENIEWSKI, P., GRACCEVA, F., y ERIKSSON, A., «Gas no convencional en Europa consecuencias e incertidumbres», *Cuadernos de Energía*, n.º 38/2013, pp. 94-101.

(8) CONSEJO SUPERIOR DE COLEGIOS DE INGENIEROS DE MINAS (Dir.-Coord. por CÁMARA RASCÓN, Á., y PENDÁS FERNÁNDEZ, F.), *Gas no convencional en España, una oportunidad de futuro*, Madrid, 27 de Enero de 2013; EUROPEAN COMMISSION (Joint Research Centre)-GANDOSSO, L., *An overview of hydraulic fracturing and other formation stimulation technologies for shale gas production*, Publications Office of the

cabo en los Estados Unidos en 1859, han supuesto y aun suponen la principal fuente energética del mundo. Los mismos se generan en una roca madre, sedimentaria, rica en materia orgánica, y se han desplazado a unas rocas reservorio o almacén, porosas y permeables, hasta llegar a las rocas sello, que son impermeables. Estas dos características, porosidad y permeabilidad, permiten que el hidrocarburo fluya desde las mismas hasta los pozos (generados por las trampas o rocas sellos, que impiden que continúe fluyendo), desde los que con relativa facilidad se extrae, lo que ha propiciado su uso generalizado desde el siglo XIX.

Por su parte, los hidrocarburos no convencionales (destacando el gas, aunque también hay petróleo) no cumplen con las características geológicas anteriores. Entre ellos se pueden distinguir los hidratos de gas (que se generan y almacenan en sedimentos marinos profundos; cuantificándose las reservas como muy importantes, aunque su explotación aun no es posible), los oil sand (que son arenas de bitumen, mezcla de hidrocarburos pesados, relleno de los poros, y del destilado del bitumen se obtiene petróleo; destacando las reservas de Alberta, en Canadá, equiparables a las reservas convencionales de Arabia Saudita), el coal bed methane (que es metano contenido en las capas de carbón; obteniéndose actualmente en Estados Unidos, Canadá y Australia), el tight gas (que es el gas contenido en rocas muy compactas, areniscas y/o calizas, con valores de porosidad y permeabilidad muy bajos; estimándose sus reservas como muy importantes), y shale gas (que es gas almacenado en la propia roca madre de pizarra, lutitas o de esquisto en la que se genera, independientemente de su composición litológica, en sus fracturas y diaclasas en forma libre, siendo pues la misma roca el reservorio o almacén; y son precisamente estas reservas las que más auge están teniendo actualmente) (9).

Este auge en la exploración y extracción de estas reservas de gas de esquisto se debe a las innovaciones técnicas que han supuesto la perforación horizontal y la fracturación hidráulica. Los avances en la perforación horizontal de los pozos se han debido a las mejoras e innovaciones, introducidas desde los años 80 del siglo XX, en los motores de fondo, junto a los fluidos de perforación y las herramientas de corte, y de la telemetría del pozo; a lo que debe añadirse el aumento de la longitud de la sección horizontal del pozo, que reduce apreciablemente el impacto ambiental.

Por su parte, la fractura hidráulica es una técnica desarrollada en Estados Unidos desde los años 40 del siglo XX (concretamente, en Grant County, Kansas, en 1947), perfeccionada desde los años 70 (principalmente en los importantes yacimientos Barnett en Tejas (10) y Marcellus en Pennsylvania), y que consiste en generar uno o

---

European Union, Luxembourg, 2013; GARCÍA PORTERO, J., «El gas natural no convencional. El gas natural como energía puente entre el presente energético y el deseable futuro sostenible», 11.º CONAMA-Congreso Nacional de Medio Ambiente, Madrid, 26 a 30 de Noviembre de 2012, e «Hidrocarburos no convencionales. Conceptos básicos, historia, potencialidad y situación actual», I y II, *Tierra y Tecnología*, n.º 41/2012, pp. 28-32, y n.º 42/2012, pp. 8-24; MATESANZ CAPARROZ, J., Repercusiones territoriales de la fractura hidráulica o «fracking» en Cantabria, Burgos y Palencia. Los Permisos de Investigación Bezana y Bigüenzo, Documento de trabajo original, Madrid, 2013, y SHALE GAS ESPAÑA (Plataforma Española sobre la Exploración y Desarrollo del Shale Gas): <http://www.shalegasespana.es/es/>.

(9) GARCÍA PORTERO, J., «Hidrocarburos no convencionales. Conceptos básicos, historia, potencialidad y situación actual», I, *Tierra y Tecnología*, n.º 41/2012, pp. 29-30.

(10) Sobre este yacimiento, *vid.* STEWARD, D. B., The Barnett Shale Play. Phoenix of the Fort Worth Basin. A History, The Fort Worth Geological Society, Fort Worth (Texas, USA), 2007.

varios canales de elevada permeabilidad mediante la inyección de agua a alta presión, con sustancias químicas, de tal modo que realice una fractura controlada en la roca, precisamente en la sección de la roca que contiene el gas. Para evitar el cierre natural de la fractura, una vez que se relaja la presión hidráulica que la mantiene abierta, se bombea con el agua un agente de sostenimiento, generalmente arena con productos químicos, que mantienen la fractura abierta permanentemente, y se permite obtener y bombear el gas. La composición más típica del fluido de fracturación suele ser agua (sobre un 94 %, y que no tiene que ser potable), arena de sostenimiento (sobre un 5 %) y productos químicos (sobre un 1 %, tales como ácido clorhídrico, bactericidas, salmuera, reductores de fricción, gelificantes, inhibidores de corrosión, antioxidantes o controladores del ion hierro). Tal proceso se ha visto muy potenciado con las prospecciones horizontales, actualmente muy desarrolladas. Una vez finalizadas las operaciones de fracturación, la explotación del gas se inicia inmediatamente, al no estar separadas ambas fases, aplicándose los correspondientes procedimientos de seguimiento y control de la explotación, por lo que se genera mucho empleo.

### III. Los efectos previsibles del desarrollo del gas no convencional y sus problemas ambientales

El gas convencional es una alternativa energética desde hace muchos años (11), ya que es una fuente de energía con precios más asequibles, supone un suministro con reservas de garantía a largo plazo, las reservas están geográficamente más extendidas y tiene una menor incidencia ambiental.

Estas características naturalmente también son predicables del uso de los gases no convencionales, y además deben añadirse algunos otros efectos positivos (12), que están siendo muy visibles en los Estados Unidos, como son la mayor seguridad en el abastecimiento energético, con pasos decididos hacia el autoabastecimiento (e incluso a la posibilidad de exportarlo), y una futura nueva situación geoestratégica en el mundo, el inicio de procesos de obtención de petróleo no convencional, el abaratamiento de los precios del gas que beneficia a las empresas y a los consumidores, el aumento de la participación del gas en la generación de energía eléctrica, la importante generación de empleo que suponen, el desarrollo de los sectores industriales implicados en los procesos de obtención de este gas, el hecho de que se está generando un significativo desarrollo económico general y, además, contribuye a disminuir apreciablemente las emisiones de gases de efecto invernadero.

---

(11) Por todos, *vid.* VELA, A., El gas como alternativa energética, obra citada.

(12) CONSEJO SUPERIOR DE COLEGIOS DE INGENIEROS DE MINAS, Gas no convencional en España, una oportunidad de futuro, *cit.*, pp. 63-77; DAGANZO, J. M., «Shale gas, el sueño americano», *cit.*; GALLEGO VALDUEZA, E., «Desafíos y oportunidades para la explotación del gas no convencional en Europa. Una visión desde la perspectiva de la experiencia norteamericana», obra citada; GARCÍA PORTERO, J., «El gas natural no convencional. El gas natural como energía puente entre el presente energético y el deseable futuro sostenible», *op. cit.*, pp. 5-9; MATESANZ CAPARROZ, J., Repercusiones territoriales de la fractura hidráulica o «fracking» en Cantabria, Burgos y Palencia. Los Permisos de Investigación Bezana y Bigüenzo, *op. cit.*, pp. 25-62, y ZENIEWSKI, P., GRACCEVA, F., y ERIKSSON, A., «Gas no convencional en Europa consecuencias e incertidumbres», obra citada.

En la Unión Europea(13), este gas parece que puede jugar un importante papel en su futura, y problemática, seguridad energética, y también desde el punto de vista económico y del empleo. Se considera que en la Unión hay grandes reservas de hidrocarburos no convencionales, principalmente de gas de esquisto, aunque hay cierta incertidumbre sobre la parte económicamente recuperable de esos recursos. Además, debería de producirse una clara «apuesta» de la Unión en relación con esta fuente energética, para hacerla despegar y después desarrollarse (pues se calcula en el 3% la participación del gas no convencional en la combinación energética de Unión, desde ahora hasta 2030), ya que su decidida apuesta por las energías renovables y la eficiencia energética no incluye por ahora el gas no convencional sobre la base de que la competencia en la materia corresponde a los Estados Miembros(14), aunque la Comisión y el Consejo Europeo lo tienen en cuenta.

Por su parte, en relación con España, dada nuestra importante dependencia exterior de los combustibles fósiles, hay que señalar que el posible descubrimiento y explotación de yacimientos de gas, y de petróleo, no convencional(15) tendría un importante efecto económico y en el empleo(16), y además aumentaría nuestra seguridad energética. No obstante, y dados los plazos que se manejan, sería necesaria una política decidida en relación con las políticas de exploración y explotación de estos yacimientos, que debería comenzar a plantearse de forma inmediata, para lo cual deberían despejarse algunas ambigüedades normativas (provocadas por los problemas planteados por actitudes prohibitivas de algunas Comunidades Autónomas) y de otro tipo (principalmente de carácter económico, ambiental y social).

Sin embargo, a pesar de estas perspectivas tan positivas, la obtención de gas de esquisto mediante fracturación hidráulica tiene algunos problemas e inconvenientes

---

(13) BUCHAN, D., Can shale gas transform Europe's energy landscape?, Centre for European Reform, United Kingdom, July 2013; CONSEJO SUPERIOR DE COLEGIOS DE INGENIEROS DE MINAS, Gas no convencional en España, una oportunidad de futuro, *cit.*, pp. 27-41; EUROPEAN COMMISSION (DG Environment), Macroeconomic impacts of shale gas extraction in the EU, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg, March 2014; GALLEGO VALDUEZA, E., «Desafíos y oportunidades para la explotación del gas no convencional en Europa. Una visión desde la perspectiva de la experiencia norteamericana», *Economía Industrial*, n.º 390/2013, pp. 67-72; GARCÍA PORTERO, J., «El gas natural no convencional. El gas natural como energía puente entre el presente energético y el deseable futuro sostenible», *op. cit.*, pp. 26-31; NONAY DOMINGO, M.ª. T., «El papel del gas no convencional en el mix energético futuro y el caso del shale gas en Estados Unidos», *Cuadernos de Energía*, n.º 32/2011, pp. 107-111; ZENIEWSKI, P., GRACCEVA, F., Y ERIKSSON, A., «Gas no convencional en Europa consecuencias e incertidumbres», *Cuadernos de Energía*, n.º 38/2013, pp. 94-101.

(14) Así, p. ej., Francia ha prohibido estas operaciones, y revocado los permisos concedidos, por Ley n.º 2011-835, de 13 de Julio de 2011 (Diario Oficial de la República Francesa del 14), avalada por la Decisión del Consejo Constitucional n.º 2013-346 QPC de 11 de Octubre de 2013; y también las ha prohibido Bulgaria. Por su parte, Polonia, Reino Unido y Rumanía las apoyan claramente. Sobre la Ley francesa, ver MOREU CARBONELL, E., «Marco jurídico de la extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (fracking)», *Revista catalana de Derecho Ambiental*, Vol. III, n.º 2/2012, pp. 1-43 (las referencias en pp. 16-25), y en general SÁNDEZ ARANA, J. D., Estudio de la regulación jurídica del fracking en el sistema de la Unión Europea», Trabajo Final (TFM) del Máster en Derecho y Medio Ambiente, Tutora: Dra. R. GILES CARNERO, Universidad Internacional de Andalucía-Universidad de Huelva, Curso 2013-2014, pp. 82-105.

(15) ACIEP-GESELL, Evaluación preliminar de los recursos prospectivos de hidrocarburos convencionales y no convencionales en España, 14 de Marzo de 2013.

(16) DELOITTE-ACEIP, Análisis del impacto del desarrollo de la exploración y producción de hidrocarburos en la economía española, Madrid, Febrero de 2014.

medioambientales(17), que son los que generan el debate actual alrededor de esta técnica y la revolución que está suponiendo, incluyendo desde su total prohibición hasta su regulación con normas nuevas y específicas o la aplicación de la normativa existente, con cambios o sin ellos, y que ahora se produce en la Unión Europea y en España, al igual que hace años en los Estados Unidos(18).

La incidencia ambiental de la extracción de gas de esquisto mediante fracturación hidráulica se produce porque se emplean volúmenes importantes de agua. En Estados Unidos(19) se calcula que el agua utilizada en las mismas supone el 1% del consumo total, aunque se están realizando ya operaciones más focalizadas con menos uso de agua, se reutiliza el agua de retorno y se han comenzado a utilizar aguas salobres en las mismas, si bien su uso puede tener otros efectos.

Asimismo, otro de los problemas es el riesgo de contaminación de las aguas superficiales y subterráneas, por las sustancias químicas utilizadas en el proceso de

(17) En relación con los efectos ambientales, y teniendo en cuenta los datos concretos que aportan, ver CONSEJO SUPERIOR DE COLEGIOS DE INGENIEROS DE MINAS, Gas no convencional en España, una oportunidad de futuro, *cit.*, pp. 97-122; EUROPEAN COMMISSION (DG Environment)-AEA TECHNOLOGY, Support to the identification of potential risks for the environment and human health arising from hydrocarbons operations involving hydraulic fracturing in Europe, 10 August 2012; EUROPEAN COMMISSION (Joint Research Centre-Institute for Environment and Sustainability)-KAVALOV, B., PELLETIER, N., Shale Gas for Europe-Main Environmental and Social Considerations, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2012; GARCÍA PORTERO, J., «El gas natural no convencional. El gas natural como energía puente entre el presente energético y el deseable futuro sostenible», *op. cit.*, pp. 18-26, e «Hidrocarburos no convencionales. Conceptos básicos, historia, potencialidad y situación actual», II, Tierra y Tecnología, n.º 42/2012, pp. 15-22; MOONEY, Ch., «Los inconvenientes de la fracturación hidráulica», Investigación y Ciencia, n.º 424/2012, pp. 82-87; MOREU CARBONELL, E., «Marco jurídico de la extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (fracking)», Revista catalana de Derecho Ambiental, Vol. III, n.º 2/2012, pp. 1-43; NSOLO MAYÉ, Á. L., Evaluación ambiental de las tecnologías de recuperación de gas en formaciones no convencionales, Proyecto de Fin de Carrera, Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Minas y Energía (Universidad Politécnica de Madrid), Marzo de 2013; PARLAMENTO EUROPEO (DG de Políticas Interiores-Departamento Temático de Política Económica y Científica)-VARIOS AUTORES, Repercusiones de la extracción de gas y petróleo de esquisto en el medio ambiente y la salud humana, IP/A/ENVI/ST/2011-07, PE 464.425, Junio de 2011, y SÁNDEZ ARANA, J. D., Estudio de la regulación jurídica del fracking en el sistema de la Unión Europea, *op. cit.*, pp. 34-45. En relación con el impacto territorial, *vid.* MATESANZ CAPARROZ, J., Repercusiones territoriales de la fractura hidráulica o «fracking» en Cantabria, Burgos y Palencia. Los Permisos de Investigación Bezana y Bigüenzo, *op. cit.*, pp. 80-85, y NAVARRO VÁZQUEZ, D., «El fracking y afectaciones territoriales», Diario ABC de 31 de Julio de 2014, p. 14. Desde sus conocidas posiciones, ver COMISIONES OBRERAS, Impacto ambiental del sistema de fracturación hidráulica para la extracción de gas no convencional, Madrid, Enero de 2012, y ECOLOGISTAS EN ACCIÓN, La ruina de la fractura hidráulica. Informe energético, Madrid, Mayo de 2013.

(18) En general, ver la excelente obra de BAKER & MCKENZIE (Global Law Firm-Chicago, USA), Shale Gas, an International Guide, 1st. edition, edited by Olympe Bory and Michael Herington, 23 January 2014. Sobre la legislación americana en la materia, ver APPLE, B. E., «Mapping fracking: an analysis of law, power and regional distribution in the United States», Harvard Environmental Law Review, Vol. 38-2014, p. 217-244; BAKER & MCKENZIE (Global Law Firm-Chicago, USA), Global environment. Shale Gas-Environmental Law and Regulation, November 2012; KULANDER, Ch. S., «Shale Oil and Gas State Regulatory Issues and Trends», Case Western Reserve Law Review (Case Western Reserve University, Cleveland, Ohio, USA), n. 4-2013, p. 1101-1141; RICHARDSON, N., GOTTLIEB, M., KRUPNICK, A., and WISEMAN, H., «The State of State Shale Gas Regulation», Resources For the Future-RFF-Report, June 2013, y SÁNDEZ ARANA, J. D., Estudio de la regulación jurídica del fracking en el sistema de la Unión Europea, *op. cit.*, pp. 22-29.

(19) La Agencia de Protección Ambiental de los Estados Unidos se encuentra realizando, a petición del Congreso, un estudio sobre el impacto de estas operaciones en el agua que, sobre la base del informe de situación de 2012, ha de terminar y presentar en 2014 [<http://www2.epa.gov/hfstudy>] (Todos los enlaces electrónicos se han consultado entre Junio y Septiembre de 2014).

fracturación hidráulica (20), siendo posible que las aguas subterráneas pueden verse afectadas en caso de fugas, debido al mal diseño o entubado del pozo, por fracturas inducidas no controladas o a causa de fallas existentes o pozos abandonados. No obstante, salvo estos problemas de gestión inadecuada de las operaciones, no es fácil tal proceso de contaminación, y menos aún de las aguas superficiales. Por otra parte, las aguas residuales deben tratarse debidamente, aunque en explotaciones grandes las mismas debidamente tratadas se utilizan para sucesivas operaciones, reinyectándolas. Además, los aditivos químicos utilizados han de ser los definidos, autorizados y regulados en la correspondiente normativa (como, en la UE, el Reglamento REACH sobre gestión de sustancias químicas de 2006) y tienen carácter público (en Estados Unidos desde 2012, mediante la iniciativa FracFocus Chemical Disclosure Registry) (21).

Asimismo, se mantiene que las operaciones de fracturación provocan una sismicidad inducida, si bien hay que distinguir los microsismos provocados por la propia fractura de la roca madre, que son imperceptibles, de aquellos otros de baja intensidad provocados por las operaciones en zonas con fallas sometidas previamente a esfuerzos, y que sí pueden ser perceptibles, pero no importantes (como los ocurridos en Blackpool, Reino Unido, en 2011, que oscilaron entre 1'5 y 2'3 en la escala de Richter); aunque algunas medidas preventivas sí deben adoptarse (como monitorizar las zonas de operaciones, evitar inyecciones en zonas con fallas activas, etc.).

Por otra parte, otro de los riesgos potenciales son las emisiones incontroladas de gases, principalmente de metano, que pueden producirse en la apertura del pozo después de la fractura, durante la limpieza de los fluidos de retorno, durante el tratamiento del gas en la planta de proceso o en las estaciones de comprensión, o en las operaciones en el subsuelo, por problemas en la estanqueidad del pozo o por una fractura incontrolada; si bien, los sistemas de control son más exhaustivos que los utilizados en minería de carbón, p. ej., y las mismas no son superiores a las derivadas de operaciones de gas convencional.

Finalmente, quizás el problema ambiental que causa mayor debate sea la incidencia en el suelo y en el paisaje, debido al considerable número de pozos que son necesarios para explotar un yacimiento; si bien una vez finalizadas las operaciones en el yacimiento o en determinados pozos del mismo, deben naturalmente restaurarse de acuerdo con las normativa en la materia. Por otra parte, además se produce una afectación al suelo derivada de las propias plataformas, instalaciones, balsas y por el transporte de propio gas.

Así pues, la obtención de gas de esquisto no supone, en principio, un peligro ni un riesgo para los seres humanos y el medio ambiente mayor del que pueden suponer el petróleo y el gas convencionales u otras actividades industriales complejas, naturalmente siempre que las operaciones del gas no convencional se hagan respetando la normativa reguladora y las buenas prácticas aplicables; debiendo tenerse en cuenta que las innovaciones tecnológicas han avanzado mucho en las mismas. Por otra parte,

---

(20) La Agencia federal americana de Protección Ambiental ha sometido a información pública la futura regulación relativa a la información que debe proporcionarse en relación con su uso, en el marco de la Ley de Control de Sustancias Tóxicas [<http://www2.epa.gov/hydraulicfracturing#improving> y <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2014-05-19/pdf/2014-11501.pdf>].

(21) Ver su enlace electrónico: <http://fracfocus.org/hydraulic-fracturing-process>

una parte importante de estos problemas pueden disminuirse con una adecuada política de transparencia pública en todas las actuaciones relativas a estas operaciones, en línea con las últimas normas en esta materia, tanto en Europa como en Estados Unidos.

#### **IV. Régimen de la unión europea aplicable a la exploración y obtención de gas no convencional mediante fractura hidráulica**

##### **A) DOCUMENTOS ESTRATÉGICOS Y TEXTOS NO OBLIGATORIOS**

El hecho de que estas acciones se estén desarrollando de forma importante desde hace pocas décadas y casi exclusivamente en los Estados Unidos, junto a que no hubiera prácticamente datos sobre las posibles reservas, ha traído consigo que la Unión Europea (22), que lleva desarrollando una trascendental política energética (estrechamente vinculada al clima) (23), se haya preocupado del gas natural, pero casi nada del gas no convencional, y esto desde hace pocos años.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que las competencias en la materia las ostentan los Estados Miembros (arts. 194-2.º y 192-2.º, c, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Aunque no existe en la Unión ninguna disposición que de forma específica y completa regule las actividades relacionadas con el gas de esquisto, no se puede mantener que las mismas no tengan regulación europea, ya que naturalmente se han de aplicar, desde su planificación hasta su cese, un buen número de normas, de carácter general y horizontal, principalmente en materia medioambiental. Por otra parte, se han elaborado diversos estudios en la materia, encargados por Instituciones europeas, y se han adoptado algunos textos no vinculantes, pero muy importantes, que no excluyen que en el futuro se regule esta actividad específicamente (24).

(22) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Aportaciones jurídicas al debate sobre la obtención de gas no convencional mediante fractura hidráulica», *Diario La Ley* (Grupo Wolters Kluwer), n.º 8336, de 19 de Junio de 2014, pp. 8-16, y SÁNCHEZ ARANA, J. D., *Estudio de la regulación jurídica del fracking en el sistema de la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 47-79, y *La fracturación hidráulica en la UE: estado de la cuestión*, Doc. Marco - IEEE, n.º 18, 3.11.2014.

(23) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Energía y Medio Ambiente: Derecho Comunitario y Derecho Interno», *Revista de Derecho Ambiental*, n.º 9/1992; «Normativa ambiental relativa al sector energético», *Noticias de la Comunidad Económica Europea*, n.º 101/1993; «Legislación Ambiental sobre Energía», en DOMÍNGUEZ GARRIDO, U. (Coord.), y otros, *Energías Renovables y Medio Ambiente*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1994; «Legislación Ambiental sobre Energía: Últimas referencias», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 133/1996, y «El régimen jurídico de las energías renovables», en DOMÍNGUEZ GARRIDO, U. (Coord.), *Energía y Medio Ambiente*, Ed. Universidad de Valladolid, Valladolid, 1996.

(24) Sobre la actividad normativa y de elaboración de otros textos en la materia de la Unión Europea, ver CONSEJO SUPERIOR DE COLEGIOS DE INGENIEROS DE MINAS, *Gas no convencional en España, una oportunidad de futuro*, *cit.*; EUROPEAN COMMISSION-ENERGY DG, *Final report on unconventional gas in Europe*, prepared by the Law Firm Philippe & Partners, Brussels, 8 November 2011; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Aportaciones jurídicas al debate sobre la obtención de gas no convencional mediante fractura hidráulica», *op. cit.*; MOREU CARBONELL, E., «Marco jurídico de la extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (fracking)», obra citada, y PARLAMENTO EUROPEO (Dirección General de Políticas Interiores-Departamento Temático de Política Económica y Científica)-VARIOS AUTORES, *Repercusiones de la extracción de gas y petróleo de esquisto en el medio ambiente y la salud humana*, IP/A/ENVI/ST/2011-07, PE 464.425, Junio-Noviembre de 2011,



Sin perjuicio de que en los diversos documentos en materia energética adoptados por las Instituciones se haga referencia al gas, se puede mantener que el gas no convencional se menciona por primera vez en la Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de Noviembre de 2010, sobre una nueva estrategia energética para Europa 2011-2020 [P7\_TA (2010) 0441], relativa al documento de evaluación de la Comisión «Hacia una nueva estrategia energética para Europa 2011-2020», publicado el 7 de Mayo de 2010.

A continuación, en 2011 la cuestión aparece al elaborar la Comisión primero una «Guía sobre la aplicación de la Directiva 85/337/CEE a los proyectos de exploración y explotación de hidrocarburos no convencionales», de 12 de Diciembre de 2011 [Ref. ARES (2011) 1339393], y después una «Nota sobre el marco legal europeo en materia de medio ambiente en relación con los proyectos de shale gas», de 22 de Diciembre [Ref. ARES (2011) 1404216]. Además, el Parlamento Europeo encargó un estudio sobre la incidencia de la extracción de gas y petróleo de esquisto en el medio ambiente y la salud humana, que se presentó en Junio y se finalizó en Noviembre (25), y la Comisión presentó la Comunicación titulada «Hoja de Ruta de la Energía para 2050» [COM (2011) 885 final, Bruselas, 15.12.2011], en la que destaca la importancia de este gas.

El 27 de Enero de 2012, la Comisión publicó un estudio (26) sobre la concesión de licencias y los procedimientos de autorización para proyectos de gas de esquisto, en base a una muestra de cuatro Estados Miembros (Francia, Alemania, Polonia y Suecia), y otro que proporciona una visión general del desarrollo de gas de esquisto en Estados Unidos, haciendo hincapié en los aspectos ambientales y sociales, y evalúa las implicaciones en la Unión Europea (27). Poco después, el 7 de Septiembre de 2012, la Comisión publicó otros tres estudios sobre los efectos potenciales de estos combustibles fósiles no convencionales en los mercados de la energía (28), el impacto climático potencial de producción de gas de esquisto (29) y los riesgos potenciales que el desarrollo de este gas y la técnica de fracturación hidráulica puede presentar para la salud humana y el medio ambiente (30).

Seguidamente, el Parlamento Europeo adoptó dos Resoluciones de 21 de Noviembre de 2012, sobre las repercusiones medioambientales de la extracción de gas

---

(25) PARLAMENTO EUROPEO (Dirección General de Políticas Interiores-Departamento Temático de Política Económica y Científica)-VARIOS AUTORES, Repercusiones de la extracción de gas y petróleo de esquisto en el medio ambiente y la salud humana, obra citada.

(26) EUROPEAN COMMISSION-ENERGY DG, Final report on unconventional gas in Europe, prepared by the Law Firm Philippe & Partners, Brussels, 8 November 2011.

(27) EUROPEAN COMMISSION (Joint Research Centre-Institute for Environment and Sustainability)-KAVALOV, B., PELLETIER, N., Shale Gas for Europe-Main Environmental and Social Considerations. A literature review, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2012.

(28) EUROPEAN COMMISSION (Joint Research Centre-Institute for Energy and Transport), Unconventional Gas: Potential Market Impacts in the European Union, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2012.

(29) EUROPEAN COMMISSION-DG CLIMA, Climate impact of potential shale gas production in the EU. Final report, prepared by AEA Technology plc, 30 July 2012.

(30) EUROPEAN COMMISSION-DG ENVIRONMENT, Support to the identification of potential risks for the environment and human health arising from hydrocarbons operations involving hydraulic fracturing in Europe, prepared by AEA Technology plc, 10 August 2012.

y petróleo de esquisto [P7\_TA (2012) 0443] y sobre los aspectos industriales, energéticos y otros del gas y del petróleo de esquisto [P7\_TA (2012) 0444].

Posteriormente, el Consejo Europeo de 22 de Mayo de 2013 (Conclusiones, doc. EUCO 75/1/13-REV 1, Bruselas, 23.5.2013) mantiene que continua siendo crucial intensificar la diversificación del abastecimiento de energía en Europa y desarrollar recursos energéticos autóctonos para garantizar la seguridad del abastecimiento, reducir la dependencia energética externa de la UE y estimular el crecimiento económico(31), asumiendo que la Comisión va a evaluar un recurso más sistemático a fuentes de energía autóctonas, respetando la elección de cada Estado Miembro en materia energética.

Por otra parte, la Comisión organizó entre Diciembre de 2012 y Marzo de 2013 una encuesta sobre los combustibles fósiles no convencionales, cuyos resultados (con un ligero porcentaje contrario a los mismos) se publicaron en Octubre, y el Comité de las Regiones adoptó, el 9 de Octubre de 2013, un Dictamen de iniciativa sobre «Perspectiva de los entes locales y regionales respecto del gas y el petróleo de esquisto/estáticos (hidrocarburos no convencionales)» (DOUE C 356, 5.12.2013), de contenido crítico.

Además, desde un punto de vista general, la Comisión ha aprobado la Comunicación «Un marco estratégico en materia de clima y energía para el periodo 2020-2030» [COM (2014) 15 final, Bruselas, 22.1.2014], que insiste en la necesidad de mejorar la seguridad energética europea, para lo que propone seguir explotando fuentes de energía autóctonas sostenibles (fuentes de energía renovables, reservas nacionales de combustibles fósiles convencionales y no convencionales, principalmente gas natural, y energía nuclear), según la elección de los Estados Miembros, y estimando que, cuando se exploten fuentes autóctonas, se deberá respetar el marco de la legislación europea; anunciando que la Comisión ha adoptado un marco para la explotación segura y estable desde el punto de vista medioambiental del gas de esquisto.

En respuesta al debate producido y a los textos y solicitudes anteriores, la Comisión ha aceptado desarrollar un marco para la extracción segura y protegida de hidrocarburos no convencionales en la Unión, para lo que ha presentado, el 22 de Enero de 2014, la Comunicación sobre «La exploración y producción hidrocarburos (como el gas de esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen en la UE» [COM (2014) 23 final, Bruselas, 22.1.2014, acompañada de la correspondiente evaluación de impacto SWD (2014) 22 final; la cual fue reelaborada para corrección de errores en COM (2014) 23 final/2, Bruselas, 17.3.2014], y ha aprobado la Recomendación 2014/70/UE, de 22 de Enero de 2014, relativa a unos principios mínimos para la exploración y producción de hidrocarburos (como el gas de esquisto) utilizando la fracturación hidráulica de alto volumen (DOUE L 39, 8.2.2014), con la que pretende apoyar a los Estados Miembros a la hora de garantizar la protección del medio ambiente, el uso eficiente de los recursos y la información del público, y para que, al mismo tiempo, aquellos que así lo deseen puedan materializar los beneficios potenciales en términos de seguridad energética y competitividad. Además, la Comisión estima que la legislación actual es plenamente aplicable y, por ahora, suficiente para regular de forma apropiada las operaciones de exploración y producción de gas de esquisto,

---

(31) En relación con la situación actual del gas de esquisto en Europa, ver MUSIALSKI, C., ALTMANN, M., LECHTENBÖHMER, S., and ZITTEL, W. (eds.), *Shale Gas in Europe: A Multidisciplinary Analysis with a Focus on European Specificities*, Claeys & Casteels Publishing, Deventer (The Netherlands)-Heverlee (Belgium), 2013.

En concreto, la Recomendación 2014/70/UE invita a los Estados Miembros a velar porque se realice una evaluación ambiental estratégica antes de autorizar actividades de exploración y/o producción de hidrocarburos en las que se prevea que se aplique la fracturación hidráulica de alto volumen (puntos 3-1.º y 4.º); se establezcan normas claras sobre posibles restricciones de las actividades, distancias mínimas entre las operaciones y zonas residenciales y zonas de protección de aguas, así como limitaciones en relación con la profundidad mínima entre la superficie a fracturar y las aguas subterráneas (punto 3-2.º); se realice una evaluación de impacto ambiental de tales actividades, con participación de la población (puntos 3-3.º y 4.º); se garantice la plena coordinación de las condiciones y los procedimientos para la obtención de las correspondientes autorizaciones (punto 4); se garantice la idoneidad de la formación geológica de los emplazamientos para tales operaciones, y se realicen una caracterización y una evaluación de riesgos específicos (punto 5); se realice un informe sobre la situación de referencia (en relación con el estado medioambiental), que sirva de comparación en el seguimiento posterior o en caso de incidente (punto 6); la instalación esté construida de manera que impida las posibles fugas a la superficie y los derrames (punto 7); los operadores apliquen un planteamiento integrado al desarrollo de una zona de producción para prevenir y reducir los impactos y riesgos sanitarios y ambientales, y que, antes de comenzar la producción, se hayan establecido las condiciones adecuadas para el mantenimiento de la instalación (punto 8); los operadores utilicen las mejores técnicas disponibles, así como las buenas prácticas de la industria para prevenir, gestionar y reducir los impactos y los riesgos (punto 9); se minimice el uso de sustancias químicas en la fracturación, y que no sean peligrosas, y se informe a la población sobre la composición del fluido utilizado (puntos 10 y 15); los operadores realicen un seguimiento periódico de la instalación, de la superficie circundante y del subsuelo que puedan verse afectados (punto 11); se aplique la legislación en materia de responsabilidad medioambiental y el operador preste la correspondiente garantía financiera o equivalente que cubra las posibles responsabilidades potenciales por daños ambientales (punto 12); se realice un estudio tras la clausura de cada instalación para comparar el estado ambiental del emplazamiento de la instalación, la superficie circundante y el subsuelo con el del inicio de las operaciones, descrito en el estudio de referencia (punto 14); las autoridades competentes dispongan de recursos humanos, técnicos y financieros adecuados para ejercer sus funciones (punto 13), y aquellos que hayan decidido explorar o explotar estos hidrocarburos apliquen los principios señalados en la Recomendación antes del 28 de Julio de 2014, e informen a la Comisión cada año, y la primera vez en Diciembre de 2014, de las medidas adoptadas en cumplimiento de la misma; procediendo la Comisión, 18 meses después, a la revisión de la misma, y, teniendo en cuenta lo anterior y los avances en las mejores técnicas disponibles, decidirá si resulta necesario presentar entonces propuestas legislativas con disposiciones jurídicamente vinculantes en la materia (punto 16).

No cabe duda que la Recomendación es un texto avanzado en la materia, al incluir todo lo necesario para que las operaciones de extracción de hidrocarburos no convencionales se realicen con total seguridad y sin riesgos para el medio ambiente ni para la salud humana; pero como hemos señalado no tiene carácter jurídicamente vinculante.

Sin embargo, lo anterior no nos debe hacer creer que la Unión Europea no tiene legislación aplicable a tales operaciones, pues efectivamente la tiene, si bien son muchas normas generales o ambientales (de hecho, un gran parte del contenido de la Recomendación proviene de esas normas), y no una norma exclusivamente dirigida a

regular dichas operaciones (aunque esta opción legislativa es perfectamente posible, como prevé la propia Comisión al comprometerse, si se estimara necesario, a elaborarla más adelante).

## B) NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA APLICABLE

No existiendo aún una norma general y global sobre la actividad extractiva en la Unión(32), la más específica en materia de hidrocarburos es la Directiva 94/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de Mayo de 1994, sobre las condiciones para la concesión y el ejercicio de las autorizaciones de prospección, exploración y producción de hidrocarburos (DOCE L 164, 30.6.1994), aunque tiene un carácter administrativo, al regular dichas concesiones y autorizaciones, estando destinada a fortalecer el mercado interior. Asimismo, debe citarse, si bien es más concreta, la Directiva 2006/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de Marzo de 2006, sobre la gestión de los residuos de industrias extractivas (DOCE L 102, 11.4.2006), modificada en 2009. Además, con un carácter más general, también se aplica la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de Noviembre de 2008, relativa a los residuos (DOCE L 312, 22.11.2008). Por último, en este mismo ámbito deben tenerse en cuenta también las Directivas 1992/104/CEE y 1992/91/CEE en materia de equipos de trabajo y sobre seguridad y salud de los trabajadores en las industrias extractivas, y otras de carácter general en esta materia.

En relación con la protección del agua, esencial para las operaciones de fracturación y que generan reflujos con los restos de sustancias químicas que asimismo se utilizan en tales operaciones, debe citarse en primer término la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de Octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (DOCE L 327, 22.12.2000), modificada por última vez en 2013, y la Directiva 2006/118/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de Diciembre de 2006, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro (DOCE L 372, 27.12.2006).

El tercer grupo normativo aplicable es la legislación sobre sustancias químicas, de especial importancia, y con cierta polémica, para la técnica de la fracturación hidráulica. El texto clave es el Reglamento (CE) n.º 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos (REACH) y por el que se crea la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos (DOCE L 396, 30.12.2006)(33), modificado por última vez en 2013, que crea un sistema integrado de registro, evaluación, autorización y restricción de sustancias y preparados químicos, obligando a las empresas que las fabrican e importan a evaluar los riesgos derivados

---

(32) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Aportaciones jurídicas al debate sobre la obtención de gas no convencional mediante fractura hidráulica», *op. cit.*, SÁNCHEZ ARANA, J. D., Estudio de la regulación jurídica del fracking en el sistema de la Unión Europea, *op. cit.*, pp. 67-79.

(33) EUROPEAN COMMISSION (Joint Research Centre)-GOTTARDO, S., AMENTA, V., MECH, A., and SOKULL-KLÜTTGEN, B., Assessment of the use of substances in hydraulic fracturing of shale gas reservoirs under REACH, Publications Office of the European Union, Luxembourg, September 2013.

de su uso y a adoptar las medidas necesarias para gestionar cualquier riesgo. Además, debe tenerse en cuenta alguna norma más específica, como la relativa a los biocidas, de 1998.

En cuarto lugar, debe tenerse en cuenta también la Directiva 96/82/CE del Consejo, de 9 de Diciembre de 1996, relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas (DOCE L 10, 14.1.1997), que será derogada y sustituida a partir de 1 de Junio de 2015 por la Directiva 2012/18/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de Julio de 2012, relativa al control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas (DOUE L 197, 24.7.2012), que se aplica a los establecimientos que usen determinadas sustancias, entre ellas algunas utilizadas en la fracturación.

En relación con las actividades relacionadas con el petróleo y el gas mar adentro debe resaltarse la modernidad y el carácter completo de la Directiva 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de Junio de 2013 (DOUE L 178, 28.6.2013), que se aplica a las operaciones relacionadas con el petróleo y el gas mar adentro, y establece el régimen para prevenir accidentes graves.

Finalmente, deben destacarse las normas ambientales que específicamente se aplican a estas operaciones de exploración y extracción de gas de esquisto mediante fractura hidráulica. En primer término, la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de Junio de 2001, relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (DOCE L 197, 21.7.2001), que somete a evaluación ambiental, entre otros, a los planes que se elaboren en materia de energía, y, por tanto, también aquellos que se refieran al gas no convencional.

Por otra parte, la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de Diciembre de 2011, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (DOUE L 26, 28.1.2012) somete a evaluación de impacto ambiental, de forma obligatoria, entre otras, las refinerías de petróleo bruto (con exclusión de las empresas que fabrican únicamente lubricante a partir de petróleo bruto) e instalaciones de gasificación y de licuefacción de al menos 500 Tm de carbón o de pizarra bituminosa al día y la extracción de petróleo y gas natural con fines comerciales cuando la cantidad extraída sea superior a 500 toneladas por día en el caso del petróleo y a 500 000 m<sup>3</sup> por día en el caso del gas (art. 4-1.º y Anexo I-1.º y 14.º), y además, también entre otras, las perforaciones profundas y las instalaciones industriales en el exterior para la extracción de carbón, petróleo, gas natural y minerales, y también pizarras bituminosas, se someterán a evaluación de impacto ambiental cuando lo determinen los Estados Miembros mediante un estudio caso por caso o mediante umbrales o criterios establecidos por los mismos y el almacenamiento de gas natural sobre el terreno (art. 4-2.º y Anexo II-2.º-d y e, y 3.º c). El problema, y la correspondiente crítica (34), radica en que únicamente se exige la evaluación de impacto ambiental para yacimientos que extraigan cantidades superiores a 500.000 m<sup>3</sup>/día en el

---

(34) MOREU CARBONELL, E., «Marco jurídico de la extracción de hidrocarburos mediante fractura hidráulica (fracking)», *op. cit.*, p. 14. Cuestión sobre la que ya llamaron la atención el informe del Parlamento Europeo Repercusiones de la extracción de gas y petróleo de esquisto en el medio ambiente y la salud humana, de Junio-Noviembre de 2011, y la Comisión en su Nota sobre el marco legal europeo en materia de medio ambiente en relación con los proyectos de shale gas, de 22 de Diciembre de 2011, citados. También, SÁNDEZ ARANA, J. D., Estudio de la regulación jurídica del fracking en el sistema de la Unión Europea, *op. cit.*, pp. 71-74.

caso del gas, con lo que, siendo menores las cantidades obtenidas en los yacimientos no convencionales, no han de someterse a evaluación de impacto ambiental. Tal problema hubiera podido resolverse de forma adecuada, al reformarse la Directiva EIA mediante la Directiva 2014/52/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de Abril de 2014 (DOUE L 124, 25.4.2014), pero ésta no menciona la cuestión y los Anexos no se han modificado, con lo que quedan las cosas como estaban.

Asimismo, son aplicables, en su caso, las normas en materia de protección de la naturaleza, principalmente las Directivas de hábitats naturales de 1992 y de conservación de las aves silvestres de 2009.

## V. La regulación de la obtención de gas no convencional mediante fractura hidráulica en España

La situación normativa de la Unión Europea es perfectamente aplicable a España(35), ya que la legislación en vigor en materia de exploración y extracción de gas no convencional es anterior a su aparición en el marco energético actual; aunque también algunas de las normas, sectoriales o ambientales, han de aplicarse plenamente, mientras no se elabore, en su caso, y si se estima necesario, una normativa específica. No obstante, en materia de evaluación ambiental, la nueva Ley de 2013, como veremos, ya tiene en cuenta tales operaciones, y las somete a evaluación ambiental.

### A) LA DISTRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN LA MATERIA Y LA INNEGABLE COMPETENCIA DEL ESTADO: LAS SsTC 106 Y 134/2014

La Constitución Española otorga al Estado la competencia exclusiva en materia de «Bases de régimen minero y energético» (art. 149-1.º, 25.ª)(36). El concepto de legis-

(35) En general, sobre la situación y la legislación española, ver FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Aportaciones jurídicas al debate sobre la obtención de gas no convencional mediante fractura hidráulica», *op. cit.*, y SÁNCHEZ ARANA, J. D., Estudio de la regulación jurídica del fracking en el sistema de la Unión Europea, *op. cit.*, pp. 107-125.

(36) En general, ver BACIGALUPO SAGGESE, M., y TABOADA ABADÍAS, R., «La intervención de la Administración en la energía», en LINDE PANIAGUA, E. (Dir.), y otros, Parte Especial del Derecho Administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad, 2.ª ed., Ed. Colex, Madrid, 2012, pp. 781-858; CONGRESO DE LOS DIPUTADOS (Secretaría General), Sector Petrolero, Documentación n.º 99, Madrid, Julio de 1992; DEL GUAYO CASTIELLA, Í., El servicio público del gas. Producción, transporte y suministro, Ed. M. Pons, Madrid, 1992, y «Tratado de Derecho del Gas Natural», Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010; NAVARRO RODRÍGUEZ, P., «Distribución de competencias en materia de energía en España; pluralidad de Administraciones competentes», Actualidad Administrativa, n.º 19-20/2012, pp. 2118-2129; SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. M., La regulación del sector del gas natural, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006; TORNOS MAS, J., «La distribución de competencias en el sector energético», en MUÑOZ MACHADO, S., SERRANO GONZÁLEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, M. (Dir.), y otros, Derecho de la Regulación Económica. III. Sector Energético, Tomo I, Ed. Iustel-Comisión Nacional de la Energía-Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009, pp. 53-77, y especialmente PÉREZ DE AYALA, L., y ANTÓN VEGA, D. «Sobre la constitucionalidad de un Anteproyecto de ley autonómica que contempla la prohibición absoluta de la actividad de extracción de gas no convencional en el territorio de una Comunidad Autónoma», en RECUERDA GIRELA, M. Á. (Coord.), y otros, Problemas prácticos y actualidad del Derecho Administrativo. Anuario 2014, Ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 331-371, y LÓPEZ RAMÓN, F., «Introducción general: en la polémica del fracking», en LÓPEZ RAMÓN, F. (Coord.), y otros, Observatorio de Políticas Ambientales 2014, Ed. CIEDA-CIEMAT-ECODES-Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 49-57.

lación o normativa básica incluye una acepción material (SsTC 170/1989, de 19 de Octubre, 102/1995, de 26 de Junio, 306/2000, de 12 de Diciembre, 166/2002, de 18 de Septiembre, y 146/2013, de 11 de Julio) y otra formal (SsTC 149/1991, de 4 de Julio, y 102/1995, de 26 de Junio, remitiéndose a la STC 329/1993, de 12 de Noviembre). Mediante la legislación básica, pues, el Estado establece un tratamiento común con independencia de la parte del territorio español en el que se quiera realizar un determinada actividad; siendo dicha normativa de aplicación en toda España, tal como señalan con claridad, en unos asuntos sobre la competencia nacional en materia de hidrocarburos (en concreto, petróleo), las SsTC 24/1985, de 21 de Febrero, y 197/1996, de 28 de Noviembre. Por otra parte, a la misma conclusión llegan, teniendo en cuenta las competencias del Estado en materia de planificación general de la actividad económica y en materia minera y energética, las SsTC 223/2000, de 21 de Septiembre (sobre distribución de gases licuados de petróleo), 18/2011, de 3 de marzo (sobre el sector eléctrico) y 135/2012, de 19 de Junio (sobre el sector de hidrocarburos), y la STS de 10 de Octubre de 2012 (Rec. n.º 76/2011), sobre la producción de energía eléctrica en régimen especial. Por lo tanto, de acuerdo con esta doctrina, parecía claro que no era posible constitucionalmente que alguna Comunidad Autónoma pudiera incumplir la legislación básica del Estado, sortearla u obviarla, y mucho menos prohibir algo que competencialmente no le correspondía, pues la prohibición de una actividad económica únicamente le correspondería adoptarla, en su caso, al Estado, al incidir la medida regional prohibitiva sobre ambos títulos competenciales(37). De hecho, en relación con una medida prohibitiva de actividades mineras en determinados suelos, la STS de 3 de Noviembre de 2010 (Rec. n.º 5294/2007) ya tuvo ocasión de anular un instrumento de ordenación del territorio de carácter reglamentario por invadir, precisamente, las competencias del Estado en materia minera.

Aunque la doctrina anterior es suficientemente clara, asimismo debe tenerse en cuenta que el Estado ostenta la competencia exclusiva sobre la legislación básica en materia de medio ambiente (art. 149-1.º, 23.ª-CE); reforzando así el argumento anterior.

No obstante lo anterior, las Comunidades Autónomas de Cantabria, La Rioja y Navarra han aprobado leyes regionales prohibiendo en su territorio la técnica de fractura hidráulica en las operaciones de investigación y extracción de gas no convencional, las cuales, como era previsible y obvio, primero fueron suspendidas por el Tribunal Constitucional, una vez recurridas por el Estado, precisamente porque tales prohibiciones vacían a este de competencias en materia de hidrocarburos y porque el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de medio ambiente o urbanismo y ordenación del territorio no puede constitucionalmente impedir al Estado el ejercicio de las suyas, como las relativas a los ámbitos minero y energético, y después las dos primeras han sido declaradas inconstitucionales y nulas. Por su parte, la Comunidad catalana ha incluido la prohibición de uso de la técnica de fractura hidráulica en la explotación de recursos naturales en suelo no urbanizable, modificando su Ley de Urbanismo de 2010, aunque la conclusión es la misma, pues también impide al Estado el ejercicio de sus propias competencias en materia mi-

---

(37) Con claridad, antes de las SsTC de 2014, ya lo expresaban PÉREZ DE AYALA, L., y ANTÓN VEGA, D. «Sobre la constitucionalidad de un Anteproyecto de ley autonómica que contempla la prohibición absoluta de la actividad de extracción de gas no convencional en el territorio de una Comunidad Autónoma», *op. cit.*, pp. 335-336.

nera y energética tal como señala el Tribunal Constitucional con claridad, desde su Sentencia 77/1984, de 3 de Junio, hasta la Sentencia 94/2013, de 23 de Abril (38). Asimismo, y en relación con un asunto en materia energética, precisa lo mismo la STS de 8 de Octubre de 2010 (Rec. n.º 4722/2006).

Recurrida la Ley prohibitiva de Cantabria, la STC 106/2014, de 24 de Junio (39), entiendo que el Estado, de acuerdo con sus competencias constitucionales sobre las bases del sector energético y la legislación básica en materia ambiental, ha regulado el uso de la fractura hidráulica y su evaluación ambiental en 2013, como veremos, cumpliendo ambas normativas los requisitos para considerarlas constitucionalmente como básicas, y que una norma prohibitiva absoluta e incondicionada como la recurrida es contraria a las previsiones de la Constitución Española, al no poder ser adoptada por una Comunidad Autónoma, por lo que la declara inconstitucional y nula; reafirmando claramente la indudable competencia del Estado en la materia.

Seguidamente, menos de un mes después, la STC 134/2014 de 22 de Julio, declara inconstitucional y nula la Ley prohibitiva de La Rioja, con la misma doctrina que en la Sentencia anterior. Y, dada la claridad de la Constitución sobre las competencias del Estado en esta materia, como reafirma esta doctrina, las otras normas autonómicas seguirán el mismo camino, al ser sin duda inconstitucionales y nulas; y así la Ley navarra 30/2013, de 15 de Octubre, ha sido suspendida por el Tribunal Constitucional (Providencia del 9 de Septiembre de 2014, BOE del 13), una vez recurrida por el Gobierno de la Nación, y la Ley catalana ha sido recurrida por el Presidente del Gobierno (Consejo de Ministros de 24 de Octubre de 2014).

## B) LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA APLICABLE A LAS OPERACIONES DE EXPLORACIÓN Y EXTRACCIÓN DE GAS NO CONVENCIONAL

Al igual que en la Unión Europea, en España, salvo las previsiones en materia de evaluación ambiental, no hay una regulación específica y completa en relación con estas operaciones. No obstante, eso no significa que no haya normas aplicables en la materia, si bien, a excepción de la nueva Ley de Evaluación Ambiental y de la reforma de la Ley del Sector de Hidrocarburos de 2013, todas son anteriores a la época de expansión de tales procesos de exploración y extracción de gas no convencional.

(38) Cantabria: Ley 1/2013, de 15 de Abril (BOC del 25), suspendida por providencia del Tribunal Constitucional de 11 de Febrero de 2014 (BOE de 12), y anulada por STC 106/2014, de 24 de Junio; La Rioja: Ley 7/2013, de 21 de Junio (BOLR del 24), suspendida por providencia del TC de 8 de Abril de 2014 (BOE del 12), y anulada por STC 134/2014, de 22 de Julio; Navarra: Ley Foral 30/2013, de 15 de Octubre (BON del 28) y Acuerdo de la Junta de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Foral de Navarra en relación con dicha Ley, publicado en BOE de 27 de Enero de 2014; solicitándose por el Consejo de Ministros la interposición del recurso de inconstitucionalidad con fecha 24 de Julio de 2014. La prohibición catalana se incluye en el art. 167 de la Ley 2/2014, de 27 de Enero, de medidas Fiscales, Administrativas, Financieras y del Sector Público (DOGC del 30), que modifica el art. 47 de su Ley urbanística de 2010.

(39) FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «La STC de 24 de junio de 2014 sobre la prohibición autonómica de la fractura hidráulica (fracking) y la indudable reafirmación de las competencias del Estado», *Diario La Ley* (Grupo Wolters Kluwer), n.º 8358, 21 de Julio de 2014, pp. 9-13; BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «Fracking constitucional», *Diario Expansión* de 1 de Julio de 2014, y GARRIDO DE LAS HERAS, S. y VEGA, D. A., «El reparto de competencias en materia de hidrocarburos: la Sentencia del TC sobre el uso de la técnica de fracking», *Diario La Ley*, 17-octubre-2014, pp. 39-41.



En primer lugar, debemos mencionar la Ley 34/1998, de 7 de Octubre, del Sector de Hidrocarburos (BOE del 8) (40), modificada por última vez en 2014, cuyo objeto es regular el régimen jurídico de las actividades relativas a los hidrocarburos líquidos y gaseosos (no distinguiendo pues los convencionales y los no convencionales); incluyendo en su ámbito las actividades de exploración, investigación y explotación de yacimientos y de almacenamientos subterráneos de hidrocarburos, así como el comercio exterior, refino, transporte, almacenamiento y distribución de crudo de petróleo y productos petrolíferos, incluidos los gases licuados del petróleo, y la adquisición, producción, licuefacción, regasificación, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de combustibles gaseosos por canalización (art. 1-LSH).

La Ley regula la exploración, investigación y explotación de hidrocarburos; debiendo resaltarse que corresponde a la Administración General del Estado otorgar las autorizaciones de exploración y permisos de investigación, cuando afecte a más de una Comunidad Autónoma, y otorgar las concesiones de explotación, así como otorgar autorizaciones de exploración, permisos de investigación y concesiones de explotación en las zonas de subsuelo marino, y las autorizaciones de exploración y permisos de investigación cuando su ámbito comprenda a la vez zonas terrestres y del subsuelo marino. Además, el art. 9-5.º, añadido por Ley 17/2013, de 29 de Octubre (BOE del 30) (41), establece que «[e]n el desarrollo de los trabajos a ejecutar en el marco de los títulos señalados en este artículo podrán aplicarse métodos geofísicos y geoquímicos de prospección, perforación de sondeos verticales o desviados con eventual aplicación de técnicas habituales en la industria, entre ellas, la fracturación hidráulica, la estimulación de pozo así como técnicas de recuperación secundaria y aquéllos otros métodos aéreos, marinos o terrestres que resulten necesarios para su objeto»; precepto de carácter básico que permite claramente el uso de esta técnica, de acuerdo con la normativa correspondiente.

Entre los aspectos más resaltables relativos a estas operaciones, debemos mencionar el permiso de investigación, con cuya solicitud debe aportarse la documentación relativa al plan de investigación, que comprenderá el programa de trabajos, el plan de inversiones, las medidas de protección medioambientales y el plan de restauración, y la acreditación de constitución de la garantía, que responderá, entre otras cuestiones, de la posible restauración del área.

Finalmente, se regula la concesión de explotación de los yacimientos de hidrocarburos, a cuya solicitud debe acompañarse de una memoria técnica; el plan general de explotación, programa de inversiones, estudio de impacto ambiental y, en su caso, estimación de reservas recuperables y perfil de producción; el plan de desmantela-

---

(40) Sobre esta Ley y, más en general, sobre el sector gasista, ver DEL GUAYO CASTIELLA, Í., *Tratado de Derecho del Gas Natural*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2010; MUÑOZ MACHADO, S., SERRANO GONZÁLEZ, M., y BACIGALUPO SAGGESE, M. (Dir.), y otros, *Derecho de la Regulación Económica. III. Sector Energético*, Tomo II, Ed. Iustel-Comisión Nacional de la Energía-Fundación Instituto Universitario de Investigación José Ortega y Gasset, Madrid, 2009; SÁNCHEZ GUTIÉRREZ, M. M., *La regulación del sector del gas natural*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006; TARLEA, R., «El sector de hidrocarburos», en ALONSO TIMÓN, A. J. (Coord.), y otros, *Sectores regulados: Sector energético, Sector del transporte y Sector de las telecomunicaciones*, Ed. Dykinson, Madrid, 2014, pp. 129-164; VARIOS AUTORES, *Derecho de la Energía*, Ed. La Ley (Grupo Wolters Kluwer)-ENDESA, Las Rozas (Madrid), 2006, y VEGA LABELLA, J. I., y MELÓN MUÑOZ, A. (Dir. técnicos-coords.), y otros, *Energía, Memento Experto, Col. Sectores Regulados*, Tomo I, Ed. Francis y Taylor, Madrid, 2012.

(41) BLANQUE, L., y SORIANO, J. E., «La regulación del fracking en España», *Lupicinio Abogados Newsletter*, Noviembre de 2013.

miento y abandono de las instalaciones una vez finalizada la explotación del yacimiento o del almacenamiento subterráneo, así como recuperación del medio, y la acreditación de la correspondiente garantía. El Gobierno autorizará, previo informe de la Comunidad Autónoma afectada, el otorgamiento de la concesión de explotación de yacimientos de hidrocarburos o de almacenamientos subterráneos mediante Real Decreto, que fijará las bases del plan de explotación propuesto, el seguro de responsabilidad civil que ha de suscribir el titular de la concesión y la provisión económica de desmantelamiento de las instalaciones.

La LSH se remite en varias ocasiones al desarrollo reglamentario, que no se ha producido aún, por lo que continua en vigor, en lo que no se oponga a la Ley, el Real Decreto 2362/1976, de 30 de Julio (*BOE* del 14 de Octubre), por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Hidrocarburos de 1974. Ciertamente, la fecha de este Reglamento explica naturalmente que no haya mención alguna ni al gas no convencional ni a la técnica de fractura hidráulica, pero es que ni siquiera ha sido adaptado a la Ley del Sector de Hidrocarburos de 1998, y menos aún a la modificación de 2013; siendo posible, en el supuesto de que se elaborara un nuevo Reglamento de desarrollo, que se pudieran incluir algunas precisiones sobre estas operaciones (p. ej., de las incluidas en la Recomendación de la Comisión, citada), en el marco de la propia Ley, modificada.

Asimismo, debe señalarse que el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de 2008 fue modificado por la citada Ley 17/2013 para someter a evaluación de impacto ambiental las perforaciones para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos que requieran el uso de la técnica de fracturación hidráulica.

Sin embargo, mucho más importante en esta materia es la nueva Ley 21/2013, de 9 de Diciembre, de Evaluación Ambiental (*BOE* del 11) (42), que deroga y sustituye a las correspondientes Leyes en materia de evaluación ambiental estratégica y evaluación de impacto ambiental de 2006 y 2008, y que, con un excelente criterio de técnica legislativa, regula ambos instrumentos preventivos en un único texto (43).

Por lo que se refiere a la Evaluación Ambiental Estratégica (44), la nueva Ley distingue (art. 6) la EAE ordinaria, por un lado, aplicable a los planes y programas, así como sus modificaciones, que se adopten o aprueben por una Administración Pública y cuya elaboración y aprobación venga exigida por una disposición legal o reglamentaria o por acuerdo del Consejo de Ministros o del Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, cuando, entre otras cuestiones, establezcan el marco para la futura autoriza-

(42) En relación con esta nueva Ley, ver QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.), CASARES MARTÍN, A. (Coord.), y otros, *Evaluación de Impacto Ambiental y Evaluación Estratégica*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014; BURZACO SAMPER, M.ª., «Evaluación de Impacto Ambiental. Esquemas», Ed. Dykinson, Madrid, 2014, y BETANCOR RODRÍGUEZ, A., «Derecho Ambiental», Ed. La Ley (Grupo Wolters Kluwer), Las Rozas (Madrid), 2014, pp. 1141-1254.

(43) QUINTANA LÓPEZ, T., «La evaluación ambiental. Hitos de su evolución», en QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.), CASARES MARTÍN, A. (Coord.), y otros, *Evaluación de Impacto Ambiental y Evaluación Estratégica*, *op. cit.*, pp. 15-89.

(44) ROSA MORENO, J., «Planes, programas y proyectos sometidos a evaluación (de impacto y estratégica) ambiental»; FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, D., «Los procedimientos de evaluación ambiental estratégica ordinaria y simplificada», y CARBALLEIRA RIVERA, «El procedimiento de evaluación de impacto ambiental de proyectos», en QUINTANA LÓPEZ, T. (Dir.), CASARES MARTÍN, A. (Coord.), y otros, *Evaluación de Impacto Ambiental y Evaluación Estratégica*, citado, pp. 91-139, 140-206 y 263-310, respectivamente.

ción de proyectos legalmente sometidos a evaluación de impacto ambiental y se refieran a energía (si bien incluye varias materias más), con lo que todos los planes relativos al gas no convencional tienen que ser evaluados ambientalmente (como ya estaba previsto en la Ley derogada de 2006); y por otro lado, como novedad, se prevé la EAE simplificada, aplicable a las modificaciones menores de los planes y programas anteriores (entre ellos los de energía), los que establezcan el uso, a nivel municipal, de zonas de reducida extensión, y aquellos que, estableciendo un marco para la autorización en el futuro de proyectos, no cumplan los demás requisitos mencionados para los que requieran una EAE ordinaria.

Sin embargo, las innovaciones más importantes referidas a la exploración y obtención de gas no convencional mediante fracturación hidráulica se han producido al regular las evaluaciones de impacto ambiental. En efecto, el nuevo texto legal distingue (art. 7), en primer término, la Evaluación de Impacto Ambiental ordinaria, aplicable a los proyectos del Anexo I, así como a los proyectos que, presentándose fraccionados, alcancen los umbrales del mismo Anexo I mediante la acumulación de las magnitudes o dimensiones de cada uno de los proyectos considerados; a los proyectos sometidos a EIA simplificada, cuando así lo decida caso por caso el órgano ambiental, en el informe de impacto ambiental de acuerdo con los criterios del Anexo III; a cualquier modificación de las características de un proyecto consignado en el Anexo I (EIA ordinaria) o en el Anexo II (EIA simplificada), cuando dicha modificación cumpla, por sí sola, los umbrales establecidos en el Anexo I, y a los proyectos sometidos a EIA simplificada, cuando así lo solicite el promotor.

Lo más destacable de estas EIA ordinarias es que, ahora, se someten a las mismas «los proyectos consistentes en la realización de perforaciones para la exploración, investigación o explotación de hidrocarburos, almacenamiento de CO<sub>2</sub>, almacenamiento de gas y geotermia de media y alta entalpía, que requieran la utilización de técnicas de fracturación hidráulica», incluyendo las instalaciones y estructuras necesarias para la extracción, tratamiento, almacenamiento, aprovechamiento y transporte del mineral, acopios de estériles, balsas, así como las líneas eléctricas, abastecimientos de agua y su depuración y caminos de acceso nuevos, aunque no se incluyen (y por tanto no se someten a EIA ordinaria) las perforaciones de sondeos de investigación que tengan por objeto la toma de testigo previos a proyectos de perforación que requieran la utilización de técnicas de facturación hidráulica (art. 7 y Anexo I-Grupo 2, Industria extractiva-apdo. d).

Por otra parte, serán objeto de una evaluación de impacto ambiental simplificada los proyectos comprendidos en el Anexo II de la Ley, entre los que se incluyen las perforaciones profundas, en particular las perforaciones petrolíferas o gasísticas de exploración o investigación (art. 7 y Anexo II-Grupo 3, Perforaciones, dragados y otras instalaciones mineras e industriales-apdo. a-4.<sup>o</sup>).

De esta forma, al menos en nuestro Derecho Ambiental interno, avanzando un paso más que lo establecido en la Unión Europea, tanto las operaciones de exploración como las actividades de extracción de gas no convencional mediante fracturación hidráulica se someten a evaluación de impacto ambiental, lo que supone ir en la dirección adecuada para posibilitar estas operaciones en el marco de la prevención ambiental.

Finalmente, en relación con las mismas, también deberán aplicarse en su caso la normativa de protección de las aguas, de conservación de la naturaleza, por supuesto, si fuera necesario la legislación de minas y sobre residuos mineros, la legislación en

materia de residuos, así como la legislación en materia de seguridad industrial, responsabilidad medioambiental y la relativa a operaciones extractivas en el mar.

De esta forma, y aunque fuera deseable una mayor claridad y concreción de la regulación de la exploración y extracción de gas no convencional en la legislación de hidrocarburos, particularmente en el necesario reglamento de desarrollo, que podría incluir parte del contenido de la Recomendación de la Comisión en la materia, no podemos afirmar que en España estas operaciones se puedan realizar sin someterse a norma ambiental alguna, pues en particular la Ley de Evaluación Ambiental de 2013 constituye un buen ejemplo de exigencias de protección, y con las restantes normas mencionadas, permitiendo avances energéticos de cierta envergadura para el futuro, ateniéndonos al principio de precaución.

Trabajo recibido el 11 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Gas ez-konbentzionalaren esplorazioa eta erauzketa, haustura hidraulikoaren bidez, eztabaida biziko gaia da gaur egun, Estatu Batuetan izandako garapena eta ingurumen-eragina oinarri hartuta. Eztabaida hori Europar Batasunera eta Espainiara heldu da, eta batzuetan debekuzko jarrerak hartu dira. Lan honetan, Europar Batasunak gai horretan egindako ekintzak aztertzen dira, bai eta aplika daitezkeen arau espezifikoak eta ingurumen-arauak ere. Halaber, horrelako eragiketei aplika dakiekeen Espainiako legedia aztertzen da, hauek nabarmentzen direla: Hidrokarburoen sektorearen Legearen aldaketako xedapen zehatza, 2013ko Ingurumen-ebaluaziori buruzko Lege berria, eta Konstituzio Auzitegiaren 2014ko epaiak (Estatuaren eskumenak berresten dira epai horietan).

**HITZ GAKOAK:** Haustura hidraulikoa. Gas ez-konbentzionala. Eskisto-gasa. Ingurumenlegedia. Zuzenbidea. Europar Batasuna. Espainia.

**RESUMEN:** La exploración y la extracción de gas no convencional mediante fracturación hidráulica es objeto de un intenso debate en la actualidad, sobre la base del desarrollo producido en los Estados Unidos y de su incidencia ambiental. Debate que se ha trasladado a la Unión Europea y a España, con actitudes prohibitivas en algunos casos. El trabajo analiza la actuación de la Unión Europea en la materia y las normas específicas y ambientales aplicables, así como la legislación española aplicable a tales operaciones, resaltando la previsión expresa en la modificación de la Ley del Sector de Hidrocarburos y nueva Ley de Evaluación Ambiental de 2013, así como las Sentencias del Tribunal Constitucional de 2014 reafirmando las competencias del Estado.

**PALABRAS CLAVE:** Fractura hidráulica. Gas no convencional. Gas de esquisto. Legislación ambiental. Derecho. Unión Europea. España.

**ABSTRACT:** Exploration and extraction of unconventional gas through fracking (hydraulic fracturing) is the subject of intense debate today on the basis of development produced in the United States and its environmental impact. Debate has been transferred to the European Union and Spain, with attitudes prohibitive in some cases. The paper analyzes the performance of the European Union in the field and the specific and applicable environmental standards, as well as the Spanish legislation applicable to such transactions, highlighting the express provision in the modification of the Hydrocarbons Sector Act and new Environmental Assessment Act of 2013, as well as the judgments of the Constitutional Court in 2014 reaffirming the powers of the State.

**KEYWORDS:** Fracking. Hydraulic fracturing. Unconventional gas. Shale gas. Environmental law. Law. European Union. Spain.



# La dudosa constitucionalidad del régimen sancionador del dopaje deportivo

Tomás Ramón Fernández

**Sumario:** I. El rápido proceso de implantación de una disciplina mundial uniforme sobre el dopaje en el deporte.—II. El sistema represivo del Código Mundial Antidopaje.—III. *Strict liability* y presunción de inocencia. III.1. *Strict liability* e inversión de la carga de la prueba. III.2. Los avales del sistema. III.3. Una justificación insuficiente.—IV. Una referencia a nuestra Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva.

## I. El rápido proceso de implantación de una disciplina mundial uniforme sobre el dopaje en el deporte

El dopaje en el deporte es, ciertamente, un problema antiguo. Es tópico recordar el caso del deportista norteamericano que ganó la maratón en los Juegos Olímpicos de San Luis en 1904, que con anterioridad a la carrera se inyectó por dos veces estricnina, sustancia a la que en la época se atribuía la virtud de favorecer la resistencia.

La lucha contra las prácticas dopantes es, sin embargo, mucho más reciente y ha progresado siempre a impulsos de los acontecimientos, luctuosos a veces, grotescos otras y escandalosos siempre, a los que el dopaje ha dado lugar. La dramática muerte del ciclista inglés Tom SIMPSON escalando el Mont Ventoux en el *Tour* de Francia de 1967 fue seguida por el establecimiento por el Comité Olímpico Internacional (en adelante COI) de unas primeras reglas contra el uso de estimulantes y tranquilizantes, como lo fue el escándalo provocado por el velocista canadiense Ben JHONSON, falso ganador de la carrera de 100 metros lisos en los Juegos Olímpicos de Seul de 1988, por el Convenio contra el Dopaje del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 16 de noviembre de 1989 y ratificado por España el 29 de abril de 1992.

Lo que colmó definitivamente el vaso fueron, sin embargo, los acontecimientos producidos en el curso del *Tour* de 1998, que movieron al COI a convocar la Conferencia Mundial sobre el Dopaje en el Deporte, que tuvo lugar en Lausana y supuso el primer compromiso explícito de los Estados y las organizaciones antidopaje en orden a la creación de una agencia internacional autónoma y de un código mundial uniforme que permitieran poner fin a la comprobada ineficacia de la pluralidad de iniciativas hasta entonces en curso con su inevitable secuela de contradicciones y pugnas competenciales entre las diferentes autoridades, deportivas y políticas, implicadas.

Así nació la hoy todopoderosa Agencia Mundial Antidopaje (en adelante, AMA) el 19 de noviembre de 1999, fundación privada de Derecho Suizo financiada a medias por el Movimiento Olímpico y por los Gobiernos, que nutren también por mitad su órgano rector. Fue éste el que en marzo de 2003 dio a luz el Código Mundial Antidopaje con el propósito de aplicar la misma disciplina en todos los países y en todos los deportes.

En el ordenamiento deportivo internacional la consecución de este objetivo estaba garantizada de antemano, dada la autoridad irresistible de la que goza el COI, que le permite imponer, al amparo de la Carta Olímpica, las reglas que tenga a bien a todas las Federaciones Internacionales integradas en el Movimiento Olímpico(1). El propio Código, criatura al cabo de éste por intermedio de la AMA, se encargó de dejarlo bien claro al incluir en su artículo 20 entre las funciones y responsabilidades del COI la de «exigir como requisito de reconocimiento que las Federaciones Internacionales pertenecientes al Movimiento Olímpico se atengan a lo dispuesto en el Código», lo que el propio precepto reitera y prolonga al referirse a las Federaciones Internacionales, a las que, a su vez, atribuye la función y la responsabilidad de exigir otro tanto a las Federaciones Nacionales correspondientes.

La Norma 25 de la Carta Olímpica, «instrumento básico de naturaleza constitucional» como a sí misma se califica, ha hecho suyo este planteamiento al que ha dado expresa cobertura al establecer que «los estatutos, prácticas y actividades de las Federaciones Internacionales integradas en el Movimiento Olímpico deben ser conformes con la Carta, *incluyendo la adopción o implementación del Código Mundial Antidopaje*».

Todas las organizaciones deportivas, en consecuencia, tienen la obligación de exigir a los deportistas y al personal de apoyo de éstos el acatamiento de normas antidopaje conformes con el Código y su vinculación a ellas como condición para participar en competiciones o actividades organizadas por las Federaciones deportivas en cuestión, obligación que pesa igualmente sobre las organizaciones responsables de acontecimientos deportivos. Todas ellas se han dotado por esa razón de sus propios Reglamentos antidopaje, que reproducen el Código y que son las normas directamente aplicables en cada especialidad deportiva.

La efectiva aplicación de la disciplina que el Código establece queda así asegurada en todo el mundo, ya que el Movimiento Olímpico agrupa a 204 Comités Olímpicos Nacionales, cifra ésta que supera a la de Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas y, si no en todos, sí en la inmensa mayoría de los deportes, ya que son 60 las Federaciones incorporadas al Movimiento Olímpico que están sujetas como tales a la autoridad del COI.

No hubiera hecho falta, en principio, nada más para asegurar el respeto universal de las reglas del Código Mundial Antidopaje en todas las competiciones internacionales.

---

(1) El poder del COI se hace sentir, incluso, sobre los propios Gobiernos, a través de los Comités Olímpicos Nacionales de los países respectivos, como se desprende del apartado 9 de la regla 27 de la Carta, según el cual «además de las medidas y sanciones previstas en caso de infracción de la Carta Olímpica, el Executive Board puede tomar las decisiones apropiadas para la protección del Movimiento Olímpico en el país de un Comité Olímpico Nacional, incluyendo la suspensión o la retirada del reconocimiento de tal Comité si la Constitución, Ley u otras regulaciones en vigor en el país concernido o cualquier acto de cualquier organismo gubernamental o no gubernamental provoca que la actividad del Comité Nacional o la elaboración o expresión de la voluntad se vean obstaculizadas».



les, que son, obviamente, responsabilidad del COI y de las Federaciones Internacionales de los distintos deportes (2), pero aquél, como promotor de esta magna operación, no quiso conformarse con esto y se esforzó en obtener el compromiso formal de los Gobiernos, sin cuyo concurso no sería posible, ciertamente, por falta de medios hacer funcionar el sistema de controles que el Código establece (3).

Con ese propósito se organizó por la AMA en Copenhague el propio año 2003 una Conferencia que supuso ya un avance considerable en esta dirección, aunque el paso definitivo se dio en la 33.ª Conferencia de la UNESCO, celebrada en París, en la que consiguió aprobarse la Convención Internacional contra el Dopaje de 18 de noviembre de 2005, cuya ratificación comprometía efectivamente a los Estados firmantes de la misma a respetar los principios adoptados en el Código y a ajustar a ellos sus legislaciones respectivas.

Es explícito en este sentido el artículo 4 de la Convención, según el cual «con miras a coordinar, en el plano nacional e internacional, las actividades de lucha contra el dopaje en el deporte, los Estados Parte se comprometen a respetar los principios del Código como base de las medidas previstas en el artículo 5, que podrán comprender, según precisa éste, «medidas legislativas, reglamentos, políticas o disposiciones administrativas».

El Código no forma parte de la Convención, como precisa el artículo 4 de ésta, a diferencia de lo que ocurre con la Lista de Sustancias y Métodos Prohibidos y de las Normas Internacionales para las autorizaciones de uso terapéutico, que la Convención incorpora como Anexos, que sí se consideran parte integrante de la misma. Que el Código quede fuera formalmente de la Convención no merma en absoluto su eficacia, que está bien asegurada, como ha podido verse, pero refuerza notablemente el poder de la AMA, que tiene así manos libres para modificarlo siempre que lo considere preciso, cosa que no podría hacer, como es lógico, en caso contrario (4).

Es muy importante destacar que el artículo 23.2.2. del Código establece que sus artículos 1 (definición del dopaje), 2 (infracciones de las normas antidopaje), 3 (prueba del dopaje); 4.2.2 (sustancias específicas), 4.3.3. (determinaciones por parte de la AMA de la lista de sustancias y métodos prohibidos), 7.6 (retirada del deporte), 9 (anulación automática de los resultados individuales), 10 (sanciones individuales), 11 (sanciones a los equipos), 13 (apelaciones, con excepción de los casos en los que estén implicados deportistas de nivel nacional), 15.4 (reconocimiento mutuo), 17 (plazo de prescripción), 24 (interpretación del Código), así como el contenido del Apéndice 1 (Definiciones), «de-

---

(2) Como hoy reconoce abiertamente el artículo 12 de la Ley 3/2013, de 20 de Junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva. *Vid.* mi trabajo «De la Sentencia Heras a la Sentencia Contador. Presente y futuro de la justicia deportiva» en el n.º 191 de la Revista de Administración Pública y en J.E. SORIANO Dir. y M. ESTEPA MONTERO Coord. *Por el Derecho y la Libertad. Libro Homenaje al Prof. Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel y Gómez Acebo y Pombó, Madrid 2014, vol. II, pp. 907 y ss.

(3) La recogida de muestras en los acontecimientos internacionales será iniciada y realizada por la organización internacional responsable de dicho acontecimiento, aunque es posible la delegación en las Federaciones Nacionales correspondientes. En los acontecimientos nacionales esa tarea corresponde a la organización nacional antidopaje correspondiente. Los controles fuera de competición pueden ser iniciados y dirigidos tanto por las organizaciones internacionales, como nacionales. *Vid.* el artículo 15 del Código.

(4) El artículo 23 del Código establece que «la AMA será responsable de supervisar la evolución y mejora del Código». Dicha organización iniciará las modificaciones, cuya aprobación corresponde a su Consejo Fundacional por mayoría de dos tercios, siempre que exista mayoría de votos tanto por parte del sector público, como por parte del Movimiento Olímpico.

ben ser implantados por los signatarios sin introducir cambios sustanciales», ni agregar disposición alguna de forma que se alteren los efectos de los mismos.

El núcleo básico del Código tiene, pues, que ser recogido necesariamente sin variación alguna (salvo los cambios «en la redacción con el fin de hacer referencia al nombre de la organización, al deporte, los números de sección, etc.»), como dice significativamente el artículo 23.2.2) por los ordenamientos jurídicos de los Estados firmantes de la Convención, cuyos Legisladores se ven constreñidos en consecuencia a actuar «al dictado» en todo lo que concierne a ese núcleo básico sin otro margen de maniobra que el que el propio Código les otorga en relación a los aspectos organizativos y procedimentales y a la regulación de la impugnación de las sanciones que puedan imponerse a los deportistas de nivel nacional que participen en competiciones de este carácter(5).

Todo queda así atado y bien atado, a nivel nacional y a nivel internacional. En muy poco tiempo se ha logrado, pues, implantar en todo el mundo una disciplina única sobre el dopaje de eficacia probada, logro sin duda formidable que gustaría ver reproducido en otros muchos ámbitos. No es prudente, sin embargo, echar las campanas al vuelo antes de analizar con cuidado algunos aspectos de dicha disciplina que son, cuando menos, polémicos, muy polémicos, como podrá comprobarse a continuación.

## II. El sistema represivo del Código Mundial Antidopaje

El Código Mundial Antidopaje ha establecido un sistema represivo extraordinariamente riguroso, que alguien ha llegado a calificar, incluso, de draconiano, no tanto o no sólo por su dureza, sino también y sobre todo porque ha llevado al límite y probablemente más allá de él la lucha contra el dopaje poniendo a prueba de ese modo la resistencia de los derechos y garantías que reconocen a cualquier persona las Declaraciones de Derechos que se contienen en los textos internacionales y en las Constituciones nacionales de los Estados que han suscrito dichos textos.

El Código define el dopaje por referencia a la comisión de las infracciones que tipifica en los artículos 2.1 a 2.8 del mismo: la presencia de una sustancia prohibida o sus metabolitos o marcadores en la muestra de un deportista (artículo 2.1), el uso o intento de uso por parte de un deportista de una sustancia prohibida o de un método prohibido (artículo 2.2), la negativa o resistencia, sin justificación válida, a una recogida de muestras tras una notificación hecha conforme a las normas antidopaje aplicables o evitar cualquier otra forma de recogida de muestras (artículo 2.3), la vulneración de los requisitos sobre la disponibilidad del deportista para la realización de controles fuera de competición (artículo 2.4), la falsificación o intento de falsificación de cualquier parte del procedimiento de control de dopaje (artículo 2.5), la posesión de sustancias prohibidas y métodos prohibidos (artículo 2.6), el tráfico o intento de tráfico de cualquier sustancia prohibida o método prohibido (2.7) y la administración o intento de administración a un deportista durante una competición o fuera de ella de una sustancia o un método prohibido, así como la asistencia, incitación, contribución, instigación, encubrimiento o cualquier otro tipo de complicidad en relación con una infracción de las normas antidopaje o cualquier otra tentativa de infracción de éstas (artículo 2.8).

(5) A esto se ciñe la Ley 3/2013, de 20 de junio, como en su momento se precisará.

De toda esta lista de infracciones llama poderosamente la atención la primera de ellas porque está tipificada a partir de la afirmación de un deber personal de todos y cada uno de los deportistas de «asegurarse de que ninguna sustancia prohibida se introduzca en su organismo», lo que hace a los deportistas «responsables de la presencia de cualquier sustancia prohibida, de sus metabolitos o de sus marcadores, que se detecten en sus muestras», sin que sea necesario, por lo tanto, que se demuestre el uso intencionado, culpable o negligente, o el uso consciente de la sustancia que pueda detectarse para dar por existente la infracción.

El comentario con el que el Código acompaña cada uno de sus preceptos a modo de interpretación auténtica de los mismos no duda en afirmar en este caso que el texto del artículo 2.1.1 «adopta la norma de la responsabilidad objetiva» (*strict liability* en la versión inglesa, que es la prevalente), que, según dice, se hallaba ya en el Código Antidopaje del Movimiento Olímpico y en la gran mayoría de las normas antidopaje anteriores al Código, aunque los artículos 10.5 y 10.6 del mismo permitan luego reducir o incluso eliminar las sanciones correspondientes si el deportista puede demostrar que no existe culpa o negligencia de su parte o, al menos, una culpa significativa. El autor del Código considera que de este modo se «instaura un justo equilibrio entre la aplicación efectiva de las normas antidopaje en beneficio de todos los deportistas “limpios” y el derecho de equidad cuando circunstancias extraordinarias hayan hecho que la sustancia se encontrara en el organismo del deportista.

Este mismo planteamiento se reitera en la segunda de las infracciones, el uso o intento de uso de una sustancia prohibida (artículo 2.2), y constituye el más importante de los problemas que aquí van a examinarse.

No es el único, sin embargo. El artículo 3 del Código establece unas reglas sobre la valoración de la prueba que se apartan también de lo que es tradicional entre nosotros. El artículo 3.1 establece, en efecto, que «recae sobre la organización antidopaje la carga de probar que se ha producido una infracción de la norma antidopaje», añadiendo a continuación que «el grado de prueba, en todo caso, deberá ser mayor que el mero equilibrio de probabilidades, pero inferior a la prueba más allá de cualquier duda razonable».

En cambio, «cuando el Código haga recaer en un deportista o en cualquier otra persona que supuestamente haya cometido una infracción de las normas antidopaje la carga de invertir tal presunción o de establecer la existencia de circunstancias o hechos específicos, el grado de prueba deberá ser el justo equilibrio de probabilidades».

Quiere esto decir en cualquier caso que la autoridad competente para corregir las eventuales infracciones que puedan cometerse no necesita estar plenamente convencida de la autoría de las infracciones perseguidas ni de la culpabilidad de la persona acusada para poder imponer la sanción que el Código establece en cada caso, porque, según éste proclama, le basta para ello con llegar a la conclusión de que es más probable que el acusado sea culpable que lo contrario.

En la Sentencia dictada por el Tribunal Arbitral del Deporte (en adelante, TAS) (6) el 6 de Febrero de 2012 en el «caso Contador», a la que habré de referirme aquí con frecuencia porque ilustra muy bien los graves problemas que el sistema represivo im-

---

(6) Vid. mi trabajo «La justicia deportiva internacional: el Tribunal Arbitral del Deporte», en el n.º 39 de los *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, Madrid 2009 y en el n.º 27 de la *Revista Aranzadi de Derecho del Deporte y Entretenimiento*, año 2009.

puesto por el Código plantea, se impuso al ciclista español una sanción de suspensión de dos años con pérdida del *Tour* de Francia de 2010 en el que dio positivo por clenbuterol y de todas las demás victorias conseguidas a partir del 25 de enero de 2011, *dies a quo* establecido para dicho periodo(7), por considerar que «el test positivo del atleta por clenbuterol es más probable que fuese causado por la ingestión de un suplemento contaminado que por una transfusión de sangre o por la ingestión de carne contaminada» (8), lo que «no significa que el Panel esté convencido más allá de toda duda razonable de que este escenario de la ingestión de un suplemento alimentario contaminado se haya producido realmente».

La vieja regla dos veces milenaria del *in dubio pro reo* no tiene cabida, como puede comprobarse, en el sistema represivo implantado por el Código.

Llama la atención también el valor absoluto que se da por el artículo 4 a la lista de sustancias y métodos prohibidos y a la clasificación en categorías de aquellas, «que no podrá ser rebatida por ningún deportista u otra persona basándose en el hecho de que la sustancia o método no sea agente enmascarante o no tenga el potencial de mejorar el rendimiento deportivo, represente un riesgo para la salud o vulnere el espíritu del deporte» (artículo 4.3.3), lo que reduce literalmente a la nada la exigencia que el propio precepto contiene de que para incluir una sustancia en la lista es preciso que cumpla dos, al menos, de los tres criterios que enuncia, a saber: el potencial de mejorar el rendimiento deportivo, el riesgo real o potencial para la salud del deportista y la vulneración del espíritu del deporte (artículo 4.3). Si la AMA, que es quien maneja la lista como un auténtico *dominus*, incluye en ella una sustancia no hay posibilidad alguna de discusión sobre su efectiva capacidad de mejorar el rendimiento deportivo, ni sobre el riesgo que pueda o no comportar para la salud del deportista.

También aquí el «*caso Contador*» es definitivamente ilustrativo. El ciclista español dio positivo por clenbuterol en el control al que fue sometido el 21 de julio cuando era leader en el *Tour*. La concentración hallada por el laboratorio fue estimada en 50 picogramos, esto es, 0'000 000 000 05 g/ml, una cantidad verdaderamente infinitesimal insusceptible de producir la más mínima mejora en el rendimiento deportivo(9). Pero esto, que es radicalmente obvio, no pudo ser siquiera planteado porque el clenbuterol está incluido en la lista pura y simplemente con total abstracción de la cantidad, sin duda porque en el momento en el que se confeccionó la lista los laboratorios especializados sólo podían detectar dicha sustancia a partir de concentraciones cuarenta veces superiores en las que el clenbuterol sí puede tener influencia(10). El progreso de las técnicas de análisis hacía obligada la introducción de un umbral, pero la AMA dejó pasar el tiempo sin realizar el necesario ajuste y cuando surgió el «*caso Contador*» optó por sostenella y no enmendalla en el más puro estilo autoritario sin que le importara lo más mínimo imponer a un deportista limpio una sanción de suspensión que le impidió contra toda razón ejercer su profesión durante dos largos años.

(7) Entre ellas el Giro de Italia de 2011, en el que fue controlado muchos días sin que diera positivo en ninguno de ellos.

(8) Apartado XIV, Conclusiones, párrafo 523.a). *Vid.* también el párrafo 487.

(9) En un interesante artículo publicado en *Le Monde FR* de 15 de febrero de 2012 el Dr. Jean-Pierre de MONDENARD precisa para dar —dice— un orden de magnitud que «la relación entre el gramo y el picograma es la misma que entre el milímetro y tres veces la distancia Tierra-Luna, que es, para un solo trayecto, de 353.680 kilómetros».

(10) Así lo hace notar también el Dr. J.P. de MONDENARD, *loc. cit.*

Es obligado reparar igualmente en la norma contenida en el artículo 9 del Código, según el cual «la infracción de una norma antidopaje en deportes individuales relacionada con un control en competición conlleva automáticamente la anulación de los resultados obtenidos en esa competición con todas sus consecuencias, incluida la pérdida de todas las medallas, puntos y premios».

El comentario que acompaña al precepto explica que «cuando un deportista gana una medalla de oro con una sustancia prohibida en su organismo es algo injusto para los demás deportistas de esa competición *tuviera o no culpa* el deportista que obtuvo la medalla de oro», justificación ésta absolutamente endeble porque con ese criterio tendría también que privarse de los premios a los deportistas que los hubieran obtenido mientras utilizaban una sustancia prohibida con la consiguiente autorización por razones terapéuticas, ya que también aquí es injusto para los demás deportistas que participan en la misma competición.

Estos son, a mi juicio, los aspectos potencialmente más conflictivos en los que merece la pena detenerse con el fin de encontrar una respuesta fundada, si la hubiere, a los interrogantes que inevitablemente plantea su posible colisión con los derechos fundamentales de los deportistas y, en particular, con el derecho a la presunción de inocencia.

### III. *Strict liability* y presunción de inocencia

#### III.1. *Strict liability* e inversión de la carga de la prueba

La *strict liability* que el Código implanta se ha traducido al castellano (y también al francés) como responsabilidad objetiva, lo que no es exacto realmente, ya que el Código, aunque afirma en su artículo 2.1 que los deportistas son responsables de la presencia en sus muestras de cualquier sustancia prohibida y que «por lo tanto, no es necesario que se demuestre el uso intencionado, culpable o negligente, o el uso consciente por parte del deportista para poder establecer una infracción antidopaje», no impone de forma automática la responsabilidad por el mero resultado, que sería radicalmente inadmisibles desde luego, ya que admite la posibilidad de reducir o, incluso, de eliminar las sanciones si el deportista encausado consigue probar que no ha habido culpa o negligencia de su parte o, al menos, que no ha habido una culpa significativa para lo cual tiene que demostrar cómo ha entrado en su organismo la sustancia prohibida (artículo 10, apartados 5 y 6).

El problema que el sistema del Código plantea no es, pues, de responsabilidad objetiva, sino, más bien, de inversión de la carga de la prueba. Se presume no la inocencia, como postula un principio de universal reconocimiento, sino la culpa del deportista sobre el que se hace recaer la carga de probar su inocencia. Para ello se le exige que demuestre cómo ha entrado en su organismo la sustancia prohibida, cosa que, si el deportista es verdaderamente inocente, es muy posible que no sepa y que ni siquiera sospeche porque la causa puede ser la ingestión de un producto de consumo habitual ocasionalmente contaminado.

Se obliga, pues, al deportista a construir *ad hoc* una hipótesis y a demostrar que esa hipótesis es «más probable» que cualquier otra que pudiese establecerse, lo que reduce, si no elimina totalmente, sus posibilidades de defensa y le deja inerme en

manos del organismo o autoridad que le juzga, que es quien al final decide discrecionalmente qué es en cada supuesto lo «más probable».

En el caso *Contador* el ciclista español, sin duda sorprendido por el «positivo», tuvo que construir la hipótesis de la ingestión de carne contaminada en el día anterior, que era de descanso, hipótesis razonable sin duda porque, habiendo pasado controles desde el 19 al 25 de Julio, solo dio «positivo» el día 21, lo que apuntaba claramente a algún alimento ajeno a la dieta diaria y descartaba, por lo tanto, a los suplementos alimenticios que los ciclistas toman todos los días en las carreras de tres semanas, que, sin embargo, fueron considerados por la Sentencia del Tribunal Arbitral del Deporte la causa más probable, aunque el colegio arbitral que la dictó admitiera expresamente que no podía estar seguro de que efectivamente lo fueran (11).

Un sistema que funciona de este modo, ¿es compatible con el principio de presunción de inocencia que consagran los textos internacionales? ¿Lo es con nuestra Constitución?

### III.2. Los avales del sistema

La AMA tuvo desde el primer momento serias dudas de la conformidad del sistema represivo que el Código pretendía establecer con los principios admitidos internacionalmente y, en particular, con los que consagra el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que es el texto que atañe directamente a la AMA, al COI y a la mayoría de las Federaciones Deportivas internacionales, en cuando entidades constituidas de acuerdo con el Derecho Suizo que tienen en Suiza su sede, como la tiene también el Tribunal Arbitral del Deporte, cuyas Sentencias podrían terminar en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, una vez resuelto el recurso ante el Tribunal Supremo Federal de dicho país que autoriza el artículo 190 de la Ley Federal Suiza sobre el Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987 (12).

Para despejarlas solicitó, antes de aprobar el Código, un informe a los juristas suizos Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, Antonio RIGOZZI y Giorgio MALINVERNI, que lo emitieron el 23 de Febrero de 2003 y cuyas conclusiones son las que permitieron a la AMA afirmar en los comentarios que el Código añade a sus artículos 1 y 10 que el sistema que el Código implanta «es conforme a los principios fundamentales de los derechos del hombre».

El argumento fuerte sobre el que el informe descansa es que el Convenio Europeo y otros instrumentos similares no son directamente aplicables a las sanciones de-

(11) El Dr. J.P. de MONDENARD no duda en afirmar en su artículo que «si hay una tesis verdaderamente improbable es la del suplemento nutritivo contaminado! Recordemos —dice— que este género de complemento se consume cotidianamente durante varios días y no una sola vez». Y más adelante añade: «En el caso del *Tour de Francia*, en razón de las exigencias energéticas de la carrera —6.000 a 7.000 kilocalorías quemadas en cada etapa— los suplementos nutritivos están cotidianamente en el menú de la cena del gigante de la ruta, salvo que el madrileño no ha sido controlado positivo más que una vez y que, si hay contaminación, es que lo está la caja entera!».

(12) El recurso ante el Tribunal Supremo Federal suizo sólo procede por motivos tasados, que son en todo semejantes a los que nuestra Ley de Arbitraje admite contra los laudos arbitrales, como ya advertí en mi trabajo, más atrás citado, «La Justicia Deportiva Internacional: el Tribunal Arbitral del Deporte», motivos que hacen referencia básicamente al orden público del foro. Esto es lo que explica que la AMA solicitara el informe de Clau- de ROUILLER, ex Presidente del Tribunal Supremo Federal, al que más adelante haré referencia.

portivas por dopaje porque las regulaciones antidopaje y las sanciones correspondientes son cuestiones estrictamente privadas.

Tras dejar claramente establecida esta idea y con la tranquilidad, por lo tanto, de tener resuelto *ab initio* el problema por este camino, el informe citado abordó el análisis de la eventual contradicción entre la presunción de culpa de la que el Código parte y la presunción de inocencia que los textos internacionales y, por supuesto, el Convenio Europeo garantizan, contradicción que descartó citando en su apoyo la Sentencia *Salabiaku* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de octubre de 1998, que admite, en efecto, que las presunciones de hecho o de derecho que figuran en las leyes represivas no son en sí mismas incompatibles con la presunción de inocencia si se mantienen dentro de «límites razonables que tengan en cuenta la gravedad de lo que está en juego y preserven los derechos de defensa» (13), condición ésta que el informe no intentó siquiera comprobar si podía darse por cumplida en este caso.

El proceso argumental, como luego habrá ocasión de precisar, no fue apurado por los autores del informe, en el que es perfectamente visible una actitud de deferencia hacia las autoridades deportivas, ya que, si bien admite que la presunción de falta puede conducir a alguna injusticia en los casos en que un atleta inocente sea incapaz de probar la ausencia de falta o negligencia de su parte porque no sabe cómo llegó realmente a su organismo la sustancia prohibida, considera que sería muy difícil y muy costoso para las Federaciones probar la falta del atleta (14), lo que le lleva finalmente a afirmar que la presunción de falta y la consiguiente inversión de la carga de la prueba no sólo es una solución apropiada, sino también esencial en orden a la prose-

---

(13) La Sentencia *Salabiaku* de 7 de octubre de 1988 se refiere a un supuesto de aplicación de un precepto del Código aduanero francés que establece la responsabilidad del que en el momento del paso de la aduana se encuentra en posesión de mercancías prohibidas, lo que el Sr. *Salabiaku* consideró contrario al artículo 6.2 del Convenio. El párrafo 28 de la Sentencia dice, en efecto, que «todo sistema jurídico conoce presunciones de hecho o de derecho, a lo que la Convención no pone obstáculo en principio, aunque en materia penal obliga a los Estados contratantes a no sobrepasar a este respecto cierto umbral», pero precisa a continuación que un reenvío incondicional al Derecho interno, no podría conciliarse con el objeto y el fin del artículo 6, «que, protegiendo el derecho de cada uno a un proceso equitativo y especialmente al beneficio de la presunción de inocencia, entiende consagrar el principio fundamental de la preeminencia del Derecho». «El artículo 6.2 no se desinteresa, pues, de las presunciones de hecho o de derecho que se encuentran en las leyes represivas. Impone a los Estados enmarcarlas dentro de los límites razonables que tengan en cuenta la gravedad del compromiso y que preserven los derechos de defensa. El Tribunal indagará si éstos han sido franqueados en detrimento del Sr. *Salabiaku*».

Esa indagación le lleva a comprobar que los Tribunales franceses «han sabido guardarse de todo recurso automático a la presunción establecida por el artículo 392.1 del Código de Aduanas» y que «han discernido en las circunstancias de la causa un cierto elemento intencional», por lo que concluye que no han lesionado la presunción de inocencia. La doctrina del Tribunal Europeo es, pues, bastante más matizada de lo que hace pensar la cita genérica de la Sentencia que se hace en el informe citado en el texto.

La jurisprudencia *Salabiaku* ha tenido continuación en la Sentencia *Janosevic* contra Suecia de 23 de julio de 2002, en la que, reiterando lo dicho por *Salabiaku* respecto a la obligación de los Estados contratantes de guardar un equilibrio entre la importancia del compromiso y los derechos de defensa, añade: «en otros términos, los medios empleados deben ser razonablemente proporcionados al fin legítimo perseguido», lo que lleva al Tribunal a analizar el problema a la luz de principio de proporcionalidad.

Sobre esta jurisprudencia *vid.* F. SUDRE, J.P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE y M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Themis, 6.º ed. 2003.

(14) En el informe citado en el texto se llega a decir en esta línea que las Federaciones son organismos privados que carecen de los poderes de coerción necesarios para emprender el tipo de investigación requerida para «descargar» una prueba de esta clase. Es obvio que este argumento no puede ser utilizado tras la Convención de la UNESCO de 18 de noviembre de 2005 y su ratificación por la mayoría de los Estados.

cución de una política deportiva anti-doping eficiente, que es, justamente, la idea-fuerza que inspira la regulación contenida en el Código.

Los informes emitidos posteriormente a requerimiento de la AMA sobre puntos concretos de esa regulación o sobre determinadas modificaciones de la misma siguieron anclados en el carácter de regla privada emanada de una persona jurídica privada que tiene el Código, que no pertenece —dice Claude ROUILLER, antiguo Presidente del Tribunal Supremo Federal Suizo, en un informe emitido el 25 de octubre de 2005— al Derecho Público, sino que es, más bien, un conjunto de reglas que forman parte del Derecho de Asociaciones y que quien entra en una asociación se entiende que acepta (15).

En esa misma línea se situó también el nuevo informe que Gabrielle KAUFMANN-KOHLER y Antonio RIGOZZI emitieron el 10 de junio de 2007, aunque esta vez sus autores asumieron expresamente que las garantías de los procedimientos criminales pudieran ser aplicables en estos casos, dada la posición cuasi-monopolística en la que las organizaciones deportivas se encuentran con respecto a los atletas y la progresiva creencia que considera que dichas organizaciones no pueden ignorar en su actividad las soluciones que impone el respeto a los derechos fundamentales.

En este giro influyó, sin duda, el hecho de la aparición en escena de la Convención de la UNESCO de 2005, que, como ya hemos dicho, es la que dio proyección y valor universal a los principios del Código, que se adoptó «refiriéndose a los instrumentos internacionales existentes relacionados con los derechos humanos» (sic en el párrafo tercero de la parte expositiva del la Convención).

Este tercer informe no descarta por ello la aplicación por analogía de las garantías del Convenio y acepta la doctrina Oztürk, aunque no cite expresamente la Sentencia del Tribunal Europeo que la estableció, según la cual debe darse a las sanciones administrativas el tratamiento que se da a las penas cuando la infracción cometida conduce a una sanción de severidad semejante a éstas (16).

El cuarto y último informe fue emitido por el Consejero de Estado francés y ex-Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Jean Paul COSTA el 25 de junio de 2013, a propósito de un proyecto de modificación del Código que contemplaba, entre otras cuestiones, el establecimiento de una suspensión de por vida (17).

Contra lo que podía esperarse, dada la personalidad de su autor, este último informe supone una regresión con respecto al anterior, pues afirma sin vacilación que las sanciones anti-dopaje tienen naturaleza civil y no criminal, porque, aunque son muy graves, no lo son lo suficiente como para admitir que tengan naturaleza criminal, y no se aplican, por lo demás, a todos, sino sólo a grupos determinados de personas sujetas al poder disciplinario de unas organizaciones privadas en las que han ingresado voluntariamente.

---

(15) Los cuatro informes que cito pueden encontrarse en la dirección electrónica <http://www.wada-ama.org/en/Word-AntiDoping-Program/Legal-articles-clase-law-and-national-laws/Advisory-and-Opinions-on-the-Code>.

(16) Sobre la doctrina establecida por la Sentencia Oztürk c/ Alemania de 21 de febrero de 1984 vid. F. SUDRE y otros, *Les grands arrêts...*, cit.

(17) El Código prefiere emplear la palabra «ineligibilidad», eufemismo con el que pretende alejar la idea de sanción y subrayar en su lugar que se trata de simples medidas establecidas por una organización privada para regular la participación de sus asociados en las competiciones que organiza.



Estos cuatro informes, emitidos por juristas ciertamente relevantes en el escenario suizo y europeo, han avalado hasta ahora el sistema represivo implantado por el Código. No son, sin embargo, categóricos, ni mucho menos, como la propia descripción de sus argumentos ha podido poner de manifiesto. Todos ellos pasan como sobre ascuas por encima del problema de fondo que el Código plantea, en el que ninguno ha querido profundizar realmente, como sin duda era obligado. Si lo hubieran hecho, si hubieran dado solamente un paso más, sus autores hubieran tenido que concluir exactamente lo contrario de lo que todos ellos han sostenido, so pena de tener que renunciar a las creencias más firmes que sostienen la cultura jurídica europea o, al menos, europeo-continental. No hace falta mucho esfuerzo para demostrarlo.

### III.3. Una justificación insuficiente

Los informes a los que acabo de hacer referencia no entran realmente en el fondo de la cuestión. Se quedan, como hemos visto, en su periferia, entretenidos, deliberadamente, sin duda, en el análisis de cuestiones escolásticas, de índole más formal que sustantivo, como la de la naturaleza civil o criminal de las sanciones anti-dopaje, cuyo manejo «suenan» inevitablemente a pretexto.

Ninguno de ellos alude siquiera a lo que constituye el basamento de la *strict liability* que el Código implanta, esto es, al «deber personal de cada deportista de asegurarse de que ninguna sustancia prohibida se introduzca en su organismo», que es lo que le permite al artículo 2.1.1 afirmar que «los deportistas son responsables de la presencia de cualquier sustancia prohibida, de sus metabolitos o de sus marcadores, que se detecten en sus muestras» y que «por lo tanto, no es necesario que se demuestre el uso intencionado, culpable o negligente o el uso consciente por parte del deportista para poder establecer una infracción anti-dopaje».

Construir un tipo de infracción sobre la base del incumplimiento de un deber es lo típico de la responsabilidad por culpa. Nada hay que objetar a ello, por lo tanto. Tampoco es susceptible de reproche, en principio, el rigor en el establecimiento de ese deber de diligencia cuyo incumplimiento o mal cumplimiento genera la responsabilidad. El legislador goza, sin duda, de un amplísimo margen de apreciación de las circunstancias concurrentes para graduar en función de ellas la diligencia exigible en cada caso. Lo único que puede exigírsele es que sea coherente y que entre esas circunstancias y la diligencia reclamada a cada persona exista alguna conexión y, por supuesto, la imprescindible proporción que es obligado tener presente siempre que se limitan o reducen derechos fundamentales.

Hay un límite, sin embargo, insalvable, que viene impuesto por el sentido común, que es la primera y fundamental regla de Derecho: que el deber que se impone pueda realmente ser cumplido, porque, si no puede cumplirse por mucha diligencia que el obligado despliegue, es obvio que no podrá exigírsele responsabilidad alguna.

A un deportista profesional pueden y deben exigírsele muchas cosas y, por supuesto, un especialísimo cuidado con lo que ingiere, dentro y fuera de la competición, sea para hacer frente a una indisposición o a un problema físico de cualquier tipo o simplemente para componer o completar su dieta diaria. Y si ese deportista es un ci-

clista mucho más todavía en la medida en que el esfuerzo que ha de realizar es comparativamente mayor que el que reclaman la mayoría de los deportes, lo que sin duda requiere un mejor conocimiento de su organismo, de lo que éste necesita o de lo que le falta y de lo que puede o no puede darle.

Como dice muy bien la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 29 de marzo de 2000, «una atleta, y aunque no sea profesional, que participa en pruebas de campeonatos organizados por la Federación, tiene que ocuparse de conocer cuáles son las sustancias prohibidas». La ingesta de cualquier producto medicamentoso requiere observar la precaución y la diligencia debidas, so pena de incurrir en *culpa in eligendo*, si se trata del profesional que atiende al deportista, o en *culpa in vigilando* si se trata de la propia conducta de este último, porque «es hasta obvio que éstos, antes de tomar cualquier sustancia deben asegurarse de lo que es, pues hoy nadie desconoce las consecuencias que pueden derivarse de su actitud», como observa la Sentencia del mismo Tribunal de 20 de abril de 2005.

No basta para eludir la responsabilidad que resulta de ese deber especial de conocimiento y de diligencia con haber consultado con un médico y haber seguido sus prescripciones. Es muy expresiva al respecto la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de junio de 2000, que rechaza el alegato exculpatorio formulado por un deportista sobre la base del desconocimiento por parte de un médico del INSALUD de Villablino con el que había consultado al término de la etapa que terminaba en dicha población de que lo que recetaba contenía una sustancia prohibida porque «un corredor de categoría élite y, por lo tanto, profesional conoce la existencia de una relación de sustancias prohibidas y omite la debida diligencia al no asegurarse con los servicios médicos especializados que el compuesto recetado no contenía sustancias de tal clase especialmente cuando se trataba de un complejo vitamínico que eliminaba el cansancio». Podía haberlo hecho, aclara la Sentencia, «por vía telefónica», por lo que, al no hacerlo, «incurrió al menos en negligencia resultando por ello imputable a título de culpa sin que concurra responsabilidad objetiva alguna».

El deportista debe observar una diligencia especialísima que incluye el deber de conocer las sustancias prohibidas, el deber de informarse acudiendo a los servicios médicos especializados sobre la posible presencia de alguna de ellas en los medicamentos y en los compuestos de todo tipo que pueda estar en trance de ingerir e, incluso, del deber de abstenerse de ingerirlos en caso de duda o cuando no pueda por cualquier razón que le sea ajena obtener esa información.

Todo esto está muy bien y es exigente, pero hacedero, tratándose de medicamentos y similares. De la dieta diaria no puede decirse, exactamente lo mismo, sin embargo. Ni siquiera el mejor especialista podría decirlo de todos y cada uno de los productos existentes en el mercado, cuya composición no se conoce con la misma precisión que la de los medicamentos y compuestos vitamínicos. Nadie, absolutamente, nadie, puede averiguar *icto oculi*, como es obvio, si un producto alimentario cualquiera está o no contaminado a resultas del modo de producción empleado por el agricultor o el ganadero, que son también desconocidos e inidentificables en muchos casos.

El deber de diligencia profesional no puede llevarse en este caso tan lejos porque está más allá de las posibilidades de cualquier persona por cuidadosa que sea saber de ciencia propia o por información especializada si todo lo que come o bebe, desde

el agua o el café que toma en su propio domicilio al menú que le ofrecen en el mejor restaurante está o no libre de toda sustancia prohibida. Para saberlo necesitaría someter a análisis todo lo que ingiere y no en cualquier laboratorio, sino en el archicélebre laboratorio de Colonia o en otro de ese mismo nivel que esté debidamente acreditado o reconocido por las autoridades deportivas internacionales (18).

Ese deber del deportista de asegurarse de que ninguna sustancia prohibida se introduzca en su organismo, entendido en términos absolutos como efectivamente lo formula el artículo 2.1.1 del Código y como lo entienden las autoridades deportivas y el propio Tribunal Arbitral del Deporte es sencillamente inasumible porque es de imposible cumplimiento en muchos casos.

Cuando efectivamente lo sea no podrá construirse sobre él responsabilidad alguna, porque en tales casos sería una responsabilidad objetiva por el puro resultado, que, como se ha dicho, es un «fósil del pasado», una responsabilidad «bárbara y despersonalizada», propia de «los estadios más primitivos del desarrollo del Derecho Penal» (19) y radicalmente incompatible con el Estado de Derecho.

La jurisprudencia Salabiaku del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a la que en un ejercicio de deferencia han acudido algunos de los informes más atrás comentados, acepta sí la compatibilidad con la presunción de inocencia de las presunciones de hecho y de derecho que figuren en leyes represivas, pero siempre y sólo si se sitúan dentro de los límites razonables y preservan los derechos de defensa.

No está dentro de lo razonable exigir lo que no es posible. No respeta los derechos de defensa trasladar al deportista inculcado la carga de probar que es inocente y, menos aún, la de exigirle a estos efectos que demuestre de que forma ha entrado en su organismo la sustancia prohibida encontrada en sus muestras, porque, si efectivamente es inocente, no puede saberlo. Obligarle a formular a ciegas una hipótesis y a demostrar que la hipótesis elegida es más probable que cualquier otra que pudiera haberse utilizado es colocarle en una situación de indefensión prácticamente total y convertir el procedimiento disciplinario y su ulterior revisión por el Tribunal Arbitral del Deporte en un simple simulacro. Eso es lo que refleja, pese a su aparato, la Sentencia Contador.

Es difícil, desde luego, que uno de estos asuntos llegue al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero quizás un día surja un nuevo BOSMAN que esté dispuesto a intentarlo y que, al final de su vida deportiva, logre pasar a la Historia como pasó el futbolista del Standard de Lieja, esto es, como un campeón de la Justicia que logró eliminar el más grave de todos los dopajes, el dopaje jurídico.

---

(18) *Vid.* en este sentido el excelente artículo publicado por E. GIMBERNAT en el diario *El Mundo* de 21 de febrero de 2011, en el que hace una crítica impecable e implacable de la propuesta de resolución formulada por la instructora del expediente disciplinario incoado a Alberto Contador por el Comité Nacional de Competición de la Federación Española de Ciclismo en la que postulaba la imposición al ciclista de un año de suspensión. Dicha propuesta no fue aceptada por el citado Comité que decretó el archivo de las actuaciones, resolución que luego revocaría el TAS.

También se manifestó críticamente en esas fechas el entonces Presidente de la Audiencia Nacional y hoy Vicepresidente del Tribunal Supremo A. JUANES en el artículo publicado en *Actualidad Jurídica Aranzadi* de 24 de marzo de 2011, «Aplicación de los principios del Derecho Sancionador al ámbito deportivo: caso Contador».

(19) *Cfr.* M. COBO DEL ROSAL y T.S. VIVES ANTON, *Derecho Penal. Parte General*, Universidad de Valencia, 1984, p. 526.

#### IV. Una referencia a nuestra Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva

Nuestro legislador ha sido muy deferente también con las autoridades deportivas internacionales hasta el punto de que no dudó en adelantarse a la efectiva incorporación a nuestro Derecho interno de la Convención de la UNESCO de 18 de noviembre de 2005 y antes de que la ratificación de ésta fuera publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, lo que no tuvo lugar hasta el 15 de febrero de 2007, procedió a aprobar la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte, que incorporó haciéndolos suyos los principios del Código Mundial Antidopaje (20).

No voy a analizar aquí el contenido de esta Ley, que ha tenido corta vigencia y poca o ninguna aplicación, pero sí debo destacar que el artículo 13.1 reprodujo el punto de partida del sistema represivo establecido por el Código al disponer que «los deportistas se asegurarán de que ninguna sustancia prohibida se introduzca en su organismo, siendo responsables en cualquier caso cuando se produzca la detección de su presencia en el mismo».

Con la expresión «en cualquier caso» el Legislador se evitó la vergüenza de reproducir el párrafo segundo del artículo 2.2.1 del Código, es decir, esa grosera aclaración de que «no es necesario demostrar intención, culpabilidad, negligencia o uso consciente por parte de deportista para determinar que se ha producido una infracción», indicando ambiguamente en su lugar que «el alcance de la responsabilidad será el determinado en el régimen disciplinario que se establece en el artículo siguiente y, específicamente, el régimen de graduación de la responsabilidad previsto en el artículo 10 de esta Ley».

La remisión al artículo siguiente, esto es al 14, suponía la aceptación como infracción muy grave del «incumplimiento de las obligaciones a que hace referencia el artículo 13.1, que de lugar a la detección de la presencia de una sustancia prohibida», pero la remisión final al artículo 19 desmentía, parcialmente al menos, la correspondencia con el Código, ya que este último precepto disponía que «la graduación de las sanciones se hará atendiendo al criterio de proporcionalidad y de las circunstancias que concurren en cada caso, específicamente las que se refieren a la existencia de intencionalidad, conocimiento, grado de responsabilidad de sus funciones y naturaleza de los perjuicios causados, así como de las demás que puedan servir para la modulación de la responsabilidad» (artículo 19.2).

A pesar de estos equilibrios, el Legislador no estaba seguro, ni mucho menos, de que este planteamiento fuese plenamente conforme con la Constitución y para no tropezar con ésta y, en concreto, con el derecho a la presunción de inocencia que garantiza su artículo 24 prefirió curarse en salud estableciendo un mecanismo de exequatur para el reconocimiento de la ejecutividad en España de las sanciones que pu-

---

(20) Sobre la Ley Orgánica 7/2006 puede verse L.M. CAZORLA y A. PALOMAR, *Comentarios a la Ley Antidopaje*, Thomson-Reuters 2007. Sobre la vigente Ley 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva vid. A. PALOMAR, Director, *El dopaje en el deporte. Comentario a la Ley 3/2013*, Dykinson, 2013 y A. PALOMAR, Director, *Derecho del Deporte*, Thomson Reuters 2013, en particular, el capítulo de J. RODRÍGUEZ GARCÍA «El dopaje en el deporte», pp. 825 y ss.

dieran imponer las organizaciones internacionales subordinándolo a la compatibilidad de las mismas con nuestro ordenamiento jurídico.

El artículo 22 de la Ley disponía al efecto que cuando la sanción haya sido impuesta por dichas organizaciones «los deportistas podrán instar del Comité Español de Disciplina Deportiva la declaración de compatibilidad de la sanción impuesta con el Ordenamiento Jurídico español, en lo que se refiere a los principios que informan la potestad sancionadora pública».

Este mecanismo de exequatur ha desaparecido de la vigente Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, que ha sustituido a la anterior, liberándose, al parecer, de las dudas que ésta alimentaba (21). Su artículo 31.2 dice ahora que «cualquier resolución dictada por las autoridades antidopaje de otros Estados o por las Federaciones o entidades internacionales competentes será reconocida inmediatamente en España siempre que sean conformes a lo dispuesto en el Código Mundial Antidopaje y correspondan al ámbito de competencias de esta entidad», añadiendo inmediatamente a continuación que «la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte será la encargada de hacer el reconocimiento de oficio o a instancia de los deportistas, en los casos en que puedan suscitarse dudas acerca de su procedencia».

¿A qué dudas se refiere el texto? El Legislador de 2013 ha optado también por una cierta ambigüedad, pero con una diferencia notoria con respecto al de 2006, ya que éste utilizaba como referencia en su artículo 22 la Constitución y aquél, en cambio, toma la del Código Mundial Antidopaje.

El resto de la Ley vigente está también más cerca del sistema de responsabilidad implantado por el Código que de nuestro Derecho Sancionador tradicional. Así resulta del artículo 27 de la Ley vigente, que si bien da entrada también al principio de proporcionalidad y a las circunstancias concurrentes en cada caso, especialmente las que se refieren al conocimiento, al grado de responsabilidad de las funciones desempeñadas por el infractor y a la naturaleza de los perjuicios ocasionados, como lo hacía el artículo 19.2 de la Ley de 2006, ha prescindido pura y simplemente de la anterior alusión a la «existencia de intencionalidad». El precepto en cuestión exige también utilizando la misma terminología del Código, que la Ley de 2006 eludía, que para exonerarse de responsabilidad o atenuar ésta el deportista «deberá justificar la forma en que se introdujo la sustancia prohibida en su organismo» (apartados 2 y 3 del ar-

---

(21) El Consejo Fiscal, en el informe emitido sobre el proyecto que luego se convirtió en la vigente Ley Orgánica 3/2013 indicó expresamente que «deberían conservarse las referencias que en el texto actualmente en vigor (LO 7/2006) se contienen en los artículos 22.2 y 33 a la compatibilidad de las citadas resoluciones con el ordenamiento jurídico español» (vid. el apartado VII.8, *in fine*, del informe).

El informe del citado órgano es con mucho el más incisivo o, si se prefiere, el menos contemporizador de los emitidos por los demás altos órganos del Estado, el Consejo del Poder Judicial y el Consejo de Estado. Contiene una muy detallada crítica del sistema de valoración de la prueba establecido en el Código Mundial Antidopaje y llama acertadamente la atención sobre el riesgo que la incorporación de ese sistema suponía de «transformar toda esta materia en un islote dentro del Derecho Sancionador, en un cuerpo extraño y excepcional». (Vid. apartado VIII, El Procedimiento disciplinario. Generalidades).

Afortunadamente la Ley Orgánica 3/2013 no ha incurrido en ese error. Su artículo 39.4 precisa que «la Administración y la persona afectada podrán servirse de todos los medios de prueba admisibles en Derecho» y añade que «dichas pruebas deberán valorarse de modo conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica». El apartado 5.e) del propio artículo 39 establece que «el presunto infractor podrá refutar todos los hechos y presunciones que le perjudiquen, incluidos los mencionados en la letra a) del apartado quinto de este artículo y probar los hechos y circunstancias necesarios para su defensa».

tículo 27) y que «proporcione pruebas suficientes de que dicha sustancia no tiene como fin mejorar el rendimiento deportivo o enmascarar el uso de otra sustancia dirigida a mejorar dicho rendimiento [artículo 22.2.b), párrafo segundo].

La Ley Orgánica 3/2013 se ha acercado más, por lo tanto, al Código Mundial Antidopaje que su predecesora, y se ha alejado correlativamente de la Constitución más de lo que se atrevió a hacerlo la Ley 7/2006.

No es difícil, por lo tanto, predecir que su aplicación, aunque limitada a los deportistas que no estén calificados oficialmente como de nivel internacional o no participen en competiciones internacionales (artículo 1.3), llegará un día al Tribunal Constitucional en el que difícilmente podrá superar su confrontación con la abundante y afinada jurisprudencia sobre la presunción de inocencia por éste establecida.

Trabajo recibido el 21 de julio de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Lan honek 2005eko Unescoren Konbentzioaren eta Dopinaren aurkako mundu kodea onartzearen ondorioz dopinaren aurkako diziplinaren unibertsalizazioa aztertzen du. Halaber, horrek ezartzen duen eta ekainaren 20ko 3/2013 Lege Organikoak jaso duen strict liability sistemaren eragina ere jorratzen du, ez baitirudi konstituzioaren errugabetasun presuntzioarekin bateragarria denik.

**HITZ GAKOAK:** *Strict liability*. Konstituzioaren errugabetasun-presuntzioa.

**RESUMEN:** Se analiza en el texto la universalización de la disciplina antidopaje a raíz de la Convención de la UNESCO de 2005 y la aprobación del Código Mundial antidopaje, así como el impacto del sistema de strict liability que éste establece y que la nueva Ley Orgánica 3/2013, de 20 de Junio, ha recibido, cuya compatibilidad con la presunción constitucional de inocencia es dudosa.

**PALABRAS CLAVE:** *Strict liability*. Presunción constitucional de inocencia.

**ABSTRACT:** The text analyzes the universalization of the antidoping discipline as a consequence of the UNESCO Convention from 2005 and the passing of the Antidoping world code together with the impact of the strict liability system set forth by the former and that the new Organic Act 3/2013 of June 20th has received and whose compatibility with the constitutional presumption of innocence is uncertain.

**KEYWORDS:** *Strict liability*. Constitutional presumption of innocence.





# Las mejores técnicas disponibles, versión 4.0 (o de la normatividad immanente a las mejores técnicas disponibles en su nueva condición de *euro-meaning* *technical regulations*(1))

Antonio Fortes Martín

**Sumario:** I. Introducción.—II. Descubriendo el verdadero «ADN» de las MTD.—III. La «normativización» de las MTD y su subsecuente fuerza jurídica de obligar. III.1. Las conclusiones sobre las MTD: el reforzamiento jurídico en la aplicación de las MTD. III.2. La Decisión de Ejecución comprensiva de las Conclusiones sobre las MTD: ¿más que una mera norma técnica pero menos que una auténtica norma jurídica? III.3. Las técnicas emergentes: ¿«embrión» de la norma MTD? III.4. Las Consecuencias jurídicas del alumbramiento (jurídico) de las MTD en forma de «Conclusiones relativas a las MTD».—IV. Conclusiones finales.

## I. Introducción

Escribía Demetrio LOPERENA, a la hora de recrear los caracteres del Derecho ambiental, como éste se encuentra profundamente vinculado a los datos científicos de la biosfera. Unos datos «que nos permiten averiguar si una actuación ha sido legítima o no; los que nos señalan los estándares que deben legislarse, y los que orientan las políticas a emprender o corregir (2)».

En efecto, el Derecho ambiental pivota en torno a nuevas expresiones y giros técnicos inéditos en su concepción originaria. La técnica pasa a presidir, así pues, la compleja regulación jurídico-ambiental disciplinando la autorización, el funcionamiento, y el ulterior control, inspección, y sanción de las instalaciones potencialmente contaminantes. Y ese revestimiento conceptual de corte técnico que experimenta el Derecho ambiental nos sitúa ante una «suerte» de tecnificación de la ciencia jurídica sin parangón hasta entonces (3). Ese salto —por el cual el Derecho reacciona para controlar y li-

---

(1) Este trabajo se ha realizado durante la estancia de investigación que he llevado a cabo, en los meses de mayo a septiembre de 2014, como Visiting Scholar en la School of Law, Queen Mary University of London.

(2) Vid. LOPERENA ROTA. Demetrio. *Los principios del Derecho ambiental*. Civitas, Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 1998, p. 29.

(3) Y ello como consecuencia última del «cerco tecnológico que, en las sociedades postindustriales, se va estrechando en torno al ordenamiento jurídico». Vid. ESTEVE PARDO, José. «La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible», en *Revista de Administración Pública*, n.º149, mayo-agosto 1999, p. 45.

mitar los procesos productivos que ocasionan un impacto en el medio— provoca que el Derecho mismo se dé entonces «de bruces con una complejidad técnica absolutamente inabarcable (4)».

El operador jurídico se encuentra ante la inexorable necesidad de familiarizarse con los elementos técnicos que cada vez, en mayor medida, se encuentran presentes en las normas ambientales (5). De ahí que, a la ya de por sí alta especialización de la disciplina ambiental, sumemos ahora también una nueva cota de especialización a raíz de su creciente tecnificación. Ahora bien, esa extrema tecnificación que ha llegado a experimentar el Derecho ambiental en modo alguno puede conducirnos a la idea de estimar que nos encontramos ante un ordenamiento rígido, duro, y permanente. Por el contrario, la normativa ambiental está llamada a flexibilizarse para recibir, en las mejores condiciones posibles, el empuje de la técnica. La continua remisión de la normativa ambiental a los, por otra parte lógicos, avances técnicos que se vayan produciendo —con cláusulas y expresiones cada vez más comunes conceptualmente hablando pero también complejas de interpretar o acotar jurídicamente— es una constante que en modo alguno pasa hoy día desapercibida para el operador jurídico (6). Un operador jurídico que perfectamente puede advertir cómo esas constantes remisiones técnicas presentan un indudable carácter dinámico y abierto, como «catalizador» del Derecho ambiental actual (7).

Sea como fuere, detrás de todo ese creciente fenómeno se encuentra la propia incapacidad de las normas jurídicas para abordar, por sí solas, el complejo y altamente

(4) Vid. ESTEVE PARDO, José. «La adaptación de las licencias... *op. cit.* p. 43. No puede pasarnos desapercibida, por tanto, como reconoce el propio autor citado, «la remisión genérica al estado de la técnica que se ha generalizado recientemente en el Derecho ambiental hasta constituir, en la actualidad, uno de sus elementos estructurales». Cfr. ESTEVE PARDO, José. *Derecho del medio ambiente*. Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 149.

(5) De este extremo nos advierte ya EMBID IRUJO, Antonio. El uso urbano del agua. Consideraciones generales, en Embid Irujo, Antonio (dir). *Agua y ciudades*. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 30 cuando certeramente enfatiza cómo «el ordenamiento jurídico es, o debería ser, subsidiario de los avances técnicos, seguirlo necesariamente, con nuevos preceptos adaptados a las crecientes y abiertas posibilidades que la técnica ofrece» para más adelante sentenciar brillantemente cómo la «vinculación entre la técnica y el derecho es muchas veces ignorada tanto por los técnicos como por los juristas debiendo al menos nosotros, incorporar el conocimiento de determinados aspectos técnicos para ser capaces, en el respectivo ámbito de trabajo de cada cual, de postular, de implementar y de aplicar coherentemente la regla jurídica más apropiada...».

(6) Ya en su día MORELL OCAÑA, Luis. «Reflexiones sobre la ordenación del medio ambiente», en *Revista de Derecho urbanístico*, n.º80, octubre-noviembre-diciembre 1982, p. 41 advirtió que la normativa ambiental es de carácter fundamentalmente técnico. Posteriormente, MARTÍN MATEO, Ramón. *Tratado de Derecho ambiental*. Vol. I. Trivium, Madrid, 1991, p. 92-95, al referirse a las notas distintivas que permiten singularizar y dotar de autonomía al Derecho ambiental destacaba, entre otros extremos, su componente técnico-reglado. De forma más exhaustiva ESTEVE PARDO, José. El componente técnico del Derecho del medio ambiente. Limitaciones y posibilidades de los entes locales, en Esteve Pardo, José. (coord.). *Derecho del medio ambiente y Administración local*. Civitas, Madrid, 1996, p. 451, ha llegado a remarcar que «el Derecho medioambiental presenta un componente técnico cuya significación, progresivamente destacada por su importancia y complejidad, ha hecho de él un elemento central y característico». Finalmente, ALENZA GARCÍA, José Francisco. *Manual de Derecho ambiental*. Universidad Pública de Navarra, 2001, p. 47-53 ha recreado el elenco de caracteres que cabe predicar del Derecho ambiental, diferenciando, entre sus caracteres externos, el componente técnico.

(7) Buena prueba de ello lo es el VII Programa General de Acción de la UE en materia de medio ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta». En el apartado 9 del Anexo —página 7— de la Decisión 1386/2013/UE, de 20 de noviembre, se señala expresamente que para resolver algunos de los complejos problemas ambientales que debemos enfrentar en la actualidad «es preciso explotar todo el potencial que ofrece la tecnología medioambiental actual y garantizar el desarrollo constante y la adopción por la industria de las mejores técnicas disponibles y de las innovaciones que vayan surgiendo».

tecnificado reto de la protección ambiental. La exigencia legal, como comprobaremos más detenidamente, de que la autorización ambiental integrada en el régimen de la prevención y control integrados de la contaminación (en adelante IPPC (8)) se otorgue teniendo en cuenta las mejores técnicas disponibles (MTD (9)) no constituye una circunstancia caprichosa o arbitraria entregada a la entera disposición de la Administración. Más bien, lo que se entienda por MTD se erige, así y ahora, en una auténtica *key legal obligation* (10), en el criterio jurídico más relevante para posibilitar la práctica de una actividad industrial bajo el régimen de IPPC (11).

## II. Descubriendo el verdadero «ADN» de las MTD

Pese a que la inserción de la coletilla «teniendo en cuenta las mejores técnicas disponibles» no es en absoluto neutra ni neutral, la falta de más pistas y datos por parte del legislador comunitario en las Directivas IPPC (12) ha obligado, al operador jurídico, a una labor, completamente esforzada, de reconstrucción y de reelaboración que alcanza su momento álgido con la Directiva de emisiones industriales (en adelante DEI).

Deteniéndonos por un instante en la expresión «teniendo en cuenta» las MTD, de acuerdo con el siempre útil, por indiciario, argumento lingüístico, «tener en cuenta» denota tener presente, considerar (13), pero en ningún caso vinculación o exigencia en términos estrictamente jurídicos (o al menos hasta el momento) sin perjuicio de lo que más adelante se dirá. Con todo esto, fácilmente se colige, pues, que la determinación de los valores límite de emisión (en adelante VLE) en el régimen de IPPC queda supeditada (obligatoriamente) al empleo de las MTD (14).

La remisión a la caracterización de las MTD —en tanto que cláusula de complejos mimbres técnicos, difícilmente acotables desde un estricto punto de vista jurídico— constituye una constante que existe en el seno de la UE desde las primeras Directivas de corte ambiental. Ahora bien, desde entonces, y pese a su extensión, no ha ha-

---

(8) De su acrónimo en inglés *Integrated Pollution Prevention and Control*.

(9) BAT en lengua inglesa, de *Best Available Techniques*.

(10) Conforme ha descrito de manera muy gráfica LANGE, Bettina. «From boundary drawing to transitions: the creation of normativity under the EU Directive on Integrated Pollution Prevention and Control», en *European Law Journal*, vol 8, n.º2, june 2002, p. 253.

(11) La regulación en materia de IPPC ha pasado a considerarse como «un vector de difusión de las tecnologías medioambientales en la industria». *Vid.* Comunicación de la Comisión «Hacia la producción sostenible. Avance en la aplicación de la Directiva 96/61/CE del Consejo relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación». COM (2003) 354 final, de 19 de junio, p. 36.

(12) Referencia que, en la actualidad debe entenderse hecha a la Directiva 2010/75, de 24 de noviembre, sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación) por derogación tanto de la Directiva 96/61, de 24 de septiembre, como de la Directiva 2008/1, de 15 de enero, relativas al régimen de prevención y control integrados de la contaminación.

(13) En atención a la definición de «considerar» que ofrece el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, tener en cuenta o considerar nos sitúa en el plano de «pensar, meditar, reflexionar algo con atención y cuidado» —primera acepción— e, incluso, «juzgar, estimar» —tercera acepción de la voz—.

(14) El propio TJCE ha enfatizado en la Sentencia de 26 de mayo de 2011 (asuntos acumulados C-165/09 a C-167/09) que «los valores límite de emisión deberán basarse obligatoriamente en las mejores técnicas disponibles».

bido acuerdo a nivel comunitario sobre lo que se entienda por MTD para un sector industrial en concreto (15).

En efecto, una de las mayores dificultades a las que se enfrenta el operador jurídico ambiental consiste precisamente en la definición cierta de lo que se entienda por MTD. De hecho, la Comisión Europea ha advertido que la falta de definición del concepto de MTD (16) constituye una de las más comunes e importantes insuficiencias de la normativa aprobada por parte de los Estados miembros en materia de IPPC.

Las posibilidades de una instalación industrial para asumir en su proceso productivo interno las MTD —una vez desentrañado su radio de acción— es algo perfectamente tangible que puede implicar o no un esfuerzo importante para el titular de una instalación, máxime si hasta el momento se han venido utilizando tecnologías viejas y altamente contaminantes (17).

Las MTD responden a una suerte de gestión, una práctica operacional y procedimental que se centra, principal pero no exclusivamente, en el empleo de nuevas tecnologías limpias donde se da prioridad a los aspectos ambientales (18), incluso en la fase misma de diseño de la instalación.

El análisis del ADN de las MTD (19) arroja como evidencia que estamos en presencia de algo más que una mera tecnología ambiental limpia, por mucho que ésta sea

(15) Vid. KRÄMER, Ludwig. *Derecho ambiental y Tratado de la Comunidad Europea*. Marcial Pons e Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente, Madrid, 1999, p. 36.

(16) Vid. Comunicación de la Comisión «Avances en la aplicación de la Directiva 96/61 de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación». COM (2003) 354, de 19 de junio, p. 4 y 8. De hecho, la propia Comisión ha asumido la necesidad de mejorar y clarificar el concepto de MTD para posibilitar una aplicación más coherente de la Directiva IPPC. Vid. Comunicación de la Comisión «Mejorar la política sobre emisiones industriales». COM (2007) 843 final, de 21 de diciembre, p. 5.

(17) Ya el IV Programa de Acción en materia de medio ambiente para el período 1987-1992 se hacía eco de que «la contaminación supone un despilfarro de recursos y está generalmente asociada a tecnología obsoleta». Y precisamente, el TJCE, en Sentencia de 7 de julio de 2005 (asunto C-364/03), condenó a Grecia por la falta de definición de políticas y estrategias para adaptar progresivamente, a la mejor tecnología disponible, las turbinas de vapor y de gas de una empresa pública de electricidad situada en la isla de Creta, todo ello en el marco del artículo 13 de la Directiva 84/360, de 28 de junio. Tal y como había acreditado la inspección de la Comisión, la central eléctrica venía utilizando una tecnología vetusta y contaminante que bajo ningún concepto, a juicio del TJCE, podía calificarse como empleo de las MTD, sobre todo a la vista de la evolución de las propias MTD. Vid. un comentario de esta Sentencia en GERZSENYI, Gabriella. «Adaptation of industrial plans to Best Available Technology. Judgment of the European Court of Justice in light of Directives 84/360/EEC and 96/61/EC», en *Journal for European Environmental and Planning Law*, vol 3, n.º 4, 2006, p. 308-315 y en REVUELTA PÉREZ, Inmaculada. «La interpretación del Tribunal de Justicia de la regla «mejores técnicas disponibles»: en particular, su aplicación a las instalaciones existentes (comentario a la sentencia de 7 de julio de 2005, asunto C-364/03)», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.º 9, 2006, p. 137-150.

(18) Como se reconoce en la Decisión 1386/2013/UE, de 20 de noviembre, relativa al VII Programa General de Acción de la UE en materia de medio ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta», la adopción por la industria de las MTD puede permitir mejorar las pautas de uso de los recursos naturales y reducir las emisiones de más de 50.000 grandes instalaciones industriales, contribuyendo significativamente a «ecologizar» la economía. Vid. Apartado 34 del Anexo, p. 13.

(19) Vid. con mayor grado de detalle los trabajos de GUTIÉRREZ ALONSO, Juan José. *Mejores técnicas disponibles*, en Alonso, Enrique y Lozano, Blanca. (dirs). *Diccionario de Derecho Ambiental*. Iustel, Madrid, 2006, p. 826-836; TARRÉS VIVES, Marc. *Las mejores técnicas disponibles en materia ambiental: fórmulas para su determinación*, en Esteve Pardo, José. (coord.). *Derecho del medio ambiente y Administración local*. Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2006, p. 345-367; y FORTES MARTÍN, Antonio. «En torno al empleo de las mejores técnicas disponibles como vestigio del moderno Derecho administrativo ambiental», en *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 14, febrero 2007, p. 1-50.

sobresaliente, resulte innovadora, o alcance resultados destacados en el objetivo último de lograr un elevado nivel de protección ambiental. El empleo de las MTD pasa por considerar el conjunto operacional de la instalación, esto es, la utilización racional de la energía o la forma en que la instalación está diseñada, construida, mantenida, explotada, o paralizada. Hasta el punto que el empleo de las MTD propicia una suerte de suficiencia ambiental (y técnica) en la empresa (20). Así pues, una tecnología ambiental en concreto no conduce a nada si no es considerada más allá de su análisis estático en el seno de una instalación industrial. Para ello resulta necesario comprobar cuál es su virtualidad desde una vertiente activa, esto es, cómo se gestiona y aplica como una más de las manifestaciones de la práctica operativa y procedimental de un proceso productivo junto con el diseño, construcción, mantenimiento y explotación de la instalación industrial, factores todos estos relevantes para una gestión ambiental adecuada de la empresa (21).

Ahora bien, una vez definido el contorno técnico de las MTD amerita también precisar su relevancia jurídica. ¿Se esconde detrás de la expresión «el empleo de las MTD» una auténtica obligación jurídica? Para escudriñar la posible respuesta a este interrogante debemos «secuenciar» el ADN de las MTD hasta llegar a representar su estructura molecular primaria.

En esa suerte de propósito «biológico», que de forma figurada proponemos al lector, los «nucleótidos» de las MTD los encontramos en las propuestas de los llamados documentos de referencia MTD, según la DEI (22) (en adelante documentos BREF (23)). Unos documentos que, como mecanismos primarios para la definición de las MTD, constituyen el resultado tangible del intercambio de información organizado por la Comisión Europea, en los términos dispuestos por el artículo 13 DEI. Este intercambio de información, conformado sobre la base previamente existente de la normativa de IPPC, se nutre de la participación de los Estados miembros, las industrias afectadas por el ámbito de aplicación de la IPPC, las ONG's ambientalistas, y la propia Comisión Europea. Y está llamado a pronunciarse sobre las MTD y las técnicas emergentes con el propósito último de posibilitar la elaboración de los documentos BREF.

Los documentos BREF, de carácter y contenido técnico, describen, en particular, «las técnicas aplicadas, las emisiones actuales y los niveles de consumo, las técnicas que se tienen en cuenta para determinar las mejores técnicas disponibles, así como

---

(20) Recuérdese que en la regulación originaria en materia de IPPC —artículo 10 y Considerando n.º19 de la Directiva 96/61, de 24 de septiembre, y artículo 10 y Considerando n.º20 de la Directiva 2008/1, de 15 de enero— se alude a la posibilidad (excepcional) que una norma de calidad ambiental requiera condiciones más rigurosas que las que de por sí se pueden alcanzar mediante el empleo de las MTD. *Vid.* también los artículos 14.4 y 18 DEI.

(21) Este extremo aparece confirmado por el parecer de la Comisión Europea expresado en su Informe de 13 de marzo de 2002 titulado «La tecnología medioambiental en pro del desarrollo sostenible». COM (2002) 122 final, cuando sostiene —p. 5— que al hablar de tecnologías medioambientales «nos referimos a algo más que a dispositivos de final de proceso para eliminar la contaminación». Además de tecnologías stricto sensu, deben también ser considerados «nuevos materiales, procesos de producción eficientes en relación con los recursos y la energía, conocimientos medioambientales, y nuevos métodos de trabajo».

(22) No deja de resultar sorprendente que la DEI otorgue carta de naturaleza, si bien limitada, a los documentos de referencia MTD mientras que sus Directivas predecesoras en materia de IPPC en ningún momento los mencionaban.

(23) Documentos BAT (Best Available Techniques) REFERENCE, que contienen la referencia de las MTD.

las conclusiones sobre las MTD y las técnicas emergentes, tomando especialmente en consideración los criterios que se enumeran en el anexo III (24)».

En definitiva, los documentos BREF contienen las claves para la identificación, en términos generales, de las MTD en el sector de actividad correspondiente (25). Ahora bien, los documentos BREF no imponen, sin embargo, normas jurídicamente vinculantes, como por otra parte la Comisión Europea se ha encargado de puntualizar (26), y ello pese a su destacada relevancia como referentes (incluso de alcance internacional) de indubitada importancia, tanto para la Administración pública de cada uno de los Estados miembros (27), como incluso para los Tribunales en caso de litigio (28). A mayor abundamiento, los documentos BREF no especifican, con alcance ni efectos prescriptivos, ninguna MTD ni VLE obligatorios para las instalaciones industriales pertenecientes al sector de actividad que en cada momento se esté considerando. Tan sólo contemplan cuáles son las MTD para el sector industrial de referencia así como los niveles de emisión y consumo asociados al empleo de esas MTD. Los documentos BREF (29) se erigen, así, como recipiendarios, como meros «depósitos informativos» del estado del arte y de la técnica aplicados a la actividad industrial a la que se refieren (30) pero sin mayores consecuencias legales. Y en el caso en que concretan niveles de emisión y de consumo asociados al empleo de las MTD, debe entenderse que dichos niveles representan el rendimiento ambiental estimado y que puede esperarse

---

(24)  *Vid.* definición de «documento de referencia MTD» contenida en el artículo 3.11 DEI.

(25) Esos documentos BREF pueden limitarse a cuestiones relacionadas con actividades industriales en concreto (BREF verticales) o bien tratar sobre aspectos transectoriales (BREF horizontales).

(26)  *Vid.* Comunicación de la Comisión sobre los avances en la aplicación de la Directiva 96/61, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación. COM (2003) 354 final, de 19 de junio, p. 18.

(27) En el caso de nuestro país, y sin perjuicio de los documentos BREF europeos, el Ministerio de Agricultura, Alimentación, y Medio Ambiente ha elaborado Guías de MTD en España por sectores de actividad. El objetivo de esta suerte de *National Guidances* es disponer de documentos de referencia sobre las MTD, teniendo en cuenta las particularidades ambientales, técnicas, y físicas de un modo más cercano a la realidad industrial de nuestro país. En total son 21 las Guías MTD publicadas hasta el momento.  *Vid.* <http://www.prr-es.es/documentos/documentos-mejores-tecnicas-disponibles>.

(28) En este último supuesto,  *vid.* Auto del TJCE, de 25 de enero de 2004, en la petición de decisión prejudicial en el asunto C-235/02 en materia de residuos, donde el TJCE se sirve de la información publicada en un documento BREF.

(29) Los documentos BREF se estructuran, como regla general, en siete apartados como sigue: Prefacio; Ámbito de aplicación; Capítulo 1 Información general sobre el sector considerado; Capítulo 2 Procesos y técnicas aplicados; Capítulo 3 Niveles actuales de emisión y consumo; Capítulo 4 Técnicas a considerar en la determinación de las MTD; Capítulo 5 Conclusiones sobre las MTD; Capítulo 6 Técnicas emergentes; Conclusiones y recomendaciones; Referencias; Glosario de términos y abreviaturas; y Anexos (en función de la pertinencia para el sector y de la disponibilidad de información). Cabe apuntar que el principal instrumento de difusión de los documentos BREF es el propio  *web site*  de la Oficina Europea de IPPC en <http://eippcb.jrc.ec.europa.eu>. En esta página puede accederse, además de a la información general sobre la DEI y a la propia Oficina Europea de IPPC, también a los documentos BREF adoptados y a su estado actual (terminados, en fase de revisión, etc), así como a otra información relevante sobre los planes de trabajo de la Oficina Europea de IPPC respecto a la elaboración y revisión de los documentos BREF.

(30) Como gráficamente ha señalado MORENO MOLINA, Ángel Manuel.  *Derecho comunitario del medio ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España* . Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 292, los documentos BREF «codifican las principales cuestiones técnicas y tecnológicas relativas a una actividad industrial: reglas de diseño, técnicas existentes, dominantes y emergentes, niveles de emisión de cada técnica existente en el mercado, impacto económico de los mismos, etc».

gracias a la aplicación, en ese sector, de las técnicas descritas, pero sin llegar a proponer en ningún momento qué VLE han de observarse de forma obligatoria.

Para confirmar esta tesis de la ausencia de consecuencia jurídica del empleo de las MTD a partir de su localización en los documentos BREF, podemos apuntar, a mayor abundamiento, que la normativa de IPPC ha asumido, con naturalidad, la realidad de las MTD de forma que la aplicación o el empleo de las MTD no se encuentra entre el elenco de obligaciones jurídicas que ha de observar el titular de una instalación industrial, conforme se predica del artículo 5 de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación (en adelante LIPPC). A lo más a lo que se llega en la regulación tradicional en materia de IPPC(31) —dentro de los principios generales de las obligaciones fundamentales del titular de una instalación industrial— es a disponer que la explotación de las instalaciones se efectuará de forma que «a) se tomen todas las medidas adecuadas de prevención de la contaminación, en particular, mediante la aplicación de las mejores técnicas disponibles». Y de la misma forma, el artículo 11 DEI describe esos mismos principios generales, si bien con la significativa diferencia de enfatizar —desligada de la adopción de todas las medidas adecuadas de prevención de la contaminación— la virtualidad, por sí misma, de las MTD: «b) se aplican las mejores técnicas disponibles».

Justo por el hecho de que se deban tener en cuenta las MTD al tiempo de concederse la autorización ambiental integrada nos encontramos ante un principio informador del funcionamiento de una industria a la hora de fijar, en el título autorizador que se vaya a conceder, las condiciones que disciplinen su explotación posterior. Unas condiciones entre las que se erige de forma sobresaliente la definición de los VLE(32). Precisamente, la observancia de esos VLE sí es lo que entraña una auténtica obligación *ex lege* para el titular de la instalación industrial. Pero no el empleo de unas concretas MTD, para lo cual, en su libre decisión de estrategia empresarial, el titular de una actividad industrial puede servirse de las que se entiendan como MTD en su sector de actividad(33) o de otras técnicas que, en mejor y mayor medida, le permitan alcanzar el cumplimiento de los VLE al que viene obligado(34). Y ello porque la obligación que tiene el titular de una instalación industrial es una obligación de resultado, esto es, «reducir la contaminación al nivel que permitan las MTD, con independencia de los medios de que

---

(31) *Vid.* artículo 3 apartado a) de la Directiva IPPC 96/61, de 24 de septiembre y de la Directiva IPPC 2008/1, de 15 de enero. Cfr. también el artículo 4.1.a) LIPPC.

(32) Téngase en cuenta que en la definición «tradicional» de MTD en el régimen de IPPC, desde la Directiva 96/61, pasando por la Directiva 2008/1, hasta la Directiva 2010/75, destaca la alusión a la propia funcionalidad y capacidad práctica de determinadas técnicas «para constituir la base de los valores límite de emisión».

(33) En el mismo sentido REVUELTA PÉREZ, Inmaculada. El sistema comunitario de prevención y control integrados de la contaminación, en García Ureta, Agustín (ed). *Régimen de prevención y control integrados de la contaminación*. Zaragoza, Gobierno de Aragón, 2004, p. 32 puntualiza que las instalaciones pueden emplear cualquier técnica siempre y cuando quede garantizado el nivel de protección ambiental que el estado de la técnica permita alcanzar objetivamente en el sector de actividad correspondiente.

(34) Por ello, a nuestro juicio, sobre el titular de la instalación recaerá siempre el *onus probandi* para acreditar suficientemente que no había o existía, ni resultaba factible desde el punto de vista técnico o económico para la instalación en particular, la aplicación de otra técnica disponible mejor que la que en efecto fue empleada para cumplir con los VLE fijados en el título autorizador. Concretamente, para el caso de las instalaciones y actividades que utilizan disolventes orgánicos, la aplicación concreta de lo que aquí sostenemos se encuentra recogida en el artículo 59 apartados 2 y 3 DEI.

se valga para ello(35)». Ahí se encuentra, ciertamente, el verdadero propósito de las MTD, a saber, la adaptación continua de los procesos productivos a los avances que se vayan produciendo conforme los conocimientos científico-técnicos de cada momento permitan constatar con el fin último, no ya de eliminar la contaminación, sino de controlar (y en la medida de lo posible reducir) el impacto hasta límites socialmente tolerables. En este sentido, fácilmente se colige que las MTD no constituyen algo inalterable o definitivo, incluso cuando las mismas aparecen perfectamente definidas o identificadas. Más bien, presentan un indudable carácter mutable, dinámico, abierto, flexible, y evolutivo(36) ante su más que evidente y necesaria viabilidad económica que no obligue a las industrias al cierre de sus instalaciones(37).

### III. La «normativización» de las MTD y su subsecuente fuerza jurídica de obligar

#### III.1. Las Conclusiones sobre las MTD: El reforzamiento jurídico en la aplicación de las MTD

Sorprende a los ojos de un jurista cómo de un tiempo a esta parte asistimos a una nueva funcionalidad, a una ¿modificación genética? de las MTD provocado por el empuje que actúa y ejerce la DEI y, con ella, la Ley 5/2013, de 11 de junio, que pasa a transponerla parcialmente a nuestro ordenamiento jurídico y por la que se modifican la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación y la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (en adelante LMLIPPC (38)).

(35) Vid. VALENCIA MARTÍN, Germán. Contenido y alcance de la autorización ambiental integrada, en Valencia Martín, Germán. et al. *Estudios sobre la Ley de prevención y control integrados de la contaminación*. Thomson Aranzadi, 2003, p. 36.

(36) Basta recordar, en este sentido, que ya en el Considerando n.º20 de la originaria Directiva IPPC de 1996, así como en el Considerando n.º21 de la Directiva IPPC de 2008, se advertía que «las mejores técnicas disponibles variarán con el tiempo, especialmente, a consecuencia de los avances técnicos». El propio artículo 11 de estas dos Directivas se refería explícitamente a la «evolución de las mejores técnicas disponibles» tal y como, en la actualidad, puntualiza con el mismo tenor el artículo 19 DEI. Y finalmente el artículo 13.2, también de las dos Directivas, preveía la revisión del permiso «a consecuencia de importantes cambios [por evolución] en las mejores técnicas disponibles», extremo sorprendentemente no recogido en el artículo 21.5 DEI. A mayor abundamiento, la definición de MTD determina expresamente la alusión a «la fase *más eficaz y avanzada* de desarrollo de las actividades y de sus modalidades de explotación...» (la cursiva es nuestra). Vid. artículo 3.10 DEI. Finalmente, el ya citado artículo 19 DEI contempla expresamente lo que se denomina «evolución de las MTD». Este precepto se hace eco de la eventual evolución de las MTD (vid. también artículo 17.3 DEI) así como de la publicación de cualesquiera Conclusiones relativas a MTD «nuevas o actualizadas».

(37) Resulta interesante corroborar este extremo en la Comunicación de la Comisión sobre los avances en la aplicación de la Directiva 96/61, de 24 de septiembre, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación. COM (2003) 354 final, de 19 de junio. En las páginas 16 y 17 de esta Comunicación se afirma que la determinación de las MTD pasa por una previa evaluación de los costes netos estimados para su aplicación en relación con los beneficios ambientales que se logran a raíz de su puesta en práctica. Si a resultas de esa evaluación (a nivel sectorial y no circunscrita a instalaciones concretas) se considera que esas técnicas son demasiado costosas para un sector industrial en su conjunto, las mismas deben quedar descartadas como MTD. En resumen, son tres los extremos que se encuentran detrás de la determinación de las MTD: i) identificación de las opciones posibles; ii) valoración de los efectos ambientales; y iii) consideración de los aspectos económicos.

(38) Vid. Disposición Final primera de la LMLIPPC que detalla la transposición parcial de la DEI y en concreto los preceptos de la misma que se entienden transpuestos a nuestro ordenamiento jurídico. Posteriormente, el



La DEI apuesta, sin ambages, por el fomento de la innovación técnica dotando para ello de un mayor grado de coherencia y credibilidad al proceso de definición de las MTD (39). Para ello asume la plena institucionalización de las MTD, propiciando el tránsito de la pura referencia técnica al reforzamiento jurídico, vía normativización, de las MTD (40). No en vano, ya el Plan UE de Actuación a favor de las Tecnologías Ambientales (PATA) encerraba entre sus objetivos «garantizar que en los próximos años la UE adopte un papel dirigente en el desarrollo y la aplicación de tecnologías ambientales (41)».

Esta decisión inédita —como la que en su día también desencadenó la puesta en práctica del enfoque integrado de la IPPC en materia de contaminación industrial— encuentra su razón de ser en la, hasta el momento, insuficiente definición conceptual y ulterior aplicación práctica de las MTD por parte de los Estados miembros. Esta realidad —y en última instancia la puesta en peligro del objetivo de la consecución de un alto nivel de protección del medio ambiente y la mejora de la calidad ambiental— ha puesto de relieve la necesidad de una acción comunitaria ineludible —pese a la virtualidad primigenia del principio de subsidiariedad en la adopción, por parte de las autoridades de los Estados miembros, de decisiones obligatorias sobre las normas ambientales— y que se explicita claramente en la DEI (42).

Precisamente, la DEI ha contribuido a clarificar y mejorar el concepto de MTD para propiciar así una aplicación más coherente de la regulación en materia de IPPC (43). Para ello, la DEI plantea un doble frente de acción. Por un lado, la que podemos dar en llamar como «juridificación» o institucionalización de las MTD a partir de lo que han dado en llamarse como «Conclusiones sobre las MTD». Y, en segundo lugar, en las

---

RD 815/2013, de 18 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de emisiones industriales y de desarrollo de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación (en adelante REI) ha completado, en su vertiente técnica, la transposición de la DEI a nuestro ordenamiento jurídico interno. *Vid.* Disposición Final séptima del REI.

(39) La Decisión de Ejecución, de 10 de febrero de 2012, por la que se establecen normas en relación con las guías sobre la recogida de datos y las orientaciones sobre la redacción de documentos de referencia MTD y sobre su aseguramiento de la calidad a que se refiere la Directiva 2010/75 sobre las emisiones industriales específica, en su página 6, que el proceso de determinación de las MTD y las técnicas emergentes «debe ser transparente y objetivo y basarse en información técnica y económica sólida». En el mismo sentido LANGE, Bettina. «The EU Directive on industrial emissions: squaring the circle of integrated, harmonised, and ambitious technology standards?», en *Environmental Law Review*, vol 13, issue 3, 2011, p. 203 destaca cómo el establecimiento de las MTD ha adolecido de su falta de transparencia además de que se ha desarrollado de una forma en exceso pragmática, a través de procedimientos informales. Ahora, sin embargo, con la DEI, el establecimiento de las MTD gana en transparencia y pasa a ser «más formal y legalizado».

(40) Como se señala en el Preámbulo (párrafo 8.º) de la Ley LMLIPPC, la principal novedad derivada del nuevo marco comunitario sobre emisiones industriales es que se «refuerza la aplicación de las Mejores Técnicas Disponibles (MTD) en la Unión Europea».

(41) *Vid.* Informe de la Comisión «Desarrollo de un plan de actuación en materia de tecnología medioambiental». COM (2003) 123 final, de 25 de marzo y Comunicación de la Comisión «Fomento de las tecnologías en pro del desarrollo sostenible – Plan de actuación a favor de las tecnologías ambientales en la Unión Europea». COM (2004) 38 final, de 28 de enero.

(42) El Considerando n.º39 DEI es muy claro al insistir en que «Para garantizar unas condiciones de ejecución uniformes deben otorgarse a la Comisión competencias de ejecución para adoptar orientaciones sobre... la redacción de documentos de referencia MTD... para adoptar decisiones sobre las conclusiones sobre MTD...».

(43) Así se evidencia en la Comunicación de la Comisión «Mejorar la política sobre emisiones industriales». COM (2007) 843 final, de 21 de diciembre, p. 4 y 5.

posibilidades que pueden llegar a ofrecer las llamadas técnicas emergentes de cara a su cristalización como auténticas MTD.

Sin duda, el objeto de esta arriesgada (doble) apuesta por parte de las instancias comunitarias responde a un claro propósito, que no es otro que reforzar, hasta el punto de «blindar» normativamente, la aplicación de las MTD. Situación a la que se llega, tal y como ha manifestado abiertamente la Comisión Europea(44), para atajar los problemas de aplicación práctica y, consecuentemente, poner freno al escaso porcentaje de autorizaciones que se han otorgado en función de las MTD(45) y, por ende, con unos VLE no conformes plenamente con las mismas.

Con estos presupuestos, se explica así el énfasis y empeño del legislador comunitario cuando en el artículo 14.3 DEI reconoce abiertamente —y en los mismos términos el artículo 22.4 Ley IPPC en la nueva redacción dada al mismo por el artículo 1.16 LMLIPPC— que «las conclusiones sobre las MTD, así como sus correspondientes revisiones y actualizaciones, deben constituir la referencia para el establecimiento de las condiciones de la autorización(46)».

Estas Conclusiones sobre las MTD son definidas en el artículo 3.12 DEI como

«el documento que contiene las partes de un documento de referencia MTD donde se establecen las conclusiones sobre las mejores técnicas disponibles, su descripción, la información para evaluar su aplicabilidad, los niveles de emisión asociados a las mejores técnicas disponibles, las monitorizaciones asociadas, los niveles de consumo asociados y, si procede, las medidas de rehabilitación del emplazamiento de que se trate».

La DEI se refiere, impropia, a un documento «que contiene las partes» de otro documento. Pese a la incorrección lingüística de la definición, lo que queda claro es que la propia DEI ha querido disociar, distinguir como dos realidades distintas, aunque con una clara interdependencia, a los documentos BREF de las Conclusiones sobre las MTD. De hecho, la definición que de «Conclusiones relativas a las MTD» ofrece el artículo 3.19 LIPPC(47) contribuye a clarificar este extremo al tiempo que despeja todas las dudas acerca de la «elevación de rango» que experimentan las MTD a partir de la redefinición del estatuto jurídico de los documentos BREF. Esta suerte de elevación de rango cristaliza finalmente en «normatividad», en una armonización,

---

(44) *Vid.* Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 2008/1, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación, y la Directiva 1999/13, relativa a la limitación de las emisiones de compuestos orgánicos volátiles debidas al uso de disolventes orgánicos en determinadas actividades e instalaciones. COM (2010) 593 final, de 25 de octubre, p. 4.

(45) De hecho, la reorientación o reconducción de los sistemas de concesión de permisos de los Estados miembros hacia la aplicación de las MTD es una demanda constante de la Comisión Europea en los últimos años dada la insuficiente aplicación de las MTD. *Vid.* claramente en la Comunicación de la Comisión «Mejorar la política sobre emisiones industriales». COM (2007) 843 final, de 21 de diciembre, p. 2 y 4.

(46) Resulta posible, no obstante, y con las cautelas que se contemplan en el artículo 14.5 DEI y el artículo 22.5 LIPPC, en la nueva redacción dada por el artículo 1.16 LMLIPPC, el establecimiento de condiciones en la autorización sobre la base de MTD no descritas en ninguna de las Conclusiones relativas a las MTD.

(47) Apartado 19 incorporado por la modificación operada en la LIPPC por el artículo 1.2 LMLIPPC.

en suma, de una *euro-meaning* BAT con un alcance no sólo técnico(48) sino con un indubitado efecto jurídico(49).

### **III.2. La Decisión de Ejecución comprensiva de las Conclusiones sobre las MTD: ¿más que una mera norma técnica pero menos que una auténtica norma jurídica?**

Las Conclusiones relativas a las MTD responden, más allá de la consideración convencional que la DEI hace «al documento que contiene la parte de otro documento», a la «decisión de la Comisión Europea que contiene las partes de un documento de referencia MTD...». Ahora bien, no estamos hablando, en términos indeterminados, de «las partes [cualesquiera] de un documento de referencia MTD». Por contra, y como la propia DEI se encarga de enfatizar en su Considerando n.º13, las Conclusiones sobre las MTD aluden al «elemento esencial» de los documentos BREF. La parte nuclear de los mismos —el auténtico *corpus* del documento BREF(50)— que, dada así pues su importancia, se «blinda» normativamente bajo la forma de Decisión de Ejecución.

Que las Conclusiones sobre las MTD pasen a encontrarse recogidas en una Decisión de Ejecución de la Comisión(51) no es en absoluto baladí. Más allá de encontrar-

---

(48) No puede perderse de vista tampoco que la acción provocada por la DEI a la hora de depurar y reforzar conceptualmente el significado de MTD conduce también, a nuestro juicio, a una suerte de armonización técnica del propio «producto» MTD en el mercado interior de la UE. Acerca de la armonización europea de estándares técnicos de productos, *vid.* más ampliamente DE SADELEER, Nicolas. «Internal market preventive controls of national technical standards and their impact on environmental measures», en *Journal for European Environmental and Planning Law*, vol 8, n.º3, 2011, p. 252-272.

(49) La propia Comisión Europea señala, de cara al establecimiento de las condiciones de la autorización ambiental integrada, que «esas Conclusiones relativas a MTD se adoptarán como actos de ejecución y tendrán efecto jurídico». *Vid.* Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 2008/1, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación, y la Directiva 1999/13, relativa a la limitación de las emisiones de compuestos orgánicos volátiles debidas al uso de disolventes orgánicos en determinadas actividades e instalaciones. COM (2010) 593 final, de 25 de octubre, p. 4.

(50) Como claramente se afirma en la página 12 de la Decisión de Ejecución, de 10 de febrero de 2012, por la que se establecen normas en relación con las guías sobre la recogida de datos y las orientaciones sobre la redacción de documentos de referencia MTD y sobre su aseguramiento de la calidad a que se refiere la Directiva 2010/75 sobre las emisiones industriales, la finalidad de la elaboración y revisión de los BREF es obtener documentos concisos, «centrados en las conclusiones sobre las MTD» y con unas partes descriptivas o más breves posible.

(51) Salvo error u omisión nuestra, a la fecha de cierre de este trabajo las Decisiones de Ejecución aprobadas por la Comisión Europea y publicadas en el Diario Oficial de la UE comprensivas de Conclusiones relativas a las MTD son las siguientes: Decisión de Ejecución, de 28 de febrero de 2012, por la que se establecen las conclusiones sobre las mejores tecnologías disponibles (MTD) en la fabricación de vidrio conforme a la Directiva 2010/75/UE sobre las emisiones industriales; Decisión de Ejecución, de 28 de febrero de 2012, por la que se establecen las conclusiones sobre las mejores tecnologías disponibles (MTD) en la producción siderúrgica conforme a la Directiva 2010/75/UE sobre las emisiones industriales; Decisión de Ejecución, de 11 de febrero de 2013, por la que se establecen las conclusiones sobre las mejores técnicas disponibles (MTD) para el curtido de cueros y pieles conforme a la Directiva 2010/75/UE sobre las emisiones industriales; Decisión de Ejecución, de 26 de marzo de 2013, por la que se establecen las conclusiones sobre las mejores técnicas disponibles (MTD) para la fabricación de cemento, cal, y óxido de magnesio conforme a la Directiva 2010/75/UE sobre las emisiones industriales; y Decisión de Ejecución, de 9 de diciembre de 2013, por la que se establecen las conclusiones sobre las mejores tecnologías disponibles (MTD) para la producción de cloro-álcali conforme a la Directiva 2010/75/UE sobre las emisiones industriales.

nos ante una mera norma técnica emanada de una entidad privada (lo que no es el caso), las Conclusiones sobre las MTD nos sitúan ante un escenario más próximo al de una norma jurídica, de naturaleza reglamentaria (52), con la nota de obligatoriedad subyacente en la misma, y con el añadido de su publicación.

Como por todos resulta sabido, la Decisión constituye uno de los tres productos normativos básicos del Derecho de la UE (53). La Decisión (si bien por lo que aquí interesa «de Ejecución» en los términos que a continuación abundamos) es una figura heterogénea de difícil categorización jurídica; un *tertium genus* entre una norma y un acto, pero acto jurídicamente vinculante en todo caso. Ahora bien, al ser una Decisión «de Ejecución», entra en juego necesariamente el artículo 291 del Tratado de Funcionamiento de la UE. Conforme al apartado 2 de este precepto, en los casos en que «se requieran condiciones uniformes de ejecución de los actos jurídicamente vinculantes de la Unión, éstos conferirán competencias de ejecución a la Comisión». En nuestro caso, el acto jurídicamente vinculante es la DEI, que sin perjuicio de la adopción por parte de los Estados miembros de todas las medidas necesarias para su ejecución, habilita expresamente —artículo 13.5 DEI— a la Comisión para el dictado de disposiciones en el ejercicio de las competencias de ejecución que se le reconocen. Por tanto, las Decisiones de Ejecución por las que se recogen las Conclusiones relativas a las MTD se dictan por la Comisión «en ejecución» de la DEI (conocidas como «Decisiones DEI») al estimarse necesaria, por encima de la adopción de medidas de Derecho interno por parte de los Estados miembros, una condición uniforme de ejecución de la misma en lo que se refiere a la determinación de las Conclusiones relativas a las MTD. No son actos legislativos (54) *stricto sensu* en terminología comunitaria, pero, al menos, e indiciariamente, puede sostenerse que las mismas irradian cierta «normatividad (55)».

A mayor abundamiento, esa Decisión de Ejecución —cuyos destinatarios son los Estados miembros— contiene aquellas partes del documento BREF donde se establecen, entre otros extremos, i) las conclusiones sobre las MTD; ii) su descripción; iii) la información para evaluar su aplicabilidad; iv) los niveles de emisión asociados a las MTD, v) las monitorizaciones asociadas; vi) los niveles de consumo asociados; vii) y, si procede, las medidas de rehabilitación del emplazamiento de que se trate.

---

(52) Ya TARRÉS VIVES, Marc. Las mejores técnicas disponibles en materia ambiental... *op. cit.* p. 365 advierte de la posibilidad de establecer, de modo explícito, especificaciones técnicas en vía reglamentaria.

(53) *Vid.* artículo 288 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la UE que menciona los actos jurídicos de la Unión.

(54) En tanto que, conforme al artículo 289.3 del Tratado de Funcionamiento de la UE, sólo los actos jurídicos adoptados mediante procedimiento legislativo merecen tal condición. Empero, no puede perderse de vista que las Decisiones de Ejecución se publican en el Diario Oficial de la UE en la Serie «L», si bien en la Sección de «Actos no legislativos».

(55) Realizamos esta afirmación sobre la base de lo dispuesto en el artículo 290.1 del Tratado de Funcionamiento de la UE. Este apartado expresamente dispone que «un acto legislativo podrá delegar en la Comisión los poderes para adoptar actos no legislativos de alcance general que completen o modifiquen determinados elementos no esenciales del acto legislativo». De este modo el acto legislativo vendría constituido en nuestro caso por la DEI y el acto no legislativo por la Decisión de Ejecución dictada por la Comisión.

Aparte ahora la mala técnica legislativa empleada, tanto por el legislador comunitario como por el legislador estatal(56), lo más destacado del alumbramiento de esta nueva suerte de normatividad (técnica y jurídica) que resulta de las Conclusiones sobre las MTD pasa por la extracción de una parte del documento BREF(57), como mera pauta técnica, para su alumbramiento jurídico, con autonomía y sustantividad propias, como Conclusiones sobre las MTD, y cristalizando al mundo jurídico, y sólo a partir de ese momento, en forma de Decisión de Ejecución. Resulta así claro el impulso dado por la Comisión Europea a la hora de enfatizar la importancia de las MTD convirtiéndolas en «norma jurídica(58)». Impulso que propicia un paso más que el constituido hasta el momento por los documentos BREF(59) al ofrecer, vía Conclusiones sobre las MTD, una suerte de «síntesis pseudonormativa», una «dosis más concentrada», en definitiva, de las MTD.

En todo caso, las Conclusiones sobre las MTD incluyen, además de la propia descripción de las MTD y los extremos para valorar su puesta en aplicación, los niveles de emisión asociados a las mismas. Unos niveles de emisión asociados a las MTD(60) —y que se instrumentalizan mediante un rango de niveles con un nivel máximo y un nivel mínimo— que constituyen el referente que toma la Administración a la hora de fijar los VLE(61) para cada concreta autorización ambiental integrada a conceder, situación ésta que entraña relevantes consecuencias jurídicas, inéditas hasta ahora, en la regulación ambiental de la IPPC.

Pero sin duda, la importancia de las Conclusiones sobre las MTD pasa por el hecho de que una estructura tecnocrática como es el caso del mecanismo de intercambio de información —en el seno del comúnmente conocido como «proceso de Sevi-

---

(56) Mala técnica legislativa, a nuestro juicio, por incluir en la definición (Conclusiones sobre las MTD) el propio elemento a definir. Esto trae causa a su vez del «error» en el que incurre el legislador comunitario al señalar que en el documento BREF se describen también, entre otros extremos, las Conclusiones relativas a las MTD, cuando estas mismas Conclusiones son la parte del documento BREF que pasa a juridificarse.

(57) Concretamente el capítulo 5 (*BAT Conclusions*) de los documentos BREF.

(58) Éste ha sido el firme propósito de la Comisión Europea cuando desde hace ya más de diez años viene reconociendo que en los casos en que la Directiva sobre prevención y control integrados de la contaminación haga obligatorio el uso de las mejores técnicas disponibles, «éstas se considerarán como normas comunitarias». *Vid.* Comunicación de la Comisión «Hacia la producción sostenible. Avances en la aplicación de la Directiva 96/61/CE del Consejo relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación». COM (2003) 354 final, de 19 de junio, p. 36.

(59) Téngase en cuenta, no obstante, conforme a lo previsto en la nueva Disposición Transitoria tercera LIPPC introducida por el artículo 1.30 LMLIPPC, y al igual que prevé de igual modo el artículo 13.7 DEI, que en tanto se produzca la adopción de las Decisiones europeas comprensivas de las Conclusiones relativas a las MTD correspondientes a cada uno de los sectores industriales, resultan aplicables, como tales Conclusiones, los propios documentos BREF adoptados por la Comisión Europea con anterioridad. Ahora bien, esta posibilidad no tiene efectos para la fijación de VLE.

(60) Por niveles de emisión asociados con las MTD ha de entenderse «el rango de niveles de emisión obtenido en condiciones normales de funcionamiento haciendo uso de una de las mejores técnicas disponibles o de una combinación de las mejores técnicas disponibles, según se describen en las conclusiones relativas a las MTD, expresado como una medida durante un determinado período de tiempo, en condiciones de referencia específicas». *Vid.* artículo 3.13 DEI y artículo 3.20 LIPPC en la modificación introducida por el artículo 1.2 LMLIPPC.

(61) El artículo 15.3 DEI precisa que la autoridad competente debe fijar unos VLE que garanticen que, en condiciones de funcionamiento normal, las emisiones no superen los niveles de emisión asociados a las MTD que se establecen en las decisiones sobre las conclusiones relativas a las MTD.

lla (62)»— se erige, con innegables mimbres técnicos, en «pre-legislador» europeo indirecto a la hora de establecer, consensuadamente (63), las MTD.

Por lo pronto, la DEI se ha preocupado —Considerando n.º 14— de institucionalizar el funcionamiento —hasta entonces informal— del llamado «intercambio de información» bajo la anterior Directiva IPPC. A partir de ahora, se otorga carta de naturaleza en la propia DEI a la creación de un Foro por la Comisión (64) con el fin de garantizar un proceso de intercambio de información (65) eficaz y activo que posibilite

---

(62) La organización, por parte de la Comisión Europea, de intercambios de información entre los Estados miembros y las industrias acerca de la concreción y empleo de las MTD a través de un esquema de participación —conocido como el «proceso de Sevilla»— constituye, a día de hoy, el proceso más relevante de especificación de las MTD. Este intercambio de información exigido desde la Directiva IPPC constituye «un acicate clave para mejorar el rendimiento ambiental, ya que implica la evaluación comparada sector por sector y la detección y evaluación a fondo de las técnicas aplicadas». Vid. Comunicación de la Comisión «Fomento de las tecnologías en pro del desarrollo sostenible – Plan de actuación a favor de las tecnologías ambientales en la Unión Europea». COM (2004), 38 final, de 28 de enero, p. 23.

El intercambio de información es coordinado por la Oficina Europea de Prevención y Control Integrados de la Contaminación (EIPPCB en su acrónimo en inglés) integrada en el Instituto de Estudios para la Prospectiva Tecnológica (IPTS en su acrónimo en inglés), con sede en Sevilla, donde se coordinan los 35 grupos sectoriales de trabajo que en la actualidad existen. Estos grupos técnicos de trabajo —formados por expertos técnicos que a su vez representan a los Estados miembros, los sectores industriales afectados, las organizaciones ecologistas, las asociaciones de consumidores, sindicatos y organizaciones empresariales— son los encargados de las discusiones técnicas y de suministrar la información y los datos que luego posibilitan la redacción de los borradores o propuestas (DRAFT) de los documentos BREF que finalmente son elaborados por la Oficina Europea de IPPC. Pese a que —como se reconoce en la Comunicación de la Comisión Europea «Hacia la producción sostenible. Avances en la aplicación de la Directiva 96/61/CE del Consejo relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación. COM (2003) 354 final, de 19 de junio, p. 19— los grupos técnicos de trabajo tratan de lograr el consenso, éste no es un requisito indispensable ya que la propia Comisión se encarga de reflejar y justificar en el documento de referencia las posibles diferencias de parecer existentes. A continuación, el siguiente escalón de todo este sistema organizativo se completa con el llamado Foro de Intercambio de Información (IEF), establecido por la DG XI de Medio Ambiente de la Comisión, donde tienen participación representantes de los Estados miembros, Organizaciones No Gubernamentales y Grupos de trabajo técnicos. Precisamente, es en el seno de este Foro donde se debaten, a nivel más político, las propuestas de documentos BREF presentadas por los grupos técnicos de trabajo.

(63) Como atestigua HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. «La reforma del Derecho Administrativo. Primeras experiencias: el ejemplo del Derecho Ambiental», en *Documentación Administrativa*, n.º234, abril-junio 1993, p. 54, la búsqueda de alternativas técnicas realizables económicamente —cual acontece con la determinación de las MTD— constituye un buen ejemplo donde se hace preciso crear un clima de consenso con el interesado a quien se dirige la adopción de esas medidas. En última instancia, la fijación de las MTD se enmarca dentro de un contexto de determinación del riesgo que «demanda nuevas formas de comunicación entre la Administración, los expertos, las empresas, y la opinión pública, y para el que se han de crear nuevas condiciones marco de carácter organizativo-institucional». Vid. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoría general del Derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Marcial Pons y INAP, Madrid. 2003, p. 177.

(64) Este Foro es un grupo de expertos convocado y presidido por la Comisión compuesto por representantes de los Estados miembros, las industrias interesadas y las organizaciones no gubernamentales promotoras de la protección del medio ambiente. La designación de los miembros del Foro y la fijación de sus tareas se realiza conforme dispone la Decisión 2011/C 146/03, de la Comisión, de 16 de mayo de 2011, por la que se crea un Foro para el intercambio de información en virtud del artículo 13 de la Directiva 2010/75/UE sobre las emisiones industriales.

(65) En ese proceso subyace claramente, a nuestro modo de ver, la fórmula británica de la *Best Practicable Environmental Option* (BPEO) en tanto que resultado de un sistemático proceso de consultas y toma de decisiones conducente a contar con una opción que provee el mayor beneficio o el menor daño al medio ambiente como un todo, y a un coste aceptable tanto a largo plazo como a corto plazo. Vid. más ampliamente acerca de la BPEO, 12th Report «The Best Practicable Environmental Option». Royal Commission on Environmental Protection. Cm 310. February 1988.

el alumbramiento de documentos BREF «de alta calidad», como apostilla el mismo Considerando n.º 14 citado de la DEI.

Este Foro de Intercambio de Información, en los términos del artículo 13.4 DEI, tiene como función emitir un dictamen, tanto sobre los procedimientos prácticos del intercambio de información, como sobre el contenido propuesto de los documentos BREF resultantes de los trabajos realizados a nivel técnico (66).

Y a resultas de esa destacada labor del Foro de Intercambio de Información afirmamos que el mismo se erige en «pre-legislador» como quiera que, tras el dictamen de las Conclusiones sobre las MTD por el Comité al que se refiere el artículo 75.1 DEI —compuesto por representantes de todos los Estados miembros y encargado de asistir a la Comisión en la aplicación de la DEI—, la Comisión Europea asume sus determinaciones como propias (67), incorporándolas tendencialmente al acervo de la UE y confiriéndoles, vía Decisión de Ejecución, carácter obligatorio con arreglo al Derecho de la UE.

Por tanto, el carácter normativo se alcanza no ya por la remisión hecha por parte de una norma jurídica a una norma técnica. Más bien, y por el contrario, desde el mismo momento en que dichas Conclusiones sobre las MTD son institucionalizadas en una Decisión de Ejecución de la Comisión. Institucionalización a modo de «lubricante jurídico» de todo el *expert judgment* (68) que entraña el proceso técnico previo de definición de las MTD. De hecho, la juridificación (si bien no plena (69)) de las Conclusiones sobre las MTD se confirma con el tenor del artículo 13.5 DEI que expresamente contempla la adopción de Decisiones (70) sobre las conclusiones relativas a las MTD de conformidad con el procedimiento de reglamentación previsto en el artículo 75.2 de la propia DEI. Este procedimiento de reglamentación contemplado en el artículo 75 DEI remite, a su vez, a lo dispuesto en los artículos 5 y 7 de la Decisión 1999/468, de 28 de junio, por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión.

Pero aún más, conforme dispone el artículo 22.1 Ley IPPC (71), el contenido mínimo de la autorización no sólo va a venir representado, como hasta el momento, por los VLE. Además, siendo esto lo más destacado en estrictos términos jurídicos, deben especificarse igualmente en la propia autorización «las mejores técnicas disponibles contenidas

---

(66) A partir de lo dispuesto en el artículo 13.4 DEI, la Comisión debe hacer público el dictamen del Foro sobre el contenido propuesto del documento BREF y, además, tener en cuenta ese dictamen para el procedimiento de adopción de decisiones relativas a las Conclusiones sobre las MTD.

(67) Conforme ha destacado BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. «La mejor tecnología disponible», en *Ecosostenible*, n.º10, diciembre 2005, p. 1-2 la fijación de las MTD es el resultado último de un proceso complejo de co-regulación entre actores públicos y privados «y de asunción del resultado por la Comisión».

(68) *Vid.* más ampliamente LANGE, Bettina. «From boundary drawing to transitions... *op. cit.* p. 255.

(69) Señalamos que la juridificación de las MTD no es plena porque si la voluntad hubiera sido la de juridificar con plenos efectos la determinación final de las MTD la opción escogida no habría sido la de una mera Decisión de Ejecución sino a través de una Directiva. Y en esa disyuntiva de la Comisión parece haber pesado más la conveniencia de no juridificar plenamente hasta ese extremo dado el carácter cambiante y evolutivo de lo que se entienden en cada momento por MTD.

(70) Adoptada una Decisión sobre las Conclusiones de las MTD, el artículo 13.6 DEI dispone que la Comisión hará accesibles al público los documentos BREF «y velará por la publicación de las conclusiones relativas a las MTD en todas las lenguas oficiales de la Unión».

(71) En la redacción dada al mismo por el artículo 1.16 LMLIPPC.

en las conclusiones relativas a las MTD que son utilizadas en la instalación para alcanzar los valores límite de emisión mencionados en el primer párrafo (72)».

Con ello se puede inferir así, cabalmente, que la observancia de los VLE —verdadero aspecto nuclear hasta el momento del régimen de IPPC para cada titular de una autorización ambiental integrada— deja de ser la única obligación jurídica sobre la que se hace descansar el entero funcionamiento de una instalación industrial. Resulta claro que, a partir de ahora, también pasan a formar parte de esa misma obligación jurídica las propias MTD (73) contenidas en las Conclusiones relativas a las MTD y que son utilizadas en la instalación (74). Y todo, con el añadido final de que la pura obligación de resultado para el titular de la instalación de cumplir permanentemente con los VLE fijados en su autorización ambiental integrada pasa a ser también una obligación «medial» como quiera que las Conclusiones relativas a las MTD tienen contenido jurídico específico (75) —al venir recogidas en una Decisión de Ejecución— y prescriben, a fin de cuentas, y en el propio título autorizador, como auténticas *conditio iuris*, el modo (técnico y «normativizado») de cumplir con esos VLE (76).

(72) Atisbándose perfectamente en la regulación comunitaria de IPPC y de emisiones industriales la fuerte influencia que ejerce el régimen ambiental británico donde en cada autorización ambiental se considera ya implícita una condición conforme a la cual el titular de la instalación industrial debe emplear las MTD para prevenir o, cuando ello no sea posible, reducir las emisiones de la instalación. *Vid.* Part II Permits, 12, Conditions of permits: specific requirements (10), The Pollution Prevention and Control (England and Wales) Regulations 2000 (Statutory Instrument 2000/1973). Esta regulación ha sido ulteriormente derogada, con entrada en vigor a partir del 6 de abril de 2008, por The Environmental Permitting (England and Wales) Regulations 2007 (Statutory Instrument 2007/3538).

(73) Como ha destacado BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. *Derecho Ambiental*. La Ley, Madrid, 2014, p. 134-135, en el estricto plano jurídico, las MTD responden a un criterio técnico asociado a una obligación jurídica, esto es, la condición técnica que fija el contenido de una verdadera obligación jurídica. De forma que el Derecho depende en última instancia de la técnica que es la que fija el contenido de sus obligaciones.

(74) Resulta perfectamente factible pensar que si una concreta técnica está al alcance de una empresa media dentro de un sector industrial determinado, el empleo de esa técnica puede llegar a convertirse en materialmente «obligatoria» para el resto de instalaciones que operen a escala parecida en el mismo sector de actividad. *Vid.* VALENCIA MARTÍN, Germán. «Aplicación y perspectivas de futuro de la Directiva sobre prevención y control integrados de la contaminación», en *Noticias de la Unión Europea*, n.º190, noviembre 2000, p. 166. Una obligación material, eventualmente existente hasta el momento, que torna, a partir de ahora, en obligación jurídica. De hecho, y salvo que se especifique otra cosa en las propias Conclusiones sobre las MTD, las técnicas mencionadas en las Conclusiones sobre las MTD son generalmente aplicables a la actividad considerada. *Vid.* página 19 de la Decisión de Ejecución, de 10 de febrero de 2012, por la que se establecen normas en relación con las guías sobre la recogida de datos y las orientaciones sobre la redacción de documentos de referencia MTD y sobre su aseguramiento de la calidad a que se refiere la Directiva 2010/75 sobre las emisiones industriales.

(75) Dispone la Decisión de Ejecución, de 10 de febrero de 2012, por la que se establecen normas en relación con las guías sobre la recogida de datos y las orientaciones sobre la redacción de documentos de referencia MTD y sobre su aseguramiento de la calidad a que se refiere la Directiva 2010/75 sobre las emisiones industriales —página 19— que las Conclusiones sobre las MTD consisten en una serie de conclusiones específicas que indican las técnicas o combinaciones de técnicas que son MTD para conseguir un objetivo ambiental dado.

(76) Lo que en la práctica puede desencadenar alguna que otra disfunción ya que al mismo tiempo la normativa de IPPC consagra la coetillia, por todos conocida, de no «prescribir la utilización de una técnica o tecnología específica». De hecho, el artículo 12.1 Ley IPPC, en la nueva redacción dada por el artículo 1.10 LMLIPP, prevé expresamente que el proyecto básico que debe acompañarse como documentación a la solicitud de autorización ambiental integrada especifique la «tecnología prevista y otras técnicas utilizadas para prevenir y evitar las emisiones procedentes de la instalación o, y si ello no fuera posible, para reducirlas, indicando cuáles de ellas se consideran mejores técnicas disponibles de acuerdo con las conclusiones relativas a las MTD» (la cursiva es nuestra).



### III.3. Las técnicas emergentes: ¿«embrión» de la norma MTD?

Abordando ahora el segundo de los extremos de ese doble frente de acción que plantea la DEI, según advertíamos *ut supra*, por lo que respecta a la virtualidad que presentan las llamadas técnicas emergentes, las mismas son definidas en el artículo 3.14 DEI como

«una técnica novedosa para una actividad industrial que, si se desarrolla comercialmente, puede aportar un nivel general más alto de protección del medio ambiente o al menos el mismo nivel de protección del medio ambiente y unos ahorros de costes superiores a los que se obtendrían con las mejores técnicas disponibles actuales(77)».

El hecho de que la técnica emergente sea novedosa y aún sin desarrollo comercial(78) —dado el escenario de incertidumbre en el que todavía la misma se desenvuelve— determina, en buena lógica, su falta de extensión y generalización, pero en modo alguno su ignorancia o su más absoluto desconocimiento. A esta afirmación conduce no sólo el sentido etimológico del término «emergente» sino la virtualidad misma que la DEI quiere proporcionar a las técnicas emergentes al enfatizar en su artículo 27 el desarrollo y aplicación de las técnicas emergentes «en particular las mencionadas en los documentos de referencia MTD(79)».

No cabe duda, así pues, de que la técnica emergente goza de cierta relevancia (también jurídica) en su necesaria toma en consideración(80). En todo caso, siendo la técnica emergente una técnica todavía experimental, «en fase de pruebas», por su falta de recorrido y, lo que es aún más importante, por su (todavía) falta de disponibilidad plena, o mínimamente contrastada «en condiciones económica y técnicamente viables(81)», esto no impide que pueda ser ya objeto también de consideración jurídica. En este sentido, los titulares de las actividades industriales están siendo animados, por parte de las instancias comunitarias, a probar estas técnicas emergentes, si-

---

(77) La cursiva es nuestra.

(78) Como refiere la Decisión de Ejecución, de 10 de febrero de 2012, por la que se establecen normas en relación con las guías sobre la recogida de datos y las orientaciones sobre la redacción de documentos de referencia MTD y sobre su aseguramiento de la calidad a que se refiere la Directiva 2010/75 sobre las emisiones industriales —página 18— debe procurarse incluir exclusivamente en el capítulo de «técnicas emergentes» aquéllas que se encuentren en una fase de desarrollo tal que haya grandes probabilidades de que puedan convertirse en MTD en un futuro cercano.

(79) *Vid.* también en el mismo sentido el artículo 3 REI.

(80) Así se desprende, indubitadamente, de la Decisión 1386/2013/UE, de 20 de noviembre, relativa al VII Programa General de Acción de la UE en materia de medio ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta». Dentro del objetivo prioritario n.º2 del nuevo Programa General, el Parlamento y el Consejo destacan la necesidad de «generalizar la aplicación de las «mejores técnicas disponibles» y redoblar esfuerzos para promover la adopción de las tecnologías, procesos y servicios innovadores que vayan surgiendo».

(81) Para la Comisión Europea, entre los factores que limitan la consolidación de una nueva tecnología en fase de desarrollo cabe citar la falta de financiación, la aversión al riesgo, la incertidumbre, y una información insuficiente sobre la eficiencia de la tecnología y la falta de los conocimientos periciales necesarios. *Vid.* Informe de la Comisión «La tecnología medioambiental en pro del desarrollo sostenible». COM (2002) 122, de 13 de marzo, p. 18.

quiera todavía con resultados inciertos o no definitivos. Y es en esa suerte de «carrera tecnológica», en unos escenarios «de ensayo y error», donde puede producirse el alumbramiento de técnicas emergentes, experimentales, que superen, como alternativa posible, el alcance —ambientalmente hablando— de las MTD (82). Es por ello que el margen de actuación y, sobre todo, la velocidad de implementación de las MTD (cuándo y cómo) que manejan las instalaciones es un factor a tener muy presente (83). Aspecto éste que, lejos de venir condicionado por la fuerza, no sólo material, sino ahora también jurídicamente obligatoria que pueden llegar a cobrar las MTD, pueden llegar a impedir también las investigaciones y desarrollos propios de algunas instalaciones, que temerosas de apartarse de lo que unánimemente se ha considerado —y aparece dispuesto en una Decisión de Ejecución— como MTD en un sector de actividad, se vean forzadas también a emplearlas en su proceso productivo. Por ello, y para incentivar esa experimentación, el artículo 15.5 DEI y el artículo 7.6 Ley IPPC (84) prevén la concesión de exenciones temporales —por un período de tiempo no superior a nueve meses— de los requisitos, entre otros, del cumplimiento de los VLE asociados a las MTD «respecto a las pruebas y la utilización de técnicas emergentes». En esa fase temporal de pruebas, el titular de la instalación tiene una exención para, precisamente, explorar, bajo la égida de las técnicas emergentes, la viabilidad de «procesos, instalaciones o métodos de funcionamiento comparables que hayan dado resultados positivos a escala industrial (85)» y que, precisamente por ello, pueden acabar convirtiéndose en MTD. De hecho, al término de ese plazo, el titular de la actividad viene obligado, bien a interrumpir la aplicación de la técnica, bien a garantizar que la actividad es capaz de alcanzar, como mínimo, los niveles de emisión asociados a las MTD. Lo que supone la conversión automática, de facto, de la hasta entonces técnica emergente, y previo su bautismo como «*candidate BAT* (86)», en MTD. Ahora bien, para su completo reconocimiento, a todos efectos, como MTD resulta necesaria la formalización jurídica de las Conclusiones sobre las MTD en una Decisión de Ejecución de la Comisión para que puedan tener auténtica fuerza jurídica de obligar.

(82) Téngase en cuenta, en este sentido, que el artículo 26.1.c) LIPPC contempla la modificación de oficio de la autorización ambiental integrada cuando la seguridad de funcionamiento del proceso o actividad desarrollado en una instalación industrial en concreto «haga necesario emplear otras técnicas». Por otra parte, en la solicitud de la autorización ambiental integrada se debe incluir un proyecto básico comprensivo, entre otros extremos, de: 11.º Un breve resumen de las principales alternativas a la tecnología, las técnicas y las medidas propuestas, estudiadas por el solicitante, si las hubiera». Vid. artículo 12.1.a) LIPPC en la redacción dada al mismo por el apartado 10 del artículo 1 LMLIPPC.

(83) No puede perderse de vista que ya en la normativa originaria en materia de IPPC, el anexo IV —tanto de la Directiva 96/61, de 24 de septiembre, como de la Directiva 2008/1, de 15 de enero— recogía una serie de aspectos que debían ser tenidos en cuenta a la hora de determinar las MTD. Y entre los extremos ahí mencionados se encontraban «5. Avances técnicos y evolución de los conocimientos científicos» y «8. Plazo que requiere la instauración de una mejor técnica disponible». Vid. también, en la actualidad, los mismos apartados del Anexo III de la DEI.

(84) En la nueva redacción dada por el artículo 1.5 LMLIPPC.

(85) Como refiere el apartado 4 del Anexo III de la DEI, entre los criterios para determinar las MTD.

(86) Una «*candidate BAT*» debe superar un triple filtro para poder merecer la condición de MTD: su viabilidad técnica, sus beneficios ambientales, y su viabilidad económica. Si una de estas tres condiciones no se cumple, la *candidate BAT* no recibe la condición final de MTD. Vid. VERCAEMST, Peter. *BAT: when do Best Available Techniques become Barely Affordable Technology?* Mol, Belgium: VITO, Flemish Institute for Technological Research. IMS/N9109/PVc/02-26/V1, 2002, p. 4.

Por otra parte, estas técnicas emergentes plantean, sin duda, la incertidumbre de poder llegar a ser más estrictas que las MTD ya existentes o actualmente referenciadas, en la medida en que a una nueva instalación, al tiempo de concederle una autorización ambiental integrada, se le puede estar exigiendo cumplir con unos VLE según el «estado del arte tecnológico», circunstancia que resulta totalmente irrazonable desde el punto de vista económico si se obligara a una instalación existente a modificar todos sus equipos (87). Esto mismo es lo que explica la eventual funcionalidad futura de las técnicas emergentes (para pasar a erigirse como auténticas MTD) sobre la base de un criterio, no ya ambiental o puramente técnico, sino estrictamente económico, a raíz de permitir alcanzar no sólo un más alto o al menos un nivel igual de protección del medio ambiente, sino, ante todo, alcanzar «un ahorro de coste superior al que pueda alcanzarse con las MTD actuales (88)». Por ello, no puede pasarse por alto el *balancing test* que han de llevar a cabo las instalaciones de cara a su implantación efectiva (89). Una ponderación entre los costes y beneficios (90) que es justo lo que late en la posibilidad, contemplada en el artículo 15.4 DEI y en el artículo 7 Ley IPPC (91), de fijar VLE menos estrictos. Posibilidad excepcional que queda supeditada a la necesidad de acreditar, mediante una evaluación, que «la consecución de los niveles de emisión asociados con las mejores técnicas disponibles tal y como se describen en las conclusiones sobre las MTD dará lugar a unos costes desproporcionadamente más elevados en comparación con el beneficio ambiental».

Sea como fuere, el auténtico caballo de batalla se sitúa, así pues, en la puesta a disposición (disponibilidad) de las mejores técnicas, tanto de las ya existentes, como de las emergentes que pueden llegar a convertirse en MTD, en la medida en que el

---

(87) La duda está en si la inercia puede conducir a imponer límites de emisión más rigurosos a las actividades nuevas que a las industrias que vienen ya operando, dado que a las instalaciones nuevas, a las que se les exigen VLE basados en MTD (incluso de las técnicas emergentes), les puede resultar más asequible, económicamente hablando, afrontar los costes de minimización de la contaminación en la fase de diseño de las mismas que exigir a las instalaciones ya en funcionamiento modificar o añadir nuevos elementos en su conjunto operacional.

(88) Por ejemplo, mediante la reducción del consumo de materias primas o de energía, o de las tasas sobre residuos, o por posibilitar un período de amortización más corto que en el caso de otras técnicas.

(89) Tal y como ha recreado el TJUE en su Sentencia de 18 de octubre de 2012 (JUR 2012/332836) en relación con el concepto de «los mejores conocimientos técnicos que no redunden en costes excesivos» —en el marco de la Directiva 91/271, de 21 de mayo, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas— dicho concepto «debe examinarse ponderando, por una parte, la tecnología más avanzada y los costes correspondientes y, por otra, las ventajas que puede aportar un sistema colector o de tratamiento de aguas más eficaz. En ese marco, los costes generados no pueden ser desproporcionados con respecto a las ventajas obtenidas». En última instancia, el examen final se reduce a determinar si los costes que requiere la implantación efectiva de los mejores medios técnicos son o no proporcionados en relación con la ventaja que supondrá para el medio ambiente. Con ello resulta que las MTD son el resultado final de un equilibrio entre las repercusiones para el medio ambiente y los costes que las mismas entrañan. E inevitablemente, como reconoce la propia Comisión Europea en su Comunicación «Hacia la producción sostenible. Avances en la aplicación de la Directiva 96/61/CE del Consejo relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación». COM (2003) 354 final, de 19 de junio, p. 16, algunas de las MTD no serán amortizables, sin embargo, «la aplicación del principio el que contamina paga hace que sus beneficios para la sociedad superen los costes asumidos por el titular».

(90) *Vid.* ESTEVE PARDO, José. «La adaptación de las licencias... *op. cit.* p. 51 quien especialmente incide en la relevancia del juicio de ponderación económica, esto es, «valorar en qué momento de la producción de una determinada tecnología alcanza ésta un coste que permite que sea accesible por las instalaciones industriales que operan en ese sector»

(91) En la nueva redacción dada al mismo por el artículo 1.5 LMLIPCC.

acceso a las mismas lo sea en términos razonables. El reto de la búsqueda de alternativas técnicas eficaces pero a la vez realizables económicamente —de lo que finalmente depende su eventual cristalización jurídica en unas Conclusiones sobre las MTD formalizadas en una Decisión de Ejecución— debe superar con cierta solvencia un «test de razonabilidad». Este test representa, a nuestro modo de ver, el contrapeso necesario a la eficacia de una técnica en forma de viabilidad (razonabilidad) de esa misma técnica(92) en relación con el hecho de si su aplicación va a obligar o no al cierre de una industria por puros motivos económicos(93), justo en línea con la alusión que en la definición de lo que se deba entender por «técnicas disponibles» se hace a una serie de técnicas desarrolladas a una escala que

«permita su aplicación en el contexto del sector industrial correspondiente, *en condiciones económica y técnicamente viables*, tomando en consideración los costes y los beneficios...siempre que el titular pueda tener acceso a ellas *en condiciones razonables*(94)».

Y en términos de acceso razonable a las MTD (razonabilidad técnica y económica), los ciclos de inversión y el factor económico empresarial —condicionado tanto por requerimientos técnicos como por la propia estructura del mercado— constituyen aspectos nucleares que no pueden obviarse(95). Empero, el factor económico de la incorporación de estas MTD —asociado más a la idea de subsistencia de la industria que a la de pura rentabilidad— no es un extremo que parezca haber merecido la atención del legislador. Las normas ambientales, incluso las de más reciente aprobación, han tardado en caer en la cuenta del problema de los costes(96), tanto de los costes fijos por la aplicación de las MTD como de los costes adicionales que la industria también se ve obligada a asumir, estos últimos en términos de pura resiliencia económica.

(92) Tal y como ha señalado la Comisión en su Comunicación «Mejora de la política en materia de emisiones industriales». COM (2007) 843 final, de 21 de diciembre, la Directiva IPPC establece los principios reguladores de la concesión de permisos y la supervisión de las grandes instalaciones industriales, basados en un enfoque integrado y en la aplicación de las mejores técnicas disponibles, «que son las más eficaces para alcanzar un elevado nivel de protección del medio ambiente, habida cuenta de los costes y ventajas».

(93) No puede obviarse, por tanto, que la disponibilidad de las técnicas es disponibilidad no sólo material sino también y, fundamentalmente, económica. *Vid.* BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. «Valores límite de emisión de las instalaciones de combustión en el Derecho de la Unión ¿Cómo controlar el poder de la Administración para establecer valores más severos?», en *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º29, 2012, p. 35.

(94) *Vid.* artículo 3.10.b) DEI. La cursiva es nuestra.

(95) El estudio dirigido por David HITCHENS (The Queen's University of Belfast) y titulado «The impact of best available techniques on the competitiveness of european industry» —European Commission. Joint Research Centre. Institute for Prospective Technological Studies, Report EUR 20133 EN, November 2001— reconoce que el momento idóneo para efectuar inversiones a nivel ambiental es aquél en el que se procede a una renovación ya programada de la maquinaria de la instalación hasta el punto que las industrias con ciclos relativamente largos de inversión tienen menos flexibilidad que aquellas industrias con ciclos más cortos. El estudio se encuentra disponible en la web. <http://ftp.jrc.es/EURdoc/eur20133en.pdf>.

(96) Por contra a esa tendencia, la Exposición de Motivos de la derogada Ley 38/72, de 22 de diciembre, de protección del ambiente atmosférico ya afirmaba que «el titular de las actividades contaminadoras debe tomar plena conciencia de que la reducción de las emisiones a la atmósfera por el funcionamiento de las mismas es un capítulo de sus costes de producción o gastos de mantenimiento con el que siempre debe contar».

En resumen, se nos antojan dos los aspectos clave en ese test de viabilidad (por disponibilidad y razonabilidad) de las MTD al que tendrán que enfrentarse las industrias cuando experimenten con técnicas emergentes de cara a mantener su competitividad en el mercado. Así, en primer término, la mejora ambiental que se consigue con la técnica. Y, en segundo lugar, si la misma es asequible (factibilidad) para la industria. Lo que no significa, en este segundo caso, ni que estemos hablando necesariamente de técnicas «*low cost*» ni que la técnica en concreto deba tener ya un uso generalizado. Más bien, basta con que la misma haya sido probada o desarrollada mínimamente para que la industria pueda ir introduciéndola confiadamente.

#### **III.4. Las consecuencias jurídicas del alumbramiento (jurídico) de las MTD en forma de «Conclusiones relativas a las MTD»**

Con la remisión que la normativa de IPPC hace a lo que se entiendan en cada momento por las mejores técnicas, de entre todas las disponibles, la autorización ambiental integrada —y con ella la propia actividad autorizada— queda expuesta a una constante «flexibilidad técnica evolutiva» al quedar implícita y permanentemente abierta al avance científico y técnico (97), conformándose, en definitiva, como la llave que permite la consecución, de una forma exitosa y con plenas garantías, de la determinación de los VLE. De ahí que el concepto de MTD arrastre necesariamente un dinamismo y una flexibilidad tales que permita a la Administración valorar en cada momento, sobre la propia autorización ambiental integrada concedida, las limitaciones (técnicas) que han de imperar el funcionamiento de la actividad, y ello como consecuencia de las características técnicas y económicas de la instalación, sin olvidar, en última instancia, las condiciones ambientales existentes. Dinamismo y flexibilidad, en suma, que encuentra concreción en la eventual mejora, revisión, o actualización de las Conclusiones relativas a las MTD, dado, como ya nos consta, su continuo carácter evolutivo (98).

No puede perderse de vista, por tanto, en la eventual superveniencia de circunstancias que condicionan (y precipitan) la revisión de la autorización ambiental integrada, la circunstancia que viene propiciada por el proceso de revisión o actualización de un documento BREF (99) y, con él, de las propias Conclusiones relativas a las MTD.

---

(97) Como ya advirtiera GUTIÉRREZ ALONSO, Juan José. «La cláusula mejores técnicas disponibles versus el criterio de neutralidad tecnológica y su aplicación en el Derecho administrativo español», en *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º128, 2005, p. 652, la cláusula MTD «viene en realidad a constituir un mandato normativo incompleto que necesita de su integración con variables y factores absolutamente casuísticos, dependientes e interdependientes entre sí».

(98) Un dinamismo propio del estándar de las MTD que también ha sido destacado por PERNAS GARCÍA, Juan José. *Estudio jurídico sobre la prevención de la contaminación industrial: la autorización ambiental integrada*. Atelier, Barcelona, 2004, p. 247.

(99) Conforme explicita la Decisión de Ejecución, de 10 de febrero de 2012, por la que se establecen normas en relación con las guías sobre la recogida de datos y las orientaciones sobre la redacción de documentos de referencia MTD y sobre su aseguramiento de la calidad a que se refiere la Directiva 2010/75 sobre las emisiones industriales —página 7—, dada la naturaleza dinámica de las MTD, la revisión de los BREF es un proceso continuo ya que pueden surgir técnicas y medidas nuevas, la ciencia y la tecnología evolucionan constantemente, y el sector industrial utiliza con éxito procesos nuevos o emergentes. En definitiva, la finalidad de la revisión de un documento BREF es determinar la evolución misma de las MTD.

Una puesta al día de las Conclusiones relativas a las MTD, con su consiguiente y ulterior publicación, que obliga a acomodar la autorización a la nueva realidad (técnica y jurídica) que resulta de la publicación —por revisión— de nuevos documentos BREF y, consecuentemente, de nuevas o de actualizadas Conclusiones relativas a las MTD. En el nuevo escenario normativo en materia de emisiones industriales(100) se establecen, de este modo, mecanismos más precisos acerca de la revisión, con cierta regularidad, de las autorizaciones ambientales. Concretamente, con la DEI desaparece el deber de renovación, a instancias del titular de la instalación industrial, de la autorización ambiental integrada transcurridos ocho años desde su otorgamiento. En su lugar, se contempla un «reexamen» obligatorio de las condiciones de la autorización (conducente a su eventual actualización) en el plazo de cuatro años a partir de la publicación de las Decisiones relativas a las Conclusiones sobre las MTD, tanto de las nuevas, como de la actualización de las ya existentes.

A mayor abundamiento, resulta oportuno hacer hincapié en el hecho de que esa revisión ha de tener en cuenta todas las Conclusiones sobre las MTD, nuevas o actualizadas, que resulten aplicables a la actividad desde que la autorización fue concedida, actualizada, o revisada por última vez. Y ello hasta el punto que, en última instancia, procede una comparación del funcionamiento de la instalación con las MTD descritas en las Conclusiones relativas a las MTD y con los niveles de emisión asociados a ellas. Es así como, por mor de las Conclusiones sobre las MTD y su carácter cambiante y evolutivo, la Administración cuenta con un poder de modalización (normativo) continuada de la actividad a lo largo de su período de vida.

Por si fuera poco lo anterior, y pensando en el eventual escenario de que una actividad no estuviera cubierta por ninguna de las Conclusiones relativas a las MTD vigentes hasta el momento, el artículo 21.4 DEI(101) no ha querido dejar pasar por alto que también en esos casos las condiciones de la autorización sean revisadas y, en su caso, adaptadas cuando avances técnicos y, sobre todo, el descubrimiento y consolidación de nuevas MTD(102) permitan una reducción significativa de las emisiones o una mejora en las condiciones ambientales. En todo caso, es lógico, y necesario a la vez, pensar en la existencia de un par de límites, económico y temporal, a modo de contrapesos para el titular de la actividad, en aquellos casos de revisión de la autorización a raíz de importantes cambios en las MTD. Dicho límite descansa, a nuestro modo de ver, tanto en la reducción significativa de emisiones en la actividad «sin imponer costes excesivos», como en el plazo temporal que se requiere para la efectiva instauración de una mejor técnica disponible(103).

---

(100) *Vid.* Considerandos n.º 21 y 22 y artículo 21.3 DEI. Cfr. también el nuevo artículo 25.2 LIPPC en la modificación operada por el artículo 1.20 LMLIPPC.

(101) *Vid.* también el nuevo artículo 25.3 LIPPC en la modificación operada por el artículo 1.20 LMLIPPC.

(102) Piénsese, por ejemplo, en el tránsito de lo que hasta entonces ha sido una técnica emergente experimental a su consolidación, no sólo técnica, sino también jurídica, como MTD pasando a ser incluida en las Conclusiones relativas a las MTD y aprobada en una Decisión de Ejecución.

(103) Téngase en cuenta que el señalado en el texto principal es uno de los aspectos que deben necesariamente considerarse, con carácter general o en un supuesto particular, cuando se determinen las MTD, ponderando para ello los costes y ventajas que pueden derivarse de una acción y los principios de precaución y prevención. *Vid.* Anejo 3 LIPPC en la nueva redacción dada al mismo por el artículo 38 LMLIPPC.

#### IV. Conclusiones finales

El reforzamiento conceptual de las MTD de cara a su ulterior aplicación práctica constituye una, si no la principal, de las novedades destacadas del nuevo esquema regulatorio dispuesto por la DEI en materia de emisiones industriales y prevención y control integrados de la contaminación.

Para poner fin a la pesadilla que venía suponiendo para la Comisión Europea el otorgamiento de autorizaciones, por parte de las autoridades de los Estados miembros, sin ninguna correspondencia con el empleo de las MTD, la solución final por la que se opta en este nuevo escenario neo-ambiental no es otra que el recurso a «la fuerza de la ley». Lo que en nuestro caso supone que las Conclusiones sobre las MTD, juridificadas en una Decisión de Ejecución, constituyen la referencia para el establecimiento de las condiciones de la autorización ambiental integrada. Son, por tanto, obligatorias a resultas de la nueva normatividad inmanente en las MTD.

Las Conclusiones sobre las MTD se han convertido en los «probióticos» a cuya «ingesta» obliga la Comisión Europea —por sus potenciales efectos beneficiosos a la hora de alcanzar unos niveles de emisión más bajos a un coste también más reducido— en la nueva «dieta tecnológica» propuesta por la DEI para el tejido industrial europeo sometido al ámbito de aplicación de la IPPC.

Este escenario, no ajeno a muchas dificultades prácticas, está llamado a superar los problemas que tradicionalmente ha arrastrado la cláusula del «empleo de las mejores técnicas disponibles». En este sentido, la necesidad constante de incorporar los avances técnicos que se vayan sucediendo ha chocado hasta el momento con el hándicap de la indeterminación apriorística de cuáles sean esas MTD que hay que introducir en el proceso productivo para limitar los efectos de la contaminación industrial. Esa indeterminación, si bien no desaparece por completo, se amortigua en gran medida con la DEI como quiera que, con las Conclusiones sobre las MTD, esas MTD son, a partir de ahora, establecidas de antemano por una norma jurídica —Decisión de Ejecución—. Este es el fruto palmario del propósito, claramente intencionado, perseguido por la Comisión Europea desde hace varios años. Rebajar la hasta el momento aspereza que ha venido provocando la definición puramente tecnocrática de las MTD, a cambio de imprimirle a ese proceso una mayor carga de transparencia y de consistencia jurídica representada, finalmente, en una Decisión de Ejecución. Es así como las Conclusiones sobre las MTD se erigen como el punto de llegada del tránsito que se produce desde la perspectiva técnica a la vertiente normativa en la descripción de los documentos BREF, con redefinición de su estatuto jurídico. De esta manera, con las Conclusiones sobre las MTD se alcanza el «conocimiento integral» de las MTD, en estrictos términos gnoseológicos.

Las Conclusiones relativas a las MTD, una vez que son formalizadas en una Decisión de Ejecución de la Comisión, recrean un nuevo status para las MTD como quiera que las mismas son depositarias de una «autoridad técnica» en el conjunto de la UE capaz de no conocer ya de fronteras jurídicas en su aplicación uniforme. Las MTD, contenidas en unas Conclusiones relativas a las MTD, pasan a ser auténticas *mandata*, al modo de las instrucciones imperiales, para las instalaciones industriales del sector de actividad de que se trate.

Por último, la cristalización jurídica de las Conclusiones sobre las MTD en una Decisión de Ejecución provoca también el estrechamiento de la dicotomía norma-técnica

como quiera que ambas realidades van a ir mutando, cambiando, adaptándose a la par al nivel de progreso que en cada momento se vaya produciendo. Esta suerte de transmutación jurídica de la realidad técnica encuentra una buena plasmación práctica en el calendario de revisión de las autorizaciones ambientales integradas dispuesto por la DEI. Un calendario supeditado, no sólo al propio avance técnico, sino formalmente también a la publicación, en períodos de cuatro años, de Decisiones de Ejecución comprensivas, precisamente, de Conclusiones relativas a las MTD.

Es así como se colige que con la juridificación de las MTD ya no estamos en presencia de una mera guía técnica que, por medio de una actividad interpretativa y, por ende, mediata o secundaria, pueda llegar a tener cierta significación cuasijurídica. Más bien, y por el contrario, desde su alumbramiento jurídico en forma de Decisión de Ejecución, las Conclusiones sobre las MTD pasan a articularse como auténtico «fundamento legal» en el que lo técnico y lo jurídico se entrelazan estrechamente.

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.



**LABURPENA:** Industria-isurien Zuzentarauaren helburua da teknikarik onenei buruzko klausulak presentzia eta aplikazio praktikoa handiagoa izatea Europar Batasun osoan. Horretarako, bere esanahia eta esparrua argitu da. Are gehiago, teknikarik onenak juridifikatu egin dira, eta Betearazte Erabaki moduan arautu dira teknikarik onenei buruzko ondorioak. Hori aurrerapauso handia da, eta horren lege- eta ingurumen-mailako ondorio nagusiak jorratzen dira lan honetan.

**HITZ GAKOAK:** Arauzkotasuna. Betearazte Erabakia. Teknikarik onenak. Industria-isuriak.

**RESUMEN:** La Directiva de emisiones industriales aspira a que la cláusula de las mejores técnicas disponibles goce de una mayor presencia y aplicación práctica en el conjunto de la Unión Europea. Para ello no sólo se ha provocado una depuración conceptual de su significado clarificando su sentido y alcance. Más importante aún, las mejores técnicas disponibles se han juridificado alumbrándose, en estrictos términos normativos, en forma de Decisión de Ejecución comprensiva de las conclusiones relativas a las mejores técnicas disponibles. Esta nueva realidad supone un importante paso hacia adelante cuyas consecuencias jurídicas y ambientales más destacadas son abordadas en este trabajo.

**PALABRAS CLAVE:** Normatividad. Decisión de Ejecución. Mejores técnicas disponibles. Emisiones industriales.

**ABSTRACT:** The industrial emissions Directive aims to the clause of the best available techniques to have a greater presence and practical application in the whole of the European Union. This not only occurred by a conceptual meaning purification through clarifying its meaning and scope. Most important, the best available techniques have been legalized, formalizing, in strict legal terms, in the form of Implementing Decision that it brings together the best available techniques conclusions. This new reality is an important step forward whose legal and environmental implications are addressed in this study.

**KEYWORDS:** Normativity. Implementing Decision. Best Available Techniques. Industrial emissions.



# En defensa de la neutralidad de la red

Mercedes Fuertes

**Sumario:** I. La herencia de los servicios públicos.—II. El principio general de no discriminación.—III. El respeto a los derechos fundamentales.—IV. Su eficacia en las relaciones privadas.—V. El riesgo del deslumbramiento norteamericano.—VI. Los peligros de las desviaciones

Entre los numerosos problemas que nos pone sobre la mesa el universo de Internet ocupa cierta preferencia en la actualidad la polémica sobre la neutralidad de la red. Esto es, la obligación que deben o no tener las empresas operadoras que prestan el servicio de acceso a Internet de tratar sin discriminación los paquetes de datos.

Desde hace tiempo se discuten las facultades de negocio de estas empresas, si pueden restringir el acceso a otras compañías, si pueden pactar con alguna un trato privilegiado, hasta que punto pueden gestionar sus redes..., pero ha sido en los últimos años cuando los debates técnicos y económicos han intensificado su volumen, cuestionando los criterios hasta entonces respetados para arbitrar el tráfico de datos. Unos criterios que procedían del Derecho norteamericano.

Principios establecidos en la tradicional legislación de telecomunicaciones, deudora de la normativa de transportes del siglo diecinueve que imponían unas mínimas obligaciones de servicios básicos —no discriminación, de garantizar la transmisión «de extremo a extremo», de ofrecer una óptima gestión...—, se superaban por los avances y posibilidades técnicas. De ahí que, para resolver los conflictos entre las empresas la Comisión federal formuló una «*Declaración para la regulación de Internet*» (*Internet policy statement, 2005*) en la que propuso respetar en el acceso a Internet cuatro libertades básicas: a) la libertad de acceso a los contenidos que elija cada consumidor; b) la libertad de usar las aplicaciones que cada consumidor elija, lo que tiene como corolario que las empresas que crean aplicaciones deben tener la confianza de que sus productos funcionarán sin discriminaciones; c) la libertad para conectar los dispositivos personales; y d) la libertad para conocer las condiciones y cláusulas de los servicios que han contratado, como las distintas opciones de servicios, los programas que les protegen de virus, espías o garantizan su intimidad. Con ello asentaba importantes cimientos para defender la neutralidad de Internet(1).

---

(1) La propuesta la realizó inicialmente en un discurso que fue muy difundido y que está accesible en «[http://www.jthtl.org/content/articles/V311/JTHTLv311\\_Powell.PDF](http://www.jthtl.org/content/articles/V311/JTHTLv311_Powell.PDF)».

Estas precisiones fueron sustituidas por otras. Entre todas ellas, hay que destacar la Resolución relativa a preservar Internet abierta, que establecía las prácticas de la industria de banda ancha, cuya reciente anulación por los Tribunales de Justicia ha originado una lógica alteración (2). Y, sobre todo, ha generado la preparación de una nueva regulación con un intenso debate. En el momento en que escribo estas líneas, se ha ampliado el plazo para que los interesados —que se cuentan ya por centenares de miles— presenten opiniones y se ha anunciado la organización de varias audiencias públicas con destacados especialistas (3).

Pero no sólo en esos lares se está discutiendo la regulación. También en el seno de las instituciones europeas hay una contienda abierta sobre la neutralidad de la red.

Es cierto que la Directiva que regula el servicio universal impone entre los objetivos que deben perseguir las autoridades nacionales promocionar «la capacidad de los usuarios finales para acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y los servicios de su elección» (nueva letra *g* del art. 8.4). Pero únicamente se establece como objetivo. La Comisión europea publicó un Informe bajo el rótulo «*Internet abierta y neutralidad de la red en Europa*», con fecha de 19 de abril de 2011, en el que se inclinaba por esperar a promover una regulación mientras se realizaba un análisis más profundo de la situación del tráfico a través de Internet. Pretendía que el Organismo europeo, que acoge a los reguladores de las comunicaciones electrónicas, precisara más situación existente, si se producían bloqueos, una degradación del tráfico de datos, si existían distintas cláusulas o precios en los contratos que suscribían los usuarios...

Y a partir de ahí se han lanzaron al río revuelto de la discusión nuevos trabajos e importantes documentos. Por ejemplo, un Informe sobre la aplicación del marco regulador de las comunicaciones electrónicas (4); un Reglamento para facilitar el despliegue de redes transeuropeas (5) y, de gran interés, la propuesta «mercado único europeo de telecomunicaciones» (6).

---

(2) Me refiero a la sentencia de la Corte de Apelación del Distrito de Columbia de 14 de enero de 2014

(3) Resultan ilustrativos los comentarios de B.M. Owen, «Net Neutrality: Is Antitrust Law More Effective than Regulation in Protecting Consumers and Innovation?» audiencia ante la Cámara de Representantes en junio de 2014 (disponible en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2463823](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2463823)).

(4) Aprobado mediante la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2013, en el que, con apoyo en los estudios del Organismo de reguladores europeos, recuerda los obstáculos que existen a la competencia, los comportamientos discriminatorios, así como los riesgos de que insistir en dar prioridad a la calidad del servicio o a una mejor prestación podría vulnerar el principio de neutralidad, falto todavía de una definición. En todo caso, insiste al mismo tiempo en la necesidad de utilizar los instrumentos para garantizar la calidad del servicio previstos en el artículo 22 de la Directiva 2002/22, relativa al servicio universal.

(5) Reglamento 283/2014, de 11 de marzo de 2014, relativo a unas orientaciones para las redes transeuropeas en el sector de las infraestructuras de telecomunicaciones.

(6) Propuesta de Reglamento por el que se establecen medidas en relación con el mercado único europeo de las comunicaciones electrónicas y para crear un continente conectado, y se modifican las Directivas 2002/20/CE, 2002/21/CE y 2002/22/CE y los Reglamentos (CE) n.º 1211/2009 y (UE) n.º 531/2012, Documento de 11 de septiembre de 2013 (COM 2013/627). Sobre el mismo, el Organismo que agrupa a los reguladores europeos emitió un Informe, en el que, entre otras muchas consideraciones, aludió a la necesidad de no forzar un marco rígido de regulación al abordar la necesidad de garantizar la neutralidad de Internet y su preferencia por establecer con claridad los derechos de los usuarios y los criterios básicos para que las autoridades nacionales pudieran perseguir las prácticas prohibidas (BoR (13) 142, de 17 de octubre de 2013).

Tiene mucho interés este último documento porque en el primer debate que generó su tramitación en el Parlamento europeo reabrió con gran virulencia de nuevo el conflicto. Muchas enmiendas al texto inicial insistieron en la transcendencia de la defensa de la neutralidad de la red (7). Con distintas expresiones y en muchas partes de esa propuesta de la Comisión aparecía la misma idea: «garantizar que todo el tráfico de Internet recibe el mismo trato, sin discriminación, restricción o interferencia, independientemente del emisor, receptor, tipo, contenido, dispositivo, servicio o aplicación». Es cierto que, al atender a la demanda de servicios y aplicaciones especiales, esto es, aquellas que requieren una mayor calidad, capacidad o velocidad como la televisión o los juegos, la propuesta de reglamento admite los acuerdos entre empresas y usuarios. Lo que requiere en la práctica una gestión del tráfico de datos y, en consecuencia, una atenuación de esa igualdad inicial (8). En todo caso, estamos en el inicio del procedimiento legislativo y, en consecuencia, quedan otros trámites en el Parlamento y en el Consejo que demandan paciencia hasta conocer el texto final.

En las instancias europeas no se ceja de analizar y debatir sobre la neutralidad de Internet. Prácticamente todas las instituciones y organismos tienen sobre sus mesas estudios, entre los que ahora destaco los Informes del Supervisor europeo de protección de datos, el Comité económico y social o el Organismo que acoge a los reguladores nacionales sigue publicando informes.

Y esa ingente agitación se vive en muchos Estados, porque por todo el orbe se anuncian medidas o se aprueban leyes que tratan de atender a la neutralidad de Internet (9). En una monografía más extensa me ocupé de ello. En este momento sólo quiero insistir en algunos argumentos para abordar tal regulación. Y ello porque es un elemento fundamental, un aspecto estructural, una auténtica viga maestra, que determinará el desarrollo de Internet en un sentido u en otro. Estas son mis propuestas.

## I. La herencia de los servicios públicos

El acceso a Internet está recogido dentro del ámbito calificado como servicio universal de telecomunicaciones (art. 25 LT). Pero ello no debe conducir a encerrar el régimen de la neutralidad de la red como una mera consecuencia de la prestación de este servicio universal. Es preciso diferenciar el derecho de acceso a Internet, del régimen básico que tendrá el tráfico de datos. La neutralidad no debe reducirse a una obligación derivada del servicio universal sino que ha de configurarse como una obligación pública de todas las empresas operadoras que ofrezcan el servicio de Internet.

---

(7) El documento con los informes de las comisiones parlamentarias y las enmiendas presentadas se puede leer en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0190+0+DOC+XML+V0//ES>

(8) Algunas enmiendas pretendieron establecer que esos servicios especializados debían ser la excepción y que no deberían comercializarse de forma generalizada como sustitutos del servicio de acceso a Internet; así como también la obligación de que la empresa que presta el servicio de acceso a Internet vele porque esa mejora de calidad no incida en el rendimiento, la asequibilidad o la calidad de otros servicios ni restrinja la neutralidad de la red. Conseguir aunar todas estas enmiendas resulta complejo. En todo caso, fueron rechazadas en la votación en primera lectura.

(9) En la Unión europea, la primera regulación se estableció en los Países Bajos y luego en Eslovenia. Pero son muchos los países que cuentan con una regulación: Chile, Brasil, Noruega, Canadá, Corea del Sur...

Afirmación que impone recordar, con un mero apunte, la configuración de los servicios de telecomunicaciones.

Porque impulsar un mercado común europeo exigió abatir los cercados de privilegios que acotaban la prestación de unos servicios públicos. La liberalización abrió espacios para que empresarios privados asumieran esas prestaciones hasta entonces organizadas en régimen de monopolio. Pero ello se hizo sin desahuciar la posibilidad de que empresas públicas prestaran tales servicios en régimen de competencia, despojadas de clásicas prerrogativas que, como reflejo de un poder, habían disfrutado. Entre otras, de una cómoda —incluso a veces despreocupada— actuación derivada de contar con el incombustible respaldo financiero público.

Es a partir del momento en que se exige poner la lupa de la atención sobre la financiación de esas empresas públicas, con el fin de garantizar la correcta competencia en los mercados, cuando se empieza a perfeccionar un régimen jurídico de imposición de obligaciones públicas, encomiendas o «misiones», en la terminología más frecuente. Régimen al que están sujetas algunas empresas privadas porque han de satisfacer esas funciones de interés público. Así, a través de ese repensar los equilibrios, de estudios e informes y, sobre todo, de criterios jurisprudenciales se levantan nuevos valladares que acotan los campos de conceptos de servicios económicos de interés general, como fruto de la reorganización de los servicios públicos. Algunos clásicos servicios públicos han perdido el antiguo resplandor de la exclusividad, no se ofrecen a los ciudadanos bajo una única opción, sino que se atienden por distintas empresas que han de garantizar unas mínimas prestaciones. Ello es lo que justifica la intervención pública en la regulación de tales actividades, la precisión de criterios especiales en estos mercados, el establecimiento de requisitos para la percepción de ayudas públicas (10).

Las telecomunicaciones «son servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia», según establece el artículo 2 de la Ley de telecomunicaciones. Hay, por tanto, un título de intervención pública que precisa un régimen jurídico específico. Lo que con acierto MUÑOZ MACHADO califica de un «negocio estatutario», porque la libertad de comercio está fuertemente encorsetada en un marco regulatorio. Es conocido: existen presupuestos para poder explotar redes y

(10) Hitos importantes en ese desarrollo han sido: la Directiva 80/723, de 25 de junio, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas, así como muchas comunicaciones de la Comisión europea, entre otras las tituladas explícitamente «sobre los servicios de interés general en Europa» (de 26 de septiembre de 1996, COM 96/443), el Libro verde (de 21 de mayo de 2003, COM 2003/270), el Libro blanco (de 12 de mayo de 2004, COM 2004/374), etc. Del mismo modo, el Tribunal de Justicia ha ido precisando las vigas sobre las que edificar estas nuevas figuras jurídicas. Entre otras, la sentencia de 21 de marzo de 1974 (asunto C-127/73), sobre la sociedad belga que gestionaba los derechos de los autores y creadores, o la de 11 de abril de 1989 (asunto C-66/86), relativa a la posible competencia desleal de unas agencias de viajes y en la que se subraya la necesidad de que la atribución de esas funciones públicas o misiones de interés general respondan a necesidades reales, etc... En fin, resultan indispensables las consideraciones de S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado. I. Los fundamentos*, Ed. Civitas, Madrid, 1998, así como en su *Tratado...*, tomo IV, pp. 562 y ss.; G. FERNÁNDEZ FARRERES, *El régimen de las ayudas estatales de la Comunidad europea*, Ed. Civitas, Madrid, 1993 y su trabajo «El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho administrativo de la nueva economía», *Justicia Administrativa*, n.º 18; M.ª Y. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Estatuto jurídico de los servicios esenciales económicos en red, cit.*, en especial, pp. 240 y ss.; varios artículos de L. DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, entre los últimos: «Los servicios de interés económico general en el ordenamiento comunitario», en la obra dirigida por S. MUÑOZ MACHADO, *Derecho de la regulación económica, cit.*, pp. 409 y ss. del tomo I; y otras muchas obras cuya cita permítame el lector que ahora omite.

prestar servicios de telecomunicaciones, se precisan condiciones para facilitar el acceso a las redes a otras empresas, se supervisa el desolvimiento de la actividad, existen reglas de normalización de equipos y aparatos, existen obligaciones de remitir información, se reconocen derechos de ocupación sobre los inmuebles, un régimen especial de ayudas, el sometimiento a la inspección y al régimen sancionador, entre otras muchas previsiones que han ido engrosando ya una sustancial disciplina jurídica sobre el Derecho de las telecomunicaciones (11).

Pues bien, es en ese régimen «estatutario» donde se ancla el deber de neutralidad de la red como una obligación de «carácter público». Insisto: una obligación pública, no una obligación de servicio público. Diferencia que tiene cierta trascendencia.

Y volvemos a recordar conceptos básicos para advertir las consecuencias.

Las obligaciones de servicio surgieron para evitar algunos riesgos que podían originar las liberalizaciones de servicios públicos. Que las tensiones en esos nuevos mercados dejaran desasistidos a algunos ciudadanos porque garantizarles un producto o facilitarles en todo caso un servicio resultaba demasiado costoso e infructuoso. Aparecen así los conceptos de obligaciones de servicios y servicios universales que pueden imponerse a algunas empresas privadas. En otras palabras, la liberalización de servicio se contrarrestaba con el establecimiento de unos exiguos derechos de los usuarios para que tuvieran un mínimo servicio reconocido (12).

Pero subrayo: ese servicio universal se dirige sólo a garantizar una mínima prestación en aquellos casos en que el «mercado» no llega a unos ciudadanos. Es decir, que la causa de nacimiento de esta figura está en los defectos que puede tener la competencia y el mercado: evitar que sólo zonas populosas, que sólo grandes prestaciones queden asistidas porque resultan rentables, mientras que otras se abandonen porque llevar la adecuada conexión a un punto o a pocos usuarios resulta especialmente gravoso. De ahí la «obligación de servicio» a un operador o varios, pero no necesariamente a todos y, en consecuencia como sabemos, la posibilidad de una financiación singular, pública o privada, fuera de las reglas del mercado (13).

Sin embargo, defender la neutralidad de la red no trae su razón de ser de la existencia de usuarios desprotegidos por las evoluciones del mercado. La neutralidad de la red ha de ser una garantía de la prestación de todo acceso a Internet. En cualquier contrato, no sólo en los amparados por garantizar el servicio universal. De ahí que no califique la neutralidad como obligación de servicio público, sino como obligación «de carácter público».

Las obligaciones públicas se imponen de manera específica por la Ley y generan como correlación un derecho subjetivo para exigir su efectivo cumplimiento y, en su

---

(11) *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo IV. La actividad administrativa*, Ed. Lustel, 2011, pp. 674 y ss. Sobre la evolución de este régimen jurídico, resulta indispensable su tomo tercero dedicado precisamente a las telecomunicaciones de la obra ya citada *Servicio público y mercado*.

(12) De manera más extensa *vid.* las consideraciones de J.F. MESTRE al comentar el artículo 2 de la Ley general de telecomunicaciones en los Comentarios, coord. por E. García de Enterría y T. de la Quadra-Salcedo, Ed. Civitas, Madrid, 2004, pp. 50 y ss.

(13) Por todos, sirvan las referencias a las obras de S. MUÑOZ MACHADO, tomo IV de su *Tratado...*, cit. pp. 642 y ss.; C. CHINCHILA, en *Comentarios a la Ley general de telecomunicaciones...*, cit., pp. 366 y ss.; M. CARLÓN RUIZ, *El servicio universal de telecomunicaciones*, Ed. Civitas, Madrid, 2007 y «El servicio universal de telecomunicaciones», *RAP*, n.º 171, pp. 35 y ss.

caso, reclamar correspondiente responsabilidad(14). Las empresas de telecomunicaciones están sujetas ya a obligaciones de carácter público como la protección de datos de los usuarios o el secreto de las comunicaciones(15). Lógicamente imponer otra obligación de carácter público a unas empresas privadas que pueden limitar su actividad o forma de negocio, que generan cargas y carece de compensación económica alguna, ha de contar con una suficiente justificación. En este caso, a mi juicio existe, pues son varios los derechos fundamentales afectados que reclaman la defensa de esa obligación pública.

## II. El principio general de no discriminación

La calificación de la neutralidad de la red como una obligación de carácter público para las empresas operadoras supone como corolario el derecho de acceso de los usuarios en unas mínimas condiciones de igualdad para cuyas precisiones conviene volver a recordar algunos conceptos básicos de la teoría general de los servicios públicos.

Al calificar los servicios de telecomunicaciones como servicios económicos de interés general, herederos de los antiguos servicios públicos, no ha de extrañar que muchas de las vigas que han sostenido la institución de los servicios públicos permitan también acoger el régimen jurídico de estas nuevas prestaciones y, a nuestros efectos, del acceso y tráfico en Internet. Tal es el caso del principio de igualdad en el trato a los usuarios que, junto a los principios de continuidad del servicio y mutabilidad o progreso, son los tres postulados que han amalgamado su esencia según ha explicado de manera tradicional la doctrina francesa(16). Si determinados servicios debían ser asumidos por el poder público para afianzar el desenvolvimiento de la sociedad, atender a las condiciones y calidad de vida de sus ciudadanos, era necesario que garantizaran la igualdad de todos los ciudadanos(17).

De manera muy temprana el Consejo de Estado francés insistió en que ese principio de igualdad, derivado de la exigencia de igualdad ante la ley desde la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, se traducían en el derecho a acceder y disfrutar del servicio público en unas mismas condiciones(18). Condiciones que de-

(14) Me remito a las explicaciones de estos conceptos tan básicos e importantes a los textos de E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en su *Cursa*, tomo II, pp. 31 y ss; y S. MUÑOZ MACHADO, en el tomo IV del tratado p. 665; así como a las clásicas explicaciones de Santi Romano de las voces «deberes» y «obligaciones» en *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Buenos Aires, 1964, pp. 89 y ss.

(15) Explican las diferencias A. MARTI DEL MORAL y L. DE LA TORRE en su trabajo «Las obligaciones de servicio público» publicado en el tomo IV dirigido por T. DE LA QUADRA-SALCEDO *Derecho de la regulación económica. Telecomunicaciones*, cit., pp. 364 y ss. También sobre estas obligaciones de carácter público en la Ley de telecomunicaciones, pueden verse las consideraciones de L. MARTÍN RETORTILLO, en *Comentarios a la Ley general de telecomunicaciones*, cit., pp. 539 y ss.

(16) G. GUGLIELMI y G. KOUBI, *Droit du service public*, 3.ª ed. 2011; y *Conseil d'Etat, Rapport public pour 1996 «Sur le principe d'égalité»* EDCE 1997.

(17) El derecho se reconoce a todo ciudadano, «a todo el mundo», Jedermannsrecht, en la expresión de FORSTHOFF, *Der Staat in der Industriegesellschaft*, 1971, p. 75.

(18) Los tratados de Derecho público francés recuerdan arrêts de principios del siglo XX, como los de 29 de diciembre de 1911 (Chomel) o 10 de febrero de 1928 (Chambre syndicale des propriétaires marseillais). Vid, G. GUGLIELMI y G. KOUBI, *Droit du service public*, cit., en especial, pp. 253 y ss.



bían garantizar una mínima calidad y prestación porque, como precisa la doctrina alemana, los servicios públicos generan una obligación positiva de actuación de los poderes públicos, de tal modo que la inactividad o la igualdad en el trato inadecuado e injusto suponen un incumplimiento del servicio (19).

Pero esa apelación a la igualdad nunca se ha entendido como la exigencia de un trato idéntico, porque las diversas modalidades de servicios públicos, las categorías de bienes y prestaciones, la singular situación de muchos usuarios, así como el interés público han ido justificando diferencias razonables en las condiciones de acceso y prestación. El caso más evidente, el de poder fijar distintas tarifas en la prestación de los servicios públicos (20). De ahí que se haya generalizado como expresión más apropiada la obligación de «no discriminación» por parte del prestatario del servicio, que es quien ha de garantizar un trato igual a quienes se encuentren en la misma situación, pero sin que ello suponga el mismo e idéntico trato, sino la imposibilidad de admitir tratamientos arbitrarios, ilegítimos, desiguales en virtud de razones que no estén suficientemente justificadas por la diferente situación.

Junto a esta precisa actitud de no discriminación también ha derivado del análisis de la igualdad el principio de neutralidad en los servicios públicos. Un postulado que dirige su mirada a preservar la pureza en la igualdad de trato. Netamente influido este principio por las reglas generales de funcionamiento del poder público, esto es, la imparcialidad y objetividad, ofrece una especial relevancia en determinados servicios como la educación, la información o la comunicación. Y es que esa actitud neutral ha de evitar cualquier influencia de la opinión pública, de intereses comerciales, de ideología... El análisis de la laicidad del Derecho francés ha generado abundantes y enriquecedores comentarios y pueden servir de referencia (21).

Pues bien, todas estas consideraciones generales están también previstas en el Derecho español. Tanto la normativa local, como la regulación de los contratos de gestión de servicios, han recogido con carácter general esta obligación de los prestadores de los servicios públicos a facilitar el acceso y disfrute a todos aquellos usuarios que cumplan los requisitos previamente establecidos por la reglamentación propia del servicio público. Obligación que tiene como reverso el derecho de los ciudadanos a disfrutar del servicio público (22). Como es sabido, hoy se acoge esta previsión con carácter general en la normativa de contratación del sector público (art. 280 a) del texto refundido que recoge la Ley de contratos del sector público). Y del mismo modo que en Francia, inspiradora del régimen jurídico de esta institución, ha admitido que la regulación propia de los servicios públicos prevean condiciones o singularidades.

(19) Sirvan las precisiones que realiza G. DÜRIG al artículo 3 GG en los *Komentar*, en especial, § 20 y ss.

(20) Resulta obligada la cita del arrêt del Consejo de Estado conocido como *Denoyet et Chorques* (de 10 de mayo de 1974) en el que se argumenta cuándo puede el poder público separarse de ese principio esencial de igualdad y establecer un diferente régimen en la prestación de los servicios públicos a los usuarios que conlleve también una diferenciación de las tarifas a satisfacer. Habrá de estar amparada la discriminación en la ley, en el interés general o en otras circunstancias que en modo alguno sean arbitrarias, sino proporcionales entre los medios y los objetivos, las que permitan la diferencia.

(21) Entre otros muchos trabajos puede verse G. Koubin «Le principe de neutralité des services publics, un principe corollaire à la modernisation de l'Etat?» *Rev. Adm.* 1992, pp. 490 y ss..

(22) Por todos, *vid.* F. Sosa Wagner, *La gestión de los servicios públicos locales*, ed. Civitas, Madrid, 7ª ed. 2008.

Como ha recordado la doctrina, el análisis del respeto al principio de igualdad exige un término de comparación, para advertir si realmente se produce una discriminación injustificada, cosa proscrita por la Constitución (entre otras muchas, STC de 15 de octubre de 1982). Del mismo modo, es admitida la diferencia de trato, el establecimiento de condiciones, así como, por ejemplo, fijar varias modalidades de tarifas con el fin de beneficiar a usuarios con menor capacidad económica (por todas, puede verse la STS de 12 de julio de 2006, RJ 6166).

Esas mismas consideraciones relativas al respeto a la igualdad y neutralidad deben aplicarse a los servicios de acceso y tráfico a través de Internet por las compañías operadoras. Todos los ciudadanos cuentan con el derecho de acceso porque Internet es más que un servicio público, es el soporte de muchos servicios de interés general. Y atendiendo a las diversas alternativas y ofertas podrán exigir el acceso en condiciones no discriminatorias. Una vez conectados a una red, el tránsito por Internet debe garantizar la no discriminación. Los datos deben circular de conformidad con la tarifa y velocidad contratada, en condiciones de igualdad, sin que sean admisibles otros controles ni discriminaciones que no estén autorizados específicamente en una Ley, con apoyo en el interés general y en motivos razonables.

Del mismo modo, ese tráfico debe asegurar la neutralidad en su gestión sin que pueda ser afectado por influencias políticas o privadas. Este atención a la gestión imparcial, objetiva y «neutral» tiene una enorme trascendencia en la administración de Internet por cuanto los usuarios están haciendo uso de derechos fundamentales que imponen un respeto especial. Caso del derecho a la libertad de expresión, a la comunicación y a la información cuya relevancia requiere un nuevo epígrafe.

### **III. El respeto a los derechos fundamentales**

La razón esencial para exigir una adecuada actitud neutral en el tráfico por las redes radica en reconocer que Internet se ha convertido en la actualidad en un medio común donde los ciudadanos manifestamos nuestra personalidad. El despliegue tecnológico en Internet no sólo ha impulsado negocios u ordenado tantos aspectos sociales de gestión de infraestructuras. A través de Internet los ciudadanos «nos vivimos», nos expresamos y desarrollamos. Eso tiene una trascendencia capital porque conduce a la necesidad de que la red respete la libertad y los derechos fundamentales, esencia de nuestra civilización.

Derechos como la intimidad, la libertad de expresión y comunicación están directamente afectados por la forma de entender la neutralidad de la red. De ahí que determinadas intrusiones en la gestión del tráfico de Internet, en la comprobación y selección de los datos puedan lesionar tales derechos fundamentales y, por ello, deben rechazarse con contundencia.

Una sentencia del Tribunal europeo de Derechos humanos recoge con claridad esta idea. Me refiero a la de 18 de diciembre de 2012 que declaró que el bloqueo de acceso a Internet suponía una violación de las libertades de expresión e información. Como sabemos, es una línea doctrinal constante de este Tribunal que la libertad de expresión se extiende tanto al contenido de la información como «a los medios de transmisión o recepción, ya que cualquier restricción impuesta... interfiere necesariamente en el derecho a recibir y proporcionar información» (sentencia de 22 de mayo

de 1990, caso Autronic). Pues bien, entre esos medios ocupa un lugar prioritario en nuestras sociedades Internet.

Interesa conocer el conflicto que se inicia porque un juez penal de Turquía había acordado en junio de 2009 el bloqueo de un sitio web cuyo titular había sido acusado de insultar la memoria de Atatürk. Con posterioridad, la autoridad turca competente en telecomunicaciones solicitó que se ampliara el bloqueo a todo el servicio «Google sites», en el que se alojan como es conocido muchas páginas web. Entre ellas, la del denunciante que llega a Estrasburgo. Recurre porque esas medidas impedían el acceso a su propia página. Medidas que subsistían incluso mientras se sustanciaba el proceso ante ese Tribunal de derechos humanos en 2012, a pesar de que las iniciales actuaciones contra el difamador habían cesado por haber sido imposible localizarle.

El Tribunal europeo declaró la violación del Convenio de Roma: no se había sustanciado ningún proceso contra el recurrente, ni contra el servidor Google; ni se había analizado por el Tribunal penal la proporcionalidad de la medida, ni si había otras alternativas para perseguir las difamaciones. A los efectos que aquí me interesan, resulta relevante este pronunciamiento porque el Tribunal reconoce que el acceso a Internet es un derecho instrumental de la libertad de expresión. Aun no tratándose de una prohibición total, de una restricción absoluta de acceder a Internet, esa medida generó una importante limitación que bloqueó el acceso a la página web del demandante. En palabras del Tribunal: «el efecto limitado de la restricción en litigio no disminuye su importancia, dado que Internet es en la actualidad el principal medio de la gente para ejercer su derecho a la libertad de expresión y de información: se encuentran herramientas esenciales de participación en actividades y debates relativos a cuestiones políticas o de interés público... Este hecho es suficiente para que el Tribunal concluya que la medida en cuestión constituye una «injerencia de las autoridades públicas» en el derecho del interesado a la libertad de expresión, de la que forma parte la libertad de recibir y de comunicar informaciones o ideas».

En consecuencia, las autoridades públicas han de garantizar el derecho de acceso de Internet como derecho instrumental para el desenvolvimiento de las libertades y derechos fundamentales. Pero también las empresas privadas en la gestión del tráfico que realicen han de respetar los derechos fundamentales (23). Es cierto que tal respeto no tiene todavía la misma intensidad en las relaciones privadas. Tal concepción es fruto de una larga lucha que conviene recordar.

#### IV. Su eficacia en las relaciones privadas

El terreno en el que se planta la semilla de esta idea es Alemania; terreno bien abonado por el constante debate jurídico y donde brota la construcción dogmática de

---

(23) P. GARCÍA MEXÍA, *Derecho europeo de Internet. Hacia la autonomía académica y la globalización geográfica*, cita la sentencia del Tribunal Superior regional de Hamburgo de 28 de abril de 2005 (denominada servidor FTP Hamburgo) como muestra del respeto a la intimidad, aunque ello suponga un obstáculo a la protección de otros derechos como los de propiedad intelectual. En ese conflicto se discutía si un proveedor de servicios de internet debía revelar los detalles de los usuarios que estaban distribuyendo ficheros musicales, lo que se sospechaba que podía ser ilegal. El Tribunal niega la existencia de un deber incondicionado de tal deber.

la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, que bien ha sido analizada por la doctrina (24).

La época, la posguerra, tras la aprobación de la nueva Ley fundamental de Bonn que impulsa el Estado social y democrático de Derecho. En ese momento se llega al convencimiento de que la igualdad y los derechos fundamentales se han colocado por encima de la Ley. Una evolución importante ésta que parte del siglo XIX con el objetivo de domeñar al poder público, pero que los hechos llevan a la convicción de que resulta insuficiente para la paz social y el desarrollo democrático que sean sólo los poderes públicos los que respeten la igualdad de todos y los derechos fundamentales. Ha de exigirse también su respeto en las relaciones privadas.

Nipperdey es una de las primeras plumas doctrinales que defiende el respeto de los derechos fundamentales en todas las relaciones jurídicas, al exprimir los frutos de consecuencias del Estado social y democrático de Derecho. Pero es una sentencia del Tribunal constitucional alemán de 1958, conocida como caso Lüth, la que explota el debate doctrinal. Muchas veces se ha contado, de ahí que sólo recuerde para lectores ajenos a los estudios jurídicos, que el Tribunal constitucional alemán acoge la petición de amparo del señor Lüth, presidente del club de prensa de Hamburgo, a quien habían condenado otros Tribunales previamente. El señor Lüth había exhortado públicamente a que no se comercializara una película ni se acudiera a las proyecciones, acusando a su director por su comportamiento durante el nazismo. Ante las denuncias del director, admitidas por los Tribunales ordinarios, Lüth recurre ante el Constitucional exigiendo el respeto a su libertad de expresión. Este Tribunal afirma que la Ley fundamental erige un sistema de valores que gira sobre la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Un sistema que se concreta en los derechos fundamentales, derechos que deben respetarse en todos los ámbitos del Derecho y citando de manea explícita a Dürig, advierte que la «irradiación» de los derechos fundamentales ha de iluminar también el Derecho civil. Por tanto, aun cuando los jueces resuelvan conflictos con apoyo en preceptos de Derecho privado, han de tener en cuenta el respeto a la igualdad ante la ley y a los derechos fundamentales, que ha de impregnar todo el Ordenamiento jurídico.

Reconocida esa «irradiación», el debate jurídico se incrementó porque fueron muchos los interrogantes que se abrieron. Entre otros, si la vinculación que impone la Constitución tenía una eficacia directa, inmediata o, sin embargo, generaba un mandato que ha de desarrollar y precisar el legislador y, en su caso, ha de proteger el juez; era también necesario aclarar cómo afectaba esa eficacia de los derechos fundamentales a la libertad de contratación privada, a la autonomía de la voluntad de los ciudadanos; había que analizar asimismo cuáles eran los instrumentos de protección ante los jueces y si existía una plena acción procesal para acudir ante los Tribunales constitucionales, etc. Muchas cuestiones, aspectos y matices cuya exposición omito. Con-

(24) De la extensísima relación de monografías y trabajos que tanto en España como en otros países se ha preocupado de esta cuestión sirva la referencia a muy pocas obras, a partir de las cuales, cualquier lector interesado puede seguir tirando del hilo que le conducirá a otros muchos libros y artículos de gran interés. Sirva la remisión a la obra de F. SOSA WAGNER, *Juristas y enseñanzas alemanas (1945-1975). Con lecciones para la España actual*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013; T. QUADRA SALCEDO, *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en relaciones entre particulares*, Madrid, 1981; J. GARCÍA TORRES y A. JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986; J.M. BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, CEPC, Madrid, 1997, en fin, R. SARAZÁ JIMENA, *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Tirant-Lo Blanch, Valencia, 2011.

viene acudir a las fuentes concretas y a las extensas monografías que bien resumen y analizan las diferentes posiciones.

Porque lo que ahora a mí me interesa es recordar que tal eficacia existe y se defiende en España por los Tribunales y la doctrina. Sin embargo, la vinculación al respeto a los derechos fundamentales no es en ocasiones tan intensa ni inmediata en las relaciones privadas como se exige a los poderes públicos. Desde sus primeras sentencias el Tribunal Constitucional insistió en tal vinculación al afirmar que: «las relaciones entre particulares, si bien con ciertas matizaciones, no quedan, pues, excluidas del ámbito de aplicación del principio de igualdad, y la autonomía de las partes ha de respetar tanto el principio constitucional de no discriminación como aquellas reglas, de rango constitucional u ordinario, de las que se derive la necesidad de igualdad de trato» (sentencia 177/1988, de 10 de octubre). Del mismo modo, en la sentencia número 11/1984, de 2 de febrero, declaró que: «sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de «comunicación», la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados, el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma».

No obstante, la modulación de las relaciones privadas a través de condiciones y cláusulas en las que se manifiesta la autonomía de voluntad y la libertad de contratación pueden hacer necesarias en ocasiones algunas precisiones para salvaguardar el contenido esencial de los derechos fundamentales y arbitrar el equilibrio de intereses afectados (25). También el Tribunal constitucional ha apelado a la necesaria concreción por el legislador de las condiciones de ejercicio de los derechos y sus límites para modular las relaciones privadas (por ejemplo, STC 11/1981, de 8 de abril) (26).

De ahí que en ocasiones hagan falta precisiones del legislador porque en las relaciones conviven y se entrelazan muchos derechos e intereses que deben ser convenientemente ponderados en cada caso. De ahí la aprobación de leyes para proteger el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; el tratamiento automatizado de datos; o las obligaciones de carácter público relativas al secreto de las comunicaciones y a la protección de datos contenidas en la Ley de telecomunicaciones.

Sabemos que, cuando no hay una regulación legal específica que module el ejercicio concreto de la igualdad y de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, han de ponderarse los intereses afectados con el parámetro del principio de proporcionalidad. Entre otras, la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 98/2000, de 10 de abril, ilustra de cómo debe atenderse a la protección del derecho a la intimidad bajo el principio de proporcionalidad. Porque este relevante principio jurídico hace de piedra angular para el buen juicio jurídico cuando hay tantos intereses en juego que deben analizarse y contrapesarse de manera adecuada. Es el límite de los límites, según expresión frecuente en la doctrina y jurisprudencia europea (27).

---

(25) De manera extensa lo explica P. CRUZ VILLALÓN, *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Academia sevillana del Notariado, tomo extra 1, 1988, pp. 97 y ss.

(26) Me remito a los extensos análisis de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional realizan J.M.ª BILBAO UBILLOS, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, cit.; y R. SARAZÁ JIMENA, *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales...*, cit.

(27) Vid. C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Ed. Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2005. Entre otras muchas, pueden verse las sentencias del Tribunal europeo de Derechos humanos de 18 de febrero de 1999, 26 de febrero de 2002, 10 de junio de 2010 o 7 de mayo de 2013.

Interesa recordar que el juicio de proporcionalidad se ha decantado fundamentalmente en el análisis de tres parámetros claves a los que una y otra vez acuden los Tribunales. A saber: a) si las medidas que inciden en los derechos fundamentales son necesarias e idóneas para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo; b) si se consideran proporcionadas para lograrlo; y c) si se llevan a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho fundamental (28).

Como primera conclusión, en consecuencia, conviene retener que las empresas que prestan el servicio de acceso por Internet están obligadas en términos generales a garantizar la neutralidad porque por Internet desarrollamos nuestra personalidad y han de respetarse derechos fundamentales como la intimidad, el secreto de las comunicaciones o las libertades de expresión e información. Que sería conveniente que el legislador aclarara el ámbito de las obligaciones públicas de tales empresas. Y que, mientras se establecen las precisiones, cualquier medida que incida en el tráfico de Internet debería superar el juicio de proporcionalidad, esos tres parámetros que acabo de recordar.

Desde el Consejo de Europa se pretende promover una regulación que garantice los derechos fundamentales en Internet. En concreto, el Consejo de Ministros de telecomunicaciones firmó una Declaración sobre neutralidad de la red en la que se insiste en el necesario respeto a la vida privada, a la libertad de expresión, de información y difusión del conocimiento, a la protección de los usuarios para utilizar los instrumentos y herramientas que sean de su elección, sin perjuicio de admitir que las empresas realicen una mínima gestión del tráfico (septiembre de 2010). A la misma han seguido estudios y propuestas para concretar ese posible marco común de neutralidad (29).

Igualmente se ha promovido una Declaración internacional, que han suscrito de manera conjunta el Relator especial de las Naciones Unidas (ONU) para la libertad de opinión y de expresión, la Representante para la libertad de los medios de comunicación de la organización para la seguridad y la cooperación en Europa (OSCE), la Relatora especial de la Organización de Estados Americanos (OEA) para la libertad de expresión y la Relatora especial sobre libertad de expresión y acceso a la información de la Comisión africana de Derechos humanos y de los pueblos (CADHP), en la que se subraya la importancia de la libertad de expresión y se insiste en la irregularidad frente al Orden internacional de algunas quebras de la neutralidad de la red que realizan bloques o filtran informaciones (30).

No obstante, conviene saber que esa invocación de la libertad de expresión ofrece una situación paradójica, porque su interpretación constituye precisamente un obstáculo

---

(28) Entre otras muchas, pueden verse las sentencias del Constitucional 156/2001, de 2 de julio o 14/2003, de 28 de enero.

(29) Una interesante propuesta recogen L. BELLÍ y M. VAN BERGEN en «Protecting human rights through Network Neutrality: furthering internet users' interest, modernising human rights and safeguarding the Open Internet», dentro del encuentro promovido por el Consejo de Ministros de los medios y la sociedad de la información celebrado en Estrasburgo en diciembre de 2013 (referencia CDMSI, 2013, MISC 19E) y disponible en [www.coe.int](http://www.coe.int).

(30) Sobre su incidencia en la libertad de expresión, *vid.* especialmente C. MARSAN, «The net as a public space: is net-neutrality necessary to preserve on-line freedom of expression?», en A. CERRILLO, M. PEGUERA, I. PEÑA y M. VILASAU (coord.), *Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet, Actas del VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 11-12 de julio de 2011, Ed. Huygens, 2011, págs 79 y ss.

a la defensa de la neutralidad de Internet en los Estados Unidos. Y aunque sólo sea un país, la tendencia que marca en Internet, como en tantos aspectos de la vida exige tomar conciencia de este escollo (31).

## V. El riesgo del deslumbramiento norteamericano

En los Estados Unidos no se garantiza con carácter general ni con la contundencia que conocemos en el Derecho europeo el respeto de la igualdad y de los derechos fundamentales en las relaciones mercantiles entre privados (32). Pero lo que presenta tintes paradójicos es que precisamente una libertad pública tan relevante en Internet, como es la libertad de expresión, se esté utilizando como la palanca para quebrar la neutralidad de la red.

Y es que la primera enmienda de la Constitución norteamericana establece que el Congreso no podrá aprobar leyes que restrinjan la libertad del discurso de la prensa, lo que ha levantado unas grandes dificultades para regular aspectos que incidan en la libertad de expresión y, hasta ahora, los intentos de garantizar la neutralidad de la red por la Comisión de telecomunicaciones han fracasado (33). La libertad de expresión parece una libertad intocable (34).

En concreto, ha sido la línea marcada por la jurisprudencia a partir de la cual se señalan sutiles diferencias entre la libertad de expresión y la libertad de prensa, cómo se llega a precisar una especial protección a los medios de comunicación y a la libertad de difundir por cualquier medio las opiniones. Los espacios de comunicación debían ser libres porque «el discurso no es libre si no lo son los canales que lo transmiten desde el emisor hasta el destinatario» (35).

La jurisprudencia norteamericana ha ido analizando en los sucesivos conflictos planteados las posibles restricciones en el negocio de los medios de comunicación. Unas dirigidas a salvaguardar la competencia, otras que afectaban a los límites en la programación (36).

---

(31) Sobre las conquistas que ha superado la lucha por la libertad de expresión es muy recomendable la lectura del libro de S. MUÑOZ MACHADO, *Los itinerarios de la libertad de palabra*, Ed. Crítica, Barcelona, 2013, que también acoge los problemas derivados de la comunicación a través de Internet.

(32) De ahí la llamada de atención de B.A. CHERRY, en su artículo «How elevation of corporate free speech rights affects legality of network neutrality», *cit.* Entre otras explicaciones, puede verse R. SARAZÁ JIMENA, *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales...*, *cit.* pp. 163.

(33) *Vid.* J. ESTEVE PARDO, «La regulación de industria y public utilities en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias», *cit.*, en especial, pp. 335 y ss.; y M.L. FERNÁNDEZ ESTEBAN «La regulación de la libertad de expresión en Internet en Estados Unidos y en la Unión Europea», *Revista de estudios políticos*, n.º 103/1999, pp. 149 y ss.

(34) S.J. HEYMAN, «Righting the balance: an inquiry into the foundations and limits of freedom of expression» *Boston University law review*, n.º 78/1988, pp. 1275 y ss.

(35) Es reiterada la cita de la sentencia *Marsh v. Alabana*, 326 US 501 (1946). *Vid.* D.C. Nunziato, *Virtual freedom, net neutrality and free speech in the Internet age*, Stanford University Press, Stanford, 2009.

(36) Analizan esta jurisprudencia S. MUÑOZ MACHADO, *Los itinerarios de la libertad de palabra*, *cit.* en especial pp. 202 y ss.; y Miryam RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, «Internet entre otros medios o las distinciones mediáticas del Tribunal Supremo de los EEUU», en el libro colectivo dirigido por L. CORREDOIRA y A. Lorenzo COTINO, *Libertad de expresión e información en Internet: amenazas y protección de los derechos personales*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 2013, pp. 99 y ss.

Recuerdo en este momento sólo un pronunciamiento porque en el mismo el Tribunal Supremo atendió de manera directa a la difusión por Internet. Me refiero al conflicto conocido como *Reno v. American Civil Liberties Union* en 1997. Surgió como consecuencia de la aprobación de la Ley de decencia en la comunicación. En la misma se establecían sanciones como consecuencia de la difusión de materiales o mensajes indecentes u obscenos y que pudiesen llegar a menores de edad. El Tribunal Supremo consideró que Internet era un medio de difusión distinto a la industria audiovisual o del cable, no se consideró tan invasivo para un usuario como puede ser la televisión. Internet es un instrumento inmenso de comunicación, donde se puede elegir a los destinatarios, si la difusión es totalmente abierta o más reservada, donde los usuarios avanzamos por unas u otras opciones, donde el poder está descentralizado... De ahí, que el Tribunal entendiera que no podían establecerse medidas de control similares a esos otros medios de comunicación, sino que su régimen se acomodaba más a la libertad de la que gozan los medios escritos y por ello afectaba a la primera enmienda.

Esa invocación a la primera enmienda ha sido uno de los argumentos acogidos por los Tribunales para anular —como recordé supra— las resoluciones de la Comisión federal norteamericana de telecomunicaciones.

## VI. Los peligros de las desviaciones

Junto a la atención a esos principios y derechos que como estrellas en el cielo guían la travesía, podríamos considerar también qué ocurriría si se siguieran los cantos de sirenas o nos dejáramos atrapar por las corrientes anunciadas y no defendiéramos una obligación pública de neutralidad.

Pues bien, una primera consecuencia sería que las empresas que prestan el servicio de acceso a Internet tendrían la puerta abierta para discriminar sobre las condiciones de utilización de los servicios. Podrían establecer criterios de preferencia, prioridad, de ahí exigir pagos y cuotas diversas, ora a los usuarios, pero sobre todo a las empresas de servicios. Una situación que partiría el mercado en dos. Los economistas que analizan la realidad según lo que denominan «la teoría de los juegos» han insistido en que se pondría rápidamente un alto precio al tráfico por Internet (37).

La siguiente etapa imaginable sería los vínculos entre algunas empresas para obtener mayores ventajas, favoreciendo su tráfico, así como la consolidación de grandes grupos empresariales que beneficiarían a sus filiales. Ello, a su vez, conduciría a la reducción de nuevas empresas pues la entrada en ese mercado sería muy difícil ante las situaciones que se consolidarían. La incursión de iniciativas o emprendedores, tan comunes en los mares de Internet, disminuiría de manera contundente.

Lo que a su vez supondría una reducción drástica de la innovación, de la investigación. Hay menos iniciativa cuando el negocio está consolidado (38). Esta consecuen-

---

(37) Son muchos los trabajos que analizan estos aspectos. Sirva la mera remisión de los siguientes: B. van SCHEWICH, «Towards an economic framework for network neutrality regulation», *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, Vol. 5/2007, pp. 329 y ss.; N. ECOOMIDES, *Economics of the Internet*, NET Institut, enero 2007 pp. 6 y ss.

(38) *Vid.* H. CHENG y H. GUO, «The debate on net neutrality: a policy perspective», insisten en estos aspectos; y H. Nadal, «Sin neutralidad en la red: ¿dónde la lógica universal de la innovación?», en A. CERRILLO, M.



cia haría perder el alma a Internet, su inicial espíritu y la razón de por qué se ha desarrollado y evolucionado como lo ha hecho, a través de las libres y abiertas iniciativas de muchos empresarios o emprendedores, grandes o pequeños (39).

Se planificarían redes especiales o exclusivas para algunas comunicaciones, lo que haría quebrar Internet... Un horizonte ciertamente perturbador el que resumen los especialistas al insistir en esa restricción y reducción del tráfico de algunos datos, en la degradación de servicios, en la expansión de nuevas iniciativas e, incluso, en la división de Internet. Pero, sobre todo, un control del tráfico de Internet incidiría de manera directa en la forma de actuar de los ciudadanos y ello repercutiría en la calidad de la sociedad democrática.

En fin, a mi juicio, leyendo a los especialistas aparecerían demasiadas vías de aguas. Conviene, en consecuencia, precisar mejor en la legislación las concretas técnicas para defender la neutralidad de Internet. Pero eso ya es objeto de otro estudio más extenso (40).

Trabajo recibido el 16 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

---

PEGUERA, I. PEÑA y M. VILASAU (coord.), *Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de Internet, Actas del VII Congreso Internacional Internet, Derecho y Política*. Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 11-12 de julio de 2011, Ed. Huygens, 2011, pp. 95 y ss.

(39) Entre otros muchos, insiste Tim WU en «Network Neutrality, broadband discrimination», *cit.*, en especial p. 146, en los logros de Internet a través de esa creación evolutiva, darwiniana de la red, que ha multiplicado la innovación y la meritocracia.

(40) *Vid.* mi libro *Neutralidad de la red ¿realidad o utopía?* Ed. Marcial Pons, Madrid, 2014.

**LABURPENA:** Internet irekia eta neutrala izatea da bere garapen harrigarriaren arrazoi nagusietako bat. Nolanahi ere, merkatuen garapena eta aurrerapen teknikoak sare guztiz konektatuen bidetik doaz, egungo bizimoduaren ildotik, eta herritarren askatasuna eta berdintasuna aintzat hartuz. Horregatik eztabaidatzen da hainbeste Internet zerbait arautu beharko ote litzatekeen. Artikulu honetan argudio juridikoak ematen dira sarearen neutraltasuna bermatzen duen obligazio publiko baten nondik norakoak finkatzearren.

**HITZ GAKOAK:** Sarearen neutraltasuna. Internet. Telekomunikazioak.

**RESUMEN:** La aspiración de una Internet abierta y neutral ha sido una de las principales causas de su espectacular desarrollo. No obstante, la evolución de los mercados y los avances técnicos parecen incidir en esas esenciales características de las redes tan conectadas, no sólo con el desenvolvimiento de la vida actual, sino con la libertad y la igualdad de los ciudadanos. De ahí el intenso debate que existe sobre una mínima regulación de Internet. El presente artículo se centra en precisar argumentos jurídicos con el fin de establecer los contornos de una obligación pública que garantice la neutralidad de la red.

**PALABRAS CLAVE:** Neutralidad de la red. Internet. Telecomunicaciones.

**ABSTRACT:** The aspiration to an open and neutral internet has been one the main causes for its impressive development. Nonetheless, the evolution in markets and technical advances seem to have an impact on those essential features of so connected networks, not only with the development of presente life but also with the freedom and equality of citizens. Hence the intense debate that exists regarding a minimum regulation for internet. This article focuses on specifying the legal arguments for the purpose of establishing the outlines of a public obligation that guarantees the neutrality of the network.

**KEYWORDS:** Neutrality in the network. Internet. Telecommunications.

# Europa 2050: renovables y cambio de modelo energético. Consideraciones sobre su recepción en España (1)

Susana Galera Rodrigo

**Sumario:** I. El planteamiento europeo. I.1. De los inicios a los objetivos 20-20-20. La Directiva RES. I.2. Requisitos de acceso a la red. Las normas técnicas en la Directiva RES. I.2.1. Los documentos de seguridad y calidad industrial. I.2.2. La prevención de trabas técnicas: los procedimientos (transnacionales) de elaboración de Reglamentos Técnicos. I.3. Europa 2050. I.3.1. La Hoja de Ruta de la Energía 2050. I.3.2. Las RES en la nueva programación de fondos estructurales 2014-2020. I.4. Reflexión final sobre el marco europeo.—II. Algunas reformas necesarias en el marco español para la recepción del modelo. II.1. El marco de las renovables en la nueva Ley del Sector Eléctrico. II.2. Consideraciones sobre la Planificación. II.3. Consideraciones sobre Normas Técnicas.

## I. El planteamiento europeo

### I.1. De los inicios a los objetivos 20-20-20. La Directiva Renovables

Desde los años 70 del siglo pasado las políticas europeas apuntaron progresivamente a un menor consumo energético —eficiencia—, inicialmente por razones económicas, a lo que se añadieron después objetivos de diversificación de fuentes de producción, motivados ya por razones de seguridad y por razones ambientales; en ese iterin buena parte del territorio europeo vio transitar las clásicas categorías de servicios públicos energéticos hacia actividades económicas que, aunque intensamente reguladas, se sujetaban con algunas peculiaridades a las reglas generales de competencia y de mercado —actividades económicas de interés general—(2). De esta forma fueron perfilándose los que acabarían siendo objetivos fundamentales de la po-

---

(1) Este trabajo se inserta en el Programa de investigación del Ministerio de Industria y Competitividad, Programa Nacional de I+D+I, Proyecto DER2012-39170. Una versión reducida se presentó en el 12.º Congreso Nacional de Medio Ambiente 2014, por lo que se publicará asimismo en sus Actas.

(2) Esta evolución ha producido abundante literatura jurídica; dos obras generales: ARIÑO ORTIZ, G., *Principios de Derecho Público Económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Comares 2004, y MUÑOZ MACHADO, S., *Servicios Públicos y Mercado. Los Fundamentos I.*, Civitas 1994, entre muchos otros.

lítica energética europea(3): la eficiencia energética, la promoción de fuentes energéticas alternativas a los combustibles fósiles —con particular énfasis en las procedentes de fuentes renovables una vez asumidas las estrategias de cambio climático— y el funcionamiento de un mercado de la energía seguro y sujeto a la reglas de competencia.

En la progresiva implantación de fuentes de energía renovables resultó decisiva la conocida Estrategia Europa 2020(4), centrada en la creación de las condiciones necesarias para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. La Estrategia fijó una serie de objetivos principales, incluidos los relativos al cambio climático y la sostenibilidad energética: i) reducir un 20 % las emisiones de gases de efecto invernadero de la Unión en comparación con los niveles de 1990; ii) incrementar hasta el 20 % el porcentaje de las fuentes de energía renovables en el consumo final de energía de la Unión; y iii) mejorar un 20 % la eficiencia energética de la UE en comparación con los niveles de 1990.

Los dos primeros de estos objetivos vinculantes (emisiones y renovables) a escala nacional fueron aplicados mediante el «Paquete sobre clima y energía»(5), del que derivó la actualmente vigente *Directiva 2009/28/CE*, del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables (en lo sucesivo *Directiva RES*), que derogó las adoptadas con anterioridad en 2001 y 2003.

Por otra parte, hay que tener en cuenta el impacto de otras normativas sectoriales que, eventualmente, pudieran incidir positivamente en la ordenación y fomento de la promoción de energías renovables: es el caso de la Directiva, actualmente en tramitación(6) por la que se establece un marco para la *ordenación del espacio marítimo y la gestión integrada de las costas*, que impone la elaboración de planes nacionales de ordenación marítima y estrategias de gestión integrada de las costas, cuyo primer objetivo común declarado (artículo 5) es el de «garantizar el suministro energético de la Unión, promoviendo el desarrollo de fuentes de energía renovables » (apdo. a/). En consecuencia, se señala como contenido obligado (requisitos mínimos) de dichos planes la consideración de «las instalaciones para la extracción de energía y la producción de *energía renovable*» (artículo 7, apdo. 2/, a, y artículo 8, apdo. 2/). La energía renovable marina comprende tanto la energía eólica marina como la energía oceánica (procedente de las olas, de las corrientes, de las mareas, de las diferencias de temperatura entre aguas superficiales y subterráneas), esto es, la *Energía Azul*, para la que hay previsión de un próximo Plan de Acción que integre los mecanismos de apoyo

---

(3) Se explica la paulatina definición de objetivos y las consiguientes acciones en DELGADO PIQUERAS, F., «El marco jurídico de la Política Energética europea, con especial referencia a la *electricidad verde*», en *Estudios de la Unión europea*, ORTEGA, L., DE LA SIERRA, S., (dirs.), Centro de Estudios Europeos, Universidad de Castilla La Mancha 2011, GALERA RODRIGO, S., «Del Ahorro de Energía a la Eficiencia Energética: objetivos e instrumentos de las Políticas Europeas», *Revista Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* n.º 288, Marzo 2014; GUAYO CASTIELLA, I. del, «Derecho comparado: el contexto europeo», en *Derecho de la regulación económica*, S. MUÑOZ MACHADO (dir.), Vol. 3, Tomo 1, 2010 (Sector energético).

(4) COM(2010) 2020 final de 3.3.2010., que confirma una estrategia anterior contenida en el el «Programa de trabajo de la energía renovable. Las energías renovables en el siglo XXI: construcción de un futuro más sostenible», adoptado en la Comunicación de la Comisión de 10 de enero de 2007.

(5) Decisión no 406/2009/CE de 23 de abril de 2009.

(6) COM(2013)133.

que requieren los retos tecnológicos, ambientales y económicos que aun presenta esta fuente potencial (7).

Centrando el foco en la Directiva RES, resulta oportuno señalar algunos aspectos de particular impacto en los ordenamientos jurídico-administrativo nacionales, alguno de los cuales no aparece aun bien resuelto en el español. Con carácter general, la Directiva impuso la elaboración de los Planes nacionales en materia de energía renovable, que debían comunicarse antes del 30 de junio de 2010, y cuyo contenido mínimo viene establecido en su Anexo VI. Con carácter específico, son de especial interés dos grupos de determinaciones de la Directiva: los marcos nacionales de apoyo y las condiciones de acceso a la red.

La Directiva tiene como objetivo general establecer «un marco común para el fomento de la energía procedente de fuentes renovables», fijando objetivos nacionales obligatorios de cuotas procedente de esta fuente en relación con el consumo final bruto de energía. Además, procede a definir y a enumerar, a título ilustrativo que no exhaustivo, *los instrumentos* de los que se ha de valer este marco de fomento: así, en sus propios términos, define entre otros conceptos (artículo 2, apdo. k) el de «sistema de apoyo» (8), entendiendo por tal:

cu cualquier instrumento, sistema o mecanismo aplicado por un Estado miembro o un grupo de Estados miembros, que promueve el uso de energía procedente de fuentes renovables gracias a la reducción del coste de esta energía, aumentando su precio de venta o el volumen de energía renovable adquirida, mediante una obligación de utilizar energías renovables o mediante otras medidas. Ello incluye, sin limitarse a éstos, las ayudas a la inversión, las exenciones o desgravaciones fiscales, las devoluciones de impuestos, los sistemas de apoyo a la obligación de utilizar energías renovables incluidos los que emplean los «certificados verdes», y los sistemas de apoyo directo a los precios, incluidas las tarifas reguladas y las primas.

Aun en el plano de las definiciones, procede destacar como instrumento novedoso de promoción en este ámbito la correspondiente a «garantía de origen», entendiéndose por tal *el documento electrónico cuya única función es demostrar a un consumidor final que una cuota o cantidad determinada de energía se ha obtenido a partir de fuentes renovables* (9). La garantía de origen debe especificar la fuente energética a partir de la cual se ha producido la energía y las fechas de inicio y finalización de su producción, entre otras determinaciones (artículo 15, apdo. 6). La Directiva posibilita

---

(7) Comunicación de la Comisión *La Energía Azul. Medidas necesarias para aprovechar el potencial de la energía oceánica de los mares y océanos europeos hasta 2020 y en adelante* COM (2014) 8.

(8) *Vid.* La aplicación que, con carácter general o en regulaciones nacionales específicas, pueden revestir estos marcos de apoyo en los trabajos de P. DEL RÍO GONZÁLEZ, Yordi AGUIRRE, B., y ANDERSON, K., en el Vol. I de la obra de referencia *Tratado de energías Renovables*, Vol. I, BECKER, F. CAZORLA PRIETO, L. Y MARTÍNEZ-SIMANCAS, J. (Directores), Aranzadi 2010.

(9) Sobre la regulación y (infra)utilización de este instrumento en España en los últimos años, *vid.* ZURUTUZA ARIGITA, I., «El consumidor de electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables: las garantías de origen», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 13 de enero de 2014

que los Estados impongan a los proveedores de electricidad que comunican su cesta energética a los consumidores finales que incluyan un porcentaje mínimo de garantías de origen; se establecen mecanismos para evitar la doble contabilización y la doble comunicación de las garantías de origen(10). Por otra parte, se reconoce el derecho a la expedición de la garantía de origen a solicitud del productor de electricidad procedente de RES (artículo 15, apdo. 2).

El segundo grupo de previsiones que se quiere subrayar, es la garantía de acceso a la red que la Directiva impone a los Estados, acceso que estará basado en criterios de transparencia y no discriminación, y que incluirá además, una de estas dos opciones: bien un acceso prioritario bien un acceso garantizado a la red (artículo 16.2), y ello sin perjuicio de las eventuales restricciones justificadas en causas relacionadas con la fiabilidad y seguridad de la red.

Además, los operadores del sistema de transporte y distribución deben de hacer públicas los criterios de asunción y reparto de costes de adaptación técnica necesarios para la integración de un nuevo productor en la red interconectada (artículo 16, apdo.3), dejando la posibilidad de que los Estados impongan a dichos operadores que asuman, total o parcialmente, dichos costes (artículo 16, apdo. 4).

La Directiva establece previsiones específicas para que los *procedimientos administrativos de autorización, certificación y concesión de licencias*, cumpliendo los intereses generales que los justifica, no supongan trabas innecesarias. A este respecto, su artículo 13 contiene dos mandatos que conviene diferenciar:

- Por una parte, el mandato de coordinación que se dirige a las autoridades administrativas competentes, que llega incluso a apuntar a la *planificación territorial*, que tiene ahora una dimensión nacional
- Por otra parte, el mandato de transparencia, coordinación y no discriminación en el establecimiento de *normas técnicas* que tiene una dimensión europea.

El primer mandato queda establecido de la siguiente forma en el artículo 13, apdo.1, en el que, después de establecer los criterios de «proporcionalidad y necesidad» de los procedimientos nacionales de autorización, certificación y concesión de licencias, añade lo siguiente:

En particular, los Estados miembros adoptarán las medidas apropiadas para garantizar que:

- a) sin perjuicio de las diferencias entre las estructuras administrativas y la organización de los Estados miembros, las *responsabilidades respectivas de los organismos administrativos nacionales, regionales y locales* en materia de procedimientos de autorización, certificación y concesión de licencias *se coordinen* y definan claramente, *lo que comprende la planificación espacial, con calendarios transparentes para la determinación de las solicitudes de planificación y construcción;*

(10) Sobre este particular, la reciente Sentencia del TJUE de 1 de julio de 2014, As. C-593/12, examina un mecanismo nacional que limitaba la concesión de certificados a instalaciones de producción situadas dentro de ese Estado.

Esta necesidad de coordinar la planificación espacial se hará particularmente intensa en la implantación de la Estrategia 2050 a la que más abajo se hace referencia: se quiere apuntar aquí que la necesidad de coordinación de los distintos instrumentos de planificación resulta no sólo de un imperativo racional sino, y mucho más en el futuro, de un imperativo de eficacia de los propios instrumentos de planificación.

Respecto al segundo mandato, el que hace referencia a las condiciones técnicas que se puedan exigir como requisito de acceso a la red, éste queda establecido en los siguientes términos (artículo 13, apdo.2):

Los Estados miembros definirán claramente cualquier especificación técnica que deban respetar los equipos y sistemas de energías renovables para poder beneficiarse de los sistemas de apoyo. *Cuando existan normas europeas*, como las etiquetas ecológicas, las etiquetas energéticas y otros sistemas de referencia técnica establecidos por los organismos europeos de normalización, *las especificaciones técnicas se expresarán en los términos de dichas normas. Las especificaciones técnicas no impondrán el lugar de certificación de los equipos y sistemas y no deben constituir un obstáculo al funcionamiento del mercado interior.*

Detrás de esta específica redacción se encuentra una evolución normativa y doctrina jurisprudencial relativa a las normas técnicas que reconduce al imperativo de garantizar una de las libertades básicas en el funcionamiento del mercado europeo, la libre circulación de mercancías y la prevención de trabas técnicas y administrativas que pudieran obstaculizarla. Dada la complejidad de esta regulación, conviene detenerse en algunos de sus aspectos generales.

## **1.2. Los requisitos de acceso a la red. Las normas técnicas en la Directiva RES**

El denominado Derecho de la técnica ha sido siempre una realidad compleja y hasta cierto punto tangencial en los ordenamientos jurídicos nacionales: apuntando inicialmente a objetivos de seguridad y salud industrial (Reglamentos Técnicos) y de calidad industrial (Normas Técnicas), pronto en el contexto del mercado común adquirieron un importante papel en las condiciones de intercambios intracomunitarios de productos; correlativamente, se desplegó una incipiente infraestructura europea de calidad industrial, creando organismos europeos de normalización que se situaban entre los organismos internacionales de normalización —ISO y similares— y los organismos nacionales, ambos preexistentes.

La estrategia europea de mercado único intensificó el ámbito de la armonización técnica europea, al tiempo que empezó a interferir en los procedimientos nacionales de seguridad y calidad industrial, imponiendo cargas crecientes de notificación previa en los procedimientos nacionales de adopción de normas técnicas. Por lo que aquí interesa, conviene distinguir dos grupos de regulaciones europeas: la delimitación de los conceptos jurídicos básicos y la articulación de los niveles normativos nacionales y europeo, con alguna referencia a las normas internacionales.

### I.2.1. LOS DOCUMENTOS DE SEGURIDAD Y CALIDAD INDUSTRIAL

El reciente Reglamento 1025/2012., sobre normalización europea, actualiza el régimen europeo y lo adapta a los compromisos contraídos por la UE en el marco de la OMC, en particular el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio que entró en vigor en 1995, y que se reflejan en las definiciones que a continuación se transcriben y en el resto de su articulado.

Conviene con carácter previo hacer una advertencia: aunque la normalización está referida a normas de aplicación voluntaria (11), nada impide a través de la técnica de la remisión que puedan imponerse por así establecerlo una regulación de seguridad, obligatoria por naturaleza (12). Así ocurre en el ámbito de la normalización europea (y desde luego en los ámbitos nacionales) y encontramos un ejemplo de esta habilitación para «normativizar» normas técnicas en la Directiva 2002/21/CE, que establece el marco regulador común de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, que habilita a la Comisión, a solicitud de los organismos europeos de normalización para (13):

- establecer y publicar en el D.O.U.E, una lista de las normas o especificaciones de cara a fomentar su uso o hacer obligatoria su aplicación, y
- retirar normas o especificaciones de una lista previamente publicada.

Volviendo al marco conceptual de la normalización técnica con el que habremos de convivir en los próximos años, éste queda establecido en el artículo 2 del Reglamento 1025/2012, que establece lo que denomina conceptos esenciales de la siguiente forma:

- 1) «norma»: especificación técnica adoptada por un organismo de normalización reconocido, de aplicación repetida o continua, cuya observancia no es obligatoria, y que reviste una de las formas siguientes:
  - a) «norma internacional»: norma adoptada por un organismo internacional de normalización;
  - b) «norma europea»: norma adoptada por una organización europea de normalización;
  - c) «norma armonizada»: norma europea adoptada a raíz de una petición de la Comisión para la aplicación de la legislación de armonización de la Unión;
  - d) «norma nacional»: norma adoptada por un organismo nacional de normalización;

(11) Dice su Considerando primero: «El principal objetivo de la normalización es la definición de especificaciones técnicas o cualitativas voluntarias con las que pueden ser conformes actuales o futuros productos, procesos de producción o servicios. La normalización puede abarcar distintos ámbitos, como la normalización de diferentes calidades o tamaños de un producto determinado o las especificaciones técnicas en mercados de productos o servicios en los que resulta esencial la compatibilidad y la interoperabilidad con otros productos o sistemas».

(12) Sobre esta materia, ÁLVAREZ GARCÍA, V., «El proceso de privatización de la calidad y de la seguridad industrial y sus implicaciones desde el punto de vista de la competencia empresarial», *Revista de Administración Pública* n.º 159, 2002, GALERA RODRIGO, S., «El Derecho de la Técnica. Su consideración desde la técnica normativa», *Cuadernos de Derecho Público* n.º 15, 2002.

(13) Artículo 17 de la Directiva 2002/12/CE



- 2) «documento europeo de normalización»: cualquier especificación técnica distinta de la norma europea, adoptada por una organización europea de normalización para su aplicación repetida o continua y cuya observancia no es obligatoria
- 3) «proyecto de norma»: un documento que contiene el texto de las especificaciones técnicas sobre una materia determinada, tal como resulte de los trabajos preparatorios y haya sido difundido para obtener comentarios al respecto o informar al público, y cuya adopción se contemple de acuerdo con el procedimiento de normalización correspondiente;
- 4) «especificación técnica»: un documento en el que se prescriben los requisitos técnicos que debe reunir un producto, proceso, servicio o sistema y que establece uno o más de los aspectos siguientes:
  - a) las características que debe tener un producto, como los niveles de calidad, rendimiento, interoperabilidad, protección del medio ambiente, salud y seguridad y sus dimensiones, así como los requisitos aplicables al producto en lo que respecta a la denominación con la que se vende, la terminología, los símbolos, los ensayos y los métodos de ensayo, el embalaje, el marcado o el etiquetado y los procedimientos de evaluación de la conformidad;
  - b) los métodos y procedimientos de producción de los productos agrícolas, definidos en el artículo 38, apartado 1, del TFUE, de los productos destinados a la alimentación humana y animal y de los medicamentos, así como los métodos y procedimientos de producción relacionados con los demás productos, en caso de que estos influyan en sus características;
  - c) las características que debe tener un servicio, como los niveles de calidad, rendimiento, interoperabilidad, protección del medio ambiente, salud o seguridad, así como los requisitos aplicables al proveedor en lo que respecta a la información que debe facilitarse al destinatario ( );
  - d) los métodos y los criterios para evaluar el rendimiento de los productos de construcción, tal como se definen en el... Reglamento...;
- 5) «especificación técnica de las TIC»: especificación técnica en el ámbito de las tecnologías de la información y la comunicación;
- 6) «producto»: cualquier producto de fabricación industrial y cualquier producto agrícola, incluidos los productos de la pesca;
- 7) «servicio»: cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, tal como se define en el artículo 57 del TFUE;
- 8) «organización europea de normalización»: organización que figura en el anexo I (CEN: Comité Europeo de Normalización; 2. Cenelec: Comité Europeo de Normalización Electrotécnica; 3. ETSI: Instituto Europeo de Normas de Telecomunicaciones)
- 9) «organismo internacional de normalización»: la Organización Internacional de Normalización (ISO), la Comisión Electrotécnica Internacional (IEC) y la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT);
- 10) «organismo nacional de normalización»: organismo notificado a la Comisión por un Estado miembro.

Es al amparo de este marco conceptual que hay que interpretar los preceptos referidos de la Directiva RES relativos a la armonización técnica (*cuando existan normas europeas ... las especificaciones técnicas ...*)

### I.2.2. LA PREVENCIÓN DE TRABAS TÉCNICAS: LOS PROCEDIMIENTOS (TRANSNACIONALES) DE ELABORACIÓN DE REGLAMENTOS TÉCNICOS

En las primeras décadas del funcionamiento del Mercado Común, el Tribunal de Justicia tuvo que resolver numerosos conflictos relacionados con la convivencia de un principio general y su excepción, ambos establecidos en el Tratado CEE originario: por una parte, la regla de la libre circulación de mercancías, con prohibición de restricciones y cualquier otra medida nacional que supusiera un obstáculo a tal circulación; por otra parte, la excepción a esa regla, que admitía la posibilidad de los Estados de poder adoptar medidas para la protección del orden público, la salud y seguridad, y otros valores similares. De la coexistencia de ambas determinaciones resultó el criterio jurisprudencial conocido como el *Principio de Reconocimiento Mutuo*, y los criterios matizando su aplicación, que se erigió durante décadas (14) como la regla que determinaría la eventual admisibilidad de regulaciones, técnicas y de productos, nacionales en relación con productos de otros Estados. Estos criterios fueron asentándose a partir de los años 70 del pasado siglo (15).

En 1983 se adoptó una norma muy importante en este ámbito, la Directiva 83/189/CEE que estableció un procedimiento de notificación a la Comisión de los reglamentos técnicos nacionales, abriendo la puerta a lo que luego devendría en uno de los caracteres peculiares del Derecho Administrativo Europeo, los procedimientos transnacionales (16). Unos años más tarde se adopta el *Nuevo enfoque de armonización técnica y normalización* (Resolución del Consejo 1985) en el ámbito europeo, en cuya virtud, en lo sucesivo:

- a) las Directivas de armonización establecerían únicamente los requisitos esenciales para la introducción en el mercado de los productos;
- b) las Especificaciones técnicas que incorporaran los anteriores requisitos esenciales se incorporarían en disposiciones de normalización (voluntarias) cuyo número de referencia se publicaría en el Diario Oficial;
- c) los productos fabricados conforme a estas especificaciones técnicas se beneficiaban de la presunción de conformidad con los requisitos esenciales de las Directivas.

La nueva estrategia alcanzó no sólo a las condiciones y requisitos técnicos para la comercialización de productos sino también al tipo de control del producto previo a su comercialización. Estas cuestiones se concretaron en la *Resolución del Consejo de 1989 sobre el Enfoque Global para el control y certificación de productos*, que intro-

(14) No fue hasta mucho más tarde cuando dicho principio cristalizó en una norma de Derecho positivo, el Reglamento 764/2008, que estableció los procedimientos de aplicación de ciertas normas nacionales a productos legalmente comercializados en otro Estado miembro

(15) Sobre la conformación de estos criterios, y los numerosos matices señalados en su aplicación, *vid. MATTERA, A., El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Civitas 1990.

(16) Que ya referí, en 1998, en mi trabajo *La aplicación administrativa del Derecho Comunitario*. Administración Mixta, publicado en Civitas en dicho año. Más recientemente, sobre este tema, NIETO, E., Martín, I., *El Derecho Administrativo Europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, 2010.

dujo una perspectiva modular que dividía la evaluación de conformidad en operaciones (módulos) conducentes a obtener la Marca CE (17).

El marco establecido por la Directiva 189/1983/CEE fue más tarde reemplazado por la *Directiva 98/34/CE*, que aprobó el procedimiento de información de los reglamentos y normas técnicas nacionales y que, entre otras modificaciones, extendió dicho procedimiento a productos industriales, agrícolas y de los servicios de la sociedad de la información. La Directiva define los conceptos de *reglamento técnico* y de *norma técnica*, y establece dos procedimientos de información a la Comisión en el correspondiente procedimiento nacional de tramitación, una vez concluido éste y antes de la aprobación definitiva.

Este procedimiento de «información» establecido en la Directiva 98/34/CE en modo alguno debe considerarse mera comunicación a efectos informativos sino que articula una segunda fase en el procedimiento de elaboración de una categoría específica de Reglamentos, que tiene la peculiaridad de desarrollarse más allá de las fronteras del Estado que, en su caso, finalmente lo adoptará. En este procedimiento participan los demás Estados miembros y la Comisión, lo que puede determinar que se imponga un texto alternativo. La omisión de esta segunda fase, ha dicho el Tribunal, constituye un «vicio sustancial» de procedimiento que impedirá su plena eficacia en la medida en que, de su aplicación, se deriven determinados efectos (la obstaculización de la libre circulación de mercancías) (18).

La Directiva 98/34/CE (sobre reglamentos y normas técnicas nacionales) fue modificada por el Reglamento 1025/2012 (sobre normalización europea): en el tiempo transcurrido desde su aprobación, se han producido importantes cambios que han afectado a la configuración misma del mercado: por una parte, aparecen los servicios junto con las mercancías, con un alto componente tecnológico; por otra parte, y más allá de la UE, la armonización y desmantelamiento progresivo de barreras técnicas al comercio aparece como el objeto específico de numerosos acuerdos internacionales, entre los que hay que destacar el acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (TBT por sus siglas inglesas) concluido en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC-WTO) ya referido.

El Reglamento 1025/2012 actualiza y refuerza estos procedimientos de información, modificando la Directiva 98/34/CE. Por una parte, incluye el deber de notificar a la Comisión la petición por un Estado miembro a su Organismo de Normalización de que elabore especificaciones técnicas dirigidas a establecer Reglamentos Técnicos (nueva redacción del artículo 7 de la Directiva). Por otra parte, y respecto de las actividades de normalización técnica, refuerza considerablemente la transparencia en la elaboración de las mismas por los organismos nacionales de normalización, y entre otras determinaciones, otorga *preferencia a la elaboración de normas europeas frente a las nacionales*: los organismos nacionales no pueden objetar que una cuestión pre-

---

(17) Los módulos se diferenciaban en el grado de desarrollo del producto, el tipo de evaluación y la persona (producto o tercero) encargada de la conformidad. También generalizó que la normalización europea siguiera los estándares de calidad internacionales (serie ISO 9000) y los requisitos que debían de cumplir los organismos de evaluación de conformidad (basados en la norma europea EN 45000) que debían de notificarse a la Comisión (organismos notificados).

(18) Sobre la formulación de esta doctrina, GONZÁLEZ-VAQUÉ, L., «Inaplicabilidad por los jueces nacionales de los reglamentos técnicos no notificados. La Sentencia Lemmens del TJCE», *Gaceta Jurídica* n.º 201, 1999, y Galera Rodrigo, S., «El Derecho de la Técnica *cit*».

vista en su programa sea tratada por los organismos europeos; y, en sentido contrario, durante la elaboración de una norma armonizada europea no puede publicarse una norma nacional contraria a la anterior, debiendo revisarse la existentes que la contradigan en un plazo razonable (apartados 5 y 6 del artículo 3);

### I.3. Europa 2050

Los objetivos de política energética europea recientemente establecidos con el horizonte del 2050 no suponen ya un afinamiento y perfeccionamiento de objetivos en el marco de un mismo modelo, sino una transformación del modelo mismo: estos objetivos ulteriores vienen establecidos, como estrategia general, en la Comunicación de la Comisión *Hoja de Ruta de la Energía para 2050* (19) (HR2050 en adelante) y los documentos que la acompañan, a los que más abajo se hará referencia específica. Se insiste aquí, de nuevo, en la reducción de emisiones, en la eficiencia energética y en el incremento de las fuentes de energía renovables en el porcentaje de consumo energético final, pero tales objetivos quieren ahora alcanzarse sobre la base de un mercado de perfiles completamente distinto.

El modelo definido para 2050 se propone como base para proponer iniciativas legislativas y de otro tipo sobre política energética: como es natural, está construidas sobre hipótesis basadas en proyecciones de avances tecnológicos y económicos que irán revisándose en ese iterin temporal. No obstante, quedan ya identificados tanto los objetivos y resultados, como los elementos estructurales del modelo, considerándose *Opciones Útiles en Todo Caso* la eficiencia energética, las energías de fuente renovable y las redes inteligentes (20).

Esta ambiciosa estrategia supondrá una transformación radical de las fuentes de producción, distribución y consumo de energía de los ciudadanos europeos y tiene ya tiene perfiladas dos de sus elementos estructurales:

- por una parte, el Horizonte 2050 apunta a la reducción progresiva de las fuentes de energía convencionales, que se contemplan transitoriamente como fuentes de reserva hasta conseguir el abastecimiento completo y seguro de la red a partir de fuentes de energía renovables (RES) y otras fuentes no convencionales (en esta progresión se ha concretado ya el objetivo del 30% de renovables en el consumo final para 2030, y del 50% para 2050) ;
- por otra parte, se apunta a un cambio estructural del sistema de gestión, que abandona ahora la secuencia vertical de producción-transporte-distribución-consumo, gestionado por los operadores del sistema, para implantar un sistema de abastecimiento energético basado en una *gigantesca red inteligente e interconectada*, alimentada por millones de actores —productores/consumidores— que interaccionan con la red (*Smart Grids*)

---

(19) Comunicación de la Comisión de COM/2011//0885

(20) Estrategia basada en la *Trias Energetica*, cuya propuesta (y revisiones) se refiere en Vandevyvere, H., Stremke, S., «Urban Planning for a Renewable Energy Future: Methodological Challenges and Opportunities from a Design Perspective», *Sustainability* 2012, Issue 4, 1309-132

Como es común en las estrategias Europas a largo plazo, se han concretado ya acciones y objetivos en períodos intermedios, cuya evaluación en su día permitirá las correcciones necesarias para alcanzar el objetivo final. La HR2050 tiene como objetivo intermedio 2030, lo que se desarrolló en el documento que establece «Un Marco estratégico en materia de clima y energía para el período 2020-2030» (21) cuyos pilares son: i) una reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero de un 40 % con respecto a los niveles de 1990; ii) un objetivo vinculante a escala de la UE de al menos un 27 % de fuentes de energía renovables; iii) una ambición renovada en materia de políticas de eficiencia energética; y iv) un nuevo sistema de gobernanza y una nueva serie de indicadores para garantizar un sistema energético competitivo y seguro.

### I.3.1. LA HOJA DE RUTA DE LA ENERGÍA 2050

Se señalan a continuación de forma esquemática los objetivos e instrumentos más significativos y novedosos incorporados en la estrategia 2050.

— La transición hacia un nuevo modelo energético. Nueva Gobernanza Energética.

- como *resultados* a obtener se establecen los siguientes: sostenibilidad, seguridad, competitividad, involucración de las PYMEs en el mercado de las renovables y subsiguiente creación de empleo de calidad;
- como elementos estructurales del modelo se identifican la eficiencia energética, las energías renovables y las redes inteligentes.
- como *objetivos* finales e intermedios: a) porcentaje de renovables sobre consumo final: 30% en 2030, y 50% en 2050; b) sistema de producción y gestión descentralizado, previa superación de obstáculos financieros, técnicos y de infraestructuras; c) incremento de la eficiencia energética en toda la cadena (transformación, transporte, distribución y consumo) y particularmente en edificios (con un objetivo de reducción del 80% para 2050 respecto a consumos de 2010).

La *Estrategia de Gobernanza Energética* conlleva asimismo novedades de calado, al sustituir el actual *enfoque descendente* (objetivos de reducción de Gases de Efecto Invernadero, GEI y subsiguientes medidas) en un *enfoque ascendente* (el potencial energético local y las tecnologías económicamente eficientes determinan los objetivos de reducción GEI y de alimentación de la red) para la definición de objetivos. Esta gobernanza energética se asocia a un nuevo diseño de red, de infraestructuras energéticas nuevas, inteligentes y flexibles, con los siguientes perfiles:

... una red europea plenamente integrada, que aúne todas la fuentes de energía

---

(21) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones-*Un Marco estratégico en materia de clima y energía para el período 2020-2030* [COM(2014) 15 final] de 22.1.2014.

... las fuentes de energía convencionales se contemplan como fuentes de reserva, hasta que la tecnología garantice la plena seguridad del sistema basado íntegramente en renovables («es probable que los combustibles fósiles convencionales sigan formando parte del sistema energético al menos durante la transición hacia un sistema energético hipocarbónico»)

... además de a las energías de fuentes renovables, similar impulso apunta al desarrollo de biocombustibles avanzados sostenibles (tercer generación) a partir de algas y residuos agrícolas (22).

... los sistemas individuales de microgeneración y almacenamiento se configuran como piezas básicas necesarias del sistema;

... programas de respuesta a la demanda (incluidos contadores inteligentes)

Finalmente, se prevén asignaciones de medios financieros, europeos y nacionales, para la construcción de nuevas infraestructuras energéticas en la UE, y desmantelamiento instalaciones obsoletas.

— La energía de fuente renovable: micro y macro escalas de generación.

La Estrategia apunta a la especialización regional en la producción de energía renovable, mencionando dos grupos distintos de medidas relacionadas, respectivamente, con los grandes proyectos en curso y con la microgeneración:

- la Microgeneración es contemplada como un elemento básico del nuevo modelo, anunciando una futura estrategia que propicie la renovación de infraestructuras, la reducción de cargas legislativas y el intercambio de buenas prácticas, particularmente los incentivos fiscales: las infraestructuras energéticas se orientan hacia el usuario final, hacia la interacción entre las capacidades del sistema de distribución y el consumo, lo que presupone flujos bidireccionales de energía e información en tiempo real.
- hace mención específica a la autosuficiencia energética esperable del Mediterráneo Meridional, asignándole además un objetivo de superávit que verterá al resto de la UE a través de la red interconectada.

Específicamente se prevé un sistema de Incentivos Financieros Comunes a escala UE, donde se singularizarán grupos de mercado de renovables a escala Regional: «cada Región Europea debe poder seguir una plan individual orientado con arreglo a su situación y economía», desarrollando y aplicando las estrategias energéticas más eficientes.

— infraestructuras y Mercado Interno

Los elementos esenciales de la superred europea quedan ya apuntados en los apartados anteriores; sin embargo la HR-2050 delimita algo más sus características, destacándose los siguientes elementos adicionales:

---

(22) De hecho, ya se está impulsando *vid.* xxxx

- Infraestructura superred inteligente de la UE que une Norte, Sur, Este. Oeste que: a) aprovecha al máximo las ventajas comparativas de cada Estado, b) utiliza todo potencial producción energía, integración descentralizada y a microescala, c) función destacada de consumidores proactivos y operadores de distribución en sistema de gestión de demanda eficiente, presu- puesta la renovación de redes locales; d) protagonismo reforzado de la entidad de encuentro de los reguladores nacionales, HACER —Agencia Cooperación de los Reguladores de la Energía—.
- «La implantación de redes inteligentes es una cuestión urgente para la inte- gración de la generación de energías renovables distribuidas y la gestión descentralizada de la red».
- Mejor uso de las infraestructuras existentes en beneficio de los consumi- dores, (principio «se usa o se pierde») y precios más transparentes, que *incluirán los costes ambientales*;
- Mayor competencia en el Mercado Interior, remoción de barreras técnicas y mayor participación de las PYMEs
- Las fuentes convencionales son contempladas como sistema de reserva; desde este planteamiento, se hace mención específica a la energía nuclear y al Corredor GNL (Gas Natural Licuado) como vía complementaria en el Medi- terráneo Oriental y Mar Negro.

Este ambicioso objetivo de transformación energética tiene un escenario que trasciende el estricto territorio de la Unión Europea (UE): por una parte, países como Turquía, mediterráneos y norte de África se perfilan ya como actores del sistema y, por otra parte, el modelo ha sido entusiásticamente acogido por influentes intelectuales y activistas americanos que se han basado en él para reelaborarlo en el discurso denominado La Tercera Revolución Industrial (Rifkin). No nos parece exagerada esta expresión, pues el reto planteado en el Horizonte 2050 es claro que ha de trascender el estricto ámbito de la producción y gestión energética, impactando en ámbitos estructurales del modelo de sociedad como son la ordenación territorial y el propio modelo de gobernanza y participación.

### 1.3.2. LAS RES EN LA NUEVA PROGRAMACIÓN DE FONDOS ESTRUCTURALES 2014-2020

En la medida en que la nueva programación está concebida como el instrumento financiero para la consecución de la Estrategia Europa 2020, y que uno de los elementos en los que reposa esta Estrategia es el desarrollo sostenible —además de los elementos sociales y de innovación—, resulta que las acciones sustantiva o indirectamente ambientales no han tenido nunca una financiación tan importante como en el período indicado.

De entre los cinco fondos europeos, hay que destacar el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), que sigue siendo el de mayor asignación (183.3.00 millones de euros de un total de 376.000 para el período 2014-2020) y el más orientado a la promoción de renovables. En particular, se vincula un porcentaje mínimo de los recursos totales del FEDER a nivel nacional (a España le corresponden un total de 25.000 millones en el período de programación) a la financiación de los siguientes proyectos:

- a) eficiencia energética y energías renovables, investigación e innovación y apoyo a las PYMEs (artículo 4): capítulo al que deberá destinarse bien un 80% en regiones más desarrolladas y regiones en transición (con un 20% mínimo a eficiencia energética y energías renovables) bien un 50% en regiones menos desarrolladas (con un 6% mínimo a eficiencia energética y energías renovables);
- b) 5% desarrollo urbano sostenible (artículo 7) en el marco de medidas delegadas a las ciudades y gestionadas a través del ITI (Inversiones Territoriales Integradas).

Otra de las novedades de la nueva programación es la concepción de las ciudades como motores de la economía europea, reforzando su papel en el contexto de la política de cohesión; a tales efectos, además de asignar un porcentaje mínimo de fondos a financiar acciones de desarrollo urbano sostenible, se crea una nueva herramienta, *Inversión Territorial Integrada (ITI)* cuya administración y ejecución se delegará a las ciudades que, designadas por los Estados, apliquen acciones integradas.

La aplicación de este marco europeo —Reglamentos de Fondos y Marco Estratégico Común— requiere de concreciones nacionales, establecidas básicamente por el Acuerdo de Asociación de España 2014-2020 (elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda y remitido a la Comisión para su aprobación en Abril de 2014) y del Programa Operativo de desarrollo sostenible (23).

Complementariamente, procede señalar los eventuales marcos de ayudas nacionales que puedan establecerse en los Estados miembros, que resultarían en una financiación pública adicional a la que acabamos de señalar. Como es sabido, estas ayudas nacionales están sujetas a un estrecho control por parte de la Comisión Europea aun cuando, como es el caso de las renovables, están expresamente previstas en la Directiva general. Para facilitar y aplicar estos regímenes de ayudas nacionales, recientemente (9 de abril 2014) la Comisión adoptó la Comunicación estableciendo la *Guía de ayudas estatales en materia de protección ambiental y energía 2014-2020*, que contiene los criterios que las compatibilizarían con las estrictas disposiciones del Tratado relativas al Derecho de la competencia (24).

#### **I.4. Reflexión final sobre el marco europeo**

Lo anteriormente expuesto pone de manifiesto una evolución de la política energética progresiva y decididamente enfocada a la autosuficiencia energética europea (seguridad energética) y condicionada por consideraciones ambientales (objetivos de cambio climático). Estos dos objetivos últimos no han hecho sino reforzarse a tenor de las recientes evidencias científicas relativas a la relación del calentamiento climático y la actividad humana, de los acontecimientos económicos y de las crisis políticas. Las advertencias que parten del Panel de Expertos de Naciones Unidas para el Cambio climático cada vez tienen mayor eco en las políticas ambientales, regionales y nacionales. La crisis económica mundial de los últimos años ha intensificado la necesidad de reducir cuantiosísimas importaciones europeas de recursos energéticos. Por

(23) Ambos documentos disponibles en <http://www.dgfc.sggp.meh.es/sitios/DGFC/es-ES/Paginas/inicio.aspx>

(24) Comunicación 2014/C 200/01 (DOC de 28 de junio 2014),



último, los recientes y graves acontecimientos políticos que involucran a la UE con su vecino del norte, Rusia, a través de la República Ucraniana refuerzan asimismo las estrategias europeas de incrementar su oferta energética interna.

En este sentido no pueden ser más elocuentes algunos de los datos y reflexiones contenidos en la *Estrategia Europea de Seguridad Energética*, adoptada unos meses después de iniciarse la crisis ucraniana (25), algunos de los cuales son los que siguen:

- La UE importa actualmente el 53 % de la energía que consume. La dependencia de las importaciones afecta al crudo (casi el 90 %), al gas natural (66 %) y, en menor medida, a los combustibles sólidos (42 %) y al combustible nuclear (40 %).
- La factura energética externa de la UE asciende a más de 1 000 millones de euros diarios (en torno a 400 000 millones de euros en 2013) y representa más de una quinta parte de sus importaciones totales. La UE importa más de 300 000 millones de euros de crudo y productos petrolíferos, un tercio de ellos de Rusia.

La seguridad energética de la UE ha de contemplarse también en el contexto de la creciente demanda mundial de energía, para la que se prevé un incremento del 27 % en 2030, con importantes cambios en el abastecimiento energético y los flujos comerciales.

La Estrategia establece las áreas en las que han de adoptarse decisiones o medidas concretas a corto, medio y más largo plazo para responder a las cuestiones de seguridad energética. Se basa en ocho pilares fundamentales, entre los que las consideraciones de seguridad —planes de contingencia y protección de infraestructuras energéticas— tienen específica consideración.

## II. Algunas reformas necesarias en el marco español para la recepción del modelo

La incorporación al marco español de las estrategias políticas y normativas anteriormente referidas requeriría a mi entender, por una parte, de una depuración importante de la técnica normativa y, por otra parte, un refuerzo de la coordinación y cooperación entre autoridades administrativas de los distintos niveles territoriales que deberían de llevar a fórmulas de actuación inéditas hasta el momento.

La oscilante y compleja normativa española reguladora de las energías renovables ha sido objeto de rigurosos estudios que abordan los distintos aspectos jurídicos implicados así como los aspectos técnicos, a los que me remito (26). Con una preten-

---

(25) La *Estrategia de Seguridad Energética* se adoptó el 28 de mayo de 2014, COM 2014 (330), seis meses después de que el Parlamento Ucraniano rechazara suscribir el Acuerdo de Asociación con la UE (21 de noviembre de 2013), lo que desencadenaría los acontecimientos posteriores cuyo resultado a día de hoy aún no se vislumbran.

(26) Como obras de referencia, me remito a los dos volúmenes del *Tratado de Energías Renovables* ya citado; I. GONZÁLEZ RIOS, *Régimen jurídico-administrativo de las energías renovables y de la eficiencia energética*, Aranzadi 2011; J.F. ALENZA GARCÍA, M. SARASÍBAR IRIARTE, *Cambio climático y Energías Renovables*, Aranzadi 2007. Más recientemente, *vid.* los trabajos de L. MELLADO (Estudio Introductorio, pp. 15 y ss.) y de M. ORTIZ GACÍA (El marco jurídico de la generación distribuida de energía eléctrica: autoconsumo, redes inteligentes y «derecho al sol», pp. 235 y ss.), en F. GARCÍA RUBIO Y L. MELLADO, *Eficiencia energética y Derecho*, Dyckinson, 2013.

sión mucho más reducida, quieren hacerse aquí algunas observaciones generales y específicas respecto del marco regulador.

## II.1. El marco de las renovables en la nueva Ley del Sector Eléctrico

Con carácter general, se quiere llamar la atención que la regulación de generación y distribución de energía renovable se integró inicialmente en un marco regulatorio más amplio, el del sector energético, que en ese momento ya estaba lastrado por políticas energéticas que con el tiempo se revelarían de dudoso acierto, como se ha puesto de manifiesto recientemente ante nuestra más alta jurisdicción (27). Otra observación de carácter general debe de hacerse en relación con la limitada utilización de los instrumentos de fomento enumerados por la Directiva RES en su artículo 2, apdo. k, que referimos en el primer epígrafe de este trabajo: la utilización insistente de las «primas» a través de tarifas reguladas, en detrimento de otros instrumentos —incentivos a la inversión en tributos personales y societarios, certificados de origen, régimen de balance neto en las modalidades de autoconsumo, entrada efectiva de Empresas de Servicios Energéticos en la distribución— que permanecen inéditos o infrautilizados.

Recientemente se abordó una reordenación del sector eléctrico a través de la adopción de un nuevo marco general, concretado en la Ley 24/2013 de 26 de septiembre, del Sector Eléctrico (LSE 2013 en adelante), que nació con la pretensión de aportar «la estabilidad regulatoria que la actividad eléctrica necesita», según declara en su Exposición de Motivos. Por lo que aquí interesa, el reciente Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, reguló la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (RD-RES en adelante). Con carácter general, el nuevo marco configura un sistema de apoyo al sector de energías renovables que sigue pivotando en el reconocimiento de retribuciones de tarifa específicas y adicionales, incorporando ahora flexibilidad a través de los períodos regulatorios de seis y tres años tras los que se reconsiderarán las medidas de apoyo. Una novedad en este ámbito es la regulación del Autoconsumo, al que más abajo se hará referencia.

La LSE 2013 elimina la distinción entre los regímenes ordinario y especial, si bien permite un régimen de retribución adicional específico y (aparentemente) excepcional; el RD-RES se aplica a todas las instalaciones RES, debiendo no obstante cumplir requisitos adicionales aquéllas que quieran acceder al régimen de retribución específico (se relaciona en Anexo I la clasificación en categorías, grupos y subgrupos de las instalaciones de producción sujetas).

El otorgamiento del régimen retributivo específico se establecerá con arreglo a un procedimiento de concurrencia competitiva, estableciéndose períodos regulatorios de seis años (abarcando el primero hasta final 2019), al final de los cuales se podrán revi-

---

(27) *Vid.* Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2013, Sala contencioso Administrativo, que confirman dos Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala contencioso administrativa de 30 de enero de 2013, que resultan determinantes para la comprensión de la intrincada cuestión del *déficit tarifario* de nuestro sistema eléctrico y del papel de los denominados *costes de transición*.

sar algunos de los parámetros retributivos (28). El régimen de retribución adicional debe de permitir a las instalaciones RES cubrir los mayores costes de forma que puedan competir en pie de igualdad con otras tecnologías y puedan obtener una *rentabilidad razonable* (29). El cálculo de la retribución específica toma como base el *concepto de instalación tipo*, lo que se concretó y reguló en la Orden Ministerial IET/1045/2014, de 16 de junio (30), determinado en función de la potencia, tipo de tecnología, la antigüedad y sistema eléctrico y otras características relevantes; la retribución específica se imputará a cada instalación tipo que opere en condiciones de *empresa eficiente y bien gestionada*.

Se insiste en la *prioridad de acceso y conexión* a la red de las energías RES, ya reconocida anteriormente, remitiéndose a futura regulación reglamentaria la concreción de las condiciones de «fiabilidad y seguridad del sistema» y «seguridad del suministro y desarrollo eficiente del sistema» que podrían excepcionar dicha prioridad (artículo 26, apdo. 2). De esta forma, se incorpora una de las dos opciones establecidas en la Directiva (acceso prioritario o acceso garantizado, artículo 16, apdo. 2);

El derecho de acceso es una de las contribuciones al interés general que persiguió la liberalización del sector, permitiendo a productores y consumidores el acceso a la red eléctrica. En consecuencia, están estrictamente relacionadas las causas que pueden motivar la denegación de acceso, que corresponde, como el acceso mismo, al titular de la red de distribución o transporte. Sin embargo, la regulación de las condiciones y régimen de acceso contenida en el artículo 33 de la LSE fue objeto de importantes propuestas de reforma en el Informe de la CNE, n.º 19/2013, que no fueron atendidas en la versión final, siendo de particular interés las siguientes:

- en la redacción actual, el permiso de acceso está condicionado a la *capacidad de acceso*, lo que quedará determinado por la aplicación de los siguientes requisitos: criterios técnicos de seguridad, regularidad, calidad del suministro y de *sostenibilidad y eficiencia económica del sistema eléctrico* establecidos reglamentariamente por el Gobierno: este último criterio fue cuestionado en el mencionado Informe, al considerar que no corresponde al distribuidor o transportista aplicarlo, sino en todo caso al Ministerio en el proceso de inscripción

---

(28) valor de la tasa de actualización, previsión de ingresos por venta de energía a precios de mercado, previsión de costes de explotación, valores de ajuste por desviación en el precio de mercado, costes variables de generación en territorios no peninsulares; asimismo, se establecen unos subperíodos de tres años, al final de los cuales se podrán revisar: la previsión de ingresos por venta de energía en el mercado y los valores de ajuste por desviación en el precio de mercado. la retribución específica viene establecida por dos componentes: retribución a la inversión que cubra los costes de inversión que no puedan recuperarse vía mercado, y, si es necesario, una retribución a la operación, que cubra la diferencia entre los costes de explotación y el precio obtenido del mercado

(29) Concepto que queda referido a la rentabilidad de las Obligaciones del Estado a diez años incrementado por un diferencial (inicialmente fijado en 300 puntos).

(30) BOE de 20 de junio de 2014, Orden por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables. La Orden, que ocupa 1.761 páginas de Boletín, reconduce las instalaciones preexistentes (63.000 aproximadamente) a 1.517 instalaciones tipo. El nuevo régimen ha sido fuertemente contestado por el sector, particularmente en relación con los períodos y subperíodos regulatorios por la reconsideraron de los parámetros retributivos, y por la consideración de la vida útil regulatoria como parámetro para la segmentación de las instalaciones y su aplicación a las instalaciones preexistentes.

de instalaciones de generación en los registros que otorgan el derecho a percibir una retribución regulada;

- aunque se solicitó explícita y motivadamente, invocando el régimen paralelo en el sector de las Telecomunicaciones y los Hidrocarburos, no se le atribuyen al Regulador las facultades para reaccionar en casos de denegaciones injustificadas de acceso a la red (31);
- por último, tampoco el legislador se hace eco de las propuestas dirigidas a una mayor transparencia de acceso a la red, mediante informaciones que obligatoriamente habrían de aparecer en la web de los gestores de red.

Con carácter específico, hay que subrayar que la LSE 2013 incorpora por primera vez a la regulación marco del sector eléctrico la regulación del autoconsumo, remitiendo a futuros desarrollos reglamentarios cuya adopción no se está revelando sencilla. El artículo 9 de la Ley prevé cuatro supuestos de autoconsumo (apdo. 1):

- a) el autoconsumo procedente de instalaciones no registradas como instalaciones de producción, en el que sólo existe la figura del consumidor, que no podrá vender sus excedentes;
- b) producción por instalaciones de generación registradas, destinadas al consumo con posibilidad de verter/vender los excedentes a la red;
- c) producción con autoconsumo mediante línea directa, pudiendo no coincidir el consumidor y el productor (lo que supone un abandono de la restricción actual de identidad de los titulares (32));
- d) otros supuestos.

Tras establecer las modalidades de autoconsumo, el artículo 9 establece otras regulaciones básicas de su régimen jurídico:

- en el supuesto de instalaciones de producción o consumo conectadas total o parcialmente al sistema eléctrico

... los titulares de ambas deben cumplir el régimen general de la ley (apdo.2);

... todos los consumidores de autoconsumo tienen la obligación de contribuir a los costes y servicios del sistema por la energía consumida, estando obligando a pagar los mismos peajes de acceso, y otros cargos y costes asociados que corresponden a los consumidores no sujetos a modalidades de autoconsumo (apdo.3)

---

(31) «Ante el incumplimiento de una resolución concediendo acceso a un interesado, la CNE sólo cuenta con la posibilidad de tramitar un procedimiento sancionador», pero no de ejecutar forzosamente la resolución a través de la ejecución subsidiaria o las multas coercitivas (facultades que solicitaba en su Informe, apdo. 4.6.4).

(32) El marco actual impone la limitación de que las líneas directas sólo puedan ser utilizadas «por sus titulares o por filiales en las que cuenten con una participación significativa» que queda concretada en el 25 por 100 del capital social (Real Decreto 1955/2000, artículo 69, apdo. 1, *vid.* consulta CNE de 7 de marzo 2013). En tanto no se apruebe el desarrollo reglamentario para el autoconsumo, y en particular el Registro Administrativo de Autoconsumo, no podrá aplicarse este precepto liberalizador.

- los consumidores acogidos a las modalidades de autoconsumo deben inscribirse en el Registro Administrativo de autoconsumo de energía eléctrica creado en el Ministerio de Industria, Energía y Turismo (apdo. 4), tipificándose como infracción (grave o muy grave, artículo 64 y 65) la contravención de esta obligación.

Este artículo 9 de la Ley 24/2013 merece algunos comentarios, el primero, y con carácter previo, que este precepto, entre otros, ha sido cuestionado desde un punto de vista competencial por varias Comunidades Autónomas, que consideran de su titularidad la creación y organización de dicho Registro (33).

El Registro Administrativo de autoconsumo ya fue creado por el Real Decreto Ley 9/2013, que remitía a futuros desarrollos reglamentarios su organización. Este desarrollo reglamentario se incluía en la *Propuesta de Real Decreto regulador del Autoconsumo* (condiciones administrativas, técnicas y económicas), que inició su tramitación en julio de 2013 (34); de acuerdo con esta propuesta:

- los consumidores en régimen de autoconsumo ya no sólo tendría que asumir todos los costes y peajes que asumen los demás consumidores (artículo 9, apdo. 3) sino que establece un peaje específico, *peaje de respaldo*: aun cuando dicho peaje pudiera tener respaldo en otros preceptos de la ley (35) —ciertamente generosos con las habilitaciones reglamentarias—, lo cierto es que en la regulación marco del autoconsumo del artículo 9 de la Ley no hay alusión a tal peaje;
- para el supuesto de producción con autoconsumo (segundo supuesto previsto en el artículo 9) se impone la coincidencia de titularidad de la instalación de consumo y producción, manteniendo de esta forma una restricción que ya está prevista para las instalaciones de pequeña potencia y que ha sido cuestionada por su impacto potencial en las actividades de las Empresas de Servicios Energéticos (36);
- se ha cuestionado también de forma generalizada la imposición de contadores dobles, dos equipos de medida de toda la energía producida y de toda la consumida, en vez de admitir un único contador bidireccional, lo que añadiría costes adicionales (de los contadores y servicios asociados) innecesarios y que afectaría además a un considerable número de instalaciones preexistente (37)

---

(33) En este sentido *vid.*, Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña 7/2014, de 27 de febrero, en base al cual se planteó por esta Comunidad Recurso de Inconstitucionalidad n.º 1820/2014, BOE 13 de mayo.; por parte de otras Comunidades se han iniciado procedimientos previos al planteamiento de tal Recurso y que afectan a este artículo: acuerdos de 25 de marzo de 2014 de la Comisión Bilateral de Cooperación Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía y de 25 de abril en relación con la Comunidad de Galicia.

(34) La propuesta fue remitida a la Comisión Nacional de la Energía con fecha 18 de julio de 2013 dando lugar al Informe 19/2013, de 4 de septiembre que contuvo varias objeciones de calado al texto propuesto.

(35) En particular en los artículos 13 (Sostenibilidad económica y financiera del sistema eléctrico) y 16 (Peajes de acceso a redes y cargos asociados a los costes del sistema eléctrico),

(36) Informe CNE 19/2013 citado, p. 26

(37) Además de suponer una restricción adicional al régimen vigente que sí lo permite y que habría que derogar (en este sentido, *vid.* Informe 19/2013 citado en relación con Real Decreto 1699/2011, artículo 18, apdo. 3, segundo párrafo).

— por último, quiere subrayarse la remisión que, con carácter general, se realiza a la «reglamentación vigente en materia de medida y seguridad y calidad industrial», un ámbito de regulación que, como quedó expuesto, presenta una enorme complejidad y que merecería un Anexo específico que clarificara al menos las referencias de dicha «reglamentación» y su correspondencia con eventuales normas europeas y nacionales de obligado reconocimiento.

La fuerte y generalizada contestación que siguió al conocimiento de la propuesta, —especialmente por crear el peaje de respaldo que se añadiría a una reducción generalizada de las primas—, explica que más de un año después de iniciar su tramitación el Real Decreto no haya sido aún publicado. Al margen de la cuestión —no marginal, sino central— de cómo se resuelvan los eventuales discrepancias competenciales, es claro que urge una regulación del autoconsumo que propicie la generación propia de energía y la venta de los excedentes, sin imponer trabas administrativas, técnicas o económicas innecesarias. En esta regulación, el legislador debería hacer un esfuerzo adicional de claridad y pedagogía, puesto que en lo sucesivo esta regulación no sólo va a implicar activamente a un reducido número de empresas especializadas sino, es previsible y deseable, a un amplísimo colectivo de consumidores/productores que se convierten en agentes activos, y no sólo pasivos, en el nuevo modelo.

A estos comentarios generales sobre la necesidad de adaptar el marco jurídico español para incorporar las estrategias europeas, se les va a añadir dos comentarios, ya necesariamente breves, sobre dos aspectos específicos del máximo interés, que a mi entender requieren un nuevo planteamiento regulatorio: normas técnicas y planificación.

## II.2. Consideraciones sobre la Planificación

La Planificación como instrumento de las distintas políticas públicas tiene un muy distinto entendimiento en el plano europeo y en el plano español: si en aquél Estrategias, Políticas, Planes, Programas y Medidas muestran su articulación y su hilo conductor, en el plano nacional no es posible reconocer ese hilo conductor en prácticamente ningún ámbito de intervención pública. Más bien parece que la técnica planificadora que viene imponiéndose desde la Unión Europea en los más diversos ámbitos sectoriales (Planes Nacionales de energía, de energías Renovables, de Eficiencia Energética, de Residuos, de Gestión costera integrada, etc. etc.) lleva en España a la adopción de Planes Nacionales que, con carácter indicativo, son incapaces de conducir coherentemente a los objetivos contenidos en dichos documentos, por lo que su utilidad quizás pudiera reconducirse al interés de los datos e informaciones acopiados en las Memorias y al cumplimiento formal de la obligación de trasponer las Directivas europeas que imponen dichos Planes. El desencuentro permanente entre las Administraciones Central y Autonómicas desde luego es una de las causas explicativas.

Un ejemplo más que elocuente lo tenemos en la Plan Nacional de Energías Renovables 2005-2010, que estableció 450 MW de potencia instalada de energía fotovoltaica para todo el período considerado en la planificación: por efecto del Real Decreto de 2007 que estableció las tarifas primadas para esta categoría de energía se acabó

dicho año con una potencia instalada de 526 MW, llevando esta progresión a 2,707 MW a finales del año 2008 (38). Esto no es planificación.

El marco regulatorio general del sector energético hace previsión, antes y ahora, de Planes Energéticos bien de carácter indicativo, bien de carácter vinculante, limitándose estos últimos al desarrollo de la red de transporte, lo que incluye las líneas de transporte y subestaciones previstas. El Plan Actualmente vigente (2008-2016) (39), se adoptó en base a las previsiones de la anterior LSE 1997, regulándose en el Real Decreto 1955/2000 el órgano competente para su adopción (Consejo de Ministros, a propuesta del entonces Ministro de Economía), y algunas determinaciones para su tramitación (participación de las Comunidades Autónomas y sometimiento al Congreso). La participación autonómica se haría efectiva con la aprobación de sucesivas Órdenes Ministeriales que anunciaban el inicio de procedimientos para efectuar propuestas de desarrollo de la red de transporte de energía eléctrica (y de la red básica de gas natural y de las instalaciones de almacenamiento de reservas estratégicas de productos petrolíferos).

Este Plan 2008-2016 insistió en la necesidad de coordinar la planificación energética, tanto indicativa como vinculante, con el resto de instrumentos de planificación, especialmente urbanísticos y de ordenación del territorio: aspectos tales como la localización de plantas generadoras de electricidad, el trazado de redes de transporte, la ubicación de refinerías y gaseoductos, presentan una incidencia directa en la ordenación del territorio, «incidencia que ha de ser contemplada por los correspondientes instrumentos de planeamiento»; parece pues que más que *coordinar*, el Plan alude a la *prevalencia* que deben darse a estas estrategias energéticas con proyección espacial sobre la planificación territorial y urbanísticas.

Dos años después se adopta el Plan de Acción Nacional de Energías Renovables 2011-2020 (PANER, de 30 de junio 2010), que da cumplimiento a la obligación impuesta por la Directiva 2009/28 de adoptar Planes de Acción Nacionales, ajustados al modelo adoptado por la Comisión. No tiene pues esta Ley cobertura en la LSE 1997, sino que traspone directa y específicamente la Directiva: es más, el PANER declara que, en paralelo, se estaba produciendo la tramitación del Plan de Energías Renovables 2011-2020 (PER) en aplicación de las previsiones del Real Decreto 661/2007 que en aquella fecha regulaba la producción de energía en régimen especial (40).

Con referencia a la obligación de la Directiva de coordinar y simplificar los procedimientos de autorización de instalaciones de producción de renovables, el PANER revisa la normativa aplicable en los tres ámbitos más directamente implicados en las instalaciones de energía —industria, medioambiente y urbanismo—, que salvo la limitada competencia estatal corresponde a las Comunidades Autónomas que han adoptado legislación en estos tres ámbitos. Aunque es de agradecer que en sus Anexos incluya fichas informativas de la legislación autonómica vigente que resulta de aplica-

---

(38) Vid. RUIZ OLMO, I., Título: «Las renovables ante los recientes cambios normativos: el episodio jurisprudencial del RD 1565/2010, que modifica la tarifa retributiva de la energía fotovoltaica», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 3 de marzo 2014, <http://www.actualidadjuridicaambiental.com/?s=ruiz+olmo>

(39) Relativo a los sectores de electricidad y gas y desarrollo de las redes de transporte

(40) Y que a día de hoy, salvo error por mi parte, no se ha adoptado (al menos el Ministerio no lo incluye entre los demás Planes adoptados en su Departamento).

ción a las instalaciones, así como a los instrumentos de planificación adoptados, no parece suficiente para cumplir el mandato (artículo 13.1 Directiva RES) que impone como contenido de la coordinación,

la planificación espacial, con calendarios transparentes para la determinación de las solicitudes de planificación y construcción.

Un año después de la adopción del PANER sale publicada la Ley 2/2011 de 4 de marzo de *Economía sostenible*, que dedica un Capítulo completo, comprensivo de diez artículos, a regular el *Modelo Energético Sostenible*. Por lo que aquí se trata, interesa destacar las siguientes determinaciones:

- contempla un *documento de planificación* (artículo 79) que establecerá un modelo de generación y distribución de energía, documento que se orientará: a) a optimizar la participación de las energías renovables en la cesta de generación energética; b) a reducir la participación de aquéllas con mayor potencial de emisiones de CO<sub>2</sub>; c) a determinar los niveles de participación de la energía nuclear, entre otros aspectos.
- crea la *Conferencia Sectorial de Energía* (artículo 81) como órgano de coordinación entre el Estado y las comunidades Autónomas en materia de preparación, desarrollo y aplicación de la planificación estatal sobre energía. Esta Conferencia debe de informar preceptivamente no sólo el Plan *omnicomprensivo*, e indicativo, mencionado en el artículo 79, sino también el Plan vinculante que, limitado a la red de transporte, se regula en la legislación del sector eléctrico.

De esta forma, la Ley 2/2011 otorga un protagonismo mayor a las Comunidades Autónomas, no sólo porque el Estado en el ejercicio de sus competencias energéticas impacta en las competencias autonómicas propias —esencialmente ambientales y territoriales— sino porque, racionalmente, el ejercicio de las competencias estatales requiere la consideración previa de las estrategias —ambientales, territoriales, energéticas o de otra índole— que corresponden a las autoridades regionales. No obstante, este órgano de cooperación ha tenido escasa actividad, convocándose desde su creación dos veces en 2011, ninguna en 2012 (esto es, cuando ya se estaba elaborando el anteproyecto de la nueva Ley del Sector eléctrico), una en 2013, y otra en 2014.

La regulación de la Planificación energética en la nueva LSE 2013 abandona el enfoque planificador adoptado por la Ley de Economía Sostenible, no sólo en relación al contenido de los planes, sino también en cuanto a su tramitación. Más bien confirma la técnica y el modelo de la LSE 1997, incorporando las determinaciones que se han ido concretando en los años previos por la jurisprudencia. La LSE 2013 distingue tres tipos de planes:

- Los planes eléctricos, orientados a los clásicos objetivos de seguridad y calidad del suministro, de carácter indicativo y que deben reflejar distintos escenarios de evolución de la demanda, la capacidad mínima instalada para satisfacerla y las infraestructuras necesarias (artículo 4, apdo. 3);
- Los planes de desarrollo de la red de transporte, que forman parte de la anterior, de carácter vinculante (41);

(41) Exposición de Motivos, II, párrafo 12.º



- Los planes de energía renovable y de eficiencia energética que, con carácter indicativo, se puedan aprobar para favorecer el cumplimiento de obligaciones europeas (artículo 4, apdo. 5).

Abandono pues de la planificación energética integral dirigida a incrementar la participación de las renovables y la reducción de energías con mayor potencial de producción de CO<sub>2</sub> en la cesta energética, en línea con el nuevo modelo establecido en la HR2050. Y abandono también del reforzamiento de la presencia autonómica, cuya «participación» en la planificación eléctrica queda recogida (LSE 2013, artículo 4, apdo. 2) sin precisiones adicionales (¿conferencia sectorial, información pública, informes preceptivos?). Ni rastro hay de la participación, vía Conferencia Sectorial de la Energía, en la planificación, indicativa y vinculante, que estableció la Ley de Economía Sostenible y que no hay sido *expresamente* derogada.

Resulta asimismo equívoca la invocación de «coordinación con planes urbanísticos», que recoge el artículo 5, y que concreta en el *mandato* de que la planificación de las instalaciones de transporte y distribución de energía «deberá tenerse en cuenta en el correspondiente instrumento de ordenación del territorio y urbanístico, el cual deberá precisar las posibles instalaciones y las reservas de suelo necesarias para (su) ubicación». A continuación reseña los preceptos que permiten con carácter general la imposición de obras e instalaciones de interés general de la legislación vigente (ley del suelo y ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas). Con tal contenido, quizás el término «coordinación» mejor hubiera estado sustituido por el de «relación» o, directamente, «prevalencia».

Pero es que, además, no sólo abandona la planificación energética integral, que resulta imprescindible para la incorporación del modelo HR2050, sino perpetua un modelo de planificación y gestión ahora opuesto al sistema de Gobernanza Energética que avanza dicho modelo. Recordamos que la HOR2050 pretendía sustituir el actual enfoque descendente (objetivos de reducción GEI y subsiguientes medidas) por un enfoque ascendente, *bottom-up*, en el que el potencial energético local y las tecnologías económicamente eficientes determinan los objetivos de reducción GEI y de alimentación de la red.

Desde esta perspectiva, no faltan ya ejemplos de buenas prácticas planificadoras, que integran en las planificaciones energéticas su proyección territorial. En este sentido, las *zonas de desarrollo eólico terrestre*, incorporadas por la Ley francesa de modernización y desarrollo del servicio público de la electricidad (42), propuestas por los municipios, delimitadas a nivel regional e integradas en la planificación nacional.

Entre nosotros, es interesante el enfoque del Plan Energético de Cataluña 2012-2020 (43): se alude allí a la planificación territorial del desarrollo eólico (*Zonas de Aprovechamiento Prioritario*) que es previa a la adopción de medidas dirigidas a cumplir los objetivos de desarrollo eólico establecidos en el Plan (apdo. 2.4.3), la vinculación de promoción de biomasa forestal con las determinaciones del Plan Territorial Forestal de Cataluña o, con carácter general, la coordinación y vertebración de las estrategias de la planificación energética con las planificaciones forestales, de residuos, hidráulica, territorial y del paisaje de la Generalitat de Cataluña.

---

(42) Loi n.º 2000-108 du 10 février 2000, artículo 10-1, posteriormente derogado, de forma que suprimidas estas zonas se reconduce a los instrumentos territoriales, en particular a los Esquemas Eólicos Regionales.

(43) Aprobado por Acuerdo 97/2012 del Consejo de Gobierno (DOGC 11 de octubre 2012).

La estrategia de la HR2050 es también reconocible en las Directrices de Ordenación del Territorio del País Vasco, que incorporan también este modelo de generación distribuida y redes inteligentes al referirse a los *Nodos de Innovación* (uno de los Espacios singulares con potencial innovador), para los que establece criterios territoriales de identificación y desarrollo entre los que las energías renovables y la infraestructura digital (Directriz 4, apdo. 5.d.5). Sin embargo, al establecer las Normas de Aplicación, estos criterios no aparecen entre los que tienen carácter vinculante para los instrumentos de planeamiento territorial, sino como meros criterios y orientaciones.

En términos generales creo que hay que lamentar el abandono del planteamiento de la planificación energética integral que recogía la Ley de Economía Sostenible 2/2011 y que se adecuaba mucho mejor a los retos que nuestro país ha de afrontar al socaire de la nueva estrategia energética europea. El concepto tradicional de planificación energética que retoma la LSE 2013 da escrupuloso traslado de la doctrina constitucional recaída en cuestiones competenciales, agotando las posibilidades que proporciona la competencia estatal, Planes vinculantes de infraestructuras y transporte; por lo demás, sobre la planificación energética indicativa, que ni es el resultado de consenso de las distintas planificaciones —energéticas, ambientales, territoriales— implicadas, ni pueden, claro está, imponerse por razones competenciales, tenemos reciente muestra de su carácter inoperante. Decenas de planes que en conjunto no constituyen un sistema coordinado sino una serie de estrategias unilaterales....Lo que se impone es otro planteamiento, hace ya tiempo esperado por la ciudadanía, en el que autoridades estatales, autonómicas y locales tienen la obligación de entendimiento y coordinación, porque ahora las cosas han de hacerse de otra manera: los objetivos energéticos —desde la reducción de gases de efecto invernadero a la cuota creciente de producción de renovables— no se va ya delimitar a nivel nacional y a *proyectarse* de forma descendente sino que, al contrario, han de establecerse a nivel nacional en base a las previsiones y estrategias energéticas, ambientales y territoriales que se concretan en niveles subnacionales. Al menos a eso apuntan las nuevas estrategias de Gobernanza que nos vienen de Europa.

### II.3. Consideraciones sobre Normas Técnicas

La remisión de la normativa europea de calidad industrial a «autoridad competente», lleva en España a una compleja regulación marco que requiere distinguir, con carácter previo, por una parte, la autoridad para acreditar (primero) de la competente para autorizar (después) y, por otra, la autoridad competente en el ámbito estatal o en el ámbito autonómico.

Tradicionalmente en España, se establecía un esquema de verificación previo a la comercialización del producto que distinguía tres figuras distintas: la homologación de producto, la homologación de tipo y el registro de tipo. Este sistema se sustituyó, con algunas excepciones, por el sistema de certificación de conformidad con los requisitos reglamentarios emitidas por los Organismos de control, que introdujo, siguiendo la Estrategia europea del Nuevo Enfoque, el Real Decreto 2200/1995, que aprobó el Reglamento de la infraestructura para la calidad y la seguridad industrial. Este Reglamento sería luego modificado por el Real Decreto 239/2013, que adecuó el sistema español a las modificaciones introducidas en el sistema europeo.

El sistema reposa sobre dos entidades: el *Organismo de Normalización*, relacionado con la elaboración de normas Técnicas y la *Entidad de Acreditación*, presupuesto para la existencia de las entidades que aplican y verifican las normas y Reglamentos Técnicos:

- *Organismos de Normalización* (artículo 8 RD 2200/1995), entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocido por la Administración competente, con la finalidad de desarrollar las actividades relacionadas con la elaboración de normas (técnicas): en particular desarrolla el Plan Anual de Normalización Española, remite a la Administración los proyectos de normas en fase de aprobación así como las aprobadas y anuladas, en ambos casos para su publicación en el BOE (identificadas por su título y código numérico); asimismo le corresponde las funciones de edición, impresión y venta de las normas, cuyos precios se fijan en el convenio que suscribe con la Administración. En España hasta la fecha la única entidad con este reconocimiento es la Asociación Española de Normalización y Certificación (AENOR).
- Entidad de Acreditación, a la que corresponde realizar el reconocimiento formal de la competencia técnica de entidades para certificar, inspeccionar o auditar la calidad, o un laboratorio de ensayo o de calibración y de verificar el cumplimiento y requisitos técnicos para el funcionamiento de los Organismos de control y de los verificadores ambientales. En España, la única entidad de este tipo es la Entidad Nacional de Acreditación (ENAC), regulado por el Real Decreto 1715/2010 que da cumplimiento sobre este aspecto al Reglamento (CE) 765/2008 por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos.

La ENAC acreditará a las entidades y organismos que verifican la concurrencia de requisitos establecidos en las normas. Entre estas entidades pueden distinguirse dos grupos:

- los que *verifican requisitos voluntarios* establecidos en las normas de calidad industrial, en los que a su vez se distinguen: las Entidades de certificación, Laboratorios de Ensayo, Entidades Auditoras y de Inspección, Laboratorios de calibración industrial
- los que *verifican requisitos obligatorios* establecidos en los *Reglamentos de Seguridad Industrial*, mediante actividades de certificación, ensayo, inspección o auditoría: son los Organismos de control (artículos 41 y ss. RD 2200/1995), en cuya acreditación se especifican los ámbitos reglamentarios en los que se le ha acreditado y, dentro de éstos, los campos de actuación específicos.

Por lo que aquí interesa —la implantación progresiva de modelos energéticos de microgeneración y generación distribuida— en el actual marco vigente se encuentran las regulaciones que a continuación se relacionan respecto a las condiciones técnicas de conexión a la red:

- El Real Decreto 413/2014 (nuevo régimen de renovables) modifica el Real Decreto 1699/2011 por el que se establecen la condiciones de conexión a red de instalaciones de producción de energía de pequeña potencia (44)

---

(44) En su DF 5ª modifica los artículos 14.1.d/ y 14.1.e/ del Real Decreto 1699/2011

- El Real Decreto 1699/2011 (reglamento de autoconsumo) declara trasponer la obligación de la Directiva RES(45) de establecer procedimientos simplificados de autorización para proyectos de menor envergadura y para los equipos descentralizados de producción de renovables; en su artículo 14 establece que el sistema de protección de las instalaciones deberá cumplir «con las exigencia previstas en la Reglamentación correspondiente» y en particular con el Reglamento electromagnético de Baja Tensión.
- El Real Decreto 842/2002, que aprueba el Reglamento Electromagnético de Baja Tención y las correspondientes (cincuenta y una) Instrucciones Técnicas Complementarias, declara en su Exposición de Motivos acoger el valioso «conjunto normativo de AENOR», remitiendo luego insistentemente a las normas UNE-EN (esto es, a normas europeas —EN— que se incorporan en la norma española —UNE— que se certifican por los organismos españoles). Es cierto que su artículo 25 está dedicado a la «Equivalencia de normativa del Espacio Económico Europeo», donde se recogen los clásicos criterios jurisprudenciales que sientan el principio de reconocimiento mutuo europeo; y que en su artículo 26 se prevé que «las Instrucciones Técnicas Complementarias podrán establecer la aplicación de normas UNE u otras reconocidas internacionalmente», incluyendo de esta forma la «dimensión europea» de esta regulación.

En otros ámbitos de cuasi-regulación se echa también de menos esta proyección transnacional: así, en el Pliego de Condiciones Técnicas de Instalaciones Aisladas de Red(46) , adoptadas por el IDAE y aplicable Instalaciones de Energía Solar Fotovoltaica que se benefician de los sistemas de apoyo, los requisitos técnicos de generadores fotovoltaicos (apdo. 5.2.1) están referidos a especificaciones UNE-EN, que deberán acreditarse mediante certificado oficial «emitido por algún laboratorio acreditado». Es obvio que si la referencia está hecha a norma española no es difícil reconducir el certificado a un laboratorio español, aun cuando una eventual certificación de cumplimiento de esa norma europeo —EN— en otro Estado miembro —por ejemplo, NL-EN con la misma referencia numérica en el caso de Holanda— debe, con carácter general y por obligación europea, ser admitida en las mismas condiciones.

Procede recordar que la Directiva RES impone a los Estados miembros varios mandatos a este respecto: en primer lugar, «definir claramente cualquier especificación técnica que deban respetar los equipos y sistemas de energías renovables para poder beneficiarse de los sistemas de apoyo»; en segundo lugar, «cuando existan normas europeas las especificaciones técnicas se expresarán en los términos de dichas normas»; en tercer lugar, «las especificaciones técnicas no impondrán el lugar de certificación de los equipos y sistemas y no deben constituir un obstáculo al funcionamiento del mercado interior».

El PANER que incorpora la Directiva RES hace un esfuerzo codificador refiriendo las normas técnicas que son aplicables tanto a los equipos como a las instalaciones de renovables (apdo. 4.2.2). Sin embargo, las referencias vienen estrictamente referidas a normas españolas (normas UNE) que incorporan normas europeas (UNE-EN). Queda fuera de este esfuerzo clarificador la indicación de la eventual correspondencia

---

(45) Artículos 13.1.f/ y 16 de las Directiva 2009/28

(46) PCTA-REV-febrero 2009

con otras normas nacionales que incorporan normas europeas, así como de la admisibilidad de certificaciones y verificaciones emitidas por organismos acreditados de otros Estados miembros (que, a mi entender, deberían relacionarse y especificarse). Ello encajaría mejor con el esfuerzo clarificador que pide la Directiva RES y, con carácter general, con los códigos de buenas prácticas regulatorias establecidas por organismos como la OCDE, que propugna la coherencia en la regulación mediante «mecanismos de coordinación entre los niveles supranacionales, nacionales y subnacionales», y tomar en consideración, «los estándares internacionales y los marcos de cooperación» (47)

Trabajo recibido el 5 de octubre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

---

(47) Recomendación del Consejo de la OCDE en Política Regulatoria y de Gobierno, de 22 de marzo 2012, apartados 10 y 12, respectivamente.

**LABURPENA:** Lan honek bi zati ditu. Lehenak 2050. urtea helburu duen asmo handiko Europako estrategia bat azaltzen du. Energia ekoizteko eta kudeatzeko egungo eredua gu-txika ordeztu nahi du energia berriztagarrietan oinarritutako beste batekin. Eredu berriak sistema kudeatzeko makrosare adimentsu batera konektatutako ehunka mila ekoizle eta kontsumitzaile ditu oinarri (sorrera banatua). Bigarren zatian, eredu hori Espainiako egungo erregulazioan proiektatzen du, batez ere, Europako egungo eta etorkizuneko betekizunetara egokitzeko planteamendua aldatu behar duten bi arlotan: sistemako eragile guztiak aurrez koordinatuko dituen energia-plangintza integral batean, eta merkatua berez Europa osoak osatzen duela erakusten duen erregelamendu eta arau teknikoen multzoan.

**HITZ GAKOAK:** Energia berriztagarriak. Sorrera banatua. Energia-plangintza. Teknikaren eskubidea.

**RESUMEN:** Este trabajo tiene dos partes: en la primera, se describe la ambiciosa estrategia europea que con el horizonte de 2050 pretende la sustitución paulatina del actual modelo de producción y gestión energética por otro que, basado en las energías renovables, pivota en cientos de miles de productores/consumidores conectados a una macro-red inteligente de gestión del sistema (generación distribuida). La segunda parte proyecta este modelo en la regulación española actual, y en particular en dos determinaciones que deben sustituir su planteamiento regulatorio para adaptarse a las exigencias, actuales y futuras, europeas: una planificación energética integral, que integre la coordinación previa de todos los actores del sistema, y una presentación de las reglamentaciones y normas técnicas que haga visible la dimensión, europea, del mercado.

**PALABRAS CLAVE:** Energías renovables. Generación distribuida. Planificación energética. Derecho de la técnica.

**ABSTRACT:** This work has two parts: in the first one, it outlines the ambitious european strategy that has 2050 as a horizon with the progressive substitution of the current model of energetic production and management with another one based on the renewable energies, that revolves around hundreds of thousands of generators/consumers linked to a macro intelligent net of management of the system (distributed generation). The second part projects this model within the current spanish regulation, particularly in two determinations that must substitute their regulatory approach in order to adapt themselves to the present and future european requirements: integral energetic planning, that makes part of the previous coordination of all the parts of the system, and an introduction to the technical regulations and norms that make visible the european dimension of the market.

**KEYWORDS:** Renewable energies. Distributed generation. Energetic planning. Right to technic.

# Gardentasun kultura benetako baten ezarpenerako zenbait estrategia

Itxaso Gallastegui Ormaechea

**Aurkibidea:** I. Sarrera.—II. Gardentasuna informazio publikora sarbidea izateko eskubidearen oinarriko izaeraren aitopenen emaitza gisa. II.1. Nazioarteko maila. II.2. Estatu maila.—III. E-administrazioa gardentasunaren berme eta sustapenerako tresna berritzaile gisa.—IV. Beste gardentasun bitarteko batzuen aipamen laburra.—V. Bibliografia.

## I. Sarrera

Abian da Administrazio Publiko espainiarrek, zein berori osatzen duten subjektuen jardunak, azken urteotan galdatutako eraldatze-prozesua. Estatuko sektore publikoak, bere balore tradizionalen egungo gainbeheraren aurrean eta *Kudeaketa Publiko Berria* deritzonak bultzatuta —krisi ekonomikoaren ondorioz pairatutako kalteen eragina ahaztu gabe—, paradigma post-burokratiko eta deszentralizatu berritzaile baten konfigurazioranzko bideari ekin dio, zerbitzu eta interes orokorren antolaketa eta kudeaketa bide berrien aurreikuspena ardatz harturik.

Bide horiek Administrazio Onaren esparruan kokatu behar dira, nahitaez. ARENILLA SÁEZen arabera, behar dena «hartutako erabaki politikoekin, eraginkortasunaren eta eragingarritasunaren lorpenarekin, eta jarduera publikoaren helburu politiko eta demokratikoarekin konprometitutako Administrazio Publikoa» da(1). Eta zentzu berean, hitz kontrajarriekin bada ere, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZek «eraginkortasun eta eragingarritasun ezak, eta bereziki, interes orokorren zerbitzu objektiboan egon behar den Administrazio Publikoaren esentziaren ahanzte sistematikoak», erakunde publikoen gobernuak duen zentzuaren ulertzeko moduen aldaketa aholkatzen dutela ohar tarazi du(2).

Inplikazio politikoa Administrazio Onaren *conditio sine qua non* dudagabekoa da. Jakina denez, administrazio-ahalen egikaritzak efikazia eta iraunkortasuna —eta beraz, kalitatea— izan behar ditu helburu, eta bere arduradunek zintotasunez eta arretaz jokatu behar dute, betiere. Aldi berean ezinbestekoa da, ordea, herritar informatu eta parte-hartzaileak sortzearen garrantziaz jabetzea, aipatu egikaritzaren azken hartzaile

---

(1) ARENILLA SÁEZ, Manuel (Zuz.). *Crisis y reforma de la Administración Pública*. Netbiblo, Koruña, 2011, 107. or.

(2) RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*. Reus, Madril, 2012, 11. or.

diren heinean. Hain zuzen ere, herritarren parte-hartze informatuak, erabakiak hartzeko prozesura iritzi, eskaera eta xede sozialak batuz, politika publikoak eta horien emaitzak hobesteaz gain, administrazio jarduera bera legitimatzen duela azpimarratu beharra dago, sistemaren izaera demokratikoa sendotzeko aukera emanez horrela.

Eta gardentasunak badu zeresanik testuinguru honetan. GARCÍA MACHO «herritarren parte-hartzea posible egiten duen botere publikoen jarduteko modu gisa» definitu duen arren(3), berorren benetako gauzatzearen aurrebaldintzat jotzera pasatu dira zenbait autore. RAZQUIN LIZARRAGAK, esaterako, «parte-hartzearen aurrekontu desenkusa ezina» (4) dela ziurtatu du, TUDELA ARANDAK gardentasunaren bermatzea «prozesu parte-hartzailearen berezko eskakizuna» (5) dela zehaztu duen bitartean.

Horiek horrela, herritarren parte-hartzeak eta bere ekarpenek gardentasun kultura benetako baten ezarpenaren premia dutela baieztatu daiteke. Beste era batera esanda, harreman eszenatoki berri baten kontsakrazioaren beharrea daude, hau da, Administrazio Publikoek euren esku duten informazioa helaraziz, bai ustelkeriari eta zarrastelkeriari aurre egitea, bai agintarien sinesgarritasuna eta beraienganako konfiantza berreskuratzea, ahalbideratuko duen agertokiaren beharrezan. Erakunde demokratikoen finkapenaren zain, azken finean.

Baina, zeintzuk dira aldaketaren gakoak?

## II. Gardentasuna informazio publikora sarbidea izateko eskubidearen oinarritzko izaeraren aitortzearen emaitza gisa

Gardentasunaren izaeraren inguruan garrantzizko doktrina eztabaida bat piztu da hondarraldian. Hamaika autorek, bere ohiko printzipio trataeraren aurrean(6), Espainiako Konstituzioaren 20.1.d) artikuluko informazio askatasunaren baitako informazio publikora sarbidea izateko oinarritzko eskubide baten aitortzearen egokitasunaren alde

(3) GARCÍA MACHO, Ricardo. «La transparencia en el sector público». In: BLASCO ESTEVE, Avelino (Koord.). *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2011, 256. or.

(4) RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio. «La transparencia y la participación pública en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra». *Revista Jurídica de Navarra*, 51. zk., Iruñea, 2011, 129. or.

(5) TUDELA ARANDA, José. «Participación en el procedimiento parlamentario de elaboración de la Ley». In: BERMEJO LATRE, José Luis, eta CASTEL GAYÁN, Sergio (Ed.). *Transparencia, participación ciudadana y Administración Pública en el siglo XXI*. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública XIV, Zaragoza, 2013, 113. or.

(6) Besteak beste, hurrengoak izan ditu euskarri: Espainiako Konstituzioaren 105.b) artikulua kokapena —«Gobernuaz eta Administrazioaz» deituriko IV. Tituluak baitaratzen du, oinarritzko eskubide eta betebeharrei buruzko I. Titulu jasota egon behar—; Herri Administrazioen Araubide Juridikoaren eta Administrazio Prozedura Erkidearen azaroaren 26ko 30/1992 Legearen 3.5. artikulua —parte-hartzearekin batera, Administrazio Publikoaren eta herritarren arteko harremanen printzipio nagusi bezala definitzen du—; Ekonomia Iraunkorrari buruzko martxoaren 4ko 2/2011 Legearen 4.1. artikulua —Administrazio Publikoaren legegintza-ekimena gidatzen duen printzipioen artean zerrendatzen du—; Gardentasunari, informazio publikora sarbidea izateari eta gobernu onari buruzko abenduaren 9ko 19/2013 Legearen 12.artikulua —Espainiako Konstituzioaren 105.b) artikuluari lotutako izaera esleitzen dio—; edota 2000. urteko azaroaren 14ko Auzitegi Goreneko Epaiaren 5.zuzenbideko oinarria —«Administrazioaren erregistroetarako eta dokumentuetarako sarbide eskubidea[...].Administrazio gardentasunaren printzipioaren baitan sustraituta dago, Administrazioaren eta herritarren arteko harremanen egituraketa berri bati erantzuna emanez—. Gainera, Konstituzio Auzitegiak ez du oraindik gardentasunaren ideian oinarritutako babes-helegiterik tramitera onartu.



egin du, berori gardentasun instrumentu nagusi moduan antzemanez. Era horretan, lege organikoaren erreserbak, alde batetik, eta Auzitegi arrunten aurreko lehentasun eta sumariotasun printzipioetan funtsatutako prozeduraren bitarteko babesak (7), beste alde batetik, aipatu sarbide eskubidea gainontzeko oinarrizko eskubideekin parekatuko luke, egungo desoreka nabariak gaituz. Eta horrez gain, bere berme judizialarekin gertatu legez, bere aplikazio-esparru subjektiboak ere hedapena izango lukeela esan beharra dago, botere publiko guztiak, orokorrean, barneratuko bailituzke (8).

Bada, jarraikako lerroek doktrina korrante moderno honen errotze progresiboa azaltzen duten arrazoi printzipalak bilduko dituzte, lurralde-eremu ezberdinetan izandako garapena hizpide hartuta.

## II.1. Nazioarte maila

Nazioarteko esparruari erreparatuz, aipatzekoa da 2006. urtera arte —orduan zertu baitzen, aurrerago ikusiko denez, bere lehendabiziko berariazko aitortza— informazio publikora sarbidea izateko eskubidearen oinarrizko izaerari adierazpen politiko ugari egin izan ziotela erreferentzia. Europako Kontseiluaren 1981eko azaroaren 25eko (9) eta 2002ko otsailaren 21eko (10) Gutunak —Agintari Publikoen eskuetako informaziora sarbidea izateari buruzkoa eta dokumentu ofizialetara sarbidea izateari buruzkoa, hain zuzen ere—, eta Nazio Batuen Erakundearen, Kooperazio Ekonomikorako Europako Erakundearen (11), eta Amerikar Estatuaren Erakundearen 2004ko abenduaren 6ko Deklarazio bateratua dira, besteak beste, horren adierazgarri. Azken honek sarbide eskubidea oinarrizko giza-eskubidetzat jo zuen, parte-hartze demokratikoan, kontu-ema-tean, ustelkeriaren kontrolean, negozioen eragingarritasunean zein duintasun pertsonalean duen eragina azpimarratuz. Zehatzago, PIÑAR MAÑASEK transkribatu duenez, «agintari publikoen eskuetan dagoen informaziorako sarbide eskubidea oinarrizko giza-eskubide» gisa definitu zuen, «salbuespen sistema murriztu bati bakarrik lotuta dagoen gehieneko informazio oro eskurakoa delako presuntzioa ezartzen duen legegintza orokorraren bitartez nazio mailan aplikatu beharko litzatekeena» (12).

(7) Eta, behar denean, Konstituzio Auzitegiaren aurreko babes-helegiteak, Espainiako Konstituzioaren 53. artikuluen arabera.

(8) VELASCO RICOk, aitzitik, sarbide eskubidearen oinarrizko izaeraren aitortzak Autonomia Erkidegoen marjina arautzailean izango lukeen eragina aztertu nahi izan du: «Lege organiko bitartez arautua izango balitz, eta beraz, bere oinarrizko eskubide izaera finkatuko balitz, arau horretan ezarritakoa erabat ukiezin izango litzateke Autonomia Erkidegoentzat eta erregimen hori hedatzeko aukerarik gabe geldituko lirateke». VELASCO RICO, Clara Isabel. «Análisis en clave competencial del Proyecto de Ley estatal sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno». *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, 17. zk., Bartzelona, 2013, 284. or.

(9) Ikus: Recommendation No. R(81)19 of the Committee of Ministers to member states on the access to information held by public authorities: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec\(1981\)\\_019\\_EN.asp](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/cm/rec(1981)_019_EN.asp) (Azken kontsulta, 2014ko abuztuaren 26an).

(10) Ikus: Recommendation Rec(2002)2 on access to official documents: [http://coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/H-Inf\(2003\)003\\_en.pdf](http://coe.int/t/dghl/standardsetting/media/doc/H-Inf(2003)003_en.pdf) (Azken kontsulta, 2014ko abuztuaren 26an).

(11) Egungo Kooperazio eta Hazkunde Ekonomikorako Erakundea.

(12) PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio*. Fundación Alternativas, Madril, 2009, 33. or.

Edonola ere, Giza Eskubideen Amerika arteko Gortea izan zen sarbide eskubideak pentsamendu eta adierazpen askatasunen baitako giza-eskubide izaera duela aitortzen lehena. Egin-eginean, bere 2009ko irailaren 19ko «Claude Reyes eta beste batzuk Vs. Txile» Epaian (13), zera baietsi zuen Giza Eskubideen Amerikar Konbentzioaren 13.1. artikuluari —aipatu askatasunak biltzen dituenari— (14) dagokionez: «“Informazioak” “bilatzeko” eta “jasotzeko” eskubideak beren beregi hizpatzean, Estatuaren kontrolpeko informaziora sarbidea eskatzeko pertsona orok duen eskubidea babesten du, Konbentzioaren murrizketa-erregimenak baimendutako salbuespenak kenduta». Eta, hori dela eta, ondokoa gaineratu zuen: «Informazio hori jasotzeko eskubidea babesten du eta Estatuari berori helarazteko betebeharrak positiboak ezartzen dio, modu horretan sarbidea izatea edo erantzun arrazoitu bat jasotzea, baldin eta Estatuak, Konbentzioak onartutako zergatiren bat medio, kasu konkretuan sarbide hori mugatzerik badu, ahaldieratuz».

Hortaz, Sententzia honek sarbide eskubidearen hedaduraren zehaztapenean aurre-rapauso garrantzitsu bat suposatu zuela esan daiteke. Ondorio praktikoa berehalakoak izan zituen, alegia. Horren adibide da Informazio Publiko Sarbidea izateari buruzko 20.285 Lege txiletarraren 2008ko abuztuaren 20ko argitalpena (15), Espainiak berriki aurkeztutako gardentasuna, informazio publiko sarbidea eta gobernu ona arautzen dituen abenduaren 9ko 19/2013 Legearen (16) egite-prozesuaren gidaria izan dena (17).

Giza Eskubideen Europako Auzitegiak noranzko berbera hartu duen edo ez argitu baino lehen, Europar Batasuneko egoera ahotan hartu beharra dago. Izan ere, bere Oinarrizko Eskubideen Gutunaren 11., 41. eta 42. artikuluen edukia —adierazpen eta informazio askatasunak, Administrazio Onerako eskubidea, eta Europako Parlamentuaren, Kontseiluaren eta Batzordearen dokumentuetara sarbidea izateko eskubidea, hurrenez hurren— (18) gardentasunarekin lotura estua izan arren, ez du azken hau zentzu zabalean ulertu, ezta informaziorako eskubidea ere. PIÑAR MAÑASEk, gainera, nahiz eta 42. artikulua sarbide eskubidea oinarrizko eskubide bezala barneratu, Europar Batasuneko herritarrei edo Estatu kideetako egoiliar eta helbideratutakoei baino ez diela aitortu kritikatu du, eta Europar Batasuneko erakundeetatik hiruri begira bakarrik (19).

(13) Ikus: Sentencia del «Caso Claude Reyes y otros c. Chile» de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 19 de septiembre de 2006: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_151\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf) (Azken kontsulta, 2014ko abuztuaren 28an).

(14) Ikus: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José): [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf) (Azken kontsulta, 2014ko abuztuaren 28an).

(15) Ikus: Ley n.º. 20.285 sobre Acceso a la Información Pública: <http://www.rti-rating.org/files/pdf/Chile.pdf> (Azken kontsulta, 2014ko abuztuaren 30ean).

(16) Espainia. 19/2013 Legea, abenduaren 9koa, gardentasuna, informazio publiko sarbidea eta gobernu ona arautzen dituena. *Estatuko Aldizkari Ofiziala*, 2013ko abenduaren 10a, 295. zk., 97922. or.

(17) José Luis Ayllón Mansok, Gorteeikiko Harremanen Estatuko idazkari eta espainiar arauaren ideologoak, Senatuan 2014ko urtarrilaren 20 eta 21ean ospatutako Gardentasunaren eta Gobernu Onaren III. Foroan adierazi zuenez, Chileko legegintza eta kudeaketa ereduak oinarri izan zituen. Xehetasun gehiagorako, ikus: <http://www.expansion.com/2014/02/09/latinoamerica/foros/1391975790.html> (Azken kontsulta, 2014ko abuztuaren 30ean).

(18) Europar Batasunaren Tratatuaren eta Europar Batasunaren Funtzionamenduari buruzko Tratatuaren bertsio kontsolidatuak, eta Europako Oinarrizko Eskubideen Gutuna, *Europar Batasuneko Aldizkari Ofiziala*, C326. zk., 2012ko urriaren 26a.

(19) PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio*, op. cit., 34-35. or.

Testuinguru honetan, Europako Parlamentuak eta Kontseiluak 1049/2001 Erregelamendua eraldatzeko helburuarekin 2008ko apirilaren 30ean aurkeztutako erregelamendu proposamenak, Europako Parlamentuaren, Kontseiluaren eta Batzordearen dokumentuetarako sarbide publikoari buruzkoak (20), zabalkuntza inportante bat aurreikusten duela aitzinu daiteke. Hain justu, sarbide eskubidea pertsona fisiko eta juridiko orori ematen dio, bere nazionalitatea edo egoiliartasuna edozein izanda ere, eta «erakundeen eskuetako informaziora» sarbidea izateko eskubideaz jardutera igarotzen da. Bada, zalantza ezina dirudi bere behin betiko onarpenarekin aipatu eskubidearen izaera unibertsalaren errekonozimenduranzko urrats handi bat emango dela.

Nolanahi den, Europar Batasuneko Oinarrizko Eskubideen Gutunaren analisisa berarrutz gero, bere 8. artikulua, datu pertsonalen babesari buruzkoak, bere bigarren atalaren amaieran «persona orok ukitzen duten eta bilduta dauden datuetara sartzeko eta horien zuzenketarako eskubidea» duela ezartzean, modu mugatuan bada ere, izaera pertsonaleko informaziora sarbidea izateko eskubide bat beren beregi aitortzen duela ikus daiteke. Aitzitik, molde orokorrako batean eta Giza Eskubideen Amerika arteko Gorteak erabilitako irizpideari jarraituz, ezin baztertu daiteke epe labur edo ertainean informazio publikora sarbidea izateko eskubidea Gutunaren 11.artikuluak bildutako adierazpen eta informazio askatasunetik eratortzeko posibilitatea.

Aukerak aukera, Europako Kontseiluaren esparrura jo beharra dago orain, Giza Eskubideen Europako Hitzarmenaren 10. artikuluari lotuta sarbide eskubidearen inguruan Giza Eskubideen Europako Auzitegiak —Estrasburgoko Auzitegia ere deitua— landutako doktrinaren nondik norakoak ezagutzeko. Artikulu horrek, nahiz eta adierazpen askatasuna aitortu eta babestu, ez du informazioa bilatzeko eskubidea espresuki batu: «1. Pertsona orok du adierazpen askatasunerako eskubidea. Eskubide honek barne hartzen ditu iritzia emateko eskubidea eta informazioak edo ideiak jaso edo komunikatzeko askatasunak, agintari publikoen eskusartzerik zein mugen aintzakotzat hartzerik gabel[...]. 2. Askatasun hauen egikaritzea, betebeharrak eta erantzukizunak daramatzatenak, legeak aurreikusitako zenbait formalitate, baldintza, murrizketa edo zehapenen menpe egon daiteke, baldin eta gizarte demokratiko batean beharrezko neurriak badira nazio segurtasunerako, lurralde osotasunerako edo segurtasun publikorako, ordenaren defentsarako eta delituei aurrea hartzeko, osasunaren edo moralaren babeserako, hirugarrenen ospe edo eskubideen babeserako, informazio konfidentzialen dibulgazioa saihesteko, edo botere judizialaren agintea eta inpartzialtasuna bermatzeko».

Hala, Giza Eskubideen Europako Auzitegia, «Leander Vs. Suedia Kasuaren» 1987ko martxoaren 26ko Epaian (21) mintzatu zen artikulua aipatzen duen informazioak edo ideiak jasotzeko eskubidearen edukiaren inguruan lehendabizikoz. Auzitegiaren arbera, manu horrek Gobernu batek pertsona bati besteek eman nahi dioten edo eman nahi ahal izango dioten informazioa jasotzea galarazteko edo mugatzeko debekua ezartzen du funtsean, baina ez dio gizabanakoari bere posizio pertsonalari buruzko informa-

---

(20) Ikus: Propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (COM) 2008, 229 final: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=CELEX:52008PC0229:ES:NOT> (Azken kontsulta, 2014ko irailaren 1ean).

(21) Ikus: Judgment of the «Case of Leander Vs. Sweden» of the European Court of Human Rights, adopted on 26 March 1987: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-575119#{"itemid":\["001-5751\\_9"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-575119#{) (Azken kontsulta, 2014ko irailaren 1ean).

zioa biltzen duen erregistro batera sartzeko eskubiderik aitortzen, ezta Gobernuari informazio hori helarazteko betebeharririk ezartzen ere.

1989ko uztailaren 7ko «Gaskin Vs. Erresuma Batua Kasuaren» (22) eta 1998ko otsailaren 19ko «Guerra eta beste batzuk Vs. Italia Kasuaren» (23) Epaietan, Auzitegiak hasierako interpretazio hori mantendu zuen, askatasun hori Gobernu bati ezarritako informazioen eskuraketa eta difusio betebeharrak *motu proprio* gisa ulertzerik ez dagoela berretsiz. Baina ardura handiko baiepen bat egin zuen aldi berean. Izan ere, komunitatearen interes orokorraren eta gizabanakoaren interesen artean lortu beharreko oreka justua kontuan hartuta, zenbait inguruabarrek bultzatuta azken honen posizio pertsonalari buruzko informazioa duen erregistro batera sarbidea bermatzeko Gobernuaren betebeharrak positiboak sor daitekeela onartu zuen, Hitzarmenak aitortzen dituen beste eskubide batzuk babesteko bidean —8. artikuluko bizitza pribatu eta familia-bizitzarenganako errespetu eskubidea, adibidez—. Hau da, interes baten berariazko ukipe-naren egiaztapena exijitzen zuen. Eta hartan ere, CATALÀ Y BASek abertitu bezala, beste ondorio batera iristeak Hitzarmenak biltzen dituen eskubideen eraginkortasuna bermatzeko Estatuak beharrezko neurriak hartzea eskatzen duen oinarritzko printzipioaren haustura suposatuko zuen (24).

Orobat, 2006ko uztailaren 10eko «Sdruzení Jihoceské Matky Vs. Txekiar Errepublikak Kasuaren» onargarritasun ezari buruzko Erabakiaren (25) bitartez, Auzitegiak aipatu artikulua aplikazio-esparrua dokumentu publikoetara sartzeko eskaeren ezeztapen kasuetara hedatu zuen. Dena dela, Hitzarmenetik administrazio izaeradun datu eta dokumentuetara sarbide eskubide orokor bat deduzitzea zaila dela gogorarazi zuen (26), bere 10. artikulua sarbide eskubide absolutu baten berme moduan ezin interpreta daitekeela argitzeaz batera, bere bigarren atalak adierazten duenez —eta aurretiaz agertu lez— «legeak aurreikusitako zenbait formalitate, baldintza, murrizketa edo zehapenen menpe egon» baitaiteke, «baldin eta gizarte demokratiko batean beharrezko neurriak badira[...]».

Alabaina, hiru urte gerago, 2009an, Giza Eskubideen Europako Auzitegiak bere jurisprudentzia transformatuko zuten bi epaiak eman zituen. Erakunde publikoen eskuetako informazioa sarbide eskubide baten existentzia baieztatuko zuten, bere oinarritzko izaeraren aitortzari begira bultzada, ez definitibo, agian, erabakigarria bai, ordea, emanez.

(22) Ikus: Judgment of the «Case of Gaskin Vs. The United Kingdom» of the European Court of Human Rights, adopted on 7 July 1989: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57491#{"item id":":001-57491"}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57491#{) (Azken kontsulta, 2014ko irailaren 1ean).

(23) Ikus: Judgment of the «Case of Guerra and others Vs. Italy» of the European Court of Human Rights, adopted on 19 February 1998: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58135#{"item id":":001-58135"}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-58135#{) (Azken kontsulta, 2014ko irailaren 1ean).

(24) CATALÀ Y BAS, Alexandre H. *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional. Hacia un derecho europeo de los derechos humanos*. Ediciones Revista General de Derecho, Valentzia, 2001, 148. or.

(25) Ikus: Décision sur la recevabilité de la requête n.º. 19101/03 présentée par Sdruzení Jihoceské Matky contre la République tchèque, du 10 juillet 2006 (Ingelesez ez dago eskuragarri): [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-76707#{"item id":":001-76707"}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-76707#{) (Azken kontsulta, 2014ko irailaren 2an).

(26) Lan honek bere berariazko analisi bat biltzen ez duen arren, Auzitegiak aipatu kontsiderazioa lehenengoz 2003ko azaroaren 18ko «Loiseau Vs. Frantzia Kasuari» buruzko 46809/99 Erabakian egin zuela esan beharra dago. Ikus: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68066#{"item id":":001-68066"}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-68066#{) (Azken kontsulta, 2014ko irailaren 2an).

Lehenik, apirilaren 14ko «Társaság a Szabadságjogokért Vs. Hungaria Kasuaren» Epaian (27), Auzitegiak, Hitzarmenaren 10.artikuluaren urratzea medio, «Askatasun Zibilen Batasun Hungariarra» gobernuz kanpoko erakundearen demanda bati babesa eman zion, Konstituzio Auzitegi hungariarrean jarritako errekurtsio batera sarbidea izateko honek egindako eskakizunaren defentsan. Giza Eskubideen Europako Auzitegiak, zehazki, «“informazioa jasotzeko askatasuna” kontzeptuaren interpretazio zabalago bateranzko[...]», eta beraz, «informaziora sartzeko eskubide baten errekonozimendurantzko» bere garapena azaldu ondoren, agintariak, traba administratibo ezberdinak ezarri, izaera publikoa zuen eta prest zein erabilgarri zegoen eskatutako informaziora sartzearagotzi izanak, aipatu manua hautsi zuela ulertu zuen, informazioaren zirkulazio askea eta debate publikoa oztopatu zituen heinean.

Eta bigarrenik, «Kenedi Vs. Hungaria Kasuaren» maiatzaren 26ko Epaian (28), Auzitegiak historialari hungariar batek jarritako demanda bat ebatzi zuen, zeinak Barne Ministerioan depositatutako zenbait dokumentutara inolako murrizketarik gabeko sarbideari begira, abian zuen ikerketa baten helburuentzako beharrezkoa zena eta agindu judizial batek baimendu zuena, herrialdeko autoritateen ezespren jarraitua alegatzen zuen. Bada, ebazpen judizial horren ez-betetzeak Hitzarmenaren 6.1. artikuluan jasotako bidezko prozesu baterako eskubidea urratu zuela ondorioztatuta, Auzitegiak «ikerketa historiko legitimorako iturri dokumental originaletara sarbidea izatea auzi-jartzailaren adierazpen askatasunaren egikaritzaren funtsezko elementu bat» zela nabarmendu zuen. Horregatik, salatutako eskusartzeak 10.2. artikuluan haustura suposatzen zuela erabaki zuen, ez baitzuen legeak aurreikusita egotea galdatzen zuen baldintza konplitzen, sarbidearen aldeko ebazpen judizialaren ez-betetzea, eta hortaz, agintariei emandako boterearen erabilpen okerra, ezin baitzen halakotzat jo.

Giza Eskubideen Europako Auzitegiak oraintsu beste bi epai garrantzitsu eman ditu: 2013ko ekainaren 25eko «Youth Initiative for Human Rights Vs. Serbia Kasuaren» Epaia (29), batetik, eta urte bereko azaroaren 28ko «Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Shaffung eines wirtschaftlich gesunden land-und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes Vs. Austria Kasuaren» Epaia (30), bestetik.

Auzitegiak, lehenengoan, «Youth Initiative for Human Rights» gobernuz kanpoko erakundeak, giza-eskubide, demokrazia eta Zuzenbide Estatuarenganako errespetua bermatzeko asmoarekin behin-behineko legeriaren ezarpenaren kontrola gauzatzeko eskatutako 2005. urteko elektronika-zaintzaren informea emateari uko egin izana argudiatuz, inteligentzia agentzia serbiarraren kontra jarritako demanda bat aztertzen du.

---

(27) Ikus: Judgment of the «Case of Társaság a Szabadságjogokért Vs. Hungary» of the European Court of Human Rights, adopted on 14 April 2009: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-0271#{"itemid":\["001-92171"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-0271#{) (Azken kontsulta, 2014ko irailaren 2an).

(28) Ikus: Judgment of the «Case of Kenedi Vs. Hungary» of the European Court of Human Rights, adopted on 26 May 2009: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-92663#{"itemid":\["001-92663"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-92663#{) (Azken kontsulta, 2014ko irailaren 2an).

(29) Ikus: Judgment of the «Case of Youth Initiative for Human Rights Vs. Serbia» of the European Court of Human Rights, adopted on 25 June 2013: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-10955#{"itemid":\["001-120955"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-10955#{) (Azken kontsulta, 2014ko irailaren 3an).

(30) Ikus: Judgment of the «Case of Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land-und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes Vs. Austria» of the European Court of Human Rights, adopted on 28 November 2013: [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-139084#{"itemid":\["001-139084"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-139084#{) (Azken kontsulta, 2014ko irailaren 3an).

Aipatzekoa da, aldez aurretik, bai garrantzi publikodun informaziorako Komisionatu serbiarrak, bai Serbiako Auzitegi Gorenak, emate horren gauzatzea exijitu zutela. Azken honek, gainera, zera seinalatu zuen: «Adierazpen askatasunaren egikaritzea murrizketen menpe egon daitekeen arren, hauek, betiere, barne Zuzenbidea errespetatu behar dute». Horiek horrela, Giza Eskubideen Europako Auzitegiak kasu honetan Komisionatuaren agindua betetzeko agentziaren erretizentzia obstinatuak —hau da, irizpide horren ez-betetzeak— legeria estatalarekiko desafio bat eratu duela eta arbitrariotasun baten baliokide izan dela ohartarazi du, Hitzarmenaren 10. artikulua haustea xedatuz.

Bigarren Epaia, berriz, Vienan egoitza duen «Österreichische Vereinigung zur Erhaltung, Stärkung und Schaffung eines wirtschaftlich gesunden land-und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes» elkartearen kexa baten ondorio da. Hain zuzen ere, aipatu elkar-teak, Tiroleko Ondasun Higiezinaren Transakzioen Batzordeak 2000. urteko urtarrilaren 1az geroztiko erabaki guztietara modu anonimoan sartu ahal izateko baimena ukatzean bere informazioa jasotzeko eskubidea urratu zuela alegatu zuen. Batzordeak, bere aldetik, denbora eta langile falta aipatu zituen eskaeraren ezespena argudiatzeko, eta arrazoinamendu horri, aurrerago, bere erabakien kopia anonimoen transmisioak Tiroleko Informazio Legearen 12. artikulua zentzuan informaziorik eratzen ez zuelako ideia gehitu zion.

Bada, Auzitegiak, erakundearen helburu soziala interes publikoko informazioaren jasotze legitimoan parte hartuz debate publikoa sustatzen duen ikerketa bat gauzatzea dela ikusita, Hitzarmenaren 10. artikuluan bildutako informazioak jaso eta komunikatzeko askatasunean sartze bat antzeman du, arauaren bigarren paragrafoko zein kondizio betetzen ez den zehaztera eraman duena. Nahiz eta eskusartzea legeak aurreikusita dagoela ontzat eman, hirugarrenen eskubideen babes helburu objektiboaren zerbitzu moduan ikus daitekeen heinean, gizarte demokratiko batean beharrezko neurria ote den argitu behar izan du. Izan ere, Hitzarmenaren 10. artikuluari buruzko bere jurisprudentziatik ezin deduzitu daiteke datu-base elektronikoko batean erabaki guztiak argitaratzeko edota eskatutako kopia inpreso anonimoak emateko Batzordearen inolako betebeharrak orokorrik. Hori dela eta, kasu konkretuaren inguruabarrak aintzatetsiz, Batzordearen arrazoibidearen egokitasuna eta nahikotasuna aztertu ditu, baita lortu nahi den xede legitimoari begirako proportzionaltasuna ere. Horren harira, Hitzarmenaren 6. artikulua zentzuan eskubide zibilei buruzko gatazken inguruan erabakitzen duen autoritate publikoa izanik, Batzordearen erabakien argitalpen ezak harritzen du, gehienbat, Auzitegia, eta egitate hori kontsideratzen du, hain justu, epe luze batean hartutako erabaki ugarien kopiak helarazteko aurretiazko zailtasun baten sorrarazle. Horrez aparte, bestelako Ondasun Higiezinaren Eskualde Batzordeek euren erabakien kopia anonimoen ematea inolako arazorik gabe gauzatzen dutela azpimarratzen du. Eta guzti horrek Batzordeak emandako arrazoiak nahikoak ez direla, eta beraz, honek, Hitzarmenaren 10. artikulua hautsi duela, ondorioztatzera darama Auzitegia, bere erabakietatik edozeinetara sarbidea oso-osorik ezeztatzeari desproporcionatu baiteritzo.

RAZQUIN LIZARRAGAREN arabera, azken ebazpen honek «mugatua eta konkretua baina azpimarragarria den aurrerapauso bat eratzen du Hitzarmenaren 10. artikulua biltzen duen informazio askatasunaren baitan zenbait subjekturen —interes orokorreko xedea duen gobernu kanpoko erakundea, kasu— informaziorako sarbide eskubidea barneratzeko bidean». Eta abantzua, bereziki, informazio publikoaren jasotzeak debate publikorako duen garrantzian, euren eskuetako interes orokorreko informazioa zabal-

tzeko betebeharrari begira botere publikoen gardentasunak duen inportantzia, eta kasu konkretu bakoitzaren inguruabarrak balioztatzeko beharrean nabaritu duela jakinarazi du (31).

Esandako dena kontuan izanik, eta bere doktrinaren azken urteotako garapena ikusita, informazio publikorako sarbide eskubideari oinarritzko giza-eskubide izaera behin betiko aitortuko dion Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren berehalako erabaki bat espero daitekeela esan beharra dago. Eta are gehiago, Europako Kontseiluaren esparruan, Dokumentu Publikoetara Sarbidea izateari buruzko 2008ko azaroaren 27ko (205) Hitzarmena (32) medio, deklarazio paretsu bat eman zela aintzat hartuz gero.

## II.2. Estatu maila

Denboraren iraganak, jakina denez, gizartearen beraren zein bere beharizan eta arazoan garapena dakar, eta aldaketa horiek, ezin uka, erantzun gisa emandako arauen eguneratzea galdatzen dute. Espainiako Konstituzioa ez da errealitate horren salbuespena, eta BALAGUER CALLEJÓNek, nahiz eta bere eskubideen Gutunaren izaera aurreratua onartu, «katalogoak bildutako eskubide zerrenda itxia dela kontsideratzeak, gerora oinarritzko uzi juridikoak edota beharrezko prestazioak bere eskuetatik ihes egiteko arriskua» dakarrela konturaz du (33). Eta ez dira gutxi ikuspuntu horrekin bat datozen autoreak. Horren adibide dira LUCIANO PAREJO, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ eta RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, besteak beste.

Azken honek zera adierazi du: «Oinarritzko eskubideek eta askatasun publikoek ez dute *numerus clausus* bat eratzen» (34). Eta, hain justu ere, baieztapen hau baliatzen dute informazio publikora sarbidea izateko oinarritzko eskubide baten alde egiten dutenek, Espainiako Konstituzioak —babeatu egiten dituen arren— beren beregi jasotzen ez dituen eskubide eta askatasunen existentzia onartzen baitu.

Zehatzago, doktrinaren parte honek Izaera Pertsonaleko Datuen Tratamendu Automatizatuaren Erregulazioaren urriaren 29ko 5/1992 Lege Organikoak (35) —Izaera Pertsonaleko Datuen Babesari buruzko abenduaren 13ko 15/1999 Lege Organikoaren (36)

---

(31) RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio. «Ácerca de la naturaleza del derecho de acceso a la información pública (A propósito de la STDH de 28 de noviembre de 2013)». *Revista Aranzadi Doctrinal*, 11/2014. zk., Aranzadi, Iruña, 2014, 8. or.

(32) MARZO PORTERAK, esaterako, «dokumentu publikoetara sarbide orokorrerako eskubidea aitortzen duen eta Estatu-legeen esperientzian eta praktikan inspiratutako gutxieneko arau batzuk ezartzen dituen lehen nazioarteko instrumentu juridiko loteslea» dela adierazi du. MARZO PORTERA, Ana. «Los límites legales a un gobierno transparente». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 841/2012. zk., Aranzadi, Iruña, 2012, 1. or. Xehetasun gehiagorako, ikus: Council of Europe Convention on Access to Official Documents: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/205.htm> (Azken kontsulta, 2014ko irailaren 4an).

(33) BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Koord.). *Introducción al Derecho Constitucional*. 2. ed., Tecnos, Madrid, 2013, 335. or.

(34) RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge. *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*. 2. ed., Tecnos, Madrid, 2011, 382. or.

(35) Espainia. 5/1992 Lege Organikoa, urriaren 29koa, Izaera Pertsonaleko Datuen Tratamendu Automatizatuaren Erregulazioari buruzkoa. *Estatuko Aldizkari Ofiziala*, 1992ko urriaren 31a, 262. zk., 37037. or.

(36) Espainia. 15/1999 Lege Organikoa, abenduaren 13koa, Izaera Pertsonaleko Datuen Babesari buruzkoa. *Estatuko Aldizkari Ofiziala*, 1999ko abenduaren 14a, 298. zk., 43088. or.

onarpenaren ondorioz indargabetutakoak— datu pertsonalen babeserako oinarritzko eskubide bat aitortu izanari egiten dio erreferentzia, Espainiako Konstituzioaren I. Tituluko II. Kapituluak osatzen duten artikuluetan jaso gabe dagoen heinean. Aipagarria da bere 1. artikulua «pertsona fisikoen ohorea, intimitate pertsonala eta familiarra, eta euren eskubideen erabateko egikaritza bermatzeko, informatikaren erabilera eta izaera pertsonaleko datuen tratamendu automatizaturako bestelako teknika eta bitartekoen mugatzea» identifikatzen zuela Lege Organikoaren objektu gisa, Espainiako Konstituzioaren 18. artikuluko 4. puntuaren garapen moduan.

Testuinguru honetan, Konstituzio Auzitegiak uztailaren 20ko 254/1993 Epaian (37) agertutako zenbait ideia gogora ekartzea komeni da. Izan ere, ordenamendu juridiko espainiarreko arau gorenaren interprete nagusiak, Espainiako Konstituzioak, bere 18.4. artikulua bitartez, «pertsonaren duintasunaren eta eskubideen mehatxu zehatzen forma berrien erantzun bezala, eta historikoki oinarritzko eskubide ezberdinak sortu eta barneratu zituen era ez oso diferente batean», konstituzio berme berri bat baitan hartu zuela ebatzi zuen. Eta bere edukia, «beste eskubide batzuen —ohore eta intimitate eskubideak, bereziki— berme-institutzat» ez ezik, «berez oinarritzko eskubide edo askatasun bat ere baden institutzat» jo zuen, «Espainiako Konstituzioak “informatika” deitzen duen datuen erabilpen mekanizatu ilegitimoaren ondoriozko pertsonen duintasunaren eta askatasunaren kontrako eraso potentzialei aurre egiteko askatasunerako eskubidezat», egin-eginean ere. Era horretan, TRONCOSO REIGADAren esanetan, «datu pertsonalen babeserako eskubidea, sarritan, intimitate-eskubidearen eta beste oinarritzko eskubide batzuen eskubide instrumentala izanagatik ere, berez oinarritzko eskubide edo askatasun bat ere badela[...]» onartu zuen Konstituzio Auzitegiak (38).

Aipatu kontsiderazioak maiatzaren 9ko 143/1994 (39), urtarrilaren 13ko 11/1998 (40), eta azaroaren 8ko 202/1999 (41) Epaietan berretsiak eta hobetuak izan zirela egia bada ere, Konstituzio Auzitegiak 2000. urteko azaroaren 30ean egin zituen oinarritzko eskubide horren izatearen inguruko adierazpen argienak. Egun hartan bi epai garrantzitsu eman zituen gai honi dagokionez: 290/2000 (42) eta 292/2000 (43) Epaiak. Lehenengoan datu pertsonalen babeserako oinarritzko eskubidearen zaintzarako informatikaren erabilera mugatzen zuten 5/1992 Lege Organikoaren xedapenak, 18.4. artikuluko agindua garatzen zuten heinean, eskubide horri estuki lotuta zeudela ulertu zuen bitartean, bigarrean «intimitate eskubideari begira autonomia eta independentea den eskubide» gisa definitu zuen, bere behin betiko errotzea ahalbideratuz.

Eta hau da, ez bairik gabe, konstituzio testuak implizituki biltzen duen oinarritzko eskubide baten legegintza garapenaren eta ondoko baieztapen judizialaren bitartez gauzatutako aitortzaren kasurik adierazgarriena. Dena dela, Espainiako Konstituziotik be-

(37) Konstituzio Auzitegiaren 1993ko uztailaren 20ko Epaia. Aranzadi Erref. RTC 1993/254.

(38) TRONCOSO REIGADA, Antonio. «La protección de datos personales. Una reflexión crítica de la jurisprudencia constitucional». *Cuadernos de Derecho Público*, 19-20. zk., Madrid, 2003, 274. or.

(39) Konstituzio Auzitegiaren 1994ko maiatzaren 9ko Epaia. Aranzadi Erref. RTC 1994/143

(40) Konstituzio Auzitegiaren 1998ko urtarrilaren 13ko Epaia. Aranzadi Erref. RTC 1998/11.

(41) Konstituzio Auzitegiaren 1999ko azaroaren 8ko Epaia. Aranzadi Erref. RTC 1999/202.

(42) Konstituzio Auzitegiaren 2000ko azaroaren 30eko Epaia. Aranzadi Erref. RTC 2000/290.

(43) Konstituzio Auzitegiaren 2000ko azaroaren 30eko Epaia. Aranzadi Erref. RTC 2000/292.



ren beregi formulatu gabeko beste zenbait eskubide ere deduzitu izan direla esan beharra dago, zuzenketa eskubidea, esate baterako.

Horiek horrela, informazio publikora sarbidea izateko eskubidearen oinarritzko izaera ere lege-zehaztapen baten bitartez ondorioztatzeko eta Espainiako Konstituzioko 20.1.d) artikulua biltzen duen informazioa komunikatzeko eta jasotzeko eskubidean integratzen dela gerorako konstituzio interpretazio batek baiesteko posibilitatea aztertzeak zentzuzkoa dirudi. Edozein kasutan, gardentasuna, informazio publikora sarbidea eta gobernu ona arautzen dituen abenduaren 9ko 19/2013 Legearen manuek, funtsezko eraldaketarik jasan ezean, errekonozimendu horren oinarria eratuko ez dutela aurreikusi daiteke, horretarako izan duten parada ezin hobea galduz, Espainiako Konstituzioren 105 b) artikuluari lotutako izaera esleitu baitiote sarbide eskubideari.

### III. E-administrazioa gardentasunaren berme eta sustapenerako tresna berritzaile gisa

Administrazio Elektronikoa aipatu aldaketaren beste oinarritzko giltzarrietako bat da. Zentzu honetan, CERRILLO I MARTÍNEZek ongi adierazi duenez, «elektronika bitarteko bidezko informazio publikoaren difusioa administrazio gardentasunaren mekanismo bezala hedatuz joan da azken hamarkadan» (44). Izan ere, teknologia berrien agerpenak Administrazio Publikoaren eta herritarren arteko harreman-eszenatoki berri bat zabaldu zuen, komunikazio-esparru berri bat, lehenengoari bigarrenarekiko jarrera hurbilago bat hartzeko gonbita luzatu ziona.

Gertutasun horren alde egiteak, bai egituren modernizazioaren eta administrazio-egintza zein -prozeduren sinplifikazioaren, bai datuen irekieraren eta ezagutza publikoaren kudeaketa egokiaren, bitartez, interes orokorreko gaietan parte-hartze soziala sustatu ez ezik, zerbitzu publikoen kalitatezko emate eta kudeaketa sistema benetako baten ezarpena posible bihurtzen du —kolaborazio sozial hori dela bide, hein handi batean—. Eta Espainiako Administrazio Publikoak horren jakitun egin direla ematen du azkenik.

Hala eta guztiz ere, nahiz eta Herri Administrazioaren Araubide Juridikoari eta Administrazio Prozedura Erkideari buruzko 30/1992 Legeak, eta zehatzago, bere 45. artikulua, jarduera publikoaren garapenerako baliabide teknikoak erabiltzeari buruzkoak, bultzatuta, espainiar legegileak administrazio-esparruan informatikaren erabilpena arautzeko zenbait xedapen eman izan dituen, erregulazio marko hori gardentasunaren babes eta sustatzera bideratzeko beharizan juridikoan duela gutxi erreparatu duela esan beharra dago. Horren adibide da, COTINO HUESOK azaldu lez, Herritarren Zerbitzu Publikoetarako Sarbide Elektronikoa arautzen duen ekainaren 22ko 11/2007 Legeak (45) «informazio eta komunikazio teknologien bidezko gardentasun erregulazio

(44) CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí. «La difusión de información pública a través de medios electrónicos: claroscuros de la Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos». In: COTINO HUESO, Lorenzo, eta VALERO TORRIJOS, Julián (Koord.). *Administración electrónica. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*. Tirant lo Blanch, Valentzia, 2010, 350. or.

(45) Espainia. 11/2007 Legea, ekainaren 22koa, Herritarren Zerbitzu Publikoetarako Sarbide Elektronikoa arautzen duena. *Estatuko Aldizkari Ofiziala*, 2007ko ekainaren 23a, 150. zk., 27150. or.

zehatz eta bermedun bat» bildu ez izana —bere onarpenak, E-administrazioari buruzko oinarritzko araua izaki, orain arteko aurrerapen normatibo nabarmenena eratu duela egia bada ere—(46). Eta ildo beretik, VALERO TORRIJOSEK Lege horren gabezia anitzen artean «gardentasunaren aldeko apustu eraginkor, eta ez soilik nominal, baten falta» dagoela segurtatu du(47). Esandakoari, Legea partzialki garatu duen azaroaren 6ko 1671/2009 Errege Dekretuaren(48) artikulatuak horren inguruko inolako erregela espezifikorik batu ez duelako ideia gehitu behar zaio —atarikoan, informazio administratiborako sarbide eskubideak, aitortzen dituen eskubideen burutzerik erabatekoena lortzeko printzipio estrategikoaren muga gisa aurkezten dituen arren—.

Baina, aurreratu bezala, gai honek legegintza-agendetan, bai estatalean, bai autonomikoetan, duen protagonismoaren nabarmentzea aldeztu duen borondatea nagusitu da azkenaldian, esparru juridiko-praktikoan bereganatutako garrantziarekin bat etorriko den marko normatiboa gorpuztekoan. Eta gardentasuna, informazio publikora sarbidea eta gobernu ona arautzen dituen abenduaren 9ko 19/2013 Legearen onarpena, gauzatzeko horren lehenengo urratsa izan dela esan daiteke —apalegia iruditua gatik ere—.

Horren harira, aipatzekoa da Legeak bere Hitzaurrean teknologia berriei emandako inportantzia, bere xedapenen betepenerako zein herritarrek eskuragarri dagoen informazioa jasotzeko euren aparteko baliagarritasuna agerraraziz, Gardentasunaren Atari baten sorrera eta garapena aurreikusi baitu, «topaketa eta zabalkunde puntu moduan, informazio publikora sarbidea izateko herritarrek duten eskubidea ulertzeko era berri bat erakusten duena». Hain justu ere, bere 10. artikuluan horren arauketa jaso du, eta 11. artikulua, Atariak bildutako informazio publikoak errespetatu beharreko aginduek ailegaerraztasun, elkarreragingarritasun eta berrerabilpen printzipio teknikoetara egokitu behar duten heinean, azken hauek biltzeko baliatu du. Edozelan ere, lan honi dagokionean, Legearen 5.4. eta 22.1. artikuluetako agindu orokorrak azpimarratu behar dira gehienbat, «gardentasun betebeharren menpe dagoen informazioa dagozkion egoitza elektronikoetan edo web orrialdeetan argitaratua[...]» izango dela(49), eta «informaziorako sarbidea, ahal bada, bide elektronikoz» egingo dela, «salbu eta ezinezkoa denean edo eskatzaileak berariaz beste bitarteko bat seinalatu badu», ordenatu baitute, hurrenez hurren.

(46) COTINO HUESO, Lorenzo. «Derecho y “Gobierno Abierto”: La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones públicas. Propuestas concretas». In: BERMEJO LATRE, José Luis, eta CASTEL GAYÁN, Sergio (Ed.). *Transparencia, participación ciudadana y Administración Pública en el siglo XXI*. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública XIV, Zaragoza, 2013, 67. or.

(47) VALERO TORRIJOS, Julián. «El acceso y la reutilización de la información administrativa. Implicaciones jurídicas del proceso de modernización tecnológica de las Administraciones Públicas en su actual y futura configuración (1)». *Diario La Ley*, 7800. zk., LA LEY, Madril, 2012, 3. or.

(48) Espainia. 1671/2009 Errege Dekretua, azaroaren 6koa, zeinaren bitartez Herritarren Zerbitzu Publikoetarako Sarbide Elektronikoa arautzen duen ekainaren 22ko 11/2007 Legea partzialki garatzen den. *Estatuko Aldizkari Ofiziala*, 2009ko azaroaren 18a, 278. zk., 97921. or.

(49) GUICHOT REINAK, besteak beste, formatu elektronikoko argitalpena egoitza elektronikoetan edo web orrialdeetan egin behar izatea kritikatu du, hauek publizitate aktiboari ezarritako baldintzetan eraman behar direla aintzat harturik, errekurtso-gaitasun gutxioko subjektuentzako karga handi bat izan baitaiteke. GUICHOT REINA, Emilio. *Transparencia y buen gobierno. Estudio y Ley*. Aranzadi, Iruñea, 2014, 23. or.

Haatik, eta hartutako neurrien emaitzen ezaguera Legearen indarrean sartze erabatekoak bakarrik ahalbidetuko duela jakin arren (50), argi ikus daiteke horiek oraindik behar bestekoak ez direla. COTINO HUESOK, adibidez, «Internet bidez erraztasunez jaso daitekeen eta eskatu behar ez den informazio aktiboaren eduki kantitate handiago baten falta» sumatzen duela adierazi du, informaziorako sarbidearen egikaritzea elektrotikoen garapen eza gaitzesteaz batera (51).

Esparru autonomikoan, aitzitik, E-administrazioaren eta gardentasunaren ideiak nola edo hala uztartzen dituzten zenbait araudi aurki daitezke. Eta bertako egoeraren azaleko analisi batek zera ematen du aditzera: Nahiz eta Aragoik 2011an eraldatua —eta beraz, hobetua— izan den izaera orokorreko arau juridiko bat eduki (52) eta Extremadurako Gobernu Irekiaren maiatzaren 21eko 4/2013 Legea (53) onartzen azkena izan, Nafarroako Foru Erkidegoko Administrazioan Administrazio Elektronikoa Ezartzeko apirilaren 4ko 11/2007 foru Legearen manuek (54), gardentasunaren eta gobernu irekiaren ekainaren 21eko 11/2012 foru Legearekin (55) batera, orain arteko erregimenik osoena eratzen dute. Segidako lerroek, bada, bere punturik esangurakoan azalduko dituzte.

11/2007 Legearen 1. artikuluko lehen atalak dioenez, bere objektua «Nafarroako Foru Erkidegoko Administrazioaren eta bere organismo publikoen administrazio-prozeduren tramitazioan zein horien barne- eta kanpo-harremanetan, teknologiaren garapeneraren arabera onargarriak kontsideratzen diren teknika eta bitarteko elektronikoko, informatiko eta telematikoen sartze progresiboaren bidez, herritarren zerbitzura dagoen Administrazio elektronikoko eraginkor baten ezarpena sustatzea» da. Eta horri, artikulua- ren bigarren atalak, helburu konkretu moduan, administrazio jardueraren gardentasun printzipioaren gauzatzea gehitzen dio. Horrela, bere XI. Kapituluan, administrazio jardueraren publikitateari buruzkoan, Legeak Foru Erkidegoaren Administrazioari Nafarroako Gobernuaren web zerbitzuen Atariaren bitartez herritarrei sarbide iraunkor eta dohainekoa ahalbidetzea eskatzen dio hainbat zerbitzuri dagokionean, Parlamentuak onartutako Aurrekontu eta Kontu Orokorre, funtzio publikoarekin edo subentzioen ematearekin lotutako deialdiei, edota administrazio-prozeduren inbentarioari begira,

---

(50) Legearen bederatzigarren azken xedapenak Legearen indarrean sartze mailakatu bat ezarri du. Hori dela eta, egun, gobernu onaren printzipioak eta horien ez-betetzeagatik ondorio juridikoak biltzen dituen II. Titulua baino ez dago indarrean. Gainontzeko artikuluei begira, Estatuko Aldizkari Ofizialean argitaratu eta urtebeteko *vacatio legis*a aurreikusituen Lege Proiektuak, eta horri, Autonomia Erkidego eta Toki Erakundeetako dagokionez, gardentasun betebeharrak moldatzeko Legeak emandako bi urteko epea gehitu behar zaio. Doktrinak gogor kritikatu du arau hau.

(51) COTINO HUESO, Lorenzo. «Derecho y "Gobierno Abierto": La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones Públicas. Propuestas concretas», *op. cit.*, 60. or.

(52) Aragoiko Gobernuaren azaroaren 21eko 228/2006 Dekretua, Aragoiko Autonomia Erkidegoko Administrazioaren Erregistro Telematikoa sortu, bitarteko elektronikoko bidezko Administrazio Prozeduren tramitazioa arautu, eta administrazio elektronikoa buruzko beste neurri batzuk ezartzen dituen apirilaren 5eko 81/2011 Errege Dekretuak eraldatutakoa, zehazki.

(53) Extremadura. 4/2013 Legea, maiatzaren 21ekoa, Extremadurako Gobernu Irekiarena. *Extremadurako Aldizkari Ofiziala*, 2013ko maiatzaren 24a, 99. zk., 11650. or.

(54) Nafarroa. 11/2007 foru Legea, apirilaren 4koa, Nafarroako Foru Erkidegoko Administrazioan Administrazio Elektronikoa Ezartzeari buruzkoa. *Nafarroako Aldizkari Ofiziala*, 2007ko apirilaren 18a, 48. zk., 4188. or.

(55) Nafarroa. 11/2012 foru Legea, ekainaren 21ekoa, gardentasunari eta gobernu irekiari buruzkoa. *Nafarroako Aldizkari Ofiziala*, 2012ko ekainaren 28a, 125. zk., 7881. or.

esaterako. Azken hauen fase eta izapide ezberdinetan bitarteko elektronikoez izan dezaketen eragina taxuzko moduan arautu du bere 24-34. artikuluen artean, gainera.

11/2012 Legeak, bestalde, publizitate aktiboari buruzko bere I. Kapituluaren baitako 12. artikuluan, ondorengo bi betebeharrak ezarri ditu jarduera publikoaren gardentasun printzipioaren eraginkortasuna lortzeko bidean: «Telekomunikazio sare publikoen bitartez herritarren sarbide errazeko datu-base elektronikoez informazio publikoa pixkanaka eskuragarri egongo dela bermatuko duten beharrezko neurriak hartzea» eta «informazio publikoa zabaltzea, sartzeko aukera emango duten helbide elektronikodun loturak sortuz». Eta aurrerago, bere 59. artikuluan, zerbitzu publikoetarako herritarren sarbide elektronikoa identifikatzen du Administrazio Publikoan kalitate hobekuntza jarraiturako estrategia moduan. Dena dela, aurreikuspen hauen formulazioa, RAZQUIN LIZARRAGAk ohartarazi legez, «terminol[...].programatikoetan gauzatzen da, eta ondorioz[...].horien zehaztapenaren edota garapenaren zain gelditu beharra dago» (56).

Nolanahi ere, ARAGUÀS GALCERÀk baieztatu bezala, Autonomia Erkidego gehientsuenek, E-administrazioari buruzko arau orokor bat eman beharrean, firma elektronikoko, erregistro eta jakinarazpen telematikoen sistemen erregulazio konkretuan edo informazioaren gizarteari bultzada emateko organismoen sorreran jarri dute arreta (57). Eta zentzu honetan, azpimarragarria da, batik bat, Gardentasun Atariren protagonismo gorakorra. Asturias, Kantabria, Katalunia, Extremadura, Nafarroa, Valentzia eta Euskal Autonomia Erkidegoak, kasu, badute berea.

Eusko Jaurilaritza izan zen, hain zuzen, Interneten Atari bat sortuz bere esku zituen datu publikoak herritarrei helarazten lehena, eta horri, «Irekiak» egun Ataririk goratuena izaten jarraitzen duela gehitu behar zaio. Herritarren eta Administrazioaren arteko komunikazioa bideratzeko Interneteko zuzeneko zubi gisa aurkezten du bere burua, *Open Government* delakoaren hiru erro nagusietan, hots, gardentasunean, parte-hartzean eta lankidetzan, oinarri hartzen duela azalduz. Gardentasunari dagokionez, Gobernuak unean bertan ematen die herritarrei bere jardunari —erabakiak, planak, asmoak etab.— eta Autonomia Erkidegoko Administrazio Orokorren funtzionamenduari buruzko informazioa, horiekin lotura sendotzeko helburuaz, eta web atariko berri guztietan iritzia emateko eta sare sozialen bitartez zabaltzeko aukera eskaintzen die. Zehazki, ondoko gardentasun-adierazleak baliatzen ditu: Autonomia Erkidegoari buruzko informazioa; herritarrekiko eta gizartearekiko harremanak; ekonomia- eta finantza-gardentasuna; zerbitzu- eta hornidura-kontratazioa; eta lurraldea, hirigintza eta herrilanak (58).

Baina behar den bezalako edozein Atari ezinbestean baitaratu beharreko eduki aniztasun hau ezin daiteke, inondik ere ez, Administrazioak bere esku duen izaera publikodun datu oro modu berehalako eta absolutu batean errazteko betebehartzat jo. Izan ere, LÓPEZ CAMPSek eta LEAL FERNÁNDEZek seinatu dutenez, kalitatezko eta bidezko sarbide bat bermatzeko, egokiagoa da datu horien sarrera progresibo ba-

(56) RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio. «La Ley foral de la transparencia y del gobierno abierto». In: BERMEJO LATRE, José Luis, eta CASTEL GAYÁN, Sergio (Ed.). *Transparencia, participación ciudadana y Administración Pública en el siglo XXI*. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública XIV, Zaragoza, 2013, 314. or.

(57) ARAGUÀS GALCERÀ, Irene. «La regulación de la Administración electrónica y sus principios rectores». *Revista catalana de dret públic*, 45. zk., Barcelona, 2012, 223. or.

(58) Xehetasun gehiagorako, ikus: <http://www.irekia.euskadi.net/eu> eta <http://www.gardena.euskadi.net/> hasiera/ (Azken kontsulta, 2014ko irailaren 5ean).

teranzko estrategia gradual eta jasangarri bat garatzea (59). Eta horrez gain, jokoan dauden interes ezberdinen arteko oreka justua topatzea ezinbestekoa da. Herritarrek aitortzen zaizkien eskubideen egikaritzan oztoporik ez aurkitzea espero duten bitartean, Administrazio Publikoak, zenbait kasutan, konfidentzialtasun premia du ematen dituen zerbitzuen eraginkortasunerako. Eta ezin ahantzi daiteke sektore pribatuaren zenbait esparrutan komertzializazio-kutsuko interesak ager daitezkeela.

Guzti horrek, CERRILLO I MARTÍNEZ-en arabera, Internet bidez zabaldu beharreko informazioa mugatzeko eta izan behar dituen ezaugarriak zehazteko beharrian argi bat erakusten du, kalitatea, eta beraz, «gizarte demokratiko batean bitarteko elektronikoko bidezko informazio publikoaren difusioak dituen helburuen betepena», bermatzeko azken xedeaz (60). COTINO HUESO ez baitabil oker hurrengo baieztatzean: «Mundu digitalak ez du demokrazia salbatuko, ezta gutxiago ere, baina berori suspertzeko bidean oinarri hartzeko euskarrietako bat izan daiteke» (61).

#### IV. Beste gardentasun bitarteko batzuen aipamen laburra

Azterlan xume honi amaiera emango dioten jarraikako lerroek, Administrazio Publiko espainiarrean gardentasun nozioaren gauzatzeko efektiboa posible izan dadin aintzatetsi eta garatu beharreko beste zenbait bide eta instrumenturi egingo diote erreferentzia, mozki. Izan ere, antolaketa eta jardun administratiboak gardenak direla segurtatzeko, informazio publikora sarbidea izateko herritarren oinarriko eskubide bategi eta E-administrazio egokitu baten abantailek, orotariko neurriak baitaratzen dituen erregimen sendoa baten sostengua ezinbesteko dute.

Bada, nahiz eta administrazio-aritzean dagokion lekua eskuratzeko gardentasunari marko juridiko apropos bat esleitzeak aipatu xederantz garamatzen, funtsezkoa da ibilbide horretan manu edo betebeharrak normatibo bezala baino, *stricto sensu* erakunde-praktika moduan ulertzea pasatzea. Hori dela eta, kasuan kasuko babes legegintza-ekimenen onarpenarekin batera, beharrezkoa da, aurrenik, kanpo zein barne kontzientziazio-dinamika ezberdinak martxan jartzea. Hau da, Administrazio Publikoetako pertsonalak horien zentzua ametitu behar duen bitartean, hots, herritarren interesak zerbitzatzeko beraien helburu gorena, azken honen exijentziek perspektiba formaletik haratago joan behar dute, edo beste era batera esanda, barne hartu behar dute gardentasunak, euskarri egokien bitartez, euren alde lan egin dezakeen esparruetako bakoitza —eta ez arauzkoa bakarrik—. Eta zentzu honetan, formazio- eta trebakuntza-planek, batetik, eta informazio-kanpainak, bestetik, aukera interesgarriak eskaintzen dituzte (62).

(59) LÓPEZ CAMPS, Jordi, eta LEAL FERNÁNDEZ, Isaura. *E-Gobierno. Gobernar en la sociedad del conocimiento*. Herri Ardularitzaren Euskal Erakundea, Oñati, 2002, 117. or.

(60) CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí. «La difusión de información pública a través de medios electrónicos: claroscuros de la Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos», *op. cit.*, 395. or.

(61) COTINO HUESO, Lorenzo. *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*. Comares, Granada, 2006, 148. or.

(62) Gardentasuna, informazio publikora sarbidea eta gobernu ona arautzen dituen abenduaren 9ko 19/2013 Legearen zazpigarren xedapen gehigarriak, adibidez, Estatuko Administrazioko pertsonalari eta funtzionarioei zuzendutako gardentasunaren arloko heziketa-plan baten eta herritarrei zuzendutako informazio-kanpaina baten onarpena aurreikusitu ditu. Doktrinak Lege Proiektuaren aurrean egindako eskakizun nagusienetako bati erantzuna eman dio espainiar legegileak horrela.

Askok, egungoa bezalako deskreditu politikoko eszenatoki batean —hondarraldian kaleratutako ustelkeria kasuek eragindakoa, gehienbat—, paradoxikotzat joko dute pizgarri-sistema baten ezarketa ere proposatzea. Baina, hasteko gardentasun eginbehar batean sakondu behar dela ontzat eman arren, lehenbailehen bere erantzukizun ikuspegia lantzerako pasatu behar dela baieztatu daiteke, gardentasun publikoaren aldeko konpromiso erreala, sustatua izanagatik ere, uste pertsonaletik eratorriko baita beti.

Testuinguru honetan, konpromiso hori hartzeko espainiar gobernariaren benetako borondatearen inguruko eztabaida pizten da. Egia da azkenaldian garrantzizko zenbait aurrerapauso eman dituztela —horren adibide dira aipatu 19/2013 Legearen argitalpena edota Demokrazia Birsortzeko Planaren abiaraztea (63)—, baina Europatik heldutako abisu etengabekoek eta gizarte-presioak lan erabakigarria egin dute. Eta horrek zera erakusten du: Bere egitekoen baliozkotasuna horiei buruzko datuak jaso eta ebaluatu ondoren herritarrek —hartzaile nagusi diren heinean— agertutako konformitatearen araberakoa dela kontuan hartu gabe, agintari askok bere karguari eusten segitzen duela. Horiek horrela, ALONSO TIMÓNek klase politikoak boterea galtzeko beldurra dela medio gardentasunari jarritako trabak onartezinak direla adierazi du, kontrapisu moduan irabazten den izugarriko legitimazioak erakundeenganako eta hauen kideenganako gizartearren konfiantza handiago bat baitakar (64).

Bien bitartean, ekindako eraldaketa-prozesuaren arrakasta ziurtatzeko, politika publikoen, bai *ex ante*, bai *ex post*, ebaluaziorako eta kontrolerako mekanismoen aurreikuspenak baitezpadako izaten jarraitzen du. Hauek, autoebaluaziorako eta autokontrolerako teknikekin guztiz bateragarriak direnak, azterketaren beraren objektibotasuna bermatuz gain, markatutako eraginkortasun eta eragingarritasun helburuak lortzea ahalbideratuko duena, publikoa denaren egikaritzak, esan berri den legez, galdatzen duen herritarren konfiantza eskuratzen laguntzen dute —lehenengo deribazio horren kausa moduan, bereziki—. Horregatik, kontu-emateak, politika publikoak ontzearekin batera, horien emaitzetan parte-hartze soziala bultzatzen duela ondorioztatu daiteke.

Bukatzeko, eta nahiz eta etorkizuneko ikerketek bestelako jarduerari bultzak segitu ahal izango dituzten, erakunde-arteko lankidetzak esparru honetan hartzen duen garrantzia azpimarratu beharra dago. Hain zuzen ere, gardentasunaren politika publikoa eskumen-eremu ezberdinetan koordinatzearen doitasuna ez bairik gabekoa da. Baina hemen axola handikoena zera da: 19/2013 Legeak eta erlazionatutako gainontzeko arau berriek ezarritako gardentasun betebeharren moldaketarako egin beharreko inbertsioaren aurrean, Toki Administrazioaren zati handi batek ekonomikoki sorotsia izatea eskatzea espero dela. Eta bikoizketak ekiditeko bidean epe ertainera aurreikusitako egungo informazio-sistemen berrantolaketa kosteak ekonomizatuko dituen arren, ez ditu bere muga guztiak salbatuko, eta beraz, goi-mailako lurralde-barrutietako Administrazio Publikoaren laguntzaren menpe geldituko da —Tokiko Erakunde Txikiak, batez ere—.

Nolanahi den, guztien ongiaren bilaketan gardentasuna lehenesten duen etika publiko baten berrezarpenak du, nire aburuz, aldaketaren giltza nagusia. Administrazio

(63) Xehetasun gehiagorako, ikus: <http://www.mpr.gob.es/consejo/ruedasdeprensa/paginas/2013/131213-consejo.aspx/> (Azken kontsulta, 2014ko irailaren 6an).

(64) ALONSO TIMÓN, Antonio Jesús. «El principio de transparencia como elemento vertebrador del Estado Social y Democrático de derecho». *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 27. zk., Madril, 2012, 30. or.

Ona osatzen duten balio moral espezifikoak eta jokabide ereduak indartzeko helburuak demokraziaren irmotzea baitakar, eta demokrazia ezin baita konprenitu, ezta lortu ere, gardentasunik gabe.

## V. Bibliografia

- ALONSO TIMÓN, Antonio Jesús. «El principio de transparencia como elemento vertebrador del Estado Social y Democrático de derecho». *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 27. zk., Madril, 2012, 27-62. or.
- ARAGUÀS GÁLGERÀ, Irene. «La regulación de la Administración electrónica y sus principios rectores». *Revista catalana de dret públic*, 45. zk., Bartzelona, 2012, 215-237. or.
- ARENILLA SÁEZ, Manuel (Zuz.). *Crisis y reforma de la Administración Pública*. Netbiblo, Koruña, 2011.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (Koord.). *Introducción al Derecho Constitucional*. 2. ed., Tecnos, Madril, 2013.
- CATALÀ Y BAS, Alexandre H. *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional. Hacia un derecho europeo de los derechos humanos*. Ediciones Revista General de Derecho, Valentzia, 2001.
- CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí. «La difusión de información pública a través de medios electrónicos: claroscuros de la Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos». In: Cotino Hueso, Lorenzo, eta Valero Torrijos, Julián (Koord.). *Administración electrónica. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso de los ciudadanos a los Servicios Públicos y los retos jurídicos del e-gobierno en España*. Tirant lo Blanch, Valentzia, 2010, 349-396. or.
- COTINO HUESO, Lorenzo. «Derecho y "Gobierno Abierto": La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones públicas. Propuestas concretas». In: Bermejo Latre, José Luis, eta Castel Gayán, Sergio (Ed.). *Transparencia, participación ciudadana y Administración Pública en el siglo XXI*. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública XIV, Zaragoza, 2013, 51-92. or.
- , *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*. Comares, Granada, 2006.
- GARCÍA MACHO, Ricardo. «La transparencia en el sector público». In: Blasco Esteve, Avelino (Koord.). *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo*. Instituto Nacional de Administración Pública, Madril, 2011, 249-260. or.
- GUICHOT REINA, Emilio. *Transparencia y buen gobierno. Estudio y Ley*. Aranzadi, Iruñea, 2014.
- LÓPEZ CAMPS, Jordi, eta LEAL FERNÁNDEZ, Isaura. *E-Gobierno. Gobernar en la sociedad del conocimiento*. Herri Ardurantzaren Euskal Erakundea, Oñati, 2002.
- MARZO PORTERA, Ana. «Los límites legales a un gobierno transparente». *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 841/2012. zk., Aranzadi, Iruñea, 2012, 1-3. or.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis. *Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio*. Fundación Alternativas, Madril, 2009.
- RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio. «Acerca de la naturaleza del derecho de acceso a la información pública (A propósito de la STDH de 28 de noviembre de 2013)». *Revista Aranzadi Doctrinal*, 11/2014. zk., Aranzadi, Iruñea, 2014, 1-9. or.
- , «La Ley foral de la transparencia y del gobierno abierto». In: Bermejo Latre, José Luis, eta Castel Gayán, Sergio (Ed.). *Transparencia, participación ciudadana y Administración Pública en el siglo XXI*. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública XIV, Zaragoza, 2013, 299-342. or.
- , «La transparencia y la participación pública en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra». *Revista Jurídica de Navarra*, 51. zk., Iruñea, 2011, 123-154. or.

- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena administración*. Reus, Madril, 2012.
- RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge. *Teoría y práctica del Derecho Constitucional*. 2. ed., Tecnos, Madril, 2011.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio. «La protección de datos personales. Una reflexión crítica de la jurisprudencia constitucional». *Cuadernos de Derecho Público*, 19-20. zk., Madril, 2003, 231-334. or.
- TUDELA ARANDA, José. «Participación en el procedimiento parlamentario de elaboración de la Ley». In: Bermejo Latre, José Luis, eta Castel Gayán, Sergio (Ed.). *Transparencia, participación ciudadana y Administración Pública en el siglo XXI*. Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública XIV, Zaragoza, 2013, 93-119. or.
- VALERO TORRIJOS, Julián. «El acceso y la reutilización de la información administrativa. Implicaciones jurídicas del proceso de modernización tecnológica de las Administraciones Públicas en su actual y futura configuración (1)». *Diario La Ley*, 7800. zk., LA LEY, Madril, 2012, 1-5. or.
- VELASCO RICO, Clara Isabel. «Análisis en clave competencial del Proyecto de Ley estatal sobre Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno». *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, 17. zk., Bartzelona, 2013, 279-328. or.

Trabajo recibido el 7 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.



**LABURPENA:** Espainiako sistema politiko-administratiboak azkenaldian bizi duen krisaldiaren irtenbidea, hein handi batean, gardentasun publikoa herrialde baten izaera demokratikoaren zutabe sendo eta ordezkazina dela aitortzeak eraten du. Bide horretan, abiapuntu gisa, informazio publikora sarbidea izateko oinarritzko eskubide baten errekonozimendua identifikatu daiteke. Informazioaren eta komunikazioaren teknologia berriek —*Open Data* eta *Open Government* atariek, besteak beste— zabalduzako harreman digitaleko kanalak ere paper garrantzitsu bat jokatzera datozela esan beharra dago, euren inplikazioen gardentasuna bermatzeko eta sustatzeko kontrol-mekanismo egokien ezarpena galdatuagatik ere. Baina espainiar Administrazio Publikoen antolaketa eta jarduna gardenak direla segurtatu dadin, ezinbestekoa da beste zenbait medio eta instrumentutara jotzea, etika publikoaren berrezarpenera, batez ere.

**HITZ GAKOAK:** Gardentasun publikoa. Informazio publikora sarbidea izateko oinarritzko eskubidea. Informazioaren eta komunikazioaren teknologia berriak. Etika publikoa.

**RESUMEN:** La solución a la crisis que últimamente vive el sistema político-administrativo español pasa, en gran medida, por que se acepte que la transparencia pública es un firme e irremplazable pilar del carácter democrático de un país. El reconocimiento de un derecho fundamental de acceso a la información pública puede identificarse como punto de partida de dicha trayectoria. Cabe indicar que los canales de relación digital que han abierto las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación —los Portales de *Open Data* y *Open Government*, por ejemplo—, a pesar de exigir la instauración de mecanismos de control que aseguren y promuevan la transparencia de sus implicaciones, también vienen a desempeñar un papel importante. No obstante, para garantizar que la organización y la acción de las Administraciones Públicas españolas sea transparente, es preciso recurrir, también, a otra serie de vías e instrumentos, a la restauración de la ética pública, principalmente.

**PALABRAS CLAVE:** Transparencia pública. Derecho fundamental de acceso a la información pública. Nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Ética pública.

**ABSTRACT:** The solution to the crisis that the Spanish political and administrative system is lately living rests to a great extent on accepting that public transparency is a firm and irreplaceable pillar to the democratic character of a country. The acknowledgment of a fundamental right to the access to public information can be identified as a starting point in that path. It should be pointed out that the channels of digital relationship opened by new technologies of information and communication —for example *Open Data* and *Open Government* websites— despite requiring the establishment of control mechanisms for securing and promoting the transparency of their implications, can also play an important role. However, in order to guarantee that the organization and the action by public administrations is transparent, it is necessary to resort to another sort of paths and instruments, mainly to public ethics.

**KEYWORDS:** Public transparency. Fundamental right to the access to public information. New technologies of information and communication. Public ethics.



# La disciplina urbanística en el Derecho vasco

Fernando García Rubio

**SUMARIO:** I Introducción la competencia sobre disciplina urbanística en el País Vasco.—II. La inspección urbanística.—III. La protección de la legalidad urbanística.—IV.El derecho sancionador urbanístico vasco en el contexto general del derecho sancionador.

## I. Introducción la competencia sobre disciplina urbanística en el País Vasco

La ley 2/2006, de 30 junio, de suelo y urbanismo del país vasco, reguló por primera vez con carácter integral la totalidad de las instituciones, procedimientos y contenido del derecho urbanístico aplicable en la comunidad autónoma, en tanto en cuanto, en virtud de las competencias exclusivas otorgadas por el estatuto de autonomía del año 1979(1), ha preferido finalmente desarrollar una norma activa propia integral, frente al hasta entonces aspecto regulatorio de situaciones parciales como la participación de la comunidad autónoma de las plusvalías de la acción urbanística, regulación de los patrimonios públicos del suelo o la ordenación territorial.(2)

En ese sentido, dentro de ese título competencial exclusivo reafirmado por las Sentencias del Tribunal Constitucional 61/1997 y la más reciente 164/2014, la Comunidad Autónoma Vasca ha procedido a establecer su propio régimen sobre disciplina urbanística.

Dentro de las tres grandes ramas clásicas del derecho urbanístico: planeamiento, gestión y disciplina urbanística, esta última materia es la que supone un ejercicio mayor de las clásicas funciones de policía administrativa, en la distinción que realizara Jordana de Pozas y reafirmada por García de Enterría(3), a los efectos de la concreción de la competencia de los diferentes entes en relación con el urbanismo.

---

(1) Con respecto a los títulos competenciales estatutarios en la materia vid Ángel ZURITA LAGUNA «La ordenación del territorio», pp. 633 a 686 de *Estudios sobre el Estatuto de autonomía del País Vasco*. Vol. II 1991. IVAP.

(2) Así la Ley 3/1997, de 25 de Abril, por la que se determina la participación de la Comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística, y la Ley 20/1998, de 29 de Junio, de Patrimonios Públicos de Suelo, derogadas por la Disposición Transitoria de la Ley 2/2006 y la aun vigente Ley 4/1990, de 31 de mayo, de Ordenación del Territorio del País Vasco. Más recientemente debe destacarse la incidencia de las normas sobre rehabilitación estatal y así vid. José Iganacio TEJERINA GONZÁLEZ, «Incidencia en la normativa urbanística vasca de la Ley 8/2013 de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas», *RVAP* n.º 98, enero-abril 2014, pp. 291-327.

(3) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo I*, 15.ª edición Thomson-Civitas 2011, pp. 441 y ss.

En el caso concreto de la Comunidad Autónoma del País Vasco su Ley 2/2006, de 30 de junio, del Suelo y Urbanismo, se ocupa de la materia específica de disciplina urbanística dentro del Título VI, referido a la garantía y protección de la ordenación urbanística, y concretamente en los Capítulos III, IV y V, dedicados a la inspección urbanística, protección de la legalidad urbanística y al régimen de infracciones y sanciones

En su conjunto podemos señalar que la normativa sobre protección de la legalidad urbanística en el País Vasco sigue la sistemática más racional de nuestras legislaciones autonómicas en tanto en cuanto que comienza por la inspección, esto es la labor preventiva, para posteriormente ocuparse de la restauración de la legalidad urbanística a través del sistema de disciplina urbanística clásico y culminar con el régimen sancionador.

Dentro de las funciones de la disciplina urbanística en la legislación de la Comunidad Autónoma del País Vasco podemos destacar fundamentalmente junto a los tres ámbitos de control tradicionales, esto es la inspección, la restauración de la legalidad urbanística y el régimen sancionador, la novedad, desde un punto de vista sistemático de la inclusión en el Título VI del régimen de las licencias, puesto que dicho Título VI tiene como rúbrica «*Garantía y protección de la ordenación urbanística*», lo que supone la incorporación de los actos de control preventivos, por excelencia, como son las licencias en dicho ámbito, puesto que recuérdese ya el Reglamento de Disciplina Urbanística de 1979 recogía en su articulado el sistema de control mediante las licencias bajo la amplia rúbrica de «*Disciplina Urbanística*» (4).

## II. La inspección urbanística

En cuanto a la inspección debemos destacar que el capítulo III del referido Título VI, de la ley 2/2006, sobre garantía y protección de la ordenación urbanística, se ocupa de la inspección urbanística.

Estas determinaciones deben ser complementadas por el Capítulo I del citado Título VI, en cuanto al marco general del ejercicio de la potestad disciplinaria urbanística.

En su conjunto podemos señalar que la normativa sobre protección de la legalidad urbanística en el País Vasco sigue la sistemática más racional de nuestras legislaciones autonómicas .en tanto en cuanto que comienza por la inspección, esto es la labor preventiva, para posteriormente ocuparse de la restauración de la legalidad urbanística a través del sistema de disciplina urbanística clásico y culminar con el régimen sancionador.

Así la disciplina tiene como elemento consustancial para su ejercicio la previa comprobación de los ilícitos y para ello el ejercicio de una función en virtud de una potestad administrativa, que es la de la inspección.

La potestad de inspección queda configurada en la Ley del País Vasco como un ámbito del régimen de control de las actividades y los actos regulados por la ordenación urbanística, tal y como se define en el artículo 206.1.a) de dicha norma, en el cual se establece el control de la legalidad de las actuaciones tanto de transformación

---

(4) Una visión general y básica del derecho urbanístico vasco la tenemos en *Manual básico de derecho urbanístico Vasco*, I.V.A.P. 2012 de Rosario Bárbaro GARCÍA MAZA y JUAN IGNACIO IZETA BERAETXE

como de utilización del suelo y el vuelo objeto de ordenación urbanística a través del control de la inspección urbanística.

Esa capacidad de control a través de la inspección, queda reflejada en el régimen particular urbanístico de la Comunidad Autónoma vasca a través de una potestad específica de inspección, tal y como se destaca en el artículo 206.2.a) de la Ley comentada, en tanto en cuanto atribuye a los Ayuntamientos la potestad de inspección, verificación y control respecto a cualquier actuación de urbanización, edificación y uso del suelo. Circunstancia ésta que pese a dicha clara atribución en el capítulo de los principios generales del Título VI de la ordenación legislativa vasca, tiene una cierta contradicción en la regulación específica que a continuación abordaremos sobre inspección urbanística, en tanto en cuanto se atribuyen igualmente competencias de inspección a los territorios forales y se limita la inspección tan solo a los actos sometidos a licencia, con las lagunas que ello genera con respecto a esta declaración genérica del artículo 206.

Así mientras que la Ley Urbanística con carácter general en el apartado recién señalado atribuye a la potestad de inspección a los municipios, como ya hemos indicado, por su parte en el artículo 218.1 (5)

En principio las facultades de inspección urbanística en el País Vasco se atribuyen a las tres Administraciones territoriales (Comunidades Autónomas, Territorios históricos y municipios), con competencias en la materia, excluyéndose en buena lógica a la cuarta Administración con presencia en el ámbito del País Vasco, esto es la General del Estado, por carecer de competencias en el materia de urbanismo en virtud del título competencial exclusivo atribuido en el Estatuto de Autonomía del País Vasco sobre urbanismo a la Comunidad Autónoma y conforme a la ya apuntada doctrina del Tribunal Constitucional.

Así la competencia exclusiva en materia de ordenación del territorio y urbanismo que el Estatuto de Autonomía en su artículo 10.31 fue desarrollada inicialmente por la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos (en adelante LTH), tal y como indican Agirreazkuenaga y Yeregui (6).

En dicha redacción originaria de la LTH se atribuyó en materia de urbanismo a los territorios históricos las facultades de «*iniciativa, fiscalización e información*», estableciéndose en base a dicha determinación los trasposos de competencias y servicios desde la Comunidad Autónoma a los territorios históricos (7).

---

(5) El cual establece «La inspección urbanística será ejercida por la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de los territorios históricos y los ayuntamientos, de acuerdo con sus competencias y de conformidad con lo establecido en esta ley».

(6) Iñaki AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA y María YEREGUI, «Singularidades del régimen urbanístico y ordenación territorial del País Vasco», pp. 121 a 163 de *Revista Justicia Administrativa*, número Extraordinario 2004. «El Derecho Urbanístico de las Comunidades Autónomas II» y en concreto, p. 122. Sobre este tema *vid.* Santiago LARRAZABAL BASÁÑEZ, «26 años no es nada...? Luces y sombras en la distribución de competencias entre las Instituciones comunes de la Comunidad autónoma del País Vasco y las de sus Territorios históricos» *RIVAP* n.º 87-88 pp. 707-741.

(7) En ese sentido la determinación sobre el planeamiento de rango superior, a que hacía referencia la redacción originaria de la LTH, fue interpretada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1993 (Arz 4522) sobre planeamiento de rango superior, con los Planes Generales Municipales previstos por el TRLSOU/76, Posteriormente la Ley Vasca 5/1993, de 16 de junio, de modificación de la LTH, estableció en el artículo 7.c).punto 5, que se entenderá por determinaciones de planeamiento de rango superior las comprendidas en los instrumentos de ordenación territorial y por una serie de determinaciones con respecto a éstas.

En esta línea Agoués Mendizabal(8) recogía la existencia de importantes competencias en materia de urbanismo por parte de los territorios históricos, abarcando todas las facultades urbanísticas en las que se ha dividido clásicamente el estudio de la materia: el planeamiento, la gestión, y lo que es más importante a nuestros efectos y lo que nos interesa, a la disciplina.

Por tanto podemos señalar que el capítulo de la foralidad amparado en la Disposición Adicional Primera de la Constitución y actualiza en los términos de ésta por el propio Estatuto de Autonomía del País Vasco y la Ley de Territorios Históricos, implica la existencia de algún ámbito competencial en materia de inspección y disciplina urbanística para los territorios forales, aunque sólo sea en este aspecto por las competencias sectoriales con incidencia sobre el territorio que tienen atribuidas los propios territorios históricos(9).

Todos estos títulos competenciales y muchos otros, implican por su carácter exclusivo, y por tanto excluyente, una capacidad de conocer sobre las actuaciones que se realicen sobre ese territorio y de inspeccionar con carácter sectorial el referido territorio a los efectos del cumplimiento de las normativas reguladoras de esta materia, lo cual supone, a nuestro juicio, una clara confluencia competencial que, al menos, implica una competencia concurrente en materia urbanística.

Ahora bien, dada la clara atribución competencial exclusiva en materia de urbanismo, y por tanto en materia de disciplina urbanística, a la Comunidad Autónoma que por el Estatuto de Autonomía deberemos de entender, que el ejercicio concreto en la modulación y regulación de las competencias sobre inspección y urbanística en la Comunidad Autónoma vasca por cada una de esas entidades territoriales: municipios, territorios forales y la propia Comunidad Autónoma, se realizará en los términos de la legislación de esta última, por tanto mediante la propia Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco.

Esto se concreta en el artículo 218 de la Ley que regula los servicios de inspección. En ese sentido debemos destacar la existencia de servicios de inspección en el ámbito de los territorios forales con carácter obligatorio y, en su caso, en el ámbito de los municipios.

El servicio de inspección del territorio foral queda constituido con carácter obligatorio en el artículo 218.3 de la Ley, mientras que la existencia de un servicio queda un tanto difusa para el caso de los Ayuntamientos, en el artículo 218.5(10)

---

(8) Carmen AGOUÉS MENDIZABAL, *El régimen jurídico de la planificación territorial: conflictos competenciales y aspectos jurídicos*. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate 1996, p. 191.

(9) Así el artículo 7a).9 de la Ley de Territorios Históricos, atribuye, por ejemplo, a los citados territorios competencia exclusiva en materia de montes, aprovechamiento, servicios forestales, vías pecuarias y pastos, en los términos del artículo 10.8 del Estatuto de Autonomía, guardería forestal y conservación de los suelos agrícolas y forestales. Y así, por ejemplo, debemos destacar el Decreto Foral 4/1990, de 16 de enero, por el cual se establece la protección de determinadas especies de la flora del territorio histórico de Guipúzcoa. Por otra parte el apartado b) del citado artículo 7 del la LTH atribuye igualmente a los territorios históricos el desarrollo y ejecución de las normas emanadas de las instituciones comunes, y concretamente el número 3 se refiere al régimen de aprovechamiento de la riqueza piscícola continental y cinegética, y el número 4 a la competencia en policía de las aguas públicas continentales y de sus cauces naturales, riberas y servidumbres.

(10) Los cuales señalan: «Los territorios históricos *deberán contar* con el correspondiente servicio de inspección en sus Departamentos competentes en materia de urbanismo».y: «Todos los ayuntamientos *deberán asegurar* el desarrollo de la función inspectora por sí o mediante cualquiera de las fórmulas de cooperación con el departamento foral competente en materia de urbanismo».

Lo cual supone una redacción muy diferente del «deberán contar con el correspondiente servicio de inspección» en vez del «deberán asegurar el desarrollo de la función inspectora», puesto que no se especifica la obligación de tener unidades de inspección como así hacen las leyes madrileña o extremeña, sin perjuicio de las correspondientes actuaciones de colaboración con el órgano correspondiente, que este caso sería la Diputación Foral.

Esto nos lleva nuevamente, a reflexionar sobre ese carácter de la inspección a nivel municipal puesto que si la propia Ley recoge ese régimen de inspección para los Ayuntamientos en base al artículo anteriormente comentado, 206.2.a), en cuanto a potestad a ellos atribuida, está potestad, puede en el caso de la inspección específica realizarse por el propio Ayuntamiento, o mediante cualquiera de las formas de cooperación con el departamento foral competente en materia de urbanismo. Lo cual deja una puerta abierta a la clara transferencia hacia los territorios forales de la competencia de inspección, especialmente para los pequeños Ayuntamientos, a los cuales no se les posibilita la agrupación en algún tipo de fórmula jurídica, que permitirá el ejercicio de la autoridad inspectora, obviamente previa la correspondiente habilitación legal como pudieran ser las mancomunidades y las cuadrillas, que conforme al artículo 3.2 de la LRBRL podrían ejercer potestades como es la inspectora si así lo atribuyera la legislación autonómica.

En el País Vasco se huye de esta posibilidad, dejando tan solo un camino de transferencia, total o parcial, de las funciones de inspección a los departamentos forales, mientras que queda simplemente en el nivel municipal la obligación de asegurar la función inspectora, por si mismos o mediante la lógica transferencia, delegación, o cualquier otra posibilidad conforme a derecho de atribución competencial al órgano foral.

En ese sentido debemos destacar que al ser un ejercicio de autoridad la actividad inspectora, esta está reservada a la condición de funcionario conforme al artículo 92.2 de la LRBRL y al art 9.º del EBEP (11), sólo quedará la transferencia o delegación, mediante el correspondiente convenio, puesto que la figura de la encomienda de gestión prevista en la LRJAPC requiere de que exista un acto administrativo que le de soporte en el ámbito de la Administración encomendante, lo cual en materia de inspección, dada como veremos la importancia del acta, puede suponer la total nulidad de las actuaciones posteriores, por lo cual nos inclinaremos por las dos primeras figuras de transferencia o mera delegación de la competencia inspectora por parte del Ayuntamiento en el territorio histórico correspondiente.

No cabe más que señalar la mera declaración de intenciones o «*brindis al sol*» de la determinación contenida en el artículo 218.6 de la Ley sobre la obligación de prestar por parte de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de los territorios históricos a los ayuntamientos la ayuda necesaria para el ejercicio por éstos de sus potestades inspectora y sancionadora, vistas las limitaciones para la autoorganización o asociación entre municipios limítrofes a los efectos de la atribución conferida anteriormente.

No obstante debemos destacar en ese sentido que podían prestarse inspectores o medios de inspección desde dichas Administraciones a los municipios, a los efectos del ejercicio de esta función inspección.

---

(11) Sobre esta norma *vid* Alberto PALOMAR OLMEDA: *Derecho de la función pública*, Dykinson 2011, 9.ª edic.

Una vez aclarado el marco competencial de las diferentes Administraciones, en tanto en cuanto la Administración de la Comunidad Autónoma se centrará sobre todo en la ordenación territorial, aunque a esta le queda conforme al artículo 218.2 una facultad muy genérica de inspección, referida a la garantía y protección de la legislación cuya ejecución le este encomendada, deberemos de referirnos al ejercicio propio de esa potestad de inspección y su contenido genérico.

Es a través del ejercicio de esta potestad de inspección, mediante la cual la Administración verifica la supuesta comisión de un ilícito urbanístico(12).

Así, en ese sentido debemos destacar que, tal y como afirma Corella Monedero(13), corresponde a la Administración Urbanística la exclusividad de la apreciación de la vulneración de las normas de este tipo, puesto que son sus decisiones (actos administrativos) los que van a surtir efecto en relación con los administrados a quién se le atribuya la supuesta vulneración.

Lo que si es indudable es que al ser una potestad, tal y como se configura en el artículo 206.1.a) de la Ley vasca, y en general, tal y como se desprende de nuestro acervo jurídico-administrativo, esta solo es posible que se ejerza por entidades públicas, aunque no obstante debemos recordar que sólo es posible que se ejerza por entidades públicas, y fundamentalmente por entidades públicas de carácter territorial, aunque no obstante deberemos recordar que con la LOFAGE y las diversas Leyes reguladoras de la Administración institucional de Comunidades Autónomas, se permite el ejercicio de algún tipo de potestad por entidades institucionales, siempre que vengan configuradas en sus estatutos fundacionales y con la debida consagración en su Ley habilitadora.

Así la potestad de inspección, con carácter general, ha sido caracterizada por diversos autores(14), destacándose entre los criterios y términos de su caracterización el hecho de que la potestad tiene un carácter preventivo que esta desligada de la potestad sancionadora, pero que es el fundamento para un ejercicio eficaz conforme a derecho y que tiene un carácter unilateral de la Administración hacia los particulares y externo de esta.

Por tanto la potestad de inspección es una función administrativa que se tiende a relacionar con los particulares, ahora bien existen algunas modalidades de inspección interadministrativa como la recogida por el artículo 16 del Estatuto de Autonomía del País Vasco, sobre la alta inspección del Estado, en relación con algunos aspectos de la Comunidad Autónoma(15).

---

(12) Debe recordarse que ya desde el artículo 45 del Reglamento de Disciplina Urbanística se recogía la competencia de la Administración en el control e interpretación de la legalidad urbanística, y por tanto en la determinación y calificación de las infracciones

(13) Tal y como especifica José Mario CORELLA MONEDERO «Protección de la legalidad urbanística» Tema 14 del libro colectivo *Manual de urbanismo*, MAP-INAP 2001 y en concreto p. 721.

(14) Podemos citar a título de ejemplo a Agustín GARCÍA URETA, *La potestad inspectora de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, 2006, pp. 28 y ss., y a Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico general de la función inspectora* Comares, Granada, 2002, pp. 52 y ss.

(15) Al respecto véase J.L.CASCAJO CASTRO «En torno a la configuración jurisprudencial de la llamada Alta inspección», *Revista Vasca de Administración pública* núm.10-II, 1984, p. 82. Ello supuso conforme a la STC 76/1983 la consideración de que «es cierto que la uniformidad constitucionalmente pretendida en los supuestos en que corresponda al Estado la normación sustantiva, legal y reglamentaria, y a las CC.AA. sólo la mera ejecución quedaría desvirtuada (...) si el Estado no tuviera la potestad y el derecho de velar para que no se produzcan diferencias en la ejecución o aplicación del bloque normativo», (Fundamento Jurídico 12), circunstancia



En ese sentido debemos destacar que las actuaciones inspectoras son actuaciones administrativas, por lo tanto supeditadas en todo momento al ordenamiento jurídico, en virtud del principio de vinculación positiva.

Determinado ya el marco general de la potestad de inspección de las diversas Administraciones Públicas, deberemos fijarnos en concreto en la inspección urbanística y en ese sentido cabe afirmar con Amenós Álamo (16), que la inspección urbanística constituye un dispositivo relevante para vigilar la observancia de la norma y para la aportación de elementos de prueba en los diversos procedimientos de carácter represor-sancionador de las actividades urbanísticas ilegales.

La inspección urbanística así configurada tiene dos grandes finalidades: Por un lado, la recolección de informaciones, datos y todo tipo de noticias respecto del cumplimiento de las determinaciones del planeamiento y la legislación urbanística. Y por otro lado la verificación de la adaptación a la legislación vigente por parte de los servicios de inspección, de las actuaciones de los particulares y las administraciones.

Ambas finalidades son de interés general, tal y como se relaciona con el aspecto anteriormente señalado del carácter objetivo de las inspecciones al servicio del interés general previsto por el artículo 103.1 de la Constitución y que debe verse reforzado en el ámbito de la inspección urbanística por la atribución de la acción pública a cualquier ciudadano o colectivo, sin tener la condición de interesado en el procedimiento de actuaciones disciplinarias urbanísticas. Reforzándose por tanto la necesidad de una función de la inspección pública, recogido por el artículo 50 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 22 de junio.

La inspección en materia de urbanismo, o concretamente en la disciplina urbanística se ha visto por los autores (17) vinculada a la competencia tradicional sobre concesión de licencias atribuida a los municipios.

No obstante debemos recordar, la existencia de competencias de inspección en materia urbanística también por otras Administraciones, que la legislación del suelo estatal de 1956 ya reconocía (artículo 197) a otros organismos como en su momento el Estado y actualmente las Comunidades Autónomas (18).

---

esta que no parece que ocurra en el ámbito concreto de la disciplina urbanística propiamente dicha, puesto que nos encontramos ante una competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, pero que podía darse en algunos aspectos de la inspección en relación con la ordenación territorial de los ámbitos que quedan reservados a la normación, del Estado y a la Comunidad Autónoma en cuanto la ejecución de esta normativa. Esta potestad, como todas ellas, esta expresamente sometida al principio de legalidad en tanto en cuanto las actividades de inspección y verificación de las Administraciones competentes, se deberán de ejecutar conforme a la Ley habilitante al respecto y siguiendo, en todo caso, los principios generales del Derecho.

(16) Juan AMENOS ÁLAMO, *La inspección urbanística: concepto y régimen jurídico*, Cedecs, Barcelona, 1999, p. 94.

(17) Así al respecto Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Op. Cit. La actividad administrativa de inspección...*, p. 185.

(18) Debemos señalar que en materia de inspección urbanística las competencias reguladoras quedan absolutamente en manos de las Comunidades Autónomas, tras la derogación por la STC 61/1997 del artículo 260 del TRLSOU/92 por incompetencia de legislador estatal.

Por tanto son las Comunidades Autónomas las encargadas de establecer los preceptos y formas concretas de la actuación inspectora en materia de urbanismo, como en general de la materia de disciplina urbanística, eso sí sin olvidar los principios y preceptos constitucionales y resto de elementos jurídicos configuradores de dicha potestad legislativa autonómica. Estas determinaciones quedan, fundamentalmente, recogidas en los ya señalados preceptos contenidos en los artículos 217 y 218 de la Ley Urbanística del País Vasco.

Así, la función inspectora aparte de configurarse como potestad, tal y como hemos podido analizar, se circunscribe en su dirección a la comprobación de todos los actos, operaciones y actividades sometidas a licencia sujetos obviamente a la legalidad y a la ordenación territorial y urbanística aplicable.

En ese sentido, por tanto, debemos destacar dos aspectos importantes; por un lado la equiparación, tal y como hace Fernández Ramos (19), a la competencia tradicional sobre concesión de licencias que está atribuida a los municipios, aunque se ve complementada por la supeditación, que es el segundo aspecto a destacar, al ordenamiento jurídico y en concreto al concepto general de legalidad en el sentido amplio del principio de legalidad administrativa determinado por el artículo 103.1 de la Constitución y por la concepción de Hariou sobre legalidad, incluyendo por tanto leyes, reglamentos y principios generales del derecho, y por otra parte de ordenación territorial y urbanística, distinguiendo por tanto la supeditación a las normas urbanísticas y a las normas de la ordenación territorial que corresponden, fundamentalmente, en el segundo caso, a la Comunidad Autónoma.

El segundo de los aspectos a destacar de la función inspectora de las Administraciones urbanísticas vascas es la vigilancia e investigación de los actos, operaciones u actividades que pudieran vulnerar la normativa anteriormente descrita.

En dicha línea la función de inspección no sólo estriba en la vigilancia, y en su caso la detección de irregularidades o anomalías en la terminología de la Ley vasca, sino también en la investigación, cumpliendo los detentadores de la potestad urbanística vasca unas funciones no solo de mera actuación administrativa, sino incluso de una utilidad de policía urbanística, al dotársele de facultades para investigar los actos, operaciones y actividades que pudieran vulnerar la normativa. Por lo tanto no solo investigación en cuanto a la detención de fragantes ilícitos urbanísticos, sino de todas aquellas conductas que pudieran, y por tanto habilitándose un amplio margen a la Administración urbanística para verificar actuaciones.

El apartado c) del artículo 2172 viene, a nuestro juicio, a complementar la falta de precisión de las funciones generales recogidas en el artículo 206 sobre la inspección en relación con las licencias, puesto que debemos recordar que existen actos no sometidos a licencia, como expresamente se recoge en la Ley Vasca en el artículo 207.2 en relación con las obras incluidas en los proyectos de urbanización, por lo que a los efectos de la verificación en cuanto a la adecuación de dichas obras de urbanización al proyecto correspondiente aprobado por la Administración titular de las competencias actuante. El precepto aquí señalado (artículo 2172 *in fine*) viene a precisarlo puesto que a la hora de indicar «instrumentos de ordenación ambiental, territorial y urbanística», engloba con carácter amplio a los proyectos de urbanización, a los cuales deberán de adecuarse, obviamente, las actuaciones urbanizadoras, pudiendo verificarse su engarce con éstas y el cumplimiento de las determinaciones en ellas efectuados por parte de la inspección.

Otra de las funciones atribuidas a la inspección urbanística en el País Vasco es la información y proposición a las Administraciones y autoridades competentes, sobre la adopción de medidas cautelares, correctivas y sancionadoras que ésta juzgue convenientes para la conservación ambiental y el cumplimiento de la valoración territorial y urbanística.

---

(19) Severiano FERNÁNDEZ RAMOS, *Op. Cit. La actividad administrativa de inspección...*, p. 186.

De esta atribución recogida en el apartado d) del artículo 217.2 debemos diferenciar dos cuestiones muy diferentes, valga la redundancia; por una parte, la capacidad de proposición, inherente a la condición funcional en el cumplimiento del ordenamiento jurídico, y que en buena medida para garantizar el fin y bien jurídico preservado sobre el cual actúa la Administración inspectora, parece lógico que pudiera habilitar, en ese sentido, para la adopción de las correspondientes medidas cautelares (20), como por otra parte de la propia legalidad urbanística, puesto que lo importante a la hora de evitar monstruosidades tan habituales, es la paralización a tiempo.

Por otra parte, y no con menor importancia, la configuración de los servicios de inspección urbanística como servicios no sólo urbanísticos, entendidos por estos los que vigilan la urbanización y la edificación, sino también de carácter ambiental, puesto que la Ley utiliza expresamente el término «*conservación ambiental*» y no sólo el de cumplimiento de la ordenación territorial urbanística, en tanto en cuanto la habilitación de la conservación ambiental, como también la derivada de la propia ordenación territorial, que no sólo es ordenación urbanística que sino que también incluye los preceptos territoriales medioambientales, suponen que la inspección urbanística vasca es una inspección amplia de preservación territorial.

Mayor crítica nos merece la expresa habilitación en el apartado e) del artículo indicado, sobre posibilidad de instrucción de expediente sancionador que se encomienden por parte de la Administración titular de la facultad sancionadora.

En ese sentido debemos destacar que existe una larga tradición y raigambre en nuestro derecho de separación entre las funciones inspectoras y las funciones resolutorias, y no parece lógico que la persona u órgano que haya detectado la infracción y consignado el acta de inspección en los términos del artículo 127.3 de la LRJAPC sea la más adecuada para proceder a la instrucción de un expediente, que conforme nuestra doctrina y los principios de la LRJAPC y la propia legislación vasca están separadas las funciones de inspección de las de resolución y, a nuestro juicio, también de las previas de determinación de los elementos de prueba para esa instrucción que, al fin y al cabo, coinciden con las de la potestad jurisdiccional, en cuanto a su tramitación, no pareciendo muy lógico que un ertzaina, o un miembro de la policía local sea el que instruya y lleve un expediente sobre los hechos por él denunciados.

Las dos últimas funciones, recogidas en el artículo 217.2 de la Ley, sobre la función inspectora no suponen ninguna novedad dentro de nuestro acervo urbanístico común, puesto que la colaboración con los Tribunales de Justicia y otras Administraciones competentes en materia ambiental y de ordenación territorial y urbanística, son comunes a otras legislaciones urbanísticas, tal y como hemos indicado en otra ocasión (21), como ya hemos comentado anteriormente la inspección urbanística se configura en la determinación vasca como una verdadera inspección territorial, y finalmente el desempeño de cuantas otras funciones asesoras, inspectoras y controladoras a ella encomendadas supone una cláusula residual de atribución de funciones

---

(20) Este es el verdadero talón de Aquiles de la Administración, tal y como en su momento denunciará GARCÍA DE ENTERRÍA, *vid.*: «Sobre la tutela cautelar en el proceso administrativo» *Revista española de derecho administrativo*, N.º 115, 2002, pp. 393-398.

(21) Al respecto Fernando GARCÍA RUBIO, «La inspección urbanística de la Comunidad Valenciana» dentro de *Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística de la Comunidad Valenciana*. El Consultor, 2006. Obra colectiva dirigida por Enrique SÁNCHEZ GOYANES.

vinculadas al principio de jerarquía, en cuanto actuación administrativa de cualquier funcionario, que este especializado en materias de inspección.

La siguiente cuestión importante a reseñar en relación con la inspección urbanística en el País Vasco es la concreción de las facultades atribuidas a la concreta inspección urbanística.

Así, en ese sentido, debemos de distinguir conforme a la Ley, artículo 217.3, tres grandes cuestiones: a) Las capacidades sobre Investigación y acceso a registros y archivos, para el ejercicio de las funciones de inspección, b) La extensión de actas de inspección y su presunción de veracidad. Y c) La posibilidad de requerimiento y obtención del auxilio de la fuerza pública cuando fuera necesario.

El derecho de acceso parece lógico en cuanto a que nos encontramos ante una función propia de las Administraciones y además que no está expresamente delegada en el artículo 37 de la LRJAPC. Dicho derecho ha sido incluido por otras legislaciones urbanísticas, tal y como destaca Carceller Fernández (22), puesto que el Reglamento Urbanístico de Cataluña ha añadido a las determinaciones de la legislación urbanística de dicha Comunidad el deber de colaboración entre Administraciones en la inspección urbanística, que deben permitir el acceso a sus archivos y el de notificarse mutuamente todas las resoluciones que puedan afectar a los procedimientos de protección de la legalidad urbanística.

El segundo de los aspectos, que se refiere a la extensión de las actas de inspección, requiere de una expresa función de desarrollo reglamentario, en tanto en cuanto la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas que han regulado la materia de inspección urbanística han recogido con precisión el contenido de dichas actas de inspección, circunstancia ésta a la que renuncia, por ahora, la Comunidad Autónoma del País Vasco. Lo cual puede dar lugar hasta que se produzca dicho desarrollo reglamentario, si así lo considerara la autoridad reglamentadora autonómica, a multitud de problemas en cuanto al contenido de dichas actas, que puede impedir la consecución feliz y con todas garantías de los procedimientos que se inicien.

Es evidente que conforme no podía ser de otra manera y recoge la legislación estatal al respecto (artículo 127.3 LRJAPC), las actas de inspección gozan de presunción de veracidad respecto a los hechos que en ellas se consignent aunque, añadimos nosotros, simplemente es una presunción que puede ser destruida con prueba en sentido contrario, tal y como ha recogido el Tribunal Constitucional en la STC 76/1990.

La última de las precisiones es una disposición de colaboración en relación con las autoridades titulares del mando sobre la fuerza pública correspondiente, fundamentalmente la Ertzantza y las policías locales, que estarán obligadas a colaborar en cuanto al ejercicio de la función inspectora, con los servicios de inspección urbanística, tal y como se desprende de la determinación legal prevista en la Ley 2/2006 vasca.

En cuanto a las relaciones entre la inspección y los inspeccionados en el ámbito urbanístico del País Vasco debemos destacar dos cuestiones sustanciales a la vista de las determinaciones legales: a) El deber de colaboración que tienen los ciudadanos, sin precisarse que tipo de vinculación tienen esos ciudadanos en relación con la actuación sobre la que se realiza la inspección, que deberá ser precisada en el desarrollo

---

(22) Antonio CARCELLER FERNÁNDEZ, *Derecho urbanístico sancionador* Atelier 2004, p. 37

reglamentario al recoger tanto trabajadores como técnicos, como propietarios y promotores de cualquier obra o instalación que sea objeto de inspección. b) La vertiente negativa en caso de no colaboración con la inspección que está constituirá obstaculización del ejercicio de la potestad de investigación, en los términos recogidos por el artículo 217.5, lo cual supone en dichas funciones una infracción que tiene carácter grave, conforme lo especificado en el artículo 225.2.i) de la Ley vasca.

Este deber consignado específicamente en la legislación urbanística vasca tiene, a su vez, el reflejo en la legislación básica estatal sobre el procedimiento común recogido en el artículo 39.1 de la LRJAPC que obliga a los ciudadanos a facilitar a la Administración informes, inspección y otros actos de investigación sobre los casos previstos por la Ley, circunstancia ésta que queda saldada por la expresa habilitación legal anteriormente referida.

Por lo que respecta a la actuación inspectora propia de la Administración, y sin perjuicio de desarrollar reglamentariamente los preceptos referidos al acta de inspección y a la condición del personal inspector en cuanto al ejercicio de funciones de autoridad, debemos destacar el papel de las tres Administraciones en cuanto a inspección urbanística, presente en el País Vasco, tal y como se ha señalado al comienzo de esta digresión.

En ese sentido deberíamos recordar que la Administración autonómica se ocupará de las funciones fundamentalmente de la ordenación territorial y en el supuesto de modificación legal en la distribución de competencias entre los diversos entes administrativos, derivados de la LTH, de otros aspectos, y la Administración Local se encargará fundamentalmente de la verificación del cumplimiento a la legalidad de los actos sometidos a licencia y de las propias licencias, en cuanto a la ejecución material de esta. (23)

Conforme todo lo analizado anteriormente podemos destacar que la regulación de la inspección urbanística en el País Vasco supone una primera traslación al régimen jurídico-urbanístico de dicha Comunidad Autónoma de las determinaciones generales sobre inspección recogidas en la legislación básica y vasca sobre régimen jurídico y procedimiento administrativo, otorgando un fuerte papel a los territorios forales, que supone incluso la existencia de «*cuasitutelas*» en la materia sobre los municipios, pero que en materia sustantiva y no competencial, a esperas de un necesario desarrollo reglamentario, no supone una especial innovación sobre el conjunto de las regulaciones autonómicas en la materia hasta el momento aprobadas.

---

(23) Las relaciones entre todas estas entidades se rigen, como no podía ser menos, por el principio de cooperación, puesto que el artículo 218.4 de la Ley obliga a que los informes que fueran emitidos por los servicios forales de inspección o de cualesquiera otros entes públicos de inspección urbanística, deben ser comunicados al Ayuntamiento, residenciándose por tanto en cada Ayuntamiento toda la recepción de noticias, actas e informes relacionados con las infracciones o actuaciones que pudieran vulnerar el ordenamiento jurídico urbanístico de los términos municipales.

Este deber de remisión por parte de los órganos forales a los municipios de sus actuaciones inspectoras implica que por su parte, los Ayuntamientos son los que estarán encargados de realizar las actuaciones materiales consecuencia de dicha actuación inspectora, esto es en su caso, de la incoación de expedientes sobre protección de la legalidad urbanística y de carácter sancionador. Estando obligados en el plazo de veinte días siguientes a la recepción de los informes emitidos por los servicios forales, a comunicar al órgano foral correspondiente la resolución que se hubiera adoptado en relación con dicha actuación por parte del Ayuntamiento y, por tanto, notificando la actuación o en su caso, archivo de las actuaciones sobre los procedimientos de restauración de la legalidad urbanística y sancionador.

### III. La protección de la legalidad urbanística

#### III.1. Sistemática general

La regulación se recoge los artículos 219 a 224 de la ley, estructurándose en dos secciones fundamentales: a) El régimen de las edificaciones, construcciones e instalaciones y demás actuaciones clandestinas. b) Las operaciones de restauración de la ordenación urbanística.

Debemos destacar que hasta el momento de la aprobación de la referida regulación legislativa en el País Vasco, tras la STC 61/1997, de 20 de marzo, fueron aplicadas las determinaciones recogidas en el Texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, 1/1992 que recogían a su vez las del aprobado por Real Decreto Legislativo 1346/1976, de 11 de abril y en el Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por RD 2159/1978. En dicha legislación supletoria nos encontramos las principales normas y pautas que posteriormente han sido asumidas, con matices, por la legislación del País Vasco en relación con la protección de la legalidad urbanística.

Así la competencia sobre protección de la legalidad urbanística debe englobarse como uno de los dos brazos fundamentales de la actividad genérica de disciplina urbanística, junto al derecho sancionador. Ambos supuestos son perfectamente concurrentes como recoge la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 43/2003, de 16 de enero (24).

La reiteradamente aludida ley vasca 2/2006, recoge en su capítulo 4.º del Título VI (arts. 219 y ss.), la terminología de actuaciones clandestinas (25).

En ese sentido tendrán la consideración de actuación clandestina tanto las obras como, como posteriormente veremos, las actuaciones de ejecución material del planeamiento, esto es sobre urbanización, que no hayan sido debidamente aprobadas por la administración, sustituyéndose la tradicional terminología de: «sin licencia» o «sin ajustarse a las condiciones de la licencia», por una dicción más acorde con la realidad de las situaciones, puesto que se utiliza «al margen» o «en contradicción con los títulos administrativos legitimantes», ampliándose por tanto el concepto de título legitimador de la actuación urbanística superando el mero aspecto de la licencia, puesto que será título administrativo también la aprobación del proyecto de urbanización, las ordenes de ejecución, etc., y no tan sólo las propias licencias.

---

(24) Así en su fundamento jurídico 5.º, señaló: «A tales efectos importa tener presente que como se ha dicho anteriormente, la realización de obras contra la licencia concedida, arrastra dos tipos de consecuencias. Una propiamente sancionadora (arts. 225 TRLS/1976 y 51 RDU [RCL 1978, 1986]) y otra dirigida a la restauración de la legalidad urbanística que carece de naturaleza sancionadora (arts. 185 TRLS/1976 y 31 RDU). A falta de una previsión expresa en el RDU sobre el plazo para resolver la acción de restauración de la legalidad urbanística, habremos de estar al general de tres meses previsto por el art. 42.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre) de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (idéntico al señalado por el art. 42.3 en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 4 de enero si bien no se hallaba vigente y por tanto no resultaba aplicable) por lo que concluyó el 19 de mayo de 1999.»

(25) Terminología que se encuentra en la legislación de Castilla-La Mancha y que ha venido a sustituir a la clásica utilizada por la mayor parte de los ordenamientos autonómicos y recogida históricamente por la legislación estatal, actualmente supletoria, de infracción urbanística. Así tiene la consideración de actuación clandestina, cuantas actuaciones objeto de licencia se realicen, o hayan realizado, sin contar con los correspondientes títulos administrativos legítimamente requeridos en la referida ley vasca.

La sistemática vasca de protección de la legalidad urbanística se articula en base a las dos regulaciones recogidas en las secciones correspondientes del capítulo 4.º sobre disciplina urbanística del Título VI de la ley 2/2006; En primer lugar, un régimen específico sobre las actuaciones clandestinas de suspensión previa y legalización de las citadas actuaciones y, en segundo lugar, el procedimiento específico para proceder a la restauración de la ordenación urbanística, que se regula en los artículos 224 y ss., recogidos en la sección 2.<sup>a</sup>

### III.2. Suspensión y legalización de actuaciones clandestinas

Así bajo la rubrica de disciplina urbanística contenida en el ya indicado Capítulo IV, del Título VI, de la ley (artículos 219 a 224) se recoge fundamentalmente lo que se ha venido en denominar protección de la legalidad urbanística, esto es, el régimen de restauración de las situaciones alteradas por la Comisión de Infracciones Urbanísticas, esas infracciones en el País Vasco se denominan actuaciones clandestinas, esto es conforme a la definición del artículo 219: «cuantas actuaciones objeto de licencias se realicen o hayan realizado sin contar con los correspondientes títulos administrativos legitimantes requeridos en la indicada ley o al margen o en contradicción de los mismos», circunstancia ésta que requerirá de una precisión reglamentaria, en tanto en cuanto, como se puede deducir de los supuestos recogidos en el artículo 212 de la Ley para las actuaciones promovidas por las Administraciones Públicas, o en el 207.2 de obras de urbanización, podemos encontrarnos con actuaciones que no exigen licencia, pero si de otro título administrativo y la comisión de éstas, variando el proyecto, aprobado o comunicado a la administración competente, constituye a nuestro juicio una infracción urbanística, que pudiera ser objeto de este procedimiento de restauración de la legalidad urbanística por ser en puridad una actuación clandestina, aunque no entre dentro del concepto recogido por el artículo 219 de la Ley Vasca.

Tampoco queda nada claro, la supeditación o no a licencia de las ordenes de ejecución, reguladas por el artículo 203 de la ley, en tanto en cuanto, no quedan expresamente excluidas como en otras legislaciones autonómicas del sometimiento previo establecido por el artículo 207 de la ley, en el supuesto que se realizaran sin licencia, en una interpretación que amparara conforme lo señalado en el artículo 84 de la LR-BRL y 5.º del Reglamento de Servicios a licencias y ordenes de ejecución bajo el mismo ámbito de técnica autorizatoria, cuestión discutible en el País Vasco (26), Debería igualmente de tenerse en cuenta esta cuestión a los efectos de la restauración de las actuaciones «clandestinas» que pudieran producirse.

Dejando al margen las precisiones terminológicas sobre actuaciones clandestinas contra infracciones urbanísticas, lo cierto es que el régimen de restauración de la legalidad urbanística del País Vasco no ofrece grandes novedades con respecto al

---

(26) Además debe recordarse la entrada en vigor de la directiva de servicios y sus trasposiciones, sobre este tema *vid* Ricardo RIVERO ORTEGA: *Mercado europeo y reformas administrativas*, Civitas, 2009 y Judith GIL-FREU FONT, «La impronta de la Directiva de servicios y de la normativa de Transposición interna estatal en las técnicas interventoras urbanísticas. Parada y fonda: La Ley de garantía de la unidad de mercado» *RVAP* n.º 98, pp. 169-213.

acervo general de los derechos autonómicos españoles y del antiguo derecho estatal, actualmente supletorio(27), en lo que se refiere al procedimiento específico de restauración de la legalidad. En ese sentido, la ley atribuye expresamente en el artículo 220.1 a la Alcaldía, la suspensión previa de cualquier tipo de acto de obras o usos que tenga carácter clandestino, en cuanto al carácter taxativo de su obligación de ordenar la suspensión.

En ese aspecto la Ley Vasca (art. 220.1), otorga a la Alcaldía una función general de actuación cuando tenga conocimiento «por cualquier medio», esto es, no se requiere una iniciación de un procedimiento formal o denuncia específica, sino con una mera comunicación verbal, donde podríamos encontrarnos ante ese deber general de la Alcaldía de utilizar las medidas legales a su alcance para proceder a la suspensión de esos actos clandestinos.

La atribución al Alcalde de la competencia para ordenar la paralización o suspensión de las obras o usos del suelo clandestinos, no se ve acompañada de la habilitación expresa legal de medidas que garanticen la ejecución efectiva de dicha actuación, como ocurre en otras legislaciones autonómicas(28). Produciéndose a nuestro juicio una errónea ubicación sistemática de las medidas de garantía de la actuación administrativa dentro del texto legal.

Por el contrario se desarrolla el proyecto básico estatal de ejecución forzosa de los actos administrativos contenidos en los artículos 94 y ss. de la Ley 30/1992, mediante una expresa habilitación en el artículo 219 de imposición de multas coercitivas en lapsos de un mes para conseguir el cumplimiento de la orden de la Alcaldía, correspondiendo a dicha Alcaldía la citadas imposiciones de multas coercitivas, que tendrán un importe de 600 € ó el 10 % del valor de la actuación clandestina, debiéndose imponer la mayor de las cantidades resultantes por el cálculo entre los dos supuestos posibles.

Esta habilitación expresa de la potestad de ejecución forzosa mediante multas coercitivas como fórmula específica prevista en el artículo 220.2 de la LSUPV y 95 de la LRJAPC, se ve acompañada en el supuesto urbanístico vasco por la posibilidad de proceder al traslado del testimonio pertinente al Ministerio Fiscal, en el supuesto de existir indicio de que los hechos, esto es el incumplimiento de la orden de suspensión, sean constitutivos de un delito de desobediencia.

Una vez suspendidas y detectadas las actuaciones clandestinas el derecho urbanístico vasco prevé con carácter mimético al derecho urbanístico estatal anteriormente vigente, la institución de la posible legalización de las actuaciones, esto es, que por parte de los infractores se presente un proyecto ante la autoridad municipal para que ampare las construcciones e instalaciones que se hubieran realizado, o estuvieran en curso de realización sin la preceptiva licencia o acto habilitante para su ejecución.

---

(27) Un estudio general del régimen de la protección de la legalidad urbanística lo tenemos en Luciano PAREJO ALFONSO «La disciplina urbanística», pp. 2359 a 2443, de la obra colectiva *Tratado de derecho municipal*, vol. III, 3.ª edición. Civitas 2011 lustel.

(28) Como por ejemplo, en la de la Comunidad de Madrid (artículo 194), con la atribución de funciones para el precintado de las instalaciones y retirada de materiales, al menos de forma expresa, puesto que dicha habilitación como más adelante comprobaremos viene inherente a circunstancias sancionadoras y habilitaciones genéricas



A diferencia del derecho estatal supletorio preexistente, el régimen de la legalización de las actuaciones clandestinas en el País Vasco, otorga en el artículo 221.2 de la LSUPV, un plazo máximo de un mes para que se presente dicha solicitud de legalización, frente a los dos meses que contemplaba la legislación anterior, dicha solicitud debe acompañarse lógicamente del proyecto técnico suficiente al efecto, y además deberá adjuntarse a la notificación por parte de la Administración del requerimiento para la legalización la información urbanística que ha de tenerse en cuenta para ésta, facilitando por tanto, los supuestos necesarios para preparar la indicada legalización o consolidación de lo efectuado.

Este aspecto otorga una notable mejora en el principio de seguridad jurídica de la institución legalizada, puesto que limita las facultades «interpretativas» de ambas partes, el menos en principio.

El artículo 242 de la LSUPV obliga a la simultaneidad de los procedimientos de la restauración de la legalidad y sancionadores, dicha obligación parece base suficiente para que se pueda, por parte de la Alcaldía, adoptar las medidas anteriormente referidas de precintado de las instalaciones y, en su caso, retirada de materiales, incluso la legislación vasca posibilita a que los inspectores urbanísticos puedan adoptar, durante un plazo de cuatro días antes de que se incoe el procedimiento sancionador correspondiente dichas medidas cautelares, tras los cuales o bien se incluye en la correspondiente resolución o perderán su efectividad.

No obstante, con carácter expreso en el artículo 221.7, se habilita a la Administración para acordar en cualquier momento medidas cautelares para garantizar la afectividad del requerimiento de legalización en el curso de procedimiento de restauración de la legalidad urbanística, no así desde el mismo momento de la suspensión, por lo cual, nos encontraríamos con la criticable habilitación genérica y falta de relación sistemática anteriormente señalada.

Debemos reseñar, que en el procedimiento de restauración de la legalidad urbanística vasca, no se distingue, como sí ocurría en el Estatal supletorio y en la mayor parte de las legislaciones autonómicas, entre obras en curso y obras finalizadas, estableciéndose un régimen común para los denominados actos clandestinos, que tienen un único límite en la prescripción de actuaciones que se mantiene en el horizonte final de los cuatro años a que hacen referencias las legislaciones anteriormente indicadas.

Otra determinación peculiar y privativa, en cuanto al régimen de restauración de la legalidad urbanística en el País Vasco, es la falta de distinción entre obras directamente legalizables y obras sin posible legalización. Aunque el artículo 223 establece como límite de la legalización para aquellas actividades contrarias a la ordenación urbanística, la necesidad, previa modificación o revisión del planeamiento, tal y como se determina en el artículo 106 de la propia ley, que en aquellos casos en que no existiese resolución o evidentemente sentencia firme, se deberá modificar el planeamiento previo informe favorable del Consejo del Gobierno, e informe de la Comisión de Ordenación del Territorio igualmente favorable. Dichas modificaciones de planeamiento que legalicen actuaciones declaradas clandestinas con carácter firme, supondrán que el procedimiento correspondiente de modificación o revisión del planeamiento estará suspendido, en tanto en cuanto, se establece dicha autorización e informes del Consejo de Gobierno y la Comisión de Ordenación del Territorio, disponiéndose de tres meses para que se realicen esas actuaciones administrativas, en

caso contrario, se entenderá desestimada la aprobación definitiva (29) por parte del órgano autonómico.

En todo caso la legalización mediante modificación del planeamiento requerirá que exista ya, un expediente concluso de restauración de la legalidad urbanística y la correlativa sanción, así como que el pago de las multas correspondientes de dichas infracciones declaradas que hayan sido efectivamente realizadas.

Por tanto, con el referido límite, que no lo es tal, puesto que habilita expresamente a la técnica habitual del fraude de ley de modificación del planeamiento frente a infracciones o actos clandestinos ilegalizados, nos encontramos con que con carácter general se deberá requerir para la legalización, en los términos recogidos por el artículo 221 de la Ley Vasca.

El procedimiento en concreto de legalización supone conforme al artículo 221.2 de la ley, la notificación en la orden de suspensión de que los titulares de la «actuación clandestina» presenten en plazo máximo de un mes, solicitud de legalización, si dicha actuación fuera en principio legalizable, acompañada en su caso del proyecto técnico suficiente al efecto. En dicha notificación como ya indicamos, se debe adjuntar la información urbanística que debe contener todo procedimiento necesario, desde el punto de vista técnico-urbanístico, para la legalización.

Debemos indicar que en los casos en que las obras que requieran legalización exijan de un proyecto técnico, el proyecto de legalización debe de contener toda la documentación que sea exigible para los proyectos de nueva construcción o edificación, precisándose por el artículo 221.3 que en el supuesto de elementos resistentes, se justificará mediante ensayos su capacidad aportante.

El plazo para resolver la solicitud de legalización, salvo en los supuestos anteriormente especificados de las legalizaciones que supongan la modificación del planeamiento en los términos de los artículos 223 en relación con el 106 de la ley, se establece en un plazo de tres meses, desde el día siguiente a la presentación de la solicitud de legalización, donde se debe de resolver definitivamente por parte del Ayuntamiento y notificar sobre el carácter legalizable o no del acto o la actuación, por lo que la citada redacción reabunda sobre el deber de legalización, en cuanto a su solicitud general a cualquier actuación, aunque ésta no sea claramente legalizable.

### III.3. Restauración de la legalidad

En los supuestos en que las obras o instalaciones sean declaradas no legalizables, o no se hubiera presentado en plazo la solicitud de legalización, deberá de adoptarse acuerdo por parte del Ayuntamiento, en el cual se proceda:

- a) A la demolición a costa del interesado de las obras o instalaciones realizadas, con reposición del terreno a su estado original, en el supuesto de obras nuevas.
- b) Al caso definitivo del uso/s en el caso de éstos.

---

(29) Con respecto al régimen jurídico de dicho acto en general véase nuestra aportación Fernando GARCÍA RUBIO, «La aprobación definitiva de los planeamientos generales», *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente* n.º 190. Diciembre 2001, pp. 29 a 80.

- c) Igualmente en su caso a la reconstrucción de lo indebidamente demolido, cuando se trata de demolición de una construcción edificada o instalación catalogada que sea declarada monumento insertado en un área protegida.

En la resolución de legalización, o en su caso la de la demolición, tanto que suponga la consideración de legalizable, como la que proceda a la correspondiente legalización, debe de contener además las indemnizaciones que procedan derivadas de la realización del acto que produjo la actuación clandestina y su legalización.

Junto a los procedimientos de legalización, la otra gran pieza básica del sistema de disciplina urbanística vasco es el relacionado con la restauración de la ordenación urbanística, éstas operaciones de restauración de la ordenación urbanística deben ser expresamente determinadas, como ya indicábamos en la resolución del procedimiento de legalización, tal y como se desprende de los artículos 224.1 en relación con 221.9 de la Ley Vasca.

En el caso que dichas actuaciones para la restauración no se contuvieran en la resolución del procedimiento de legalización, la administración competente puede dictarla de forma independiente, pero a tal efecto debe tramitarse un procedimiento administrativo en el que por lógica transposición de los preceptos contenidos en los artículos 105 de la Constitución y 84 de la LRJAPC, se debe otorgar audiencia a las personas interesadas. Dicho procedimiento queda en el artículo 224.3 de la ley remitido a un ulterior desarrollo reglamentario, que en el decreto de desarrollo urgente no se produjo, lo cual supone una deslegalización expresa del procedimiento de restauración de la legalidad urbanística (30) no generado en el curso de una legalización, especialmente y por tanto, para las obras claramente ilegalizables en las cuales no tiene sentido el trámite que hemos explicado anteriormente.

Las actuaciones de reposición de la realidad urbanística alterada se contemplan en el artículo 221 apartado 6(31)

Estas actuaciones se materializan lógicamente previa audiencia al interesado, mediante la correspondiente orden de ejecución, en los términos contenidos en el artículo 203.3 de la LSUPV cuyo incumplimiento habilita en los términos del punto 4 de dicho artículo, ya sea la ejecución subsidiaria, o ya sea la imposición de multas coercitivas, hasta diez de ellas con una periodicidad mínima mensual, por un valor del 10% cada una de ellas, igualmente del coste estimado de las obras ordenadas, tras lo cual se procede a la ejecución subsidiaria, a la incoación de expediente de expropiación forzosa en su caso, circunstancias éstas, previstas lógicamente, para las ordenes de ejecución derivadas del cumplimiento del deber de conservación.

Esta circunstancia se ve precisada en el artículo 224.6, en relación con las ordenes de ejecución específicas, para la restauración de la ordenación territorial y urbanística, al especificar que el importe de cada una de dichas multas, será el referido a ese límite del

---

(30) Sobre este tema vid Fernando GARCÍA RUBIO: «La protección de la legalidad urbanística en el derecho autonómico vasco» dentro de la obra colectiva *Derecho urbanístico del País Vasco*, La Ley-El Consultor, 2008, pp. 1111 a 1120, dirigida por Enrique SÁNCHEZ GOYANES.

(31) Estas suponen como ya hemos indicado, son de tres tipos: a) Por una parte demolición, con reposición del terreno a su estado original, en caso de obra nueva, b) Cese de los usos, en caso de usos ilegales o clandestinos y tercer lugar, la reconstrucción, dependiendo de la consideración de lo demolido, en caso de edificaciones catalogadas o monumentos insertos en un área protegida.

10% del coste de las obras, o de 600 €, no citándose la expropiación forzosa como consecuencia de ese incumplimiento, aunque si la obligación de ejecución subsidiaria.

La falta de habilitación legal para la expropiación, en los supuestos de restauración de la legalidad urbanística vasca, no supone una impunidad del infractor, puesto que, junto a la coexistencia con el expediente sancionador que ya hemos relatado anteriormente, debe dejarse constancia de la expresa remisión, por tanto, obligación de las autoridades actuantes a dar traslado de testimonio al Ministerio Fiscal, en el supuesto de existencia de indicios de la comisión de un delito de desobediencia, por tanto, si existe una notificación fehaciente, cuyo incumplimiento está injustificado por razones imputables al afectado, nos encontraremos con un supuesto tipificado, no ya en el ordenamiento jurídico administrativo, sino en el ordenamiento penal.

En cuanto al límite general para las actuaciones de restauración de la legalidad urbanística, debemos señalar que, el artículo 224.4 de la Ley, establece que transcurridos cuatro años desde, o bien la total terminación de las obras, o en su caso, desde la aparición de signos físicos exteriores que permitan el conocimiento de su realización, la administración no podrá ordenar la demolición de estas construcciones o instalaciones, quedando aquellas fuera de ordenación.

Este plazo y regla general es el clásico del derecho urbanístico estatal, aunque en el País Vasco se realizan precisiones de carácter importante, en tanto en cuanto, cualquier reforma, ampliación o consolidación requiere expresamente de la previa aprobación de un proyecto de legalización, si dicho proyecto fuera admisible, debiéndose contemplar el conjunto de medidas necesarias en dicho proyecto, para la eliminación o en todo caso, la reducción del impacto en los servicios urbanísticos, la dotación de espacios públicos u otros análogos.

Es importante que en relación con este aspecto los proyectos de legalización de edificaciones o construcciones, cuya infracción urbanística haya prescrito en cuanto a la actuación de restauración de la legalidad urbanística, que la Ley Vasca (apartado 4 del artículo 224), habilita expresamente para que se aprueben dichos proyectos de legalización de oficio, siendo una característica lógica, en virtud de la posibilidad de iniciación de oficio de dicho procedimiento, pero al incidir en la propiedad privada en virtud de los principios de seguridad jurídica y audiencia al interesado, no parece muy conforme con el ordenamiento jurídico la posibilidad, en caso de disconformidad del propietario y siempre que no exceda del deber de conservación, se pueda aprobar proyecto alguno de legalización de oficio, bajo pena de nulidad de pleno derecho de éste.

El límite anteriormente señalado del plazo de prescripción, para las actuaciones de protección de la legalidad urbanística, no rige en ningún caso, para aquellos supuestos que sean ejecutados en suelo no urbanizable vasco, ejecutados sobre terrenos calificados por el planeamiento como dotaciones públicas de la red de sistemas generales, los ejecutados en dominio público o en zonas de servidumbre del mismo y los que afecten a bienes catalogados por el Ayuntamiento o declarados de intereses cultural en los términos de la legislación sobre el patrimonio histórico cultural y artístico (32).

---

(32) Estas determinaciones de imprescriptibilidad recogidas en el artículo 224.5 de la ley, requieren de una reflexión sobre la adecuación a nuestro ordenamiento jurídico de dichas determinaciones, en tanto en cuanto, la imprescriptibilidad de las actuaciones ejecutadas a través del dominio público, no tienen ninguna duda, en tanto en cuanto, el artículo 132.1 de la Constitución las habilita expresamente, pero la imprescriptibilidad de las actuaciones sobre suelo no urbanizable, sobre ámbitos de planeamiento calificados como dotaciones públi-

## IV. EL derecho sancionador urbanístico vasco en el contexto general del derecho sancionador

### IV.1. Marco competencial del derecho sancionador

Debemos entender, que la tercera de las grandes partes de la disciplina urbanística a que hemos hecho referencia anteriormente, es el régimen sancionador, esto es la incoación y en su caso resolución de procedimientos específicos referidos a la consecución de una sanción, que ejemplarice para evitar la comisión de conductas que previamente tipificadas sean consideradas antijurídicas y susceptibles de ser sancionadas por las diferentes administraciones.

Así en dicha línea, esta materia en relación con el aspecto urbanístico se recoge en la comentada LUSPV en el capítulo 5.º, del Título VI, sobre garantía y protección de la ordenación urbanística, bajo la rubrica de infracciones y sanciones urbanísticas. Dicho capítulo que abarca los artículos 225 a 244, se subdivide de forma sistemática en tres secciones: una primera, dedicada al régimen general, una segunda, que se encarga de las infracciones y sanciones específicas en materia de ejecución de programas, parcelación, edificación, medio ambiente y patrimonios públicos de suelo, y una tercera, referida a la competencia y procedimiento.

En este sentido, la legislación sancionadora de carácter urbanístico de la Comunidad Autónoma Vasca se ve condicionada por las determinaciones recogidas por el artículo 25 de la Constitución Española (33) de 1978, por las competencias derivadas del Estatuto de Autonomía, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y por la Ley Vasca 2/1998, de 20 de febrero, sobre potestad sancionadora de las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco (34).

En dicha línea, de forma expresa el artículo 234 de la 2/2006, de 30 de junio, de la Comunidad Autónoma Vasca, recoge como normativa subsidiaria lo previsto en la citada ley 2/1998, de 20 de febrero, sobre potestad sancionadora de las administraciones públicas, recogiendo dicha ley en su artículo 2.º, que éstas ejercen (el hecho de la potestad sancionadora de las administraciones públicas vascas), de acuerdo con los principios establecidos en el Capítulo I, del Título IX, de la Ley 30/1992, una legislación que sustituya el mencionado capítulo.

Esta normativa viene a recoger el desarrollo de una potestad como es la sancionadora, que tal y como indica Nieto (35), que tanto la administración, la doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo, sobre que la potestad sancionadora de la administra-

---

cas o redes de sistemas generales, las de servidumbres de dominio público o bienes catalogados, exige una precisión punto por punto, en tanto en cuanto, pudieran vulnerar el principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 9.º de la Carta Magna. Con respecto a las habilitaciones en suelo no urbanizable *vid.* Jorge AGUDO GONZÁLEZ. «La transformación urbanística del suelo no urbanizable: proyectos territoriales de interés autonómico y reservas de suelo» *RIVAP* n.º 89, pp. 15-54.

(33) Un estudio genérico del derecho sancionador administrativo lo tenemos en Joaquín de FUENTES BARDAJÍ: *Manual de derecho administrativo sancionador*, Aranzadi 2005.

(34) Dicha ley es analizada de forma intensa en la *Ley de la Potestad Sancionadora. Comentario Sistemático*, Iñaki LASAGABASTER HERRARTE (director). Lete Argi Taletxga-I.V.A.P. (Bilbao 2006).

(35) Alejandro NIETO: *Derecho Administrativo Sancionador*. Cuarta edición. Tecnos 2005, p. 26.

ción forma parte, junto a la potestad penal de los tribunales de un *ius puniendi* superior del estado, que además es único, de tal manera que, las sanciones administrativas son siempre manifestaciones concretas de este poder. Por lo tanto entendemos, como hacen las legislaciones a que hemos hecho referencia anteriormente, la existencia de una cierta concomitancia o principios comunes entre este derecho sancionador, en este caso en el ámbito urbanístico vasco, y los principios del derecho penal, que se acreditan en la propia redacción de la legislación urbanística del País Vasco que ahora analizamos.

De hecho como indicamos la referida potestad sancionadora, esta recogida en el artículo 25 de la Constitución, del cual deriva también el propio poder punitivo de carácter penal del Estado, ahora bien, también existe un reconocimiento constitucional expreso a las sanciones administrativas en materia ambiental, tal y como se determina en el artículo 45.3 de la Constitución de 1978, y que la ley urbanística vasca recoge, por ejemplo, al calificar como infracciones graves en el artículo 225.2.h), (36)

Ahora bien, la concreción de esa vertiente ambiental tiene una peculiaridad singular, tal y como se encarga de destacar Esteve Pardo (37), que se refiere no a la potestad sancionadora en sí, si no a la obligación de reparar el daño causado, que recoge expresamente el texto constitucional para la materia ambiental, circunstancia que en el aspecto urbanístico queda reservada a los procedimientos sobre restauración de la legalidad urbanística que han sido analizados anteriormente.

Los límites del ejercicio de dicha potestad sancionadora han sido estudiados ya en muy diversas ocasiones por nuestra doctrina y recogidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre otras muchas sentencias por la clarificadora STC 77/1993, de 3 de octubre, que recoge fundamentalmente la sujeción al principio de legalidad de la potestad sancionadora, la interdicción de las penas de privación de libertad y al respeto a los derechos de defensa reconocido en el artículo 24, de la Carta Magna, y la subordinación a la autoridad judicial, que consiste en el control posterior lógico, en cuanto a la revisión de los actos sancionadores por la jurisdicción contencioso administrativa.

Esa potestad sancionadora que tiene un carácter estatal se fracciona en su titularidad, tal y como afirma Nieto (38), y se ejerce mediante diversas manifestaciones, por una parte, las Comunidades Autónomas, y por otra, fundamentalmente por las Entidades Locales, sin perjuicio de la existencia de otras entidades dotadas de cierta potestad sancionadora como son los entes institucionales y corporativos, dependiendo de sus legislaciones específicas reguladoras.

Nos interesa aquí el concreto ejercicio que ha realizado la Comunidad Autónoma Vasca de su potestad sancionadora, primero de forma genérica mediante la ya referida ley 2/1998, y posteriormente de forma específica, en cuanto al caso de las infracciones y sanciones en materia urbanística en los preceptos anteriormente comentados.

Esta potestad sancionadora de la Comunidad Autónoma Vasca, se enlaza directamente con la competencia exclusiva sobre urbanismo, que el País Vasco detenta, y

---

(36) Que dispone «el vertido de escombros u otros residuos, así como depósitos de materiales que deterioran el paisaje natural o rural que por ser ajenos al mismo, salvo que por su escaso impacto el paisaje merezca la consideración de leve».

(37) José ESTEVE PARDO: *Derecho del Medio Ambiente*,. Marcial Pons 2005, p. 55.

(38) Alejandro NIETO. *Op. Cit. Derecho Administrativo Sancionador*, p. 107.

que implica el ejercicio de las competencias sectoriales en esta materia, por parte de la administración autonómica y conforme a la legislación de la propia comunidad, también por los territorios forales y las administraciones locales, lo cual implica en virtud del título competencial genérico, sobre urbanismo el específico, que otorga competencia sancionadora en dicha materia por la vinculación de dicha potestad al ejercicio genérico de la competencia y la política administrativa general.

Así las comunidades autónomas, y por tanto la del País Vasco, detentan competencias sancionadoras y pueden aprobar normas administrativas sancionadoras, como es el caso de la citada normativa urbanística contenida por la LUSPV, cuando tienen competencias sustantivas sobre la materia (39),

En ese sentido, debemos reflexionar sobre hasta que punto pueden apartarse las sanciones previstas por la legislación autonómica de lo establecido por la legislación básica del Estado, circunstancia esa, que debe ser objeto de análisis para materias en las cuales exista una legislación básica, sobre la materia objeto de desarrollo autonómico, como el caso medio ambiental, circunstancia ésta que no concurre en el aspecto urbanístico, puesto que la legislación urbanística y por tanto la normativa sancionadora en la materia corresponde con carácter pleno y exclusivo a las Comunidades Autónomas y ya desde 1.979 el País Vasco.

Así la concreción del derecho sancionador urbanístico vasco, se recoge bajo las determinaciones especificadas por la Ley 30/1992, aplicables al caso concreto del ejercicio de la potestad sancionadora por la administración pública del País Vasco, y por la ya citada Ley 2/1998, teniendo como principios reguladores los de: legalidad, irretroactividad, tipicidad, culpabilidad, proporcionalidad, imprescriptibilidad, «non bis in idem» y garantía de un procedimiento, así como derecho del presunto responsable a la presunción de inocencia. Todos ellos analizados para el caso urbanístico por Cosculluela Montaner y más recientemente por Conde Antequera (40).

Así estos principios son expresamente aplicables conforme el artículo 2.º de la referida ley vasca 2/1998, de 30 de febrero, recogiendo los diversos artículos cada uno

---

(39) Circunstancia ésta incontestable, para el caso del urbanismo conforme a lo establecido por la STC 61/97, y reiterado por la STC 164/2001, en los términos diseñados por el Estatuto del País Vasco, cuestión ésta que es expresamente recogida por la Sentencia del Tribunal Constitucional 87/1985, de 16 de julio, que afirma que las Comunidades Autónomas pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando teniendo competencias sobre la materia sustantiva de que se trate, tales disposiciones se acomoden a las garantías constitucionales puestas en ese ámbito por el derecho sancionador, que son las recogidas por el artículo 25.1 de la Constitución, de forma básica. En ese sentido, existió una primera jurisprudencia constitucional, que era variable en relación con esa atribución específica de la legislación autonómica de capacidad sancionadora, y por tanto de tipificación, de infracciones y sanciones, hasta que claramente la STC 136/1991, de 20 de junio, cambió de criterio interpretativo al reconocer la licitud de una sanción prevista en la legislación autonómica que no aparecía antes en la estatal. Hasta que se produjo dicha variación de la doctrina del Tribunal Constitucional se venía entendiendo, tal y como refleja el ya citado Nieto, que los límites del ejercicio de la potestad sancionadora autonómica se venían deduciendo inicialmente de la garantía de la unidad en lo fundamental de la normativa administrativa sancionadora, establecida por el artículo 141.1 1.º, de la Constitución, no obstante, debemos destacar que en materia específicamente urbanística y tras la doctrina de la STC 61/1997, de 20 de marzo, tal y como afirma Valencia, cabe recordar que es a partir de dichas sentencias sobre la legislación estatal del suelo, donde el Tribunal Constitucional modifica su criterio al subrayar que las potestades autonómicas pueden establecer sanciones también en el marco de las relaciones de cualquier ley básica del estado y su desarrollo autonómico.

(40) Luis COSCULLUELA MONTANER, «Infracciones y Sanciones», pp. 901 a 915, de *Derecho Urbanístico de la Comunidad de Madrid*. Editorial El Consultor. Comunidad de Madrid, obra colectiva dirigida por Enrique SÁNCHEZ GOYANES 2002. Jesús CONDE ANTEQUERA, «El principio de proporcionalidad en la restauración urbanística ¿un caballo de Troya en la seguridad jurídica?», *RVAP* n.º 91, septiembre-diciembre, 2011, pp. 103-145.

de ellos, así el 3.º la Culpabilidad, 4.º el de Tipicidad, 5.º la Punibilidad, 6.º las Causas de exención de la responsabilidad, etc.

Al existir normativa legal de suficiente aplicación al respecto, no existe una concreción específica, ni siquiera en la regulación del régimen general de las infracciones o sanciones urbanísticas vasca de dichas circunstancias, recogándose precisiones aplicables tan sólo para los sujetos responsables de las infracciones urbanísticas, concreción del principio de responsabilidad, las reglas de prescripción, tanto para infracciones, como para sanciones (artículos 229 a 230 y de exención de la responsabilidad artículo 232), pero como ya hemos indicado los conceptos y el procedimiento general se remiten expresamente a la citada Ley 2/1998, de 20 de febrero de forma subsidiaria, por cual estos aparecen expresamente recogidos.

## **IV.2. Infracciones y sanciones urbanísticas vascas en general**

La normativa que ahora analizamos del año 2006, viene a sustituir en este caso, a la escasa normativa específica vasca y al Texto refundido de la Ley del Suelo de 1976, así como el artículo 274, del TRLSOU 1/92, que eran aplicables hasta ese momento, en concreto debemos recordar que los artículos 10 y 11, de la Ley de la Comunidad Autónoma del País Vasco, sobre Medidas Urgentes en materia de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana 5/1998, recogía disposiciones relativas a prescripciones, infracciones y sanciones, así como los órganos competentes para la resolución de los expedientes sancionadores, dejando sin regular el régimen de las infracciones y sanciones con carácter general en materia urbanística para todo el territorio vasco, a excepción de la ya señalada normativa estatal supletoria.

### **A) INFRACCIONES**

Dentro la calificación específica de las actuaciones objeto del régimen de infracciones y sanciones urbanísticas en el País Vasco, la ley parte de la diferenciación clásica entre infracciones (con los tres grados de: muy graves, graves y leves), y sanciones, estableciéndose unas determinaciones generales sobre actuaciones urbanísticas y unas determinaciones específicas, recogándose las primeras en el artículo 226, como régimen general, y la segundas, en los artículos 235 y ss.

Con buen criterio en la ley se recoge separadamente en el artículo 227, el régimen específico de las multas coercitivas, a las que acoge con independencia de las multas impuestas como sanción, en los supuestos de obstaculización, desobediencia e incumplimiento de las ordenes de la administración, con la posibilidad de imponer éstas, con una periodicidad mensual de hasta diez consecutivas, siendo el importe de cada una de las multas coercitivas el mayor de dos posibilidades: por una parte, la décima parte del valor de lo infringido, o por otro lado 600 euros.

Es singular la regulación en cuanto a destino del importe de las multas coercitivas, que el artículo 227.2 de la ley remite en cuanto a la obligación de ingreso en el patrimonio público de suelo de la administración actuante, esto es la que establezca la sanción, circunstancia ésta que parece extensiva de otras determinaciones, como la recogida por la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, que



establece dicha obligación de destino para el importe de las multas constitutivas de sanción urbanística.

Pero la obligación de destinar las multas coercitivas al indicado patrimonio público del suelo, parece en nuestra opinión excesiva, en tanto en cuanto, el objeto de la multa coercitiva es el ejercicio de una potestad distinta de la determinada por las actuaciones urbanísticas, sino correspondiente a la ejecución forzosa de un acto, en los términos recogidos específicamente en el artículo 95 de la Ley 30/1992.

Debemos recordar en ese sentido, que además las multas coercitivas son perfectamente compatibles con la imposición de una multa por sanción, tal y como se determina igualmente para el caso urbanístico vasco en el artículo 233.1 de la LUSPV, circunstancia ésta que reafirma lo anteriormente apuntado, en el sentido de inadecuación del destino a patrimonio público del suelo de las multas coercitivas. No obstante, es una decisión que puede calificarse como congruente con la línea general de fomento de los patrimonios públicos y de la vivienda pública que recoge el texto de la ley. Por otro lado la LUSPV renuncia a establecer una definición específica de infracción urbanística en los términos que se recogían en las primeras legislaciones autonómicas y en las determinaciones del artículo 54 del Reglamento de Disciplina Urbanística (41).

Dentro de dicha clasificación, las infracciones urbanísticas se consideran como muy graves, fundamentalmente aquellas de conductas que afecten a parcelaciones urbanísticas sobre suelo no urbanizable protegido, ya sea este establecido en el Planeamiento General o el Especial, aquellas supongan la destrucción de bienes catalogados por el Ayuntamiento, o que sean BIC (42) en los términos de la legislación de Patrimonio Histórico y aquellas conductas tipificadas como graves que afecten a suelos calificados como sistemas generales, o que se lleven a cabo en suelo no urbanizable, o en suelos que tengan consideración de dominio público conforme a las correspondientes legislaciones sectoriales demaniales correspondientes, incluyendo las de las zonas de servidumbre del mismo suelo demanial.

Lo cual supone una ampliación de la conceptualización de dichas infracciones, puesto que hasta el momento se consideraban por la doctrina general y fundamente por las legislaciones autonómicas, como infracción urbanística muy grave las ocupaciones de bienes de dominio público, no tanto de las zonas de servidumbre o protección. (43)

---

(41) Como por ejemplo se hacía en el artículo 37, de la ya derogada Ley 4/1984, de 10 de febrero, sobre Medidas de Disciplina Urbanística de la Comunidad de Madrid, en ese sentido, las reglas de las actuales legislaciones autonómicas, y así el artículo 207, de la ley andaluza 7/2002, de 17 de diciembre, el artículo 203 y ss. de la ley de Aragón, el artículo 248 del texto refundido asturiano, etc., siguen ya la fórmula por la que ahora opta el legislador vasco.

(42) Sobre el régimen de los bienes de interés cultural y su protección vid María Jesús GARCÍA GARCÍA *La conservación de los inmuebles históricos a través de técnicos urbanísticos y rehabilitadores*. Aranzadi 2000 n.º 1 de las monografías asociadas a la revista de urbanismo y edificación y M.ª PILAR BENSUSAN MARTÍN: *La protección urbanística de los inmuebles históricos*. Comares (Granada) 1996.

(43) En ese sentido, debemos resaltar el precedente recogido en la legislación urbanística de Castilla-La Mancha, en cuyo texto refundido de la LOTAU en los artículos 183 y 184, tal y como se introdujo ya en la redacción de la Ley de Castilla-La Mancha 1/2003, donde se recoge expresamente como infracción muy grave también, no sólo la actuación en zona de dominio público, si no también la zona de servidumbre del mismo, lo cual no puede ser a nuestro juicio más que calificado como desproporcionado en relación con el bien jurídico a proteger, en tanto en cuanto, la servidumbre no puede tener la misma calificación jurídica que el propio bien de dominio público, puesto que tampoco lo tiene a los efectos de la expropiación forzosa.

Por su parte, se consideran como infracciones graves hasta trece conductas, recogidas en el artículo 225.2 de la Ley Vasca, en esta regulación debemos destacar, las posibilidades atenuadoras de diversos tipos específicos de infracción, que quedan muy a la interpretación de la administración actuantes en cuanto a su configuración(44).

En concreto podemos clasificar este tipo de infracciones urbanísticas graves a nuestro juicio en cuatro grupos: a)El referido a las obras de edificación, incorporándose en los apartados b), c), e), f), g), y h), del artículo 245.2, y aquí podemos hablar no sólo de obras, sino todos los elementos vinculados a la obra como es el traslado ó vertidos de escombros, etc,b)Las infracciones en relación con los usos recogidas expresamente en el apartado c), del artículo 225.2. c) Las infracciones en materia de inspección y de disciplina urbanística, vinculadas al incumpliendo de los deberes de los promotores y gestores urbanísticos, y así podemos englobar en este ámbito, los apartados j) y m), del artículo señalado. d) Finalmente bajo la rubrica general de las infracciones referidas al resto, nos encontraremos con las normas tipificadoras de infracción grave relativas a la parcelación recogidas prácticamente en el apartado a), puesto que el resto de este apartado se ubicará en el grupo de las construcciones y, por otro lado en materia de bienes protegidos en el apartado k), en cuanto a los incumplimientos específicos de las normas relativas a bienes y recursos integrantes de los patrimonios públicos de suelo y su destino. Con carácter general es destacable la ausencia de un tipo general abierto de incumplimiento de cualquier otra circunstancia recogida por los planes o normativa urbanística, haciéndose un esfuerzo codificador importante, que en su momento puede resultar beneficioso, para futuros infractores al amparo de normativas no expresamente previstas en esta ley, dada la falta de tipificación de éstas.

En último lugar, por lo que se respecta a la clasificación de las infracciones urbanísticas debemos señalar, que son infracciones leves en el País Vasco, las operaciones o actividades urbanísticas que se realicen en disconformidad, o sin contar, con el preceptivo proyecto de urbanización, licencia, autorización o informe urbanístico, que no estén contempladas en los apartados anteriormente analizados y en su caso, con carácter residual, todas las infracciones tipificadas en la ley que no tengan la consideración de graves o muy graves.

Junto a la clasificación general de infracciones urbanísticas como muy graves, graves y leves previstas por la ley vasca, ésta recoge en el apartado 4 del artículo 225, un régimen especial de infracciones para los miembros de las corporaciones locales y autoridades con competencia en materia de ordenación territorial y de urbanismo, a los cuales se les hace incurrir en responsabilidad en los supuestos en que adopten, o

---

(44) Así el ejemplo anteriormente destacado de los vertidos y escombros u otros residuos, recogidos por el apartado h), del número 2 del artículo 225, puesto que se considera excluido el tipo «salvo que por su escaso impacto en el paisaje merezca la consideración de leve», igualmente cuando se hace referencia en el apartado i) a los incumplimientos en materia de ejecución, salvo que se subsanen tras el primer requerimiento de la administración, pasándose a considerar en tal caso como leves, igualmente en el apartado j) cuando se produce el incumplimiento del agente urbanizador de los compromisos suscritos en el convenio, salvo que se demuestre la escasa entidad del daño producidos en interés públicos o terceros, circunstancias éstas que dejan una posibilidad discrecional bastante importante en cuanto a la percepción del carácter atenuador o no, incluso que puede llegar a eximir de responsabilidad a juicio de la administración, circunstancia que deberá ser precisada en nuestra opinión por vía reglamentaria, para evitar el exceso de discrecionalidad en una materia tan delicada como el derecho sancionador.

voten favorablemente actos o acuerdos de otorgamiento de licencias urbanísticas o autorización de actuaciones o actividades que infrinjan la ley, la ordenación territorial o el planeamiento urbanístico o que supongan o impliquen su legitimación.

Circunstancia ésta, que deberemos de señalar, debe ser exigible en el supuesto tan sólo que no se incurra en la tipificación recogida en el artículo 319, del Código Penal de delito contra la ordenación territorial por votar favorablemente, o conceder licencias en contra de los informes y del planeamiento urbanístico, por lo que en virtud del principio «non bis in idem» no procederá la responsabilidad administrativa o la sanción igualmente administrativa, si no directamente la actuación por vía penal, dada la preferencia de ésta última vía.

Por otra parte se recoge una responsabilidad, cuando se dejan de ejercer las potestades de inspección, protección, restauración y sanción de los actos y las actuaciones clandestinas y las infracciones urbanísticas, cuestión ésta, muy novedosa en cuanto a la posibilidad de solicitar en base a la acción pública recogida en el artículo 50 del TRLS estatal, para exigir directamente a los Alcaldes, o autoridades competentes el ejercicio de actuaciones sancionadoras contra ellos mismos o las autoridades de ellos dependientes (45), por no haber actuado en esta materia. Esta situación deberá ser precisada por vía reglamentaria en nuestra opinión, en tanto en cuanto, parece difícil que en virtud de la autonomía municipal pueda ser sancionado un Alcalde administrativamente por la falta de ejercicio de una competencia municipal por otra autoridad administrativa, ya sea el territorio histórico correspondiente o la propia comunidad autónoma.

## B) SANCIONES

Una vez determinados los supuestos fundamentales de infracción urbanística debemos de analizar las correspondientes sanciones que conlleva la comisión demostrada de dichas infracciones. A tal efecto el artículo 226.1 de la ley vasca, diferencia entre cuatro tipos de sanciones: las multas, la inhabilitación para participar en concursos para adjudicación de actuaciones urbanizadoras o edificatorias, la publicidad de la infracción de la sanción y de las medidas de legalización y en cuarto y último lugar la incautación del beneficio del resultado económico obtenido.

Merecen especial reflexión por su novedad con respecto a las determinaciones clásicas de la legislación urbanística sancionadora estatal y de otras comunidades autónomas la inclusión de las sanciones de inhabilitación para participar en los concursos de adjudicación de actuaciones urbanizadoras o edificatorias y de publicidad de la infracción, sanción y medidas de legalización, que quedan recogidas con singularidad propia como sanciones.

En ese sentido debemos de reseñar que dicha inhabilitación normalmente en el derecho sancionador general ha existido como una pena accesoria, esto es, que se incluía expresamente junto a la correspondiente multa y no con singularidad propia como sanción. Igualmente la medida de publicidad, que por su carácter ejemplari-

---

(45) Véase el respecto M.<sup>º</sup> Dolores REGO BLANCO «Ante la inactividad local ¿sustitución, acción popular o contencioso interadministrativo? Reflexiones a propósito de la protección de la legalidad urbanística» *REALA* n.º 300-301. Enero-agosto 2006, pp. 541 a 563.

zante y perjudicial para el infractor puede tener un alto interés a los efectos de condición extensiva frente a las actuaciones infractoras, podía utilizarse en cualquier momento con la legislación actualmente existente, pero es destacable con un carácter loable según nuestro criterio dicha inclusión.

Por lo que se refiere a las multas como sanción prototípica de carácter clásico, la ley vasca distingue claramente la multa como sanción urbanística que se diferencia entre los importes de 500 a 5.000 € para sanciones leves, de 5.001 a 50.000 € para las graves y de 50.001 a 500.000 € o el 150 % del valor de las obras para las muy graves, conforme se recoge en la escala dispuesta por el artículo 226.2 de la ley vasca. Las denominadas multas coercitivas, que como perfectamente recae el artículo 227, tienen independencia de las impuestas como sanción y que configuran una fórmula de ejecución forzosa ya prevista en la LRJAPC artículo 95, y que se incorpora expresamente desde la citada legislación básica tanto en dicho artículo 227, como en los supuestos de las operaciones de restauración de la ordenación urbanística ( artículo 224.6).

Estas multas por la comisión de infracciones se imponen con independencia de todas las que ya estuvieran previstas en la ley y específicamente las ya referidas multas coercitivas y pueden ser impuestas con carácter independiente a distintos responsables de una misma infracción, tal y como se recoge en el artículo 233 de la propia ley .

El importe de las multas que ahora estudiamos se puede actualizar en virtud de lo recogido en la Disposición Adicional Quinta de la Ley por orden del consejero competente en materia de urbanismo, conforme al IPC de la construcción en el País Vasco (No se dice nada de su disminución pese a ese IPC como ha ocurrido).

Las multas ahora estudiadas son las correspondientes a las infracciones de carácter general previstas en la ley vasca, esto es aquellas que no tienen un tipo concreto específico, puesto que los artículos 235 a 240 incorporan una serie de sanciones específicas con sus propias graduaciones de multas para los supuestos de infracciones de diversas modalidades que requieren una protección específica como son la vulneración de normas específicas en materia de ejecución de programas, parcelación, medio ambiente y patrimonios públicos del suelo así como suelo no urbanizable.

Por lo que se refiere a la sanción de publicidad de la infracción, sanción y medidas de legalización, debemos señalar que esta se producirá mediante publicación en el Boletín Oficial de cada uno de los territorios históricos en los que se hubiera producido y en el boletín Oficial del País vasco, así como en el diario o diarios de mayor difusión de la comunidad autónoma.

Esta publicación comprenderá tanto la infracción que se hubiera cometido, la sanción impuesta y las medidas de legalización y restauración del orden territorial y urbanístico que procedan para la reposición del orden urbanístico alterado. En ese sentido, los gastos que ocasione la citada publicación que por el largo contenido de ésta, tal y como se ha recogido pueden ser importantes (especialmente en lo referido a las tarifas publicitarias de los diarios), que serán por cuenta de quienes hayan sido declarados responsables de la infracción, correspondiendo por tanto en caso de impago la vía de apremio por lógica transposición de la legislación sobre procedimiento administrativo común.

Esta sanción corresponde en todo caso a los supuestos de comisión de infracciones calificadas como muy graves, en los términos recogidos en los apartados 3 del ar-

título 226, en relación con el 1 del artículo 225 de la LUSPV. Pero puede ser igualmente impuesta con carácter accesorio por cualquier resolución sancionadora, no estando graduada y por tanto posibilitándose que un instructor, y en cualquier caso un órgano con competencias resolutorias pueda extremar el celo y obligar a la publicación de una sanción por infracción leve, lo cual podrá suponer un gasto importante debiendo ser esta cuestión matizada en el desarrollo reglamentario, o modificada en ulteriores reformas legislativas, puesto que en nuestra opinión no se cumple con el principio de proporcionalidad que el derecho sancionador con carácter general debe contemplar.

Por último en cuanto a las sanciones urbanísticas previstas en el artículo 226 de la ley, podemos destacar la clásica posición de la imposibilidad de obtener beneficio económico por parte del infractor, que recoge el derecho sancionador urbanístico estatal con carácter tradicional y que cada una de las Comunidades Autónomas ha venido incorporando y específicamente en igual medida hace el país vasco. En ese sentido el apartado 4 del artículo 226 establece la prohibición expresa con carácter taxativo («en ningún caso») de obtener beneficio económico por parte del infractor. En esos casos en los que hubiese existido un beneficio económico por la comisión de la infracción, circunstancia esta bastante probable, la sanción económica que corresponda tras la tramitación del procedimiento, esto es la multa que recaiga, deberá ser incrementada en la cuantía total del beneficio económico obtenido.

Por otra parte, en cuanto a la regulación de las determinaciones de las sanciones con carácter general, debemos de destacar diversas circunstancias graduadoras de éstas, especialmente en cuanto al concepto de agravantes recogidos fundamentalmente en los supuestos de los puntos 5 y 6, del artículo 226 de la ley comentada. Así en los casos de reincidencia e incumplimiento de la sanción propuesta e incluso de insolvencia para afrontar la responsabilidad de la infracción se habilita a la administración actuante para expropiar los terrenos y los derechos de su propiedad, con una reducción del 25 % de su valor (46) y por otra parte se recoge la circunstancia agravante, precisada por el punto 6, del artículo 226, para aquellos técnicos que incurran en responsabilidad, sobre la necesidad de ser sancionados de acuerdo con la normativa institucional que sea aplicable, incorporándose en la ley el termino «*deberán*», por lo cual no podrá haber excusa en la normativa disciplinaria correspondiente a los a los efectos de dicha sanción.

Por lo que se refiere a la primera de estas circunstancias agravantes, esto es la determinación de una «causa expropiandi» para los supuestos de reincidencia e incumplimiento de la sanción o insolvencia, con una reducción del 25 % del valor de los terrenos, debemos de indicar la absoluta novedad en el panorama legislativo de las Comunidades Autónomas de este precepto, que cumple en este caso, con las determinaciones sobre fijación por ley específica, con competencia sustancial por parte de la Comunidad Autónoma de la «causa expropiandi», tal y como se recogió en la STC 37/1987.

Ahora bien, esa incorporación de las «causas expropiandis» que podría fundamentarse en el incumplimiento de la función social de la propiedad con un concepto muy amplio de éste, tiene a nuestro juicio un grave punto de flaqueza en el ámbito consti-

---

(46) Esta posibilidad es abordada por Federico CASTILLO BLANCO en *Régimen jurídico de las actuaciones urbanísticas sin Título habilitante*. Thomson-Aranzadi 2006, p. 444.

tucional en cuanto a la incorporación de la reducción del 25 % del valor de la finca expropiada, en tanto en cuanto, la propia Constitución Española de 1978, en su artículo 33, recoge como circunstancia insoluble de la facultad expropiatoria la necesidad de atribuir un justiprecio a ésta, y ese justo precio no puede reducirse arbitrariamente en una cuarta parte sin más, puesto que, vulneraría la garantía institucional expropiatoria y ese derecho de propiedad. Toda vez que según nuestro criterio se confiscaría ese 25 % del valor.

En ese sentido, sí se podría incorporar la reducción en el justiprecio(47) de las cantidades adeudadas por la sanción, incrementadas si se quiere en el 20 % de apremio correspondiente hasta finalización del pago en periodo voluntario y en todo caso de los intereses de demora, pero en ningún caso, una reducción arbitraria del 25 % en el supuesto de que las cantidades fueran menores como indudablemente parece que concurrirán en la mayor parte de los supuestos.

En lo que se refiere a la responsabilidad de los técnicos y su sanción concurrente desde el punto de vista disciplinario, debemos distinguir, al no precisarse por la redacción de la ley los dos tipos de responsabilidad única que se pueden deducir de las actividades urbanísticas; por una parte, la de los funcionarios de carácter técnico, que tendrán responsabilidad disciplinaria en los términos recogidos a nivel estatal por el Real Decreto 33/1986 y por la legislación específica de la Comunidad Autónoma Vasca al respecto y, por otra parte la de los técnicos profesionales liberales colegiados que incurran en vulneración de la ética deontológica, en relación con el precepto recogido en el artículo 226.6(48).

Por otra parte, debemos destacar, que siguiendo el ejemplo de otras legislaciones como el caso de la madrileña las multas obtenidas, tanto como consecuencia de la imposición de sanciones, previo lógico procedimiento en los supuestos anteriormente analizados, como igualmente las de carácter coercitivo, sin carácter de sancionador, deben destinarse al patrimonio público del suelo de la administración que imponga esa sanción, tal y como se recoge en los artículos 226.7 y 227.2, formando parte integrante de las cantidades afectas a dichos patrimonios separados de las diferentes administraciones.

Es esa línea, debemos recordar la independencia y diferenciación de las multas coercitivas recogidas en el artículo 227, de la ley urbanística vasca, de las multas-sanción recogidas en el artículo 226.1.a), de dicha ley, en tanto en cuanto, las multas coercitivas son independientes de las multas que se impongan como sanción, tal y como se recoge en el artículo 227.1, y corresponden al medio de ejecución forzosa previsto con carácter general estatal en el artículo 95, de la LRJAPC, que en el caso particular de los procedimientos sancionadores urbanísticos vascos concurren cuando se produzcan supuesto de obstaculización, desobediencia o incumplimiento de las ordenes de la administración, pudiéndose imponer éstas, con una periodicidad mensual

---

(47) Al respecto *vid.*: *El justiprecio de la expropiación forzosa*, de Francisco GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, 4.ª edición 2001. Comores.

(48) Cabe deducir, por tanto, la existencia algún tipo de colisión, cuyo análisis excedería el espacio que nos ocupa por su profundidad, entre la legislación urbanística vasca y la legislación vasca sobre colegios profesionales, tanto genérica, como específica de cada una de las profesiones tituladas, sin perjuicio de la vulneración, en su caso, de los preceptos generales básicos estatales sobre colegios profesionales, recogidos en la vigente ley estatal de 1974.

de hasta diez multas coercitivas, siendo el importe de cada una de ellas, o bien la de la décima parte del valor de lo ordenado (con lo cual supondría en caso de desobediencia continuada, tras la finalización de las multas, y recuérdese con diferencia a la sanción que proceda en el procedimiento correspondiente, el del total del valor de la infracción) o por otra parte, cabe con carácter indistinto aplicar el importe de 600 €, como límite de máximo de cada multa coercitiva. Siendo indistintos estos tipos de límites valorativos, con lo cual la discrecionalidad de la administración puede suponer nuevamente un ámbito importante para la determinación de la cantidad, que según el criterio podrá ser bastante menor de la infracción, o suponer un grave perjuicio patrimonial para el infractor en caso de desobediencia, no sólo como resultado de la sanción, sino incluso de la propia imposición de multas coercitivas por los gastos mensuales anteriormente relatados (49).

### IV.3. Responsabilidad

Dentro del procedimiento específico de responsabilidad disciplinaria urbanística en la Comunidad Autónoma del País Vasco, debemos distinguir en el ámbito específico de la responsabilidad, tres circunstancias especiales recogidas por la legislación que ahora comentamos: los sujetos responsables (artículo 228), la gradación de la responsabilidad (artículo 231), y la exención de dicha responsabilidad con la reducción de las consecuentes sanciones (artículo 232).

Por lo que se refiere, a los sujetos responsables de las infracciones, debemos destacar que la responsabilidad se diferencia en dos grandes ámbitos: por un lado, los actos de uso de suelo o edificación que se ejecuten sin licencia o sin ajustarse a las condiciones de éstas, en la terminología de la ley vasca con inobservancia de sus condiciones, y por otra parte, las obras amparadas por licencias cuyo contenido fuera a constituir una infracción urbanística grave o muy grave, quedándose en este caso sin responsabilidad las actuaciones sobre licencias que ampararan una infracción urbanística de carácter leve.

En ese sentido, en el primero de los supuestos, por las actuaciones sin licencia, la responsabilidad se extienden a los promotores de las obras, los empresarios de las obras, (esto es el constructor), los propietarios de los inmuebles (en el caso de que no fueran promotores) y en su caso, a los técnicos directores de las mismas, extendiéndose esta responsabilidad en caso de uso del suelo, a los titulares, directores o beneficiarios de los usos del suelo o de establecimientos.

En dicha línea, debemos destacar que, la legislación vasca deja a la interpretación («*en su caso*») la responsabilidad de los técnicos directores de las obras que constituyan infracción, y expresamente no recoge, tal y como han hecho otras legislaciones autonómicas, como es el caso de la madrileña, el supuesto de responsabilidad de los

---

(49) Debe destacarse sobre estas que ,queda clara la adecuación a derecho de esta técnica de ejecución forzosa de los actos administrativos y su plena constitucionalidad, como medio de ejecución forzosa independientemente de la sanción, tal y como se recoge en la STC 239/1988, de 14 de Diciembre, puesto que, recuérdese no nos encontramos ante una sanción, sino ante un mero medio de ejecución forzosa que por tanto no requiere de un procedimiento específico diferenciado, sino que, es un acto de ejecución de un procedimiento previo, por tanto, no exige audiencia al interesado, ni ninguna otra determinación procedimental especial.

técnicos proyectistas, los cuales, por su conocimiento técnico de la ordenación urbanística, a nuestro juicio deberían de ser sujeto también de dicha responsabilidad, puesto que muchas veces el técnico director de las obras, no es el técnico que las ha proyectado, dado que la dirección facultativa, como es lógico, puede diferenciarse de la mera elaboración del proyecto correspondiente.

En el supuesto, de obras amparadas por licencia la responsabilidad, se extiende a los técnicos que hubieran informado favorablemente el proyecto, y a las autoridades tanto los titulares de órganos unipersonales como los plenos de los gobiernos locales que las hubieran otorgado sin los informes preceptivos o con informe desfavorable en razón de aquella infracción.

En dicha línea, debemos de reseñar, que este precepto sobre responsabilidad administrativa queda muy limitado, en caso de actuación de los poderes públicos por la propia configuración del delito contra la ordenación del territorio anteriormente relatado, recogido en el artículo 319, del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, puesto que, reproduce prácticamente con identidad dicha redacción, y en virtud del principio «non bis in idem» si se produce una actuación penal, no cabrá una actuación sancionadora administrativa, sin perjuicio, en el caso que fueran archivadas las actuaciones penales que pueda iniciar la tramitación de una responsabilidad de carácter administrativo.

La responsabilidad de las personas jurídicas, es objeto de un análisis diferenciado y detallado en la legislación vasca, en tanto en cuanto, se remite la responsabilidad en el supuesto de infracción por parte de personas jurídicas o comunidad de propietarios, a las personas físicas que hallan formado la posición de dicha persona jurídica, en relación con la concreta actuación u omisión de cuya sanción se trate (50).

En este supuesto, la responsabilidad se genera, no sólo por las conductas activas, sino también por las situaciones culposas, esto es de negligencia por omisión, ya sea por omisión de obligaciones contenidas en la ley, como por omisión de la actuación en positivo, por ejemplo incumplimiento de una orden de ejecución.

Así en esta línea, las personas jurídicas deben asumir el coste de las medidas de restauración de la legalidad urbanística ordenadas por la administración o impuestas en la correspondiente sanción, sin perjuicio de la capacidad que otorga la propia ley urbanística vasca, en el artículo 228.4 (51),

Un segundo aspecto de la responsabilidad es la graduación de ésta, esto es, la atenuación o agravación de las circunstancias que hallan generado responsabilidad, así el artículo 231.1, recoge un total de ocho circunstancias agravantes, el apartado 2, de dicho artículo, recoge dos circunstancias atenuantes y el apartado 3, recoge tres

---

(50) A tal efecto, es bastante interesante y novedoso en el panorama legislativo comparado la expresa contemplación del régimen jurídico de las comunidades de propietarios, recogidas en su concepción en el artículo 396, del Código Civil y la Ley de Propiedad Horizontal 11/1960, y que en la línea iniciada por la reforma legislativa estatal del año 1999 (ley 8/1999), que establece expresamente una conexión entre voto en los órganos deliberantes (Asamblea de la Comunidad) y responsabilidad administrativa en el supuesto infracciones urbanísticas, línea que la ley estatal de Rehabilitación, regeneración y renovación urbana 8/2013 ha continuado

(51) Que viene recogida en el derecho civil con carácter general, de la posibilidad de repetir dichas actuaciones y sus repercusiones económicas contra las personas responsables, así como la capacidad para incurrir en indemnizaciones por daños y perjuicios de terceros a que dé lugar, en los términos de la responsabilidad extracontractual recogida por los artículos 1902, y ss. del vigente Código Civil.



circunstancias que pueden ser, según el caso, atenuantes o agravantes. Estas circunstancias deben ser tenidas en cuenta a la hora de la imposición final de la sanción, tanto por el órgano instructor, como por el órgano competente para establecer la resolución en cada uno de los procedimientos sancionadores iniciados por las administraciones actuantes vascas.

Dentro de las referidas circunstancias agravantes se incorporan las de prevalerse por el titular de un oficio o cargo público (a excepción de aquellas que hubieran sido realizadas en el ejercicio del deber funcional propio de dicho cargo), la utilización de violencia, las labores de obstaculización de la inspección, etc, que tendrán todas ellas un carácter de agravante específico, pudiéndose combinar con las ya señaladas de agravantes o atenuantes genéricos dependiendo de las circunstancias concurrentes con las de mayor o menor beneficio obtenido y mayor o menor perjuicio causado por la infracción y con el conocimiento técnico de los pormenores de actuación por razón de profesión, así como mayor o menor dificultad técnica para reponer al estado original la realidad física alterada.

Por lo que respecta a los atenuantes tienen dicha condición la demostración de falta de intencionalidad, o la adopción de medidas para reparación y disminución del daño causado, antes de la incoación del procedimiento sancionador.

Finalmente en relación con la responsabilidad tenemos el régimen de exención que corresponde para los su puestos de infracciones urbanísticas leves para aquellas personas que procedan a restaurar la realidad física alterada, a reparar los daños causados y solicitar la correspondiente legalización, si esta fuera procedente, con anterioridad al inicio de las actuaciones sancionadoras y de protección de la legalidad, que supone una posibilidad, no una obligación de ser eximido de la responsabilidad.

Junto con las exenciones, limitadas a esta circunstancia a infracciones leves y reposición de la situación alterada antes del inicio del expediente correspondiente, la ley regula en el artículo 232.2, los supuestos de reducción de la sanción, lógicamente vinculados a las sanciones económicas el que contemplándose que cuando en estas infracciones (organización de las actividades, construcciones o usos que fueran legalizables), esta sanción se reducirá, por lo tanto, con carácter obligado un 30 %, en el supuesto que se cumplan tres requisitos, que serán concurrentes: a) Que se abone el resto de la multa en el plazo máximo de un mes contado a partir de la notificación de la sanción. b) Que el infractor muestre por escrito su conformidad con dicha sanción y renuncie expresamente al ejercicio de impugnación en el referido plazo. c) En tercer lugar, que el infractor inicie los tramites para legalizar la actuación sancionada, en el plazo recogido de mes y presente una fianza del 50 % del importe de las obras; o de las actuaciones necesarias para realizar dicha legalización.

Debemos señalar que como técnica de fomento en la realización de los actos de restauración de la legalidad urbanística parece una novedad interesante y auspiciadora de un cumplimiento de la legislación específica, amparada en otras técnicas de exacción tributaria o de tráfico sobre el «pronto pago», para limitar la actuación sancionadora. Ahora bien, la renuncia expresa al ejercicio de acción de impugnación, puede ser discutible desde un punto de vista del derecho constitucionalmente recogido en el artículo 24 de la Carta Magna de acceso a la tutela judicial efectiva, en tanto en cuanto, la reducción por pronto pago supone ya de por sí una admisión de la infracción, circunstancia esta que no debía de ser acompañada por la citada renuncia al ejercicio de acciones.

#### IV.4. Prescripción

Junto a la responsabilidad del infractor, una circunstancia importante a tener en cuenta dentro del régimen sancionador urbanístico, es la institución de la prescripción, lógicamente conectada con el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9.º de la Constitución, puesto que toda infracción debe de tener acompañado un periodo de prescripción de ésta, así como de la sanción.

Así la ley recoge dos tipos de prescripciones: las infracciones (art. 229), y las sanciones (art. 230), En cuanto a las infracciones se distinguen en el periodo de prescripción entre las tres tipologías de éstas, esta vez recogiendo un plazo de prescripción para las muy graves, de 5 años, para las graves de 4 años, y para las leves de 2 años, aumentando en buena medida los plazos recogidos por la ley estatal supletoria (TRL-SOU/76 que lo recoge en 4 años), y con carácter general del derecho administrativo sancionador en otras materias que normalmente se remiten a las prescripciones de 4 años o 3 años. (52)

En la prescripción de las actividades clandestinas de uso del suelo y edificación en el país vasco, debemos de distinguir las referidas a edificación, esto es las obras, cuyo «dies quo» se computa desde que esta están en condiciones de servir al vecino para los usos previstos y existan signos exteriores que permitan a la administración conocer su realización, y por otra parte, las infracciones de uso consistentes en el desarrollo del citado uso o actividad, que no tienen plazo concreto de prescripción, en tanto en cuanto, nos encontramos con una infracción continuada, puesto que, no comienza a prescribir, tal y como se recoge en el artículo 229.2. in fine de la ley vasca, mientras se mantenga, el acto de uso del suelo o actividad (53).

Para las sanciones los plazos de prescripción son idénticos en cuanto a las muy graves, esto es 5 años, aunque las graves y las leves se reducen respectivamente a tres y a un año, sobre las previstas para las infracciones. El computo del plazo de prescripción para las referidas sanciones comienza a contarse desde del día siguiente en que la resolución correspondiente que imponga la sanción adquiera firmeza en vía administrativa, esto es, transcurridos los plazos para interponer los correspondientes recursos, si éstos no han sido interpuesto.

En relación con el régimen general de infracciones y sanciones contenidos en la comentada ley vasca, sólo cabe hacer dos últimas reflexiones, una ya anunciada,

---

(52) No obstante tal y como recoge Antonio CARCELLER FERNÁNDEZ: *Derecho urbanístico sancionador*,. Atelier (Barcelona) 2004, p. 112, existe un muy diverso panorama, que él califica de sorprendente, en la fijación de los plazos de prescripción de las diversas leyes autonómicas que van en el caso de las graves de los 2 años en Asturias a los 6 de Galicia.

(53) Lógicamente los plazos de prescripción se interrumpen con la notificación de la incoación del correspondiente expediente sancionador, en tanto en cuanto, este supone el conocimiento formal por parte del interesado de que inicia las actuaciones la administración, interrumpiéndose por tanto, dicho plazo en los términos de los artículos 42 y 43 de la LRJAPC. Aún así, cuando existan actos de la administración que autoricen la actividad constitutiva de infracción urbanística, el plazo de prescripción comenzará a contar desde que se anulen los actos administrativos que los legitimaron, iniciándose procedimiento específico de prescripción partiendo de la acción de revisión de los artículos 102 y 103 de la Ley 30/1992, en relación con un acto de edificación o uso de suelo, lo cual puede vulnerar el principio de seguridad jurídica, en tanto en cuanto, el titular de la licencia que en su momento fuera concedida y que ahora se anula, no tiene por qué entrar en el aspecto de la infracción, puesto que ha sido el legitimado por un título jurídico habilitante, sin perjuicio de las circunstancias o concurrencias penales que pudieran derivarse del citado acto.

que es la existencia como normativa subsidiaria de lo previsto por la ley de las determinaciones de la ley de potestad sancionadora de las administraciones públicas vascas 2/1998, de 20 de febrero, expresamente contemplada por el artículo 234, y por otra parte, las reglas para la determinación de las multas, y así el artículo 233 de la ley, recoge que las multas por infracciones se imponen con independencia de las demás medidas previstas por la ley, específicamente, como se ha estudiado en otro apartado de esta obra, de las referidas a la protección de la legalidad urbanística, en cuanto a la restauración de orden alterado, y por otra parte las denominadas multas coercitivas, como igualmente hemos tenido ocasión anteriormente de recoger.

Por otra parte, las multas impuestas a los distintos responsables por una misma infracción tienen entre sí carácter independiente, no siendo la responsabilidad solidaria, sino independiente, puesto cada uno de los presuntos infractores anteriormente descritos, pueden ser objeto de sanción con concurrencia e independencia de uno sobre otros.

#### **IV.5. Infracciones y sanciones específicas**

Junto a las ya comentadas reglas generales e infracciones genéricas en materia sancionadora urbanística en el país vasco, debemos de recordar, tal y como anteriormente se afirmó, que el legislador autonómico ha pretendido consignar diferenciadamente con sustantividad propia las infracciones cometidas en materia de ejecución de programas, parcelación, edificación, medio ambiente y patrimonios públicos del suelo, constituyendo tipos específicos generalmente con carácter más agravados, que las multas y sanciones generales.

Debemos indicar que la diferenciación de régimen específico de sanciones y régimen genérico, que realiza la ley vasca, es común a la práctica totalidad de las legislaciones urbanísticas autonómicas. (54)

Esa regulación de sanciones específicas y sanciones genéricas, recogida por la legislación vasca y también por la andaluza, no es generalizable a la totalidad de las leyes autonómicas, puesto que alguna de ellas, optan simplemente por diferenciar entre muy graves, graves y leves, en sus respectivas leyes, aunque las de mayor perfección técnica, al menos en este aspecto, como pudiera ser el caso de la ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, si que siguen la línea que ha apuntado la ley vasca del 2006.

Es necesario en el esfuerzo sistemático que abordamos analizar los diferentes tipos concretos de infracción y así:

---

(54) Aunque en algún caso como en la ley andaluza de 7/2002, de 17 de diciembre, se permutan las denominaciones, puesto que, las denominadas infracciones específicas o típicas, recogidas en el Capítulo 3.º, del Título Séptimo de la LOUA, establecen las sanciones correspondientes y específicamente de los tipos diferidos que se recoge, por ejemplo, en la ley vasca, y así, los artículos 212 a 225, del indicado caso andaluz establecen como sanciones diferenciadas las de parcelación, ejecución, edificación y uso del suelo, bienes y espacios integrantes del patrimonio histórico, cultural, natural y paisajístico, descritas en los artículos 212 a 214, 215 a 217, 218 a 223, y 224 a 225, incorporándose la tipología específica de infracción y sanción, por supuesto de obstrucción a la inspección en el artículo 227 de la citada ley andaluza.

## A) EN MATERIA DE URBANIZACIÓN

En esta materia se precisan, por ejemplo, la realización ilegal de obras de urbanización, que como anteriormente hemos contemplado no aparecían recogidas dentro del tipo general, salvo por remisión al título habilitante, que habría que interpretar que era el proyecto de urbanización, y no lógicamente las licencias de obras ni los órdenes de ejecución.

En ese sentido, el artículo 235.1, sanciona a las obras de urbanización e implantación de servicios, que se realicen con carecer clandestino, con la imposición de una multa equivalente al importe del valor de dichas obras, y que en toda caso, tendrá como carácter mínimo, en cuanto a la sanción, la cifra de 5.000 €.

## B) PROGRAMAS DE ACTUACIÓN

Junto a las ya referidas infracciones en materia de urbanización, el artículo 235, recoge las infracciones en materia de ejecución de los programas de actuaciones, y concretamente la programación específica, en cuanto al incumplimiento de los compromisos contraídos por parte del urbanizador, que supone junto a la ejecución de las respectivas garantías, previstas en el programa de actuación organizadora, en la línea dispuesta por la legislación de contratos de las administraciones públicas y del actual TRLCSP, al dar lugar independientemente a la imposición de dos tipos de sanciones: Por un lado, la multa entre 5.000 a 50.000 €, según la gradación recogida en el expediente sancionador correspondiente, y por otra parte, con carácter específico y lógico derivado de un incumplimiento contractual, tal y como se recoge en el TRLCAP la Ley de Contratos del Sector Público, la inhabilitación para concursar y resultar adjudicatario de la ejecución de actuaciones urbanizadoras y edificadoras por un mínimo de tres años y un máximo de diez años, tal y como se especifica de forma expresa en el artículo 235.2.b) de la ley urbanística vasca.

Así, esa sanción del incumplimiento de plazos ya había sido recogida por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad (55)

---

(55) Al respecto es destacable el fundamento jurídico 12 de la STSJVP de 2 de diciembre de 2004 (art. 807 de 2005) que indica: «y ello si tenemos en cuenta que esas previsiones cronológicas en relación con las previsiones del planeamiento, están dirigidas a evitar que no se cumplan las previsiones del planeamiento dentro del plazo dado que, como hemos visto, lo que más reparos pone toda la normativa es su incumplimiento en cuanto a la demora, en cuanto a sobrepasar las previsiones del planificador, todo ello en relación con las previsiones del art. 19.1.c) del RPU (RCL 1978, 1965), que al regular la programación de desarrollo del plan la establece con la finalidad de coordinar las actuaciones e inversiones públicas y privadas de acuerdo con los planes y programas de los distintos departamentos; ha de entenderse que ello está dirigido a que se pueda articular la viabilidad de las previsiones del planeamiento, sobre todo desde una perspectiva económica y desde la coordinación de las distintas intervenciones que puedan incidir en cada caso concreto.

Como se señala expresamente por la parte codemandada, la normativa legal, así, actualmente el art. 8.3 de la Ley del Parlamento Vasco 5/98 de 6 de marzo (RCL 1998,1106 y LPV 1998, 132), de medidas urgentes en materia de régimen del suelo y ordenación urbana, incide fundamentalmente en las consecuencias incluso de carácter cuasi sancionador del incumplimiento de los plazos fijados por el planeamiento para el cumplimiento de los deberes de equidistribución y de beneficios y cargas, cesión de terrenos y aprovechamientos y ejecución de la ordenación cuando se va a referir expresamente a que pueda dar derecho la administración a la expropiación o venta forzosa de los terrenos o la modificación del planeamiento sin derecho alguno a indemnización, y ello en relación con las previsiones que en su momento se vinieron articulando en el ámbito de la Ley 8/90».

### C) PARCELACIONES ILEGALES

En materia de parcelación, la ley vasca no distingue entre parcelaciones ilegales (o actuaciones clandestinas de parcelación siguiendo la denominación acuñada o asumida por la ley 2/2006), entre suelos rústicos y suelos urbanos o urbanizables, lo cual es una ventaja conforme las nuevas situaciones del suelo previstas en la Ley de suelo 2/2008, recogiendo un tipo común de sanción de multas del 20 al 25 % del valor de los terrenos afectados en las operaciones de parcelación o división, lo cual supone a nuestro juicio y dado el sistema de valoración, recogido en la Ley estatal, de suelo, un beneficio de los infractores por parcelación ilegal de suelo rústico de entre las posibles clases de suelo en la situación de suelo rural, siempre más perjudicial para el interés general, puesto que, inciden en una futura urbanización de terrenos que se ha decidido excluir de dicho proceso.

En ese sentido, el porcentaje de valoración que pudiera parecer lógico y conveniente para los suelos urbanos o urbanizables o urbanizados, dependiendo de las terminologías legales aplicables, no tiene ningún sentido por el escaso valor del suelo rústico en las parcelaciones de dicho ámbito, por lo que, supone una redacción que con buena intención, parece desafortunada.

### D) EDIFICACIÓN

Por su parte, en materia de edificación el artículo 237, distingue entre cinco tipos de infracciones en cuanto a la sanción correspondiente:

- a) En primer lugar, corresponde el 50 % del total del presupuesto del proyecto, o en su defecto de la obra ejecutada. Para las obras que se hayan realizado sin correspondencia con el uso del suelo, superando la altura, la superficie y el volumen edificable, excediendo la ocupación de la planta permitida la distancia mínima a linderos, o contraviniendo retranqueos, infringiendo la prohibición de obras de modernización, consolidación, aumento de volumen en edificios que estuvieran fuera de la ordenación, continuando las obras a pesar de que se hubieran adoptado medidas suspensivas por la administración actuante.
- b) Una segunda tipología, de infracciones en materia de edificación supone una multa del 100 al 200 % del valor del suelo afectado, o del presupuesto del proyecto, en el supuesto que no hubiese fórmula de cálculo del suelo, o no existiese presupuesto del valor de las obras ejecutadas, para quienes llevaran a cabo estas instalaciones o cualquier otras acciones en terrenos que estuvieran destinados a sistemas generales o espacios naturales protegidos o las zonas periféricas de protección que supusieran un impedimento o perturbación del destino, incluso en caso de que dichas obras resultaran ser legalizables, estableciéndose una cuantía mínima para este tipo de sanciones de 5.000 €.
- c) La tercera de la tipologías de infracciones en materia de edificación, se establece para el supuesto de obras o edificaciones que se realicen sobre bienes que no sean susceptibles de valoración, por estar excluidos de modo permanente y total del tráfico jurídico, circunstancia ésta, que en nuestra sociedad de

mercado parece difícil, pero no imposible, pudiendo oscilar en este caso la multa entre los 5.000 y los 50.000 euros.

- d) La siguiente tipología se refiere tan sólo a la alteración del uso de edificio, planta, local o dependencia, en relación a la regulación prevista por las ordenanzas correspondientes sobre uso de suelo del planeamiento aplicable. En este caso, la sanción corresponde al 100 por 100, del beneficio obtenido con la alteración del uso, en el supuesto que no fuese susceptible de valoración dicho beneficio se establece una multa entre los 500 y 50.000 €, en función del perjuicio causado al interés público y el interés de los terceros afectados.
- e) La quinta y última tipología, establece una sanción de 500 a 5.000 €, de las empresas anunciantes que coloquen sin contar con licencia para ello de los carteles de propaganda sometidos a licencia en el artículo 207.1.e) de la ley vasca. La graduación de la sanción se establece en función de la localización, el tamaño, y la incidencia en el medio físico del entorno de dichos carteles, aplicándose en su grado máximo, cuando suponga incumplimiento de la resolución de la administración ordenando la retirada del cartel sin autorización.

Dentro de toda esta tipología de infracción en materia de edificación, debemos destacar, que la multa específica, esto es, con una cantidad ya prevista en el tipo legal, es una regla subsidiaria, en tanto en cuanto, se sigue la regla ya establecida por leyes (56) En ese sentido, la ley vasca (artículo 237.2), dispone que el citado valor de la obra ejecutada debe calcularse en función del valor de venta, en relación con otros similares en característica y emplazamiento, que se debe fijar por la administración previo informe técnico y audiencia del interesado, circunstancia ésta, que es novedosa con respecto a las anteriormente citadas determinaciones legales de principio de los años 80, en tanto en cuanto, recoge la línea jurisprudencial ya perfilada de necesaria audiencia al interesado en cuanto a la valoración, pero manteniendo el monopolio de la administración, con la necesaria independencia y notoriedad de los informes técnicos suscritos por personal de dichas administraciones, en cuanto a la cuantificación de dicho valor.

## E) MEDIO AMBIENTE (57) Y PATRIMONIO

La cuarta de las infracciones específicas tipificadas por la LUUSPV, son las relacionadas con el medio ambiente y el patrimonio cultural y natural, por tanto debemos de distinguir, en este aspecto, entre tres tipos específicos de infracciones:

(56) Como es el caso de la catalana originaria 9/1981, o la madrileña también originaria 4/1984, ambas de disciplina urbanística, de establecer una valoración en base a los criterios utilizados por los técnicos de la administración actuante, que sirve de soporte para la imposición de la sanción.

(57) Una obra fundamental al respecto es la de Demetrio LOPERENA ROTA: *Principios de derecho ambiental*, Civitas 1998. En otro aspecto *vid.* Lucía CASADO CASADO y Josep Ramón FUENTES i GASÓ, «La inspección ambiental en la Directiva 210/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre, de emisiones industriales, y en la normativa española de Transposición», *RVAP* n.º 97, septiembre-diciembre 2013, pp. 291-325.

- a) Por una parte, el artículo 238.1, recoge una remisión a la legislación de protección del patrimonio cultural, para aquellos que derriben o desmonten, ya sea total o parcialmente, bienes que sean objeto de protección especial por el planeamiento por su carácter monumental, histórico, artístico, arqueológico, cultural, típico o tradicional. Circunstancia ésta, que implica la tipificación como infracción no sólo ya, tal y como se prevé por la legislación de protección del patrimonio histórico vasco, de los denominados bienes de interés cultural, recogidos en la ley 16/1985 estatal, sino también además de las figuras específicas de protección de la comunidad autónoma, de cualquier bien que hubiera sido catalogado o protegido meramente por el planeamiento urbanístico, pero bajo dichos parámetros.

En dicho su puesto, la sanción queda remitida, en ambos casos, a la legislación de patrimonio histórico, con lo cual se plantea una falta de concreción de la legislación específica, en relación con la legislación urbanística, para aquellos bienes catalogados que no estén incluidos específicamente en el patrimonio histórico, sino que estén protegidos por la legislación urbanística, por dicho carácter histórico, artístico, arqueológico, cultural, típico o tradicional.

- b) La segunda de las tipologías recogidas por la ley, se refiere a sanciones en relación con el entorno, o con la infracción de normas de protección del paisaje tradicional o cultural de carácter histórico o artístico, pero no supongan una vulneración específica de la ya comentada legislación sobre el patrimonio, que se prevé una multa del 75 % del valor de la obra ejecutada por la realización de construcciones en lugares inmediatos o que formen parte de un grupo de edificios con el referido carácter histórico, artístico, arqueológico, cultural, típico o tradicional, siempre que infrinjan las correspondientes normas o régimen jurídico de protección, quebranten la armonía del grupo, o produzcan el mismo efecto en relación con algún edificio de gran importancia o calidad, de los factores indicados. En estos supuestos la cantidad mínima de la sanción es de 5.000 €.

- c) La tercera y última de las tipificaciones, bajo la rúbrica general de infracciones contra el medio ambiente y el patrimonio cultural y natural, es la referida a las talas y los derribos de árboles, que infrinjan las disposiciones de aplicación en terrenos que el correspondiente plan de ordenación territorial urbanístico hubieran calificado como espacio forestal a preservar, aunque no estuvieran sometidos a un régimen forestal especial. Tipificándose la sanción, equivalente al valor en venta del arbolado talado o destruido.

Esta caracterización, en relación con el régimen forestal, puede implicar una confusión, en cuanto al régimen de tala de arbolado, pero el tipo al excluirla en sometimiento, o no, al régimen forestal especial es bastante claro en cuanto a la aplicabilidad a los suelos urbanos ya consolidados, en la línea de la reciente ley de arbolado de la Comunidad Autónoma de Madrid.

Por otra parte debemos tener en cuenta que la ley 1/2005 de 4 de febrero para la prevención y corrección de la contaminación del suelo establece como infracciones muy graves el abandono, vertido y eliminación en el suelo de sustancias, recogiendo en el artículo 49 la prescripción de la sanción impuesta por falta muy grave a los tres años y en el artículo 44 la prescripción de la infracción en el plazo de cinco años

para infracciones muy graves, con lo cual concurriría con las determinaciones de la legislación específicamente urbanística. (58)

## F) PATRIMONIOS PÚBLICOS

La penúltima de las infracciones específicas previstas por la ley vasca es la referida a las infracciones en materia de patrimonios públicos del suelo, que incide en una regulación singular y de especial protección de dichas tipologías de fórmulas de intervención sobre el mercado inmobiliario, que tienen ya cierta tradición y raigambre en la legislación vasca. Así esta infracción se recoge como prototípica para las administraciones competentes en dicha materia, afectando tanto a los miembros de las Corporaciones Locales (Alcalde y Concejales), como a los funcionarios y autoridades con competencia en materia de patrimonio público de suelo, por supuesto también las autoridades locales, pero en su caso las forales y las de la propia Comunidad Autónoma, cuando participaran en acciones u omisiones que supusieran la no incorporación de los fondos o bienes que legalmente deban integrarse en dichos patrimonios o no emitan la advertencia de ilegalidad en los informes preceptivos, circunstancia especialmente vinculante para los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter estatal, o aquellos Técnicos Jurídicos con destino en el urbanismo, o en la Intervención Municipal con carácter general en los términos del Real Decreto 1174/1987, por lo cual se regula el régimen jurídico de los citados funcionarios con habilitación de carácter nacional .

En este supuesto, se establece una infracción castigada con sanción mínima de 5.000 €, sin perjuicio de la obligación de reintegro, con carácter solidario del valor real del menoscabo que hubiera sufrido el correspondiente patrimonio público Incorporándose dichas sanciones independientemente de cada uno de los presuntos infractores, en la línea ya recogida anteriormente sobre la independencia en cuanto a la responsabilidad y la correlación con la consecuente sanción.

En idéntico sentido se tipifica una multa ,en este caso de 5.000 € lineal, para los miembros de las Corporaciones Locales, Funcionarios y Autoridades que participen en actuaciones que supusieran la enajenación de los bienes integrantes del patrimonio público del suelo contraviniendo las disposiciones de la Ley Vasca u omitieran, en idéntica línea a la anteriormente recogida infracción sobre falta de diligencia o connivencia con la incorporación al patrimonio del suelo, advertencia legal, en aquellos informes que fueran preceptivos (59).

Tan novedosa infracción urbanística, supone una limitación del continuo fraude de ley que realizan muchas Corporaciones Locales en relación con las enajenaciones de los bienes incorporados al patrimonio municipal del suelo, que diversas leyes han intentado mitigar, con respecto a la rígida consideración establecida durante la vigencia del precepto del artículo 276 del TRLSOU/1992, luego modificado por el artículo 33 de

(58) (BOPV n.º 32 de 16 de febrero de 2005),

(59) Acerca de las determinaciones sobre el destino de los Patrimonios Públicos del Suelo de la Ley General del Estado véase Ángel MENÉNDEZ REXACH «Comentario al Artículo 33» dentro de la obra colectiva *Comentarios a la Ley del Suelo 8/2007*, La Ley-El Consultor. 2007, obra colectiva dirigida por Enrique SÁNCHEZ GOYANES.



la Ley 8/2007, de 28 de mayo, por lo que se refiere a los funcionarios este tipo de infracción, tan sólo afectará aquellos que informen conscientemente vulnerando la legislación, circunstancia ésta bastante difícil, puesto que, incluso rayaría con tipos penales como el del 404 del Código Penal, sobre prevaricación y aquellos que cuando el informe fuera preceptivo, que en caso de los patrimonios públicos, no aparece recogido en la legislación básica de régimen local, salvo petición expresa de la Alcaldía o de la oposición municipal en los términos del artículo 54 del TRRL 781/1986, de 18 de abril.

### G) SUELO NO URBANIZABLE

La última y sexta de las infracciones y sanciones específicas es la referida a las actuaciones ilícitas suelo no urbanizable (60), recogida por el artículo 240 de la Ley Vasca, que como ya hemos indicado no contempla las parcelaciones, puesto que, se refiere a las construcciones, edificaciones e instalaciones que excedan o defrauden objetivamente o, en su caso, contravengan lo dispuesto por la legislación para dicho tipo de suelo (61).

Así sin perjuicio de recordar el lícito penal, recogido en el artículo 319 del Código Penal, aprobado por Ley Orgánica 10/1995, en esta materia específica, debemos señalar que en aquellos supuestos que no se incurriera en infracción penal (62), la Ley Vasca establece una multa del 100 % del valor de la obra ejecutada con un mínimo de 500 €, para la realización sobre dicho suelo de construcciones, edificaciones e instalaciones que excedieran o defraudaran objetivamente en cualquier otra forma lo dispuesto por la Ley Vasca en este tipo de suelo.

Ahora bien, ¿debe entenderse por ubicado en este tipo de suelo los terrenos en rural determinados por la Ley estatal 2/2008?. Deberemos de entender que no por el principio de expresa y estricta tipicidad que recoge el derecho sancionador; por lo que hasta la adaptación de la Ley vasca a la nueva legislación estatal deberá entenderse, tanto por el criterio de seguridad jurídica en la tipificación apuntado, como por la clara competencia en la clasificación de suelo y sus criterios que la propia Ley de suelo estatal otorga al legislador autonómico el sometimiento al tipo de tan sólo los suelos ya clasificados como no urbanizables y no con carácter extensivo a los terrenos que no se hubieran urbanizado efectivamente sin perjuicio de su clasificación como urbanizables.

---

(60) Eva M.ª López Tubía: «Propuesta para una actuación del régimen del suelo no urbanizable en la gestión municipal», pp. 479 a 572 de *Estudios sobre urbanismo y ordenación del territorio. Premios de investigación de la escuela vasca de estudios territoriales 1988-1992*. Instituto Vasco de Administración Pública. Oñate. 1994.

(61) Al respecto vid el art 4.º del Decreto 105/2008, de 3 de junio, de medidas urgentes en desarrollo de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo

(62) Sobre los delitos urbanísticos y sus relaciones con el ámbito administrativo en general véase Fernando LÓPEZ RAMÓN «Aspectos administrativos de los delitos urbanísticos». *Revista de derecho urbanístico y medio ambiente* n.º 151 (Enero 1997).

#### IV.6. Determinaciones sobre competencia y procedimiento

Teniendo en cuenta lógicamente la legislación básica aplicable al procedimiento sancionador recogida en la LRJAPC, 30/1992, de 26 de noviembre, debemos destacar que con forma preferente a las especificaciones sobre competencia y procedimiento, establecidas en las normas específicas de organización de las Administraciones Públicas Vascas y en la Ley de Potestades Sancionadoras de dicha Comunidad Autónoma anteriormente relatada, los artículos 241 a 244 de la Ley 2/2006, recogen toda una serie de determinaciones referentes a esta materia de régimen jurídico y procedimental, sobre competencias e instrucción de procedimientos, prejudicialidad y anulación de los actos administrativos de autorización que supongan infracciones urbanísticas

En cuanto a la competencia para la imposición de sanciones el artículo 241.2 de la ley comentada remite a la legislación de régimen local y, entendiéndolo por tanto, que conforme a las determinaciones de la legislación básica estatal (63),.

En cuanto a la instrucción de los procedimientos la legislación vasca prevé una simultaneidad de instrucción, difícilmente alcanzable por los requisitos de unos y otros, entre los procedimientos de restauración de la legalidad urbanística, incluido el de legalización (recuérdese que supone el plazo para presentación de licencia y la tramitación y obtención de ésta), y restauración de la realidad física alterada, con los de carácter sancionador de la infracción cometida, incoado éste último por la comisión de un ilícito (acto clandestino) del derivado de los tipos anteriormente relatados.

En cuanto el procedimiento en sí, debemos destacar que con la incoación, que corresponderá como ya hemos indicado a la Alcaldía u órgano delegado, se debe de proceder al nombramiento de un instructor que debe de ostentar la condición de funcionario, tal y como se deriva de lo dispuesto en el artículo 29.4 de la Ley Vasca 2/1998. Dicho acuerdo de iniciación debe contener en los términos del artículo 36 de dicha ley la identificación de la persona o personas presuntamente responsables, los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación jurídica y las sanciones que pudieran recaer, así como el instructor del procedimiento con la expresa indicación del régimen de recusación del mismo, y el órgano competente para la resolución del procedimiento, y finalmente la norma que le atribuya la competencia, en este caso, la Ley Vasca que comentamos.

El procedimiento sigue las reglas generales de cualquier procedimiento sancionador, esto es, la posibilidad de que existan medidas cautelares, posibilidad de recusación del instructor como ya hemos indicado, la existencia de una posible apertura de periodo de prueba, una propuesta de resolución y finalmente, tras audiencia al interesado la imposición en su caso de la sanción correspondiente (64), Debemos destacar

---

(63) esto es, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, dicha competencia para la imposición de sanciones corresponderá al Alcalde, conforme al artículo 21 de dicha ley para los municipios de régimen común y a la Junta de Gobierno Local, conforme a las determinaciones del artículo 127 de la referida norma, en aquellos municipios acogidos al régimen organizativo especial de gran población; en ambos casos, dichas funciones de imposición de sanciones serán delegables, o bien en concejal delegado, o bien en la Junta de Gobierno Local para el primero de los supuestos, o bien en coordinadores generales, directores generales y concejales delegados para el segundo de los supuestos

(64) en ese sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco n.º 180/2005, de 11 de marzo, que conoce de la impugnación de la ordenanza de instalaciones radioeléctricas de Azcoitia recoge en su fundamento jurídico 2.7:

como peculiaridad que en el régimen sancionador vasco se habilita en el artículo 32 de la Ley de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de dicha Comunidad Autónoma, la posible adopción excepcional de medidas cautelares por funcionarios e inspectores. Dichas medidas cautelares adoptadas por los inspectores deben ser corroboradas en su caso por el órgano competente, puesto que, tan sólo tienen un valor temporal de cuatro días desde que se hayan adoptado, sin que hubiera procedido a la apertura de un procedimiento sancionador, tal y como se recoge en el artículo 32.4 de la referida ley.

Debemos señalar que en virtud del principio general del derecho sancionador del «non bis in idem», recogido expresamente en el artículo 18 de la Ley del País Vasco 2/1998, de 20 de febrero, la LUSPV recoge en su artículo 243 el concepto de prejudicialidad, esto es, la circunstancia de la necesidad de remitir por parte del instructor de cualquier expediente las actuaciones, en el supuesto de que existan indicios de la existencia de un delito o falta de carácter penal en la tramitación de un expediente sancionador, al Ministerio Fiscal, y tras ello debiéndose de abstener en proseguir el procedimiento sancionador hasta que no haya un pronunciamiento expreso de la autoridad judicial.

En caso de que se procediera en el ámbito de la actuación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la conducta que hubiese sido iniciada en el ámbito sancionador urbanístico, dicha sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa, eso sí, sin perjuicio de la adopción de medidas de reposición, esto es del procedimiento de alteración de la realidad y su restitución al estado originario.

Por último, en cuanto a estas pinceladas sobre la competencia y procedimiento de los procedimientos sancionadores urbanísticos vascos, debemos destacar que en lógica transposición del principio general de conservación de los actos administrativos, el artículo 244 de la LUSPV, establece que, en tanto en cuanto, no se proceda a la anulación de un acto administrativo que otorgara cobertura a actuaciones constitutivas de infracción tipificada en la ley, por ejemplo, las realizadas al amparo de una licencia u orden de ejecución, y siempre de acuerdo con sus determinaciones, esto es, no ex-

---

«A la vista de la escueta formula legal Las infracciones derivadas de la presente ordenación serán objeto de sanción conforme a la legislación vigente en materia de disciplina urbanística y medioambiental, tenemos que compartir la opinión de la parte actora de que, en efecto, reglamentaciones de esta índole no satisfacen las mínimas exigencias a que debe sujetarse el ejercicio de la potestad sancionadora, y que como primer paso se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondiente, pues sólo de este modo la seguridad jurídica, y la certeza que de las consecuencias de su acciones esperan los administrados quedan suficientemente salvaguardadas, lo que provoca su nulidad de pleno derecho, por lesión de la garantía de tipicidad constitucionalmente consagrada —art. 25.C.

En segundo lugar, en relación a las medidas cautelares excepcionales, la redacción del precepto implica que el Ayuntamiento ha conculcado los principios de legalidad y seguridad jurídica (arts. 129 y 134 de la Ley 30/1992 [RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246] , arts. 9 y 25 de la CE [RCL 1978, 2836] ) ya que carece de atribuciones para establecer estas medidas en la materia concreta en que nos encontramos y al generar confusión al trasladar el contenido de un precepto que le reconoce atribuciones pero en otro ámbito competencial distinto, es decir, la norma que se dirá sí reconoce al demandado la facultad de adoptar de medidas cautelares, ahora bien, se le atribuye en una materia concreta y sin facultad alguna para trasladarla a otros ámbitos materiales, que es lo que el demandado ha hecho; así, el citado art. 18 es transcripción literal del art. 105 de la Ley autonómica 3/98 (RCL 1998, 1104 y LPV 1998, 123) de protección del medio ambiente, precepto que se refiere a las cautelas adoptables respecto de los, en principio, responsables de las infracciones que dicha norma tipifica, por lo tanto, no es trasladable, al contrario de lo que el demandado ha hecho, a otros ámbitos y supuestos distintos de aquellos, máxime cuando ningún precepto legal le autoriza a trasladar dicha facultad a la materia en estudio.»

cediéndose o contraviniendo, aunque sea parcialmente las determinaciones o prescripciones de dichas licencias u ordenes de ejecución, no podrá iniciarse procedimiento sancionador alguno, en tanto en cuanto, no haya un pronunciamiento de la autoridad judicial.

Ese pronunciamiento entendemos nosotros que no es la mera suspensión cautelar de la licencia u orden de ejecución, o el procedimiento de revisión del artículo 102 de la LRJAPC, sino el hecho de declarar nula la referida licencia tras la tramitación del procedimiento judicial al amparo de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El procedimiento expreso de anulación de dichos actos administrativos de intervención ya sean licencias u ordenes de ejecución será el previsto en la legislación del procedimiento administrativo común, esto es, los artículos 102, para el supuesto de nulidad de pleno derecho y 103, para los casos de anulabilidad, no existiendo especiales diferencias en la Ley Vasca (artículo 244.2 y 244.3) con respecto a otras legislaciones, en tanto en cuanto, procede por parte del órgano competente municipal correspondiente, entendemos que por la Alcaldía, la suspensión de los efectos de la licencias u orden de ejecución cuando nos encontremos con obras en curso, para las obras concluidas el 244.3, remite expresamente a la legislación del procedimiento administrativo común, por lo cual habrá que distinguir, entre infracciones de las licencias u ordenes de ejecución que supiera la incursión en vicio de nulidad de pleno derecho, con lo cual se podrá adoptar las medidas referidas a suspensión e impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativo en cualquier momento, o las que incurran en supuesto de mera anulabilidad. En los casos que esto se produzca tan solo existirá un límite temporal de cuatro años para poder proceder a la revisión mediante la impugnación ante el referido orden jurisdiccional contencioso administrativo, entendidos desde la conclusión de las obras, con el límite general de prescripción, recogido en el artículo 229 de Ley 2/2006.

Ahora bien, dicha prescripción se establece en cinco años para las infracciones muy graves, superando el límite temporal de los cuatro años que por su parte dispone la LRJAPC, con lo que nos podríamos encontrar con una discordancia difícil, pero posible entre la comisión de una infracción urbanística muy grave amparada por una licencia que tan solo fuera anulable, circunstancia que ya relatábamos es difícil, en tanto en cuanto, que las infracciones muy graves como ya hemos señalados están tasadas y en todo caso implican a nuestros juicio la nulidad de pleno derecho del acto administrativo que las hubiera autorizado.

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Artikulu honetan EAEko hirigintza-araubidea jorratzen da, erkidego, foru-lurralde eta udalen eskumenak aintzat hartuz, Estatutuaren eta Lurzoruari eta Hirigintzari buruzko 2/2006 Legearen babesean. Horretarako, lan honetan aztertzen dira EAEko eskumenak, ikuskaritza, hirigintza-legeak ezartzeari buruzko xedapenak eta zehapen-araubidea, doktrinaren eta jurisprudentziaren ikuspuntutik.

**HITZ GAKOAK:** Hirigintza. Arau-haustea. Zehapena. Ikuskaritza. Legezketasuna babestea.

**RESUMEN:** El presente artículo, pretende abordar el régimen particular de la disciplina urbanística en el País Vasco, partiendo de las diferentes competencias entre la comunidad, los territoriales forales y los municipios, al amparo del Estatuto y de la ley de urbanismo, y suelo del País Vasco, 2/2006, para ello aborda las determinaciones legales sobre competencias, inspección, procedimiento de restauración de la legalidad urbanística, régimen sancionador, referidas a la Comunidad Autónoma en todos sus aspectos, analizándolos desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial.

**PALABRAS CLAVE:** Urbanismo. Infracción. Sanción. Inspección. Protección de la legalidad.

**ABSTRACT:** This work tries to deal with the particular regime of urban regulation in the Basque Country on the basis of the allocation of powers between Community, foral territories and municipalities in the shelter of the Statute and the Act on Urbanism and Land of the Basque Country 2/2006. In order to do so it tackles the legal determinations on competences, inspection, procedure to restore urban lawfulness, disciplinary regulations related to the Autonomous Community in every aspect by analyzing all of them from the point of view of the doctrine and case law.

**KEYWORDS:** Urbanism. Infraction. Penalty. Inspection. Protection of lawfulness.



# Natura 2000: deterioro, desclasificación de lugares de importancia comunitaria y derecho de propiedad

Agustín García Ureta

**Sumario:** I. Consideraciones previas.—II. Apuntes sobre la desclasificación de zonas en la directiva de hábitats de la unión europea.—III. La doctrina del TJUE sobre la desclasificación de LIC. III.1. Aspectos generales. III.2. La posible desclasificación de LIC: postura del TJUE y críticas a la misma. III.2.1. La exégesis de la directiva por parte del tje. III.2.2. Críticas a la interpretación del tje; III.3. Los criterios y el procedimiento de desclasificación de un LIC. III.4. La obligación de los estados miembros de solicitar la desclasificación de un LIC y el derecho de propiedad. III.4.1. Obligación de desclasificar. III.4.2. Desclasificación y derecho de propiedad. III.5. La desclasificación de LIC, la distribución competencial interna en los estados miembros y la garantía de la aplicación de la directiva.—IV. Comentarios conclusivos.

## I. Consideraciones previas

1. Sin duda, la constitución de la red Natura 2000 constituye uno de los mayores retos de la política ambiental de la Unión Europea, lo que supera el contexto de esta política para afectar de manera evidente a otras, caso de la ordenación del territorio, la urbanística y, en general, el desarrollo de infraestructuras. Por otra parte, se trata de un objetivo que supera con creces las opciones individuales de los Estados miembros e, incluso, aquellos otros que, en el marco de otras instituciones europeas, puedan lograrse. Crear una red ecológica «coherente» implica superar las concepciones estrictamente estatales de conservación de hábitats y especies presentes, por cierto, en el contexto internacional. De ahí que la normativa europea se refiera a la noción de «patrimonio común». Ciertamente es que, al menos en el plano jurisprudencial, no se haya elaborado, de forma completa, este concepto. Sin embargo, en asuntos que datan de la década de los años ochenta del siglo xx el TJUE ya afirmó que la normativa europea había limitado de manera evidente el empleo de categorías estatales que pudiesen impedir, limitar o reducir, los niveles de protección de un patrimonio que había dejado de ser estatal y que venía fijado por el legislador de la Unión Europea<sup>(1)</sup> En otros términos podría decirse que tanto el territorio como la variabilidad de ecosistemas, hábitats y especies habían pasado a tener una naturaleza europea.

---

(1) Asunto 252/85, *Comisión v. Francia*.

2. Con todo, los objetivos que subyacen en Natura 2000 se topan con problemas. Uno de los más evidentes con el que se enfrenta la red y cada espacio que la compone, es su propia singularidad. Los lugares de importancia comunitaria (LIC) como las zonas de especial conservación (ZEC) y de protección de las aves (ZEPA) siguen siendo concebidos como islotes de un archipiélago llamado Natura 2000(2). Esto hace que su tratamiento siga siendo, en buena medida, individual, en particular cuando se trata de examinar aspectos tales como la noción de deterioro o las actividades que puedan afectarles y que previamente deban sujetarse a evaluación de impacto ambiental. Otro tanto hay que señalar en relación con los lugares en los que se encuentran o transitan las especies. El carácter silvestre de las mismas implica, en especial, que no solo sean objeto de protección determinadas zonas sino, como ha indicado el TJUE, sus «espacios de paso» (3), lo que resulta de importancia para las aves silvestres y otras especies silvestres, v.g., oso, lince o lobo, por citar algunas de ellas. Por su parte, la STC 69/2013 no puede menos reconocer que la Ley 42/2007, del patrimonio natural y biodiversidad, «refleja la evolucionada consideración del patrimonio natural y de la biodiversidad como bienes de interés público, categoría que, según la doctrina científica, acoge a aquéllos cuyo régimen jurídico, con independencia de su titularidad pública o privada, o incluso de su naturaleza de res nullius, queda vinculado al interés general, con la finalidad de garantizar su restauración y conservación, y el derecho de todos a disfrutarlos» (4).

## II. Apuntes sobre la desclasificación de zonas en la directiva de hábitats de la unión europea

3. Bajo el Derecho internacional, europeo y español la desclasificación de un espacio natural protegido no puede llevarse a cabo, en principio, bajo cualquier causa(5). La justificación de este aserto radica en las condiciones que la normativa internacional, europea y estatal determina para su designación, esto es el reconocimiento de determinadas condiciones naturales que hacen necesaria su clasificación bajo cualquiera de las categorías que el ordenamiento disponga. Esas condiciones pueden variar dependiendo del tipo de valores que haya que proteger, ya sea la presencia de ciertas especies de fauna o flora como paisajísticos. En todo caso, sólo su degradación podría justificar una ulterior decisión, bien legislativa o administrativa, que implique su desclasificación. Ahora bien, no todo tipo de degradación puede implicar que el lugar pierda la protección otorgada(6). Resulta obvio que sólo aquellas que hagan imposible su restauración, y no hayan sido intencionales, podrán justificar la desclasificación. Tanto los principios de la política ambiental europea, plasma-

(2) Véase Lausche, B., Farrier, M., Verschuuren, J., La Vina, A., y Trouwborst, A., «The legal aspects of connectivity conservation: a concept paper», <http://ro.uow.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=2150&context=lhpapers>.

(3) Asunto 252/85, *Comisión v. Francia*, apt. 15.

(4) STC 69/2013, FJ. 2.

(5) LÓPEZ RAMÓN, F., «El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho Español», (2011) *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* 13.

(6) López Ramón, F., *La Conservación de la Naturaleza. Los Espacios Naturales Protegidos*, Real Colegio Español de Bolonia, Bolonia, 1981, p. 119.



dos ulteriormente en las normas del Derecho derivado, como el principio constitucional de restauración evitan precisamente el recurso a la desclasificación, haciendo incompatibles con dichos principios cualesquiera normas que la permitiesen sin respetar tales límites.

4. En términos estrictos (luego se examinará la variación que se ha producido por obra del TJUE) el art. 9 de la Directiva de hábitats señala que «[l]a Comisión, con arreglo al procedimiento del artículo 21, evaluará periódicamente la contribución de Natura 2000 a la realización de los objetivos a que se refieren los artículos 2 y 3. En este contexto, podrá estudiarse el cambio de categoría de una zona de especial conservación cuando así lo justifique la evolución natural registrada como resultado de la vigilancia a que se refiere el artículo 11» (7). La posible desclasificación únicamente puede afectar a las ZEC, es decir a aquellas zonas designadas bajo los criterios de la propia Directiva 92/43 y sujetas a su procedimiento de designación. Por tanto, las ZEPA quedan excluidas del art. 9 ya que, a pesar de encontrarse integradas en la red Natura 2000, mantienen el status que les otorga la Directiva de aves silvestres y, en particular, la jurisprudencia relevante al efecto (8). Sin embargo, como se examina más adelante, el TJUE admite la posible desclasificación de LIC.

5. Por otra parte, la Directiva no es muy clara respecto de quién adopta la decisión de desclasificar las ZEC. El art. 9 cita el procedimiento del artículo 21 —es decir, del comité de representantes de los Estados miembros— para la evaluación de la red Natura 2000 en su conjunto, pero no para la desclasificación. No obstante la expresión «En este contexto podrá estudiarse» apoya igual procedimiento de decisión. Además, para este caso la Directiva no aplica el mismo procedimiento que el establecido en el art. 5 (concertación bilateral) en el supuesto de existir discrepancia entre la Comisión y un Estado miembro acerca de la inclusión de un área en la lista de lugares de importancia comunitaria. No obstante lo anterior, el legislador estatal puede residenciar la decisión de desclasificación en la Comisión (9). Por lo que respecta a los criterios de la desclasificación, el art. 9 únicamente indica que aquélla podrá efectuarse a la luz del desarrollo de la red Natura 2000: «cuando así lo justifique la *evolución natural* registrada como resultado de la vigilancia a que se refiere el artículo 11» (10). Por tanto, la desclasificación de las zonas puede producirse si, por causas naturales, han perdido aquellas características que motivaron su clasificación. Ahora bien, como se señala más adelante, una evolución negativa de la red Natura 2000 no justifica necesariamente una desclasificación.

---

(7) A diferencia de otras, la versión en castellano no habla de desclasificación sino de «cambio de categoría». El concepto de desclasificación sí aparece, sin embargo, en las versiones, entre otras, en francés («déclassement»), portugués («desclassificação»), inglés («declassification»), italiano («declassamento») o alemán («Aufhebung der Klassifizierung»). El problema con la locución «cambio de categoría» es a qué tipo se está refiriendo la Directiva, ya que en el Derecho comunitario sólo existen dos tipos, las ZEPAs, o las ZECs, y ambas son distintas, es decir, no se encuentran subordinadas las unas a las otras. Si, por el contrario, primasen las versiones que hablan de desclasificación el problema se simplificaría en la medida en que la zona quedaría privada de su previa designación sin necesidad de precisar si sería necesario dotarle de otra comunitaria.

(8) Téngase en cuenta que las únicas normas aplicables a las ZEPAs son los arts. 6.2, 3 y 4, que no hacen mención de una posible desclasificación como la que plantea el art. 9.

(9) Véase GARCÍA URETA, A., «Urbanismo y Red natura 2000. Ley 8/2007 y alteración de zonas protegidas», (2007) *Revista Vasca de Administración Pública* 113-15

(10) Cursiva añadida.

### III. La doctrina del TJUE sobre la desclasificación de LIC

#### III.1. Aspectos generales

6. La eventual desclasificación de LIC no se había planteado ante el TJUE hasta el asunto *Cascina* que se examina posteriormente. No obstante, esta cuestión sí se había suscitado en el supuesto de las ZEPA, señalando el Tribunal que un Estado miembro no podía reducir la superficie de una zona ni tampoco modificar su delimitación, a menos que las zonas excluidas de la ZEPA ya no correspondiesen a los territorios más adecuados para la conservación de las especies de aves silvestres, en el sentido del art. 4.1 de la Directiva. (11) Por su parte, la abogada general Kokott sostuvo que en el caso de reducción de una ZEPA se invertía, con carácter excepcional, la carga de la prueba. A menos que un Estado miembro pudiese demostrar que había incurrido en error al declarar como ZEPA las superficies controvertidas, con tal declaración había reconocido que aquéllas reunían las mejores condiciones para las especies enumeradas en el Anexo I de la Directiva de aves silvestres. Si quería separarse de su criterio anterior, estaba obligado a demostrar por qué la zona controvertida en su integridad o en parte, no reunía las condiciones más adecuadas. En opinión de la abogada general, para probar lo anterior no bastaba con limitarse a demostrar que en el momento de la reducción la zona no reunía, o había dejado de reunir, las condiciones más adecuadas, sino que debía demostrarse que tampoco las reunía en el momento de la declaración. En caso contrario, los Estados miembros podían eludir impunemente su obligación de mantener las zonas en condiciones óptimas para la conservación de las aves. Para la abogada general, un Estado miembro sólo podía justificar la reducción de una ZEPA si pudiese demostrar que se había producido un deterioro posterior debido a circunstancias objetivas que no dependían de él, poniendo como ejemplo una erupción volcánica (12).

#### III.2. La posible desclasificación de LIC: Postura del TJUE y críticas a la misma

##### III.2.1. LA EXÉGESIS DE LA DIRECTIVA POR PARTE DEL JUE

7. Para examinar esta cuestión es preciso tener en cuenta los hechos del asunto C-301/12 (*Cascina*), que tuvieron por objeto un terreno incluido en un LIC próximo al aeropuerto de Milán-Malpensa. El aeropuerto experimentó una ampliación prevista en un plan de ordenación de la zona de Malpensa. Según el propietario del lugar, el desarrollo progresivo del tráfico aéreo de dicho aeropuerto lo había «devastado ecológicamente». Por ello, se había solicitado al organismo gestor del LIC la adopción de las medidas necesarias para impedir la degradación ambiental de su terreno. Ahora bien, tal solicitud no había obtenido ninguna respuesta. Ante esta situación, la siguiente solicitud se dirigió a las autoridades estatales (ministerio de medio ambiente), requiriendo una nueva delimitación o que se desclasificara ese mismo lugar de la lista de

(11) Asunto C-57/89, *Comisión v. Alemania*, apt. 19; asunto C-191/05, *Comisión v. Portugal*, apt. 13.

(12) Conclusiones de la abogada general KOKOTT en el asunto C-191/05, apts. 13 y 14.

LIC, al considerar que ya no se cumplían los requisitos fácticos y jurídicos establecidos por la normativa aplicable ni, en particular, los criterios de selección de los LIC bajo el anexo III de la Directiva 92/43. Sin embargo, el ministerio se declaró incompetente al entender que eran las regiones las que identificaban los LIC. La propia región en la que se encontraba el LIC también se declaró incompetente, alegando que solo se podía tomar en consideración la solicitud en el supuesto de que el ministerio solicitara a las regiones que iniciasen el procedimiento de actualización de los LIC, de acuerdo con la normativa italiana (13).

8. Los tribunales de este país desestimaron la demanda del propietario contra las decisiones administrativas, tanto del ministerio como de la región, al entender que la normativa en vigor atribuía a las regiones una facultad de iniciativa y de propuesta para identificar los LIC, de modo que no cabía reprochar al ministerio omisión alguna. Para aquellos la resolución de la región no era una negativa a actuar, sino la manifestación de la intención de mantener el LIC en la lista de lugares de importancia comunitaria pese a la contaminación. El recurso ante el Consejo de Estado italiano dio lugar a una serie de cuestiones prejudiciales que fueron objeto de examen por el TJUE (si bien no todas ellas, ya que este declaró que varias de ellas, sexta a décima, eran de naturaleza hipotética al referirse a una legislación nacional que no existía en ese momento en el ordenamiento jurídico italiano) (14).

9. Una de las cuestiones del asunto *Cascina* que reviste interés es si las autoridades de los Estados miembros estaban obligadas a proponer a la Comisión la desclasificación de un LIC cuando se les hubiese presentado una solicitud del propietario de un terreno incluido en ese lugar, alegando el deterioro ambiental del mismo. Tras recordar el procedimiento de clasificación de los LIC, el TJUE afirma que aunque es cierto que ninguna disposición de la Directiva prevé expresamente la desclasificación

---

(13) Decreto 357 del Presidente de la República por el que se traspone la Directiva 92/43/CEE relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres), de 8 de septiembre de 1997: «Para garantizar la transposición operativa de la Directiva [92/43] y la actualización de los datos, también en lo relativo a las modificaciones de los anexos previstos en el artículo 19 de la Directiva, las regiones y las provincias autónomas de Trento y de Bolzano, basándose en las acciones de vigilancia previstas en el artículo 7, evaluarán periódicamente la adecuación de los lugares a la consecución de los objetivos de la Directiva. Tras esta evaluación, podrán proponer al Ministerio de Medio Ambiente y de Protección del territorio una actualización de la lista de lugares, de su delimitación y del contenido de su ficha administrativa. El Ministro de Medio Ambiente y de Protección del territorio remitirá la propuesta a la Comisión [...] a efectos de la evaluación a que se refiere el artículo 9 de la Directiva.»

(14) Las preguntas eran las siguientes: 6) ¿Se oponen el Derecho [de la Unión] y, en particular, la Directiva [92/43] a una legislación nacional que obliga a iniciar el procedimiento de desclasificación y no a adoptar nuevas medidas de seguimiento y protección cuando un particular haya denunciado el estado de deterioro del lugar? 7) ¿Se oponen el Derecho [de la Unión] y, en particular, la Directiva [92/43] a una legislación nacional que obliga a iniciar el procedimiento de desclasificación de un lugar perteneciente a la red Natura 2000 para proteger intereses exclusivamente privados de carácter económico? 8) ¿Se oponen el Derecho [de la Unión] y, en particular, la Directiva [92/43] a una legislación nacional que, ante proyectos de infraestructuras de interés público, social y económico, reconocidos incluso por la Unión [...], que puedan dañar un hábitat natural reconocido con arreglo a la Directiva, prevé el inicio de un procedimiento de desclasificación del lugar en vez de adoptar medidas compensatorias destinadas a garantizar la coherencia global de la red Natura 2000? 9) ¿Se oponen el Derecho [de la Unión] y, en particular, la Directiva [92/43] a una legislación nacional que, en materia de hábitats naturales, toma en consideración los intereses económicos de un particular propietario de un lugar permitiéndole obtener de los órganos jurisdiccionales nacionales una resolución que obligue a una nueva delimitación de dicho lugar? 10) ¿Se oponen el Derecho [de la Unión] y, en particular, la Directiva [92/43] a una legislación nacional que prevé la desclasificación de un lugar en caso de deterioro de origen antrópico y no natural?»

de un lugar que figure en la lista de LIC, no obstante, el art. 9 de la Directiva 92/43 permite a la Comisión estudiar la desclasificación de una ZEC cuando así lo justifique la «evolución natural» registrada como resultado de la vigilancia de la que se encargan los Estados miembros de conformidad con el art. 11. De lo anterior el TJUE concluye que tal desclasificación implica «necesariamente» la desclasificación de un LIC puesto que, en virtud del art. 4.4 de la Directiva, los Estados miembros deberán designar como ZEC todos los LIC. Por tanto, la adaptación de la lista de LIC que los Estados miembros proponen a la Comisión en virtud del artículo 4.1 puede incluir la desclasificación de un lugar que figurase en la lista de LIC que, a falta de disposiciones especiales, debe realizarse con arreglo al mismo procedimiento que la inclusión del lugar en dicha lista (15).

### III.2.2. CRÍTICAS A LA INTERPRETACIÓN DEL TJUE

10. Estas afirmaciones resultan cuestionables a la luz de la Directiva. En efecto, como el propio TJUE reconoce (también la abogada general)(16) ninguna de sus disposiciones prevé expresamente la desclasificación de un lugar que figure en la lista de LIC. Sin embargo, obviando la literalidad de la Directiva, el TJUE entiende que tal eventualidad es posible, en la medida en que los LIC se deben clasificar necesariamente como ZEC y que el art. 9 permite la desclasificación de una ZEC (17). En el razonamiento del TJUE también se incluye el hecho de que el art. 4.1 de la Directiva, establece que los Estados miembros pueden proponer, llegado el caso, la adaptación de la lista de LIC con arreglo a los resultados de la vigilancia a la que se refiere el art. 11. En concreto, el art. 4.1 señala: «Tomando como base los criterios que se enuncian en el Anexo III (etapa 1) y la información científica pertinente, cada Estado miembro propondrá una lista de lugares con indicación de los tipos de hábitats naturales de los enumerados en el Anexo I y de las especies autóctonas de las enumeradas en el Anexo II existentes en dichos lugares. [...] Los Estados miembros propondrán, llegado el caso, la adaptación de dicha lista con arreglo a los resultados de la vigilancia a que se refiere el artículo 11». Por su parte, el art. 11 dispone: «Los Estados miembros se encargarán de la vigilancia del estado de conservación de las especies y de los hábitats a que se refiere el artículo 2, teniendo especialmente en cuenta los tipos de hábitats naturales prioritarios y las especies prioritarias.»

11. Sin embargo, la conexión entre las distintas normas de la Directiva cuestiona la conclusión del TJUE. Por una parte, el art. 4.1 está ubicado entre las disposiciones

(15) Asunto C-301/12, apt. 26.

(16) Conclusiones, apts. 33 y 34: «Para responder a esta cuestión procede aclarar, en primer lugar, en qué condiciones se puede plantear una revisión de los LIC con arreglo a la Directiva sobre los hábitats. En ésta no está expresamente previsto.»

(17) Este razonamiento sigue al pie de la letra lo señalado por la abogada general, apt. 33 de sus Conclusiones, cursiva añadida: «Sin embargo, el artículo 9, segunda frase, de la Directiva sobre los hábitats menciona la posibilidad de estudiar el «cambio de categoría de una zona especial de conservación». Esto implica al mismo tiempo una revisión de los LIC, pues con arreglo al artículo 4, apartado 4, los Estados miembros deben designar como zonas especiales de conservación todos los LIC. En consecuencia, sólo pueden anular esta clasificación si las zonas afectadas dejan de figurar entre los LIC.»

relativas a la clasificación de los LICs, de manera que esta resulte lo más completa posible. La «adaptación» a la que se refiere la Directiva es a los efectos de su cumplimiento y no de la posible desclasificación de un LIC en el proceso de ulterior designación como ZEC. Si la Directiva hubiese querido habilitar a los Estados miembros a «desclasificar» lugares lo habría señalado expresamente, toda vez que este es el término que emplea en el art. 9, pero no así en el art. 4.1, que solo se refiere a la «adaptación». Además, en la secuencia del art. 4, una vez que se remite la lista a la Comisión y se adopta esta, los Estados miembros deben pasar a designar las ZEC en el plazo máximo de seis años. Es más, la propia Directiva exige a aquellos que establezcan prioridades en cuanto a la designación como ZEC. En efecto, el art. 4.4 indica que «[u]na vez elegido un [LIC] con arreglo al procedimiento dispuesto en el apartado 2, el Estado miembro de que se trate dará a dicho lugar la designación de [ZEC] lo antes posible y como máximo en un plazo de seis años, fijando las prioridades *en función de la importancia de los lugares* [para] el mantenimiento o el restablecimiento, en un estado de conservación favorable, de un tipo de hábitat natural de los del Anexo I o de una especie de las del Anexo II y para la coherencia de Natura 2000, así como en función de las amenazas de deterioro y destrucción que pesen sobre ellos». (18) Por tanto, se trata de una obligación de resultado (la fijación de prioridades) para que la designación de las ZEC se lleve a cabo en el plazo máximo fijado por la Directiva. Con ello la Directiva reconoce que algunos lugares requieren una mayor premura a los efectos que se conviertan en ZEC, aunque esto no tiene un carácter meramente nominal. En efecto, tal designación exige la adopción de normas generales que garanticen su gestión (19).

12. La vigilancia que se menciona en el art. 11 tampoco sustenta la conclusión a la que llega el TJUE. Por una parte, se trata de una norma general que obliga a los Estados miembros a los efectos del mantenimiento del estado de conservación de los hábitats y las especies (20), ya que el art. 2.2 impone que las medidas (todas) que se adopten en virtud de la Directiva tengan como finalidad el mantenimiento o el restablecimiento, en un estado de conservación «favorable» (21), de los hábitats naturales y de las especies silvestres de la fauna y de la flora de interés comunitario. Sin em-

---

(18) Cursiva añadida.

(19) Art. 6.1.

(20) De acuerdo con la Directiva [art. 1.e): «estado de conservación de un hábitat» es: «el conjunto de las influencias que actúan sobre el hábitat natural de que se trate y sobre las especies típicas asentadas en el mismo y que pueden afectar a largo plazo a su distribución natural, su estructura y funciones, así como a la supervivencia de sus especies típicas en el territorio a que se refiere el artículo 2».

(21) El estado de conservación de un hábitat natural se considera «favorable» cuando: — su área de distribución natural y las superficies comprendidas dentro de dicha área sean estables o se amplíen, y — la estructura y las funciones específicas necesarias para su mantenimiento a largo plazo existan y puedan seguir existiendo en un futuro previsible, y — el estado de conservación de sus especies típicas sea favorable con arreglo a la letra i)». El art. 1.i) señala que el estado de conservación de una especie es: el conjunto de influencias que actúen sobre la especie y puedan afectar a largo plazo a la distribución e importancia de sus poblaciones en el territorio a que se refiere el artículo 2. El «estado de conservación» se considerará «favorable» cuando: — los datos sobre la dinámica de las poblaciones de la especie en cuestión indiquen que la misma sigue y puede seguir constituyendo a largo plazo un elemento vital de los hábitats naturales a los que pertenezca, y — el área de distribución natural de la especie no se esté reduciendo ni amenace con reducirse en un futuro previsible, y — exista y probablemente siga existiendo un hábitat de extensión suficiente para mantener sus poblaciones a largo plazo».

bargo, esta vigilancia, que sí se vuelve a reiterar en el art. 9 (a los efectos de la desclasificación de una ZEC) no se conecta con esta eventualidad en el art. 4 que, como ya se ha indicado, tiene que ver con el proceso de selección de los LIC.

13. Por otra parte, tampoco se puede coincidir con la interpretación que hace el TJUE de lo dispuesto en el art. 9. En efecto, esta norma está contemplando solo la desclasificación de una ZEC. Como se ha indicado, el TJUE obvia esta circunstancia y asume que es posible desclasificar los LIC. Ahora bien, si los autores de la Directiva hubiesen querido haber incluido a los LIC en esta disposición lo habrían hecho expresamente (argumento *inclusio unius exclusio alterius*). La afirmación que sostiene el TJUE de que los LIC se han de convertir en ZEC en todo caso no sustenta su conclusión, cuando la Directiva menciona cada categoría (LIC y ZEC) en distintas de sus disposiciones. En efecto, en otras normas se citan de forma individualizada, asumiendo que se trata de realidades jurídicas diferentes, a pesar de las obvias relaciones que guardan entre sí, como sucede en el caso del mecanismo de evaluación de impacto ambiental. En otros supuestos solo se citan a las ZEC, como sucede en el art. 6.1, relativo a las normas generales que han de adoptarse a los efectos de la protección de estas, quedando los LIC en una situación intermedia que el TJUE ha venido a regular en su jurisprudencia.

14. Otra lectura de la Directiva pone de manifiesto que esta impide que los Estados den paso a desclasificaciones de los LIC antes de que estos se designen como ZEC. La lógica de la remisión del art. 4 a la vigilancia en el art. 11 tiene que ver con la amplitud de dicho proceso de selección como, por otra parte, se ha demostrado en la práctica, pero no con la posible desclasificación de los LIC. Por el contrario, sí es posible reducir (limitadamente) la superficie de un LIC, pero con sujeción al mecanismo de evaluación de impacto ambiental regulado en el art. 6 (apartados 3 y 4) que incluye a esta figura. Sin embargo, no es esta la interpretación que mantiene el TJUE en el asunto *Cascina*. Saltando por encima de la literalidad del art. 9 y apoyándose en el indeterminado mecanismo de vigilancia del art. 11, el TJUE entiende que los Estados miembros pueden desclasificar un LIC que todavía no haya sido designado como ZEC.

15. Por otra parte, de la sentencia del TJUE se desprende que la desclasificación de un LIC se puede plantear cuando este se haya propuesto a la Comisión (no necesariamente cuando esta ya haya adoptado la lista correspondiente). Ahora bien, la sentencia no resulta clara en relación con esta cuestión. Por una parte, el TJUE señala que «la adaptación de la lista de LIC que los Estados miembros proponen a la Comisión en virtud del artículo 4, apartado 1, de la misma Directiva puede incluir la desclasificación de un lugar que figura en la lista de LIC, que, a falta de disposiciones especiales, debe realizarse con arreglo al mismo procedimiento que la inclusión del lugar en dicha lista» (22). Sin embargo, por otra parte, el TJUE mantiene que es posible la desclasificación de un lugar «que figura en la lista de LIC» porque la Directiva obliga a los Estados miembros a que designen como ZEC todos los lugares incluidos en la

---

(22) Asunto C-301/12, apt. 26. De manera similar, la abogada general señala, apt. 34 de sus Conclusiones: «Sobre la inclusión de una zona en la lista de LIC, con arreglo al artículo 4, apartados 1 y 2, de la Directiva sobre los hábitats, decide la Comisión a propuesta del Estado miembro. En consecuencia, conforme al artículo 4, apartado 1, cuarta frase, los Estados miembros han de proponer, llegado el caso, la adaptación de la lista con arreglo a los resultados de la vigilancia a que se refiere el artículo 11.»

lista e LIC (23). La diferencia entre la primera situación y la segunda radica en que la lista que remiten los Estados miembros a la Comisión para la adopción de la decisión (final) sobre los LIC no vincula a esta. La Directiva pone de manifiesto con claridad que «[l]a lista de lugares seleccionados como [LIC], en la que se harán constar los lugares que alberguen uno o varios tipos de hábitats naturales prioritarios o una o varias especies prioritarias, *será aprobada por la Comisión* mediante el procedimiento mencionado en el artículo 21» (24). Es a partir de ese comentario cuando comienza a contar el plazo para su designación como ZEC.

### III.3. Los criterios y el procedimiento de desclasificación de un LIC

16. Otro de los aspectos en los que ha incidido el TJUE es en los criterios y el procedimiento mediante el cual los Estados miembros deben (no pueden) plantear la eventual desclasificación de un LIC. En este punto, la sentencia plantea también argumentos cuestionables. La jurisprudencia del TJUE se ha manifestado tradicionalmente opuesta a admitir que la Directiva de hábitats otorgue a los Estados miembros un amplio margen de apreciación a la hora de seleccionar los LIC. La Directiva recoge una serie de criterios objetivos para la selección de los LIC, con el fin de que la red sea lo más completa posible. En el caso *Cascina*, el TJUE reitera esta doctrina (25), señalando, además, que cuando los resultados de la vigilancia de la que se encargan dichos Estados miembros bajo el art. 11 de dicha Directiva «llegan a la conclusión de que irremediablemente ya no pueden respetarse esos criterios», «deben formular necesariamente una propuesta de adaptación de la lista de LIC» para hacer que ésta sea nuevamente conforme con dichos criterios. (26) Según el TJUE: «Por tanto, cuando definitivamente un lugar que figure en la lista de LIC ya no sea capaz de contribuir a la consecución de los objetivos de la Directiva 92/43 y, por tanto, ya no esté justificado que dicho lugar siga sometido a las disposiciones de esa Directiva, el Estado miembro de que se trate *estará obligado* a proponer a la Comisión su

---

(23) Asunto C-301/12, apt. 24.

(24) Art. 3.2.

(25) Asunto C-67/99, *Comisión v. Irlanda*, apts. 33-35: «Debe señalarse que, si bien se desprende de las normas relativas al procedimiento de identificación de los lugares que pueden designarse como ZEC, previstas en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva, que los Estados miembros poseen una cierta facultad de apreciación para realizar sus propuestas de lugares, no es menos cierto que, como ha señalado la Comisión, deben efectuarse esta operación con arreglo a los criterios establecidos por la Directiva. A este respecto debe recordarse que, para elaborar un proyecto de lista de lugares de importancia comunitaria que permita el establecimiento de una red ecológica europea coherente de ZEC, la Comisión debe disponer de un inventario exhaustivo de los lugares que, a nivel nacional, posean un interés ecológico pertinente en relación con el objetivo de conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres perseguido por la Directiva. Con este fin, se elabora el inventario con arreglo a los criterios establecidos en el anexo III (etapa 1) de dicha Directiva. Por lo demás, ésta es la única forma posible de alcanzar el objetivo, contemplado en el artículo 3, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva, del mantenimiento o del restablecimiento, en un estado de conservación favorable, de los tipos de hábitats naturales y de los hábitats de especies de que se trate en su área de distribución natural, que puede estar situada a ambos lados de una o varias fronteras interiores de la Comunidad. En efecto, del artículo 1, letras e) e i), de la Directiva, en relación con el artículo 2, apartado 1, se desprende que el estado de conservación favorable de un hábitat natural o de una especie debe apreciarse en relación con el conjunto del territorio europeo de los Estados miembros al que se aplica el Tratado».

(26) Asunto C-301/12, apt. 27.

desclasificación. En efecto, si ese Estado no propusiera esa desclasificación, podría seguir utilizando en vano recursos para la gestión del mismo lugar que resultarían inútiles para la conservación de los hábitats naturales y de las especies. Además, el mantenimiento en la red Natura 2000 de lugares que definitivamente ya no contribuyen a la consecución de dichos objetivos no sería conforme con los requisitos de calidad de esa red» (27).

17. De las afirmaciones del TJUE hay que destacar algunos aspectos conflictivos.
- a) Por una parte, la justificación que llevaría a solicitar la desclasificación, esto es, el incumplimiento irremediable de los criterios de la Directiva. El TJUE establece un límite pero no indica, con la debida claridad, cómo se puede llegar a esta circunstancia. En otras palabras, no hay conexión entre esa situación de incumplimiento «irremediable» a la que se refiere el TJUE con una posible «evolución natural» que abocase a tal estado de cosas, que es el criterio que maneja el art. 9 cuando se refiere a la desclasificación de las ZEC (y tras el asunto *Cascina*, de los LIC) y que, por cierto, es la regla que debe tenerse en cuenta por la Comisión. ¿Implica que tal incumplimiento irremediable puede alcanzarse por actuaciones que no resulten naturales, v.g., un plan de carreteras o de ampliación de un aeropuerto? En el asunto *Cascina* el propietario del LIC solicitó su desclasificación porque entendía que el progresivo aumento del tráfico aéreo procedente del aeropuerto de Malpensa, cuya ampliación había sido aprobada en 1999, había causado, con el tiempo, una progresiva degradación ambiental en su terreno. (28) En este punto, a diferencia de la abogado general, el TJUE no se manifiesta abiertamente en contra de otras causas de deterioro irremediable que no pasasen por la evolución natural que, es necesario reiterar, constituye el único criterio que maneja la Directiva para admitir la desclasificación de una ZEC. En otros términos, la sentencia del TJUE vendría a aceptar que un incumplimiento irremediable de los criterios de la Directiva pueda producirse por decisiones que directa o indirectamente lleven a un deterioro «natural» de un LIC, aunque ciertamente la causa original y eficiente no sea (tan) «natural». Como se ha indicado, la sentencia no se manifiesta de manera tan clara (y coherente) como la abogado general, que había afirmado en sus conclusiones que la petición de decisión prejudicial aportaba dos motivos para una eventual revisión: en primer lugar, la explotación del aeropuerto de Malpensa habría causado una degradación medioambiental en las superficies de que se tratase, y en segundo lugar el terreno se halla en una zona destinada a obras de transformación de carácter «comercial e industrial». Según aquella, «[n]inguna de esas circunstancias es una evolución na-

(27) Asunto C-301/12, apt. 28, cursiva añadida.

(28) El relato de los hechos que hace el TJUE no resulta muy concreto, apts. . Por una parte, señala que el terreno había sido incluido en la lista de LIC mediante la Decisión 2004/798/CE de la Comisión, de 7 de diciembre de 2004, por la que se adopta, de conformidad con la Directiva 92/43/CEE del Consejo, la lista de lugares de importancia comunitaria de la región biogeográfica continental (DO L 382, p. 1). Mediante decreto del ministerio de medio ambiente de 25 de marzo de 2005 el parque natural en el que se ubicaba el LIC fue designado también LIC. El TJUE añade que «[e]ntretanto, el aeropuerto de Milán-Malpensa fue objeto de una ampliación prevista en el plan de ordenación de la zona de Malpensa aprobado por una ley de la Regione Lombardia de 1999. Ese «entretanto» no aclara si tal ampliación se había realizado en el proceso de designación del LIC o posteriormente.



tural, por lo que no pueden justificar un cambio de categoría del terreno como parte de un LIC con arreglo al artículo 9, segunda frase, de la Directiva sobre los hábitats» (29).

- b) Por otra parte, la sentencia del TJUE ofrece un margen a los Estados miembros que no resulta aceptable a la luz de los estrictos términos de la Directiva. En efecto, si se aprecian los hechos del asunto *Cascina*, el propietario del terreno en cuestión se había visto afectado esencialmente por una ampliación del aeropuerto en 1999. Aun asumiendo que el terreno se hubiese visto alterado por esa infraestructura con antelación, la pregunta que cabe hacerse es si un lapso de menos de una década justifica que se pueda admitir un incumplimiento irremediable de los criterios de la Directiva.

18. No obstante lo anterior, el TJUE es consciente en la sentencia de que el criterio del irremediable deterioro ambiental requería mayores precisiones («no todo deterioro de un lugar que figure en la lista de LIC justifica su desclasificación») (30), aunque es posible dudar de que las mismas resulten efectivas.

- a) Que su mera alegación no puede justificar una solicitud de desclasificación, lo que resulta lógico a la luz de elementales requisitos de carga de la prueba.
- b) Que debe tratarse de un deterioro que «haga que dicho lugar sea *irremediablemente inadecuado* para garantizar la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres o la constitución de la red Natura 2000, de modo que *definitivamente* ese mismo lugar ya no pueda contribuir a la consecución de los objetivos de dicha Directiva» (31). Sin embargo, no se aprecia una mayor elaboración de esta noción en la sentencia. Podría argumentarse que no le corresponde al TJUE adoptar una doctrina acabada sobre esta cuestión. Sin embargo, teniendo en cuenta que admite la eventual desclasificación de los LIC, opción que no aparece expresamente en la Directiva, se le podría exigir una mayor precisión respecto de la justificación de la misma. Ciertamente es el TJUE acude en la sentencia a otras garantías que están incluidas en la Directiva, pero estas no tienen por qué resolver o aclarar la cuestión central, que es la de la noción del deterioro que convierta a un lugar en irremediablemente inadecuado para cumplir los objetivos de la Directiva («[e]l incumplimiento por un Estado miembro de esta obligación de protección en relación con un lugar determinado no justifica necesariamente la desclasificación de ese sitio») (32). En efecto, el TJUE acude, por una parte, al art. 6.2 que obliga a los Estados miembros a proteger los LIC adoptando las medidas apropiadas para evitar el deterioro de los hábitats naturales y de las especies que albergan. Por tanto, el incumplimiento no justifica necesariamente la desclasificación de ese sitio. Antes al contrario, puede cuestionar su actuación. Por otra parte, el TJUE afirma

---

(29) Conclusiones, apts. 43-44.

(30) Asunto C-301/12, apt. 31.

(31) Asunto C-301/12, apt. 30, cursiva añadida.

(32) Asunto C-301/12, apt. 32. La abogada general había indicado, apt. 50 de sus Conclusiones, que «[s]i un Estado miembro incumple dicha obligación respecto de una zona, ello no puede justificar el cambio del estatus de protección».

que un lugar que figure en la lista de LIC «sólo puede ser legalmente afectado de modo significativo» por un plan o proyecto incompatible con los objetivos de protección de la Directiva 92/43 si se respetan las reglas del art. 6 (apartados 3 y 4) que, como se sabe, exigen una adecuada evaluación de las repercusiones en el medio ambiente y, en su caso, a la adopción de cuantas medidas compensatorias sean necesarias para su protección. La locución «legalmente afectado», tomada en su literalidad implicaría que el TJUE estaría limitando los supuestos de desclasificación si el deterioro irremediable es producto de proyectos o planes que, debiendo haberse evaluado, no lo fueron. El problema de esta cuestión es que aboca a una casuística probatoria (y causal) de difícil determinación, a pesar de que el TJUE haya declarado que incumbe a las autoridades competentes de un Estado miembro, en el marco de sus competencias, adoptar todas las medidas, generales o particulares, necesarias para que los proyectos sean examinados con el fin de determinar si pueden tener repercusiones importantes sobre el medio ambiente y, en caso afirmativo, para que se sometan a un estudio sobre impacto ambiental y que «la *revocación o suspensión* de una autorización ya concedida con el fin de efectuar una evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente del proyecto en cuestión (...) constituye, dentro de los límites del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, una de estas medidas particulares» (33).

### III.4. La obligación de los Estados miembros de solicitar la desclasificación de un LIC y el derecho de propiedad

#### III.4.1. OBLIGACIÓN DE DESCLASIFICACIÓN

19. La solicitud de desclasificación no es una opción en manos de los Estados miembros sino una obligación (34). En efecto, el TJUE ha afirmado que «cuando definitivamente un lugar que figure en la lista de LIC ya no sea capaz de contribuir a la consecución de los objetivos de la Directiva 92/43 y, por tanto, ya no esté justificado que dicho lugar siga sometido a las disposiciones de esa Directiva, el Estado miembro de que se trate *estará obligado* a proponer a la Comisión su desclasificación» (35). Así como el criterio para justificar una desclasificación suscita problemas, en principio no sucede con otros motivos que esgrime el TJUE en la sentencia para entender que un LIC que no cumpla con los requisitos de la Directiva no deba seguir estando incluido en la lista correspondiente. Según el TJUE, si ese Estado no propusiera esa desclasificación, podría seguir utilizando «en vano» recursos para la gestión del mismo lugar que resultarían inútiles para la conservación de los hábitats naturales y de las especies. Además, el mantenimiento en la red Natura 2000 de lugares que definitivamente ya no contribuyen a la consecución de dichos objetivos no sería conforme con los re-

(33) Asunto C-201/02, *The Queen, a instancia de Delena Wells, v. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, apt. 65; cursiva añadida.

(34) Asunto C-301/12, apt. 29.

(35) Asunto C-301/12, apt. 28.

quisitos de calidad de esa red(36). Este último aserto también puede ser discutible, en la medida en que Natura 2000 no aspira a ser (permítase la expresión) un «club exclusivo» de zonas que reúnan determinadas características, aunque tampoco a incluir a cualesquiera de ellas. En términos más formales, la Directiva 92/43 no persigue solo mantener aquellos hábitats y especies que, en el momento de realizarse las clasificaciones que impone, cumplan con sus requisitos. De ahí que también exija su restablecimiento, lo que cuestiona la solución definitiva de la desclasificación.

### III.4.2. DESCLASIFICACIÓN Y DERECHO DE PROPIEDAD

20. La ausencia de opción a la hora de solicitar la desclasificación de un LIC no tiene que ver solamente con el incumplimiento de los requisitos y criterios que marca la Directiva para su selección. También guarda relación con otra cuestión de interés en el asunto *Cassina*, a saber, el respeto del derecho de propiedad. En efecto, según el TJUE, la obligación que incumbe a los Estados miembros de proponer a la Comisión la desclasificación de un lugar que figura en la lista de LIC, que ha llegado a ser irremediablemente inadecuado para cumplir los objetivos de la Directiva 92/43, «*se impone con más fuerza* cuando dicho lugar incluye un terreno que pertenece a un propietario que por esa inclusión ve limitado el ejercicio del derecho de propiedad, pese a que ya no esté justificado que dicho lugar siga estando sometido a las disposiciones de esta Directiva» (37). Como en otras secciones de la sentencia, el TJUE vuelve a coincidir con las apreciaciones de la abogada general, que había manifestado que lo determinante era el derecho fundamental a la propiedad. En su opinión, la clasificación de las zonas como parte de un LIC «limita las posibilidades de su explotación y, por ende, el derecho de propiedad de los titulares de los terrenos afectados». Por tanto, siempre que se cumplan los requisitos de la protección de la zona, dichas limitaciones a la propiedad en general estarán justificadas por el objetivo de proteger el medio ambiente, pero si con el tiempo dejan de cumplirse, «seguir limitando la explotación de los terrenos constituiría *una vulneración de la propiedad*, cuando en la Unión no pueden admitirse medidas incompatibles con el respeto de los derechos humanos reconocidos de esta manera» (38).

21. Las apreciaciones de la abogada general (asumidas por el TJUE) resultan de interés por varios motivos. El primero, es el del respeto del derecho de propiedad y la forma en que se contrapone con la existencia de un LIC. De manera general hay que indicar que los Tratados no cuestionan la regulación de tal derecho en los Estados miembros(39). El ordenamiento jurídico de la UE tampoco ha adoptado una normativa

---

(36) Estas afirmaciones siguen lo señalado por la abogada general, apt. 38 de sus Conclusiones: «Pero también es lógico reducir la lista cuando una zona deje de estar en condiciones de contribuir a alcanzar los fines de la Directiva sobre los hábitats. En tal caso no hay ningún motivo para seguir sometiendo dicha zona a sus exigencias. No ayudaría a la conservación de especies y hábitats que las autoridades competentes siguiesen dedicando a la gestión de tal zona unos recursos siempre limitados. También podría conducir a malentendidos o errores acerca de la naturaleza de la red Natura 2000 si incluyese zonas que no contribuyen a sus objetivos».

(37) Asunto C-301/12, apt. 29, cursiva añadida.

(38) Conclusiones, apt. 39, cursiva añadida.

(39) Art. 345TFUE.

general sobre la expropiación forzosa de derechos patrimoniales (40), ni ha establecido un principio general por el que se deba compensar por cualquier afección a estos (41). Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y del CEDH (art. 1 del Protocolo 1) (42), el derecho de propiedad no resulta absoluto, por lo que es posible imponer restricciones que no siempre deberán estar acompañadas de compensación (43). Diferentes tipos de actividades pueden estar sujetas a limitaciones. De hecho, el TJUE ha admitido en el asunto C-2/10, *Azienda Agro-Zootecnica Franchini sarl y Eolica di Altamura Srl v. Regione Puglia*, la prohibición de instalación de nuevos aerogeneradores no destinados al autoconsumo en los lugares que formasen parte de la red Natura 2000, pudiendo quedar exentos los aerogeneradores destinados al autoconsumo con una potencia igual o inferior a 20 kW.

22. En el asunto *Cascina* el TJUE también afirma «que mientras el lugar considerado responda por sus cualidades a los requisitos que permitieron su clasificación, *estarán, en principio, justificadas las restricciones al derecho de propiedad* por el objetivo de proteger el medio ambiente pretendido por dicha Directiva» (44). El TJUE emplea la locución «en principio» puesto que su afirmación resulta muy general y habría que calibrar en cada caso de qué tipo de restricción se estaría tratando (a los efectos, en su caso, de que sea indemnizable). No obstante, tal afirmación pone en evidencia que las limitaciones que se establezcan en las zonas de la red Natura 2000 (o en sus aledaños) están justificadas por objetivos de interés general, en el sentido del art. 17 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la doctrina del TEDH. Ahora bien, tal y como se manifiesta la sentencia, la creación de Natura 2000 implicaría una afección sustancial de ese derecho. Sin embargo, pero la designación de LIC no impide el ejercicio del derecho de propiedad o, al menos, de algunas de sus facultades. De hecho, el tercer considerando de la Directiva señala que «dado que su objetivo principal es favorecer el mantenimiento de la biodiversidad al tiempo que se tienen en cuenta las exigencias económicas, sociales, culturales y regionales, la presente Directiva contribuirá a alcanzar el objetivo general de un desarrollo duradero; [y] que el mantenimiento de esta biodiversidad podrá *en determinados casos requerir el mantenimiento, e incluso el estímulo*, de actividades humanas» (45).

23. Ahora bien, la apreciación que realiza el TJUE refleja una contradicción con su postura a la hora de analizar los recursos de anulación contra las clasificaciones de LIC llevadas a cabo por la Comisión bajo el art. 263 TFUE. En efecto, la doctrina general del TJUE ha sido que la decisión de la Comisión tiene, con respecto a todos los interesados, alcance general, ya que se aplica a todos los operadores que, en cualquier concepto, ejercent o pueden ejercer, en los territorios de que se trata, actividades contrarias a los objeti-

(40) Asunto C-309/96, *Annibaldi v. Sindaco del Comune de Guidonia*.

(41) Véanse, por ejemplo los asuntos acumulados C-20/00 and C-64/00, *Booker Aquaculture Ltd, trading as Marine Harvest McConnell and Hydro Seafood GSP Ltd v. The Scottish Ministers*, apt. 85.

(42) LASAGABASTER HERRARTE, I., «Artículo 1 del Protocolo 1» en LASAGABASTER HERRARTE, I., (dir.), *El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (Civitas, Madrid, 2009) 763-799.

(43) Asunto 44/79, *Hauer v. Land Rheinland-Pfalz*.

(44) Asunto C-301/12, apt. 29, cursiva añadida.

(45) Cursiva añadida; véase GARCIA URETA, A., y LAZCANO BROTONS, I., «Instruments for active site management under Natura 2000. Balancing between stakeholders and nature conservation?», en HUBERT-BORN, C., *The Habitats Directive After 20 Years: European Nature's Best Hope?* (Routledge, Londres, 2014) 71-92.

vos de conservación perseguidos por la Directiva sobre los hábitats. La posibilidad de determinar, con mayor o menor precisión, el número e incluso la identidad de los sujetos de Derecho a los que se aplica esa medida no implica en absoluto que se deba considerar a estos sujetos individualmente afectados por dicha medida, siempre que conste que esa aplicación se efectúa en virtud de una situación objetiva de Derecho o de hecho definida por el acto de que se trate. Tal decisión de la Comisión afecta a los demandantes únicamente en la medida en que son titulares de derechos sobre terrenos incluidos en lugares de interés comunitario designados por la Comisión a efectos de la creación de una red ecológica europea coherente de ZEC, es decir, en virtud de una situación objetiva de hecho y de Derecho definida por el acto de que se trata, y no en función de criterios propios de la categoría de propietarios inmobiliarios. Al no haber sido adoptada la Decisión en vista de la situación particular de los propietarios inmobiliarios, no puede ser contemplada como un haz de decisiones individuales dirigidas a cada propietario inmobiliario (46).

24. Sin embargo, en el mismo asunto el abogado general puso de manifiesto una posición distinta (y posiblemente más correcta a la luz de las distintas disposiciones de la Directiva). Según aquel, la decisión de clasificación de la Comisión (objeto del recurso de anulación) produce, por sí misma, consecuencias directas en la situación jurídica de los propietarios inmobiliarios, y ello incluso a falta de medidas de protección adoptadas por el Estado miembro de que se trate. Tal decisión fija definitivamente la posición de la Comisión en cuanto a los lugares de importancia comunitaria de la red Natura 2000 y tiene una naturaleza lesiva al clasificar como lugares de importancia comunitaria terrenos sobre los cuales poseen derechos los propietarios inmobiliarios, esta decisión les priva de la facultad de disponer de ellos libremente. En opinión del abogado general, la decisión tiene como consecuencia añadir a los derechos de los propietarios inmobiliarios nuevas restricciones que no existían cuando éstos los adquirieron y que hacen más difícil su ejercicio. En virtud de la Decisión, los propietarios inmobiliarios no pueden explotar ni vender sus terrenos sin que se tenga en cuenta su clasificación como lugares de importancia comunitaria. El impacto de la Decisión sobre su situación puede pues traducirse en un perjuicio económico y social, debido a la disminución del valor de los terrenos e incluso el cese total o parcial de actividades agrícolas y forestales. Puede igualmente manifestarse a través de una serie de restricciones al ejercicio de las facultades inherentes al derecho de propiedad, ya que, una vez clasificados estos terrenos como lugares de importancia comunitaria, se encuentran gravados con nuevas obligaciones. Además, los Estados miembros están obligados a establecer un régimen de protección de los lugares incluidos en la Decisión, pudiendo prohibir ciertas actividades en el interior de las zonas protegidas, como el desbroce y la deforestación, o limitar los trabajos de construcción y de explotación. En opinión del abogado general, tales medidas constituyen restricciones al ejercicio del derecho de propiedad y están directamente vinculadas a la clasificación como lugares de importancia comunitaria de los terrenos de los propietarios inmobiliarios (47). La sentencia en el asunto *Cascina* confirmaría que esta posición no resultaba irrazonable a la luz del art. 263 TFUE.

25. Otro comentario que hay que hacer a la luz de la sentencia tiene que ver con una cuestión de naturaleza competencial, aunque aquí se percibe que el TJUE no fue

---

(46) Asunto C-362/06 P, *Sahlstedt v. Comisión*, apts. 24-34.

(47) Asunto C-362/06 P, *Sahlstedt v. Comisión*, conclusiones, apts. 67-73.

tan lejos, en principio, como la abogado general, que había afirmado: «[E]s incompatible con una interpretación y aplicación conforme a los derechos fundamentales del artículo 4, apartado 1, cuarta frase, de la Directiva sobre los hábitats *dejar a la libre discreción de las autoridades competentes* el examen de una solicitud fundada del propietario de proponer el cambio de la categoría de un LIC» (48). Ahora bien, el TJUE afirma que si las cualidades de un LIC desaparecen definitivamente, «el mantenimiento de las restricciones al uso de dicho lugar *podría llevar* a una vulneración de ese mismo derecho de propiedad» (49). Obviamente, el TJUE no puede negar de raíz un margen de apreciación a los Estados miembros en relación con la existencia de una pérdida irremediable de las características de un LIC que requiera su desclasificación («es necesario precisar que la mera alegación de un deterioro medioambiental del lugar afectado, invocada por el propietario de un terreno incluido en el mismo, no puede bastar por sí misma para iniciar tal adaptación de la lista de LIC») (50). Por tanto, las solicitudes de los propietarios de terrenos sujetos a Natura 2000 no vinculan a las Administraciones estatales. La aplicación de los criterios que establece el asunto *Cascina* (como los propios que puedan llevar a una clasificación de un LIC) no resultan automáticos, sino que han de verificarse procedimentalmente en cada caso. No obstante, la sentencia sostiene que, una vez calibrada una situación de pérdida definitiva de los valores que hicieron merecedor a un lugar de la categoría de LIC, los Estados miembros deben plantear la desclasificación a la Comisión («el Estado miembro de que se trate *estará obligado* a proponer a la Comisión su desclasificación») (51).

26. Un aspecto que tampoco puede pasar desapercibido de la sentencia en el asunto *Cascina* es el competencial. Puesto que la decisión final sobre los LIC la adopta la Comisión, también corresponde a esta tomarla en relación con su posible desclasificación.

### III.5. La desclasificación de LIC, la distribución competencial interna en los Estados miembros y la garantía de la aplicación de la Directiva

27. Otra de las cuestiones planteadas por el Consejo de Estado italiano tuvo que ver con la distribución interna de competencias entre los entes subestatales y el Estado en relación con las obligaciones de clasificación y, en su caso, desclasificación de la Directiva (arts. 4.1, art. 9 y art. 11). En concreto, la pregunta planteó si estas disposiciones se oponían a una normativa nacional que atribuía únicamente a los entes territoriales la competencia para proponer la adaptación de la lista de LIC y no, ni siquiera subsidiariamente en caso de omisión de actuación de dichos entes, al Estado. La doctrina del TJUE a este respecto discurrió por derroteros ya conocidos, en el sentido de que la Directiva no impone obligaciones a los Estados miembros sin hacer referencia a ninguna distribución competencial de Derecho interno para su cumplimiento. Lo anterior incluye, por tanto, la competencia para proponer la adaptación de la lista de LIC. En estas circunstancias, la designa-

(48) Conclusiones, apt. 40, cursiva añadida.

(49) Asunto C-301/12, apt. 29, cursiva añadida.

(50) Asunto C-301/12, apt. 30.

(51) Asunto C-301/12, apt. 28, cursiva añadida.

ción de las autoridades nacionales competentes encargadas de cumplir con las obligaciones de la Directiva de hábitats se incluye en la facultad de elección de los Estados miembros de acuerdo con la definición de la directiva que da el Tratado (52).

28. Como en otros casos, por tanto, el Derecho de la UE tiene más interés en que las obligaciones de resultado que imponga se logren que a través de qué autoridades se lleven a cabo. Según el TJUE, esta circunstancia implica que «el Derecho de la Unión *no exige* que una competencia subsidiaria del Estado complete la competencia atribuida a entes territoriales para cumplir las obligaciones de dicha Directiva» (53). Además, sigue señalando el TJUE, «las obligaciones que incumben a un Estado miembro en virtud de la misma Directiva y, en particular, la de proponer la adaptación de la lista de LIC, *no implican*, en términos de distribución interna de competencias, *que el Estado deba sustituir, en su caso, la omisión de actuación de los entes territoriales*» (54). Lógicamente, el Estado miembro no queda dispensado de la obligación de garantizar el cumplimiento íntegro de las obligaciones dimanantes de una Directiva frente a la Unión Europea.

#### IV. Comentarios conclusivos

29. Como ha habido ocasión de argumentar en este trabajo, la doctrina del TJUE sobre la desclasificación de los LIC suscita más dudas que certidumbres. Una preliminar pasa por el momento en que cabe tal actuación. En efecto, la sentencia no aclara debidamente si la desclasificación se puede plantear una vez que hayan sido seleccionados por los Estados miembros pero sin que la Comisión haya adoptado la lista definitiva o incluso una vez que esta se haya adoptado. En segundo lugar, la sentencia en el asunto *Cascina* obvia el tenor literal de la Directiva y pone en relación las normas del proceso de selección del art. 4 con la vigilancia (general) de hábitats y especies (art. 11) y sobre todo con el proceso de desclasificación del art. 9, que no menciona a los LIC sino solo a las ZEC. El hecho de que los LIC deban designarse finalmente como ZEC no justifica la conclusión del TJUE de que pueden desclasificarse, cuando la Directiva (art. 9) no contempla tal eventualidad (*inclusio unius exclusio alterius*). En otras palabras, la selección de los LIC está planteada en la Directiva como un proceso para la que la red sea lo más completa posible, pero la desclasificación solo puede realizarse cuando las ZEC hayan sido clasificadas como tales. La obligación de que los Estados miembros deban establecer prioridades en cuanto al proceso de designación final que, según la Directiva, debe durar como máximo seis años, abona esta tesis.

30. Por otra parte, el criterio que emplea el TJUE para justificar la desclasificación, esto es, que el lugar haya dejado irremediamente de cumplir con los requisitos de la Directiva abre una serie de cuestiones no menores. Tomado en su literalidad, implica que la desclasificación solo es posible en casos extremos, que el TJUE omite siquiera citar como ejemplos, v.g., incendios, inundaciones o terremotos. Por otra parte, a diferencia de la abogada general, el TJUE no examina en el asunto planteado si tal situación de incumplimiento irremediable de los criterios de la Directiva puede deberse a actuacio-

---

(52) Asunto C-301/12, apt. 40.

(53) Asunto C-301/12, apt. 43, cursiva añadida.

(54) Asunto C-301/12, apt. 43, cursiva añadida.

nes no naturales sino a proyectos autorizados por los Estados miembros. En efecto, en el asunto, el propietario del terreno había alegado que el aeropuerto y, en particular, su extensión, había «devastado ecológicamente» el lugar en cuestión. En este punto, el TJUE no traza las conexiones que sí sostiene para afirmar que los LIC se pueden desclasificar. En efecto, el art. 9 solo admite tal eventualidad por la evolución «natural» debidamente contrastada. Es cierto que el TJUE alude al mecanismo, entre otros, de evaluación de impacto ambiental, añadiendo que un lugar que figure en la lista de LIC sólo puede ser legalmente afectado de modo significativo por un plan o proyecto incompatible con los objetivos de protección de la Directiva de hábitats si se respetan las reglas enunciadas en el artículo 6, apartados 3 y 4, de dicha Directiva, pero no se puede ignorar que anular autorizaciones de proyectos, sobre todo una vez construidos se presume hartamente complejo. Esta complejidad se plantea también en el caso de demostrar la conexión causal entre uno o varios proyectos y el estado de un LIC que irremediablemente ya no cumpla con los criterios de la Directiva.

31. Una última apreciación a realizar, pero no por ello menos importante, es que la sentencia del TJUE en el asunto *Cascina* parece venir a debilitar su propia doctrina sobre los LIC. En efecto, el TJUE ha rechazado la tesis de que cuando un Estado miembro ha identificado que en un lugar existe un hábitat prioritario y lo incluye en la lista de LIC propuesta a la Comisión, ese lugar deba ser considerado de importancia comunitaria y, por ello, quedar sometido a las medidas de protección a que se refiere, en particular, el art. 6 (apartados 3 y 4) de la Directiva (55). Ahora bien, el TJUE ha añadido que los Estados miembros no pueden autorizar intervenciones que puedan alterar significativamente las características ecológicas de un lugar. Así ocurre, en particular, cuando una intervención conlleva el riesgo de reducir de forma significativa la superficie del lugar, o de provocar la desaparición de especies prioritarias existentes en él o, por último, de tener como resultado la destrucción del lugar o la eliminación de sus características representativas (56). Por tanto, desde el momento en que un Estado miembro propone un lugar en la lista nacional que se remite a la Comisión, como lugar que puede clasificarse como LIC, y al menos hasta que esta última adopte una decisión al respecto, este Estado miembro está obligado a adoptar, en virtud de dicha Directiva, medidas de protección que permitan salvaguardar el citado interés ecológico (57). Cómo compaginar esta doctrina con la posición del TJUE en el caso de la desclasificación de los LIC es una cuestión que queda sin respuesta en el asunto *Cascina*.

Trabajo recibido el 17 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(55) Case C-117/03, *Dragaggi SpA v. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti y Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia*.

(56) Asunto C-244/05, *Bund Naturschutz in Bayern eV v. Freistaat Bayern*, apt. 46. Esta doctrina se aplica también a aquellos lugares que, cumplan los criterios de la Directiva y que deberían haber figurado en la lista a remitir a la Comisión; asunto C-340/10, *Comisión v. Chipre*, apt. 46.

(57) Asunto C-258/11, *Sweetman, Ireland, Attorney General, Minister for the Environment, Heritage and Local Government v. An Bord Pleanála*, apt. 23; véanse los arts 4.2 (tercer párrafo) y 45.8 de la Ley 42/2007.



**LABURPENA:** Lan honek, Europar Batasuneko habitatei buruzko Zuzentarauaren eta Justizia Auzitegiaren gaiari buruzko doktrinaren pean, garrantzi erkideko lekuei ken dakiekeen sailkapena aztertzen du. Iruzkinak Auzitegiak onartutako fokatzeari kritikak egiten dizkio, bereziki, Cascina uzian, balizkotasun hura onartzen baitu, Zuzentarauaren hitzez hitzekoak kontserbazio bereziko guneak bakarrik aipatu arren. Agerian jartzen dira baita ere beste alderdi batzuekiko Auzitegiaren jarrerak dakarren sendotasunik eza, besteak beste, kontserbazio bereziko gune izendatu aurretik garrantzi erkideko lekuen babesarekiko eta garrantzi erkideko lekuen behin betiko zerrenda onartzen duen Batzordearen erabakia aurkartzeko legitimazioarekiko. Azkenik, garrantzi erkideko leku bati sailkapena kentzen zaionean jabetza-eskubideak duen papera ere aztertzen da.

**HITZ GAKOAK:** 2000 Natura Sarea. Hondatzea. Sailkapena kentzea. Jabetza-eskubidea.

**RESUMEN:** Este trabajo examina la posible desclasificación de los lugares de importancia comunitaria (LIC) bajo la Directiva de hábitats de la Unión Europea y la doctrina del Tribunal de Justicia a este respecto. El comentario plantea una serie de críticas al enfoque adoptado por el Tribunal, en particular en el asunto Cascina, en el que se acepta tal eventualidad a pesar del tenor literal de la Directiva, que solo se refiere a las zonas de especial conservación (ZEC). También se ponen en evidencia las inconsistencias que plantea la postura del Tribunal con otros aspectos, tales como la protección de los LIC antes de designarse como ZEC y la legitimación para recurrir la decisión de la Comisión que aprueba la lista definitiva de LIC. Finalmente, se examina el papel del derecho de propiedad en el caso de la desclasificación de un LIC.

**PALABRAS CLAVE:** Red Natura 2000. Deterioro. Desclasificación. Derecho de propiedad.

**ABSTRACT:** This contribution examines the declassification of sites of community importance (SCIs) under the European Union Habitats Directive and the case law of the European Court of Justice. The comment criticizes the approach adopted by the Court, in particular in the Cascina case, which admits that possibility despite the Directive's express wording that only refers to special conservation areas (SCAs). The comment also highlights other inconsistencies derived from the case law such as the provisional protection of SCIs before being designated as SCAs and the locus standi to challenge the Commission's decision adopting the definitive list of SCIs so far rejected by the Court. The comment also examines the role of private ownership in the declassification procedure.

**KEYWORDS:** Natura 2000. Deterioration. Declassification. Private ownership.



# Cuestiones específicas de la ejecución de sentencias urbanísticas que inciden en la protección del medio ambiente. Especial referencia al principio de no regresión del suelo verde urbano

Gemma Geis i Carreras (1)

**Sumario:** I. Planteamiento.—II. El avance hacia el control en la ejecución de las sentencias urbanísticas.—III. Los supuestos más usuales de incidencia medioambiental de la ejecución de las sentencias en materia urbanística.—IV. La protección del medio ambiente integra el suelo verde urbano. IV.1 El principio de no regresión y la protección reforzada del suelo verde urbano en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. IV.2 La aprobación de una validación legislativa para legalizar el proyecto de la Foundation Louis Vuitton en suelo verde urbano.—V. Una nueva causa velada e indeterminada de suspensión de ejecución de sentencias en la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral.—VI. El reconocimiento de la acción pública urbanística como mecanismo de control.—VII. El plazo de caducidad de la ejecución de las sentencias en materia urbanística.—VIII. Más dificultad y duración que imposibilidad de ejecución en la ejecución de sentencias urbanísticas con incidencia ambiental.—IX. El cumplimiento del fallo de la sentencia con afectación ambiental: entre el deber de restauración al estado anterior y la prevención de posibles daños ambientales.—X. Conclusiones.

## I. Planteamiento

La preocupación por la protección en el medio ambiente constituye uno de los ámbitos en los que la doctrina administrativa ha centrado su interés académico. Destacar la pionera obra del profesor Ramón Martín Mateo titulada *Derecho ambiental* que ha sido, es y será un referente para el estudio de la materia(2). Si bien es cierto que la

---

(1) El presente estudio se ha elaborado en el marco del Proyecto de Investigación «Urbanismo sostenible y cambio climático» DER 2011-28408, Grupo de investigación consolidado por la AGAUR (2014-2016), dirigido por Dr. Joan M. Trayter, catedrático de Derecho administrativo de la Universitat de Girona.

(2) MARTÍN MATEO, R., *Derecho ambiental*, Instituto de Estudios de Administración Local, 1977, p. 7. En su presentación el profesor Martín Mateo manifestaba la voluntad con la que había publicado dicha monografía: «La presente monografía pretende, por tanto, realizar un aporte adicional al estudio de las reglas de derecho que la defensa del medio ambiente requiere, dado que, a la postre, sólo por cauces normativos podrá conformarse las actitudes que la disciplina ambiental precisa». Sin duda, constituyó la monografía mucho más que un aporte adicional.

protección del medio ambiente ha sido una preocupación constante que se ha abordado desde distintas ópticas.

Cuando la situación de crisis económica relega de las agendas políticas y de los medios de comunicación la discusión acerca de la protección del medio ambiente, es cuando la academia pierde a dos de sus profesores más comprometidos con la causa ambiental, el profesor Ramón Martín Mateo y Demetrio Loperena Rota, hecho que posibilita la publicación de un estudio dedicado a ambos. Así pues, vaya este trabajo en su memoria y con el compromiso de mantener vigente la atención académica sobre la protección del medio ambiente.

Este estudio tiene como objetivo analizar algunos aspectos controvertidos que surgen de la conexión entre el control jurisdiccional del derecho urbanístico y del derecho del medio ambiente, especialmente, en relación con el derecho a la ejecución de las sentencias.

También se ha creído oportuno analizar fuera del ámbito de la problemática de la ejecución de las sentencias urbanísticas, por su transcendencia práctica y como ejemplo de la imbricación entre urbanismo y medio ambiente, la aplicación del principio de no regresión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. El principio de no regresión en el suelo verde urbano no ha sido tenido en cuenta en la controversia jurídica que ha suscitado el proyecto del museo de la Foundation Louis Vuitton de París.

Hay una cuestión relevante respecto de cada uno de los epígrafes que se desarrollan y es la incidencia que sobre el medio ambiente ocasiona la interpretación de determinadas cuestiones específicas relacionadas con la ejecución de las sentencias urbanísticas. En este sentido, a lo largo del estudio se examinan distintos aspectos procesales como la acción pública o la institución de la caducidad en la fase de ejecución. Las asociaciones ecologistas o de otro tipo, como las vecinales, han acudido a la jurisdicción contencioso-administrativa para impugnar aquellas licencias y planes urbanísticos que consideraban ilegales. En la mayoría de ocasiones, el debate giraba en torno a una posible vulneración del principio de desarrollo sostenible o la afectación al medio ambiente.

Finalmente, otros aspectos que se abordan es la introducción en la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral<sup>(3)</sup> de una causa de suspensión temporal de ejecución de sentencias o la problemática de la restauración ambiental en la ejecución de una sentencia urbanística.

## **II. El avance hacia el control en la ejecución de las sentencias urbanísticas**

Un trabajo acerca de la ejecución de las sentencias y su incidencia medioambiental, entre otros aspectos, debe empezar señalando que la situación de impunidad hacia el control del urbanismo en vía judicial ha terminado, ya sea través de la jurisdicción contencioso-administrativa o la jurisdicción penal, aplicando el principio de ultima ratio. Eso es debido a una evolución en los principios y finalidades de la legislación urbanística. Algunos autores de manera pionera avanzaron respecto de la necesidad de

---

(3) Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

articular en un Estado de Derecho un verdadero sistema de protección del medio ambiente mediante un sistema de control jurisdiccional eficaz.

El profesor Martín Mateo reflexionaba hace más de 10 años sobre los nuevos instrumentos para la tutela del medio ambiente, entre ellos, la participación ciudadana, los controles sociales, las ecoetiquetas, las ecoauditorías y el derecho de acceso a la información medioambiental (4). Algunos de dichos instrumentos resultan de plena actualidad. En este sentido, si bien pueden realizarse muchas críticas respecto la consecución absoluta de dichos postulados, sí puede afirmarse que la situación de impunidad respecto de la protección del medio ambiente y el cumplimiento de las sentencias urbanísticas ha desaparecido. Ello ha sido provocado en gran parte por la labor de los tribunales a través de la jurisprudencia y la toma de atención por parte de la doctrina administrativa que ha manifestado la incidencia en la protección del medio ambiente ante el incumplimiento de las sentencias urbanísticas.

La conexión entre el Derecho ambiental y el Derecho urbanístico es posible porque como expresaba Loperena Rota el Derecho ambiental adolece de una singularidad propia. Para Loperena Rota las normas que dan soporte al Derecho ambiental pertenecen simultáneamente a otros ordenamientos de los que no se separan para constituir esta rama del Derecho administrativo (5).

En último término, y no por ello menos importante, debe señalarse como clave y positiva la incorporación en la legislación española de las directivas en materia medioambiental aprobadas por la Unión Europea que han supuesto un verdadero cauce de control. En el año 2003, el profesor Loperena Rota advertía que el «Derecho ambiental se está globalizando a marchas forzadas. No se trata sólo de poner límites a la contaminación, sino la práctica universalización de principios y conceptos» (6). Las marchas forzadas a las que se refería Loperena Rota siguen vigentes si examinamos el nivel de producción normativa comunitaria en materia ambiental. Resulta clave para la eficacia de las exposiciones de motivos, finalidades y objetivos fijados en las normas que conforman el derecho del medio ambiente, que éstos sean plenamente controlables ante los tribunales de justicia (7).

El profesor Bassols señala que debe anotarse que la influencia del Derecho europeo ha sido protagonizada prioritariamente por las leyes urbanísticas autonómicas (8) y destaca la recepción del principio comunitario de desarrollo territorial y urbano sostenible y la evaluación ambiental en los planes de urbanismo (9).

---

(4) MARTÍN MATEO, Ramón, *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*, Estudios Trivium, 1994, pp. 17 y ss.

(5) LOPERENA ROTA, Demetrio, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Cuadernos Civitas, 1998, pp. 25-26.

(6) LOPERENA ROTA, Demetrio, *Desarrollo sostenible y globalización*, Thomson Aranzadi, 2003, p. 41.

(7) *Vid. Supra., op.cit.*, pp. 126-127. El autor describe las tres etapas. La primera, relativa a que los derechos ambientales son de naturaleza procesal. La segunda, la proliferación de iusambientalistas que abordan la problemática en sus investigaciones. Y, la tercera, considera que se trata una vuelta hacia la teoría general que sostiene que parte del concepto de derecho humano del derecho al medio ambiente y de la posibilidad de determinar el concepto de medio ambiente.

(8) BASSOLS COMA, Martín, «El derecho urbanístico español y el derecho de la unión europea», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* núm. 285, 2013, pp. 16.

(9) *Vid. Supra.*, pp. 17. Destaca la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de la Directiva 2001/42 CE de 27 de junio de 2001 sobre Evaluación ambiental de Planes y Programas que tuvo lugar con la Ley 9/2006 de 28 de abril.

Las políticas públicas de las distintas administraciones públicas con competencias urbanísticas de regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo deben tener como fin común la utilización de dicho recurso conforme al interés general y no puede olvidarse de la trascendencia para las futuras generaciones, en palabras de Martín Mateo «la urbanización no puede desentenderse de la más importante demanda social, la que pretende garantizar la permanencia de vida en nuestro Planeta, logro que a la larga vendría perjudicado por la urbanización y el mal uso de los recursos por estas causas demandados» (10). El conocido como Informe Magrette Auken describía y criticaba severamente la controvertida situación que en materia de política urbanística y medioambiental se estaba produciendo en el Estado español(11).

En el contexto actual puede afirmarse que existe un verdadero control jurisdiccional respecto del cumplimiento de la normativa ambiental. La justicia administrativa es un instrumento de control en el cumplimiento de la legislación urbanística. La política urbanística se rige por el principio de desarrollo territorial y urbano sostenible, al que las políticas públicas de regulación, ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo tendrán como fin común la utilización de dicho recursos conforme al interés general al amparo del artículo 2 del Real Decreto Legislativo 2/2008, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo(12).

### III. Los supuestos más usuales de incidencia medioambiental de la ejecución de las sentencias en materia urbanística

La noción de sentencia urbanística que sostenemos, partiendo de un concepto amplio de urbanismo, pasa por definir a la sentencia urbanística como aquella resolución judicial cuya ejecución implica preferentemente ordenación del territorio, vivienda, urbanismo y medio ambiente —comprendidos estos conceptos de manera armonizada y convergente(13)—. Dicha definición surge de la consideración que urbanismo, ordenación del territorio, vivienda y medio ambiente han avanzado por sendas divergentes cuando debería existir un ordenamiento mínimamente transversal, de tal modo, que no pueden dissociarse las técnicas urbanísticas con las medioambientales.

Hoy en día no plantea controversia justificar la incidencia en el medio ambiental del urbanismo a raíz de la Directiva 2001/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de junio de 2001 relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente. Del conjunto de sentencias urbanísticas se diferencian entre ellas, por su mayor o menor impacto, con el medio ambiente. Así pues, destacaríamos, las sentencias que estiman la nulidad de un plan urbanístico o la mo-

(10) MARTÍN MATEO, Ramón, *La gallina de los huevos de cemento*, Thomson Civitas, 2007, pp. 248.

(11) Informe, de 20 de febrero de 2009, sobre el impacto de la urbanización extensiva en España en los derechos individuales de los ciudadanos europeos, el medio ambiente y la aplicación del Derecho comunitario, con fundamento en determinadas peticiones recibida.

(12) Las leyes urbanísticas autonómicas han incorporado el principio de desarrollo urbanístico sostenible en el artículo 3 de su articulado: en Cataluña, el Decreto legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de urbanismo y en el País Vasco, el artículo 3 del Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo.

(13) GEIS CARRERAS, Gemma, *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, Atelier, Barcelona, 2013, p. 86.

dificación del mismo, por ejemplo, por el cambio de calificación de las suelo verde urbanas. También la nulidad de las licencias de actividades y las licencias de obras, especialmente, cuando se trata de actividades con notoria afectación al medio ambiente, por ejemplo, una industria o un hotel(14).

#### **IV. La protección del medio ambiente integra el suelo verde urbano**

Uno de los aspectos más controvertidos actualmente y que pone de manifiesto la relación entre urbanismo y medio ambiente es la aprobación de modificaciones de planeamiento urbanístico que afectan al suelo verde urbano.

En este punto, advertir que se han dictado distintas sentencias que establecen una doctrina al respecto. Dicha doctrina considera que el planificador urbanístico debe tener presente que el suelo verde urbano se integra en el concepto de medio ambiente urbano, resultando de plena aplicación el artículo 45 de la Constitución española que garantiza el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como, el deber de conservarlo(15).

Las administraciones públicas tienen la obligación de velar por la utilización racional de los recursos públicos con la finalidad de proteger la calidad de vida de los ciudadanos. Sin duda, ésta calidad de vida puede verse trucada o alterada ante la modificación del planeamiento urbanístico que cambia una determinada zona verde de la ciudad. Por este motivo, se analizan los límites en la modificación del planeamiento urbanístico en relación con el suelo verde urbano(16). El análisis a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el suelo verde urbano permitirá establecer una comparación con el caso del proyecto de Museo de la Foundation Louis Vuitton en París que ha finalizado con la aprobación de una validación legislativa considerada constitucional por el Conseil Constitutionnel sin que aparezca como elemento de ponderación el principio de no regresión.

##### **IV.1. El principio de no regresión y la protección reforzada del suelo verde urbano en la jurisprudencia del Tribunal Supremo**

El Tribunal Supremo ha introducido un principio general de protección reforzada de las zonas verdes urbanas a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2011, de 13

---

(14) GEIS CARRERAS, Gemma, *op.cit.*, pp. 86-127. En estas páginas se describen las tipologías de sentencias urbanísticas.

(15) GEIS CARRERAS, Gemma, «Las zonas verdes como zonas especialmente sensibles de la ciudad y el principio de no regresión en el urbanismo sostenible», en *Actas del 4th European Conference on Energy Efficiency and Sustainability in Architecture and Planning*, Ed. Universidad del País Vasco, 2013, pp. 83-91.

(16) LOZANO CUTANDA, Blanca, «Principio de *standstill* versus discrecionalidad administrativa, sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio (recurso de casación n.º 4045/2009), ponente, María del Pilar Teso Gamella), en *Administración y justicia; un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE y Ricardo ALONSO GARCÍA, Thomson Aranzadi, Vol.1, 2012, pp. 1545-1574. Una de las voces más autorizadas en relación con el Derecho del medio ambiente, la profesora LOZANO CUTANDA, analiza minuciosamente los límites del planeamiento urbanístico en el ejercicio de facultades discrecionales en relación el principio de *standstill*.

de junio, en base al principio de no regresión(17), principio medioambiental que por primera vez se aplica al ámbito del derecho urbanístico.

El Tribunal Supremo califica al suelo verde urbano como una zona especialmente sensible de la ciudad(18). Esta interpretación debe tenerse en cuenta por los agentes que participan en el proceso de planificación de las ciudades. En cualquier caso, es una interpretación positiva porque protege a la práctica un aspecto que ya había sido puesto de manifiesto por la doctrina, que la protección del medio ambiente debe integrar el medio ambiente urbano y, en consecuencia, el suelo verde urbano.

El Tribunal Supremo declara la anulación parcial del Plan General de Ordenación Urbana de Sevilla a causa de la ausencia de motivación del cambio de uso de una parte de la zona verde pública destinada a equipamiento educativo con el objetivo de la construir la nueva biblioteca de la Universidad de Sevilla(19). El cambio afectaba a la zona verde denominada como «parque del Prado de San Sebastián». A la vista de la argumentación del Ayuntamiento de Sevilla, el Tribunal Supremo considera insuficiente la motivación aportada por la Universidad de Sevilla y confía que anulado el cambio, el planificador adopte la decisión que resulte más acorde con el interés general.

El suelo verde urbano siempre ha gozado de un régimen jurídico propio y peculiar a fin y efecto de garantizar su mantenimiento e intangibilidad en las ciudades. Para el Tribunal Supremo las zonas verdes urbanas no pueden borrarse del dibujo urbanístico de la ciudad sin que concurran razones poderosas de interés general. La construcción de una biblioteca para la Universidad de Sevilla no es considerada como una causa poderosa de interés general.

El fundamento de la protección del suelo verde urbano parte del principio de no regresión, principio medioambiental aplicado al ámbito del derecho urbanístico, que considera que el suelo verde urbano nace con una clara vocación de permanencia y por ello debe concurrir una poderosa cuestión de interés general ante modificaciones o revisiones de planeamiento urbanístico que las afecten. El uso educativo no es suficiente. El Ayuntamiento de Sevilla reconoce la posibilidad de emplazar la biblioteca en otras ubicaciones de la ciudad. De ahí que el Tribunal Supremo afirme que únicamente aceptaría el cambio de calificación si la biblioteca no pudiera emplazarse en otra ubicación. El Tribunal Supremo pone en valor que el parque forma parte del patrimonio cultural de la ciudad al hallarse en pleno centro histórico y que al amparo del artículo 45 de la Constitución española «las tendencias naturales en la evolución del centro de las

---

(17) LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos en el Derecho Español», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* núm. 20, 2011, pp. 13-27. El profesor López Ramón realiza una breve exposición del significado del principio de no regresión en relación con los derechos humanos que lo enlaza con la protección del medio ambiente. CABELLO MARTÍNEZ, Gabriel, «La aplicación del principio de no regresión en relación con el suelo verde urbano», en *Revista de urbanismo y edificación* núm. 25, 2012, pp. 209-218. El autor expone que en otros países el principio de no regresión o el principio standstill ha sido entendido «efecto trinquete, como intangibilidad de derechos fundamentales o de derechos adquiridos legislativos, o, incluso como principio de carácter irreversible de derechos humanos».

(18) Véase en la presentación de la comunicación defendida como las obras del Tren de Alta Velocidad en Girona afectaban a una de las zonas verdes urbanas centrales de la ciudad de Girona.

(19) CABELLO MARTÍNEZ, Gabriel, *op.cit.*, pp. 209-218. El autor recuerda citando a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que la sensibilidad por la adecuada protección de las zonas verdes no es reciente y cita a la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2000.



ciudades no ha de ser no disminuir la extensión de las suelo verde, es decir, del espacio libre y común para uso y disfrute de todo, que pudiera congestionar y compactar la vida urbana».

El Tribunal Supremo recuerda la imbricación entre urbanismo y medio ambiente, sosteniendo que debe producirse una interiorización más profunda de los valores medioambientales en la ordenación territorial y urbanística hasta hacerlos inescindibles. En base al principio de no regresión supone que establecido en el planeamiento urbanístico una zona verde ésta constituye un mínimo sin retorno, una cláusula de no regresión, a menos que concurra una causa poderosa de interés general. Y, finalmente, advierte que el suelo verde urbano juega un papel importante en la planificación urbana porque hacen habitable y respirable la calle. El suelo verde urbano incrementa las posibilidades de su entorno y aumenta la calidad de vida de los ciudadanos y fomenta la cohesión social. De ahí que se consolide dicha jurisprudencia que protege de forma reforzada el suelo verde urbano ante modificaciones o revisiones de planes urbanísticos amparándose en la íntima conexión entre la calidad de vida de los ciudadanos y la existencia de suelo verde urbano (20).

## **IV.2. La aprobación de una validación legislativa para legalizar el proyecto de la Foundation Louis Vuitton en suelo verde urbano**

El 26 de octubre de 2014 habrá tenido lugar la inauguración del museo de la Foundation Louis Vuitton en París (21). La inauguración será posible gracias a la aprobación de una validación legislativa que el Conseil Constitutionnel ha considerado constitucional (22). La jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la aplicación del principio de no regresión en el suelo verde urbano nos hace dudar de si en nuestro sistema hubiera finalizado del mismo modo. Es decir que el Tribunal Constitucional al enjuiciar la constitucionalidad de la validación legislativa hubiera tenido en cuenta el principio de no regresión entre los derechos y intereses a ponderar. Es por ello que resulta interesante un estudio comparado.

El museo está situado en la área de Boulogne et Vincennes de París, con parques y jardines, y se rige por el *Plan d'occupation des sols de la ville de Paris*, de 20 de noviembre de 1989. La regulación de dicha área está comprendida en el título tres de dicho plan d'occupation bajo el título «*Dispositions applicables a la zone naturelle*». De forma expresa consta que dichos espacios no están destinados a la urbanización, por su propio carácter, por la calidad del valor estético de su paisaje, la necesidad del mantenimiento del equilibrio ecológico y el mantenimiento de espacios naturales para responder a la necesidad de descanso de la población.

---

(20) CABELLO MARTÍNEZ, Gabriel, *op.cit.*, pp. 209-218.

(21) En el siguiente enlace puede accederse a toda la información citada: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2012/2011-224-qpc/decision-n-2011-224-qpc-du-24-fevrier-2012.104935.html>. (última fecha de visualización, 14 de septiembre de 2014).

(22) BOIX PALOP, Andrés, *Las convalidaciones legislativas*, Lustel, 2004, pp. 57 y ss. Respecto de las convalidaciones legislativas véase el riguroso trabajo de BOIX PALOP. En él se analiza el concepto de las convalidaciones legislativas cuyo origen radica en el concepto francés de la validation législative. El autor, entre otros aspectos, analiza la controversia desde la óptica del principio de separación de poderes.

La asociación Coordination pour la sauvegarde du Bois de Boulogne impugnó el permiso de construcción otorgado por el ayuntamiento de París para la construcción de dicho museo. El museo tiene como objetivo la promoción del arte y la cultura, apoyar la creación artística, ampliar el acceso a la mayor cantidad de obras de arte y permitir el impacto de las actividades de creación artística y cultural.

El Ayuntamiento de París modificó el plan local de urbanismo y las disposiciones urbanísticas que afectaban a la zona para permitir la construcción del museo (dispositions relatives à la zone urbaine verte et zone naturelle et forestière qui correspon aux bois de Boulogne et de Vincennes). El permiso para la construcción de dicho edificio alcanzaba los 10.675 m<sup>2</sup>. La Coordination pour la sauvegarde du Bois de Boulogne, entre otras asociaciones, impugnó el acuerdo del Ayuntamiento ante el Conseil d'État y el permiso de construcción ante el tribunal administrativo.

El Conseil Constitutionnel en su Decisión núm. 2011-224, de 24 de febrero de 2012, declaró conforme a la Constitución francesa las disposiciones de la validación legislativa. En concreto, el artículo 10 de la Loi núm. 2011-590 du 26 mai 2011 establece la validación legislativa de las decisiones judiciales que declaran el incumplimiento de la normativa urbanística en la otorgamiento del permiso de construcción (23).

Lo relevante a los efectos de la exposición es la no aplicación del principio de no regresión cuando afecta a una zona verde urbana. El Conseil Constitutionnel argumenta la constitucionalidad de la validación por el interés público que acredita el proyecto de la Foundation Louis Vuitton. Se pone de manifiesto que si bien se sitúa en dominio público enriquece el patrimonio cultural nacional francés y refuerza la atracción turística de la ciudad de París porque pone en valor dicho parque. Tras justificar estos motivos concluye que debe prevalecer el interés general al principio de la cosa juzgada (24).

Por tanto, no se argumenta respecto del posible quebranto del principio de no regresión como elemento de cohesión social y de calidad de vida de los ciudadanos. Se considera que el interés general del museo se justifica por el interés turístico. A mi juicio, las consideraciones ambientales deberían haberse tenido en cuenta.

En relación con las validaciones legislativas la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional se fijó a raíz de la sentencia del Tribunal Constitucional 173/2000 sobre el caso de la Presa de Itoiz (25). La posición del Tribunal Constitucional fue criticada por la doctrina por la ausencia de una interpretación más favorable a la protección del medio ambiente ante la presencia de una validación legislativa. A la vista de lo razonado, parece difícil que el Tribunal Constitucional ante un supuesto como el de la Foundation Louis Vuitton no tuviera en cuenta el principio de no regresión para enjuiciar la constitucionalidad de una validación legislativa.

---

(23) Décision del Conseil Constitutionnel, de 24 de febrero, de 2012. Decisión núm. 2011.224.

(24) En el fundamento 4 y 5 de la Décision del Conseil Constitutionnel es donde se razona sucintamente acerca de la concurrencia y suficiente de dicho interés general prevalega respecto del derecho a la cosa juzgada.

(25) FÉRNANDEZ VALVERDDE, Rafael, «La presa de Itoiz o el comienzo de una historia interminable de validaciones legislativas (Sentencia del Tribunal Constitucional STC 73/2000, de 14 de marzo y sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos STEDH de 27 de abril de 2004), en *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE y Ricardo ALONSO GARCÍA, Vol. 2, 2012, pp. 2863-2890.

## V. Una nueva causa velada e indeterminada de suspensión de ejecución de sentencias en la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral

La Disposición adicional novena de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio (26), de Costas establece una causa velada e indeterminada de suspensión de la ejecución de las sentencias en las instalaciones de depuración de aguas residuales de interés general en dominio público marítimo-terrestre bajo el título siguiente: «Garantía del funcionamiento temporal de determinadas instalaciones de depuración». El legislador ha concretado la causa de suspensión de la ejecución en este supuesto específico bajo los términos siguientes: «1. En atención a las actuales y extraordinarias circunstancias económicas que fuerzan la restricción del gasto público y las inversiones, las instalaciones de depuración de aguas residuales de interés general, construidas en dominio público marítimo-terrestre antes de la entrada en vigor de la presente Ley, que deban ser reubicadas en cumplimiento de una resolución judicial, continuarán temporalmente su actividad, en el mismo emplazamiento, en las condiciones de servicio y explotación que sean necesarias para cumplir con los objetivos medioambientales exigidos por la normativa aplicable. 2. Una vez que las circunstancias económicas lo permitan deberán iniciarse las actuaciones tendentes a la adecuada sustitución de las instalaciones a las que se refiere el apartado anterior, de acuerdo con criterios de sostenibilidad de las inversiones, de modo que queden garantizadas aquellas otras inversiones que resulten imprescindibles para el cumplimiento de las obligaciones exigidas por la normativa europea y estatal en materia de instalaciones de depuración de interés general. 3. La presente disposición no se aplicará en ningún caso, a aquellas instalaciones de depuración de aguas residuales que se encuentren construidas en espacios protegidos o incluidos en la Red Natura 2000». La problemática acerca de las depuradoras de aguas residuales ya estaba prevista en la Ley de Costas de 1988 surgida de la obligación de incluir en los planes hidrológicos de cuenca la ordenación de los vertidos de aguas residuales (27).

El legislador español introduce una causa de suspensión temporal de ejecución de aquellas sentencias cuyo fallo tenga como objeto reubicar las instalaciones de depuración de aguas residuales de interés general construidas en dominio público marítimo-terrestre con la entrada en vigor de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral (28). Sorprenden los términos en que se halla redactada la causa en el sentido que el legislador utiliza conceptos jurídicos indetermi-

---

(26) ARANA GARCÍA, Estanislao, «La Ley de Protección y Uso Sostenible del Litoral: ¿un giro hacia lo desconocido?», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 97, 2013, pp. 21-60.

(27) MARTÍN MATEO, Ramón, *El litoral valenciano*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente. Madrid, 1993, pp. 107-119. En este análisis del litoral valenciano se describen los propósitos de la Ley de Costas de 1998 y, entre ellos, se analiza la obligación de depurar y sus distintos supuestos.

(28) AGUIRRE I FONT, Josep Maria, «El impacto de la Ley de Costas sobre el régimen jurídico del litoral catalán: especial referencia a la reducción del espacio protegido y a las invasiones competenciales», en *Revista Catalana de Dret Públic* núm. 47, 2013, pp. 140-158. Un análisis al impacto de la reforma de la Ley de Costas desde el punto de vista competencial.

nados (29) evocando a las actuales y extraordinarias circunstancias económicas que fuerzan la restricción del gasto público y las inversiones. Los conceptos jurídicos indeterminados son controlables judicialmente y habrá que estar a la posición de los tribunales de lo contencioso-administrativo respecto de la interpretación de «actuaciones y extraordinarias circunstancias económicas».

Del redactado de la Disposición adicional novena no se desprende que haya un plazo de finalización de dicha causa temporal de suspensión de la ejecución. Únicamente señala que «cuando las circunstancias económicas lo permitan» se procederá a las «actuaciones tendentes a la adecuada sustitución de las instalaciones a las que se refiere el apartado anterior». La causa fija como único límite la exclusión del supuesto en aquellas instalaciones de depuración de aguas residuales que se encuentren construidas en espacios protegidos o incluidos en la Red Natura 2000.

A nuestro juicio, la causa temporal de suspensión de la ejecución de determinadas instalaciones de depuración prevista en la Disposición adicional novena puede resultar criticable por distintos motivos.

En primer lugar, dicha Disposición adicional novena no respeta el principio de seguridad jurídica dado que no concreta el plazo máximo en que será vigente dicha causa de suspensión. En segundo lugar, desde el punto de vista de técnica legislativa no parece justificado introducir una causa de suspensión específica de ejecución de una sentencia en una disposición adicional. El profesor Sainz Moreno estableció cual debía ser el contenido de una disposición adicional para asegurar, entre otras consideraciones, la consecución de leyes de calidad. De forma específica, señalaba en relación con las disposiciones adicionales que «las disposiciones adicionales sólo regularán regímenes especiales, dispensas, excepciones y reservas de aplicación de la norma o de algunos de sus preceptos (...) las disposiciones adicionales no regularán modificaciones, adiciones, suspensiones y prórrogas de vigencia de normas contenidas en leyes con un objeto principal distinto al que contienen aquellas disposiciones. Estas regulaciones se incluirán en leyes de modificación separada» (30). Por tanto, es vigente una disposición adicional que regula la suspensión de un derecho fundamental, el derecho a la ejecución de las sentencias, previsto en la Constitución española y desarrollado por los artículos 103 y siguientes de la Ley 29/1998.

En tercer lugar, el artículo 105.1 de la Ley 29/2998 dispone que «No podrá suspenderse el cumplimiento ni declararse la inejecución total o parcial del fallo» a lo que podría interpretarse que la especialidad de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral prevalece respecto de la ley jurisdiccional general a lo que puede argumentarse que contraviene la legislación procesal contencioso-administrativa. En cuarto lugar, a raíz de la Ley de Cantabria 2/2011, de 4 de abril, relativa a los procedimientos de indemnización patrimonial en materia urbanística, a la que el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria planteó una cuestión de inconstitucionalidad porque dicha

(29) GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo, «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», en *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 89, 1996, pp. 69-89.

(30) SAINZ MORENO, Fernando, *La calidad de las leyes*, Parlamento Vasco, 1989, p. 397. ARANA GARCÍA, Estanislao, «La Ley de Protección y Uso Sostenible del Litoral: ¿un giro hacia lo desconocido?», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 97, 2013, pp. 21-60. El profesor ARANA GARCÍA califica en distintos momentos de su trabajo como una «ley muy controvertida tanto des el punto de vista formal, por la deficiente técnica legislativa que utiliza, como desde el punto de vista material, en relación con su contenido».

ley introducía como requisito previo al derribo de lo ilegal que se hubiese procedido al pago de la indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial(31). El Tribunal Constitucional núm. 92/2013(32), de 22 de abril, estimó parcialmente la cuestión de inconstitucionalidad argumentado que la causa de suspensión en la Ley de Cantabria 2/2011 constituye una vulneración del artículo 149.1.16 de la Constitución española, por cuanto se trata de una competencia estatal exclusiva en materia de legislación procesal(33). En el supuesto de la Disposición adicional novena de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral no puede formularse dicha crítica.

Una reflexión distinta merece el análisis de la cuestión de fondo en relación con la posible alteración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a la ejecución de las sentencias del artículo 24 de la Constitución española en una simple disposición adicional.

En este punto, el profesor Martín Rebollo manifestaba que la Sentencia del Tribunal Constitucional no entra a valorar las cuestiones de fondo respecto de la constitucionalidad de introducir una causa de suspensión de la ejecución de un fallo en una ley que no sea la jurisdiccional(34). Cabe recordar, en palabras, de Martín Rebollo «la cuestión o pregunta que cabe hacerse, más allá de los aspectos competenciales, es la siguiente: de haber sido esta Ley una Ley estatal, dictada en el ámbito de sus competencias sobre la legislación procesal, ¿superaría el canon de constitucionalidad? Es decir, ¿resultaría compatible con el art. 24 una regla suspensiva de la ejecución de Sentencias, plasmada en una Ley estatal y semejante a la que consta en el párrafo quinto del apartado 4 de la Ley cántabra de referencia?». La duda sobre la constitucio-

---

(31) Ley 2/2011, de 4 de abril, por la que se modifica la Ley de Cantabria 2/2001, de 25 de junio, de Ordenación Territorial y Régimen Urbanístico del Suelo de Cantabria, en relación con los procedimientos de indemnización patrimonial en materia urbanística. «4. Cuando la lesión se produzca como consecuencia de actuaciones administrativas declaradas ilegales que determinen el derribo de edificaciones, se deberá iniciar el procedimiento, de oficio o a instancia de parte, desde el momento en que se tenga conocimiento fehaciente de la existencia de una resolución judicial o administrativa, firme y definitiva, que establezca la obligación de derribar. Se podrá establecer la cuantía aun antes de la efectiva demolición de los inmuebles, aunque en este caso la efectividad de la indemnización quedará condicionada a la puesta a disposición del inmueble a favor de la Administración obligada a materializar el derribo. El procedimiento para determinar la responsabilidad y su cuantía deberá finalizar y, en su caso, establecer el importe a indemnizar en el plazo de seis meses desde su inicio, en la forma que determina la normativa sobre responsabilidad patrimonial de la Administración. En el plazo de tres meses desde la finalización del procedimiento de determinación de la responsabilidad y de su cuantía, la Administración deberá poner a disposición del perjudicado la cantidad establecida. Sólo se podrá proceder a la demolición cuando haya finalizado el procedimiento de determinación de la responsabilidad patrimonial, se haya establecido en su caso el importe de indemnización y se haya puesto éste a disposición del perjudicado. En todo caso, el Gobierno de Cantabria adoptará todas las medidas precisas para impedir que, como consecuencia de una sentencia que ordene la demolición de una vivienda que constituya el domicilio habitual de un propietario de buena fe, se produzcan situaciones de desamparo, procurando los medios materiales para su realojo provisional inmediato y su traslado».

(32) Sentencia del Tribunal Constitucional, de 22 de abril de 2013. Sala Segunda. Ponente: Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

(33) Para una reflexión más profunda MARTIN REBOLLO, Luis, «Ejecución de sentencias de derribo y técnicas obstruccionistas: (A propósito de la STC 92/2013, de 22 de abril)», en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* núm. 28, 2013, pp. 19-40; ENÉRIZ OLACHEA, Francisco Javier, «Un comentario a la Sentencia 92/2013, de 22 de abril, del Tribunal Constitucional, sobre la suspensión, acordada por una ley autonómica, de la demolición de edificaciones ilegales», en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4, 2013, pp. 63-73; GEIS CARRERAS, Gemma, *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, op.cit., pp. 265-267.

(34) MARTIN REBOLLO, Luis, «Ejecución de sentencias de derribo y técnicas obstruccionistas: (A propósito de la STC 92/2013, de 22 de abril)», op.cit., pp. 20-22.

nalidad de la causa de suspensión temporal de la ejecución de sentencias está justificada a raíz del texto de la disposición adicional de la Ley

Un supuesto parecido se ha producido con la Ley 8/2012, de 29 de junio, de vivienda de Galicia. En este caso, la disposición adicional establecía que el acto administrativo o sentencia firme que determine la anulación del título y conlleve la demolición, implicará la apertura de oficio de un expediente de responsabilidad patrimonial en el que se dilucidará con carácter previo a la demolición, si ha lugar a una indemnización en favor del afectado. Así pues, la redacción de la disposición se ha formulado en términos similares a la Ley cántabra. La reciente sentencia del Tribunal Constitucional núm. 82/2014 estima parcialmente la constitucionalidad de la Ley por la vulneración los mismos preceptos que son objeto de interpretación en su sentencia núm. 92/2013 (35). El propio título de la disposición adicional ya deja patente que la comunidad autónoma ejercita una competencia que no tiene atribuida al amparo del artículo 149.1.18 de la Constitución española (36).

En último término, el coste económico de la ejecución de una sentencia no constituye per se una causa de imposibilidad material o legal de ejecución. La jurisprudencia ha afirmado que el coste económico derivado de la ejecución de una sentencia no constituye una causa de suspensión o de imposibilidad de ejecución al amparo del artículo 105 de la Ley 29/1998.

Así pues, la redacción de la disposición adicional novena de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral es sumamente controvertida. Permite dudar acerca de la constitucionalidad de introducir una causa de suspensión temporal de sentencias fuera de la Ley 29/1998 porque supone una excepción al derecho a la ejecución de las sentencias que forma parte del núcleo del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución española.

## VI. El reconocimiento de la acción pública urbanística como mecanismo de control

La protección del medio ambiente a través de las técnicas urbanísticas ha sido posible gracias al reconocimiento de la acción pública en materia urbanística en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo. En la legislación ambiental no está reconocido el ejercicio de la acción pública para exigir el cumplimiento de la legislación medioambiental (37). En ma-

(35) Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 82/2014, de 28 de mayo de 2014. Sala Segunda. Ponente: Fernando Valdés Dal-Ré.

(36) Un análisis previo a la sentencia del Tribunal Constitucional: PÉREZ NOVOA, Hipólito, «La suspensión de la ejecución de sentencias urbanísticas en la nueva Ley de vivienda de Galicia», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* núm. 284, 2013, pp. 41-71.

(37) LOPERENA ROTA Y BALLESTEROS PINILLA, «El ejercicio de acciones en el orden contencioso-administrativo en defensa del medio ambiente», en *Revista Jurídica de Castilla y León* núm. 26, 2012, pp. 177-210. Los autores exponen las distintas acciones en el orden contencioso-administrativo en defensa del medio ambiente y afirman que cualquier interpretación que la ley haga más restrictiva la legitimación procesal en base al Convenio Aarhus es inconstitucional porque el artículo 24.1 de la Constitución tiene un alcance superior al propio convenio. Y, por otro lado, en palabras de los autores «la tutela judicial del medio ambiente es insignificante en relación con la tutela administrativa a que obliga la Constitución a cada una de las administraciones en su ámbito competencial».

teria urbanística se ha hecho partícipes a los ciudadanos del control del urbanismo con la posibilidad de instar la acción pública. En palabras de COSCULLUELA (38), ha sido positivo porque ha permitido que particulares, asociaciones ecologistas, colegios profesionales y demás hayan ejercitado la acción pública para acudir a los tribunales solicitando el cumplimiento de la legalidad de urbanística. Por ejemplo, la acción pública ante la concesión de una licencias de obras para la construcción de un vertedero, un hotel de gran impacto, un nuevo plan urbanístico con la previsión de un crecimiento demográfico alejado de los parámetros demográficos y de sostenibilidad exigibles (39).

La interpretación que la acción pública en materia urbanística puede ejercitarse en la fase de ejecución de las sentencias urbanísticas constituye verdadero avance hacia la plena ejecución del fallo de la sentencia dado que permite a asociaciones, particulares y demás instar la completa ejecución del fallo si éste no se ejecuta. En este caso, resulta relevante dada la incidencia medioambiental de la mayoría de las sentencias urbanísticas. Dicha interpretación viene acompañada de algunas críticas en relación con el posible abuso de la acción pública o del posible chantaje económico por parte de particulares que desisten de la ejecución previa compensación económica (40). En este sentido, el Tribunal Supremo no ha apreciado supuestos de ejercicio abusivo de la acción pública sentando una jurisprudencia que no recela del ejercicio repetitivo de dicha acción (41).

El ejercicio de la acción pública en materia medioambiental no ha sido reconocido por el legislador, aspecto criticado por parte de la doctrina. La institución de la acción pública está plenamente reconocida en el ámbito urbanístico por la legislación estatal y autonómica porque deviene un instrumento positivo para el control del jurisdiccional del derecho urbanístico y clave para la protección del medio ambiente (42).

---

(38) COSCULLUELA MONTANER, Luis, «Acción pública en materia urbanística», en *Revista de Administración Pública* núm. 71, 1973, pp. 9-57. Destacar en dicho artículo sus reflexiones son de plena actualidad y plenamente aplicable a fecha de hoy. El profesor COSCULLUELA señala los efectos del reconocimiento de la acción pública en materia urbanística en relación con el control de la legalidad y la participación de los ciudadanos, en un contexto de ilegalidades urbanísticas, ya el del año 1973, en sus propias palabras, ya de «De ahí va a resultar el gran peligro de las ilegalidades urbanísticas: empresarios poderosos, mercados especulativas y actuaciones urbanísticas que prometen elevar a la propia Administración de cometidos, a menudo complejos y costosos, son un fácil caldo de cultivo para encontrar una actitud administrativa benevolente en la acción de control del urbanismo. Por ello, el legislador consciente de la gravedad de estos peligros, ha llamado la atención de los ciudadanos para hacerles partícipes, junto a las autoridades competentes, de la función de control del urbanismo moderno».

(39) SALOM PARETS, Aina, «Reflexiones en torno a la limitación del crecimiento urbanístico la importancia del factor poblacional. Referencias al *urban sprawl* en el marco del derecho urbanístico de los Estados Unidos de Norteamérica», en *Revista de Urbanismo y Edificación* núm. 25, 2012, pp. 165-196.

(40) COSCULLUELA MONTANER, Luis, «Acción pública en materia urbanística», en *Revista de Administración Pública* núm. 71, 1973, pp. 9-57. La reticencia de los buscadores de indemnización mediante el ejercicio de la acción pública ya fue objeto de análisis en el artículo del profesor COSCULLUELA.

(41) GEIS CARRERAS, «La legitimación en la fase de ejecución de sentencia para el ejercicio de la acción en materia urbanística (a raíz de la STS de 23 de abril de 2010, JUR 2010/152986)», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* núm. 269, 2011, pp. 99-124.

(42) BASSOLS COMAS, Martín, «El derecho urbanístico español y el derecho de la unión europea», *op.cit.*, pp. 18. El profesor BASSOLS manifiesta que la Ley 27/2006 podrá suplir «aquellos aspectos medioambientales que los propios mecanismos urbanísticos no alcanzaban». Sin embargo, nuestro análisis se ciñe al ámbito de la legislación urbanística.

Del estudio de la jurisprudencia contenciosa-administrativa puede afirmarse que hay una conexión muy elevada entre el ejercicio de la acción pública urbanística y los efectos medioambientales que el acto o disposición impugnada ocasionan para aquellos que sustentan la acción. Debe interpretarse a favor del ejercicio de la acción pública en la fase de ejecución de las sentencias siempre que se persiga el pleno cumplimiento del fallo de una sentencia.

## VII. El plazo de caducidad de la ejecución de las sentencias en materia urbanística

Si la institución de la acción pública en materia urbanística tiene efectos con la protección del medio ambiente a través del control jurisdiccional de la legalidad urbanística es relevante abordar la controversia surgida acerca del plazo de caducidad en la fase de ejecución de las sentencias urbanísticas.

La LJCA no concreta si existe un plazo de prescripción o de caducidad en relación con la fase de ejecución de las sentencias. Sin embargo, se ha considerado que la acción para instar la ejecución forzosa de las sentencias está sometida a un plazo de caducidad. La controversia radica en si debe aplicarse el plazo general de quine años del Código civil o el plazo de cinco años establecido en la Ley de enjuiciamiento civil (43).

La cuestión no era pacífica en la doctrina. Parte de la doctrina procesalista había sostenido la aplicación del artículo 518 de la Ley de enjuiciamiento civil, por lo que consideraba que procedía aplicar un plazo de caducidad de cinco años respecto de la acción de ejecución forzosa del fallo. Por el otro, la doctrina administrativa había mantenido posiciones más favorables a interpretar la aplicación del plazo general de quince años del Código Civil.

Finalmente, la controversia finalizó con distintas sentencias en la que sostiene que debe aplicable el plazo de caducidad general previsto en el artículo 1964 del Código civil, un plazo de quince años para ejercitar la acción de ejecución forzosa. Nuestra postura es favorable a dicha interpretación. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el legislador era consciente de la transcendencia de la protección de la legalidad urbanística en nuestro ordenamiento jurídico de tal modo que incorporó la acción pública para que fuera posible impugnar cualquier acto o disposición en materia urbanística ante la jurisdicción contencioso-administrativa si se apreciaba su incumplimiento. Por lo que resulta coherente y, más si cabe, ateniendo a la conexión entre urbanismo y medio ambiente que se aplique el plazo general de caducidad de quince años para instar la acción forzosa de ejecución del fallo de una sentencia. Así el Tribunal Supremo argumenta (44) «tradicionalmente venimos declarando que la acción para ejercitar acciones y derechos reconocidos en una sentencia judicial firme está sujeta al plazo general de prescripción de quince años establecido en el artículo 1964 del Código civil, según

---

(43) PICO LORENZO, Celsa, «La ejecución de sentencias en el orden contencioso administrativo caduca a los quince años», en *Diario La Ley* núm. 7361, 2010.

(44) Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de diciembre de 2010. Ponente: Pilar Teso Gamella. RJ 2011/709. En relación con el análisis de dicha interpretación, véase: PICO LORENZO, Celsa, «La ejecución de sentencias en el orden contencioso administrativo caduca a los quince años», en *Diario la Ley*, núm. 7361, 2010; GEIS CARRERAS, Gemma, *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, *op.cit.*, 193-194.



dispone el artículo 1971 del mismo. De tal modo que no resulta de aplicación el plazo de caducidad de cinco años previsto en el artículo 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para interponer demanda ejecutiva». Debe especificarse que de la propia interpretación del Tribunal Supremo el plazo general de caducidad se aplicará a cualquier sentencia, sea o no, urbanística. Ahora bien, son notorias para el ámbito concreto del urbanismo y del medio ambiente las consecuencias de dichas jurisprudencia.

Podría considerarse que dicha interpretación puede comportar una situación de inseguridad jurídica que sufrirán las partes obligadas a ejecutar el fallo de la sentencia dado el plazo para instar la ejecución del fallo está sometido a un plazo de caducidad de quince años. Lo que alarga la posibilidad de instar la ejecución forzosa, lo mismo que la posibilidad de que concurra una causa de imposibilidad material o legal de ejecución. En cualquier caso, el artículo 109 de la LJCA establece que mientras no conste en autos la total ejecución de la sentencia se podrá promover incidente de ejecución por la administración pública y demás partes procesales, así como las partes afectadas.

### **VIII. Más dificultad y duración que imposibilidad de ejecución en la ejecución de sentencias urbanísticas con incidencia ambiental**

La concurrencia de un interés público en la ejecución de las sentencias provoca que la simple dificultad en la ejecución no justifique que se aprecie la causa de imposibilidad material de ejecución al amparo del artículo 103.5 de la LJCA. El Tribunal Supremo en dejó patente que (45) (F.J. 9) «No se dictan sentencias y luego se valora si el interés público demanda su cumplimiento y ejecución. El interés público es el cumplimiento del núcleo de la potestad jurisdiccional, constitucionalmente establecido, que demanda que la decisión judicial firme se cumpla, y que las infracciones normativas que se han declarado tengan las consecuencias previstas en la sentencia que se pretenda ejecutar. En este sentido, la presencia del interés público que se invoca en la resolución recurrida no puede subsanar la invalidez apreciada y declarada en una sentencia judicial firme. El interés público no puede esgrimirse para dejar de cumplir una sentencia firme. Concorre, en definitiva, un interés superior que afecta a la propia configuración del Estado de Derecho que exige que lo decidido por los jueces y tribunales se ejecute en sus propios términos». La presencia del interés público en la ejecución de las sentencias de índole urbanística es más acuciante si se ha producido una lesión en el medio ambiente. Veamos dos ejemplos al respecto. La dificultad de ejecutar una sentencia en la que se anula la reclasificación y ordenación de los terrenos situados en el Embalse de Valdecañas, con destino a la construcción de un complejo turístico, «Complejo Turístico de Salud Paisajístico y de Servicios Marina de Isla de Valdecañas» en la provincia de Cáceres. En dicho supuesto se aprobó un proyecto de interés singular que suponía la reclasificación de suelo no urbanizable protegido a suelo urbanizable. Otro supuesto de dificultad pero no imposibilidad de ejecución lo hallamos, además de presentar una sensibilidad especial, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 30 de junio de 2005 (46). El Juzgado del Conten-

(45) Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2011. Ponente: Pilar Teso Gamella. RJ 2012/2286.

(46) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 30 de junio de 2005. Ponente: María del Rosario Cardenal Gómez. RJCA 2005/305.

cioso-Administrativo de Málaga daba por ejecutado el fallo de una sentencia en la que se habían realizado unas obras públicas por parte de la Consejería Provincial de Obras Públicas y Transporte de Málaga en unos terrenos ubicados en vía pecuaria. Pues bien, el fallo obligaba a la Administración a asegurar un paso o trazado alternativo para facilitar el tránsito del ganado hacia un abrevadero. Se trata de un supuesto en la que la materialización del fallo de la sentencia puede resultar dificultosa pero no imposible. La complejidad de las sentencias urbanísticas no permite establecer un listado concreto de supuestos porque la tipología es amplia y transversal.

El supuesto de causa de imposibilidad material de ejecución debe interpretarse restrictivamente (47) y más si cabe cuando existe ésta conexión entre medio ambiente y urbanismo. Las partes obligadas al fallo de la sentencia deberán hallar las medidas concretas para garantizar la plena ejecución del fallo. Será necesario que las distintas administraciones públicas obligadas a colaborar en la ejecución hallen las técnicas oportunas para salvar la dificultad de la ejecución. El fallo estará sometido a un plazo de caducidad, siendo posible que no habiendo transcurrido quince años puede ejecutarse, a posteriori, con la aparición de una nueva técnica.

### **IX. El cumplimiento del fallo de la sentencia con afectación ambiental: entre el deber de restauración al estado anterior y la prevención de posibles daños ambientales**

Una vez la sentencia es firme será el tribunal o juzgado que haya conocido el asunto en primera o única instancia quien decidirá aquellas cuestiones que se le planteen entorno a la ejecución mediante el incidente de ejecución correspondiente. Así pues, mientras no conste en autos la total ejecución en el incidente de ejecución podrá plantearse, sin contrariar el contenido de la sentencia, cuantas cuestiones se consideren oportunas en relación con la ejecución. El artículo 109 de la LJCA delimita las cuestiones que serán objeto del incidente de ejecución a tres, a saber: a) órgano administrativo que ha de responsabilizarse de realizar las actuaciones; b) plazo máximo para su cumplimiento, en atención a las circunstancias que concurran; c) medios con que ha de llevarse a efecto y procedimiento a seguir. La Ley 29/1998 no fija límites respecto de la restauración en la fase de ejecución en sentencias con una notoria incidencia ambiental. Analicemos un caso concreto.

El Tribunal Supremo confirmó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que anulaba la autorización ambiental concedida por la Generalitat de Cataluña para la construcción de un depósito de residuos, de un vertedero. La Generalitat de Cataluña, firme el fallo, ha manifestado su preocupación por los riesgos ambientales existentes ante el inicio del proceso de restauración del vertedero que actualmente alberga dos toneladas de residuos aproximadamente (48).

(47) GEIS CARRERAS, Gemma, *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 203-213.

(48) Se citan las distintas sentencias sobre la anulación de la autorización ambiental del vertedero de Vacamorta, provincia de Girona; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 23 de septiembre de 2011. ROJ 10189/2011. Ponente: Ana Rubira; Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 2014. ROJ 424/2014. Ponente: Eduardo Calvo Rojo. Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de febrero de 2011. ROJ 764/2011. Ponente: María del Pilar Teso Gamella.

En este supuesto de notoria afectación ambiental sería preciso que en el incidente de ejecución, el tribunal tuviera en cuenta que la restauración puede prolongarse el plazo de tiempo necesario atendiendo a criterios técnicos a fin de prevenir posibles daños ambientales (49). No tiene sentido que de apreciarse posibles riesgos ambientales en la restauración de la legalidad no pueda adecuarse la fase de ejecución, sometiéndose a un plazo más extenso de ejecución y a las técnicas que se estimen oportunas para el caso en concreto. Será el tribunal o juez quien deberá analizar a raíz de los informes técnicos que pueda solicitar y los que las partes aporten como puede abordarse la ejecución que, en cualquier caso, pasa por la restauración. La Ley 29/1998 no establece plazos concretos que impidan una restauración por etapas ateniendo a la naturaleza del fallo de la sentencia (50).

La Administración está obligada a cumplir con el fallo de una sentencia. Sin embargo, en ejecución de sentencias de gran envergadura puede presentar un plan de derribo, o en nuestro caso, un plan de restauración que permitirá alargar la ejecución durante el período de tiempo necesario para ejecutar la sentencia y poder sufragar los costes derivados de la ejecución. La Administración realizará una reserva en las partidas presupuestarias correspondientes con el objeto de dar cumplimiento al fallo de la sentencia.

El riesgo de daño ambiental en la ejecución de una sentencia no justifica que se dilate o suspenda el fallo. Cabe recordar que existirá un fundamento jurídico que habrá provocado la ilegalidad del edificio o construcción en cuestión. El fallo de la sentencia deberá ejecutarse con las prevenciones técnicas necesarias para evitar el riesgo de daño ambiental alegado por la parte obligada al fallo. La duración de la ejecución no debe limitar el cumplimiento de la sentencia. De tal modo que el juez o tribunal que ha dictado la sentencia en primera instancia y que tiene el deber de ejecutar la sentencia velará por el cumplimiento de ésta adaptando el proceso de ejecución a las características propias del fallo. La dificultad, duración, coste económico o riesgo de daño ambiental no puede causar la inejecución del fallo. Deberá articularse a través de las técnicas correspondientes un plan de ejecución que vaya dirigido al cumplimiento del fallo de la sentencia y que contenga todas las prevenciones posibles para evitar el riesgo de daño ambiental. Cuestión distinta sería si el riesgo de daño ambien-

---

(49) ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente*, Marcial Pons, 3.ª ed., 2014, 91-105. El autor describe las singularidades de la responsabilidad en el entorno ambiental y se circunscriben a los siguientes: «la relación de causalidad, de causa y efecto, que puede establecerse y omisión del sujeto al que se atribuye la responsabilidad y el daño producido». Más específicamente, en otro de los manuales de referencia en la materia, LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo*, La Ley-Actualidad, 2010, p. 280. Sobre la Directiva 2004/35/EC, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre responsabilidad ambiental en materia de prevención y restauración de los daños ambientales, define los daños al suelo en su artículo 2: «los daños al suelo, es decir, cualquier contaminación del suelo que suponga un riesgo significativo de que se produzcan efectos adversos para la salud humana debidos a la introducción directa o indirecta de sustancias, preparados, organismos o microorganismos en el suelo o el subsuelo». Véase también, LOPERENA ROTA, Demetrio, «Los derechos y daños ambientales (STS, 25 de febrero de 2010, Sala 3.ª, ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzati)», en *Administración y justicia*; un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández /coord., por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE y Ricardo ALONSO GARCÍA, Thomson Aranzadi, Vol.1, 2012, pp. 1509-1518.

(50) CONDE ANTEQUERA, Jesús, «El principio de proporcionalidad en la restauración urbanística. ¿Un caballo de Troya en la seguridad jurídica?», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 91, 2011, pp. 128. Si bien el trabajo trata el principio de proporcionalidad en la restauración urbanística en un procedimiento de disciplina urbanística, sí resultan interesantes las reflexiones que realiza en relación con la reposición de la realidad física alterada como medida legal de restauración en tanto que potestad reglada, objetiva e irrenunciable que tiene atribuida la Administración para garantizar el interés general.

tal es tan elevado que ni las técnicas existentes pudiesen evitar su desaparición. En tal caso, sí podría constituir una causa de imposibilidad material.

## X. Conclusiones

El cumplimiento de la legalidad urbanística y su posterior control jurisdiccional constituyen uno de los instrumentos más eficaces para la protección del medio ambiente dada la imbricación entre urbanismo y medio ambiente.

El suelo verde urbano forma parte del concepto de medio ambiente urbano por lo que goza de una protección reforzada. El principio de no regresión actúa como límite en el ejercicio del *ius variandi* de la administración. La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo pone en valor el suelo verde urbano en tanto garantiza a los ciudadanos el derecho a un medio ambiente digno. El suelo verde urbano se asocia al principio de desarrollo sostenible de las ciudades, al fomento de la cohesión social y al mantenimiento de la calidad de vida de los ciudadanos. Sin lugar a dudas, el principio de no regresión puede tener recorrido más allá del suelo verde urbano. El caso del proyecto de la *Foundation Louis Vuitton* sorprende que en la toma de consideración de la constitucionalidad de la validación legislativa, el *Conseil Constitutionnel* no haya tenido en cuenta la afectación al suelo verde urbano y únicamente pondere el atractivo turístico de la ciudad que considera una cuestión de interés general.

Ahora bien, una visión menos optimista porque restringe un derecho fundamental como es el derecho a la ejecución de las sentencias es Disposición adicional novena de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral. La Disposición adicional novena introduce de manera velada e indeterminada una causa de suspensión temporal de ejecución de las sentencias que tengan por la clausura de las instalaciones de depuración de aguas residuales de interés general en dominio público marítimo-terrestre. Hemos apuntado las distintas críticas formales de técnica legislativa, las relativas al fondo por la indeterminación de los requisitos de la causa y, más especialmente, por la limitación a un derecho fundamental en una disposición adicional de una ley. Dicha disposición presenta dudas acerca su constitucionalidad. Será el Tribunal Constitucional quien podrá enjuiciar la constitucionalidad de dicha disposición.

Cuestión distinta es el control de la ejecución de las sentencias urbanísticas que realizan los tribunales contenciosos-administrativos. La jurisdicción contencioso-administrativa ordinaria ha resuelto favorablemente respecto de cuestiones específicas relacionadas con la ejecución de las sentencias, ya sea en relación con la acción pública urbanística o el plazo de caducidad.

Sin embargo, las sentencias urbanísticas con una mayor incidencia ambiental presentan mayores dificultades, un elevado coste económico o un plazo más extenso de ejecución. Estas circunstancias no constituyen *per se* una causa de imposibilidad material o legal.

Finalmente, se ha tratado un supuesto específico de ejecución de sentencia urbanística en el que la ejecución presenta un riesgo de daño ambiental. En tales casos, serán los técnicos quienes ofrezcan colaboración al juez o magistrado para que determine las condiciones, plazos y prevenciones en la fase de ejecución. La presencia de un riesgo de daño ambiental en la fase de ejecución no justifica la inejecución de la sentencia. El juez o tribunal deberá valorar las posibilidades técnicas de

disminuir el riesgo de daño ambiental y en consecuencia establecer la forma de ejecución.

## Bibliografía

- AGUIRRE I FONT, Josep Maria, «El impacto de la Ley de Costas sobre el régimen jurídico del litoral catalán: especial referencia a la reducción del espacio protegido y a las invasiones competenciales», en *Revista Catalana de Dret Públic* núm. 47.
- ARANA GARCÍA, Estanislao, «La Ley de Protección y Uso Sostenible del Litoral: ¿un giro hacia lo desconocido?», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 97, 2013.
- BASSOLS COMA, Martin, «El Derecho urbanístico español y el derecho de la unión europea», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* núm. 285, 2013.
- CABELLO MARTÍNEZ, Gabriel, «La aplicación del principio de no regresión en relación con el suelo verde urbano», en *Revista de Urbanismo y Edificación* núm. 25, 2012.
- CONDE ANTEQUERA, Jesús, «El principio de proporcionalidad en la restauración urbanística. ¿Un caballo de Troya en la seguridad jurídica?», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 91, 2011.
- COSCULLUELA MONTANER, Luis, «Acción pública en materia urbanística», en *Revista de Administración Pública*, núm. 71, 1973.
- ENÉRIZ OLACHEA, Francisco Javier, «Un comentario a la Sentencia 92/2013, de 22 de abril, del Tribunal Constitucional, sobre la suspensión, acordada por una ley autonómica, de la demolición de edificaciones ilegales», en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 4, 2013.
- ESTEVE PARDO, José, *Derecho del medio ambiente*, Marcial Pons, 3.ªed., 2014.
- FÉRNANDEZ VALVERDE, Rafael, «La presa de Itoiz o el comienzo de una historia interminable de validaciones legislativas (Sentencia del Tribunal Constitucional STC 73/2000, de 14 de marzo y sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos STEDH de 27 de abril de 2004)», en «*Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*», por EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE y Ricardo ALONSO GARCÍA, Vol. 2, 2012.
- GEIS CARRERAS, Gemma, *La ejecución de las sentencias urbanísticas*, Atelier, Barcelona, 2013.
- GEIS CARRERAS, Gemma, «Las suelo verde como zonas especialmente sensibles de la Ciudad y el principio de no regresión en el urbanismo sostenible», en *Actas del 4th European Conference on Energy Efficiency and Sustainability in Architecture and Planning*, Ed. Universidad del País Vasco, 2013.
- LOPERENA ROTA, Demetrio, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Cuadernos Civitas, 1998.
- LOPERENA ROTA, Demetrio, y BALLESTEROS PINILLA «El ejercicio de acciones en el orden contencioso-administrativo en defensa del medio ambiente», en *Revista Jurídica de Castilla y León* núm. 26, 2012.
- LOPERENA ROTA, Demetrio, *Desarrollo sostenible y globalización*. Thomson Aranzadi, 2003.
- LOPERENA ROTA, Demetrio, «Los derechos y los daños ambientales (STS, 25 de febrero de 2010, Sala 3.ª, Sección 3.ª, ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat)», en *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, coord. por Eduardo García de Enterría Martínez-Carande y Ricardo Alonso García, Vol. 1, 2012.
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «El principio de no regresión en la desclasificación de los espacios naturales protegidos», en *Revista Aranzadi de derecho ambiental* núm. 20, 2011.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, *Derecho ambiental administrativo*, La Ley-Actualidad, 2010.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, «Principio de «standstill» versus discrecionalidad administrativa, sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio (recurso de casación n.º 4045/2009), ponente, María del Pilar Teso Gamella)», en *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández /coord. por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA MARTÍNEZ-CARANDE y Ricardo ALONSO GARCÍA*, Thomson Aranzadi, Vol.1, 2012.

- MARTÍN MATEO, R., *Derecho ambiental*, Instituto de estudios de Administración Local, 1977.
- MARTÍN MATEO, Ramón, *La gallina de los huevos de cemento*, Thomson Civitas, 2007.
- MARTÍN MATEO, Ramón, *Nuevos instrumentos para la tutela ambiental*. Estudios Trivium. Madrid.
- MARTÍN MATEO, Ramón, *El litoral valenciano*, Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente. Madrid, 1993.
- MARTÍN REBOLLO, Louis, «Ejecución de sentencias de derribo y técnicas obstruccionistas: (A propósito de la STC 92/2013, de 22 de abril)», en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* núm. 28, 2013.
- MARTÍN VALDIVIA, Salvador M.<sup>a</sup>, «La protección del litoral andaluz y otras medidas urbanísticas de urgencia. Entre la necesidad y el oportunismo», en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* núm. 27, 2013.
- PÉREZ NOVO, Hipólito, «La suspensión de la ejecución de sentencias urbanísticas en la nueva Ley de vivienda de Galicia», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente* núm. 284, 2013.
- PICO LORENZO, Celsa, «La ejecución de sentencias en el orden contencioso administrativo caduca a los quince años», en *Diario la Ley* núm. 7361, 2010.
- SAINZ MORENO, Fernando, *La calidad de las leyes*, Parlamento Vasco, 1989.
- SALOM PARETS, Aina, «Reflexiones en torno a la limitación del crecimiento urbanístico la importancia del factor poblacional. Referencias al urban sprawl en el marco del derecho urbanístico de los Estados Unidos de Norteamérica», en *Revista de urbanismo y edificación* núm. 25, 2012.

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Hirigintza Zuzenbidearen kontrol juridikzionalak eragina du ingurumenaren babesean, biak lotuta baitaude. Ingurumenaren babesean sartzen da hirietako lurzoru berdea. Auzitegi Nagusiaren jurisprudentziarik berrienak hirietako lurzoru berdearen erregresiorik eza garatu du hiri-plangintzaren aldaketan. Hirigintzari buruzko epaiak betearazteak berezitasunak ditu eta horiek eragina dute ingurumenean: adibidez, hirigintza-lan publikoa, betearazte-fasea iraungitzea, epaiak eteteko arrazoi berria itsasertzaren babesari eta erabilerara jasangarriari buruzko maiatzaren 29ko 2/2013 Legean. Epai horiek betearaztea ez da ezinezkoa, konplexua baizik, lehengoratzea zaila delako, luzea, edo ingurumenari kalte egiteko arriskua dagoelako. Betearazteak aurreikusi egin behar ditu ingurumenaren gaineko arriskuak, baina epaia geldiarazi gabe.

**HITZ GAKOAK:** Hirigintza. Ingurumena. Kontrol juridikzionala. Epaiak betearaztea. Hirietako lurzoru berdea. Erregresiorik eza. Egintza publikoa. Iraungipena. Lege-balidazioa. Ingurumena lehengoratzea.

**RESUMEN:** El control jurisdiccional del Derecho urbanístico incide en la protección del medio ambiente dada la imbricación entre ambos. La protección del medio ambiente integra el suelo verde de las ciudades. La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha desarrollado el principio de no regresión del suelo verde urbano como límite en la modificación del planeamiento urbanístico. La ejecución de las sentencias urbanísticas presenta unas especificidades propias que tienen especial incidencia en el medio ambiente, tales como: la acción pública urbanística, la caducidad de la fase de ejecución, la nueva causa de suspensión de ejecución de sentencias en la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral. Dichas sentencias presentan una mayor complejidad que no imposibilidad en la fase de ejecución por su dificultad, duración o riesgo de daño ambiental en la restauración. La ejecución debe prever los posibles riesgos ambientales pero no debe paralizarse el cumplimiento de la sentencia.

**PALABRAS CLAVE:** Urbanismo. Medio ambiente. Control jurisdiccional. Ejecución de sentencias. Suelo verde urbanas. Principio de no regresión. Acción pública. Caducidad. Validación legislativa. Restauración ambiental.

**ABSTRACT:** Judicial review of urban development law has repercussions for environmental protection. Urban green areas are part of the environment and must be protected. The Supreme Court has limited urban development through the principle of non-regression of these urban green areas. Legal controversies surrounding the enforcement of urban development rulings with considerable environmental impact are analyzed. The analysis includes the public urban planning actions taken, the termination of the enforcement phase and the recently suspended enforcement of Coastal Law rulings. The environmental dimension complicates the enforcement phase due to the difficulty, the duration or the possible risk of environmental damage during restoration. Enforcement must take into account these particular features without compromising compliance with the ruling.

**KEYWORDS:** Judicial review of urban development. Environment protection. Urban green areas. Principle of non-regression. Enforcement of urban development rulings. Urban planning actions. Risk of environmental damage during restoration.





# Un giro jurisprudencial histórico: el Tribunal Supremo abandona su doctrina de que en la función pública administrativa no hay que justificar los nombramientos para puestos de libre designación

Rafael Gil Cremades

**Sumario:** I. Un punto de vista sobre el derecho.—II. La sentencia de 30 de septiembre de 2009.—III. Un caso de desviación de poder.—IV. La jurisprudencia consolidada sobre la libre designación.—V. Un cambio jurisprudencial histórico.—VI. La sentencia de 19 de octubre de 2009.—VII. La sentencia de 3 de diciembre de 2012.—VIII. El mal ejemplo del Tribunal de Cuentas.—IX. El primer giro jurisprudencial sobre la potestad discrecional del Consejo General del Poder Judicial (2006-2014).

## I. Un punto de vista sobre el derecho

El juez estadounidense Oliver Wendell Holmes (1841-1935), en la conferencia que dio en 1897 en la Universidad de Boston, comparó los abogados a profetas que vaticinan lo que dirán los jueces sobre los casos de sus clientes; y dedujo de esta comparación que el derecho no es otra cosa que «las profecías de lo que los tribunales harán realmente». (1) Es evidente que el derecho es bastante más que eso. En contra de este concepto de derecho, el abogado en ejercicio durante muchos años y filósofo del derecho H. L. A. Hart (1907-1992) observó, por ejemplo, que «derecho no puede significar simplemente lo que los funcionarios hacen o lo que los tribunales harán, puesto que es menester una norma de derecho para que alguien sea funcionario o juez», y que «la existencia de un tribunal implica la existencia de reglas secundarias que confieren potestad jurisdiccional a una sucesión cambiante de individuos y, con ello, autoridad a sus decisiones». (2) Pero, tal vez, Holmes no pretendió con su famosa fórmula—en cierto modo, una provocación— agotar el contenido de lo jurídico. (3) En cual-

---

(1) *The Path of the Law*, 1897, traducción española —*La senda del derecho*— de José Ignacio Solar Cayón, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 55-60.

(2) *The Concept of Law*, 1961, traducción española —*El concepto de derecho*— de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, pp. 2 y 170.

(3) Es lo que piensa LEITER, Brian: «La pregunta es si su discurso es interpretado razonablemente si se interpreta como una propuesta de análisis del concepto de derecho» (*Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, 2007, traducción española —*Naturalismo y teoría del derecho*— de Giovanni Battista Ratti, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 112).

quier caso, puso el acento sobre un aspecto concreto del funcionamiento del derecho al que, como el propio Hart admitió, sus teorizadores no prestan la atención debida. (4)

Este punto de vista —el de su previsibilidad— estará presente en el siguiente comentario de tres sentencias de la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo, de 30 de septiembre de 2009 (CENDOJ, N.º ROJ 5818/2009, Nicolás Antonio Maurandi Guillén), 19 de octubre de 2009 (N.º ROJ 6608/2009, Pablo Lucas Murillo de la Cueva) y 3 de diciembre de 2012 (N.º ROJ 8373/2012, Vicente Conde Martín de Hijas), que, como se verá, comportan un giro histórico en su discurso sobre los puestos administrativos denominados de libre designación.

## II. La sentencia de 30 de septiembre de 2009

El recurso contencioso-administrativo 28/2006 que resolvió el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de septiembre de 2009 (N.º ROJ 5818/2009) fue interpuesto por un funcionario, perteneciente a uno de los cuerpos superiores del Tribunal de Cuentas, que, por su condición de tal, pudo comparecer por sí mismo ante el Tribunal Supremo sin la asistencia de abogado (Ley 29/1998, art. 23.3). (5) Había solicitado un puesto de subdirector técnico, creado en uno de los departamentos de la sección de fiscalización del Tribunal de Cuentas, que, por el sistema de libre designación, fue adjudicado a una funcionaria del mismo Tribunal, procedente de los cuerpos superiores de las administraciones públicas, que era hermana del consejero de cuentas encargado del departamento. Pidió, sin éxito, al Pleno del Tribunal de Cuentas que anulara esta adjudicación decidida por su Presidente, petición que reiteró ante la Sala 3.ª del Tribunal Supremo.

A partir del expediente administrativo, concretó en la demanda un conjunto de hechos acaecidos a lo largo de más de tres años, pidiendo su recibimiento a prueba; hechos que se pueden narrar así:

- Que la funcionaria seleccionada había sido directora técnica en el departamento del que era responsable su hermano, ante el que algunos de sus funcionarios denunciaron, entre otras cosas, el trato discriminatorio e irrespetuoso de aque-

(4) En un *Postcript* editado póstumamente (1994) por Penelope A. Bulloch y Joseph Raz, que es una respuesta a las críticas de Ronald Dworkin (1931-2013) a sus tesis, Hart se sirvió de la autoridad de Holmes para seguir defendiendo que los tribunales ejercen un cierto poder discrecional para resolver casos no completamente regulados por el derecho, de forma que «muchos casos podrían ser resueltos en cualquier sentido» (traducción española —*Post scriptum al concepto de derecho*— de Rolando Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 58).

(5) Esta excepción de postulación ha desaparecido después, en noviembre de 2012, por considerarla el legislador «un obstáculo a un desenvolvimiento del proceso más ágil y eficaz» (Ley 10/2012, preámbulo, III; y disposición final segunda). El Consejo General del Poder Judicial informó favorablemente esta reforma: «es evidente que la falta de asesoramiento jurídico en el planteamiento y sustentación de cualquier pretensión ante los órganos judiciales puede constituir una tara, tanto para los profanos en Derecho como para los órganos encargados de administrar justicia, máxime en una materia —las denominadas cuestiones de personal— cuya complejidad puede ser importante en ocasiones» (*Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses*, pp. 50-51).

- lla, que había provocado en ellos problemas emocionales de los que tuvieron que ser tratados.
- Que la inspectora-médica del departamento informó a la junta de personal y al comité de seguridad y salud del hostigamiento permanente de que era objeto por parte del consejero de cuentas y de la directora técnica, manifestándoles su deseo de cambiar de departamento.
  - Que esta denuncia de acoso laboral dio lugar a la apertura de una investigación reservada que la comisión de gobierno del Tribunal de Cuentas cerró sin exigir responsabilidad disciplinaria alguna.
  - Que, no obstante, meses después, tanto la funcionaria denunciada como la inspectora-médica dejaron de trabajar en el departamento.
  - Que el paso siguiente fue crear en el mismo departamento un puesto de trabajo mediante la conversión de una plaza de subdirector adjunto (nivel 29) en otra de subdirector (nivel 30).
  - Que este fue el puesto que, por el procedimiento previsto para la libre designación, consiguió la hermana del consejero de cuentas encargado del departamento, a propuesta de este, que, a pesar de su parentesco, no se abstuvo de participar en aquel.

Alegó asimismo desviación de poder, es decir, «ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico» (Ley 29/1998, art. 70.2). Para él, estos hechos evidenciaban cuál había sido el verdadero móvil del acto administrativo litigioso: no el interés general previsto en la ley de «atribuir la plaza al funcionario más adecuado para su desempeño», sino el interés exclusivo de la co-demandada en volver a trabajar en el departamento dirigido por su hermano.

### III. Un caso de desviación de poder

Desde la perspectiva del juez Holmes —vaticinar lo que dirán los jueces sobre el caso— ¿qué posibilidades tenía nuestro funcionario de ganar su pleito frente al Tribunal de Cuentas en los términos en los que lo había planteado? La respuesta a esta pregunta ha de construirse forzosamente a partir de lo mucho que, después de haber sido definida por el legislador en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 (art. 83.3), habían dicho ya los sucesivos magistrados del Tribunal Supremo sobre esa peculiar infracción del ordenamiento jurídico-administrativo que es la desviación de poder. Una desviación que, en este caso, dentro de la gradación establecida por el propio Tribunal Supremo entre sus diferentes supuestos, sería «máxima», en cuanto que, según el recurrente, la administración habría actuado para conseguir un fin contrario al interés público o distinto de él. (6)

---

(6) Sentencia de 4 de abril de 1979 (N.º ROJ 1800/1979, José Luis Martín Herrero), en la que se habla de dos manifestaciones de la desviación de poder: máxima, «consistente en el empleo de potestades administrativas para conseguir fines contrarios al interés público o distintos de él»; y mínima, «consistente en el empleo de potestades administrativas para la consecución de una finalidad de interés público, pero que no es el específicamente asignado al acto tachado de este vicio». En una sentencia anterior, la de 4 de abril de 1972, se había también diferenciado, en términos equivalentes, entre desviaciones absolutas y relativas.

El estado de esta jurisprudencia en 2006, año en que se interpuso el recurso, se encontraba condensado en un texto-marco sobre diferentes aspectos de la desviación de poder, cuya primera versión apareció en dos sentencias de 2 de abril de 1993 (N.º ROJ 13085 y 2246/1993, Melitino García Carrero, FD 9.º), que se reprodujo después de sentencia en sentencia. De esa síntesis interesa destacar aquí tres puntos —sobre los que, precozmente, ya había llamado la atención el administrativista Clavero Arévalo en un comentario de cinco sentencias, todas de 1959— que, poco a poco, a contracorriente, terminaron por ser aceptados por la mayoría de los magistrados del Supremo, sobre todo tras el cambio de régimen político y la entrada en vigor de la Constitución de 1978, en cuyo artículo 106.1 se recoge «el sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican». Puntos en los que se facilitó a los administrados la tarea de alegar y probar, con éxito, la desviación de poder. Una tarea que, por la persistencia durante años de criterios jurisprudenciales indebidamente restrictivos, había devenido imposible en la práctica. Son estos:

1. Que para que se dé la desviación de poder no es preciso que el acto administrativo sea regular y válido en todos los demás elementos distintos de su fin. «Un acto viciado de desviación de poder —defendió Clavero— puede perfectamente haber sido adoptado por una autoridad incompetente, adolecer de defectos formales e incluso quebrantar el contenido material de la legalidad (...) Tal acto, naturalmente, podrá ser anulado por muchas razones, entre otras, por desviación de poder». (7) Lo mismo se dice en el texto-marco de referencia: «la desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto». Justamente lo contrario de lo que sin interrupción habían venido diciendo durante años los sucesivos titulares del Supremo que exigían, en todo caso, un acto administrativo puro salvo en su fin: solo cabe resolver —decían— sobre la desviación de poder cuando no existan otras infracciones legales. Lo más que llegaron a conceder algunos de estos jueces creadores de obstáculos procesales —que, como observó Carmen Chinchilla, «ningún precepto ni principio de nuestro Derecho vigente permiten mantener»— fue un examen subsidiario de la desviación de poder, una vez analizadas las demás infracciones del ordenamiento jurídico. (8) Como en el recurso 28/2006 se alegó la existencia de otra infracción legal, si el Tribunal exigía al recurrente el requisito excluyente de que el acto impugnado fuera aparentemente impecable, solo se habría pronunciado sobre ella, sin tener que examinar si, además, había habido o no desviación de poder. Concretamente, se señalaba en la demanda el defecto formal de que el consejero de cuentas, hermano de la candidata seleccionada, no cumplió con su deber de abstenerse de participar en el procedimiento. Fue él precisamente quien propuso su nombramiento. Se trata de un hecho que no implica necesariamente la invalidez del acto recurrido (Ley 30/1992, art. 28); esta solo se produce si los jueces estiman que la no abstención había predeterminado la resolución del Presidente del Tribunal de Cuentas. Por ello, en la contestación a la demanda, la codemandada insistió en la irrelevancia de dicha intervención. Y,

(7) CLAVERO ARÉVALO, Manuel Francisco, «La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista de Administración Pública*, núm. 30, 1959, pp. 105-129; la cita en pp. 111-112.

(8) CUINCHILLA MARÍN, Carmen, *La desviación de poder*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 194-204.

por otra parte, el mero parentesco no basta, por sí solo, para tener por acreditada la desviación de poder. (9)

Pues bien, el Tribunal Supremo, de no haber cambiado de opinión en este punto, habría comenzado por resolver sobre si la no abstención por parentesco tenía o no fuerza invalidante; solo después, en su caso y subsidiariamente, habría pasado a analizar la verdadera razón del nombramiento.

2. Por otra parte, esta frontera entre infracciones, entre la desviación de poder y el resto de las infracciones, es artificial. Fue trazada sin tener en cuenta aquellos casos —frecuentes— en los que las administraciones infringen el ordenamiento jurídico cabalmente para apartarse de los fines legales que deben justificar sus actuaciones. A ellos se refirió también Clavero Arévalo cuando comentó la sentencia de 1 de diciembre de 1959, sobre la provisión por concurso de una plaza de oficial mayor de ayuntamiento a la que solo podían aspirar los funcionarios que hubieran desempeñado esa plaza u otra análoga. El Tribunal Supremo entendió que únicamente el cargo de secretario municipal podía considerarse análogo al de oficial mayor; por lo que no era posible nombrar a quien solo hubiera desempeñado una jefatura de sección. De haberlo hecho, «se hubiera producido no sólo la infracción jurídica material de la base sexta del concurso, sino una plena desviación de poder». De este texto, Clavero dedujo —tal vez, más allá de su literalidad— que «claramente se observa cómo pueden coexistir vicios heterogéneos de los actos administrativos que sirvan de instrumentos a la desviación de poder» (*ibidem*, p. 112). Insistió en ello otro comentarista coetáneo, el magistrado Carmelo Quintana Redondo: «no hay que olvidar que, en algunos casos, esas infracciones de incompetencia o de falta de forma pueden tener origen en desviación de poder; es decir, haber incurrido en ellas con fines bastardos». (10) La calificación de estos vicios como instrumentales de la desviación de poder reapareció, años después, en otras sentencias. Por ejemplo, en la de 4 de abril de 1972, ya citada. El Tribunal Supremo conoció del caso de un huertano a quien el ayuntamiento había prohibido descargar su fruta en el mercado municipal utilizando su propio personal porque todas las operaciones de carga y descarga las realizaban únicamente los trabajadores de una cooperativa que, sin embargo, no había sido habilitada para ello por un acuerdo de la corporación adoptado en debida forma. Para el Tribunal, la prohibición singular a terceros y la consiguiente desviación del procedimiento previsto en la ley «aparecen como instrumento de una desviación de poder sustancial y absoluta», que consiste en favorecer meros intereses privados —los de la cooperativa—, concretamente, «un monopolio no confesado». Y en una sentencia posterior a la Constitución de 1978 se afirmó también que el vicio de la desviación de poder no aparece asépticamente aislado sino, frecuentemente, enlazado con vicios o infracciones materiales del ordenamiento jurídico que, ca-

---

(9) Sentencia de 19 de noviembre de 1999 (N.º ROJ 7338/1999, Francisco González Navarro) sobre la expropiación de dos fincas próximas e idénticas, una de las cuales —cuya propietaria era hermana del alcalde— fue mucho mejor valorada que la otra. Para el Tribunal Supremo hubo arbitrariedad y discriminación, pero no desviación de poder.

(10) QUINTANA REDONDO, Carmelo, «Desviación de poder. Doctrina del Tribunal Supremo», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 519, 1961, pp. 3-21; la cita en p. 8.

balmente, son medios instrumentales para cometer aquel; por lo que la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no excluye la desviación de poder, antes bien, a veces, la posibilita (sentencia de 30 de noviembre de 1981, N.º ROJ 2077/1981, Pablo García Manzano).<sup>(11)</sup> El Tribunal Supremo resolvió en esta sentencia que en el nombramiento para ocupar una jefatura de negociado había existido un vicio instrumental de la desviación de poder: una desviación de procedimiento que hizo posible que la administración antepusiera el interés personal del nuevo jefe de negociado al interés del servicio, esto es, a la elección para el puesto vacante del funcionario más capacitado, de acuerdo con el principio de mérito y capacidad (Constitución, art. 103.3).

3. Un último punto a destacar del texto jurisprudencial sobre la desviación de poder que aquí se comenta es el que se refiere al tipo de prueba que el Tribunal Supremo iba a exigir a nuestro funcionario. Probar que el Tribunal de Cuentas se había desviado en su actuación del fin legal de elegir al mejor de los candidatos, para que la hermana del consejero de cuentas responsable del departamento volviera a trabajar con este, a pesar de todas las tensiones laborales que aquella había provocado en el pasado, sería para él, sin duda, una carga insoportable en el caso de que se le obligara a aportar una prueba directa de dicha ilegalidad. Su éxito dependía, pues, de lo que pensarán sobre ello los magistrados a quienes, en el reparto de asuntos, correspondiera resolver el caso.

Sobre la prueba de la desviación de poder, el Tribunal Supremo, en una primera etapa, pasó bruscamente de dar por suficiente la convicción que lleguen a tener los jueces sobre su existencia<sup>(12)</sup>, a que, salvo contadas y esporádicas excepciones<sup>(13)</sup>, la mayoría de sus magistrados impusieran una prueba directa de la desviación de poder. Pero, en una segunda etapa, con el advenimiento del Estado constitucional de derecho, esta situación se invirtió. Se fue consolidando, hasta devenir mayoritaria, una jurisprudencia que abre posibilidades pro-

(11) Con este mismo ponente, en una sentencia anterior ya se decía que «nada se opone a la eventual coexistencia de vicios, infracción del Ordenamiento jurídico o ilegalidad genérica en los elementos reglados del acto, producidos precisamente para cubrir una desviación del fin público específico asignado por la norma, con este vicio» (sentencia de 8 de noviembre de 1978, N.º ROJ 1645/1978). Esta frase se repetirá durante años, como una fórmula, en numerosas sentencias, pero de forma tan inexacta que devendrá casi ininteligible: se omitirá de ella «de vicios, infracción del Ordenamiento jurídico o ilegalidad»; y donde se decía «producidos» y «cubrir» se dirá «producido» y «encubrir» (sentencias de 2 de abril de 1993, N.º ROJ 13085/1993; 25 de mayo de 1999, N.º ROJ 3608/1999; 5 de abril de 2000, N.º ROJ 2823/2000; 14 de noviembre de 2000, N.º ROJ 8242/2000; 14 de octubre de 2003, N.º ROJ 6300/2003; 28 de octubre de 2003, N.º ROJ 6675/2003; 22 de diciembre de 2003, N.º ROJ 8402/2003; 20 de abril de 2004, N.º ROJ 2582/2004; 13 de octubre de 2004, N.º ROJ 2582/2004; 13 de octubre de 2004, N.º ROJ 6401/2004; etc.). Es la rutina, sobre la que el penalista Winfried Hassemer apuntó —parece que con ironía— que «el expediente no necesita describir rutinas profesionales, pues lo que éste ya hace es documentarlas» (*Fundamentos de Derecho Penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984, p. 25).

(12) Sentencias de 14 de mayo, 24 de octubre y 1 de diciembre de 1959.

(13) Por ejemplo, sentencias de 3 de febrero de 1967 y 24 de febrero de 1971 (N.º ROJ 2321/1971, Justino Merino Velasco), en las que se habla de presunciones obtenidas, con rigor lógico, de antecedentes acreditados y circunstancias concurrentes; o de que para que pueda estimarse la desviación de poder es necesario que se acrediten o, al menos, se señalen datos de hecho o elementos de comprobación externa capaces de crear, mediante un juicio comparativo, la convicción de que el órgano administrativo se apartó del fin público específico señalado en la ley.

cesales acudiendo, fundamentalmente, a las presunciones judiciales. El origen de este cambio jurisprudencial está en el fundamento jurídico 4.º de dos sentencias de 10 de octubre de 1987 (N.º ROJ 6324 y 10078/1987, Francisco Javier Delgado Barrio), en el que se dijo que «en cuanto a la desviación de poder, siendo generalmente grave la dificultad de una prueba directa, resulta perfectamente viable acudir a las presunciones, que exigen unos datos completamente acreditados —art. 1249 del Código civil— de los que con un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano —art. 1253 del Código civil— derive, en lo que ahora importa, la presunción de un fin distinto del previsto en la norma». Fundamento jurídico que se recogió en el repetido texto-marco de 1993 sobre las características de la desviación de poder.

No previstas en la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, las presunciones judiciales fueron reguladas en el artículo 1253 del Código civil de 1889 como un medio de prueba más, que consistía en deducir un hecho de otro hecho demostrado cuando entre ellos «hay un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano». Este artículo fue derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en la que las presunciones judiciales se regulan fuera de los artículos que se refieren a los medios de prueba. «A partir de un hecho admitido o probado —se dice en su art. 386.1— el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano». Se trata, en otras palabras, de la posible utilización por los jueces del denominado razonamiento presuntivo, basado en la experiencia común, en cómo ocurren las cosas normalmente, en regularidades observadas y comprobadas en numerosas ocasiones, y que conduce a afirmaciones habitualmente ciertas.<sup>(14)</sup> El tribunal que realice este tipo de razonamiento —se dice también en el mismo artículo de la Ley de enjuiciamiento civil— debe incluirlo en la sentencia.

Este recurso a las presunciones ya había favorecido, en 1997, a otro funcionario del Tribunal de Cuentas que, formalmente, había sido removido de un puesto de libre designación por falta de idoneidad. Para él, el verdadero motivo de su cese no era este sino el hecho de haber descubierto, en el ejercicio de sus funciones de fiscalización, graves irregularidades en las cuentas de RENFE y haberlas denunciado a la Fiscalía del Tribunal de Cuentas. Concurría, además, otra circunstancia: que el hermano de uno de sus superiores ocupaba un puesto directivo en RENFE y había tenido contactos con una de las empresas imputadas en su informe. Estos y otros hechos probados, como que las irregularidades denunciadas no se recogieran en el informe definitivo, o que el Ministerio Fiscal viera en los hechos y calificaciones realizados por el actor en su informe-propuesta indicios suficientes para que se promovieran

---

(14) GARCÍA DAMBORENEA, Ricardo, *Uso de razón*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000. En la literatura jurídica: SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel, *Normas de presunción en el Código civil y Ley de arrendamientos urbanos*, Nauta, Barcelona, 1963; GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 1999; ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, Pedro, *La prueba por presunciones*, Comares, Granada, 2007; NIEVA FENOLL, Jordi, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2010; MUÑOZ SABATÉ, Luis, *Summa de probática civil*, La Ley, Madrid, 2.ª edición, 2011.

actuaciones penales, bastaron para convencer a los magistrados del Tribunal Supremo de que el organismo demandado había incurrido en desviación de poder, porque «según constante jurisprudencia, aunque se imputa a quien la aduce la carga de la prueba de su concurrencia, sin embargo esa carga se cumple, y la presunción de validez de los actos administrativos se destruye a estos efectos, mediante presunciones, sin que se exija una prueba directa y plena. Siendo utilizables los indicios razonablemente fundados, y pudiendo modularse las reglas de la carga de la prueba aplicando el criterio de la facilidad de aportación, en virtud del principio de buena fe procesal» (sentencia de 13 de junio de 1997, N.º ROJ 4178/1997, Enrique Cancer Lalanne, FD 4.º). Pero este y otros precedentes similares no tendrían valor alguno en el caso de que el recurso 28/2006 cayera en manos de los pocos magistrados del Tribunal Supremo que todavía no se contentaban con presumir como muy probable una desviación de poder. (15) Dependía, pues, del juez natural que le tocara en suerte al recurrente.

#### IV. La jurisprudencia consolidada sobre la libre designación

Como queda dicho, la funcionaria codemandada había sido nombrada subdirectora por el Presidente del Tribunal de Cuentas a propuesta de su hermano, que era el titular de la unidad a la que estaba adscrito el puesto de libre designación en litigio; propuesta que no acompañó con el informe exigido por la ley en el que debió explicar por qué tuvo preferencia por su hermana [Ley 30/1992, art. 54. 1. f) y 2]. Esta falta absoluta de motivación del acto de nombramiento no la mencionó, sin embargo, el recurrente en la demanda. Tal vez porque de haberlo hecho no le hubiera servido de nada. No se puede olvidar que tanto el titular de la potestad reglamentaria, el Gobierno, como los titulares de la función jurisdiccional, los jueces, habían obrado al unísono para neutralizar la obligación legal de motivar todos los actos que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales —entre ellos, por tanto, los relativos a la provisión de puestos de libre designación y a la remoción de ellos—, y acreditar en los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva los fundamentos de la resolución, vigente desde 1992. (16)

(15) Por ejemplo, en tres sentencias de 17 de septiembre de 1992 se afirmó que la desviación de poder hay que probarla «de forma indudable» (N.º ROJ 6875, 6888 y 15754/1992, Mariano Baena del Alcázar, FD 4.º). En 1993, a dos funcionarios que habían sido trasladados a otro destino, con pérdida del derecho a vivienda gratuita, y que entendieron que este acto no había sido decidido por necesidades del servicio sino para resolver una situación conflictiva de la que existía constancia documental en el expediente, el Tribunal Supremo les contestó que ese indicio no era suficiente: para acreditar una desviación de poder no basta «ni una presunción subjetiva, ni tampoco la existencia de indicios racionales»; es necesaria «una prueba concluyente» (sentencias de 3 de febrero de 1993, N.º ROJ 12459 y 13820/1993, Mariano Baena del Alcázar, FD 2.º). Y en la sentencia de 21 de octubre de 2003 dijo igualmente que quien invoca una desviación de poder ha «de probar debidamente su existencia, sin que sean suficientes simples indicios o argumentaciones, ya que se requiere prueba plena de que la potestad administrativa (la de control de precios, en este caso) se ejerció para finalidades diferentes a las establecidas» [N.º ROJ 6474/2003, Jaime Rouanet Moscardó, FD 3.º B)].

(16) Resumen a continuación lo que sobre ello dije en mi libro *La imparcialidad en la función pública*, Reus, Madrid, 2008, pp. 59-78, 140-145, 178-185, 318-338.



El Gobierno, en 1995, concretó esta obligación legal en el Reglamento general de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración general del Estado, estableciendo, por una parte, que las resoluciones de nombramiento para puestos de libre designación se motivarán con referencia al cumplimiento por parte del candidato elegido de los requisitos y especificaciones exigidos en la convocatoria, y la competencia para proceder a él, debiéndose acreditar en todo caso, como fundamento de la resolución adoptada, la observancia del procedimiento debido; y, por otra parte, que la motivación de las resoluciones de remoción de los funcionarios nombrados para tales puestos se referirá a la competencia para adoptarlas (Real Decreto 364/1995, arts. 56 y 58). Según esto, como los superiores competentes no tienen que expresar las razones que justifican su decisión, los funcionarios, en cuanto a su derecho a una carrera profesional, quedan a merced de aquellos. De esta forma, por vía reglamentaria, la obligación legal de motivar resulta reducida a un sucedáneo, una caricatura, de lo que, por definición, tiene que ser la justificación de algo.

Por su parte, el Tribunal Supremo, antes y después de este Reglamento de 1995, interpretó siempre los puestos de libre designación como de confianza. La libre designación/remoción es un acto discrecional basado exclusivamente en la confianza/desconfianza que inspira a su autor un determinado funcionario. Una confianza, por tanto, de tipo personal, cuya necesidad el Tribunal Supremo justificó echando mano de distintas cosas. Por ejemplo, de la potestad de organización de la Administración; de los principios del funcionamiento administrativo, como el de eficacia en el cumplimiento de los objetivos fijados, o el de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos. Una confianza subjetiva, interna, que no se tiene que explicar públicamente. La carrera profesional de un funcionario puede no depender, por tanto, de los méritos y experiencia debidamente contrastados y evaluados en una competición con otros funcionarios, sino simplemente de una arcana «razón de Administración» que se resume en la confianza secreta que en él tenga, o no tenga, quien tiene la competencia de nombrar o remover. Nombramiento y remoción que serían actos administrativos que se justifican por sí mismos, porque sí. El Tribunal Supremo habló incluso de confianza ideológica, política, que sería una consecuencia inevitable de la alternancia en el poder. Consideró, por ejemplo, que el cambio del Ejecutivo en una comunidad autónoma justifica, sin más, la remoción de funcionarios de carrera que ocupan puestos de libre designación. Por otra parte, al introducir en la libre designación esta nota de la confianza, que es la que se utiliza en la ley para definir el denominado personal eventual, vino a asimilar estos funcionarios a un personal, por definición, netamente político, que, al servicio directo del titular de un cargo político, desempeña funciones de confianza y asesoramiento especial, cuyo nombramiento y remoción son libres. (17)

---

(17) En la sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2010 (N.º ROJ 6348/2010, Nicolás Antonio Maurandi Guillén) —posterior, pues, al giro jurisprudencial de 2009 del que se hablará en el apartado V— se rechaza esta asimilación. Frente al criterio de un gobierno autonómico de establecer en una relación de puestos de trabajo el sistema de libre designación para la provisión de una jefatura de servicio porque entre el titular del órgano y el jefe del servicio debe existir una relación especial de confianza, el Tribunal entiende que «la confianza no puede ser el único o principal elemento caracterizador de los puestos reservados a los funcionarios de carrera que tienen establecido el sistema de provisión de libre designación, por ser ello contrario al principio de profesionalización proclamado en nuestro actual ordenamiento administrativo y, también, por tener tal elemento su normal aplicación en la diferente figura del personal eventual» (FD 6.º).

De hecho, los políticos han considerado los puestos de libre designación como un botón del que se han servido con demasiada frecuencia para colocar en ellos a funcionarios afines. (18)

Y nada verdaderamente decisivo dijo el Tribunal Constitucional para que semejante situación cambiara. Es cierto que, para él, la confianza tenía que ser obviamente profesional; que el sistema de libre designación no atribuía al órgano de decisión una especie de poder omnímodo a fin de decidir como tenga por conveniente; que siempre era posible alegar ante los jueces una eventual desviación de poder; o que, en el plano de la constitucionalidad, la libre facultad de cese —implícita en la de libre nombramiento— queda limitada por el respeto a los derechos fundamentales. (19) Pero este discurso resultó escasamente eficaz frente a la oposición cerrada de las administraciones a una motivación expresa y suficiente, que, con contadas excepciones, jueces y estudiosos justificaron mecánicamente año tras año, no solo en el caso de los funcionarios comprendidos en el estatuto general sino también en el de los funcionarios con estatuto específico como los fiscales y jueces. (20) En palabras del juez O. W. Holmes, una situación como esta, de bloqueo argumentativo, en la que «las ideas resultan enquistadas en frases y a partir de entonces dejan de ser analizadas durante un largo periodo de tiempo, es una desgracia del Derecho». (21)

Habrà que esperar hasta el año 2006 —el año en que se admitió el primero de los contenciosos que aquí se comentan— para que nazca una nueva jurisprudencia sobre este tipo de nombramientos, en la que el Tribunal Supremo va a decir justo lo contrario de lo que hasta entonces había dicho indefectiblemente. Pero solo respecto de los nombramientos para los cargos superiores de la carrera judicial. Este giro jurisprudencial —parcial— se produjo en la sentencia de 29 de mayo, del Pleno de la Sala de lo contencioso-administrativo (N.º ROJ 3171/2006, Ramón Trillo Torres), sobre el nombramiento por el Consejo General del Poder Judicial del Presidente de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que fue anulado porque, contra lo previsto en la Ley orgánica del poder judicial, no lo había motivado. En concreto, porque en el informe de su

(18) Olivier Schrameck, que fue embajador de Francia en nuestro país de 2002 a 2005, observó con asombro que «el sistema político-administrativo español es, de forma muy masiva y sin vergüenza alguna, un “sistema de despojos” (...) Durante las semanas que siguen a una alternancia, la mayor parte de los directores son sustituidos, y, poco después, a numerosos subdirectores les espera la misma suerte.» (*Dans l'ombre de la République. Les cabinets ministériels*, Dalloz, Paris, 2006, p. 184). Un ejemplo: según un Informe de la Organización profesional de inspectores de Hacienda del Estado, publicado en 2014, la Agencia estatal tributaria, en sus 21 años de existencia, ha cambiado de director general 11 veces, y cada cambio en su dirección ha comportado el relevo de unos 220 cargos de confianza.

(19) Es cierto igualmente que, según el Tribunal Constitucional, los principios de mérito, capacidad e igualdad quedan suficientemente cubiertos con la garantía de la publicidad de la convocatoria para la provisión —que no acceso a la función pública— de los puestos de trabajo por el sistema de libre designación. Vino a justificar así el desarrollo reglamentario *contra legem* del artículo 56 del Real Decreto 364/1995.

En su *Derecho de la función pública*, Miguel Sánchez Morón consideró acertada y adecuada esta disposición reglamentaria «pues las razones de confianza que se hallan en el fondo de la decisión deben presumirse, salvo prueba en contrario (STS de 10 de enero de 1997)» [3.ª edición, 2001, p. 166]. Esta opinión ha desaparecido en su 7.ª edición de 2013.

(20) Criticaron, por ejemplo, esta interpretación consolidada los magistrados Francisco González Navarro y Vicente Conde Martín de Hijas; y los estudiosos Raúl Bocanegra Sierra, Alejandro Huergero Lora, Mariano Bacigalupo Saggese, Juan Igartua Salaverria y quien esto escribe.

(21) Voto discrepante en el caso *Hyde v. United States*, 1912 (*Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, traducción de César Arjona Sebastià, Lustel, Madrid, 2006, pp. 102 y ss.).

Comisión de Calificación no se exponían los criterios y razones que habían guiado la selección de los candidatos y la consiguiente propuesta. De este modo, el Tribunal Supremo, consciente y explícitamente, abandonó su doctrina consolidada según la cual los nombramientos discrecionales para cargos jurisdiccionales no había que motivarlos porque eran cargos de confianza personal y hasta política, y afirmó la naturaleza estrictamente profesional de esa confianza, que «no puede entenderse basada en apreciaciones de oportunidad política, afinidad personal o adscripción ideológica, sino en razones exclusivas de aptitud profesional para el desempeño del puesto, (...) que en todo caso deberán ser explicables desde la perspectiva de los principios constitucionales de mérito y capacidad, (...) entendido el primero en el sentido de valores ya acontecidos y acreditados en el currículum del candidato, y el segundo en el de aptitudes específicas de desempeño eficaz del destino pretendido». En el plano constitucional, esta referencia a los principios de mérito y capacidad (art. 103.3 de la Constitución) fue reiterada por el mismo Pleno en su sentencia de 27 de noviembre de 2007 (N.º ROJ 8911/2007, Nicolás Antonio Maurandi Guillén, FD 8.º), en la que volvió a anular, por falta de motivación, otros nombramientos del Consejo General del Poder Judicial, añadiendo a ella la cita de sus artículos 9.3, interdicción de la arbitrariedad, y 23.2, el derecho de todos los aspirantes a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos.(22) Mas este reconocimiento tardío de que, con arreglo a la Constitución y la ley, los puestos de provisión discrecional o libre deben ser ocupados por los funcionarios solo porque se confía en sus méritos profesionales y se les juzga capaces de desempeñar con eficacia las funciones que se les encomiendan, no fue más allá del colectivo de los magistrados. Tanto en la citada sentencia 3171/2006, de 29 de mayo, como en otra de la misma fecha (N.º ROJ 3897/2006, José Manuel Sieira Miguez), se excluyó expresamente al resto de los funcionarios de

---

(22) Mucho antes, a contracorriente, con una honradez interpretativa digna de admiración, el magistrado del Tribunal Supremo Francisco González Navarro, que fue ponente de las sentencias de 29 de septiembre de 1988 y 16 de enero de 1989, ya defendió, frente al criterio del Consejo General del Poder Judicial que se consideraba con poderes discrecionales para rechazar, sin motivación alguna, la propuesta de nombramiento de magistrados suplentes hecha por la Sala de Gobierno de una Audiencia Territorial, que «las llamadas decisiones discrecionales —y ninguna decisión administrativa lo es de manera total en democracia— han de ser motivadas. Lo contrario chocaría en preceptos de rango constitucional como los siguientes: artículo 9.1 —sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico— ; el artículo 9.3 —interdicción de la arbitrariedad— ; artículo 103 —sujeción plena a la ley y, además, al derecho que es previo a aquélla— ; artículo 23.2 y artículo 103.3 —principio de mérito y capacidad en el acceso a los cargos públicos— « (Aranzadi 1447/1990, FJ 6.º, y 9859/1989, FJ 4.º).

Y en un voto particular a dos sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 11 de enero de 1997 (N.º ROJ 37 y 47/1997, Manuel Goded Miranda), el magistrado Vicente Conde Martín de Hijas discrepó abiertamente de la opinión de la mayoría citando el principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad, que obliga a expresar «las razones de hecho y de derecho que evidencien que el ejercicio de la potestad administrativa (...) se adecua a criterios de razonabilidad y de juridicidad», no bastando, por ello, la mera referencia a los preceptos en los que se atribuye esa potestad discrecional, o a los trámites del procedimiento, para entender satisfecha la exigencia legal de motivación. Afirmar lo contrario «es impropio de un Estado de derecho, en el que está constitucionalmente vedada la arbitrariedad». La teoría de la mayoría —concluyó— «viene a consolidar rasgos autoritarios, que creía llamados a desaparecer en el actual marco constitucional y legal derivado».

De la jurisprudencia emanada de otros órganos jurisdiccionales puede citarse la sentencia de 3 de marzo de 2006, dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo de Ciudad Real, en la que se anuló un nombramiento de libre designación, entre otros motivos, por no haber sido motivado. Esta sentencia —como se verá más adelante en el apartado VI— fue confirmada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en la sentencia de 11 de julio de 2007, contra la que la Diputación Provincial de Ciudad Real interpuso recurso de casación en interés de la ley.

la nueva doctrina jurisprudencial. Para todos ellos se sigue hablando de confianza «basada en apreciaciones de oportunidad política, afinidad personal o adscripción ideológica», que no es preciso justificar; y se racionaliza esta opción con apelaciones retóricas a la libertad organizativa, la excelencia, la eficiencia, etc., que ningún trabajo empírico respalda.

## V. Un cambio jurisprudencial histórico

El pronóstico de que la falta de motivación de la propuesta de nombramiento, de haber sido alegada, no habría pesado gran cosa en la balanza de la justicia a la hora de decidir si, realmente, el Presidente del Tribunal de Cuentas había beneficiado indebidamente y arbitrariamente a la funcionaria nombrada subdirectora general, resultó, para bien del recurrente, un pronóstico fallido. (23) Esta vez, de forma sorpresiva, fueron los propios magistrados de la sección contenciosa a la que correspondió el asunto los que insistieron con énfasis en este hecho.

En efecto, la decisión del litigio que se construye en la sentencia 5818/2009, a partir de su fundamento de derecho cuarto, arranca de la siguiente afirmación: la nueva doctrina del Pleno de lo contencioso que se contiene en las referidas sentencias 3171/2006 y 8911/2007 sobre los nombramientos discrecionales para cargos jurisdiccionales, según la cual hay que motivarlos, «es trasladable» a los nombramientos de funcionarios para que ocupen puestos de libre designación. Es decir, estos también deben motivarse. En concreto, deben precisarse en ellos, por un lado, los méritos que, teniendo en cuenta la singularidad de la plaza convocada, «han sido considerados prioritarios para decidir la preferencia determinante del nombramiento», y, por otro lado, las circunstancias concretas por las que se considera que la persona nombrada tiene un nivel de mérito y capacidad superior al de los demás candidatos. Las razones de esta extensión del giro jurisprudencial expreso que supuso la exigencia de justificación de los nombramientos discrecionales en el ámbito de la justicia a los nombramientos de disposición libre del resto de los funcionarios son, como reitera el Tribunal, de naturaleza constitucional Tanto la discrecionalidad con que se efectúan los primeros como la libertad de disposición de los segundos no son absolutas. Han de ejercerse dentro del marco delimitado por tres líneas constitucionales que no deben franquearse: la prohibición de la arbitrariedad, el derecho de los funcionarios a no ser discriminados en su carrera profesional, y los principios de mérito y capacidad (Constitución, arts. 9.3, 23.2 y 103.3). No es posible, pues, seguir manteniendo la contraposición tajante que en este punto estableció la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo en Pleno entre el estatuto de los jueces y el de los demás funcionarios cuando excluyó a estos últimos de su nueva doctrina sobre nombramientos. Ya dentro de ese Pleno cuatro magistrados —opuestos, por lo demás, a que se abandonara la jurisprudencia de siempre— pusieron de manifiesto la inconsecuencia en que incurría la mayoría partidaria del cambio de criterio al dejar fuera a la función pública adminis-

---

(23) Un enfoque interesante de la desviación de poder a partir de los principios jurídicos que limitan el ejercicio de un poder público, como el de igualdad de trato, que es incompatible con un beneficio indebido o un daño injustificado, en ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid, 2.ª edición 2006, pp. 91-113.

trativa, pues, argumentaron, también en esta, con arreglo a la Constitución, los elementos determinantes de cualquier nombramiento han de ser siempre el mérito y la capacidad. Las razones de tipo gerencial —la eficacia, la eficiencia, la discrecionalidad y la excelencia— invocadas entonces por esa mayoría para justificar un giro jurisprudencial de aplicación solo parcial, aunque respetables y oportunas desde el punto de vista de una mejor organización administrativa, deben concretarse, en cualquier supuesto, en el correspondiente informe-propuesta. Ante imperativos no solo constitucionales, como los citados, sino también puramente legales —desde, por lo menos, la Ley 30/1992 no se debió consentir un ejercicio opaco, no razonado, de la discrecionalidad administrativa— tales justificaciones técnicas no pueden permanecer ocultas en el fuero interno de quien interviene en el nombramiento; deben poder ser conocidas. Sólo así un eventual control judicial del uso que se ha hecho de la libertad de designación puede tener lugar sin dificultades insuperables.

En el caso que aquí se analiza, el hecho de que no se acreditaran en el procedimiento los fundamentos de la resolución adoptada pesó lógicamente de forma particular en el fallo de un Tribunal que inauguraba con esta sentencia un nuevo entendimiento de la libre designación ajustado a la Constitución y a la ley. Por otra parte, junto a este hecho, quedaron probados documentalmente los hechos alegados. Algunos de ellos incluso fueron admitidos por los demandados. Se acreditaron tanto las tensiones laborales que habían existido antes de la convocatoria como la no abstención, por razón de parentesco, del autor del informe-propuesta. Este incumplimiento del deber de abstención fue considerado causa de anulabilidad, dada la relevancia que en la sentencia adquiere el trámite del informe que ha de emitir el titular del centro, organismo o unidad a que está adscrito el puesto: «es un elemento —se dice en el FD 5.º— muy importante en el procedimiento de libre designación, pues está dirigido a ofrecer la información sobre las características del puesto que resulta necesaria para definir los criterios que deben decidir el nombramiento». Para el Tribunal Supremo la conclusión de todo ello no podía ser otra que la estimación de la desviación de poder en los propios términos en que había sido denunciada: el procedimiento de selección se había utilizado no para el fin de interés público de elegir al aspirante más idóneo sino solo para satisfacer el interés personal de la codemandada en volver a trabajar en una unidad dependiente de la consejería de cuentas cuyo titular era su hermano. Un caso evidente de nepotismo.

Por otra parte, se afirma expresamente en la sentencia que no puede considerarse cumplida la exigencia legal de que queden «acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte» (Ley 30/1992, art. 54.2), cuando en esta, o en el informe-propuesta, solo se haga referencia al cumplimiento por el candidato elegido de los requisitos y especificaciones exigidos en la convocatoria, y a la competencia para proceder al nombramiento, que es lo único que se exige en el art. 52.2 del Reglamento aprobado por Real Decreto 364/1995. Para que el nombramiento por el procedimiento de libre designación pueda considerarse suficientemente motivado deben precisarse en él, aparte de esos datos puramente formales, los «criterios de interés general elegidos como prioritarios para decidir el nombramiento; y cuáles son las cualidades o condiciones personales y profesionales que han sido consideradas en el funcionario nombrado para apreciar que aquellos criterios concurren en él en mayor medida que en el resto de los solicitantes» (FD 5.º). Se trata, sin duda, de un pronunciamiento importante, de alcance general, y hasta normativo. Aunque es un lugar co-

mún afirmar que la jurisprudencia no es fuente del derecho, en casos como este puede decirse de ella que tiene una clara «trascendencia normativa», según la expresión utilizada por el propio Tribunal Supremo. (24) En cualquier caso, no estaría de más que el Gobierno cumpliera esta vez la Ley 30/1992 modificando el citado Real Decreto 364/1995 de acuerdo con lo que se exige en esta sentencia. Ganaríamos seguridad jurídica. Esto fue lo que con prontitud, hizo el Consejo General del Poder Judicial, en 2008, para ajustar su Reglamento de organización y funcionamiento de 1986 al giro jurisprudencial que en materia de nombramientos para cargos judiciales se produjo en las sentencias del Pleno de lo contencioso del Tribunal Supremo 3171/2006, 7378/2006 y 8911/2007, del que este nuevo giro jurisprudencial sobre la libre designación trae causa. (25)

## VI. La sentencia de 19 de octubre de 2009

Del mismo modo que «una golondrina no hace verano», tampoco una sola sentencia del Tribunal Supremo hace doctrina jurisprudencial. Esto es lo que dijo la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo en una lejana sentencia de 1946, y desde entonces no ha dejado de repetirlo: para que se pueda hablar de doctrina del Tribunal Supremo se requieren, al menos, dos sentencias conformes. (26) En el caso del giro jurisprudencial que significó la sentencia de 30 de septiembre de 2009 (N.º ROJ 5818/2009), que se acaba de analizar, (27) este requisito se cumplió, solo unos días después, con la sentencia de 19 de octubre de 2009 (N.º ROJ 6608/2009, Pablo María Lucas Murillo de la Cueva), en la que la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo resolvió el recurso de casación en interés de la ley interpuesto por la Diputación Provincial de Ciudad Real contra la sentencia, de 11 de julio de 2007, de la Sala de lo contencioso del Tribunal Superior de

(24) BLASCO GASCÓ, Francisco de P., *La norma jurisprudencial (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 45-48.

(25) Esta jurisprudencia se recogió fielmente en la modificación de los arts. 46, 74, 75 y 76 del Reglamento 1/1986, de 22 de abril, de organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial (Acuerdo de 25 de junio de 2008 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, *BOE* n.º 166/2008, de 10 de julio de 2008). Los citados artículos 74 a 76 fueron derogados en la disposición derogatoria única.2 del Acuerdo de 25 de febrero de 2010 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial por el que se aprobó el Reglamento 1/2010 sobre la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos judiciales (*BOE* n.º 56, de 5 de marzo de 2010), en el que se regula detalladamente el contenido de dichos artículos dentro siempre de la misma línea jurisprudencial consolidada.

(26) Sobre esta regla y sus excepciones, BLASCO GASCÓ, Francisco de P., *La norma jurisprudencial (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pp. 48-51. Una crítica de este criterio tradicional, en XIOL RÍOS, Juan Antonio, «La jurisprudencia según distintos paradigmas de la ciencia jurídica», en GIMENO SENDRA, Vicente (Director), *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 552-554.

En el Anteproyecto de Ley orgánica del Poder Judicial, informado por el Consejo de Ministros el 4 de abril de 2014, se entiende por doctrina reiterada del Tribunal Supremo «la contenida en dos o más sentencias de la misma Sala del Tribunal Supremo» [art. 31.1.a)].

(27) Existe otra sentencia de la misma fecha, 30 de septiembre de 2009 (N.º ROJ 5912/2009, Pablo María Lucas Murillo de la Cueva), en la que se admite que la Administración pueda declarar desierta la provisión de un puesto de libre designación, sin perjuicio de que este acto pueda ser combatido jurisdiccionalmente, «para lo que será fundamental el examen de la motivación en que la Administración debe apoyar su decisión, como indicamos en la sentencia que en esta misma fecha hemos dictado en el recurso 28/2006» (FD 4.º), que es la 5818/2009.

Justicia de Castilla-La Mancha. Se trataba de la provisión, por el procedimiento de libre designación, de la Vicesecretaría General de la Diputación, que este Tribunal —confirmando en apelación el fallo del Juzgado de lo contencioso de Ciudad Real— había anulado, entre otras razones, por la falta absoluta de motivación del nombramiento —al no exponerse en él las razones que llevaron a la elección del candidato elegido y a rechazar a la otra aspirante— y por apreciar que había existido desviación de poder. De acuerdo con los presupuestos que han de darse conjuntamente para que se pueda utilizar el recurso de casación en interés de la ley, la Diputación calificó esta interpretación de la libre designación de gravemente dañosa para el interés general, y de errónea. Gravemente dañosa para el interés general, porque los cargos de libre designación «son una pieza fundamental del engranaje de la Administración en la prestación de los servicios públicos e influyen directamente en la consecución de los fines públicos que en cada momento se plantee conseguir la autoridad administrativa que tenga competencia para su nombramiento». Errónea, por dos razones principales: primera, en los Reales Decretos 364/1995 y 1732/1994 sobre la provisión de puestos de trabajo dentro de la Administración general del Estado y de los reservados a funcionarios locales con habilitación de carácter nacional, respectivamente, no se exige tal motivación; segunda, porque se apartaba de la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo en la que tampoco se obligaba a justificar la elección para un puesto considerado de confianza. Argumentación, sin duda, impecable en el momento en que se expresó (16 de noviembre de 2007). Solo que, por una parte, tanto el Juzgado como el Tribunal Superior de Justicia podían aplicar la ley con independencia, sin sentirse vinculados a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo; (28) y, por otra parte, cuando se presentó el recurso el Pleno de la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo ya había dicho lo contrario en la sentencia de 29 de mayo de 2006 (N.º ROJ 3171/2006). Aunque es verdad que este giro jurisprudencial no iba más allá de los nombramientos discrecionales de la judicatura, pues quedaban excluidos de la nueva interpretación los de libre designación en la función pública administrativa, y que, a

---

(28) Sobre los partidarios de que esta autonomía en el ejercicio de la función jurisdiccional desaparezca mediante la imposición por ley del valor vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y el recorte que ello supondría de la independencia de los jueces integrados en los órganos jurisdiccionales de grados inferiores, ORTELLS RAMOS, Manuel, «El Tribunal Supremo español: un tribunal en busca de identidad», en GIMENO SENDRA, Vicente (Director), *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación*, Iustel, Madrid, 2007, pp. 31-106. En contra de la Propuesta de reforma de la Ley orgánica del Poder Judicial elaborada por una Comisión institucional creada *ad hoc* en marzo de 2012, en la que se preveía la posibilidad de desviarse del criterio jurisprudencial uniforme del Tribunal Supremo siempre que se haga por «razones objetivas que nunca podrán consistir en el mero desacuerdo con la interpretación mantenida por aquel» (Versión final de 20 de febrero de 2013, art. 31.1), en el Anteproyecto de Ley orgánica del Poder Judicial, informado por el Consejo de Ministros el 4 de abril de 2014, se habilitó a los Plenos de las distintas Salas del Tribunal Supremo para que delimiten, dentro de su jurisprudencia, la que ha de ser vinculante para los jueces y tribunales; y se reguló el procedimiento para la fijación de esa doctrina jurisprudencial vinculante (art. 32). La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo consideró inconveniente esta nueva fuente del derecho, y propuso que se sustituyera por una cláusula «sobre la necesidad de interpretar las leyes y demás normas que componen el ordenamiento jurídico de conformidad con la jurisprudencia sin perjuicio de que los Jueces puedan separarse de la misma de forma motivada» (Informe de 3 de junio de 2014, pp. 35-36). El Consejo General del Poder Judicial incorporó en su informe, de 27 de junio de 2014, esta opinión negativa del Supremo, y, por su parte, observó que no se había previsto control alguno sobre el ejercicio por el Tribunal Supremo de esta nueva función no jurisdiccional (p. 61, 130). El Consejo Fiscal criticó la creación de «prescripciones generales y abstractas a partir de consideraciones jurídicas realizadas siempre a partir de un caso concreto y al margen del ejercicio estricto de la jurisdicción» (Informe de 25 de junio de 2014, p. 41).

corto plazo, no era previsible un abandono de la interpretación consagrada, sucedió, sin embargo, que solo unos días antes de que se fallara este recurso de casación en interés de la ley el Tribunal Supremo había considerado «trasladable» su nuevo criterio al procedimiento de libre designación en la sentencia de 30 de septiembre de 2009 (recurso 28/2006), de la que en esta de 19 de octubre de 2009 se reproduce íntegramente su fundamento de derecho 5.º. En consecuencia —concluyó el Tribunal— no incurrió en error la sentencia cuestionada del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha. Se confirmaba así el abandono de un añejo lugar común de la jurisprudencia suprema, repetido de forma mecánica: que en la función pública administrativa no hay que justificar los nombramientos para puestos de libre designación. Un giro jurisprudencial histórico.

## VII. La sentencia de 3 de diciembre de 2012

La segunda confirmación de este giro se produjo en 2012 con la sentencia de la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo de 3 de diciembre (N.º ROJ 8373/2012, Vicente Conde Martín de Hijas), resolutoria de un litigio en el que la parte demandada fue de nuevo el Tribunal de Cuentas. En cuanto a la parte demandante, esta vez no fue un solitario funcionario de los cuerpos superiores propios del Tribunal de Cuentas, sino la Asociación creada en 1979 para defender los intereses profesionales de funcionarios pertenecientes a los cuerpos de letrados y auditores del Tribunal de Cuentas (arts. 1 y 3 de sus estatutos), (29) que recurrió en lo contencioso (recurso n.º 339/2012)

(29) No era esta su primera batalla jurídica a favor de sus afiliados y, en último término, de toda la función pública superior propia de este Tribunal. En 2004, por ejemplo, se dirigió a su Pleno pidiéndole que, de conformidad con lo previsto en su Ley de funcionamiento [Ley 7/1988, arts. 3.h) y 91.3 y 4], adscribiera en exclusiva determinadas funciones y puestos de trabajo a sus letrados y auditores. La petición fue estimada fundada y remitida a una comisión *ad hoc* para estudio y propuesta (acuerdo de 25 de marzo de 2004). Pasados más de tres años sin que este acuerdo se ejecutara, la Asociación interpuso recurso contencioso-administrativo (n.º 557/2007) contra la inactividad del Pleno, pidiendo que se declarase que este estaba obligado a modificar la relación de puestos de trabajo del Tribunal de Cuentas para reservar en exclusiva a sus letrados y auditores aquellos cuyas funciones se correspondan con la formación específica exigida para acceder a dichos cuerpos. El recurso fue estimado. El Pleno del Tribunal de Cuentas debía cumplir su propio acuerdo (sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de mayo de 2009, N.º ROJ 3474/2009, Pablo María Lucas Murillo de la Cueva). Contra esta sentencia condenatoria, siete funcionarios al servicio del Tribunal de Cuentas, no asociados, y la Asociación de funcionarios de cuerpos superiores al servicio del Tribunal de Cuentas promovieron sendos incidentes de nulidad de actuaciones que fueron desestimados (auto de 2 de noviembre de 2009, N.º ROJ 15847/2009). Por su parte, ante el incumplimiento por el Pleno del Tribunal de Cuentas de su acuerdo de 25 de marzo de 2004, la Asociación de cuerpos superiores de letrados y auditores del Tribunal de Cuentas, el 15 de octubre de 2009, instó el correspondiente incidente de ejecución, consiguiendo un requerimiento al Tribunal de Cuentas para que concretara cuándo iba a cumplir la sentencia (auto de 7 de mayo de 2010, N.º ROJ 7160/2010). Nuevos incidentes se sucedieron con nuevos plazos de ejecución y apercibimiento de que, si no se cumplía completamente el fallo, se adoptarían «las medidas necesarias para lograr la efectividad de lo mandado» (autos de 9 de enero y 28 de septiembre de 2012). Entretanto, en julio de 2012, las Cortes Generales designaron los doce Consejeros de Cuentas (BOE n.º 174, de 21 de julio de 2012). Este nuevo Pleno del Tribunal de Cuentas, por acuerdo de 29 de octubre de 2012, aunque procedió a realizar las adscripciones exigidas, no las incorporó a la relación de puestos de trabajo, por lo que el Tribunal Supremo consideró que la sentencia no había sido ejecutada plenamente, y abrió otro plazo de dos meses para hacerlo (auto de 18 de febrero de 2013, N.º ROJ 1814/2013). El Tribunal de Cuentas, dentro del plazo que se le había concedido, aprobó la nueva relación de puestos de trabajo, y el Tribunal Supremo tuvo por ejecutada la sentencia de 7 de mayo de 2009, no sin antes expresar su malestar por el inaceptable comportamiento del Tribunal de Cuentas con la siguiente reprimenda: «No puede considerarse, desde luego, ejemplar la actuación del Tribunal de Cuentas. Ha tardado casi cuatro



la resolución del Pleno del Tribunal de Cuentas, de 29 de marzo de 2012, por la que se desestimó el recurso de alzada por ella interpuesto contra la adjudicación, por el procedimiento de libre designación, de dos puestos (subdirector adjunto a la asesoría jurídica y asesor económico-financiero) a funcionarios de cuerpos superiores de las administraciones públicas y de la Seguridad Social. Para la Asociación, con estos nombramientos el Tribunal de Cuentas había infringido su Ley de funcionamiento, en la que se establece que el número de funcionarios, integrados en el grupo A, procedentes de esos cuerpos no debe sobrepasar el de letrados y auditores del Tribunal de Cuentas [Ley 7/1988, art. 89.2.c)]. Afirmación que reiteró en este contencioso. A esta alegación general añadió otra particular, que es la que interesa destacar aquí: que la propuesta de nombramiento a favor de una funcionaria proveniente de la Administración del Estado para el puesto de subdirector adjunto a la asesoría jurídica carecía de la motivación exigida en este tipo de nombramientos por el Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de septiembre de 2009 (N.º ROJ 5912/2009). (30) La Sala 3.ª del Tribunal Supremo resolvió en sentido favorable a lo alegado por la Asociación, anulando el nombramiento por no motivado. Le bastó para ello con reproducir los fundamentos de derecho 4.º y 5.º de la sentencia de 30 de septiembre de 2009, confirmando así la nueva doctrina sobre la condición de los puestos de libre designación expresada por primera vez en ella. Anuló también este nombramiento, así como el referente a la asesoría económico-financiera, por estimar concluyentes los datos aportados por la Asociación que demostraban que en el Tribunal de Cuentas había más funcionarios superiores de procedencia externa que letrados y auditores del propio Tribunal.

---

años en ejecutar la sentencia y ha obligado a la Sala a hacer uso del apercibimiento previsto en el artículo 112 de la Ley de la Jurisdicción. Aun aceptando que no fuera sencillo llevar a cabo las identificaciones y adscripciones necesarias y modificar en consecuencia la Relación de Puestos de Trabajo, esa eventual dificultad no explica una tardanza tan prolongada en un órgano de su relevancia, pues dispone de los medios necesarios para efectuar en tiempo razonable esas operaciones y está, por la posición que ocupa, especialmente obligado a cumplir las sentencias firmes del Tribunal Supremo» (auto de 28 de junio de 2013, N.º ROJ 7206/2013, RJ 4.º). Sin embargo, la Asociación de letrados y auditores no admitió que la sentencia había sido ejecutada en sus propios términos. Y en el propio Pleno del Tribunal de Cuentas dos de sus Consejeros firmaron un voto particular en el que apuntaron certeramente que todavía quedaba por concretar los cuerpos a los que, con carácter exclusivo, se atribuyen determinados puestos de trabajo, las funciones a desempeñar en estos que justifican tal adscripción, y el número de plazas que se reservan a los letrados y auditores.

(30) Con anterioridad, a esta funcionaria se le quiso nombrar para dicho puesto en comisión de servicios, sin expresar los motivos de urgente e inaplazable necesidad que la justificaban. Luego se optó por hacerlo mediante una adscripción provisional, a pesar de no haberse producido remoción o cese en el puesto de libre designación que ocupaba en la Administración de origen, ni supresión de este o reintegro al servicio activo. La Asociación de letrados y auditores del Tribunal de Cuentas vio desviación de poder en estas irregularidades, y pidió al Tribunal Supremo que anulara el acto de nombramiento de adscripción provisional (contencioso n.º 865/2011). El recurso fue estimado por sentencia de 4 de marzo de 2013 (N.º ROJ 1970/2013, José Díaz Delgado). Se utilizó, pues, en este caso la libre designación para regularizar una situación de hecho, la ocupación física del puesto, pero se hizo mal, sin explicación alguna. En otras palabras, primero se ocupa el puesto sin publicidad, y después se regulariza esa ocupación como sea. Y no se trata de un caso aislado. El propio Pleno del Tribunal de Cuentas, en la información que remitió en marzo de 2013 a la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo sobre la adscripción en exclusiva de determinados puestos de trabajo, se refirió al «hecho de que haya en la actualidad numerosos puestos de trabajo ocupados en comisión de servicios o en virtud de nombramiento provisional» (auto de 28 de junio de 2013, N.º ROJ 7206/2013, RJ 1.º). Por resoluciones de 10 de diciembre de 2012, 7 y 19 de marzo de 2013 se anunció la provisión, por el procedimiento de libre designación, de un total de 32 puestos de trabajo (BOE n.º 301, de 15 de diciembre de 2012; 64, de 15 de marzo de 2013; y 78, de 1 de abril de 2013).

## VIII. El mal ejemplo del Tribunal de Cuentas

Se puede observar que en dos de sus tres primeros casos —los resueltos en las sentencias 5818/2009 y 8373/2012— este segundo giro jurisprudencial se produjo con ocasión del control por el Tribunal Supremo de la actividad gubernativa del Tribunal de Cuentas (decisiones en materia de personal), que es la única de sus competencias sobre la que es posible un control judicial pleno, «pues en materia fiscalizadora la negativa del Tribunal Supremo a valorar su enjuiciamiento ha sido absoluta, y en materia jurisdiccional la revisión de sus decisiones fuera de esta instancia se limita a los estrictos cauces de los recursos de casación y revisión». (31)

Si lo que se dice en esas sentencias se aplicara podría fortalecerse el estatuto jurídico del personal al servicio del Tribunal de Cuentas. Estatuto que es el general de la función pública estatal (Ley 7/1988, de funcionamiento del Tribunal de Cuentas, art. 93), actualmente denominado «Estatuto básico del empleado público», aprobado en 2007. De este interesa destacar aquí que aunque el término «confianza» —que se utiliza en el Estatuto para definir el personal eventual— aparece también, desacertadamente, en la definición de los puestos que pueden proveerse por libre designación («de especial responsabilidad y confianza», art. 80), con arreglo a la nueva jurisprudencia solo cabe interpretarlo en el sentido de que los titulares de ellos han de ser, ante todo, buenos profesionales, profesionales de confianza, no simples hechuras de alguien, una camarilla o un partido político; idoneidad profesional que, además, deberá explicarse y motivarse en el nombramiento. Esta interpretación debería paralizar y, en su caso, despolitizar el uso, sin duda excesivo y distorsionado, que viene haciendo el Tribunal de Cuentas de la libre designación como vía de acceso a los cargos de responsabilidad y caballo de Troya que permite a los funcionarios superiores procedentes de las administraciones públicas y Seguridad Social formar parte del personal al servicio del Tribunal, en detrimento, por otra parte, como se ha visto, de sus cuerpos superiores en los que se ingresa por oposición entre titulados en materias que tienen relación con las funciones de fiscalización y enjuiciamiento contable que desempeñarán en el Tribunal de Cuentas. (32) Resulta evidente que si hay que justificar en el procedimiento por qué uno de los aspirantes es el más apto para el desempeño del

(31) FERNÁNDEZ ARROYO, José Antonio, *El control de las Administraciones públicas y la lucha contra la corrupción*, Thomson-Cívitas, Cizar Menor (Navarra), 2011, p. 339.

(32) ÁLVAREZ MARTÍN, Juan Antonio, «Control externo: de la simulación a la excelencia. Propuestas», *Auditoría Pública*, núm. 57, 2012, pp. 83-93. Se trata de una buena síntesis de Derecho comparado sobre el funcionamiento real de las entidades de fiscalización superior. En relación con los empleados responsables del control interno, el autor comprueba que gran número de ellos «sufren importantes presiones y *mobbing* por la dirección de los entes en que prestan sus servicios. Otros muchos, incapaces de resistir o más “flexibles”, ceden en su independencia. Para evitar estas tensiones el sistema ha derivado en sentido opuesto al reforzamiento de la independencia del órgano de control interno, potenciando la libre designación. El resultado se recoge en forma de caos, descontrol y corrupción que presentan las cuentas públicas» (p. 93, n.º 54). Se utilizó también la Ley de presupuestos generales del Estado para 2008 como caballo de Troya de una reforma de la lista de títulos requeridos para poder acceder al Cuerpo superior de auditores del Tribunal de Cuentas (Ley 7/1988, disposición adicional cuarta.2), en la que se añadían los de ingeniero superior y arquitecto, y se abría el acceso no solo a los licenciados en ciencias económicas o empresariales sino, en general, a cualquier licenciado universitario (Ley 51/2007, disposición adicional sexagésima). El Tribunal Constitucional la declaró inconstitucional y nula por haberla realizado en una ley de presupuestos (sentencia 9/2013). Reforma desafortunada, pues rebajar la competencia técnica especializada de estos auditores públicos puede poner en duda la solvencia con la que el Tribunal de Cuentas —un órgano especializado de carácter técnico— fiscaliza la actividad económico-financiera del Gobierno a través de las cuentas que deben rendir los gestores públicos.

puesto, el Tribunal de Cuentas no puede seguir con su mala práctica de, primero, reclutar personal ajeno de forma más o menos opaca, y, segundo, legitimar lo hecho con un simulacro de libre designación en el que, casualmente, siempre ganan los que ya ocupaban la plaza convocada. Y no se trata, como a veces se dice, de meras peleas corporativistas entre funcionarios. Lo que está en juego es la imparcialidad de los funcionarios que van a realizar funciones fiscalizadoras y jurisdiccionales. El ejercicio de estas, por razones de imparcialidad, debería reservarse a funcionarios que por su competencia técnica especializada y por su estatuto jurídico puedan resistir a las coacciones y presiones que provengan tanto del propio órgano en el que trabajan —que, conviene no olvidarlo, es un órgano de procedencia política, y, de hecho, partidista, fruto de un pacto (por supuesto, no escrito, pero no por ello menos efectivo) entre partidos políticos que se reparten la designación de un cierto número de consejeros de cuentas según los resultados que han obtenido en las elecciones— como de las entidades controladas. No deja de ser arriesgado, por ejemplo, confiar dichas funciones de control externo a funcionarios que vienen de las propias administraciones públicas que han de rendir cuentas. Desde esta perspectiva —la de garantizar la imparcialidad— se impone, por consiguiente, el reforzamiento del estatuto de los letrados y auditores del Tribunal de Cuentas mediante la reserva a ellos, con carácter exclusivo, del ejercicio de esas funciones públicas. En las últimas Normas de fiscalización, aprobadas por el Tribunal de Cuentas en diciembre de 2013, dentro de su apartado 3 dedicado a la conducta del personal que participe en las fiscalizaciones, se hace referencia a principios éticos y valores, como la independencia respecto a la entidad fiscalizada, la objetividad y la imparcialidad. Pero todo ello puede quedar en nada si no viene acompañado, como así ocurre, de normas estatutarias precisas que garanticen jurídicamente a los funcionarios, frente a sus superiores y frente a la entidad controlada, que puedan desempeñar sus funciones con arreglo a tales principios y valores. No se ha ido más allá de lo que ya se decía en las Normas internas de fiscalización de 1997, que, en este punto, merecieron la siguiente crítica de José Antonio Fernández Ajenjo: sobre el personal fiscalizador «la normativa no asevera de forma expresa su independencia, ni le otorga potestades para atribuirse la condición de autoridad, ni competencia para emitir informes, ni opiniones propias» (o. c., p. 336). Esta crítica sigue siendo pertinente.

## **IX. El primer giro jurisprudencial sobre la potestad discrecional del Consejo General del Poder Judicial (2006-2014)**

Esta jurisprudencia sobre la libre designación en la que el Tribunal Supremo abandona una inveterada y acrítica trayectoria, incompatible con la Constitución y la ley, para tomar la dirección opuesta, ¿puede llevarnos a un Estado que no sea solo de partidos sino también imparcial, en el que convivan políticos y funcionarios? (33) ¿Servirá,

---

(33) Un buen libro sobre esta convivencia es *La extraña pareja. La procelosa relación entre políticos y funcionarios*, Catarata, Madrid, 2012), de RAMIÓ, Carles, politólogo de profesión que, por haber pisado durante años suelo administrativo, sabe de lo que habla.

Otro ejemplo, parecido, de convivencia difícil es la que existe entre políticos y asesores científicos. La bióloga Anne Glover, responsable del asesoramiento científico a la Comisión Europea, ha hablado de la injerencia política en los informes que se elaboran para esa Comisión, y de la tendencia de todas las instituciones europeas a soslayar a sus propios asesores acudiendo a asesores externos menos exigentes (GARCÍA OLMEDO, Francisco, «El asesoramiento científico ante el imperativo político», *Revista de Libros*, junio 2014).

por ejemplo, para que los responsables políticos no sigan considerando los puestos de libre designación como un botín del que pueden disponer arbitrariamente, sin explicación alguna, para favorecer a los suyos? ¿Perdurará tal cual, sin que se produzcan retrocesos?

La respuesta a estos interrogantes tal vez se encuentre en el relato, que se hace a continuación, de las vicisitudes por las que ha pasado el primer giro jurisprudencial sobre la revisión en lo contencioso del ejercicio por el Consejo General del Poder Judicial de sus potestades discrecionales, del que, como se ha visto, derivó este segundo giro jurisprudencial. (34)

Según queda referido, fue en 2006 cuando la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo empezó a construir una nueva interpretación del procedimiento de selección previsto para el acceso a los altos cargos judiciales. Ante todo, dio por sentado que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, a quien corresponde hacer la propuesta de nombramiento, no es una mera comisión que califica los méritos con arreglo a parámetros objetivados y predeterminados; goza, por el contrario, de inalienables y amplísimas facultades de apreciación, valoración y decisión. ¿Por qué? Porque, según interpretó el Tribunal Constitucional en 1986 (sentencia 108/1986), su composición, mayoritariamente judicial, debe reflejar las principales corrientes de pensamiento que existan en la judicatura, y este mismo pluralismo —parece que quiere decirnos el Tribunal Supremo— ha de ser tenido en cuenta a la hora de proponer qué jueces van a ocupar las plazas superiores de su carrera. Solo que, como precisó asimismo el Tribunal Constitucional, no se trata en este caso de equilibrar las preferencias políticas de los jueces como ciudadanos, sino sus actitudes como tales. Se trata, pues, de actitudes profesionales en el ejercicio de la función jurisdiccional. Por ejemplo, no es lo mismo un juez que piensa que el derecho se reduce a lo que se ordena en la ley, que uno que se ve ante todo como un realizador de la justicia, u otro que en sus sentencias llega a anar con maestría las leyes y los valores constitucionales, es decir, que aplica el derecho. No es lo mismo un juez partidario de un «uso alternativo del derecho» que se toma la Constitución en serio, que un juez que se toma la Constitución a beneficio de inventario. (35) Etcétera. Por eso —deduce el Tribunal Supremo— no se

(34) *Sentencias* [N.º ROJ]: 3171/2006, 29 mayo, Ramón Trillo Torres; 7378/2006, 27 noviembre, Pedro José Yagüe Gil; 8911/2007, 27 noviembre, Nicolás Antonio Maurandi Guillén; 290/2008, 21 enero, José Díaz Delgado; 291//2008, 21 enero, José Díaz Delgado; 3448/2008, 12 junio, Nicolás Antonio Maurandi Guillén; 3449/2008, 12 junio, Nicolás Antonio Maurandi Guillén; 7490/2009, 23 noviembre, Pablo María Lucas Murillo de la Cueva; 230/2010, 5 febrero, Ramón Trillo Torres; 762/2010, 11 febrero, Enrique Cancer Lalanne; 2734/2010, 18 mayo, Nicolás Antonio Maurandi Guillén; 921/2011, 3 febrero, Pablo María Lucas Murillo de la Cueva; 1100/2011, 4 febrero, Ramón Trillo Torres; 922/2011, 7 febrero, Pablo María Lucas Murillo de la Cueva; 923/2011, 7 febrero, Nicolás Antonio Maurandi Guillén; 2085/2011, 7 marzo, José Díaz Delgado; 2715/2011, 17 mayo, Pedro José Yagüe Gil; 1728/2012, 11 marzo, Nicolás Antonio Maurandi Guillén; 5608/2012, 1 junio, Juan José González Rivas; 5609/2012, 1 junio, Juan José González Rivas; 1240/2013, 4 marzo, Pablo María Lucas Murillo de la Cueva; 3511/2013, 26 abril, Vicente Conde Martín de Hijas.

*Autos* [N.º ROJ]: 994/2006, 25 enero, Ramón Trillo Torres; 16145/2006, 27 noviembre, Ramón Trillo Torres; 1799/2007, 23 febrero, Ramón Trillo Torres; 5600/2007, 10 mayo, Ramón Trillo Torres; 8556/2007, 21 junio, Mariano de Oro-Pulido López; 4831/2009, 16 enero, Nicolás Antonio Maurandi Guillén; 4856/2009, 25 febrero, Nicolás Antonio Maurandi Guillén.

(35) El llamado «uso alternativo del derecho» fue una corriente doctrinal y una práctica jurídico-política, procedentes de una parte de la magistratura italiana, que en los setenta del siglo pasado inspiraron a unos pocos de nuestros jueces otra forma de interpretar y aplicar las leyes franquistas que consideraban injustas; jueces que estuvieron en Justicia Democrática, un movimiento clandestino que se autodisolvió en la transición a la

rán jurídicamente correctos aquellos nombramientos en los que no se valoren los méritos y capacidades de los candidatos, con los que lo único que se pretenda sea favorecer a determinados jueces. Por otra parte —recuerda el Tribunal—, según la Constitución, los jueces son funcionarios de carrera, el poder no puede ser ejercido arbitrariamente, y el acceso a las funciones públicas ha de hacerse de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, y sin discriminaciones. Recuerda también que en 2004 se ordenó expresamente al Pleno del Consejo General del Poder Judicial que en estos nombramientos de designación discrecional velara por el cumplimiento de dichos principios constitucionales (Ley orgánica 2/2004). Consecuencia de esta obligación es que las correspondientes propuestas deben motivarse para que, eventualmente, los magistrados del Tribunal Supremo puedan controlar si el Consejo General del Poder Judicial ha ejercido su potestad discrecional de forma desviada o arbitraria.

Para cualquier observador desinteresado todo esto estaba claro, a nivel constitucional, desde 1978 (Constitución) y 1986 (Tribunal Constitucional); y a nivel legislativo, desde 1992 (Ley 30/1992, supletoria de la Ley orgánica del Poder Judicial), 1994 (Ley orgánica 16/1994) y 2003 (Ley orgánica 19/2003). Desde una perspectiva semántica, en estos textos jurídicos aparecen significantes —«arbitrariedad», «mérito», «capacidad», «discriminación», «igualdad», «motivación», «fundamentos de la resolución», «acuerdos motivados»— provenientes del lenguaje cotidiano, con un significado no especialmente ambiguo, indeterminado o abierto. Tomados de manera conjunta y en un contexto preciso —explicar, justificar lo que se decide en una selección meritocrática—, estos sintagmas por sí mismos señalan, con bastante precisión, lo que ha de hacerse. Como observó H. L. A. Hart, «la vida del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las aplicaciones de *standars* variables, no exigen de aquéllos una nueva valoración de caso a caso. Este hecho saliente de la vida social sigue siendo verdad, aun cuando puedan surgir incertidumbres respecto de la aplicabilidad a un caso concreto de cualquier regla». (36)

Pero el Tribunal Supremo se empeñó en negar esa realidad constitucional y legal, dejando hacer y deshacer carreras judiciales al órgano de gobierno de la judicatura. Repitió tercamente durante años el mismo discurso: como son cargos de confianza, incluso de confianza política, no hay que expresar en la propuesta los motivos por los

---

democracia. «Nosotros, aun sabiendo que muchas instituciones han de ser modificadas radicalmente y otras mejoradas, queremos seguir respetando, como ciudadanos, y aplicando, como jueces, lo que queda de verdadera legalidad en nuestro país —gran parte del Derecho Privado, del Derecho Penal y del Administrativo— pero repudiamos la ficticia legalidad constitucional y desafiamos ese sedicente Derecho Penal que castiga cualquier asociación, cualquier reunión, cualquier expresión del pensamiento no coincidentes con los fines e intereses bastardos de la casta gobernante. Y lo desafiamos de la única manera posible y útil: la acción persuasiva y el proselitismo entre nuestros colegas; acciones que, dadas las circunstancias, han de ser, al menos en parte, secretas. Rechazamos enérgicamente el reproche de que hacemos así el juego a los partidarios de la revancha sangrienta o la subversión violenta» [«Justicia y Política, 1973», documento de Justicia Democrática, en *Los jueces contra la Dictadura (Justicia y Política en el franquismo)*, Tucur, Madrid, 1978]. ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, «¿Desmemoria o impostura? Un torpe uso del uso alternativo del derecho», *Jueces para la Democracia*, núm. 55, 2006, pp. 8-14; LÓPEZ CALERA, Nicolás (1938-2012), «Usage alternatif du droit», *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>e</sup> édition, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1993, pp. 20-22.

(36) *The concept of Law* (1961), traducción española —*El concepto de Derecho*— de Genaro R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, pp. 168-169.

que se prefiere a una persona determinada. Un claro ejemplo de exégesis en contra de los textos constitucionales y legales en la que se simula una deducción lógica a partir de una posición hermenéutica fijada de antemano: la naturaleza, en definitiva, política de estos cargos. Posición que terminó por abandonar cuando, a partir de 2006, empezó a decir justamente lo contrario de lo que hasta entonces había dicho: la provisión de estas plazas ha de fundarse solo en razones sobre la aptitud profesional para el desempeño del puesto de que se trate, razones que no pueden ser hurtadas al público. De modo que para que los denominados actos discrecionales del Consejo General del Poder Judicial puedan estimarse materialmente motivados, su Comisión de Calificación, una vez que aprecie la valía de cada aspirante, debe, en su informe, argumentar racionalmente, desde la perspectiva de los principios constitucionales de mérito y capacidad, de forma circunstanciada y contrastada, la selección de los candidatos que, frente al resto de ellos, incluya en la relación que debe elevar al Pleno; y este, en su propuesta de nombramiento, debe expresar igualmente los méritos y capacidades concretos que justifican su preferencia por un determinado aspirante.

Sucede, sin embargo, que el Consejo General del Poder Judicial es un órgano colegiado, en el que el voto es secreto, y que, en caso de duda, no está obligado a pronunciarse. Se hace referencia a ello en la sentencia 3171/2006: el Pleno es «un órgano colegiado, con derecho al voto secreto por parte de sus miembros y sin sumisión al principio de *non liquet*, cuyas deliberaciones se documentan en un acta en la que se reseñarán sucintamente los debates (...), de modo que pueden ser diversas las razones que hayan podido impulsar a cada Vocal a votar en sentido mayoritario» (FD 6.º). (37) Si para la jurisprudencia que en esta sentencia se abandona no era posible, por tanto, ni necesaria, una motivación expresa y pormenorizada por parte de cada uno de sus vocales, para la nueva jurisprudencia este funcionamiento del Pleno solo comporta que resulte «particularmente dificultoso el control del contenido de sus decisiones» (*ibidem*). (38) Y con la finalidad de obviar esa dificultad se exalta en ella el informe que tiene que elaborar la Comisión de Calificación: «la emisión de este informe se erige como un elemento esencial del procedimiento de adjudicación de la plaza, puesto que es a través del mismo como los miembros del Pleno adquieren los principales datos precisos para formar su propio criterio y orientar de forma libre y responsable el sentido de su voto» (*ibidem*). El Tribunal llega incluso a detallar el contenido de ese informe, para él tan importante, más allá de lo previsto en la Ley orgánica del Consejo General del Poder Judicial y en el Reglamento de su organización y funcionamiento de 1986. Dice, por ejemplo, que no son suficientes los juicios de valor genéricos, sin un preciso soporte objetivo, o que hay que precisar los criterios que se consideran preferentes para decidir el nombramiento, etc. Como queda dicho, estas observaciones pasaron al Reglamento citado que se modificó en 2008.

Tal sobrevaloración del informe de la Comisión de Calificación fue criticada por el magistrado José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat que en un voto particular a la sentencia 8911/2007 señaló oportunamente que aquel no compromete la decisión del Pleno, ya que solo constituye un acto preparatorio, «todos sus miembros gozan de plena libertad de voto para propugnar el nombramiento del candidato que consideren más idóneo, y no

(37) Este texto se reproduce en las sentencias 7378/2006 y 8911/2007.

(38) Este texto se reproduce en la sentencia 8911/2007.

están sometidos al deber de mantener invariablemente el sentido de su voto». Pues bien, esta opinión disidente pasó a ser mayoritaria en la sentencia 7490/2009, en la que se vino a poner en su sitio a la Comisión de Calificación y se subrayó que es el Consejo en Pleno quien decide cada propuesta de nombramiento. «Es el Pleno —dice la mayoría del Pleno de la Sala 3.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo— el órgano competente para decidir. La intervención de la Comisión de Calificación es un paso previo, preceptivo pero no vinculante. Por eso, el Pleno puede aceptar su informe y si, según el mismo, todos los candidatos que le ha propuesto presentan un grado equivalente de excelencia elegir sin necesidad de ulterior explicación al que de ellos prefiera. Caso de que la propuesta establezca fundadamente un preferencia puede aceptarla sin más y escoger al que ha destacado ya la Comisión de Calificación, pero también está en su mano optar por alguno de los que le seguían, aunque habrá de motivar por qué se separa de ella en este punto. En fin, el Pleno puede no compartir sea los presupuestos sobre los que se elaboró el informe y, por tanto, su sentido, sea la propuesta que le acompañaba, o ni los unos ni la otra. De nuevo debemos recordar que el Presidente y los Vocales tienen la facultad de someterle la candidatura de solicitantes que la Comisión no le propuso o, incluso, de magistrados que no pidieron la plaza pero que cumplen los requisitos exigidos y han prestado su consentimiento al efecto». Y añade a continuación: «En tales supuestos, la validez desde el punto de vista de la motivación de los acuerdos que llegue a dictar el Consejo General del Poder Judicial dependerá de que del acta de la deliberación plenaria puedan extraerse las razones concretas que han llevado a la mayoría a apartarse en todo o en parte de los planteamientos de la Comisión de Calificación y a optar por un candidato o candidata determinado. Es decir, será preciso que, cualesquiera que fueren las razones que en el fuero interno muevan a los miembros del Pleno a votar en un determinado sentido, de esa acta se desprenda con claridad suficiente (...) el hilo argumental que lleva a la decisión tomada» (FD 13.<sup>o</sup>). (39) Es una réplica convincente a todos aquellos que han considerado que el régimen de adopción de acuerdos en este órgano colegiado dificulta, y hasta imposibilita en la práctica, su motivación. A lo dicho en la sentencia puede añadirse que la posibilidad, prevista en su régimen, de que existan votos particulares en contra de un acuerdo mayoritario presupone que este ha de fundamentarse suficientemente para que el disenso de él no se produzca en el vacío.

Los magistrados que a principios de 2011 integraban la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo se preguntaron por la clase de control que desde la sentencia de 29 de mayo de 2006 aquella había realizado sobre la motivación de los nombramientos judiciales propuestos discrecionalmente por el Consejo General del Poder Judicial. La mayoría de ellos opinaron que había sido un control ineficaz: nos hemos conformado «con un mero pronunciamiento formal, que revierta en una simple reposición de actuaciones que dé lugar a la misma decisión aunque con otro ropaje y que al fin y a la postre desemboque en una repetición del mismo litigio entre los mismos contendientes y

---

(39) Y en el FD 10.<sup>o</sup> responde a la Comisión de Calificación, que había alegado la dificultad que entrañaba el cumplimiento de todo lo que le exigía el Tribunal sobre la motivación de su informe, que «el carácter colegiado de un órgano y la formación de su voluntad por mayoría no impide que establezca los criterios que van a guiar su decisión pues si alguno de sus miembros discrepa de los que prevalecen siempre puede hacer constar en voto particular, concurrente o discrepante, los que a su parecer deben tenerse en cuenta».

La Comisión de Calificación se suprimió en la reforma, en 2013, del Consejo General del Poder Judicial. Actualmente es su Comisión Permanente el órgano que prepara los nombramientos discrecionales por el Pleno (Ley 4/2013, que modifica la Ley orgánica del Poder Judicial, art. 632.3).

con arribada a la misma resolución de fondo» (sentencia 1100/2011, de 4 de febrero, FD 4.º). Esto fue exactamente lo que ocurrió en el denominado caso Gómez Bermúdez cuyo nombramiento para ocupar la Presidencia de la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional fue anulado dos veces, provocó incidentes de ejecución de las sentencias de anulación, y, al final, fue mantenido por el Consejo. (40) De ahí que, para evitar la multiplicación de casos como este, defendieron otro tipo de control judicial que denominaron funcional. Funcional «en el sentido de que cumplidas unas formas que, si no óptimas, sí permitan detectar con suficiencia los datos y razones que movieron la decisión del Consejo, nos pronunciemos concluyentemente sobre la legalidad o ilegalidad de fondo de la misma, sin requerir nuevos cumplimientos formales que en el caso entendamos que no alcanzarían el nivel de eficacia suficiente como para que el Consejo llegase a replantearse el sentido del acto impugnado, por no venir obligado a ello por razones jurídicas de fondo»; «de manera que si apreciamos que las razones dadas en la resolución impugnada para justificar la asignación de la vacante resultan vanas, superfluas o incluso arbitrarias, debemos procurar dar la máxima respuesta posible para que la controversia quede zanjada» (*ibidem*). Y con este criterio abordaron el recurso interpuesto ante ellos contra una promoción a magistrado de la Sala de lo militar del Tribunal Supremo propuesta por el Consejo General del Poder Judicial en un acuerdo que, según el recurrente, no se ajustaba a la doctrina jurisprudencial sobre la motivación de estos nombramientos; concretamente, faltaba en él un juicio comparativo de los méritos de la magistrada nombrada con los de los demás aspirantes seleccionados. La Sala admitió que la motivación era «ciertamente magra» y que solo se hablaba en ella de la carrera de la candidata elegida. A pesar de ello, se dedicó a escrutar el texto del acuerdo y el expediente para dar con la comparación que «se echa de menos»; comparación que, por razones procesales, limitó a los méritos del actor aspirante a la plaza y de la codemandada. El resultado de esta pesquisa fue que el Consejo «de forma implícita pero entendemos evidente (...) valora especialmente su antigüedad en la Carrera Judicial, mayor que la del recurrente». Su decisión, por tanto, no fue arbitraria (FD 7.º). Este proceder de la Sala resulta sorprendente, y dejó perplejos a no pocos magistrados, que en sus votos particulares escribieron cosas como estas: «la idea de control funcional que defiende y aplica esta sentencia no concuerda con la jurisprudencia de referencia ni —lo que es más importante— con los principios en los que descansa» (Pablo Lucas Murillo de la Cueva); «hemos modificado, en una tarde, una jurisprudencia laboriosamente establecida durante cuatro años», y «la sentencia (...) ha abdicado de la función controladora de la actividad administrativa que le corresponde, no ha garantizado los derechos impetrados y ha consagrado las extralimitaciones de la Administración al carecer el acto impugnado de motivación suficiente» (Manuel Vicente Garzón Herrero). Por fortuna para las bases constitucionales sobre las que se construyó una revisión más estricta de los acuerdos del Consejo, la invención del «control judicial funcional» y de los «motivos implícitos o subyacentes» solo duró una sentencia más, la 922/2011, de 7 de febrero. Después, la doctrina sobre la fiscalización de estos nombramientos discrecionales por la vía de un control de los motivos por los que se propusieron no ha sido abandonada. Incluso puede decirse que ha salido reforzada

(40) IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, «Motivación de nombramientos discrecionales (Posterioridades de la STS 3171/2006 —caso Gómez Bermúdez—), *Jueces para la Democracia*, núm. 58, 2007, pp. 23-32; y «Sobre nombramientos discrecionales de altos cargos: un fallido viraje jurisprudencial», *RVAP*, núm. 78, 2007, pp. 307-324.



de la situación crítica por la que pasó momentáneamente en febrero de 2011. Por ejemplo, ya no se enfatiza tanto la naturaleza constitucional del Consejo General del Poder Judicial o la importancia de sus funciones; ni se habla de «amplio espacio de discrecionalidad». Este discurso ampuloso, casi servil, ha sido reemplazado por otro más sobrio y ajustado a la realidad jurídica. Es el caso de la sentencia 2085/2011, de 7 de marzo, en la que tan solo se reconoce al Consejo «un cierto margen de apreciación» (FD 6.º). Del mismo modo en la sentencia 1240/2013, relativa al nombramiento para una plaza jurisdiccional-gubernativa, ya no se menciona el «amplio margen de valoración discrecional» que, desde el inicio del giro jurisprudencial, se reconoció al Consejo cuando se trate de cargos de dirección, en los que «la libertad de apreciación y opción del Consejo opera a su nivel máximo», por lo que «no es susceptible de control jurisdiccional (...) la opinión que haya efectuado a favor de un concreto proyecto organizativo o de gobierno de entre los varios que hayan sido presentados» (sentencia 2734/2010, FD 8.º). Tampoco se invoca «la discrecionalidad técnica» para amparar las valoraciones que realice el Consejo, como se hizo en las sentencias 923/2011 y 1728/2012. Otro de los ejemplos que pueden citarse de tal reforzamiento es la opinión mayoritaria (hubo dos votos particulares en contra) de la Sección 7.ª de la Sala según la cual, «en aras de mayor rigor en la funcionalidad del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos», hay que interpretar estrictamente la Ley orgánica del poder judicial y el Reglamento de organización y funcionamiento del Consejo General del Poder Judicial de 2010 en cuanto a la delimitación del ámbito de la provisión de plazas de nombramiento discrecional en los órganos jurisdiccionales, de forma que, en concreto, los nombramientos de magistrados de las Salas de lo civil y penal de los Tribunales Superiores de Justicia, distintos de los que han de ser propuestos por los legislativos autonómicos, no son discrecionales sino reglados (sentencia 3511/2013).

No obstante, hasta ahora la revisión contenciosa de estos nombramientos en régimen de discrecionalidad no ha ido más allá de un control meramente formal, que ni una sola vez ha conseguido que el Consejo General del Poder Judicial rectifique y sustituya su propuesta invalidada por otra ajustada a los nuevos criterios jurisprudenciales, en lugar de limitarse a elaborar *a posteriori* una seudomotivación con la que oculta los verdaderos motivos —tal vez inconfesables— de su acuerdo. Ha faltado el coraje necesario para, a partir de la ausencia o insuficiencia de la motivación técnica del procedimiento selectivo, presumir que actuó arbitrariamente o incurrió en desviación de poder. Algo que, como se ha visto, sí ocurrió en el proceso de extensión de esta misma jurisprudencia al ámbito de la libre designación; proceso que se inició con una sentencia en la que se anuló un nombramiento no motivado por presunta desviación de poder. Que fuera el Tribunal de Cuentas —un órgano de procedencia política y, como suelen decir los expertos, relevancia constitucional en cuanto actúa comisionado por las Cortes Generales— quien había ejercido su competencia gubernativa para favorecer intereses privados no fue obstáculo al fallo del Tribunal Supremo.

Por otra parte, este control judicial tampoco ha conseguido que el Consejo General del Poder Judicial dé marcha atrás en su práctica constante de favorecer a los afiliados de las asociaciones de jueces consideradas afines a los dos partidos políticos mayoritarios que protagonizan la alternancia en el poder. El propio Tribunal Supremo da por cierto el hecho de que la promoción de los jueces no asociados, que suman el cincuenta por ciento de los de la carrera, es muy excepcional; y que, dentro de los asociados, solo tienen posibilidades reales de hacer carrera los afiliados bien a la Asociación Profesional de

la Magistratura, la de tendencia conservadora, bien a Jueces para la Democracia, calificada de progresista.(41) Esta discriminación *de facto* no ha llegado a ser considerada indicio suficiente de un comportamiento arbitrario. Lo único que sobre ella ha dicho el Tribunal Supremo es que ha de presumirse que entre los no asociados «hay tantos o, por lo menos, un número no inferior al que se encuentra entre los asociados que poseen el nivel de experiencia profesional que se ha visto en este caso, y, por tanto, tienen iguales cuando no mejores condiciones para merecer uno de estos nombramientos como los jueces y magistrados que forman parte de una asociación, especialmente de la Asociación Profesional de la Magistratura y de Jueces para la Democracia, que son las dos en los que se vienen concentrando»; y que «estas realidades refuerzan la importancia de la motivación y ponen de manifiesto su trascendencia pues la evidencia de que son el mérito y la capacidad los que determinan los nombramientos despejará las dudas que, de otro modo, serán inevitables y pondrán en cuestión la confianza de los ciudadanos en el Consejo General del Poder Judicial y en la medida en que se discutan sus nombramientos por estas razones en los Tribunales en que han de servir los nombrados» [sentencias 921 y 922/2011, FD 6.º D)]. Lo que es cierto y suena muy bien; pero no sirve por sí solo para lograr que el Consejo opere según las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que regulan su funcionamiento en esta materia.

Buena parte de los recursos resueltos por las sentencias en las que se inició y desarrolló este primer giro jurisprudencial fueron sometidos al conocimiento del Pleno de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo, siendo objeto en él de amplias y disputadas deliberaciones que han llegado hasta nosotros gracias a los numerosos votos particulares formulados.(42) En uno de ellos, los magistrados Ricardo Enríquez Sancho y Santiago Martínez Vares García se preguntaron si la forma de selección de las distintas ternas «constituye la natural consecuencia, querida por la ley, de la forma de selección de los distintos vocales del Consejo General del Poder Judicial, o una perversión del sistema» (Voto particular

(41) La ruptura dentro de nuestro asociacionismo judicial viene de lejos. La derecha judicial, que calificó de políticos los primeros amagos para organizar un marco asociativo general y plural, ante la perspectiva de que se creara el Consejo General del Poder Judicial, cambió de parecer, y, en diciembre de 1979, fundó la Asociación Profesional de la Magistratura. Consiguió asimismo de la mayoría parlamentaria de centro-derecha que para la constitución de una asociación judicial se exigiera contar, al menos, con el quince por ciento del escalafón (Ley orgánica 1/1980, de 10 de enero, del Consejo General del Poder Judicial, disposición adicional 2.ª.2). De esta forma pudo ocupar, sin dificultad alguna, todos los puestos de origen judicial en el primer Consejo constituido. Jueces para la Democracia se creó en 1983 como corriente organizada dentro de la Asociación Profesional de la Magistratura, de la que terminó por independizarse. La Asociación Francisco de Vitoria comenzó también, en enero de 1984, como corriente organizada dentro de la Asociación Profesional de la Magistratura, para separarse de ella unos meses después.

(42) Lo más probable es que tras la reforma del Consejo General del Poder Judicial de 2013 debates tan movidos ya no se produzcan. El conocimiento de los recursos contra los acuerdos sobre nombramientos discrecionales corresponde ahora «a una Sección integrada por el Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que la presidirá, y por los demás Presidentes de Sección de dicha Sala» (Ley orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, art. 638.2 de esta última). Una disposición importante que, por no figurar en el anteproyecto, no pudo ser informada por el Consejo General del Poder Judicial, y sobre la que nada se dijo en el debate parlamentario. Todo se decidirá, pues, siempre *en petit comité*. Once meses después de la vigencia de esta norma procesal, el Tribunal Supremo se refirió a las disfunciones que había causado: «retrasos en la admisión general de recursos» y «una sobrecarga de trabajo de los Presidentes de Sección de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y de su Sección Primera». Por lo que recomendó al Gobierno «aplicar la regla general y someter el enjuiciamiento de estos actos y disposiciones a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo» (*Informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo sobre el Anteproyecto, de 4 de abril de 2014, de Ley orgánica del Poder Judicial, 30 de junio de 2014, p. 63*).

a la sentencia 8911/2007). Se referían, sin duda, al sistema, vigente desde 1985, de elección parlamentaria de los doce miembros jueces del Consejo que, en la práctica, ha sido controlado por los partidos políticos en proporción a su fuerza parlamentaria. Una actuación que, según el Tribunal Constitucional, es «contraria al espíritu de la norma constitucional» (sentencia 108/1986, FD 13). Las mayorías cualificadas de tres quintos que se exigen en la elección de los vocales del Consejo no han sido de consenso, sino de mera ratificación pública de un reparto proporcional de cuotas entre los partidos, negociado en secreto por los principales partidos, en el que los candidatos se agrupan según su perfil político. Por otra parte, aunque, desde 2001, los vocales jueces deben salir de una lista de treinta y seis candidatos elegidos, con criterios de proporcionalidad, por las asociaciones profesionales de jueces y por los jueces no asociados que representen un mínimo del dos por ciento de todos los que se encuentren en servicio activo, de hecho, han sido abrumadoramente los afiliados a la Asociación Profesional de la Magistratura y a Jueces para la Democracia los designados por el Congreso de los Diputados y el Senado. (43) Y, a su vez, estos vocales se han dedicado, como se ha comprobado, a elevar a los altos cargos de la carrera judicial a compañeros de sus respectivas asociaciones. Connivencia y cooptación que —contestando a la cuestión planteada en el voto particular citado— han pervertido un sistema que debería reflejar el pluralismo existente en la judicatura.

Mientras esto ocurría en cada nombramiento, con arreglo a pactos no escritos, pero no por ello menos eficaces, algunos teorizadores vieron en el sistema legal de 1985 el medio indispensable para legitimar en un Estado democrático la creación de normas generales por el juez. Entre ellos, el constitucionalista Luis López Guerra, que entre 1996 y 2001 fue vicepresidente del Consejo General del Poder Judicial. (44) Para

---

(43) En el penúltimo Consejo General del Poder Judicial seis pertenecían a la Asociación Profesional de la Magistratura y cinco a Jueces para la Democracia. Y de esta última asociación era también su Presidente. Actualmente, según lo previsto en la Ley orgánica 4/2013, un juez que cuente con el aval de veinticinco jueces o de una asociación judicial puede presentar su candidatura para ser elegido vocal del Consejo (art. 574.1); y en la designación de estos vocales, las Cortes han de tener en cuenta la proporción real de jueces asociados y no asociados (art. 578.2).

(44) Sobre la elección de López Guerra para esta vicepresidencia, he aquí el testimonio de Manuela Carmena, vocal del Consejo durante el mismo periodo: «En 1996 me llamó a su despacho en el Congreso quien en aquel momento era el secretario general del Partido Socialista, Joaquín Almunia. Me dijo que mi selección como vocal del Consejo General del Poder Judicial se debía a un acuerdo entre Izquierda Unida (...) y el propio Partido Socialista. Estuvo muy amable pero en cuanto yo le empecé a hablar algo de mis planes me di cuenta de que él no sabía prácticamente nada de mí, ni de la Justicia (...). Supongo que simplemente le habían hablado bien de mí. Es decir, me habían recomendado mis propios compañeros de Jueces para la Democracia y un buen amigo mío y líder también del Partido Socialista, que me había prometido que hablaría con Joaquín. Joaquín añadió que, como yo no había sido designada directamente por el Partido Socialista, no tenía obligación de seguir el pacto que se había acordado entre el propio Partido y el Partido Popular. Se había decidido, me dijo, que el presidente del Consejo fuera el magistrado del Tribunal Constitucional Javier Delgado. (...) el candidato como vicepresidente, Luis López Guerra (...) quien había sido designado y propuesto naturalmente por el Partido Socialista (...). Así las cosas, llegamos al primer pleno del Consejo, en el que había que elegir al presidente y al vicepresidente (...). Antes de que comenzara la votación, pedí la palabra y expliqué que estaba absolutamente en contra del pacto de los partidos y que era necesario que, como vocales del Consejo General del Poder Judicial, actuáramos con absoluta independencia de las decisiones políticas que se pudieran haber adoptado y que condicionaban estos nombramientos (...). Hubo varias intervenciones. No recuerdo cuántas pero todos negaron con una firmeza que resultaba pintoresca (aunque quizás muy política), que hubiera habido ningún pacto político. Algunos, hasta se escandalizaron de que eso ni tan siquiera se pudiera sospechar, y aparentaron estar muy ofendidos (...). La base fundamental de la designación de los candidatos primero, y luego de los cargos políticos, es la afiliación política y, dentro de esta, su lealtad. Su supuesta capacidad para gestionar lo público y su constatable conocimiento de los asuntos sobre los que vaya a versar su actividad política, no constituyen criterios relevantes para su selección.» (*Por qué las cosas pueden ser diferentes. Reflexiones de una jueza*, Clave Intelectual, Madrid, 2014, pp. 96-102).

él, los ascensos y promociones que competen al Consejo son decisiones políticas, basadas en criterios de oportunidad, que «no pueden quedar desligados de alguna intervención (con todos los matices que sean del caso) del sujeto de la soberanía, y su representación parlamentaria, al afectar, más allá del ámbito judicial, a toda la comunidad en cuanto usuaria del ‘servicio público’ de la justicia»; en particular, los nombramientos de magistrados del Tribunal Supremo, en cuanto órgano creador de jurisprudencia, que desempeña «una función política, que va más allá de la mera aplicación de las leyes». La selección de estos jueces «por un órgano dotado de legitimación parlamentaria, y representativo de las corrientes o tendencias ideológicas y políticas presentes en la sociedad», permite «garantizar que la creación judicial del Derecho va a reflejar las tendencias presentes en la conciencia social sobre el Derecho y su papel». A condición, sin embargo, de que en la selección de los vocales del Consejo se evite «el influjo partidista». (45) Condición que, como es notorio, no se ha cumplido. Por lo demás, esta búsqueda obsesiva de una construcción teórica que permita conectar, de forma doblemente indirecta, los jueces con la voluntad popular expresada por la representación parlamentaria de la mayoría es, además de rebuscada, innecesaria. Cuando excepcionalmente los jueces crean derecho no lo hacen en el vacío y a capricho, sino de acuerdo con el ordenamiento considerado en su conjunto, dentro del marco constitucional, expresando los motivos por los que llegan a una determinada solución del caso, y obligados, por su estatuto jurídico, a ser imparciales, y, por el Código penal, a no prevaricar. (46) Es cierto que, a pesar de ello, se pueden producir, y se producen, errores e injusticias irreparables. Pero estos fallos ocasionales y singulares no alcanzan a poner en duda todo el sistema judicial. Es, por el contrario, la politización de la justicia la que provoca que la sociedad desconfíe de ella.

Otra institución a la que, sin que la necesitara, se le buscó también una legitimación democrática, para que, de alguna forma, emanara del único órgano directamente legitimado, del Parlamento, que es el representante de la soberanía nacional, fue el Ministerio Fiscal. La legitimación democrática de este y de sus miembros, los fiscales, estaría en la designación del Fiscal General del Estado por el Gobierno, a su vez legitimado por la investidura parlamentaria, y en la transmisión de esta legitimación doblemente indirecta a cada uno de los fiscales por la vía jerárquica, con la consecuencia de que estos no serían independientes en el ejercicio de sus funciones. Y una cadena similar de legitimación democrática existiría en la Administración: «la legitimación de los funcionarios viene dada porque la dirección de la Administración corresponde al Gobierno, a su vez legitimado por la investidura parlamentaria, y por la consagración del principio de jerarquía, de manera que los funcionarios adquieren legitimación en razón de su sujeción a las directrices emanadas del Gobierno». (47) Todas estas interpretaciones de la Constitución están hechas desde un punto de vista

---

(45) LÓPEZ GUERRA, Luis, «La legitimidad democrática del Juez», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 1, 1997, pp. 43-76. Las citas están tomadas de las pp. 71-73.

(46) Holmes —el juez con quien se inició este artículo— reconoció que los jueces legislan y que deben legislar; pero «solo pueden hacerlo de manera intersticial» (*Southern Pacific Co. v. Jensen*, 1917, en *Opinioni dissenzienti*, edición de Carmelo Geraci, Milano, Giuffrè, 1975, p. 194). Un buen análisis de este tema en RUIZ MIGUEL, Alfonso, «Sobre la creación judicial del derecho», *Poder Judicial*, núm. 16, 1985, pp. 47-55.

(47) GARCÍA MORILLO, Joaquín, «La legitimación democrática del Ministerio Fiscal», *Claves de razón práctica*, núm. 85, 1998, pp. 15-22.

excluyente y parcial, que no abarca el entero sistema institucional diseñado en la Constitución. De ellas ha podido decirse con toda razón que «la democracia constitucional, para la que la limitación del poder cuenta tanto como la voluntad popular y el Estado de Derecho actúa como un freno sobre las decisiones de la mayoría, es poco compatible con visiones radicales sobre la legitimidad». (48)

Las administraciones públicas, en las que prestan sus servicios profesionales los funcionarios, forman parte del sistema institucional establecido en la Constitución: son instituciones legitimadas directamente por esta para la defensa de los intereses generales «con objetividad» y «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» (art. 103.1). Esta misión la tienen que llevar a cabo también bajo la dirección política del órgano de gobierno correspondiente, de procedencia democrática indirecta o directa: estatal, autonómico o local (arts. 97, 140, 141 y 152.1). Autonomía institucional y dirección política deben coexistir, por tanto, en cada una de las administraciones. La democracia no se reduce al principio de mayoría. «Semejante concepto politicista de la democracia —en palabras de Luigi Ferrajoli— ignora lo que es la máxima adquisición y al mismo tiempo el fundamento del estado constitucional de derecho: la extensión del principio de legalidad también al poder de la mayoría y, por consiguiente, la rígida sujeción a la ley de todos los poderes públicos». (49) La legitimidad democrática no debe prevalecer, pues, sobre la garantía institucional de la Administración y la autonomía funcional de los funcionarios. En consecuencia, la democracia no es solo el poder de la mayoría; comporta al propio tiempo «frenos y contrapesos», controles endógenos frente a posibles abusos o excesos de la voluntad mayoritaria, que ayudan a dotar de imparcialidad al sistema institucional. Está pensada para impedir el ejercicio arbitrario del poder. Como dijo el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en 1957, el funcionariado es una «institución que, fundada en los principios de conocimientos técnicos, de especialidad y de leal cumplimiento de las obligaciones, asegura una Administración estable, debiendo constituir de esta forma un contrapeso frente a las diversas fuerzas políticas configuradoras de la vida del Estado».

Desde esta perspectiva, tanto el giro jurisprudencial iniciado en 2006 sobre el ejercicio por el Consejo General del Poder Judicial de sus potestades discrecionales como el traslado de este giro a la función pública administrativa a partir de 2009 van en la buena dirección; y los magistrados que han protagonizado estos dos giros merecen, por el coraje que han mostrado, nuestro reconocimiento.

Trabajo recibido el 1 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(48) DÍEZ-PICAZO, Luis María, *El poder de acusar. Ministerio Fiscal y constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000, p. 178.

(49) FERRAJOLI, Luigi, prólogo a la edición española de su obra *Diritto e ragione. Teoria del galantismo penale* (1989), 2.ª edición, Trotta, Madrid, 1997, p. 11.

**LABURPENA:** Hainbat hamarkadatan, Auzitegi Goreneko auzibideko epaileek ebatzi zuten izendapen askeko postuetarako funtzionarioak izendatzen zituztenek ez zutela hautua publikoki azaldu behar —salbuespen gutxi batzutan izan ezik—. Izendapen-ekintzak berak justifikazio gisa balio zuen, hautatutako pertsonarenganako ustezko konfiantzagatik. Hala, iritziz politiko bera izateagatik ere hauta zitzaketen funtzionarioak. Gure funtzio publikoko oso aditu gutxik kritikatu zuten Konstituzioarekin eta legearekin bateraezina den doktrina hau. Azkenean, Auzitegi Gorenak 2009an baztertu zuen ohitura hori, Konstituzioa eta 30/1992 Legea onartu zirenetik, hurrenez hurren, 30 urte eta 17 urte igaro ondoren. Hiru urte lehenago, Botere Judizialaren Kontseilu Nagusiaren hautazko izendapenei buruzko doktrina zuzendu zuen. Artikulu honek jurisprudenziaren bi aldaketa horiek aztertzen ditu.

**HITZ GAKOAK:** Funtzio publikoa. Diskrezionalitate administratiboa. Jurisprudentzia aldatzea. Aginte-desbiderapena. Botere Judizialaren Kontseilu Nagusia.

**RESUMEN:** Durante décadas los magistrados de lo contencioso del Tribunal Supremo —salvo contadísimas excepciones— repitieron que quien nombraba a un funcionario para un puesto de libre designación no tenía que explicar públicamente su elección; su acto se justificaba por sí mismo en virtud de una presunta confianza en el candidato elegido; incluso podía hacerlo por simples razones de afinidad política. Muy pocos estudiosos de nuestra función pública criticaron esta doctrina que era incompatible con la Constitución y la ley. Han tenido que transcurrir treinta años después de la Constitución y dieciséis después de la Ley 30/1992 para que el Tribunal Supremo la abandonara del todo en 2009. Tres años antes ya había rectificado su doctrina sobre los nombramientos discrecionales del Consejo General del Poder Judicial. En este artículo se analizan y comentan ambos giros jurisprudenciales.

**PALABRAS-CLAVE:** Función pública. Discrecionalidad administrativa. Cambio jurisprudencial. Desviación de poder. Consejo General del Poder Judicial.

**ABSTRACT:** For decades, judges of the contentious administrative section of the Supreme Court —save for very rare exceptions— have said that the person that appointed a public officer for a free appointment position did not have to publicly explain his/her choice; his/her act was justified by itself according to a presumed trust on the chosen candidate; he/she could even do it by simple affinity political reasons. Very few experts of our public service did criticize this doctrine which was incompatible with the Constitution and the Act. It has taken the Supreme Court over thirty years after the enactment of the Constitution and sixteen of the Act 30/1992 to entirely abandon it in 2009. Three years before it had already rectified its doctrine regarding discretionary appointments by the General Council of the Judiciary Power. In this article both turns in caselaw are analyzed and commented.

**KEYWORDS:** Civil service. Administrative discretionality. Change in caselaw. Abuse of Power. General Council of the Judiciary Power.

# Elementos necesarios o estructurales de las relaciones de puestos de trabajo del personal funcionario en el Estado y los municipios, desde las normas y la jurisprudencia

Agustín Juan Gil Franco

**Sumario:** I. Disposiciones normativas referentes a los contenidos de las RPT.— II. Elementos básicos asociados a la organización y estructura de los órganos y unidades administrativas. II.1 Órganos y unidades del centro directivo. II.2 Estructuración jerárquica y su traducción en el estatuto de los funcionarios. II.2.1. Nivel del puesto de trabajo.—III. Elementos estructurales relacionados directamente con el estatuto de los funcionarios públicos. III.1 Estrictamente relacionados con el puesto de prestación del servicio ordinario. III.1.1. El complemento específico asignado al puesto. III.1.2. El tipo puesto de trabajo. III.1.3. La forma de provisión del puesto. III.2 Elementos relacionados con la movilidad funcional interadministrativa. III.3 Elementos relacionados con la tipología de cuerpos / escalas. III.3.1. Adscripción a los grupos de clasificación de los cuerpos /escalas. III.3.2 Las posibles adscripciones a cuerpos y /o escalas específicos. III.3.3 La titulación académica cuando sea imprescindible para el desempeño del puesto y otros requisitos específicos para el desempeño del mismo. III.3.4 Observaciones adicionales distintas a las anteriores. III.4. Las RPT de personal eventual. III.4.1. Personal Eventual o funcionarios de empleo. III.4.1.1. Personal Directivo y RPTs.

## I. Disposiciones normativas referentes a los contenidos de las RPT

Se dice en el Estatuto Básico del Empleado Público(1), (EBEP en adelante) que las Administraciones Públicas *estructurarán su organización* a través de relaciones de puestos de trabajo *u otros instrumentos organizativos similares* que comprenderán, al menos, la denominación de los puestos, los grupos de clasificación profesional, los cuerpos o escalas, en su caso, a que estén adscritos, los sistemas de provisión y las retribuciones complementarias. A los que se añade la publicidad como uno de los elementos distintivos en la dinámica norma-acto administrativo que ha caracterizado una larga etapa jurisprudencial(2). Dicha norma viene a sustituir al

---

(1) Art. 74 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del *Estatuto Básico del Empleado Público*.

(2) A este respecto podrá consultarse la reciente y básica STS contencioso sección 7, de 5 de febrero de 2014 (ROJ: STS 902/2014) N.º de Recurso: 2986/2012 | Ponente: VICENTE CONDE MARTIN DE HIJAS, que trata de solventar la polémica jurisprudencial respecto al carácter de norma o de acto en las RPT dentro del ámbito de la Administración General del Estado. Véase también el trabajo de Guillermo RUIZ ARNAIZ «Relaciones de puestos de trabajo: ¿disposiciones generales o actos administrativos?». *El Consultor de los Ayuntamientos* n.º 9. Comentarios jurisprudenciales, 5 al 29 mayo 2014, Ref. 1028/2014, p. 1028

art. 16 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto referido a las RPT de las Comunidades Autónomas y Administraciones locales y a complementar el art. 15 de la misma Ley respecto a la Administración General del Estado. Éste último, responde al contenido material previsto para las relaciones de puestos de trabajo (en adelante RPT) y que debían comprender, en todo caso, la denominación, tipo y sistema de provisión de los mismos; los requisitos exigidos para su desempeño; el nivel de complemento de destino y, en su caso, el complemento específico que corresponda a los mismos, cuando hayan de ser desempeñados por personal funcionario, o la categoría profesional y régimen jurídico aplicable cuando sean desempeñados por personal laboral. A estas disposiciones reguladoras del contenido esencial de las RPT y más directamente vinculados al sistema de ordenación de los empleados públicos, se añade la función de las RPT como creadoras del elemento organizativo básico de las grandes estructuras orgánicas, que son las denominadas unidades administrativas (3). Por tanto, los contenidos de las RPT representan los elementos desgajados de concreción normativa, tanto en el aspecto de la ordenación del personal y su estatuto regulador, como de la organización de las estructuras orgánicas de los Departamentos ministeriales y Entidades públicas dependientes o vinculadas a éstos junto a las restantes Administraciones públicas. De ahí la importancia estratégica que tiene la existencia y el contenido material de las RPT, en las que necesariamente habrán de basarse los *instrumentos organizativos similares, alternativos a las RPT* de los que se habla en el EBEP. De igual forma se añade que la creación, modificación, refundición y supresión de puestos de trabajo se realizará a través de las antedichas RPT, lo cual le añade otro elemento de conexión con las normas presupuestarias de las diferentes Administraciones públicas que necesitan igualmente de las RPT para una correcta ejecución presupuestaria.

Es verdad que el desarrollo reglamentario del precitado artículo 15, la Orden de 2 de diciembre de 1988 (4), sobre relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado, se centra en exclusiva en el carácter ordenador del personal pero no podemos dejar a un lado el carácter orgánico de éstas, como ya hemos dicho, por lo que los elementos constitutivos de las RPT se desdoblán, en sus efectos, sobre ambas realidades administrativas, aunque también denota un descuido constante en la actividad normativa de la AGE sobre sus contenidos organizativos básicos. En otro lugar hemos defendido la naturaleza básica indudable de este reglamento. Por ello, la precitada Orden es el punto de referencia innegable a la hora de determinar y desarrollar los contenidos esenciales de las RPT. RIVERO ISERN señalaba que si importancia tiene la actividad administrativa a la hora de crear modificar o extinguir un ente público, mayor importancia tiene a la hora de su configuración orgánica, personal y real (5).

Así pues, las RPT comprenderán, conjunta o separadamente, los puestos de trabajo del personal funcionario de cada centro gestor, el número y las características de

(3) Art. 7 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

(4) BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 1988,

(5) RIVERO ISERN, Enrique (1973) «Potestad organizatoria y actividad organizativa». *Documentación Administrativa*, n.º 153, p. 34.



los que puedan ser ocupados por personal eventual, así como los de aquellos otros que puedan desempeñarse por personal laboral. Entre las características esenciales de los puestos de trabajo y los requisitos exigidos para su desempeño, han de señalarse necesariamente el tipo de puesto, el sistema de provisión y los grupos, cuerpos y escalas a que deban adscribirse y, en su caso, la titulación académica y formación específica necesarias para el correcto desempeño del puesto de trabajo y otras condiciones particulares que se consideren relevantes en el contenido del puesto o en su desempeño.

Esta Orden de 8 de diciembre de 1988, supone, pues, un instrumento básico para superar la escasez normativa sobre esta cuestión del anterior art. 16 de la Ley 30/1984, y el actual art. 74 del EBEP. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha destacado que a pesar de la pérdida de vigencia del art. 16 de la Ley 30/1984, y en orden a las limitaciones del art. 74 del EBEP, en tanto se desarrolle por la respectiva norma de función pública para las Administraciones locales: «ahora bien, *en la medida en que ofrece una pauta* que puede ser observada, igualmente, por las Comunidades Autónomas y las corporaciones locales (6)».

Dichos contenidos estructurales, a pesar de los cambios legislativos, por mor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, han adquirido un peso evidente y los ha asociado inevitablemente al concepto jurídico de RPT, de tal manera que distinguen lo que es, de lo que no es: «lo que hacen esos anexos, mediante la identificación con su código y denominación, es limitarse a relacionar, sin más, unos concretos puestos de trabajo, pero no estableciendo para ellos disposición o modificación alguna sobre los elementos que según la ley constituyen la materia principal de una RPT (tipo, sistema de provisión, requisitos y complementos (7))».

## II. Elementos básicos asociados a la organización y estructura de los órganos y unidades administrativas

Ya hemos señalado que el art. 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto y la Orden de 2 de diciembre de 1988, no bastan para encontrar el significado y alcance de las RPT. Necesariamente hemos de fundamentarla, además, tanto en el art. 74 del EBEP («Las Administraciones Públicas estructurarán su organización a través de...») y, para el caso de la Administración General del Estado (AGE, en adelante), como en el art. 7 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE, en adelante), en donde se dice taxativamente que «las unidades administrativas se establecen mediante las relaciones de puestos de trabajo». Por tanto, el elemento organizativo es imprescindible para conceptualizar las RPT, ya que, como dice GIANNINI, la potestad de organización se ejercita a través de actos normativos no primarios (8).

---

(6) STS, contencioso sección 7, del 25 de junio de 2012 (ROJ: STS 5470/2012) N.º de Recurso: 2583/2011 | Ponente: Pablo María LUCAS MURILLO DE LA CUEVA.

(7) STS, contencioso sección 7, del 26 de julio de 2012 (ROJ: STS 5779/2012) N.º de Recurso: 2994/2011 | Ponente: Nicolás Antonio MAURANDI GUILLEN.

(8) Giannini, MASSIMO SEVERO (1991) *Derecho Administrativo*. Ed. INAP, p. 322.

## II.1. Órganos y unidades del Centro directivo

Dentro de este apartado ha de considerarse lo que la precitada Orden señalaba como «denominación y ordenación de los puestos agrupados dentro del Centro directivo». Señala PAREJO ALFONSO que no sólo no es inusual, sino normal, que el ejercicio de una competencia en materia de organización esté imbricado de modo inseparable con el de una competencia sectorial sustantiva y que el ejercicio de una competencia material puede igualmente implicar en el caso concreto, el de otra competencia (aquí la organización), quedando por ella sometida a los límites y, entre ellos, las reserva de ley a que ésta esté sujeta(9). Por ello, la organización más elemental del Centro directivo responderá al conjunto competencial que las normas hayan determinado en cada período concreto, sabiendo que la tendencia es que los órganos administrativos, últimos en su nivel de desagregación y las unidades administrativas tiendan a una mayor perdurabilidad en el tiempo. Conviene precisar aquí que las competencias, en puridad, corresponden a la organización o persona jurídica en su conjunto, a pesar de que vengan atribuidas a cada órgano en particular en que se estructure.

En la AGE, los Centros directivos vienen representados por la estructura departamental ministerial, si bien también las organizaciones personificadas(10) pueden constituir centros directivos /gestores cuya estructuración interna venga diseñada por una RPT. Los centros directivos, a su vez se desagregan, en los denominados por la LOFAGE, órganos superiores (Ministro y Secretarías de Estado) y órganos directivos (Subsecretarías, Secretarías Generales, Secretarías Generales Técnicas, Direcciones Generales y Subdirecciones Generales(11)) y, en la organización periférica, se reserva el carácter de órganos a los Delegados del Gobierno y los Subdelegados del Gobierno. Conviene precisar aquí que el concepto de órgano es básico a los efectos organizativos en cuanto sujeto de atribuciones genéricas o abstractas con funciones que tienen efectos jurídicos frente a terceros (Resoluciones administrativas), y que vienen a imputarse, en el ejercicio de sus funciones, a todo el Centro directivo. Este concepto de órgano viene a predicarse, además de los anteriores, sobre todas las unidades administrativas a las que se les atribuyan funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo(12) y que, en la AGE, se atribuye a las subdirecciones generales. Por lo que podemos tildar de conjunto de «unidades administrativas cualificadas» a la totalidad de los órganos directivos de un Centro Directivo/ Gestor. Se manifiesta de manera crítica con esta solución legislativa GALLEGU ANABITARTE al señalar que desde un planteamiento teórico estricto, estas

(9) PAREJO ALFONSO, Luciano (2009) *Organización y poder de organización. Las potestades organizatoria y reglamentaria del complejo orgánico-funcional Gobierno y Administración*, Ed. Iustel, 1.ª edición, pp. 106 y 107.

(10) A este respecto hemos de incluir dentro de este término los Establecimientos públicos diseñadas por el art. 43 (Organismos autónomos, Entidades Públicas empresariales, Agencias Estatales), la Disposición Adicional 6.ª (Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social), la Disposición adicional 8.ª y 9.ª (las Entidades con características definidas en su propia ley de creación: Instituto Cervantes, etc.), todos ellos de la LOFAGE y, finalmente, las denominadas por la doctrina Administraciones independientes (Comisión Nacional del Mercado de Valores, Comisión Nacional de la Energía, etc.)

(11) Véanse los arts. 10 y 11 de la LOFAGE.

(12) Art. 5.2 de la LOFAGE.

unidades no son órganos porque carecen de autonomía funcional, dependen jerárquicamente del ministro y, por tanto, no son órganos sino simplemente partes del órgano (fracciones del órgano) —cargos o dependencias administrativas dice en otro lugar— que integran el órgano Ministerio(13). De ahí que en las RPT conste el Centro directivo y los diversos órganos directivos en que se desagrega conforme a los Reales Decretos de estructura orgánica establecidos por cada Departamento Ministerial, aunque la misión organizadora de las RPT comienza a partir del órgano denominado «subdirección general» que es el órgano que aúna a las distintas unidades administrativas sin la cualificación a la que aludíamos más arriba, y que contiene como requisito específico para su titularidad la condición de funcionario de carrera. En este terreno, la misión organizativa de la RPT ha de cohonestarse con los requisitos y estructuras de ordenación de los empleados públicos y sus estatutos específicos.

En el ámbito autonómico, se ha repetido la misma concepción respecto de las RPT aunque quizás deteniéndose mayormente en su carácter orgánico. Así, en la Comunidad de Madrid, las relaciones de puestos de trabajo son los instrumentos técnicos a través de los cuales se establecerán las unidades administrativas inferiores a Subdirección General con naturaleza orgánica(14), e igualmente respecto de las Administraciones municipales cuyas RPT pueden estar constituidas por la Concejalía correspondiente o las denominadas Áreas de Gobierno(15)según el Reglamento Orgánico del Gobierno y de la Administración del Ayuntamiento de Madrid. En estos casos, es fundamental el catálogo de puestos de trabajo, en cuanto que define la tipología de puestos, su denominación conforme a la cultura organizativa o la que se busque implantar como efecto del plan de organización general de la Administración local correspondiente.

La denominación del puesto contiene en si misma su inserción en el órgano correspondiente sobre una tipología funcional general o particular basada en las competencias asignadas al órgano. Es verdad que la denominación lleva directamente a los criterios profesionales de desempeño y las aptitudes diseñadas para los Cuerpos y /o Escalas de funcionarios pero también implican los caracteres asignados a las distintas jefaturas comunes de puestos y dotaciones de plantilla. La plasmación de la tipología de «jefaturas», y de puestos con carácter consultivo dentro de la Unidad administrativa correspondiente, puede venir determinada, previamente, por el denominado catálogo de puestos de trabajo(16). En el caso de la administración munici-

---

(13) GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y otros (2001) *Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización*, Ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 52 y 54.

(14) Arts. 3 y 4 de la ORDEN de 27 de marzo de 2012, de la Consejería de Economía y Hacienda, por la que se establecen las denominaciones de las unidades administrativas inferiores a Subdirección General.

(15) Art. 40 de dicho Reglamento cuyo tenor literal es como sigue: «Las Áreas de Gobierno constituyen los niveles esenciales de la organización municipal y comprenden, cada una de ellas, uno o varios sectores funcionalmente homogéneos de la actividad administrativa municipal. De las mismas podrán depender otras Áreas de Coordinación o Delegadas a las que corresponderá la dirección de un sector de la actividad administrativa de la responsabilidad de aquéllas. 2. El número de Áreas de Gobierno no podrán exceder de 15, correspondiendo al alcalde, al amparo de lo previsto en el artículo 123.1.c) en relación con las facultades que le atribuye el artículo 124.4.k) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, determinar el número, denominación y atribuciones de las Áreas, sin perjuicio de las competencias que le puedan delegar otros órganos municipales».

(16) Véase al respecto mi trabajo «Otros instrumentos de ordenación de los empleados públicos, previos o conjuntos, con las relaciones de puestos de trabajo en las Administraciones locales». *El Consultor de los Ayuntamientos*, Ed. La Ley, N.º 13, 2014.

pal, la creación de catálogos de puestos de trabajo, es un paso previo obligatorio dentro de la confección y aprobación de sus RPT. No se puede pasar por alto que ha de reflejarse en la RPT el *número puestos* asignados a las distintas Unidades administrativas con la denominación que corresponda, con la cobertura presupuestaria suficiente y, por tanto, calificarse como «dotados» o, por el contrario, se haga constar la insuficiencia presupuestaria para ese ejercicio pero sí para los siguientes. Lo cual supone un compromiso «*ad futurum*» de su consolidación en la masa retributiva del próximo ejercicio presupuestario. La asignación presupuestaria anual implica que aquellos puestos que se encontraran vacantes podrían incorporarse a la Oferta de empleo público que corresponde convocar a las distintas Administraciones Públicas cada año (17).

## II.2. Estructura jerárquica y su traducción en el estatuto de los funcionarios

Los Ministros son los jefes superiores del Departamento y superiores jerárquicos directos de los Secretarios de Estado. Los órganos directivos dependen de alguno de los anteriores y se ordenan jerárquicamente entre sí de la siguiente forma: Subsecretario, Director general y Subdirector general. Los Secretarios Generales tienen categoría de Subsecretario y los Secretarios generales técnicos tienen categoría de Director general (18). Por lo tanto, la Ley no hace sino incorporar algo que la Constitución Española prevé dentro del denominado por PAREJO ALFONSO, el «estatuto de la Administración pública (19)» y es la jerarquía en cuanto a su forma de organización y articulación interna, mandato recogido en LOFAGE que determina la jerarquía como primer principio inspirador en la organización administrativa (20). GALLEGO ANABITARTE señala que la jerarquía supone la identidad de las competencias materiales entre los órganos superiores y los inferiores, lo que permite a los superiores dirigir la actividad de los inferiores con tutela de legalidad y oportunidad, así como mediante la imposición de órdenes concretas de obligado cumplimiento para los subordinados (21). Esto viene representado en la RPT a través del *nivel asignado al puesto* dentro del conjunto del centro directivo de órganos y unidades administrativas. El nivel, como en el caso de la denominación del puesto, también puede configurarse expresamente en el catálogo de puestos.

(17) El art. 70.1 del EBEP.

(18) Art. 11 de la LOFAGE.

(19) «La atención prestada por el constituyente a la actividad de ejecución administrativa es en todo caso «notoriamente mayor que la dedicada —como hemos visto— a la «ejecución gubernativa», al punto de que se traduce en un verdadero estatuto, por más que principal de la actividad administrativa (objetividad, servicialidad al interés general, eficacia, sometimiento pleno a la ley y el derecho, *op. cit.*, p. 136.

(20) Art. 3.1 a) de la LOFAGE: «La Administración General del Estado se organiza y actúa, con pleno respeto al principio de legalidad, y de acuerdo con los otros principios que a continuación se mencionan: 1. De organización: a) Jerarquía...».

(21) GALLEGO ANABITARTE, Alfredo y otros (2001), *op. cit.*, p. 60.

### II.2.1. NIVEL DEL PUESTO DE TRABAJO

El nivel del puesto, cuya traducción a efectos retributivos es el complemento de destino, es elemento más directamente vinculado con la carrera profesional del funcionario y que manifiesta, como anverso y reverso de una misma moneda, el grado de responsabilidad dentro de la organización como administrador o gestor del puesto (22) que puede coincidir con el de titular del órgano o de la unidad administrativa. Como señalaba el Tribunal Supremo, al tiempo de calificar el nivel como concepto retributivo objetivo y singular, en el nivel del puesto «se prima o la especial preparación añadida a la genérica para el ingreso en la función pública, o la especial responsabilidad que lleva aneja la adscripción a un servicio determinado (23)», algo que ha recalcado más recientemente: «la asignación de niveles de complemento de destino responde a la especialización, responsabilidad, competencia y mando, así como a la complejidad territorial y funcional de los servicios en que esté situado el puesto ( ) la posibilidad de asignar el nivel máximo de complemento de destino a determinados puestos de trabajo no depende de la pertenencia a un Cuerpo a otro, supuesta la naturaleza indistinta de la adscripción de puestos que, como regla general, rige en nuestro sistema de empleo público, sino que ha de estarse específicamente a la naturaleza de sus funciones y a su carácter directivo o de especial responsabilidad (24)». Precisamente SÁNCHEZ MORÓN señalaba que el nivel responde a la valoración que se haga de cada puesto, a reflejar en la RPT con la mayor objetividad y equidad posible (25) conforme a criterios estrictamente organizativos. Lo cual viene a expresar la conexión entre la carrera profesional del funcionario, su pertenencia a Cuerpos y Escalas determinados y su cualificación y aptitud para el desempeño del *roll* organizativo correspondiente.

Aunque la inserción en la organización a través del puesto, viene dada por los intervalos de niveles asignados a los grupos /subgrupos de clasificación de los Cuerpos y Escalas, no goza de un carácter transversal o básico en el conjunto de las Administraciones ya que su determinación se vincula a las amplias facultades de la potestad de organización de la Administración. En efecto, según el Tribunal Constitucional, «ninguna duda razonable de constitucionalidad cabe albergar sobre las atribuciones conferidas en lo que toca a la aprobación de los intervalos de nive-

---

(22) Con anterioridad y como antecedente lejano, el art. 672 del Estatuto de Personal al servicio de Organismos Autónomos, Decreto de 23 de julio 1971, limitaba este complemento a los puestos de trabajo requeridos de una particular preparación técnica o que impliquen especial responsabilidad.

(23) STS, contencioso sección 7, del 1 de octubre de 1991 (ROJ: STS 11542/1991) N.º de Recurso: 187/1987 | Ponente: José María SÁNCHEZ ANDRADE Y SAL. Sin embargo, la STS, contencioso sección 7, del 22 de diciembre de 1995 (ROJ: STS 6640/1995) N.º de Recurso: 338/1993 | Ponente: Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS, admite otras consideraciones, si bien es verdad que muy ligadas a la organización: «nada impide que el exceso de jornada, empleado en determinadas tareas, cualitativamente singularizadas, pueda ser objeto de una previsión singular, y que, si ese exceso es apriorísticamente previsible, como normal, pueda ser tenido en cuenta como uno de los elementos a considerar en la asignación del complemento de destino»

(24) STS, contencioso sección 7, del 12 de junio de 2012 (ROJ: STS 4436/2012) N.º de Recurso: 6397/2009 | Ponente: Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS, además también la STS, contencioso sección 7, del 19 de junio de 2006 (ROJ: STS 3853/2006) N.º de Recurso: 1328/2001 | Ponente: EDUARDO CALVO ROJAS.

(25) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel (2000) *Derecho de la función pública*, 2.ª edición, Ed. Tecnos, p. 207.

les de puestos de trabajo asignados a cada Cuerpo o Escala, atribución que está limitada por la pertenencia de cada uno de estos Cuerpos o Escalas a un grupo determinado, establecido por la propia Ley. Aunque la asignación de intervalos a cada Cuerpo o Escala no es materia que quepa esperar sujeta a rápidas mudanzas, está muy directamente conectada con la facultad de autoorganización de la Administración. Más dudas suscita la atribución mencionada en primer lugar, esto es, la de aprobar la estructura en grados del personal de la Administración del Estado, pues la expresión resulta ambigua. Entendida, sin embargo, como hasta ahora lo ha sido en la práctica, es decir, como la facultad de aprobar la estructura en niveles de la Administración del Estado, que inmediatamente condiciona la estructura en grados del personal que la sirve, esas dudas pueden desecharse por la misma razón que antes se dijo (26)».

De igual forma, en ámbitos organizativos específicos en los que se desarrolla una prestación del servicio vinculada a tareas especiales y cuerpos específicos el nivel se asigna en función del empleo o pertenencia al cuerpo, entendiéndose que el puesto que desempeñen todos los funcionarios pertenecientes a un cuerpo o escala será el mismo y con la mismos requisitos. O bien la estructura de categorías altamente jerarquizadas, dentro de determinados cuerpos, que propician la asignación del nivel en función de la categoría o empleo desempeñado. Este es el caso, por ejemplo, de los funcionarios pertenecientes a cuerpos docentes universitarios y no universitarios, en los que a los profesores del Cuerpo de profesores titulares de universidad se les asigna un nivel determinado y otro al Cuerpos de catedráticos independientemente del puesto desempeñado en dicho ámbito (27). Esquema que se reproduce en el ámbito militar en el que el nivel equivale al complemento de empleo (28) y en el de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (29). De cualquier manera y ya dentro de ámbitos generales, la asignación del nivel debe venir muy determinada, como afirma CASTILLO BLANCO, por el tipo de organización, o sector operativo de ésta, en que se incardina el profesional que presta sus servicios (30). De ahí que PALOMAR OLMEDA concluya que del nivel, complemento de destino, puede decirse no es instrumento técnico que sirva de soporte para la introducción en toda su extensión del modelo técnico de puestos de trabajo ya que verifica una división jerarquizada de los mismos y, a renglón seguido, iguala a todos los que se encuentran en idéntico nivel, sin ningún tipo de individualización (31).

(26) STC, constitucional pleno, del 11 de junio de 1987 (ROJ: STC 99/1987) Recurso de inconstitucionalidad núm. 763/84, | Ponente: Carlos DE LA VEGA BENAYAS.

(27) Art. 2 del Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto sobre retribuciones de profesorado universitario.

(28) Art. 3 y el anexo II del Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas.

(29) Art. 4 a) y anexo II del Real Decreto 950/2005, de 29 de julio, de retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Aunque la STS, contencioso sección 7, del 5 de noviembre de 1991 (ROJ: STS 12549/1991) N.º de Recurso: 3212/1989 | Ponente: Ángel RODRÍGUEZ GARCÍA, admitió la «desjerarquización» del nivel de complemento de destino en el Real Decreto 358/1989.

(30) CASTILLO BLANCO, Federico y otros (2009) *Manual de empleo público*, Ed. Iustel, 1.ª edición, p. 481.

(31) PALOMAR OLMEDA, Alberto (1990) *Derecho de la función pública. Régimen jurídico de los funcionarios públicos*, Ed. Dykinson, p. 237.

### III. Elementos estructurales relacionados directamente con el estatuto de los funcionarios públicos

#### III.1. Estrictamente relacionados con el puesto de prestación del servicio ordinario

##### III.1.1. EL COMPLEMENTO ESPECÍFICO ASIGNADO AL PUESTO

Este concepto se traduce de forma inmediata en un concepto retributivo de vinculación directa al puesto, acompañando al funcionario de forma indisoluble mientras lo desempeñe. Su asignación es de forma tal que, a diferencia del nivel, no genera derecho alguno en la carrera profesional del funcionario ya que, una vez deja de desempeñarse el puesto, no se consolida cantidad retributiva alguna. Sin embargo, esta regla general se desintegra en ámbito de prestación del servicio asignados a algunos cuerpos especiales en los que se ha diseñado componentes personales dentro del complemento específico (32) que pueden ser objeto de consolidación (33). Ni siquiera la incompatibilidad con otras funciones o con una dedicación excluyente de actividades con el sector privado, en un catálogo de puestos de trabajo y/o relación de puestos de trabajo puede motivar atisbo alguno de consolidación en la carrera del funcionario (34). Tempranamente la jurisprudencia definió el complemento específico y su asignación concreta a cada puesto de tal manera que, en contraposición con el nivel asignado, no cabe una mayor discrecionalidad por parte de la Administración: «no aparece pues en la determinación del complemento específico la discrecionalidad administrativa —no resulta indiferente para el Derecho, es decir, no es igualmente justo que se aprecie o no la peligrosidad, la penosidad, etc.—, sino que se trata de actuación reglada, bien que con un, en este caso, amplio margen de apreciación para la Administración ( ) destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad (35)». Es más, se trata de (una) *actuación reglada, bien que con un, en este caso,*

---

(32) Véase el art. 2.3 c) en el que se denomina «*componente de méritos docentes*» en el Real Decreto 1086/1989, de 28 de agosto, sobre retribuciones del profesorado universitario. Lo cual tiene su correlato en que el componente general del complemento específico se asigna no en función del puesto sino en función del Cuerpo y de la categoría funcional (vid .art. 2.3 a) del anterior Real Decreto y el art. 4.B) b).1 del Real Decreto 950/2005, de 29 de julio, de retribuciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

(33) La Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en su art. 70 señala que «cada Universidad pública establecerá anualmente, en el estado de gastos de su presupuesto la relación de puestos de trabajo de su profesorado, en la que se relacionarán, debidamente clasificadas, todas las plazas de profesorado, incluyendo al personal docente e investigador contratado». Es evidente que en estas RPT el complemento específico sólo podrá reflejar el denominado componente general de dicho complemento, reflejando con esto la relatividad de una RPT en este ámbito. Quizás hubiera sido más correcto hablar de relaciones de plantillas de profesorado.

(34) Así lo señaló la STS, contencioso sección 7, del 4 de enero de 2001 (ROJ: STS 37/2001) N.º de Recurso: 5220/1996 | Ponente: Ramón TRILLO TORRES, que reitera otras anteriores.

(35) STS, contencioso sección 1, del 1 de julio de 1994 (ROJ: STS 1262/1994) | Ponente: Francisco Javier DELGADO BARRIO. Efectivamente, el Tribunal considera que se trata de un conjunto de conceptos jurídicos indeterminados que son concretables: «Ya en este punto ha de destacarse que los datos a tener en cuenta para la fijación del complemento específico —especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad— integran conceptos jurídicos indeterminados que, en cuanto tales, tienen naturaleza reglada: O hay penosidad o no la hay, o hay peligrosidad o no, etc. No aparece pues en la determinación del complemento específico la discrecionalidad administrativa —no resulta indiferente para el Derecho,

*amplio margen de apreciación para la Administración*(36). Así pues, viene a retribuir la especial dificultad técnica, responsabilidad, dedicación, incompatibilidad exigible para el desempeño de determinados puestos de trabajo a la que hemos hecho alusión más arriba, o las condiciones en que se desarrolla el trabajo(37). En el ámbito local y con carácter previo, se exige además que el establecimiento o modificación del complemento específico en las RPT, por la Corporación efectúe una valoración del puesto de trabajo atendiendo a las circunstancias mencionadas(38). La valoración en sí misma puede contener otro procedimiento que concluya con un juicio técnico sobre la asignación de una cantidad retributiva determinada, única o desglosada a efectos de la propia decisión en componentes, que puede delimitar el amplio margen de actuación por parte de la Administración que decida. Algo que también se ha consignado por la jurisprudencia: «Y es que debía constar una explicación de las razones por las que se creaban del modo en que se hizo tales puestos y de las que aconsejaban el cambio en las retribuciones complementarias de los que ya existían y las vieron alteradas. No se trata, pues, de la suficiencia o insuficiencia de una motivación en todo caso existente, sino de la inexistencia de la que debió haber»(39).

Por tanto, diversos tipos de complementos específicos, en cuanto a su cuantía, pueden coexistir con puestos a los que se les asigne el mismo complemento de destino/nivel ya que éste expresa el enganche de éstos con la estructura organizativa y aquél el contenido propio e individual del puesto.

### III.1.2. EL TIPO PUESTO DE TRABAJO

El *tipo de puesto*, viene a incidir sobre su singularidad, en primer término respecto a los efectos de producir frente a terceros actos y resoluciones administrativas que representen la voluntad del órgano administrativo, y en segundo, en cuanto a su importancia dentro de la línea jerárquica o de staff de la organización administrativa. Esta circunstancia implica que los *puestos directivos* a desempeñar en exclusiva por funcionarios de carrera dentro de las RPT tengan la consideración de «puestos singulari-

---

es decir, no es igualmente justo que se aprecie o no la peligrosidad, la penosidad, etc.—, sino que se trata de actuación reglada, bien que con un, en este caso, amplio margen de apreciación para la Administración»

(36) STS, contencioso sección 1, de 22 de diciembre de 1994 (Roj: STS 8776/1994) Recurso de apelación | Ponente: José María RUIZ-JARABO FERRÁN. La sentencia añade criterios para desentrañar su correcta o no aplicación: «Sobre esta base, en relación con el complemento específico hay que distinguir dos momentos: A) Actuaciones que preceden y tienden a la determinación del complemento específico. Aquí, ciertamente, la Administración ha de atender exclusivamente al contenido del puesto de trabajo en cuestión para aplicarle los criterios de valoración que se hayan adoptado. B) Fijado ya el complemento específico, cabe una tarea de comprobación, que puede realizar la propia Administración, o de control, que desarrollan los Tribunales —art. 106.1.º de la Constitución—, para examinar si la fijación del complemento específico ha sido o no legalmente procedente. Y en su curso resulta perfectamente viable comparar el «contenido» de varios puestos de trabajo —no el Cuerpo o Escala al que pertenecen los funcionarios que los desempeñan— para ver si el complemento específico fijado a los mismos resulta o no coherente con aquel «contenido».

(37) Art. 24 b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

(38) Art. 4.2 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los Funcionarios de Administración Local.

(39) STS, contencioso sección 7, del 11 de diciembre de 2012 (ROJ: STS 8368/2012) N.º de Recurso: 2860/2011 | Ponente: Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS.



zados». El ejemplo paradigmático en la Administración General del Estado son las subdirecciones generales, responsables inmediatas, bajo la supervisión del Director general o del titular del órgano del que dependan, de la ejecución de aquellos proyectos, objetivos o actividades que les sean asignados, así como de la gestión ordinaria de los asuntos de su competencia(40). Los restantes puestos son denominados como «no singularizados». No obstante, no siempre se sigue esta regla de los efectos «ad extra» de las Resoluciones administrativas de dichas Unidades /órganos, y se ha atribuido dicha singularización a puestos con una importancia simbólica dentro de la organización administrativa. Además no es un elemento constitutivo de esta singularidad, el tipo de forma de provisión, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo: «tampoco este reproche casacional resulta fundado. Una cosa es que el puesto de trabajo tenga asignadas unas funciones de naturaleza especial (esto es, un cometido con unas especiales notas, como puede ser su carácter directivo o su especial responsabilidad) que permitan establecer para él el sistema de libre designación, lo que puede darse en una pluralidad de puestos; y otra diferente es que el puesto, aunque no tenga aquellas funciones especiales, sea individualizado y distinto de los restantes que aparezcan en la relación de puestos de trabajo, siendo estas últimas notas las que considera el artículo 59 del Reglamento General de Ingreso y Provisión (Real Decreto 364/1995) para determinar si el puesto es o no singularizado(41)».

La singularidad puede venir reforzada por la asignación de un complemento específico lo suficientemente definidor de su grado de responsabilidad dentro de la Unidad administrativa.

### III.1.3. LA FORMA DE PROVISIÓN DEL PUESTO

El puesto ocupa el punto central y la carrera administrativa horizontal viene determinada precisamente por el desempeño de los puestos de trabajo que otorgan al funcionario un grado que consolidará en su vida administrativa tanto a la hora de optar a otros puestos como de la propia garantía profesional de sus progresos y de sus retribuciones mínimas. Por tanto, la forma de provisión se convierte en la única forma de movilidad, tanto la ordinaria dentro de la organización y como fuera de ella, la denominada movilidad interadministrativa. Así lo señala el EBEP cuando afirma que la carrera

---

(40) Art. 19 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que señala además: «Los nombramientos se efectuarán entre funcionarios de carrera de la Administración General del Estado y, en su caso, de otras Administraciones públicas cuando así lo prevean las normas de aplicación y que pertenezcan a Cuerpos y Escalas, a los que se exija para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente, de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado 10 del artículo 6 y conforme al sistema previsto en la legislación específica.»

La Disposición Transitoria quinta del Reglamento Orgánico del Gobierno y de la Administración del Ayuntamiento de Madrid hace una referencia a la transición de la tradicional «Dirección de Servicios» como último escalón superior dentro de las RPT o catálogos a desempeñar por funcionarios, hacia la denominación de «subdirecciones generales»: «Las Direcciones de Servicios existentes a la entrada en vigor del presente Reglamento se transformarán en Subdirecciones Generales a través del decreto del alcalde de estructura del Área correspondiente, debiéndose adaptar posteriormente a estos efectos la relación de puestos de trabajo. Dicha modificación no afectará a las demás características y retribuciones de dichos puestos, establecidas en la relación de puestos de trabajo».

(41) STS, contencioso sección 7, del 19 de julio de 2010 (ROJ: STS 4521/2010) N.º de Recurso: 3143/2007 | Ponente: Nicolás Antonio MAURANDI GUILLEN.

profesional es el conjunto ordenado de oportunidades de ascenso y expectativas de progreso profesional conforme a los principios de igualdad, mérito y capacidad(42). La jurisprudencia del Tribunal supremo ha reafirmado el deseable carácter objetivo en los sistemas de provisión: «la cuestión central consiste en cómo ha de regularse el modo de provisión de los puestos en cuanto norma objetiva de ordenación de la organización administrativa y no en cuanto a que ello constituya título suficiente para otorgar de forma directa un derecho subjetivo a personas que se rigen por normas que constituyen el estatuto común de los funcionarios, o por normas que suponen la existencia de un estatuto especial(43)» Precisamente la igualdad, mérito y capacidad es la que ha de tenerse en cuenta como principio inspirador y finalidad última de las formas de provisión de puestos.

Efectivamente, las formas de provisión que conllevan la asignación definitiva del puesto son una proyección definitiva sobre la carrera profesional: «ya que de lo contrario estas situaciones provisorias podrían servir para asignaciones de grados personales desvinculadas de la idoneidad para el puesto y para demorar la provisión de éstos por los mecanismos que *hagan efectivo los principios de mérito y capacidad*(44). Algo que ha sido recogido de forma explícita por el EBEP al señalar que las Administraciones públicas proveerán los puestos de trabajo mediante procedimientos basados en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad(45). El art. 101 de la LRBRL establece que los puestos de trabajo vacantes que deban ser cubiertos por los funcionarios propios de la corporación local se proveerán en convocatoria pública por los procedimientos de *concurso de méritos o de libre designación*, de acuerdo con las normas que regulen estos procedimientos en todas las Administraciones públicas. Los procedimientos que hayan de emplearse en el puesto/s concreto/s convocado/s será el que se determine explícitamente en la RPT de la Corporación correspondiente como señala la propia LRBRL quedando la participación a lo que al respecto establezcan las relaciones de puestos de trabajo. A este respecto, las RPT determinan las dos formas de provisión ordinarias previstas por el antedicho Estatuto: el concurso y de libre designación ambos con convocatoria pública. El concurso, como procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo, consiste en la valoración de los méritos y capacidades y, en su caso, aptitudes de los candidatos por órganos colegiados de carácter técnico(46). En realidad, el sistema de concurso de méritos, a su vez, se subdivide en denominado concurso general y el concurso específico de méritos, en donde la automaticidad de los méritos generales vinculados a la carrera general del funcionario, tienden a relativizarse por componentes más específicos y atinentes a la experiencia del desempeño de puestos de trabajo en áreas organizativas funcionales, bien a través de la posesión de titulaciones oficiales o bien en relación con otra formación de carácter profesio-

---

(42) Art. 16.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

(43) STS, Contencioso sección 1 del 30 de Enero del 1992 ( ROJ: STS 608/1992) Recurso: | Ponente: Mariano BAENA DEL ALCAZAR.

(44) STS, contencioso sección 7, del 21 de mayo de 2008 (ROJ: STS 2641/2008) N.º de Recurso: 1369/2004 | Ponente: Enrique CANCER LALANNE.

(45) Art. 78 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

(46) Art. 79.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

nal en áreas relacionadas con la de los puestos convocados(47). La calificación de las candidaturas en este caso se otorga a una Comisión de valoración reflejada en las distintas Leyes y normas reguladoras, dentro del «arco» de la función pública española, y se han apresurado en destacar la profesionalidad, especialización y «asepsia» en relación con su composición y su modo de actuar(48). Por eso, la legislación básica, el EBEP, ha establecido el criterio de paridad entre mujer y hombre, apostillando que su funcionamiento se ajustará a las reglas de imparcialidad y objetividad. La LRBRL encomienda al Alcalde/Presidente de la Corporación la aprobación de las bases que regulen los sistemas de provisión puestos de trabajo en los Ayuntamientos de régimen general y en los de régimen especial a la Junta de Gobierno Local(49). Ahora bien, la decisión de establecer en la RPT la forma de provisión del puesto, si el concurso de méritos o el concurso específico de méritos o la libre designación, está ligada a la potestad de organización de la AGE o de la Corporación local correspondiente y, por tanto, a un amplio grado de discrecionalidad por parte de la misma que ha sido delimitada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo ante la realidad y ya «clásica» opción de casi todas las Administraciones territoriales de optar —a veces de forma un tanto generalizada— por la libre designación como forma de provisión incluso para puestos con niveles de responsabilidad intermedia. En efecto, la jurisprudencia se ha pronunciado de forma muy concreta y pormenorizada al respecto cuando señala que «En esencia, consiste en exigir, para que proceda la utilización del sistema de libre designación, una justificación, *puesto por puesto*, de la concurrencia de las circunstancias legalmente previstas para autorizarla a la luz de los singulares cometidos concurrentes de cada uno, de manera que se pueda valorar si presenta o no el carácter directivo o la especial responsabilidad de los que depende la validez de la previsión de este sistema de libre designación y sin que sean suficientes a estos efectos fórmulas estereotipadas o la mera denominación aplicada al puesto(50)».

---

(47) El concurso específico de méritos que es una realidad más común que el concurso general reservado a puestos «no cualificados» dentro de las estructuras de la RPT, viene a ser un fórmula intermedia entre éste y la libre designación. Se utiliza para la mayor parte de los puestos intermedios de las estructuras administrativas de las distintas Administraciones públicas, si bien es verdad que en el ámbito local su utilización de la forma de provisión dependerá del tamaño de la Administración municipal y de la propia cultura administrativa. Se regula en el art. 45 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado.

(48) Estos calificativos son utilizados frecuentemente por nuestra clase política y a veces no se sabe realmente cuál es la sistemática, las virtudes del proceso y, desde luego, las consecuencias negativas también de estos procesos.

(49) Arts. 102.1 y 127.1h) de la LRBRL.

(50) STS, contencioso sección 7, del 18 de junio de 2012 (ROJ: STS 4809/2012) N.º de Recurso: 1879/2011 | Ponente: Pablo María LUCAS MURILLO DE LA CUEVA. Existe una amplísima jurisprudencia al respecto de la motivación en la elección de la libre designación como forma de provisión de los puestos de trabajos del personal funcionario. La STS, contencioso sección 7, del 13 de junio de 2012 (ROJ: STS 4365/2012) N.º de Recurso: 401/2009 | Ponente: Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS realiza una amplísima selección de sentencias al respecto: «de 11 de marzo de 2009 (casación 2332/2005), 9 de febrero de 2009 (casación 7168/2004), 10 de diciembre de 2008 (casación 10351/2004), 24 de septiembre de 2008 (casación 5231/2004), 2 de julio de 2008 (casación 1573/2004), 7 de abril de 2008 (casación 765712003), 17 de diciembre de 2007 (casación 596/2005), 17 de septiembre de 2007 (casación 5466/2002), 16 de julio de 2007 (casación 1792/2004) y 30 de marzo de 2009 (casación 4188/2005) entre otras».

La inclusión de personal eventual en la RPT implica que en este apartado de la misma, hayan de utilizarse otras claves o conceptos denominativos ya que, con frecuencia se confunde la forma de provisión de la libre designación, exclusivamente reservada para los funcionarios de carrera, con la expresión que, tanto el EBEP como la LRBRL, utilizan para el método de provisión de este tipo de puestos de trabajo, reservados a los otrora llamados funcionario de empleo: «el nombramiento y cese de estos funcionarios es libre (51) aunque su nombramiento sólo está atribuido a los órganos que cada Ley de Función pública determine. En cualquier caso su función no podrá ser ejecutiva dentro del organigrama funcional de la RPT quedando «recluidas» sus funciones dentro de los gabinetes u órganos de consulta directamente incardinados de las autoridades que los nombran.

### III.2. Elementos relacionados con la movilidad funcional interadministrativa

La traducción en las RPT se ha venido en denominar como adscripción de puestos a las Administraciones, como elemento descriptivo clave para el desempeño general de los puestos de trabajo. Hemos de partir de la base de que el legislador básico ha planteado procesos de movilidad entre las distintas Administraciones públicas con el objeto de lograr un mejor aprovechamiento de los recursos humanos, en garantía de la eficacia del servicio que se preste a los ciudadanos. Principio director conectado directamente con el «estatuto de la Administración», expresado en el art. 103 CE. Por eso, el legislador exige que la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales establezcan medidas de movilidad interadministrativa, preferentemente mediante Convenio de Conferencia Sectorial u otros instrumentos de colaboración (52). Para ello, las RPT se presentan como instrumentos idóneos, ya que estos elementos básicos constitutivos de las RPT ofrecen esta posibilidad y son reflejo del sistema propio de función pública creado. La determinación legislativa básica (53) de atribuir a la ley la creación, modificación y supresión de los cuerpos y escalas de funcionarios implica la posibilidad de regular la movilidad interadministrativa. Por tanto, tan sólo a las Administraciones territoriales se hayan atribuido la regulación de los procesos de movilidad interadministrativa de los funcionarios

---

(51) El art. 12 del EBEP, no señala sus características, régimen jurídico aplicable y formas de provisión, limitándose a señalar que «es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin», si bien este mismo artículo establece algunos elementos básicos definidores de esta figura para el conjunto de las Administraciones públicas. También la LRBRL en su art. 104, se refiere a este tipo de funcionarios, retribuciones y autoridades competentes para su nombramiento. En el proceso de elaboración de la Ley 27/2013, 27 diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, y fruto de los procesos de restricción presupuestaria, el personal eventual fue un tema muy debatido y en algunos momentos se constituyó como «estrella» de la Ley. De hecho, la misma ha introducido un nuevo art. 104 bis, limitativo de su número en función de la población del municipio y de la plantilla de los empleados públicos municipales.

(52) Art. 84.1 del EBEP.

(53) Art. 75 del EBEP. El art. 167 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local es la disposición legislativa habilitadora para la creación de Escalas, Subescalas y clases de funcionarios y la clasificación de los mismos dentro de cada una de ellas en las Corporaciones locales.

públicos (54), cuya única clasificación administrativa básica, por su pertenencia a la Administración territorial correspondiente, responde al calificativo de funcionario del Estado, autonómico o local. Algo por otro lado reafirmado por la doctrina del Tribunal Constitucional. No podemos hablar, pues, de Administraciones independientes a los efectos constitutivos de Cuerpos, Escalas y categorías de funcionarios, siendo necesaria siempre una «ley cabecera» para su creación y régimen jurídico regulador, definiendo su pertenencia básica a una Administración territorial. Así pues, nos encontramos, desde un punto de vista estatutario y de categorías jurídicas, con tres grandes bloques de sistemas de función pública en España sustentados desde los tres ordenamientos jurídicos propios de cada Entidad territorial que, a su vez, por mandato constitucional, se encuentran ligados y supeditados por normas y conceptos jurídicos emanados de la propia capacidad unificadora del poder Estatal único: el sistema de función pública estatal, el sistema de las Comunidades autónomas y el sistema de las Entidades locales (55).

De hecho, sólo las RPT de las distintas organizaciones administrativas finalmente pueden determinar su mayor o menor apertura a los Cuerpos y escalas de funcionarios adscritos a otras Administraciones Públicas, son el verdadero punto neurálgico de los procesos de movilidad interadministrativa. Desde luego y al margen de otros instrumentos, su concreción normativa más real, frente a los pronunciamientos legislativos, son las RPT (56). Sólo a través de las RPT podemos hablar de una mayor o menor apertura de una Administración respecto de otras en el terreno de la gestión de los recursos humanos. Por tanto, es evidente que la importancia de las RPT a la hora de comprobar las políticas reales de movilidad interadministrativa. CORRAL VILLALBA recalca esta idea ya que esta movilidad no es libre (no es una realidad diríamos) sino que queda encomendada a la RPT, siendo ésta el instrumento que debe determinar qué puestos quedan abiertos al personal propio y qué puestos pueden ofrecerse a

---

(54) En efecto, señala el Tribunal Constitucional: «en materia de función pública al Estado le corresponde, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1.18 CE, la competencia exclusiva para establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos, expresión que ha de entenderse referida, como ha tenido ocasión de declarar este Tribunal, a los funcionarios de todas las Administraciones públicas, debiendo, por consiguiente, entenderse incluidos en dicho título competencial tanto los funcionarios de la Administración del Estado como los de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y los de las Corporaciones Locales». STC, constitucional sala 2.ª, del 27 de abril de 2010 (ROJ: STC 8/2010) Cuestión de inconstitucionalidad núm. 2010-2003 | Ponente: Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS.

(55) Por eso, a nuestro modo de ver no podemos hablar con un contenido técnico real cuando hablamos de funcionarios de las universidades o de los ayuntamientos sino de funcionarios estatales, autonómicos o locales, con independencia de cuál sea su norma cabecera —que normalmente delimitará su propio régimen jurídico— partiendo del hecho de pertenencia del órgano estatal competente en la aprobación de la Ley.

(56) Efectivamente, ya la Ley 30/1984, de 2 de agosto, en su art. 17 disponía que «Con el fin de lograr una mejor utilización de los recursos humanos, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas podrán ser cubiertas por funcionarios que pertenezcan a cualquiera de estas Administraciones Públicas, de acuerdo con lo que establezcan las relaciones de puestos de trabajo.

2. Asimismo, los funcionarios de la Administración local, cuando así esté previsto en las relaciones de puestos de trabajo, podrán desempeñar puestos de trabajo en otras Corporaciones locales, en las Administraciones de las Comunidades Autónomas y en la Administración General del Estado en puestos relacionados con las funciones que les competen en materia de Entidades locales. 3. En el marco de los Acuerdos que las Administraciones Públicas suscriban con la finalidad de facilitar la movilidad entre los funcionarios de las mismas, tendrán especial consideración los casos de movilidad geográfica de las funcionarias víctimas de violencia de género». El EBEP dedica el art. 84 a la movilidad interadministrativa pero de una manera menos concreta, instando a las distintas Administraciones públicas al establecimiento de medidas de movilidad interadministrativa. Quizás el aspecto más real, a los efectos de la movilidad es el apartado tercero de dicho artículo, y como decíamos las RPT.

provisión de personal de otras Administración/es (57). Así lo ha señalado, con el grado de concreción con que puede hacerlo, el Tribunal Constitucional: «el predicado carácter básico del precepto estatal no es óbice para que dejase que fueran cada una de las Administraciones públicas las que, a través de las relaciones de puestos de trabajo, determinasen los puestos que podían ser desempeñados por funcionarios de otras Administraciones públicas (...) desde una perspectiva material reviste carácter básico la previsión de la posibilidad de movilidad entre funcionarios de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas y también la remisión a las relaciones de puestos de trabajo como instrumento de ordenación de la función pública en el que ha de concretarse aquella posibilidad (58)».

Cuestión que para las Administraciones públicas es un mandato claro: los puestos de trabajo vacantes que deban ser cubiertos por los funcionarios y no estén reservados a funcionarios con habilitación estatal, se proveerán en convocatoria pública por los procedimientos de concurso de méritos o de libre designación, de acuerdo con las normas que regulen estos procedimientos en todas las Administraciones públicas. En dichas convocatorias de provisión de puestos de trabajo, además de la participación de los funcionarios propios de la entidad convocante, *podrán* participar los funcionarios que pertenezcan a cualquiera de las Administraciones públicas, quedando en este caso supeditada la participación a lo que al respecto establezcan las relaciones de puestos de trabajo (59).

Por lo general, los sistemas de adscripción a Administraciones públicas, en este apartado de clasificación de las RPT, suelen recoger a las Administraciones territoriales correspondientes y dentro de ellas, por coherencia el sistema, han de incluirse como potenciales candidatos /as a desempeñar esos puestos, a todos los cuerpos y escalas que aquéllas hayan creado en sus leyes. Así pues, determinados puestos, según sus características y adscripción a un centro gestor determinado, podrán ser desempeñados por funcionarios de Cuerpos y Escalas de la Administración General del Estado, en exclusiva, o bien por éstos y por funcionarios de cuerpos y escalas de las CCAA, o bien por funcionarios de cuerpos y escalas de la AGE, de las CCAA y de las Entidades locales, o bien por funcionarios de cuerpos y escalas de la AGE y las Entidades locales o bien de todas indistintamente. Algunas RPT se han abierto en este apartado a otras posibilidades dentro del interminable mundo de las Administraciones públicas instrumentales que, dependientes de las territoriales arriba mencionadas, adquieren algún relieve por la posibilidad de creación, a través de su ley reguladora, de cuerpos y escalas propias o bien alcanzar a sectores muy especializados dentro de cada Administración territorial como es el caso de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Cuerpo Nacional de Policía

(57) CORRAL VILLALBA, Juan (2001) *Cómo hacer la valoración de puestos en un Ayuntamiento: la relación de puestos de trabajo*, Ed. Civitas, Madrid, p. 63.

(58) STC, constitucional sala 2.ª, del 27 de abril de 2010 (ROJ: STC 8/2010) Cuestión de inconstitucionalidad núm. 2010-2003 | Ponente: Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS.

(59) Art. 101 de la LRBRL, en la redacción dada por el número 1 del artículo 39 de Ley 55/1999, 29 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE, 30 diciembre). La nueva redacción modifica la inicial en la que las Administraciones locales debían ofertar de forma obligatoria los puestos de trabajo no cubiertos con sus propios funcionarios a otros pertenecientes a cualquiera de las Administraciones públicas quedando la referencia de las RPT tan sólo para el sistema de provisión de estos puestos de trabajo a ofertar «externamente».

y Cuerpos de la Guardia Civil) cuyo estatuto emana directamente de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y disposiciones de desarrollo de ésta. Capítulo especial merece algunas Entes públicos como la Universidades públicas —en un punto intermedio entre las Administraciones independientes y las meramente instrumentales—, que no se insertan en la Administración territorial correspondiente —Estado y/o CCAA— aunque parecen vinculadas a ellas. La Ley Orgánica de Universidades abre la posibilidad de que las Universidades públicas establezcan a través de sus estatutos constitutivos Escalas de personal funcionario (60) cuya adscripción a la Administración territorial a la que están vinculadas no aparece de forma clara, generando interpretaciones variadas de los preceptos legales —no siempre acordes con el espíritu de la propia ley— por parte de los gestores de Recursos Humanos generando una indiscutible inseguridad jurídica.

### III.3. Elementos relacionados con la tipología de Cuerpos /Escalas

#### III.3.1. ADSCRIPCIÓN A LOS GRUPOS DE CLASIFICACIÓN DE LOS CUERPOS /ESCALAS

La Orden de referencia, señala la necesaria *adscripción a grupos de clasificación* de los puestos de trabajo de la RPT, teniendo en consideración que no es tanto la pertenencia al cuerpo o Escala ya que para la adscripción de puestos de trabajo a grupos deben combinarse tanto las exigencias derivadas de las funciones de un puesto en cuanto a titulación y cualificación, con factores ajenos a la pertenencia a un grupo concreto, como la capacidad de gestión y la experiencia.

Este apartado refleja otro aspecto básico dentro de la función pública española. Los grupos de titulación que transformarían los anteriores índices de proporcionalidad, se convierten desde la reforma de 1984, en el eje básico y estructural del sistema. Así pues, la titulación académica oficial, es el elemento que agrupa en torno a sí, a todos los cuerpos, escalas y categorías y, para los que es necesaria poseer para acceder a los mismos. Son los denominados por el EBEP (61) grupos de clasificación profesional que, por otro lado, han sido objeto de cierta relativización. La Ley 30/1984 creó el grupo B, cuyo acceso exigía estar en posesión del Título de Ingeniero Técnico, Diplomado Universitario, Arquitecto Técnico, Formación Profesional de tercer grado o

---

(60) Efectivamente es el art. 73 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades: «1. *El personal de administración y servicios de las Universidades estará formado por personal funcionario de las escalas de las propias Universidades y personal laboral contratado por la propia Universidad, así como por personal funcionario perteneciente a los cuerpos y escalas de otras Administraciones públicas...*».

(61) El art. 76 del EBEP recoge la clasificación profesional: Los cuerpos y escalas se clasifican, de acuerdo con la titulación exigida para el acceso a los mismos, en los siguientes grupos: Grupo A, dividido en dos Subgrupos A1 y A2. Para el acceso a los cuerpos o escalas de este Grupo se exigirá estar en posesión del título universitario de Grado. En aquellos supuestos en los que la Ley exija otro título universitario será éste el que se tenga en cuenta. La clasificación de los cuerpos y escalas en cada Subgrupo estará en función del nivel de responsabilidad de las funciones a desempeñar y de las características de las pruebas de acceso. Grupo B. Para el acceso a los cuerpos o escalas del Grupo B se exigirá estar en posesión del título de Técnico Superior. Grupo C. Dividido en dos Subgrupos, C1 y C2, según la titulación exigida para el ingreso. C1: título de bachiller o técnico. C2: título de graduado en educación secundaria obligatoria.

equivalente (62) que, en la actualidad, tras la aprobación del EBEP, ha quedado diluido entre, propiamente, un grupo B y el subgrupo A2.

La novedad respecto a la anterior reforma introducida por la Ley 30/1984, radica en que los grupos realmente no indican sino los niveles educativos generales sobre los que se desagregarán los respectivos requisitos de acceso, que son los que, de manera concreta y tangible, se exigirán para pertenecer a un cuerpo o escala determinado, que, a su vez, se encuadran dentro de un subgrupo. A tenor de la redacción del precepto podemos entender matizada la rigidez que suponía, como único requisito de formación, la «titulación» para acceder a un Cuerpo/Escala, al introducirse el nivel de responsabilidad de las funciones a desempeñar por los Cuerpos/Escala y su adscripción a un subgrupo. Así, por ejemplo, el grupo A, del art. 76 del EBEP, representa uno de grados académicos en que se estructuran los estudios superiores de carácter universitario (63), el título de grado, desagregado en los subgrupos A1 y A2 para los que se exige la misma titulación pero para los que la carrera profesional se ve limitada hasta un máximo —el complemento de destino /nivel— en el desempeño de puestos. Ciertamente podríamos encontrar un paralelismo evidente —siguiendo el camino iniciado por la Ley 30/1984— entre los niveles de titulación de acceso para el subgrupo A1 y el subgrupo A2 entre el título de Máster y el de Grado respectivamente (64), aunque quizás el legislador básico ha buscado alternativas por parte de cada ley de función pública en relación con uno y otro subgrupo a la hora de establecer el pase entre ambos: si ha de limitarse a la vía tradicional de las pruebas de acceso mediante promoción interna o bien otras fórmulas como es la superación de uno o varios períodos de formación evaluada junto a la experiencia profesional y /o formación adquirida que habiliten al funcionario al cambio de subgrupo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, tomando como base la del Constitucional, ya hacía referencia a la desigualdad intrínseca del sistema ya que «en virtud de la cual todas las categorías de funcionarios con igual titulación haya de tener asignado un mismo coeficiente multiplicador, porque la unidad del título, por si sola, no asegura la identidad de circunstancias ni es el único elemento que el legislador puede tomar en consideración De manera que tampoco basta con que las tareas asignadas a dos Cuerpos distintos sean reglamentariamente definidas en términos análogos o casi idénticos, ya que es obvio que esa definición se hará siempre por referencia a las estructuras administrativas en que dichos funcionarios se inserten» (Cfr. STC. 77/1990, de 26 de abril, FJ.3) (65).

El grupo B del EBEP se reserva a los Cuerpos/escalas cuyo acceso se exija la posesión del título de Técnico Superior en formación profesional, al que se accede desde

(62) Procede del ya derogado art. 25 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública.

(63) El art. 3 del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, adaptando el sistema de grados español al Espacio Europeo de Educación Superior, ordena las enseñanzas universitarias de la siguiente manera: «Las universidades impartirán enseñanzas de Grado, Máster y Doctorado conducentes a la obtención de los correspondientes títulos oficiales».

(64) Ya es conocido que el título de grado puede no ser constitutivo para el acceso al ejercicio de actividades profesionales. Por ejemplo, para el ejercicio profesional de la Abogacía, véase el art. 2 de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales.

(65) STS, Contencioso sección 1, del 26 de octubre de 1994 (ROJ: STS 6904/1994) Recurso: 2625/1991 | Ponente: Melitino GARCÍA CARRERO.



el grado medio de la Formación Profesional (66). Tal circunstancia puede parecer desapercibida pero este es un elemento más para la abrir un camino inverso al propuesto por la Ley 30/1984 y es el de la «administrativización» de determinadas categoría profesionales que en la AGE, por ejemplo, tienen el carácter de personal laboral (67). Pero, desde luego, si hay un ámbito en el que este grupo puede «dar juego suficiente» por el alto grado de diversificación de tareas, es en el ámbito local en donde las categorías profesionales encuadradas dentro de la Administración Especial, se contemplan de modo específico en el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (68). En realidad el grupo B creemos que ha quedado reducido a un ámbito administrativo especial de fuerte especialización y para sectores en los que el apoyo a las tareas experimentales principales constituye su razón de ser (así por ejemplo los ayudantes de laboratorio, o de investigación en Instituciones docentes y de investigación...). Sin embargo, tanto la naturaleza de este grupo como el posible intervalo de niveles es una incógnita a la espera de su regulación por la Ley de Función pública correspondiente, si bien la normativa que establezca el Estado tendrá un carácter de guía indudable. Finalmente, el grupo C, desagregado en dos subgrupos el C1 y el C2, agrupa los niveles educativos correspondientes al bachillerato, y la educación secundaria obligatoria respectivamente, aunque la inclusión para el acceso a cuerpos y escalas encuadrados en C1, del título de bachiller y otro denominado «técnico» introduce alguna confusión al respecto ya que cuando, en una convocatoria de acceso a Cuerpos /Escalas, se requiera el título de Bachiller o equivalente, serán válidos los títulos de Técnico de las enseñanzas de Formación Profesional, de las enseñanzas profesionales de Artes Plásticas y Diseño o, incluso, el de Técnico Deportivo de las enseñanzas Deportivas (69). Naturalmente que, a pesar de no ser reconocido explícitamente en el tenor literal la «equivalencia» de otros títulos con el paradigmático general, ha de estarse en este extremo con la legislación educativa establecida, la cual determina exhaustivamente las equivalencias tanto a efectos educativos como laborales, y ambos efectos son

---

(66) El art. 35.3 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, señala que: «el título de técnico, en el caso de alumnos que hayan cursado la formación profesional específica de grado medio según lo dispuesto en el artículo 32.1, permitirá el acceso directo a las modalidades de bachillerato que se determinen, teniendo en cuenta su relación con los estudios de formación profesional correspondiente. A su vez, el título de *técnico superior* permitirá el acceso directo a los estudios universitarios que se determinen, teniendo en cuenta su relación con los estudios de formación profesional correspondiente».

(67) A este respecto es interesante tener como referencia el art. 15 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto.

(68) Efectivamente el art. 171 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, establece que «pertenecerán a la Subescala Técnica de Administración Especial los funcionarios que desarrollen tareas que son objeto de una carrera para cuyo ejercicio exigen las leyes estar en posesión de determinados títulos académicos o profesionales. En atención al carácter y nivel del título exigido, dichos funcionarios se dividen en Técnicos Superiores, Medios y Auxiliares, y, a su vez, cada clase podrá comprender distintas ramas y especialidades. El ingreso en esta Subescala se hará por oposición, concurso o concurso-oposición libre, según acuerde la Corporación respectiva, y se requerirá estar en posesión del título académico o profesional correspondiente a la clase o especialidad de que se trate; todo ello sin perjuicio de las normas que pueda dictar la Administración del Estado».

(69) Disposición adicional primera de la Orden EDU/1603/2009, de 10 de junio, por la que se establecen equivalencias con los títulos de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria y de Bachiller regulados en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

igualmente acreditativos de posesión de los requisitos académicos de acceso al cuerpo /escala del subgrupo correspondiente (70).

Pues bien, la Orden de 8 de febrero de 1989, establece que a un puesto de trabajo se pueden adscribir hasta a dos grupos de titulación —ahora dos subgrupos— conforme a ciertos requisitos: a) cuando se trate de puestos orgánicos, siempre que la titulación no sea un requisito esencial; b) adscripción de puestos no orgánicos a un solo grupo —ahora subgrupo— cuando el contenido de dichos puestos, en lo que se refiere a capacidad técnica, responda a la titulación y cualificación propia de ese grupo —subgrupo—. Con la salvedad siempre de que la adscripción a ambos subgrupos ha de respetar los intervalos de niveles de complemento de destino correspondientes a cada subgrupo de titulación establecidos en la normativa vigente y que tanto para los funcionarios locales como los del Estado son los mismos (71). Así, por ejemplo, el subgrupo A1 y el A2 podrá coincidir en puestos con el nivel de complemento de destino entre el nivel 20 y el nivel 26, ambos inclusive. En cualquier caso, como hemos señalado, sólo pueden adscribirse puestos de trabajo a dos subgrupos simultáneos a pesar de que, en algunos casos, por la escala de niveles asignados a los subgrupos, pueda darse un solapamiento en los intervalos de niveles hasta en tres subgrupos. La doctrina señala que cuando las características del puesto lleva a la Administración a prever puestos abiertos a más de un grupo /subgrupo lleva a pensar que, o bien el puesto no está bien diseñado o catalogado, o bien que las conveniencias organizativas llevan a tal decisión y no el rigor técnico (72).

### III.3.2. LAS POSIBLES ADSCRIPCIONES A CUERPOS Y /O ESCALAS ESPECÍFICOS

En las RPT pueden producirse *adscripciones a cuerpos y/o Escalas específicos* dentro de los grupos/subgrupos de clasificación. La Ley 30/1984 ya advertía que, en general, los puestos de trabajo en la Administración eran de adscripción indistinta para todos los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley. Únicamente

(70) El régimen de equivalencias al título de bachillerato y al de Educación Secundaria Obligatoria se recogen en las Orden EDU/1603/2009, de 10 de junio, por la que se establecen equivalencias con los títulos de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria y de Bachiller regulados en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación; la Orden EDU/520/2011, de 7 de marzo, por la que se modifica la Orden EDU/1603/2009, de 10 de junio, por la que se establecen equivalencias con los títulos de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria y de Bachiller regulados en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

(71) Efectivamente así lo determina el art. 3 del Real Decreto 861/1986, de 25 de abril, por el que se establece el régimen de las retribuciones de los Funcionarios de Administración Local: «Los intervalos de los niveles de puestos de trabajo de los funcionarios de Administración Local serán los que en cada momento se establezcan para los funcionarios de la Administración del Estado. Dentro de los límites máximo y mínimo señalados, el Pleno de la Corporación asignará nivel a cada puesto de trabajo atendiendo a criterios de especialización, responsabilidad, competencia y mando, así como a la complejidad territorial y funcional de los servicios en que esté situado el puesto. En ningún caso los funcionarios de Administración Local podrán obtener puestos de trabajo no incluidos en los niveles del intervalo correspondiente al grupo de titulación en que figure clasificada su Escala, Subescala, clase o categoría.» Los intervalos de niveles se determinan en el art. 71 del Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de ingreso del personal al servicio de la Administración General del Estado y de provisión de puestos de trabajo y promoción profesional de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado.

(72) Luis MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 5.ª Edición, Madrid, p. 485.

podían adscribirse con carácter exclusivo puestos de trabajo a funcionarios de un determinado Cuerpo o Escala cuando tal adscripción se derive necesariamente de la naturaleza y de la función a desempeñar en ellos y, en tal sentido, debía determinarlo el Gobierno, lo cual significa que la vieja distinción —formalmente en vigor— de la LFCE entre cuerpos generales y especiales (73) pierde cierto sentido al establecerse el régimen de desempeño indistinto. Y si quedaran dudas al respecto el art. 26 de la Ley 30/1984 se reafirmaba que los Cuerpos y Escalas de funcionarios no podrán tener asignadas facultades, funciones o atribuciones propias de los órganos administrativos. Únicamente las relaciones de puestos de trabajo podrán determinar los Cuerpos o Escalas de funcionarios que puedan desempeñar los puestos a los que corresponda el ejercicio de las citadas funciones (74). Es el caso, por ejemplo, de los puestos asignados a la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, las diferentes Abogacías del Estado en los Departamentos ministeriales y restantes organismo públicos para desarrollar la función de asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento y la representación y defensa en juicio del Estado (75), reservados explícitamente al Cuerpo de Abogados del Estado. De igual forma, según los ámbitos administrativos, puede haber puestos que tengan atribuido el ejercicio de facultades, funciones o atribuciones propias de los órganos administrativos, con incidencia directa en los administrados, reservados a determinados Cuerpos y Escalas de funcionarios. Es el caso, por ejemplo, de las funciones públicas que son necesarias en todas las Corporaciones locales, cuya responsabilidad administrativa está reservada a funcionarios con habilitación de carácter estatal y que son las tareas de secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo, así como el control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación (76). En cualquier caso, dentro de la AGE, la adscripción con carácter exclusivo de puestos de trabajo a un determinado cuerpo o escala deberá ser aprobada por el Gobierno a propuesta del Ministro para las Administraciones Públicas, previos informes de las Comisiones Interministeriales de Retribuciones y Superior de Personal.

A pesar de las previsiones de la Ley 30/1984, la realidad ha demostrado que, so pena de descapitalizar ciertos sectores administrativos especiales para los que existen cuerpos y escalas específicos con un alto componente técnico y para los que existía

---

(73) Art. 23 y 24 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado. Sin embargo, la Resolución de 21 de diciembre de 1984, de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, por la que se ordena la publicación del acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 1984, de adscripción de Cuerpos y Escalas de funcionarios de la Administración del Estado a los Departamentos ministeriales (BOE, núm. 307, de 24 de diciembre de 1984), modificada por una posterior de 16 de diciembre de 1992, por mandato del art. 26 de la Ley 30/1984, reproduce *sui generis* la distinción cuerpos generales/especiales.

(74) Aunque ya hemos hablado sobre la cuestión este artículo estaría formalmente en vigor en tanto se promulga la futura Ley sobre Función Pública de la AGE: *vid.* disposición final 4, por la disposición derogatoria única. b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril.

(75) Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado.

(76) Disposición adicional segunda del EBEP: La escala de funcionarios con habilitación de carácter estatal se subdivide en las siguientes subescalas: a) Secretaría a la que corresponde las funciones contenidas en el apartado 1.2.a); b) Intervención-tesorería a la que corresponde las funciones contenidas en el apartado 1.2.b); c) Secretaría-intervención a la que corresponde las funciones contenidas en los apartados 1.2.a) y 1.2.b), salvo la función de tesorería. Los funcionarios de las subescalas de secretaría e intervención-tesorería estarán integrados en una de estas dos categorías: entrada o superior.

una carrera profesional propia —sector de la sanidad, educación, instituciones penitenciarias...—, era necesario establecer ciertas limitaciones sobre la intercambiabilidad de cuerpos y escalas en el desempeño del puesto de trabajo concreto, en una organización administrativa o sectorial determinada. Por eso, en este apartado, las RPT ha admitido exclusiones genéricas de algunos cuerpos y escalas de ciertos sectores en la acción administrativa para el desempeño de puesto puestos de «gestión general». Así, por ejemplo, cuerpos y escalas pertenecientes a los sectores de docencia, investigación, sanidad, servicios postales y telegráficos, instituciones penitenciarias, transporte aéreo y meteorología se les excluye para desempeñar, en general, la mayor parte de los puestos con niveles de complemento de destino 28 e inferiores. La inclusión o exclusión de cuerpos y escalas adscritos a distintos sectores de la acción administrativa corresponde a la Comisión Ejecutiva de la Comisión Interministerial de Retribuciones (77).

La normativa local para este apartado de las RPT ofrece mejores soluciones. Cuando el art. 167 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, disponía que los funcionarios de carrera de la Administración Local que no tengan habilitación de carácter nacional quedaban integrados en las escalas de Administración General y Administración Especial de cada Corporación, agrupadas en los grupos /subgrupos por titulación exigida en el ingreso, conforme a lo dispuesto en la legislación básica del Estado sobre función pública, se está realizando una primera división explícita sobre sectores de acción administrativa que facilita la creación de puestos de trabajo con la especialidad necesaria para su desempeño y las Subescalas más propicias para ello. En efecto, corresponde a los funcionarios de la *Escala de Administración General* el desempeño de funciones comunes al ejercicio de la actividad administrativa. En consecuencia, los puestos de trabajo predominantemente burocráticos habrán de ser desempeñados por funcionarios técnicos, de gestión, administrativos o auxiliares de Administración General y, por el contrario, tendrán la consideración de funcionarios de *Administración Especial* los que tengan atribuido el desempeño de las funciones que constituyen el objeto peculiar de una carrera, profesión, arte u oficio. En atención al carácter y nivel del título exigido, dichos funcionarios se dividen en Técnicos Superiores, Medios y Auxiliares, y, a su vez, cada clase podrá comprender distintas ramas y especialidades. Dentro de esta Escala, a su vez, se determinan un subsector específico, agrupada en torno a la Subescala de Servicios Especiales, en la que se adscriben los funcionarios que desarrollen tareas que requieran una aptitud específica, y para cuyo ejercicio no se exija, con carácter general, la posesión de títulos académicos o profesionales determinados, citándose entre otros, y sin perjuicio de las peculiaridades de cada Corporación, la policía Local y sus auxiliares, el servicio de Extinción de Incendios, plazas de Cometidos Especiales y el Personal de Oficios (78). Así pues Administración general y administración especial, y, dentro de ésta, los Servicios especiales son los dos sectores de necesario reflejo en la RPT junto con las subescalas adscritas a cada uno de ellos. A pesar de esta inicial

(77) La Comisión Interministerial de Retribuciones (CIR) y su Comisión Ejecutiva (CECIR), se crean mediante Real Decreto 469/1987, de 3 de abril, por el que se articulan las competencias conjuntas atribuidas al Ministerio para las Administraciones Públicas y al Ministerio de Economía y Hacienda, en la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987.

(78) Arts. 167 a 172 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

delimitación podremos encontrar centros gestores u órganos administrativos locales en los que tanto las tareas burocráticas como especiales tengan acomodo indistinto propiciando una división de funciones razonable dentro de las competencias asignadas al órgano. Ahora bien, es necesario delimitar de forma motivada la adscripción a un cuerpo o escala determinada tal y como determina la doctrina del Tribunal Constitucional: «el fundamento racional y objetivo de una diferenciación basada en criterios de mérito y capacidad, resulta claro que no es lo mismo que los requisitos se hayan determinado en términos positivos (una concreta titulación, experiencia mínima, conocimientos o capacidades, por ejemplo), que por vía negativa (v.gr.: prohibición de acceso a determinados colectivos, con independencia y al margen de que eventualmente concurren o no tales elementos). Cabe afirmar, en línea de principio, que la configuración de las condiciones de acceso por vía negativa requiere una mayor y más severa justificación objetiva y racional para superar el juicio que el art. 23.2 C.E. impone. Por hipótesis, el legislador formal y material podría reservar determinados puestos a uno o varios cuerpos o establecer ciertas preferencias, por entender que en ellos se dan las condiciones ideales para su desempeño (79) .

### III.3.3. LA TITULACIÓN ACADÉMICA CUANDO SEA IMPRESCINDIBLE PARA EL DESEMPEÑO DEL PUESTO Y OTROS REQUISITOS ESPECÍFICOS PARA EL DESEMPEÑO DEL MISMO

Las RPT ofrecen la posibilidad de establecer requisitos adicionales a los generales en el desempeño de los puestos de trabajo y uno de ellos es una titulación académica específica además de la genérica correspondiente al grupo al que se haya adscrito el puesto. Sólo una auténtica necesidad organizativa y de prestación del servicio puede justificar esta medida que viene a contravenir la norma general de «intercambiabilidad» entre los Cuerpos y Escalas y desempeño de los puestos de trabajo.

Ciertamente que este requisito adicional es factor para otorgar cierta singularidad al puesto, pero será realmente en su provisión cuando aquél manifieste o no dicha especialidad. De esta manera, la titulación específica se convierte en un elemento excluyente para los que pertenezcan a Cuerpos y Escalas de ese mismo grupo y no la posean, lo cual parece un contrasentido en relación con la fórmula general de no adscripción de puestos de trabajo a cuerpos o escalas determinados, porque precisamente son estos puestos los que necesitan de funcionarios que posean una titulación determinada para el acceso a determinados Cuerpos y Escalas.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto y, a pesar del amplio grado de discrecionalidad (80) que posee la Administración y tras la implantación del Espacio Europeo de la Educación superior (vulgarmente calificado

---

(79) STC, constitucional sala 2.ª, del 2 de marzo de 1998 (ROJ: STC 48/1998). Recurso de amparo núm. 2.712/95 | Ponente: TOMÁS S. VIVES ANTÓN.

(80) «Lo segundo a destacar es que, en orden a la fijación de la concreta titulación exigible para el desempeño de determinados puestos, la Administración goza, como defiende la sentencia recurrida, de una amplia libertad que tiene como límite la interdicción de la arbitrariedad; y debe decirse que no es arbitrario limitar en determinados puestos sus requisitos de desempeño a una sola titulación, entre las varias que puedan ser idóneas para sus cometidos, cuando concurren razones de otra naturaleza, ligadas a concretas necesidades de la organización administrativa, que así lo aconsejen» (STS, contencioso sección 7, del 12 de diciembre de 2011 (ROJ: STS 8221/2011) N.º de Recurso: 4945/2008 | Ponente: Nicolás ANTONIO MAURANDI GUILLÉN).

como «las nuevas titulaciones de Bolonia») en nuestros días, que tiende a dificultar y enturbiar las funciones profesionales de cada titulación académica oficial, ha optado por continuar con la coherencia de nuestro sistema de función pública de no singularización de los puestos más que en las condiciones generales de desempeño. En efecto, «Pues bien, como punto de partida, o marco en el examen de legalidad del Decreto recurrido, resulta que la ordenación del personal por medio de las relaciones de trabajo ( actual art. 74 del Estatuto Básico del Empleado Público), constituye una manifestación de la potestad organizativa de la Administración, que, en ejercicio de dicha potestad, queda facultada para establecer las funciones propias de cada puesto de trabajo, los requisitos necesarios para su desempeño y la titulación, si bien es obligado, con el fin de evitar la discriminación entre colectivos profesionales, que *los puestos de trabajo queden abiertos a todas titulaciones idóneas para su desempeño, debiendo rechazarse cualquier interpretación que lleve al monopolio profesional en razón exclusiva de la mejor idoneidad del título ostentado para el puesto en cuestión*. Se trata, por tanto, de dejar abierta la posibilidad de acceso al puesto de todo título oficial siempre que quede amparado con un nivel de conocimientos técnicos suficientes y relacionados con las funciones encomendadas, siendo fiel exponente de esta concepción la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2009, que advierte que, solo en el caso de que la naturaleza del puesto admitiese una titulación en exclusiva, se podría pretender de la Administración que tan sólo contemplase ésta, pero siendo rechazable que se excluya, inmotivadamente, dentro del abanico de las posibles titulaciones, aquellas perfectamente idóneas para el puesto pues la potestad de autoorganización no excluye la necesidad de explicar las razones por las que se decide prescindir de una titulación perfectamente idónea. También en esta línea, la sentencia de Tribunal Supremo de 27 de enero de 2010 (Sección 7) apunta que en la decisión sobre las titulaciones exigibles para un determinado puesto, la Administración «no tiene por qué incluir a todas las que ofrecen esa capacitación, aunque sí debe explicar las razones por las que opta entre las posibles y en este punto es donde debe ofrecer una justificación que excluya toda arbitrariedad en la decisión» (81). Opinión que se ha plasmado en una línea jurisprudencial reciente, muy crítica con la reserva de puestos de trabajo en las RPT, que incluso llega a conectarse con los principios de mérito y capacidad, necesitando de una justificación muy clara por parte de la Administración para optar por esta limitación. Y así, se dice: «lo cual significa, paralelamente, que las diferencias que se quieran establecer entre ambos grupos de profesionales en cuanto al acceso a determinados puestos de la Administración pública deberán estar suficientemente justificadas, y corresponde a dicha Administración la carga de cumplir con esa exigencia ofreciendo dicha justificación. Desde las premisas anteriores, la vulneración en el caso enjuiciado de esos principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad que rigen en el acceso a las funciones públicas» (82). Ahora bien, la «jurisprudencia de esta Sala se viene inclinando por un principio de suficiencia, en cuanto a la motivación de las profesiones

---

(81) STS, contencioso sección 7, del 18 de febrero de 2013 (ROJ: STS 748/2013) N.º de Recurso: 5485/2011 | Ponente: José DÍAZ DELGADO.

(82) STS, contencioso sección 7, del 28 de septiembre de 2012 (ROJ: STS 6650/2012) N.º de Recurso: 2925/2011 | Ponente: Nicolás Antonio MAURANDI GUILLÉN.

que pueden acceder a un determinado puesto de trabajo, frente al criterio de exhaustividad de llamada a todas aquellas profesiones que teóricamente pudieran ser suficientes para un determinado puesto de trabajo por estar relacionadas con el mismo. En efecto, lo decisivo no es si existe alguna profesión que no se haya contemplado en la convocatoria, sino que las incluidas sean razonables y estén directamente relacionadas con el puesto a cubrir (83)».

Todas estas previsiones no hacen sino resaltar y precisar las disposiciones normativas contenidas en la precitada Orden de 6 de febrero de 1989, al señalar que esta especificidad solo sería admisible cuando su necesidad se deduzca objetivamente de la índole de las funciones a desempeñar o de la aplicación de normativa reglamentaria (84). Si bien, la jurisprudencia precitada viene a afirmar que frente al principio de exclusividad debe prevalecer el de libertad con idoneidad (85).

A pesar de estos condicionantes, dependerá del ámbito organizativo al que se refiera la RPT para afirmar dichas singularidades en el desempeño del puesto. Desde luego que, por ejemplo, en el ámbito local, en sectores de pertenencia a la Escala de Administración Especial y de la subescala de servicios especiales, será más propicio exigir una titulación o cualificación profesional concreta para su desempeño.

En la misma línea apuntada, pueden señalarse otros requisitos específicos para el desempeño del puesto. Son las RPT las que deben prever estos requisitos adicionales de formación específica siempre y cuando de la naturaleza de las funciones del puesto se deduzca claramente esta circunstancia, exigiéndose que la misma pueda ser acreditada por la posesión de diplomas o títulos reconocidos por la Administración, o la experiencia profesional equivalente que acredite dichos conocimientos específicos. Dichas especificidades del puesto han de ser reflejadas en la valoración previa a la elaboración de la RPT y configurar así el denominado perfil del puesto, el cual puede llegar a singularizarlo o asociarse mutuamente en cuanto a sus características definitorias. El Tribunal Supremo señala que «es difícil perfilar con exactitud cuándo se puede dar por satisfecha la necesidad de que concorra este elemento, por lo que habrá que atender a las circunstancias de una casuística, en la que a veces la definición del puesto vendrá contenido en su propia denominación, mientras que otras será necesaria una descripción más amplia, que permita apreciar realmente el ámbito y nivel de cometidos que le corresponden (86)».

---

(83) STS, contencioso sección 7, del 21 de julio de 2011 (ROJ: STS 5446/2011) N.º de Recurso: 2155/2010 | Ponente: Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS.

(84) Punto 10.1 de la Orden de 6 de febrero de 1989 por la que se dispone la publicación de la Resolución conjunta de las Secretarías de Estado de Hacienda y para la Administración Pública por la que se aprueba el modelo de relaciones de puestos de trabajo de personal funcionario y se dictan normas para su elaboración.

(85) En este sentido tanto la STS, contencioso sección 7, del 15 de abril de 2011 (ROJ: STS 3241/2011) N.º de Recurso: 2273/2009 | Ponente: Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS, como las citadas por ésta misma Sentencias de 13 de noviembre de 2006 (casación 5049/01), 2 de febrero de 2007 (casación 6329/01) y 5 de marzo de 2007 (casación 426/02), en las que se citan otros pronunciamientos de 21 de octubre de 1987, 27 de mayo de 1980, 8 de julio de 1981, 1 de abril de 1985, 27 de octubre de 1987, 9 de marzo de 1989, 21 de abril de 1989, 15 de octubre de 1990, 14 de enero de 1991, 5 de junio de 1991 y 27 de mayo de 1998, así como las Sentencias del Tribunal Constitucional SsTC 50/1986, 10/1989, 27/1991, 76/1996 y 48/1998.

(86) STS, contencioso sección 7, del 23 de enero de 1997 (ROJ: STS 329/1997). N.º de Recurso: 10/1996 | Ponente: Ramón TRILLO TORRES.

### III.3.4. OBSERVACIONES ADICIONALES DISTINTAS A LAS ANTERIORES

Lejos de ser una apartado de importancia relativa o poca importancia puede contener datos básicos sobre las condiciones de prestación del servicio de ese puesto concreto de trabajo. De hecho, puede incluir aquellas circunstancias que no siendo requisitos básicos exigibles, constituyen méritos a valorar en la provisión del puesto, siendo imprescindible su inclusión en los sistemas de provisión de puestos.

Este es el lugar idóneo para justificar las posibles diferencias retributivas y de provisión en los puestos de trabajo: «en consecuencia, la omisión de esa descripción en la RPT no es, por sí sola, causa de invalidez general de este instrumento técnico, pues la invalidez sólo resultara procedente respecto de concretos puestos de trabajo cuando se hayan establecido para ellos distintos complementos retributivos y sistemas de provisión, en relación con otros puestos, y no sea posible constatar a través de esos elementos descriptivos las diferencias funcionales que podrían justificar el distinto trato establecido para las retribuciones o la provisión (87)». También lo es para incluir las diferencias de dedicación, traducida en la jornada de prestación del servicio, si esta fuera diferente de la general o contuviera especificidades relacionadas con el servicio prestado, y que, por supuesto, ha de ser señalada expresamente. Así lo entiende el Tribunal Constitucional en relación con las RPT de los Cuerpos de la Administración de Justicia: «cuando las peculiaridades de algunos servicios u órganos jurisdiccionales así lo aconsejen, podrán establecerse horarios especiales, que figurarán en las relaciones de puestos de trabajo y serán objeto del complemento retributivo que se determine (88)».

Puede servirnos de referencia acerca de la importancia de esta apartado, el conjunto de medidas que al respecto determinó la Comisión Interministerial de Retribuciones, en el Acuerdo de 27 de noviembre de 2007, en la que sobre todo se refiere a medidas *ad futurum* cuando los puestos tengan encuadre con la organización diseñada, y así pueden contemplarse la siguientes situaciones: *a) Modificación de la Residencia en puestos de trabajo vacantes. b) Supresión de la clave A.R. (A regularizar cuando quede vacante), asignando al puesto de trabajo, si fuera necesario, el Complemento Específico más frecuente que tengan atribuido puestos de la misma denominación en la Unidad en que esté ubicado el mismo. c) Supresión de la clave T15 (Puestos incorporación personal afectado Disposición Transitoria 15 de la Ley 30/84) cuando queden vacantes los puestos. Si además de esta clave, los puestos fueran A.R. (a regularizar cuando quede vacante), habrá de asignarse un Complemento Específico inferior con el fin de ajustarlo al que tengan atribuido puestos con la misma denominación y Complemento de Destino en la Unidad en que estén ubicados. En el caso de puestos informáticos no podrá mantenerse la adscripción a Grupo C2. d) Supresión de las claves ATC (A término. Consolidación de empleo) y PCI (Puesto cobertura por funcionarios interinos). En este caso, la supresión se producirá en el momento en que el puesto deje de estar desempeñado por un funcionario interino y acceda al mismo un funcionario de carrera. e) Intercambio*

(87) STS, contencioso sección 7, de 11 de junio de 2011, (ROJ: STS 3872/2011) N.º de Recurso: 380/2009 | Ponente: Juan José GONZÁLEZ RIVAS.

(88) STC, constitucional pleno, del 20 de septiembre de 2012 (ROJ: STC 163/2012) Recurso de inconstitucionalidad núm. 1916-2004 | Ponente: Manuel ARAGÓN REYES.



de la clave EPD (Empleado público designado) entre puestos de trabajo por cambio de puesto del funcionario designado, ajustándose a la normativa sobre prevención de riesgos laborales y de acuerdo con las Instrucciones adoptadas por la CECIR. La resolución del órgano competente deberá contener el nombre y apellidos del empleado público designado, la identificación de los puestos de cese y de nuevo destino obtenido y la fecha de efectos(89).

De igual forma, en las Comunidades autónomas con lengua cooficial, las RPT en este apartado han de señalar la necesidad del conocimiento de la lengua adicional, su grado y la obligatoriedad o no, para acceder al puesto y «*configura los conocimientos de la lengua cooficial como "mérito", que puede operar con carácter general, y ya más concretamente para determinados puestos de trabajo como "requisito exigible", si bien, en cuanto a este último extremo, ello sólo será así "cuando de la naturaleza de las funciones a desempeñar se derive dicha exigencia y así se establezca en las relaciones de puestos de trabajo".*» (STC 253/2005, FJ 10)(90).

Es más incluso puede contener elementos que contemplen procesos de reorganización administrativa y/ o transferencias a las CCAA: «en efecto, admitido que la Administración pública (con mayor lógica, el legislador) disfruta de cierta discrecionalidad para configurar o concretar organizativamente el status del personal a su servicio(...) No cabe duda que dentro de esas situaciones particulares cabe incluir las que nacen de procesos de transferencias, como el presente, en los que, entre otros extremos, hay que acomodar y adecuar a la Administración receptora a personas que, con uno u otro status, prestaban sus servicios en otro Ente(91)». Algo que también ha sido admitido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo(92). Como también puede recoger requisitos referidos nuevas tecnologías: (93). E incluso el mismo Tribunal constitucional da pie para que puedan incluirse cuestiones específicas a las incompatibilidades de los funcionarios públicos(94). E incluso pueden diseñarse algunos puestos, que por sus características funcionales se consideran idóneos como primer destino para funcionarios de nuevo ingreso en aquellos cuerpos o escalas con especialización en las actividades del puesto de trabajo concreto.

---

(89) Punto 11 de la Resolución de 4 de diciembre de 2007, de la Presidencia de la Comisión Interministerial de Retribuciones, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Interministerial de Retribuciones de 27 de noviembre de 2007, sobre el ejercicio de competencias en materia de modificación de las relaciones y catálogos de puestos de trabajo de personal funcionario y laboral. (BOE, n.º 132 del 18 de diciembre de 2007).

(90) STC, constitucional pleno, del 20 de septiembre de 2012 (ROJ: STC 163/2012) Recurso de inconstitucionalidad núm. 1916-2004 | Ponente: Manuel ARAGÓN REYES.

(91) STC, constitucional pleno, del 15 de diciembre de 2005 (ROJ: STC 330/2005) Cuestión de inconstitucionalidad núm. 2177/98 | Ponente: Pablo PÉREZ TREMP. En este mismo sentido la STC, constitucional pleno, del 30 de junio de 2004 (ROJ: STC 110/2004) Cuestión de inconstitucionalidad 4891/99 | Ponente: Vicente CONDE MARTÍN DE HIJAS.

(92) Así, por ejemplo la STS, contencioso sección 7, del 6 de junio de 2011 (ROJ: STS 4356/2011) N.º de Recurso: 5460/2008 | Ponente: Pablo María LUCAS MURILLO DE LA CUEVA.

(93) STC, constitucional pleno, del 11 de octubre de 2005 (ROJ: STC 253/2005) Conflicto positivo de competencia núm. 3783/98 | Ponente: María Emilia CASAS BAAMONDE.

(94) STC, constitucional pleno, del 2 de noviembre de 1989 (ROJ: STC 178/1989) Recurso de inconstitucionalidad núm. 272/1985 | Ponente: Álvaro RODRÍGUEZ BEREIJO.

### III.4. Las RPT de personal eventual

#### III.4.1. PERSONAL EVENTUAL O FUNCIONARIOS DE EMPLEO

Conviene señalar que el personal eventual es el que desempeña solamente funciones de confianza o asesoramiento especial, y su nombramiento y cese son libres, por lo que no es necesario que se reclute entre funcionarios ni que cumplan requisitos específicos de cualificación quienes sean nombrados con ese carácter. Por otra parte, no constituye mérito para el acceso a la función pública haber ejercido como tal. Lógicamente, dichas circunstancias tienen su reflejo en la RPT correspondiente, primero por su propia inclusión en la misma y segundo por las condiciones específicas de desempeño. En las Corporaciones locales se exige además que figuren en las plantillas de su personal(95), ya que pueden desempeñar determinados puestos de trabajo de carácter directivo, de acuerdo con lo que dispongan las normas que dicte el Estado para su confección. En estos supuestos, el personal eventual debe reunir las condiciones específicas que se exijan a los funcionarios, en su caso, que puedan desempeñar dichos puestos (96), de la misma forma que éstos pueden desempeñar estos puestos en la situación administrativa que corresponda (97).

En los últimos tiempos se ha planteado que efectivamente se limite la posibilidad de designar este tipo de personal dadas las dificultades financieras y la constante emulación de los distintos políticos en cuanto al nombramiento de este tipo de personal. ¿En qué medida un Alcalde o Concejal es equiparable a un Secretario de Estado o a un Delegado del Gobierno para dotarse de un gabinete frondoso repleto de este tipo de personal? Desde luego que estas cuestiones y sobre todo pensando en los municipios en las que la debilidad de la Administración municipal es evidente, nos lleva a concluir que es necesaria una regulación básica estatal en función de la población, capacidad financiera y competencias de la corporación local correspondiente(98). En cualquier caso y pesar de

(95) Efectivamente el art. 104 de la LRBR así lo establece: «El número, características y retribuciones del personal eventual será determinado por el Pleno de cada Corporación, al comienzo de su mandato. Estas determinaciones sólo podrán modificarse con motivo de la aprobación de los Presupuestos anuales. El nombramiento y cese de estos funcionarios es libre y corresponde al Alcalde o al Presidente de la entidad local correspondiente. Cesan automáticamente en todo caso cuando se produzca el cese o expire el mandato de la autoridad a la que presten su función de confianza o asesoramiento».

(96) Art. 176.3 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local.

(97) El art. 3 del Real Decreto 365/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Situaciones Administrativas de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado, establece que están en situación de activo y, por tanto, en la situación ordinaria: «Cuando presten servicios en puestos de trabajo de niveles incluidos en el intervalo correspondiente a su Cuerpo o Escala en los Gabinetes de la Presidencia del Gobierno, de los Ministros o de los Secretarios de Estado, y opten por permanecer en esta situación (...). En cambio cuando «cuando presten servicios en puestos de trabajo de niveles incluidos en el intervalo correspondiente a su Cuerpo y Escala, en los Gabinetes de la Presidencia del Gobierno, de los Ministros o de los Secretarios de Estado, y opten por pasar a esta situación, (...). Asimismo, cuando presten servicios en puestos de niveles no incluidos en el intervalo correspondiente al Grupo en el que figure clasificado su Cuerpo o Escala en los Gabinetes de la Presidencia del Gobierno, de los Ministros, Secretarios de Estado, Delegados del Gobierno y Gobernadores Civiles».

(98) Esta misión parece satisfacerse a través del art. 104.bis de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local que prohíbe la creación de este tipo de personal en los municipios inferiores a 5.000 h. y estableciendo un total de seis tramos en los municipios en función de su po-

todas las medidas de publicidad y transparencia que las leyes han querido trasladar a esta cuestión, se han topado con la realidad de ser uno de los ámbitos más opacos de la realidad administrativa local, a pesar de las previsiones de la LRBRL al determinar que los nombramientos de funcionarios de empleo, el régimen de sus retribuciones y su dedicación debían publicarse en el «Boletín Oficial» de la Provincia y, en su caso, en el propio de la Corporación(99), y aunque efectivamente corresponde al Pleno determinar el número y régimen del personal eventual en los municipios de régimen general, en los de régimen especial o de gran población corresponde a la Junta de Gobierno(100), por lo que la conveniencia de su regulación se manifiesta especialmente importante.

En cualquier caso el Tribunal Supremo ha determinado que los puestos reservados a personal eventual *«son excepcionales y su validez está condicionada a que sus cometidos se circunscriban a esas funciones de «confianza y asesoramiento especial» que legalmente delimitan esta específica clase de personal público. Y la consecuencia paralela que también se extrae es que deben quedar vedadas a ese personal eventual las actuaciones de colaboración profesional que se proyecten en las funciones normales de la Administración pública, bien en las externas de prestación y policía frente a la ciudadanía, bien en las internas de pura organización administrativa. Estas actuaciones profesionales, por la directa conexión que tienen con los principios constitucionales de objetividad y eficacia administrativa, deben ser asignadas al personal público seleccionado bajo los principios de igualdad, mérito y capacidad(101)».*

Por tanto, las RPT referidas al personal eventual han de reunir los requisitos que se determinen (en el caso de la administración local por el Pleno de cada Corporación) en la que tan sólo es necesario diferenciar el nivel del Complemento de Destino y el complemento específico(102) y su peculiar forma de provisión que en nada tiene que ver con la libre designación de los funcionarios de carrera(103).

---

blación que van desde la creación de un solo puesto en sobre el número total de puestos de trabajo de la plantilla de cada entidad local, considerando, a estos efectos, los entes que tengan la consideración de Administración pública en el marco del Sistema Europeo de Cuentas hasta el máximo del 0,7% de dicha plantilla.

(99) Por poner un ejemplo de los datos con los que nos movemos en el principal Ayuntamiento de nuestro país, los datos son concluyentes: según consta en los presupuestos generales del Ayuntamiento de Madrid para el ejercicio 2013, el número de puestos reservados a personal eventual es de 219, distribuidos entre 87 —Alcaldía y grupos políticos—; 86 —en Áreas de Gobierno—; 41 —distribuidos en los 21 Distritos de la ciudad— y 5 —en sus distintos Organismos Autónomos. La plantilla total de empleados públicos del Ayuntamiento de Madrid es de 25.765, de los que 21.736 son funcionarios y 3.632 son personal laboral. Aparte están los 8.161 efectivos de la Empresa Municipal de Transportes; 364 de la Empresa Municipal de la Vivienda; 231 en la empresa «Madrid visitors & convention bureau»; 383 de la Empresa «Madrid movilidad»; 338 de la empresa «Madrid arte y cultura»; 558 de la Empresa Mixta «Servicios funerarios»; 109 de la empresa «Mercamadrid»; 209 de la Empresa mixta club de Campo Villa de Madrid, S.A.; y 13 en la Empresa «Madrid calle 30».

(100) Art. 22.2 i) art. 127.1 h) de la LRBRL.

(101) STS, contencioso sección 7, del 4 de julio de 2007 (ROJ: STS 5478/2007) N.º de Recurso: 3492/2002 | Ponente: Nicolás Antonio MAURANDI GUILLÉN.

(102) Como tampoco el perfil lingüístico. STS, contencioso sección 7, del 26 de mayo de 2008 (ROJ: STS 3009/2008) N.º de Recurso: 662/2004 | Ponente: Pablo María LUCAS MURILLO DE LA CUEVA.

(103) «que la confianza no puede ser el único o principal elemento caracterizador de los puestos reservados a los funcionarios de carrera que tienen establecido el sistema de provisión de libre designación, por ser ello contrario al principio de profesionalización proclamado en nuestro actual ordenamiento administrativo y, también, por tener tal elemento su normal aplicación en la diferente figura del personal eventual». STS, contencioso sección 7, del 24 de noviembre de 2010 (ROJ: STS 6348/2010) N.º de Recurso: 5140/2007 | Ponente: Nicolás Antonio MAURANDI GUILLÉN.

### III.4.1.1. Personal Directivo y RPTs

La LRBRL da más pistas, al establecer respecto determinados puestos de trabajo de carácter directivo, el régimen jurídico de los funcionarios eventuales, que el posible «multirégimen» que el EBEP señalaba para el personal directivo de su subtítulo I, art. 13, en el que se señala que el Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo del Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo, así como los criterios para determinar su condición; y que dada su redacción es vinculante para toda las Corporaciones locales, ya que sólo Estado y CCAA están habilitados para su regulación.

Así pues, el personal directivo que se regula en el art. 131.1.B) de la LRBRL, es decir, los Coordinadores Generales de cada área o concejalía, los Directores Generales u órganos similares que culminen la organización administrativa dentro de cada una de las grandes áreas o concejalías, el titular del órgano de apoyo a la Junta de Gobierno Local y al concejal-secretario de la misma; el titular de la asesoría jurídica, el Secretario general del Pleno, el Interventor General municipal y, en su caso, el titular del órgano de gestión tributaria, deberían tener el régimen jurídico, en su vinculación y su relación de servicios con la Corporación local respectiva, de funcionarios de empleo o de personal eventual según la moderna denominación. Sin embargo, una cosa es la aplicación del régimen jurídico del personal eventual y otra que se identifique con éste, ya que éste mismo reviste otra tipología de empleado público. Así lo señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de una manera indirecta cuando el EBEP «excluye de las materias objeto de negociación colectiva la determinación de las condiciones de empleo del personal directivo, no ocurre lo mismo con el personal eventual que, como integrante del concepto de empleado público, tiene entre los derechos que se ejercen colectivamente el de la negociación colectiva y la participación en la determinación de las condiciones de trabajo (104).

En el caso previsto por el art. 176 del Texto Refundido de Régimen Local, cuando el personal eventual desempeñe puestos directivos deberá reunir las condiciones específicas que se exijan a los funcionarios que puedan desempeñar dichos puestos, si bien otros requisitos formales de la RPT no es necesario que se individualicen (105).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo señala que no es necesario incluir a todos los empleados públicos de una Corporación en una única RPT, por lo que no nada impide que se confeccione una única RPT de personal eventual y directivo de la Corporación. Ahora bien, una vez creados y reflejados los puestos de personal eventual en la RPT, solamente a través de la modificación de ésta pueden modificarse estos puestos (106).

(104) STS, contencioso sección 7, del 6 de octubre de 2008 (ROJ: STS 5304/2008) N.º de Recurso: 3287/2005 | Ponente: Ramón TRILLO TORRES

(105) «... en cuanto a la exigencia de que la Relación precise sus retribuciones complementarias, carece de sentido ya que, no siendo necesario tener la condición de funcionario para desempeñarlos, basta con consignar las retribuciones totales, que es lo que hace la Relación controvertida, sin descomponerlas en conceptos que no son aplicables porque forman parte del régimen retributivo funcional.» STS, contencioso sección 7, del 26 de mayo de 2008 (ROJ: STS 3009/2008) N.º de Recurso: 662/2004 | Ponente: Pablo María LUCAS MURILLO DE LA CUEVA.

(106) Efectivamente así lo afirma la STS, contencioso sección 7, del 20 de octubre de 2008 (ROJ: STS 5629/2008) N.º de Recurso: 6078/2004 | Ponente: José DÍAZ DELGADO: «la plantilla Orgánica no es instrumento idóneo para transformar la naturaleza de dos puestos de trabajo, que pasan de estar reservados a funcionarios de carrera, a ser personal eventual, la potestad de autoorganización no puede prevalecer sobre el cumplimiento de los preceptos antes mencionados».

Por tanto, podemos concluir que el personal eventual debe formar parte de una RPT que contemple la totalidad de los funcionarios, o bien en una RPT específica y propia. Y en cuanto a las características de estas relaciones de puestos podemos distinguir dos extremos: a) cuando este personal eventual desempeñe puestos directivos —por ejemplo subdirecciones generales— que también puedan ser desempeñados por funcionarios de carrera, los puestos deberán reunir las condiciones específicas que se exijan a los funcionarios que puedan desempeñar dichos puestos. b) cuando no sea así y reflejen otros puestos incluidos los puestos de designación política, calificados como directivos por la LRBRL para los municipios de régimen especial, los puestos de dichas RPT no es preciso que incluyeren ni que especificaren el concreto contenido funcional de ellos, ni la diferenciación de los diversos complementos retributivos, —bastando señalar la cantidad total de la retribución por la realización de dichas funciones— ni otros componentes tales como el perfil lingüístico del puesto o cualquier otra característica.

Finalmente señalaremos que las RPT tienen un contenido preciso y delimitador de su concepto jurídico como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y ello con el objeto de cumplir las funciones de ordenador del personal y ejecución real del estatuto regulador de los funcionarios públicos. No es posible hablar, en estos momentos y a salvo de implementar otro modelo, de carrera profesional de los funcionarios públicos sin la existencia de las RPT. El siguiente gran objeto es la desagregación de las estructuras orgánicas de los grandes sectores funcionalmente homogéneos de actividad administrativa (ministerios, consejerías, concejalías...) a través de la generación de las distintas unidades administrativas.

Este instrumento técnico necesita, pues, de un contenido estructural que curiosamente ha sido respetado por todas las Administraciones públicas territoriales y que ha generado un uso básico entre todas ellas, más importante incluso que la escasa normativa reguladora de aquéllas y que ha actuado precisamente con dicho papel regulador.

Trabajo recibido el 18 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Lanpostu-zerrendak osotasun abstraktu gisa hartzen ohitu gara, bai eta haien izaera arautzailea den edo administrazio-egintza orokorra soilik den eztabaidatzen, baina ez dira argitu bere barruko elementu nagusiak. Lanpostu-zerrendek bi funtzio betetzen dituzte: alde batetik, langileak antolatzeko tresnak dira; eta, bestetik, hori bezain garrantzitsua, ministerio, kontseilaritza edo zinegotzigo baten oinarritzko antolamendua finkatzen dute. Sakondu beharra dago bere araubide juridiko urrian, bere barruko elementu horiek argitzeko, kontuan hartuz lanpostu-zerrenda ez dela arrazoirik edo garrantzirik gabe multzokatutako lanpostu pila bat.

**HITZ GAKOAK:** Lanpostu-zerrenda. Administrazioaren antolamendua eta unitateak. Funtzionarioen ordainsari-osagarriak. Kidegoak/Eskalak. Postuen hornikuntza.

**RESUMEN:** Estamos acostumbrados a referirnos a las RPT como un todo abstracto, e incluso polemizar sobre su carácter normativo o de simple acto administrativo general, pero no se han desentrañado sus elementos esenciales y constitutivos. Las RPT cumplen una doble función, por un lado como instrumentos de ordenación del personal, y, por otro y no menos importante, como elementos de establecimiento de la organización básica de un Ministerio, una consejería o una concejalía. Precisamente es necesario adentrarse en su escaso régimen jurídico regulador para poder señalar dicho elementos constitutivos en uno y otro sentido, sabiendo que las RPT no son un montón informe de puesto de trabajo agrupados sin razón alguna o sin transcendencia alguna.

**PALABRAS CLAVES:** Relación de puestos de trabajo. Organización y unidades administrativas. Complementos retributivos de los funcionarios. Cuerpos/Escalas. Provisión de puestos.

**ABSTRACT:** We are used to refer to relations job as an abstract whole, and even argue about its normative character or simple general administrative act, but have not unraveled its essential elements and constitutive. The RPT play a dual role, first as staff management tools, and on the other, and not least, as elements of establishing the basic organization of the Ministry, one counseling or council. Precisely requires an inquiry into its low regulatory legal regime to point out that one constituent elements and forth, knowing that the RPT are not a lot of job report grouped for no reason or for no transcendence

**KEYWORDS:** Relations job. Organization and administrative units. Additional remuneration. Bodies / Scales. Filling posts.

# Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública

Enrique Gómez-Reino y Carnota

**Sumario:** I. La elaboración de la Carta Iberoamericana: la creación y actividades del Centro Iberoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD).—II. El preámbulo de la carta.—III. Finalidad de la carta.—IV. Principios.—V. El derecho fundamental a la buena Administración Pública y sus derechos derivados.—VI. Los deberes del ciudadano latinoamericano en relación con la administración pública.—VII. Protección procesal del derecho fundamental a la buena administración pública y los derechos que lo componen.

## I. La elaboración de la Carta Iberoamericana: la creación y actividades del Centro Iberoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD)

El CLAD se constituyó el 30 de junio de 1972 a iniciativa de los gobiernos de México, Perú y Venezuela, y su Sede se encuentra en Caracas (1), de acuerdo con la «Ley aprobatoria del Acuerdo de sede entre el Gobierno de la República de Venezuela y el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo» (G.O. N.º 2718 Extraordinario, de 30 de diciembre de 1980).

Su creación fue respaldada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 2845-XXVI) con la idea de establecer una entidad regional que tuviera como finalidad de su actividad la modernización de las Administraciones Públicas, un factor estratégico en el proceso de desarrollo económico social.

El Estatuto del CLAD fue aprobado en la XL Reunión Ordinaria de su Consejo Directivo, en Santo Domingo, República Dominicana, el 8 y 9 de noviembre de 2010. Es un organismo internacional de carácter regional que desempeña la Secretaría Técnica permanente de las Conferencias Iberoamericanas de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado que se realizan en el marco de las Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Estado y de Gobierno.

En las Cumbres hasta ahora celebradas, se han aprobado las siguientes Cartas:

- Carta Iberoamericana de la Función Pública, Bolivia 2003
- Carta Iberoamericana de Buen Gobierno, Uruguay 2006

---

(1) El centro está integrado por los siguientes países: Brasil, México, España, Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana y Uruguay.

- Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico, Chile 2007
- Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, El Salvador 2008
- Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, Portugal 2009
- Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, Panamá, 2013 (CIDYDCAP)

Entre sus actividades cabe destacar la firma de Convenios de Cooperación Interinstitucional con diversos organismos, tanto multi como bilaterales de ayuda al desarrollo, la participación en República Dominicana en el Seminario Internacional «Reforma y modernización de la Administración Pública de cara a la ciudadanía», que fue organizada por el Ministerio de Administración Pública (MAP) y el Programa de Apoyo a la Reforma de la Administración Pública (PARAP) de la Unión Europea y la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y reforma del Estado, celebrada en Panamá el 27 y 28 de junio de 2003.

## II. El Preámbulo de la Carta

El Preámbulo de esta Carta Iberoamericana diseña el enmarque filosófico-jurídico del estatuto, en el Estado Social y Democrático de Derecho, del ciudadano en sus relaciones con la Administración Pública (en adelante, A.P.).

En estos momentos los ciudadanos ya no son simples receptores de bienes y servicios públicos sino que son los protagonistas principales de los asuntos de interés general, y disponen, asimismo, de una serie de derechos, siendo el fundamental, según este texto, el derecho a una buena A.P. que promueva la dignidad humana.

La buena A.P. es una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud «el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad y sean prestadas en plazo razonable».

Desde la centralidad del ser humano, según este texto, principio y fin del Estado, el interés general debe de estar administrado de tal forma que en su ejercicio las diferentes A.P. hagan posible el libre y solidario desarrollo de cada persona en la sociedad.

La buena A.P., sigue diciendo el texto, adquiere una triple funcionalidad. En primer lugar es un principio general de aplicación a la A.P. y al Derecho Administrativo. En segundo término, es una obligación de toda A.P. que se deriva de la definición del Estado Social y democrático de Derecho, especialmente de la denominada tarea promocional de los poderes públicos en la que consiste la cláusula del Estado social: «crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social». En tercer lugar, desde la perspectiva de la persona se trata de un derecho fundamental a una buena Administración Pública, del que se derivan, como reconoce la Carta, una serie de derechos concretos, derechos que define el estatuto del ciudadano en su relación con las A.P. y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana.



La Administración Pública siempre ha estado y seguirá estando presidida por el superior principio de servir con objetividad al interés general. Ahora, con más medios materiales y más personal preparado implica que el conjunto de derechos y deberes que definen la posición jurídica del ciudadano esté más claramente reconocido en el ordenamiento jurídico y, en consecuencia, sea mejor conocido por todos los ciudadanos.

Los poderes públicos deben salir, pues, al encuentro de los ciudadanos para que de forma armónica se realice la tarea constitucional de la construcción democrática, profundamente humana, solidaria y participativa, de las políticas públicas. Una función que en este tiempo debe diseñarse desde las coordenadas de la participación social, tal como se puso de relieve en la precedente «Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública adoptada en Estoril el 1 de diciembre de 2009 por la XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno a iniciativa precisamente del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo».

El estatuto del ciudadano en relación con la A.P. está integrado por el derecho fundamental a la buena administración y sus derechos componentes, así como por los deberes que definen también la posición jurídica del ciudadano.

Todas las Constituciones iberoamericanas hacen referencia a los deberes de los ciudadanos a cumplir las leyes, a promover el bien común y a colaborar con los poderes públicos, en aras de la consecución del interés general. Y en las principales leyes administrativas de la región encontramos referencias expresas a dichos deberes aplicados a la relación con la A.P. en el ámbito del procedimiento administrativo.

Por último, el Preámbulo, expresa que asumiendo el contenido de las Carta Iberoamericanas adoptadas a iniciativa del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo como son las de Función Pública, Gobierno electrónico, Calidad en la Gestión Pública, de participación Ciudadana en la Gestión Pública y el Código Iberoamericano de Buen Comercio así como la presente Carta, se entiende que la funcionalidad de los Gobiernos y las Administraciones Públicas debe orientarse a la mejora constante y permanente de las condiciones de vida de las personas para que puedan ejercer en mejores condiciones todos sus derechos humanos.

La Carta está dividida en cinco capítulos y 54 artículos. El primero de los capítulos relativo a la «Finalidad de la Carta», consta de un solo artículo (1): el Capítulo segundo se refiere a los «Principios» y está integrado por 23 artículos (2 a 24); el Capítulo tercero regula «El derecho fundamental a la buena Administración Pública y sus derechos derivados», que contiene 22 artículos (25 a 46); el Capítulo cuarto se titula «Los deberes del ciudadano iberoamericano en relación con las Administraciones Públicas», que integra 7 artículos (47 a 53), y el Capítulo quinto regula la «Protección procesal del derecho fundamental a la buena Administración Pública y los derechos que lo componen», integrado por solo un artículo (54).

Es conveniente observar que en relación con el contenido de los derechos que reconoce se especifican los medios de que disponen los ciudadanos para satisfacer sus derechos, reduciendo por lo tanto la discrecionalidad de la Administración para determinar su contenido.

En la redacción de la Carta se encuentra bastante la influencia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000.

### III. Finalidad de la Carta

1. La Carta tiene como finalidad el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública (en adelante, A.P) y sus derechos y deberes que lo componen. DE esta forma, según la Carta, los ciudadanos iberoamericanos podrán asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, de este modo, poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la A.P., las actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana.

### IV. Principios (2)

2. *La A.P. sirve con objetividad al interés general y actúa con pleno sometimiento a las leyes y al Derecho*, especialmente en sus relaciones con los ciudadanos, de acuerdo con los principios expuestos en los siguientes preceptos, que constituyen la base del derecho fundamental a la buena A.P en cuanto este está orientado a la promoción de la dignidad humana.

El principio de servicio objetivo a los ciudadanos se proyecta a todas las actuaciones administrativas y de sus agentes, funcionarios y demás personas al servicio de la A.P., sean expresas, tácitas, presuntas, materiales, y se concreta en el profundo respeto a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, que habrá de promover y facilitar permanentemente. La A.P. y sus agentes, funcionarios y demás personas al servicio de la A.P. deben estar a disposición de los ciudadanos para atender los asuntos de interés general de manera adecuada, objetiva y en plazo razonable.

3. *El principio promocional de los poderes públicos* se dirige a la creación de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y fomentando la participación ciudadana a fin de que los ciudadanos contribuyan activamente a definir el interés general en un marco de potenciación de la dignidad humana.

4. *El principio de racionalidad* se extiende a la motivación y argumentación que debe caracterizar todas las actuaciones administrativas en particular cuando se trate del ejercicio de las potestades discrecionales.

5. *Principio de igualdad de trato*, según el cual todos los ciudadanos serán tratados de manera igual, garantizándose la motivación en los casos concretos, las razones que puedan aconsejar la diferencia de trato, prohibiéndose de manera expresa toda forma de discriminación cualquiera que sea su naturaleza.

---

(2) En cuanto al significado y contenido jurídico de los principios puede consultarse: *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, Director Juan A. SANTAMARÍA PASTOR, La Ley grupo Wolters Kluwer, España S.A., 2010, p. 1616

Las Administraciones Públicas deberán hacer los ajustes tecnológicos y físicos necesarios para que este principio llegue a los ciudadanos con dificultades especialmente a los discapacitados.

6. *Principio de eficacia*, en virtud del cual las actuaciones administrativas deberán realizarse, de acuerdo con el personal asignado, en el marco de los objetivos establecidos para cada ente público, para la mejor satisfacción de las necesidades y legítimas expectativas del ciudadano. Las autoridades buscarán que los procedimientos y medidas adoptados logren su finalidad y, para ello, procurarán remover de oficio los obstáculos puramente formales y evitarán las dilaciones y los retardos, buscando la compatibilidad con la equidad y el servicio objetivo al interés general. En esta materia será de aplicación, de acuerdo con los diferentes ordenamientos jurídicos, el régimen de responsabilidad del personal al servicio de la A.P.

7. *Principio de eficiencia* obliga a todas las autoridades y funcionarios a optimizar los resultados alcanzados en relación con los recursos disponibles e invertidos en su consecución en un marco de compatibilidad con la equidad y con el servicio objetivo al interés general.

8. Conforme con el *principio de economía* el funcionamiento de la Administración Pública debe estar guiado por el uso racional de los recursos públicos disponibles.

El gasto público se realizará atendiendo a criterios de equidad, economía, eficiencia y transparencia.

9. De acuerdo con el *principio de responsabilidad* la Administración Pública responderá de las lesiones en los bienes o derechos de los ciudadanos ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente.

10. En virtud del *principio de evaluación permanente de la Administración Pública*, esta deberá adecuar su estructura, funcionamiento y actividad, interna y externa, a la identificación de oportunidades para mejora continua, midiendo de forma objetiva el desempeño de sus estructuras administrativas.

11. *Principio de universalidad, asequibilidad y calidad de los servicios públicos y de interés general* con independencia de la ubicación geográfica e los ciudadanos y del momento en que estos precisan el uso de dichos servicios por parte de las A.Ps. con presencia territorial.

12. *Principio de ética*, en cuya virtud todas las personas al servicio de la A.P. deberían actuar con rectitud, lealtad y honestidad, promovándose la misión de servicio, la probidad, la honradez, la integridad, la imparcialidad, la buena fe, la confianza mutua, la solidaridad, la transparencia, la dedicación al trabajo en el marco de los más altos estándares profesionales, el respeto a los ciudadanos, la diligencia, la austeridad en el manejo de los fondos y recursos públicos así como la primacía del interés general sobre el particular.

13. *Principio de participación*, según el cual los ciudadanos, en el marco de lo dispuesto en la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, podrán, según la legislación interna de cada país, estar presentes e influir en todas las cuestiones de interés general a través de los mecanismos previstos en los

diferentes ordenamientos jurídicos de aplicación. Igualmente se propiciará que los ciudadanos participen en el control de la actividad administrativa de acuerdo con la legislación administrativa correspondiente.

También, la Administración Pública facilitará que los ciudadanos interesados participen, individual o colectivamente, a través de sus legítimos representantes, en el procedimiento de elaboración de las normas administrativas que puedan afectarles.

14. *Principio de publicidad y claridad de las normas, de los procedimientos y de todo el quehacer administrativo* en el marco del respeto del derecho a la intimidad y de las reservas que por razones de confidencialidad o interés general, serán objeto de interpretación restrictiva.

Las autoridades procurarán dar a conocer a los ciudadanos y a los interesados de manera permanente y sistemática según las legislaciones de cada uno de los países, sus actos, contratos y resoluciones, mediante comunicaciones, notificaciones y publicaciones a través del empleo de tecnologías que permitan difundir de forma masiva tal información.

15. *Principio de seguridad jurídica, de previsibilidad, claridad y certeza normativa*, en cuya virtud la A.P. se somete al Derecho vigente en cada momento, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas.

La A.P. procurará usar en la elaboración de las normas y actos de su competencia un lenguaje y una técnica jurídica que tienda, sin perder el rigor, a hacerse entender por los ciudadanos.

16. En virtud del *principio de proporcionalidad* las decisiones administrativas deberán ser adecuadas al fin previsto en el ordenamiento jurídico, dictándose en un marco de justo equilibrio entre los diferentes intereses en presencia y evitando limitar los derechos de los ciudadanos a través de la imposición de gravámenes irracionales e incoherentes con el objetivo establecido.

17. El *principio de ejercicio normativo del poder* significa que los poderes deberán ejercerse para la finalidad prevista en el ordenamiento jurídico, prohibiéndose el abuso o exceso de poder.

18. De acuerdo con el *principio de objetividad*, fundamento de los principios de imparcialidad e independencia, las autoridades, funcionarios y el resto de las personas al servicio de la A.P., deberán abstenerse de toda actuación arbitraria o que ocasione trato preferente, actuando siempre en función del servicio objetivo al interés general.

19. *Principio de buena fe*, según el cual las autoridades y los ciudadanos presumirán el comportamiento legal y adecuado de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

20. Conforme el *principio de facilitación* los ciudadanos encontrarán siempre en la A.P. las mejores condiciones para la tramitación y asesoramiento de los asuntos públicos que les afecten.

21. *Principio de celeridad*, en virtud del cual las actuaciones administrativas deberán realizarse optimizando el uso del tiempo, resolviendo los procedimientos en un plazo razonable.

22. *Principio de transparencia y acceso a la información de interés general:* el funcionamiento de la A.P. deberá ser accesible a todos los ciudadanos, de forma que estos, de acuerdo con la protección del derecho a la intimidad puedan conocer en todo momento la información generada por las A.Ps., por las organizaciones sociales que manejen fondos públicos y por todas aquellas instituciones que realicen funciones de interés general de acuerdo con la legislación respectiva.

23. *El principio de protección de la intimidad,* según el cual, las personas al servicio de la A.P. que utilicen datos personales respetarán la vida privada y la integridad de las personas de acuerdo con el principio del consentimiento, prohibiéndose, de acuerdo con los ordenamientos jurídicos correspondientes, el tratamiento de los datos personales con fines no justificados y su transmisión a personas no autorizadas.

24. *El principio del debido proceso* se refiere a que las actuaciones administrativas se realizarán de acuerdo con las normas de procedimiento y competencia establecidas en los ordenamientos jurídicos de cada uno de los países miembros, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.

## **V. El derecho fundamental a la buena Administración Pública y sus derechos derivados (3)**

25. Los ciudadanos son titulares del derecho fundamental a la buena A.P., que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana.

El derecho fundamental se compone, entre otros, de los derechos señalados en los artículos siguientes, que se podrán ejercer de acuerdo con lo previsto por la legislación de cada país.

26. *Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas:* todas las actuaciones de la A.P. deberán estar amparadas en razonamientos inteligentes para todo ciudadano acreditándose la objetividad que preside su entero y completo quehacer.

27. *Derecho a la tutela administrativa efectiva:* durante la sustanciación del procedimiento administrativo la Administración estará sometida plenamente a la Ley y al Derecho y procurará evitar que el ciudadano interesado pueda encontrarse en situación de indefensión.

28. *Derecho a una resolución administrativa amparada en el ordenamiento jurídico, equitativa y justa, de acuerdo con lo solicitado y dictada en los plazos y términos que el procedimiento señale.* En este sentido, las Autoridades administrativas deberán resolver los expedientes que obren en su poder en los plazos establecidos, los cuales a su vez deberán permitir una defensa adecuada de los ciudadanos, dando a conocer el tiempo máximo de resolución previsto, en el marco de los medios materiales y las dotaciones de personas con los que cuente en cada caso la A.P.

---

(3) Sobre el tema de los derechos fundamentales, véase L.M. DÍEZ PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson-Civitas, 2008, p. 597.

29. *Derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones* de acuerdo con lo que se establezca en las legislaciones administrativas de aplicación, en los registros físicos o informáticos.

La forma de relación del ciudadano con la A.P. debe ser elegida por el propio ciudadano y facilitada por aquella. En caso de existir varias lenguas cooficiales en el país, se atenderá a lo dispuesto en el Ordenamiento Jurídico correspondiente. En todo caso la A.P. deberá asegurar la disposición de los medios más adecuados para personas con discapacidad.

30. *Derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la A.P.*, absteiniéndose de hacerlo cuando estén a disposición de otras A.P. del propio país.

Los ciudadanos tienen derecho a no presentar documentos cuando éstos se encuentren a disposición de la A.P. Las posibilidades de intercomunicación a través de las TICS de los registros de las distintas A.Ps. deben hacer posible que entre ellas se intercambien todos los documentos que obrando en su poder sean necesarios para que los ciudadanos tramiten sus solicitudes.

Cada Organismo o ente público deberá arbitrar los medios necesarios para, en tiempo y forma, atender a este derecho sin descuidar las otras responsabilidades que resulten indelegables por la naturaleza de las funciones cumplidas.

31. *Derecho a ser oído* siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente.

32. *Derecho de participación* en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas.

Los ciudadanos tendrán derecho a participar a tenor de lo dispuesto en la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, en los procedimientos de elaboración de disposiciones de carácter general cuando la naturaleza de la norma les afecte directamente de acuerdo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico correspondiente.

33. *Derecho a servicios públicos y de interés general de calidad.*

Conforme dispone la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, los servicios de responsabilidad pública deben ofrecer a los usuarios determinados patrones o estándares concretos de calidad, que se medirán periódicamente y se pondrán en conocimiento de los usuarios para que estos estén lo mejor informados posible y puedan efectuar los comentarios y sugerencias que estimen pertinentes.

34. *Derecho a conocer y a opinar sobre el funcionamiento y la calidad de los servicios públicos y de responsabilidad administrativa* para lo cual la A.P. propiciará el uso de las TICS.

35. *Derecho a formular alegaciones en el marco del procedimiento administrativo*, siempre que estén convenientemente argumentadas.

36. *Derecho a presentar quejas y reclamaciones ante la A.P.* Los ciudadanos también tendrán derecho a presentar recursos contra actos o resoluciones de la A.P. de acuerdo con los correspondientes ordenamientos jurídicos.

Los ciudadanos podrán denunciar los actos con resultado dañoso que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos producidos por los entes públicos en el ejercicio de sus funciones.

**37. *Derecho a conocer las evaluaciones de gestión que hagan los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente*** de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente.

Los ciudadanos podrán ser consultados periódicamente sobre su grado de satisfacción con los servicios que reciben de la A.P. a través de encuestas, sondeos y demás instrumentos apropiados para ello.

**38. *Derecho de acceso a la información pública y de interés general, así como a los expedientes administrativos que les afecten*** en el marco del respeto al derecho a la intimidad y a las declaraciones motivadas de reserva que habrán de concretar el interés general en cada supuesto.

Se facilitará el ejercicio de este derecho mediante medios electrónicos a través de portales de transparencia y acceso a la información de interés general.

**39. *Derecho a copia sellada de los documentos que presenten a la A.P.***

Todo ciudadano, con el fin de iniciar un procedimiento administrativo o una determinada solicitud a la A.P. con todas las garantías, recibirá una copia sellada de tal actuación ante las A.Ps. La copia sellada se le facilitará en medios físicos o electrónicos dependiendo del medio escogido para el inicio del procedimiento o realización de la solicitud.

**40. *Derecho de ser informado y asesorado en asuntos de interés general.***

Los ciudadanos tienen derecho a que quienes trabajan en las oficinas públicas de atención al ciudadano establecidas para tal fin les asesoren e informen cordialmente acerca de los trámites u otras cuestiones de interés general. En dichas oficinas debe haber organigramas de los entes públicos que pertenezcan al ámbito administrativo ya sea de forma material o virtual.

Los ciudadanos tienen el derecho a que en las resoluciones desfavorables consten los medios de impugnación, con la expresa mención de los plazos y consecuencias jurídicas de la interposición de tales reclamaciones o recursos.

**41. *Derecho a ser tratado con cortesía y cordialidad.***

Toda persona tiene derecho a un trato digno por quienes trabajan en las dependencias públicas.

Todo ciudadano que se encuentre en situación de pobreza, indefensión, debilidad manifiesta, discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores tendrán derecho a recibir un trato especial al servicio de la A.P, quienes deben facilitarles todo lo posible para el acceso a las oficinas públicas, la orientación adecuada y los servicios que soliciten.

**42. *Derecho a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo.***

Cuando se inicia un procedimiento administrativo, en la copia sellada que se entrega al ciudadano interesado se procurará hacer constar, por medios físicos o electrónicos según corresponda, la identidad del servidor público responsable de la tramitación de dicho expediente, a quien el ciudadano podrá dirigirse en los horarios establecidos al efecto.

**43. *Derecho a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten.***

El funcionario responsable de la tramitación del procedimiento estará a disposición del ciudadano interesado para informarle en cada momento de la situación del expediente administrativo, sea oralmente, por escrito o a través de las TICS.

44. *Derecho a ser notificado por escrito en los plazos y términos establecidos en las disposiciones correspondientes y con las mayores garantías, de las resoluciones que les afecten.*

45. *Derecho a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general.*

46. *Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la A.P. y de los particulares que cumplan funciones administrativas de acuerdo con el ordenamiento jurídico respectivo.*

Los ciudadanos podrán demandar, ante la Administración y/o ante los Jueces o Tribunales, las responsabilidades en que puedan haber incurrido los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones.

## **VI. Los deberes del ciudadano Iberoamericano en relación con las Administraciones Públicas**

47. Los ciudadanos, en sus relaciones con las A.Ps., tienen, correlativamente con sus derechos, *sendos deberes y obligaciones*, que son, entre otros, los siguientes:

48. *Lealtad.* Los ciudadanos deberán acatar con lealtad la Constitución, las Leyes así como el entero ordenamiento jurídico con arreglo a las exigencias de un Estado de Derecho.

49. *Buena fe.* Los ciudadanos habrán de actuar siempre de acuerdo con el principio de buena fe, tanto en el uso de la información obtenida de la A.P., la cual deberá ser utilizada con interés legítimo, como así también abstenerse del uso de maniobras dilatorias en todo procedimiento o actuación en relación con dicha A.P.

50. *Veracidad.* Los ciudadanos tienen la obligación de ser veraces en todas sus relaciones con la A.P., evitando toda afirmación o aportación falsa o temeraria a sabiendas.

51. *Responsabilidad.* Los ciudadanos deben ejercer con la máxima responsabilidad los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico, absteniéndose de reiterar solicitudes improcedentes o impertinentes o de presentar acciones que representen distribuciones innecesarias de los recursos del Estado.

52. *Respeto y decoro.* Los ciudadanos observarán en todo momento un trato respetuoso con las autoridades, funcionarios y con todo el personal al servicio de la Administración Pública.

53. *Colaboración.* Los ciudadanos deberán colaborar siempre y en todo momento al buen desarrollo de los procedimientos y actuaciones administrativas, cumpliendo diligentemente todas las obligaciones razonables y justas que les impone el ordenamiento jurídico, especialmente en materia tributaria.



## **VII. Protección procesal del derecho fundamental a la buena Administración Pública y los derechos que lo componen**

54. *El derecho fundamental a la buena administración pública y sus derechos componentes tendrán la protección administrativa y jurisdiccional de los derechos humanos previstos en los diferentes ordenamientos jurídicos.*

Lo cual no impide que una vez que se haya agotado la vía jurisdiccional interna los ciudadanos de los Estados firmantes de la Carta puedan acceder a instancias jurisdiccionales internacionales en el ámbito iberoamericano.

*Adiós y hasta siempre,  
querido colega y amigo.*

Trabajo recibido el 26 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Uste dut herritarrek administrazio publikoarekiko dituzten eskubide eta betebeharrak jasotzen dituen Nazioarteko Zuzenbideko testu bakarra 2013ko «Herritarrek Administrazio Publikoarekiko dituzten Eskubideei eta Betebeharrari buruzko Iberoamerikako Ituna» dela.

Itunaren arabera, herritarrek administrazio publikoarekin dituzten harremanen estatutua administrazio onaren funtsezko eskubideak eta agiriko gainerako eskubideek eta herritarrei dagozkien betebeharrak osatzen dute. Eskubideek eta betebeharrak zehazten dute herritarren egoera juridikoa. Eskubideez eta betebeharrak gain, itunak hainbat printzipio biltzen ditu, administratibistok ondo ezagutzen ditugunak. Helburua da herritarrek, ordenamendu juridikoak aitortzen dien bezala, erdigunea bere egitea. Gure herraldeko zuzenbidean, Konstituzioak zuzenbide-estatu sozialean eta demokratikoan ezinbestekoak diren eskubideen eta betebeharren sorta zabala onartzen du (1. tituluan, «Oinarrizko eskubide eta betebeharrak»), baita hainbat printzipio ere, Atariko tituluaren 9.3 artikuluan.

Azkenik, Itunaren testuan, oinarrizko eskubideak eta hori osatzen dutenek ordenamendu juridikoetako giza eskubideen babes administratiboa eta jurisdikzionala dute.

**HITZ GAKOAK:** Helburua. Printzipioak. Eskubideak. Betebeharrak eta babesa.

**RESUMEN:** «La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública» de 2013 creo que es el único texto de Derecho Internacional en el cual se especifican todos los derechos y deberes de los ciudadanos en relación con la Administración Pública.

El Estatuto de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública está integrado, según este texto, por un derecho fundamental a la buena administración y por los derechos que lo integran, así como por los deberes que le corresponden. Los derechos y los deberes definen, en último término, la posición jurídica del ciudadano. Pero junto a los derechos y deberes la Carta sistematiza una amplia serie de principios, que nos son bien conocidos a los administrativistas, todo ello con la finalidad de determinar que los ciudadanos asuman la posición central que le reconoce el ordenamiento jurídico. En el Derecho de nuestro país, la Constitución reconoce un amplio abanico de derechos y deberes fundamentales en el Estado social y democrático de derecho (Título I. «De los derechos y deberes fundamentales»), así como una serie de principios en el art. 9.3.º del Título Preliminar.

Por último, en el texto de la Carta el derecho fundamental y los que lo integran gozan de la protección administrativa y jurisdiccional de los derechos humanos previstos en los diferentes ordenamientos jurídicos.

**PALABRAS CLAVE:** Finalidad. Principios. Derechos. Deberes y protección.

**ABSTRACT:** The Iberoamerican Charter of Rights and Duties of the Citizen in Public Administration of 2013 I believe to be the only International Law text where all the rights and duties of the citizens in Public Administration are specified. The status of the citizen in their relationships with the Public Administration is integrated according to this text with a fundamental right to good administration and the rights that are part of it together with the duties therein. Rights and duties determine ultimately the legal position of the citizen. But beside the rights and duties, the Charter systematizes a broad series of principle which are not totally known by the Administrative doctrine, and all in all with the aim at establishing that citizens have the central position acknowledged by the legal order. In the Law of our country, the Constitution recognizes a broad range of fundamental rights and duties in

the Social and Democratic State of Law (Title I, "About fundamental rights and duties") together with a series of principles in article 9.3 of the Preliminary Title.

Finally, in the Charter's text the fundamental right and the rights that are part of it enjoy the administrative and judicial protection of human rights established by the different legal orders.

**KEYWORDS:** Purpose. Principles. Rights. Duties and protection.



# La incipiente regulación del autoconsumo de energía eléctrica: implicaciones energéticas, ambientales y urbanísticas

Isabel González Ríos

**Sumario:** I. La incipiente regulación del autoconsumo eléctrico a nivel interno.—II. Previsiones normativas de la unión europea relacionadas con el autoconsumo de energía eléctrica.—III. La regulación del autoconsumo en la ley del sector eléctrico y normativa reglamentaria relacionada. III.1. Concepto y modalidades de autoconsumo. A) Concepto. B) Modalidades de autoconsumo. III.2. Instalaciones de autoconsumo conectadas al sistema eléctrico. A) Condiciones «administrativas y técnicas» para la conexión a la red de las instalaciones con autoconsumo. B) Condiciones «económicas» para la venta de energía no autoconsumida. C) Obligaciones y derechos de sus titulares. III.3. El registro administrativo de autoconsumo eléctrico.—IV. El pago de los costes asociados al sistema: el llamado «peaje de respaldo». IV.1. El pago del «peaje de respaldo» por la energía autoconsumida. IV.2. El «peaje de respaldo» en los informes del regulador energético y de la competencia: su carácter discriminatorio y desincentivador del autoconsumo.—V. El régimen sancionador en materia de autoconsumo eléctrico.—VI. Implicaciones ambientales y energéticas del autoconsumo. VI.1. El autoconsumo de energía eléctrica como medida de protección ambiental. VI.2. La contribución del autoconsumo al ahorro y a la eficiencia energética en la edificación.—VII. Aspectos urbanísticos del autoconsumo eléctrico.—VIII. Consideraciones finales.

## I. La incipiente regulación del autoconsumo eléctrico a nivel interno

El avance en las tecnologías asociadas al uso de las fuentes de energía renovables, principalmente, la solar y eólica, así como, la limitación en los incentivos al uso dichas energías limpias como consecuencia de la crisis financiera y del «déficit tarifario» que afecta al sector eléctrico ha llevado al desarrollo de nuevas formas de producción eléctrica(1), como la autoproducción de energía para satisfacer toda o parte de la demanda de un consumidor. Es lo que se conoce como el autoconsumo eléctrico, en-

---

(1) BERENGUER I COMAS, E., *Raíces de la crisis económica*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2012, pp. 178-179.

tendiendo por tal la producción de electricidad y su consumo por el propio productor, aunque esta modalidad de autoproducción no se vincula exclusivamente al uso de fuentes de energía renovables. En cualquier caso, el mismo no ha gozado de una regulación unitaria hasta la aprobación de la nueva *Ley del Sector Eléctrico de 2013* (LSE) (2), encontrándonos previamente con referencias aisladas en la normativa reguladora del régimen de producción eléctrica (3). En los últimos años se han incluido referencias expresas al autoconsumo eléctrico, que han puesto de manifiesto la necesidad de una regulación específica.

El primer paso para establecer una regulación unitaria del autoconsumo lo da el *Real Decreto 1699/2011* (4). Esta norma estableció un plazo de cuatro meses para que el Ministerio competente elevara al Gobierno una propuesta de reglamento en el que se regularan las condiciones administrativas, técnicas y económicas para el consumo de energía eléctrica producida en el interior de una red de un consumidor para su propio consumo (Disposición Adicional Segunda) (5). Con posterioridad, el *Real Decreto-Ley 13/2012* (6) incorpora a la Ley del Sector Eléctrico de 1997 la referencia a la posibilidad de que se establezcan para determinados consumidores «modalidades singulares de suministro para fomentar la producción individual de energía eléctrica destinada al consumo en la misma ubicación», remitiendo al reglamento su regulación y el régimen de sus derechos y obligaciones; a estos consumidores se les niega la consideración de productores. A esta norma con rango de ley —que venía a consagrar una deslegalización de la materia— le sigue el *Real Decreto-Ley 9/2013* (7), que añade a la citada Ley del Sector Eléctrico de 1997 una Disposición Adicional Vigésimo Séptima por la que se crea el Registro Administrativo de Autoconsumo de energía eléctrica.

No obstante, no será —como se ha dicho— hasta la aprobación de la LSE de 2013 cuando el autoconsumo encuentre una regulación expresa en su artículo noveno. Dicha regulación se realiza en el Título II dedicado a «la ordenación del suministro», en el que se alude, entre otros aspectos: a los sujetos productores, a los consumidores, a las medidas necesarias para garantizar el suministro y se reconoce el régimen de libre competencia en la actividad de producción de energía eléctrica. En consecuencia, una ubicación sistemática al margen del régimen de producción de la energía eléctrica a que se refiere el Título IV. Esta desconexión entre la regulación del autoconsumo y

---

(2) Art. 9 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico.

(3) *Vid.* el documento titulado «Referencias sobre autoconsumo de energía eléctrica en la normativa vigente», publicado por el Instituto de Diversificación y Ahorro Energético, de 3 de febrero de 2012. Así, la normativa del sector eléctrico, sin una regulación diferenciada, ha venido aludiendo a la figura del autoprodutor, a las instalaciones generadoras de electricidad para consumo propio, al autoconsumo de los titulares de las instalaciones o a la venta parcial de producción.

(4) Real Decreto 1699/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula la conexión a red de instalaciones de producción de energía eléctrica de pequeña potencia.

(5) Ello dio lugar a la tramitación de varias propuestas de reglamento para la regulación de dichas condiciones administrativas, técnicas y económicas, las cuales han sido informadas por la Comisión Nacional de Energía, como más adelante referiremos.

(6) Real Decreto-Ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

(7) Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico.

del régimen de producción de energía tiene importantes consecuencias en el desarrollo reglamentario de la materia (8).

Pero antes de adentrarnos en la regulación interna de esta modalidad de autoconsumo eléctrico, conviene conocer el marco normativo comunitario, en el que se contienen importantes previsiones que tienden a favorecerla y fomentarla.

## II. Previsiones normativas de la unión europea relacionadas con el autoconsumo de energía eléctrica

La normativa comunitaria tiene una importante incidencia en el autoconsumo eléctrico, principalmente si lo vinculamos al fomento de las energías renovables, la cogeneración y la eficiencia energética, materias en las que la Unión Europea cuanta con un importante número de Directivas. En éstas se contienen referencias directamente relacionadas con el autoconsumo eléctrico, aunque dicha terminología no sea la utilizada a nivel comunitario. Más concretamente se alude a la generación distribuida, a los productores independientes, a redes de distribución cerrada y redes inteligentes, a la necesaria mejora del rendimiento energético de los edificios mediante la integración de las energías renovables y al impulso de la cogeneración. La *Directiva 2009/28/CE sobre fomento de las energías renovables* (9) alude: a) a la necesidad de fomentar el desarrollo regional y local mediante inversiones en la producción de energía a partir de fuentes renovables y al importante papel que en dicha tarea corresponde a los productores de energía independientes (10); b) a las ventajas que conlleva una producción descentralizada de energía (utilización de fuentes locales de energía, mayor seguridad del suministro local de energía, trayectos de transporte más cortos y menos pérdidas en el mismo, creación de empleo local...); c) a la posibilidad de sustituir la autorización por la mera notificación al organismo competente al instalar equipos descentralizados de menor envergadura para producir energía procedente de fuentes renovables; d) a la necesidad de impulsar el uso de fuentes de energía renovables en la edificación (11). Más directamente relacionada con la producción de energía eléctrica, la *Directiva 2009/72/CE* (12) también contiene referencias relacionadas con el autoconsumo eléctrico. En este sentido, se presta especial atención a la generación distribuida como garantía de un suministro estable: a) se insta a los Estados miembros (EEMM) a fomentar la moderniza-

---

(8) Téngase en cuenta que el régimen de producción de energía eléctrica se encuentra regulado en los arts. 21 a 27 y 53 de la vigente LSE; en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, que entre otros aspectos regula el procedimiento de autorización de instalaciones de producción de energía eléctrica (arts. 111 y ss) —en desarrollo de la LSE de 1997—; y, en el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Por su parte, la regulación reglamentaria del autoconsumo eléctrico se encuentra pendiente de aprobación.

(9) Directiva 2009/28/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa al Fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables.

(10) Vid, AAVV: «El impacto de las energías renovables en el desarrollo económico y social de Europa» en la obra colectiva *Tratado de Energías Renovables*, Ed. Aranzadi, Thomson-Reuters, Navarra, 2010.

(11) En concreto se impone que para el 31 de diciembre de 2020 los edificios nuevos deben ser de consumo casi nulo, exigencia que se adelanta dos años para los edificios públicos.

(12) Directiva 2009/72/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio, sobre Normas comunes para el mercado interior de la electricidad.

ción de las redes de distribución introduciendo «redes inteligentes» que promuevan la generación descentralizada(13); b) se prevé la posibilidad de eximir de obligaciones que constituirían una carga administrativa innecesaria cuando se trate de una red de distribución cerrada primordialmente para el uso del propietario de la red(14); c) a la vez, se insiste en que los procedimientos de autorización no deben constituir una carga administrativa desproporcionada en relación con el tamaño y su repercusión en los productores de electricidad.

Junto a estas Directivas comunitarias hemos de referirnos a aquellas directamente relacionadas con la eficiencia energética(15) en la edificación dada la importancia que la introducción de fuentes de energías renovables, principalmente solar, tiene en la producción de electricidad para el autoconsumo. La *Directiva 2012/27/UE sobre Eficiencia Energética*(16) se centra en la necesidad de: a) incidir en el sector de la edificación a través de la renovación de edificaciones residenciales y comerciales para mejorar el rendimiento energético, en especial en edificaciones públicas; b) promover instalaciones de cogeneración con el objeto de fomentar la generación distribuida de energía; c) tener en cuenta la existencia de productores pequeños y medianos a la hora de revisar los procedimientos administrativos para obtener permisos de construcción de instalaciones de cogeneración o de redes asociadas. Se señala además que hay que facilitar «el acceso a la red de electricidad producida mediante cogeneración de alta eficiencia, especialmente en el caso de las unidades de microgeneración y generación a pequeña escala»(17). En la misma línea, se pronuncia la *Directiva UE/31/2010*(18), en la cual se pone de manifiesto cómo en la eficiencia energética de los edificios se incluye, entre otros factores, «la utilización de energía procedente de fuentes renovables».

En definitiva, a nivel comunitario se hace un llamamiento a la implementación de las energías renovables en la edificación como medida de eficiencia energética. El autoconsumo de energía eléctrica derivado del uso de fuentes de energías renovables integradas en la edificación constituye, pues, una medida de ahorro y eficiencia energética.

Si a todas estas referencias expresas a la incorporación de las fuentes de energías renovables en la producción de electricidad, a través de la generación distri-

(13) Al respecto, ORTIZ GARCÍA, M., «El marco jurídico de la generación distribuida de energía eléctrica: autoconsumo, redes inteligentes y el “derecho al sol”», en *Eficiencia energética y Derecho* (Dir. García Rubio, F. y Mellado Ruíz, L.), Ed. Dykinson, S.L, Madrid, 2013, pp. 246 y ss.; SÁNCHEZ FORNIÉ, M.A., et al., «Gestión de la demanda, generación distribuida y redes inteligentes», en la obra colectiva *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico*, T:II, Aspectos económicos, Ed. Thomson-Aranzadi, Iberdrola, Navarra, 2009, pp. 735 y ss.

(14) El Considerando 30 de la Directiva identifica a complejos industriales, comerciales o de servicios, tales como grandes zonas de acampada con instalaciones integradas o complejos industriales químicos como aquellos que pueden incluir redes de distribución cerradas, debido a la naturaleza específica de sus operaciones.

(15) MARGARIT I ROSET, J.: La eficiencia energética y las energías renovables: ¿dos caras de la misma moneda?, en la obra colectiva *Tratado de Energías Renovables*, op. cit., pp. 1063 y ss.

(16) Directiva 2012/27/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre, relativa a la eficiencia energética.

(17) Vid, MELLADO RUÍZ, L., «Estudio preliminar. La nueva Directiva 2012/27/UE, de 25 de octubre, relativa a la eficiencia energética (entre el equilibrio funcional y la regulación inteligente) y el renovado enfoque de sostenibilidad urbana de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», en *Eficiencia energética y Derecho*, op. cit., pp. 15 y ss.

(18) Directiva UE/31/2010/, de 19 de mayo, relativa a la eficiencia energética en la edificación.



buida, y de fomentar su uso en la edificación, añadimos que en dichas Directivas se establecen objetivos obligatorios para los EEMM en cuanto a la introducción de fuentes energéticas renovables y de eficiencia energética, podemos concluir afirmando la importancia que el autoconsumo eléctrico tiene en el cumplimiento de la normativa comunitaria.

### III. La regulación del autoconsumo en la ley del sector eléctrico y normativa reglamentaria relacionada

El autoconsumo de energía eléctrica ha sido objeto de regulación básica en el artículo nueve de la vigente Ley del Sector Eléctrico de 2013 lo que, unido a la creación del Registro Administrativo de Autoconsumo y a la remisión a su desarrollo reglamentario, constituye un nuevo y específico marco normativo(19). Entre tanto se produce el desarrollo reglamentario de esta modalidad de consumo eléctrico hemos de estar a lo dispuesto en las disposiciones reglamentarias vigentes en materia de energía eléctrica(20). Ello sin perjuicio de que las CCAA podrán ejercer sus competencias de desarrollo normativo y ejecución en materia energética(21).

El artículo nueve de la LSE de 2013 alude al concepto, a las modalidades de autoconsumo, al necesario desarrollo reglamentario de las condiciones administrativas y técnicas para la conexión de las instalaciones de autoconsumo a la red eléctrica y de las condiciones económicas para verter la energía no autoconsumida a la red; así como, a las obligaciones y derechos que derivan de la conexión para dichos consumidores y a la obligatoria inscripción en el Registro Administrativo de Autoconsumo.

#### III.1. Concepto y modalidades de autoconsumo (22)

La vigente LSE al referirse a las figuras del productor y del consumidor no alude —como hacía la LSE de 1997— al autoprodutor ni al autoconsumidor de electricidad. La eliminación de estas referencias tiene su justificación en la regulación específica que realiza el art.9 del autoconsumo, partiendo siempre de la figura del consumidor(23), lo que constituye el germen de un régimen jurídico propio.

---

(19) El día 25 de febrero de 2014 se ha admitido a trámite por la Mesa del Congreso de los Diputados una Proposición de Ley de Autoconsumo de Energía, presentada por Izquierda Plural, que propone la modificación del art.9 de la LSE, regulando el autoconsumo con balance neto.

(20) Así se dispone en la Disposición Transitoria Primera de la Ley del Sector Eléctrico de 2013.

(21) Entre otros, GONZÁLEZ RÍOS, I.: *Régimen Jurídico-Administrativo de las energías renovables y de la eficiencia energética*, Ed. Aranzadi, Thomson-Reuters, Navarra, 2011, pp. 41-60.

(22) Al respecto del autoconsumo eléctrico, *vid.* ORTÍZ GARCÍA, M.: «El marco jurídico de la generación distribuida de energía eléctrica...», *op. cit.*, pp. 235 y ss.; ROMERO C., BARCIA MAGAZ, J. V.: «Autoconsumo y soberanía energética: el poder de las eléctricas», en *Revista El Ecologista* n.º 76 (2013, pp. 26 y ss.); VVAA: «Gestión de la demanda, generación distribuida y redes inteligentes», en *Tratado de Regulación del Sector...*, *op. cit.*, pp. 733 y ss.

(23) Siguiendo la línea iniciada por el Real Decreto Ley 13/2012, se prevé una regulación al margen del régimen de producción de electricidad, con una amplia remisión a su desarrollo reglamentario.

## A) CONCEPTO

Se entiende por autoconsumo «el consumo de energía eléctrica proveniente de instalaciones de generación conectadas en el interior de una red de un consumidor o a través de una línea directa de energía eléctrica asociada a un consumidor» (art. 9 apdo.1.º LSE). La definición, que no resulta muy clarificadora, vincula el autoconsumo a la procedencia de la energía de una instalación de generación conectada a través de una red interior o de una línea directa. O sea, se centra en el hecho de que la energía que se consume proceda de una instalación de generación (24) que está conectada directamente al consumidor. O dicho en otras palabras, la energía que se autoconsume no procede de la red de distribución eléctrica. Este concepto genérico no diferencia si la energía se consume totalmente (no se vierte energía a la red de distribución) o parcialmente (se puede verter energía a la red), ni si el consumidor requiere o no de suministro asistido por la red de distribución pública. Estos aspectos, sin embargo, adquieren relevancia en cuanto al régimen jurídico aplicable a los consumidores en régimen de autoconsumo. Así, pues, la conexión o no a la red de distribución también es un elemento importante en el régimen aplicable al autoconsumo (25).

## B) MODALIDADES DE AUTOCONSUMO

La LSE recoge cuatro modalidades de autoconsumo, que nos van a permitir clarificar el concepto: a) suministro con autoconsumo, que se da cuando existe un único sujeto, el consumidor que dispone de una instalación de generación para consumo propio, y cuya instalación no está dada de alta como instalación de producción; b) producción con autoconsumo, cuando el consumidor recibe su energía de una instalación de producción inscrita en el correspondiente registro y conectada a su red interior. En este caso existe un productor y un consumidor; c) producción con autoconsumo de un consumidor conectado a través de una línea directa con una instalación de producción. En este caso se encuentran vinculados por una línea directa (26), no mediante conexión directa a la red interior de la instalación de producción; y d) cualquier otra modalidad de consumo procedente de una instalación de generación de energía eléctrica asociada a un consumidor.

---

(24) Las instalaciones de generación para autoconsumo han sido consideradas por el Tribunal Supremo como «centrales eléctricas», en cuyo concepto se integran todas las susceptibles de producir electricidad (STS de 3 de junio de 2004, de 10 de octubre de 2008).

(25) *Vid.* la STSJ de la Comunidad Autónoma de Canarias de 12 de diciembre de 2012 (Pte. F.J. Varona Gómez-Acedo, fj.3.º), que dispone que no hay que confundir el autoconsumo con instalaciones aisladas de la red, pues aquel también puede darse en «instalaciones fotovoltaicas» conectadas a la red. En este caso, la sentencia aprecia la existencia de autoconsumo «cuando la energía producida es inferior o igual a la consumida». Sin embargo, no parece del todo correcta esta afirmación por cuanto también pueden darse instalaciones de autoconsumo conectadas a la red cuya producción sea superior a la energía autoconsumida.

(26) El art. 42 de la LSE define las líneas directas como «aquellas que tengan por objeto el enlace directo de una instalación de producción de energía eléctrica con un consumidor en las condiciones que se establezca reglamentariamente. En todo caso el titular de la instalación de producción y el consumidor deberán ser la misma empresa o pertenecer al mismo grupo empresarial...»; al igual que el art. 67 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica.

El elemento clave del autoconsumo de energía eléctrica es la vinculación directa entre la instalación de producción y el consumidor, bien sea a través de una red interior o de una línea directa. A diferencia de lo que ocurre en el régimen de producción de energía eléctrica donde se exige la separación entre la actividad de producción y el titular de la red de transporte o distribución, en el autoconsumo se impone su vinculación directa. La separación de actividades es una exigencia impuesta por la normativa de la Unión Europea e interna para garantizar la liberalización y apertura a la competencia del sector eléctrico, cuando nos referimos a instalaciones de producción que se conectan a la red de transporte o de distribución para verter la energía producida. El carácter monopolístico de la red impone la separación de la actividad de producción de la actividad de transporte y distribución. El hecho de que en las distintas modalidades de autoconsumo, puedan existir tantas redes internas o líneas directas como instalaciones de producción hace que aquella separación no sea necesaria. Es más, el autoconsumo puede favorecer la competencia dentro del sector eléctrico.

### III.2. Instalaciones de autoconsumo conectadas al sistema eléctrico

Teniendo en cuenta que el autoconsumo se produce respecto de instalaciones de generación que producen electricidad en baja tensión, el *Real Decreto 242/2002, por el que se aprueba el Reglamento Electrotécnico para Baja Tensión* (27) distingue estas instalaciones en función de su conexión a la «red de distribución pública» (28) en: instalaciones generadoras aisladas, asistidas o interconectadas. Las primeras no cuentan con conexión a la red de distribución pública, mientras que las asistidas se encuentran conectadas pero no pueden funcionar en paralelo a diferencia de las interconectadas que, además de estar conectadas, trabajan en paralelo a la red de distribución. Nos referimos en este apartado a las instalaciones conectadas al sistema eléctrico, o sea, tanto a las asistidas como a las interconectadas, pero sobre todo, a estas últimas.

#### A) CONDICIONES «ADMINISTRATIVAS Y TÉCNICAS» PARA LA CONEXIÓN A LA RED DE LAS INSTALACIONES CON AUTOCONSUMO

El art. 9 apdo. 5.º de la LSE dispone que será el Gobierno quien establezca las «condiciones administrativas y técnicas» para la conexión a la red de las instalaciones de autoconsumo. En consecuencia, todas las instalaciones con autoconsumo que requieran conectarse a la red de distribución deben respetar unas condiciones administrativas y técnicas que corresponde fijar al Gobierno. Y ello tanto si se autoabastecen

---

(27) El Real Decreto 242/2002, de 2 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento Electrotécnico para baja tensión (Instrucción Técnica Complementaria-BT-40) se aplica, entre otras, a las instalaciones generadoras de electricidad para consumo propio en baja tensión, o sea, cuya tensión nominal sea igual o inferior a 1000 voltios en corriente alterna, y a 1500 voltios en corriente continua (art. 2.1 del REBT).

(28) El citado Reglamento Electrotécnico define las redes de distribución públicas como las redes eléctricas que pertenecen o son explotadas por empresas cuyo fin principal es la distribución de energía eléctrica para su venta a terceros.

totalmente como si necesitan ser asistidas por la red de distribución pública, viertan o no energía a la red. Dichas condiciones no serán exigibles para las instalaciones de autoconsumo aisladas.

¿Cuáles son esas condiciones administrativas y técnicas que deben respetar las instalaciones con autoconsumo para su conexión a la red de distribución? Hasta tanto no se apruebe por el Gobierno la norma reglamentaria que las determine, el análisis de esas condiciones exige diferenciar según se trate de: a) instalaciones de pequeña potencia (menos de 100 KW); b) instalaciones de potencia superior a 100 KW. Para ello hemos de aplicar varias normas reglamentarias no previstas expresamente para regular el autoconsumo eléctrico, que se enmarcan en el desarrollo reglamentario de la LSE en relación a la actividad de producción de energía eléctrica. Esto provoca una dispersión normativa que no contribuye a la racionalización y simplificación de procedimientos administrativos que impone la normativa comunitaria para favorecer la generación distribuida. Dicha dispersión normativa y ausencia de regulación específica para el régimen del autoconsumo eléctrico ha llevado a varias CCAA a dictar sus propias instrucciones interpretativas (29).

## B) CONDICIONES «ECONÓMICAS» PARA LA VENTA DE ENERGÍA NO AUTOCONSUMIDA

Ahora bien, a las condiciones administrativas y técnicas para la conexión de las instalaciones de autoconsumo a la «red de distribución» se unen las «condiciones económicas», que solo son aplicables a las instalaciones de la modalidad de «producción con autoconsumo» (modalidad b), conectadas en su red interior, que por estar dadas de alta como instalación de producción pueden verter energía al sistema eléctrico (30). Dichas condiciones económicas se fijarán por el Gobierno (art. 9 apdo. 5.º

---

(29) El marco normativo básico de las instalaciones de pequeña potencia que se conectan en baja tensión lo constituye el citado *Reglamento Electrotécnico para Baja Tensión (ITC.BT-40)*. Lo dispuesto en esta normativa hemos de complementarlo para las instalaciones interconectadas con la regulación contenida en el Real Decreto 1699/2011, de 18 de noviembre, por el que se regula la conexión a red de instalaciones de producción de energía eléctrica de pequeña potencia. Este Reglamento tiene naturaleza de normativa básica. Para la aplicación de este Reglamento algunas CCAA han aprobado instrucciones aclaratorias, como por ejemplo: la Región de Murcia, las Islas Baleares y Extremadura.

Las condiciones administrativas y técnicas que deben cumplir las instalaciones de potencia superior a 100 KW las encontramos reguladas en los arts. 21.1 y 53 de la LSE y en el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica. Por lo que respecta al régimen autorizador hemos de tener en cuenta que el citado Reglamento solo resulta aplicable a las instalaciones de competencia estatal, por lo que las CCAA pueden contar con su propia normativa reguladora o aplicarlo supletoriamente. Dada la localización *in situ* de las instalaciones de generación con autoconsumo parece oportuno considerar que el régimen de autorización de las mismas corresponda a las CCAA. En el caso de que las instalaciones interconectadas utilicen energías renovables, cogeneración o residuos habría que estar a lo dispuesto en el Real Decreto 413/2014, de 6 de julio.

(30) Se excluye, pues, la posibilidad de vender energía autoproducida por una instalación conectada al consumidor a través de una línea directa. Tengamos en cuenta respecto de las instalaciones de autoconsumo conectadas a través de una línea directa, a las que se refiere el art. 9.1.c) LSE, que la conexión de estas líneas a una red de transporte o distribución «supondrá» la pérdida de su calificación de línea directa, integrándose en el sistema general y quedando sometida a las condiciones de acceso de terceros a las redes, según se dispone en el art. 42 de la LSE de 2013, así como, en el art. 69.2 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre.

LSE) (31). Esta remisión reglamentaria muestra la voluntad del legislador de diferenciar las condiciones económicas que deben regir la venta de energía en el régimen de autoconsumo de la venta de energía en el ordinario régimen de producción eléctrica, sea a partir de fuentes de energía fósiles o renovables, a que se refiere el art. 14, apdos. 5.º y 7.º de la LSE (32).

### C) OBLIGACIONES Y DERECHOS DE SUS TITULARES

El art. 9, apdos. 2.º de la LSE establece que los titulares de las instalaciones de autoconsumo, conectadas total o parcialmente al sistema eléctrico (33), estarán sujetos a las obligaciones y derechos previstos en dicha Ley (34) y en su normativa de desarrollo (35). Esta remisión requiere de una mayor concreción dado el diferente régimen jurídico que se proyecta para el consumidor en régimen de autoconsumo.

---

(31) La Propuesta de Real Decreto por el que se establece la regulación de las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con autoconsumo y de producción con autoconsumo, remitida a la Comisión Nacional de Energía para su informe el 18 de julio de 2013, mantiene que las cesiones de energía autogenerada que pudiera realizar un consumidor acogido a la modalidad de suministro con autoconsumo «no podrá llevar aparejada contraprestación económica» (art. 9.4). Aún en el caso de que el autoconsumo cuente con un régimen regulatorio específico, diferenciado del régimen de producción eléctrica, carece de sentido que la LSE prevea la posibilidad de que el Gobierno regule un régimen retributivo específico para fomentar la producción de electricidad a partir de energías renovables, aunque sea excepcionalmente (art. 14.7) y que disponga la posibilidad del productor de obtener un precio por la venta de energía en el mercado, y que, sin embargo, reglamentariamente se niegue todo tipo de retribución al productor en régimen de autoconsumo por la energía que vierta a la red al no ser autoconsumida (art. 9.4 de la Propuesta de Reglamento). Y ello cuando además debe abonar por la energía autoconsumida de su instalación de generación (peaje de respaldo), y por la energía consumida de la red de distribución. A esto se suma que las instalaciones de autoconsumo deben abonar los peajes de acceso a la red por la energía que vierta a la misma (art. 11 de la Propuesta de Real Decreto).

(32) El art. 14.5 de la LSE regula los conceptos que incluirá la retribución de la «actividad de producción». A su vez, el apartado séptimo de dicho artículo dispone que excepcionalmente el Gobierno podrá establecer (facultad potestativa) un régimen retributivo específico para fomentar la producción a partir de fuentes de energías renovables, cogeneración de alta eficiencia y residuos; en su desarrollo se ha aprobado el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Este Reglamento regula en su Título IV un régimen retributivo específico para aquellas instalaciones, que no se declara aplicable a las instalaciones de autoconsumo a partir de fuentes renovables que viertan energía a la red de distribución.

(33) La terminología utilizada no parece la más correcta pues no cabe estar «parcialmente» conectado al sistema eléctrico; se está o no se está conectado. Sería más adecuado hablar de instalaciones de autoconsumo total o parcial, conectadas al sistema.

(34) Esta remisión parece ir referida a las obligaciones y derechos derivados de la conexión a la red de distribución. Y ello, dado que algunos de los derechos y obligaciones de los productores y consumidores a que aluden los arts. 26 y 44, respectivamente, de la LSE, requerirían de una modulación respecto al consumidor en régimen de autoconsumo. Así, por ejemplo, el pago por el suministro podría ser compensado con los vertidos de energía a la red que se realizasen, lo que se conoce como balance neto.

(35) Esta referencia a lo dispuesto en su normativa de desarrollo hemos de entenderla hecha al reglamento que regule el régimen del autoconsumo, no así a las normas reglamentarias que regulan los derechos y obligaciones de los productores de energía eléctrica, ni siquiera a partir de fuentes de energías renovables. En este sentido, el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, en su art. 6 recoge los derechos de dichos productores (p.ej. a contratar la venta y adquisición de energía eléctrica) y el art. 7 se refiere a sus obligaciones.

### III.3. El Registro Administrativo de Autoconsumo Eléctrico

Los consumidores acogidos al régimen de autoconsumo están obligados a inscribirse en el Registro Administrativo de Autoconsumo creado al efecto por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo. La organización de este Registro, el procedimiento de inscripción y comunicación de datos al mismo se regulará por el Gobierno mediante reglamento, previa audiencia de las Comunidades Autónomas y de las Ciudades de Ceuta y Melilla, según dispone el art. 9 apartado 4.º de la LSE (36).

La creación y regulación de este Registro por el Ministerio competente en materia de energía ha sido cuestionada desde el momento en que se trata de una actividad de ejecución, que al ir referida a actividades que por su propia naturaleza se realizarán dentro del territorio de las CCAA, debiera corresponder a éstas el ejercicio de las competencias en la materia (37). Sin embargo, este no es el único Registro de carácter nacional existente en materia energética (38). La LSE exige que las instalaciones de producción de energía eléctrica estén inscritas en el Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica del citado Ministerio, pudiendo las CCAA crear y gestionar sus correspondientes registros territoriales (art. 21 apdos. 2.º y 3.º de la LSE). Del Ministerio de Industria, Energía y Turismo depende también el Registro de Régimen Retributivo Específico aplicable a las instalaciones de producción a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos (39); la inscripción en el mismo es obligatoria para tener derecho a los correspondientes regímenes retributivos específicos (art. 27 LSE) (40).

La regulación del autoconsumo de energía eléctrica al margen del sistema de producción eléctrica supone que las instalaciones en régimen de autoconsumo deban figurar en este nuevo Registro especial y no en el Registro Administrativo de Régimen Retributivo Específico para las instalaciones de producción que usen fuentes de energías renovables.

(36) El Real Decreto Ley 9/2012, de 12 de julio, añadió a la anterior LSE de 1997 la Disposición Adicional Vigésimo Séptima por la que se creaba en el Ministerio de Industria, Energía y Turismo el Registro Administrativo de Autoconsumo de energía eléctrica, que contendría la información relativa a los consumidores y sus instalaciones asociadas; remitiendo al reglamento su organización.

(37) *Vid*, el Dictamen n.º 7/2014, de 27 de febrero, del Consejo de Garantías Estatutario de la Generalitat de Cataluña, sobre la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, (f.jco.3.º).

(38) *Vid*, GIMÉNEZ CERVANTES, J.: «El régimen jurídico administrativo de las energías renovables», en la obra colectiva *Tratado de Energías Renovables*, *op. cit.*, pp. 101 y ss.

(39) Las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración o residuos deben inscribirse en el Registro administrativo de instalaciones de producción de energía eléctrica, y podrán estarlo en el Registro de régimen retributivo específico, regulado en los arts. 43 y ss. del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio.

(40) Hay que tener en cuenta que el Real Decreto-Ley 1/2012, de 27 de enero, procedió a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la suspensión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, cogeneración y residuos. A ello hay que sumar que el Real Decreto-Ley 9/2013, de 12 de julio, estableció un nuevo régimen retributivo para dichas instalaciones en función de «una rentabilidad razonable» y que la nueva LSE de 2013 ha eliminado el llamado «régimen especial» de producción de energía eléctrica.

## **IV. El pago de los costes asociados al sistema: el llamado «peaje de respaldo»**

### **IV.1. El pago del «peaje de respaldo» por la energía autoconsumida**

El art. 9 apartado 3.º de la LSE recoge la obligación de los titulares de instalaciones de autoconsumo conectadas total o parcialmente al sistema eléctrico de «contribuir a los costes y servicios del sistema por la energía autoconsumida».

Por lo que se refiere a la obligación de participar en los costes y servicios del sistema hay que tener en cuenta que dichos costes serán financiados mediante una serie de partidas (presupuestos generales del Estado, cualquier ingreso establecido normativamente...) entre las que se sitúa, por lo que respecta a los consumidores y productores, el pago de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución (art. 13.2.a) LSE). Los peajes de acceso y cargos asociados a los costes del sistema se establecerán según las disposiciones que al respecto dicte el Ministro de Industria, Energía y Turismo (art. 16.1 LSE). Hay que tener en cuenta que estos peajes, que deberán pagar los consumidores por el consumo de energía que realicen y los productores por la energía que viertan a la red, estarán en función precisamente de la energía consumida o vertida, respectivamente (41). En consecuencia, el productor y/o consumidor en la modalidad de autoconsumo debe abonar el correspondiente peaje de acceso por la energía consumida de la red y por la vertida.

Pero junto a estos costes, la LSE prevé que todo consumidor en régimen de autoconsumo, siempre que se encuentre conectado al sistema eléctrico, debe abonar los costes y servicios del sistema por la energía autoconsumida (art. 9.3 LSE). Para ello «están obligados a pagar los mismos peajes de acceso a las redes, cargos asociados a los costes del sistema para la provisión de los servicios de respaldo del sistema que correspondan a un consumidor no sujeto a ninguna modalidad de autoconsumo descritas en el apartado anterior». Se regula, así, lo que se viene denominando como el «peaje de respaldo» (42), el cual —según la actual regulación contenida en la LSE—: a) deberán abonar todos los consumidores en régimen de autoconsumo, en cualquiera de sus modalidades, aunque realicen un consumo total de la energía producida; b) la instalación de generación o de consumo debe estar conectada total o parcialmente al sistema eléctrico. En consecuencia, si no está conectada no hay obligación de pagar el «peaje de respaldo», pero tampoco podrán verter la energía no autoconsumida; c) se abona por la energía autoconsumida y su coste será igual al del peaje de acceso y cargas asociadas a servicios que pague cualquier consumidor.

No obstante, el Gobierno podrá reglamentariamente establecer reducciones a dichos peajes, cargos y costes en los sistemas no peninsulares cuando las modalidades de autoconsumo supongan una reducción de dichos costes (art. 9.3 *in fine* LSE). No

---

(41) Ello permitiría su modulación en el caso del autoconsumo donde la energía consumida de la red puede ser escasa y donde tampoco se vierte toda la energía producida.

(42) La obligación de abonar el llamado «peaje de respaldo» en las condiciones citadas se exceptúa para las instalaciones de producción de energía eléctrica con cogeneración inscritas definitivamente en el Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica, hasta el 31 de diciembre de 2019 (Disposición Transitoria Novena de la LSE).

se observa dificultad para hacer extensiva esta posibilidad al autoconsumo en sistemas peninsulares (43).

Si a ello unimos que el régimen de autoconsumo, en cuanto a la energía autoconsumida, solo incide en el sistema eléctrico mediante «un ahorro de energía» al reducirse la demanda eléctrica por el consumidor y, teniendo en cuenta que el ahorro energético es un objetivo impuesto por las Directivas comunitarias y por la propia LSE (arts. 4.3.e), 49 y 50), podemos concluir afirmando que gravar este sistema de «ahorro energético» va en contra del objetivo de fomentar e incentivar dicho ahorro de energía eléctrica.

#### **IV.2. El «peaje de respaldo» en los informes del regulador energético y de la competencia: su carácter discriminatorio y desincentivador del autoconsumo**

Con carácter previo a la regulación del autoconsumo en el artículo nueve de la vigente LSE, se inició la tramitación del reglamento encargado de regular las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las distintas modalidades de autoconsumo eléctrico. Al respecto se elaboró un primer Borrador de Reglamento que contemplaba el llamado «balance neto» que fue remitido a la Comisión Nacional de Energía el 18 de noviembre de 2011 (44), el mismo día en que se aprobada el Real Decreto 1699/2011, que regula la conexión a la red de instalaciones de pequeña potencia. El citado borrador reglamentario preveía un sistema ventajoso para el autoconsumo por cuanto se permitía al consumidor verter a la red la energía no consumida, obteniendo a cambio unos derechos de consumo futuro, que podría compensar en el plazo de 12 meses con la energía que necesitase adquirir de la red de distribución. Así, la energía consumida de la red, hasta igualar los derechos de consumo futuro, no tenía coste para el consumidor; a partir de ahí la energía que consumiera de la red se abonaría al precio fijado por la empresa suministradora/comercializadora (45). Y lo que es más importante, no se imponía el pago de un peaje por la energía autoconsumida.

(43) Si tenemos en cuenta que —según lo dispuesto en el art.13.3 de la LSE— los costes del sistema incluyen: a) «la retribución de las actividades de transporte y distribución», siendo así que por la energía «autoconsumida» no se afecta a la actividad de distribución ni de transporte; b) «el régimen retributivo específico de la generación a partir de energías renovables», del que no parecen beneficiarse las instalaciones en régimen de autoconsumo, por ir aquel referido a «instalaciones de producción» acogidas al régimen de producción, lo que no resulta aplicable a las instalaciones de autoproducción que tienen una regulación diferenciada del régimen de producción eléctrico; c) la «retribución del extracoste de la actividad de producción en territorios no insulares», si tenemos en cuenta que las modalidades de autoconsumo pueden estar reduciendo esos «extracostes»..., entre otras razones, podemos concluir en la «obligatoriedad» y no «discrecionalidad» de que el Gobierno reduzca el coste del citado «peaje de respaldo», y en la necesidad de que dicha reducción se haga extensiva también a los sistemas peninsulares.

(44) Al respecto la CNE emitió su Informe 3/2012, de 28 de marzo de 2012, sobre la Propuesta de Real Decreto por el que se establece la regulación de las condiciones administrativas, técnicas y económicas de las modalidades de suministro de energía eléctrica con balance neto. En el mismo, la citada Comisión realizaba una valoración positiva del citado reglamento por cuanto contribuía al desarrollo de la generación distribuida, permitía el cumplimiento eficiente de los objetivos energéticos y medioambientales comprometidos, aunque apreciaba la existencia de un importante número de cuestiones por concretar.

(45) BLANCO SILVA, F. y LÓPEZ DÍAZ, A.: «La producción de electricidad a partir del régimen especial: el autoconsumo y balance neto no son suficientes», en *Industria Química* n.º 1(2013, pp. 64 y ss.); ORTÍZ GARCÍA, M., «El marco jurídico de la generación distribuida...», *op. cit.*, p. 256; VVAA: «Generación distribuida: viabilidad de las instalaciones fotovoltaicas con el futuro Real Decreto del Balance Neto», en *Era Solar: Energías Renovables*, n.º 171 (2012, pp. 28 y ss.).



A dicho borrador reglamentario siguió un segundo Borrador de Real Decreto que se envía el día 18 de julio de 2013 a la citada Comisión Nacional para ser informado, en el cual se abandona el sistema del «balance neto», imponiendo el conocido como «peaje de respaldo», que hace escasamente rentable el sistema de autoconsumo para tecnologías como la solar fotovoltaica. En el mismo se dispone que la generación distribuida no reduce los costes de mantenimiento de las redes de transporte y distribución; además, en el precio que pagan los consumidores que adquieren su electricidad en el mercado se incluyen costes que tienen por objetivo retribuir el respaldo que requiere el sistema para garantizar el balance entre generación y demanda en el horizonte diario y en tiempo real. En el caso de un consumidor acogido al autoconsumo, cuando su red se encuentre conectada al sistema, aun cuando esté consumiendo electricidad producida en su instalación de generación, se está beneficiando del respaldo que le proporciona el conjunto del sistema, al contrario de lo que ocurriría si se encontrara eléctricamente aislado del sistema eléctrico. Ello justifica —según la norma reglamentaria— que los consumidores en régimen de autoconsumo tengan que hacer frente como el resto de los consumidores a los costes del sistema eléctrico, incluyendo aquellos necesarios para financiar las tecnologías de respaldo. Por ello, se crea un precio — «el *peaje de respaldo*»— que deben satisfacer estos consumidores por la energía suministrada directamente por la instalación de generación asociada, para cubrir esos costes(46).

Dicha propuesta de Real Decreto fue informada por la Comisión Nacional de la Energía(47) a través de su *Informe 19/2013, de 4 de septiembre de la Comisión Nacional de Energía*. En dicho informe la Comisión manifiesta que: a) la propuesta de autoconsumo no contempla el balance neto o saldos no instantáneos; b) el establecimiento de «un peaje de respaldo», únicamente a los consumidores acogidos a las modalidades de autoconsumo, supone un trato discriminatorio respecto al resto de consumidores, que pudiendo reducir su consumo con medidas de aislamiento térmico o de eficiencia energética no pagarían este peaje por la energía que pudieran ahorrar; c) el «peaje de respaldo» no tendría en cuenta los beneficios sociales que están asociados a la producción distribuida y al autoconsumo (ahorro por pérdidas de energía en la red; reducción de inversiones por la menor cogestión de la red; menor dependencia energética, menos impacto ambiental).

La aplicación de este «*peaje de respaldo*» a que se refiere el Borrador de Reglamento que pretende regular el autoconsumo, y que también acogía el Anteproyecto de reforma de la LSE, peaje finalmente incluido en el articulado de la LSE de 2013, ha generado una importante reacción por parte de las empresas de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, especialmente las

---

(46) A este peaje se sumaría el pago del precio libremente pactado por la energía suministrada a través del sistema y el correspondiente peaje de acceso. Además, la energía no autoconsumida que se vierta al sistema no genera derecho a contraprestación económica y conlleva el pago del peaje de generación (art.9 del Borrador de Real Decreto de 18 de julio de 2013).

(47) Vid, DEL GUAYO CASTIELLA, I.: «Organismo de regulación y supervisión de la energía: la Comisión Nacional de Energía», en *Cuadernos de Derecho para Ingenieros*, VI, 2009, pp. 83 y ss.; SERRANO GONZÁLEZ, M.: «La Comisión Nacional de Energía (CNE) como regulador de los mercados energéticos. Relaciones y delimitación de competencias entre el regulador y la Administración General del Estado», en la obra colectiva *Derecho de la Regulación Económica...*, op. cit., pp. 79 y ss.; y «La Comisión Nacional de Energía», en la obra colectiva *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico*, Tomo I, Ed. Iberdrola, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 267 y ss.

más afectadas por la futura regulación del autoconsumo, las empresas dedicadas a la energía solar fotovoltaica. Esta reacción ha encontrado apoyo, con argumentos jurídicos, en sendos informes emitidos por la Comisión Nacional de Energía (CNE) y por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) (48) referidos al Anteproyecto de la Ley del Sector Eléctrico. El primero de ellos, el *Informe 16/2013, de 31 de julio de la Comisión Nacional de Energía*, se refiere al régimen económico de las modalidades de autoconsumo, sosteniendo que la asignación de los costes por la energía autoconsumida podría conllevar un trato discriminatorio, por lo que propone una nueva redacción en esta materia de la LSE; propuesta que finalmente no ha sido recogida en la vigente LSE (49). El segundo, el *Informe IPN 103/2013, de 9 de septiembre de 2013, de la Comisión Nacional de la Competencia sobre el Anteproyecto de Ley del Sector Eléctrico* analiza la novedosa regulación que pretende darse al autoconsumo en dicha Ley, con claros argumentos en contra (50). En base a los mismos, la CNC concluye afirmando, por una parte, que el establecimiento de peajes injustificados o discriminatorios respecto de otros consumidores es restrictivo de la competencia. Esa medida además desincentiva el autoconsumo, lo que es contrario a la *Directiva 2009/28/UE* que apuesta por la «producción descentralizada» (permite la utilización de fuentes locales de energía aumentando la independencia energética, mayor seguridad en el suministro local, trayectos más cortos y menores pérdidas de energía) y, por otra parte, se penaliza la producción mediante paneles solares fotovoltaicos (51).

En conclusión, podríamos decir que en la proyectada norma reglamentaria y en la vigente regulación del autoconsumo eléctrico por la LSE no se ha tenido en cuenta

(48) Téngase en cuenta que según la Disposición Adicional Segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia, ésta asumirá las funciones, de entre otras, la Comisión Nacional de la Energía y la Comisión Nacional de la Competencia.

(49) Para evitar que al consumidor en régimen de autoconsumo se le impongan costes que no son exigibles a otros consumidores, como el «peaje de respaldo» por la energía autoconsumida, se propone la siguiente redacción al art. 9 LSE: «El régimen económico de las modalidades de autoconsumo será establecido reglamentariamente por real decreto del Consejo de Ministros. Las modalidades de autoconsumo contribuirán a la cobertura de los costes y servicios del sistema eléctrico como el resto de consumidores y productores, sin trato discriminatorio».

(50) Así, se sostiene que el Título II, dedicado a la «Ordenación del suministro», incluye el art. 9 relativo al autoconsumo, distinguiendo tres modalidades y estableciendo que las instalaciones que estén conectadas al sistema deberán contribuir a la cobertura de los costes y servicios del sistema eléctrico en los mismos términos que la energía consumida por el resto de los sujetos del sistema. Al respecto, la Comisión mantiene que el autoconsumo favorece la competencia en el mercado minorista y mayorista y que la introducción de restricciones al autoconsumo —como el peaje de respaldo— perjudicará la competitividad de la economía española. Junto a ello recoge diversos argumentos a favor del autoconsumo eléctrico: a) El autoconsumo es un sistema de suministro eléctrico que favorece la competencia; b) el peaje de respaldo, o sea, el abono de «ciertos costes» por el respaldo que le da el sistema se podría justificar, siempre que esos costes sean análogos a los de los demás consumidores; c) se vulneraría el principio de proporcionalidad si se obligara a satisfacer al sujeto autoproducer peajes o cargos adicionales a los existentes para el resto de los consumidores teniendo en cuenta la energía que autoconsume y que no vierte a la red. Así, el consumidor que produce parte de su propia energía ya estaría pagando el respaldo energético mediante el peaje de conexión a la red pública. Pero es que además el autoconsumo conlleva ciertas ventajas (menor utilización de la red de transporte, reducción de pérdidas...), que no se ven compensadas.

(51) Vid, VVAA: «El régimen jurídico de la energía solar fotovoltaica, solar termoeléctrica, la biomasa, tecnologías marinas y energía geotérmica», en la obra colectiva *Tratado de Energías Renovables...*, op. cit., pp. 363 y ss.; ROSELL, A.D.: «Un mercado silencioso: crece el autoconsumo solar en América Central como alternativa a la electricidad cara», en *Photon: La revista fotovoltaica*, n.º 8, 2012, pp. 24 y ss.

más que el principio de garantía de la sostenibilidad económica y financiera, pero no el de la sostenibilidad ambiental, exigencia derivada de varias Directivas comunitarias y de la propia *Ley de Economía Sostenible de 2011*.

## V. El régimen sancionador en materia de autoconsumo eléctrico (52)

Si en líneas generales la previsión de una regulación específica para el autoconsumo eléctrico en el art. 9 de la LSE puede valorarse como positiva y necesaria, dos aspectos desincentivan su implantación. Por una parte, el poco rentable régimen económico a que se sujeta; y por otra parte, el nuevo y específico régimen sancionador que lleva asociado. Por lo que respecta a éste último se prevén dos tipos de infracciones relacionadas con el autoconsumo, una calificada como muy grave y otra como grave (53). A la comisión de estas infracciones se asocia la imposición de cuantiosas sanciones que oscilan entre una multa no inferior a 6.000.001 euros ni superior a 60.000.000 de euros por una infracción muy grave, o una multa no inferior a 600.001 euros ni superior a 6.000.000 euros por una infracción grave (54). No obstante, dado lo elevado de las cuantías de estas sanciones se establecen varias modulaciones. En primer lugar, la cuantía de la sanción no podrá superar el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios del sujeto infractor, o el 10 por ciento del importe neto anual de la cifra de negocios consolidada de la sociedad matriz del grupo al que pertenezca dicha empresa. Observemos que ésta limitación a las sanciones difícilmente se podrá aplicar a los titulares de instalaciones en régimen de autoconsumo, puesto que por regla general son consumidores individuales y no empresas con «cifra de negocio». En segundo lugar, se introduce el principio de proporcionalidad para graduar la sanción en función de la culpabilidad del infractor, antijuridicidad del hecho, situación económica del infractor (patrimonio, ingresos, cargas familiares y demás circunstancias personales). Este principio debe utilizarse para modular las sanciones relacionadas con infracciones en el ámbito del autoconsumo doméstico, dado lo elevado de sus cuantías, alejadas de la realidad a la que se aplican. En tercer lugar, se establecen los crite-

---

(52) Con carácter general sobre el régimen sancionador en materia de energías renovables y ahorro y eficiencia energética y sector eléctrico puede consultarse, CALANCHA MARZANA, F: «Infracciones y sanciones en el sector eléctrico», en la obra colectiva *Derecho de la Regulación Económica III. Sector Energético*, Ed. Iustel, CNE, Madrid, 2009, pp. 1021 y ss.; GONZÁLEZ RÍOS, I.: *Régimen Jurídico-Administrativo...*, op. cit., pp. 327 y ss.; «Régimen sancionador en materia de energías renovables y eficiencia energética en Andalucía», en la obra colectiva *Energías Renovables, ahorro y eficiencia energética en Andalucía. Régimen jurídico* (Coord. Mellado Ruiz), ed. Atelier, Barcelona, 2012, pp. 165 y ss.

(53) Art. 64 apdo. 43.º de la LSE, califica como muy grave: «el incumplimiento de la obligación de registro, así como la aplicación de modalidades o de regímenes económicos no contemplados expresamente en esta ley y su normativa de desarrollo, así como el incumplimiento de alguno de los requisitos técnicos de aplicación a las distintas modalidades de autoconsumo cuando se produjeran perturbaciones que afecten a la calidad de suministro en el ámbito de la red a la que están conectados»; por su parte, el art. 65 apdo. 35.º de la LSE considera infracción grave: «el incumplimiento de los requisitos y obligaciones establecidos, cuando no estuviera tipificado como muy grave; así como la aplicación incorrecta de las modalidades y de sus regímenes económicos asociados contemplados en esta ley y su normativa de desarrollo».

(54) Art. 67 de la LSE. Hay que destacar que como novedad se establece la posibilidad de que las multas vayan acompañadas de sanciones accesorias y de reposición de las cosas al momento anterior a la comisión de la infracción (arts. 68 y 69 de la LSE).

rios en virtud de los cuales se graduará la sanción (el peligro que derive de la infracción para la vida y salud de las personas, la seguridad de las cosas y el medio ambiente; la importancia del daño o deterioro causado; los perjuicios causados en la continuidad y regularidad del suministro; la intencionalidad en la comisión de la infracción y su reiteración, etc.).

En cuanto al régimen de prescripción de estas infracciones relacionadas con el autoconsumo, el art. 74 dispone que las infracciones muy graves prescriben en el plazo de cuatro años y las graves en el de tres computado desde el día en que la infracción se hubiera cometido; las sanciones impuestas consecuencia de las mismas prescriben en idénticos plazos, respectivamente, contándose desde el día siguiente a aquél en que adquiera firmeza la resolución por la que se imponga la sanción (55).

## VI. Implicaciones ambientales y energéticas del autoconsumo

### VI.1. El autoconsumo de energía eléctrica como medida de protección ambiental (56)

El autoconsumo eléctrico hemos de asociarlo, aunque no de forma exclusiva, al régimen jurídico aplicable al fomento de las energías renovables, principalmente la solar y la eólica, así como, la cogeneración. Este subsector energético, el de las energías renovables, se está viendo ampliamente potenciado por la Unión Europea como medida para lograr la diversificación energética y para luchar contra el llamado «cambio climático» (57). La reducción de emisiones de gases de efecto invernadero que conlleva el uso de fuentes energéticas alternativas a las energías fósiles (carbón, petróleo, gas...) sirve para cumplir los compromisos asumidos por la UE con la firma del Protocolo de Kioto de la Convención Marco sobre Cambio Climático de las Naciones

(55) En los supuestos de infracciones continuadas el plazo de prescripción comenzará a contar desde el momento de la finalización de la actividad o del último acto con el que la infracción se consuma. En el caso de que los hechos o actividades constitutivos de infracción fueran desconocidos por carecer de signos externos, dicho plazo se computará desde que éstos se manifiesten (art. 74.3 LSE).

(56) Al respecto de la relación entre la energía y el medio ambiente, entre otros: RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M.: «Energía y medio ambiente: marco normativo y aplicación judicial», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.º 21, 2012, pp. 23 y ss. Por su parte, la STSJ de Extremadura de 21 de marzo de 2012 (Pte. D. Ruiz Ballesteros) considera que la imposición de un tributo autonómico que declara exentas las actividades de autoconsumo eléctrico es una medida de protección ambiental que pretende fomentar el uso de las energías renovables. La Sala afirma que «el impuesto estimula actuaciones protectoras del medioambiente».

(57) ALENZA GARCÍA, F. J.: «El Cambio Climático y las energías renovables. La nueva Directiva Europea de Energías Renovables», en la obra colectiva *La Energía Eólica: Cuestiones jurídicas, económicas y ambientales*; Ed. Thomson-Reuters-Civitas, Navarra, 2010, pp. 55 y ss.; ALENZA GARCÍA, F. J. y SARASÍBAR IRIARTE, M.: *Cambio climático y energías renovables*, Ed. Thomson-Civitas, Navarra, 2007; GONZÁLEZ RÍOS, I.: *Régimen jurídico-administrativo de las energías renovables...*, op. cit., pp. 85-110; LÓPEZ SAKO, M. J.: «Las energías renovables en la lucha contra el cambio climático», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* n.º 16, 2009, pp. 239 y ss.; MEUNIER, FRANCIS: *Domestiquer l'effet de serre. Énergies et Changement Climatique*, 2.ª ed, Dunod, 2008, pp. 13-14; MORA RUIZ, M.: «La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿un sector en crisis?», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, 17 de febrero de 2014; SARASÍBAR IRIARTE, M.: *Régimen jurídico del Cambio Climático*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2006; VERDÚ BAEZA, J., «Cambio climático y la Unión Europea: desde el liderazgo al riesgo de la irrelevancia», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* n.º 45, 2013, pp. 659 y ss.

Unidas (58). En consecuencia, cuando el autoconsumo eléctrico se vincula a la producción de electricidad a partir de fuentes de energías limpias se contribuye con el mismo a la protección ambiental, a la vez que coadyuva a reducir la dependencia energética del exterior.

Como ya hemos comentado, la Unión Europea está liderando una política y regulación energética (59) que apuesta por la sostenibilidad ambiental mediante la fijación de unos objetivos obligatorios para los Estados Miembros en cuanto a incorporación de energías renovables en el sector eléctrico, y en otros sectores altamente consumidores de energía (transportes o edificación), y de medidas de ahorro y eficiencia energética (60). Dicha normativa comunitaria establece previsiones directamente relacionadas con el autoconsumo de energía eléctrica, como ya hemos analizado, que deben ser respetadas por el Derecho interno. Pero sobre todo pone en evidencia que la producción de electricidad para autoconsumo, cuando usa fuentes de energías limpias, contribuye a la protección ambiental, pues viene a mitigar los efectos del cambio climático al reducir las emisiones de gases de efecto invernadero; además, favorece la seguridad en el suministro energético al diversificar el régimen de producción. Ello sin perjuicio de otros beneficios asociados al consumidor, que puede reducir su factura eléctrica, directamente si es autoconsumidor o indirectamente por la introducción de competencia en el sector eléctrico.

A nivel nacional la implantación del autoconsumo eléctrico también se ha vinculado en la *praxis* a la producción de energía a partir de fuentes renovables, lo que se ha venido denominando el régimen especial de producción eléctrica. Régimen éste que se caracterizaba por contar con un sistema retributivo especial que garantizaba al productor la obtención de determinadas primas con las que compensar los superiores costes que conllevaba la producción eléctrica a partir de fuentes energéticas «limpias», no contaminantes. No obstante, la vigente LSE ha venido a romper con la distinción entre dos regímenes jurídicos para la producción de energía eléctrica, el régimen ordinario y el régimen especial; poniendo fin a este úl-

---

(58) AAVV: «La UE frente al Cambio Climático: el paquete de medidas sobre cambio climático y energía (20-20-20)», en la obra colectiva *Tratado de Energías Renovables*, Ed. Aranzadi, Thomson-Reuters, Navarra, 2010; DEL GUAYO CASTIELLA, I., DOMINGO LÓPEZ, E.: «El Protocolo de Kioto y su desarrollo en España. El fomento de las energías renovables y de la cogeneración eléctrica como instrumento de lucha frente al efecto invernadero», en *Revista de Estudios Locales*, Número Extraordinario sobre Medio Ambiente, 2001, pp. 71 y ss.; MARTÍN BERNAL, J. M.: «Notas resumidas sobre Kioto», en *RDU y MA* n.º 218, 2005, pp. 167 y ss.

(59) Sobre la regulación energética de la Unión Europea, entre otros: DÍAZ LEMA, J. M.: «La evolución del derecho comunitario de la energía: hacia la creación del mercado europeo de la energía. La falta de un regulador europeo y sus consecuencias», en la obra colectiva *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico*, Tomo I, Ed. Iberdrola, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 145 y ss.; MUÑOZ MACHADO, S.: «Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia», en *Derecho de la Regulación III. Sector Energético*, Ed. Iustel, CNE, 2009, pp. 45 y ss.

(60) Así lo demuestra la aprobación de un importante número de normas de Derecho derivado que inciden en el fomento de las energías renovables y de la eficiencia energética, con las que se pretende aumentar la producción eléctrica que usa como fuentes energéticas las energías limpias; así como, la introducción de las energías renovables en sectores como el transporte y la edificación, como sectores altamente contaminantes (*Directiva 2009/28/CE, relativa al fomento del uso de la energía procedente de fuentes de energías renovables de 2009*; la *Directiva 2009/72/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad*; la *Directiva 2012/27/UE, de 25 de octubre, relativa a la eficiencia energética*; la *Directiva UE/31/2010, relativa a la eficiencia energética de los edificios*; o la regulación de fomento de la cogeneración por la *Directiva 2004/8/CE*).

timo (61). A la vez se diferencia del régimen de producción eléctrica la generación para el autoconsumo. Este se regula en la LSE como «una fuente alternativa de generación de electricidad al margen del sistema eléctrico» —según la exposición de motivos—. En consecuencia, su regulación pretende ordenar esta actividad al margen del régimen de producción eléctrica, actividad que sí se integra en el sistema eléctrico. Se distingue entre el productor de electricidad que produce para venderla en el mercado y el régimen de autoconsumo en el que también se produce electricidad pero es para consumo propio, de forma principal. No obstante, el hecho de que se prevea como un régimen específico, «al margen del sistema eléctrico», no impide que se imponga a este tipo de instalaciones para autoconsumo la obligación de contribuir a la financiación de los costes y servicios del sistema en la misma cuantía que el resto de los consumidores siempre que se encuentren conectadas al sistema eléctrico, incluso por la energía autoconsumida. Ello, sin perjuicio de que transitoriamente se impongan excepciones para los supuestos en que el autoconsumo suponga una reducción de costes para el sistema y para las instalaciones existentes de cogeneración.

En consecuencia, la regulación estatal sobre el autoconsumo no lo vincula al uso de fuentes de energías renovables ni al régimen de producción eléctrica. Sin embargo, la producción de electricidad a partir del uso de fuentes de energías fósiles en grandes centrales, o de energía hidráulica parece tener poca cabida en el régimen del autoconsumo eléctrico. Por lo tanto, también a nivel nacional el régimen del autoconsumo vendría a garantizar la sostenibilidad ambiental y la diversificación energética. Sin embargo, como ya hemos comentado, en la vigente regulación del autoconsumo eléctrico por la LSE no se ha tenido en cuenta más que el principio de garantía de la sostenibilidad económica y financiera, pero no el de la sostenibilidad ambiental, exigencia derivada de varias Directivas comunitarias y de la propia *Ley de Economía Sostenible de 2011*.

## VI.2. La contribución del autoconsumo al ahorro y a la eficiencia energética en la edificación

De la definición de «eficiencia energética» (EE) y «ahorro de energía» que se contiene en la Directiva 2012/27/UE (62) puede concluirse que la producción de energía

---

(61) Se abandona la diferenciación entre la producción a partir de energías renovables, residuos o cogeneración y la producción a partir de otras fuentes energéticas, como las energías fósiles. Las instalaciones que producen electricidad a partir de energías renovables se incorporan al mercado en cuanto a su régimen retributivo, sin perjuicio de que además obtengan una «retribución regulada específica» con la que cubrir aquellos costes que no puedan recuperar del mercado, obteniendo una rentabilidad adecuada —como sostiene la exposición de motivos de la Ley—. Además, con carácter excepcional se podrán establecer nuevos regímenes retributivos específicos para fomentar la producción a partir de fuentes de energías renovables, cogeneración y residuos, entre otros motivos, «cuando su introducción suponga una reducción del coste energético y de la dependencia energética exterior» (art. 14.7 LSE). Consideramos que estos elementos se dan en el supuesto del autoconsumo. Sin embargo, las condiciones que impone la LSE para la previsión de aquellos regímenes retributivos específicos no resultan aplicables a las instalaciones en régimen de autoconsumo.

(62) La Directiva 2012/27/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, relativa a la eficiencia energética, define la eficiencia energética como la relación entre la producción de un rendimiento, servicio, bien o energía, y el gasto de energía; y el ahorro energético como la cantidad de energía ahorrada, determina-

para consumo propio a partir de fuentes de energía renovables como la solar o la eólica constituye una medida de ahorro y eficiencia energética. Y ello porque permite producir y usar electricidad ahorrando energía procedente de la red eléctrica, que en su mayor parte procede de fuentes energéticas fósiles (carbón, petróleo, gas...); y lo hace de una forma más eficiente al usar una energía no agotable. De la misma forma que un consumidor puede ahorrar energía modificando sus hábitos de consumo o usando medidas de eficiencia energética, la implantación de sistemas de generación para consumo propio permite reducir o eliminar el consumo eléctrico procedente del sistema. Con dicho ahorro energético se consigue además contribuir a la sostenibilidad ambiental al utilizar una fuente de energía renovable y limpia en la producción de la electricidad para autoconsumo.

Tengamos en cuenta que los Estados miembros (EEMM) vienen obligados a reducir el consumo de energía en un 20% hasta el año 2020; año a partir del cual deben seguir profundizando en las medidas de ahorro y eficiencia energética y lograr que los edificios nuevos sean de consumo casi nulo (63). El cumplimiento de estas exigencias comunitarias pasa por la incorporación de fuentes de energías renovables en la edificación (64). En consecuencia, la incorporación de energías renovables en los edificios (p.ej. la energía solar) para la producción de electricidad para el autoconsumo se convierte en una medida de cumplimiento del Derecho Derivado comunitario.

Dicha normativa comunitaria viene siendo transpuesta al Derecho interno, quedando reflejada entre otras en: la *Ley de Ordenación de la Edificación* (LOE), el *Código Técnico de la Edificación* (CTE), el *Reglamento de Instalaciones Térmicas en Edificios* (RITE), el *Reglamento que aprueba el procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de los edificios* y la *Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas de 2013*. Todas ellas normas de carácter básico, que contienen importantes determinaciones relacionadas con la incorporación

---

da mediante la medición y/ o estimación del consumo antes y después de la aplicación de alguna medida de mejora de la eficiencia energética, teniendo en cuenta al mismo tiempo la normalización de las condiciones externas que influyen en el consumo de energía (art. 2).

(63) Así se impone en la Directiva 2009/28/CE, en la Directiva UE/31/2010 y en la Directiva 2012/27/UE. Esta última Directiva exige que a partir del año 2020 los EEMM movilicen inversiones para la renovación de edificios residenciales y comerciales a fin de mejorar su rendimiento energético, imponiendo a los edificios propiedad de las Administraciones centrales un índice anual de renovación. Además, la UE impone que a partir del 31 de diciembre de 2020 los edificios nuevos sean de consumo casi nulo, exigencia que se adelanta dos años para los edificios públicos.

(64) Al respecto de la eficiencia energética en la edificación, entre otros: ARENAS CABELLO, F.J., «Marco normativo de la eficiencia energética y de las energías renovables», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* n.º 13, 2008, pp. 279 y ss.; DOMINGO LÓPEZ, E., «Marco normativo del ahorro y la eficiencia energética en la edificación de Andalucía», en la obra colectiva *Energías renovables, ahorro y eficiencia energética en Andalucía. Régimen jurídico*, Ed. Atelier, Barcelona, 2012, pp. 15 y ss.; GONZÁLEZ RÍOS, I., *Régimen Jurídico de las Energías Renovables y del Ahorro y la eficiencia Energética*, Ed. Thomson-Reuters, 2011, pp. 284 y ss.; «Régimen jurídico administrativo de la eficiencia energética en la edificación», en el libro colectivo *Estudios sobre Derecho de la edificación*, (Dir. Ana Cañizares Laso), Ed., Civitas, S.A., Madrid, 2010, pp. 215 y ss.; «Régimen jurídico de la eficiencia y el ahorro energético», en la *Revista Jurídica de Navarra* n.º 50, 2010, pp. 171 y ss.; MARGARIT Y ROSET, J., «La eficiencia energética y las energías renovables: ¿dos caras de la misma moneda?», en la obra colectiva *Tratado de Energías Renovables...*, op. cit., pp. 1062 y ss.

de las energías renovables en la edificación (65). Así, la LOE y el CTE recogen los «requisitos básicos» en materia de EE que deben cumplir los edificios, tanto nuevos como «en las intervenciones en edificios existentes» (ampliación, reforma o cambio de uso); entre los que se incluye el «ahorro energético». Con este ahorro energético se pretende un uso racional y sostenible de la energía en el edificio y que parte del consumo proceda de fuentes de energías renovables. Para lograr ese ahorro energético del edificio se prevé el cumplimiento de varias exigencias básicas entre las que se halla, por lo que ahora nos interesa, «la incorporación en los edificios que prevea el CTE de sistemas de captación y transformación de energía solar en energía eléctrica para uso propio o suministro a red» (art.15 CTE). La introducción de energía fotovoltaica para la generación eléctrica se configura como una exigencia básica en el CTE, y es aplicable a los edificios de nueva construcción y a los edificios existentes cuando se reformen o amplíen, con determinadas limitaciones y referidos a determinados usos (hipermercados, hospitales, clínicas, pabellones de recintos feriales...) (66). El cumplimiento de dicha exigencia básica obliga pues a determinados edificios a contar con sistemas de generación fotovoltaica para autoconsumo.

El autoconsumo a partir de energía solar fotovoltaica puede verse potenciado si relacionamos su regulación, contenida en la normativa del sector eléctrico y en la citada normativa reguladora de la edificación, con las exigencias de certificación de la eficiencia energética en los edificios que se deduce de la Ley 8/2013 y del Real Decreto 235/2013 (67). Así, el certificado de EE —si bien no es obligatorio para todos los edificios— puede contribuir a favorecer el mercado de los edificios más eficientes energéticamente; lo que puede ser un incentivo para el establecimiento de instalaciones de autoconsumo eléctrico a partir de energías limpias. De este modo los propietarios de edificios podrían ir más allá de las exigencias impuestas por el CTE extendiendo el autoconsumo eléctrico más allá de la energía solar fotovoltaica y de las edificaciones incluidas en el ámbito de aplicación del CTE. No obstante, ello exigiría una regulación del autoconsumo más favorable al mismo y que tuviera su reflejo claro e integrado en toda la normativa referenciada.

Además, el autoconsumo eléctrico contribuye al cumplimiento de la exigencia impuesta por la Directiva UE/31/2010, y por el propio Real Decreto 235/2013, de que a partir del 31 de diciembre de 2020 los edificios que se construyan sean de consumo energético casi nulo; plazo que se adelanta al año 2018 para los edificios públicos.

---

(65) Ley 38/99, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Código Técnico de la Edificación; el Real Decreto 1027/07, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Instalaciones Térmicas en Edificios; el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, que aprueba el procedimiento básico para la certificación de la eficiencia energética de los edificios; la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas.

(66) Sección HE5 del CTE, referido a la contribución fotovoltaica mínima de energía eléctrica.

(67) Entre otros, MENÉNDEZ REXACH, A., «La certificación de eficiencia energética de los edificios: naturaleza, procedimiento y efectos», en *Estudos de Direito da Energia* (Org.Tavares da Silva), Instituto Jurídico, Universidade de Coimbra, 2014, pp. 11 y ss.; ROSADO PACHECO, S., «El procedimiento de certificación de la eficiencia energética de los edificios (referencia a la Comunidad Autónoma de Andalucía), en *Eficiencia energética y Derecho*, Dykinson, S.L., Madrid, 2013, pp. 55 y ss.



## VII. Aspectos urbanísticos del autoconsumo eléctrico

El autoconsumo eléctrico se realiza a través de una red interior o de una línea directa que une la instalación de generación con el consumidor. Estas instalaciones de generación pueden estar aisladas de la red eléctrica de distribución, o bien, estar conectadas, pudiendo en este último caso calificarse como instalaciones asistidas o interconectadas (68). Tanto si estas instalaciones se colocan en la misma edificación (p. ej. instalación solar fotovoltaica en fachadas o cubiertas) como si se emplazan de forma separada (p.ej. un generador eólico), la normativa urbanística contiene referencias que les afectan (69). La planificación del trazado de las redes eléctricas, la necesidad de licencia para su implantación, la aplicación del régimen de restablecimiento de la legalidad urbanística y de la potestad sancionadora para los casos de incumplimientos de la regulación urbanística, o la regulación mediante Ordenanzas municipales de la incorporación de la energía solar, son algunos de los aspectos urbanísticos relacionados con el autoconsumo eléctrico.

Tengamos en cuenta que la Directiva UE/31/2010, emplaza a los EEMM para que faculten y animen a «arquitectos y responsables de la planificación urbana a que tengan en cuenta la utilización de fuentes de energías renovables» al proyectar, diseñar, construir y renovar zonas industriales o residenciales. Esta Directiva muestra la relevancia que la planificación urbanística puede tener en la implementación y fomento del uso de las energías renovables. Dicha planificación es un instrumento idóneo para integrar instalaciones de generación eléctrica para autoconsumo en aquellos casos en que su instalación no resulte obligada según el CTE, por ejemplo en procesos de renovación o rehabilitación urbana de zonas residenciales o industriales. Los instrumentos de planificación urbanística pueden, no solo prever la conexión de las redes interiores o líneas directas a las redes eléctricas existentes o que se proyecten, sino también, determinar las necesidades de mejora de la eficiencia energética e incorporación de energías renovables en la ciudad (70).

Pero la planificación urbanística de las redes eléctricas debe coordinarse, por un lado, con la planificación de ordenación territorial, y por otro, con la planificación energética de las redes de transporte y distribución. Así, la planificación urbanística de este tipo de redes energéticas debe realizarse en el marco de lo dispuesto en la planificación territorial autonómica, en la cual se debe prestar especial atención a la ubicación de instalaciones que usen energías renovables, como las instalaciones de

---

(68) Al concepto de instalaciones aisladas, asistidas e interconectadas se refiere el Reglamento Electrotécnico de Baja Tensión.

(69) Respecto al papel de los entes locales en la sostenibilidad energética, entre otros, DEL GUAYO CASTIELLA, I., «La situación de los entes locales ante el nuevo paradigma de sostenibilidad energética», en *Eficiencia Energética y Derecho*, op. cit., pp. 287 y ss.

(70) La planificación territorial y urbanística debe integrar las determinaciones relativas a las redes energéticas garantizándose la debida colaboración de otras Administraciones públicas en su aprobación. Cuando se trate de redes interiores situadas en suelo urbano consolidado, el planeamiento debe prever su conexión con las redes existentes; en el suelo urbano no consolidado y urbanizable será el plan parcial el que recogerá el trazado y características de las redes de energía eléctrica y su conexión con las existentes o previstas.

Comunidades Autónomas como Andalucía y Castilla La Mancha que cuentan con sus propias legislaciones de fomento de las energías renovables y del ahorro y la eficiencia energética vienen exigiendo que la planificación territorial y urbanística justifique la adopción de medidas que contribuyan al ahorro y a la eficiencia energética, tales como atender «la necesidad de infraestructuras de suministro energético...»

autoconsumo, en el suelo no urbanizable. A su vez, la planificación territorial y urbana debe coordinarse con la planificación energética. Al respecto tenemos que tener en cuenta que solo la planificación de las redes de transporte de energía tiene carácter obligatorio (71). El carácter meramente indicativo que tiene la planificación energética respecto a las instalaciones de producción de energía eléctrica, y el consumo «in situ» que se deriva de las mismas, conlleva que dicha planificación referida a las redes de transporte tenga poca influencia en el fomento de esta actividad. No obstante, sí puede tener relevancia a la hora de planificar el refuerzo de la red, donde se debe tener en cuenta la entrada de nuevos productores. Si ponemos en relación esta referencia con el autoconsumo eléctrico, su aumento, generaría la necesidad de revisar aquella planificación en aras de una menor necesidad de refuerzo, derivado de la energía autoconsumida desde la propia instalación de generación (72). Sería necesaria la revisión de aquella planificación para fomentar la producción con autoconsumo; lo que podría hacerse destinando las inversiones de refuerzo de la red a la introducción de «redes inteligentes» que favorezcan el autoconsumo. Además, debería ser la planificación energética de las CCAA las que apostar por el régimen del autoconsumo y la generación distribuida, dado su ámbito local. Y así, ha sido, como lo demuestran las CCAA que cuentan con legislación específica sobre fomento de las energías renovables y del ahorro y la EE (73).

Junto a la correspondiente planificación territorial y urbanística referida a las infraestructuras asociadas al autoconsumo eléctrico y a su debida coordinación con la planificación energética, estas instalaciones de generación eléctrica deben contar con la correspondiente licencia urbanística (74). Así se deduce de las distintas legislaciones urbanísticas que sujetan a licencia urbanística los actos de uso del suelo, subsuelo y vuelo (75). También las Ordenanzas municipales pueden contribuir a regular la implantación de instalaciones de autoconsumo eléctrico en los edificios. En este sentido, las Ordenanzas de edificación pueden tener una importante incidencia en las instalaciones de placas solares fotovoltaicas imponiendo exigencias estéticas y de funcionali-

(71) Art.4.1 LSE y art.8 del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre.

(72) La planificación de los sectores de electricidad y gas 2008-2016 (Acuerdo del Consejo de Ministros de 30 de mayo de 2008, modificado en 2010, 2012 y 2014), apuesta por un desarrollo de las redes eléctricas que da prioridad a la instalación de líneas eléctricas que evacuen energía procedente de fuentes renovables.

(73) Por ejemplo, en Andalucía, la Ley de Fomento de las Energías Renovables y del Ahorro y la EE de 2007 regula el programa de fomento de las energías renovables y programas territoriales; por su parte, el Plan Andaluz de Sostenibilidad Energética 2007-2013 (Decreto 272/2007) incluye un «programa de infraestructuras energéticas que apuesta por un modelo energético de generación local y consumo «in situ» en el que participen de forma creciente las energías renovables.

(74) En este sentido, el art.8, apdos. o) y p) del Decreto 60/2010, de 16 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Urbanística de Andalucía, dispone que están sujetos a licencia urbanística municipal: «las canalizaciones y tendidos de distribución de energía» y «la construcción de obras de infraestructuras, tales como: producción de energías renovables...»

(75) Aquellas CCAA que disponen de normativa propia sobre fomento de las energías renovables han incluido algunos trámites referidos al procedimiento urbanístico en relación al procedimiento de autorización de instalaciones de generación a partir de fuentes de energía renovables, aunque no van referidos a instalaciones de autoconsumo, sino de producción de energía eléctrica. Por ejemplo, el art.12 de la Ley de Fomento de las Energías Renovables y del Ahorro y la Eficiencia Energética de Andalucía 2007 exige que a la solicitud de autorización de la instalación se acompañe un Anexo que describa las determinaciones del planeamiento urbanístico de aplicación y un informe de compatibilidad del Ayuntamiento; unificación del trámite de información pública en los procedimientos de autorización municipal y de los distintos organismos competentes implicados.

dad. En la misma línea se sitúa la aprobación de las Ordenanzas municipales orientadas al uso de la energía solar (76). Si tenemos en cuenta que el CTE es una norma básica que establece unas exigencias mínimas respecto al ahorro de energía, entre las que ha incluido el uso de la energía solar fotovoltaica en determinadas edificaciones, no haciéndolo extensivo a la edificación residencial o edificios públicos, no solo las CCAA a través de sus normas sobre fomento de las energías renovables (77), sino también, los municipios pueden regular el uso de la energía solar para la producción de electricidad (78). Ello en el marco de la regulación estatal del autoconsumo eléctrico y producción a partir de fuentes de energías renovables contenida en la LSE y normas de desarrollo y en desarrollo de sus competencias sobre protección del medio ambiente urbano y urbanísticas.

## VIII. Consideraciones finales

1. El Derecho Derivado regulador de las energías renovables y del ahorro y la eficiencia energética contiene importantes alusiones que tienden a fomentar el autoconsumo eléctrico, aunque no utilice propiamente esta terminología. Así, por ejemplo, se alude a la generación distribuida, redes inteligentes, productos independientes, edificios de consumo energético casi nulo, obligaciones de incorporación de energías renovables y eficiencia energética para el año 2020, entre otras. Así, pues, la regulación nacional que se realice del autoconsumo eléctrico tiene que tener en cuenta este marco normativo.
2. La LSE de 2013 ha procedido a regular de forma novedosa, y al margen del régimen de producción eléctrica, el autoconsumo eléctrico en su artículo noveno. Esta regulación de carácter básico resulta elogiable por cuanto inicia el camino hacia una regulación reglamentaria propia y diferenciada de este sistema de ge-

---

(76) Téngase en cuenta el importante desarrollo de las Ordenanzas municipales sobre captación solar térmica para la producción de agua caliente sanitaria (p.ej. la Ordenanza General del Medio Ambiente Urbano del Ayuntamiento de Barcelona de 26 de marzo de 1999; la Ordenanza Municipal sobre Captación y Aprovechamiento de la Energía Solar Térmica en edificios de 2008 del Ayuntamiento de Jaén; la Ordenanza Municipal de Captación Solar de 5 de mayo de 2011 del Ayuntamiento de Murcia; la Ordenanza de Captación Solar para usos térmicos de Santander de 3 de julio de 2006; la de 13 de octubre de 2009 del Ayuntamiento de Valencia; la de 27 de marzo de 2003 del Ayuntamiento de Madrid, entre otras).

(77) Sobre la contribución fotovoltaica mínima de energía eléctrica en los edificios de la Comunidad Autónoma de Andalucía, DOMINGO LÓPEZ, E., «Ahorro y eficiencia energética en la edificación en Andalucía: marco normativo», en *Eficiencia energética y Derecho*, op. cit., pp. 35 y ss.

(78) Vid, la Ordenanza municipal para la incorporación de sistemas de captación y aprovechamiento de energía solar fotovoltaica del Ayuntamiento de las Palmas, de 1 de enero de 2009, en la que se regula la obligada incorporación de las instalaciones de energía solar fotovoltaica para la generación de electricidad y establece los requisitos mínimos que han de cumplir dichos sistemas en el término municipal de las Palmas de Gran Canaria. Esta Ordenanza amplía el ámbito de aplicación que se deduce del CTE, haciéndolo extensivo a un mayor número de edificios.

Por su parte, aplicándose a los mismos edificios a que alude el CTE, la Ordenanza sobre captación y el aprovechamiento de la energía solar en edificios del municipio de Palencia de 18 de julio de 2007, regula la obligada incorporación de sistemas solares de captación y utilización de energía solar, tanto fotovoltaica como térmica. La incorporación de energía solar fotovoltaica también se incluye en la más ambiciosa Ordenanza municipal de ecoeficiencia energética y utilización de energías renovables en edificios y sus instalaciones de 24 de agosto de 2009 del Ayuntamiento de Zaragoza.

neración eléctrica distribuida. Sin embargo, el establecimiento de un régimen económico que exige a los consumidores en régimen de autoconsumo el abono de todos los costes y cargos del sistema como a cualquier otro consumidor; que le impone además el pago de un «peaje de respaldo» por la energía autoconsumida (por el respaldo que le da el sistema a las instalaciones conectadas a la red de distribución); y que se sujeta a un régimen sancionador en caso de incumplimientos, con sanciones que pueden llegar hasta los 60.000.000 de euros, supone una ordenación legal del autoconsumo no solo «poco rentable», sino altamente desincentivadora de su implantación.

El regulador del sistema energético y de la competencia se ha pronunciado respecto a ese «peaje de respaldo», concluyendo que tiene carácter discriminatorio, contrario al principio de proporcionalidad, restrictivo del autoconsumo eléctrico y, por tanto, contrario al Derecho comunitario. Además, principios tan relevantes a nivel comunitario como el de sostenibilidad ambiental, el de diversificación energética o el de competencia en el mercado eléctrico se quiebran con una regulación que dificulta, que pone «trabas» a la generación distribuida. La simplificación del procedimiento de conexión a la red de distribución que se regula en el *Real Decreto 1699/2011*, debe unirse a una regulación más ventajosa de su régimen económico, que podría tomar como modelo el sistema del «balance neto».

3. La contribución del autoconsumo eléctrico al fomento de las energías renovables, al ahorro energético y a la protección ambiental aconseja que la LSE y normas de desarrollo al regularlo tengan en cuenta la normativa sobre ahorro energético en la edificación y sobre fomento de las energías renovables. Carece de sentido que exista un conjunto de normas dedicadas a fomentar el ahorro y la eficiencia energética en la edificación y que a la vez se limite el autoconsumo con la previsión de un régimen económico escasamente rentable.
4. A la vez, la normativa nacional sobre ahorro energético en la edificación (LOE, CTE, Real Decreto 235/2013, Ley 8/2013) debería seguir profundizando en las exigencias mínimas de energía solar fotovoltaica, lo que redundaría en una mejora en la certificación de eficiencia energética de los edificios, y en la creación de un mercado de edificios de alta eficiencia energética. En su defecto, deben ser las CCAA las que, como ya han hecho algunas, aprueben sus respectivas normas incidiendo en la incorporación de las energías renovables para la producción de electricidad para autoconsumo, en el marco de lo dispuesto por el Estado. Y en desarrollo de esa normativa estatal y autonómica, los entes locales pueden intervenir con la regulación de Ordenanzas sobre captación solar para usos térmicos y fotovoltaicos, en ejercicio de sus competencias sobre protección del medio ambiente urbano. A los entes locales les corresponde además un importante papel en la implantación de instalaciones de generación eléctrica para autoconsumo a través de sus competencias urbanísticas (otorgamiento de licencias, control del impacto visual en la edificación y régimen de restablecimiento de la legalidad urbanística y sanciones respecto de instalaciones de generación para autoconsumo en el entorno urbano).
5. Por último, queremos destacar la relevancia que un régimen económico y administrativo más favorable al autoconsumo conllevaría respecto del sistema eléctrico en su conjunto. Su generalización implicaría la ineludible obligación de revi-

sión del sistema de planificación de las redes de transporte y distribución. Supondría una reducción de la necesidad de refuerzo de las redes; y ello, sin perjuicio de que pudiéramos estar hablando de una verdadera «revolución eléctrica».

## Bibliografía

- AAVV: «La UE frente al Cambio Climático: el paquete de medidas sobre cambio climático y energía (20-20-20)», en la obra colectiva *Tratado de Energías Renovables*, Ed. Aranzadi, Thomson-Reuters, Navarra, 2010.
- ALENZA GARCÍA, F. J.: «El Cambio Climático y las energías renovables. La nueva Directiva Europea de Energías Renovables», en la obra colectiva *La Energía Eólica: Cuestiones jurídicas, económicas y ambientales*, Ed. Thomson-Reuters-Civitas, Navarra, 2010.
- ARENAS CABELLO, F. J.: «Marco normativo de la eficiencia energética y de las energías renovables», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* n.º13, 2008.
- BLANCO SILVA, F. y LÓPEZ DÍAZ, A.: «La producción de electricidad a partir del régimen especial: el autoconsumo y balance neto no son suficientes», en *Industria Química* n.º 1, 2013.
- CALANCHA MARZANA, F.: «Infracciones y sanciones en el sector eléctrico», en la obra colectiva *Derecho de la Regulación Económica III. Sector Energético*, Ed. Iustel, CNE, Madrid, 2009.
- DEL GUAYO CASTIELLA, I.: «La situación de los entes locales ante el nuevo paradigma de sostenibilidad energética», en *Eficiencia Energética y Derecho*, (Dir.: García Rubio, F. y Mellado Ruíz, L.), Ed. Dykinson, S.L, Madrid, 2013.
- DOMINGO LÓPEZ, E.: «Marco normativo del ahorro y la eficiencia energética en la edificación de Andalucía», en la obra colectiva *Energías renovables, ahorro y eficiencia energética en Andalucía. Régimen jurídico*, Ed. Atelier, Barcelona, 2012.
- GONZÁLEZ RÍOS, I.: *Régimen Jurídico de las Energías Renovables y del Ahorro y la eficiencia Energética*. Ed. Thomson-Reuters. 2011; «Régimen jurídico administrativo de la eficiencia energética en la edificación», en el libro colectivo *Estudios sobre Derecho de la edificación*, (Dir.: Ana Cañizares Laso), Ed. Civitas, S.A., Madrid, 2010; «Régimen jurídico de la eficiencia y el ahorro energético», en la *Revista Jurídica de Navarra* n.º 50, 2010.
- LÓPEZ SAKO, M. J.: «Las energías renovables en la lucha contra el cambio climático», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental* n.º 16, 2009.
- MARGARIT I ROSET, J.: «La eficiencia energética y las energías renovables: ¿dos caras de la misma moneda?», en la obra colectiva *Tratado de Energías Renovables*, Ed. Aranzadi, Thomson-Reuters, Navarra, 2010.
- MELLADO RUÍZ, L., «Estudio preliminar. La nueva Directiva 2012/27/UE, de 25 de octubre, relativa a la eficiencia energética (entre el equilibrio funcional y la regulación inteligente) y el renovado enfoque de sostenibilidad urbana de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», en *Eficiencia energética y Derecho* (Dir.: García Rubio, F. y Mellado Ruíz, L.), Ed. Dykinson, S.L., Madrid, 2013.
- MENÉNDEZ REXACH, A., «La certificación de eficiencia energética de los edificios: naturaleza, procedimiento y efectos», en *Estudos de Direito da Energia* (Org. Tavares da Silva), Instituto Jurídico, Universidade de Coimbra, 2014.
- MEUNIER, FRANCIS: *Domestiquer l'effet de serre. Énergies et Changement Climatique*, 2.ª ed, Dunod, 2008.
- MORA RUÍZ, M.: «La ordenación jurídico-administrativa de las energías renovables como pieza clave en la lucha contra el cambio climático: ¿un sector en crisis?», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, 17 de febrero de 2014.
- MUÑOZMACHADO, S.: «Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia», en *Derecho de la Regulación III. Sector Energético*, Ed. Iustel, CNE, 2009.

- ORTIZ GARCÍA, M.: «El marco jurídico de la generación distribuida de energía eléctrica: autoconsumo, redes inteligentes y el "derecho al sol"», en *Eficiencia energética y Derecho* (Dir.: García Rubio, F. y Mellado Ruíz, L.), Ed. Dykinson, S.L, Madrid, 2013.
- RAZQUÍN LIZARRAGA, M. M.: «Energía y medio ambiente: marco normativo y aplicación judicial», en *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.º 21, 2012.
- ROSADO PACHECO, S.: «El procedimiento de certificación de la eficiencia energética de los edificios (referencia a la Comunidad Autónoma de Andalucía), en *Eficiencia energética y Derecho*, Dykinson, S.L., Madrid, 2013.
- SÁNCHEZ FORNIÉ, M.A., et al.: «Gestión de la demanda, generación distribuida y redes inteligentes», en la obra colectiva *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico, T.II, Aspectos económicos*, Ed, Thomson-Aranzadi, Iberdrola, Navarra, 2009.
- VVAA: «Generación distribuida: viabilidad de las instalaciones fotovoltaicas con el futuro Real Decreto del Balance Neto», en *Era Solar: Energías Renovables* n.º 171, 2012.
- VVAA: «Gestión de la demanda, generación distribuida y redes inteligentes», en *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico*, Ed, Thomson-Aranzadi, Iberdrola, Navarra, 2009.

Trabajo recibido el 19 de julio de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Sektore Elektrikoaren Legearen 9. artikulua autokontsumo elektriko arautzeko duen modu berritzailea aztertzen du lan honek, eta hori garatzeko aukera ematen duten egungo erregelamendu-arauekin lotzen du hori, gaia garatzeko iragarritako erregelamendua onartu bitartean. Agerian uzten du lotura berezia dagoela elektrizitatea sortzeko/kontsumitzeko eredu honen eta energia berriztagarrien erabileraren artean, Europar Batasuneko araudiak xedatutakoaren esparruan.

Bereziki aztertzen da autokontsumoari ezartzen zaion araubide ekonomiko polemikoa, «laguntza-bidesaria» delakoa ordaintzeko behararekin. Bestalde, energiaren eta lehiaren arautzaile nazionalak, egun Merkatuen eta Lehiaren Batzorde Nazionala denak, horren kontra ezarritako doktrina ere azaltzen da. Bukatzeko, autokontsumo elektrikoan eragiten duten inplikazio energetikoak, ingurumenekoak eta hirigintzakoak ere azaltzen ditugu, eta hori ezartzen eta garatzen lagunduko duten araudi integratuko proposamen batzuk aipatzen.

**HITZ GAKOAK:** Autokontsumo elektriko. «Laguntza-bidesaria». Energia-eraginkortasuna eta -aurrezte.

**RESUMEN:** Este estudio analiza la novedosa regulación del autoconsumo eléctrico que realiza el art. 9 de la Ley del Sector Eléctrico, poniéndola en relación con la actual regulación reglamentaria que permite su desarrollo, a la espera de la aprobación del anunciado reglamento de desarrollo de la materia. Se muestra la especial vinculación entre este modelo de generación/consumo eléctrico y la utilización de fuentes de energías renovables, en el marco de lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea.

Especial atención se presta al controvertido régimen económico a que se sujeta el autoconsumo, con el pago del llamado «peaje de respaldo»; y la doctrina contraria al mismo sentada por el regulador nacional de la energía y de la competencia, hoy Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia. Para concluir exponemos las implicaciones energéticas, ambientales y urbanísticas que inciden en el autoconsumo eléctrico, con referencia a algunas propuestas de regulación integrada de la materia que permitan fomentar su implantación y desarrollo.

**PALABRAS CLAVE:** Autoconsumo eléctrico. «Peaje de respaldo». Eficiencia y ahorro energético.

**ABSTRACT:** This study analyzes the new regulation about the electric self-supply set forth by article 9 of the Electric sector Act linking it to the current regulatory regulation which allows its implementation, waiting to the passing of the announced implementing regulation of the subject. It shows the special correlation between this model of electric supply and the use of sources of renewable energies in the framework of the normative set by the European Union. Special attention is given to the controversial economic regime to which self supply is bound, with the payment of the back up toll; and the doctrine opposed to it established by the national regulator of energy and competition. To conclude we show the energy, environmental and urban implications that have an impact over the electric self supply with reference to some proposals for an integrated regulation in this area that allow the promotion of its introduction and development.

**KEYWORDS:** Electric self supply. Back up toll. Efficiency and energy saving





# La retasación por caducidad del justiprecio de la expropiación (enfoque jurisprudencial práctico)

Santiago González-Varas Ibáñez

**Sumario:** I. Regulación.—II. La retasación como garantía del expropiado.—III. Plazo de cuatro años independientemente de la interposición de recurso.—IV. Incidencias en cuanto al pago.—V. ¿Renuncia a la retasación por el hecho de cobrar el justiprecio?—VI. Recapitulación.—VII. Procedimiento para la retasación.

## I. Regulación

La retasación por caducidad del justiprecio de la expropiación se regula en el artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, que señala: si transcurrieran cuatro años sin que el pago de la cantidad fijada como justo precio se haga efectivo o se consigne, habrá de procederse a evaluar de nuevo las cosas o derechos objeto de expropiación, con arreglo a los preceptos contenidos en el Capítulo III del presente Título. Una vez efectuado el pago o realizada la consignación, aunque haya trascurrido el plazo de cuatro años, no procederá el derecho a la retasación.

Este artículo 58 fue modificado, con efectos de 1 de enero de 2013 y vigencia indefinida, por el apartado tres de la disposición final segunda de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, afectando sobre todo la modificación al plazo que ha de transcurrir para que proceda el derecho a la retasación, que venía siendo de dos años y ha pasado a ser de cuatro años.

## II. La retasación como garantía del expropiado

Dicho precepto ha sido interpretado reiteradamente por el Tribunal Supremo (por todas, STS de 7 de junio de 2006, RJ 3098 y STS de 26 de septiembre de 2011, RJ 7219) en el sentido de considerar la institución de la *retasación como una garantía* del procedimiento expropiatorio a favor del expropiado, ante la demora en la efectividad o pago del justiprecio, con la finalidad de que el mismo sea adecuado a la realidad patrimonial que se entiende afectada por el transcurso de dicho plazo y que exige una nueva valoración de los bienes y derechos expropiados; de modo que no constituye un instrumento sancionador para la Administración a causa de su inactividad (STS de 3 de noviembre de 1993, RJ 8184), siendo claro que lo tutelado es la lesión del expropiado consistente en no haber recibido el justiprecio señalado en dicho plazo, con in-

dependencia de la causa de la demora, tanto si ésta es debida a la mera inactividad administrativa como a la equivocación o error al pagar a otra persona, ...».

En el mismo sentido, la STS de 18 de mayo de 2005 señala que «esta Sala viene declarando últimamente, entre otras, en sentencias de dieciocho de abril (RJ 2000, 3362) y treinta y uno de diciembre de dos mil SIC (RJ 2003, 250) —recursos de casación 29/1996 y 8177/1998—, que la figura de la retasación instituida en el artículo 58 en relación con el 35.3 de la Ley de Expropiación Forzosa, como supuesto de caducidad del justiprecio por haber transcurrido más de *dos años* desde que fue fijado administrativamente sin haber sido satisfecho, responde a la necesidad de evitar que el paso del tiempo y la erosión inflacionaria alteren la relación patrimonial existente entre los bienes expropiados y la indemnización establecida como compensación por su pérdida».

Dicha garantía, como señalan las SSTS de 26 de octubre de 1993 (RJ 7203) y 24 de mayo de 1999 (RJ 5071), deriva de la caducidad del justiprecio y exige, para su operatividad la falta de pago o consignación eficaz, además de que transcurra un determinado número de años —en la actualidad, cuatro años— desde que el precio quedó fijado en vía administrativa definitivamente. Como reconocen las SSTS de 21 de febrero de 1991 (RJ 1503), 28 de febrero de 1995 (RJ 1494) y 16 de junio de 1997 (RJ 4688), 20 de septiembre de 2001 (RJ 9174) la retasación supone *una* nueva valoración, no se trata, por tanto, de una mera actualización de valores sino una nueva y propia valoración de los bienes expropiados.

De estas consideraciones generales se desprende que la retasación, como garantía jurídica de que el expropiado percibirá la adecuada compensación por el sacrificio sufrido (SSTS de 31-12-2000 [RJ 6367], 18-5-2005 [RJ 5442]), se anuda al transcurso del referido plazo de caducidad de cuatro años desde la fijación definitiva en vía administrativa del justiprecio sin que se haya procedido al abono o consignación del mismo, mientras que *la demora* en la determinación definitiva del justiprecio en vía jurisdiccional y su pago se atiende mediante el abono de los correspondientes *intereses*, de manera que la retasación se establece como reacción a la demora en el pago o consignación del justiprecio administrativo, no siendo aplicable a la demora que pueda apreciarse en la determinación judicial y definitiva del justiprecio, a cuyo efecto la Ley remite a la vía del abono de intereses y, en su caso, los que deriven de la ejecución del fallo.

### **III. Plazo de cuatro años independientemente de la interposición de recurso**

El Tribunal Supremo ha ido puntualizando, en concordancia con el artículo 35.3 de la misma Ley y el 74 de su Reglamento, que el plazo, ahora de cuatro años, se inicia a partir del momento en que el justiprecio quedó definitivamente fijado en la vía administrativa; sin que dicho plazo, que es propiamente de caducidad, se interrumpa por la interposición de un recurso jurisdiccional; y sin que la resolución de éste suponga efectos enervatorios de dicho plazo; y que los citados artículos, al disponer que transcurrido el plazo que indica el 58 sin que se abone el precio, se da lugar a la retasación, se refiere solo a los acuerdos del Jurado y no a otros y que además al emplear el 35.3 la expresión «caducidad de la valoración», tales normas solo pueden aplicarse a los

acuerdos administrativos que regulan, y no a las disposiciones de las sentencias, cuya normativa no está comprendida en la Ley expropiatoria puesto que su ejecución se rige por sus propias normas (STS de 23 de enero de 2007, RJ 597).

Asimismo, la STS de 19 de enero de 1999 (RJ 1076) recoge que *dicho plazo no se interrumpe* por la interposición de recursos jurisdiccionales: «la pendency de un recurso contencioso-administrativo contra la resolución por la que se fija definitivamente en vía administrativa el justiprecio no es obstáculo al ejercicio del derecho a solicitar la retasación en el plazo legal... esta Sala ha venido admitiendo, al menos implícitamente, que la pendency del recurso Contencioso-Administrativo no obsta al transcurso del plazo para la retasación y no faltan resoluciones que parecen acoger más explícitamente la expresada doctrina. Así sucede con las SSTs de 15 de noviembre de 1978, 17 de noviembre de 1979, 18 de marzo de 1983 (RJ 1983, 1287), 20 de abril de 1985 (RJ 1985, 2174) y —aunque se refiere a esta cuestión en «obiter dicta» o razonamiento complementario y de modo indirecto—, en la STS de 5 de junio de 1997 (RJ 4630).

El artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa contempla el derecho del expropiado a una nueva evaluación de las cosas o derechos objeto de expropiación (retasación), por el mero transcurso de cuatro años sin que el pago de la cantidad fijada como justiprecio se haga efectivo o se consigne, *plazo de caducidad*, cuyo cómputo se inicia con la fecha del acuerdo del Jurado de Expropiación Forzosa fijando el justiprecio, como señala el artículo 35.3 de la dicha LEF y declara abundante jurisprudencia (SSTs 8-10-99 [RJ 8664], 4-5-2004 [RJ 5440], 18-5-2005 [RJ 5442]).

Por lo tanto, la existencia de recurso contencioso-administrativo sobre el justiprecio fijado por el Jurado no impide que continúe el plazo de caducidad establecido para dar lugar al derecho de retasación, que sólo se interrumpe por el pago o consignación del mismo.

#### IV. Incidencias en cuanto al pago

Primeramente, la *consignación y el pago* a que se refiere el artículo 58 se encuentra prevista específicamente en el artículo 50, a cuyo tenor cuando el propietario rehusare recibir el precio, o cuando existiere cualquier litigio o cuestión entre el interesado y la Administración, se consignará el justiprecio por la cantidad que sea objeto de discordia en la Caja General del Depósitos a disposición de la autoridad o Tribunal competente; pero, en todo caso, el expropiado tendrá derecho a que se le entregue, aunque haya litigio o recurso pendiente, la indemnización hasta el límite en que exista conformidad entre aquel y la Administración.

Pero, como ya se ha venido señalando en los apartados anteriores, y habida cuenta que el pago o consignación del justiprecio elimina el derecho a la retasación, las diversas incidencias en relación con ese pago o consignación y su impugnación jurisdiccional afectan de forma directa a la existencia misma o no del derecho a la retasación. Por ello, además de los supuestos o incidencias que ya se han analizado en los apartados anteriores, conviene conocer, y por ello se pone de manifiesto a continuación, diferentes supuestos o situaciones en relación con el pago y el derecho a la retasación.

En cuanto al *alcance del pago*, ha de atenderse a la ejecutividad de los acuerdos del Jurado que, como señala la STS de 30 de enero de 2001 (RJ 646), son actos que

no requieren operaciones de ejecución sino que se agotan en su propia función tasadora y cuya ejecutividad se concreta en los efectos que la legislación de expropiación forzosa hace derivar de los mismos, de manera que, una vez determinado por el Jurado de Expropiación, el justiprecio debe ser pagado por el beneficiario de la expropiación, según disponen los artículos 48.1 y 52.7 de la LEF.

Ello ha de ponerse en relación con la delimitación efectuada en el artículo 50.2 según el cual, el expropiado tiene derecho a que se le entregue, aunque exista litigio o recurso pendiente, la indemnización hasta el *límite* en que exista conformidad entre aquél y la Administración; a tal efecto los tribunales tienen declarado que: «es claro, que la denominada indemnización por el citado precepto, es pues una parte del justiprecio, toda vez que las hojas de aprecio formuladas por las partes de la expropiación, constituyen respectivamente los límites mínimo y máximo de la definitiva cuantificación del justo precio. El límite mínimo, pues, es una cantidad necesariamente integrada en el justiprecio, y que como tal ha de recibir el tratamiento jurídico propio, regulador del pago del justiprecio, entre cuya normativa, precisamente, como ya hemos visto el artículo 50.2 de la Ley de Expropiación Forzosa, permite y autoriza ese pago adelantado».

A esa delimitación se refiere la citada STS de 30 de enero de 2001, señalando que si el expropiado, el beneficiario o la Administración recurren en sede jurisdiccional el acuerdo del Jurado, el expropiado únicamente puede exigir el abono de la cantidad concurrente y, en su momento, el abono de los intereses sobre la cantidad que resulte definitivamente fijada en vía jurisdiccional, recogiendo así la doctrina de la STS de 25 de enero de 2001 (RJ 644), según la cual, «hemos de precisar que si bien el acto de fijación del justiprecio es ejecutivo, su ejecutividad se concreta en los efectos que la legislación de expropiación forzosa hace derivar del mismo, caso de que el beneficiario de la expropiación interponga recurso contencioso contra el mismo, dichos efectos son el pago al expropiado de la cantidad concurrente, artículo 50.2 y el abono de los intereses establecidos en los artículos 52, 56 y 57 sobre la cantidad que resulte definitivamente fijada en vía jurisdiccional menos la efectivamente pagada. No alcanza por tanto la ejecutividad del acto recurrido al pago del total del justiprecio establecido en la resolución administrativa objeto de recurso contencioso, tal abono únicamente procederá si el beneficiario así lo decide de forma voluntaria a fin de liberarse del abono de los intereses establecido en los artículos 52, 56 y 57 a que nos hemos referido».

Es decir, que *la caducidad del justiprecio viene referida al determinado en vía administrativa y no al resultante de su revisión jurisdiccional*, lo que significa que si el justiprecio administrativo se abona o consigna en plazo, la caducidad no se produce y la revisión jurisdiccional opera sobre un justiprecio no caducado y por lo tanto plenamente válido a los efectos de extinguir la obligación indemnizatoria derivada de la expropiación, de manera que la demora en la ejecución de lo resuelto en la correspondiente sentencia dará lugar a las consecuencias propias de toda ejecución de sentencia, pero no supone propiciar una eventual caducidad, que solo viene establecida por la ley en relación con la demora en el pago del justiprecio determinado administrativamente.

Y si se produce la caducidad del justiprecio determinado en vía administrativa, la revisión jurisdiccional del mismo no altera su condición de justiprecio caducado, y por lo tanto, el abono del mismo tras la revisión judicial no produce efectos distintos, en cuanto a la obligación de indemnizar, al pago anterior a dicha revisión. Por otra parte,

que el pago se sujete a la reglas de ejecución de sentencia, no impide hacer valer, en su caso, la reserva de derechos, como la retasación, que no resultan afectados por la misma ni han sido objeto de debate en el proceso en el que se dicta.

## V. ¿Renuncia a la retasación por el hecho de cobrar el justiprecio?

De acuerdo con la STS de 26 de septiembre de 2011, RJ 7219, tampoco obsta al ejercicio del derecho a la retasación el que se haya hecho efectivo o consignado el justiprecio una vez transcurrido el plazo de caducidad fijado en el artículo 58 de la LEF, salvo que el expropiado manifieste de modo inequívoco su voluntad de renunciar a dicho derecho o que reciba el pago mostrando su conformidad con el «quantum» y sin hacer reserva o protesta alguna al respecto, según jurisprudencia a la que se refiere la STS de 7 de febrero de 2002, RJ 5059, cuando señala que «en este sentido ha de recordarse la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 2 de junio de 1984, 22 de junio de 1991, 14 de noviembre de 1995 y 14 de junio de 1997), según las cuales, *el pago posterior a los dos años de la fijación del justiprecio no es obstáculo para que proceda la retasación*, si se ha solicitado la misma con anterioridad a dicho pago. De ello se deduce que la solicitud de retasación no puede quedar enervada por el sólo hecho de admitir el pago del precio fijado administrativamente. Sólo la aceptación del pago sin reservas excluye el derecho de retasación, no siendo admisible, por el contrario, la retasación cuando actos propios del expropiado manifiestan una acomodación al «quantum» de la indemnización».

El derecho a la retasación se puede ver perjudicado en casos de abono extemporáneo del justiprecio caducado, cuando la actitud del expropiado al recibir dicho justiprecio sea de *aceptación del quantum compensatorio*. Pero, pedida la retasación con anterioridad a percibir la totalidad del justiprecio, no es aplicable la doctrina jurisprudencial de los actos propios para denegarla, sin que el cobro, en este caso, precise de reserva alguna al haberse previamente interesado aquélla (STS de 3 de junio de 2000 RJ 5986).

A ello debe añadirse, como también reconoce la STS de 11 de noviembre de 1985 (RJ 5456), que *no enerva el derecho de retasación la existencia de pagos parciales*, pues el pago, de acuerdo con lo establecido en el artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa, para ser liberatorio, en los términos establecidos en los artículos 1156 y 1157 del Código Civil, ha de ser total y, al no ser así, la retasación ha de alcanzar a la totalidad de los bienes o derechos objeto de la expropiación sin que sea admisible practicarse una liquidación y retasar la diferencia así como tampoco puede admitirse que el hecho de que el expropiado se aquietara en orden a la fijación de la indemnización establecida en su día por el Jurado Provincial de Expropiación Forzosa, no puede ser ahora objeto de retasación por el transcurso de plazo objeto de nueva valoración, ya que este instituto de retasación es de aplicación tanto a las valoraciones aceptadas hechas en vía administrativa como jurisdiccional, siempre que transcurrieren cuatro años sin que el pago de la cantidad fijada de común acuerdo en vía administrativa o judicial, como justo precio, se haga efectiva o se consigne.

Y, como señala la STS de 3 de junio de 2000 RJ 5986, la *puesta a disposición* del propietario en una cuenta municipal de la cantidad aún no percibida del justiprecio *no tiene la eficacia liberatoria del pago*, ya que solamente la consignación en tiempo

y forma de dicha suma, aun en el supuesto de que el propietario hubiese rehusado recibirla, impediría, según lo dispuesto concordadamente por los artículos 50.1 y 58 de la Ley de Expropiación Forzosa, la retasación, lo que resulta lógico dada su finalidad de evitar demoras en el pago del justiprecio, sin que la comunicación al propietario de tener a su disposición en una cuenta, de la que es titular la propia Administración obligada al pago, sea equivalente al pago o a la consignación previstos en los citados preceptos.

Por tanto, el derecho al abono del justiprecio establecido por el Jurado, viene delimitado por la Ley en los términos antes expuestos, que resultan del artículo 50.2 y la jurisprudencia que lo interpreta, concretándose a la cantidad concurrente, mientras que la parte del mismo objeto de discordia debe ser consignada (STS de 26 de septiembre de 2011 RJ 7219). Por su parte el artículo 51.2 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa, aprobado por Decreto de 26 de abril de 1957, establece que será objeto de consignación la cantidad a que ascienda el justo precio o la parte del mismo objeto de discordia, según los casos.

## VI. Recapitulación

Desde estos planteamientos generales, que se reflejan en distintas sentencias del TS, puede llegarse a las siguientes consideraciones:

- El hecho determinante del nacimiento del derecho a la retasación por la causa que venimos examinando viene constituido por la *caducidad del justiprecio* fijado por el Jurado, en razón del transcurso del plazo de cuatro años establecido en el artículo 58, por la Ley de Expropiación Forzosa.
- El *fundamento* de dicha caducidad, según la jurisprudencia, es la necesidad de evitar que el paso del tiempo y la erosión inflacionaria alteren la relación patrimonial existente entre los bienes expropiados y la indemnización establecida como compensación por su pérdida o, dicho en otras palabras, la apreciación del legislador en el sentido de considerar que, transcurridos cuatro años desde la fijación del justiprecio en vía administrativa, el mismo puede no satisfacer ya la exigencia de abono de una indemnización que se corresponda con el sacrificio patrimonial sufrido por el expropiado y que exige el artículo 33.3 de la Constitución, por lo que se reconoce *ex lege* el derecho del mismo a la determinación de un nuevo justiprecio, conforme a las circunstancias concurrentes al tiempo de la retasación.
- La caducidad del justiprecio opera, como resulta de lo expuesto en relación con el artículo 35.3 de la LEF, sobre la fecha de fijación del mismo en vía administrativa, por lo tanto *al margen de su impugnación en vía jurisdiccional*, cuyo resultado no afecta a la condición de caducado del justiprecio revisado por el órgano judicial, pues no ha de perderse de vista que tal revisión se realiza sobre las circunstancias concurrentes al momento al que viene referido el justiprecio y que es, precisamente, la superación de tales circunstancias por el tiempo transcurrido la que determina la caducidad *ex lege* del justiprecio. Se quiere decir con ello, que el justiprecio que resulta de la revisión jurisdiccional de un justiprecio caducado sigue siendo un justiprecio caducado.

- Ello supone, por lo tanto, que *el pago de dicho justiprecio* inicial, más allá del plazo de cuatro años de caducidad, tenga lugar antes o después de la revisión jurisdiccional, *no produce en principio y por sí solo el efecto extintivo de la obligación de indemnizar* exigida en el artículo 33.3 de la Constitución y regulada en la Ley de Expropiación Forzosa, pues la declaración *ex lege* de caducidad lo priva de la condición de indemnización correspondiente prevista constitucionalmente como contenido de dicha obligación, abriendo simultáneamente el derecho del expropiado a la exigencia de la determinación de un nuevo justiprecio, que es lo que la retasación supone. Dicho de otro modo, el justiprecio caducado ya no representa la indemnización en las condiciones exigidas por la ley como contenido de la obligación derivada de la expropiación y, por lo tanto, su abono y percepción no produce por sí mismo el efecto extintivo de la misma. No está de más señalar al respecto que la ley no exige, como condición para hacer efectiva la retasación, la renuncia al abono del justiprecio caducado, lo que es perfectamente entendible en cuanto supondría una carga para el expropiado que vería retrasada la percepción de cantidad alguna hasta el resultado de la retasación. Por eso con carácter general la solicitud de retasación no puede quedar enervada por el sólo hecho de admitir el pago del precio fijado administrativamente.
- Ello no significa que el ejercicio del derecho de retasación no pueda resultar afectado por las circunstancias en las que se produzca la extemporánea percepción por el expropiado del justiprecio caducado, pero supone, *examinar en cada caso la voluntad* del mismo en relación con el ejercicio de ese derecho, ejercicio del derecho de retasación sujeto a las reglas generales de todo derecho de tal naturaleza, además de las que específicamente establece la legislación sectorial.
- Pues bien, aparte de la prescripción del derecho, que se produce por el transcurso del tiempo establecido legalmente, que es de quince años según el artículo 1964 del Código Civil dado su carácter personal, el ejercicio de la retasación puede verse afectado por las circunstancias en que se acepta el pago del justiprecio caducado, en cuanto medie renuncia expresa o tenga lugar sin reservas, entendiéndose satisfecha la indemnización que le corresponde por la expropiación o cuando actos propios manifiestan una acomodación al «quantum» de la indemnización o, como dice la sentencia de 31 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 250), cuando «del acta de pago o de cualquier otro documento, posterior a la solicitud de la retasación, se *deduzca inequívocamente la voluntad de renunciar a ésta*», es decir, cuando medie un acto de voluntad del expropiado dándose por reparado, con la indemnización recibida, del sacrificio patrimonial que la expropiación le ha supuesto, en cuanto con ello viene a renunciar o excluir la retasación como vía para llegar a dicha reparación patrimonial. Así se pone de manifiesto en numerosas SSTs, ya desde la de 13 de mayo de 1991 (RJ 3891), que cita las más antiguas de 4 de julio de 1979, 26 de diciembre y 18 de marzo de 1983, y que precisamente en un caso de aceptación del pago de las cantidades fijadas jurisdiccionalmente, excluye la retasación en cuanto tal aceptación incluía la *cláusula «indicativa de quedar liquidadas todas las cantidades comprendidas*, por cualquier concepto en la valoración de los bienes expropiados, sin hacer reserva, protesta u objeción alguna, supone una manifes-

tación expresa de voluntad de acomodación del expropiado al quantum de la valoración...»; en el mismo sentido la sentencia de 6 de febrero de 2007 (RJ 727) cuando dice que «lo que enerva el derecho de retasación no es la efectividad o materialización del pago del justiprecio sino la aceptación de dicho pago sin reservas y de plena conformidad en cuanto implica la renuncia a la retasación y por lo tanto su ejercicio con posterioridad a dicha aceptación resulta contrario a sus propios actos». También la sentencia de 8 de abril de 2008 (RJ 2415) anuda la exclusión de la retasación a la voluntad del propio expropiado, que deduce del hecho de que en las actas de pago «no se contiene reserva ni reparo alguno sobre el justiprecio o su subsistencia, e incluso se dan por saldadas y liquidadas las correspondientes obligaciones, manifestando que no tienen nada más que reclamar, lo que constituye una inequívoca postura ante la liquidación del justiprecio que no puede contradecirse con la posterior solicitud de fijación de un nuevo justiprecio, que es lo que en definitiva se persigue con la retasación».

- Es claro, por lo tanto, que de acuerdo con la jurisprudencia, para que el pago del precio caducado, ya tenga lugar antes o después de la revisión jurisdiccional, *excluya el derecho a la retasación*, no basta con la mero pago y percepción del mismo sino que es preciso que de las manifestaciones o actitud del expropiado se desprenda su voluntad de considerar satisfecha de esa forma su derecho a la indemnización que le corresponde, según la ley, por el sacrificio patrimonial que la expropiación le ha supuesto, reflejando *una voluntad de renuncia* o la realización de actos propios contrarios a la retasación.
- Por lo demás, la valoración de la voluntad del expropiado por parte del Tribunal dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso. Así, habiendo mediado ya la solicitud de retasación cuando se recibe el justiprecio caducado, existe una voluntad previa del expropiado de acudir a la determinación de un nuevo justiprecio, por lo que *para excluir la retasación habrá de producirse una renuncia expresa o por hechos inequívocos*, mientras que a falta de esa solicitud previa al pago, bastarán fórmulas de aceptación del pago en la condición de satisfacción total de la indemnización debida por la expropiación para concluir en la voluntad del expropiado de excluir la retasación, que por lo tanto no podrá ejercitarse posteriormente.

## VII. Procedimiento para la retasación

Por lo que respecta al *procedimiento para la retasación*, según la STS de 26 de septiembre de 2011, RJ 7219, cuando se inicia el procedimiento de retasación, que según dispone el artículo 74 del Reglamento de la Ley de Expropiación Forzosa se produce a instancia del expropiado, y aun cuando tal solicitud vaya acompañada de la correspondiente hoja de aprecio, la primera decisión que debe adoptar la Administración expropiante, a la cual se dirige la solicitud, es la procedencia o no de la retasación, pues solo entonces tiene sentido la realización de la nueva valoración pretendida y, por lo tanto continuar con el procedimiento de justiprecio según los trámites previstos en el capítulo III del título II, y es en esta fase de justiprecio donde interviene, en su



caso, es decir, cuando exista discrepancia entre las partes, el Jurado de Expropiación como órgano administrativo de resolución de tal discrepancia valorativa. Es claro, pues, que la remisión al procedimiento de fijación del justiprecio y eventual intervención del Jurado de Expropiación, ha de ir precedida de la estimación de la solicitud de retasación formulada, que se dirige a la Administración expropiante y que como tal ha de examinar si concurren los requisitos establecidos al efecto y resolver en consecuencia, como dispone el artículo 89 de la LRJPAC 30/1992.

Trabajo recibido el 13 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Artikulu honetan, jurisprudentzia-azterketa oinarri hartuta, desjabetzearen birtasazioaren instituzioa aztertzen da, desjabetuaren aldeko berme gisa desjabetze-prozeduraren baitan, administrazioak zehaztutako prezio justuaren ordainketa edo eragina atzeratzen denerako. Halaber, birtasaziorari buruzko arauak aztertzen dira, honako hauek ardatz hartuta: epearen zenbaketa, ordainketa, birtasazioa onartzeko edo ez onartzeko aukera prezio justua kobratu ondoren, eta birtasazioa egiteko prozedura.

**HITZ GAKOAK:** Desjabetzearen xede diren gauza edo eskubideen ebaluazio berria. Prezio justuaren iraungipena. Desjabetuaren bermea. Konpentsazio-quantuma onartzea. Birtasaziorako prozedura.

**RESUMEN:** En el presente artículo se examina, a partir de un estudio eminentemente jurisprudencial, la institución de la retasación de la expropiación por caducidad del justiprecio como una garantía del procedimiento expropiatorio a favor del expropiado ante la demora en la efectividad o pago del justiprecio fijado administrativamente y su regulación, con un análisis asimismo de posibles incidencias en cuanto al cómputo del plazo y en cuanto al pago, la renuncia o no a la retasación por el hecho de cobrar el justiprecio y el procedimiento para efectuar la retasación.

**PALABRAS CLAVE:** Nueva evaluación de las cosas o derechos objeto de expropiación. Caducidad del justiprecio. Garantía del expropiado. Aceptación del quantum compensatorio. Procedimiento para la retasación.

**ABSTRACT:** This present work analyses from an eminently caselaw study the institution of the re-evaluation of expropriation as a guarantee of the expropriation procedure in favour of the expropriated due to the delay in the effectiveness or payment of the fixed true value by the administration and its regulation with also an analysis of the feasible influences regarding the deadlines and payment, renunciation or not to a re-evaluation for having collected the true value and the procedure to carry out the re-evaluation.

**KEYWORDS:** New appraisal of goods and rights in an expropriation. Expiration of the true value. Guarantee for the expropriated. Acceptance of the compensatory quantum. Procedure for the re-evaluation.

# Las paradojas del derecho de retasación en las expropiaciones de las entidades locales o con beneficiario privado

Alejandro Huergo Lora

**Sumario:** I. Introducción.—II. El fundamento de la retasación. Su relación con los intereses de demora.—III. El alcance de la reforma introducida por la ley 17/2012, de 27 de diciembre.—IV. Los requisitos del nacimiento del derecho a la retasación. En particular, la consignación.—V. Consignación y retasación en caso de impugnación del justiprecio por parte del sujeto obligado a su pago.

## I. Introducción

El derecho de retasación<sup>(1)</sup> constituye la segunda línea de las garantías del expropiado frente a la demora en el pago del justiprecio dispuestas por la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, tras los intereses de demora del artículo 56. Surgido como una creación jurisprudencial y del Consejo de Estado (difícilmente imaginable hoy en día) en vísperas de la aprobación de la Ley,<sup>(2)</sup> pasó inmediatamente a ésta y

---

(1) No existen demasiados estudios monográficos sobre la retasación, destacando el de A. PÉREZ MORENO, «La retasación de los bienes expropiados», *RAP*, 56 (1971), pp. 57-86. Como siempre, son valiosísimas las reflexiones de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, IEP, Madrid, 1956, p. 122, texto y nota 115, que en este caso dan cuenta de los antecedentes de la figura en un dictamen del Consejo de Estado y en la posterior sentencia del TS (contencioso-administrativo) 3 de enero de 1953 (RJ 102). Como veremos, el profesor García de Enterría se manifestó después decepcionado con la aplicación práctica de la institución, al considerar poco operativo que la demora se corrigiera con una vuelta al comienzo del procedimiento de retasación. Otros de los trabajos publicados están centrados en temas concretos de aplicación de la figura: J. BERMÉJO VERA, «A propósito de la retasación expropiatoria y el cómputo del plazo que la legitima», *REDA*, 5 (1975), pp. 189-202 (sobre la posibilidad de solicitar la retasación cuando la Administración no abona en el plazo de dos años el incremento del justiprecio que se haya fijado en sentencia); F. SANZ GANDASEGUI, «La retasación del justiprecio como consecuencia del impago de los intereses legales», *REDA*, 82 (1994), pp. 289-298; J. M. ALEGRE ÁVILA, «Justiprecio expropiatorio y retasación *in peius*. La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2000», *REDA*, 110 (2001), pp. 269-274.

(2) El antecedente inmediato de la regulación legal de la retasación en el artículo 58 de la LEF se encuentra en la sentencia de 3 de enero de 1953 (RJ 102), en un supuesto en el que, fijado el justiprecio en 1929, la Administración dejó transcurrir más de 15 años sin abonarlo «ni ocupar la finca», poniendo el precio a disposición del expropiado en 1945. La sentencia comienza reconstruyendo la expropiación forzosa en términos similares a los de la antigua teoría del Fisco, distinguiendo entre el acto de autoridad que ordena la expropiación y la obligación, de él derivada, de indemnizar al expropiado: «al surgir colisión entre el mero servicio individual a favor del propietario, y la necesidad de ella para el bien común, se haga prosperar éste, reservando facultades discrecionales en estos casos a la Administración General para la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación, en cuyos casos la Administración no despoja al particular de su propiedad, sino que le impone la transformación mediante la entrega en equivalencia de su valor dinerario —justiprecio— y este intercambio obligatorio de la cosa por el precio fue causa de que en la sistemática de nuestro Código Civil (artículo 1436) se conceptuase a la expropiación forzosa como una

se ha convertido en una figura tachada con frecuencia de poco útil<sup>(3)</sup> y a la vez causante de numerosos litigios, habida cuenta de las muchas dudas que plantea su lacónica regulación, a la que los interesados han dado muchas vueltas en los casos (no muy abundantes, pero desde luego suficientes), en los que la retasación puede suponer una jugosa ganancia para el expropiado.

En este breve trabajo, que no puede ser un estudio general de la figura, se analizará en primer lugar su fundamento, que arroja algunas pistas sobre su interpretación a la vez que explica su relativo declive. A continuación se examinará brevemente el alcance de la reforma introducida por la Ley de 27 de diciembre de 2012, para pasar después al objeto principal del artículo, centrado en los paradójicos (por no decir absurdos) resultados que su aplicación práctica arroja en aquellos casos en que el sujeto obligado al pago del justiprecio lo impugna ante la jurisdicción contencioso-administrativa, supuestos que hoy, tras la entrada en juego de los Jurados autonómicos de expropiación, se limitan a las expropiaciones de las entidades locales y a aquellas en que interviene un beneficiario privado.

## II. El fundamento de la retasación. Su relación con los intereses de demora

La doctrina y la jurisprudencia entienden que la retasación es un mecanismo establecido en defensa del expropiado para evitar que reciba un justiprecio que ya no cubre el valor del bien del que ha sido privado. Se ha destacado que el mecanismo resulta escasamente útil, al remitir a un nuevo procedimiento de valoración del bien que con frecuencia es tan lento y frustrante como el primero. Sin embargo, en épocas de incrementos sostenidos de los precios de los activos inmobiliarios el derecho de retasación puede ser muy lucrativo para los expropiados y convertirse en una espada de Damocles para la Administración. (4)

---

subespecie del contrato de compraventa de legislación especial». A partir de aquí, y del hecho de que el importe de la indemnización, si podía tener una correlación con el valor del bien expropiado en 1929, ya no la tenía en modo alguno en 1945, la sentencia aplica directamente la jurisprudencia sobre el cumplimiento de los contratos y la cláusula *rebus sic stantibus*, invocando también el precedente del acogimiento de la revisión de precios, para ordenar a la Administración que proceda a una nueva tasación del bien. Con anterioridad a esta sentencia se había pronunciado en el mismo sentido el Consejo de Estado en su dictamen 3095, de 10 de diciembre de 1947, transcrito y comentado J. L. VILLAR PALASÍ, en «Un dictamen del Consejo de Estado sobre aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* en un supuesto de expropiación forzosa», *Anuario de Derecho Civil*, 1948 (I), pp. 543-554. Sobre los antecedentes históricos A. PÉREZ MORENO, «La retasación de los bienes expropiados», *RAP*, 56 (1971), pp. 60-65.

(3) Por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 2013 (13.ª ed.), p. 330. La tesis de la escasa utilidad de la retasación ya era moneda común con anterioridad como recoge A. PÉREZ MORENO, «La retasación», *op. cit.*, p. 60.

(4) Un ejemplo práctico se vive desde hace más de diez años en la ciudad de Oviedo a propósito del asunto conocido como «Villa Magdalena», que es una finca con un palacete de principios del siglo xx, de ubicación bastante céntrica. El Plan General preveía el paso del edificio y la finca a manos públicas y su dedicación a usos culturales, sin aprovechamiento lucrativo. En al menos otros cuatro casos similares de antiguos palacetes ahora rodeados de edificios de pisos (es decir, en los escasos supuestos en que no se optó por la demolición pura y simple), el Ayuntamiento llegó a acuerdos con la propiedad para delimitar una unidad de actuación en la que se preveían aprovechamientos lucrativos en la finca (por detrás y/o al lado del edificio), y la cesión del edificio como una de las cargas de la urbanización. En cambio, en este caso, y para salir al paso de acusaciones de connivencia con la propiedad (que planteaba una operación similar a aquéllas), se optó por la expropiación forzosa. El Ayuntamiento confiaba en pagar el valor catastral, pero el Jurado Provincial de Expropiación consideró que los valores habían perdido vigencia por el transcurso de diez años, de modo que, al tratarse de suelo urbano para

Al otorgar al expropiado el derecho a la retasación, el legislador reconoce que el abono de intereses de demora (que constituyen la garantía general frente a la demora en el pago del justiprecio) no constituye una protección suficiente frente a la pérdida de valor del justiprecio como consecuencia de los retrasos en su abono. El justiprecio siempre devenga el interés legal desde que se cumplen seis meses de la iniciación legal del expediente expropiatorio (art. 56 LEF), intereses que se encabalgan con los que se devengan cuando no se paga en el plazo de seis meses desde que es fijado, pero se entiende que ese mecanismo de defensa puede ser insuficiente y por ello se ha establecido legalmente el derecho a la retasación.

A este respecto, es conveniente indicar, desde una perspectiva sistemática, que la figura de la retasación sólo está prevista en la legislación expropiatoria y no en otros campos en los que también se obliga a la Administración a compensar la pérdida de un bien o derecho mediante la entrega de una compensación en dinero, como ocurre en la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, el art. 141.3 LPC dice que la indemnización «se calculará con referencia al día que la lesión efectivamente se produjo, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria». Es decir, no se fija un plazo a partir del cual la demora en el pago obligue a calcular de nuevo la indemnización, sino que la posible demora

---

el que el planeamiento no contemplaba ningún aprovechamiento lucrativo, se aplicaba la norma (artículo 29 de la Ley 6/1998) que dice que el valor a tener en cuenta «será el resultante de la media ponderada de los aprovechamientos, referidos al uso predominante, del polígono fiscal en que, a efectos catastrales, esté incluido el mismo». (Con la legislación anterior, resultante de la Ley de Reforma de 1990, ese valor era de 1 metro construido por cada metro cuadrado de suelo). Al estar la finca en cuestión en pleno casco urbano, rodeada de manzanas con edificación cerrada de siete y ocho alturas, la valoración resultante fijada por el Jurado era altísima y en cierto modo extraña, desde el momento en que se estaba pagando el valor de un «super edificio» que no existía y que no estaba permitido construir. Se estableció un justiprecio de 11 millones de euros del año 1998, a pesar de que constaba que el precio de adquisición de la finca, meses antes de la expropiación, había sido de tres millones. El Ayuntamiento recurrió el justiprecio fijado por el Jurado y sólo consignó la cantidad a que ascendía su hoja de aprecio. Aunque se acordó consignar el justiprecio íntegro, dicho acuerdo no se ejecutó. Cuando el TS, en 2007, confirmó el justiprecio fijado por el Jurado y el Ayuntamiento se disponía a pagarlo, la entidad expropiada solicitó la retasación (mucho después del cumplimiento del plazo de dos años), en un momento que supuso el pico de la «burbuja inmobiliaria», valorando la finca por encima de los 60 millones. El Ayuntamiento discutió la legitimación de la entidad solicitante de la retasación porque no era la misma que había sido expropiada, sino el resultado de una serie de fusiones que habían determinado, a juicio de la Administración, la pérdida del derecho de retasación. La sentencia de uno de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de la ciudad anuló esa resolución que denegaba la legitimación. Estando pendiente el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento, éste y la solicitante de la retasación firmaron un convenio urbanístico, aprobado por el Pleno de la Corporación, por el que se fijaba en una cantidad inferior (unos 28 millones) la valoración del bien expropiado y se preveía su pago en especie mediante la entrega de suelo municipal dotado de aprovechamientos urbanísticos. Una vez anulado por sentencia este convenio, al no haber sido sometido a información pública, el Juzgado que había dictado la primera sentencia (la relativa a la legitimación) ordenó directamente, en ejecución de sentencia, la presentación de la hoja de aprecio municipal y la continuación del procedimiento de retasación. Tras la intervención del Jurado (autonómico), se ha dictado recientemente una sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias que fija la segunda valoración en 22,5 millones de euros más los intereses. El Ayuntamiento ha anunciado que no va a recurrir en casación, pero la empresa expropiada sí lo ha hecho. De esta cantidad (o de la que finalmente fije el TS) se tendrán que descontar, lógicamente, las cantidades ya abonadas por el Ayuntamiento (el primer justiprecio). Sorprendentemente, la cuestión relativa a si el expropiado tenía o no derecho a la retasación como consecuencia de la no consignación del importe del justiprecio por la Corporación al recurrir el justiprecio en vía contencioso-administrativa, que se abordará en este trabajo, quedó inédita, porque sólo se discutió en sede judicial la legitimación de la entidad solicitante de la retasación.

en el pago se compensa únicamente a través de los intereses de demora, a diferencia de lo que hemos visto en el caso de la expropiación.

Este planteamiento aplicado fuera del ámbito expropiatorio no es del todo correcto como garantía del administrado, porque los intereses de demora de la LGP (es decir, el interés *legal* del dinero, arts. 17.2 y 24 LGP, aplicable también en materia expropiatoria, art. 56 LEF) sólo compensan la ilegítima privación de la rentabilidad ordinaria del dinero, que el acreedor sufre cuando no se le paga en plazo, pero no compensan la depreciación que el principal experimenta como consecuencia de la inflación. Al pagar tarde, la Administración no sólo se ha beneficiado de la rentabilidad obtenida al disponer de ese dinero durante el tiempo de demora (y esto es lo que se compensa mediante el interés legal), sino que también paga *menos*, puesto que el mismo dinero vale menos a medida que pasa el tiempo. (5) Es cierto que ese efecto de envejecimiento del dinero también lo sufre el expropiado tras el cobro del justiprecio, a no ser que lo invierta en algún activo resistente a la inflación, pero precisamente por ello tiene derecho a disponer del dinero cuanto antes, cuando mayor es su valor, máxime porque no ha sido suya, sino de la Administración expropiante, la decisión de trocar el bien expropiado (que normalmente no se deprecia por la inflación), por una cantidad de dinero.

En este sentido, el derecho de retasación tiene como presupuesto económico la convicción, que constituye una auténtica evidencia en una economía inflacionaria como lo era la española tradicionalmente y desde luego antes de la introducción del euro, de que es necesario invertir el justiprecio antes del plazo de dos o cuatro años en algún activo que se revalorice a un ritmo superior al interés legal del dinero porque en otro caso pierde valor a marchas forzadas aunque se perciba el interés legal y se acumule al capital. Precisamente por ello, la introducción de una moneda «fuerte» como el euro y la circunstancia coyuntural de la casi total desaparición de la inflación han provocado que sea menos necesario el derecho de retasación, puesto que ya no se produce ese «envejecimiento» del dinero que le hacía perder valor rápidamente salvo que fuera invertido. (6)

---

(5) Vale la pena recordar el viejo cuento de Stefan Zweig en el que un anciano que se ha quedado ciego, dueño de una valiosísima colección de grabados que para él son invisibles (de ahí el título «la colección invisible», *die unsichtbare Sammlung*), no se entera de que, en medio de la hiperinflación alemana posterior a la I Guerra Mundial, su familia va vendiendo los grabados y sufriendo en sus propias carnes el efecto indicado en el texto, puesto que un mínimo retraso del comprador en el pago del precio convenido le permite hacerse con el grabado por una cantidad ridícula, en la medida en que cualquier precio quedaba convertido en insignificante a los pocos días de ser fijado, a la vista de las galopantes tasas de inflación.

(6) Este fenómeno tal vez sea más profundo de lo que parece y puede que no esté ligado a un fenómeno teóricamente coyuntural como es la deflación. El derecho de retasación es un mecanismo típico de países con una moneda débil propensa a devaluaciones periódicas y a la inflación, como era el caso de la peseta, una moneda en la que no tenía sentido ahorrar puesto que los ahorros perdían valor constantemente sin que esa pérdida fuera compensada por los tipos de interés. Ésa era una de las razones de la inversión en inmuebles (la más accesible al ciudadano medio; las personas más adineradas tenían a su alcance otras formas de inversión e incluso la compra de divisas, fenómeno típico de países con monedas débiles como sucede todavía hoy en Argentina, por ejemplo), que iban ganando valor por encima de la inflación. A ello se añade la escasa tributación sobre los inmuebles y los también bajos gastos de mantenimiento, que los convertían en el producto de inversión por excelencia, mientras que mantener los fondos invertidos en liquidez era ruinoso. Más allá de la crisis, la puesta en funcionamiento del euro (moneda mucho más estable), y el incremento de la tributación sobre los inmuebles y de los gastos de mantenimiento (consecuencia de la crisis fiscal del Estado y de la aplicación de estándares de seguridad o protección del medio ambiente mucho más estrictos), han provocado un cambio profundo que favorece el ahorro financiero en detrimento de los inmuebles y que seguramente está llevando al derecho de retasación al desván de la historia, aunque la experiencia reciente aconseja abstenerse de cualquier clase de predicción económica, especialmente por escrito.

### III. El alcance de la reforma introducida por la Ley 17/2012, de 27 de diciembre

En su redacción original, que estuvo en vigor hasta ser modificada por la Disposición Final 2.<sup>a</sup>, apartado 3, de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013, el art. 58 LEF disponía que «si transcurrieran dos años sin que el pago de la cantidad fijada como justo precio se haga efectivo o se consigne, habrá de procederse a evaluar de nuevo las cosas o derechos objeto de expropiación, con arreglo a los preceptos contenidos en el capítulo III del presente título». El art. 74.1 del REF, no modificado, aclara que «se entenderá por justo precio el fijado administrativamente». (7)

Tras su modificación, el artículo 58 ha pasado a disponer: «Si transcurrieran *cuatro* años sin que el pago de la cantidad fijada como justo precio se haga efectivo o se consigne, habrá de procederse a evaluar de nuevo las cosas o derechos objeto de expropiación, con arreglo a los preceptos contenidos en el Capítulo III del presente Título. *Una vez efectuado el pago o realizada la consignación, aunque haya transcurrido el plazo de cuatro años, no procederá el derecho a la retasación*». La Disposición Final dice que la reforma produce efectos desde el 1 de enero de 2013.

La modificación legal tiene la finalidad de reducir los supuestos en que procede el derecho de retasación, minorando así la carga económica que el mismo supone para el expropiante o el beneficiario de la expropiación. (8)

Al elevarse de dos a cuatro años el plazo exigido para que nazca el derecho de retasación, se reducen los supuestos en que es de aplicación, al excluirse todos aquellos en que el justiprecio sea abonado o consignado más allá del plazo de dos años pero antes de que se cumpla el de cuatro. El plazo de que dispone la Administración expropiante o, en su caso, el beneficiario, para el pago o consignación del justiprecio sin peligro de retasación, ha pasado, en la práctica, de dos a cuatro años. Ante la práctica imposibilidad de forzar judicialmente a la Administración a pagar el justiprecio, las consecuencias del incumplimiento o la demora de dicha obligación son el abono de intereses (a partir de seis meses) y la retasación (cuando pasan cuatro años). (9)

---

(7) Sobre la reforma, *vid.* M. M. CUNILLERA BUSQUETS, «El derecho a la retasación en la doctrina del Tribunal Supremo. Efectos de la modificación operada por la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del estado para 2013, a esta figura», *Actualidad Administrativa*, 2013 (5), pp. 646 y ss.

(8) Hay que entender que en las expropiaciones con beneficiario privado es éste el obligado al pago de la nueva valoración del bien, por aplicación de las reglas generales y porque así hay que interpretar el artículo 5.2, apartado 6.º, del REF, que dice que corresponde al beneficiario «[a]bonar las indemnizaciones de demora que legalmente procedan por retrasos que le sean imputables». En la economía de la LEF, se entiende por indemnizaciones por demora tanto el abono de intereses de demora como el derecho de retasación. Por otro lado, el nacimiento del derecho de retasación siempre es imputable al beneficiario (no al Jurado) porque nada le impide pagar o consignar el justiprecio en el plazo de cuatro años (antes dos) desde su fijación por el Jurado.

(9) La LEF establece un plazo de seis meses para el pago del justiprecio, pero su transcurso no tiene otra consecuencia que el devengo automático de intereses de demora (artículos 48 y 57). Cuando el retraso llega a cuatro años (dos, antes de la reforma), el expropiado puede pedir la retasación. No suele aplicarse en la práctica, aunque seguramente se caminará en esa dirección, la posibilidad de interponer, una vez que transcurra el plazo de seis meses, recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración o contra la denegación presunta de la solicitud de pago del justiprecio, para obtener una sentencia de condena al pago del justiprecio e intentar obtener su ejecución forzosa mediante el embargo y ejecución de bienes de titularidad del obligado al pago que no sean inembargables. No se ha previsto en esta materia un mecanismo ágil para llegar a la fase ejecutiva como el regulado en el artículo 217 del TR de la LCSP.

En cuando al segundo aspecto de la reforma, al excluirse el derecho de retasación en todos aquellos casos en que se haya efectuado el pago o realizado la consignación (aunque haya transcurrido el plazo de cuatro años) también se excluye la retasación en numerosos supuestos de pago tardío. (10) En este sentido, la no previsión de un plazo para el ejercicio del derecho de retasación (siendo aplicable el general de 15 años de 1964, en opinión común), (11) y el hecho de que la segunda valoración tome como referencia la fecha de ejercicio del derecho, y no la fecha en que se cumplan los dos años de la aprobación del justiprecio, podía dar pie a maniobras muy perjudiciales para los intereses públicos en las que el expropiado retrasara «maliciosamente» el ejercicio del derecho, escogiendo el momento más favorable, aprovechando la evolución de los precios. (12) Desde este punto de vista, resultaba perturbador que no se previera ningún mecanismo para que el obligado al pago (Administración expropiante o beneficiario) pudiera, en aquellos supuestos en que advierte que se le ha pasado el plazo, corregir su conducta para, si no impedir el ejercicio del derecho de retasación, al menos cerrar el plazo para su ejercicio, impidiendo que el expropiado pueda disponer de ese arma indefinidamente y utilizarla cuando más le convenga.

¿Cuál es la situación después de la reforma?

Está claro que el expropiado puede ejercer el derecho de retasación desde el momento en que transcurre el plazo legalmente fijado (que antes de la reforma era de dos años y ahora de cuatro). Si el pago se produce *después de presentada la solicitud de retasación*, también parece claro que el derecho de retasación no se extingue aunque después el expropiado cobre el justiprecio. Tendrá que procederse a la retasación y, en caso de que ésta arroje un justiprecio superior, se abonará la diferencia al expropiado. (13) La interpretación contraria, que sostiene que el expropiado tiene que elegir entre cobrar el justiprecio renunciando a la retasación ya instada, o mantener la solicitud de retasación sin cobrar nada hasta que se fije y pague (¿cuándo?) ese nuevo justiprecio, parece injustificada porque supone «castigar» el ejercicio de un derecho legal como es el de retasación, dando pie a cualquier clase de intimidación.

En aquellos casos en que el justiprecio se abona después del transcurso de cuatro años pero sin que el expropiado haya solicitado antes la retasación, caben dos posibilidades: que al cobrar el justiprecio se reserve expresamente el derecho de retasación o que el expropiado no lo haga.

(10) Con anterioridad a la reforma, la jurisprudencia entendía que el expropiado podía solicitar la retasación siempre que no se le hubiera pagado el justiprecio (o consignado) en el plazo de dos años, aun después de cobrar el justiprecio, salvo que se entendiera que con el cobro se había producido una renuncia expresa o tácita al derecho de retasación. *Vid.* M. M. CUNILLERA BUSQUETS, *op. cit.*, p. 3 (de 8). En la práctica lo usual era aceptar el justiprecio haciendo reserva expresa del ejercicio del derecho de retasación, aunque no era preciso presentar la solicitud de retasación antes del cobro. A. PÉREZ MORENO, *op. cit.*, pp. 74-75, era contrario a que el expropiado que cobra, una vez transcurridos los dos años, el justiprecio y *los intereses* pueda pedir la retasación, por entender que el pago de los intereses ya constituye sanción para la demora en el pago.

(11) Recoge dicho plazo la sentencia de 26 de septiembre de 2011 (recurso 5553/2010), incluida entre las dictadas en la expropiación para la ampliación del aeropuerto de Barajas.

(12) Como ha ocurrido en tantos supuestos y singularmente en el aludido en la nota 4.

(13) En contra, M. M. CUNILLERA BUSQUETS, «El derecho a la retasación», *op. cit.*: «si se produce el pago o consignación, ya no procederá la retasación, aunque se hubiera pedido antes, tal como venía estableciéndose en el régimen vigente, de conformidad con la Jurisprudencia».



En este último supuesto (cobro del justiprecio sin reserva del derecho de retasación), es claro que con la reforma de 2012 ya no procede el derecho de retasación, que sencillamente se pierde o no llega a nacer. La situación tampoco era muy diferente con anterioridad a la reforma, porque ya hemos visto que la jurisprudencia solía entender que el cobro del justiprecio sin reserva alguna del derecho de retasación suponía una renuncia tácita al mismo que impedía ejercerlo con posterioridad (14), aunque ciertamente la jurisprudencia más reciente (retasaciones de la T4 de Barajas) había sido muy generosa al entender que ni siquiera la aceptación pura y simple del justiprecio suponía renuncia a solicitar la retasación, lo que tal vez haya sido una de las causas de la reforma (15), aunque también en algunos casos se consideró que había abuso del derecho en el retraso del ejercicio del derecho. (16)

En cuanto a la posibilidad de reservarse expresamente el ejercicio del derecho de retasación en el momento de cobro del justiprecio, para evitar que éste extinga aquél, parece haber sido excluida por la reforma de 2012. El expropiado queda colocado así ante la disyuntiva de cobrar o esperar a la retasación. (17) El expropiado puede pedir la retasación y a continuación cobrar el justiprecio, pero no puede cobrar y ejercer el derecho de retasación cuando más le convenga dentro del plazo de prescripción de 15 años. En cierto modo, lo que ha hecho el legislador es dotar al expropiante/beneficiario de un instrumento que antes se echaba en falta para equilibrar la institución, que le permitiera, en el momento de proceder al pago, aun tardío, del justiprecio, cerrar la posibilidad de que el expropiado solicite la retasación, de forma que no pueda dejar abierta esa posibilidad indefinidamente hasta la prescripción del derecho, buscando el momento más oportuno para hacerlo. (18) Esta idea puede proporcionar un criterio para la interpretación de la nueva regulación.

---

(14) En este sentido, M. M. CUNILLERA BUSQUETS, «El derecho a la retasación», *op. cit.*, pp 2-3 (de 8).

(15) Sobre esas sentencias, ver los comentarios de A. CARRILLO DONAIRE/E. GUICHOT REINA/F. LÓPEZ MENUDO, «Crónicas-VIII Expropiación Forzosa», *Justicia Administrativa*, XIII (2011), 54, pp. 176-181, y XIV (2012), 56, pp. 175-179.

(16) Sentencia de 26 de septiembre de 2011 (recurso 5553/2010), que dice que recibir el justiprecio e incluso su aumento derivado de sentencia, y seguir esperando a ejercer la retasación sólo para elevar el futuro justiprecio, puede dar a lugar a «actitudes especulativas y el ejercicio abusivo del derecho», de modo que admite su rechazo.

(17) Este planteamiento constituye una manifestación más de una forma de actuar «concursal», en la que el acreedor de la Administración se ve abocado a aceptar sacrificios para cobrar «algo» sin más retrasos, que ha comenzado a aplicarse en el Derecho administrativo muy recientemente, por ejemplo con los planes de pago a proveedores, pero que era ajena a nuestro ordenamiento jurídico-administrativo, basado en la idea de que la Administración paga siempre, aunque lo hace cuando quiere.

(18) En este sentido, con anterioridad a la reforma se habían manifestado algunas voces críticas con esa posibilidad de reserva del ejercicio del derecho de retasación que permitía al expropiado retrasarlo, incluso después del cobro del justiprecio, para ejercerlo cuando más le conviniera: «no puede olvidarse que la retasación implica establecer un nuevo justiprecio, conforme a las circunstancias y elementos de valoración concurrentes al tiempo de la solicitud, de manera que la elección de tal momento determina el alcance de la indemnización, que quedaría así a la voluntad de una de las partes de la relación expropiatoria, propiciando actitudes especulativas poco conformes con el carácter objetivo que la legislación de expropiación forzosa establece al momento al que ha de referirse el justiprecio y las consecuencias de la demora en su determinación o abono. Finalmente la situación de pendencia del justiprecio durante el largo plazo de prescripción del derecho a voluntad del expropiado, sin causa que lo justifique, afecta gravemente a la seguridad jurídica y altera sustancialmente los tiempos, referencias y elementos de fijación del justiprecio que la legislación de expropiación forzosa regula como elemento esencial de la institución» (J. A. CARRILLO DONAIRE/E. GUICHOT REINA/F. LÓPEZ MENUDO, crónica de jurisprudencia sobre expropiación forzosa, *Justicia Administrativa*, XIV (2012), 56, pp. 175-179, p. 179).

Por otro lado, ofrece dudas la aplicación temporal de la reforma, cuyos efectos comienzan el 1 de enero de 2013. ¿Se aplica sólo a las expropiaciones posteriores a esa fecha, o más bien a todos los supuestos en que la solicitud de retasación sea posterior a la misma? Todo parece indicar que la voluntad de la norma es precisamente esta última, como se hizo en 1999 con la reforma del derecho de reversión. La vieja regla de que la retasación (como la reversión) son garantías ajenas a la expropiación y por tanto sometidas a la norma vigente en el momento en que se solicitan, no en la fecha de la expropiación, puede servir también aquí para justificar que la retasación se rija por la norma vigente en el momento en que se solicita, no por la vigente en la fecha en que se produce la expropiación, aunque desde luego hay motivos para sostener que, como la retasación es una garantía del pago del justiprecio, debe regirse por la norma vigente en el momento en que éste se fija.

En todo caso, es preciso destacar que la reforma llega en un momento tardío e inoportuno y que se entiende más por consideraciones de principio que por sus efectos reales, desde el momento en que justamente en 2012 habían dejado de producirse los incrementos anuales del precio del suelo que eran precisamente la razón de ser de la retasación y lo que llevaba a los expropiados a solicitarla. Desde hace algunos años no tiene sentido solicitar la retasación porque la valoración de los inmuebles expropiados sería inferior a la de la fecha de la expropiación, al estar bajando desde aproximadamente 2007.(19)

#### **IV. Los requisitos del nacimiento del derecho a la retasación. En particular, la consignación**

Antes de estudiar al problema práctico que se plantea cuando el justiprecio es impugnado en vía contencioso-administrativa por el sujeto obligado al pago, es necesario recordar alguno de los elementos básicos del funcionamiento de esta figura que serán relevantes para el análisis posterior.

Dogmáticamente, se ha dicho que la retasación es la consecuencia de la caducidad del justiprecio, que, si no se abona o consigna en el plazo de dos años (ahora cuatro) desde la fecha en que lo fija el Jurado Provincial de Expropiación, ya no sirve y debe ser calculado nuevamente. Para que evite el nacimiento del derecho de retasación, el pago ha de ser íntegro, si bien no es necesario que incluya los intereses.(20) Conviene advertir que la solicitud de retasación debe ser resuelta por la Administración expropiante, cuyo silencio produce efectos desestimatorios, tras la rectificación por el

(19) Con todo, de acuerdo con sentencias como la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña de 3 de mayo de 2012 (sentencia 346/2012), en el expediente de retasación no se puede fijar un justiprecio inferior al inicial: «debemos estimar parcialmente el recurso anulando la resolución impugnada por determinar en retasación un justiprecio inferior al anterior fijado de manera definitiva por el Tribunal Supremo, al cual tiene derecho el recurrente como mínimo garantizado, y que puede ser percibido con sus correspondientes intereses de demora». Esta sentencia sigue la doctrina de otra anterior de 6 de octubre de 2008 (sentencia 863/2008). Una tesis ésta apuntada ya por J. M. ALEGRE ÁVILA en «Justiprecio expropiatorio y retasación *in peius*», *cit.* Sobre el particular, J. R. FERNÁNDEZ TORRES, *Estudio integral de las expropiaciones urbanísticas*, Aranzadi, 2005, pp. 410 y ss.

(20) En este sentido, con un resumen de la jurisprudencia, M. M. CUNILLERA BUSQUETS, *op. cit.* Sobre la cuestión de los intereses, F. SANZ GANDASEGUI, «La retasación», *op. cit.*

TS de una primera doctrina en el que afirmaba que el silencio producía el efecto de estimar la solicitud de retasación, aunque no la hoja de aprecio del solicitante. (21)

El derecho a la retasación nace «[s]i transcurrieran cuatro años sin que el pago de la cantidad fijada como justo precio se haga efectivo o se consigne». De ahí que, en la expresión habitual, no llega a nacer el derecho de retasación si el sujeto obligado al pago paga el justiprecio o lo consigna antes de que se cumpla dicho plazo. Del mismo modo, tras la reforma de 2012 también está claro que el derecho se extingue si el pago o la consignación se producen después del plazo de cuatro años pero antes de que se solicite la retasación.

Se han suscitado algunas dudas acerca de cómo ha de ser la consignación para impedir la retasación. En este sentido, no basta cualquier consignación, sino que ha de comunicarse al expropiado y ofrecérsele la posibilidad de cobrar el dinero. (22) Así lo tiene dicho la jurisprudencia, como consecuencia de que la retasación es una figura jurídica dirigida directamente a tutelar los intereses económicos del expropiado. (23) Por lo tanto, la consignación que evita la retasación es una consignación equivalente al pago, una consignación que permite al expropiado cobrar inmediatamente el dinero. No se trata ni es suficiente, en cambio, una consignación que sea más bien un *depósito* del justiprecio.

No se trata, por tanto, de la consignación prevista en supuestos de expropiados desconocidos o de bienes litigiosos [art. 50.1 LEF y art. 51.1, letra *b*), del REF y art. 8.2], en los que los fondos no quedan a disposición de nadie concreto, sino del expropiado *cuando aparezca* o de quien venza en el litigio sobre el mejor derecho a su cobro. En el caso del artículo 58 LEF, ha de tratarse de una consignación a disposición del expropiado. La explicación es fácil de entender: un justiprecio que el expropiado no puede cobrar no le sirve de nada y también queda obsoleto en el plazo de cuatro años (antes dos) al igual que el justiprecio no pagado, por mucho que esté consignado.

## V. Consignación y retasación en caso de impugnación del justiprecio por parte del sujeto obligado a su pago

A la luz de las anteriores consideraciones es necesario a continuación examinar el supuesto de que el expropiante o el beneficiario interpongan recurso contencioso-ad-

---

(21) En la sentencia de 9 de diciembre de 2008 (número 6735/2008), la Sala 3.<sup>a</sup> aceptó la aplicación del silencio administrativo positivo a las solicitudes de retasación, aunque limitada al reconocimiento del derecho, sin incluir la estimación de la hoja de aprecio presentada por el solicitante de la retasación. En cambio, la de 1 de octubre de 2012 (sentencia 6435/2012), dictada ya en la línea de la de 28 de febrero de 2007 (recurso 302/2004), aplica el silencio negativo interpretando que la solicitud de retasación forma parte del procedimiento expropiatorio en general, iniciado de oficio.

(22) Entre otras muchas, sentencia del TS de 10 de febrero de 2010 (recurso 5112/2006): «la consignación, para que tenga el carácter liberatorio que le caracteriza, ha de reunir los requisitos y condiciones que se exigen por nuestro Código Civil, de tal forma que se permita al acreedor la incondicional e inmediata disposición de la cantidad constitutiva de la contraprestación de los expropiados». En el mismo sentido, sentencia de 7 de febrero de 2002 (recurso 8944/1997), 14 de marzo de 1994 (recurso 626/1993) o 28 de marzo de 1989 (RJ 2142).

(23) M. M. CUNILLERA BUSQUETS, *op. cit.*

ministrativo contra el acuerdo de fijación del justiprecio. (24) Pese a las previsiones de la LEF, es habitual que la duración total del pleito supere con mucho el plazo de dos años e incluso el de cuatro, de modo que interfiere con la retasación en el sentido de que si el pago del justiprecio se demora hasta la finalización del pleito se superará el plazo previsto en el artículo 58 LEF y el expropiado podrá pedir la retasación. (25)

La jurisprudencia sostiene la regla general de que la interposición de recursos contencioso-administrativos no afecta al derecho a la retasación, de modo que el expropiado puede solicitar la retasación aunque esté pendiente un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo de fijación del justiprecio. (26) Estas sentencias, que tienen como base el argumento de que no se puede penalizar el ejercicio por el expropiado del derecho a la tutela judicial efectiva, no distinguen el supuesto de recurso por el expropiado o recurso por el sujeto obligado al pago (27) y en algunos casos incluso puede decirse que esta regla se aplica contra el expropiado, para impedir que (con la redacción anterior a la reforma) mantuviese indefinidamente abierto hasta el transcurso del plazo de prescripción de 15 años la posibilidad de solicitar la retasación en el momento que más le convenga. (28)

Vamos a ver a continuación cómo se articula la doctrina que ya hemos visto sobre los requisitos que ha de cumplir la consignación para impedir que nazca el derecho de

---

(24) Hago referencia a la impugnación del justiprecio por parte de entidades locales o beneficiarios privados porque, cuando el obligado al pago es la Administración del Estado o una Comunidad Autónoma, el justiprecio lo habrá fijado, normalmente, un Jurado incluido en su propia organización y, como su impugnación requiere la previa declaración de lesividad, resulta muy poco frecuente. Sobre esta cuestión, *vid.* R. BOCANEGRA SIERRA, «Sobre la impugnación por la propia Administración de los acuerdos del jurado provincial de expropiación forzosa», *REDA*, 12 (1977), pp. 153-159, recogiendo la posición hoy perfectamente asentada.

(25) Es de justicia reconocer que en este punto la reforma de 27 de diciembre de 2012 es importante porque, si en el plazo de dos años es prácticamente imposible tramitar un contencioso-administrativo, sobre todo si tiene casación (las resoluciones de los Jurados Provinciales y de los autonómicos son recurribles directamente ante las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los TSJ, de modo que el único recurso contra la primera sentencia es el de casación), en el plazo de cuatro años ya no resulta completamente imposible que finalice el pleito y además el acceso de esta clase de asuntos a la casación se ha dificultado como consecuencia de la elevación del umbral hasta los 600.000 euros, y de la propia limitación de la casación a cuestiones jurídicas.

(26) Por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA/TR. FERNÁNDEZ, *Curso, op. cit.*, vol. II, p. 330, y S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. IV, Iustel, Madrid, 2011, p. 884.

(27) Así, por ejemplo, la sentencia de 19 de enero de 1999 (recurso de casación 4949/1994) con el argumento de que en caso contrario se penalizaría el ejercicio por el expropiado del derecho a la tutela judicial efectiva con la pérdida del derecho a la retasación: «esta Sala entiende que la pendencia de un recurso contencioso-administrativo contra la resolución por la que se fija definitivamente en vía administrativa el justiprecio no es obstáculo al ejercicio del derecho a solicitar la retasación en el plazo legal, al igual que hemos también declarado respecto de la obligación de abono de los intereses legales por demora. Impedir el ejercicio del derecho a solicitar la retasación durante la pendencia del recurso contencioso-administrativo comportaría el establecimiento de una limitación fundada en el ejercicio del derecho a la tutela judicial de carácter injustificado, pues la retasación constituye uno de los medios que se ofrecen al expropiado como garantía que le permite restablecer la integridad de sus derechos en el supuesto de que la Administración demore el pago o la consignación del justiprecio, para cuya realización no es obstáculo alguno la pendencia de un proceso judicial». Nótese que la sentencia no distingue dos casos completamente diferentes, como es la impugnación del justiprecio por el *expropiado* (en cuyo caso sí podría aplicarse el argumento del artículo 24.1 CE) y el de la impugnación por el sujeto obligado al pago.

También recoge la idea de que la impugnación del justiprecio *por el expropiado* no le priva del derecho a solicitar la retasación si se incumple el plazo de dos años la sentencia de 21 de diciembre de 2011 (recurso 5712/2008).

(28) Así ocurre en la sentencia de 26 de septiembre de 2011 (recurso 5553/2010) y en la posterior (de idéntica doctrina) de 5 de marzo de 2012 (recurso 1208/2011).

retasación, con la regulación legal de la consignación y pago del justiprecio durante la pendencia de procesos sobre el mismo, porque en la práctica está sucediendo que el juego conjunto de ambas (o más bien el choque de dos reglas no bien ajustadas) convierte estos procesos en una trampa, de modo que la impugnación del justiprecio por el sujeto obligado al pago, al retrasar el abono del justiprecio en la parte que excede de la hoja de aprecio del impugnante, le aboca a tener que pasar por la retasación si el expropiado la solicita, en lo que constituye, en cierto modo, una «sanción» —que sería inconstitucional— por el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva. (29)

Con carácter general, el pago del justiprecio en los supuestos de existencia de litigios se regula en el art. 50 LEF, que dispone lo siguiente:

«1. Cuando el propietario rehusare recibir el precio o cuando existiere cualquier litigio o cuestión entre el interesado y la Administración, se consignará el justiprecio por la cantidad que sea objeto de discordia en la Caja General de Depósitos, a disposición de la autoridad o Tribunal competente.

2. *El expropiado tendrá derecho a que se le entregue, aunque exista litigio o recurso pendiente, la indemnización hasta el límite en que exista conformidad entre aquél y la Administración, quedando en todo caso subordinada dicha entrega provisional al resultado del litigio».*

Si el recurso contencioso-administrativo lo interpone sólo el expropiado, conformándose con el justiprecio la Administración expropiante y/o el beneficiario, el expropiado tiene derecho a percibir íntegramente el justiprecio sin necesidad de esperar a que se dicte sentencia, puesto que la cantidad fijada por el Jurado, al ser consentida por el sujeto obligado a pagarla (expropiante o beneficiario), constituye un mínimo sobre el que existe conformidad. Si en el plazo de cuatro años desde la fecha del acuerdo del Jurado dicha cantidad no es abonada directamente al beneficiario o consignada a disposición suya, tendrá derecho a solicitar la retasación.

Sin embargo, si el justiprecio es impugnado por la Administración expropiante o por el beneficiario, con la pretensión, obviamente, de rebajarlo hasta la cantidad indicada en su propia hoja de aprecio, «el límite en que existe conformidad entre el expropiado y la Administración» (por utilizar los términos del art. 50.2 LEF) ya no es la cantidad fijada como justiprecio por el Jurado, sino únicamente la cantidad a la que asciende la hoja de aprecio de la Administración expropiante (o del beneficiario, en los casos en que exista). (30) La interposición de un recurso por parte del obligado al pago

---

(29) El problema no es «meramente» académico sino muy práctico, como lo demuestra, por ejemplo, el caso descrito en la nota 4.

(30) En contra, E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso*, II, 13.ª ed., 2013, pp. 325-326, dicen que en el supuesto de «litigio entre las partes en vía contencioso-administrativa sobre la cuantía correcta de dicho justo precio», «ya dijimos más atrás que en este supuesto el artículo 50.2, obliga a efectuar el pago de la cifra fijada por el Jurado, aunque no sea firme, por virtud del principio de ejecutoriedad».

Enérgicamente, estos autores dicen (p. 309): «No obstante, la ejecutoriedad de la decisión del Jurado hace que baste realizar el pago de la cifra por él fijada para que el beneficiario pueda pasar a la ocupación (art. 48), sin perjuicio de lo que ulteriormente pueda determinar el Tribunal contencioso-administrativo; por cierto, que una práctica, absolutamente viciosa, pretende que la referencia del artículo 50.2 LEF (por lo demás, precisa: «hasta el límite en que exista conformidad entre [el expropiado] y la Administración»; ésta no puede ser aquí otra que el Jurado mismo) está permitiendo en caso de discrepancia pagar al beneficiario sólo la cifra

determina que el expropiado sólo tenga derecho a cobrar, durante la pendencia del pleito, la cantidad hasta la que existe acuerdo, inferior a la fijada por el Jurado. Aunque existe una línea jurisprudencial contraria, y buenos argumentos para defenderla, hay que decir que normalmente se refiere a dos cuestiones diferentes: posibilidad de ocupar el bien abonando sólo la cantidad «hasta la que existe conformidad» en las expropiaciones no urgentes, y discusión sobre si la consignación (que no entrega) de la diferencia entre el justiprecio y la hoja de aprecio de la Administración permite eludir el devengo de intereses. Es en ese contexto en el que se ha consolidado esta línea contraria, mientras que en el caso de las expropiaciones urgentes no son tan abundantes las sentencias que digan que el expropiado tiene derecho a cobrar el justiprecio durante la pendencia del pleito.

Es claro que, si se interpreta el artículo 50.2 en ese sentido, la cantidad restante hasta el justiprecio fijado por el Jurado no la va a cobrar el expropiado hasta que se dicte sentencia, por impedirlo el art. 50.2 LEF. Incluso si la Administración consigna esa cantidad, como le ordena el art. 50.1 LEF, dicha consignación no cumplirá los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que consignación enerve el derecho a la retasación, puesto que no se tratará de una consignación a disposición del expropiado.

Nos encontramos, por tanto, con una situación en la que se cumplen los cuatro años del artículo 57 LEF sin que el expropiado haya cobrado el justiprecio ni se haya consignado *a su disposición*, si bien ello no obedece a incumplimiento normativo alguno por parte del obligado a su pago, sino a la pura aplicación del artículo 50.2 LEF. Ante ello se plantean dos preguntas: la falta de cobro de una parte del justiprecio hasta que se dicte sentencia, ¿significa que el expropiado va a tener *siempre* derecho

---

por él propuesta en el aprecio, en tanto resuelve el Tribunal, tesis absurda por todos lados y contra la que los Tribunales, incluso en vía interdictal, debieran de reaccionar con energía». Por tanto, de acuerdo con esta tesis el sujeto obligado al pago debe pagar al expropiado, directamente (o consignar a su plena disposición, no a la de la Administración o Tribunal), todo el justiprecio fijado por el Jurado, y no sólo la cantidad hasta la que existe acuerdo. En caso de el Tribunal estime el recurso y rebaje el justiprecio hasta la hoja de aprecio de la Administración, el expropiado tendría que devolver parte de lo cobrado. El acierto de esta tesis resulta especialmente visible en el caso de las expropiaciones que se tramitan por el procedimiento ordinario (es decir, las que no son «urgentes» ni se tramitan por el procedimiento de tasación conjunta), porque en ellas el pago del justiprecio es requisito de la ocupación y realmente no existe motivo alguno que justifique que el mero hecho de que el obligado al pago haya recurrido, le permita ocupar el bien pagando sólo una parte del justiprecio. En el caso de las expropiaciones urgentes y de las urbanísticas, en las que la ocupación sólo requiere el previo pago de una cantidad distinta del justiprecio, la cuestión tiene otros matices, pasando a un primer plano la cuestión del riesgo de que el expropiado reciba una cantidad que después no vaya a devolver en caso de que se le requiera.

En alguna jurisprudencia parece consolidado la idea de que el art. 50.2 LEF constituye una regla especial frente al principio de ejecutoriedad de los actos administrativos, en cuya virtud cuando el obligado al pago del justiprecio impugna el acuerdo en el que éste se fija, el acto administrativo de fijación queda parcialmente suspendido *ex lege* hasta que recaea sentencia. Una parte de la jurisprudencia entiende que el art. 50.2 sólo obliga a pagar al expropiado el importe de la hoja de aprecio de la Administración, no la cantidad fijada por el Jurado: sentencia de 17 de marzo de 1998 (RJ 2822), y de la Sala de Cataluña de 22 de junio de 2004 (JUR 2004/224669). En el mismo sentido, la sentencia de 20 de octubre de 1993 (RJ 7501) o la de la Audiencia Nacional de 7 de abril de 1997 (recurso 877/1993).

La otra tesis, la que dice que la Administración debe entregar al expropiado el justiprecio fijado por el Jurado *aunque lo impugne*, porque los pleitos a los que se refiere el 50.2 son otros (entre expropiante y expropiado, no entre expropiante/beneficiario y Jurado) la acoge el TS en sentencias de 12 de febrero de 1991 (RJ 1991/1039), 31 de enero de 1994 (RJ 1994/267), 11 de marzo de 2000 (RJ 3054) y 8 de abril de 2000 (RJ 2000/3552), y de la Sala de Asturias de 17 de diciembre de 2003 (sentencia 950/2003).

a la retasación? En caso de que la Administración omita la consignación ordenada en el artículo 50.1, ¿debe ser «castigada» con la retasación, a pesar de que esa consignación, al no hacerse *a disposición del expropiado*, resulta en principio irrelevante a los efectos del artículo 58?

Ante esta situación cabe adoptar varias posturas en relación con el derecho de retasación.

- La primera de ellas consiste en afirmar que el expropiado tiene derecho a la retasación siempre (es decir, con independencia de que se efectúe o no la consignación del 50.1), puesto que, como no se le entrega ni pone a su disposición la parte del justiprecio que excede el valor del aprecio del sujeto obligado al pago, se alcanza el plazo de cuatro años sin que haya cobrado el justiprecio ni éste se haya consignado *a su disposición*. Sólo la entrega del justiprecio íntegro sin esperar a la sentencia (yendo más allá de lo que parece querer decir el artículo 50.2 LEF) impide que nazca el derecho de retasación. Esta tesis es indiscutible siempre que se acepte la posición que sostiene que el artículo 50.2 no se refiere a litigios sobre la cuantía del justiprecio, y que el expropiado tiene derecho a cobrarlo íntegramente aunque lo haya impugnado el obligado al pago.
- La segunda posibilidad consiste en afirmar que sólo la consignación del art. 50.1 (es decir, la consignación del justiprecio *íntegro*, no sólo de la cantidad hasta la que hay acuerdo), cuando se lleva a cabo, enerva el derecho de retasación a pesar de que no le sirve para nada al expropiado. El surgimiento, o no, del derecho a la retasación, depende, en este caso, de que la Administración consigne el justiprecio o no. (31)
- También cabe afirmar (tercera alternativa) que en este caso el art. 50.2 LEF supone una excepción al juego del art. 58, de modo que el expropiado sólo va a percibir el importe del justiprecio *al final del pleito*, sin que ello le atribuya el derecho a la retasación, y sin que sea relevante que la Administración consigne el justiprecio o no, puesto que esa consignación no se hace a su disposición y por tanto es irrelevante a efectos del derecho de retasación.

Parece evidente que la primera opción ha de ser descartada en todo caso *salvo que se parta de la indicada interpretación del artículo 50.2*, puesto que supone una situación sin salida en la que el recurso contencioso-administrativo sobre el importe del justiprecio obliga a la Administración a asumir la retasación siempre que el pleito dure

---

(31) Defiende esta tesis A. PÉREZ MORENO, *op. cit.*, p. 76: «En el caso de que se haya interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la definitiva resolución del Jurado no suspenderá esta circunstancia el cómputo de los dos años. Sin embargo, si la Administración es la recurrente (caso de Ayuntamientos y Provincias o de la Administración del Estado, previa declaración de lesividad del acuerdo del Jurado) y la diferencia entre las valoraciones es notable, puede crearse una difícil situación, en la que la Administración, para no verse frente a una retasación, tendrá que pagar o consignar, en su caso, el justiprecio, que, si es reducido por la sentencia, deberá ser parcialmente reintegrado por el expropiado. Esta dificultad no es, empero, mayor que la que ofrece para los administradores el precepto de que los efectos del acto no los suspende un recurso, y puede ser obviada mediante la consignación». De todas formas, cuando habla de reintegro del justiprecio por el expropiado para referirse, no a la consignación del artículo 50.1, sino a la entrega pura y simple del justiprecio a pesar de su impugnación, es decir, la primera de las tres posiciones expuestas en el texto.

más de cuatro años. (32) El supuesto resulta absurdo porque no tiene sentido pleitear por un justiprecio que, precisamente como consecuencia del pleito, va a caducar y ser sustituido por otro en vía de retasación. Además, la situación se repetiría hasta el infinito, porque volvería a plantearse en la impugnación del justiprecio de la propia retasación. El argumento de la tutela judicial se puede utilizar aquí a favor de la Administración que impugna el justiprecio, puesto que se encuentra con la paradoja de que, si lo recurre, provoca la retasación y la fijación de un nuevo justiprecio, más elevado.

La segunda tesis, que es probablemente la favorita de la jurisprudencia, conduce a un resultado absurdo, que sólo favorece al Ministerio de Hacienda (que se lucra con la rentabilidad producida por las cantidades consignadas), puesto que el derecho a la retasación se encontraría condicionado a una consignación que no beneficia al expropiado, puesto que éste no puede obtener el dinero consignado hasta que se dicte sentencia. (33)

Esta tesis es contradictoria con la abundantísima jurisprudencia, ya citada, que dice que la consignación del justiprecio sólo enerva el derecho a la retasación si se hace ofreciendo al expropiado la posibilidad de cobrar la cantidad consignada.

Esta tesis sólo cobra sentido desde una perspectiva «sancionadora» de la Administración, a la que se castiga por incumplir la obligación —impuesta por el art. 50.1 LEF— de consignar el justiprecio en todo caso, es decir, aunque sea impugnado. Pero ya hemos visto que la retasación no tiene una finalidad sancionadora de la Administración, sino de defensa de los intereses económicos del expropiado. Por ello no basta cualquier consignación para enervar el derecho a la retasación.

---

(32) La sentencia de 10 de febrero de 2010 (recurso 5112/2006) es gráfica en el sentido de mostrar el laberinto en que esta tesis coloca a la Administración: el expropiado sólo tiene derecho a obtener la cantidad hasta la que existe acuerdo y, como sólo la consignación a disposición del expropiado permite enervar la retasación, la misma es casi obligada si el sujeto obligado al pago impugna el justiprecio: «si no se paga el justiprecio, se incurre en morosidad con las consecuencias previstas en los artículos 57 y 58 de la misma Ley, 73 y 74 de su Reglamento. Cuestión distinta es la suma cuya entrega, aún impugnado en sede jurisdiccional el justiprecio, pueda ser exigida por el expropiado, que, como establece el artículo 50.2 de la Ley de Expropiación Forzosa, será el límite en que exista disconformidad (...) la consignación, para que tenga el carácter liberatorio que le caracteriza, ha de reunir los requisitos y condiciones que se exigen por nuestro Código Civil, de tal forma que se permita al acreedor la incondicional e inmediata disposición de la cantidad constitutiva de la contraprestación de los expropiados, y, aquí, en el supuesto que analizamos, tales consignaciones fueron efectuadas, como ya sostuvieron los recurrentes en su escrito fundamental de demanda, cuando ya se habían interpuesto los correspondientes recursos contencioso-administrativos, privándoles con este proceder de que pudieran solicitar o, en su caso, disponer de las cantidades consignadas antes de que transcurriera el plazo de dos años que exige el artículo 58 de la Ley de Expropiación Forzosa, para la viabilidad de la acción retasacional».

(33) Entre las sentencias que dan por hecho que el expropiante o el beneficiario tienen que consignar el justiprecio en el plazo de dos años para evitar la retasación, aun en aquellos casos en que el justiprecio consignado no va a ponerse a disposición del expropiado, está la de 11 de marzo de 2000 (RJ 3054). Expresamente recoge esta tesis la sentencia de 28 de marzo de 1989 (RJ 2142), en la que se desestima la pretensión de retasación porque la Administración había entregado al expropiado la cantidad hasta la que existía acuerdo y haber consignado (no a disposición del expropiado) la cantidad restante hasta el justiprecio: «El no poner a disposición del expropiado la cantidad consignada, es conforme a lo ordenado en el art. 58 de la Ley de Expropiación, al exigir de forma alternativa el pago o la consignación, y lo dispuesto en su art. 50; según éste el expropiado tiene derecho a percibir la cantidad en que estén conformes las partes, pero en la que sea objeto de discordia por cualquier litigio o cuestión entre el interesado y la Administración, no le concede este derecho, sino que la Administración ha de consignarla en la Caja General de Depósitos a disposición de la autoridad o Tribunal competente». En el mismo sentido, sentencia de 2 de abril de 1991 (RJ 1991/3033).



Por ello, parece claramente preferible la tercera tesis, es decir, la que sostiene que cuando el obligado a pagar el justiprecio no es la Administración a la que pertenece el Jurado, e impugna el justiprecio, sólo está obligada a abonar al expropiado el importe de su hoja de aprecio. El resto (es decir, la diferencia entre el justiprecio fijado por el Jurado y esa hoja de aprecio) sólo tendrá que abonarlo cuando se dicte sentencia. (34) Por lo tanto, aunque transcurran cuatro años el expropiado no tendrá derecho de retasación. Todo ello salvo que se acepte que el expropiado tiene siempre derecho a cobrar el justiprecio íntegro aunque lo recurra el obligado al pago, en cuyo caso la única forma de evitar la retasación es el abono (que no consignación) del justiprecio.

Es cierto que, si aceptamos esta posición, la impugnación del justiprecio produce el efecto de enervar el derecho de retasación en el sentido y hasta el punto que hemos indicado. Ello sería contradictorio con esa también abundante jurisprudencia que dice que el derecho de retasación nace con independencia de la impugnación del justiprecio. Ahora bien, las sentencias que dicen que la interposición de recursos contra el justiprecio no afecta a la retasación son bastante antiguas no distinguen en función de quién recurre el justiprecio y además aluden en muchos casos a otra cuestión, a saber, la de si el expropiado pierde el derecho a la retasación por impugnar el justiprecio, o si puede retrasar el ejercicio del derecho más allá de la fecha de cobro del justiprecio *interpretando que el plazo queda suspendido durante la pendencia de su propio recurso*. Por tanto, esas sentencias se refieren a los recursos interpuestos *por el expropiado*, no por la Administración expropiante (que sólo puede interponer cuando no es la Administración a la que pertenece el Jurado, lo que nos limita a las entidades locales) o por el beneficiario (en los casos en que exista).

Trabajo recibido el 29 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(34) Esta tesis la encontramos acogida en la importante sentencia de 19 de enero de 1999 (recurso de casación 4949/1994), en la que, a renglón seguido de la afirmación (ya citada *supra*) de que la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra el justiprecio no priva al expropiado del derecho a pedir la retasación si transcurre el plazo de dos años (ahora cuatro), se explica que para evitarlo es suficiente consignar o pagar la cantidad hasta la que existe acuerdo: «Por lo demás resulta evidente que la Administración puede enervar los efectos del transcurso del plazo establecido para solicitar la retasación ofreciendo el pago del justiprecio *hasta el límite en que exista conformidad entre aquél y la Administración*, quedando en todo caso subordinada dicha entrega provisional al resultado del litigio, pues *es esta cantidad*, a cuyo pago tiene derecho el expropiado aunque exista litigio pendiente, a tenor del artículo 50.2 de la Ley de Expropiación Forzosa, *aquella cuya consignación enerva el derecho a la retasación*, a tenor de lo dispuesto en el artículo 58 de la misma Ley» (la cursiva es mía).

**LABURPENA:** Lan honek nahitaezko desjabetzen kasuetako birtasazio-eskubidea aztertzen du, 2012. urteko erreformari erreferentzia eginez. Zehazki, tokiko desjabetzen edo onura pribatua duten desjabetzen kasua aztertu da. Izan ere, ordaindu behar duenak balio justua aurkaratzen duenean, desjabetuari prezio-orriaren zenbatekoa baino ez zaio ematen, eta horrek egoera nahasiak eragin ditu birtasatzearen arloan.

**HITZ GAKOAK:** Desjabetzea. Birtasazioa. Balio justua. Auzia. Hirigintza.

**RESUMEN:** El trabajo estudia el derecho de retasación en la expropiación forzosa, con referencia a la reforma del mismo en el año 2012. Se estudia en particular el caso de las expropiaciones locales o con beneficiario privado, en las que la impugnación del justiprecio por el obligado a su pago conduce normalmente a que sólo se entregue al expropiado el importe de la hoja de aprecio, lo que ha dado lugar a una situación confusa en materia de retasación.

**PALABRAS CLAVE:** Expropiación. Retasación. Justiprecio. Contencioso. Urbanismo.

**ABSTRACT:** This work studies the right to re-appraisal in expropriation, with reference to its reform of 2012. It particularly studies the case of local expropriations or with a particular beneficiary where the challenge of the fair value by the obliged to its payment shall normally get to only provide the expropriated with the amount of the appraisal sheets, which has given rise to a confusing situation regarding re-appraisal.

**KEYWORDS:** Expropriation. Re-appraisal. Fair value. Contentious. Urbanism.

# La situación financiera de los ayuntamientos en los Territorios Históricos: el caso de Gipuzkoa (1)

Ander Ibarloza Arrizabalaga  
Agustin Erkizia Olaizola  
Errapel Ibarloza Arrizabalaga

**Sumario:** I. Cuestiones previas. I.1. Planteamiento general. I.2. Aspectos conceptuales. I.3. Marco normativo de la financiación territorial.—II. La tutela financiera como mecanismo de intervención administrativa.—III. Análisis de la evolución de los indicadores de tutela financiera. III.1. Ahorro bruto. III.2. Ahorro neto. III.3. Nivel de endeudamiento legal. III.4. Margen de endeudamiento. III.5. Deuda viva.—IV. Conclusiones.

## I. Cuestiones previas

### I.1. Planteamiento general

Una de las caras amargas del último lustro en materia económica es el constante deterioro de la solvencia financiera de las entidades públicas y, en lo que a este trabajo atañe, de los ayuntamientos, con la consiguiente dificultad para atender a las demandas de la ciudadanía a la que deben servir. Los ayuntamientos representan el primero de los eslabones de la compleja arquitectura de las administraciones públicas al que tiene acceso la ciudadanía y a quienes, en consecuencia, solicitan la prestación de determinados servicios públicos en primera instancia. Siendo necesario reconocer el indudable valor social y económico de las actividades que desarrollan, también es preciso traer a colación que la estructura financiera de los ayuntamientos ha estado condicionada de forma determinante por las transferencias que percibían de otras entidades públicas y por la elevada exposición al sector inmobiliario(2), factores que han limitado considerablemente su autonomía y poder de decisión.

---

(1) Este artículo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación NUPV 13/09 «Diseño de un sistema de costes en los servicios públicos municipales de Gipuzkoa y su repercusión en el establecimiento de tasas y precios públicos» de la UPV/EHU y del Convenio de colaboración para el «Diseño de un sistema de costes de los servicios públicos municipales de Gipuzkoa» firmado entre la UPV/EHU y la Diputación Foral de Gipuzkoa (*BOG*, núm. 130, de 9 de julio de 2013).

(2) ÁLVAREZ GARCÍA, Santiago y CANTARERO PRIETO, David, «Incidencia de la fiscalidad sobre la vivienda en las haciendas municipales», en *Información Comercial Española, ICE: Revista De Economía*, núm. 867, 2012, pp. 109-122.

A pesar de la leve mejoría experimentada durante los ejercicios 2012 y 2013, la travesía de los últimos ejercicios ha sido compleja y más de una centena de ayuntamientos han solicitado formalmente un rescate financiero al Estado(3) al amparo de las medidas especiales adoptadas por el Gobierno español(4), llegando incluso a situaciones límites como la presentación de expedientes de regulación de empleo.

En el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco (en adelante, CAPV) las Diputaciones Forales son las entidades responsables de realizar el control y seguimiento de la situación financiera de los municipios pertenecientes a su Territorio Histórico (en adelante, TH). En este sentido, al margen de casos muy puntuales, la labor realizada por éstas hasta la fecha puede considerarse como razonablemente satisfactoria, ya que los 251 ayuntamientos sometidos a su tutela no presentan, a día de hoy, excesivos problemas financieros. Sirva como ejemplo el dato de que a finales del año 2013 el plazo medio de pago a proveedores del conjunto de la administración pública vasca se situaba en 36 días, cuando en el conjunto del Estado esta referencia se elevaba a 129(5). En este mismo sentido, a finales del año 2012, teniendo en cuenta los 8.116 ayuntamientos de España, la deuda viva *per cápita* ascendía a 748,48€, siendo esta cifra de 295,48€ en la CAPV(6).

En el caso específico del TH de Gipuzkoa ha sido el Servicio de Compromisos Institucionales de la Dirección General de Política Fiscal y Financiera del Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Gipuzkoa quien, en base al artículo 17 del Decreto Foral 27/2013(7), ha ejercido la labor de supervisión de la actuación financiera de los ayuntamientos pertenecientes a su territorio, tarea consistente en la emisión de informes y tramitación de expedientes que instruyen los municipios para la concertación de operaciones de crédito, enajenación de bienes locales, patrimoniales o propios y comunales. Este órgano foral utiliza una serie de indicadores para la implementación de la tutela financiera respecto de los ayuntamientos pertenecientes a su territorio. Es precisamente la evolución de estos indicadores, en el período 2007-2013, lo que se analiza de modo empírico en las siguientes páginas.

## I.2. Aspectos conceptuales

Los indicadores objeto de estudio en el presente trabajo son: el ahorro bruto, el ahorro neto, el nivel de endeudamiento legal, el margen de endeudamiento y la deuda

---

(3) MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. «101 municipios se han acogido a las medidas extraordinarias de apoyo financiero», nota de prensa, 14/01/2014.

(4) Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio, de medidas urgentes contra la morosidad de las administraciones públicas y de apoyo a entidades locales con problemas financieros, (BOE núm. 155, de 29 de junio de 2013).

(5) RIAÑO CASADO, Ana y MARTÍNEZ BURGOS, Geles, *Informe Morosidad AA.Pp. La morosidad pública se reduce prácticamente un 40% en el primer trimestre del año*. Federación Nacional de Asociaciones de Trabajadores Autónomos (ATA), 2014.

(6) MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Deuda viva de las Entidades Locales a 31/12/2012*. 2013.

(7) Decreto Foral 27/2013, de 23 de julio, sobre estructura orgánica y funcional del Departamento de Hacienda y Finanzas. (BOG núm. 145, de 1 de agosto de 2013).

viva. En el análisis de estos indicadores se tendrá en cuenta la perspectiva temporal así como la perspectiva demográfica.

En lo referido al aspecto temporal, y a la hora de seleccionar el período de estudio, que se inicia en 2007 y alcanza hasta 2013, el punto de partida lo fija el último año de la bonanza económica y el punto final se establece tomando como referencia el año de publicación de las últimas liquidaciones presupuestarias (8). Ello nos permitirá visualizar con mayor claridad el efecto real y la repercusión de la coyuntura económica general sobre las finanzas de los ayuntamientos en particular.

En cuanto a la perspectiva demográfica, se han distinguido seis estratos de población en los que se tienen en cuenta el número de habitantes y de municipios que se vinculan a cada uno de los estratos. Así, se puede observar que el ligero incremento (2,71% en seis años) experimentado en el conjunto del TH se ha mantenido en todos y cada uno de los estratos de población. Fruto de esta evolución al alza del número de habitantes se ha producido un leve movimiento de concentración en los municipios con mayor población.

Tabla 1. Evolución de la población por estratos

Estratos de población	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
1-1.000	11.971	12.297	12.470	12.660	12.637	12.722	12.684
1.001-5.000	50.045	51.028	51.842	52.177	52.622	52.962	53.535
5.001-10.000	84.010	85.295	85.940	86.338	86.857	87.378	87.734
10.001-20.000	195.241	196.825	198.261	198.577	199.018	200.016	200.824
20.001-100.000	170.587	171.363	171.828	172.005	172.288	172.610	172.541
100.000 <	183.090	184.248	185.357	185.506	186.185	186.409	186.500
Total	694.944	701.056	705.698	707.263	709.607	712.097	713.818

Fuente: Instituto Nacional de Estadística (INE) y elaboración propia

El año 2013, en los 69 municipios (78,4%) con población inferior a 10.000 habitantes se concentra el 21,57% de la población total, y en la capital de provincia el 26,13%. Dejando de lado la capital de provincia, la población media de un municipio de Gipuzkoa se sitúa en 6.061 habitantes.

(8) Los datos correspondientes al período 2007-2013 proceden de las liquidaciones presupuestarias presentadas por los 88 ayuntamientos del TH y publicadas en [www.udalgida.net](http://www.udalgida.net) de régimen abierto donde se puede consultar, amén de esta información, aquella que en opinión del Departamento de Hacienda y Finanzas es relevante para conocer la situación económico-financiera de los ayuntamientos de este TH.

**Tabla 2.** Evolución de los municipios por estratos

Estratos de población	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
1-1.000	32	32	32	32	32	32	32
1.001-5.000	25*	25	24	23	23	23	22*
5.001-10.000	12*	12	13	14	13	13	15*
10.001-20.000	13	13	13	13	14	14	13
20.001-100.000	5	5	5	5	5	5	5
100.000 <	1	1	1	1	1	1	1
Total	88	88	88	88	88	88	88

Fuente: INE y elaboración propia

\* En el período de estudio se ha reducido en tres (de 25 a 22) el número de municipios con una población empadronada entre 1.001 y 5.000 habitantes, y han aumentado en otros tres municipios (de 12 a 15) los ayuntamientos con una población entre 5.0001 y 10.000 habitantes, esto es, se ha producido una leve concentración de la población entre los municipios más poblados (9).

### I.3. Marco normativo de la financiación territorial

La situación financiera de los municipios y la tutela ejercida por parte de órganos superiores sobre éstas se encuentran vinculadas a su sistema de financiación y, por ende, al de las estructuras territoriales superiores, en el caso que nos ocupa, de los TTHH y la CAPV. Por ello, es preciso referirse, si bien de modo somero, a la cuestión de la financiación de las CCAA, en general, y de la CAPV, en particular, con referencia al TH de Gipuzkoa, trayendo a colación el texto constitucional y la normativa nacida tras ésta (10).

Con carácter general, la Constitución Española de 1978 establece que las CCAA disponen de autonomía financiera para poder desarrollar y ejecutar las competencias que les correspondan en base a los principios de coordinación con la Hacienda estatal, principio intensificado con la aprobación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC) (11), y de solidaridad entre todos los españoles (12). Asimismo se reconoce que las CCAA actuarán como entidades delegadas y colaboradoras del Estado para la recaudación, la gestión y la liquidación de los recursos tributarios estatales, en el marco de lo establecido por las leyes y los Estatutos (13). Por su parte, al referirse a los recursos autonómicos se citan (1) los impuestos cedidos total o

(9) Este ligero desplazamiento coincide en el tiempo con el aumento de la población de los ayuntamientos ubicados en la costa.

(10) Sobre la financiación de las CCAA, puede consultarse: GARCÍA MORILLO, Joaquín; PÉREZ TREMPES, Pablo; ZORNOZA PÉREZ, Juan, *Constitución y financiación autonómica*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998.

(11) Resolución del Consejo Europeo sobre el Pacto de Estabilidad y Crecimiento, Amsterdam, 17 de junio de 1997, Diario Oficial Unión Europea, C 236 de 2 de agosto 1997.

(12) Art. 156.1 CE.

(13) Art. 156.2 CE.

parcialmente por el Estado, recargos sobre impuestos estatales y otras participaciones en los ingresos del Estado; (2) sus propios impuestos, tasas y contribuciones especiales; (3) las transferencias de un Fondo de Compensación interterritorial y otras asignaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado; (4) los rendimientos procedentes de su patrimonio e ingresos de derecho privado, y (5) el producto de las operaciones de crédito (14). Asimismo se establece que se podrá regular, por ley orgánica, el ejercicio de las anteriores competencias financieras así como las normas para resolver los conflictos que pudieran surgir y los mecanismos de colaboración financiera entre las CCAA y el Estado (15). Precisamente, la Ley Orgánica 8/1980 de financiación de las Comunidades Autónomas (en adelante, LOFCA) vino a desarrollar estos aspectos (16).

Con carácter particular y en referencia a los territorios forales vascos, la Disposición Adicional Primera de la Constitución Española dispone que se amparan y respetan los derechos históricos de los territorios forales, indicando que la actualización general de tales regímenes forales se desarrollará en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía. Así, en referencia al sistema de financiación, el Estatuto de Autonomía del País Vasco (17) diseña un modelo en el que las relaciones tributarias entre la CAPV y el Estado se regularán por el sistema tradicional del Concierto Económico y Cupo (18). Inicialmente, la norma reguladora de este sistema será la Ley 12/1981 por la que se aprueba el Concierto Económico con la CAPV (19), cuya vigencia se extendió hasta el 25 de mayo de 2002, momento en el que se aprueba la Ley 12/2002, de 23 de mayo, con carácter temporal indefinido (20).

Este entramado normativo da lugar a la existencia de dos sistemas de financiación autonómica en el Estado español que disponen de características dispares (21): por un lado, el sistema común que se aplica a 15 comunidades y, por el otro, el sistema foral de aplicación en las CCAA del País Vasco (Concierto Económico y Cupo) (22) y Navarra (Convenio Económico y Aportación). El sistema común regulado por la LOFCA se basa en una financiación mixta, es decir, se financia por ingresos propios de las CCAA y por ingresos procedentes del Estado. Por su parte, el sistema foral supone que los Territorios Históricos establecen su propio sistema fiscal

---

(14) Art. 157.1 CE.

(15) Art. 157.3 CE.

(16) Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de financiación de las Comunidades Autónomas, (BOE núm. 236, de 01 de octubre de 1980).

(17) Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco, (BOE núm. 306, de 22 de diciembre de 1979 y BOPV de 12 de enero de 1980).

(18) Art. 41. Estatuto de Autonomía del País Vasco

(19) Ley 12/1981, de 13 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOE núm. 127, de 28 de mayo de 1981).

(20) Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOE núm. 124, de 24 de mayo de 2002).

(21) Para una aproximación a la financiación de las CCAA, puede verse: HERRERO ALCALDE, Ana y TRÁNCHEZ MARTÍN, José Manuel, «El desarrollo y evolución del sistema de financiación autonómica», en *Presupuesto y gasto público*, núm. 62, 2011, pp. 33-65.

(22) Sobre la financiación de la CAPV, puede consultarse: MARTÍNEZ BÁRBARA, Gemma, *Armonización fiscal y poder tributario foral en la Comunidad Autónoma del País Vasco*, IVAP, Oñati, 2014.

y aportan al Estado central una cantidad, en el caso de la CAPV en concepto de Cupo. En este sentido, los sistemas pueden diferenciarse en base a dos parámetros: por un lado, los criterios de triple capacidad, a saber, de gestión, financiera y normativa, y, por otro lado, el criterio de necesidad (23). Así, el sistema foral se define como un sistema de financiación pública regional basado en el criterio de capacidad, puesto que la CAPV aporta a los gastos comunes en base a su riqueza relativa, con independencia de la situación de sus finanzas. En cambio, el sistema común se basa en el criterio de necesidad, puesto que las CCAA reciben financiación del Estado para sufragar las competencias que les han sido transferidas.

En aplicación de estos criterios en la CAPV, en concreto en el TH de Gipuzkoa, la Diputación Foral de Gipuzkoa (DFG) ha generado un Fondo Foral de Financiación Municipal (24) (en adelante, FFFM), a través del cual se transfieren fondos a los ayuntamientos con una periodicidad trimestral (febrero, mayo, agosto y noviembre). En el año 2007, esta transferencia corriente llegó a representar el 49,47% de los ingresos corrientes de los ayuntamientos guipuzcoanos alcanzando la cantidad de 420.108.920€. Durante el año 2009 el importe liquidado por este concepto ascendió a la cifra de 345.895.500€, llegando a representar el 42,5% del total de ingresos corrientes de los ayuntamientos de Gipuzkoa. Para el año 2014 existe una previsión de liquidación de 414.130.251€ (25). Ésta es, junto con la presión fiscal, la vía de ingresos fundamental de los ayuntamientos sobre cuyo gasto e inversiones la DFG ejerce la correspondiente tutela financiera.

## II. La tutela financiera como mecanismo de intervención administrativa

La tutela financiera, en su vertiente de facultad de ejecución, se concreta en una competencia que capacita a determinadas administraciones territoriales y corporaciones de Derecho con una potestad de intervención administrativa sobre actos o actividades financieras de las entidades territoriales tuteladas, en este caso, los ayuntamientos.

En el caso de la CAPV, esta tutela tiene su fundamento en el vigente art.48.5 del Concierto Económico que dispone que «las facultades de tutela financiera que en cada momento desempeñe el Estado en materia de Entidades Locales corresponderán a las Instituciones competentes del País Vasco, sin que ello pueda significar, en modo alguno, un nivel de autonomía de las Entidades Locales Vascas inferior al que tengan las de régimen común» (26). Desde la aprobación del Concierto Económico hasta la actualidad, en el ámbito vasco, la tutela financiera ha sido ejercida materialmente sobre los ayuntamientos por parte de los TTHH.

---

(23) LARREA MUGICA, Pedro, «Modelo Financiero del Concierto Económico», en *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, núm. 19, 1991, pp. 34-53.

(24) Para un análisis más en profundidad de este Fondo, ver GÓMEZ URTEAGA, Mila, «Fondo Foral de Financiación Municipal: concepto y cálculo de la dotación», en *UdalGIDA*, núm. 1, 2004, pp. 17-23.

(25) Datos obtenidos en el banco de datos de la actividad financiera y tributaria del Departamento de Hacienda y Finanzas de la DFG.

(26) Art. 48.5 Ley 12/2002 que modifica el art. 45.2 Ley 12/1981.



En el ámbito estatal, en algunos períodos, desapareció la previsión normativa que amparaba su ejercicio (27). Ciertamente, la Ley 40/1981 de medidas sobre régimen jurídico de las Corporaciones Locales (28) fue la norma que en un primer momento planteó la contradicción, al fundamentarse en el principio constitucional de autonomía de los municipios (29) para la supresión de las facultades de tutela financiera del Estado en materia de imposición y ordenación de tributos locales, que venía siendo recogida en los artículos 717 a 730 del Texto articulado de las Leyes de Bases de Régimen Local de 1945 y 1953. Ello supuso que las facultades de tutela financiera asignadas a las respectivas Diputaciones Forales en el Concierto Económico, en materia de imposición y ordenación de los referidos tributos, quedaran en entredicho (30).

Ello no obstante, la Ley 27/1983 de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos insistió pocos años después en la facultad de tutela de las Diputaciones Forales al señalar que, éstas «en el ejercicio de las facultades de tutela financiera, que legalmente les corresponden sobre sus Municipios, deberán garantizar, para el conjunto de los mismos, un nivel de recursos que, en ningún caso, será inferior al que correspondiere al Territorio por aplicación de la legislación de régimen común sin perjuicio de la facultad de las Diputaciones Forales para efectuar la distribución de dichas cantidades con los criterios que estimen convenientes, conforme a lo dispuesto en el artículo 46 del Concierto Económico» (31).

En el caso del TH de Gipuzkoa, las facultades de tutela financiera se han recogido en la Norma Foral 11/1989 (32), que incorpora, básicamente, dos aspectos:

Por un lado, se refiere a las autorizaciones de las operaciones para el acceso al crédito a medio y largo plazo concertadas por los entes locales (33), ámbito en el que resultan de gran interés los indicadores que presentamos. Y es que, para esta autorización, será preciso demostrar que se cumple con los criterios cualitativos y cuantitativos establecidos en la normativa, es decir, (1) que el destino sea la financiación de inversiones o gastos de capital; (2) que el ahorro corriente sea positivo; (3) que cum-

---

(27) El Tribunal Constitucional tiene una extensa jurisprudencia al respecto. Sirvan como ejemplo las sentencias del Tribunal Constitucional 179/1985, de 19 de diciembre de 1985, *BOE* núm. 13, de 15 de enero de 1986; 187/1988, de 17 de octubre de 1988, *BOE* núm. 267, de 7 de noviembre de 1988; 214/1989, de 21 de diciembre de 1989, *BOE* núm. 10, de 11 de enero de 1990; 96/1990, de 24 de mayo de 1990, *BOE* núm. 147, de 20 de junio de 1992; 18/1991, de 31 de enero de 1991, *BOE* núm. 48, de 25 de febrero de 1991; 331/1993, de 12 de noviembre de 1993, *BOE* núm. 295, de 10 de noviembre de 1993.

Para un análisis del *iter* normativo y jurisprudencial de la competencia de tutela financiera, ver: ENDEMAÑO AROSTEGUI, José María, «Alcance y ubicación del título competencial tutela financiera sobre los municipios», en *ZERGAK Gaceta Tributaria del País Vasco*, vol. 2/13, núm. 46, 2013, pp. 165-186.

(28) Ley 40/1981, de 28 de octubre, por la que se aprueban determinadas medidas sobre régimen jurídico de las Corporaciones Locales, (*BOE* núm. 271, de 12 de noviembre de 1981).

(29) Arts. 137 y 140 CE.

(30) Para un análisis de la capacidad normativa que el Concierto Económico reconoce a los TTHH, pueden verse: ALONSO ARCE, Iñaki, *El Concierto Económico en Europa*. IVAP, Oñati, 2010 y SERRANO GAZTELUURRUTIA, Susana, *El Concierto Económico Vasco ante el Juez Comunitario*, IVAP, Oñati, 2012.

(31) Disposición Adicional segunda, punto 1 de la Ley de Territorios Históricos.

(32) Norma Foral 11/1989, de 5 de julio, reguladora de las Haciendas Locales de Gipuzkoa, (*BOG* núm. 130, de 10 de septiembre de 1989), última revisión vigente desde 12 de febrero de 2013.

(33) Capítulo VII Norma Foral 11/1989.

pla los límites legales establecidos en el artículo 53, esto es, que la operación no rebase el 5% de los recursos liquidados o la carga financiera anual no supere el 25% de las operaciones corrientes; y (4) que tenga remanente de tesorería positivo(34).

Y, por otro lado, la ejecución de la distribución de las cantidades correspondientes a la participación en los tributos concertados, atendiendo al criterio de riesgo compartido(35).

En 2001, coincidiendo con la renovación del Concierto Económico que se publicó en 2002, se aprueba la Ley 18/2001 General de Estabilidad Presupuestaria(36), que tiene su origen en el PEC(37). Precisamente, la aprobación del PEC supuso la obligatoriedad de los Estados miembros de evitar déficits superiores al 3% PIB, con el compromiso de responder ante las instituciones europeas en supuestos de incumplimiento. En otras palabras, se limita la utilización del déficit público como instrumento de política económica de la Unión Económica Monetaria, y se pacta la vertiente correctora que regula el procedimiento de déficit excesivo, que viene a establecer una serie de recomendaciones para el cumplimiento de que el déficit de los países de la zona del euro se mantenga por debajo del porcentaje establecido. Precisamente la Ley 18/2001 y la Ley Orgánica 5/2001 complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria(38) perseguían el objetivo de reforzar el citado principio de coordinación, de cara a que el endeudamiento de las CCAA no pudiera comprometer el cumplimiento de los criterios de estabilidad del Estado español(39).

Pues bien, a partir de la aprobación de la Ley 18/2001, el principio de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera adquiere un mayor alcance(40) y es que, además de ocupar un espacio visible en todos los ámbitos de actuación de las administraciones públicas ha provocado la reforma de la Constitución Española(41). Por su parte, el contenido de la Ley de Concierto Económico de 2002 también se hizo eco del principio de estabilidad presupuestaria, vinculándolo a la tutela financiera, al señalar que son principios generales que regirán las relaciones financieras entre el Estado y el País Vasco el principio de la tutela financiera, y los principios de coordinación y colaboración con el Estado en materia de estabilidad presupuestaria(42).

---

(34) Al respecto, ver ZURUTUZA MUJICA, Sebastián, «El Ejercicio de la Financiera de tutela en el Territorio Histórico de Gipuzkoa», en *UdalGIDA*, núm. 7, 2005, pp. 27-30.

(35) Capítulo IV, Norma Foral 11/1989, en concreto, artículo 40.

(36) Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, (*BOE* núm. 298, de 13 de diciembre de 2001).

(37) Su contenido se fundamentaba en los arts. 99 a 104 del Tratado de la Unión Europea, actualmente arts. 121 a 126 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

(38) Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria (*BOE* núm. 299, de 14 de diciembre 2001).

(39) Recientemente estas dos leyes han sido derogadas por la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (*BOE* núm. 103 de 30 de abril de 2012) que actualiza los mecanismos de coordinación y regula en un texto único la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Seguridad Social.

(40) GRAJAL CABALLERO, Inmaculada, «El endeudamiento de las corporaciones locales a partir del 1 de enero de 2013: régimen jurídico e implicaciones con la estabilidad presupuestaria y la sostenibilidad financiera», en *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 59, 2013, pp. 87-100.

(41) *BOE* núm. 233, de 27 de septiembre 2011.

(42) Art. 48 Ley del Concierto Económico.

En un sentido similar, y en lo que respecta al territorio de Gipuzkoa, la Norma Foral 1/2013 (43) se refiere, como objeto del ejercicio de la tutela financiera, al establecimiento de los procedimientos necesarios para la aplicación efectiva de los principios de estabilidad presupuestaria y de sostenibilidad financiera, de plurianualidad, de transparencia, de eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, de responsabilidad y de lealtad institucional por parte del sector local de Gipuzkoa que, como se ha indicado, fueron establecidos en el artículo 2 de la Ley 18/2001.

En definitiva, podemos afirmar que, en base al principio constitucional de autonomía de los municipios, las facultades de la tutela financiera se fueron vaciando formalmente, para volver a cargarse de contenido a partir de la aprobación de la Ley 18/2001, si bien es cierto que, materialmente, nunca dejaron de ejercerse (44). En la actualidad, la nueva redacción de la Disposición Adicional segunda del Texto Consolidado de la LBRL, 30 de diciembre de 2013, relativo al Régimen Foral vasco (45), establece al respecto que corresponderá a las Diputaciones Forales la aprobación de los planes económico-financieros de los municipios, concretando las reglas necesarias para su formulación, cuando los municipios vascos hayan incumplido los objetivos de estabilidad presupuestaria, el objetivo de deuda pública, o de la regla de gasto (46).

### III. Análisis de la evolución de los indicadores de tutela financiera

Centrándonos en el ejercicio de la tutela financiera ejercida por la DFG sobre los municipios que integran su territorio, la citada institución utiliza, entre otros, cinco indicadores de referencia: (1) el ahorro bruto, (2) el ahorro neto, (3) nivel de endeudamiento legal, (4) el margen de endeudamiento y (5) la deuda viva (47). Conviene señalar que, salvo en el primero de los indicadores, las cargas financieras computadas corresponden a la suma teórica de intereses y cuotas de amortización que se habrían de abonar a las entidades prestamistas en el supuesto de que no se hubiere establecido un período de carencia.

#### II.1. Ahorro bruto

Uno de los aspectos más relevantes para analizar la salud financiera presente y futura de una administración local es el *ahorro* que es capaz de generar en el desarrollo de sus operaciones corrientes. El ahorro compara las entradas o ingresos, y las salidas de

---

(43) Norma Foral 1/2013, de 8 de febrero, por la que se desarrolla la competencia de tutela financiera en materia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las entidades locales de Gipuzkoa, (BOG núm. 29, de 12 de febrero de 2013).

(44) El ejercicio de la tutela financiera por parte de las Diputaciones Forales ha sido defendida por parte de la doctrina, considerando que se trata de una competencia nacida de la propia Disposición Adicional Primera de la CE y sin que sea preciso su reconocimiento en otros preceptos constitucionales, estatutarios o legales. Pueden verse al respecto las siguientes decisiones de la Comisión Arbitral: 2/2003, 17/3/2003 (BOPV, n.º 204, 20/10/2003); 1/2008, 20/10/2008 (BOPV, n.º 236, 10/12/2008) y 3/2012, 19/4/2012 (BOPV, n.º 115, 13/6/2012).

(45) Modificación motivada por el artículo 1.34 LRSAL.

(46) Art. 116 bis de LRSAL.

(47) DIPUTACIÓN FORAL DE GIPUZKOA, Departamento de Hacienda y Finanzas, Indicadores Municipales, *UdalGIDA*, núm extraordinario, 2013.

los recursos o gastos. Las variables para su cálculo son los ingresos liquidados o los derechos reconocidos netos y los gastos liquidados u obligaciones reconocidas netas. En definitiva, indica la parte de los ingresos corrientes que queda disponible una vez atendidos los gastos corrientes no financieros (48). Así, refleja la capacidad de la entidad local para financiar con recursos propios la carga financiera y las inversiones. El ahorro bruto ha de ser en todo caso igual o superior a la carga financiera para evitar que la deuda crezca indefinidamente, de lo contrario, la entidad local no podrá atender al pago de la carga financiera, ni dispondrá de autofinanciación para las inversiones.

En su proceso de cálculo intervienen los siguientes componentes:

1. Ingresos corrientes: Capítulos 1 a 5 de ingresos, excepto contribuciones especiales, cuotas de urbanización y aprovechamientos urbanísticos.
2. Gastos corrientes, no financieros: Capítulos 1, 2 y 4 de gastos
3. Ahorro bruto valor absoluto: (1)-(2) (49)
4. Ahorro bruto valor relativo: (3) / (1) x 100

En base a estos criterios, en Gipuzkoa el número de municipios que han sufrido valores negativos son, por estratos de población, los siguientes:

**Tabla 3.** N.º de municipios con Ahorro Bruto negativo

Estratos de población	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
1-1.000	2	1	6	3	6	1	
1.001-5.000			4		2		
5.001-10.000			1	1			
10.001-20.000			3		1		
20.001-100.000							
100.000<							
Municipios (de un total de 88)	2	1	14	4	9	1	0

Fuente: DFG y elaboración propia

La práctica totalidad de los municipios presentaba, en los años de bonanza económica, un ahorro bruto positivo, aunque la crisis provocó que hasta un total de 14 municipios en 2009 presentaran datos negativos, teniendo que recurrir a remanentes de tesorería de ejercicios anteriores o, en algún caso, a operaciones de financiación es-

(48) BAYO SOBRECASAS, Ferrán y RUIZ ESPINÓS, Pere, «La tutela financiera y la estabilidad presupuestaria: una reflexión sobre los diversos conceptos y sus efectos para las haciendas locales», en *Auditoría pública: revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, núm. 30, 2003, pp. 38-45.

(49) Matemáticamente la fórmula del valor absoluto del ahorro bruto se podría representar así:

$$\text{Ahorro bruto (€)} = I_1 + I_2 + I_3 + I_4 + I_5 - (G_1 + G_2 + G_3) = \sum_{n=1}^5 (I_n) - \sum_{n=1,2,4} (G_n)$$

Siendo:

«I» = Ingresos corrientes (*Derechos reconocidos netos* de los Cap. 1 a 5 de ingresos) y

«G» = Gastos corrientes (*Obligaciones contraídas netas*, Cap. 1, 2 y 4 de gastos).

peciales para cubrir esas necesidades. Podría destacarse que las entidades más afectadas son las que se sitúan en los estratos más bajos de población, si bien, los últimos datos analizados, reflejan la recuperación del nivel de ahorro negativo.

El ahorro bruto en términos absolutos es un dato relevante y comparable en el tiempo pero no entre diferentes ayuntamientos porque su cuantía depende en gran medida del tamaño poblacional. El valor relativo del ahorro bruto, representado en porcentajes (%), tiene la virtud de ser un dato comparable con los datos de otras entidades. La relativización se realiza en base a los ingresos corrientes ya que éstos suponen la totalidad de los recursos corrientes disponibles y, por tanto, constituyen el máximo valor que puede alcanzar el ahorro bruto (50).

Resumimos en tres, las diferentes situaciones que se pueden presentar: (1) La peor de ellas es aquella que muestra un ahorro negativo, la entidad local revela una delicada situación que deberá solventar inmediatamente; (2) Los valores cercanos al 0%, suponen el consumo total de los recursos corrientes, al margen de las cargas financieras, obstaculizando la cancelación de deuda y la realización de operaciones de capital; Y por último, (3) La mejor situación estaría en el tramo de datos positivos donde el valor representaría el grado de cobertura, respecto del ingreso corriente, del ahorro bruto para satisfacer la carga financiera y las operaciones de capital. Los valores máximos, cercanos al 100%, sólo podrían presentarse en situaciones muy especiales donde los gastos corrientes fueran insignificantes respecto a un nivel extraordinario de ingresos.

En cuando a los datos del indicador reflejados en medias ponderadas por estrato, el panorama en Gipuzkoa es el siguiente:

**Tabla 4.** Ahorro bruto / Ingreso corriente (Valores relativos en %)

Estrato de población	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
0-1.000	26,67**	25,90	14,53	18,37	15,48	26,22	24,66
1.001-5.000	24,54	14,69	10,54	15,23	12,81	20,41	19,44
5.001-10.000	25,53	15,94	9,43	12,83	8,78	17,65	15,22
10.001-20.000	22,38	15,75	7,57	14,50	11,59	17,05	16,55
20.001-100.000	21,67	13,64	5,97	16,73	11,78	21,14	20,26
100.000 <	13,90	11,15	5,71	11,25	4,10*	11,85	9,72
Media ponderada	20,43	14,15	7,24	13,95	9,23	16,88	15,55

\*Valor mínimo

\*\*Valor máximo

Fuente: DFG y elaboración propia

(50) Matemáticamente el valor relativo del ahorro bruto se puede representar así:

$$\text{Ahorro bruto (\%)} = \frac{[(I_1 + I_2 + I_3 + I_4 + I_5) - (G_1 + G_2 + G_4)] \times 100}{(I_1 + I_2 + I_3 + I_4 + I_5)} = \frac{\left[ \sum_{n=1}^5 (I_n) - \sum_{n=1,2,4}^5 (G_n) \right] \times 100}{\sum_{n=1}^5 (I_n)}$$

Podemos recalcar que: 1) los ayuntamientos con valores negativos son una excepción ya que al calcular las medias ponderadas por estratos, han sido absorbidos, 2) la capital mantiene un nivel netamente inferior a la media, y 3) en el año 2013 este indicador se estabiliza, aunque baja someramente en todos los estratos de población, y mantiene unos gastos corrientes que suponen un 84,45% de los ingresos de la misma naturaleza. El año 2009 es, junto al rebote de 2011, el que más ha notado la secuela de la crisis y el ahorro bruto ha caído, en la mayoría de las corporaciones, a niveles por debajo del 10% del ingreso corriente.

Para terminar mostramos el número de ayuntamientos que, de un total de 88, se ubican en los cinco rangos de ahorro bruto relativos más significativos.

**Tabla 5:** N.º de municipios con ahorro bruto relativo en rango

Rangos:	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
20% < 100%	58	33	15	25	14	42	41
15% < 20%	13	13	14	17	12	22	22
10% < 15%	11	23	8	25	20	18	16
5% < 10%	3	15	21	12	20	3	7
< 5%	3	4	30	9	22	3	2
Total	88	88	88	88	88	88	88

Fuente: DFG y elaboración propia

En los años 2007, 2012 y 2013, más de la mitad de los municipios se sitúan por encima del 15%, donde el ahorro es máximo, en cambio, en los años 2009 y 2011, 59 y 62 municipios respectivamente veían como sus ratios caían por debajo del 15%. El último año del análisis presenta todavía a 7 municipios por debajo del 10% y otros 2 por debajo del 5%, sin que ninguno de ellos presente valores negativos, tal y como ocurría en el año 2012, donde un pequeño municipio presentaba valores negativos (Ver tabla 3).

Analizado el ahorro bruto, resulta interesante ver la incidencia que la deuda viva puede generar en el ahorro ya que los intereses y las cargas financieras pueden llegar a consumir una parte importante de la misma. Este aspecto lo sintetiza el indicador ahorro neto que puede resultar relevante y revelador.

### III.2. Ahorro neto

Este indicador refleja la parte del ahorro bruto que queda después de hacer frente al pago de las cargas financieras. Indica la capacidad del ayuntamiento para financiar inversiones con recursos propios. En todo caso, esta magnitud ha de ser positiva, pues de lo contrario o bien estaríamos ante un remanente de tesorería negativo, o bien estaríamos destinando ingresos de capital para financiar gastos corrientes.

En su proceso de cálculo intervienen los siguientes componentes:

1. Ahorro bruto valor absoluto
2. Cargas financieras: importe computado a efectos de tutela financiera

3. Ahorro neto valor absoluto (51): (1) – (2)
4. Ingresos corrientes: Capítulos 1 a 5 de ingresos, excepto contribuciones especiales, cuotas de urbanización y aprovechamientos urbanísticos
5. Ahorro neto valor relativo: (3) / (4) x 100

Hay que puntualizar que la diferencia entre el ahorro bruto y neto es la carga financiera computada a efectos de la tutela financiera.

Para calcular el valor relativo se utiliza la misma base, el total del ingreso corriente, que representa la capacidad total de los recursos que la entidad va a redistribuir. Conceptualmente el ahorro neto en términos relativos representa el excedente de los ingresos corrientes para financiar operaciones de capital o aumentar los niveles de ahorro de la entidad (52).

Los datos correspondientes a Gipuzkoa son los siguientes:

**Tabla 6.** Ahorro neto / Ingreso corriente (Valores relativos)

Estrato de población	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
0-1.000	21,40	20,19	8,72	12,63	9,22	20,46	19,55
1.001-5.000	17,56	6,83	2,83	9,08	6,08	13,74	13,51
5.001-10.000	19,62	9,78	2,90	7,14	3,14	11,28	8,96
10.001-20.000	17,01	10,97	2,49	9,90	7,13	12,88	12,66
20.001-100.000	14,92	7,06	-1,17	10,50	4,87	13,87	13,58
100.000<	7,25	4,08	-4,02	3,72	-4,23	3,71	1,35
Total	14,22	7,93	0,00	7,88	2,79	10,39	9,29

Fuente: DFG y elaboración propia

Evidentemente los datos son inferiores al ahorro bruto por el efecto del endeudamiento pero, en general, la mayoría mantiene valores positivos. En el 2009 vemos que hay estratos cuya media cae hasta valores negativos. Lo más significativo del efecto de la crisis se muestra en la media ponderada del 2009 del TH, que presenta un valor de 0,00%. Esto significa que la suma de los ingresos corrientes de cada uno de los municipios igualaron los gastos corrientes generados por ellos mismos y que las operaciones de capital carezcan de recursos. Afortunadamente la recuperación es palpable aunque no se hayan alcanzado los niveles del 2007.

(51) Matemáticamente el ahorro neto en valor absoluto se representa así:

$$\text{Ahorro neto (€)} = [\text{Ahorro bruto (€)} - G_3 - G_{9j}] = \sum_{n=1}^5 (I_n) - \sum_{n=1,2,3,4,9} (G_n)$$

(52) Matemáticamente el ahorro neto en valor relativo se representa así:

$$\text{Ahorro neto (\%)} = \frac{\text{Ahorro neto (€)} \times 100}{\text{Ingresos corrientes}} = \frac{\sum_{n=1}^5 (I_n) - \sum_{n=1,2,3,4,9} (G_n)}{\sum_{n=1}^5 (I_n)} \times 100$$

### III.3. Nivel de endeudamiento legal

La diferencia entre el ahorro bruto y el ahorro neto es el porcentaje que supone la carga financiera respecto del ingreso corriente. Esta diferencia es considerada como el tercer indicador de la tutela financiera y muestra el porcentaje de ingresos corrientes que han de destinarse al pago de las cargas financieras (53).

En su proceso de cálculo intervienen los siguientes componentes:

1. Cargas financieras valor absoluto: importe computado a efectos de tutela financiera
2. Ingresos corrientes: Capítulos 1 a 5 de ingresos, excepto contribuciones especiales, cuotas de urbanización y aprovechamientos urbanísticos
3. Nivel de endeudamiento legal: (1) / (2) x 100 (54)

La evolución de este indicador, a la finalización de cada uno de los años de referencia utilizados y en cada uno de los estratos de población establecidos es la que se detalla en la siguiente tabla:

**Tabla 7.** Evolución del nivel de endeudamiento legal por estratos

Estrato de población	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
0-1.000	5,27	5,70	5,81	5,74	6,26	5,77	5,11
1.001-5.000	6,98	7,86	7,72	6,15	6,73	6,67	5,93
5.001-10.000	5,91	6,17	6,53	5,69	5,65	6,37	6,26
10.001-20.000	5,37	4,78	5,08	4,60	4,46	4,17	3,89*
20.001-100.000	6,75	6,59	7,14	6,23	6,91	7,27	6,67
100.000<	6,66	7,08	9,73**	7,53	8,33	8,15	8,37
Total	6,22	6,22	7,24	6,07	6,44	6,49	6,26

\*Valor mínimo

\*\*Valor máximo

Fuente: DFG y elaboración propia

En general, salvo el año 2009, este indicador se ha situado en torno al 6,3%. El comportamiento del nivel de endeudamiento en función de los diferentes estratos de población establecidos no presenta grandes diferencias. De los seis estratos fijados en cuatro, se ha reducido ligeramente su porcentaje y en el resto ha subido en proporciones similares. Merece una especial mención su evolución en la capital de pro-

(53) GUILLAMÓN LÓPEZ, María Dolores, BENITO LÓPEZ, Bernardino y BASTIDA ALBARADEJO, Francisco, «Evaluación de la deuda pública local en España», en *Revista española de financiación y contabilidad*, núm. 150, 2011, pp. 251-285.

(54) Matemáticamente podríamos representar el nivel de endeudamiento legal de la siguiente forma:

$$\text{Nivel de endeudamiento legal} = \frac{G_3 + G_9}{I_1 + I_2 + I_3 + I_4 + I_5} \times 100$$



vincia. En ella, habiendo alcanzado una cifra del 9,73%, al cierre del año 2009 corrige la situación y, a finales del año 2013, cierra con el 8,37%.

Si organizamos los ayuntamientos en función de su nivel de endeudamiento en cinco rangos, de 0% a 12% y mayores, podemos obtener la siguiente tabla:

**Tabla 8.** Distribución de los ayuntamientos por nivel de endeudamiento legal

Rango	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
12%<100%	8	9	13	6	11	8	5
9%<12%	12	12	11	11	10	16	13
6%<9%	18	20	14	21	21	16	19
3%<6%	25	24	26	25	25	25	26
0<3%	25	23	24	25	21	23	25
Total	88	88	88	88	88	88	88

Fuente: DFG y elaboración propia

Aunque durante los siete años objeto de estudio no se observan excesivas oscilaciones en el número de ayuntamientos que participan en los diferentes rangos establecidos, podemos afirmar que de estos cinco rangos en uno se ha mantenido (0<3%), en otros tres se ha aumentado (3%<6%, 6%<9% y 9%<12%) y en el rango de 12%<100% se ha reducido. En todo caso, a finales del año 2013, en más de la mitad de los ayuntamientos de Gipuzkoa (51) el nivel de endeudamiento es inferior al 6% y en tan solo cinco su nivel supera el 12%.

Este último rango es digno de mención por la evolución observada durante los dos últimos años: si al cierre del año 2011 había once ayuntamientos con un nivel de endeudamiento legal superior al 12%, dos años más tarde seis ayuntamientos han dejado esta posición para situarse en niveles inferiores.

### III.4. Margen de endeudamiento

Este indicador mide la proporción del ahorro bruto que queda disponible tras hacer frente al pago de las cargas financieras generadas por los pasivos financieros, esto es, el nivel o porcentaje de autofinanciación.

En su proceso de cálculo intervienen los siguientes componentes:

1. Cargas financieras valor absoluto: importe computado a efectos de tutela financiera
2. Ahorro bruto
3. Margen de endeudamiento valor relativo (55):  $100 - ((1) / (2) \times 100)$

Excepción: en el caso de que el ahorro bruto sea negativo o las cargas financieras sean mayores que el ahorro bruto se considera que el margen de endeudamiento es 0.

(55) Matemáticamente su representación es la siguiente:

$$\text{Margen de endeudamiento} = 1 - \frac{G_3 + G_9}{\text{Ahorro bruto (Absoluto)}}$$

En la tabla adjunta se presenta la evolución de este indicador por estratos de población durante los 7 años de estudio:

**Tabla 9.** Evolución del margen de endeudamiento por estratos de población

Estrato	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
0-1.000	80,25	77,97	60,01	68,75	59,55	78,00	79,28
1.001-5.000	71,55	46,52	26,82	59,63	47,45	67,33	69,49
5.001-10.000	76,87	61,33	30,74	55,64	35,72	63,90	58,85
10.001-20.000	75,99	69,65	32,90	68,30	61,53	75,53	76,52
20.001-100.000	68,86	51,73	0,00*	62,75	41,35	65,59	67,05
100.000<	52,13	36,55	0,00*	33,04	0,00*	31,27	13,90
Total	69,57	56,04	0,05	56,47	30,20	61,56	59,76

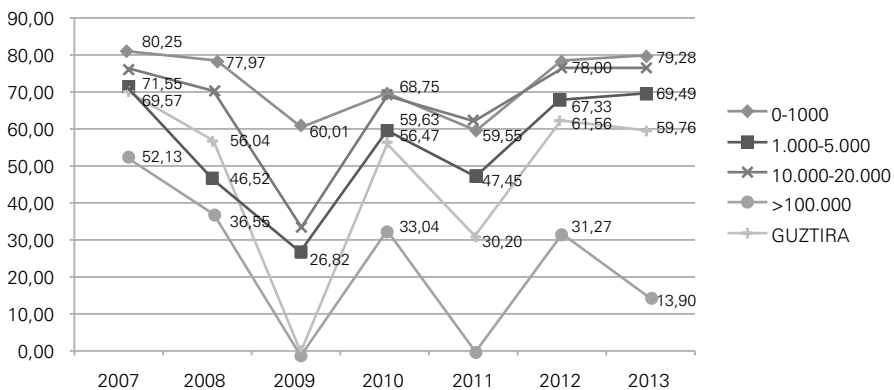
\*Valor mínimo

\*\*Valor máximo

Fuente: DFG y elaboración propia

Tal y como era previsible en función de lo analizado en los indicadores anteriores, el año 2009 marca un punto de inflexión porque al cierre de ese año los ayuntamientos de Gipuzkoa tenían un nivel de autofinanciación cercano al 0%, originado por los ayuntamientos de mayor nivel de población. En el gráfico adjunto se visualiza con mayor nitidez la diferencia de comportamiento de este indicador en los diferentes estratos establecidos:

**Gráfico 1.** Evolución del margen de endeudamiento por estratos de población



Fuente: DFG y elaboración propia

Los ayuntamientos con una población superior a los 20.000 habitantes, especialmente la capital de provincia, son las entidades con un mayor grado de variación en el comportamiento del margen de endeudamiento. Por contra, los ayuntamientos menos poblados son los que presentan un comportamiento más homogéneo y con cifras sostenidas en el tiempo. A la finalización del año 2013, podemos afirmar que, salvo en

el caso de la capital de provincia, este indicador se ha recuperado y presenta una situación similar al período previo a la crisis económica.

Aunque la tendencia general es de una clara mejoría, todavía figuran ayuntamientos que tienen serias dificultades para presentar un nivel mínimo (0<5%) de autofinanciación tal y como se puede ver en la siguiente tabla:

**Tabla 10.** Distribución de los ayuntamientos por margen de endeudamiento

Rango	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
75%<100%	47	40	28	33	22	35	42
50%<75%	24	16	14	27	21	36	33
25%<50%	5	12	8	10	10	10	6
5%<25%	4	6	3	8	9	2	2
0<5%	8	14	35	10	26	5	5
Total	88	88	88	88	88	88	88

Fuente: DFG y elaboración propia

Los datos muestran que, en función del número de ayuntamientos implicados, el año 2013 es uno de los mejores de toda la serie puesto que 75 ayuntamientos tienen un margen de endeudamiento superior al 50% y tan solo 5 ayuntamientos tienen serios problemas para autofinanciarse con niveles inferiores al 5%.

### III.5. Deuda viva

Este indicador mide el peso específico que tiene la deuda a largo plazo, computada a efectos de tutela financiera, sobre los ingresos corrientes de la entidad.

En su proceso de cálculo intervienen los siguientes componentes:

1. Deuda viva valor absoluto: Para su cálculo, se tomarán en consideración todas las operaciones vigentes a 31 de diciembre, incluido el riesgo derivado de los avales. Y al resultado obtenido se agregarán tanto las operaciones formalizadas y no dispuestas como aquéllas que estén previstas para el ejercicio en curso, y se deducirán las cuotas de amortizaciones previstas para el mismo año  
 En dicha magnitud no se incluirán los saldos pendientes de devolución por el FFFM.
2. Ingresos corrientes: Capítulos 1 a 5 de ingresos, excepto contribuciones especiales, cuotas de urbanización y aprovechamientos urbanísticos
3. Deuda viva valor relativo: (1) / (2) x 100 (56)

En la Instrucción para el desarrollo de la competencia de tutela financiera en materia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las entidades locales de Gipuzkoa (57), aprobada por el Departamento de Hacienda y Finanzas de la DFG

(56) Matemáticamente, su representación es la siguiente:

$$\text{Deuda viva (relativo)} = \frac{\text{Deuda viva (absoluto)}}{\text{Ingresos corrientes}} \times 100$$

(57) BOG núm. 227, de 28 de noviembre de 2013.

para los años 2013 y 2014 (58), se establece como objetivo de deuda pública no superar el 95% de los ingresos corrientes del último presupuesto liquidado.

La evolución que muestra este indicador por estratos es la que se presente en la siguiente tabla:

**Tabla 11.** Evolución de la deuda viva por estratos

Estrato	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
0-1.000	41,02	39,33	43,53	47,93	46,86	40,16	32,82
1.000-5.000	49,13	47,81	47,89	49,53	51,90	46,63	40,37
5.000-10.000	34,09	26,89	39,47	38,31	37,80	36,84	33,30
10.000-20.000	33,74	32,54	36,62	34,41	32,66	26,49	23,38*
20.000-100.000	50,67	48,21	55,32	50,14	51,11	47,39	40,77
100.000<	50,70	76,76	77,63	76,27	80,24**	75,37	76,06
Total	43,59	48,96	53,71	51,71	52,52	48,16	44,83

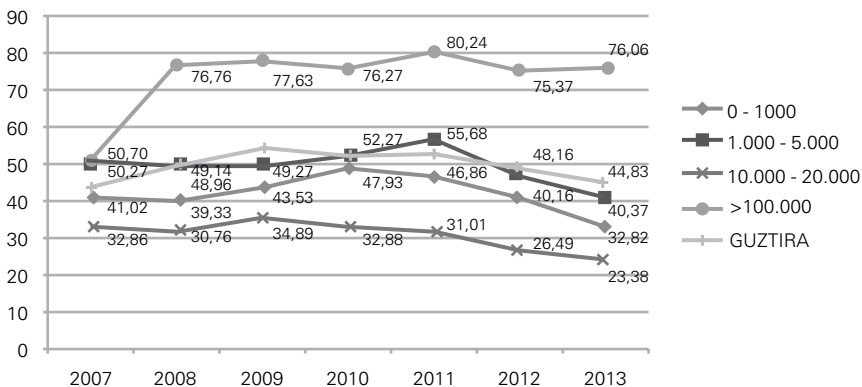
\*Valor mínimo

\*\*Valor máximo

Fuente: DFG y elaboración propia

Aunque el objetivo general marcado por la DFG para el ejercicio 2013 es del 95%, la deuda viva del conjunto de los ayuntamientos alcanza el 44,83%. Después de 6 años de crisis el año 2013 presenta un indicador muy similar en su conjunto al del año 2007 (43,59) pero con una diferencia digna de mención: todos los estratos salvo la capital de provincia han mejorado su posición de partida. Véase en el siguiente gráfico su evolución:

**Gráfico 2.** Evolución de la deuda viva por estratos



Fuente: DFG y elaboración propia

Teniendo en cuenta el peso específico que tiene la deuda viva (en valores absolutos) del ayuntamiento de Donostia-San Sebastián sobre el conjunto de los ayunta-

(58) Norma Foral 1/2013.

mientos de Gipuzkoa (cerca del 49%), y si descontáramos la influencia de la deuda de este ayuntamiento (que después de alcanzar un máximo de 80,24% en el 2011 se sitúa en un 76,06% en el 2013) el conjunto del resto de entidades se situaría en un nivel de deuda de un 32,32%. Un porcentaje que está muy por debajo del 75% exigido por el Gobierno Central a las entidades locales a la finalización del año 2014.

Tal y como se ha recogido en el concepto de este indicador, el Departamento de Hacienda y Finanzas de la DFG entiende que al importe computado como deuda viva por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (59) se le deben incorporar todos los avales concedidos por los ayuntamientos por considerar que los mismos representan un riesgo financiero añadido.

En la tabla adjunta se presentan las diferencias de cómputo entre las dos entidades de los últimos cuatro años de los que se disponen datos comparables:

**Tabla 12.** Diferencias de cómputo de la deuda viva

AÑO	Departamento de Hacienda y Finanzas	Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas	Diferencia
2013	408.334.220	292.702.000	115.632.220
2012	436.712.891	308.478.000	128.234.891
2011	464.014.298	313.026.000	150.988.298
2010	482.594.316	314.854.000	167.740.316
2009	466.254.666	315.375.000	150.879.666
2008	442.470.918	260.635.000	181.835.918
2007	398.023.193	No disponible	—

Fuente: Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, DFG y elaboración propia

Si a la finalización del año 2013 en lugar de utilizar la referencia del Departamento de Hacienda se utilizara la del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, este indicador de deuda viva en el conjunto de todos los ayuntamientos del TH de Gipuzkoa se reduce hasta la cifra de 32,14%, en vez del 44,86% de la Tabla 11. Teniendo en cuenta que del total de los avales computados durante el año 2013 (115.632.220€) el 87,96% (101.712.624€) corresponde al ayuntamiento de Donostia-San Sebastián, su ratio desciende de un 76,06% hasta un 37,02%. No es tan significativa la reducción de la ratio del resto de ayuntamientos que pasa de un 32,32% a un 30,18% de deuda viva sin avales.

No obstante, en fechas recientes, la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas ha elaborado una «Nota Informativa sobre el Régimen legal aplicable a las operaciones de endeudamiento a largo plazo a concertar por las entidades locales en el ejercicio 2014» donde el riesgo deducido de avales se computará a efectos del cálculo de la deuda viva (60).

(59) MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, *Deuda viva de las Entidades Locales a 31/12/201*, 2013.

(60) MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS, «Nota informativa sobre el Régimen legal aplicable a las operaciones de endeudamiento a largo plazo a concertar por entidades locales en el ejercicio 2014», 2014.

A pesar de esta realidad no es menos cierto que existen ayuntamientos con altos índices de endeudamiento, tal y como podemos ver en la siguiente tabla:

**Tabla 13.** Distribución de los ayuntamientos por nivel de deuda viva

Rango	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
95%<100%	9	6	9	9	10	6	3
75%<95%	8	8	9	8	5	6	6
50%<75%	13	15	17	15	22	18	15
25%<50%	24	23	16	25	21	24	23
0<25%	34	36	37	31	30	34	41
Total	88	88	88	88	88	88	88

Fuente: DFG y elaboración propia

Aunque la mayoría de ayuntamientos (64) tienen un nivel de deuda viva inferior al 50%, hay 9 con niveles superiores al 75%. Según la regla 2, referida al objetivo de deuda pública «aquellas entidades locales que no cumplan con el objetivo de deuda deberán formular un plan económico-financiero, que abarcará, como mínimo, el periodo 2014-2017. La evolución de la reducción de deuda prevista en dicho plan garantizará que la ratio de la deuda en el año 2020 no sea superior al 70%» (61).

Como síntesis de todo lo expuesto, obsérvense en la siguiente tabla los datos referidos al año 2013:

**Tabla 14.** Resumen indicadores de tutela financiera por estratos en el año 2013

Estrato de población	Ahorro bruto	Ahorro neto	Nivel de endeudamiento legal	Margen de endeudamiento	Deuda viva
0-1.000	24,66	19,55	5,11	79,28	32,82
1.001-5.000	19,44	13,51	5,93	69,49	40,37
5.001-10.000	15,22	8,96	6,26	58,85	33,30
10.001-20.000	16,55	12,66	3,89	76,52	23,38
20.001-100.000	20,26	13,58	6,67	67,05	40,77
100.000<	9,72	1,35	8,37	13,90	76,06
Total	15,55	9,29	6,26	59,76	44,83

Fuente: DFG y elaboración propia

(61) Instrucción para el desarrollo de la competencia de tutela financiera en materia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las entidades locales de Gipuzkoa, (BOG núm. 227, de 28 de noviembre de 2013).

#### IV. Conclusiones

- La Constitución, en base al principio de autonomía de los municipios, vació de contenido las facultades de la tutela financiera en materia de imposición y ordenación de tributos locales. Desde la aprobación de la Ley 18/2001 General de Estabilidad Presupuestaria y la reciente Ley 27/2013 de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local se ha ido cargando de contenido, al menos formalmente, si bien es cierto que en la práctica nunca se ha dejado de ejercer.
- El ahorro bruto de los ayuntamientos de Gipuzkoa cerró el año 2013 con cifras semejantes al 2012, mostrando una actitud de estabilidad que no se percibe en todo el periodo analizado. Ahora bien, estas cifras son significativamente más bajas a las cifras previas a la crisis (20,43%), alcanzando un 15,55% sobre los ingresos corrientes liquidados, salvo en la capital de provincia donde este indicador se sitúa en un exiguo 9,72%.
- Las cargas financieras computadas a efectos de la tutela financiera para el cálculo del ahorro neto han tenido un efecto dispar sobre los ayuntamientos de Gipuzkoa por su diferente nivel de endeudamiento. Aunque en términos generales su evolución está siendo positiva hasta alcanzar una cifra de 10,39% a finales de 2012 y estabilizarse en 9,29% en el 2013, todos los estratos establecidos, en mayor o menor medida, han reducido este porcentaje desde el año 2007, siendo reseñables dos hechos: 1) los municipios integrados en el estrato de población intermedio de 5.000 a 10.000 han reducido su indicador de ahorro neto desde el 19,62% hasta el 8,96%, y 2) la capital de provincia finaliza el año 2013 con un ratio del 1,35% y ha tenido que soportar dos ejercicios (2009 y 2011) con ahorro neto negativo.
- De todos los indicadores analizados, el correspondiente al nivel de endeudamiento legal es el que presenta menos variaciones durante la serie temporal analizada. Si el año 2007 empieza con un 6,22%, el año 2013 finaliza con una cifra de 6,26%, siendo solo 5 los ayuntamientos que poseen niveles superiores al 12% y coincidiendo la mayoría (4 de ellos) con municipios de menos de 1.000 habitantes.
- Aunque el año 2013 se cierra con un margen de endeudamiento cercano al 60% en el conjunto de los ayuntamientos, nuevamente merecen una especial mención los comportamientos observados en el estrato de población de 5.000-10.000 y en la capital de provincia. En el primero se ha reducido en cerca de 20 puntos este margen, quedando en un razonable 59%, y en el segundo, la reducción ha sido más acusada (cerca de 40 puntos), habiendo superado situaciones donde el margen ha sido nulo (2009 y 2011). El ayuntamiento de Donostia-San Sebastián finaliza el año 2013 con un margen cercano al 14%.
- El advenimiento de la crisis ha generado un incremento y posterior reducción de la deuda por pasivos financieros y avales (Tablas 11 y 12). El nivel del año 2013, tanto en términos absolutos como en términos relativos (408.334.220 euros y un 44,83% sobre los ingresos corrientes) respecto del año 2007 (398.023.193 euros y un 43,59%), refleja el retorno a la situación previa a la crisis económica. Es destacable el hecho de que todos los estratos, salvo el de la

capital, mejoran la ratio (Tabla 11). Esta singularidad del ayuntamiento de Donostia / San Sebastián viene motivada por el importe de los avales formalizados.

Trabajo recibido el 23 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.



**LABURPENA:** Udalen finantza egoera ezagutu eta kontrolatzeko bide bat finantza-tutoretza da. Beraren bidez udalen finantza jardueraren erantzule den erakundeak, gainbegiratzeko eta kontrol lanak bideratzen ditu. Gipuzkoako Foru Aldundiko Ogasun eta Finantza Departamentuko Zerga eta Finantza Politikako Zuzendaritza Nagusiko Erakundeekiko Konpromisoen Zerbitzuak finantza-tutoretzaren gauzatzearen ondorioen txosten emate eta espedienteen izapideak ditu bere eginkizunen baitan. Artikulu honek, 2007-2013 epealdian Gipuzkoako 88 udalerrietako osasun finantzarioa babesteko erabiltzen diren egoeraren eta garapenaren adierazleak aztertzen ditu.

**HITZ GAKOAK:** Finantza-tutoretza. Udalak. Adierazleak eta kudeaketa publikoa.

**RESUMEN:** Una de las vías para conocer y controlar la situación financiera de los ayuntamientos es la tutela financiera. A través de la misma, la administración competente en la materia realiza labores de supervisión y control de la actividad financiera desarrollada por la entidad sujeta a la misma. El Servicio de Compromisos Institucionales de la Dirección General de Política Fiscal y Financiera del Departamento de Hacienda y Finanzas de la Diputación Foral de Gipuzkoa tiene encomendada la función de emitir informes y tramitar expedientes a los efectos del ejercicio de la mencionada tutela financiera respecto de los municipios que integran su territorio. En este artículo se realiza un estudio de la situación y evolución de los indicadores que este servicio analiza para salvaguardar la salud financiera, durante el período 2007-2013, de todos y cada uno de los 88 ayuntamientos del Territorio Histórico de Gipuzkoa.

**PALABRAS CLAVE:** Tutela financiera. Ayuntamientos. Indicadores y gestión pública.

**ABSTRACT:** The financial guardianship is the mechanism for supervision and control the financial activity of the municipality by the superior entity. The Diputación Foral of Gipuzkoa has an specific service (Servicio de Compromisos Institucionales de la Dirección General de Política Fiscal y Financiera) to draft reports and start proceedings about financial activities of local governments (in concrete, 88 municipalities in the case of Gipuzkoa). This article analyses the indicators used by this service and their development in the period 2007-2013.

**KEYWORDS:** Financial supervision. Local councils. Local governments. Indicators and public management.



# Tergiversaciones casacionales sobre el razonamiento del jurado (1)

Juan Igartua Salaverría

**Sumario:** I.Preliminares.—II. Si estos son tus «amigos» ¿para qué quieres enemigos? II.1. Carácter lego del Jurado. II.2. ¿«Atomismo» vs. «holismo»? II.3. El reflejo del «contradictorio». II.4. La Ley por montera. II.5. Diferentes itinerarios convictivos de los miembros del Jurado. II.6. Ningún ponente entre tanta gente.—III. «Imposibilidad» e «inexigibilidad»: ¿de qué hablamos? III.1. De regreso al concepto de «motivación». III.2. Un precepto de observancia incontrolable.—IV. El disparate mayúsculo. IV.1. Locuacidad de la Ley... en sentido contrario. IV.2. Cuadro comparativo. IV.3. ¿Cuál es la colaboración del MP prevista en la Ley?—V. En resumidas cuentas

## I. Preliminares

«Muerto el perro, se acabó la rabia» dice un refrán premonitorio de lo que, a buen seguro, sucedería si se modificara la faceta más controvertida de la actual Ley del Jurado (la concerniente a la motivación del veredicto) conforme al plan sugerido en el anteproyecto legislativo (2). Es decir, con esta vuelta de página —aplazada de momento ¡menos mal!— quedaría *dísuelto* un problema que aún no está *resuelto* (3), por mucho empeño que haya desplegado el sector mayoritario de la Sala 2.<sup>a</sup> de nuestro TS en ofrecer la imagen contraria (silenciando incluso el pulso entre las dos «almas» que cohabitan en esa misma Sala (4)). En breve me tocará volver sobre ello.

1. Antes, convendrá tomar nota de un prejuicio muy aireado, cual es el de suponer que se pone menor o mayor énfasis en la motivación del veredicto según si se

---

(1) El presente texto es parte de mi colaboración en el proyecto de investigación «Razonamiento judicial. Bases teóricas y análisis prácticos» (DER 2013-47662-C2-1-R).

(2) Véase, al respecto, el inteligente análisis crítico de J. FERNÁNDEZ ENTRALGO, «El veredicto del proyectado modelo de Tribunal del Jurado», *La Ley*, 2013, n.º 8139 (especialmente el apartado IV. La motivación del veredicto del Jurado).

(3) Aunque tampoco extrañaría que el desacuerdo volviera a aflorar por otro lado. Y lo que hasta el presente viene siendo un conflicto sobre la *interpretación* de un texto legal, pasará a convertirse en una disputa sobre la *constitucionalidad* de la nueva opción legislativa. ¡Quién sabe!

(4) Como puso de relieve, en un fino y documentado trabajo, C. CASADO NAVARRO, «La motivación del veredicto. Los jueces legos y los jueces profesionales: delimitación de funciones según la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Jueces para la Democracia*, 2004, n.º 50.

está a favor o en contra del Jurado. O sea, como los antijuradistas pretenden demoler la institución, maximizan entonces los requisitos de la motivación del veredicto al punto de que el Jurado no sea capaz de afrontarlos; y, a la inversa, como los juradistas ambicionan legitimar a cualquier precio la participación ciudadana en la administración de justicia, dibujan un modelo de veredicto a la medida de la capacidad intuida (no analizada en realidad) de los no profesionales. Pero —me pregunto yo— ¿por qué no se invierte el orden de los factores, de manera que el *prius* resida en fijar el alcance de la motivación del veredicto y la aceptación o el rechazo de la institución sea el *posterius* o la consecuencia que derive de lo anterior? Precisamente, ese es el rumbo que deseo poner a esta corta navegación aunque se queda a medio trayecto. De manera que, con carácter introductorio, y por si fuera regla de urbanidad que —antes de polemizar— cada cual ha de dar noticias de su ubicación, adelanto tres de mis coordenadas.

- A. La primera, dudo que el rango constitucional (si alguno tiene<sup>(5)</sup>) de la institución dimanante del *facultativo* «los ciudadanos *podrán* participar en la Administración de Justicia» (art. 125 CE) sea parangonable al (que sí lo tiene) *imperativo* «las sentencias *serán siempre* motivadas» (art. 120.3 CE) y sin perder de vista que los veredictos forman parte de aquéllas.
- B. Después, con el punto de mira puesto sobre la legitimación de la función judicial (que no es otra que la *justicia* de la decisión dirimente ante un conflicto), sobresale el irrenunciable papel de la motivación (*única* garantía controlable de que se ha hecho «justicia») en contraposición al más accesorio de la participación popular en la administración de justicia (encima, limitada únicamente al rito penal y a una parte del mismo nada más). Desconfío de aquellas voces que nos alertan del peligro de «desnaturalizar» la *institución* (del Jurado) en caso de mostrarnos exigentes con la motivación del veredicto y, sin embargo, olvidan preguntarse si condescendiendo con motivaciones precarias no se desnaturaliza la *jurisdicción*.
- C. Por último, merece un ostentoso subrayado el cuidado (en la ejecución y en el control) de la motivación (compatible con su concisión) cuando la valoración fáctica de una resolución judicial, insusceptible de escrutinio en instancia superior, es solo revisable de modo indirecto a través de la motivación; al modo de lo que sucede p.ej. en aplicación del art. 14.5 del PIDCP (como sugiere la misma STS —que luego me ocupará— en sus FD 3.º y FD 8.º) y con el veredicto del Jurado.

2. Esta triada de ajustes, escasamente comprometedores la verdad, son ampliamente universalizables (formalmente, al menos). Después todo se complica; como sucede con la STS 151/2014 (ponente C. Conde-Pumpido) que merece especial atención: primero, por sus ambiciones de asentar una definitiva doctrina sobre la motivación del veredicto (ya veremos a qué coste); después, por la habitual sensibilidad de

---

(5) Lo digo porque sobre art. 102 de la Constitución italiana («La ley regula los casos y las formas de la participación directa del pueblo en la administración de justicia»), del que nuestro art. 125 CE es un *clon*, se ha escrito: «Es conocido que los constituyentes han remitido al parlamento la decisión sobre una eventual participación directa del pueblo en la justicia, por lo que no tiene un rango constitucional» (L. CORSO, «Giustizia senza toga. Giuria, democrazia e senso comune», *Criminalia*, 2008, pp. 349-350).

los grados inferiores de la jurisdicción —aquí también(6)— hacia la «dirección del viento» que sopla desde la altura; finalmente, por la rocambolesca redistribución de la carga de la motivación entre el Jurado y el Magistrado-Presidente (en adelante MP).

A esto último (y solo a la mitad de ello) dedicaré las páginas que siguen. Es decir, en la STS de referencia se defienden un par de tesis relacionadas entre sí: una, que se ha de mostrar flexibilidad con la motivación del veredicto a cargo del Jurado (en conformidad con el diseño del Legislador); dos, que el MP deberá compensar, en la redacción de la sentencia, las carencias del razonamiento del Jurado. Por hoy tengo bastante con discutir el primero de los asuntos (aunque ello ya dejará vislumbrar que también el segundo queda —para mí— muy tocado del ala).

## II. Si estos son tus «amigos» ¿para qué quieres enemigos?

Entre el par de factores que aconsejan flexibilizar el requisito de la motivación en el veredicto del Jurado hay uno estructural y otro coyuntural. El primero radica —en palabras de la STS— en «el carácter lego del Jurado»; al que, por tanto, no puede exigirse «el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que a un Juez profesional y experimentado». El segundo está formado —también según la STS— por la conjunción de algunas circunstancias, cuales son: el Jurado como «Colegio muy amplio» en el que «las razones que fundamentan la convicción de cada uno de los nueve jurados pueden ser parcialmente divergentes», con el añadido de «la inexistencia de un ponente profesional que concilie todas esas razones».

«Por ello —remata la STS— el Legislador ha expresado que basta para cumplir el deber de motivación con que los Jurados expresen de forma sucinta las pruebas que han determinado su convicción, de manera que posteriormente el Magistrado-Presidente pueda constatar en los elementos de convicción reseñados la naturaleza de prueba de cargo hábil para cumplimentar las garantías constitucionales de la presunción de inocencia». Por tanto, «la imposibilidad real y la inexigibilidad legal de reflejar todos y cada uno de los pasos e ingredientes del proceso valorativo, se complementa con la función técnica realizada por el Magistrado Presidente».

Dicho lo cual, y para no dejarnos llevar por la inercia ante tanta esquematización, convendrá poner plomo en los pies en previsión de resbalones evitables.

### II.1. Carácter lego del Jurado

Empecemos. La carencia de preparación técnica de los jurados, en contraste con la que se atribuye a los jueces togados, es la estrofa predilecta de una copla que no paran de cantar unos y otros (tanto los «anti» como los «pro» juradistas, curiosamente; aunque con objetivos dispares, por descontado). Sin embargo, visto lo que hay, opino que a eso, en balística, se llamaría tirar por aproximación. Así que afinemos la puntería.

---

(6) Por la cuenta que trae, al igual que en Italia (cfr. L. LANZA, «Emozioni e libero convincimento nella decisione del giudice penale», *Criminalia*, 2012, p. 373).

- A. Y para ello, lo primero es dejar de atenerse a fórmulas fáciles (y, por eso, muy propagadas) como la que pone el énfasis en la preparación técnico-jurídica de los jueces profesionales frente al defecto de la misma en los miembros del Jurado. Si de algo cabe prescindir en la motivación fáctica (de una sentencia o de un veredicto) es precisamente de la «técnica jurídica», superflua por entero para gobernar un discurso que por definición (pues nos movemos en un régimen de libre valoración de las pruebas) se rige por criterios supra o extrajurídicos (tomados de la lógica, de la experiencia común y de las ciencias empíricas). Calificar de «técnico» a un juez profesional que se aplicara a un menester para el que no ha recibido «ninguna formación específica» (7), implica un (ab)uso *atécnico* de la palabra «técnico». De donde, atendiendo a la distinción «técnicos/legos», en asunto de razonamiento fáctico *todos* (jueces y jurados) son a priori unos perfectos *legos*.
- B. No obstante, intuitivamente supondré que, en general, los jueces acumulan más práctica en la ocupación de valorar las pruebas en comparación con los individuos provenientes de otras profesiones (lo mismo que los futbolistas de primera —aun los analfabetos— en el golpeo del balón respecto de los participantes en un ocasional torneo interuniversitario). Además, teniendo presente que la médula del quehacer judicial consiste en el razonamiento argumentativo, no cuesta nada admitir que los jueces están provistos de estructuras lógico-argumentativas más afianzadas y automatizadas que el común de los ciudadanos. En ese sentido sí, los togados se hacen acreedores a la calificación de «técnicos» cuando valoran las pruebas y justifican la valoración realizada. Ahora bien, comparando con lo que éstos tienen el hábito de hacer, ¿cómo se comportan los jurados: son sólo más *torpes* o llanamente *incapaces*?

## II.2. ¿«Atomismo» vs. «holismo»?

Pregunta ésta que, casi sin querer, nos proyecta hacia una cuestión que parecería previa: la de si la diferencia, entre el razonamiento profesionalizado de los jueces y el razonamiento al que los jurados están habituados, consiste en una distinta *destreza* (de unos y otros) en el razonar o más bien en una distinta *naturaleza* del (respectivo) razonar. Y aquí emerge la contrapuesta modulación que —suele decirse— connota el «conocimiento» de los hechos: primordialmente *atomista* (o analítica) la de los jueces, *holista* (o de conjunto) la de los jurados (por ser la usual en la cotidianidad) (8) . Esbozaré, siquiera con trazo corto y grueso, cómo se configuran una y otra (9).

(7) P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «¿Neutralidad o pluralismo en la aplicación del derecho? Interpretación judicial e insuficiencia del formalismo», *Doxa*, 1994, núms. 15-16, pp. 867-868. Del mismo magistrado, y en la misma línea, cfr. «Lo que enseña el "caso Wanninkhof"», *Diario El País*, 8 de octubre de 2003, pp. 13-14.

(8) M. MONTAGNA, «Il ruolo della giuria nel processo penale italiano ed in quello statunitense», en M. Montagna (a cura), *L'assassinio di Meredith Kercher. Anatomia del processo di Perugia*, Roma, 2012, p. 278.

(9) Para una exposición más amplia, remito a D. ACCATINO, «Atomismo y holismo en la justificación probatoria», *Isonomía*, 2014, n.º 40; así como a F. GIUSBERTI, L. BENSI y R. NORI, *Oltre ogni ragionevole dubbio. Decidere in tribunale*, Roma-Bari, 2013; esp. cap. 2 (expresivamente titulado «I percorsi mentali che conducono alla sentenza»), pp. 33-55.

La diferencia se cimenta, dicho en bruto, en la diversa consideración del *probandum* (la hipótesis como totalidad para los holistas y como una parcelación de enunciados en los que se descompone la hipótesis para los atomistas) y en la distinta valoración del *probans* (como un conjunto de razones para la decisión según los holistas y como una lista de pruebas analizables una por una para los atomistas). Ahora bien, si queremos rescatar del mar de lo sumarial la distinción apuntada, convendrá no ir al bulto y ser algo más precisos.

Entonces, para hacernos una idea de los lugares en los que un modelo y otro colocan sus respectivos acentos, comencemos por la distinción —de más monta de la que parece— entre la *reconstrucción* del caso (*¿qué pasó?*), la *historia* del caso (*¿cómo pasó?*) y la *teoría* del caso (*¿por qué pasó?*). Sentado lo cual:

- A. Podría afirmarse que los atomistas empiezan por lo primero, tratando de averiguar los hechos del caso, pasando después a situarlos en una secuencia cronológica y finalizando por buscar —si se puede— una explicación de lo sucedido. Los holistas al revés, partirían de un intento por comprender lo sucedido, construyendo para ello una historia en la que las personas implicadas y las acciones realizadas se relacionan mediante nexos temporales (el «cuándo») y causales o intencionales (el «por qué») y organizando, a tal efecto, las pruebas presentadas durante el proceso.
- B. No obstante la inversa trayectoria de unos y otros, tanto atomistas como holistas pretenden cubrir todas las etapas del recorrido. Los primeros estiman que es indispensable una atención rigurosa e individualizada a las pruebas específicas disponibles, evaluando para ello su calidad epistémica y el sustento que aportan a los particularizados enunciados fácticos que componen la hipótesis probatoria; si bien son conscientes de que, en ocasiones, con las mismas pruebas en la mano es dable reconstruir dos historias alternativas, siendo preferible en tal situación la historia que explica más y mejor los datos acreditados. Los segundos, de su lado, enfatizan la plausibilidad de un relato, a partir del «stock of knowledge» (estereotipos, esquemas narrativos típicos, generalizaciones, etc.) que el sujeto posee, y que se forma progresivamente mediante ajustes de coherencia inconscientes entre ese *background* de conocimientos y los diversos elementos de prueba que han emergido durante el juicio, pero privilegiando aquellas pruebas que confirman el relato que va imponiéndose como el más coherente.
- C. Diríase que los atomistas están fundamentalmente polarizados por la *correspondencia* de la reconstrucción fáctica con los hechos realmente acaecidos; en tanto que los holistas se guían por la *coherencia* del relato mismo. El objetivo de los unos consistiría en construir una historia *verdadera*; el de los otros en narrar una *buena* historia.

No por nada, la coreografía en la que se despliegan esos estudios es el jurado norteamericano, que como se sabe emite veredictos globales (culpable/no-culpable) e inmotivados. Y si ahí sí encuentra ocasión propicia el razonamiento holista (o eso se dice(10)); en un jurado como el nuestro, en cambio, tiene poco que rascar.

(10) Efectivamente, se ha advertido que en muchos estudios sobre el razonamiento del Jurado, debido a dificultades empíricas y procedimentales, existe la tendencia a considerar las decisiones colegiales como si fueran expresión de las individuales, de modo que la investigación se centra sustancialmente en los individuos jurados (F. GIUSBERTI *et al.*, *Oltre ogni ragionevole dubbio...*, p. 75).

Acertaba quien sostuvo que en el imperativo de la motivación subyace «una teoría del conocimiento procesal» (11). Ya veremos cómo. Por ahora baste decir que si fueran de acuñación holista los hábitos mentales de los ciudadanos corrientes, éstos, una vez incorporados a la institución del Jurado, habrán de cambiar el *chip* de su cerebro por prescripción legal.

En efecto, asomados al balcón de la Ley del Jurado (art. 52.1), observamos que el objeto del veredicto está compuesto por un universo de enunciados —o «hechos»— muy populoso (suelen contarse por decenas) y diversificado (unos «favorables» y otros «desfavorables» al imputado, como obligado reflejo del contradictorio). O sea, en el veredicto se realiza una disección del *factum probandum*, en connivencia con el *approche* atomista. Y cada enunciado de esas dos listas (favorables y desfavorables) deberá ser valorado, luego, por el Jurado bien como «probado» o bien como «no-probado». Con lo que, tras cumplimentarse el veredicto, nos encontramos hasta con cuatro clases de enunciados probatorios (o «hechos»), a saber: favorables y probados, favorables y no-probados, desfavorables y probados, desfavorables y no-probados. Imposible mayor troceamiento.

Tal ostentosa atomización del *probandum* (en enunciados o «hechos» particularizados) se expande, no sólo por imperativo legal sino por fuerza lógica, al *probans*.

Recuérdese que, a propósito de los «hechos», habíamos contabilizado hasta cuatro los resultados que procrea el intercambio de las parejas «hechos favorables/hechos desfavorables» y «hechos probados/hechos no probados». Ahora toca preguntar ¿en virtud de qué un hecho «favorable» u otro «desfavorable» merece la calificación de «probado» o «no probado»? Pues, naturalmente, en función de la fiabilidad y/o peso probatorio de las pruebas que, a su respecto, han emergido en el contradictorio entre las partes durante el proceso. No es aventurado presumir que la acusación habrá aducido pruebas (las mismas o diferentes) tanto para confirmar cada hecho desfavorable al acusado como para refutar cada hecho que le es favorable, en tanto que la defensa —a la inversa— habrá aportado pruebas (las mismas o diferentes) tanto para confirmar cada hecho favorable al acusado como para refutar cada hecho que le es desfavorable. En consecuencia, eso obliga a un examen individualizado de cada prueba para catalogarla atendiendo a los cuatro perfiles resultantes e incluirla en la lista que le corresponda, o sea entre: las pruebas que confirman hechos favorables, las que refutan hechos desfavorables, las que confirman hechos desfavorables y las que refutan hechos favorables. Obviamente, a esta primera fase de *catalogación* de las pruebas deberá seguir otra (tan importante o más) cual es la de su *valoración*, para lo cual entrarán en juego los criterios de «fiabilidad» (para estimar si las pruebas son atendibles o no) y de «peso» (para apreciar si están o no dotadas de alguna fuerza probatoria).

Pues bien, todo esto, que quizás asuste por su engañosa pinta hipercompleja, ha sido compendiado con sencillez en el art. 61.1 *d)* de la Ley del Jurado cuando prescribe que el «acta de la votación» contendrá «los *elementos de convicción*» que «los jurados han atendido para hacer las declaraciones anteriores» (relativas a los «hechos probados»/«hechos no-probados» y si encuentran «culpable/no culpable» al acusado), con «una sucinta explicación de las *razones* por las que han *declarado o rechazado declarar* determinados hechos como *probados*».

(11) F. M. IACOVIELLO, «Motivazione della sentenza penale (controllo della)», *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento IV*, Milán, 2000, p. 761.



Pero en el mencionado precepto legal hay algo más que el obligado despiece del producto probatorio acumulado en el juicio. Porque en la Ley se detecta además el respunte de otro rasgo distintivo del «atomismo» (frente al «holismo») y del razonamiento habitual de los jueces profesionales (en contraposición al de los no-expertos).

### II.3. El reflejo del «contradictorio»

Esto es, el respeto del atomismo por los elementos de prueba no sólo pone en candelerio el imperativo de examinarlos *uno por uno* (como acabo de subrayar) sino también la obligación de escrutarlos *todos* ( todos los provistos de alguna relevancia, se entiende), tanto los destinados a corroborar como a falsar la hipótesis en liza; o sea, justo al revés del holismo que —según apunté— tiende a identificar rápidamente una hipótesis y a privilegiar las informaciones que satisfacen la opción asumida (12). Mientras que el ideal holista consiste en fraguar una historia *redonda* donde todo encaja, el atomismo persigue una reconstrucción *verdadera* de los hechos a sabiendas de que eso depende, tanto o más que de las pruebas confirmatorias de la hipótesis, de cómo resiste ésta a las pruebas que intentan falsarla.

- A. Y singularmente iluminativos al respecto resultan algunos experimentos en los que los participantes (jueces togados y legos), tras leer con atención las detalladas actas de un juicio (declaraciones de los testigos, informes periciales, etc.), cada uno de ellos debía indicar uno por uno los elementos de prueba sobre los que fundaba su razonamiento y justificaba su posterior decisión condenatoria o absolutoria. Los datos recogidos son reveladores: los magistrados emplean en general un mayor número de elementos probatorios respecto de los legos, introducen en sus argumentaciones más elementos falsificadores que los no-expertos y, finalmente, los utilizan en mayor medida que los elementos verificadores en su personal reconstrucción de los hechos (a la inversa de los no-profesionales)(13). En síntesis, la diferencia cuantitativa y cualitativa de los jueces de carrera frente a quienes no lo son reside en que los primeros adoptan principalmente una estrategia de naturaleza falsacionista y los segundos de sello verificacionista (14). ¿Y cómo explicar esa mayor habilidad de los profesionales para reconocer adecuadamente las hipótesis enfrentadas y para servirse de elementos probatorios aptos tanto para sostenerlas como para desmentirlas? La clave estaría en la especificidad del trabajo jurisdiccional. Los jueces son expertos en el contradictorio; están acostumbrados a escuchar, examinar y valorar hipótesis contrastantes (de la acusación y de la defensa). En ese contexto, es fácil imaginar cómo se activa la producción de un argumento y de su contrario, a diferencia de la tendencia del ciudadano corriente a no considerar los casos alternativos y potencialmente falsificadores de la hipótesis retenida (15).

---

(12) A. FORZA, «Razionalità ed emozioni nel giudicante», *Criminalia*, 2011, n.º 6, p. 361.

(13) F. GIUSBERTI *et al.*, *Oltre il ragionevole dubbio...*, pp. 81-82.

(14) F. GIUSBERTI *et al.*, *Oltre il ragionevole dubbio...*, p. 93.

(15) F. GIUSBERTI *et al.*, *Oltre il ragionevole dubbio...*, p. 83.

- B. De lo dicho cabría colegir, entonces, que acomodarse al tipo de razonamiento prescrito por la Ley del Jurado entraña para la gente de la calle la violencia de pensar en clave distinta a la que le es familiar. Sin embargo, tal conclusión pasaría por alto una característica muy importante del veredicto español. En efecto, si los jurados recibieran una hoja en blanco para que la rellenen según entiendan, probablemente fracasarían en el empeño de componer un veredicto centrado, articulado y completo (en el que se reflejara el contradictorio entre las partes), pues no están entrenados en identificar las hipótesis manejadas por la acusación ni las contrahipótesis de la defensa así como tampoco en buscar el hilo conductor que da sentido a las diversas pruebas que han presentado las partes durante el juicio en una secuencia cronológica seguramente desordenada. Ahora bien, a diferencia de los experimentos acabados de mencionar donde cada participante ha de arreglárselas por su cuenta y de punta a cabo, en España la construcción de un veredicto desmenuzado en enunciados particularizados (o «hechos»), clasificados (según convenga a las hipótesis de la acusación o a las contrahipótesis de la defensa) y alineados (siguiendo un itinerario discursivo lógico) corre a cargo del MP. A los jurados, liberados de tanta complicación, les basta y les sobra con localizar en los distintos medios de prueba aquellas informaciones (o «elementos») referidas a los distintos hechos («favorables» y «desfavorables») y sobre cuya base habrán de explicar (sucintamente) por qué los aceptan como «probados» o los rechazan por «no probados». Eso es todo. Y por ningún lado se ve qué incidencia pudiera tener ahí una diversa configuración del razonamiento (atomista u holista) de unos y otros (jueces y legos).

Además, raro sería que por ahí fueran los tiros de la Sala 2.<sup>a</sup>, poco proclive a degustar *delikatessen* de psicología cognitiva; impresión que ratifica incluso la colaboración que —según la STS de referencia— ha de prestar el MP en orden a reparar las deficiencias motivatorias del Jurado, enteramente ajenas a las posibles disfunciones ocasionadas por *razonar* en un código (holista) y tener que *expresar* el razonamiento en otro código distinto (atomista).

Para nuestra desgracia, el TS nos ha dejado con las ganas de saber en qué se traduce, finalmente, la proclamada diferencia entre «técnicos» y «legos»; si en algo invencible o en algo remediable mediante instrucción y asesoramiento (como necesitan los novatos). La estrategia (consciente o no) que adopta la Sala es clara: parapetarse tras tópicos aparatosos pero sin profundizar en ellos; no vaya a ser que se desintegren, al igual que unas ostentosas moles de barro seco (que no de hierro), con un par de sacudidas críticas.

#### II.4. La Ley por montera

Pero eso no es todo, ni lo más decepcionante. Bordea (por dentro) la falta de respeto hacia la Ley del Jurado la pretensión de la STS de prestar su boca a las palabras de la Ley (¿las implícitas acaso? porque las explícitas...) cuando, en realidad, se ha embarcado en un burdo ejercicio de ventriloquía. La STS aduce la falta de cualificación técnica del Jurado como una de las razones («por ello», es la expresión con la que el

TS marca el nexo inferencial en un par de ocasiones (16)) para justificar por qué la Ley se contenta con una motivación rebajada («sucinta explicación») del veredicto (17). Pues bien, que en el cumplimiento de sus funciones los jurados desmerezcan por su preparación respecto de los jueces togados, es algo que no se le ocurrió ni al *apuntador* (18). Y, desde luego, al Legislador rotundamente no. Todo lo contrario.

El texto entero de la Ley del Jurado rezuma un optimismo antropológico —candoroso quizás (pero esa es otra historia)— sobre las capacidades de los jurados digno de la más fervorosa tradición pro-juradista (19). Bastará un puñado de citas para mostrarlo, sin salirme de la Exposición de Motivos (instrumento interpretativo de primer orden).

Así, en el apartado II de la citada Exposición de Motivos, se enfatiza que «la ciudadanía (...) constituye el índice de la capacidad presunta *no necesitada de otras (...) acreditaciones de capacidad probada*». Y, en esa onda, la Ley «exige del Jurado que su *demonstrada capacidad* para decidirse por una u otra versión alcance el grado necesario *para la exposición de sus motivos*» (Exposición de Motivos V); subrayándose que «la *exigencia constitucional de motivación*» es «desde luego *posible* si se considera que *en modo alguno requiere artificio* y cuenta en todo caso el Jurado con la posibilidad de instar el asesoramiento necesario» (Exposición de Motivos V). De manera que las instrucciones del MP, previas a la deliberación del Jurado, tienen por objeto «suplir las deficiencias que puedan derivarse del *desconocimiento técnico de la Ley*» pero *sin* que «puedan *extenderse a aspectos en los que los Jurados deben y pueden actuar con espontaneidad*» (Exposición de Motivos V); con la salvedad de que, a la vista de «una injustificada dilación en la emisión del veredicto que afectaría al prestigio de la institución», pueda el MP impartir instrucciones a fin de evitar que «la *inexperiencia* de los deliberantes unida a su reticencia a instar la instrucción» produzca «una innecesaria prolongación de la deliberación» (Exposición de Motivos V).

Sólo un zahorí podría detectar en el subsuelo de estas frases el pretendido (por la STS) reconocimiento del Legislador de que el Jurado, en lo *suyo* y donde *no* ha lugar al *artificio*, se encuentra en inferioridad por carencias estructurales de índole técnica. Como mucho la Exposición de Motivos alude a la «inexperiencia» del Jurado que, *incidentalmente* (por demora indebida en la entrega del veredicto), puede requerir una instrucción complementaria (perfectamente asimilable por él, se supone) pero no un curso de técnica jurídica. Entonces ¿en virtud de qué espeso misterio el TS infiere de todo eso que el Legislador ha optado por *escuchimizar* en el veredicto, y con *carácter general*, el constitucional empaque de la motivación dejándola en «sucinta» nada más?

(16) La otra se encuentra en aquel segmento del F.D. 4.º que dice: «tratándose de sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado no puede exigirse a los ciudadanos ( ) el mismo grado de razonamiento intelectual y técnico que puede exigirse a un Juez profesional y experimentado y *por ello* la LOTJ sólo exige (art.61.1 d) una sucinta explicación de las razones»).

(17) Luego nos llevaremos una sorpresa morrocotuda a propósito de la «sucinta explicación», pero no adelantemos acontecimientos.

(18) Significativas son estas palabras de un actor bien significado en la elaboración del texto legislativo: «Lo que permite calificar al juez como científico es una formación bien limitada: la dogmática. Y ésta constituye pertrecho bien exiguo en lo tocante a la tarea de comprobación de la verdad de lo ante él alegado mediante el estudio y análisis de la actividad persuasiva de los sujetos del proceso» (L. VARELA CASTRO, «Fundamentos político-constitucionales y procesales», en L. Varela Castro (dir.), *El Tribunal del Jurado*, Madrid, 1995, p. 51).

(19) Si alguien siente curiosidad por conocer un amplio argumentario de los panegiristas del Jurado, le remito, entre otros muchos, al libro de L. CORSO, *Giustizia senza toga. La giuria e il senso comune*, Torino, 2008.

## II.5. Diferentes itinerarios convictivos de los miembros del Jurado

Censura similar a la recién expuesta cabría dirigir a otra consideración del TS incluida en el mismo *pack*, a saber: que «las razones que fundamentan la convicción de cada uno de los nueve jurados pueden ser parcialmente divergentes, y algunos pueden haber puesto el acento en una fuente de prueba a la que otro da menos crédito, u obtenido su convicción a través de un razonamiento parcialmente diferente» (FD 4.º).

Desconozco si tal circunstancia tiene —en opinión de la Sala 2.ª— vinculación con la profanidad de los jurados en materia jurídica o, al contrario, afecta a todo el mundo (legos y profesionales) indistintamente (20). De cualquier modo, el Legislador no ha reparado en ella y, entonces, salvo un arriesgado juicio de intenciones sin ningún referente textual en la Ley, mal se ve cómo pueda inferirse (también ahora) que «*por ello* el Legislador ha expresado que (...) para cumplir el deber de motivación basta con que los Jurados expresen de forma sucinta las pruebas que han determinado su convicción». De eso nada.

Y no parece juego limpio intentar colar como idea del Legislador la que es de cosecha propia (del TS). Pero hay algo peor todavía: la idea misma, por tóxica; de recurrente uso en contextos institucionales refractarios al control (y cuya emblemática muestra es la acostumbrada vista gorda de la Sala 3.ª del mismo Tribunal en la indulgente fiscalización de la discrecionalidad administrativa (21)), o promovida también por personas de la vieja escuela (preconstitucional) no recicladas a su debido tiempo o no del todo en los valores garantistas. Y por aquí conviene empezar.

De entrada, aceptar como un *ça va de soi* (según hace el TS) el que la valoración de las pruebas se sustancia en asunto subjetivo de cada juzgador, ineludible e incontrolable, contrasta con el «garantismo» entendido como un sistema de reglas destinadas a limitar la acción de los poderes públicos en el ámbito procesal y en el que el proceso será «justo» sólo si está basado sobre «elementos de conocimiento sometidos a pública verificación y discusión acerca de sus resultados demostrativos» (22). O sea, no es el singular y variable itinerario convictivo de los jurados (de cada uno de ellos) el que pone en un brete cómo se motiva un veredicto sino, a la inversa, es la obligación de motivar la que disciplina a qué ha de sujetarse la convicción de los juzgadores; pues como dijo alguien (sé quién pero no me acuerdo dónde) la convicción es un *fenómeno* (psicológico), no un *criterio* (epistemológico). Y, a ese respecto, importa y mucho conocer (y controlar) cuáles han sido los motivos que fundamentan las convicciones de los jurados (no vaya a ser que éstas se alimenten de elementos aje-

(20) En ese sentido se ha subrayado la misma situación problemática en el funcionamiento de cualquier tribunal al destacarse que, entre las dificultades para motivar la valoración de las pruebas, «la primera creo que puede plantearse en los órganos penales colegiados, y consiste, en mi opinión, en el diferente proceso mental que cada juez puede recorrer para llegar a la certeza, aun apreciando unas mismas pruebas y aun llegando a la convicción de la culpabilidad del acusado» (F. TOMÁS Y VALIENTE, «“In dubio pro reo”, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1987, n.º 20, p. 34).

(21) Como botón de muestra: «Ha de ponerse de manifiesto que tal ejercicio de discrecionalidad corresponde a un órgano colegiado, no a una persona singular ( ) sin que sea posible, ni necesaria, una motivación expresa y pormenorizada de cada uno de sus componentes» (cit. en J. IGARTUA SALAVERRÍA, «Discrecionalidad y motivación. Algunos aspectos teórico-generales», *Revista Vasca de Administración Pública*, 2002, n.º 64; pp. 132-133).

(22) R. MAGI, «Garantismo», en L. Pepino (a cura), *Giustizia. La parola ai magistrati*, Roma-Bari, 2010, p. 25.

nos a lo visto y oído en el juicio o que tales elementos hayan sido valorados de manera atrabiliaria).

Ahora bien, aun concediendo en línea de partida que se deban explicitar las pruebas y las razones que justifican la racionalidad de la convicción, todo hace pensar que la objeción avanzada por el TS permanece incólume. Es decir, no siendo descartable una pluralidad de justificaciones racionales basadas en el mismo cuadro probatorio ¿cómo plasmarlas documentalmente en una motivación que hasta la misma Ley prevé «sucinta»?

Sin embargo, bien mirado, semejante escollo padece de irrealidad. ¿Para qué sirve si no la deliberación? Así como los miembros de cualquier órgano colegiado deliberan para adoptar una *decisión*, lo mismo deben hacer para acordar una *motivación*. Tanto una (la decisión) como otra (la motivación) son funciones y responsabilidades del órgano como tal (no de sus componentes tomados individualmente). De ahí que la motivación no consista en componer un *puzzle* con los pareceres predefinidos e inamovibles que los jurados (cada uno por su lado) puedan traer de casa, sino en el resultado consensuado tras un intercambio dialéctico entre ellos(23). Normalmente, además, las razones afloran entremezcladas en la discusión con las propuestas decisionales.

Y por fortuna, los jurados no han sido reclutados en las cuatro esquinas de la inmensidad sideral; provienen de un mismo entorno geográfico y comparten experiencias vitales, referencias culturales, informaciones, etcétera. Por eso, cuando se consiente la participación de los legos en la administración de justicia, implícitamente se reconoce —de conformidad con el pensamiento ilustrado— que todo ciudadano puede estar en grado de formular juicios fundados en un sistema de razones suficientemente convincentes, que sabe escuchar a sus semejantes y que es capaz de revisar sus propios puntos de vista(24). Y más en situaciones en las que su decisión genera de ordinario repercusiones de elevado dramatismo, como acontece en los procesos penales.

En última instancia, si persistieran las discrepancias, únicamente los fundamentos sufragados por la mayoría del Jurado se harían acreedores a figurar en la motivación del veredicto (25).

## II.6. Ningún ponente entre tanta gente

Si fuera atinado mi comentario precedente, perdería fiereza el tercer obstáculo (enlazado con el anterior) que se destaca en la STS: el que acentúa que «otra solución» contraria a la «menor exigencia que se impone al Jurado respecto de los Tribunales técnicos viene impuesta» «no sería conciliable con las características de una decisión adoptada por un Colegio muy amplio y redactada sin concurrencia de un

---

(23) M. MONTAGNA, «Il ruolo della giuria...», p. 270

(24) Cfr. L. CORSO, *Giustizia senza toga...*, pp. 379-381.

(25) Si bien este último apunte necesitaría mayor precisión, anticiparé que, a mi entender, un «hecho» no podría considerarse «probado», por mucho que todos los miembros del Jurado lo tuvieran por efectivamente ocurrido, si luego no hay un consenso suficiente sobre las razones probatorias que se ofrecen como fundamento. Una cosa es estar «convencido» de algo y otra distinta es tenerlo por «probado»; y no se olvide que la Ley utiliza la expresión «hechos *probados*».

ponente»; pues, ante la eventualidad de que «las razones que fundamentan la convicción de cada uno de los nueve jurados pueden ser parcialmente divergentes», «la inexistencia de un ponente profesional que concilie todas esas razones, conduciría, previsiblemente, a una prevalencia de supuestos de discordancias irresolubles en la motivación, si se exigiese una minuciosidad exhaustiva en el detalle». Argumento que se corona con el consabido «*por ello* el Legislador ha expresado (...) que basta para cumplir el deber de motivación con que los Jurados expresen de forma sucinta las pruebas que han determinado su convicción» (FD 4.º).

Antes de entrar en materia, siquiera de pasada volveré a colocar el mismo disco, ya rayado de tanto ponerlo, denunciando aquí también la argucia del TS al imputar a la intención legislativa lo que, en realidad, sólo ha pasado por su cabeza. No hay en la Ley del Jurado el más ínfimo rastro de que la ausencia de un ponente profesional haya contado a la hora de prescribir un específico y rebajado formato de la motivación en el cuerpo del veredicto. Sentado lo cual, entro a discutir el argumento en lo que de por sí vale.

- A. Lo de menos es el número de personas que integran el Jurado; amplio sí pero, desde luego, inferior al que congregan los plenos del TC y de las principales Salas del TS. A nadie he oído decir, sin embargo, que las resoluciones dimanantes de tales plenarios pueden beneficiarse de algún descuento en su correspondiente motivación.

¿Será porque cuentan con un ponente? Quizás. De todos modos, en poco se parece la composición de una sentencia con la cumplimentación de un veredicto. Para empezar, es mucho más compleja la sentencia (que incluye cuestiones de hecho, cuestiones de derecho y determinación de consecuencias) que el veredicto (limitado en exclusiva a las cuestiones de hecho). Para proseguir, y en consonancia con lo anterior, también son mucho más diversificadas y extraordinariamente técnicas las deliberaciones que el ponente de la sentencia ha de tener en cuenta al redactar una sentencia, en comparación con los argumentos de sentido común que abarcan por completo los diálogos entre los jurados y son los únicos que acoge el veredicto. Para terminar, la tarea más ardua y determinante del ponente atañe a la arquitectura del razonamiento de la sentencia (p. ej. limitándonos al ámbito de la argumentación fáctica: identificación de la hipótesis, desmembramiento de la misma en distintas sub-hipótesis, conexiones entre estas últimas, formulación de las contrahipótesis si las hubiere, confección del cuadro probatorio, ordenación de las cuestiones probatorias según una secuencia lógica, etc.), en tanto que el Jurado se encuentra con todo este trabajo ya hecho por el MP (verdadero arquitecto del objeto del veredicto) y debiendo ocuparse nada más que de labores de relleno.

- B. Ya, pero —se dirá— ¿finalmente quién se encarga en un Jurado del encaje de bolillos armonizando las razones divergentes que han podido conducir a cada uno de los nueve a la convicción que manifiestan? Pues bien, aunque parezca mentira, este no es un rasgo distintivo que marca la *diferencia* entre la motivación de una sentencia y la motivación de un veredicto (como pretende el TS) sino, curiosamente, un punto de *coincidencia* (negativo) entre la sentencia y el veredicto. Es decir, ni la sentencia ni el veredicto tienen por qué dar cuenta de las razones por las que cada miembro (del Tribunal togado o del Jurado) ha

«obtenido su convicción»; simplemente, porque eso no es cometido de la motivación, con independencia de quien sea su autor (profesional o lego). Lo cual, por respeto a la singularidad de la cuestión, merece ser analizado en un apartado autónomo.

### III. «Imposibilidad» e «inexigibilidad»: ¿de qué hablamos?

A la vista de las premisas, ya señaladas, que ha aireado el TS, nos reventaría de estupor que la STS no diera el puntillazo reconociendo «la imposibilidad real y la inexigibilidad legal de reflejar (en el veredicto) todos y cada uno de los pasos e ingredientes del proceso valorativo» (FD 4.º).

A mi entender, «imposibilidad» e «inexigibilidad» son palabras inadecuadas en este contexto. Más certera y drástica es la de *inutilidad* (y que, de paso, hace también *inútil* entretenerse, como la STS, en negar que la motivación del veredicto haya de «reflejar todos y cada uno de los pasos e ingredientes del proceso valorativo»). Y eso por una dupla de razones.

#### III.1. De regreso al concepto de «motivación»

La primera, porque tal requisito no está inscrito en el cromosoma del concepto («motivación»). Es decir, que la motivación no consiste en eso; no tiene como objetivo exteriorizar el proceso valorativo. Lo cual es de aplicación universal; válido tanto para la motivación del veredicto como para la motivación de una sentencia más al uso.

«Motivar» no significa *describir* un *proceso* decisonal sino *justificar* una *decisión*. Que en esa tarea (en la justificación) el órgano decisor a menudo se valga de razones (muchas o pocas) que emergieron en el proceso conducente a la decisión, es sin duda posible, probable y hasta plausible (por salud mental y por comodidad; y más dentro de un órgano colegiado, al menos si el ponente aspira a que sus colegas firmen la resolución). Pero ni *necesario* ni *verificable*.

- A. Que no es *necesario* que las razones justificativas se correspondan con las razones surgidas en el proceso valorativo, se ve de inmediato a poco que se examine el cuadro de las patologías que pueden afectar a la motivación. Ninguna de ellas tiene como referente las cavilaciones de un juez (si el órgano es unipersonal) o la deliberación de un tribunal (colegiado, por tanto). Los vicios de la motivación se detectan por referencia bien a lo decidido, bien a lo acontecido en la vista oral (o a lo contenido en el recurso), o bien a la motivación escrita en sí misma. En suma, nada que guarde relación con el itinerario mental (o deliberativo) recorrido por el decisor. Así, se dirá que está *omitida* una motivación que p.ej. deje sin justificar una decisión o parte de ella (sin que nada importe si se ha omitido o no todo o algo de lo que previamente pasó por la cabeza del juez); se hablará de una motivación *incompleta* si p.ej. se soslaya la mención de una prueba aparentemente decisiva presentada durante la vista (sin que venga a cuento saber si el juez la olvidó al redactar la sentencia o prefirió pa-

sarla por alto); se calificará de *insuficiente* p.ej. la motivación en cuya trama discursiva se salta directamente del indicio al hecho probado sin mencionar la inferencia que relaciona ambas cosas (con independencia de si el juez ha sido obtuso o tramposo); se denominará *contradictoria* p.ej. la motivación que contenga dos argumentos incompatibles entre sí (no aquella cuyos argumentos contradigan lo que el juez pensó realmente al tomar la decisión); etcétera. Recapitulando: a estos efectos, el proceso mental del juez (o el cruce de opiniones en la deliberación) no cuenta jurídicamente para nada.

- B. Y aunque pretendiera contar (como podría darse en la Exposición de Motivos V.1 LOTJ, donde de pasada se indica que «el veredicto *exterioriza* el curso argumental que lo motivó»), de nada serviría; porque, tratándose de un proceso inaccesible desde el exterior, *no* hay manera de cotejar el texto de la motivación con los laboreos mentales (o dialécticos) del juez (o del tribunal) ni, por consiguiente, posibilidad de *verificar* si hay (y cuánta) correspondencia entre los rectilíneos trazos justificativos de lo uno con las sinuosidades heurísticas de lo otro.

### III.2. Un precepto de observancia incontrolable

En conexión con lo recién apuntado, emerge una segunda objeción contra la creencia de que la motivación se asemeja a un *compte-rendu* de lo acaecido en el hermético recinto de la mente (o de la deliberación) del órgano decisor, porque termina arrojándola al cesto de la más irremediable inoperatividad.

En efecto, cuando una norma prescribe alguna conducta, el cumplimiento o incumplimiento de la misma ha de ser comprobable. Ahora bien, ante un precepto que impone al juez (o tribunal) la obligación de motivar ciertas decisiones, nadie está en condiciones de constatar si el juez (o tribunal) ha plasmado sobre el papel el *iter* mental que recorrió para llegar a la convicción (o las incidencias del proceso deliberativo) o si, en lugar de ello, ha transcrito sin más alguna ocurrencia sobrevenida. Por tanto, habrá de ser otro elemento, no la fidelidad o infidelidad descriptiva hacia el proceso mental (o la deliberación), el que determine si el juez (o tribunal) de turno ha satisfecho o no el susodicho deber jurídico de la motivación.

Tras este cambio de perspectiva que define la «motivación» como la justificación racional de una decisión (y ya no como la crónica de cuanto pululó por la testa del decisor o en la sesión deliberativa), la tarea impuesta tanto al jurado como a los jueces togados adquiere un aspecto mucho menos tremendista y agobiante.

## IV. El disparate mayúsculo

Atribuir al Legislador propósitos que en la Ley no constan o hasta contradicen lo que allí se manifiesta, sería algo comprensible si al menos ayudara a dar sentido al contenido de sus preceptos concretos (aunque eso me recuerde aquella tira cómica en la que se dibuja a un policía arrastrando por el suelo a un ciudadano detenido y, cuando éste protesta «¡oiga, que yo no he dicho nada!», el agente replica «¡pero seguro que lo estabas pensando!»).



Jocosidades al margen, quiero recalcar que, si la Ley permitiera una motivación del veredicto más relajada que la exigida a los jueces profesionales (como da por hecho el TS), eso alguna interpretación habría de tener. Y, abierta la veda a las conjeturas, puede hacerse complicado discernir cuál de ellas es razonable y cuál no. Así que ahí...

#### IV.1. Locuacidad de la Ley... en sentido contrario

Pero, sorprendentemente, la Ley (del Jurado) no se muestra más indulgente con los legos que (esta vez la Ley Orgánica del Poder Judicial, la que se menciona en la Ley del Jurado) con los profesionales. Justamente, al revés. ¿Entonces?

A veces, esta STS deja traslucir actitudes (de displicencia o de indolencia) francamente irritantes. Pasa de castaño oscuro que cuando un buen número (de procesalistas sobre todo (26)) han puesto el grito en el cielo porque el Legislador parece mostrarse más exigente con los legos que con los profesionales, el TS no tome la precaución de volver a la lectura de la Ley del Jurado para comprobar qué hay de ello en vez de sumarse acriticamente al coro de embaucados por el efectista tono menor de un adjetivo («sucinta»).

Así que propongo, primero escudriñar el texto de la Ley del Jurado por si en alguno de sus recovecos se halla siquiera un atisbo de comparación con lo que dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en lo tocante a la motivación de las sentencias; y, de no encontrarlo, construir por nuestra cuenta un cuadro comparativo de entrambos documentos legislativos para verificar qué hay de cierto en lo que sostiene el TS.

Iniciando con lo uno, el intento está abocado al fracaso porque en la Ley del Jurado no se percibe ninguna chispa de interés por tener a la motivación del veredicto en más o en menos o a la par de lo que otras leyes predicán acerca de la motivación de las sentencias. La única referencia que allí se maneja es «la exigencia constitucional de motivación», a la que ha de atenerse el veredicto del Jurado, puntualizando —eso sí— que tal «exigencia constitucional no se satisface» con «la exposición de lo tenido por probado» (Exposición de Motivos V.1). Por lo demás, no hay rastro de mención a otra Ley. O quizás, tras la puntualización señalada ¿acaso se esconde una referencia implícita a la LOPJ, toda vez que ésta queda perfectamente retratada (27) en lo que la Ley del Jurado ha descalificado por inconstitucional? Bueno, será más prudente dejar las suposiciones a un lado.

#### IV.2. Cuadro comparativo

Así que encarguémonos de lo otro, representando a través de un gráfico el balance de la comparación entre el art. 248.3 de la LOPJ y el art. 61.1 de la LOTJ (en lo

---

(26) Por todos, cfr. A. DE LA OLIVA SANTOS, «Algunos aspectos de la presunción de inocencia y los juicios con jurado», en L. Varela y L. Aguiar (dirs.), *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica*, Madrid, 2003; destacando «la extrañeza que produce ver que la LOTJ (art. 61.1 letra d) exige a los jurados legos lo que no exigen la LECrim y la LOPJ a los órganos jurisdiccionales integrados sólo por Jueces y Magistrados de carrera» (p. 469).

(27) No por nada, pero, en lo que respecta al componente fáctico de la sentencia, el art. 248.3 LOPJ se contenta con prescribir que: «Las sentencias se formularán expresando (...) (los) hechos probados, en su caso», nada más.

que ambos tienen de comparable). Lo cual irá precedido de un par de contextualizaciones para la adecuada comprensión del cuadro.

- A. La primera arranca de la aclaración del Legislador (ya señalada de pasada) de que si «bien es cierto que la exposición de lo tenido por probado explicita la argumentación de la conclusión de culpabilidad o inculpabilidad», «la exigencia constitucional de motivación no se satisface con ello» puesto que «también la motivación de esos argumentos es necesaria» (Exposición de Motivos V.1). Pues bien, tal observación se inscribe en la diferencia, ya de curso corriente en la teoría jurídica, entre la justificación *interna* y la justificación *externa*. Sintéticamente: una conclusión está *internamente* justificada cuando ha sido inferida correctamente de sus premisas; y está *externamente* justificada cuando las premisas están a su vez justificadas. Goza de mayor protagonismo la justificación externa en términos estadísticos (si nos atenemos al número de recursos que esa suele generar) e incluso por criterios lógicos (pues mal se puede fundar una conclusión con premisas que no están fundadas); de ahí que, por lo común, suele asimilarse la «motivación» a la «justificación externa» (28).

Y salta a la vista, sin necesidad de lentes para su lectura, que la Ley del Jurado prescribe que el veredicto ha de estar provisto, por imperativo constitucional, de ambas justificaciones: la interna («lo tenido por probado explicita la argumentación de la conclusión de culpabilidad o inculpabilidad») y la externa («también la motivación de esos argumentos es necesaria»). En cambio, la preceptiva de la Ley del Poder Judicial se agota con la justificación interna (al obligar, nada más, a consignar en la sentencia los «hechos probados, en su caso»).

- B. El segundo de los dos encuadres teóricos tiene por finalidad realzar un aspecto bastante preterido (o ni siquiera advertido) de la motivación (en cuanto justificación externa) y que promete una rentabilidad nada desdeñable. Veamos.

Al final de un juicio el juzgador emite la resolución que corresponda, la cual no constituye un mundo autorreferencial desgajado de lo acontecido en la vista. Y, sin embargo, poco énfasis suele ponerse en conectar la motivación con el desarrollo del juicio, pasando por alto que no tendría sentido examinar si el juez ha motivado bien o mal la valoración de unas pruebas si antes éstas han sido rechazadas por inadmisibles o no se han producido dentro del proceso o son adulteraciones de las realmente producidas.

Entonces, la tarea de enjuiciamiento se divide en dos fases: la primera en determinar la *existencia* o no de pruebas en el transcurso del proceso; la segunda en la *valoración* de las existentes. Diferencia que ha sido bien percibida (29) por la Ley del Jurado cuando remite al «criterio que separa» «la *existencia* de prueba respecto del de (la valoración de) la *suficiencia* de la misma» (Exposición de Motivos IV.4).

(28) Y eso se hará en este trabajo, si no es más porque lo preceptuado en el polémico art. 61.1 *d*) de la Ley del Jurado se ciñe con preferencia a la aquí denominada «justificación externa».

(29) Cosa distinta es el acierto o desacierto de su formulación (cfr. el voto particular del magistrado P. ANDRÉS IBAÑEZ a la STS 1385/2011).

Y en justa correspondencia con ese par de operaciones, también en la motivación han de ser discernibles dos contenidos: uno *informativo* (pues antes que justificar se debe informar de los elementos producidos en el proceso que son relevantes; o sea, los que han valido para certificar la *existencia* de prueba); y el otro *argumentativo* (el que garantiza por qué, a la vista de las pruebas disponibles, es razonable la *valoración* de tales o cuales pruebas en tanto que *suficientes* o no para determinar los respectivos hechos como probados o como no-probados). Por fortuna, la Ley del Jurado incorpora este doble enfoque en la disciplina que impone el art. 61.1 d) al aludir, por un lado, a los «*elementos de convicción* para hacer las precedentes declaraciones» (hechos probados/hechos no-probados) y, por otro, a «*las razones* por las que (los jurados) han declarado o rechazado declarar determinados hechos como probados».

Tras tanto preámbulo, espero que resulte inteligible el cuadro que se reproduce de seguido:

HECHOS Y MOTIVACIÓN	
SENTENCIA(art. 248.3 LOPJ)	VEREDICTO (art. 61.1 LOTJ)
Hechos <i>Hechos probados</i>	Hechos <i>Hechos probados</i> <i>Hechos no-probados</i>
Motivación ¿?	Motivación (Parte informativa) <i>Elementos de convicción</i> (Parte argumentativa) <i>Sucinta explicación de razones</i>

Basta una simple mirada para percatarse de tres datos:

- A. El primero, aunque directamente apunta a los «hechos» y no a la «motivación», de rebote afecta también a ésta. Obsérvese, a ese respecto, que en la sentencia han de consignarse los hechos probados nada más, en tanto que en el veredicto han de mencionarse tanto los hechos probados como los hechos no-probados. Eso entrañaría, ya de entrada, que la motivación posterior debe justificar en el veredicto más «hechos» que en la sentencia.
- B. Destaca, en segundo lugar, no que la motivación de la sentencia se desentiende de los hechos no-probados (lo que resulta obvio visto el apunte anterior) sino, sorpresivamente, que ni siquiera atiende a la relación de los hechos probados; en evidente contraste con la motivación del veredicto que ha de justificar los unos (los probados) y los otros (los no probados). Entonces, por muy *sucinta* que fuere la motivación del veredicto siempre implicará mayor exigencia que la *nada* radical (que es a lo que se reduce la motivación fáctica en una

sentencia), a no ser que la LOPJ pretenda empaquetar, en revuelta ensaladilla y sin respetar las convenciones (30), los fundamentos de hecho en el apartado de los «fundamentos de derecho» (pero, aun así, esos supuestos fundamentos de hecho no podrían servir —por *inespecificados*— de término comparativo para determinar si son más o menos densos que los exigibles en el veredicto).

- C. Pero es que —ya en tercer término— la adjetivación de «sucinta» no califica (en la Ley del Jurado) a la motivación entera sino sólo a una de sus partes (a la «explicación de las razones», no a los «elementos de convicción» que «los jurados han atendido»). Ya sé que la importancia del detalle es relativa pues depende del significado que se atribuya a la palabra mencionada («sucinta») (31) y del concepto de «motivación» que se suscriba (32). Ahora bien, lo menos que se debe pedir a quien (como el TS) confiere a ese adjetivo («sucinta») el sustancial efecto que hemos visto es que acote con rigor el ámbito al que se aplica. Y tal condición no se cumple en la STS que estoy comentando. Así en el texto de la misma (FD 4.º) se lee que «el Jurado ha de *fundar* sus decisiones *sucintamente*, lo que supone que no es necesario reseñar todos los *medios de prueba* tomados en consideración» (donde se aprecia que el TS, primero, extiende el «sucintamente» al global «fundar» no limitándolo a una de sus partes, y luego se equivoca de parte); o también que basta «con que los Jurados expresen de forma *sucinta* las *pruebas* que han determinado su convicción» (la expresión de las pruebas pertenece a la parte informativa de la motivación, no a la parte argumentativa —la de las razones— a la que atañe la calificación de «sucinta»). Esa falta de rigor en el encuadre textual de «sucinta» permitirá al TS otras licencias (no se sabe en base a qué): como la de dispensar al Jurado de «expresar el *contenido* incriminatorio de los elementos de convic-

(30) Llama la atención que la posterior LEC, en su art. 218.2, sí distingue entre los elementos «fácticos y jurídicos» del pleito que habrán de considerarse —individualmente y en conjunto— «ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón»; y se ha subrayado que la inclusión del «juicio de hecho» en la sentencia supone la principal novedad del precepto (A. DE LA OLIVA, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 2000, p. 417); lo que —si entiendo bien— implicaría que hasta entonces (la LOPJ comprendida) el Legislador no había previsto ningún espacio en la sentencia para la motivación fáctica.

(31) Pues la palabra «sucinta» también ha solido acompañar a la «motivación» de la sentencia y sin que ello obedeciera a ninguna indulgencia con prácticas judiciales trivializadas. Quizás por temor a que los jueces siguieran apegados a motivaciones largas y complicadas de épocas pasadas, los legisladores comenzaron a recomendar que la exposición de los motivos fuera «concisa» o «sucinta» (M. TARUFFO, «La fisionomía della sentenza in Italia», en VV.AA. *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988, p. 182). Y viniendo a tiempos de hoy, nuestro propio TS recuerda que «una motivación concisa y escueta no deja de ser una motivación» (STS 8/10/1988); y el TC mismo proclama que basta una motivación «escueta o concisa» (STC 264/1988) o que una motivación adecuada de la sentencia no exige «un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todas las cuestiones» (STC 305/2005). La cultura jurídica no confunde el «estilo» con el «contenido» ni «concisión expresiva» con «lagunas lógicas»; la concisión afecta a la forma, no a los requisitos estructurales de la motivación (Cfr. M. TARUFFO, «Motivazione della sentenza civile (controllo della)», *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento III*, Milano, 1999, p. 773, así como F. M. IACOVIELLO, «Motivazione della sentenza penale (controllo della)», *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento IV*, Milano, 2000, p. 796).

(32) No lleva al mismo resultado concebir la «motivación» como *descripción* del *itinerario mental* que ha conducido a la decisión que como *justificación* de la *decisión* (según intenté mostrar páginas atrás). De manera que la motivación «puede ser *concisa* aun *siendo completa y suficiente para justificar la decisión*» (M. TARUFFO, «Addio a la motivazione?», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014, n.º 1, p. 376).

ción» si al menos señala los *medios* de prueba que los contienen (33), o como la de exonerarlo de «explicitar la *inferencia* cuando se trate de prueba indiciaria o de hechos subjetivos» (34).

Hasta aquí los resultados más inmediatos que arroja la confrontación entre el art. 248.3 LOPJ y el art.61.1 LOTJ. Con independencia de si se acepta o se rechaza el trazado argumental que he seguido, al menos no tiene vuelta de hoja —creo— que la tesis del TS esgrimida bajo la opaca divisa de la «sucinta explicación» es un monumento a la divagación y al meandro para esquivar la textualidad de la Ley. En ésta las cosas toman un rumbo absolutamente opuesto. Es más, según los parámetros de constitucionalidad que la Ley del Jurado maneja, una sentencia ajustada al estricto dictado del art. 248.3 LOPJ merecería la tacha de inconstitucional; y de ser recurrida en amparo, sería anulada sin contemplaciones.

Curiosamente, sin embargo, la propia Ley del Jurado acoge en su regazo maternal al ya mentado art. 248.3 LOPJ (por lo menos sospechoso de inconstitucionalidad) cuando, en su art. 70.1, estipula que: «El Magistrado Presidente procederá a dictar sentencia en la forma ordenada en el artículo 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial» (35). ¿Entonces? Digamos de entrada que esta digresión, sea cual fuere su resultado, no redime un ápice al TS de su despropósito (pues sigue sin asomar cualquier apoyo legislativo a la tesis de que la Ley es más severa con los profesionales que con los legos). Lo que se convierte en objeto de disputa es si la Ley del Jurado incurre o no en contradicción cuando, por un lado, desmenuza unos requisitos constitucionales de la motivación (que superan lo dispuesto en el art.248.3 LOPJ) y, por el otro, entroniza al citado precepto al fijar cuál ha de ser el contenido de la sentencia redactada por el MP. Habría dos maneras (quizás más) de salir del atolladero. La primera, la más sencilla (¿y más realista?), sería reconocer que *manca finezza* (o algo peor) en la redacción del art. 70.1 de la Ley del Jurado. La segunda, bastante alambicada (pero defendible), consistiría en replicar que la constitucionalidad del art. 70.1 queda a salvo merced al art. 70.3 («La sentencia a la que se unirá el acta del Jurado...»), esto es: que el veredicto suministra la motivación fáctica (no prevista para la sentencia por el art. 248.3 LOPJ); y así como la relación de «hechos probados» en la sentencia es una traslación del «contenido correspondiente del veredicto», análoga operación valdría para la motivación sobre los hechos (bajo la figura de una «motivación *per relationem*»). Con lo que, paradójicamente, la motivación del veredicto rescataría de la inconstitucionalidad a la sentencia que dictara el MP con arreglo a la estricta literalidad del art. 248.3 LOPJ.

---

(33) Identificar el «medio» de prueba (el continente) y describir el «elemento» de prueba (el contenido), tanto lo uno como lo otro se inscriben en la parte informativa de la motivación, a la que la Ley no aplica la calificación de «sucinta».

(34) Es cierto que la «inferencia» pertenece a la parte argumentativa de la motivación a la cual, por tanto, sí es aplicable el calificativo «sucinta». Ahora bien, el razonamiento indiciario comprende dos partes: la identificación del «indicio» (parte informativa) y la formulación de la «inferencia» que conecta el indicio con el hecho indiciado (parte argumentativa). Cumplir *sólo* con la primera fase, de ningún modo equivale a cumplir *sucintamente* con la segunda; es decir, hacer sólo una cosa es hacer una cosa sola, no una cosa y mitad de la otra.

(35) Con el añadido (que en nada afecta a lo aquí tratado) de que la sentencia incluirá «como hechos probados y delito objeto de condena o absolución, el contenido correspondiente del veredicto».

### IV.3. ¿Cuál es la colaboración del MP prevista en la Ley?

Dicho esto, se ve llegar al *sprint* una objeción: ¿por qué no oficiaría de motivación lo contemplado en el art. 70.2: «si el veredicto fuese de *culpabilidad*, la sentencia (o sea, el MP) concretará la *existencia* de prueba de *cargo* exigida por la garantía constitucional de presunción de inocencia»? Las respuestas para combatir ese desafío componen un polícromo abanico (por ser varias y variopintas), entre las que descuellan tres que a continuación expongo:

- A. Si el veredicto fuera de inculpabilidad, no sería aplicable el art. 70.2 y la sentencia absolutoria quedaría inmotivada.
- B. Si el veredicto fuera de culpabilidad, en la sentencia sólo constarían las pruebas de cargo y no las de descargo, con lo que se desactivaría el estándar de la «duda razonable» y por ende hasta la misma presunción de inocencia.
- C. Si el veredicto fuera de culpabilidad y hubiera que ceñirse sólo a las pruebas de cargo, el MP concretaría la «existencia» de tales pruebas nada más, pero debería abstenerse de su «valoración» (competencia del Jurado); de modo que la suficiencia probatoria de las pruebas de cargo quedaría en el aire y la relación de «hechos probados» sin sustento.

## V. En resumidas cuentas

En un número ya lejano de esta misma revista, un profesor internacionalmente prestigiado<sup>(36)</sup> destacaba que en la argumentación institucional (la de los jueces y tribunales, precisamente) primaban las «razones de autoridad» (p.ej. la legislación) sobre las «razones sustanciales» (las razones buenas de por sí). Y si bien las primeras cumplen por lo común con los requisitos de las segundas (pues, en última instancia, la aceptabilidad de una razón de autoridad no puede prescindir de su justeza y de su racionalidad), las segundas por sí solas no están revestidas de autoridad.

Situándome en la estela de esa diferencia, los argumentos de la STS aquí analizados (teóricos o metodológicos o lo que se quiera) son —a mi entender, desde un punto de vista «sustancial»— de medio pelo (o incluso están esquilados al cero); y a la crítica que al respecto he desplegado me remito, asumiendo el riesgo de haberme equivocado de plano o tangencialmente.

Sin embargo, no caben vacilaciones en la censura que merece la STS por travestir unos argumentos (que son del propio Tribunal) con capisayos de una «autoridad» (la Ley del Jurado, nada menos) en un bochornoso ejercicio de suplantación. Y eso no debe pasarse por alto.

Vaya por delante que, salvo para los formalistas, la letra de la ley no se erige en límite absolutamente infranqueable de la interpretación jurídica. Pero, llegado el caso, eso ha de ser proclamado (alto y claro) y justificado. No, como en la presente STS, donde se contrabandea el producto interpretativo haciendo pasar por aporofórico —sin avisar ni razonar— como *iuxta legem* lo que abiertamente llega a ser *contra litte-*

(36) N. MacCORMICK, «La argumentación y la interpretación en el Derecho», *Revista Vasca de Administración Pública*, 1993, n.º 36.

*ram legis* cuando menos. Surge entonces la duda de si el comportamiento del alto Tribunal es calificable —metafóricamente hablando, por supuesto— de «culposo» (porque se le desgobierna la cabeza en lo que debería acertar) o de «doloso» (porque a conciencia pretende dar gato por liebre) (37).

Pero dado que no lleva a nada prejuzgar la vertiente subjetiva de la cuestión (es decir, si en el TS hubo descuido o manipulación consciente), atengámonos solo al resultado objetivo: el alto Tribunal nos ha endilgado una insoportable ristra de *tergiversaciones*.

Trabajo recibido el 9 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

---

(37) He tomado las imágenes de «culposo» y «doloso» siguiendo los pasos de M. TARUFFO cuando critica al Legislador italiano porque, al errar en una determinada modificación legislativa, no se sabe si desconoce el uso correcto de las palabras y de los conceptos («culpa») o si tiene la precisa voluntad de alterar el significado de la precripción («dolo») («Addio alla motivazione?», p. 377).

**LABURPENA:** Lan honen helburua da erakustea nola faltsutzen den Zinpekoen Epaimahaiaren Legea Auzitegi Goreneko epai batean, zinpekoen epaimahaiaren berediktu arin-  
dua legitimatze aldera, oro har.

**HITZ GAKOAK:** Togadun epaileak eta epaile legoak. Ebazpen judizialen motibazioa. Motibazio faktikoaren konstituzio— eta lege-eskakizunak.

**RESUMEN:** En este trabajo se pretende mostrar cómo se falsea la Ley del Jurado en una sentencia de nuestro Tribunal Supremo con el objetivo de legitimar, con carácter general, una motivación muy rebajada en el veredicto del Jurado.

**PALABRAS CLAVE:** Jueces togados y jueces legos. Motivación de las resoluciones judiciales. Requisitos constitucionales y legales de la motivación fáctica.

**ABSTRACT:** In this work we try to show how the Jury Act is distorted in a judgment of our Supreme Court with the objective of legitimizing in general a very relaxed motivation in the verdict of the Jury.

**KEYWORDS:** Professional judges and lay judges. Motivation of the judicial decisions. Constitutional and legal requirements of the factic motivation.



# ¿Desacuerdos teóricos o decisiones *contra legem*? (1)

Victoria Iturralde Sesma

**Sumario:** I. Aplicación del derecho o activismo judicial.—II. Escepticismo semiótico e interpretación jurídica. II.1. Escepticismo absoluto (o nihilismo). II.2. Escepticismo aparente. II.3. Escepticismo en sentido estricto.—III. ¿Hay posiciones realmente escépticas en materia interpretativa? III.1. El realismo jurídico americano. III.2. La escuela de Génova. III.2.1. Tesis de la escuela de Génova. III.2.2. Análisis de las tesis anteriores.—IV. Escepticismo en sentido estricto *vrs.* convencionalismo.

## I. Aplicación del derecho o activismo judicial

Uno de los principios de los Estados democráticos de Derecho es el sometimiento de los poderes públicos a las leyes; principio que suele estar plasmado en diferentes normas jurídicas (en nuestro ordenamiento baste mencionar los arts 9.1 y 3; 97 y 117 de la Constitución). Esto, que desde el *deber ser* parece indiscutible, no se corresponde muchas veces con los *hechos*. Me refiero a la aplicación del derecho en casos en que no hay espacio para la discrecionalidad y sin embargo, los jueces y la administración, toman decisiones que claramente van *en contra de la ley*, y que, por otro lado, no suscitan mayores críticas por la dogmática jurídica (2).

Antes de seguir adelante quiero aclarar que no mantengo una concepción formalista de la aplicación del derecho (creo que hoy nadie puede seriamente mantenerla). Pero ello no significa que se admita *cualquier* solución, ni que siempre haya *más de una* solución. Dicho de otro modo, con respecto a cada juez individual, y desde una perspectiva sincrónica, hay enunciados interpretativos no controvertidos (3). En palabras de Moreso, «al menos algunas veces hay una respuesta correcta a los casos jurídicos y, en dichos casos, los jueces *deben aplicar el Derecho creado por los órganos legislativos*. Por lo tanto los jueces pueden equivocarse cuando deciden cuales son los derechos y debe-

---

(1) Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación *Modelos de razonamiento, tipos de argumentos y estructuras argumentativas en la decisión judicial* (DER2010-19897-CO2-01).

(2) Me limito aquí a lo que tiene que ver con la premisa normativa de la decisión; dejo de lado la premisa fáctica, así como la discrecionalidad en la decisión final.

(3) PAPAYANIS, Diego M. y RAMÍREZ LUDEÑA, Lorena, «Desacuerdos teóricos e interpretación del derecho», en *Análisis e Diritto*, 2012, p. 272; FERRER BELTRÁN, Jordi, «Sobre la posibilidad de error judicial y los desacuerdos irrecurribles en derecho. Once comentarios a las tesis de José Juan Moreso», en PRIETO SANCHÍS, Luís y FERRER BELTRÁN, Jordi, *Los desacuerdos en derecho*, Fundación Coloquio Europeo, Madrid, pp. 152 y ss.

res de los ciudadanos; o en otras palabras, 'las proposiciones jurídicas singulares tienen un valor de verdad previo a la decisión de los tribunales en dicho caso.» (4)

Las sentencias a las que me refiero, o bien son decisiones *contra legem*, o bien habría que mantener una de estas dos posturas: un escepticismo semiótico en sentido estricto o, defender el activismo judicial, esto es, que los jueces pueden *legalmente* tomar decisiones al margen de la ley cuando consideren que la ley o la aplicación de esta al caso concreto es, según su criterio, injusta.

En las páginas que siguen me limitaré a examinar la primera de las posturas. Respecto de la segunda (el activismo judicial) sólo diré que, además de ir contra las reglas de juego de nuestro ordenamiento (*vid.* los artículos antes citados) propicia una total inseguridad jurídica e infringe el principio de igualdad (¿en qué casos pueden los jueces decidir en contra de la ley y en cuáles no?). A este respecto son muy atinadas las palabras de Waldron cuando dice que el principio de legalidad no consiste sólo en que las autoridades y ciudadanos deben obedecer la ley aun cuando ésta no promueva sus propios intereses, sino también la máxima que prescribe que la autoridad y el ciudadano deben hacerlo también cuando esta —en su opinión— sea injusta, moralmente incorrecta o desafortunada como política, pues «la promulgación de la ley en cuestión pone de manifiesto la existencia de *una concepción* acerca de su justicia, moralidad o deseabilidad, que es *diferente de la propia*; algunos tienen que haber estado a favor de la ley o haber pensado que era una buena idea. Con otras palabras: la existencia de la ley junto con la propia opinión del individuo pone de manifiesto un *desacuerdo moral* en la comunidad con respecto al asunto de que se trata.» (5)

Para ilustrar en qué sentido hablo de decisiones *contra legem* baste mencionar una sentencia (a modo de ejemplo de otras tantas). (6) Se trata de la STS de 13 de julio de 1994, en la que se discute cual es la mayoría necesaria para la instalación de un aparato elevador, y en la que el tribunal deja claro la aplicación del art 16.1 de la LPH «que exigía *el consentimiento unánime* de ellos conductores para las obras que, como la de instalación "ex novo" de un aparato elevador, suponía una alteración de los elementos arquitectónicos y comunes del inmueble». Pues bien, el tribunal dice que «como consecuencia de ello (7), una interpretación *integradora* de la norma del n.º 1 del art. 16 de la L.P.H., en su antigua redacción, nos lleva a estimar correcta la labor hermenéutica de la Sala, entendiendo *suficiente* para la erección del elevador la *mayoría obtenida en la Junta [mayoría de los presentes]*...»

En general se trata de sentencias que, para inaplicar la ley, utilizan expresiones del tipo: «el art. X expresamente dispone que.... pero no hay que olvidar que esta Sala ... ya había flexibilizado esta doctrina .....» o, «La doctrina de esta Sala ha venido a corre-

(4) MORESO, José Juan, «La doctrina Julia Roberts y los desacuerdos irrecusables», en PRIETO SANCHÍS, Luis y FERRER BELTRAN, Jordi, *Los desacuerdos en derecho*, Fundación Coloquio Europeo, Madrid, pp. 59-60.

(5) WALDRON, Jeremy, *The Dignity of Legislation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, p. 37.

(6) Cfr. más ejemplos en DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel, «Creación judicial del derecho a través del recurso de casación en interés de ley», en *InDret*, 2013, pp. 27-29., e ITURRALDE SESMA, Victoria, *Interpretación literal y significado convencional*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 19-25. En general entran en esta categoría de decisiones las denominadas *sentencias manipulativas* del Tribunal Constitucional.

(7) «Esta norma, como todas las que componen el ordenamiento jurídico, debe ser interpretada de acuerdo con un *criterio sociológico* propio del momento en que, tanto la aplicación de la norma como la función hermenéutica de los Tribunales que la interpretan, tiene lugar, para lo que debe partirse de la *finalidad teleológica* de la norma en cuestión»

gir el excesivo subjetivismo del precepto para adaptarlo a la realidad social presente», o «si bien la redacción literal del precepto legal comentado, ..., permitiría una interpretación automática y rigurosa ... sin embargo dicho requisito debe interpretarse de manera finalista o teleológica, interpretación que obliga a distinguir ...»

## II. Escepticismo semiótico e interpretación jurídica

La expresión «escepticismo semiótico» se emplea con diferentes significados, por lo que la primera tarea consistirá en exponer estos.

### II.1. Escepticismo absoluto (o nihilismo)

El escepticismo absoluto es aquella postura que niega la posibilidad de comunicación. Endicott habla a este respecto de «tesis radical de indeterminación práctica» (también llamada tesis de la indeterminación radical) según la cual los hablantes competentes de un lenguaje nunca pueden saber si una expresión se aplica no a hechos conocidos. En el derecho esto significa que los juristas nunca pueden llegar a saber lo que exige o permite el derecho.

Esta tesis se refuta por sí misma puesto que lo único que viene a decir es que «Ningún enunciado significa nada, incluyendo este», y nadie realmente sostiene una tesis radical sobre la indeterminación. (8)

### II.2. Escepticismo aparente

El escepticismo aparente sostiene que los problemas interpretativos no pueden resolverse de manera unívoca. Esta postura no niega que haya reglas que delimitan el significado, sino que una característica inherente a cualquier lenguaje no lógico o matemático, es la falta de precisión, especialmente en aquellos casos (como sucede con el Derecho) en los que la comunicación no es interpersonal y no rige el principio colaborativo.

Por tanto no debería llamarse escépticas a las posturas que sostienen esto, pues se trata de una característica de todo lenguaje no formal que no impide la comunicación.

### II.3. Escepticismo en sentido estricto

Otra forma de escepticismo es aquella según la cual la comunicación *no está basada en convenciones y reglas generales acerca del significado*. (9)

---

(8) ENDICOTT, Timothy A. O., *La vaguedad en el derecho*, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2006, pp. 35-36.

(9) LUZZATI, Claudio, *L'interprete e il legislatore*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 143-144; BARBERIS, Mauro, «Lo scetticismo immaginario. Nuove obiezioni agli scettici à la génoise», en *Analisi e diritto*, 2000, p. 11.

Una de las maneras de sostener esto es partir de que la determinación del significado no tiene un punto de partida lingüístico independiente, en cuanto que desde el principio a fin la interpretación está determinada por consideraciones pragmáticas. La atribución de significado —se dice— sólo puede consistir en decisiones tomadas caso por caso, y este cambia en función de los elementos finalístico-funcionales que se manifiestan en los particulares contextos de uso. El lenguaje como código o sistema se sustituye por la idea de una gramática profunda según la cual no hay más que singulares discursos e irrepetibles actos de habla; de manera que la semántica no tiene autonomía sino que está fagocitada por la pragmática. En otras palabras, no existe un «grado cero» de significado que pueda separarse de las singulares situaciones en las que se profiere un acto lingüístico

### III. ¿Hay posiciones realmente escépticas en materia interpretativa?

La pregunta de este epígrafe obedece a la idea de que hay corrientes iusfilosóficas que parecen sostener una postura escéptica (y así se las califica comúnmente) que, sin embargo, son sólo ejemplos de un escepticismo aparente. Entre ellas destacan el realismo jurídico americano y la escuela genovesa. (10)

#### III.1. El realismo jurídico americano

Una de las tesis del realismo jurídico americano es la desconfianza hacia las «reglas en papel» cómo guía para las decisiones judiciales. Llewellyn se refiere así a la desconfianza hacia las reglas y conceptos jurídicos tradicionales, en la medida en que pretenden describir lo que los tribunales o la gente hacen en realidad. «De la mano de esta desconfianza hacia las reglas tradicionales (en el aspecto descriptivo) aparece una desconfianza hacia la teoría según la cual las tradicionales formulaciones de las reglas prescriptivas son el factor operativo y preponderante en la producción de las decisiones judiciales. Esto supone la adopción provisional de la teoría de la racionalización para el estudio de las fundamentaciones de las sentencias judiciales. Hay que advertir que “desconfianza” en este punto y en el anterior no es en absoluto equivalente a “negación” en cualquier caso.» (11) Y Frank (uno de los representantes más extremos del movimiento realista) señala: «Al primer grupo, del que Llewellyn es quizá el representante más destacado, yo lo llamaría escépticos ante las reglas. Buscando una mayor certeza jurídica ellos consideran que es socialmente deseable que los abogados sean capaces de predecir a sus clientes las decisiones que se tomarán en la mayoría de los pleitos que aún no hayan comenzado. Tienen la sensación de que, en determinadas ocasiones, el lego no puede actuar con seguridad en cuanto a qué decidirá el tribunal caso de que sus actos se vieran envueltos en un pleito. En opinión de estos escépticos, el problema es que las reglas jurídicas formales enunciadas en las sentencias de los tribunales —a veces llamadas “reglas sobre el papel”—

(10) LUZZATI, Claudio, *L'interprete ...*, op. cit., pp. 139-140.

(11) LEWELLYN, Karl, «Some Realism about Realism», en *Harvard Law Review*, 1931, pp. 1257-1259.

con demasiada frecuencia resultan ser poco fiables como guías para la predicción de decisiones.» (12)

Hay que decir que el realismo jurídico americano no mantiene una tesis semántica, por lo que su escepticismo es también aparente. Su foco atención se centra en el plano empírico (qué es lo que hacen los jueces) y en el motivacional (por qué lo hacen). Así Frank, por ejemplo, reconoce que existen límites a la hora de interpretar los enunciados jurídicos por parte de los tribunales, si bien estos resultan insuficientes para eliminar totalmente las indeterminaciones (13).

### III.2. La escuela de Génova

#### III.2.1. TESIS DE LA ESCUELA DE GÉNOVA

La escuela genovesa se considera que mantiene una postura realmente escéptica en materia interpretativa. Para ver si esto es así, expondré en primer lugar las tesis que defiende esta «escuela», para luego analizarlas en relación con el tema de la interpretación.

La escuela de Génova (por lo que a esta cuestión se refiere) mantiene lo siguiente: (14)

Tesis 1.<sup>a</sup>: Los enunciados interpretativos son asimilables a definiciones estipulativas.

Frente a la idea de que el significado está dirigido por reglas o convenciones lingüísticas y es por tanto normativo, Guastini distingue entre *reglas* (o sea, enunciados prescriptivos) y *regularidades* (o sea, secuencias de comportamientos), y sostiene que las definiciones lexicales describen regularidades de uso de un término o sintagma (y no reglas). (15)

Tesis 2.<sup>a</sup>: Hay que distinguir entre «disposición» y «norma», (16) entendiendo por «norma» el significado de una disposición, significado que es producto exclusivo de la interpretación, y esta es siempre creadora (productora) de significados.

(12) FRANK, Jerome, *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester (Mass), 1970, Cap. X.

(13) FRANK, Jerome, *Law and... op. cit.*, p. 132.

(14) Como dice Barberis, cuándo se habla de posiciones teóricas se emplean conceptos vagos que no tienen núcleo común; lo que explica las dificultades encontradas para definir unívocamente «escepticismo interpretativo». Cuando se habla de estudiosos de carne y hueso, y además bastante activos, las dificultades son aún mayores: no se está a tiempo de atribuirles una tesis que pueden decir que ahora no la sostienen, o que nunca la han sostenido. Cuando se habla de una «Escuela genovesa», cuyo mismo fundador era alérgico a las escuelas, y cuyos componentes rara vez tienen una posición común, las dificultades parecen insuperables. Al menos limitándonos a la teoría de la interpretación parece difícil negar que pueda hablarse de un escepticismo *à la génoise* sostenido dentro de la «Escuela genovesa», como parecen reconocer, aunque sea de mala gana, los propios interesados. BARBERIS, Mauro, «Lo scetticismo ... », *op. cit.*, p. 6; CHIASSONI, Pierluigi, «L' inelutabile scetticismo della "scuola genovesa"», en *Analisi e diritto*, 1998, pp. 21-76. Este último realiza un análisis en profundidad del «escepticismo» de la «escuela genovesa» al que me remito.

(15) GUASTINI, Ricardo, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Giuffrè. Milano, 1998, p. 5, nota 8.

(16) Es interesante a este respecto la precisión que hace GUASTINI, Ricardo, *Dalle fonti alle norme*. Giuffrè. Milano, 1992, pp. 21-23 cuando dice que la distinción entre disposición y norma, que suele remontarse a Crisafulli no coincide con la de éste. En Crisafulli el concepto de «disposición» no está del todo claro; a veces parece identificar la disposición con el texto legislativo, y otras con uno de sus posibles significados (el signi-

Según Tarello (17) antes de la actividad interpretativa sólo se sabe que el documento objeto de interpretación expresa una o más normas, no cuales son estas. Guastini, por su parte, escribe: interpretar es «producir una norma»; «por definición las normas son producidas por los intérpretes»; «las palabras tienen sólo el significado que les atribuye quien las usa y/o interpreta»: «son los hombres quienes 'dan' a cada palabra un significado (de vez en cuando uno con preferencia a otros)». (18) Y habla de la indeterminación entre casos claros y oscuros al constatar que en última instancia los jueces pueden siempre transformar en oscuro un caso claro lo que le lleva a dudar (o negar) de la existencia de casos claros. (19)

Tesis 3.<sup>a</sup>: La actividad interpretativa tiene un carácter prescriptivo, no cognoscitivo. Esta idea está ligada a tesis según la cual la interpretación es siempre creadora de significados.

Tesis 4.<sup>a</sup>: La influencia del neústico prescriptivo de los enunciados jurídicos sobre la interpretación de su parte frástica, hace que estos sean particularmente indeterminados. A este respecto Tarello dice: (20) «Tomemos como ejemplo de precepto personal, individual y concreto «¡Cierra la ventana!» Incluso esta banal prescripción, personal, individual y concreta puede dar lugar a dudas interpretativas. Supongamos que lo formula una persona dirigiéndose a otra en una habitación en la que hay cuatro ventanas y dos ventanillas, además de una puerta; una fastidiosa corriente de aire se instala entre una de las ventanas y una de las ventanillas, por un lado, y la puerta, por el otro; cerrar todas las ventanas y las dos ventanillas dejaría la habitación extremadamente calurosa. En una situación de este tipo el destinatario de la prescripción que quiera cumplirla probablemente se encontraría en una situación de duda interpretativa, consistente en la presencia de un sistema de interpretaciones alternativas:

- (a) «¡Cierra *una* ventana!»
- (b) «¡Cierra *todas las* ventanas!»
- (c) «¡Cierra *todas las* ventanas y *todas las* ventanillas!»
- (d) «¡Cierra *todas las* ventanas, *todas las* ventanillas y *la* puerta!»
- (e) «¡Cierra *la* ventana y *la* ventanilla *por la que entra la* corriente que está haciendo volar las hojas!»

«Lo que me interesa observar —dice Tarello— es que en el caso de que el destinatario, sin pedir a su autor información suplementaria, cerrara sólo una ventana elegida entre aquellas cuyo cierre es irrelevante en relación con la corriente de aire, no podría decirse que la prescripción ha sido cumplida ni tampoco podría decirse que el destinatario ha mostrado asentimiento práctico a la prescripción: no podría decirse esto —creo— porque decirlo sonaría extraño y provocaría perplejidad en cualquier am-

---

ficado literal o el significado *prima facie*). El ascendente conceptual de la distinción —dice— hay que buscarla no en la doctrina de las fuentes de Crisafulli, sino en la teoría de la interpretación de TARELLO, Giovanni, *Diritto, enunciati, usi*, Il Mulino, Bolgna, 1974, Pte. II.

(17) TARELLO, Giovanni, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 21-22.

(18) GUASTINI, Ricardo, *Dalle fonti... op. cit.*, p. 87.

(19) Cfr. BARBERIS, Mauro, «Lo scetticismo...», *op. cit.*, p. 10.

(20) TARELLO, Giovanni, «La semántica del neústico. Observaciones sobre la "parte descriptiva" de los enunciados prescriptivos», en FERRER, Jordi-RATTI, Giovanni B. (eds.), *El realismo jurídico genovés*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 17.

biente. En el caso de que el destinatario cerrara la ventana por la cual entra la fastidiosa corriente de aire, dejando abierta la ventanilla, o bien en el caso de que cerrara todas las ventanas pero no las ventanillas, creo que se podría decir —en el sentido aclarado más arriba— que se ha cumplido la prescripción y que se ha dado asentimiento práctico, aunque probablemente un cierto número de personas dirían que la prescripción se ha cumplido mal y que el destinatario ha dado un asentimiento de tipo mecánico y sin discernimiento alguno. En caso de que el destinatario de la prescripción cerrara en concreto sólo la ventana y la ventanilla cuya apertura provoca la corriente, dejando abiertas la ventana y la ventanilla que no provocan la corriente, desde luego podría decirse que la prescripción ha sido (bien) cumplida y también podría decirse que el destinatario ha dado asentimiento práctico (con discernimiento).»

### III.2.2. ANÁLISIS DE LAS TESIS ANTERIORES

Tesis 1.<sup>a</sup>: En relación con la primera tesis, hay que decir que si ello fuera así (es decir que las definiciones lexicales describieran sólo *regularidades*) entonces las reglas del lenguaje no existirían; compartirían —como dice Barberis— su inexistencia con todas las reglas sociales (morales, de uso social, etc.) que son algo más que meras regularidades y algo menos que enunciados prescriptivos producidos por algún legislador. (21)

Tesis 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>: La tercera tesis (según la cual interpretar es producir o crear un significado) es ambigua, pues en un sentido es obvia y en otro opinable. El sentido obvio consiste en la constatación de que las palabras reciben su significado del uso de los hablantes: ¿y de quien otro podrían recibirlo? —se pregunta Barberis—. El sentido discutible consiste en la pretensión (—lo que hace pensar la expresión «de vez en vez uno con preferencia a otros»—) de que el significado sea conferido por los hablantes *en détail*, y no por los hablantes *en masse*: esto es, que los términos y enunciados sólo tengan el significado que cada singular intérprete les atribuye cada vez que los interpreta. (22)

En ocasiones hay una falsa dicotomía entre descubrimiento/creación, dicotomía criticada incluso entre los propios genoveses. (23) El que sostiene que la interpretación «crea» o «produce» el significado (la norma) debe aclarar en qué «crear» se diferencia de la verdadera creación: es decir, de la producción del derecho creada por el legislador y por los jueces cuando integran las lagunas. Es diferente «producir una norma» en el sentido de *interpretar y decidir* el significado y «producir una norma» en el sentido de *crear* un significado *ex novo*.

En una de sus contribuciones más recientes Guastini admite el fundamento de esta objeción y reconoce que la creación de significados es en realidad una elección entre un número de significados dados, y reformula su distinción entre interpretación e integración del derecho en términos, respectivamente, de «decisión o propuesta» y

---

(21) BARBERIS, Mauro «Lo scetticismo...», *op. cit.*, p. 15. «Cuándo se sostiene —dice Barberis— la tesis, minoritaria y contraintuitiva, que el significado no es normativo ¿no se debería argumentar más?»

(22) BARBERIS Mauro, «Lo scetticismo...», *op.cit.*, p. 11.

(23) CHIASSONI, Pierluigi, «Quien salvó a la Constitución», en *Analisi e diritto*, 1999, pp. 274-275.

de «auténtica y verdadera creación de normas», diciendo que la integración es asimilable más a la legislación que a la interpretación propiamente dicha y que esta última no es creación. (24)

La «escuela de Génova» mantiene también que no existe un significado propio de las palabras. Esta afirmación en un sentido es obvia, puesto que ningún símbolo incorpora mágicamente su propio significado, sino que lo recibe del uso de los hablantes. Considero que se deberían abandonar expresiones como «significado propio» (o «significado literal») en favor de «significado convencional.» Las palabras y los enunciados tienen un significado convencional en el sentido de que para ser consideradas palabras, es decir, símbolos lingüísticos, tiene que haber reglas o convenciones de empleo de las mismas, reglas compartidas por una comunidad lingüística. Y en segundo lugar, en la medida que las palabras tienen significados, puede hablarse de una manera correcta e incorrecta de emplear e interpretar aquellas. (25)

Frente a la idea escéptica de que el intérprete no tiene un punto de partida lingüístico, que la atribución de significado es fruto de decisiones tomadas caso por caso, y que los significados varían en relación a los elementos finalístico-funcionales que sólo se manifiestan en los particulares contextos de uso, hay que decir que no puede prescindirse de abstracciones y de reglas, incluso si se trata de reglas abiertas e indeterminadas. Parto de la idea de que el significado no tiene que ver sólo con la semántica en sentido estricto, puesto que los fenómenos pragmáticos también son susceptibles de ser codificados en la lengua. Así, cuando los significados de las palabras cambian en relación con los diferentes contextos de uso, el significado de estas no es el imaginado por el emisor o por el destinatario del mensaje, sino el derivado de las propias indicaciones lingüísticas. (26)

Por otro lado, el escepticismo genovés más que negar la existencia de casos claros minimiza su importancia. La existencia de casos claros y la insostenibilidad del escepticismo interpretativo deriva de un principio general, formulado por Wittgenstein (27) en uno de sus aforismos según el cual para poder discrepar sobre algo es necesario primero estar de acuerdo sobre algo: para que se den los juegos lingüísticos como el de la interpretación y el de la duda, debe servirse de las reglas que lo regulan, y por tanto de algo que no esté sujeto ni a interpretación ni a duda. (28)

En el caso de la interpretación jurídica, en favor de la tesis escéptica se dice que todos los «casos genéricos» son *potencialmente* oscuros en la aplicación a los «casos individuales» en base a tres argumentos: el argumento de la textura abierta del lenguaje, el argumento de la disociación y, el argumento de la derrotabilidad.

El argumento de la textura abierta dice que un término preciso puede devenir vago, puesto que los casos individuales que pueden surgir son *a priori* imprevisibles. Según el argumento de la disociación siempre se pueden crear lagunas ideológicas puesto que el legislador no ha considerado propiedades que tenían que haber sido te-

(24) GUASTINI, Ricardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, p. 206.

(25) BARBERIS, Mauro, «Lo scetticismo ...», *op. cit.*, p. 14.

(26) LUZZATTI, Claudio, *L'interprete...*, *op. cit.*, p. 149.

(27) WITTGENSTEIN, Ludwig, *Philosophical Investigations*, Basil Blackwell, Oxford, 1958, § 232.

(28) BARBERIS Mauro, «Lo scetticismo ...», *op. cit.*, p. 27.



nidas en cuenta. Por último, el argumento de la derrotabilidad dice que todas las normas jurídicas (y no sólo los principios) son derrotables, esto es, sometidos a condiciones implícitas no previstas por el legislador. (29) Analizar estos tres casos excede de estas páginas. Sin embargo respecto del primer argumento, hay que decir se trata de una característica inherente a todo lenguaje no formal que no impide la comunicación y que no lleva inevitablemente a un escepticismo semántico.

El argumento de la disociación implica considerar las lagunas ideológicas como verdaderas lagunas cuando, como señala Prieto Sanchís (30), no se trata de la ausencia de una norma cualquiera, sino de una norma justa o adecuada para resolver el caso, ausencia que obedece a que el legislador no tomó en consideración determinada propiedad que (a juicio del intérprete) debió ser relevante (p.ej. considerar que una determinada actividad laboral debería contar con un régimen jurídico específico en algún aspecto atendiendo a las peculiaridades de esa actividad).

En cuanto al argumento de la derrotabilidad, depende de cómo se entienda este, pero si se sostiene que existen condiciones *implícitas* en el ordenamiento que permiten al juez *inaplicar* enunciados jurídicos aplicables al caso, considero ello *sólo* se puede hacer si las propias normas del ordenamiento lo permiten (como en nuestro derecho en el caso de los Reglamentos que el juez considere que van en contra de normas con rango de ley), pero no con carácter general porque ello sería tanto como dejar vacío de contenido el sometimiento de los poderes públicos —en este caso jueces y administración— a las leyes.

Tesis 4.<sup>a</sup>: La cuarta tesis no implica un escepticismo semántico. Así en la *Semántica del neústico*, Tarello dice que es evidente que un enunciado es dudoso cuando no se sabe si un comportamiento está designado por la parte descriptiva de un enunciado que expresa una prescripción jurídica: es decir cuando hay dudas acerca de si los vocablos no definidos tienen un valor tal para hacer que el comportamiento en cuestión esté designado por la parte descriptiva del enunciado. Está claro, además —dice Tarello— que un enunciado puede ser dudoso en otro sentido, precisamente cuando «no se sabe» (=«no se sabe decidir») si la designación contenida en su parte descriptiva es perfectamente equivalente a (designa la misma clase de comportamientos que) otra designación expresada con otros vocablos.» (31) Y sostiene que hay que interpretar los términos jurídicos en función de su significado *jurídico*. «En este punto alguien podría negar que el ejemplo demuestre la influencia del neústico prescriptivo sobre la interpretación de la parte descriptiva de un enunciado normativo, porque «demanda», «contradecir» e «interesado» son vocablos que expresan no ya el frástico (o una parte del frástico) sino un frástico *más* el neústico, esto es, no son denominaciones sino calificaciones. Tarello (lo dice expresamente) no niega que en un sentido son calificaciones, pero calificaciones que proceden no de la prescripción jurídica (completa), sino de prescripciones constituidas por las definiciones, las reglas de uso o propuestas de la doctrina jurídica. «Si se quiere se puede decir que la presencia de un neústico prescriptivo, esto es, la posibilidad de reconducir el enunciado al sistema de prescripciones que constituyen el ordenamiento jurídico italiano, tiene, sobre la interpretación de la parte descriptiva del enunciado, una influencia particu-

(29) BARBERIS Mauro, «Lo scetticismo ...», *op. cit.*, pp. 25-26.

(30) PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*. Trotta. Madrid, 2008, pp. 128-129.

(31) TARELLO, Giovanni, «La semántica del neústico. ...», *op. cit.*, p. 31.

lar, constituida por la sujeción de tal interpretación a otras prescripciones más débiles: prescripciones del tipo «consejos o «propuestas» y no del tipo «normas jurídicas», constituidos precisamente, por las propuestas de la doctrina jurídica.» (32)

#### IV. Escepticismo en sentido estricto *vrs* convencionalismo

Si antes he sostenido que hay interpretaciones correctas e incorrectas de un enunciado en relación con un caso individual, ello requiere establecer *un criterio* de corrección. Pues bien, ese criterio es el carácter *convencional* del significado de todo lenguaje, incluido el jurídico.

Hay que comenzar diciendo que el carácter convencional del lenguaje se refiere a los *enunciados*. Como dijera Strawson, «hablar sobre el significado de una oración no es hablar sobre su uso en una ocasión particular, sino sobre las reglas, hábitos y convenciones que gobiernan su uso correcto en todas las ocasiones, para hacer referencia o aseverar». (33) Por tanto, el significado se refiere a *las oraciones-tipo* (o simplemente *oraciones*), y no a las *oraciones-ejemplar* (*preferencias*). Una *preferencia* es una emisión lingüística que puede definirse como «cualquier porción del discurso antes y después de la cual hay un silencio». Las preferencias son acciones concretas, localizadas espacio temporalmente y son irrepetibles; es un objeto o evento físico, una serie de ondas sonoras o marcas sobre algún soporte (p.ej. el papel). En este sentido cada preferencia es única e irrepetible. Si el maestro enuncia «Dos por dos son cuatro» y el alumno repite «Dos por dos son cuatro», alumno y maestro han emitido preferencias distintas con distintas propiedades (p.ej. uno lo ha hecho con voz de soprano y el otro de barítono, la de uno puede haber durado seis segundos y la del otro cinco, etc.) Una *oración-tipo* (o *enunciado*) es un patrón que las instancias similares ejemplifican o una clase de instancias similares. En el ejemplo anterior maestro y alumno han usado la misma oración. (34)

En segundo lugar, el carácter convencional del lenguaje no tiene que ver con sus orígenes, esto es, con decisiones adoptadas en un momento determinado por un acuerdo común de un grupo de personas y con que una vez estos decidieran usar una palabra con un significado y otros individuos resolvieran hacer lo mismo y la práctica se extendió. (35) Como señala Russell, es difícil imaginarse una asamblea de jefes hasta ahora sin habla, reunidos para ponerse de acuerdo en llamar «vaca» a una vaca y «lobo» a un lobo. Establecer acuerdos presupone que la gente tiene ya una lengua en la cual desarrollar estas actividades. Nadie sabe cómo nació el lenguaje, pero lo que sí podemos estar seguros es que no fue de esa manera. Sabemos muy poco acerca de los mecanismos según los cuales se incorporan nuevas palabras y las viejas cambian su significado, pero todo lo que sabemos acerca de esto indica que la decisión consciente y las convenciones adoptadas deliberadamente tienen poco que ver

(32) TARELLO, Giovanni, «La semántica del neústico. ...», *op. cit.*, p. 33.

(33) STRAWSON, Peter F., «Sobre el referir», en VALDÉS, Luis M. (comp.), *La búsqueda del significado*, Tecnos. Madrid, 1991, p. 67.

(34) GARCÍA SUÁREZ, Alfonso, *Modos de significar*, Tecnos. Madrid, 1997, pp. 150-151.

(35) HOSPERS, John, *Introducción al análisis filosófico*, Alianza. Madrid, 1976, p. 15.

en todo esto (36). Hay casos en los que se proponen explícitamente nuevas acepciones para algunas palabras, por ejemplo, cuando Peirce propone que se use «icono» para significar un «signo que se refiere a su objeto simplemente en virtud de sus propias características»; y hay casos en los que una palabra o el significado de una palabra, se adopta por convención tal y como sucede cuando se adopta una terminología en los congresos científicos. Pero estos son casos excepcionales en gran parte confinados a la terminología técnica; por lo que respecta al resto de las palabras, el cambio semántico parece ser en gran medida una cuestión inconsciente, un producto de hábitos que llegan a establecerse, sin que nadie o ningún grupo intente establecerlos.

Para concretar en qué consiste la convencionalidad, haré referencia a los dos aspectos de la misma: el normativo y el social (fáctico). El primero significa que el hecho de que los enunciados jurídicos tienen el significado que tienen se debe a que en la comunidad (en este caso jurídica) hay reglas que gobiernan el uso de los mismos. Es la existencia de estas reglas lo que sustenta que los enunciados jurídicos se usen de una cierta manera; las que determinan qué cuenta como uso correcto de las palabras.

La vertiente *social* se refiere a que los significados (los usos lingüísticos) *son compartidos dentro del grupo* de la comunidad jurídica, y dichos usos no se establecen cada vez según las específicas exigencias del momento, sino que están *preconstituidos con carácter general* a los singulares actos lingüísticos, incluidos los actos de legislación. «Este planteamiento tiene como trasfondo una teoría semiótica orientada hacia el sistema que es capaz de distinguir entre las intenciones o la finalidad de los emisores y de los destinatarios de determinados actos enunciativos, y las reglas de la semántica y de la pragmática lingüística.» (37) En otras palabras, la interpretación jurídica válida es la basada en los *usos consolidados del lenguaje* de los juristas. Se trata, en definitiva, de un significado socialmente establecido, esto es, basado en un uso intersubjetivo o público de los términos (38).

La convencionalidad implica cierta *estabilidad* en el significado, sin que ello signifique que no pueda haber *variaciones* en el mismo (de hecho las hay), puesto que el lenguaje no es un sistema totalmente estable y los significados se transforman, tanto sentido diacrónico (por lo que se dice que el significado es *histórico* (39)), como sincrónico (en cuanto que es propio de la lengua cierto grado de plasticidad que permite una continua adaptación a variaciones del contexto). Una modificación en una convención lingüística consiste en un cambio en una convención previamente existente para dar lugar a una nueva concordancia comunicativa, a una nueva regla para la expresión de un nuevo significado, pero el significado no puede ser modificado individualmente. (40)

Por otro lado, el carácter convencional del lenguaje se opone a la idea de que el significado depende únicamente de las intenciones del hablante; en el caso de la interpretación jurídica, del legislador. Si un hablante creyera que el significado de una palabra depende sólo de sus intenciones comunicativas difícilmente tendría éxito en

---

(36) ALSTON, William P., *Filosofía del lenguaje*, Alianza, Madrid, 1980, pp. 88-89.

(37) LUZZATI, Claudio, *La vaghezza delle norme*, Giuffrè, Milano, 1990, p. 226.

(38) Vid. BIX, Brian, *Law, Language and Legal Determinacy*, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 75, 73-76. Vid. también MARMOR, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2001, pp. 26-27.

(39) VIOLI, Patrizia, *Significato ed esperienza*, Bompiani, Milano, 2001, pp. 272-273.

(40) BUSTOS, Eduardo de, *Lenguaje, comunicación y convención*, UNED, Madrid, 2004, pp. 54-55.

la comunicación: sus interlocutores no le entenderían, serían incapaces de averiguar qué es lo que pretende decir. Si esto es así en por lo que respecta al lenguaje común, se acentúa en el caso del derecho. No voy a entrar aquí en todas las cuestiones que encierra hacer depender el significado de la voluntad del legislador; baste decir que lo que en un Estado democrático de Derecho el significado de los enunciados jurídicos no puede depender de la voluntad (caso de que algo así exista) de los órganos colegiados (Parlamentos y Gobiernos), pero ni siquiera de la voluntad de una persona (Ministro), puesto que, dejando otras cuestiones aparte, el derecho debe ser público, esto es publicado en un texto oficial.

Trabajo recibido el 18 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Botere publiko guztiak legeen mende egotea da Zuzenbide-estatu demokratikoen ezaugarrietako bat. Epaleei eta tribunalei dagokionez, aurreko adierazpen horrek ez du zalantzarik sortzen; praktikan, baina, epai judicial asko hartzen diren legetik kanpora, interpretatzeko orduan zalantzarik sortu gabe. Artikulu honetan aztertzen dut ea hori eszeptizismo semiotiko batean oinarritzen den eta hori jasangarria den teorikoki, edo, aldiz, arauen esanahiak mugak dituen. Bigarren aukeraren alde egiten dut, eta muga hori hizkuntzaren izaera konbentzionalak ematen duela adierazten dut.

**HITZ GAKOAK:** Interpretazio juridikoa. Eszeptizismo semiotikoa. Konbentzionalismoa. *Contra legem* erabakiak.

**RESUMEN:** Una característica de los Estados democráticos de derecho es el sometimiento de todos poderes públicos a las leyes. Por lo que se refiere a los jueces y tribunales, la afirmación anterior no plantea ninguna duda; sin embargo en la práctica son frecuentes las decisiones judiciales que, no planteando ninguna duda interpretativa, se toman al margen de ley. En este artículo analizo si ello se basa en un escepticismo semiótico y si este es sostenible teóricamente o si, por el contrario, el significado de las normas tiene límites. Me inclino por esta segunda alternativa, señalando que ese límite viene dado por el carácter convencional del lenguaje.

**PALABRAS CLAVE:** Interpretación jurídica. Escepticismo semiótico. Convencionalismo. Decisiones *contra legem*.

**ABSTRACT:** The submission of every public authority to the laws is a characteristic of the democratic states based on the rule of law. As far as judges and courts are concerned, the previous statement does not cast doubt; nevertheless in practice there are often judicial decisions that although without any interpretative doubt, are adopted outside the law. In this article I analyze whether it is based on a semiotic scepticism and is theoretically sustainable or on the contrary the meaning of norms has limits. I am inclined for this second option noting that that limit is given by the conventional character of the language.

**KEYWORDS:** Legal interpretation. Semiotic scepticism. Conventionalism. Decisions *contra legem*.



# Democracia y sociedad tecnológica

Gurutz Jáuregui Bereciartu

**Sumario:** I. Tecnología, sociedad y política: del determinismo económico al determinismo tecnológico.—II. Tecnocracia versus política.—III. De la sociedad abierta al corporatismo autoritario.—IV. ¿Tiene futuro la democracia en una sociedad tecnológica?

## I. Tecnología, sociedad y política: del determinismo económico al determinismo tecnológico

Los extraordinarios avances tecnológicos de los últimos años están sacudiendo, cada vez con mayor fuerza, los cimientos en los que tradicionalmente se han sustentado las modernas sociedades democráticas. Estas transformaciones no sólo están afectando de modo sustancial a las relaciones sociales, sino que están cuestionando, también, la validez y funcionamiento de las actuales estructuras e instituciones políticas. La tecnología aparece configurada como un factor de primer orden, como una forma de vida consustancial a la era moderna.

A la hora de establecer cualquier análisis de la relación entre tecnología y sociedad, parece necesario partir de dos premisas bastante incontrovertibles. La primera es que los más recientes avances tecnológicos han favorecido en los últimos años un progreso global sin precedentes de la humanidad. Ello no ha traído consigo, sin embargo, una disminución de la desigualdad económica y social de los seres humanos. La segunda es que, a pesar de ese progreso, los protagonistas del desarrollo tecnológico y burocrático no han sido capaces de ahuyentar numerosas dudas e inquietudes muy serias acerca del impacto real de las nuevas tecnologías sobre nuestras vidas.

Uno de los efectos más importantes del protagonismo de la tecnología sobre la actividad y la vida de los seres humanos lo constituye, en lo que aquí nos interesa, el enraizamiento y la práctica universalización de la idea del determinismo tecnológico. Una idea, según la cual, la actual sociedad humana se hallaría absolutamente condicionada por el desarrollo de la técnica. Esta tendencia determinista, ampliamente extendida entre nosotros, no es nada novedosa ya que se remonta a los inicios de la teoría de la modernización. En efecto, la actual tesis del determinismo tecnológico no es sino una variante del determinismo económico imperante a lo largo de los dos últimos siglos en el seno de la cultura occidental, tanto capitalista como marxista.

El determinismo económico constituye una de las ideas fuerza consustanciales a la ética capitalista; una ética que reduce el complejo quehacer humano a una mera actividad económica, a la idea de productividad, de obtención de resultados, de genera-

ción de riqueza material, etc. Ese determinismo convierte al individuo, entendido como motor de un microcosmos a su medida donde se manifiesta toda su creatividad, en un tipo universal, abstracto, estándar, elemental y bloqueado, en una simple pieza de un vasto mecanismo.

Se da la circunstancia de que el determinismo económico ha constituido, precisamente, uno de los más importantes fundamentos de la filosofía capitalista que pasaron sin solución de continuidad —y de forma natural, sin rupturas— a constituir el acervo filosófico del marxismo.

En función de ese determinismo se han cuantificado los logros del desarrollo de una sociedad aplicando el baremo del crecimiento del PIB, en lugar de tratar de buscar el equilibrio del ser humano en su integridad —no como mero *homo economicus*— con su entorno y la naturaleza. Así, por ejemplo, ese determinismo ha permitido otorgar al subdesarrollo un carácter mecánico cuando realmente obedecía a una política económica concreta, o ha venido manteniendo la idea de que el respeto y defensa de las tradiciones, la cultura, la historia, en definitiva, la idiosincrasia de los individuos y los pueblos, resultaba incompatible con el desarrollo económico.

El colapso del sistema soviético permitió cuestionar algunos de los aspectos más negativos producidos por la aplicación mecánica del determinismo económico pero no su validez intrínseca. Por ello, el desarrollo de la tecnología ha provocado que la cuestión del determinismo, en este caso tecnológico, haya vuelto a constituirse en uno de los fundamentos básicos en los que se sustenta una buena parte de la filosofía política y económica actual. Si ya de por sí resulta problemática la idea de la existencia de un pensamiento único, mucho más grave parece la tremenda dosis de determinismo que acompaña a esta idea hasta el punto de considerarla como algo absolutamente inevitable.

Frente a esta situación parece necesario negar, al igual que en el caso de la economía, la existencia de una dependencia determinista de la actividad humana con respecto a la tecnología. La tecnología no determina la sociedad, al igual que la sociedad tampoco dicta obligatoriamente el curso del cambio tecnológico. En la relación entre ambas inciden un conjunto de factores muy complejos cuyo análisis supera los objetivos de este trabajo. Baste con señalar, por ahora, que el dilema del determinismo tecnológico constituye un falso problema puesto que tecnología es sociedad y ésta, a su vez, no puede ser comprendida o representada sin sus herramientas técnicas (Castells 1998, I, p. 31).

No se puede dejar de reconocer que la tecnología representa un elemento de primer orden en el desarrollo de la estructura social incidiendo de forma importante en la configuración de las relaciones sociales. Pero ello no significa que la determine de forma total. No hay que olvidar que en la configuración de la estructura social también inciden, junto a la tecnología, otros muchos factores tales como las instituciones políticas y económicas, el derecho, o los sistemas de creencias y los valores culturales. Es cierto que la tecnología tiende a actuar de forma autónoma con respecto a la realidad social que le rodea pero resulta al mismo tiempo un producto contingente de esa propia sociedad. Los seres humanos «somos, al mismo tiempo, creadores y criaturas de la tecnología» (Wartofsky, en Winner, 1996, p. 18).

Si la técnica fuere la simple fuerza de las cosas, entonces habríamos llegado realmente al fin de la historia. Nos encontraríamos en una situación en la que la adopción de soluciones técnicas habría devenido en algo irreversible. Nada más contrario al sentido y al objeto de la democracia. Mientras que la tecnología nos



ofrece soluciones aparentemente perfectas, perfectamente acabadas, contra las que no caben alternativas, la democracia, por el contrario, constituye en sí misma un proceso siempre abierto y siempre inacabado (Ellul, en Winner, 1992, p. 38). Afortunadamente, la tecnología constituye tan sólo una más entre las diversas estructuras sociales. Influye de forma notoria en el devenir de la sociedad pero también resulta condicionada, al mismo tiempo, por las otras estructuras sociales.

Como bien señala Castells, las sociedades están organizadas en torno a procesos humanos estructurados por relaciones de producción, experiencia y poder. La producción constituye la acción de la humanidad sobre la materia para apropiársela y transformarla en su beneficio. La experiencia es la acción de los sujetos humanos sobre sí mismos, determinada por la interacción de sus identidades biológicas y culturales y en relación con su entorno social y natural. El poder, por su parte, constituye la relación entre los sujetos humanos que impone el deseo de algunos sujetos sobre los otros mediante el uso potencial o real de la violencia física o simbólica (Castells, 1998, I, pp. 40-41).

En la tecnología cabe distinguir tres elementos diferentes: las herramientas, los métodos de producción y uso de esas herramientas, y las técnicas o actividades prácticas llevadas a cabo de acuerdo con esos métodos. Pues bien, en función de la relación entre esos tres elementos y siguiendo a Wartofsky (Wartofsky, en Winner, 1996, pp. 18-28), cabe distinguir cuatro grandes revoluciones tecnológicas.

La primera revolución vino determinada por el descubrimiento de las herramientas manuales las cuales permitieron ampliar, mejorar o sustituir la fuerza humana a través de medios artificiales.

La segunda revolución, la revolución industrial, vino provocada por la sustitución de las herramientas manuales por las máquinas. Esta segunda revolución tuvo un alcance profundo no sólo en el ámbito estrictamente técnico sino, también, en las propias estructuras del conocimiento, en la comprensión de la naturaleza y en la propia comprensión del ser humano.

La tercera revolución, electrónica, constituyó, en cierto modo, una continuación o una reelaboración de la segunda. Las máquinas mecánicas son sustituidas por las máquinas electrónicas, pero siguen siendo máquinas. Es cierto que se automatiza la producción pero tal automatización implica, simplemente, la sustitución de programas de instrucciones o mandatos humanos por instrucciones o disposiciones automáticas.

La cuarta revolución, que es en la que nos encontramos ahora, no puede ser descrita en estrictos términos tecnológicos. Desde el punto de vista tecnológico no cabe hablar de una cuarta revolución como algo diferente de la tercera. Lo que provoca la cuarta revolución es, precisamente, el desarrollo cuantitativo y cualitativo, en todas sus potencialidades, de la tercera revolución. Su peculiaridad no radica en la tecnología en sí misma considerada sino el lugar o papel jugado por ella en el contexto cultural y político de la actual sociedad. Lo nuevo en esta última revolución es el hecho de que la tecnología se ha convertido en la cuestión central, el nudo gordiano de la política, de la economía, de la competencia internacional, de la rivalidad, de la guerra, o de la regulación global o estatal de los riesgos masivos que amenazan a los seres vivos. Lo específico, en definitiva, de la cuarta revolución es, precisamente, el dominio aplastante de la tecnología sobre la actividad política y económica.

En el contexto de esta cuarta revolución la relación entre tecnología y poder político o, para ser más precisos, entre tecnología y democracia, plantea, cuando menos,

tres importantes cuestiones. En primer lugar, cuál es el tipo de poder que otorga la tecnología. En segundo lugar, cómo debe ser ejercitado el poder tecnológico, es decir, qué conocimientos se necesitan para tomar decisiones racionales a la hora de ejercitar el poder tecnológico. Por último, quién tiene o debiera tener la habilidad y autoridad para ejercer ese poder.

## II. Tecnocracia *versus* política

El desarrollo tecnológico siempre ha influido de modo más o menos decisivo en la técnica de las decisiones políticas, así como en la estructuración e institucionalización del poder político. La aplicación de la tecnología a la política dio lugar, en la década de los veinte del pasado siglo, al surgimiento de un nuevo término conocido con el nombre de «tecnocracia». La tecnocracia fue definida, inicialmente, como la aplicación de los conocimientos técnicos a la acción de gobernar. A finales de los sesenta el término adquirió un significado mucho más preciso que se sigue manteniendo, todavía, en este momento. De acuerdo con ese significado, la tecnocracia constituye una teoría o método de gobierno consistente en aplicar soluciones técnicas a los problemas políticos. En la tecnocracia los técnicos o expertos y sus conocimientos técnicos se convierten en el núcleo dominante de la organización del poder político tanto en el ámbito de la política económica como en la actividad de gobierno en general.

El pensamiento tecnocrático ha mostrado, tradicionalmente, una evidente animosidad frente a los políticos —particularmente los políticos democráticos— y frente a la política en general y, al mismo tiempo, una inquebrantable confianza en la capacidad de decisión de los expertos. La ideología o la mentalidad de los tecnócratas podría ser resumida, de acuerdo con Putnam, en torno a seis puntos básicos. 1. Necesidad de que los técnicos desplacen a los políticos y definan los objetivos en términos apolíticos. 2. Escepticismo, e incluso hostilidad, hacia los políticos y las instituciones políticas. 3. Aversión al carácter abierto e igualitario de la democracia política. 4. Creencia de que los conflictos sociales y políticos son desacertados o, en el peor de los casos, inventados. 5. Rechazo de los criterios morales o ideológicos tratando de situar el debate político en términos pragmáticos. 6. Interés prioritario en el desarrollo del progreso tecnológico y la productividad material y escasa preocupación por los aspectos relativos a la justicia social (Robert D. Putnam, 1977, pp. 385-387).

Frente a la «irracionalidad» e «indignidad» de la política (luchas entre grupos, negociaciones, compromisos, etc.), los tecnócratas oponen la adopción de conductas basadas en métodos racionales, analíticos y científicos. En su opinión, los métodos de funcionamiento político carecen de sentido en la era de la alta tecnología. Como señala Fischer de forma muy gráfica, los tecnócratas ven la política más como un problema que como una solución (Fischer, 1990, p. 22).

No les falta razón a los tecnócratas a la hora de denunciar algunos defectos, evidentes, de los sistemas políticos democráticos. El problema que se plantea, sin embargo, es el de determinar hasta qué punto la tecnocracia constituye una alternativa mejor.

En primer lugar, resulta hartamente dudosa la presunta infalibilidad, o incluso, la superioridad de la técnica sobre la política. Accidentes tan brutales y masivos como los de Bhopal, Chernobyl, Three Mile Island, o Fukushima, por circunscribirnos tan solo al

ámbito estricto de las catástrofes medioambientales, o los constantes «errores» cometidos por los aviones inteligentes de las fuerzas estadounidenses u otras en numerosos conflictos (Kosovo, Afganistán, etc.), muestran hasta qué punto dista la tecnología de la perfección técnica que se le pretende atribuir.

Los riesgos derivados del espectacular avance de las tecnologías están provocando lo que Giddens define como el paso de un mundo de incertidumbre simple a un mundo de incertidumbre fabricada (Giddens, 1998, p. 13). Los riesgos a los que se veía abocada la existencia, individual o colectiva, de los seres humanos, en el proceso de modernización, provenían de la naturaleza o de elementos ajenos a la voluntad humana. En el momento actual hemos sido incapaces de superar de forma definitiva esos riesgos tradicionales y, al mismo tiempo, hemos creado nuevos riesgos. Unos nuevos riesgos que se derivan de la propia intervención humana en las condiciones de la vida social y la naturaleza o, por decirlo de forma más clara, de «la intrusión consciente en nuestra propia historia y nuestras intervenciones en la naturaleza» (Giddens, 1998, p. 85). Por primera vez en la historia muchos de los problemas actuales no se derivan ya, solamente, de la escasez económica, ni tan siquiera de los conflictos sociales ligados a la pobreza, sino, también paradójicamente, de la riqueza generada por la propia sociedad tecnológica. Entre tales peligros cabe citar, tan solo a modo de ejemplo, los visibles daños ecológicos derivados de la explotación excesiva de la naturaleza o de la utilización incontrolada de la técnica (deforestación masiva, energía nuclear, agujero de ozono, efecto invernadero, manipulaciones genéticas, etc.), las armas de destrucción masiva, o las confrontaciones militares tanto de carácter estatal-militar como las derivadas del terrorismo internacional, etc.

Algo parecido ocurre en otros muchos campos técnicos tales como la economía, donde constituye ya un lugar común dar por buenos los errores en las previsiones que, con más voluntad que acierto, se empeñan en ofrecernos de forma constante los expertos de la economía. El desastre económico y medioambiental de la URSS y los demás países del Este en la década de los ochenta o la gravísima crisis económica global iniciada en 2008, todavía vigente seis años después, constituyen un buen ejemplo de a dónde nos puede conducir la aplicación de la técnica o, en su caso, de la economía, al margen de la política y, más concretamente, de la política democrática.

En contra de lo que aseguran los propios valedores de la tecnocracia, ésta dista mucho de constituir una teoría, un pensamiento, o incluso una actividad, neutros. Ya he señalado que la tecnocracia se define como una teoría o método de gobierno consistente en aplicar soluciones técnicas a los problemas políticos. También he señalado que, en la tecnocracia, los técnicos o expertos y sus conocimientos técnicos se convierten en el núcleo dominante de la organización del poder político. Pues bien, este protagonismo y centralidad de la técnica ya implican en sí mismos una opción política y por tanto no técnica. Precisamente, uno de los rasgos de la cuarta revolución a la que hacía referencia más arriba radica en la politización de la tecnología, en la concentración de poder en la adopción de decisiones relativas a la política tecnológica y en el uso de las fuerzas tecnológicas a escala nacional, internacional o transnacional.

Una buena prueba del carácter no neutro de la tecnocracia lo constituye el propio cambio de actitud operado en los tecnócratas con respecto a la política. Como ya he indicado más arriba, su actitud inicial ante la política consistía en un rechazo sin paliativos de la misma. Hasta la posguerra los teóricos de la tecnocracia defendían la sustitución de la política por procesos de decisión de carácter técnico y científico. Sin em-

bargo esta actitud fue cambiando progresivamente, en la medida en que los tecnócratas fueron acercándose al poder. Actualmente la cuestión no se plantea tanto en términos de sustitución del poder político, cuanto de transformación de su contenido y procedimientos. Ahora ya no se pretende sustituir formalmente a los grupos de interés por las decisiones técnicas sino que la opinión de los expertos influya de modo determinante sobre la opinión pública. En otras palabras, se trata de convertir a los políticos en expertos y, por qué no, a los expertos en políticos. Nada más lejos, en consecuencia, de la neutralidad antes predicada.

Esta interrelación entre tecnocracia y política ha dado lugar al establecimiento de una estrechísima alianza entre los líderes políticos y los tecnócratas a fin de establecer estrategias que les beneficien mutuamente. Los tecnócratas ya no son solo especialistas en dirección y planificación política sino que sus técnicas se hallan basadas en unas bases ideológicas muy concretas y en una concepción elitista de la política. Ello produce importantes consecuencias en el desarrollo y aplicación tanto de los valores como de los procedimientos democráticos.

### III. De la sociedad abierta al corporatismo autoritario

La tecnocracia no implica solo una mera aplicación de métodos técnicos para la solución de una serie de problemas sino, también, un *ethos*, una determinada concepción del mundo (Giddens, 1973, p. 258). La sociedad y sus problemas son formulados en un modo abstracto y técnico. Los problemas sociales se conceptualizan en términos estrictamente técnicos al margen de cualquier contexto de orden cultural, sociológico o lingüístico.

Esta concepción, aparentemente neutral, de la acción social conduce a una conceptualización puramente administrativa de la actividad política y de la resolución de los problemas. El objetivo fundamental de esa estrategia administrativo-gerencial consiste en reconducir el mayor número posible de decisiones políticas y sociales al ámbito estrictamente administrativo, de forma que puedan ser redefinidas y procesadas en términos técnicos.

Tras la estrategia tecnocrática se esconde una sutil, y a veces no tan sutil, forma de autoritarismo. Los tecnócratas basan su filosofía en la idea de que resulta posible, o incluso necesario, calcular de forma empírica y racional *la* vía correcta para lograr los objetivos. Una vez descubierta esa vía única carece de sentido seguir explorando la existencia de otras vías alternativas. La *única* solución racional es la que se deriva del conocimiento técnico y administrativo de los expertos. Subrayo la palabra *única* porque ése es el término mágico en el que se insiste, de forma obstinada, por parte de la ideología tecnocrática. Si ya de por sí resulta problemática la idea de la existencia de un pensamiento único, mucho más peligrosa parece la tremenda dosis de determinismo que acompaña a esta idea hasta el punto de considerarla como algo absolutamente inevitable.

La tecnocracia olvida que la actividad humana no sólo se rige por el racionamiento técnico sino, también, por la razón normativa. Ambos tipos de razón pertenecen, como bien señala Habermas, a esferas autónomas y diferentes de la actividad humana (Habermas, 1971). Mientras la esfera de la producción económica se rige por criterios técnicos, la vida social (familia, cultura, religión, política, etc.) se estructura de acuerdo con la razón normativa.

El abandono de la racionalidad normativa ha provocado importantes consecuencias. Valga como ejemplo la explotación sin límites a la que ha sido sometida la naturaleza en nombre del progreso tecnológico y del desarrollo económico. O los profundos cambios operados en el ámbito de la educación y la cultura. Los centros educativos han abandonado su carácter de instituciones dedicadas a la formación integral de los ciudadanos para convertirse en lugares de preparación y entrenamiento técnico, en instrumentos al servicio de la industria y la técnica.

En el caso concreto de la política, no se puede considerar la acción de gobierno como una ciencia en el sentido en el que lo son la física o la química. Y ello, como advierte Dahl, por varias razones. De entrada, prácticamente todas las decisiones importantes de carácter político exigen juicios éticos. Adoptar una decisión sobre los fines que las políticas del gobierno deben intentar alcanzar (justicia, equidad, imparcialidad, felicidad, salud, supervivencia, seguridad, bienestar, igualdad, etc.) significa aplicar un juicio ético. Y los juicios éticos no son juicios científicos en el sentido habitual.

Por otra parte, los buenos juicios entran a menudo en conflicto unos con otros y los recursos son limitados. Por ello, las decisiones sobre políticas exigen casi siempre la ponderación de fines distintos y la transacción entre diversas alternativas. Tales decisiones no pueden tener un carácter «científico». La evidencia empírica es importante y necesaria a la hora de adoptarlas, pero nunca es suficiente. El decidir cuánto hemos de sacrificar de un objetivo, bien o fin para conseguir alguna medida de otro, necesariamente nos sitúa más allá de lo que el conocimiento estrictamente científico es capaz de proporcionarnos.

Por último, aún en el caso en el que las decisiones sobre políticas pudieran contar con un asentimiento general, casi siempre nos encontramos con una considerable incertidumbre y conflicto a la hora de seleccionar los medios: forma de alcanzar los objetivos, su conveniencia, viabilidad, aceptabilidad, o las posibles consecuencias de otros medios alternativos, etc. (Dahl, 1999, pp. 84-85).

La extensión de la mentalidad tecnocrática está originando importantes consecuencias en los sistemas democráticos. Frente a una democracia asentada en criterios de legitimidad, la tecnocracia se fundamenta, sobre todo, en criterios de eficacia. Los tecnócratas definen el interés público en términos de progreso material. La utilización eficiente de los recursos escasos se convierte, a fin de lograr ese objetivo, en el primero de los criterios de decisión. La tecnocracia mide el mayor o menor acierto de las decisiones políticas y el bienestar de los ciudadanos en virtud de los indicadores económicos básicos o el PIB.

Ello implica, tanto desde el punto de vista político como de gestión, un ajuste constante de los procesos y estructuras institucionales a los criterios funcionales del desarrollo económico y tecnológico. El interés público se define de este modo en términos puramente instrumentales y funcionales. En la medida en que las técnicas instrumentales reemplazan a la sustancia política, los medios se convierten en fines. En este proceso la cuestión política esencial —producir ¿para qué?— es relegada a un segundo lugar o, en el peor de los casos, simplemente ignorada (Fischer, 1990, pp. 24-25).

La política queda relegada, de esta forma, a un segundo plano. La autoridad de los expertos sustituye al intercambio democrático de opiniones. Como señala Ghéheno, lejos de ser el principio organizador de la vida de los seres humanos en sociedad, la política aparece como una actividad secundaria, como una construcción artificial incluso, inadaptada para la solución de los problemas prácticos (Guéheno, 1995, p. 35).

Los valores individuales quedan reducidos a la busca del máximo beneficio. El desarrollo debería permitir a los individuos alcanzar un cierto grado de autonomía de acción como condición necesaria para poder sobrevivir y forjarse una vida. En lugar de ello, la sociedad tecnocrática actual identifica individualismo con egoísmo, desligando la autonomía individual de los valores de reciprocidad e interdependencia.

El concepto de ciudadanía se debilita progresivamente. La tecnocracia no percibe a los individuos como ciudadanos, como sujetos públicos de derechos y obligaciones, sino como piezas de una serie de procesos continuos de producción y consumo. Lo que importa de los individuos no es tanto su calidad de ciudadanos sino, sobre todo, su condición de asalariados, consumidores, o contribuyentes. De este modo la democracia corre el riesgo de disolverse en una libertad reducida a la del consumidor en el mercado.

En contra de lo propugnado por el pensamiento tecnocrático resulta necesario recordar que la sociedad civil es algo más que un simple mercado objeto de planificación. Es evidente que el progreso económico tiende a favorecer el desarrollo de la democracia, pero la relación entre desarrollo y democracia no es tan lineal como, a veces, se tiende a pensar. La lógica de la política, en este caso de la política democrática, es diferente de la lógica tecnocrática. Como ha señalado un autor tan poco sospechoso como Fukuyama, la democracia liberal es compatible con la madurez industrial pero ello no implica que exista una relación *necesaria* entre los dos. No hay ninguna base lógica económica para la democracia. Incluso, la política democrática constituye un lastre para la eficiencia económica. El camino que lleva a la productividad no es, pues, el mismo camino que conduce a la libertad. Por ello, la elección de la democracia constituye una decisión autónoma (Fukuyama, pp. 186 y 282; *vid.* en el mismo sentido Dahl, 1999, pp. 200-201 y 205). Tal como reconoce paladinamente uno de los más hábiles especuladores financieros de los últimos años, dentro del sistema capitalista global faltan las fuerzas capaces de impulsar a países concretos en una dirección democrática. Los bancos internacionales y las grandes empresas multinacionales se sienten a menudo más cómodos con un régimen fuerte, y aún autocrático (Soros, 1999, p. 142).

Los viejos liberales cayeron en el error de considerar que la simple aplicación de las leyes de mercado traería consigo, de forma natural, el establecimiento de una sociedad civil armónica y justa en la cual quedaría perfectamente asegurada la felicidad de los seres humanos. En contra de lo que pensaban los viejos liberales, la sociedad civil no ha constituido nunca sinónimo de libertad y, mucho menos, de igualdad. No lo fue en el momento más álgido del estado liberal y mucho menos lo está siendo en la época actual en la que no existe una línea divisoria entre estado y sociedad civil. Es evidente que, hoy en día, no toda forma de poder, incluso de poder político estricto, se encarna en el estado. Grupos teóricamente integrantes de la sociedad civil tales como los sindicatos, los grupos de presión, las grandes corporaciones y fuerzas del mercado, los movimientos sociales, etc., ejercen una influencia, un poder y en definitiva una actividad política de primer orden.

La ya confusa relación entre las instituciones públicas y la sociedad civil se ha intensificado de modo notorio como consecuencia de la revolución tecnológica. El actual desarrollo económico y tecnológico está originando un proceso de concentración de recursos que trae como consecuencia inevitable el surgimiento de organizaciones con una extensión y dominio cada vez mayores, dando así lugar a un nuevo orden so-

cial corporativo. Este nuevo orden está acabando con cualquier pretensión de mantener unas relaciones libres de mercado. A través de la constitución de cárteles, holdings, etc., las corporaciones están reduciendo a la mínima expresión la ley de la oferta y la demanda, provocando así un cierre o asfixia del mercado.

Frente a la acción de las corporaciones los sistemas democráticos pueden optar por dos vías alternativas. O bien establecer medidas reguladoras del mercado tanto de capital como de trabajo, tratando así de evitar esas situaciones de monopolio u oligopolio. O bien adoptar una política neoliberal, haciendo dejación de su poder regulador.

Se produce de este modo una extraña y gran paradoja. Mediante la limitación del poder de las corporaciones, el estado intervencionista termina actuando como el defensor de las relaciones de mercado. Mientras tanto, mediante la transferencia de su poder a las grandes corporaciones, el estado mínimo neoliberal se convierte en el sepulturero de esas relaciones libres de mercado.

En teoría, el actual desarrollo tecnológico y científico puede dar lugar, o bien a una sociedad íntegramente programada por centros de poder ajenos a los ciudadanos, lo cual conllevaría la aparición de un sistema totalitario superador de todas las previsiones formuladas por Orwell, o bien a una sociedad liberal y liberada de un contenido y profundidad hasta ahora desconocidos. Uno de los elementos fundamentales para que la sociedad se incline realmente a uno u otro modelo de sociedad es el establecimiento de instrumentos y técnicas capaces de controlar el poder de las grandes corporaciones.

La dejación del poder por parte del estado neoliberal en favor de las grandes corporaciones nos conduce al primero de los modelos, a una sociedad autoritaria en la que el poder legítimo del estado resulta sustituido o al menos condicionado por el poder incontrolado y sin garantías de las corporaciones. El estado termina convirtiéndose en una simple marioneta en manos de las corporaciones más poderosas, favoreciendo así una actuación arbitraria en perjuicio de otros grupos y desde luego, en todo caso, en perjuicio de los ciudadanos.

Uno de los grandes enemigos actuales de la democracia y, por lo tanto, de la libertad e igualdad de los ciudadanos lo constituye, sin lugar a dudas, el corporatismo. El corporatismo provoca una importante disminución de la competición no sólo en el mercado económico sino, también, en el mercado político. En el orden social corporativo los lazos de unión entre las corporaciones y el sistema político son muy estrechos y se hallan íntimamente entrelazados. Ello impide que en los actuales sistemas corporativos se den, tal como ocurre en los sistemas políticos abiertos liberales, una división clara y estable del trabajo entre los grupos de interés, el gobierno y los partidos políticos.

El resultado de todo ello es el desvirtuamiento, o incluso la casi desaparición, en la práctica, de un elemento básico de la teoría democrática liberal, cual es la idea de que la toma de decisiones políticas constituye una actividad reservada a los gobiernos elegidos y a la administración pública. Mientras la democracia tiene como objetivo el logro del interés general, la actividad de las organizaciones corporativas se asienta en la concertación de sus intereses particulares. En tal sentido, la tecnocracia no sólo incide en los valores democráticos. También afecta, de forma muy importante, al procedimiento y a la toma de decisiones democráticas.

La insistencia de la tecnocracia sobre la necesidad de coordinar y adecuar los procesos institucionales a los requerimientos funcionales del sistema productivo ha dado

pie al surgimiento de un modelo de estado gerencial o administrativo. Se trata de un estado estructurado en tres niveles o esferas: una reducida élite político-económica dirigente a la que compete la toma de decisiones básicas de gobierno; un nivel intermedio formado por expertos, tecnócratas y administradores que conforma la «tecnestructura» en la que se asienta el funcionamiento del sistema; y, por último, el conjunto de los ciudadanos configurados como una masa despolitizada y pasiva.

La concentración del poder y el conocimiento en manos de las élites y de la tecnestructura hace que las posibilidades de participación política de los ciudadanos queden reducidas a niveles mínimos. Basándose en la presunta competencia técnica de los profesionales y expertos, el sistema tecnocrático, de una parte, cubre con un barniz aparentemente técnico todas las decisiones que adopta, por muy críticas y discutibles que pudieran resultar, y de la otra, establece barreras rigurosas a la posibilidad de una participación ciudadana. La toma de decisiones políticas queda así reservada, de forma exclusiva, a aquellos que disponen del conocimiento y de los medios tecnológicos adecuados para abordar la sofisticada y compleja sociedad de nuestro tiempo.

La política tecnocrática tiende a provocar importantes costes sociales. Por ello, las decisiones políticas suelen ser promovidas desde arriba y lanzadas por sorpresa, sin tener en cuenta la opinión pública y sin contar con la participación de las fuerzas políticas organizadas. El estilo de actuación tiende a ser autocrático a fin de evitar la movilización de los ciudadanos. La mayor parte de las decisiones importantes tanto en política tecnológica como en otras políticas se adoptan hoy en día con el mayor de los secretismos dentro de los cuarteles generales de los grandes grupos corporativos y en las estructuras burocráticas de los gobiernos o, en su caso, a través de una política tácita marcada por las fuerzas del mercado. La programación estratégica tanto del presente como del futuro, de nuestro futuro, se halla cada vez más en manos de círculos restringidos de científicos, gerentes y técnicos, tanto en la esfera administrativa pública como en la de las entidades y empresas privadas (Arbós y Giner, 1993, p. 79).

Baste como ejemplo de todo ello la revolución que se viene produciendo en los últimos años en el mundo de la información. Las nuevas tecnologías de la información y las telecomunicaciones y el correspondiente desarrollo de las redes telemáticas están provocando cambios profundos en las sociedades avanzadas. Asistimos a un cambio radical de realidades como la guerra, las finanzas, la organización empresarial, el trabajo, el comercio, la administración, la enseñanza, la medicina, el arte, la cultura, etc. El resultado de todo ello es la emergencia de un nuevo espacio social, el tercer entorno, que difiere profundamente de los entornos naturales y urbanos. Es evidente que este tercer entorno está afectando de forma muy intensa a la cuestión del poder y de la democracia. Algunos sectores de opinión consideran que Internet puede facilitar el desarrollo de nuevas formas de libertad y de democracia directa. Así, se dice que en Internet las decisiones pueden ser tomadas directamente por los ciudadanos a través del voto electrónico o de asambleas virtuales, sin la interferencia del poder político. Hay otros sectores que no son tan optimistas.

Es cierto que, a través de las redes sociales, internet permite a los consumidores convertirse en productores de información. No es menos cierto que internet ofrece un nuevo espacio social que abre unas mayores posibilidades de participación en determinadas decisiones. También es cierto, por último, que esa participación ha produ-



cido, en algunos casos, consecuencias positivas y éxitos evidentes (primaveras árabes, 15M, etc.). Pero eso no significa necesariamente que la red constituya por sí misma un espacio democrático. No existe un poder público y democrático en internet. Bien al contrario, el nuevo espacio social está controlado y dominado por entidades privadas poderosas que escapan al control democrático. No hallamos lejos, por lo tanto, de alcanzar en ese espacio la categoría de ciudadanos.

La dinámica tecnocrática tiende, así, a socavar la validez y la utilidad de las instituciones representativas. En los actuales sistemas democráticos los ciudadanos siguen pudiendo votar pero, en ningún caso, decidir. A las instituciones representativas ya no les corresponde, en la práctica, jugar papel alguno en la elaboración de las políticas, particularmente las políticas tecnológicas.

#### **IV. ¿Tiene futuro la democracia en una sociedad tecnológica?**

El espectacular avance de la tecnología, y el consiguiente desarrollo de la tecnocracia, están originando, como acabamos de ver, serios obstáculos al desarrollo y profundización de la democracia. Ello nos lleva a plantear la cuestión de si resulta posible, no ya profundizar, sino, incluso, mantener la vigencia de los actuales sistemas democráticos. La respuesta a tal cuestión debe ser, en mi opinión, claramente afirmativa. Ahora bien, para que ello suceda son necesarias, cuando menos, dos condiciones. De una parte, un mayor conocimiento, por parte de los ciudadanos, de determinados aspectos científicos y tecnológicos con el fin de hacer posible un cierto grado de participación ciudadana en la discusión o aplicación de políticas relacionadas con la tecnología. De la otra, un mayor control o, lo que es lo mismo, una democratización radical del poder.

En lo que respecta a la primera cuestión en el momento actual estamos siendo testigos de una peligrosa combinación entre la evidente inercia tecnológica asumida por las instituciones democráticas y la no menos evidente ignorancia de los asuntos tecnológicos por parte de los ciudadanos. Ello provoca la exclusión del debate público de la gran mayoría de los ciudadanos. Los asuntos de la vida pública y la participación democrática quedan, de este modo, circunscritos a una exigua minoría. Es cierto que los imperativos derivados de la complejidad tecnológica no anulan formalmente el funcionamiento de las instituciones democráticas pero es evidente que las vacían totalmente de contenido.

La teoría democrática se enfrenta aquí a un extraordinario desafío cual es el demostrar que las instituciones y el sistema democráticos siguen siendo útiles y válidos en una época en la que los imperativos tecnológicos dominan la agenda política. Para ello no basta con el establecimiento de controles sino que resulta imprescindible también la adquisición de una cierta cultura tecnológica a fin de actuar con conocimiento de causa. Es obvio que no todos los ciudadanos pueden acceder a esa cultura tecnológica por rudimentaria y básica que sea. La democracia actual parte, en tal sentido, de una situación de desventaja ya que los ciudadanos disponen de menos posibilidades de conocimiento de muchos problemas que en épocas pretéritas.

La cuestión no radica, sin embargo, en convertir en expertos a todos y cada uno de los ciudadanos sino en otorgarles ciertas herramientas básicas que les permitan discernir con un mínimo de criterio lo conveniente de lo inconveniente y adoptar, en

cada caso, aquellas soluciones que les parezcan más plausibles. En esa tarea deben jugar un papel muy importante, de una parte, los propios técnicos y, de la otra, los representantes políticos.

La incompetencia de los ciudadanos y de los representantes políticos nos lleva a plantear la importante cuestión de cuál debe ser el papel de los técnicos en la democracia actual. En la era tecnológica la democracia requiere de forma insoslayable el concurso y la responsabilidad de los técnicos. Esa responsabilidad se manifiesta en un doble nivel. En primer lugar, su actividad técnica debe guiarse por los valores y principios propios del sistema democrático. Ello implica la necesidad de denunciar o rechazar aquellos proyectos tecnológicos que resulten contrarios o peligrosos para el ser humano o para la naturaleza. En segundo lugar, los ciudadanos deben ser informados de forma amplia y correcta de las ventajas e inconvenientes producidos por determinados proyectos tecnológicos. Tal responsabilidad corresponde no sólo a los dirigentes políticos sino, también, en gran medida a los propios científicos y técnicos. La decisión adoptada por los ciudadanos será tanto más correcta cuanto mayor y más exacto sea el grado de información obtenido a través de los técnicos.

El hecho de que las grandes decisiones estratégicas sean tomadas en círculos cada vez más selectos y restringidos no exime a los científicos y técnicos de su cuota de responsabilidad. Actualmente se ha generalizado una peligrosa desresponsabilización por parte de los estrategas que, al funcionar bajo comités y respaldando todas las decisiones importantes con informes y recomendaciones de expertos, legitiman así sus decisiones, al margen de los resultados. Que tales decisiones hayan sido producidas por comisiones y paneles de expertos no significa que sus efectos no puedan ser nocivos o aumentar el desorden y la entropía sociales (Arbós y Giner, 1993, p. 80).

Por lo tanto, los técnicos tienen, al igual que los líderes políticos, una cuota propia de responsabilidad en el planteamiento y ejecución de sus proyectos tecnológicos. Como señala Ellul, aquellos científicos que participen en proyectos ruinosos o claramente dañinos para el conjunto de los ciudadanos deben ser objeto de enjuiciamiento y sanción en función de su grado de responsabilidad en los mismos (J. Ellul, en L. Winner, 1992, p. 44).

También a los líderes políticos les corresponde su propia cuota de responsabilidad a la hora de hacer posible un mayor control democrático de las tecnologías. Es obligación de las organizaciones e instituciones públicas, particularmente de aquellas dedicadas a favorecer el control democrático de la acción pública, dotarse de los medios técnicos y de los expertos adecuados a fin de navegar con un mínimo de conocimiento y seguridad en las intrincadas y complicadas aguas de la tecnología. La ignorancia o el rechazo de la tecnología no favorecen en nada el adecuado control de la actividad tecnológica por parte de las instituciones democráticas y termina desembocando, en última instancia, en el predominio efectivo de la racionalidad tecnológica sobre la racionalidad democrática. Para que tal control sea efectivo y válido resulta indispensable que el *demos* se sumerja sin miedo en las aguas de la *techne*.

La subordinación de la tecnología a la democracia exige, como ya he señalado antes, una segunda condición consistente en la exigencia de una democratización radical del poder. La diferencia sustancial entre la actividad política, en este caso la actividad política democrática, y las actividades técnicas, no radica tanto en el nivel de especialización que una y otras requieren, sino en los efectos y consecuencias que

producen para el conjunto de los ciudadanos. Cuando una decisión afecta de modo directo al conjunto de los ciudadanos, resulta imprescindible que éstos manifiesten su voluntad respecto a la misma. Los detalles técnicos constituyen materia de los especialistas técnicos. Tal tecnificación no está reñida, sin embargo, con la participación ciudadana en la toma de las decisiones políticas que a ellos afecte. A modo de ejemplo, resulta absurdo que los ciudadanos discutan y decidan sobre los elementos relativos a la fusión del átomo o a la manipulación genética, pero es imprescindible que participen en la toma de decisiones sobre una determinada política energética derivada de las investigaciones sobre el átomo o una política genética que puede afectar de modo directo a su vida o su salud y a la de sus hijos.

Ser políticamente competente no significa conocer cuál es la decisión más adecuada y perfecta en cada momento, tiempo, y lugar, sino determinar qué actos o medidas pueden resultar más plausibles y prácticos atendiendo a las contingencias y situaciones que condicionan las mismas. En la práctica, la toma de decisiones políticas no suele venir determinada por el criterio exclusivo de la mayor o menor competencia de quien toma esa decisión, sino por un cúmulo de circunstancias que es necesario sopesar en cada momento concreto. Si la política fuese una cuestión de mera competencia técnica, sobrarían los políticos, y en su lugar deberían gobernar los expertos.

La democratización del poder implica, en consecuencia, dos condiciones necesarias. De una parte, una completa información acerca de las circunstancias, razones, efectos, y consecuencias que puedan derivarse de la adopción de determinadas decisiones o proyectos técnicos. En segundo lugar, una mayor participación y control por parte de los ciudadanos o, en su caso, de sus representantes, en esas decisiones.

La democratización tecnológica tiene, en consecuencia un doble componente procedimental y sustancial. Desde la perspectiva procedimental resulta imprescindible otorgar mayores oportunidades para que los ciudadanos participen, de forma efectiva y en todos los ámbitos de la vida, en la evaluación, selección y aplicación del orden tecnológico. Las decisiones y proyectos tecnológicos deben ser procesados y adoptados a través de las instituciones representativas. El sometimiento de tales proyectos al control democrático no sólo permite la mejora de su calidad técnica sino que, además, provee a los mismos de la necesaria legitimación. No hay que olvidar que la democracia sigue constituyendo, todavía, un valor en sí misma y muchos ciudadanos están dispuestos a aceptar sacrificios siempre que los hayan asumido de forma voluntaria.

Desde el punto de vista sustantivo las tecnologías resultantes deben ser compatibles con los propósitos y condiciones establecidos por el sistema democrático. En caso contrario, la ausencia de un sistema normativo basado en valores y criterios universales impediría el desarrollo adecuado de la ciudadanía. Tal desarrollo sólo es posible en el marco de un estado de derecho efectivo en el que los poderes públicos puedan exigir y sean capaces de proteger los derechos y obligaciones. Para que una democracia tenga realmente sentido es necesario que la mayor parte de las fuerzas que la sostienen consideren a la misma como el mejor instrumento para el logro de sus intereses y valores.

En contra de lo que pudiera pensarse, democracia y tecnología no tienen por qué constituir realidades antagónicas. En tal sentido, la lucha contra la tecnocracia no constituye una tarea imposible, ni mucho menos inútil. Ahora bien, para que la política vuelva a ser capaz de responder a los nuevos desafíos que se le presentan y recupe-

rar la función que le corresponde son necesarias varias condiciones. En primer lugar, la política debe recuperar su posición central como valor y como proyecto público. Para ello debe impugnar y limitar la mentalidad economicista y tecnocrática y los poderes que nacen de la sociedad representada por los medios de comunicación y por la sociedad virtual de la electrónica. Asimismo debe reactivar el juego pluralista de las fuerzas políticas y, en consecuencia, de la democracia. Otro importante aspecto cuya recuperación resulta imprescindible lo constituye el desarrollo institucional de la educación, la formación y el control de las élites políticas y de los aparatos formados por los profesionales de la política (Mongardini, en Giner-Sarasa, 1997, p. 33).

## Bibliografía

- ARBÓS, Xavier y GINER, Salvador: *La gobernabilidad*. Siglo XXI. Madrid. 1993.
- CASTELLS, Manuel: «La era de la información. Economía, sociedad y cultura». Vol. 1. *La sociedad red*. Alianza. Madrid. 1998.
- DAHL, Robert: *La democracia. Una guía para los ciudadanos*. Taurus. Madrid. 1999
- ELLUL, Jacques: «Technology and democracy», en Winner, Langdon (ed.). *Democracy in a Technological Society*. Kluwer Academic Publishers. Dordrecht. 1992.
- FISCHER, Frank: *Technocracy and the Politics of Expertise*. Sage Publications. Londres. 1990.
- FUKUYAMA, Francis: *The end of history. The National Interest*. 1989.
- FUKUYAMA, Francis: *El fin de la historia y el último hombre*. Planeta. Barcelona. 1992.
- GHÉHENNO, Jean Marie: *El fin de la democracia. La crisis política y las nuevas reglas del juego*. Paidós. Barcelona. 1995.
- GIDDENS, Anthony: *The Class Structure of Advanced Societies*. New York Harper & Row. 1973.
- GIDDENS, Anthony: *Más allá de la izquierda y la derecha*. Cátedra. Madrid. 1998.
- HABERMAS, Jurgen: *Knowledge and Human Interests*. Boston. Beacon. 1971.
- MONGARDINI, Carlo: «Las condiciones políticas de la gobernabilidad en la Europa occidental», en Giner, Salvador y Sarasa, Sebastián (ed.): *Buen gobierno y política social*. Ariel. Barcelona. 1997.
- PUTNAM, Robert D: «Elite Transformation in Advanced Industrial Societies: An Empirical Assessment of the Theory of Technocracy», en *Comparative Political Studies*, 10, n.º 3. Octubre 1977.
- SOROS, George: *La crisis del capitalismo global*. Temas de Debate. Madrid. 1999.
- WARTOFSKY, Marx W: «Technology, Power, and Truth: Political and Epistemological Reflections on the Fourth Revolution», en Winner, Langdon (ed.). *Democracy in a Technological Society*. Kluwer Academic Publishers. Dordrecht. 1992.

Trabajo recibido el 8 de julio de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Ziberespazioak eta sare sozialek sinbolikoki ordezkatzten duten iraultza teknologikoaren ezaugarri nagusia ez da teknologia bera, baizik eta horrek gaur egungo gizartearen egoera kulturalen eta politikoen duen lekua edo eginkizuna. Azken iraultzak ekarritako berritasunen artean, teknologia politikaren, ekonomiaren, nazioarteko lehiaren, norgehiagokaren, gerraren eta gizakiak mehatxatzen dituzten arrisku masiboen erregulazio globalaren edo estatalaren muin bihurtu dela azpimarratu daiteke. Labur esanda, laugarren iraultzaren ezaugarria da teknologiak jarduera politikoa eta ekonomiko erabat menderatzen dituela.

Iraultzak aurrekaririk gabeko aurrerabide globala ekarri dio gizateriari. Hala ere, ez du lortu askatasunaren hobekuntzarik, berdintasun eta gizakien berdintasun ekonomiko eta sozial handiagoa ekartzea, kontrakoa baizik. Garapen teknologikoaren eta burokratikoaren protagonistek ezin izan dute teknologia berriek gure bizitzetan benetan duten eraginari buruzko oso zalantza serioak argitu.

Egia da, sare sozialen bidez, Internetek kontsumitzaileei informazioaren sortzaile izatea ahalbidetzen diela. Gainera, Internetek hainbat erabakitan parte hartzeko aukera ematen duen espazio soziala sortu du. Azkenik, partaidetza horrek ondorio positiboak eta arrakasta nabariak eragin ditu zenbait kasutan (udaberri arabiarrek, 15M, etab.). Hala ere, horrek ez du esan nahi sarea berez espazio demokratikoa denik. Interneten ez dago botere publikorik eta demokratikorik. Aitzitik, espazio sozial berria demokrazia-ren kontroletik kanpo dauden erakunde pribatu boteretsuek menderatzen dute. Horrenbestez, espazio horretan herritar kategoria lortzetik urrun gaude oraindik.

**HITZ GAKOAK:** Teknologia. Korporatismoa. Ziberespazioa. Demokrazia. Askatasuna. Berdintasuna.

**RESUMEN:** La peculiaridad de la actual revolución tecnológica, representada simbólicamente por el ciberespacio y las redes sociales, no radica en la tecnología en sí misma considerada sino el lugar o papel jugado por ella en el contexto cultural y político de la actual sociedad. Lo nuevo en esta última revolución es el hecho de que la tecnología se ha convertido en la cuestión central, el nudo gordiano de la política, de la economía, de la competencia internacional, de la rivalidad, de la guerra, o de la regulación global o estatal de los riesgos masivos que amenazan a los seres vivos. Lo específico, en definitiva, de la cuarta revolución es, precisamente, el dominio aplastante de la tecnología sobre la actividad política y económica.

Esta revolución está dando lugar a un progreso global sin precedentes de la humanidad, pero, sin embargo, no ha logrado favorecer, sino todo lo contrario, una mejora de la libertad ni un aumento de la igualdad económica y social de los seres humanos. Los protagonistas del desarrollo tecnológico y burocrático no han sido capaces de ahuyentar numerosas dudas e inquietudes muy serias acerca del impacto real de las nuevas tecnologías sobre nuestras vidas.

Es cierto que, a través de las redes sociales, internet permite a los consumidores convertirse en productores de información. No es menos cierto que internet ofrece un nuevo espacio social que abre unas mayores posibilidades de participación en determinadas decisiones. También es cierto, por último, que esa participación ha producido, en algunos casos, consecuencias positivas y éxitos evidentes (primaveras árabes, 15M, etc.). Pero eso no significa necesariamente que la red constituya por sí misma un espacio democrático. No existe un poder público y democrático en internet. Bien al contrario, el nuevo espacio

social está controlado y dominado por entidades privadas poderosas que escapan al control democrático. No hallamos lejos, por lo tanto, de alcanzar en ese espacio la categoría de ciudadanos.

**PALABRAS CLAVE:** Tecnología. Corporatismo. Ciberespacio. Democracia. Libertad. Igualdad.

**ABSTRACT:** The peculiarity of the current technological revolution, symbolically represented by the cyberspace and social networks, does not lie on the technology itself but on the place or role played by it within the cultural and political context in the present society. The novelty in this revolution is the fact that technology has become a central issue, the guardian knot of the politics, economy, international competition, rivalry, war or global and state regulation of the massive risks that threat human beings. The specific, all in all, of the fourth revolution is specifically the overwhelming power of technology over political and economic action.

This revolution gives place to an unprecedented global advance for humanity but nevertheless it has not been able, but the opposite, to boost an improvement in freedom nor an upgrading of economic and social equality of human beings. The protagonist of the technological and bureaucratic development has not been able to dispel many serious doubts and concerns about the real impact of new technologies in our lifes.

It is true that by means of social networks internet allows consumers to become information providers. It cannot be denied that internet offers a new social space which opens some greater possibilities for participation in some decisions. It is also true, last but not least, that in some cases that participation has produced positive consequences and obvious successes (Arab spring, 15 May, etc.). But that does not necessarily mean that the net is to be considered a democratic space. There does not exist a public and democratic power in internet. On the contrary, the new social space is controlled and dominated by powerful private entities which scape from democratic control. We are accordingly far away from reaching the category of citizens in that space.

**KEYWORDS:** Technology. Corporativism. Cyberspace. Democracy. Freedom. Equality.

# Los frenos del poder (Una introducción al principio de separación de poderes y al control de las instituciones en los sistemas constitucionales) (1)

Rafael Jiménez Asensio

## Preliminar: presentación y objeto del estudio

Cualquier organización política, gobernada como está por personas, tiende por la naturaleza de las cosas a la concentración de poder. Quien ejerce el poder político en todo tipo de estructura de gobierno pretende hacerlo sin límites y su objetivo muchas veces inconfesable es huir a cualquier tipo de controles o, en su defecto, disimular o reducir sus efectos. Esto ha sido siempre así, desde tiempos inmemoriales.

La filosofía política y, en un plano más empírico, las diferentes modalidades de diseños constitucionales proyectadas tradicionalmente en las estructuras de gobierno (ciudades-estado; imperios o principados; repúblicas; etc.) han tenido como objetivo, también desde sus orígenes, ingeniar diferentes medios o soluciones institucionales que eviten esa concentración de poder que conduce derechamente al despotismo o a la tiranía.

El diagnóstico llevado a cabo por innumerables pensadores, con diferentes puntos de vista en los matices, no difiere en el fondo: quien asume el poder muestra una tendencia irresistible a abusar de él. La naturaleza humana está hecha con esos mimbres. Hobbes ya hizo hincapié en que el hombre es un lobo para el hombre (*homo homini lupus*). Así, afirmaba, por ejemplo, que «nada puede romperse más fácilmente que la palabra de un hombre» o que «todo hombre busca por naturaleza su propio beneficio y medro personal» (2). Hume se refería a que el hombre era habitualmente un bribón (3). Y Kant hacía hincapié en la intrínseca maldad humana, aportando como solución a este problema la necesidad de establecer reglas, mediante las cuales se

---

(1) Este artículo que se publica en el número 99-100 de la RVAP en homenaje al profesor Demetrio Loperena Rota, consiste, como su propio nombre indica, en una Introducción a un Estudio de mucha mayor extensión sobre *Los frenos del poder (separación de poderes y control de las instituciones en los sistemas constitucionales)*, actualmente en proceso de elaboración y que esperamos tener finalizado en los próximos meses. Este trabajo que se publica ahora se trata, por tanto, de un estudio introductorio (todavía provisional) de mero encuadre a cuestiones que se desarrollarán convenientemente en otros epígrafes que no se recogen en la presente Revista. Al lector interesado le remitimos al trabajo completo que finalmente se publique, aunque algunos de sus capítulos se editarán en abierto a partir del mes de diciembre de 2014 con carácter previo a su publicación en papel en la siguiente dirección electrónica: [www.estudiconsultoria.com](http://www.estudiconsultoria.com)

(2) HOBBS, *Leviatán*, Alianza, 1973, pp. 112 y 159, respectivamente.

(3) HUME, *Ensayos políticos*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 31. Allí afirma, en concreto: «Es por tanto, una acertada máxima política la de que todo hombre ha de ser tenido como un bribón». Y cierra el razonamiento de la siguiente manera: «podemos considerar que los hombres suelen ser más honrados en su conducta privada que en la pública, y llegarán más lejos por servir a un partido que cuando sólo se trata de su interés personal». De ahí la necesidad objetiva de implantar frenos.

pueda gobernar incluso a «un pueblo de demonios». Para el autor alemán esas reglas (leyes generales) se establecían a partir de una «constitución», de tal modo —decía— que los sentimientos particulares opuestos se «frenen mutuamente» (4).

El pensamiento clásico grecorromano también se planteó tempranamente la necesidad de impedir la concentración de poder. Lo mismo se hizo durante el Medioevo y en los inicios de la construcción del Estado moderno. En esos períodos, se produjeron algunas experiencias de organización del poder de notable interés, que buscaban una y otra vez diseñar un conjunto de reglas institucionales que establecieran una limitación del poder, unas veces mediante la edificación de sistemas o diseños institucionales eficientes y otras a través del recurso al derecho como medio de control del poder. En la Grecia clásica y en Roma (sobre todo en esta última) ya se elaboraron doctrinas sobre las formas de gobierno (Polibio y Cicerón, principalmente(5)) que apuntaban en esa dirección. Inglaterra fue durante el último tramo de la etapa medieval un territorio donde se materializaron experiencias de ese carácter. Lo mismo aconteció, con distinta intensidad, en los reinos cristianos de la península ibérica y en otras latitudes de Europa continental. Pero, tal vez, como ha estudiado atentamente Scott Gordon(6), las experiencias más exitosas en ese sentido vinieron representadas por Venecia y por las Provincias Unidas. Ambas experiencias institucionales, al menos en sus momentos de mayor esplendor, tuvieron una influencia notable y marcaron una impronta especial sobre el desarrollo constitucional en Inglaterra durante el siglo XVII, así como en la incipiente aparición del «principio de separación de poderes» en su concepción de sistema de pesos y contrapesos (*checks and balances*). Esta peculiar concepción del principio de separación de poderes impregnará la Constitución Federal de Estados Unidos de 1787, que sabrá inteligentemente trasladar tal doctrina a su propia arquitectura institucional.

Pero, sin duda, quien actuó como auténtico difusor de la idea de limitación del poder como medio de alcanzar la libertad fue Montesquieu. En el Capítulo IV del Libro IX de su conocida obra «*Del espíritu de las leyes*» (7), el autor francés sentaba los presupuestos del problema: es una necesidad objetiva limitar el poder para garantizar la libertad de las personas. Pero esa limitación no se reducía a la manida «división o separación de poderes» (principio que, curiosamente, no aparece expresamente enunciado en la citada obra), sino que centraba su punto de atención en la ineludible articulación de un sistema constitucional o legal de «frenos» (o de pesos y contrapesos) como medio de salvaguardar la libertad de los ciudadanos.

Esta doctrina que, como veremos ha sido por lo común muy mal comprendida, no consideraba como elemento objetivo suficiente «dividir» el poder, pues esa división en sí misma no evitaba en última instancia su concentración en alguno de los poderes establecidos; dicho de otro modo, la mera separación de poderes no paliaba de forma efectiva que uno de esos poderes terminara, más tarde o más temprano, por ocupar una posición dominante frente al resto y eclipsar o incluso anular la posición de los

---

(4) KANT, *La paz perpetua*, Tecnos, Madrid, 8.ª ed., 2013.

(5) POLIBIO, *Historia de Roma*, Alianza Editorial, 2008, pp. 575 y ss.; CICERÓN, *La República. Las Leyes*, Akal, 1989.

(6) Ver Scott GORDON: *Controlling the State*, Harvard University Press, 2002.

(7) MONTESQUIEU, *Del espíritu de las Leyes*, Tecnos, Madrid, 1985.



demás. La idea clave del modelo constitucional por el que abogaba Montesquieu, que representó una cierta idealización de la propia Constitución inglesa, no era otra que la construcción de un diseño de equilibrio institucional mediante la inserción de un sistema de balance de poderes o de pesos y contrapesos que impidiera la concentración de poder y frenara su uso despótico o tiránico. En esto Montesquieu fue solo un cualificado divulgador de experiencias «constitucionales» ya existentes (en particular, como se ha dicho, de la inglesa, al menos hasta el siglo XVIII) y de reflexiones doctrinales que se habían plasmado (algunas desde tiempos lejanos y otras más próximas) en diferentes obras.

Nadie puede negar, sin embargo, el acierto de Montesquieu a la hora de plantear el nudo de la cuestión. Estas eran sus palabras: «(...) es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente la inclinación a abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites (...) Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder» (8).

Esa forma de frenar al poder se debía plasmar en un diseño institucional que estuviera imbuido de la idea de equilibrio (de frenos y contrapesos). La separación del poder en distintas ramas o departamentos se convertía así en una suerte de paso previo o necesario para el establecimiento de ese modelo de «*checks and balances*», pero el principio de separación de poderes no era otra cosa que un instrumento o medio de implantar un efectivo control del poder con la finalidad última, tal como se decía más arriba, de garantizar la libertad de los ciudadanos.

La emergencia de las primeras Constituciones liberales fruto de los correspondientes procesos revolucionarios supuso un paso adelante de indudable magnitud en ese largo proceso que se abrió entonces de limitación del poder, pero una mala comprensión del alcance del principio de división de poderes y, sobre todo, de sus consecuencias prácticas, condujo, especialmente en Europa continental, a una pésima interiorización sobre cuál era su sentido y finalidad real. Esto fue particularmente así en los primeros pasos de la Revolución Francesa que condicionarían por completo la evolución ulterior de este problema en el constitucionalismo europeo. Es cierto que la existencia de formas políticas de gobierno de carácter monárquico y la concentración del poder en tales instituciones (con su expresión más exagerada en las monarquías absolutas), actuó, junto con otras muchas características, de elemento de contexto enormemente perturbador a la hora de trasladar al plano institucional un sistema de arquitectura institucional basado en la aplicación del principio de separación de poderes como modelo de pesos y contrapesos.

Inglaterra, tras un convulso y apasionante siglo XVII, logró a finales de ese siglo reducir notablemente los poderes de la monarquía y restaurar un sistema de frenos institucionales, cuyas raíces se hundían profundamente en la historia política de ese país y de aquellos arreglos institucionales que habían formado parte, salvo cortos períodos de su historia, de su Constitución tradicional. La Gloriosa Revolución de 1688 da carta de naturaleza a ese proceso, pero sus concreciones son tanto anteriores como posteriores a esa fecha. Sin embargo, Inglaterra, un país que implantó tempranamente ese sistema de pesos y contrapesos institucionales, verá cómo paulatinamente el modelo de «*balanced Constitution*» irá transformándose en una forma de gobierno parlamen-

---

(8) *Del espíritu de la Leyes*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 106.

taria en la que el sistema de división de poderes se difumina, en la medida en que se produce una comunión entre la mayoría parlamentaria y el Gabinete. La distinción entre Poder Legislativo y Ejecutivo se desvanece en parte. Y surge, como ha subrayado la doctrina científica, un modelo de «colaboración de poderes» teñido del juego dominante entre mayorías y minorías, en el que el papel central desde el punto de vista formal lo tendrá el Parlamento, pero desde el punto de vista material, tal como señaló Bahegot(9), será el Gabinete el órgano constitucional que se convertirá en la pieza central de la arquitectura institucional del modelo inglés.

En efecto, a partir de una lenta evolución a través de los siglos XVIII y XIX, la separación de poderes entre Legislativo y Ejecutivo se transformará en un sistema de «colaboración entre los dos poderes»(10), pero para ello será necesario que el monarca pierda definitivamente las riendas del poder ejecutivo y que el Parlamento se sitúe como una institución en la cual se concentra (al menos en lo que a decisiones constitucionales comporta) la soberanía. Seguirá habiendo una distinción funcional e institucional evidente entre los distintos poderes de la perspectiva formal, pero será mucho menos evidente, conforme transcurra el tiempo, en el plano material.

Asimismo, en Inglaterra la inexistencia de Constitución escrita (en sentido estricto del término o, al menos, en la acepción de que en un solo texto constitucional se recojan las reglas de juego de un determinado Estado) va dando paso a la construcción del principio de soberanía parlamentaria (que se asienta a partir del siglo XIX) y a una configuración del poder judicial con una configuración constitucional independiente, pero impotente, en principio, para llevar a cabo ningún tipo de control de la obra del Poder legislativo. No cabe extrañarse de ello, puesto que al no disponer de texto escrito no resultaba nada fácil contrastar en qué casos una Ley podía vulnerar la Constitución. Con esas premisas no cabe sorprenderse de que, con muy distinto alcance al que tendría en el continente europeo, en Gran Bretaña se asentara durante el siglo XIX esa noción de soberanía parlamentaria que parecía contradecir los postulados tradicionales de un modelo institucional basado en la idea de equilibrio de poderes.

Por razones que ahora no interesa destacar, será la Constitución estadounidense de 1787 la que sepa aunar toda esa tradición político-institucional de control del poder mediante la aplicación del principio de separación de poderes en su concepción de «*checks and balances*». En ese buen diseño institucional que llevaron a cabo los padres fundadores de esa Constitución no cabe descartar como elemento determinante para su éxito la inexistencia, tras la declaración de independencia, de un contexto de monarquía que actuara como elemento perturbador del nuevo modelo constitucional a construir. La realidad social, demográfica, política y económica de ambos países (Francia y Estados Unidos) era, entonces, radicalmente diferente (Francia, por ejemplo, disponía de una población de 25 millones de habitantes, mientras que Estados Unidos apenas superaba los tres millones). Tampoco se puede obviar la incidencia que tuvieron en la implantación de ese modelo el sistema de gobierno de las antiguas colonias ni los sucesivos fracasos de diseño y funcionamiento por parte de algunas de las primeras constituciones de los recién nacidos Estados norteamericanos o de la

---

(9) W. BAHEGOT, *La Costituzione inglese*, Il Mulino, Bolonia, 1995.

(10) Ver, por todos: Léon DUGUIT, *La separación de poderes y la Asamblea Nacional de 1789*, CEC, Madrid, 1996.

propia Constitución confederal de 1781. Todo ello, aparte de la enorme influencia que tuvieron los autores clásicos y la filosofía política y moral europea, contribuyó a que, desde un punto de vista exclusivamente de articulación de poderes, la arquitectura institucional del sistema constitucional estadounidense haya podido verse en perspectiva histórica como la pieza más acabada de construcción del modelo de limitación del poder a través de un diseño institucional depurado y coherente basado en la idea de equilibrio y de control recíproco del poder. La influencia directa de Montesquieu, así como la de Blackstone, es innegable en este ámbito. Pero quizás esas condiciones excepcionales fomentaron asimismo la singularidad del modelo estadounidense y su difícil o imposible exportación a otros contextos. Esa singularidad tal vez explique los fracasos reiterados (absolutos o relativos) que ha tenido la traslación de la forma presidencialista a otros sistemas constitucionales, donde no ha conseguido funcionar el equilibrio institucional de poderes como en el modelo matriz.

No cabe duda que en ese proceso de implantación de un sistema constitucional de separación de poderes imbuido por la idea de «*checks and balances*» tuvo un peso determinante la configuración federal de la Constitución de 1787. Así, junto a una «separación horizontal de los poderes» (legislativo, ejecutivo y judicial) se estableció un modelo de «separación vertical del poder», que también conducía a evitar la concentración del mismo en una instancia territorial (la Unión o los Estados miembros) y sancionaba un modelo de limitación territorial del poder y, por tanto, de equilibrio institucional. La determinación constitucional de cuáles eran los poderes del Estado Federal convivía, así, con el reconocimiento de que los Estados miembros conservaban como propios, en principio, todos aquellos poderes no atribuidos a las instancias centrales. De ahí derivó con facilidad la necesidad objetiva de establecer un control de las leyes de los Estados miembros (así como de sus propias Constituciones) para que se ajustaran a los principios y reglas determinados en la Constitución Federal. Se ha querido ver en ello (por ejemplo, por parte de Duguit o de Jellinek<sup>(11)</sup>) la justificación más fuerte de la implantación del sistema de «revisión jurisdiccional de la Ley» por el Tribunal Supremo. Pero lo cierto es que la primera sentencia que proclama ese control o revisión jurisdiccional de las leyes por el Tribunal Supremo (*Marbury versus Madison* de 1803), no se dicta precisamente ante una controversia competencial entre la Unión y los Estados miembros. Pero no cabe ninguna duda que la estructura federal de Estados Unidos, consagrada en la Constitución de 1787, conllevó, como bien reconoció Tocqueville en su conocida obra *La democracia en América*, la creación de un alto tribunal federal «una de cuyas atribuciones era la de mantener entre los dos gobiernos rivales la división de poderes tal como la había establecido la Constitución»<sup>(12)</sup>.

Nada de esto sucedió en las Constituciones del continente europeo que surgieron tras la Revolución francesa de 1789. A pesar de la tradición del pensamiento político y de algunas de las experiencias «constitucionales» del mundo grecorromano, así como de los ensayos institucionales que, en algunos períodos, se llevaron a cabo en Venecia, Provincias Unidas e Inglaterra, el contexto de la Revolución Francesa fue determinante —por causas que más adelante se analizarán— para producir el resultado

---

(11) Ver, JELLINEK, *Reforma y mutación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1991. Las opiniones de L. DUGUIT se contienen en el libro ya citado: *La separación de poderes, op. cit.*, pp. 82 y ss.

(12) TOCQUEVILLE, *La democracia en América I*, Alianza Editorial, 1993, Tomo I, p. 107.

de una perversa aplicación del principio de separación de poderes en el primer constitucionalismo continental europeo, con consecuencias que se trasladarán a buena parte de los países de la vieja Europa y se prolongarán hasta bien entrado el siglo xx.

En efecto, el contexto en el cual se desarrolló el primer constitucionalismo liberal en Francia y en el resto del continente era muy diferente al existente en Inglaterra y en Estados Unidos. Es cierto que en Inglaterra durante el siglo xvii se dieron reiterados intentos de implantar la monarquía absoluta y acabar con el sistema tradicional de Constitución mixta. Pero, tal como se ha dicho, tras la Gloriosa Revolución, esos intentos no volvieron a repetirse. En Europa continental, sin embargo, había arraigado (aunque con desigual implantación) la monarquía absoluta. El antiguo régimen, con sus manifestaciones de una sociedad estamental y la presencia de señoríos jurisdiccionales, seguía presente en los diferentes reinos o principados. La soberanía, en su clásica concepción bodiniana, echó fuertes raíces. Bodino caracterizaba a la soberanía como «poder absoluto y perpetuo» o como «poder originario, indivisible e indisoluble», aunque justo es decirlo no arbitrario, puesto que estaba sometido también al propio derecho que el soberano creaba (13).

Es verdad que una concepción de la soberanía como poder único también fue impulsada por algunos autores ingleses. Hobbes, por ejemplo, situaba el poder soberano en «algún hombre o en una asamblea de hombres» (14), aunque sus preferencias estaban claramente inclinadas hacia la concentración del poder en unas solas manos (monarca), pero ello no implicaba que, en principio, fuera un poder arbitrario. Lo que sí mostraba Hobbes, en distintos pasajes de su obra, era una clara y decidida aversión a la «división del poder», que llegaba a tachar de imposible (15).

A partir de los presupuestos de la monarquía absoluta, cualquier cambio constitucional que pretendiera modificar la forma de gobierno suscitaba de inmediato una cuestión central: qué hacer con el poder del monarca; esto es, cómo y hasta qué punto limitar sus funciones. Pero ello en el continente europeo se planteaba no tanto en términos de arquitectura constitucional (poderes tasados del monarca) como de quién era el titular de la soberanía. El propio Bodino expuso los nuevos términos a partir de los cuales en el continente europeo se iban a dirimir los problemas del poder en los futuros sistemas constitucionales: «Si la soberanía reside en un solo príncipe, la llamaremos monarquía; si en ella participa todo el pueblo, estado popular, y si la parte menor del pueblo, estado aristocrático» (16). Las «formas (puras) de gobierno» aristotélicas dejaban paso al sujeto (puro) titular de la soberanía. Hobbes, en su conocida obra *Leviatán*, tal como hemos visto, definió a la autoridad estatal como indivisible e inseparablemente unida a la soberanía. Dividir el poder era, en su construcción, una quimera. Es más, en cuanto se limitaba el poder del monarca se transformaba de inmediato la forma de gobierno (siempre en su concepción de formas puras): «En consecuencia —concluía este autor— un gobierno monárquico limitado no es una monarquía, sino una democracia o una aristocracia» (17).

---

(13) BODINO, *Los seis libros de la república*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 47 y ss.

(14) HOBBS, *Leviatán*, Alianza, Madrid, p. 148.

(15) *Ibidem*, p. 156.

(16) *Los seis libros de la República*, op. cit., p. 87.

(17) HOBBS, *Leviatán*, op. cit., p. 161.

Las formas mixtas de gobierno estaban, por tanto, muy alejadas del esquema conceptual de Bodino y también del que defendiera el propio Hobbes. Sin embargo esos presupuestos doctrinales —con los matices que se verán— son los que acabaron arraigando (principalmente a través de las tesis de Mably y Rousseau, pero también del primer Sieyès) en el continente europeo. Lo importante en el constitucionalismo europeo derivado de la Revolución Francesa, consistirá, pues, en definir quién será el sujeto titular de la soberanía, mientras que el diseño de las instituciones (y, por consiguiente, la separación de poderes) siempre se advirtió como una cuestión formal o, incluso, como un problema menor o adjetivo. Existieron, no obstante, excepciones, pero la corriente dominante fue esa. Nada que ver con lo que aconteció en Inglaterra (salvo en el período revolucionario de 1642 a 1660) donde la división de poderes y la Constitución mixta, terminó arraigando.

El constitucionalismo continental europeo decimonónico estuvo, por tanto, inicialmente marcado desde sus orígenes por unos objetivos precisos: la operación de ingeniería constitucional consistía en esos momentos en una operación de diseño institucional dirigida a un objetivo: cómo reducir los poderes del monarca y de qué manera sustraerle de la soberanía que hasta entonces tenía atribuida. La inserción del principio de separación de poderes en los sistemas constitucionales se vio preñada de dificultades efectivas por el complejo contexto en el que debía proyectarse y por su (casi imposible) aplicación literal al juego institucional entre los diferentes poderes; esto es, lo importante para los revolucionarios franceses era determinar quién era el sujeto de la soberanía (pueblo o nación), mientras que la división del poder se concibió desde un principio como un elemento adjetivo y, en todo caso, comprendido como mera «separación» y nunca como control recíproco o «*checks and balances*». La concepción de *balanced Constitution* no llegó a ser aplicada en su recto alcance en el continente europeo.

Y un poder que no tiene frenos se transforma fácilmente en despotismo o tiranía. A pesar de la enfática y temprana definición del artículo XVI de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, la división de poderes no pudo nunca jugar un papel efectivo en el diseño institucional derivado de la Revolución Francesa(18). Siempre un poder se impuso sobre los demás o, en su caso, el juego político acabó en situaciones en las que se daba sin tapujos (o con disfraces) una concentración del poder, primero en el Legislativo y después en el Ejecutivo, para terminar transformándose tales modelos constitucionales en sistemas de gobierno despóticos (por ejemplo, durante la etapa de la Convención, que desembocó en el Terror, o tras el largo período napoleónico). Este proceso lo explicó con brillantez, en el libro antes citado, Léon Duguit, pues allí concluyó que los revolucionarios franceses —tal como se verá en detalle en hitos posteriores de este estudio— aplicaron una «teoría artificial de los tres poderes separados» que condujo a una confusión de poderes y, en última instancia, a la tiranía de una Asamblea o a gobiernos dictatoriales(19).

Se dieron en Francia, es cierto, algunas propuestas y ensayos constitucionales de trasladar el sistema de gobierno moderado (Monarquía constitucional) a su sistema institucional, también circularon algunas propuestas interesantes de contener el po-

---

(18) Andrea GREPPI, no obstante, parte de la premisa de que el constitucionalismo revolucionario francés se asentó en este principio de separación de poderes, que constituye una base del constitucionalismo contemporáneo (*La democracia y su contrario. Representación, separación de poderes y opinión pública*, Trotta, 2012).

(19) L. DUGUIT, *La separación de poderes, op. cit.*, pp. 3-4 y 132-133.

der mediante frenos institucionales (Mirabeu, por ejemplo, propuso algunas de esas técnicas en los debates de la elaboración de la Constitución de 1791). Pero todas esas iniciativas, fruto de un contexto adverso y de una precipitación de las circunstancias, fracasaron con estrépito. Los vientos revolucionarios soplaban con fuerza y las propuestas de moderación o equilibrio eran vistas siempre como tibias y, en todo caso, descartadas de inmediato.

Durante el siglo XIX el debate central del constitucionalismo francés y europeo continental se siguió planteando, por un lado, en clave de soberanía, mientras que, por otro, emergió con fuerza la contradicción entre las formas políticas de monarquía y república. La Revolución francesa empujó desde sus inicios, como resultado institucional de sus postulados, la instalación de la República y el abandono de las formas monárquicas de gobierno. Las restauraciones monárquicas o los períodos de formas imperiales de gobierno que se produjeron a partir de entonces, llevaban incubado en su seno una contradicción que solo la República podía solventar. Los intentos del pensamiento político doctrinario de implantar el principio de soberanía compartida (Rey/Parlamento), tras algunos años de experiencias constitucionales dotadas de una aparente estabilidad, se fueron al traste y con ello comenzó a emerger con fuerza la forma republicana como alternativa de gobierno a la tradicional monarquía y a una sucesión desordenada de «dinastías». Curiosamente, las Constituciones europeas continentales que no supieron ver nunca el alcance efectivo del principio de separación de poderes como «*checks and balances*» importaron gradualmente la forma de gobierno parlamentaria que se había impuesto al otro lado del Canal de La Mancha a partir del siglo XVIII. Era una forma, efectivamente, de limitar los poderes del monarca y encajaba sin duda en unos textos constitucionales del siglo XIX que abogaban primero por la soberanía compartida (Rey/Parlamento) y luego por la soberanía nacional o popular (en la que los poderes del Rey se transformaban en residuales o, incluso, simbólicos).

La República, no obstante, ya estaba, como se decía, incubada en Francia desde los inicios de la Revolución francesa, como acredita el brillante análisis que llevó a cabo François Furet en su día<sup>(20)</sup>. Pero el modelo constitucional francés había nacido lastrado por un concepto equivocado de aplicación del principio de separación de poderes, donde los elementos de control aparecían desdibujados frente a la preeminencia inicial del Legislativo y más adelante del Poder Ejecutivo. Por ejemplo, el Poder Judicial en Francia, especialmente en la Constitución de 1791, se pretendió construir como un «poder independiente» mediante un carácter electivo de unos jueces que prestaban sus funciones con carácter temporal. Pronto el modelo mostró sus enormes limitaciones, pues además de su «elección popular» (aspecto que tempranamente mostró todas sus disfunciones) estos jueces solo conocían de los asuntos relativos a las «libertades civiles» (controversias entre los ciudadanos o materias penales), pero nunca de las «libertades políticas»; esto es, los asuntos del poder quedaban fuera de su ámbito de competencia. La influencia de la estrecha concepción que dibujó Montesquieu del Poder Judicial en la Constitución de Inglaterra tuvo serias consecuencias en ese inicial diseño constitucional. El Poder Judicial no solo se limitaba a aplicar la Ley (subordinado plenamente al Legislativo), sino que además no podía inmiscuirse o interferir en los asuntos del Poder Ejecutivo ni de la Administración Pública.

---

(20) F. FURET, *La Révolution I y II*, Pluriel, París, 1988.

Por tanto, a diferencia del papel central atribuido al poder judicial durante el siglo xvii y xviii en el sistema de gobierno inglés y de su carácter sustantivo o nuclear en el modelo constitucional estadounidense (especialmente tras el arraigo definitivo del control de constitucional de las leyes a partir de 1803), el sistema judicial en la Francia revolucionaria terminó configurándose como un poder subsidiario o instrumental con muy escasa (o nula) autonomía institucional e incapaz en sus orígenes de controlar no solo al Poder Legislativo, sino también al Poder Ejecutivo y a la Administración Pública.

Es cierto igualmente que Montesquieu, tal como se ha dicho, leyó mal el modelo constitucional inglés de separación de poderes, sobre todo en lo que afectaba al papel del Poder Judicial, pues confundió ese poder judicial con la existencia en Inglaterra de magistraturas honorarias que solo resolvían asuntos entre particulares. Ni siquiera se adentró en las importantes funciones jurisdiccionales que ejercían la Cámara de los Lores y el resto del sistema judicial cubierto entonces ya (desde el Acta de establecimiento de 1701) por jueces inamovibles, siempre que observaran buena conducta. Pero en un error similar (aunque no idéntico) había incurrido antes Locke, cuando estableció la distinción entre Legislativo y Ejecutivo, diluyendo al judicial dentro de este último (21). Asimismo, Kant cuando define el Estado republicano parte también de una concepción bifásica del principio de separación de poderes (Legislativo/Ejecutivo). Aunque es cierto que Kant ensalza el papel del derecho como elemento de resolución de conflictos dentro de la arquitectura institucional del Estado y apuesta decididamente por un sistema de frenos institucionales (22). Pero aún así, no habla en ningún momento del poder judicial como parte del sistema de separación de poderes del Estado.

Hubo que esperar, por tanto, a la influencia de Blackstone sobre el modelo constitucional estadounidense para que el papel institucional del Poder Judicial adquiriera fuerza efectiva dentro de los sistemas institucionales, así como en los modelos constitucionales del Estado liberal. El Poder Judicial siempre fue tachado como el más débil de los tres poderes, pero es que además en el pensamiento político de los siglos xvii y xviii, con las honrosas excepciones de Edward Coke, Sidney y Montesquieu (aunque en este último caso con matices), ese poder fue sencillamente ignorado o transformado en un poder subordinado por parte de la mayoría de contribuciones doctrinales del pensamiento político. Todo ello tampoco será neutro en la evolución posterior del sistema institucional en el continente europeo.

El problema radicaba en que el principio de separación de poderes (uno de los dogmas peor comprendidos del Estado Constitucional contemporáneo) fue leído y entendido literalmente, cuando su significado real nunca había sido ese. Es más, el poder por definición es difícilmente separable u objeto de división. Esto lo advirtió con su clarividencia habitual Carl Schmitt, que cuestionó la interpretación literal del principio de separación de poderes y defendió la tesis de la inseparabilidad del poder, aunque admitió inteligentemente que la construcción de Montesquieu no pretendía exactamente eso.

Estas eran las palabras del autor alemán: «La teoría de la llamada división de poderes resulta incomprensible si uno de aferra a la palabra “división” o “separación,” en vez de a esa imagen de *balance*. Debe establecerse —concluía, citando al propio Montesquieu— un sistema de controles recíprocos, de freno y engranaje mutuo». Y

(21) J. LOCKE, *Segundo Tratado sobre el gobierno civil*, Alianza editorial, Madrid, 1990, pp. 133 y ss.

(22) KANT, *La paz perpetua*, op. cit., pp. 22, 47 y 52 y ss.

poco después contraponía frontalmente la finalidad del propio principio de separación de poderes con la doctrina de la *voluntad general* formulada por Rousseau: «La división de poderes —decía— y los *puovoirs intermédiaires* tenían el fin práctico de fragmentar el poder del Estado en un sistema de competencias inhibitorias y recíprocamente delimitadas, para proteger así la libertad del individuo. Ante la *volonté générale*, que es la que posee la plena dignidad de la verdadera realidad, carecería de sentido hablar de una división. Rousseau da por terminado esto con el chiste del prestidigitador japonés, quien corta primero a un niño con una sierra y lo hace aparecer de nuevo entero» (23).

La mala inteligencia del principio de separación de poderes procede esencialmente de su identificación inicial con su aplicación pura. Esta concepción pura de la división de poderes la expuso Duguit en los siguientes términos: «Reducida a sus elementos más sencillos, la teoría de la separación de poderes consiste en crear en el Estado varios órganos distintos, sin relación alguna entre ellos, sin ninguna acción recíproca, y en confiar a cada uno categorías de funciones determinadas que cumple sin el concurso de los otros». El autor francés rápidamente advertía que esa separación orgánica-funcional era «una singular ilusión», pero concluía en términos contundentes: «En teoría, esta separación absoluta de poderes no puede concebirse» (24).

En una extraordinaria monografía, M. C. J. Vile (25), completa de forma magistral lo que cabe entender por esa concepción «pura» o «absoluta» de la separación de poderes. En efecto, de acuerdo con este autor, la concepción pura del principio de separación de poderes implicaba tres presupuestos de partida: a) La división en «departamentos» del gobierno en tres categorías (legislativo, ejecutivo y judicial); b) La existencia de tres funciones específicas en el gobierno del Estado (legislación, ejecución y justicia); y c) La separación de personas en el ejercicio de esos «poderes»; esto es, que las personas que ejerzan las distintas funciones en diferentes departamentos no puedan nunca coincidir. Con esa separación orgánica, funcional y personal se pensaba que la concentración del poder era materialmente imposible. Los hechos irían desmintiendo tales juicios. Si bien es oportuno señalar que esta concepción rígida o pura de la separación de poderes apenas tuvo concreciones históricas y, en todo caso, las aplicaciones prácticas de este modelo absoluto de división del poder fueron muy efímeras. Sin embargo, esa imagen «tripartita» del poder impactó con fuerza en la noción del principio de separación de poderes que se trasladó al primer constitucionalismo liberal en el continente europeo y, sobre todo, condicionó la inteligencia de ese principio por parte de la doctrina y del pensamiento político dominante en aquellos años.

Mientras que en el mundo anglosajón (especialmente en Estados Unidos) se fue imponiendo como herencia del modelo inglés, así como fruto de las experiencias constitucionales antes citadas, una concepción de «balance» o de «equilibrio» del sistema de poderes a través de la doctrina del «*checks and balances*», heredera de la teoría del gobierno mixto o de la «constitución mixta», en el continente europeo la desviada aplicación del principio de separación de poderes condujo habitualmente a un desequilibrio en el peso de alguno de tales poderes y, por tanto, a la preeminencia de uno de ellos

(23) C. SCHMITT, *Ensayos sobre la dictadura 1916-1932*, Tecnos, Madrid, 2013, pp. 177 y 197.

(24) L. DUGUIT, *La separación de poderes ...*, op. cit., p. 3.

(25) Vile, *Constitutionalism and the separation of power*, Indianápolis, 2.ª ed., 1998.



sobre los demás. El desenlace fue obvio: esa dominación de un poder sobre los otros condujo derechamente a la propia negación de la idea de balance o de equilibrio. El poder perdía así sus frenos y se convertía en algo incontrolable. La invasión, la negación de la esfera funcional de otros poderes o la posición vicarial de algunos de estos frente al poder dominante, serían las notas determinantes y la consecuencia fatal de esa jerarquía de poderes, que negaba en esencia la propia idea de división. Esa dominación se alternó entre los poderes legislativo y ejecutivo, no siendo preeminente, en ningún caso ni circunstancia, el poder judicial. Por seguir con la terminología de Carl Schmitt, el Estado legislativo o el Estado gubernativo, también más adelante el Estado administrativo, predominaron en distintos momentos de la historia constitucional de Europa continental en los siglos XIX y XX, no así el Estado jurisdiccional (26).

Así, tras la soberanía del Parlamento que resultó de las primeras experiencias constitucionales de la Revolución Francesa se dio paso sin solución de continuidad a la concentración del poder en manos del Ejecutivo y a la configuración de estados de excepción constitucional (1793) o a la transformación en regímenes despóticos revestidos aparentemente de formas democráticas (Napoleón Bonaparte y en 1851 Napoleón III), mediante el uso, como reconociera Karl Marx, de fórmulas de cesarismo plebiscitario (27). La tensión entre Legislativo y Ejecutivo no se resolvió razonablemente hasta que el primero se fue imponiendo al segundo, en particular durante la III y IV Repúblicas francesas, pero ello consagró el principio de supremacía del Parlamento y de primacía de la Ley. En efecto, la Ley, en Francia y por ósmosis en los sistemas constitucionales del continente europeo, se configuró, tal como dijera gráficamente Carré de Malberg (28), como la norma más alta del ordenamiento jurídico. La Ley era un producto normativo que emanado de un Parlamento «soberano» no podía ser objeto de examen o control por los tribunales de justicia ni por tanto confrontarse sus principios o reglas con los postulados de la propia Constitución. El poder de la Ley era absoluto y sus límites inexistentes. Las Constituciones continentales europeas, durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX, no pasaron de ser documentos de organización política del poder.

El Poder Ejecutivo en el continente europeo inicialmente huyó también de cualquier tipo de control. Al inicio del proceso revolucionario francés, tal como veremos, se le hurtó incluso del ejercicio de potestades normativas de desarrollo de la Ley e incluso de algunas funciones ejecutivas típicas, que se situaron en manos de la Asamblea Nacional. También las actuaciones ejecutivas del Gobierno y de su Administración Pública quedaron fuera del control de los tribunales de justicia (29). Poco a poco (en un proceso lento que se prolongó casi un siglo), tras la creación del Consejo de Estado (1799), se fue separando la «administración contenciosa» de la «administración general»; y también muchas décadas después, a partir de la aparición en algunos países de la jurisdicción contencioso-administrativa o de la transformación de las funciones del

(26) C. SCHMITT, *Legalidad y legitimidad*, Aguilar, Madrid, 1971, pp. 8 y ss.

(27) K. MARX, *El 18 Brumario de Napoleón Bonaparte*, Austral, Madrid.

(28) CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Economica, París, 1991.

(29) Un detallado análisis de esta cuestión y de sus causas, que solo está sucintamente expuesta en esta Introducción, puede encontrarse en S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y de Derecho Público General*, Madrid, Tomo I, Thompson/Civitas, Madrid, 2004, pp. 253 y ss. En todo caso este tema se desarrollará ulteriormente en otros capítulos de este Estudio.

propio Consejo de Estado (como órgano funciones «consultivas» y luego como jurisdicción de control de la Administración, retenida o delegada), la potestad normativa y reglamentaria del Ejecutivo, así como su actuación administrativa, fueron paulatinamente siendo objeto de fiscalización o control en su ejercicio desde una perspectiva jurídica (esto es, en su adecuación a las leyes). Asimismo, el control político del Gobierno fue avanzando conforme se implantaba de forma efectiva el régimen parlamentario en diferentes Estados del continente europeo a lo largo de los siglos XIX y XX.

Pero la primacía material de la Constitución (dicho en otros términos, «la supremacía» del texto constitucional) sobre el resto del ordenamiento jurídico no pudo lograrse en Europa hasta bien entrado el siglo XX y, en la mayor parte de los casos, hasta después de la Segunda Guerra Mundial o, incluso, hasta el último cuarto de siglo en algunos Estados europeos que salieron de dictaduras o de la órbita del dominio totalitario del poder soviético (URSS). Y para ello hizo falta reconfigurar la incorrecta aplicación del sistema de separación de poderes que se había hecho en Europa continental. Esas medidas «correctoras» se articularon mediante la inserción en el sistema constitucional de unos Tribunales Constitucionales que se situaban como «órganos constitucionales» diferenciados del Poder Judicial y con la función esencial de controlar la adecuación a la Constitución de las leyes aprobadas por el Parlamento. En el nacimiento de esos Tribunales Constitucionales (o de la jurisdicción constitucional) tuvo mucho que ver inicialmente el sustrato compuesto desde la perspectiva territorial de determinados que inicialmente impulsaron su creación (por ejemplo, Austria en 1920). Posteriormente se trasladaron también a otros países con estructuras territoriales de poder descentralizadas o incluso unitarias. El control de la actuación del legislador se anclaba, así, en los sistemas constitucionales del continente europeo, aunque con desigual aplicación y efectividad. La «jurisdicción constitucional» irrumpía en la arquitectura institucional de esos países como medio de paliar una pobre concepción del principio de separación de poderes no basada en la idea de balance o de equilibrio, en la que el poder judicial jugaba un papel subordinado y marginal en el sistema de control institucional. La teoría «artificial» de los tres poderes se veía alterada por la irrupción de un nuevo agente institucional (Tribunal Constitucional) que necesariamente habría de perturbar el esquema tradicional existente. Sus funciones, sin embargo, no se limitaron solo al control de constitucionalidad de las leyes y, en su caso, a la resolución de conflictos territoriales entre el poder central y los poderes territoriales, sino que fueron ampliándose en algunos supuestos hasta la protección de los derechos fundamentales de la persona o hacía la atribución de otras muchas competencias.

En el siglo XX también emergieron con fuerza otros fenómenos que transformaron de raíz esa aplicación continental del principio de separación de poderes. El asentamiento del régimen parlamentario y la introducción de elementos de racionalización del mismo fue el primero de ellos (moción de censura constructiva y cuestión de confianza) y el fortalecimiento de la estabilidad del Ejecutivo también su primera consecuencia. La implantación efectiva de los partidos de masas (como consecuencia de la extensión del sufragio universal) y el abandono gradual de los partidos de cuadros modificó radicalmente el estado de cosas. El proceso de oligarquización de los partidos políticos, tan bien descrito por Robert Michels a principios del siglo XX<sup>(30)</sup>, fue la nota

---

(30) R. MICHELS, *Los partidos políticos I y II*, Amorrortu Editores, Buenos Aires, 2008.

dominante que terminó por impregnar e hipotecar el funcionamiento de las instituciones, sobre todo en lo que implicaba condicionar por claves estrictamente de partidocracia el ejercicio de un sistema de control efectivo de las instituciones. La tendencia que se manifiesta a partir de entonces es bien obvia: los partidos políticos se convierten en la médula del funcionamiento real del sistema institucional, ocupan literalmente los espacios de poder y distribuyen entre sus clientelas o acólitos cualquier puesto institucional, cargo público, prebenda o aportación presupuestaria digna de sea apropiada. Los poderes pueden estar separados orgánicamente, las funciones también, así como las personas, pero en los regímenes parlamentarios (aunque no solo en estos) las estructuras de los partidos impregnan todas esas instituciones y capturan literalmente su funcionamiento. Los controles se obturan. Nada puede funcionar como antes.

Esas tendencias al uso del poder para beneficio personal o político no son privativas del Estado de partidos, pues hunden sus raíces en la historia y se manifestaron de forma intensa también en las primeras etapas del Estado liberal y durante buena parte del siglo XIX. Pero conforme los Estados constitucionales fueron depurando sus sistemas institucionales de control, la corrupción política comenzó a declinar. No fue un proceso fácil y requirió muchos años, así como el desgaste de innumerables energías. Países con desarrollos institucionales sólidos actualmente, como por ejemplo Estados Unidos o el Reino Unido, vieron cómo en el siglo XIX la corrupción (en sus fórmulas de *spoils system* o patronazgo, respectivamente) anegaba sus cimientos políticos. Para superar ese estado de cosas hizo falta no solo un desarrollo efectivo de los sistemas judiciales, con el fortalecimiento de la independencia y de la imparcialidad de los jueces, sino también la construcción paulatina de una cultura institucional y el asentamiento de pautas de ética personal en el desarrollo de las diferentes funciones públicas en el ejercicio de los distintos poderes del Estado.

El profesor Luigi Ferrajoli ha distinguido, en el marco de la separación de poderes, entre «separación entre funciones de garantía y funciones de gobierno». Y dentro de las instituciones de garantía ha diferenciado, a su vez, entre instituciones de garantía primaria y secundaria. La crisis del concepto tradicional de separación de poderes la sitúa este autor también en la irrupción de las llamadas «actividades independientes». (31) Una visión importante por lo que seguidamente se dice.

En efecto, también requirió, con desigual fortuna en su implantación y rendimiento, la multiplicación de entidades reguladoras, administraciones independientes o instituciones de control, que volcaban su trabajo en ámbitos de especialización funcional o sectorial (Tribunales de Cuentas, *Ombudsman*, Autoridades independientes, etc.). En síntesis, el presupuesto básico para el asentamiento de un sistema efectivo de control del poder es la existencia de una cultura democrática e institucional. Este objetivo estuvo lejos de alcanzarse en buena parte de los países que se encuentran en la periferia de las democracias avanzadas. Las consecuencias en estos países (algunos del continente europeo, tales como los mediterráneos) no serán otras que un subdesarrollo institucional y la existencia de una débil cultura político-constitucional y que tendrá efectos devastadores para aquellos Estados que no supieron o no pudieron insertarse en la modernidad. Las consecuencias aún se están pagando. Además, muy caras.

---

(31) L. FERRAJOLI, *Principis iuris (Teoría del Derecho y de la democracia)*, Trotta, 2011, pp. 196 y ss.

Pero conviene tener presente que, tal como decíamos, tanto en el continente europeo como en el mundo anglosajón esas tendencias perversas del uso del poder estuvieron presentes a lo largo de su historia. Algunos países como Holanda o las monarquías nórdicas, por ejemplo, resolvieron tempranamente esas disfunciones. En otros casos, como en Prusia, la existencia de una administración profesional palió tempranamente bastante esas prácticas. En el ámbito anglosajón algunos países no fueron ajenos a sistemas de patronazgo y o prácticas sistematizadas y puntuales de corrupción (como por ejemplo Inglaterra o Estados Unidos en el siglo XIX). Sin embargo, estos países, tal como se ha dicho, transitaron paulatinamente, aunque no sin dificultades, por la senda de fortalecimiento institucional. A ello ayudaron muchos factores (revolución industrial, protestantismo, dinamismo comercial y reglas del juego establecidas por los tribunales de *common law*, etc.).

Y, en fin, el tercer elemento que perturba esa concepción tradicional del principio de separación de poderes como mera división o distribución de funciones entre distintas ramas o departamentos, es la necesidad imperiosa de controlar un Estado «administrativo» que cada vez se hacía más omnipresente en la vida institucional, así como en la actividad económica y en la mera existencia de los ciudadanos, sobre todo a partir de las primeras décadas del siglo XX. La sofisticación de las tareas públicas y la intensa intervención del Estado en la economía durante buena parte de ese siglo XX y en los años que llevamos del siglo XXI producen dos efectos paralelos, pero con amplias consecuencias sobre la (re)construcción de los sistemas de control del poder. No cabe duda que la globalización ha complicado sobremanera este escenario. Pero las primeras raíces de estos problemas se comienzan a incubar con la emergencia del Estado Social y con la creciente intervención del sector público en la actividad económica, no solo como prestador de servicios públicos sino mediante la producción incluso de bienes y servicios de mercado.

Por un lado, la dura y traumática experiencia de regímenes como el nazismo o el estalinismo ponen en primera línea la necesidad no solo de reconocer sino de proteger de forma efectiva los derechos fundamentales de la persona por parte de las instituciones. El Poder Judicial, con su sumisión institucional en el continente europeo a los poderes legislativo y ejecutivo, se había mostrado inoperante para llevar a cabo esa importante misión. Así, en algunos sistemas constitucionales, se atribuye a los Tribunales Constitucionales la función de amparar en última instancia los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando los tribunales ordinarios no los hubieren tutelado de forma adecuada. Junto a ello comienzan a cristalizar ya en el siglo XIX y, particularmente, durante el siglo XX (a partir de la Segunda Guerra Mundial) instituciones de control o supervisión de la actividad de la Administración. La jurisdicción contencioso-administrativa se perfecciona gradualmente y reduce notablemente los espacios de inmunidad del poder público.

Aparecen asimismo, a imagen y semejanza del «*Ombudsman*» nórdico, instituciones de supervisión de la Administración en la garantía del cumplimiento de los derechos de los ciudadanos, cuya efectividad es más bien relativa pero que sirven de complemento o antesala al control jurisdiccional y político de la actuación administrativa. Esos instrumentos de control complementarios de la Administración Pública en relación con los derechos de los ciudadanos tienden asimismo a multiplicarse en las últimas décadas mediante la aparición de diferentes instituciones y agencias o autoridades independientes que, con finalidades puntuales, despliegan su actividad sobre ámbitos específicos del sistema de derechos fundamentales o de libertades públicas (protección de

datos, transparencia y ejercicio del derecho de acceso a la información pública, control de medios audiovisuales en el ejercicio de la libertad de expresión y de información, etc.). Sin embargo, la lógica perversa de ocupación de la partidocracia hace también mella en este tipo de instituciones, puesto que algunos países con bajo desarrollo institucional (especialmente los mediterráneos y en esto España es un pésimo ejemplo) padecen de forma clara y contundente los efectos narcotizantes que los partidos políticos tienen sobre el funcionamiento de esos órganos de control. La captura institucional de estas nuevas instancias será una de las lacras más evidentes en Estados con fuerte subdesarrollo institucional y una baja cultura de control del poder.

Por otro lado, no menor en importancia (aunque con una proyección constitucional más tibia o inexistente) es la multiplicación de los sistemas institucionales de supervisión y control en el ámbito de las competencias financieras o económicas del poder público. En estos casos, al igual que en buena parte de los anteriores, la configuración tradicional del principio de separación de poderes se hace literalmente añicos. El Estado «administrativo», en palabras de Carl Schmitt, con sus implacables consecuencias en el plano de la reconfiguración del papel de la Ley (a través de la multiplicación de las «norma medidas» y, por consiguiente, del declive de la concepción tradicional de la ley como disposición normativa con voluntad de regulación general y de permanencia en el tiempo), se proyecta asimismo en el ejercicio de las «funciones legislativas», propias inicialmente del Parlamento, por parte del Gobierno, a través de su reconocimiento legal o por vía de hecho en algunos otros casos. Así, el Ejecutivo por vía de norma o excepción asume una función típica del Parlamento como es la de aprobar normas con rango y fuerza de Ley. La legislación excepcional a través de los decretos-leyes es solo un ejemplo, que además llega a nuestros días. El (mal) uso de la figura de los decretos-leyes en contextos de crisis económicas o fiscales ha convertido en una pauta de «legislar» en diferentes Estados. Una vez más, España se ha llevado la palma por la utilización abusiva de esta figura excepcional durante los últimos años.

Las funciones reguladoras y los órganos de garantía se sustraen a la propia Administración Pública y aparece en escena ese tipo extraño de instituciones que algunos han caracterizado (con no excesivo acierto nominal) como «Administraciones independientes». La condición vicarial típica de la Administración Pública también fallece por completo con la consolidación de esta constelación de instituciones que pululan alrededor del Poder Ejecutivo, pero que no son parte de este. En efecto, estas «autoridades independientes» ya no dependen del Poder Ejecutivo (Gobierno), sino que, al menos formalmente, se les otorga un estatus de «autonomía» o, mejor dicho, «de independencia» del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública. Esas nuevas autoridades independientes cuestionan frontalmente el papel del Legislativo y del Ejecutivo, encajan de forma muy compleja en ese modelo de «colaboración de poderes» que resulta ser el régimen parlamentario asentado en buena parte de los países europeos continentales, así como sus decisiones y actos son objeto en algunos casos de «aforamiento especial» (se conocen por determinados Tribunales) y suponen por tanto un medio de «relativizar» el control de sus disposiciones y actos por el propio poder judicial, mediante una atribución del control jurisdiccional a determinadas instancias judiciales que, en no pocas ocasiones, actúan con especial deferencia o complacencia frente a la institución que deben controlar.

Además, el control económico-financiero de las instituciones públicas, aparte de los sistemas de control interno, se han situado en instituciones que actúan asimismo

fuera o al exterior de la propia Administración (Tribunales de Cuentas), con eficacia y resultados más que discutibles en muchos casos. Como consecuencia de las exigencias de la Unión Europea derivadas de los propios Tratados y de las necesidades objetivas de cumplimiento de los objetivos de deuda pública y déficit público en un duro contexto de crisis económica y de contención fiscal, actualmente han comenzado a proliferar las Autoridades de Responsabilidad Fiscal o Presupuestaria. Pero donde el fenómeno ha adquirido dimensiones de epidemia es en todo lo que concierne a las actividades del sector público volcadas sobre la economía y sobre los sectores públicos estratégicos. Lo que se pretende con esta compleja operación no es otra cosa que mejorar (al menos teóricamente) los canales de supervisión y control de determinados ámbitos de actuación pública en aquellos sectores estratégicos, como son los que tienen que ver con el funcionamiento de la competencia en los mercados, la energía, las telecomunicaciones, la supervisión bursátil, etc. En estos supuestos en los países de la Europa continental (así como en la propia Unión Europea) se han ido multiplicando las agencias o los entes reguladores como instrumentos de supervisión y control, con un estatuto que se encuentra siempre a caballo entre las funciones del Legislativo y del Ejecutivo, dotadas de una presunta «independencia» de la administración ejecutiva y cuya articulación con el sistema tradicional de poderes públicos muestra, cuando menos, difícil encaje (por no concluir que rompen en pedazos esa división trifásica de poderes, nunca asentada realmente entre nosotros).

Y esas dificultades de encaje son perfectamente comprensibles, más si se piensa que ese modelo de creación de agencias dotadas de un marco autónomo de funcionamiento procede tal como decíamos de Estados Unidos, donde el sistema de «control del poder» y el funcionamiento del modelo de «pesos y contrapesos» en las instituciones está plenamente implantado, interiorizado y, asimismo, asentado después de más de doscientos años de experiencia constitucional y tras algunos momentos de crisis en los que hubieron de superarse un buen número de dificultades. Los nombramientos de los titulares de los órganos de control de esas autoridades independientes están sometidos además a la propuesta de nombramiento por parte del Presidente y a su aval o ratificación por medio del Senado, a través de unas comparecencias o «hearings» de particular intensidad y exigencia en la valoración personal y profesional de las candidaturas. Nada que ver con los esquemas de funcionamiento de nuestro diluido sistema de separación y de control de poderes. La traslación de este esquema orgánico y de funcionamiento a los sistemas constitucionales continentales se ha hecho, por tanto, con desigual intensidad y con diferencias notables en cuanto a su rendimiento institucional efectivo.

En aquellos países en los que la cultura institucional y las pautas de actuación de los responsables del poder distan de ser moralmente éticas o en los que la cultura institucional es muy deficiente, la multiplicación de esos instrumentos e instituciones de control apenas ha cambiado el panorama real de (mal) funcionamiento del sistema en su conjunto. Sin embargo, en aquellos otros países del continente europeo que, aun procediendo de una concepción limitada del principio de separación de poderes, han fortalecido su cultura institucional y la actuación bajo estándares de moralidad pública razonables, esos sistemas de control y supervisión sectorial o financiera del sector público están suponiendo una relectura del modelo de control del poder bajo premisas nuevas de lo que fuera tradicionalmente ese principio de división de poderes, así como mejorando de forma real y constante el funcionamiento de las instituciones públicas y reforzando la legitimidad y confianza de los ciudadanos ante aquellas.

El panorama institucional en el que se mueve este esquema caduco de separación de poderes en el constitucionalismo actual estaría absolutamente incompleto si no hacemos referencia obligada a la presencia, cada día más intensa en los últimos años, de la noción de gobierno multinivel. Ella es perfectamente identificable en aquellos países que disponen de estructuras de reparto territorial del poder político entre diferentes niveles de gobierno (Estados Federales, Estado autonómico, Estados regionales, etc.), pero también mediante el papel institucional, unas veces activo y en otras menos, según los casos, de las autoridades o poderes locales, cuyo protagonismo ha ido adquiriendo fuerza en los últimos años en cualquier tipo de Estados, sean estos políticamente descentralizados o no. La gobernanza en los sistemas políticos contemporáneos incluye además la presencia activa en los procesos de toma de decisiones de organizaciones no gubernamentales, tejido asociativo y otro tipo de *partners* o *lobbies* que cabe tener siempre en cuenta.

En Europa continental el protagonismo de la Unión Europea es sencillamente determinante en el modo y manera de entender el poder político en los Estados constitucionales que forman parte de esa estructura político-institucional. Bajo una lectura particularmente singular del principio de separación de poderes, también unguida de una cierta tendencia a implantar un sistema de pesos y contrapesos, las instituciones de la Unión Europea se superponen sobre las funciones típicas de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial de los Estados miembros. Es particularmente incisiva la importancia del Derecho de la Unión Europea, tanto originario como derivado, sobre los Estados miembros. También es trascendente el papel del Derecho de la Unión Europea y su primacía sobre el Derecho de los Estados miembros, con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como garante privilegiado de ese rol. No menor son las facultades no solo normativas sino ejecutivas que, en determinados ámbitos, ejercen las instituciones europeas (por ejemplo, en materia de moneda o en buena parte de las políticas sectoriales, así como, con menor presencia, en el ámbito de la justicia y de la seguridad). Las consecuencias constitucionales de este proceso de integración europea son muy evidentes: el desplazamiento de ámbitos propios de la soberanía tradicional de los Estados miembros a las instituciones europeas y, por tanto, la europeización de muchas de las políticas públicas que años atrás se definían y determinaban por los poderes propios de cada Estado. Un ejemplo, particularmente incisivo, de gobierno multinivel, con sus peculiares rasgos singulares de gobernanza. Algo habrá que decir de ello en estas páginas.

Pues bien, tras este breve excurso introductorio, cuya finalidad exclusiva era situar al lector en algunos de los problemas sustantivos que se analizarán a lo largo de este Estudio, cabe subrayar que el objeto de las páginas que siguen es plantear de forma abierta el problema que se enuncia como encabezamiento de este estudio: cómo se puede frenar el abuso del poder a través de una arquitectura institucional inteligente que apueste por reforzar los sistemas de pesos y contrapesos, evitando que cualquier tipo de ejercicio del poder se transforme en despótico, tiránico u oligárquico y, por tanto, antidemocrático en su concepción no solo procedimental sino también existencial.

La pretensión última de estas páginas no es otra que abogar decididamente por disponer de sistemas político-constitucionales de mayor calidad democrática e institucional, que conlleven un control efectivo del poder y salvaguarden de ese modo la libertad y todos los derechos inherentes a la condición de ciudadano y de la propia dignidad personal. Nada nuevo bajo el sol. Volver a las esencias del constitucionalismo como limitación del poder, pero reformulando sus presupuestos a la luz de la realidad

política, institucional y social que nos toca vivir en este complejo siglo *xxi*. Más aún en algunos países.

El esquema del trabajo es sencillo y su perspectiva principalmente histórico-institucional, sin perjuicio de que en la fase final del mismo se aborden problemas que, sin duda, están muy presentes en la vida política actual de algunos Estados. Se parte, por tanto, del presupuesto de que las instituciones y la cultura institucional que hoy tenemos es fruto de una evolución histórica, buena, regular o mala, según los casos. Y para ello rastreamos en los orígenes de esos Estados liberales que construyen desde distintas ópticas unos sistemas constitucionales como medios de limitación del poder y que edifican su arquitectura institucional inicial, unos de forma más precisa y otros de manera equivocada, en torno al principio de separación de poderes. La primera parte de este estudio, la más larga y, tal vez la más desarrollada, se ocupa de esos aspectos.

Así, nos interesa especialmente, por un lado, la construcción, evolución y asentamiento de ese principio de separación de poderes en su concepción de equilibrio institucional en algunos países (Inglaterra en su primera etapa y Estados Unidos, también principalmente en sus orígenes), mientras que, por otro, detendremos la atención particularmente en aquellos modelos constitucionales que, bajo otros presupuestos, solo formalmente acogieron tal principio de división del poder (Francia y la mayor parte de los países del continente europeo). Las consecuencias de esta mala comprensión del principio de separación de poderes y el énfasis descarado en la soberanía como elemento central de los sistemas constitucionales continentales europeos serán sencillamente letales para el funcionamiento efectivo de los mecanismos de control del poder. Algunas de estas consecuencias se examinan aquí. Se necesitaron dos guerras mundiales y un sinfín de pérdidas de vidas humanas, así como una vulneración sistemática de los derechos humanos, para caer en la cuenta que los modelos institucionales diseñados con parámetros equivocados durante más de cien años no estaban produciendo resultado alguno (o cuando menos resultados muy insatisfactorios) en lo que al control del poder respecta. Esta primera parte del estudio se cierra, tal como veíamos, con los elementos principales que, por un lado, irán dirigidos a corregir ese estado deficiente de cosas, pero por otro acabarán definitivamente perturbando en algunos casos esa aplicación desviada del principio de separación de poderes: el Estado de partidos, la emergencia de los Tribunales Constitucionales y la irrupción con fuerza de las autoridades independientes, así como del proceso de «agencialización» del sector público.

Las conclusiones de esta primera parte, formuladas como mera hipótesis, nos aportarán tres tipos de modelos o de Estados constitucionales desde la perspectiva del control del poder y de la arquitectura institucional. Aquellos en los que el sistema de pesos y contrapesos marca el funcionamiento institucional del modelo en su conjunto; aquellos otros que proviniendo de una tradición constitucional meramente formal del principio de separación de poderes han ido incorporando instituciones de control del poder que funcionan efectivamente o, al menos, de forma relativa; y, en fin, aquellos Estados que viniendo de esta misma tradición han fracasado estrepitosamente en la construcción de frenos efectivos del poder. Los primeros son, sin duda, los países anglosajones y algunos países nórdicos. Los segundos, aunque con distinta intensidad en su desarrollo de los sistemas de control, son democracias avanzadas de la Europa continental, tales como Alemania, Holanda, Austria, Francia, Bélgica, etc.; y los terceros representan aquellos países también de Europa continental que no han conseguido asentar unos modelos constitucionales ni sistemas institucionales que



detengan la corrupción y reduzcan el uso arbitrario, despótico o desviado del poder. Se objeta como argumento que la implantación de la corrupción va ligada al mayor o menor crecimiento económico de un país, pero eso es cierto en algunos casos y falso en otros. Sin duda, entre aquellos Estados con débiles sistemas institucionales de control están algunos países mediterráneos, como Italia, España o Grecia, así como Portugal. No pocos países del Este de Europa se pueden también encuadrar en ese grupo. No es casual que, salvo el ejemplo irlandés, la mayor parte de estos países hayan sido objeto de rescates financieros por parte de las instituciones europeas (Comisión y BCE) o internacionales (FMI) o hayan estado en situaciones de alto riesgo financiero en lo que respecta al ajuste de sus cuentas públicas.

Pero sería ingenuo considerar que la arquitectura de los sistemas institucionales y sus proyecciones constitucionales explican completamente la inexistencia o fallos de los frenos del poder. La segunda parte de este estudio, mucho más breve, pretende reforzar algunas ideas simplemente esbozadas en la parte primera. La calidad de las instituciones está muy vinculada al modelo de desarrollo o crecimiento económico, a las reglas jurídicas de funcionamiento del modelo, a la cultura institucional y, en fin, a la conducta moral o ética que tengan los diferentes gobernantes. Dicho de otro modo, los frenos del poder funcionan de modo más efectivo en países que tienen modelos de desarrollo económico asentados en sistemas institucionales que se han denominado como «inclusivos», con reglas objetivas, una justicia eficiente y un control del poder real o, si se prefiere, con modelos de rendición de cuentas de los gobernantes ante sus acciones en el ejercicio del poder (32). También los Estados que tienen asentada una cultura institucional gozan de las infraestructuras necesarias para que se dé un mayor crecimiento económico sostenido en el tiempo.

En esto último interviene mucho el funcionamiento del sistema jurídico (en particular del poder judicial o la existencia de un sistema de *civil law* o de *common law*) (33) y también el sistema de valores públicos, así como la conducta de los gobernantes en el ejercicio del poder. En pocas palabras, la corrupción pública (política o administrativa) lamina cualquier sistema institucional en cuanto afecta al núcleo de la confianza que los ciudadanos tienen en sus gobernantes. La ética en el ejercicio del poder, así como las virtudes de los gobernantes, son los ejes a partir de los cuales se puede reconstruir esa confianza perdida. Tarea hercúlea, pues no es fácil precisamente lograr recuperar aquello que tan fácil e irresponsablemente se pierde. No se trata de volver a restaurar lo que Bernard Manin describía como «el principio de distinción» que tan presente estuvo en los primeros años del Estado liberal (34); esto es, que los gobernantes procedieran social o moralmente de un escalón superior al de los gobernados. Pero aquella proyección del principio de distinción que Madison propugnara en el documento X de *El Federalista* y que perseguía que los gobernantes fueran personas (hombres, decía) «de mayor sabiduría o discernimiento y mayor virtud» es algo que sencillamente (por razones que ahora no se pueden desarrollar) se ha perdido, lo que redundará en una menor eficacia del poder y sobre todo en una pérdida de

---

(32) Ver, por todos: ACEMOGLOU y ROBINSON, *Por qué fracasan los países*, Deusto, 2013; así como César MOLINAS: *Qué hacer con España*, Paidós, 2013; o L. GARICANO, Destino, *El dilema de España*, 2014.

(33) Sobre este punto, ver: N. FERGUSON, *La gran degeneración*, Debate, 2013.

(34) B. MANIN, *Los principios del gobierno representativo*, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pp. 119 y ss.

la confianza ciudadana (35). La elección democrática popular de los gobernantes, pero en especial una mala selección de élites por los partidos políticos y la inexistencia de sistemas de rechazo (rendición de cuentas y revocación) de aquellos responsables políticos que hayan defraudado las expectativas despertadas o incumplido las obligaciones asumidas, han generado unos modelos de democracia de baja calidad, particularmente arraigados en países con baja cultura o desarrollo institucional.

Por último, este estudio de cierra con una suerte de Epílogo, que tiene por objeto España. La pregunta que se pretende resolver es de sencilla formulación y de compleja respuesta: ¿los poderes públicos de este Estado actúan «sin frenos» institucionales o con frenos debilitados o formales frente al poder? La pregunta es sencilla, pero la respuesta a la misma es mucho más compleja. Sin adelantar contenidos de este cierre del trabajo, sí se puede decir cuáles son las vigas maestras de la metodología de análisis del problema enunciado. La importación a España, con limitaciones sustanciales y escasos aciertos, del sistema constitucional continental derivado de la Revolución francesa, reprodujo a pequeña escala muchas de las deficiencias ya advertidas en el caso francés. Pero estas deficiencias se agrandaron enormemente por el fuerte arraigo de un sistema clientelar del ejercicio del poder, por un bajo desarrollo económico y por una inexistente cultura constitucional durante buena parte de los dos últimos siglos. Las soluciones autoritarias o dictatoriales adoptadas durante casi cincuenta años del siglo xx terminaron por desdibujar el modelo constitucional y supusieron un fuerte arraigo de un sistema corporativo que conviviría (y aún convive) con las instituciones propias del Estado constitucional.

La entrada de España en la modernidad (desarrollo del Estado Social e integración en la Unión Europea) no se produce entre nosotros hasta bien entrada la década de los ochenta del siglo pasado. El diseño institucional pergeñado en la Constitución de 1978 y en su desarrollo durante los primeros años de vigencia del texto se ha demostrado, tras más treinta y cinco años de vigencia del texto constitucional, como altamente ineficiente en su plano estrictamente aplicativo, sobre todo en el (mal) funcionamiento de los sistemas de control del poder. Formalmente, veremos, la estructura de la organización del poder político es perfectamente asimilable a cualquier Estado Constitucional propio de una democracia avanzada. En algunos aspectos, el tejido institucional de mecanismos de control del poder es incluso más denso que el existente en estos países. Sin embargo, el modelo institucional no funciona. Tiene muchos puntos críticos que, en los últimos años (sobre todo tras la dura y larga crisis económico-financiera), se han manifestado con toda su fuerza y deslegitimado el sistema institucional en su conjunto. Este es, por tanto, el objetivo último de ese Epílogo: identificar cuáles son las claves que explican el subdesarrollo institucional de España y poder así tener elementos de juicio para poder vislumbrar o esbozar qué soluciones se pueden barajar para salir de ese profundo pozo en el que tal sistema institucional se encuentra.

Trabajo recibido el 24 de octubre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(35) A. Hamilton, J. Madison y J. Jay, *El Federalista*, Fondo de Cultura Económico, México, 1998, pp. 35 y ss.

**LABURPENA:** Lan hau laster argitaratuko den izenburu bereko ikerketa baten sarrera da: «Boterearen balaztak (botere-banaketa eta instituzioen kontrola sistema konstituzionalan). Sarrera honetan, zuzenean, botere-banaketa ulertzeko bi ikuskera handi daudela planteatzen da. Lehenengoa, orekaren ideian oinarritua (edo «checks and balances») anglosaxoia da jatorriz, baina Estatu Batuetan bakarrik errotu zen; Ingalaterra, berriz, pixkanaka urrundu egin zen hasiera batean babestu zuen eredutik. Bigarrenak Frantziako Iraultzan du jatorria, non botere-banaketaren printzipioa aplikatu zen «formalki», nahiz eta benetan botereetako bat besteen gainetik egon zen beti. Botere-banaketaren printzipioaren inteligentzia desberdin horren ondorioak instituzioak kontrolatzeko sistemetan proiektatu ziren, eta bi eredu handi sortu ziren, nahiz eta hiru aldaera izan bakoitzak. Lan honetan, bilakaera horren oinarrituko elementuak marrazten dira, azalduz zein den alderdi politikoen egitekoa boterearen kontrolak diseinatzeko sistema instituzionalan, zein rol jakin hartuko duen jurisdikzio konstituzionalak Europan gabezia horietako batzuk zuzentzeko bitarteko gisa, eta nola ugaritu diren kontrol— eta arau-organoak, boterea kontrolatzeko bitarteko gisa (askotan bitarteko formala eta urria).

**HITZ GAKOAK:** Botere-banaketa. Instituzioen kontrola. Botere legegeilea. Botere beteazlea. Botere judiziala. Konstituzionalismoa. Konstituzioaren teoria. Boterearen antolaketa konstituzionala.

**RESUMEN:** El presente trabajo es una Introducción a un Estudio que, titulado igualmente, «Los frenos del poder (separación de poderes y control de las instituciones en los sistemas constitucionales)» verá la luz próximamente. En esta Introducción se plantea directamente la existencia de dos grandes concepciones de entender el principio de separación de poderes. La primera, basada en la idea de equilibrio (o «checks and balances») es de origen anglosajón, pero arraigó solo en Estados Unidos, mientras que Inglaterra se fue distanciando de ese modelo inicial que había auspiciado. La segunda tiene su origen en la Revolución Francesa donde se llevó a cabo una aplicación «formal» del principio de separación de poderes, pero que en la práctica siempre supuso el dominio de uno de los poderes sobre los demás. Las consecuencias de esa distinta inteligencia del principio de separación de poderes se proyectaron sobre los sistemas de control institucional, dando lugar a dos grandes modelos, aunque con tres variantes. En el trabajo se dibujan los elementos básicos de esa evolución, mediante el papel que juegan los partidos políticos en el sistema institucional de diseño de controles del poder, el rol particular que adquirirá la jurisdicción constitucional en Europa como medio de subsanar algunas de esas carencias y la multiplicación de órganos de control y reguladores como medio (muchas veces formal e insuficiente) de controlar el poder.

**PALABRAS CLAVE:** Separación de poderes. Control instituciones. Poder Legislativo. Poder Ejecutivo. Poder Judicial. Constitucionalismo. Teoría de la Constitución. Organización constitucional del poder.

**ABSTRACT:** This work is an introduction to a study entitled “The brakes to power (separation of powers and control of the institutions in constitutional systems)” which will see the light soon. In this introduction it is directly suggested that two great conceptions of understanding the separation of powers exist. The first one, based on the idea of balance (or “check and balances”) is of anglosaxon origin but it only became ingrained in the United States, whereas England did separate from that original model that it had supported.

The second one has its origin in the French Revolution where a formal application of the principle of separation of powers took place, but that in the practice it always meant a control of one power over the others. The consequences of this different comprehension of the principle of separation of powers did project on the systems of institutional control, resulting in two great models, although with three variants. In this work the basic elements of this evolution are drawn by means of the role played by political parties in the design of the institutional system of controlling the power, the particular role that will achieve the constitutional jurisdiction across Europe as a mean of addressing the lacks and the multiplication of bodies of control and regulation as means (many times formal and not sufficient) of controlling the power.

**KEYWORDS:** Separation of powers. Control over institutions. Legislative power. Executive power. Judicial power. Constitutionalism. Theory of the Constitution. Constitutional organization of power.

# Energías renovables y Tribunal Europeo: la sentencia de la Gran Sala de 1 de julio de 2014, *Ålands Vindkraft*

Antonio Jiménez-Blanco

**Sumario:** I. Introducción.—II. El litigio.—III. La sentencia.—IV. Conclusión.

## I. Introducción

Comencemos recordando lo que es obvio. La integración europea empezó su andadura en el remoto y postbélico 1951 poniendo precisamente el foco en temas energéticos (el carbón y el acero, con la cuenca del Rhur como —dicho no sólo en sentido metafórico— campo de la batalla), pero lo cierto es que se desentendió en seguida de estos asuntos. En los años cincuenta y sesenta el petróleo era abundante y barato, de manera que nadie cayó en la cuenta de las ostensibles carencias continentales en energías primarias, sobre todo hidrocarburos líquidos. Además, poco después comenzó el desarrollo de las centrales de producción de electricidad con origen nuclear, sobre la base del famoso uranio: unas centrales que, en muchos países, y sobre todo en Francia garantizaban el suministro continuado y a unos precios nada prohibitivos. De ahí que el Tratado de Roma, de creación de la Comunidad Económica Europea, pensara que si la población podía quedar un día desabastecida de algo lo sería sólo de alimentos (de ahí la PAC, consecuencia del temor a las hambrunas, y de la consiguiente necesidad de incentivar la producción agrícola: un estado de ánimo que, como es bien sabido, proviene de los augurios de MALTHUS y que se agudiza con el pesimismo de todas las épocas posteriores a una guerra), no de energía.

Las cosas empezaron a cambiar en los inicios de los años setenta, con la primera crisis del petróleo. Desde entonces —y han pasado más de cuatro décadas— la situación no ha hecho sino irse complicando desde todas las perspectivas posibles, con las geopolíticas y las estrictamente económicas en lugar destacado. Y si al cabo la integración europea no es sino el camino menos malo para gestionar la inevitable interdependencia de los Estados (para permitir justo que encuentren cuál es su lugar en la era de la globalización, diríamos con palabras de hoy), la consecuencia igualmente obligada es que Bruselas tome cartas en el asunto. En la electricidad, que es el subsector energético más delicado, hay que ponderar también las implicaciones medioambientales y es ahí donde se explica la existencia, dentro del coloquialmente llamado «tercer paquete», de la Directiva 2009/28/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril, relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables y por la que se modifican y se derogan las Directivas 2001/77/CE y 2003/30/CE; una norma citada en inglés como RES Directive. Entró en vigor el 25 de

junio de ese mismo año y debía incorporarse a los ordenamientos nacionales el 5 de diciembre de 2010 como tarde (1).

Lo más importante de tan larga denominación es la palabra «fomento», que, como bien nos consta, representa, en los esquemas económicos europeos, tan reacios a las ayudas de Estado (las subvenciones, en la terminología española), todo un contrasentido, o al menos un cuerpo extraño (2). En este concreto terreno, fomentar —lo que la Directiva llama sistemas de apoyo, concepto que vamos a exponer en seguida— no sólo sí resulta posible, sino que incluso constituye una obligación para los Estados. Los motivos son en primer lugar, volvamos a ello, de naturaleza medioambiental —la lucha contra el cambio climático y el calentamiento global— y lo que pretenden es la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero; en definitiva, el propósito de descarbonización. En esencia, el razonamiento parte del hecho de que la producción de electricidad con fuentes convencionales (en donde, por cierto, no se debieran incluir las hidráulicas) no termina de interiorizar todos los costes ambientales que se generan, de manera que, para reequilibrar esa situación inicial de desigualdad, hay que incentivar económicamente a quienes no plantean esos problemas. De ahí la necesidad —una suerte de “positive action”— del «fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables» (son las palabras literales del nombre de la norma) para crear electricidad, en unos porcentajes que se fijan de manera imperativa en un determinado horizonte temporal: la famosa ecuación 20/20/20.

La consecuencia es, por supuesto, un mayor coste (explícito) de dicha electricidad, pero, en las épocas boyantes (y el texto de 2009 es todavía hijo de la opulenta situación anterior), no se suele reparar en ese tipo de pequeños detalles (3).

En resumidas cuentas, que si en un venturoso mañana toda la electricidad europea procediese de fuentes renovables habremos resuelto no un problema, sino dos:

(1) La protección al medio ambiente y las ayudas de Estado —aunque sin fondos estrictamente públicos— constituyen, si se contemplan ambas cosas de manera conjunta, un terreno especialmente complejo y propicio a toda suerte de debates. La Sentencia europea de referencia sigue siendo, pese a su relativa antigüedad, *Preussen Elektra* (2001). También hay que citar, por supuesto, a *Altmark* (2003). Sobre ambos textos han recaído muchos comentarios. Por todos, BROKELMANN, HELMUT, «El Derecho europeo de la energía y las ayudas de Estado», en el libro colectivo *Tratado de regulación del sector eléctrico*, Tomo I, Aspectos jurídicos, Iberdrola/Thomson Aranzadi, 2009. Como es natural, el citado trabajo tuvo que elaborarse antes de esa fecha y por tanto no recoge la aprobación de la Directiva de 23 de abril de 2009, lo que sin embargo no le priva de interés para el lector actual.

(2) Contradicción aún más chistosa si se tiene en cuenta que el propio «tercer paquete» tuvo como pieza central una norma destinada a proclamar las bondades del mercado libre y a precisar que, salvo donde hay monopolios naturales —el transporte y la distribución—, también a la electricidad debía llegar, sin perjuicio de las obligaciones de servicio público de las empresas, su benéfico efecto, en singular en la fase previa, la de producción: Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE. La Sentencia de 1 de julio de 2014 que ahora estamos comentando se ocupa de dicha Directiva sobre normas comunes para el mercado interior, a la que menciona junto con otras disposiciones, para subrayar que su objeto es hacer desaparecer los obstáculos a los intercambios comerciales de electricidad entre Estados miembros, a fin de permitir la puesta en marcha de un mercado «plenamente operativo» y «en cuyo seno todos los proveedores puedan ofrecer sus productos y los consumidores elegir libremente su proveedor».

(3) Ni que decir tiene que eso no significa que el cambio climático no vaya a tener, o no esté teniendo ya, un coste económico sustancial. La última referencia bibliográfica de alcance general —nada catastrofista— es la NORDHAUS, WILLIAM, *The Climate Casino, Risk, Uncertainty and Economics for a Warming World*, Yale University Press, 2013. Y, por supuesto, siempre hay que tener a mano los Informes del Grupo de Trabajo I del quinto IPPC, siglas inglesas del Intergovernmental Panel on Climate Change, numerosísimo gremio de expertos que, bajo los auspicios de Naciones Unidas, desde hace casi veinte años se dedica a la materia.

el medioambiental (y climático) y también el de nuestra dependencia del exterior, sobre todo en relación con países tan poco fiables como nuestros vecinos del sur y del este, ellos sí muy ricos en hidrocarburos líquidos, porque sucede que el mundo es travieso y está repartido de manera desigual e injusta. Que entre tanto los precios finales tengan que subir —para los consumidores domésticos y también, ay, para los industriales— no era, a los ojos de las gentes de hace unos años y no sólo los nada clarividentes políticos de turno, un obstáculo mayor. El dinero no parecía ser algo escaso y además la demanda de todo tipo de bienes y servicios no paraba de crecer (4).

De los Considerandos de la Directiva interesa poner el reflector, de entrada, en el 1, a saber:

«El control del consumo de energía en Europa y la mayor utilización de la energía procedente de fuentes renovables, junto con el ahorro energético y una mayor eficiencia energética, constituyen una parte importante del paquete de medidas necesarias para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y para cumplir el Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, y otros compromisos comunitarios e internacionales, con vistas a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero más allá de 2012. Asimismo, esos factores pueden desempeñar un papel importante para fomentar la seguridad del abastecimiento energético, el desarrollo tecnológico y la innovación y ofrecer oportunidades de empleo y desarrollo regional, especialmente en zonas rurales y aisladas».

Pero no basta con las palabras. Hay que fijar (para 2020) objetivos cuantificados, para el continente en su conjunto y también para cada país, como luego, en el cuerpo normativo, estipulará el Art. 3. En efecto:

«(15) Las situaciones de partida, los potenciales de energías renovables y las combinaciones energéticas varían de un Estado miembro a

---

Cosa distinta es, por supuesto, que el coste del cambio climático no se perciba como algo contante y sonante (e inmediato), a diferencia de lo que sucede con el coloquialmente llamado *recibo de la luz*, que nos obliga a todos a rascarnos el bolsillo día a día, como vemos con nuestros propios ojos.

Por lo demás, apenas habrá que recordar (lo declaró *Preussen Elektra* en 2001 y ahora lo ha repetido *Ålands Vindkraft*) que, una vez que la electricidad accede a las redes de transporte y distribución, su fuente deja de resultar determinable: los kilovatios no tienen nada parecido a un sello de *denominación de origen*. Es, en cierto sentido, un bien tan fungible como el dinero.

(4) Ya en esta época de vacas flacas hay que mencionar dos documentos de la Comisión Europea: el Libro verde de marzo de 2013, que puso en marcha una amplia consulta pública sobre el alcance y la estructura más adecuados de los objetivos climáticos y energéticos para 2030, así como la Comunicación de 22 de enero de 2014 con los «objetivos para 2030 en materia de clima y energía en favor de una economía competitiva, segura y baja en carbono en la UE».

En España y en otros muchos países se han aprobado desde 2010 recortes a las retribuciones de las plantas renovables existentes y cuando aún quedaba mucho por amortizar, lo que ha dado lugar a una abundante literatura y jurisprudencia sobre las conocidas nociones de derechos adquiridos, retroactividad y protección de la confianza legítima. La Sentencia que ahora estamos glosando no ha querido mantenerse al margen y en el apartado 103, parte final, declara, acerca de la «efectividad» de un sistema de apoyo, que «requiere, por definición, una cierta permanencia que permita concretamente garantizar el respeto de la confianza legítima de los inversores que se han comprometido en esta vía y asegurar la continuidad de la explotación de estas instalaciones».

otro. Por lo tanto, es necesario traducir el objetivo del 20% comunitario en objetivos individuales para cada Estado miembro, atendiendo a una asignación equitativa y adecuada que tenga en cuenta los diferentes puntos de partida y potenciales de los Estados miembros, incluido el nivel actual de la energía procedente de fuentes renovables y la matriz energética. Conviene para ello repartir entre los Estados miembros el aumento total requerido en el uso de energía procedente de fuentes renovables, sobre la base de un mismo incremento de la proporción correspondiente a cada Estado miembro, ponderado en función de su producto interior bruto (PIB) y modulado para reflejar sus diferentes puntos de partida, y calcular en términos de consumo final bruto de energía, teniendo en cuenta los esfuerzos realizados hasta ahora por los Estados miembros con respecto al uso de energía procedente de fuentes renovables».

Así pues, no cabe para los Estados la neutralidad; hay que introducir técnicas de fomento si es que se pretende de verdad alcanzar los objetivos. Son los llamados «sistemas de apoyo», definidos con carácter general en el Art. 2, párrafo segundo, letra k), como «cualquier instrumento, sistema o mecanismo aplicado por un Estado miembro o un grupo de Estados miembros, que promueve el uso de energía procedente de fuentes renovables gracias a la reducción del coste de esta energía, aumentando su precio de venta o el volumen de energía renovable adquirida, mediante una obligación de utilizar energías renovables o mediante otras medidas. Ello incluye, sin limitarse a éstos, las ayudas a la inversión, las exenciones o desgravaciones fiscales, las devoluciones de impuestos, los sistemas de apoyo a la obligación de utilizar energías renovables incluidos los que emplean los certificados verdes, y los sistemas de apoyo directo a los precios, incluidas las tarifas reguladas y las primas». La Directiva en efecto ofrece a los Estados, a la hora de articular tales o cuales disposiciones, lo que pudiera verse como todo un menú a la carta. Es lo que explica el Considerando 25:

«Los Estados miembros tienen distintos potenciales en cuanto a la energía renovable y cuentan con diferentes sistemas de apoyo a la energía procedente de fuentes renovables a escala nacional. La mayoría de los Estados miembros ejecuta sistemas de apoyo que conceden beneficios únicamente a la energía procedente de fuentes renovables que se producen en su territorio. Para que los sistemas nacionales de apoyo funcionen debidamente es imprescindible que los Estados miembros puedan controlar los efectos y los costes de sus sistemas nacionales de apoyo de acuerdo con sus distintos potenciales. Un medio importante para lograr el objetivo de la presente Directiva es garantizar el correcto funcionamiento de los sistemas nacionales de apoyo con arreglo a la Directiva [2001/77], a fin de mantener la confianza de los inversores y de permitir a los Estados miembros diseñar medidas nacionales efectivas para el cumplimiento de los objetivos».

Los españoles del continente habitamos, junto con los portugueses, no ya en una península, sino, desde el prisma energético, en una auténtica isla: los Pirineos siguen siendo a ese respecto una barrera poco menos que infranqueable, porque teniendo



como tenemos una evidente sobrecapacidad de producción, carecemos de las interconexiones necesarias para vender lo (mucho) que nos sobra. España se ha oxigenado mucho desde el venturoso 1986, pero nuestro sistema eléctrico sigue siendo hermético al exterior: nada entra ni —peor aún— sale. Tan castizo como un chotis. Pero ocurre que otros Estados miembros —los escandinavos, por ejemplo, así sean miembros de la UE o no— sí están interconectados, y es bajo esa perspectiva como se entienden las siguientes afirmaciones:

«La presente Directiva pretende facilitar el apoyo transfronterizo de la energía procedente de fuentes renovables sin afectar a los sistemas nacionales de apoyo. Introduce mecanismos facultativos de cooperación entre Estados miembros que les permitan acordar el grado en que uno de ellos apoyará la producción de energía de otro y el grado en que la producción de energía procedente de fuentes renovables contará como cumplimiento de los objetivos nacionales globales de uno u otro de dichos Estados miembros.

Para garantizar la efectividad de ambas medidas de cumplimiento de los objetivos, a saber, los sistemas nacionales de apoyo y los mecanismos de cooperación, es esencial que los Estados miembros puedan determinar si sus sistemas nacionales de apoyo se aplican, y en qué medida, a la energía procedente de fuentes renovables producida en otros Estados miembros y que puedan convenir en hacerlo aplicando los mecanismos de cooperación contemplados en la presente Directiva».

En relación con ello, el Art. 11, Sistemas de apoyo conjuntos, establece en el apartado 1 lo siguiente:

«Sin perjuicio de las obligaciones de los Estados miembros estipuladas en el artículo 3, dos o más Estados miembros podrán decidir voluntariamente reunir o coordinar parcialmente sus sistemas de apoyo nacionales, En tal caso, una cantidad determinada de energía procedente de fuentes renovables producida en el territorio de un Estado miembro participante podrá tenerse en cuenta para el objetivo global nacional de otro Estado miembro participante si los Estados miembros interesados:

- a) realizan una transferencia estadística de cantidades especificadas de energía procedente de fuentes renovables de un Estado miembro a otro Estado miembro de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6.
- b) establecer una norma de distribución acordada por los Estados miembros participantes que asigne cantidades de energía procedente de fuentes renovables entre los Estados miembros participantes. Dicha norma se deberá notificar a la Comisión a más tardar tres meses después del final del primer año en que haya surtido efecto».

Subrayemos que todo queda al libérrimo albur de los Estados, a los que por así decir se les permite —es el tema de debate— un no pequeño margen de proteccionismo en esta concreta materia. Es el origen de la Sentencia (instalada luego en una

óptica más general, la del que en el TFUE es el Art. 34, es decir, la libre circulación de mercancías, o, subsidiariamente, en algo tan resbaladizo como la seguridad jurídica) que vamos a comentar aquí.

Es en ese contexto donde deben ubicarse lo que la Directiva llama «garantías de origen». El propio Art. 2, dedicado como sabemos a las definiciones, contiene al respecto la siguiente:

«(...) un documento electrónico cuya única función es demostrar a un consumidor final que una cuota o cantidad determinada de energía se ha obtenido a partir de fuentes renovables conforme a lo establecido por el artículo 3, apartado 6, de la Directiva 2003/54/CE [del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE].»

Y, una vez más, la lectura de los Considerandos de nuestra Directiva mayor, la de renovables, resulta iluminadora. Así:

«(52) Las garantías de origen, emitidas a efectos de la presente Directiva, tienen la única función de demostrar al consumidor final que una cuota o cantidad determinada de energía se ha obtenido a partir de fuentes renovables. Las garantías de origen se pueden transferir de un titular a otro con independencia de la energía a que se refieran. No obstante, con vistas a asegurar que una unidad de electricidad procedente de fuentes renovables de energía sólo se comunique una vez a un cliente, deben evitarse la doble contabilización y la doble comunicación de las garantías de origen. La energía procedente de fuentes renovables cuya garantía de origen correspondiente haya sido vendida por separado por el productor no debe comunicarse o venderse al cliente final como energía producida a partir de fuentes renovables. Es importante distinguir entre los certificados verdes utilizados para los sistemas de apoyo y las garantías de origen.»

En fin, y ya para terminar la exposición de la Directiva de renovables de 2009 en lo que interesa, debe transcribirse el Art. 15, consagrado precisamente a las garantías de origen. A saber:

«1. Con el fin de certificar a los clientes finales el porcentaje o la cantidad de energía procedente de fuentes renovables de una estructura de abastecimiento energética del proveedor de energía, con arreglo al artículo 3, apartado 6, de la Directiva [2003/54], los Estados miembros velarán por que el origen de la electricidad producida a partir de fuentes de energía renovables pueda garantizarse como tal en el sentido de la presente Directiva, según criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios (...).

La garantía de origen no tendrá efecto alguno respecto del cumplimiento por los Estados miembros de lo dispuesto en el artículo 3. Las transferencias de garantías, ya se produzcan separadamente de la transfe-

rencia física de energía o conjuntamente con ella, no tendrán efecto alguno en la decisión de los Estados miembros de utilizar transferencias estadísticas, proyectos conjuntos o sistemas de apoyo conjuntos para cumplir los objetivos o a la hora de calcular el consumo final bruto de energía procedente de fuentes renovables de conformidad con el artículo 5.

(...)

9. Los Estados miembros reconocerán las garantías de origen expedidas por otros Estados miembros de conformidad con la presente Directiva, exclusivamente como prueba de los elementos a que se refieren el apartado 1 y el apartado 6, letras a) a f) (...)

(...).

Hasta aquí, el contenido de la entusiasta Directiva de renovables de 23 de abril de 2009 en aquello que en este momento nos concierne. De no fácil coexistencia, como se ha indicado, con la casi contemporánea Directiva de 26 de junio del mismo año sobre algo —ahora sí— tan ortodoxo, desde el punto de vista europeo, como es el mercado interior de la electricidad. Ya se sabe: las dos almas contradictorias —la socialdemócrata y la liberal— que anidan en lo más hondo de nuestro continente y también de la mayor parte de cada uno de sus moradores.

## II. El litigio

Ålands Vindkraft (en lo sucesivo, Ålands) era, como se desprende el segundo de sus nombres, una empresa de producción de energía eólica. Tenía un parque («Oskar») en lo que en teoría es territorio de Finlandia, en el archipiélago precisamente llamado Ålands, pero estaba mejor conectada con la red de Suecia y a quien se dirigió fue a la autoridad sueca (la fecha fue la de 30 de noviembre de 2009) para recabar el título necesario para obtener los correspondientes certificados. La respuesta fue negativa, por puras razones geográficas: la planta no se emplazaba en Suecia, ni tampoco en Noruega (con quien se había concluido un acuerdo), sino en Finlandia, país con el que faltaba tal tratado. Era lo que establecía la legislación sueca. Ahí estaba precisamente el conflicto(5).

---

(5) Las islas Åland (pronúnciese *Oland*) son un pequeño archipiélago situado en mitad del Báltico, entre Suecia y Finlandia. Su lengua y cultura son nítidamente suecas (de hecho, la latitud de Estocolmo es casi la misma), pero políticamente —ahí está la clave de todo— se trata de territorio finlandés desde que, mediante el Tratado de Brest-Litovsk, este país nació por segregación de Rusia en 1919 (algo así, para entendernos, y sin ofender a nadie, como Alhucemas o las islas Chafarinas: formalmente son España, y que lo sigan siendo por siempre, pero en lo geográfico están mucho más cerca de otro país, lo cual no puede dejar de tener consecuencias en todo lo que depende de la física).

El archipiélago, con unos 25.000 habitantes, goza de un régimen administrativo y fiscal de gran autonomía. Las agencias de turismo lo recomiendan como un destino ideal para quienes huyen de la masificación del Mediterráneo y prefieren un verano fresquito y tranquilo.

La Sentencia explica que, según la norma sueca, «los certificados eléctricos concedidos por la producción de electricidad renovable en otro Estado miembro podrán utilizarse para cumplir una obligación de cuota con arreglo a la presente Ley, siempre que se haya coordinado el sistema de certificados eléctricos sueco con el sistema de certificados eléctricos del otro Estado mediante un acuerdo internacional» (21). En fin, sucedió que «el 29 de junio de 2011, el Reino de Suecia celebró un acuerdo de este tipo con el Reino de Noruega. En cambio, no existe ningún acuerdo similar entre el Reino de Suecia y la República de Finlandia». Apenas habrá que notar que Noruega no es miembro de la Unión Europea.

La empresa interpuso recurso judicial, en base a argumentos —sobre todo, de orden fáctico— que la Sentencia de Luxemburgo resume con las siguientes palabras:

«25. Ålands Vindkraft interpuso ante el (...) (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Linköping) un recurso que tenía por objeto la anulación de dicha decisión y la estimación de su solicitud de homologación. Alega, en particular, que se ha infringido el artículo 34 TFUE y aduce a este respecto que, debido a la cuota de certificados eléctricos, fijada para el período considerado en 0,179, el sistema de certificados eléctricos tiene como consecuencia que se reserve aproximadamente el 18% del mercado sueco del consumo de electricidad a los productores de electricidad verde situados en Suecia, y ello en perjuicio de las importaciones de electricidad procedentes de otros Estados miembros. Afirma que tal obstáculo a los intercambios comerciales no puede estar justificado por consideraciones basadas en la protección del medio ambiente, dado que, en particular, el consumo de electricidad verde en Suecia se vería igualmente favorecido mediante la concesión de certificados eléctricos por la electricidad verde consumida en Suecia pero producida en otros Estados miembros.»

De lo establecido en la legislación sueca —los productores nacionales están facultados para vender sus certificados y los foráneos no— puede predicarse, por tanto, su carácter objetivamente proteccionista, lo cual resulta aún más grosero si se tiene en cuenta que, como se ha indicado, la lucha contra las emisiones de efecto invernadero sólo puede ser no ya europea, sino incluso mundial. Pese a ello, y aun siendo las islas citadas, desde una perspectiva sueca, sólo formalmente el extranjero, la Sentencia (en contra por cierto de lo propuesto por el Abogado General, el Sr. BOT) terminó dando por buenas dichas determinaciones.

En el conocido European law blog, con el subtítulo News and comments on EU law, se publicó por LAURENS ANKERSMIT, apenas unos días después (el 7 del mismo mes de julio) un trabajo muy crítico y del que debe subrayarse que las cosas se presentan con el siguiente parangón:

«Obviously, the (swedis) system is discriminatory in both aim and effect: the whole point of the system is to finance domestic production in order to comply with the production quota set out by the Directive. Let us consider a hypothetical to high ligh how protectionist this system can be: France requires all call dealers in France to surrender a certificate for every car they sell and only French producers get a certificate for every French producers get a certificate for every French care they produce. The car dealers need the certificates in order to sell cars, and thus they will purchase these certificates from French producers. Now French producers can be altruistic towards their german competitors and give all these certificates to the dealers with no string attached. In that caso, the system would only result in a sales limitation: the maximum amount of cars sold equals the amount of cars produced in France. Mora likely is that the French producers will condition the sale of certificates to the

sale of their own cars or sell those certificates for every car exported, giving them a nice handy sum of money that German or other producers of car will not get. This give them a competitive advantage not only on the French market, but all markets in which they sell cars» (6).

Los temas controvertidos fueron tres, que hay que analizar por separado.

### III. La sentencia

Su parte dispositiva tiene en efecto tres puntos. Veámoslos uno por uno.

1. Lo primero es preguntarse por la interpretación de los Arts. 2 y 3 de la Directiva 2009/28/CE: en concreto, si «permiten a un Estado miembro establecer un sistema de apoyo, como el controvertido en el litigio principal, que prevé la concesión de certificados negociables a los productores de electricidad procedente de fuentes de energías renovables teniendo en cuenta únicamente la electricidad producida a partir de dichas fuentes en el territorio de dicho Estado». Y un sistema que además «somete a los proveedores y a determinados usuarios de electricidad a la obligación de entregar anualmente a la autoridad competente un determinado número de tales certificados que corresponde a una parte del total de sus suministros o de su uso de electricidad». En definitiva, se trataba de preguntarse si lo relevante a efectos europeos es sólo el lugar de consumo de la electricidad (como sería lógico, porque en general aquí las fronteras son siempre artificiales, porque los gases de efecto invernadero, como todos los gases, tienden, como bien explicó GAY-LUSSAC, a expandirse tanto como pueden, sin que los datos puramente político-administrativos, como el trazado de una raya en un mapa, o incluso un muro tan imponente como el que hubo en Berlín entre 1961 y 1989, por ejemplo, les asusten lo más mínimo) o, por el contrario, el de su producción (como establece el legislador sueco y tal vez pudiera desprenderse del tenor literal de la Directiva).

Quiere decirse con ello que el parámetro de enjuiciamiento de la normativa sueca en este primer punto no era la integridad del ordenamiento europeo, sino sólo las específicas previsiones de la RES Directive.

La respuesta fue la segunda: las citadas normas europeas sí permiten tales cosas a un Estado miembro. Las razones se explican así:

«49. (...) en cuanto a las dudas del Tribunal remitente sobre el hecho de que el sistema de apoyo controvertido en el litigio principal prevea la concesión de certificados eléctricos teniendo en cuenta únicamente la electricidad verde producida en el territorio nacional, debe declararse que, al adoptar la Directiva 2009/28, el legislador de la Unión ha preservado la posibilidad de tal limitación territorial».

---

(6) El párrafo termina reconociendo que «to be sure, the Swedish situation is different in that there is an environmental objective underpinning it, as well as EU law requiring Member States to produce a certain percentage of green electricity». Pero el tono general del artículo es muy crítico como lo demuestra su propio rubro: «Facilitating infringements of article 34 TFEN and the territorial nature of Green electricity support schemes: Case C-573/12 Ålands Vindkraft AB y Energimyndigheten».

Es en efecto una interpretación literalista que se desarrolla de la siguiente manera:

«50. Sobre este particular, se desprende, de entrada, del considerando 25 de esta Directiva que, tras haber apreciado que la mayoría de los Estados miembros ejecuta (sic) sistemas de apoyo que favorecen únicamente la producción de energía verde en su territorio, dicho legislador indicó que para garantizar la efectividad de esos sistemas como medidas destinadas a contribuir al cumplimiento de los respectivos objetivos globales nacionales, es esencial que esos Estados puedan determinar si sus sistemas nacionales de apoyo se aplican, y en qué medida, a la energía verde producida en otros Estados miembros y que puedan convenir en hacerlo aplicando los mecanismos de cooperación contemplados en dicha Directiva.

51. Seguidamente, el artículo 3, apartado 3, de la Directiva 2009/28 establece de modo expreso que, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 107 TFUE y 108 TFUE, los Estados miembros tendrán derecho a decidir, con arreglo a los artículos 5 a 11 de dicha Directiva, el grado en que apoyarán la energía procedente de fuentes renovables que se produzcan en otro Estado miembro».

A esas consideraciones generales se suman otras más específicas sobre los certificados verdes. En efecto:

«52. Por último, en relación más concretamente con los sistemas nacionales que utilizan certificados verdes, debe señalarse que el legislador de la Unión se preocupó expresamente de aclarar, en los considerandos 52 y 56 de la citada Directiva, que las garantías de origen expedidas en los diferentes Estados miembros con arreglo a la mencionada Directiva deben distinguirse de los certificados verdes utilizados en el marco de los sistemas de apoyo nacionales y que aquéllos no confieren de por sí el derecho a acogerse a tales sistemas. Por otro lado, tal como se desprende de los artículos 2, párrafo segundo, letra j), y 15, apartados 1 y 9, de la misma Directiva, las garantías de origen que tienen como única función indicar a los clientes finales la parte de energía verde que contiene la estructura de abastecimiento energética de un suministrador de energía sólo deben ser reconocidas mutuamente entre los Estados miembros a este respecto».

En resumidas cuentas:

«53. Estas aclaraciones confirman a su vez que el legislador de la Unión no tuvo la intención de imponer a los Estados miembros que hayan optado por un sistema de apoyo que utilice certificados verdes extender las ventajas de éste a la electricidad verde producida en el territorio de otro Estado miembro».

En síntesis, que la Directiva no impide un sistema tan proteccionista como el sueco. Al revés: todo está montado sobre la base del carácter estrictamente nacional de los correspondientes objetivos.

¿Significa eso que a la Directiva le es reprochable algo desde otro ángulo, el de los principios europeos de libre circulación y no discriminaciones? La Sentencia se abstiene de hacerlo, al menos de manera directa y explícita.

2. La segunda pregunta tiene el mismo objeto, la normativa sueca, aunque visto desde una perspectiva más amplia: la del Art. 34 del TFUE, nada menos. La tesitura vuelve a resolverse de nuevo en favor del legislador nacional.

Que se pudiese entrar en el análisis de ese extremo —el Derecho primario u originario, es decir, los Tratados— requería, según reiterada y conocida jurisprudencia, que se entendiera que las normas de desarrollo no contienen una armonización de carácter exhaustivo, o sea, que son por así decir imperfectas o al menos incompletas. De la Directiva 2009/28 no cabe predicar tal cosa: para el establecimiento de los sistemas de apoyo los Estados siguen gozando de mucho margen —el consustancial a una Directiva, pudiera ahora puntualizarse—, como se desprende del tenor literal de los Arts. 1, 2 y 3. Y además —punto crucial— sucede que el dinero también es nacional. Con la consecuencia (63) de que no se ha alcanzado el citado grado de armonización, lo cual a su vez tiene como efecto (64) que sí resulte posible «interpretar las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías» desde la perspectiva planteada por el Tribunal sueco.

Así las cosas, lo primero es preguntarse si la normativa controvertida obstaculiza, al menos indirecta y potencialmente, dicha libertad. La respuesta es positiva. La Sentencia comienza recordando la siguiente declaración de principio:

«(...) el hecho de que un Estado miembro no adopte medidas suficientes para impedir obstáculos a la libre circulación de mercancías, creados específicamente por acciones de operadores, pero que han sido posibles gracias a una normativa concreta establecida por dicho Estado, puede obstaculizar los intercambios comerciales intracomunitarios tanto como un acto positivo (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/Francia, C-265/95, EU: C: 1997: 595, apartado 31, y Schmidberger, C-122/00, EU: C: 2003: 333, apartado 58)».

Sobre tan amplia base, el carácter obstaculizador de la normativa sueca puede proclamarse desde al menos dos perspectivas. La primera es la siguiente:

«68. Por un lado, se desprende de dicha norma que los proveedores y determinados consumidores están obligados a estar en posesión en la fecha anual prevista de un determinado número de certificados eléctricos para cumplir la obligación de cuota que recae sobre ellos y que depende de la cantidad total de electricidad que entregan o consumen.

Pues bien, a falta, en particular, de un convenio internacional a tal fin, únicamente los certificados concedidos con arreglo al sistema nacional pueden utilizarse para cumplir esta obligación. De este modo, dichos proveedores y consumidores están obligados, con carácter general, por la electricidad que importan, a adquirir tales certificados so pena de tener que abonar un derecho específico.

De este modo, tales medidas pueden obstaculizar las importaciones de electricidad procedentes de otros Estados miembros (véase, en parti-

cular, por analogía, la sentencia Ligur Carni y otros, C-277/91, C-318/91 y C-319/91, EU: C: 1993: 927, apartado 36)».

Pero no sólo eso. También hay una segunda perspectiva:

«71. Por otro lado, el Tribunal remitente pone de manifiesto (...) que, si bien en el marco del sistema de apoyo establecido por la norma controvertida en el litigio principal, los productores de electricidad verde pueden vender sus certificados eléctricos en el mercado, abierto a la competencia, dedicado a esta venta, la norma no prohíbe a estos productores vender los mencionados certificados conjuntamente con la electricidad que producen.

72. Pues bien, la existencia de tal facultad parece, en la práctica, apta para favorecer la eventual apertura de negociaciones y la concreción de relaciones contractuales, en su caso a largo plazo, relativas a la entrega de electricidad nacional por tales productores a los proveedores o usuarios de electricidad, ya que éstos pueden conseguir al mismo tiempo de ese modo la electricidad y los certificados verdes que necesitan para cumplir la obligación de cuota que recae sobre ellos.

73. De ello se desprende que, también en esta medida, el sistema de apoyo controvertido en el litigio principal tiene por efecto, al menos potencial, frenar las importaciones de electricidad procedentes de otros Estados miembros (véase, e ese sentido, la Sentencia Comisión/Irlanda, 249/81, EU: C: 1982: 402, apartados 27 a 29)».

Estamos, en suma, ante algo muy ominoso: una medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a las importaciones, nada menos. Pero eso no significa necesariamente ilicitud e invalidez, porque puede concurrir una justificación. Y sucede que aquí la hay: la protección del medio ambiente, como, según sabemos, se dijo en 2001 en la Sentencia Preussen Elektra. Y como se afirma también en la propia norma de 2009: del incremento del uso de fuentes renovables para producir electricidad, con la consiguiente reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero (una de las «principales causas de los cambios climáticos que la Unión Europea y sus Estados miembros se han comprometido a combatir»), se proclama de manera expresa en el Considerando 1 que «una parte importante del paquete de medidas necesarias para reducir esas emisiones y para cumplir el Protocolo de Kioto de la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y otros compromisos comunitarios e internacionales con vistas a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero más allá del año 2012»: apartados 77 a 82 de la Sentencia.

Pero con ello no basta para pronunciar un veredicto favorable a la norma de Estocolmo. Hace falta someterse aún a otro test, el del principio de proporcionalidad, entendido como el análisis de la adecuación de la norma nacional «para lograr el objetivo legítimo que persigue» y de su necesidad «a estos efectos».

De la norma sueca proteccionista se termina proclamando su validez. El argumento está, una vez más, en la insuficiencia de la integración europea en la concreta materia controvertida. En efecto:



«92 (...) debe admitirse que, en el estado actual del Derecho de la Unión, tal limitación territorial puede considerarse en sí misma necesaria para cumplir el objetivo legítimo perseguido en el caso de autos, consistente en promover el incremento del recurso al uso de las fuentes de energía renovables para la producción de electricidad.

93. Es cierto, como ha sostenido en particular *Ålands Vindkraft*, que, a priori, parece que el objetivo de protección del medio ambiente que subyace a un incremento de la producción y del consumo de electricidad verde, a saber, concretamente, la reducción de emisiones de gas de efecto invernadero, así como, por lo demás, los objetivos correlativos de protección de la salud y la vida de las personas y animales y la preservación de los vegetales, puede lograrse en la Unión con independencia de que este incremento tenga como fuente instalaciones localizadas en el territorio de un Estado miembro u otro.

94. No obstante, dado que, en particular, el Derecho de la Unión no ha llevado a cabo una amortización de los sistemas nacionales de apoyo a la electricidad verde, en principio está permitido que los Estados miembros establezcan que sólo puede acogerse a tales sistemas la producción de electricidad verde localizada en su territorio».

A esas afirmaciones de orden general se añaden otras ideas más específicas. De entrada, las siguientes:

«95. En primer término, el que un sistema nacional de apoyo esté concebido de modo que favorezca directamente la producción de electricidad verde antes que el mero consumo de ésta puede explicarse, concretamente, a la luz del hecho de que el carácter verde de la electricidad sólo está vinculado a su modo de producción y que, de este modo, los objetivos medioambientales relativos a la reducción de las emisiones de gas pueden cumplirse efectivamente en primer lugar en la fase de producción.

96. En cambio, y como se ha señalado en los apartados 87 y 90 de la presente sentencia, una vez que la electricidad verde ha sido admitida en la red de transporte o de distribución, es difícil determinar su origen específico, de modo que su singularización sistemática como electricidad verde en la fase de consumo parece difícil practicable.

Por otro lado, hay que recordar que, como se desprende, en particular, de los considerandos 1 y 25 y de los artículos 3, apartado 1, y (artículo) 5, apartados 3, de la Directiva 2009/28, y como se ha expuesto en el marco del examen de la primera cuestión prejudicial, para garantizar la ejecución de los compromisos medioambientales internacionales asumidos por la Unión, el legislador de la Unión ha impuesto a los distintos Estados miembros objetivos nacionales obligatorios formulados en términos de cuotas de producción de electricidad verde».

Pero, además, concurre otra perspectiva, que termina conduciendo al mismo resultado, esto es, a la declaración favorable a la norma sueca. En efecto:

«98. En segundo término, y en cuanto al hecho de que el sistema de apoyo controvertido en el litigio principal esté concebido de modo que favorece únicamente la producción de electricidad verde localizada en el territorio nacional, ha de observarse que, como señaló el legislador de la Unión en el considerando 15 de la Directiva 2009/28, las situaciones de partida, las posibilidades de desarrollar la energía procedente de fuentes de energía renovables y las combinaciones energéticas varías de un Estado miembro a otro, lo que ha llevado al legislador a considerar que procedía, habida cuenta de estas diferencias, llevar a cabo entre dichos Estados un reparto justo y apropiado del esfuerzo que ha de realizarse para dar cumplimiento a estos compromisos internacionales de la Unión.

Por otro lado, y como también señaló dicho legislador en el considerando 25 de la citada Directiva, para que los sistemas nacionales de apoyo funcionen debidamente es imprescindible que los Estados miembros puedan controlar los efectos y los costes de sus sistemas nacionales de apoyo de acuerdo con sus distintos potenciales, manteniendo al mismo tiempo la confianza de los inversores».

A todo lo cual hay que añadir lo siguiente:

«100. Además, cabe recordar que, aun preservando el carácter nacional, y, en principio, territorial, de los sistemas de apoyo existentes, el legislador de la Unión no ha dejado de prever diversos mecanismos destinados a permitir a los Estados miembros cooperar, en la medida de lo posible, para alcanzar los objetivos obligatorios que les impone dicha Directiva. Entre estos mecanismos se encuentra la posibilidad, establecida en el artículo 11 de la misma Directiva, de crear sistemas de apoyo comunes.

101. Como se ha señalado en el apartado 22 de la presente sentencia, esta facultad ha sido ejercida, concretamente, por el Reino de Suecia y el Reino de Noruega, los cuales, teniendo ambos un sistema de apoyo que utiliza certificados verdes, han procedido a la integración de éstos».

Hasta aquí, los razonamientos acerca del tenor literal de la Directiva. Pero se conoce que la empresa concernida quiso poner el foco de atención sobre otro punto, la realidad de las cosas. Su alegato fue escuchado, pero finalmente sin éxito. Por lo siguiente:

«102. En cuanto a la circunstancia, invocada por Ålands Vindkraft, de que ciertos indicadores demostraban que el Reino de Suecia disponía desde este momento de una capacidad de producción de electricidad verde que le permitía alcanzar los objetivos nacionales obligatorios que le imponía dicha Directiva, debe declararse que, aun suponiéndola probada, no puede justificar la conclusión de que la limitación territorial que caracteriza el sistema de apoyo controvertido en el litigio principal ya no es necesario.

103. En efecto, a este respecto basta con señalar que dicho sistema de apoyo a la energía verde cuyo coste de producción es, como han re-

cordado concretamente el Gobierno sueco y la Comisión, todavía bastante elevado en comparación con el de la electricidad producida a partir de fuentes de energía no renovables, tiene por objeto, en esencia, favorecer, en una perspectiva a largo plazo, inversiones en nuevas instalaciones, dando a los productores determinadas garantías en cuanto al desarrollo futuro de su producción de electricidad verde. De este modo, la efectividad de tal sistema requiere, por definición, una cierta permanencia que permita concretamente garantizar el respeto de la confianza legítima de los inversores que se han comprometido en esta vía y asegurar la continuidad de la explotación de estas instalaciones».

Esta última es la frase —no muy taxativa, ciertamente— que se subrayó al inicio: las rebajas en los derechos económicos a los productores de electricidad verde no quedan desautorizadas sin más, pero al menos se proclama lo que ya sabemos, es decir, la necesidad de «una cierta permanencia» que permita las dos cosas que conocemos: a) «garantizar el respeto de la confianza legítima de los inversores que se han comprometido en esta vía» y b) «asegurar la continuidad de la explotación de estas instalaciones».

En pocas palabras, que, aun teniendo en cuenta dicha circunstancia de hecho (que Suecia ya estaba por encima de los porcentajes obligatorios de producción renovable), los caracteres territoriales, por así llamarles, del sistema allí establecido superan también el test de la proporcionalidad. A saber:

«104. Habida cuenta de lo que precede, no resulta que, por el mero hecho de haber limitado la aplicación de un sistema de apoyo que utiliza certificados verdes, como el controvertido en el litigio principal, a la electricidad verde producida en el territorio nacional, el Reino de Suecia haya vulnerado el principio de proporcionalidad. En el estado actual del Derecho de la Unión, este Estado miembro pudo legítimamente considerar que tal limitación territorial no iba más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de incremento de la producción e, indirectamente, del consumo de electricidad verde en la Unión que persiguen tanto este sistema nacional como la Directiva 2009/28, en cuyo marco se inscribe».

Pero todavía falta un último análisis: someter a dicho examen de proporcionalidad no a tal o cual específico precepto, sino a la regulación sueca en su conjunto. La cual se expone en los siguientes términos:

«106. En efecto, a este respecto cabe recordar que se desprende de la resolución de remisión que una de las características de esta norma es la obligación que se impone anualmente a los proveedores y a determinados usuarios de electricidad de estar en posesión de un determinado número de certificados eléctricos que corresponde a una parte de sus suministros o de su uso, y de entregarlos a la autoridad competente, bajo pena de tener que abonar un derecho específico.

107. También se deriva de la descripción contenida en dicha resolución, por un lado, que los interesados pueden adquirir los certificados

eléctricos que los productores venden en un mercado específico abierto a la competencia en el que el precio del certificado lo determina el juego de la oferta y la demanda, y, por otro, que dicha norma no exige, ni excluye, que la electricidad y los certificados se adquieran conjuntamente de un mismo productor.

108. De este modo, se deduce de la norma controvertida en el litigio principal que, en caso de importación en Suecia de electricidad verde producida por Ålands Vindkraft en Finlandia, la comercialización o el consumo de esta electricidad exigirán, de manera general, a los proveedores o consumidores de que se trate, incluido, en su caso, Ålands Vindkraft, en su eventual condición de proveedor, que éstos adquieran certificados eléctricos por la cantidad de electricidad así importada».

Lo que el sistema pretende es algo tan sensato (en el sentido weberiano de la racionalidad instrumental, o sea, la obediencia de los medios a fines: aquí, «incrementar la producción de energía verde») como «que los sobrecostos debidos a la producción de electricidad verde sean asumidos directamente por el mercado, es decir, por los proveedores y los usuarios de electricidad que están sujetos a la obligación y, en última instancia, por los consumidores» (109 y 110). Y, a diferencia de lo que por ejemplo podría suceder con las ayudas (previas) a la correspondiente inversión, acerca de «este tipo de sistema» puede predicarse algo igualmente lógico y coherente con los objetivos: «tiene por objeto apoyar la explotación de instalaciones de producción de electricidad verde una vez que están en actividad» (111 y 112). Pero la exposición del conjunto quedaría incompleta si no se incluyera la siguiente consideración:

«113. (...) ha de recordarse que el buen funcionamiento de tal sistema exige, en esencia, la existencia de mecanismos de mercado que permitan a los operadores, que están sometidos a la obligación de cuota y que aún no disponen de los certificados requeridos para cumplir tal obligación, conseguir certificados de manera efectiva y en condiciones equitativas.

114 Por tanto, es preciso que se establezcan mecanismos que garanticen la puesta en práctica de un verdadero mercado de certificados en el que la oferta y la demanda puedan encontrarse efectivamente y tender al equilibrio, de modo que sea realmente posible que los proveedores y los usuarios interesados consigan en él certificados en condiciones equitativas».

Ponderado todo lo anterior, la conclusión del examen de proporcionalidad termina también siendo, así pues, positiva:

«118. A este respecto, debe ponerse de manifiesto que, siempre que exista un mercado de certificados verdes que cumpla los requisitos enunciados en los apartados 113 y 114 de la presente sentencia y en el que los operadores que hayan importado electricidad procedente de otros Estados miembros puedan adquirir certificados y de manera efectiva y en condiciones equitativas, el que la norma controvertida en el litigio principal no prohíba, por otro lado, a los productores de electricidad ver-

de vender a los operadores sometidos a una obligación de cuota conjuntamente electricidad y certificados no implica que dicha norma vaya más allá de lo necesario para cumplir el objetivo de incremento de la producción de electricidad verde. En efecto, el hecho de que subsista tal posibilidad parece apto para producir un efecto de incitación suplementario en los productores para incrementar su producción de electricidad verde».

En suma, que, aun representando el modelo sueco de certificados verdes una restricción a la libertad de circulación de mercancías, en última instancia la campana viene a redimirlo: se encuentra justificado en un objetivo legítimo y no va más allá de la justa proporción.

No hará falta extenderse en explicar que ha sido ahí donde las críticas han resultado más acervas. Por ejemplo, en boca del antes citado ANKERSMIT, cuyas palabras merecen de nuevo, pese a su extensión (y a no estar expuestas en la lengua de Cervantes), ser objeto de reproducción literal. En efecto:

«While the outcome of this judgment is perfectly convincing, it is a big disappointing the Court did not actually explain why the territorial limitation of the support scheme was in line with the proportionality principle. The Court merely observed the legislative context, the fact that it was difficult to determine the green origin of electricity and that the measures were necessary to strengthen investor confidence, but only implicitly connected the dots without making any explicit normative statements. The Court could have stated, for instance, that to guarantee the proper functioning of the support system for domestic production it was indispensable that there was a territorial limitation and that the choice of only supporting domestic production was justified because it was mandated by the EU legislature. As such the measure was both suitable to achieve the goal of promoting domestic green electricity production, and that it did not go any further than necessary to achieve the goal of domestic production support. Nonetheless, the message conveyed by this judgment is clear: the Court was, is and probably will remain deferential towards the protection of public interest which are important for the UE itself, in particular as regards combatting climate change».

Pero el propio autor no deja de esbozar que el problema de fondo no está en la Sentencia, sino que se remonta a la Directiva como tal, que, guste o no, da asiento a estos regímenes compartimentados por países. A saber:

«Moreover, the outcome of the case demonstrates that if one wants to remove these obstacles to trade which are the result of these nationally oriented schemes, action at UE level is warranted. The current regime clearly encourages the creation of obstacles to trade, which could be done away with through an EU— wide approach. This would avoid the negative effects of regulatory competition among Member States when seeking to promote the use of green electricity, while at the same time removing obstacles to trade in green electricity throughout the UE internal market».

Cualquier español europeísta podría hacer suyas esas palabras, pero en seguida añadiría que por sí mismas se quedan cortas, porque, por muchas normas que dicten Bruselas y Estrasburgo, lo primero que nosotros necesitamos que cambie es la realidad física más tangible: la electricidad, a diferencia de las camisas y las cervezas tiene que construirse sus propias carreteras, las famosas interconexiones interpirenaicas, que desde 1986 apenas han avanzado nada. La España de 2014 es un lugar que tiene (felizmente) las puertas abiertas de par en par, pero, en lo que hace a las redes eléctricas, sigue siendo algo parecido a un convento de clausura. O un «falansterio» autosuficiente, si queremos acordarnos del entrañable (y olvidado) FOURIER.

3) La tercera y última cuestión era, por así decir, mucho más indeterminada: tenía por objeto algo tan noble, aunque tan endiabladamente metafísico, como la seguridad jurídica. La respuesta de Luxemburgo consistió en dar una larga cambiada —o sea, en no ofrecer una respuesta— y reenviar el problema al órgano judicial sueco. A saber:

«Incumbe al tribunal nacional comprobar, teniendo en cuenta todos los elementos pertinentes, entre los cuales puede figurar, en particular, el contexto normativo del Derecho de la Unión en el que se inscribe la norma controvertida en el litigio principal, si, examinada desde el ángulo de su ámbito de aplicación territorial, dicha norma cumple las exigencias derivadas del principio de seguridad Jurídica».

La Sentencia, en su fundamentación, dedica a dicho punto los apartados 120 a 132. La duda venía suscitada porque, al parecer, de los trabajos parlamentarios de elaboración de la norma legal en Estocolmo pudiera desprenderse un margen de incertidumbre acerca de si en efecto las instalaciones extraterritoriales estaban de verdad excluidas. Luxemburgo considera sin embargo que el texto resulta concluyente (131), pero, por si acaso, encomienda al órgano judicial de abajo que sea él quien se ocupe del asunto. En los siguientes términos literales:

«129. En relación con el ámbito de aplicación territorial del sistema de apoyo previsto por la norma nacional controvertida en el litigio principal, el tribunal remitente puede, para determinar si se cumplen las exigencias del principio de seguridad jurídica, tener en cuenta todos los elementos pertinentes que se desprenden de los términos, la finalidad o la sistemática de dicha norma (véase, por analogía, la sentencia Mitsui & Co. Deutschland, C-256/07, EU:C:2009:167, apartado 32).

130. Dicho tribunal también puede tomar en consideración el hecho de que la mencionada norma nacional se inscribe en el contexto de la aplicación de la Directiva 2009/28, a la que remiten, por otro lado, expresamente, los trabajos preparatorios de la Ley de 2011, en la medida en que, en particular, como se desprende del examen de la primera cuestión prejudicial realizado por el Tribunal de Justicia [ver supra...], esta Directiva permite expresamente que los Estados miembros establezcan sistemas de apoyo similares circunscritos territorialmente a fin de permitir, en especial, a estos Estados cumplir los objetivos obligatorios que les impone dicha Directiva en cuanto a la producción de energía verde en su territorio».

El tono es, así pues, displicente: si por ventura el Juez sueco (y nadie más) cree que ahí hay una duda interpretativa, que la resuelva él.

#### IV. Conclusión

Los lectores de la piel de toro deben conocer esta importante Sentencia, y de ahí el presente comentario, de alcance en efecto esencialmente divulgativo. Pero no nos engañemos: lo resuelto por el Tribunal el 1 de julio de 2014 sobre la energía eólica de estas deliciosas islas del Báltico no está llamado a figurar entre las páginas más gloriosas de la jurisprudencia de Luxemburgo. ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS es otro de quienes se han expresado al respecto con palabras —de nuevo en inglés— muy críticas, que yo hago mías: «Overall, the Ålands Vindkraft Judgement deserves criticism» y ello desde al menos tres enfoques diferentes, aunque pueden ser complementarios: «from a strict legal perspective (due to the muddled situation in which it keeps environmental protection justifications to restrictions of free movements on goods), from an economic perspective (due to partial and biased assesment of economic charges and incentives), and from a functional/political (international) perspective (as it diminishes the possibilities for the EU as a whole to comply with the Kyoto Protocol)». Pero no hay cosa, por desdichada que resulte, que no termine teniendo algún beneficiario: «Only Member States' Ministers of Finance can celebrate this situation ...» (7). Precisamente ellos. Vaya gente.

Trabajo recibido el 3 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

---

(7) El artículo lleva también un título de denuncia: «CJEU protects discriminatory Green energy schemes and keeps inconsistency in EU free movement of goods (C-573/12)». Se publicó también el 7 de julio de 2014 y en otro conocido blog sobre derecho europeo, *How to Crack a Nut*.

**LABURPENA:** Lan honetan, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak 2014ko uztailaren 1ean emandako epaiaren berri ematen da. Epai hori, hain zuzen, iturri berriztagarrietako energiaren erabilera sustatzeko 2009ko zuzentarauari buruzkoa da.

Alor horretako Suediako legediarekin lotutako judizio aurreko auziari buruzko epaia zen. Suediako legedian, hain zuzen, tratamendu desberdina ematen zitzaion energiari, ekoizpen-lekuaren arabera. Epaian, erregimen hori ontzat ematen da, ulertzen baita ez dela salgaien zirkulazio askearen kontrakoa. Hori dela eta, lanaren tonua kritikoa da batez ere.

**HITZ GAKOAK:** Energia berriztagarriak. Energia berriztagarriak babesteko sistemak. In-gurumen-babesa. Salgaien zirkulazio askea Europar Batasunean. Protekzionismoa.

**RESUMEN:** En este trabajo se da cuenta de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 1 de julio de 2014, con objeto en la Directiva de 2009 sobre el fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables.

Se trataba de una cuestión prejudicial relativa a la legislación sueca en la materia, que daba un trato diferente según qué lugar de producción de la energía. La Sentencia da por bueno dicho régimen, al no entenderlo contrario a la libre circulación de mercancías. De ahí que el tono del trabajo sea esencialmente crítico».

**PALABRAS CLAVE:** Energías renovables. Sistemas de apoyo a las energías renovables. Protección del medio ambiente. Libre circulación de mercancías en la Unión Europea. Proteccionismo.

**ABSTRACT:** This work deals with the judgment of the Court of Justice of the European Union of July 1st 2014 about the Directive of 2009 on the promotion of the use of energy from renewable sources. It was about a preliminary question related to the Swedish legislation on the subject, which gave a different treatment depending on the place of production of the energy. The judgment approves that regime by considering it not contrary to the free movement of goods. Hence, the tone of this work is essentially critical.

**KEYWORDS:** Renewable energies. Schemes of support for renewable energies. Environmental protection. Free movement of goods in the European Union. Protectionism.



# Sobre la función de los montes y su planificación

Mikel Mari Karrera Egialde

«Cuando el Ebro baja crecido, con ímpetu de torrente, formando olas de color de barro, pocos se dan cuenta de que ese barro es la corteza vegetal del Pirineo que se pulveriza y disuelve; el suelo de la patria, que desciende flotante por donde antes flotó su tutor y complemento el árbol, para ir a sumergirse en los abismos del Mediterráneo, dejando al descubierto la roca viva sobre la cual nutrieron un día sus raíces la encina sagrada de Sobrarbe y el pino venerable de San Juan» (Costa Martínez) (1)

La política forestal tiene por finalidad, primordialmente, garantizar la conservación y protección de los montes. Con tal propósito el legislador, según el régimen diseñado en la Ley de Montes (LM), pretende promover, como primera medida, su restauración y, al mismo tiempo, *su mejora*. Pero no de cualquier modo, sino, precisamente, mediante criterios de sostenibilidad y aprovechamiento racional. De esta manera se otorga preferencia a los intereses ambientales sobre los intereses económicos en la explotación, aunque ambos son elementos inescindibles que deben presentarse y conjugarse en todo caso.

Partiendo de esa premisa general, la ley asienta expresamente una serie de principios básicos cuya justificación se encuentra en la función social de la propiedad (2). Paralelamente, la actividad forestal, entendida como cultivo de plantas arbóreas, se ubica y desarrolla en el régimen propio del monte, pero en este régimen se atribuyen diversas funcionalidades que se alejan del mero aprovechamiento económico-jurídico de la madera. De hecho, los terrenos de condición mixta «agrosilvopastoral» que combinan árboles y arbustos con cultivos y ganado en forma simultánea o en forma secuencial, y en particular las dehesas, también se someten a dicha ley «en lo relativo a sus características y aprovechamientos forestales, sin perjuicio de la aplicación de la normativa que les corresponda por sus características agropecuarias» (art. 2 LM).

Esta multifuncionalidad de la propiedad forestal se manifiesta claramente en los principios de la Ley de Montes que inspiran el régimen jurídico forestal, y que se recogen aglutinados en el artículo 3 LM:

1. *La gestión sostenible de los montes*. En sentido amplio se refiere a la administración, aprovechamiento y uso de los montes de un modo e intensidad que

---

(1) Costa Martínez, Joaquín: *El arbolado y la patria*, Biblioteca Costa, Madrid, 1912, pp. 12 y 13.

(2) El artículo 4 LM así lo dispone: «los montes, independientemente de su titularidad, desempeñan una función social relevante, tanto como fuente de recursos naturales como por ser proveedores de múltiples servicios ambientales, entre ellos, de protección del suelo y del ciclo hidrológico; de fijación del carbono atmosférico; de depósito de la diversidad biológica y como elementos fundamentales del paisaje. El reconocimiento de estos recursos y externalidades, de los que toda la sociedad se beneficia, obliga a las Administraciones públicas a velar en todos los casos por su conservación, protección, restauración, mejora y ordenado aprovechamiento».

permita conservar, no solo su productividad, sino especialmente su biodiversidad, potencialidad y capacidad de regeneración, en el presente y para el futuro. Este principio establece la plataforma para sentar las medidas que pretendan contribuir a que el buen manejo forestal sea una práctica habitual en todos los fondos forestales.

2. *El cumplimiento equilibrado de la multifuncionalidad de los montes en sus valores ambientales, económicos y sociales.* El anterior principio de gestión sostenible tiene como último objeto encauzar las funciones ecológicas, sociales y económicas relevantes en el territorio que desempeña los fondos forestales sin generar menoscabos a otros ecosistemas ni al territorio en su conjunto. Desde el indiscutido reconocimiento de las múltiples funciones atribuidas al bosque en particular, este principio trata de que la necesidad de fomentar y aprovechar ese carácter multifuncional se vincule al desarrollo sostenible del territorio y de la sociedad.
3. *La planificación forestal en el marco de la ordenación del territorio.* La organización de las medidas forestales requiere participación tanto de los poderes públicos como de los agentes sociales en la formulación de políticas, estrategias y programas. Los instrumentos legislativos (legales y reglamentarios) precisan del ineludible auxilio de los instrumentos de planificación forestal redactados y aprobados por las administraciones forestales para definir la participación pública y social en la formulación de las acciones forestales y materializar así la corresponsabilidad de toda la sociedad en la conservación y la gestión de los montes. El principio planificador es el modo de implementar las medidas de gestión forestal sostenible y fortalecer un enfoque participativo en los asuntos forestales.
4. *El fomento de las producciones forestales y sus sectores económicos asociados.* Este principio responde a la conveniencia de promover una realidad tradicional vinculada a la gestión sostenible antes mencionada; concretamente a la utilización de la madera y de otros productos forestales por sus múltiples ventajas económicas, no solo para el productor, sino para los usuarios y consumidores más allá de los aspectos medioambientales ya señalados. La madera y los productos del bosque tienen la cualidad de ser recursos renovables y respetuosos con el medio ambiente que incluso pueden atender en gran medida a las necesidades energéticas y de materiales de todo tipo que precisan los ciudadanos y otras industrias.
5. *La creación de empleo y el desarrollo del medio rural.* La importancia económica de la explotación de los montes trae como consecuencia, indudablemente, la generación de empleos directos de producción e indirectos de manufactura de gran trascendencia en el mundo agrario y el consiguiente poblamiento del espacio rural.
6. *La conservación y restauración de la biodiversidad de los ecosistemas forestales.* La naturaleza como recurso no renovable del monte hace que cualquier proceso de degradación que sufre tenga consecuencias irreversibles. Al igual que todos los ecosistemas agrarios en general, los montes son especialmente sensibles ante los procesos de degradación del suelo porque que su funcionalidad y productividad depende de su estado de conservación. Obviamente, junto con la conservación de los ecosistemas naturales, la restauración o rehabilita-

ción de los degradados se configura como una herramienta estratégica imprescindible de la política de gestión de los montes.

7. *La integración en la política forestal española de los objetivos de la acción internacional sobre protección del medio ambiente*, especialmente en materia de desertificación, cambio climático y biodiversidad. Se trata de poner en práctica los compromisos, obligaciones y recomendaciones elaborados en el ámbito internacional (mundial, paneuropeo y comunitario) que hayan sido asumidos por el Estado español mediante los programas forestales nacionales.
8. La colaboración y cooperación de las diferentes Administraciones públicas en la elaboración y ejecución de sus políticas forestales. Se pretende conformar un marco de coordinación para el apoyo y el desarrollo de las actividades y los programas destinados a la conservación y mejora forestal que facilite, en definitiva, la integración de las iniciativas diseñadas desde distintas administraciones y organismos forestales.
9. *La participación en la política forestal de los sectores sociales y económicos implicados*. Las directrices internacionales sobre sostenibilidad forestal requieren que las políticas forestales sean formuladas con criterios democráticos al objeto de otorgar mayor transparencia, legitimidad, objetividad y credibilidad a las políticas, planes y disposiciones forestales. Ello solo es posible mediante la intervención activa de los agentes implicados del sector forestal durante la formulación de políticas o planes forestales, tanto en la toma de decisiones antes de su aprobación, como en la resolución de conflictos y armonización de intereses.

A estos principios iniciales, posteriormente se añaden, mediante la Ley 10/2006, otros dos cauces de gestión provenientes del desarrollo de los estudios técnicos y jurídicos del ámbito medioambiental:

1. El principio de precaución de la sostenibilidad: «principio o enfoque de precaución, en virtud de la cual cuando exista una amenaza de reducción o pérdida sustancial de la diversidad biológica no debe alegarse la falta de pruebas científicas inequívocas como razón para aplazar las medidas encaminadas a evitar o reducir al mínimo esa amenaza» (3). Cuando resulte imposible determinar con certeza la existencia o el alcance del riesgo, este principio justifica la adopción de medidas restrictivas, siempre y cuando sean objetivas y no discriminatorias.
2. El principio de reforzamiento de la capacidad de regeneración y recuperación del bosque frente al fenómeno global del devenir del clima: «adaptación de los montes al Cambio Climático, fomentando una gestión encaminada a la resiliencia y resistencia de los montes al mismo». Se trata de una conclusión técnica sobre la importancia natural de los bosques por su capacidad y gran flexibilidad para afrontar y sobreponerse a las alteraciones climáticas.

---

(3) Proviene del Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica hecho en la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro el 5 de junio de 1992 y ratificado por España el 16 de noviembre de 1993 (BOE de 1 de febrero de 1994). En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencias de 5 de mayo de 1998 (TJCE 1998, 79 y 80); en el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, sentencias de 23 de octubre de 2001 (TJCE 2001, 290), 26 de noviembre de 2002 (TJCE 2002, 351) y 13 de diciembre de 2006 (TJCE 2006, 363).

Conforme a lo reseñado anteriormente, la multifuncionalidad del monte como recurso natural requiere la defensa y compatibilidad de los aspectos económicos y ecológicos que presenta, lo que a su vez conlleva la necesaria armonización de los diversos intereses que confluyen en el monte. Este equilibrio se alcanza mediante el mencionado criterio de la necesaria *explotación racional* que, en términos del Derecho ambiental, se conoce por el también citado principio de *sostenibilidad*.

La idea de la racionalidad aparecía recogida ya en la Ley de Montes de 1957, aunque referida exclusivamente a la perspectiva económica porque, recordémoslo, era una ley reguladora del monte como propiedad forestal, lejos aún de las ideas actuales sobre los principios y finalidades medioambientales acogidas y expresadas en la normativa y doctrina constitucional. Hoy día las exigencias constitucionales de utilización racional de todos los recursos naturales y el sometimiento a la función social y ecológica de los montes privados permiten una mayor intervención pública directa mediante la planificación y la gestión forestal integral.

Significativamente, desde el ámbito medioambiental, la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestre, sustituida hoy por la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de patrimonio natural y la biodiversidad, establece dicha directriz básica que marcó el punto de inflexión del ordenamiento forestal relativo a los mecanismos de gestión de los bosques estableciendo las siguientes pautas preceptivas para los particulares y Administraciones públicas: «la utilización del suelo con fines agrícolas, forestales y ganaderos deberá orientarse al mantenimiento del potencial biológico y capacidad productiva del mismo, con respecto a los ecosistemas del entorno. La acción de las Administraciones públicas en materia forestal se orientará a lograr la protección, restauración, mejora y ordenado aprovechamiento de los montes, cualquiera que sea su titularidad, y su gestión técnica deberá ser acorde con sus características legales, ecológicas, forestales y socioeconómicas, prevaleciendo en todo caso el interés público sobre el privado. La planificación hidrológica deberá prever en cada cuenca hidrografía las necesidades y requisitos para la conservación y restauración de los espacios naturales en ella existentes, y en particular de las zonas húmedas» (art. 9 Ley 4/1989).

De ese modo, esta disposición materializa el artículo 45.2 CE y los principios inspiradores de la propia ley con el establecimiento de normas de protección, conservación, restauración y mejora de los recursos naturales en general, y las relativas a los espacios naturales y a la flora y fauna silvestres en particular. Para ello, reiterando lo expresado anteriormente, articula *ex novo* los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) que afectan directamente a la actividad forestal y a sus instrumentos de cobertura, y se configuran bajo criterios flexibles que permitan integrar y englobar los diversos tipos de planes y ordenaciones territoriales de ámbito autonómico o local con similar objeto(4). En suma, reorienta la política y acción forestal de modo que el *elemento medioambiental* sea *prioritario* en todo caso y marque el resto de objetivos en la ordenación del aprovechamiento de los montes, con independencia de su propiedad. Desde este paradigma ambiental, junto a la citada Ley 42/2007, hay que atender también a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, y la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural.

(4) LÓPEZ RAMÓN, F.: *Principios de Derecho Forestal*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, p. 36.

Por ello, los montes que sean *espacios naturales protegidos* o formen parte de ellos se rigen por su legislación específica, y solo por las disposiciones de la Ley de Montes en lo que estas no sean contrarias a aquella (art. 2.3 LM).

En la misma senda, la Exposición de Motivos de la Ley de Montes de 2003 apunta que partiendo de la gestión forestal sostenible, es decir, de la tradicional idea de «aprovechar conservando», se pueden deducir los restantes principios esenciales del tratamiento jurídico del monte: «la multifuncionalidad, la integración de la planificación forestal en la ordenación del territorio, la cohesión territorial y subsidiariedad, el fomento de las producciones forestales y del desarrollo rural, la conservación de la biodiversidad forestal, la integración de la política forestal en los objetivos ambientales internacionales, la cooperación entre las Administraciones y la obligada participación de todos los agentes sociales y económicos interesados en la toma de decisiones sobre el medio forestal».

Esta *gestión forestal sostenible*, traducción ambiental del uso racional de los recursos naturales, requiere desplegar las siguientes fases consecuentes mencionadas en la exposición de motivos de la Ley de Montes:

1. *Información forestal*. La Ley concede especial relevancia a un aspecto fundamental para la definición de la política forestal, como es el de la información. Se trata de establecer los mecanismos para disponer de una información forestal actualizada y de calidad para todo el territorio español sobre la base de criterios y metodologías comunes. Esta información se coordinará y plasmará en la Estadística forestal española, entre cuyos objetivos resalta el de facilitar el acceso del ciudadano a la información vinculada al mundo forestal (5).
2. *Planificación forestal*. La Ley constata la necesidad de la planificación forestal a escala general, consagrando la existencia de la Estrategia Forestal Española y el Plan forestal español. En este ámbito, la novedad más importante de la Ley la constituyen los planes de ordenación de los recursos forestales (PORF). Se configuran como instrumentos de planificación forestal de ámbito comarcal integrados en el marco de la ordenación del territorio, con lo que la planificación y gestión forestales se conectan con el decisivo ámbito de la ordenación territorial (6).
3. *Ordenación de los montes*. Son los propietarios de los montes los que primero y más directamente se responsabilizan de su gestión sostenible. Para garantizar tal gestión, la Ley pretende el impulso decidido de la ordenación de montes, a través de instrumentos para la gestión como los proyectos de ordenación de montes, planes dasocráticos, planes técnicos o figuras equivalentes, siendo éste uno de los elementos clave de la nueva legislación (7).

---

(5) Artículo 28 LM sobre la información forestal y la estadística forestal española.

(6) Artículos 29 a 31 LM sobre la estrategia forestal española, el plan forestal español y los planes de ordenación de los recursos forestales.

(7) Artículos 32 a 35 bis sobre la gestión forestal sostenible y las directrices básicas comunes para la ordenación y el aprovechamiento de montes; los proyectos de ordenación de montes y planes dasocráticos; la gestión de montes catalogados, montes protectores y montes con otras figuras de especial protección; la certificación foresta; y la compra responsable de productos forestales.

En este desenvolvimiento de la dinámica gestionadora de los montes, la planificación forestal es el instrumento principal que la ley prevé para desarrollar la estrategia forestal, garantizar el cumplimiento de las funciones del monte, y determinar su uso y aprovechamiento. De hecho, la evolución histórica de la intervención pública sobre el suelo agrario en general, y el forestal en particular, enseña que los problemas técnicos, económicos, sociales y naturales de cada territorio y zona requieren de una respuesta jurídica o regulación muy apegada a cada comarca capaz de encauzar una vía de avance adecuada a las peculiaridades propias de cada predio; cada porción del territorio rural merece un tratamiento distinto, variable y flexible en su formulación.

Por ello, para materializar las funciones asignadas al suelo rural, el instrumento planificador oportuno se constituye en *eje definidor del estatuto jurídico forestal* de cada monte o grupo de montes integrados en el ámbito territorial en que se aplique aquel, con independencia del sujeto, público o privado, a quien pertenezca. Por su trascendencia en la ordenación del territorio, la planificación forestal exige la coordinación de distintos operadores tanto a nivel normativo como ejecutivo. De hecho, la articulación del plan requiere atender las medidas sobre agricultura de montaña, espacios naturales protegidos, vías pecuarias, planes de urbanismo, protección de la biodiversidad, etcétera. Con todo ello se pretende reforzar la idea fundamental de que, para la gestión forestal, los montes, por su condición de ecosistemas, deben recibir un tratamiento integrado, equilibrado y coherente.

De ahí la diversidad de planes en razón de la competencia para redactarlos, su alcance y su contenido:

1. *Criterio territorial*. Derivado de la distribución competencial se distinguen, en razón de su aplicación territorial, los Planes Nacionales y los Planes Autonómicos. Entre los primeros cabe destacar, por su trascendencia práctica, el Plan nacional de actuaciones prioritarias de restauración hidrológico-forestal para regularizar el régimen de las aguas y preservar la riqueza forestal (8).
2. *Criterio material*. Conforme al contenido propio se distinguen, en razón de su alcance, los Planes de ordenación de los recursos forestales (integradores de todas las medidas relativas a recursos y espacios naturales, incluida la acción forestal) y los Planes o programas sectoriales (referidos a los aprovechamientos). Específicamente, la planificación u ordenación de montes concretos de los particulares se sustanciará mediante Proyectos de Ordenación que prevean una acción dasocrática integral o limitada, o Planes Técnicos elaborados por la Administración pública (9).

En el marco estatal, «el Plan forestal español, como instrumento de planificación a largo plazo de la política forestal española, desarrollará la Estrategia Forestal Española»

---

(8) Constituye el marco general para el desarrollo de los trabajos de *restauración, conservación y mejora de la cubierta vegetal protectora* al objeto de mantener y mejorar la función protectora de los bosques sobre los recursos suelo y agua, controlar la erosión y mejorar el régimen hídrico y la regulación de caudales.

(9) Sobre su tratamiento jurídico, los artículos 33.4 LM, 205 RM y 206 RM; y Órdenes del Ministerio de Agricultura de 29 de diciembre de 1970, sobre Instrucciones Generales para la Ordenación de Montes Arbolados, y de 29 de julio de 1971, sobre Normas Generales para el Estudio y la Redacción de los Planes Técnicos de Montes Arbolados, ambos de carácter supletorio de normativa autonómica.

(art. 30 LM); de hecho, en desarrollo de la Estrategia Forestal Europea (10), la Estrategia Forestal Española fue aceptada por la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente en marzo de 1999, y el Plan forestal español que la desdobra fue aprobado por el Consejo de Ministros en julio de 2002, por lo que la Ley de Montes de 2003, *a posteriori*, viene a ratificar y consolidar la opción planificadora *a priori* ejercitada en aquellos documentos. También de nivel nacional, aunque de carácter sectorial, se establecen el Plan Nacional de Actuaciones prioritarias de Restauración Hidrológico-Forestal y el Programa de Acción Nacional contra la desertificación (art. 42 LM). En todo caso, la novedad más importante es que «las comunidades autónomas podrán elaborar los planes de ordenación de recursos forestales (PORF) como instrumentos de planificación forestal, constituyéndose en una herramienta en el marco de la ordenación del territorio» (art. 31.1 LM); ese plan será el instrumento básico que, a nivel comarcal, configure la ordenación de los recursos forestales.

Tanto desde la perspectiva económica como de la jurídica, este marco de la planificación forestal condiciona la iniciativa privada en el ejercicio de las facultades de aprovechamiento particular de los montes. En este sentido, la ley expresamente señala que «la gestión de estos montes se ajustará, en su caso, al correspondiente instrumento de gestión o planificación forestal. La aplicación de dichos instrumentos será supervisada por el órgano forestal de la comunidad autónoma» (art. 23.3 LM).

De este modo, por lo que hace a los montes privados, la ley, mediante el plan, delimita las facultades de goce, disfrute y disposición de los montes, especialmente en el caso de los montes protectores. Además, la Ley de Montes favorece la ordenación de los montes al subvencionar e incentivar y dar créditos exclusivamente a los montes que estén ordenados y con independencia de que sean públicos o privados (arts. 63 a 66 LM). Sin embargo, la realidad muestra que la mayor parte de los montes privados, que constituyen dos tercios del total del terreno forestal, aún carecen de una ordenación planificada y, los que cuentan con ella, requieren un urgente reajuste que actualice su gestión forestal a los nuevos parámetros legales y a la paulatina reforestación que se ha producido en las últimas décadas. Consciente de ello, el legislador ha previsto que «los montes que tengan la obligación, conforme a lo dispuesto en el artículo 33, de disponer de instrumento de gestión forestal, tendrán un período de 15 años desde la entrada en vigor de esta ley para dotarse de aquél» (DF 2.ª LM), es decir, establece una horquilla temporal hasta el 22 de febrero de 2019. Como la ley no aporta directrices inmediatas de gestión, con excepción de los montes protectores, sino que se remite a la aprobación de las instrucciones básicas para la ordenación y al aprovechamiento de los montes, su aplicación queda pendiente en tanto no se elaboren dichos instrumentos de ordenación.

En todo caso, la planificación y categorización presenta el sempiterno riesgo de realizar planteamientos normativos sin materialización y conexión con la realidad de las variables circunstancias económicas y sociales que aparecen condicionadas por los insuficientes medios financieros y humanos. Por ello, siempre es conveniente ponderar y moderar la discrecionalidad de las autoridades públicas en la determinación de la verdadera importancia y valor forestal o social de cada monte singular, y fomentar la colaboración con los particulares sin imponer fórmulas limitadoras que en la

---

(10) Resolución del Consejo de 1998.

práctica no sean efectivas y permitan un aprovechamiento económico óptimo para su titular y un beneficio ambiental para su entorno social; modo de proceder que no solo prevé sino que expresamente exige la vigente normativa forestal. Además, parece conveniente huir del exceso de ordenación y de normativa burocrática que agarrote y detenga mucha de la iniciativa privada de gestión y aprovechamiento forestal. En definitiva, la intervención en sí misma y la forma de establecerse ya no se discuten, porque el orden económico y la seguridad jurídica reclamadas al Estado exigen sacrificar la libertad y el derecho particular en alguna medida, pero sí la manera de ser llevada a cabo y su intensidad, que en ningún caso pueden llegar a imposibilitar la iniciativa privada y la rentabilidad económica, amparadas por la disciplina constitucional de respeto al contenido esencial del derecho de propiedad y a la libertad de empresa.

Trabajo recibido el 30 de junio de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.



**LABURPENA:** Gaur egun, mendien kudeaketa eta baso-politika ingurumeneko eta ja-sangarritasuneko irizpideetan oinarritzen dira, eta lurraldeko baliabide natural nagusiaren aprobetxamenduari buruzko erabakiak bideratzen dituzte. Hori dela-eta, lurralde-antola-mendu ororen markoan, nekazaritzaren, basogintzaren eta abeltzaintzaren arloan jarduten duten eragile publiko eta pribatu guztiek egindako plangintza oinarritzkoa izango da hurrengo bermatzeko: egun mendia behar bezala aprobetxatuz etorkizuneko belaunaldiari balio sozial eta ekonomiko bera transmititzen dien kudeaketa.

**HITZ GAKOAK:** Mendiak. Mendien antolamendua. Basoen jabetza. Basoen planifikazioa. Basoen kudeaketa.

**RESUMEN:** La gestión de los montes y la política forestal se fundamentan, actualmente, en criterios medioambientales y de sostenibilidad que dirigen las decisiones sobre el aprovechamiento del principal recurso natural del territorio. Por ello, en el marco de toda ordenación territorial, la planificación mediante la participación de todos los agentes públicos y privados que operan en el ámbito agrosilvopastoral se erige en instrumento esencial de las orientaciones garantizadoras de una gestión que, aprovechando óptimamente el monte en el presente, transmita ese mismo valor social y económico a las futuras generaciones.

**PALABRAS CLAVE:** Montes. Ordenación de los montes. Propiedad forestal. Planificación forestal. Gestión forestal.

**ABSTRACT:** The management of forests and the forest policy are presently based on environmental and sustainability criteria which are addressed to the decisions regarding the exploitation of the main natural resource of the territory. Because of it, in the framework of the whole territorial planning, the planning by the participation of all the public and private agents that operate within the agrarian, forest and herding field becomes an essential instrument of the guidelines that guarantee the management which using ideally the forest nowadays give that same social and economic value to the future generations.

**KEYWORDS:** Forests. Forest planning. Forest property. Forest management.



# La dignidad de la persona en el proceso de la muerte (1)

M.ª Lourdes Labaca Zabala

**Sumario:** I. Introducción.—II. El derecho a la dignidad de la persona en el proceso de la muerte. II.1. La dignidad como obligación de conservar la vida. II.2. La dignidad humana como autonomía individual.—III. El reconocimiento jurídico del derecho a la muerte digna. III.1. El derecho subjetivo del paciente a la muerte digna.—IV. El concepto y contenido del derecho a la muerte digna.—V. Naturaleza jurídica del derecho a la muerte digna.—VI. Titularidad del derecho a la muerte digna.—VII. Ejercicio del derecho a la muerte digna. VII.1. Las condiciones objetivas. VII.2. Las condiciones subjetivas.—VIII. El procedimiento del derecho a la muerte digna.—IX. Conclusiones.—X. Bibliografía.

## I. Introducción

Los avances médicos han logrado una mejora en las condiciones de vida de las personas, pero al mismo tiempo han supuesto un incremento importante en el número de enfermos que necesitan cuidados especiales en los últimos días de su vida. Además, otra de las cuestiones importantes que afecta a las personas en nuestra sociedad es el envejecimiento progresivo, a pesar de tener una mayor expectativa de vida, su calidad de vida no es la deseada por ellos.

Una cuestión que se plantea en todos estos supuestos es la dignidad del paciente en el proceso de la muerte, no existiendo consenso alguno, ni en el ámbito sanitario ni en el ámbito jurídico del contenido de la dignidad.

Podemos señalar que sí existe un consenso suficiente en relación a que se debe evitar en todos estos casos el encarnizamiento terapéutico y para ello se han aplicado cuidados paliativos en todas estas personas cuando esta próximo el final de su vida.

Todo ello ha supuesto que se ha originado un gran debate en nuestra sociedad acerca de qué debe entenderse por dignidad de la persona en el proceso de su muerte, o qué supone y cuál debe ser el contenido del derecho a morir con dignidad.

---

(1) Investigación realizada con el Proyecto de Investigación de la UPV/EHU (2013-2014) sobre el tema: «Los derechos de los pacientes en el ámbito sanitario en España y Francia».

## II. El derecho a la dignidad de la persona en el proceso de la muerte

No existe consenso en nuestra sociedad acerca de qué debe entenderse por muerte digna. Dos son los significados que se le atribuyen: por una parte, sería el derecho a morir permite elegir la forma en la que la persona desea morir, y, por otra, el recurso a los cuidados paliativos con el fin de conseguir una muerte natural, sin dolor (2).

Es evidente que es necesario concretar el contenido de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte. Como dispone Küng, el problema de la dignidad en el morir se trata sobre todo de una responsabilidad individual de cada persona (3), si bien es irrenunciable una política asistencial seria que incluya un adecuado tratamiento integral, a los enfermos terminales, tanto en los centros sanitarios, como en los domicilios (4).

Como señala MARCOS DEL CANO, la dignidad humana es susceptible de numerosos análisis y no menos intentos definitorios, constituye un fundamento, sino infructuoso, sí confuso en las situaciones que se plantean al final de la vida. A pesar de ello, todos tenemos una intuición fundamental sobre la dignidad, que la filosofía podrá quizás reforzar.

Se pueden destacar dos concepciones de la dignidad, para unos es aquel valor que prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tiene control, lo que en gran medida, significa que el respeto a la dignidad humana viene a coincidir con la capacidad que otorga el principio de autonomía, es decir, que la persona puede hacer libremente lo que desee con su propia vida, pues es él dueño de su vida. Para otros, sin embargo, la dignidad estriba en que un hombre es digno por el mero hecho de pertenecer a la especie humana. No se requiere cualidad de ningún tipo. No se puede reducir la dignidad a la capacidad volitiva, sino que debe convertirse en un respeto a la persona en su totalidad, incluyendo también sus manifestaciones y deseos, pero no sólo eso, sino también la condición espiritual del hombre, es decir, su capacidad de trascender a sí mismo. Y, por otra parte, no hay que olvidar la dimensión social de la dignidad, de lo contrario podríamos caer en un total subjetivismo y relatividad (5).

Si bien el derecho a morir con dignidad se entiende de forma contrapuesta, lo único en lo que sí encuentra consenso es en el rechazo al encarnizamiento terapéutico. Como afirma algún autor, continuar con el tratamiento cuando ya no existe posibilidad de recuperación implica una grave infracción del respeto que se debe a la dignidad humana que la Constitución consagra (6).

Desde el punto de vista jurídico, la dignidad humana se contiene en el art. 10 de la Constitución y se constituye en fundamento del orden político y de la paz social, de-

(2) MARCOS DEL CANO, A. M.: «Dignidad humana en el final de la vida y cuidados paliativos», en *testamentovital.wikispaces.com/.../Dignidad+humana+y+cuidados+paliativos*, Consultado el 13-08-2013.

(3) KUNG, H. y JENS, V.: «Morir con dignidad», 1997, traducción de Barbero Luis BERBERO, en *Bioteología, Derecho y Dignidad Humana*, MARTÍNEZ MORÁN, N. (Coordinador) 2003, pp. 237 y ss.

(4) MARCOS DEL CANO, A. M.: «Dignidad humana en el final de la vida...», *op. cit.*

(5) MARCOS DEL CANO, A. M.: «Dignidad humana en el final de la vida...», *op. cit.*

(6) ROMEO CASABONA, C. M.: «El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Homenaje al Profesor José Antonio Sainz Cantero*, n.º 13, II, 1987. p. 196.

biendo presidir y ser criterio interpretativo de todas aquellas normas que se contienen en el ordenamiento jurídico. Es por ello que, la dignidad humana no se constituye en un derecho más, sino como «lo que se debe a la persona por su calidad de tal y, si se quiere darle un sentido jurídico más idóneo, lo que es adecuado a la naturaleza misma del hombre como ser personal, situándose la dignidad en la atalaya del ordenamiento jurídico, desde la cual se deberá velar para que todas y cada una de las normas respeten el contenido de la misma (7).

Señala MARCOS DEL CANO que más que definir el contenido de la dignidad humana, él pretende su concreción en la etapa final de la vida y en su relación con el derecho a la vida, para lo cual, considera necesario determinar qué comportamientos lesionan la dignidad de la persona es algo que sólo puede esclarecerse en un constante proceso de concreción y, por tanto, como una dimensión temporal, por ello, es decisivo el juicio del llamado a investigar el Derecho y la reacción de la opinión pública ante actos de un determinado tipo (8).

Para ello, apuesta por determinar el contenido de dos elementos: a) La dignidad como obligación de conservar la propia vida, y, b) La dignidad humana como autonomía individual.

## II.1. La dignidad como obligación de conservar la propia vida

La dignidad de la persona en el final de su vida es comprendida por muchos sectores como un valor que, ante todo y como primer presupuesto, implica la obligación de conservar la propia vida.

Desde esta posición, la dignidad legitimaría la indisponibilidad de la propia vida por parte de cualquiera, incluso por parte del propio individuo que vive esa vida. Es precisamente la dignidad la que fundamenta la irrenunciabilidad del derecho a la vida, de tal forma que éste queda configurado como un derecho-deber, como un deber genérico que hay que respetar. La dignidad es una realidad previa a la autodeterminación, atribuida a la existencia de la vida humana en cuanto tal, en su dimensión ontológica, al margen de la funcional (9).

Se pueden apreciar dos vertientes en la dignidad, por un lado, la dignidad constituye un límite para la actuación de terceros, por el otro, la dignidad se traduce en el respeto de la persona hacia sí misma y en la indisponibilidad de la propia persona, que, en ningún caso, puede transformarse en medio. La relación del hombre consigo mismo no es una relación de propiedad del yo sobre su vida y su cuerpo sino una relación de obediencia al conjunto de deberes que derivan de la idea de la humanidad. Así pues, reconocer la dignidad de la vida humana y en consecuencia su indisponibilidad es el presupuesto de todo discurso jurídico sobre el hombre y, si se prefiere, según algunos, el derecho humano fundamental (10).

---

(7) MARCOS DEL CANO, A. M.: «Dignidad humana en el final de la vida...», *op. cit.*

(8) MARCOS DEL CANO, A. M.: «Dignidad humana en el final de la vida...», *op. cit.*

(9) A la dignidad se le atribuye un significado concreto, el derecho a morir con dignidad, lo que supone el derecho a elegir el momento, lugar y modo del apropiada muerte.

(10) MARCOS DEL CANO, A. M.: «Dignidad humana en el final de la vida...», *op. cit.*

Así se interpreta la dignidad humana por parte de la mayoría de las Declaraciones Internacionales y Constituciones actuales, y así también, debe ser interpretado el art. 10.1 de la Constitución. En consecuencia, frente a los que afirman que, la mayoría de las situaciones en las que se halla el enfermo terminal pueden ser indignas, desde esta posición se sostiene que el riesgo de la indignidad puede evitarse recurriendo a las soluciones adecuadas, sin necesidad de acabar con la propia vida». A modo de ejemplo podemos destacar las unidades del dolor, por medio de los cuidados paliativos o a través del ingreso en centros especializados para enfermos terminales. Se trata con todo ello de morir naturalmente, no insistiendo en la prolongación de una vida cuyo fin presenta carácter irreversible, ni desistiendo de la misma (11).

En este sentido, la dignidad del enfermo terminal se concreta en el derecho a que no se le prolongue la vida ni se le quite la vida de forma artificial, tratándole siempre como un fin en sí mismo y no como un medio al servicio de la investigación médica o de intereses sociales secundarios. Pero no hay ninguna razón suficiente que permita afirmar sin más que es indigna la muerte que sea precedida y acompañada de sufrimiento (12).

Así, la dignidad en la fase final de la vida de las personas se concretaría en la necesidad de un cuidado integral de los enfermos, aliviando sus sufrimientos y angustias en la medida de lo posible, el derecho a rechazar el encarnizamiento terapéutico. En este supuesto, la dignidad indicaría ante todo el respeto de los valores de la persona, los cuales no se limitan a una supervivencia más o menos larga o a una reanimación prolongada, sino que se extiende más bien a aquel clima de serenidad, de paz y, en cuanto es posible, de consciencia, que debería ser propio del ser humano. Estaremos, evidentemente, ante una tarea más total que excede de las funciones de la medicina y que requeriría otras colaboraciones, como psicólogos, asistentes sociales, los mismos familiares (13).

En este sentido se recoge el contenido de la dignidad en la Recomendación del Consejo de Europa relativa a la protección de los Derechos del hombre y de la dignidad de los enfermos terminales y los moribundo en la que se afirma que: «El Consejo de Europa tiene la vocación de proteger la dignidad de los seres humanos y los derechos que de ella derivan», siendo esta definición una constante en el Consejo de Europa desde sus primeras resoluciones sobre esta materia el año 1976 ya afirmaba la necesidad ante los progresos rápidos y constantes de la medicina de que el derecho de los enfermos a la dignidad e integridad se definieran con precisión y se concedieran a todos.

Esta interpretación de la dignidad se observa también en algunas resoluciones judiciales en las que aparecen en liza valores similares a los de los casos de eutanasia, Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990, de 27 de junio y Sentencia del Tribunal Constitucional 137/1990, de 19 de julio (14).

En las sentencias que acabamos de citar se entiende la dignidad como una cualidad inherente a la persona, independientemente de las circunstancias en las que se

(11) MARCOS DEL CANO, A. M.: «Dignidad humana en el final de la vida...», *op. cit.*

(12) MARCOS DEL CANO, A. M.: «Dignidad humana en el final de la vida...», *op. cit.*

(13) MARCOS DEL CANO, A. M.: «Dignidad humana en el final de la vida...», *op. cit.*

(14) *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, n.º 111, pp. 148 y ss. y pp. 233 y ss., respectivamente.

desarrolle su vida y como fundamento de un derecho a la vida configurado como derecho-deber. Se determina a nivel general que: «... proyectada sobre los derechos individuales, la norma que establece el art. 10.1 de la Constitución implica que, en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona (15), la dignidad ha de permanecer inalterable cualquiera que sea la situación en la que la persona se encuentre —también, qué duda cabe, durante el cumplimiento de una pena privativa de libertad...— constituyendo en esencia un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» (16).

El derecho a la vida, como derecho subjetivo de toda persona, no es un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte, ni la medida tendente a preservar la vida o la integridad física o moral, que con tal finalidad impone cierta restricción a la libertad de la persona, supone un atentado a su dignidad (17). Se distingue así en la personalidad a la que hace referencia el art. 10.1 de la Constitución entre personalidad en sentido estático y personalidad en sentido dinámico. La primera va ligada a la dignidad hasta el punto de identificarse con ella. La persona, en cuanto tal, está dotada de dignidad en razón de su personalidad, y viceversa, en todo momento de su vida. En segundo lugar, se contempla la personalidad en sentido dinámico: desde el comienzo de la vida la personalidad se va realizando, desarrollando, perfeccionando en el tiempo. Desde esta perspectiva y a nivel constitucional, la dignidad es siempre la misma (18).

## II.2. La dignidad humana como autonomía individual

A la dignidad se le atribuye un significado concreto en el ámbito de la fase final de la vida de la persona, el derecho a morir con dignidad, lo que supone el derecho a elegir el momento, lugar y modo de la propia muerte.

Por ello, la dignidad se configura en una sola vertiente, frente a terceros, como una opción que debe ser respetada en cuanto forma parte de un plan de vida querido y deseado por la propia persona. Pero de ello no se deducen deberes para con uno mismo. En este sentido, señala MARCOS DEL CANO, se viene identificando la dignidad con la autonomía o la capacidad de autodeterminación de la persona. Morir dignamente significa morir racionalmente y en el pleno uso de la libertad personal, dueño de las condiciones y con el respeto de los demás hacia la propia voluntad (19).

(15) SSTC 53/1985, F. J. 8.º.

(16) MARCOS DEL CANO, A. M.: «Dignidad humana en el final de la vida...», *op. cit.*

(17) Sentencia del TC 11/1991, de 17 de enero, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, n.º 118, febrero 1991, pp. 86 y ss. El sometimiento del sujeto a situaciones que pueden considerarse indignas en la equivalencia entre dignidad humana y no prolongación de la vida a todo coste se puede verificar en el Voto particular del Magistrado RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER en el Recurso de Amparo n.º 443/1990 de la Sentencia del TC 120/1990, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, n.º 111, pp. 148 y ss.

(18) MARCOS DEL CANO, A. M.: «Dignidad humana en el final de la vida y cuidados paliativos», *op. cit.* Cita el autor en esta afirmación a MARTÍNEZ ALEGRE, M. A. «El artículo 10.1 de la Constitución como deber genérico de respetar la dignidad y los derechos de la persona», en *Revista General de Derecho*, enero-febrero 1995, pp. 189 y ss.

(19) Es la posición que adopta la Asociación española del Derecho a morir dignamente.

Se afirma que, sea cual sea el contenido sustantivo que atribuyamos a la dignidad, ésta tiene un contenido formal que se resuelve en la libertad personal. Esta concepción de dignidad se basa en la autonomía de las personas y en la negativa a que sean usadas como medios o instrumentos de nada o de nadie. La dignidad se presenta así como soporte legitimador de las reivindicaciones de la eutanasia.

Señala MARCOS DEL CANO que el principio de la dignidad está en íntima conexión con el principio de la autonomía de la persona, aunque afirma que dicha relación no es del todo clara. El principio de autonomía parece implicar el de dignidad, puesto que podría decir que lo que hace moralmente relevantes a las decisiones de un individuo es que su materialización forme parte de un cierto plan de vida cuya satisfacción el primer principio juzga ya valiosa. Pero, por otro lado, parece que el principio de autonomía presupusiera la dignidad de la persona, ya que el valor de la elección de planes de vida por parte de individuos indica que hay, por lo menos, un tipo de decisiones que pueden y deben ser atribuidas a esos individuos.

El respeto a la dignidad tendría su expresión no sólo en cómo se vive, sino en cómo se muere, en la manera y la forma de morir. Por otro lado, si se vive dignamente conduciendo la vida por el camino que se considera apropiado, también se deseará morir dignamente eligiendo el momento, modo y lugar de su muerte.

Entre quienes se afanan por defender estas ideas se encuentran algunos que establecen un paralelismo entre dignidad y derecho a morir. Los enfermos —dicen— reclaman un derecho a morir sin sufrimiento, sin dolor (20).

De este modo, el derecho a la vida, ha de entenderse no como deber, sino, en virtud de la dignidad humana como un derecho de libre disposición. Y, en consecuencia, la dignidad proclamada en el art. 10.1 de la Constitución implicaría que, al suponer el rechazo de cualquier instrumentalización del individuo, el sujeto puede, sin lugar a dudas, disponer de su vida en virtud de un derecho constitucionalmente amparado (21). Por ello, el valor de la vida estaría en función siempre del valor jerárquicamente superior de la dignidad humana. Al ser ésta identificada con la autodeterminación, será el propio sujeto el que deberá decidir si su vida es o no digna y, a partir de ahí, la obligación de los terceros será proveerle de los mecanismos necesarios para materializar su elección.

De esta forma debe entenderse el respeto a la dignidad de la persona en el proceso final de su vida en los países en los que se ha despenalizado la eutanasia, como en Holanda, Bélgica (22), Suiza y Luxemburgo, en los que tras un minucioso procedimiento es posible practicar la eutanasia sin que de ello se deriven responsabilidades para el médico que lo realiza.

Esta interpretación de la dignidad humana ha tenido también acogida, en algunas resoluciones judiciales en las que aparece la dignidad entendida como autodetermina-

(20) MARCOS DEL CANO, A. M.: «Dignidad humana en el final de la vida...», *op. cit.*

(21) CARBONERL MATEU, J. C.: «Constitución, suicidio y eutanasia», en *Cuadernos Jurídicos*, año 2, n.º 10, julio-agosto 1993, p. 28. COBO M. y CARBONELL, J. C.: «Conductas relacionadas con el suicidio. Derecho vigente y alternativas político-criminales», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Homenaje a José Antonio Sainz Cantero, n.º 12, 1987, p. 66. GIMBERNAT, E.: «Eutanasia y Derecho penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Homenaje a José Antonio Sainz Cantero, n.º 12, 1987, pp. 107 y ss.

(22) MARCOS DEL CANO A. M.: «Legislación eutanasia y realidad social: la experiencia de Holanda», en ANSUÁTEGUI ROIG F. J. *Problemas de la eutanasia*, 1999, pp. 72 y ss. Del mismo autor, *La Eutanasia: Estudios filosófico-Jurídico*, 1999, en el que se trata de la despenalización de la eutanasia en Bélgica.



ción del individuo, que vincula únicamente a terceros. Se ha señalado que la dignidad es un valor espiritual y moral relacionado indisolublemente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás (23). En el mismo sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao de 28 de febrero de 1990 en la que se resuelve un supuesto de huelga de hambre, entre los argumentos por parte del recurrente contra el Auto dictado por el Juez de Vigilancia penitenciaria de Basauri (24) por el que se prescribía la alimentación forzosa a una interna en huelga de hambre con la finalidad de salvaguardar su vida, se encuentra el derecho a disponer de la propia vida basado en la dignidad personal (25).

En el mismo sentido se puede interpretar la solución a la que se llega en el supuesto de la huelga de hambre, en los que se dice que la Administración debería proceder a la alimentación forzosa sólo en el caso de que perdieran la consciencia o cambiaran de opinión, ya que hasta ese momento era necesario respetar la voluntad del sujeto (26).

Entre las razones que justifican estas decisiones se señalaba la dignidad humana, como fundamento para negar la alimentación forzosa a estos reclusos, por lo que parece que el contenido que se atribuya a la dignidad es el que se manifiesta en la autodeterminación de la persona (27).

En este sentido se posicionó el Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria de Cáceres de 4 de junio de 1990 (28). Este Auto fue confirmado en la Audiencia Provincial de Cáceres en su Auto de 2 de julio de 1990. Finalmente, el Auto fue impugnado en Amparo ante el Tribunal Constitucional. En su Sentencia 11/1991, de 17 de enero, el Tribunal Constitucional estableció que: «... La protección de la Administración, que entraña necesariamente una restricción a la libertad, ha de realizarse mediante un ponderado juicio de proporcionalidad que, sin impedir los deberes de la Administración Penitenciaria a velar por la vida, integridad y salud de los internos, restrinja al mínimo los derechos fundamentales de quienes, por riesgo de su vida en voluntariamente se han colocado, precisen de tal protección. No se debe establecer un límite que rigurosamente haya de ser respetado en todo caso como una exigencia constitucional, sino una adecuada ponderación que, con criterios médicos y jurídicos, ha de realizarse en cada supuesto por la Administración penitenciaria y, en su caso, por los órganos judiciales con competencia sobre esta materia. No es procedente anular los Autos impugnados y ello porque no impiden, como se pretende sostener en el recurso, que la Administración penitenciaria cumpla lo dispuesto en el art. 3.4 de la Ley General Penitenciaria en orden a velar por la vida. A sensu contrario en el momento que aquellas resoluciones pudieran implicar un riesgo de muerte para

---

(23) SSTC 53/1985, de 11 de abril sobre la constitucionalidad de la Ley del aborto, en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, n.º 49, 1985, pp. 515 y ss. F. J. 8.º.

(24) Auto de 24 de enero de 1990.

(25) *La Ley*, 1990, p. 587.

(26) Autos de 9 de enero de 1990, de 25 de enero de 1990 de los Jueces de vigilancia penitenciaria de Valladolid, n.º 1, y de Madrid, así como el Auto de la Audiencia Provincial de Zamora de 10 de marzo de 1990.

(27) En *La Ley*, 1990-2, p. 309.

(28) En *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, n.º 118, 1991, p. 87

los reclusos y, por tanto, para el incumplimiento de los establecidos en el Ley General Penitenciaria, serían rechazados en nuestro orden constitucional. Con lo que, si bien se admiten, no se puede afirmar con rotundidad que el Alto Tribunal comparta sus postulados o lo que en ellos se establece respecto a la dignidad de la persona».

Se concibe la dignidad de la persona como parámetro configurador, como núcleo o germen del derecho a la vida. Y, a su vez, éste es entendido como un derecho de libre disposición en el que la voluntad del propio titular es la suprema instancia decisoria con tal de que sea expresa, manifiesta y actual, careciendo de cualquier valor la emitida anticipadamente (29).

En este sentido se han pronunciado distintas resoluciones judiciales que resuelven algunos recursos de los Jueces de Vigilancia penitenciaria, entre otras queremos destacar las siguientes: *Resolución del Juez de vigilancia penitenciaria n.º 2 de Madrid de 5 de enero de 1990, en el que se resuelve el recurso de apelación interpuesto por parte del Ministerio Fiscal ante la Audiencia Provincial de Madrid, expresaba que: «... la voluntad del recluso que rechazaba los alimentos no se podrá utilizar fuerza física, dado que en mi criterio ésta atenta contra la dignidad de la persona. Si perdieran la conciencia, se deberá hacer todo lo posible a partir de ese momento para salvar la vida de los afectados. El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de febrero de 1990, se estimo el recurso y se estableció aludiendo entre otras razones justificativas a la dignidad del art. 10.1 de la Constitución, el deber-derecho de la administración penitenciaria de suministrar asistencia médica conforme a los criterios señalados por la ciencia médica, a aquellos reclusos que estando en huelga de hambre, una vez que la vida de éstos estuviera en peligro, lo que se determinará previo los oportunos informes médicos, en la forma que el Juez de Vigilancia penitenciaria correspondiente lo determine, y sin que en ningún caso pueda suministrarse la alimentación por vía oral en tanto persista su estado de determinación libre y consciente».* Posteriormente se recurre en Amparo, denegándose éste en la Sentencia del TC 120/1990, de 27 de junio. El Voto particular del Magistrado Pedráz Calvo, aludiendo a la dignidad, entre otros argumentos, señala que... Mientras esa voluntad libre y consciente sea tal, debe respetarse... No hasta que la vida de éstos corre peligro, sino mientras esa voluntad y libre determinación siga siendo tal, debiendo desestimarse el Recurso del Ministerio Fiscal y confirmar las resoluciones recurridas.

De todo ello podemos concluir afirmando que: «La dignidad implica en todo caso el no sometimiento de la persona a tratos inhumanos y degradantes que pudieran producirse con la aplicación de ciertos tratamientos a los enfermos que están en fase terminal, ya que el encarnizamiento terapéutico convierte al enfermo en un simple medio u objeto médico de experimentación, al no existir expectativas razonables de que ese enfermo pueda continuar viviendo».

Considera MARCOS DEL CANO que el riesgo de someter al paciente a encarnizamiento terapéutico debe ser evitado, puesto que no es infrecuente que los enfermos terminales se encuentren sometidos a una serie de tratamientos que hacen que su vida pierda en gran medida su calidad, hasta el punto de que pueda considerarse como una «vida indigna de ser vivida». Como Señala PECES-BARBA, «cuando la vida es una existencia casi vegetativa, sin poder ejercerla, y dependiendo exclusivamente de unas ayudas médicas que no pueden recuperar la salud, y que mantienen sin esperanza las cons-

---

(29) MARCOS DEL CANO, A. M.: «Dignidad humana en el final de la vida...», *op. cit.*

tantes vitales, muchas veces a costa de sufrimientos increíbles en el paciente, y en su entorno familiar (30), la vida podrá ser calificada como indigna (31).

### III. El reconocimiento jurídico del derecho a la muerte digna

La eutanasia, entendida como la ayuda a morir o la buena muerte que un tercero produce a un enfermo terminal, incurable o agonizante está expresamente prohibido en el ordenamiento jurídico español, pero compartimos íntegramente la posición que adopta MORENO ANTÓN cuando afirma que nuestro ordenamiento puede y debe reconocer y regular el derecho a morir entendido como «un derecho subjetivo y de configuración legal», es decir, sometido a condiciones de ejercicio y a límites, y comportando como tal derecho, las correspondientes obligaciones o deberes jurídicos (32).

Consideramos fundamental distinguir entre la eutanasia en la que la intervención de un tercero de forma voluntaria va encaminada a inducir al muerte del paciente incurable y terminal que está próximo a morir para poner fin a su sufrimiento, y, aquella muerte inducida al paciente sin que éste haya manifestado su voluntad de dar por concluida su vida y sin que conozca que el último acto que se va a realizar sobre él tenga esas consecuencias.

En el primer supuesto, las características que lo definirían serían las siguientes: a— la proximidad de la muerte del paciente, que el enfermo sea incurable y esté en la fase final de su vida o agonizante, y, b— que la persona que realiza ese acto médico que va a provocar la muerte del paciente sea altruista, siendo el móvil que anima al tercero el beneficio del paciente que sufre. Este acto altruista se dirigiría a liberar al paciente de un sufrimiento intolerable o de una vida que ya no es digna de ser vivida debido a las condiciones en las que se encuentra la salud del paciente.

Cuando estamos en presencia de comportamientos activos y directos sobre los pacientes, se considera absolutamente relevante el consentimiento del enfermo, de tal forma que si la eutanasia no es consentida, se reconduce al comportamiento homicida, aunque la presencia de móviles humanitarios, piadosos o altruistas en la eje-

---

(30) PECES-BARBA, en «Reflexión moral sobre la eutanasia», en *ABC*, 16 de septiembre de 1995. p. 3.

(31) Resolución del Juez de vigilancia penitenciaria n.º 2 de Madrid de 5 de enero de 1990, recurso de apelación interpuesto por parte del Ministerio Fiscal ante la Audiencia Provincial de Madrid, expresaba que: «... la voluntad del recluso rechazaba no se podrá utilizar fuerza física, dado que en mi criterio ésta atenta contra la dignidad de la persona. Si perdieran la conciencia, se deberá hacer todo lo posible a partir de ese momento para salvar la vida de los afectados. El Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de febrero de 1990, se estimo el recurso y se estableció aludiendo entre otras razones justificativas a la dignidad del art. 10.1 de la Constitución, el deber-derecho de la administración penitenciaria de suministrar asistencia médica conforme a los criterios señalados por la ciencia médica, a aquellos reclusos que estando en huelga de hambre, una vez que la vida de éstos estuviera en peligro, lo que se determinará previo los oportunos informes médicos, en la forma que el Juez de Vigilancia penitenciaria correspondiente lo determine, y sin que en ningún caso pueda suministrarse la alimentación por vía oral en tanto persista su estado de determinación libre y consciente». Posteriormente se recurre en Amparo, denegándose éste en la Sentencia del TC 120/1990, de 27 de junio. El Voto particular del Magistrado Pedráz Calvo, aludiendo a la dignidad, entre otros argumentos, señala que... Mientras esa voluntad libre y consciente sea tal, debe respetarse... No hasta que la vida de éstos corre peligro, sino mientras esa voluntad y libre determinación siga siendo tal, debiendo desestimarse el Recurso del Ministerio Fiscal y confirmar las resoluciones recurridas.

(32) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir», en *Derecho y Salud*, Volumen 12, n.º 1, enero-junio 2004. p. 64.

cución del hecho podrían dar lugar a una disminución de la culpabilidad; mientras que cuando estamos en presencia de la eutanasia consentida, propugnándose desde su punibilidad en todo caso hasta la atipicidad de *lege ferenda* por formar parte del derecho a morir dignamente o del derecho a disponer de la vida o del derecho a la libertad personal a no sufrir tratos inhumanos o degradantes(33).

En este ámbito consideramos fundamental señalar que el verdadero protagonista en estos momentos debe ser el propio paciente, debiendo respetar su libertad, su autonomía para decidir todo lo relacionado con su enfermedad y con lo que en ese momento ataña a su vida que, precisamente, es su muerte.

Es por ello que, entendemos que se debería reconocer a los pacientes en fase terminal e incurable su derecho a morir como un derecho subjetivo. Dicho reconocimiento llevaría a establecer un régimen jurídico concreto en el que se recogerían los contornos del mismo, las condiciones de su ejercicio, sus límites y garantías, así como las cauteles necesarias para que pudiera ser ejercitado, llegado el momento, por el propio sujeto-paciente terminal, y no por terceras personas, al igual que se ha desarrollado en algunos países de nuestro entorno y que desarrollaremos posteriormente.

### III.1. El derecho subjetivo del paciente a la muerte digna

El derecho a morir, como instrumento del propio paciente para controlar y determinar las circunstancias de su muerte se debía encuadrar como un derecho autónomo del propio paciente que tendría por fin el controlar su vida(34). Dentro de este derecho se incluiría el derecho del enfermo a intervenir en el proceso de su muerte adoptando las decisiones relativas al mismo sin injerencias de terceros y en el marco previsto y regulado por el Derecho(35).

El objetivo de este derecho a morir sería el de evitar que la participación de la persona en su propia muerte fuera la de un objeto pasivo en manos de la familia, de la técnica o de los especialistas, logrando por el contrario que esa participación fuera la de un ciudadano al que han de serle respetados sus intereses y valores básicos durante ese proceso de morir(36).

Destaca MORENO ANTÓN que el paciente para que pueda ejercitar ese derecho subjetivo a morir, deben concurrir algunas circunstancias, que ella denomina «precisiones conceptuales»:

Primera: el derecho a morir del que parte se inserta en un contexto muy concreto que es el sanitario-asistencial, y entra en juego cuando ya se ha iniciado el proceso de morir, cuando la vida está llegando a su fin porque se padece una enfermedad irreversible, sin esperanzas de recuperación, que conduce a una muerte segura; ello acota la titularidad del derecho que corresponderá sólo a los enfermos terminales.

Segunda: el derecho no puede aplicarse a cualquier persona que quiera poner fin a su vida, sino solo a aquellas que están en la situación descrita anteriormente, lo

(33) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 64.

(34) MÉNDEZ BAIGES, V.: *Sobre morir. Eutanasia, derechos, razones*, 2002, pp. 25 y ss.

(35) MÉNDEZ BAIGES, V.: *Sobre morir. Eutanasia, derechos, razones, op. cit.*, p. 44.

(36) MÉNDEZ BAIGES, V.: *Sobre morir. Eutanasia, derechos, razones, op. cit.*, pp. 51 y ss.

que nos permitirá extraer de esta problemática los comportamientos suicidad, pero a su juicio, el derecho debe extenderse también a los supuestos en que las condiciones de vida son tales que hay datos objetivos que permiten constatar que la vida no es digna de ser vivida según la consideración social mayoritaria al generar sufrimientos físicos intolerables o sufrimientos psíquicos cuantificables porque traen su causa de una situación física poco soportable, aunque el riesgo de muerte en este caso no sea inminente.

Tercera: al referirse a un derecho subjetivo, es fundamental la voluntad y libertad de su titular a la hora de ejercerlo, es decir, la muerte o el deseo de morir debe ser objeto de una petición seria, consciente e indubitada por parte del paciente, siendo irrelevantes las motivaciones subjetivas de terceros que ejecutan la acción, los móviles de piedad o compasión, lo que la sociedad o los familiares creen que es mejor...., pues lo verdaderamente importante es la voluntad indubitada de morir expresada por el titular del derecho.

El derecho subjetivo a morir, entendido en este sentido, choca con distintas posiciones en nuestra sociedad actual, posiciones religiosas, filosóficas, jurídicas... (37).

Así también, la jurisprudencia de nuestros tribunales ha reconocido el derecho a la vida como un derecho esencial y troncal sin el que el resto de derechos no tendrían existencia posible. Siendo la vida más que un derecho, es un estado de la persona inmanente a la misma, por eso el Estado tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para protegerla frente a los ataques de terceros sin contar con la voluntad de sus titulares, y por ello numerosas resoluciones judiciales la califican de valor indisponible y la sustraen del ámbito de la libertad y autonomía de su titular.

En el binomio vida-muerte el Tribunal constitucional ha sido unánime y ha mantenido una posición clara: el derecho a la vida tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte... Por ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en el art. 15 el derecho a la propia muerte (38).

La supremacía de la vida sobre la muerte también se ha reflejado en el ámbito internacional, donde los Textos internacionales sobre Derechos Humanos lo proclaman como derecho inherente a la persona y dejan un estrecho margen a la libre disposición de la misma por su titular (39). También debemos tener en consideración la Recomendación del Consejo de Europa sobre la Protección de los Derechos del Hombre y de la dignidad de los enfermos terminales y moribundos, a la que hacemos referencia en otro apartado, en el que se posiciona a favor de la vida de los enfermos incurables y moribundos aunque hayan manifestado su voluntad contraria en tal sentido y declara que el deseo de morir expresado por un enfermo incurable o moribundo no puede en sí servir de justificación legal a la ejecución de acciones encaminadas a causarle la muerte (40).

---

(37) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 64.

(38) Sentencia del TC 53/1985, de 11 de abril, F. J. 6.º, y Sentencia del TC 154/2002, de 18 de julio, F. J. 12.

(39) Art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 2 del Convenio de Roma de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

(40) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 68.

Desde el punto de vista jurídico, MORENO ANTÓN entiende que el derecho a la vida no goza de una protección absoluta porque los ordenamientos contienen excepciones al derecho, tales como la legítima defensa frente a agresiones de otro, la pena de muerte en tiempo de guerra. Y, además, se pone de relieve que el derecho a la vida no puede ser considerada en absoluto, sino que debe conectarse con otros bienes y valores, especialmente con la dignidad y la libertad personal.

Pero la dignidad añadida a la vida exige la dignidad en la muerte, es decir, el derecho a morir que como persona o a travesar el proceso de morir siendo acreedor de la misma exigencia de respeto con la que se atraviesan otros proceso de la vida; la dignidad exige que se proteja especialmente, no cualquier forma de vida por dolorosa e irreparable que sea, sino sólo la vida humana, por lo que la dignidad es el fundamento de un derecho de los enfermos terminales que es el derecho a una muerte digna (41).

Así, unir vida y libertad personal implica que la persona tiene derecho a autodeterminarse en los distintos ámbitos de su existencia y por lo tanto también en el de su muerte. Debido a que el derecho a la vida es estrictamente un derecho individual, su titular debe gozar, en aras a su libertad, de autonomía para decidir si desea o no seguir viviendo y el Estado no tiene potestad ni competencia para inferir en esa decisión individual del enfermo, porque ello sería la manifestación de un paternalismo injustificado encaminado a proteger al propio sujeto de sí mismo, sin tener en cuenta su voluntad (42), lo que conduce a defender que la vida es un bien jurídico disponible por parte de su titular (43).

En esta línea, entiende la autora que la vida es un bien jurídico del que libremente puede disponer su titular (determinando el cuándo y, en cierta medida, el cómo de su muerte) es algo que parece estar hoy día fuera de toda discusión. A nadie se le obliga a vivir contra su voluntad: el respeto a la autodeterminación del hombre y el reconocimiento de la disponibilidad de la vida por su titular son, a este nivel, dos cuestiones resueltas legislativamente en aquellos sistemas, como el español, que consideran atípico (lícito) el suicidio, no sancionando su tentativa o frustración (44).

En el ámbito jurídico-positivo, se hace notar que de nuestra Constitución no se desprende que la vida tenga mayor valor que el resto de derechos y libertades fundamentales. Se insiste en que el contenido del art. 15 de la Carta Magna es garantista en el sentido de que el Estado debe respetar la vida humana y debe proteger la vida frente a los ataques de terceros, pero la Constitución tiene también una vertiente discrecional porque no impide la libre disposición de la vida por su titular, derecho de libre disposición que no debe identificarse con la libre transmisión del derecho como si la vida fuera una propiedad, sino que consiste en que tiene derecho a vivir o a morir (45).

Partiendo de la libertad que se constituye en un principio y valor fundamental en nuestro ordenamiento jurídico consagrado en el art. 1.1 de la Constitución, y de que la

---

(41) PECES-BARBA, G.: *La eutanasia desde al filosofía del Derecho, problemas de la eutanasia*, 1999, pp. 20 y ss.

(42) GASCÓN ABELLÁN, M.: *Problemas de la eutanasia...*, *op. cit.*, pp. 95 y ss.

(43) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 69.

(44) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 69.

(45) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 69.

dignidad humana, sus derechos y el libre desarrollo de la personalidad son fundamentales del orden político y social, tal y como se establece en el art. 10.1 de la Constitución, se puede concluir afirmando que la libertad y la dignidad que le son inherentes al hombre, lo que lleva a algunos a defender que sólo debe ser objeto de protección la vida libremente deseada por parte de su titular, y a otros, yendo más allá, a afirmar que la libre disposición de la vida por parte de su titular es un derecho constitucionalmente amparado.

Si el bien jurídico «vida» no tiene un grado de protección absoluta, sino que debe ser cohonestado con otros valores y bienes que también gozan de especial protección en nuestro ordenamiento, como son la dignidad y la libertad, señala MORENO ANTÓN que están sentadas las premisas básicas para empezar a hablar del derecho a la muerte.

Para ello, la autora utiliza distintos argumentos, en primer lugar y con el fin de lograr la posible protección jurídica del derecho a la muerte, destaca el error que supone configurar la vida como un bien en todo caso y la muerte como un mal. Hay supuestos en los que se invierten los términos: bajo determinadas condiciones, la vida se transforma en un mal porque resulta insoportable vivirla, dado el sufrimiento intolerable que genera y entonces la muerte es una liberación y por lo tanto un bien, no sólo desde el punto de vista subjetivo del que sufre, sino también objetivamente, para la conciencia social que considera racional la elección de la muerte en tales casos como único medio para liberarse de un sufrimiento permanente e inútil. Considera que para el sentir social mayoritario no hay mayor desvalor que vivir la muerte de forma dolorosa y cruel, por eso no se debe rechazar sin más la posibilidad de un derecho a morir sobre la base de que se legitima el mal con ello (46).

Desde esta óptica, el posible reconocimiento de tal derecho no es incompatible con el valor positivo que la vida tiene en el plano jurídico. Lo que ocurre es que cuando el valor positivo de la vida se torna negativo en la percepción de su titular y de la propia conciencia social, el Derecho debe levantar la protección que otorga a la vida si así lo demanda el afectado por hallarse en una situación en la que la petición de morir, no sólo obedece a razones subjetivas, sino que es objetivamente razonable. Y así ocurre, en opinión de la autora, en los casos de enfermedades terminales que pueden provocar graves sufrimientos físicos y en los casos de situaciones vitales insoportables en los que hay enfermedad o lesión irreversible que genera una existencia cruel, aunque exista riesgo de muerte (47).

El segundo argumento que permite a la autora hablar del derecho a la muerte es el carácter relativo que tiene el derecho a la vida en nuestro ordenamiento, en el sentido de que no es un bien absolutamente indisponible. El art. 15 de la Constitución consagra el derecho a la vida y genera el deber estatal de protegerla frente a ataques de terceros, pero no impide el deber de vivir y prueba de ello es que el ciudadano tiene facultad de arriesgar su vida y que el suicidio no está penado por la Ley. El Tribunal Constitucional ha señalado que la decisión de arriesgar la propia vida o causarse la muerte es una manifestación del principio general de libertad que informa la

---

(46) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 69.

(47) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 70.

Constitución(48), y la disposición fáctica de la vida forma parte del círculo de la libertad personal, porque esa disposición constituye una manifestación del *agere licere* en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la Ley no prohíbe(49).

La propia Constitución recoge al menos un principio de disponibilidad mínima de la vida, al consagrar en el art. 15 de la Constitución junto al derecho a la vida, el derecho fundamental a la integridad física y moral y la prohibición de tratos inhumanos o degradantes. El Derecho a la integridad física se concibe como el derecho de la persona a controlar las invasiones sobre su cuerpo que provenga de terceros(50). Según se ha señalado por parte del Tribunal Constitucional este derecho protege a la persona frente a cualquier tipo de intervención en su cuerpo o espíritu que carezca de consentimiento de su titular y por eso se lesiona si se impone a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por las más variados móviles y no sólo por el de morir(51).

De ello puede concluirse que el rechazo a tratamientos médicos forma parte del contenido esencial del derecho fundamental a la integridad física, lo que tiene como consecuencia que la Constitución, al menos indirectamente, permite disponer de la vida porque, a través del derecho a la integridad física y moral se protege la libre decisión de la persona que rechaza un tratamiento médico que puede salvar su vida, obedezca ello a razones morales, religiosas o a la voluntad firme de querer morir de la propia persona(52).

Junto a la integridad física, la Constitución reconoce el derecho a la integridad moral, entendido como el derecho de toda persona a recibir un trato acorde con su condición de ser humano libre y digno, a ver respetada su personalidad y voluntad y a no ser rebajado o degradado a una condición inferior a la persona. La integridad moral proscribela tortura, las lesiones y los tratos inhumanos o degradantes, es decir, genera un ámbito de protección frente a situaciones crueles, humillantes o vejatorias. Tales situaciones pueden estar provocadas por enfermedades o lesiones irreversibles e irreparables tan dolorosas y crueles que lleven al afectado a la decisión de adelantar el fin de la vida como solución más razonable para no caer en la indignidad, para morir como persona, como ser humano; en tales casos, es necesario plantearse si no es un trato inhumano o degradante, prohibido por el art. 15 de la Constitución, desatender la petición del paciente terminal y prolongar inútilmente su vida en el dolor y el sufrimiento(53).

La integridad moral exige una muerte digna frente a una vida indigna e inhumana no aceptada, por eso se ha defendido que los enfermos terminales tienen derecho a pedir a la sociedad y a quienes le asisten a que les ayuden a bien morir porque tienen

---

(48) Sentencia del TC 154/2002, F. J. 12.

(49) Sentencia del TC 154/2002, F. J. 12.

(50) TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: «La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal», *op. cit.*, p. 340.

(51) Sentencia del TC 120/1990, F. J. 8.º.

(52) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 71.

(53) BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Prolongación artificial e la vida y trato inhumano o degradante», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 51, 1993, pp. 709 y ss.



derecho a elegir entre una vida degradante, que supone un ataque a su integridad moral, y una muerte digna voluntaria y responsablemente querida (54).

El tercer argumento que destaca MORENO ANTÓN que permitiría plantearse la posibilidad jurídica del derecho a morir es el principio personalista que impregna toda el sistema jurídico europeo y español. El Preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 18 de diciembre de 2000, que está fundada sobre los valores de la dignidad, la libertad y la solidaridad, en su art. 1.º sitúa la dignidad humana como base de todos los derechos y reclama su inviolabilidad, respeto y protección.

Según se ha firmado por parte de nuestro Tribunal Constitucional, es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respecto por parte de los demás (55).

Así también, en el Ordenamiento jurídico español la persona es también eje y centro de todo el sistema, pues la libertad es uno de los valores superiores del citado Ordenamiento, recogido en el art. 1.1 de la Constitución, y la dignidad humana, los derechos que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político y de la paz social, según se establece en el art. 10.1 de la Constitución. La Constitución concibe al hombre como ser dotado de dignidad y por ello libre para tomar sus propias decisiones, con autonomía para determinarse en las diferentes situaciones que afecten a su existencia, y por unos derechos inviolables cuyo ejercicio hace posible el libre desarrollo de la personalidad (56).

El valor preeminente de la libertad de decisión y de la autonomía personal frente a la salvaguarda a toda costa de la vida tiene reflejos en el ámbito sanitario en el que los comportamientos paternalistas que dejaban en manos de los médicos todas las decisiones relacionadas con la salud del enfermo, han dado paso a la dignidad y al respeto a la autonomía de la voluntad como principios inspiradores de cualquier actuación clínica. Prueba de ello son la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea (art. 3.º) y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente que exige el consentimiento libre y voluntario del afectado para toda actuación médica (art. 8) y se precisa contar con su autorización aún en el caso de que exista riesgo inmediato grave para la integridad física del paciente (art. 9), aunque previamente se exige que el paciente sea informado de las consecuencias de todo tipo que puede acarrearle la intervención propuesta (57).

La dignidad y la autonomía personal se van abriendo camino en los últimos años entre los órganos judiciales, algunos de los cuales reconocen el valor de la libertad individual y por ello consideran erróneo el planteamiento de hacer prevalecer en todo caso el derecho a la vida, sin ningún tipo de limitaciones (58).

---

(54) LLAMAZAREZ FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia*, Volumen II, 1999, p. 331.

(55) Sentencia del TC 53/1985, de 11 de abril, F. J. 8.º.

(56) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 71.

(57) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 71.

(58) Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 23 de diciembre del 1992, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 86, 1993, p. 9 y ss. Así como, el Auto del Juez de Vigilancia Penitenciaria n.º 2 de Madrid de 5 de enero de 1990.

Si el derecho a la vida se interpreta desde la dignidad, la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, aunque no comprenda el derecho a morir, sí implica el derecho a que nadie que no sea uno mismo decida lo que haya que hacerse para conservar la salud, seguir viviendo o escapar del peligro de la muerte, pues son decisiones que afectan al núcleo esencial de la libertad personal y de la autonomía de la voluntad, consistente en tomar por sí mismo solo las decisiones que mejor convengan a uno mismo, sin daño o menoscabo de los demás (59), lo que supone que, el principio de libertad y autonomía personal que derivan de la dignidad humana deben presidir también la situación más crucial de la existencia que es el momento de la muerte. Por ello, podrá discutirse si el Derecho a morir debe englobar unas u otras facultades o si debe ejercerse en uno u otro supuesto, pero en principio, un derecho que garantiza la libertad ideológica y religiosa, la dignidad, la intimidad personal o el derecho a no ser sometido a tratos inhumanos y degradantes en el proceso de morir, no puede considerarse contrario a los principios de la justicia ni ajeno a los preceptos constitucionales que dan forma a la tradición jurídica occidental (60).

El carácter relativo que tiene el derecho a la vida y su posible disponibilidad fáctica junto con el valor que la libertad y la autonomía personal tienen en nuestro Derecho, resultantes de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad permiten afirmar que la Constitución ofrece un cauce adecuado para la posible regulación del derecho a morir. Podrá discutirse si este derecho es una exigencia constitucional, pero, es incontestable que la Constitución no contiene ni una sola previsión contraria al posible reconocimiento realizada por el legislador del ejercicio de este derecho. Es más, el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, en ningún momento ha señalado que nuestra Constitución prohíba el posible reconocimiento del derecho a morir, limitándose a señalar que ese derecho no puede incardinarse en el art. 15 de la Constitución; por el contrario, sí ha dicho que la voluntad de morir es una manifestación de la libertad del sujeto y forma parte del *agere licere* del mismo (61).

Concluye la autora señalando que cree, siguiendo a TOLEDANO (62) que, la Constitución deja la puerta abierta para aquellas personas que irreversiblemente se ven abocadas a una vida sin calidad de ningún tipo, y deciden no continuar con su papel de víctimas de las circunstancias adversas a las que se ven sometidas (63).

#### IV. El concepto y contenido del derecho a la muerte digna

El derecho a morir se constituye en un derecho subjetivo del enfermo terminal e incurable a intervenir en el proceso de la muerte adoptando las decisiones relativas al mismo sin injerencias de terceras personas y en el marco previsto y regulado por parte del Ordenamiento jurídico. Como señala FERNÁNDEZ, es el derecho autónomo

---

(59) Voto particular del Magistrado LEGUINA VILLA, J. a la Sentencia del TC 120/1990.

(60) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 72.

(61) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir», *op. cit.*, p. 72.

(62) TOLEDANO TOLEDANO J. R., en *Límites penales a la disponibilidad de la propia vida*, 1999, p. 167.

(63) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 73.

a controlar el fin de la vida (64). La finalidad de este derecho es hacer de los enfermos terminales los auténticos protagonistas de su muerte, para que sean ellos y no las terceras personas, como pueden ser los familiares, médicos o poderes públicos, quienes adopten libre y serenamente todas las decisiones que afecten a su proceso de muerte y con todas las garantías que les ofrece el ordenamiento al regular este derecho. Por ello, es un derecho de naturaleza estrictamente individual y sólo puede ser entendido en el marco de la libre voluntad personal de forma que sólo la libre decisión del titular determina el ejercicio del derecho (65).

El derecho a morir está integrado por un conjunto de facultades, algunas de las cuales son propias o específicas de este derecho y otras provienen de la titularidad de otros derechos, pero integran el contenido del derecho a morir cuando el sujeto se halla en circunstancias que permiten hablar del mismo: ser paciente terminal o en situación vital insoportable (66).

Estas facultades son, en opinión de MENDEZ BAIGES las siguientes:

- a) *El derecho a recibir una información veraz y completa sobre el estado de salud* que permite tomar las decisiones relativas a la misma de acuerdo con la propia y libre voluntad. Este derecho que corresponde a todos los pacientes, no sólo a los enfermos terminales e incurables, y está regulado en los artículos 4 y 6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la autonomía del paciente. Estamos en presencia de un derecho que garantiza el consentimiento informado que todo paciente debe dar para cualquier actuación clínica en el ámbito de la salud y comprende también la vertiente negativa o facultad de no ser informado.
- b) *El derecho a no ser tratado como mero objeto en manos de la técnica y a recibir la atención y el cuidado proporcionados a la condición de ser humano.* La obligación de respetar y proteger la dignidad de un enfermo incurable es la consecuencia natural de la dignidad inviolable inherente al ser humano en todos los estados de la vida y se traduce en el derecho a recibir cuidados paliativos que le permiten morir dignamente. Para ello es necesario que el Estado fomente la creación de unidades de cuidados paliativos, integrados por profesionales médicos, asistentes sociales, psicólogos y toda una red de profesionales que dispensen a los enfermos terminales un tratamiento integral, adecuado a su dignidad, tal y como se establece en la Recomendación del Consejo de Europa n.º 1418 de 25 de junio de 1999 relativa a la protección de los derechos del hombre y de la dignidad de los enfermos terminales.
- c) *El derecho a rechazar el encarnizamiento terapéutico,* a rechazar todos aquellos tratamientos médicos que son inútiles porque no hay esperanza de curación y cuya única finalidad es prolongar la agonía del enfermo. Este derecho está en distintas Recomendaciones y Propuestas a nivel europeo (67). Este derecho que está admitido internacionalmente es tachado moralmente como ilí-

---

(64) FERNÁNDEZ GARCÍA E., en *Dignidad humana y eutanasia*, op. cit., p. 44.

(65) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», op. cit., p. 72.

(66) MORENO ANTÓN, M. «Elección de la propia muerte...», op. cit., p. 73.

(67) Recomendación del Consejo de Europa n.º 1418, citado anteriormente, y Propuesta del Parlamento Europeo sobre asistencia a los enfermos terminales de 25 de abril de 1991, apartado d).

cito desde determinadas instancias religiosas, como la Iglesia Católica quien, ante la inminencia de una muerte inevitable, estima lícito en conciencia tomar la decisión de renunciar a unos tratamientos que lograrían únicamente la prolongación precaria y penosa de la existencia del paciente, sin interrumpir, sin embargo, las curas normales debidas al enfermo en casos similares.

- d) *El derecho a recibir tratamientos contra el dolor*, que reduzca el sufrimiento, aunque dicho tratamiento tenga como efecto secundario y no querido el acortar la vida del enfermo. En la percepción social actual, el dolor es algo inútil y nefasto y puede constituir un atentado a la dignidad humana. Este derecho sí es tolerado por parte de la Iglesia Católica, siempre que el fin primario del tratamiento sea mitigar el dolor, y la muerte no se quiera o busque de ningún modo.
- e) *El derecho a rechazar cualquier tratamiento médico y a que se interrumpa el ya iniciado* aunque la negativa o suspensión comporten la muerte del paciente. Para algunos, el poder de manipulación que tiene la medicina sobre el momento de la muerte, exige protección frente a una prolongación impuesta de la vida, por lo que poder morir con tranquilidad mediante la negativa al tratamiento debe considerarse una manifestación del derecho a la autodeterminación del enfermo (68).

La negativa al tratamiento o el derecho a solicitar la suspensión del mismo no son facultades específicas y propias del Derecho a la muerte digna, sino que forman parte del contenido esencial del derecho fundamental a la integridad física y moral que se consagran en el art. 15 de la Constitución que protege la inviolabilidad de la persona contra toda clase de intervenciones que carezcan del consentimiento informado de su titular y que pueden quedar afectados, según establece el Tribunal Constitucional, cuando se imponga a una persona una asistencia médica en contra de su voluntad (69), o que previamente no se ha obtenido su consentimiento informado.

- f) *El derecho a manifestar anticipadamente su voluntad respecto a los cuidados y el tratamiento de salud para que se cumpla cuando no esté el sujeto en condiciones de manifestarlo*. Este derecho no está previsto para cualquier paciente en el articulado del Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina y, plantea problemas de validez de los testamentos vitales o directivas anticipadas que son documentos en los que la persona, cuando está en pleno uso de sus facultades mentales indica los tratamientos médicos y medidas terapéuticas que puede o no utilizarse y aplicársele cuando su salud esté tan deteriorada que no sea capaz de expresar su voluntad.

La voluntad anticipada expresada por una persona es la garantía del respeto a la libertad de las mismas para decidir los límites de la injerencia de terceros en su integridad física y moral cuando se sitúa en el ámbito sanitario, que ya no se rige por criterios paternalistas, sino por la libertad y autonomía de la voluntad del sujeto-paciente.

(68) En este sentido ver: LÓPEZ ORTEGA, J. J., en *Consentimiento informado y límites a la intervención médica, Problemas de eutanasia*, 1999, p. 68.

(69) Sentencia del TC 120/1990, F. J. 8.º.

- g) *El derecho al auxilio médico a la muerte*, que supone la facultad de solicitar y obtener la ayuda del personal sanitario para que ponga fin a la vida del paciente cuando se ha manifestado la voluntad de morir. Este es el núcleo esencial y básico del derecho a morir y también el más complejo y el que ha generado mayores discrepancias ético-jurídicas bajo un contexto eutanásico porque implica la permisión legal de la eutanasia activa voluntaria (70).

Por ello, entiende MORENO ANTÓN que el derecho a morir con ayuda de terceros, especialmente personal sanitario, debe regularse de forma minuciosa y debe dirigirse, en primer lugar, a obtener la constancia indubitada de la voluntad del paciente en fase terminal, y seguidamente, a evitar la usurpación por parte de terceras personas del ejercicio del derecho lo cual se consigue, restringiendo la participación ajena en el proceso de la muerte a los profesionales sanitarios señalados por la Ley, como únicos sujetos cualificados legalmente para ayudar a morir con dignidad (71).

El elemento fundamental para poder ejercitar este derecho a morir es que exista una petición expresa, seria y reiterada por parte del enfermo terminal, es decir, que haya manifestado su voluntad expresa de querer morir, y que esta voluntad manifestada sea expresión de su libertad, autonomía y poder de decisión. Para garantizar el derecho debe ser ejercitado por su titular, el enfermo terminal, y su participación activa tiene que estar estrictamente reglamentado y debe ponerse en manos de profesionales sanitarios, supervisados por una Comisión o Comité *ad hoc*, porque es la forma de evitar que un tercero usurpe la voluntad del titular del Derecho y actúe sin su voluntad o en contra de la misma, por intereses propios o por móviles piadosos o compasivos ajenos a la voluntad de quien debe ejercitar efectivamente el derecho. Por ello, entiende MORENO ANTÓN que, como garantía del ejercicio del derecho sólo por su titular, debe mantenerse la redacción actual del art. 143.4.º del Código penal (72), excluyendo de la misma sólo a los profesionales cualificados legalmente para ayudar a morir, respecto de los cuales, o bien se configura su intervención como una facultad u opción y no como un deber, o bien se reconoce su derecho a la objeción de conciencia, es decir, a no participar en un acto de tal naturaleza (73).

## V. Naturaleza jurídica del derecho a la muerte digna

El derecho a morir no está reconocido en el Ordenamiento Jurídico español como derecho fundamental ni puede decirse que su reconocimiento jurídico sea una exigen-

---

(70) MENDEZ BAIGES, V., en *Sobre morir: Eutanasia, Derechos y Razones*, pp. 44 y ss.

(71) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 75.

(72) Art. 143.4.º de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal: «El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanente y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo».

(73) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 75.

cia constitucional, aunque los principios y valores constitucionales permitan regularlo. Pero si lo limitamos a los supuestos de enfermedades terminales y situaciones vitales insoportables, sí puede merecer el calificativo de Derecho Humano, entendiendo el término en un sentido amplio, pues son razones humanitarias las que justifican la posibilidad legal de dar por finalizado el sufrimiento que sufre el paciente terminal mediante la anticipación de su muerte (74).

Este derecho a morir no tendría su fundamento constitucional en el art. 15, puesto que este derecho hace referencia a «situaciones límite», cuando ya no hay nada que arriesgar porque la muerte próxima es el hecho irreversible o porque la vida no puede vivirse por padecer una enfermedad incurable, dolorosa e incapacitante y ello le aleja tanto del suicido como de la libertad de disposición de la vida, porque de lo que se trata entonces es de proteger y satisfacer los intereses de quien vive tales situaciones, mediante la entrada en juego del principio de solidaridad, que ayude a poner fin a su dolor, su sufrimiento y su desesperanza (75).

Si en esta fase final de la vida o en los supuestos en los que es imposible vivirla se realiza una ponderación de todos los bienes e intereses en juego, la solicitud sería y libre del interesado de adelantar su muerte debe tener mayor valor que el obligarle a vivir la muerte con dolor y sufrimiento. El punto de inflexión en estos supuestos ya no es la vida o su disposición, sino la libertad y autonomía para determinar el momento en el que poner fin a una situación objetiva de sufrimiento y desde este planteamiento, el derecho a morir es perfectamente compatible con el carácter garantista del art. 15 de la Constitución y con el deber general de proteger la vida impuesto a los poderes públicos porque el derecho a morir se ejerce en situaciones en las que vida y muerte se adelantan para humanizar el fin de la vida (76).

Así también, el principio de libertad que la Constitución recoge en el art. 1.1.º, y en cuya virtud toda persona tiene un ámbito de autonomía personal que le faculta para tomar por sí mismo las decisiones que mejor le convengan siempre que no cause daño o menoscabo a los demás, pasa a ser el principio rector en el que fundamentar constitucionalmente el derecho a morir, al que deben unirse otros valores y principios constitucionales, como el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la Constitución) pues la personalidad se manifiesta no sólo en la vida, sino también en la muerte que uno elige: la dignidad de la persona faculta al sujeto, nadie puede estar más legitimado que el propio sujeto afectado para decidir dónde está la dignidad en una situación límite como la de la muerte; la libertad ideológica y religiosa que también pueden garantizar el respeto a los deseos del paciente que quiere morir (art. 16.1 de la Constitución), y por último, el art. 15 del mismo texto legal, cuando recoge la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (77).

El derecho a morir se debe configurar como un derecho subjetivo que otorga a su titular una serie de poderes y facultades de obrar, que pueden ejercitarse dentro de los límites que contiene el Ordenamiento Jurídico. Sería un derecho subjetivo en el que el titular es libre de ejercerlo o no, pero si lo hace, las obligaciones de los terceros

(74) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 76.

(75) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 76.

(76) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 76.

(77) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 76.

son positivas o de hacer, es decir, encaminadas a permitir el ejercicio del derecho; y tratándose del derecho a morir, por terceros hay que entender sólo y exclusivamente, los poderes públicos, representados por la Administración sanitaria correspondiente. Así la muerte no puede ni debe calificarse jurídicamente como mera libertad o como una manifestación del *agere licere*, como un acto lícito no prohibido por la Ley, sino como un auténtico derecho subjetivo que permite movilizar el apoyo del poder público para obtener la ayuda activa a morir. No estamos ante una libertad negativa que exija de los demás una mera abstención de actuar, sino ante un derecho prestacional que exige de los poderes públicos una actuación tendente a procurar la muerte del titular del derecho (78).

Esta configuración del derecho a morir por razones de seguridad jurídica, por la necesidad de que sea el Estado quien controle la situación para garantizar que la muerte sea realmente querida y reclamada por quien puede solicitarla y se evite el riesgo de que familiares o amigos piadosos o terceros en general, sustituyan la voluntad y la libre decisión del afectado. Si se concibe el derecho a morir como una libertad pública que genera un mero deber de abstención por parte de los poderes públicos, los cuales cumplen con la obligación de declarar impunes determinadas conductas de otros cuando son requeridos de modo fehaciente e indubitado para actuar por quien no puede hacerlo por sí mismo, no hay una garantía plena de que se da cumplimiento a la real voluntad personal del afectado y se corre el riesgo de que la conducta del tercero no sea legal, sino homicida.

Con el fin de garantizar la seguridad jurídica y la personal de quien toma la decisión de morir, lo más conveniente sería concebirlo como un «derecho prestación» y que sean las instancias médicas señaladas por la Ley y bajo la supervisión de todas las Comisiones éticas o de control que se quiera, las que ayuden a morir en los supuestos legalmente previstos, pudiendo aplicar el art. 143.4.º del Código penal señalado anteriormente para aquellos casos en los que intervienen terceras personas distintas al personal sanitario legalmente competente señalado para actuar en estos supuestos (79).

## VI. Titularidad del derecho a la muerte digna

El derecho a morir dignamente es un derecho subjetivo individual que corresponde de forma exclusiva al paciente terminal en el ejercicio legítimo de su libre voluntad personal, porque la muerte es una cuestión personal y que corresponde a toda persona.

Este derecho debe concretarse en un ámbito concreto, el ámbito sanitario, por lo que, como derecho subjetivo, la titularidad no corresponde a cualquier ciudadano, sino exclusivamente a aquellas personas que tengan la consideración de paciente, es decir, a los enfermos que se encuentran en fase terminal de la evolución de su enfermedad.

---

(78) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 77.

(79) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 77.

El núcleo básico de este derecho que consiste en la facultad de obtener el auxilio médico para morir dignamente, sólo puede ejercitarse cuando el paciente esté en dos circunstancias concretas: a— en la fase terminal de la enfermedad, o, b— en un caso de existencia vital insoportable e irreparable, aunque no exista muerte próxima. Esto restringe aun más la titularidad de la facultad de obtener la ayuda en la muerte porque sólo puede ejercitarse por enfermos terminales y por pacientes en la situación vital anteriormente señalada (80).

Se entiende por enfermo terminal a la persona que padece una enfermedad incurable, según los actuales conocimientos médicos, que le conducirá en breve a la muerte presumiblemente después de graves padecimientos físicos y psíquicos (81). Y por paciente en situación vital insoportable debe entenderse el enfermo que padece una lesión o afección crónica e incurable, que le produce graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar entre los que puede hallarse la incapacidad generalizada para valerse por sí mismo (82).

El exigir que se ejercite este derecho en el ámbito sanitario y que estemos ante enfermos terminales o que se encuentran en situación vital insoportable a las personas que pretenden suicidarse, en los que la muerte puede buscarse por los más variados motivos y puede ser procurada por la propia persona.

Las circunstancias que se exigen en el presente caso, la situación terminal dolorosa y la situación vital insoportable, son circunstancias objetivas que hacen razonable la intervención del Estado para atender dicha petición, intervención estatal que, situada en estos términos, es perfectamente compatible con la protección general a la vida y la supremacía que ésta tiene en el Ordenamiento jurídico. Por ello, considera MORENO ANTÓN que el derecho a morir no debe identificarse con el suicidio y que los comportamientos suicidas, en general, deben reconducirse al ámbito de la disponibilidad mínima de la vida y del *agere licere*, siendo jurídicamente posible que un Estado garantista de la vida castigue conductas de terceras personas que cooperan al suicidio de otro por no poderse controlar ni la voluntad del suicida ni la imparcialidad del auxilio y, al mismo tiempo, reconozca que las personas que se encuentran en determinados supuestos fácticos puedan solicitar y obtener ayuda para morir (83).

La petición de auxilio activo a morir es una decisión trascendental que supone el final de la existencia por lo que, es preciso extremar las garantías y cautelas para un ejercicio correcto del derecho. Por ello, entendemos que sólo puede pedirse la ayuda a morir si se es mayor de edad y se tiene plena capacidad para comprender la trascendencia del acto y decidir en consecuencia. Si estamos en presencia de una persona menor de edad o de imposibilidad para gobernarse por sí misma, aunque no esté legalmente incapacitada, no es posible ejercitar este derecho, ni siquiera a través de la voluntad expresada por familiares o representantes legales, porque estamos ante un acto personalísimo, cuyo consentimiento libre y voluntario no permite que

---

(80) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 77.

(81) Art. 1 de la Proposición de Ley Orgánica de despenalización de la eutanasia presentada por el Grupo Parlamentario Izquierda unida, *BOCG* n.º 254-1 de 14 de junio de 2002.

(82) Art. 1 de la Proposición de Ley Orgánica sobre disponibilidad de la propia vida presentado por el Grupo Parlamentario Mixto, *BOCG* n.º 276-1 de 4 de octubre de 2002.

(83) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 78.



sea sustituido o suplido por otra persona, ni siquiera extremando las cautelas mediante la intervención de la autoridad judicial (84), cuestión que es propuesta por algún autor (85).

De igual forma, la pérdida de la consciencia o de las facultades autónomas como consecuencia de la enfermedad no traslada la posibilidad de solicitar la ayuda a los familiares o representantes legales, en cuyas manos en ningún caso debe ponerse una decisión de tal calibre que podría obedecer a razones espúreas y encubrir una conducta homicida por su parte, por lo que en estos casos, no debe procederse a la intervención activa en el auxilio a la muerte del paciente (86).

## VII. Ejercicio del derecho a la muerte digna

Debido a la trascendencia que puede tener el reconocer al paciente terminal el derecho a ser auxiliado para producirse su muerte, su regulación debe ir especialmente dirigida a asegurar, en primer lugar, la situación objetiva del enfermo, y, después, su capacidad o competencia para tomar libremente la decisión, lo que exige conocer la voluntad del paciente terminal.

Por ello, a la hora de regular este derecho hay que precisar los «requisitos objetivos y subjetivos» que deben cumplirse para poder ejercitar este derecho:

1. Los requisitos «objetivos» hacen referencia a la situación física del paciente, y en el presente supuesto, la ayuda o auxilio para provocarle la muerte sólo puede darse en dos supuestos concretos:
  - a) Enfermedad terminal, incurable, que conduce necesariamente a una muerte próxima y que normalmente produce graves sufrimientos.
  - b) Situación vital insoportable, salud gravemente deteriorada, cuando las condiciones de vida a consecuencia de la enfermedad o lesión grave incurable son tales que hay datos objetivos que permiten constatar que la vida no es digna ni merece ser vivida según la consideración social mayoritaria.
2. Los requisitos «subjetivos» se refieren a la capacidad del paciente y la constancia de su voluntad real, seria e inequívoca, es decir, la ausencia de condicionamientos o presiones en la formación de esta voluntad. La finalidad de éste último requisito tiene como finalidad que la decisión de morir del paciente se adopte libre y seriamente y por ello es garantía del ejercicio del derecho por parte de su titular y no por terceras personas, lo que supone que estamos en presencia de una salvaguarda de la voluntad del paciente de vivir o morir si así lo desea (87).

---

(84) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 78.

(85) HERNANDO GARCÍA, P. J.: «Problemas jurídico-constitucional sobre la libre disposición de la vida: la eutanasia», en *Escritos Jurídicos en Memoria de Luis Mateo Rodríguez*, Tomo 1, 1993, p. 263.

(86) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 78.

(87) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 78.

## VII.1. Las Condiciones «Objetivas»

Los requisitos objetivos del ejercicio del derecho a solicitar el auxilio para que se produzca la muerte son una garantía de la seguridad jurídica y una cautela para evitar abusos, porque permiten apoyar la petición de morir del paciente en datos objetivos que pueden hacer razonable la petición, pues en la consideración social mayoritaria el dolor y el sufrimiento sin esperanza de curación, son males que deben evitarse. Como afirma JAKOBS, «hay situaciones determinadas en las que una muerte temprana es preferible a seguir viviendo, y ello... como modelo, como estándar, como lo que vale de modo general y, en este sentido, objetivamente como razonable» (88).

El proceso de la muerte se inicia cuando se diagnostica una enfermedad incurable y mortal que va a conducir necesariamente y en breve plazo a una muerte segura y que produce sufrimientos y dolores severos.

La determinación del carácter incurable de la enfermedad y su irreversibilidad exigen un diagnóstico médico que, por razones de seguridad y para evitar errores, debe contrastarse mediante la obtención de un segundo dictamen médico y todo ello en función de los avances médicos y científicos de cada momento.

Para obtener la ayuda a morir no basta con que se haya iniciado el proceso de morir, sino que es necesario un requisito adicional que consiste en que la enfermedad que da lugar a la iniciación del proceso terminal de la enfermedad, es decir, al momento en el que son inútiles todas las medidas terapéuticas y el único tratamiento posible es el alivio del dolor.

La voluntad de morir puede manifestarse, una vez diagnosticada la enfermedad, ante la posibilidad futura de graves dolores o sufrimientos, pero su puesta en práctica debe demorarse al tiempo en que ya no sea posible evitarlo, según los conocimientos actuales de la ciencia (89).

Para poder ejercitarse este derecho de solicitar el auxilio para morir es necesario, también, que la vida del paciente esté muy deteriorada o en situación vital insostenible, es decir, en unas condiciones de vida tales que según la valoración social mayoritaria justifican no querer seguir viviendo.

Las causas de esta situación deben provenir de la existencia de una enfermedad, lesión o minusvalía incurable, que aunque no sea mortal, produzca graves padecimientos permanentes, difíciles de soportar e imposibles de suprimir según el estado actual de la ciencia médica. Si en este supuesto, lo decisivo era el carácter mortal y terminal de la enfermedad, ahora es fundamental que la enfermedad del paciente se encuentre en una situación grave y permanente y que produzca grandes sufrimientos.

No es necesario que existe una enfermedad en el sentido estricto del término, sino que la situación de sufrimiento y dolor del paciente puede estar generada por una disminución grave de su salud aunque no provenga de una patología, de ahí que se hable de lesión o minusvalía, que han de ser incurable, es decir, persistentes durante toda la existencia del paciente.

Los graves padecimientos pueden ser físicos o psicológicas, pero en todo caso, deben ser provocados por la situación física antedicha, no debiendo admitirse la ayuda

(88) JAKOBS, en «Suicidio, eutanasia y Derecho penal», *op. cit.*, p. 61.

(89) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 79.

a morir cuando los sufrimientos provienen exclusivamente de una mera situación psicológica en la que se pueda encontrar la persona en un momento dado, porque en tal caso desaparece el elemento objetivo que legitima el auxilio médico a la muerte y además no hay seguridad de que se cumpla el requisito subjetivo de plena capacidad personal para tomar una decisión seria, libre y responsable (90).

A pesar de que el derecho a morir como derecho prestacional adquiere plena efectividad en los casos de imposibilidad física para actuar por uno mismo, siempre que se den las condiciones de ejercicio que se han señalado, no se considera como requisito que se ha destacado anteriormente, no se considera como requisito necesario para ejercitar el derecho que la persona esté incapacitada para producirse a sí misma la muerte, porque está viviendo unas circunstancias tan penosas, que le puede resultar más favorable la intervención y ayuda de un médico en la puesta en práctica de su última decisión (91).

## VII.2. Las Condiciones «Subjetivas»

Como requisito subjetivo se exige la capacidad del titular para ejercitar el derecho y la adopción libre, seria y meditada de su decisión, para evitar la posible manipulación de la voluntad. La importancia de la decisión exige que el paciente sea mayor de edad y tenga autonomía para adoptarla, lo que comporta que tenga la información completa y suficiente sobre su situación, la ausencia de coacción interna y la falta de presiones externas (92).

Con el fin de comprobar que se cumple con todos estos elementos, la Ley puede prever el examen psicológico o psiquiátrico del paciente para conocer su situación mental y la ausencia de presiones exteriores en la adopción de la decisión (93).

La decisión de morir debe constar de forma indubitada por lo que la solicitud de ayuda debe ser expresa, seria y actual (94). La petición expresa implica que sea manifestada en términos claros, que no dejen duda acerca de la voluntad real del enfermo y determina la irrelevancia del consentimiento presunto, al no permitir conocer si la decisión de morir es realmente autónoma (95).

Se exige que la solicitud de ayuda a morir sea madura y firme, para lo cual el paciente debe estar correctamente informado, sobre el alcance y gravedad de su enfermedad, y la petición de ser ayudado no debe responder a presiones externas ni ser fruto de estados anímicos momentáneos, lo que supone que la reiteración de la petición a lo largo de un periodo de tiempo puede ser indicativa de una decisión madura y no impulsiva (96).

---

(90) TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: «La cooperación al suicidio y la eutanasia», *op. cit.*, pp. 127 y ss.

(91) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 79.

(92) SÁNCHEZ JIMÉNEZ, E.: *La eutanasia ante la moral y el Derecho*, 1999, pp. 214 y ss. Ver también, FERNÁNDEZ GARCÍA, E.: «Dignidad humana y eutanasia», en *Problemas de la eutanasia*, 1999, p. 35 y ss.

(93) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 79.

(94) TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: «La cooperación al suicidio y la eutanasia», *op. cit.*, pp. 127 y ss.

(95) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 79.

(96) El art. 2 de la Proposición del Ley Orgánica de despenalización de la eutanasia presentada por parte del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida en junio de 2002, exigía que la voluntad de morir fuese solicitada al menos, dos veces en un periodo de dos meses ante el facultativo correspondiente. Ver *BOCG* n.º 254 de 14 de junio de 2002.

Se exigen también que la solicitud del enfermo sea actual, lo que supone que se planteé cuando ya se dan las condiciones que la Ley marca para ejercer el derecho. Para ello, el paciente debe estar ya en la fase terminal o está viviendo una situación vital insoportable (97).

A partir de aquí se plantea un nuevo problema, el de la eficacia de la petición de morir manifestada en un documento de voluntades anticipadas. En este punto TOMÁS-VALIENTE LANUZA señala que «la única forma de preservar la autodeterminación personal cuando ya no se tiene autonomía es considerar que tal solicitud es expresión inequívoca de la voluntad de morir, siempre que las circunstancias de la petición reflejadas en el documento coincidan plenamente con la situación real concurrente en el momento de realizarse la conducta solicitada» (98).

Señala en este punto MORENO ANTÓN que la Ley de Bélgica sobre la eutanasia otorga relevancia a la declaración de voluntad anticipada que solicite la práctica de la eutanasia si consta por escrito y ha sido redactada o confirmada en los cinco años inmediatamente anteriores al momento en que no es posible manifestar la voluntad. Entiende la autora que debe ser preponderante la actualidad de la petición, por lo que un genérico documento de instrucciones previas como el que se regula en el art. 11 de la Ley 41/2002 de Autonomía del paciente no es el instrumento más adecuado para dejar constancia de una decisión tan trascendental como es la ayuda activa a morir. La existencia de una declaración de voluntad anticipada en este supuesto debe reunir los siguientes requisitos: a— Figurar en un documento ad hoc, dirigido de forma exclusiva a manifestar la voluntad de morir cuando se reúnan las condiciones legales para ello y no se tenga capacidad ni autonomía para decidir, b— Redactarse ante fedatario público y en un momento muy concreto: cuando exista al menos un primer diagnóstico de carácter grave e irreversible de la enfermedad o afección, aunque todavía no sea terminal o no esté generando graves padecimientos, c— Someterse a un plazo de eficacia desde su emisión relativamente corto y por tanto muy inferior a los 5 años que se prevé en la Ley de Bélgica(.)

## VIII. El procedimiento del derecho a la muerte digna

El derecho a obtener el auxilio de un tercero, médico, para morir dignamente debe situarse en un contexto sanitario-asistencial en el que la intervención de los profesionales de la salud, bajo la supervisión de Comisiones o Comités creados al efecto, deben ser esenciales, tanto para comprobar la concurrencia de las condiciones objetivas y subjetivas que se exigen legalmente para ejercitarse este derecho (como son o pueden ser: el diagnóstico médico de la enfermedad terminal o de la situación física permanente e incurable, y el estado mental del enfermo para adoptar una decisión libre y consciente), como para llevar a efecto la decisión adoptada por el titular del mismo.

---

(97) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 80.

(98) TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: «La cooperación al suicidio y la eutanasia», *op. cit.*, pp. 133 y ss.

Sólo así se garantiza realmente que la muerte del enfermo atiende a sus propios intereses y es fruto de su voluntad real y, al poner el control de la situación en manos de los poderes públicos, se evitan consecuencias indeseables y posibles abusos (99).

En este sentido, señala MORENO ANTÓN que el modo de ejercer el derecho a solicitar el auxilio para que se produzca la muerte del paciente terminal e incurable, podría discurrir por los siguientes cauces:

- La petición de auxilio para morir debe constar por escrito, estar firmada por el interesado y puede ser ratificado por dos testigos. Como garantía de que la decisión se ha adoptado de forma sopesada y madura, la solicitud puede someterse a un tiempo de espera que podría ser de 10 o 15 días, al cabo de los cuales, se debe ratificar la petición, la cual podrá revocarse en cualquier momento.
- Considera que deberán observarse las máximas cautelas posibles, por lo que parece preferible asumir un control a priori del cumplimiento de los requisitos legales.
- La puesta en práctica de la decisión de morir debe corresponder al médico de cabecera o al facultativo que esté tratando al paciente de su enfermedad, parece que el profesional más adecuado para ayudar a morir, excluyéndose por tanto al personal de enfermería, siendo su participación opcional y no obligatoria aunque una vez que decide asistir al paciente en su muerte, debe estar presente en todo el proceso y realizar las actuaciones tendentes a tal fin, no puede aceptar ningún precio o recompensa y deben ser ineficaces las disposiciones testamentarias o de última voluntad que a su favor realice el paciente.
- Recibida la solicitud, se debe dar traslado de la petición a la Comisión o al Comité multidisciplinar creado al efecto en cada hospital, que sería el órgano encargado de supervisar todo el proceso, para lo cual contaría con un equipo específico de profesionales encargados de contrastar el diagnóstico de la enfermedad y el estado psicológico del enfermo.

De la agilidad y el buen funcionamiento de estos organismos de control dependerá la plena efectividad y el ejercicio real del derecho, pues en muchos casos la situación del enfermo no admitirá demoras.

Por ello, quizás, las Leyes Holandesa y Belga, legislaciones que contemplan el auxilio activo a la muerte, prevén un control del proceso a posteriori a través de la presentación por el médico interviniente de un dossier, en el que debe haber constancia documental de que la ayuda a morir se ha practicado según las condiciones y siguiendo el procedimiento previsto en la Ley.

Sería conveniente que el auxilio a morir se realizara en presencia de testigos y, una vez consumada, el médico emitiera un informe y diera traslado del mismo a la Comisión o Comité que haya conocido el caso (100).

---

(99) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...», *op. cit.*, p. 81.

(100) MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte...» *op. cit.*, pp. 81 y 82.

## IX. Conclusiones

El derecho a la dignidad de la persona en el proceso de la muerte supone el no sometimiento del paciente terminal a tratamientos inhumanos y degradantes que pueden derivar de la aplicación de algunos tratamientos a los que se le somete, puesto que, el encarnizamiento terapéutico al que se le somete en algunas ocasiones pueden convertir al enfermo terminal en un simple medio u objetivo médico de experimentación, cuando no existan expectativas razonables a que pueda restablecerse o mejorar su salud.

Compartimos la posición que mantenía PECES-BARBA cuando afirmaba que «cuando la vida es una existencia casi vegetativa, sin poder ejercerla y dependiendo exclusivamente de la ayuda médica, no pudiendo recuperarse la salud y que no existe esperanza de mejora, produciendo gran sufrimiento al paciente y su entorno familiar», en éste supuesto no puede calificarse la vida del paciente como digna, sino como indigna.

En estas situaciones en las que el paciente se encuentra en la fase final de su vida y sin expectativas de recuperación, entendemos que el ordenamiento jurídico debiera reconocer y regular el derecho a morir en dignidad, entendido este derecho como «derecho subjetivo que corresponde a toda persona en la fase final de su vida».

En estos casos, debe ser el propio paciente el verdadero protagonista, debiendo respetarse en todo momento las decisiones que adopta en relación con los tratamientos que quiere y no quiere que le sean aplicados.

Debe ser el ordenamiento jurídico el que debe regular las condiciones del ejercicio del derecho a morir dignamente, estableciendo las condiciones en las que debe ejercitarse, los límites y garantías, las cautelas... con el fin de que sea el propio paciente el que concrete su posición y no se adopten decisiones adoptadas por parte de terceras personas, familiares, personal sanitario...

El elemento fundamental que debe preservarse para ejercitarse este derecho es que: estemos ante un enfermo terminal e incurable, que realiza una petición expresa, seria y reiterada de querer morir, siendo necesario que se cumpla con los requisitos objetivos y subjetivos, tal y como se establece en las legislaciones del entorno europeo en el que está legalizada la eutanasia activa directa.

## X. Bibliografía

- BAJO FERNÁNDEZ, M.: «Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante», en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 51, 1993.
- CARBONERL MATEU, J. C.: «Constitución, suicidio y eutanasia», en *Cuadernos Jurídicos*, año 2, n.º 10, julio-agosto 1993.
- COBO, M. y CARBONELL, J. C.: «Conductas relacionadas con el suicidio. Derecho vigente y alternativas político-criminales», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Homenaje a José Antonio Sainz Cantero*, n.º 12, 1987.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E.: «Dignidad humana y eutanasia», en *Problemas de la eutanasia*, 1999.
- GIMBERNAT, E.: «Eutanasia y Derecho penal», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Homenaje a José Antonio Sainz Cantero*, n.º 12, 1987.
- KUNG, H. y JENS, V.: «Morir con dignidad», 1997, traducción de Luis BERBERO, en *Bioteología, Derecho y Dignidad Humana*, MARTÍNEZ MORÁN, N. (coordinador), 2003.

- LÓPEZ ORTEGA, J. J.: *Consentimiento informado y límites a la intervención médica, Problemas de eutanasia*, 1999.
- LLAMAZAREZ FERNÁNDEZ, D.: *Derecho de la libertad de conciencia*, Volumen II, 1999.
- MARCOS DEL CANO, A. M.: «Dignidad humana en el final de la vida y cuidados paliativos», en [testamentovital.wikispaces.com/.../Dignidad+humana+y+cuidados+paliativos](http://testamentovital.wikispaces.com/.../Dignidad+humana+y+cuidados+paliativos), Consultado el 13-08-2013.
- MORENO ANTÓN, M.: «Elección de la propia muerte y derecho: hacia el reconocimiento jurídico del derecho a morir», en *Derecho y Salud*, Volumen 12, n.º 1, enero-junio 2004.
- PECES-BARBA, G.: «Reflexión moral sobre la eutanasia», en *ABC*, 16 de septiembre de 1995.
- , *La eutanasia desde la filosofía del Derecho, problemas de la eutanasia*, 1999.
- ROMEO CASABONA, C. M.: «El marco jurídico-penal de la eutanasia en el Derecho español», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, Homenaje al Profesor José Antonio Sainz Cantero*, n.º 13, II, 1987.
- SÁNCHEZ JIMÉNEZ, E.: *La eutanasia ante la moral y el Derecho*, 1999.
- TOLEDANO TOLEDANO, J. R.: *Límites penales a la disponibilidad de la propia vida*, 1999.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: «La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal», en *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 1991.

Trabajo recibido el 29 de julio de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Pertsona guztiek nahi dute duintasunez hil. Eskubide horren edukia ez dago ongi zehaztuta, eta gure gizartean ez dago gai horren gaineko nahikoa adostasun. Azken urteotan legedi espainiarrean eta erkidegokoan aurrerapenak egin badira ere heriotza-prozesuaren aurrean pertsonen duintasuna babesteari dagokionean, oraindik horren edukia, titulartasuna, irismena eta mugak zehaztu behar dira.

**HITZ GAKOAK:** Heriotza duina. Gaixoaren duintasuna. Paziente terminala. Gaixotasun sendaezina.

**RESUMEN:** Todas las personas aspiran a morir en dignidad. Estamos en presencia de un derecho que no tiene perfilado su contenido exacto y sobre el que no existe todavía consenso suficiente en nuestra sociedad. A pesar de los avances que se han producido durante los últimos años en la legislación española y autonómica a la hora de proteger la dignidad de toda persona ante el proceso de su muerte, todavía sigue siendo necesario concretar su contenido, titularidad, alcance y límites.

**PALABRAS CLAVE:** Muerte digna. Dignidad del paciente. Paciente terminal. Enfermedad incurable.

**ABSTRACT:** Every person aspires to die with dignity. We are in presence of a right whose exact content has not been outlined and with lacking consensus in our society. In spite of the last years' advances in the Spanish and autonomic legislation when it comes to protect the dignity of every person when facing the process of dying, it is still necessary to set its content, ownership, scope and limits.

**KEYWORDS:** Dignified death. Dignity of the patient. Terminaly ill patient. Incurable disease.



# Consideraciones generales sobre la ejecución provisional en la LEC

Javier Larena Beldarrain

**Sumario.** I. Introducción.—II. Concepto de ejecución provisional y características de su regulación legal.—III. El objeto de la ejecución provisional. III.1. Resoluciones ejecutables provisionalmente. III.2. Resoluciones no susceptibles de ejecución provisional.—IV. Procedimiento. IV.1. Requisitos generales. Sujetos intervinientes y plazo de ejercicio. IV.2. Despacho de la ejecución provisional. IV.3 Oposición a la ejecución. 4 Costas de la ejecución.—V. Confirmación o revocación de la ejecución provisional. V.1 La confirmación de la Sentencia de instancia. V.2 La revocación de condenas dinerarias. V.3 La revocación de condenas no dinerarias. V.4 Plazo para ejercitar la revocación. V.5 La oposición a la ejecución de la Sentencia revocatoria.

## I. Introducción

La plena efectividad de la tutela judicial requiere, en muchas ocasiones, la intervención de los órganos jurisdiccionales tras la resolución del conflicto, con la finalidad de dar adecuado cumplimiento a lo declarado en la Sentencia. Si no fuese así, ésta última no iría más allá de ser una simple declaración de intenciones (1).

Por tal motivo, el artículo 117.3 CE dispone que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

En desarrollo de dicha prescripción, la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil dedica su Libro III a la «Ejecución Forzosa» y, dada su conexión con ella, a las «Medidas Cautelares», constituyendo ambas instituciones procesales dos modalidades de tutela jurisdiccional perfectamente definidas desde el punto de vista legal (2).

---

(1) Ahora bien, este argumento no debe llevarnos a concebir la ejecución forzosa como algo ineludible, como un elemento imprescindible a desarrollar tras un previo proceso de declaración. Así, si dictada la Sentencia de condena, el cumplimiento del deudor es voluntario, la actividad ejecutiva resultará no sólo innecesaria sino, aún más, ilícita, razón por la que el ejecutado podrá oponerse a ella tal como señala el artículo 556 LEC.

(2) Expone PÉREZ DE LA CRUZ OÑA: «El art. 118 de la Constitución Española dice que “*Es obligado cumplir las Sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales*” y el art. 517.2.1.º LEC proclama que las Sentencias que sólo tienen aparejada ejecución son las Sentencias firmes. Sin embargo, la firmeza no es presupuesto inexcusable de ejecución. Lo que quiere decirse es que las Sentencias que hayan ganado firmeza no han de quedar sin ejecución, pero eso no significa que haya base constitucional que impida al legislador es-

Dentro de los preceptos alusivos a la primera de estas instituciones, los artículos 524 a 537 LEC recogen una serie de disposiciones relativas a la denominada «Ejecución Provisional», constituyendo una de las novedades más importantes de la disposición procesal de 7 de enero de 2.000, en la medida en que otorgan a dicha figura una amplia y pormenorizada regulación de la que hasta ahora carecía (3).

Como antecedentes inmediatos de esta institución podemos citar tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855 como la de 3 de febrero de 1881, en las cuales se admitía la ejecución provisional de aquellas Sentencias de condena que hubiesen sido objeto de recurso de casación —se trataba, por tanto, de un mecanismo configurado con un claro carácter excepcional— no estando permitida en ningún caso con respecto a los fallos condenatorios recurridos en apelación (4).

Ésta última modalidad se introdujo en nuestro ordenamiento procesal a través de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la cual modificó la LEC de 1881 (5), con el fin de reforzar la tutela judicial obtenida en la instancia a través de la correspondiente Sentencia. Así, estableció una norma general, recogida en el artículo 385 de nuestra vieja Ley procesal, sobre ejecución provisional de Sentencias cualquiera que fuera la instancia en que se hubiesen dictado.

De este modo, se consiguió paliar un problema no resuelto hasta ese momento, como era el hecho de que se pudiesen interponer recursos de apelación con un ánimo exclusivamente dilatorio, consiguiendo así el objetivo de retrasar por el máximo tiempo posible el cumplimiento de lo ordenado en la Sentencia de instancia.

Eso sí, se asumía en todo caso el riesgo de que finalmente la resolución provisionalmente ejecutada fuese objeto de revocación si el recurso interpuesto era estimado (6).

Así, la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 ha admitido sin ambages esta institución —hasta el punto de que, como será objeto de comentario, no se exige la prestación de caución o fianza alguna en previsión de los posibles perjuicios que ocasionare su adopción— con el principal objetivo de garantizar que las Sentencias de

---

tablecer una norma expresa y especial que autorice la ejecución provisional. De ahí que si nuestra legislación no contemplase la ejecución provisional o la suprimiera o la modificara, en nada afectaría al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva del justiciable. Permitir o no la ejecución provisional no pasa de ser una cuestión de política legislativa, cuya instauración y concreta instrumentación pertenecen al campo de la legalidad ordinaria». PÉREZ DE LA CRUZ OÑA, J., «La ejecución provisional en la Ley de Enjuiciamiento Civil a debate», *Revista Jurídica Española La Ley*, n.º 6215, 22 de marzo de 2005, p. 134.

(3) Como afirma la profesora ARMENTA DEU, «la reforma de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, ha supuesto, en definitiva, un paso más hacia la configuración de la ejecución provisional como otro de los instrumentos al servicio de conseguir una tutela judicial efectiva, ya desde la primera instancia, atendiendo para ello a un triple orden de consideraciones razonadas todas ellas en al Exposición de motivos: a) la confianza en la Administración de justicia y la relevancia de su impartición en primera instancia, justicia de la que se desconfía injustificadamente, y que de atribuirse, como parece a la falta de calidad de quienes la forman, ninguna ley podría remediar; b) la dificultad equiparable entre resolver sobre la ejecución provisional y la adopción de medidas cautelares, cuando estas últimas se atribuyen sin discusión alguna a jueces de primera instancia; y c) otorgar mayor seriedad a la propia justicia, desde el punto de vista de la asunción de pactos que deberá afrontarse con un horizonte —en orden a su cumplimiento— mucho más próximo que el actual». ARMENTA DEU, T., *La ejecución provisional*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 27-29.

(4) El *íter* parlamentario seguido en relación con esta institución a la hora de aprobar la vigente LEC, puede verse en ARMENTA DEU, T., *La ejecución provisional*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 25-27.

(5) Más concretamente, el artículo 385 de dicha LEC de 1881.

(6) *Vid.* Auto del Tribunal Constitucional 262/1987, de 4 de octubre.

instancia no se conviertan en meros documentos carentes de efectividad, en la medida en que la misma se vea retardada —en ocasiones durante un excesivo período de tiempo— como consecuencia de la interposición de un recurso de apelación —en lo que sería en muchos casos una clara situación de contumacia o mala fe procesal—.

Dicha ejecución provisional es, por tanto, un vehículo mediante el que se procura la pronta satisfacción del interés obtenido por el beneficiado en la Sentencia.

Como expone la propia Exposición de motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, «La regulación de la ejecución provisional es, tal vez, una de las principales innovaciones de este Texto Legal...» el cual «considera provisionalmente ejecutables, con razones, temperamentos y excepciones, las Sentencias de condena dictadas en ese grado jurisdiccional» (la primera instancia). «...Este nuevo régimen de la ejecución provisional deparará, a buen seguro, muchos más beneficios directos que perjuicios o casos injustos y serán muy positivos tanto los efectos colaterales de la innovación radical proyectada, como la disminución de recursos con ánimo exclusivamente dilatorio».

## II. Concepto de ejecución provisional y características de su regulación legal

Puede definirse la ejecución provisional como aquella ejecución de Sentencias definitivas —no firmes por tanto— comprensivas de pronunciamientos de condena sobre el fondo del asunto. La provisionalidad de la misma reside en su posible revocación en aquellos supuestos en que el Tribunal que conozca del recurso proceda a estimar el mismo (7).

Como señala MORENO CATENA, esta modalidad de ejecución supone un «reforzamiento de la posición del litigante que ganó la Sentencia, a quien se le va a otorgar una tutela más inmediata», en la medida en que mediante aquélla el vencedor del pleito cuya resolución final condenatoria no es aún firme al haberse interpuesto un recurso contra ella, puede obtener una pronta —y provisional— satisfacción de lo establecido en el fallo (8).

Se trata, por tanto, de una posibilidad que se pone en manos de la parte demandante, lo que implica necesariamente que nunca será decretada de oficio por parte del órgano jurisdiccional que haya resuelto el pleito.

En cuanto a las principales características de la regulación normativa de esta institución, podemos establecer, siguiendo la enumeración expuesta al respecto por la profesora ARMENTA DEU, las siguientes (9):

- Se establece un régimen unitario de la ejecución provisional, debiendo despacharla el órgano jurisdiccional sin solicitar como requisito ineludible para su otorgamiento la prestación de la oportuna caución.

---

(7) Así la define CENIZO GARDUÑO, S., «La Ejecución provisional», en AA. VV. (SOSPEDRA NAVAS, F. J. coord.), *Tratado Práctico del Proceso Civil*, Tomo III (Ejecución y Procesos Especiales), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 75.

(8) Vid. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.-GIMENO SENDRA, V.-MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2.000, p. 475.

(9) Vid. ARMENTA DEU, T., *La ejecución provisional*, La Ley, Madrid, 2000, p. 34.

- La exención relativa a la referida presentación de fianza, se contrarresta mediante la concesión de un trámite de oposición al ejecutado. De hecho, señala el profesor PICÓ I JUNOY a propósito de esta cuestión, que podrá solicitarse a partir de la entrada en vigor de la nueva LEC la ejecución provisional de las Sentencias si con anterioridad no se hubiere interesado con aplicación del nuevo sistema.  
Así, si se solicitó antes y se obtuvo con arreglo a la Ley procesal vigente, podrá instarse la devolución de la fianza prestada, aprovechando la nueva regulación para llevar a efecto aquellas actuaciones ejecutivas que aún puedan llevarse a cabo o modificarse hasta que el ejecutante alcance su satisfacción completa, concediendo al mismo tiempo al condenado la posibilidad de oponerse a dicha ejecución provisional(10).
- En este último trámite —la oposición a la ejecución provisional instada de contrario— se diversifica el tratamiento otorgado a las condenas dinerarias y a aquéllas de contenido no dinerario.
- En todo caso, esta modalidad ejecutiva sólo podrá acordarse a instancia de parte y sin sometimiento a plazo, estando legitimado para su solicitud aquél que haya obtenido un pronunciamiento a su favor en la Sentencia.
- Se regula exhaustivamente la posible revocación o confirmación de la resolución de condena provisionalmente ejecutada, según fuere o no estimado el recurso interpuesto contra ella.

La ejecución forzosa provisional no es, por supuesto, ninguna medida cautelar y supone, de ordinario, efectos de más fuerza e intensidad que los propios de las medidas cautelares. Pero en un caso, además de una razonable oposición, existe una Sentencia precedida de un proceso con todas las garantías y, en el otro, sólo *el humo del buen derecho*(11)».

Así, frente a la función preventiva o de aseguramiento del fallo que se adopte, propia de la medida cautelar, la ejecución provisional satisface enteramente el derecho declarado en la referida decisión judicial, si bien lo hace siempre de forma condicionada por el resultado del recurso interpuesto frente a ésta última (12).

(10) Vid. PICÓ I JUNOY, J., «La interpretación judicial de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista Jurídica Española La Ley*, n.º 5568, 18 de junio de 2002 (Tomo IV), p. 1.879.

(11) Constituye éste uno de los tres requisitos básicos para la concesión de una medida cautelar por parte de los Tribunales —los otros son el llamado *periculum in mora* y la prestación de la oportuna caución— consistente en que el solicitante de aquélla habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales, o de cualquier otra naturaleza, que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional favorable al fundamento de su pretensión. Es lo que se designa también como *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho. Vid. CORDÓN MORENO, F., *El proceso de ejecución*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 448-452.

(12) De cualquier modo, no debemos olvidarnos de que nos encontramos ante una institución que constituye un verdadero proceso de ejecución —cuya ratificación o revocación está supeditada al resultado del recurso interpuesto frente a la Sentencia que haya sido hecha efectiva de manera provisional— y no un mecanismo de naturaleza cautelar que busque el aseguramiento de la Sentencia firme que en su día se adopte. Es taxativa al respecto la propia Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando, a propósito de la posible confusión entre la ejecución provisional y las medidas cautelares, señala que «Se trata de instituciones, ambas, que, siendo distintas, entrañan riesgos de error, pero riesgos de error parejos y que pueden y deben asumirse en aras de la efectividad de la tutela judicial y de la necesaria protección del crédito».

Además, la medida cautelar requiere la pendencia de un proceso o, al menos, su iniciación posterior, mientras que la ejecución provisional tan sólo exige la interposición de un recurso.

Por último, no debemos pasar por alto en este orden de cosas, el hecho de que la adopción de medidas cautelares en el seno del proceso puede dar lugar a conflictos importantes para el caso de que, una vez dictada la correspondiente Sentencia de instancia, la parte beneficiada por la misma instase su ejecución provisional. En tal supuesto, el artículo 731 de nuestra LEC establece que en el momento en que se despache ésta última, «se alzarán las medidas cautelares que se hubiesen acordado y que guarden relación con dicha ejecución».

Como colofón, hacemos nuestras las palabras del profesor MORENO CATENA cuando señala que «no puede predicarse de la ejecución provisional una naturaleza diferente de la ejecución de Sentencias firmes, pues la actividad ejecutiva es idéntica, introduciéndose sin embargo en el caso de resoluciones recurridas el factor de la revocabilidad del título» (13).

### III. El objeto de la ejecución provisional

La ejecución provisional siempre tendrá por objeto aquellas Sentencias que no sean firmes y que, precisamente por no serlo, hayan sido recurridas por alguna de las partes intervinientes en el proceso en el que hayan sido dictadas.

La razón no es otra, como ya se ha referido anteriormente, que garantizar la efectividad de tales resoluciones evitando así que la interposición de un recurso por el perjudicado en el fallo, pueda impedir la inmediata satisfacción de la parte beneficiada por la Sentencia al, cuando menos, retardar el cumplimiento efectivo de la misma.

#### III.1. Resoluciones ejecutables provisionalmente

Tan sólo podrán ejecutarse provisionalmente las resoluciones de condena, dictadas tanto en primera como en segunda instancia, de forma que en ningún caso serán susceptibles de ejecución provisional ni las resoluciones meramente declarativas —dado que se agotan en su misma declaración—, ni las constitutivas —ya que cumplen su función por la mera constitución de la relación, aun cuando puedan ser objeto de la denominada ejecución impropia(14)—, ni por supuesto las de carácter absoluto —ya que al favorecer al demandado no poseen objeto que ejecutar—.

En este orden de cosas, es absolutamente taxativo el artículo 524.2 y 3 del LEC al reseñar que son provisionalmente ejecutables «las Sentencias de condena que no ha-

---

(13) CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.-GIMENO SENDRA, V.-MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, 3.ª ed., Colex, Madrid, 2.000, p. 476.

(14) La ejecución impropia alude a aquéllas actuaciones que derivan de ciertas sentencias constitutivas, en la medida en que la plena satisfacción del interés legítimo que reconocen sólo es posible si se desarrollan tales medidas complementarias, sin necesidad de que comience un verdadero proceso de ejecución. El ejemplo más claro de dichas actuaciones accesorias son las inscripciones, anotaciones y rectificaciones de asientos registrales. *Vid.* CORDÓN MORENO, F., *El proceso de ejecución*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2002, pp. 39-40.

yan adquirido aún firmeza», con lo que se excluye expresamente la ejecución provisional de autos judiciales.

De hecho, aquellos autos que pongan fin al proceso —y que sean susceptibles de recurso de apelación— se entenderá que no podrán ser ejecutados provisionalmente sino que, serán susceptibles de ejecución forzosa a tenor de lo dispuesto en la Ley (15).

Ahora bien, reseña a este respecto el profesor PICÓ I JUNOY —dentro de un análisis sistematizado que lleva a cabo de los distintos acuerdos adoptados por Jueces y Magistrados en Juntas de Jueces, Comisiones de Estudio y Jornadas realizadas para examinar las cuestiones más conflictivas que plantea la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil— que la ejecución provisional debe extenderse a los autos no firmes que pongan término al proceso, como es el caso del que recoge —y homologa— la transacción judicial (artículos 19.2 y 415.2 LEC) o el allanamiento parcial (artículo 21.2 LEC) (16).

Asimismo, el artículo 521 LEC señala a propósito de lo expuesto que «No se despachará ejecución de las Sentencias meramente declarativas ni de las constitutivas» mientras que «mediante su certificación y, en su caso, el mandamiento judicial oportuno, las Sentencias constitutivas firmes podrán permitir inscripciones y modificaciones en Registros públicos sin necesidad de que se despache ejecución».

Con todo, el mismo precepto admite la ejecución —definitiva y también debemos entender que provisional— de aquellas Sentencias constitutivas que contengan pronunciamientos de condena, en la medida en que es perfectamente posible que en una misma Sentencia concurren pronunciamientos susceptibles de llevarse a efecto mediante ejecución provisional, junto a otros que no admitan dicho procedimiento.

Del mismo modo, no podrán ejecutarse provisionalmente aquellas Sentencias que hayan sido dictadas estando el demandado en situación de rebeldía, ya que, como establece la LEC, «Mientras no sean firmes, o aún siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la Sentencia dictada en rebeldía, sólo procederá la anotación preventiva de las Sentencias que dispongan o permitan la inscripción o cancelación de asientos en Registros públicos» (art. 524.4).

A fin de cuentas, la razón de ser de la ejecución provisional no es otra que la interposición de un recurso frente a la resolución adoptada, lo cual no es posible en el caso de las Sentencias aludidas, al menos en lo que a la parte demandada se refiere.

Si nos atenemos al contenido del fallo condenatorio a ejecutar de manera provisional, podemos observar cómo no existe obstáculo alguno para proceder en tal sentido en lo que respecta a las Sentencias de condena al pago de cantidad líquida, aun cuando ésta no se haya determinado en su totalidad.

Señala a tal efecto el artículo 572.1 LEC que «Para el despacho de la ejecución se considerará líquida toda cantidad de dinero determinada, que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles. En caso de disconformidad entre distin-

(15) Vid. CENIZO GARDUÑO, S., «La Ejecución provisional», en AA. VV. (SOSPEDRA NAVAS, F. J. coord.), *Tratado Práctico del Proceso Civil*, Tomo III (Ejecución y Procesos Especiales), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 77-78, en donde desarrolla el autor brevemente una serie de argumentos mediante los que justifica su postura contraria a la posibilidad de ejecutar de forma provisional los autos judiciales.

(16) Vid. PICÓ I JUNOY, J., «La interpretación judicial de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista Jurídica Española La Ley*, n.º 5568, 18 de junio de 2002 (Tomo IV), p. 1879.

tas expresiones de cantidad, prevalecerá la que conste con letras. No será preciso, sin embargo, al efecto de despachar ejecución, que sea líquida la cantidad que el ejecutante solicite por los intereses que se pudieran devengar durante la ejecución y por las costas que ésta origine».

De cualquier manera, podrá solicitarse en el propio trámite de ejecución provisional que se reduzca a líquida la cantidad objeto de condena, de cara a hacer posible aquélla.

Si la Sentencia en cuestión es comprensiva de una condena de dar, hacer o no hacer —no dineraria, por tanto— podrá asimismo ejecutarse de forma provisional, dejando a salvo las exclusiones establecidas a estos efectos en el artículo 525 LEC, tal como desarrollaremos en el epígrafe siguiente. Eso sí, habrá de contemplarse la posibilidad o no de revocación de lo ejecutado en cada supuesto concreto, para el caso de que resulte estimado el recurso interpuesto por el perjudicado en el fallo.

Eso sí, tal como puntualiza PICÓ I JUNOY en este punto concreto, será posible la ejecución provisional de la Sentencia que se adopte en los juicios de desahucio, «si bien, debido a las graves consecuencias que ello puede comportar, deberán ponderarse las circunstancias de cada caso concreto» (17).

En lo que respecta a las Sentencias que resulten parcialmente estimatorias de los pronunciamientos solicitados en la demanda, ni el artículo 524 LEC ni el 526 del mismo texto legal parecen poner obstáculos para que se proceda a su ejecución provisional, pudiendo incluso —si los pronunciamientos fueren independientes y, por ende, separables— solicitarse esta última con relación a lo que nos sea beneficioso dentro del fallo, recurriendo al mismo tiempo aquellas partes de él que nos resulten perjudiciales.

### III.2. Resoluciones no susceptibles de ejecución provisional

A las ya aludidas en el apartado anterior —fundamentalmente las Sentencias meramente declarativas y las constitutivas (artículo 521.1 LEC), así como las dictadas en situación de rebeldía (artículo 524.4 LEC)— habría que añadir las siguientes (artículo 525 LEC):

— Las Sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, salvo aquellos pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso —pensiones compensatorias, indemnizaciones por nulidad matrimonial, prestaciones alimenticias, etc.— (art. 525.1.1.ª LEC).

Sin embargo, a pesar de este aserto legal, el profesor PICÓ I JUNOY, haciéndose eco de determinadas decisiones jurisprudenciales al respecto, entiende que la ejecución provisional puede extenderse en estos pleitos no sólo a los pronunciamientos de índole patrimonial, sino también a otros elementos tales como el régimen de visitas y comunicación, la guarda y custodia o el uso de la

(17) Vid. PICÓ I JUNOY, J., «La interpretación judicial de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista Jurídica Española La Ley*, n.º 5568, 18 de junio de 2002 (Tomo IV), p. 1883.

vivienda familiar, ya que las medidas definitivas que sean acordadas en la Sentencia, a tenor de lo dispuesto en el artículo 774.5 LEC, no verán suspendida su eficacia por la mera presentación de los oportunos recursos frente a dicha resolución (18).

- Igualmente, no es posible ejecutar provisionalmente aquellas Sentencias que condenan a emitir una declaración de voluntad (art. 525.1.2.º LEC) (19).
- Las Sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial, al ser meramente declarativo el pronunciamiento judicial susceptible de dictarse en tales supuestos, tal como se deduce de lo regulado en la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes y en la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.
- Las Sentencias extranjeras que no fueren firmes, siempre y cuando no se disponga otra cosa en los Tratados internacionales vigentes en España (art. 525.2 LEC). En todo caso, se requerirá la previa homologación o reconocimiento (el denominado *exequatur*) por parte de los Tribunales españoles, el cual precisa a su vez de la firmeza previa de la resolución foránea. Por tal motivo, la ejecución provisional de la misma sólo será posible si una norma o Tratado internacional vigente en España lo admiten (20).
- Del mismo modo, no procederá la ejecución provisional de los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las Sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 525.3 LEC) —apartado introducido a resultas de lo establecido en la Disposición Adicional 12.ª de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial—.

La inclusión de este apartado concreto en nuestra LEC es profundamente criticada por CENIZO GARDUÑO, el cual lo califica de «muy desafortunado» en cuanto que afecta a todo el sistema establecido de ejecución provisional, dando cuatro razones básicas para argumentar su razonamiento (21).

Así, en palabras del autor, «a diferencia del resto de Sentencias enumeradas en el art. 525 LEC, la nueva excepción supone un cuerpo extraño de difícil justificación». Entiende, a mayor abundamiento, que no es argumentable dicha modificación si nos atenemos a la materia objeto de la exclusión, ya que tiene por finalidad «la protección puntual de los intereses de los profesionales del periodismo y los medios de comunicación».

(18) Vid. PICÓ I JUNOY, J., «La interpretación judicial de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista Jurídica Española La Ley*, n.º 5568, 18 de junio de 2002 (Tomo IV), p. 1885. En concreto, el artículo 774.5 LEC señala que «Los recursos que, conforme a la Ley, se interpongan contra la Sentencia, no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio».

(19) Vid. STS de 14 de noviembre de 2002 (rec. 1793/2001).

(20) En concreto, el artículo 38 del Reglamento (CE) n.º 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, permite la ejecución provisional de las Sentencias que no hayan adquirido aún firmeza.

(21) Vid. CENIZO GARDUÑO, S., «La Ejecución provisional», en AA. VV. (SOSPEDRA NAVAS, F. J. coord.), *Tratado Práctico del Proceso Civil*, Tomo III (Ejecución y Procesos Especiales), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 85-86.



Además, continúa esta digresión, no era necesaria modificación legislativa alguna para proteger más adecuadamente el derecho a la información y a la libertad de expresión, sino que hubiese sido más acertado introducir una norma de equidad que permitiese a cualquier deudor —y no sólo a los medios de comunicación— conseguir la suspensión de la ejecución mediante la prestación de caución suficiente (22).

Por otro lado, junto a las mencionadas en el citado artículo 525 de la LEC, debemos añadir también los laudos arbitrales, los cuales no podrán ser objeto de ejecución provisional sino que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 50 de la Ley de Arbitraje, únicamente será posible la aplicación de medidas cautelares orientadas a que dichos laudos sean plenamente efectivos, una vez hayan alcanzado la firmeza.

Asimismo, se excepcionan de la modalidad de ejecución que referimos los títulos contractuales al no ser, por razón de su naturaleza, susceptibles de adquirir firmeza.

#### **IV. Procedimiento**

Como ya hemos señalado, la Ley de Enjuiciamiento Civil desarrolla todo lo relativo a la ejecución provisional en el Título Segundo del Libro Tercero (artículos 524 a 537), distinguiendo entre la que se lleve a efecto con relación a las Sentencias de condena dictadas en primera instancia que hayan sido recurridas en apelación, y la que se realice respecto de aquellas Sentencias de segunda instancia que sean objeto de recurso de casación o extraordinario por infracción procesal.

Pues bien, a pesar de la referida distinción legal, el procedimiento aplicable a la hora de poner en práctica el mecanismo de la ejecución provisional en uno y otro supuesto es sin embargo el mismo —a diferencia de la duplicidad procedimental existente en la regulación pretérita—, de tal manera que las disposiciones alusivas a la ejecución de las Sentencias dictadas en segunda instancia nos remiten directamente a las establecidas con respecto a las emitidas en la primera.

Incluso, si nos adentramos en el terreno competencial, podemos observar cómo conocerá de las actuaciones ejecutivas provisionales relativas a la segunda instancia el mismo órgano jurisdiccional que haya intervenido en el desarrollo de la primera.

##### **IV.1. Requisitos generales. Sujetos intervinientes y plazo de ejercicio**

Como acabamos de reseñar, con independencia de que la Sentencia cuya ejecución provisional se inste haya sido dictada en primera o segunda instancia, el órgano jurisdiccional competente desde el punto de vista funcional para llevar a cabo la misma, será en todo caso aquél que haya conocido del asunto en primera instancia (art. 535.2 LEC).

---

(22) Y termina su razonamiento aportando dos críticas más: considera que dicho apartado 3.º del artículo 525 LEC choca abiertamente con la regla general que propugna la ejecutabilidad provisional de las Sentencias que contengan un fallo comprensivo de una condena dineraria; y, sobre todo, resulta incompatible con lo dispuesto en el artículo 524.4 LEC que prescribe el carácter preferente que reviste la ejecución provisional de aquellas Sentencias en las que se tutelen derechos fundamentales.

A este respecto, resulta taxativo el artículo 524.2 LEC, cuando establece que «La ejecución provisional de Sentencias de condena, que no sean firmes, se despachará y llevará a cabo, del mismo modo que la ejecución ordinaria, por el Tribunal competente para la primera instancia» (23).

En lo que a la legitimación para instar la ejecución provisional respecta, debemos acudir a la prescripción del artículo 526 LEC, que señala: «Salvo en los casos a que se refiere el artículo anterior, —las ya analizadas «Sentencias no provisionalmente ejecutables», reguladas en el artículo 525 LEC— quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en Sentencia de condena dictada en primera instancia podrá, sin simultánea prestación de caución, pedir y obtener su ejecución provisional conforme a lo previsto en los artículos siguientes» (24).

Resulta lógico entonces que la legitimación pasiva recaiga en la parte que haya sido perjudicada por la Sentencia, razón por la que habrá presentado el correspondiente recurso. A pesar de ello, en determinados supuestos estarán legitimados otros sujetos, como así se deduce de lo establecido en los artículos 540 a 544 de la LEC, donde se alude, respectivamente, a situaciones de sucesión, ejecución de bienes gananciales, solidaridad de deudores, asociaciones o entidades temporales y entidades sin personalidad jurídica (25).

En materia de postulación procesal, a falta de disposición específica al respecto, se entiende de aplicación lo dispuesto en el artículo 539 LEC para la ejecución definitiva y así ambos litigantes deberán intervenir representados por Procurador y dirigidos por Letrado, salvo que se trate de ejecutar provisionalmente Sentencias que hayan sido dictadas en procesos en los que no sea preceptiva la participación de los profesionales citados.

No se requerirá, como hemos comentado en epígrafes anteriores, a tenor de lo dispuesto en el también aludido artículo 526 LEC, la prestación de caución alguna a la hora de presentar la oportuna solicitud de ejecución provisional. Constituye ésta, como ya se ha explicado, una de las diferencias fundamentales con respecto a la previa regulación de esta institución en nuestro ordenamiento procesal.

Esta modalidad de ejecución podrá pedirse en cualquier momento desde la notificación de la Providencia en la que se tenga por preparado el recurso de apelación o, en su caso, desde el traslado a la parte apelante del escrito del apelado adhiriéndose al recurso, y siempre antes de que haya recaído Sentencia en éste (art. 527.1 LEC). De este modo, no será posible su solicitud si no se admite a trámite el recurso presentado.

---

(23) Resulta sumamente interesante el análisis que hace de este artículo la profesora BOTICARIO GALAVÍS. Vid. BOTICARIO GALAVÍS, M. L., «La ejecución provisional civil tras la reforma operada por la Ley 13/2009», *Practica de Tribunales*, n.º 81, abril 2011 (LA LEY 3763/2011).

(24) Se deduce claramente de lo establecido, que la legitimación activa para solicitar esta modalidad ejecutiva se atribuye a ambas partes procesales, teniendo en cuenta, como no podría ser de otro modo, que no podrá instar la ejecución provisional aquel litigante que haya interpuesto el recurso, con excepción de aquellas sentencias que fueren parcialmente estimatorias. Vid. STS de 20 de marzo de 2000.

(25) Resulta interesante la exposición que a propósito de la legitimación realiza la profesora ARMENTA DEU en su obra *La ejecución provisional*, La Ley, Madrid, 2000, pp. 84-91.

## IV.2. Despacho de la ejecución provisional

Como ya se ha indicado, la ejecución provisional sólo podrá ser decretada a instancia de parte y se solicitará por demanda ejecutiva, siendo despachada y llevada a efecto por el Tribunal competente para la primera instancia (art. 524.1 y 2 LEC).

Dicho escrito de demanda podrá circunscribirse exclusivamente a instar que se despache la ejecución, limitándose a identificar la Sentencia cuya ejecución se pretenda —expresando en todo caso la justificación jurídica sobre la procedencia de la petición formulada— (art. 549.2 LEC).

La solicitud de ejecución provisional irá acompañada de los documentos recogidos en el artículo 550 LEC, a saber:

- El título ejecutivo, que en el caso al que aludimos será la Sentencia de instancia que haya sido objeto de recurso.
- El poder otorgado al Procurador siempre que la representación no se confiera «apud acta» o no conste ya en las actuaciones.
- Los documentos que acrediten los precios o cotizaciones aplicados para el cómputo en dinero de deudas no dinerarias, cuando no se trate de datos oficiales o de público conocimiento.
- Los demás documentos que la Ley exija para el despacho de la ejecución.
- También podrán acompañarse a la demanda ejecutiva cuantos documentos considere el ejecutante útiles o convenientes para el mejor desarrollo de la ejecución y contengan datos de interés para despacharla.

Si la ejecución provisional es planteada respecto de una Sentencia que condena al pago de cantidad líquida, será preciso determinar el montante exacto de la misma, así como la cuantía de los intereses y el plazo para efectuar su cálculo. Si, por el contrario, nos hallásemos ante una condena a cantidad no líquida, acompañaremos la oportuna liquidación siguiendo las pautas establecidas a tal fin en los artículos 712 y siguientes de nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

Cuando la Sentencia a ejecutar contenga una condena u obligación de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta a una cantidad de dinero, en el auto por el que se despache ejecución se requerirá al ejecutado para que, dentro del plazo que el órgano jurisdiccional considere adecuado, proceda a cumplir en sus propios términos lo establecido en aquélla (art. 699 LEC).

Eso sí, tal como afirma el artículo 700 de la LEC, «si el requerimiento para hacer, no hacer o entregar cosa distinta de una cantidad de dinero no pudiese tener inmediato cumplimiento, el Tribunal a instancia del ejecutante, podrá acordar las medidas de garantía que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena».

Una vez presentada la demanda de ejecución provisional, el Tribunal procederá a despacharla salvo que entienda que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos, supuesto éste en el que dictará auto denegando el despacho de la ejecución, el cual será directamente apelable —ya que se trata de un auto definitivo que pone fin a las actuaciones de ejecución—, sustanciándose dicha apelación sólo con el acreedor (art. 552.1 LEC). Obviamente, si el Juez apreciase la concurrencia de algún defecto que fuere subsanable, deberá conceder al ejecutante la oportunidad de proceder a su oportuna subsanación con carácter previo en todo caso a la denegación de la ejecución solicitada.

De este modo, tal como señala el artículo 527.2 LEC, si la ejecución provisional se solicita una vez que se hayan remitido los autos al Tribunal competente para resolver la apelación, el demandante de aquélla deberá obtener previamente de éste último testimonio de lo que sea necesario para tal ejecución, debiendo acompañar dicho testimonio a la demanda formulada.

Igualmente, continúa el referido precepto, si la ejecución provisional se hubiere solicitado con anterioridad a la mencionada remisión de autos, será el mismo órgano jurisdiccional de primera instancia quien expida el necesario testimonio con carácter previo a que se proceda a la citada remisión.

Por tanto, el juzgador despachará la ejecución solicitada siempre que la Sentencia contenga un pronunciamiento condenatorio y que no se encuentre entre las resoluciones que recoge el artículo 525 LEC, a las que expresamente califica —como ya hemos analizado— como «no provisionalmente ejecutables».

Llama la atención el hecho de que no se incluya mandato alguno en la Ley, donde se ordene el traslado al ejecutado de la solicitud presentada por el ejecutante, con carácter previo al despacho de la misma. Este factor lleva a concluir a PÉREZ DE LA CRUZ OÑA que este último trámite se realiza *parte debitora inaudita*(26).

### IV.3. Oposición a la ejecución

Contra el auto por el que se despache la ejecución provisional no se dará recurso alguno, si perjuicio de que el ejecutado pueda formular oposición en los términos legalmente previstos (art. 527.4 LEC)(27). En este caso, el escrito de oposición habrá de presentarse al Tribunal de la ejecución, dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de la resolución que acuerde el despacho de la ejecución o las actuaciones concretas a que se oponga (art. 529.1 LEC). Eso sí, el planteamiento de la oposición no suspenderá el curso de la ejecución (art. 556.2 LEC)(28).

Así por tanto, el ejecutado sólo podrá oponerse a la ejecución provisional una vez que ésta haya sido despachada, pudiendo alegar para justificar su postura alguna de las siguientes causas:

- Que aquélla se haya despachado con infracción de lo dispuesto en el artículo 527 LEC, esto es, que se haya presentado de forma extemporánea, que no se haya adjuntado el correspondiente —y necesario— testimonio cuando las actuaciones hayan sido remitidas al Tribunal que deba resolver el recurso, que se

(26) Vid. PÉREZ DE LA CRUZ OÑA, J., «La ejecución provisional en la Ley de Enjuiciamiento Civil a debate», *Revista Jurídica Española La Ley*, n.º 6215, 22 de marzo de 2005, p. 269.

(27) «Las razones que fundamentan la irrecurribilidad del auto despachando ejecución son prácticamente las mismas que amparan y justifican la irrecurribilidad del auto de admisión de la demanda que, como novedad legislativa, ha establecido la LEC en el art. 404 a propósito del auto de admisión de la demanda en el juicio ordinario». Así, por tanto, el ejecutado podrá oponerse a la ejecución instada pero no recurrir directamente la resolución por la cual ésta se despache. Vid. PÉREZ DE LA CRUZ OÑA, J., «La ejecución provisional en la Ley de Enjuiciamiento Civil a debate», *Revista Jurídica Española La Ley*, n.º 6215, 22 de marzo de 2005, p. 270.

(28) A este respecto, puede verse MANZANARES JIMÉNEZ, D. P., «Los motivos de oposición a actuaciones ejecutivas de la ejecución provisional», *Diario La Ley*, n.º 8249, 12 de febrero de 2014, Ref. D-47, LA LEY 676/2014.

trate de una Sentencia cuya ejecución provisional no sea posible por tener legalmente vetada tal posibilidad —es decir, por tratarse de una de las «resoluciones no ejecutables provisionalmente»—, o bien que se aprecie la concurrencia de alguno de los defectos legales previstos en el artículo 559.1 LEC —que carezca el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda; que se aprecie falta de capacidad o representación del ejecutante o que no acredite el carácter o representación con que demanda; y que se declare la nulidad radical del despacho de la ejecución por no contener la Sentencia o el laudo arbitral pronunciamientos de condena, no cumplir el documento presentado los requisitos legales requeridos para que lleve aparejada la ejecución, o por infracción, a la hora de despachar la ejecución, de lo dispuesto en el artículo 520 LEC (29)—.

- Si la condena que se trata de imponer es de naturaleza dineraria, el ejecutado no podrá oponerse a la ejecución provisional, sino exclusivamente a actuaciones ejecutivas determinadas, dentro del procedimiento de apremio, cuando entienda que éstas puedan dar lugar a una situación absolutamente imposible de restaurar o compensar económicamente a través del resarcimiento de daños y perjuicios (art. 528.3 LEC).
- Si, por el contrario, nos encontramos ante una sentencia de condena no dineraria, la oposición del ejecutado podrá plantearse si resultase imposible o de extrema dificultad, en caso de revocación de aquélla, a tenor de la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren (art. 528.2.2.º LEC).

En todo caso, tal como reseña el art. 529.2 LEC, el escrito de oposición y los documentos que acompañen al mismo se trasladarán al ejecutante y a todos aquellos que se hubiesen personado en la ejecución provisional, para que en el plazo de cinco días manifiesten y acrediten lo que estimen conveniente.

Finalmente, el Tribunal resolverá por auto que será insusceptible de ulterior recurso (art. 530.4 LEC). Si desestima la oposición planteada, ordenará continuar la ejecución provisional, mientras que, si se produce su estimación, se declarará no haber lugar a que prosiga dicha ejecución y se alzarán los embargos y trabas y las medidas de garantía que pudieran haberse adoptado (art. 530.1 LEC).

Si la Sentencia ha sido ya provisionalmente ejecutada en parte, la ejecución continuará, adquiriendo carácter definitivo lo realizado, siempre que la citada resolución se confirme (art. 532 LEC). Si, por el contrario, fuere revocada, la Ley plantea dos supuestos claramente diferenciados en sus artículos 533 y 534: en el primero alude a la revocación de condenas al pago de una cantidad de dinero, reseñando que, si aquélla

---

(29) Reza el artículo 520 LEC a propósito de la acción ejecutiva basada en títulos no judiciales ni arbitrales:

«1. Cuando se trate de los títulos ejecutivos previstos en los números 4.º, 5.º, 6.º y 7.º del apartado 2 del artículo 517, sólo podrá despacharse ejecución por cantidad determinada que exceda de 300 euros:

1.º En dinero efectivo.

2.º En moneda extranjera convertible, siempre que la obligación de pago en la misma esté autorizada o resulte permitida legamente.

3.º En cosa o especie computable en dinero.

2. El límite de cantidad señalado en el apartado anterior, podrá obtenerse mediante la adición de varios títulos ejecutivos de los previstos en dicho apartado».

fuere total, el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en su caso, hubiere percibido, reintegrando asimismo las costas satisfechas por el ejecutado, así como los daños y perjuicios que hubiesen tenido lugar. Si la revocación fuere simplemente parcial, el ejecutante devolverá la diferencia entre lo percibido y lo que resulte de la confirmación parcial, con el correspondiente incremento del interés legal del dinero. Igualmente, si la sentencia revocatoria no fuere firme, la percepción de las cantidades citadas podrá pretenderse por vía de apremio ante el Tribunal que hubiere sustanciado la ejecución provisional.

Por su parte, el art. 534 LEC regula aquellos supuestos en los que la revocación afecta a condenas de contenido no dinerario. En tales casos, si la resolución provisionalmente ejecutada que se revocase hubiere condenado a la entrega de un bien determinado, se restituirá éste al ejecutado, en el concepto en lo hubiere tenido, más las rentas, frutos o productos, o el valor pecuniario de la utilización del bien. Si la restitución fuere imposible, de hecho o de derecho, el ejecutado podrá pedir que se le indemnicen los daños y perjuicios.

Del mismo modo, si se revocara una resolución que contuviese condena a hacer y ésta hubiese sido ya llevada a cabo, se podrá solicitar que se deshaga lo hecho y que, igualmente, se proceda a la indemnización de los eventuales daños y perjuicios causados.

Por otro lado, como hemos señalado, la oposición a la ejecución provisional instada de contrario, podrá ir dirigida no a la globalidad de la misma sino a actuaciones concretas integradas en ella. Tal es el caso de las aludidas Sentencias comprensivas de una condena dineraria en las que, tal como dispone el artículo 528.3 LEC, el ejecutado únicamente podrá oponerse a actuaciones ejecutivas concretas del procedimiento de apremio (30).

En estos supuestos la parte que se opone deberá indicar otras medidas o actuaciones ejecutivas que sean posibles y no provoquen situaciones similares a las que causaría, a su juicio, la actuación o medida a la que se opone, así como ofrecer caución suficiente —ofrecimiento que realizará en su escrito de oposición— para responder de la demora en la ejecución, si las medidas alternativas no fuesen aceptadas por el Tribunal y el pronunciamiento de condena dineraria resultase posteriormente confirmado.

La caución ofrecida para compensar a la otra parte de los daños y perjuicios que puedan producirse, se constituirá en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento, emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del Tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate (art. 529.3).

De hecho, tal como establece la Ley, si el ejecutado no indicase medidas alternativas ni ofreciera prestar caución suficiente, no procederá en ningún caso la oposición a la ejecución y así se dispondrá de inmediato, sin que sea posible interponer recurso alguno al respecto (art. 528 LEC *in fine*).

---

(30) Sobre las últimas decisiones jurisprudenciales al respecto, véase PICÓ I JUNOY, J., «La interpretación judicial de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Revista Jurídica Española La Ley*, n.º 5568, 18 de junio de 2002 (Tomo IV), p. 1890.

En todo caso, de estimarse la oposición planteada en el supuesto referido, únicamente se denegará la actuación ejecutiva concreta frente a la que se haya planteado, prosiguiendo conforme a lo dispuesto legalmente las restantes actividades propias del procedimiento de apremio instado.

#### IV.4. Costas de la ejecución

Como es lógico, el ejecutado puede optar por pagar —en vez de oponerse— aquello a lo que haya sido condenado en la Sentencia cuya ejecución provisional haya sido objeto de despacho. Esta postura daría lugar al sobreseimiento ésta última, dado lo innecesario de la misma en tal caso.

Ahora bien, surge la duda de si, de tener lugar la situación descrita, el deudor debería correr también con el pago de las costas devengadas a resultas de la ejecución provisional planteada.

Si nos atenemos a lo dispuesto en el artículo 531 LEC, que establece la suspensión de la ejecución provisional de pronunciamientos de condena al pago de cantidades de dinero líquidas cuando el ejecutado pusiere a disposición del Juzgado —con el fin que a su vez se pongan en manos del ejecutante— la cantidad a la que hubiere sido condenado más los intereses que correspondan y las costas generadas hasta ese preciso instante, parece colegirse sin temor a equivocarnos que, efectivamente, el deudor correrá con el pago de las costas devengadas en la ejecución. De hecho, es el único medio del que dispone para conseguir la suspensión de ésta última.

Sin embargo, cierto sector doctrinal considera que, en el caso de que el ejecutado se aquiete a la ejecución provisional despachada, pagando así el principal y los intereses debidos a resultas de la condena, no estará obligado a satisfacer las costas derivadas de la ejecución (31).

A fin de cuentas, la Sentencia que es objeto de recurso no constituye en la práctica un título de ejecución hasta que esta última no es solicitada por el beneficiado a tenor del fallo judicial, y el órgano jurisdiccional competente procede a despacharla. Por ello, ya que instar la ejecución provisional es una facultad que se otorga a la parte favorecida por la Sentencia, no parece lógico que el devengo o no de las costas de aquélla dependa de que dicho beneficiario haga uso o no de tal facultad.

Además, razona el sector doctrinal mencionado que, según dispone el artículo 395.1 LEC, «Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el Tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado»; con lo que en el supuesto que analizamos —el aquietamiento del deudor— habría de concluirse en igual sentido, al entender que el ejecutado provisionalmente se está allanando a la demanda ejecutiva por la que se pide su ejecución provisional.

Por todo ello, se concluye —acertadamente a nuestro criterio— que el ejecutado que proceda de la manera descrita, únicamente deberá hacer frente a las costas devengadas si con carácter previo se hubiese opuesto a la ejecución solicitada o bien

---

(31) *Vid.* PÉREZ DE LA CRUZ OÑA, J., «La ejecución provisional en la Ley de Enjuiciamiento Civil a debate», *Revista Jurídica Española La Ley*, n.º 6215, 22 de marzo de 2005, p. 272.

hubiese hecho caso omiso a la misma, permitiendo la realización de actividades ejecutivas concretas.

En opinión del profesor CENIZO GARDUÑO, deberá eximirse del pago de las costas de la ejecución al deudor que, en el plazo de 20 días desde que se le notifique el despacho de la ejecución provisional, proceda —sin mediar oposición a la misma— a la consignación o a la puesta a disposición del órgano jurisdiccional de la cantidad por la que se haya despachado aquélla (32).

## V. Confirmación o revocación de la ejecución provisional

A propósito del recurso que el litigante condenado pueda formular con respecto a la Sentencia contraria a sus intereses, dando lugar a la posible solicitud de contrario de la oportuna ejecución provisional, hemos referido una situación —la más problemática sin duda— que puede suscitarse en el caso en que el referido recurso planteado fuere finalmente estimado por el Tribunal encargado de su resolución: la necesaria revocación de la decisión judicial recurrida y, por ende, de lo ejecutado con carácter provisional con fundamento en ella.

Efectivamente, en general, la decisión impugnada cuya ejecución provisional se concedió puede, en el momento en que adquiera firmeza, bien confirmar en su totalidad el fallo condenatorio que haya sido ya provisionalmente ejecutado, bien revocar —total o parcialmente— la Sentencia ejecutada.

A fin de cuentas, la ejecución provisional está realmente sometida a una condición resolutoria —por eso a veces se habla más que de una «ejecución provisional», de una «ejecución condicionada»— que hace depender aquélla del resultado del recurso interpuesto (33).

De este modo, como vamos a analizar, los mayores problemas van a surgir de la necesaria reversión de los actos ejecutivos realizados si la referida condición resolutoria se cumple —estimación del recurso, revocación de la Sentencia y consecuente vuelta atrás de lo ejecutado provisionalmente— dando lugar igualmente al resarcimiento a la parte ejecutada de los daños y perjuicios que se le hayan causado como consecuencia de la ejecución provisional.

Con todo, como nos recuerda el profesor FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, «la nueva LEC es mucho más considerada con el ejecutante que solicitó la ejecución provisional, aunque la Sentencia fuera después revocada, que con el ejecutado que sufrió (¿indebidamente?) la ejecución provisional. O lo que es igual: la nueva LEC está mucho más interesada (incluso obsesionada) en facilitar la ejecución provisional (cualquiera que sea la resolución) que en establecer mecanismos que permitan la plena satisfacción económica de quien sufrió indebidamente una ejecución provisional» (34).

(32) Vid. CENIZO GARDUÑO, S., «La Ejecución provisional», en AA. VV. (SOSPEDRA NAVAS, F. J. coord.), *Tratado Práctico del Proceso Civil*, Tomo III (Ejecución y Procesos Especiales), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 95.

(33) Vid. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *La Ejecución Forzosa y las Medidas Cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium, Madrid, 2001, p. 160.

(34) Vid. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *La Ejecución Forzosa y las Medidas Cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium, Madrid, 2001, p. 160. En el mismo sentido se manifiesta la profesora ACHÓN



Desde el punto de vista legislativo, se regula esta cuestión en la Sección 2.ª del Capítulo I, dentro del Título II, Libro III de la vigente LEC, bajo la rúbrica «De la revocación o confirmación de la Sentencia provisionalmente ejecutada».

### V.1. La confirmación de la Sentencia de instancia

Una vez resuelto el recurso eventualmente presentado por el condenado —y provisionalmente ejecutado— si la Sentencia dictada al respecto resultare desestimatoria, ello implicará la automática confirmación de la decisión emitida por el órgano jurisdiccional de primera instancia y, por ende, de lo ejecutado de forma provisional hasta ese momento.

Si, del mismo modo, la decisión confirmatoria no admite recurso posterior o bien, aún siendo éste posible, no se plantea en tiempo y forma, la ejecución provisional pasará a transformarse, como no podría ser de otra manera, en definitiva.

Así lo determina expresamente el artículo 532 de la vigente LEC cuando señala:

«Si se dictase Sentencia que confirme los pronunciamientos provisionalmente ejecutados, la ejecución continuará si aún no hubiera terminado, salvo desistimiento expreso del ejecutante.

Si la Sentencia confirmatoria no fuera susceptible de recurso o no se recurriera, la ejecución, salvo desistimiento, seguirá adelante como definitiva».

Desaparece así la condición resolutoria que menciona FERNÁNDEZ-BALLESTEROS y que pesaba sobre la ejecución provisional despachada, con lo que si ésta no hubiese aún finalizado, se continuará hasta su terminación y, si se hubiere llevado a cabo hasta la plena satisfacción del ejecutante —lo más habitual por otra parte— se entenderá que queda perfectamente consolidada o confirmada, eludiendo así el peligro latente de su revocación que hasta ahora pesaba sobre ella (35).

### V.2. La revocación de condenas dinerarias

Tal como hemos descrito anteriormente, si el fallo de la Sentencia condenatoria dictada en primera instancia tuviere un contenido dinerario y fuere objeto de una total revocación, se procederá a sobreseer la ejecución provisional realizada, debiendo devolver el ejecutante —como establece el artículo 533 LEC— la cantidad que hubiere

---

BRUÑÉN, cuando, a propósito de la revocación de las Sentencias ejecutadas provisionalmente, refiere textualmente que la vigente LEC «regula con escaso éxito esta cuestión, habida cuenta que el legislador ha apostado de lleno por los intereses del ejecutante, al que exime para solicitar la ejecución provisional de la prestación de caución, sin reparar en el riesgo de su posible insolvencia, lo que opera en detrimento del ejecutado al que se le pueden causar perjuicios irreparables o cuya reparación se dilate en exceso en el tiempo, lo que parece castigar su atrevimiento a recurrir, no poniendo a su disposición todos los mecanismos adecuados para restaurar la situación anterior y reparar los daños y perjuicios causados en caso de resultar revocada la Sentencia, olvidando que la ejecución provisional no se limita a adoptar meras garantías o cautelas sino que se puede consumir con la realización forzosa de bienes cuya venta deviene irreivindicable». ACHÓN BRUÑÉN, M. J., «El arduo problema de la revocación de las Sentencias ejecutadas provisionalmente», en *Actualidad Civil*, La Ley, 2008 (referencia R1464).

(35) *Vid.* FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *La Ejecución Forzosa y las Medidas Cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium, Madrid, 2001, p. 160.

percibido y reintegrándose también al ejecutado las costas de la ejecución provisional que hubiere satisfecho con anterioridad, resarciéndole igualmente, si fuere preciso, de los daños y perjuicios que le hubieren ocasionado las diversas actividades ejecutivas llevadas a cabo hasta entonces (36).

Excepcionalmente, si el ejecutante justifica que, atendiendo a la previsible duración de la ejecución y al tipo de interés aplicable, los intereses que puedan devengarse durante la ejecución más las costas de ésta superaran el límite fijado en el párrafo anterior, la cantidad que provisionalmente se fije para dichos conceptos podrá exceder del límite indicado».

Por otra parte, si el fallo que hubiere sido provisionalmente ejecutado fuere revocado únicamente de manera parcial, se procederá a devolver al ejecutado la diferencia existente entre lo percibido por el ejecutante y lo que haya sido objeto de confirmación, «con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia, anualmente, desde el momento de la percepción, el tipo del interés legal del dinero» (art. 533.2 LEC).

Asimismo, en aquellos supuestos en los que la Sentencia revocatoria aún no fuese firme, el mismo artículo 533 LEC señala que las cantidades e incrementos que hemos descrito, podrán pretenderse por vía de apremio ante el propio Tribunal que hubiere sustanciado la ejecución provisional (37).

En definitiva, el ejecutante que vea revocada la Sentencia que constituya el título para su actuación ejecutiva, si interpone recurso frente a la decisión de segunda instancia —que actúa como revocante de la dictada en la primera— deberá devolver las cantidades que hubiere percibido, lo cual se le podrá incluso reclamar a través de la vía de apremio.

### V.3. La revocación de condenas no dinerarias

Tal como reza el artículo 534 LEC, si la resolución que fuere objeto de revocación fuere una Sentencia en la que se hubiere condenado a una de las partes a la entrega a la otra de un bien determinado que no fuese dinero, se procederá a la restitución de éste último al ejecutado en el concepto en que lo hubiere tenido, más las rentas, frutos o productos, —es decir, todo lo que se hubiere obtenido si no se hubiere llevado a cabo la ejecución provisional— o el valor pecuniario de la utilización del bien.

---

(36) Se entenderá en todo caso que la cantidad que hubiere sido percibida por el ejecutante incluirá los intereses devengados, tal como se deduce de lo establecido en el artículo 575.1 LEC, el cual refleja que la ejecución «se despachará por la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva en concepto de principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos, incrementada por la que se prevea para hacer frente a los intereses que, en su caso, puedan devengarse durante la ejecución y a las costas de ésta. La cantidad prevista para estos dos conceptos, que se fijará provisionalmente, no podrá superar el 30 por 100 de la que se reclame en la demanda ejecutiva, sin perjuicio de la posterior liquidación.

(37) Y si dicha Sentencia revocatoria deviene firme, también podrá acudir a la vía de apremio para garantizar su cumplimiento, ya que «quien puede lo más puede lo menos». *Vid.* ACHÓN BRUNÉN, M. J., «El arduo problema de la revocación de las Sentencias ejecutadas provisionalmente», en *Actualidad Civil*, La Ley, 2008 (referencia R1464).

Si no fuere posible la restitución señalada, de hecho o de derecho, podrá entonces solicitar el ejecutado que se le indemnice por los daños y perjuicios que se le hayan causado (art. 534.1 LEC).

Si la revocación afectase a una Sentencia comprensiva de una condena no dineraria consistente en un hacer y éste se hubiera realizado ya, podrá solicitarse que se deshaga lo hecho indemnizándose al mismo tiempo el ejecutado por los daños y perjuicios que se le hubieren causado (art. 534.2 LEC).

Del mismo modo, si la Sentencia revocatoria no fuere firme, todas las actuaciones restitutorias descritas se llevarán a cabo por la vía de ejecución ante el Tribunal competente para conocer de la ejecución provisional (art. 534.3 LEC).

#### **V.4. Plazo para ejercitar la revocación**

En general, la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil no establece cuál es el plazo en el que el ejecutado provisionalmente podrá instar la revocación de la Sentencia efectivamente ejecutada, al haber prosperado, en su caso, el recurso presentado contra ella.

Así, si la Sentencia estimatoria del citado recurso deviene firme, podrá presentarse la demanda ejecutiva frente al ejecutante provisional en el plazo de cinco años desde que fuere declarada aquella firmeza y siempre respetando el plazo inicial de veinte días destinado al cumplimiento voluntario del condenado —que no es otro que el inicialmente beneficiado por la Sentencia ahora revocada en vía de recurso— (38).

Por el contrario, si la Sentencia que hubiere estimado el recurso —revocando por tanto la decisión de instancia— fuere a su vez objeto de impugnación, los plazos anteriores no serán de aplicación sino que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 535.2 LEC, la ejecución provisional de la Sentencia de segunda instancia podrá solicitarse en cualquier momento desde la notificación de la resolución en la que se tenga por preparado el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación y siempre antes de que haya recaído Sentencia en dichos recursos.

#### **V.5. La oposición a la ejecución de la Sentencia revocatoria**

Como cualquier otro ejecutado, el inicialmente ejecutante provisional —y ahora obligado a cumplir con la Sentencia revocatoria dictada en segunda instancia— podrá oponerse a la ejecución de ésta última utilizando cualquiera de los medios de oposición legalmente establecidos.

---

(38) Así se deduce de lo establecido en los artículos 518 y 548 de la LEC que, respectivamente, señalan: «La acción ejecutiva fundada en Sentencia, en resolución judicial que apruebe una transacción judicial o un acuerdo alcanzado en el proceso o en resolución arbitral caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la Sentencia o resolución»; y «El Tribunal no despachará ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales o de convenios aprobados judicialmente dentro de los veinte días posteriores a aquél en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado».

Con lo cual, si la decisión revocatoria fuere firme, el ejecutado podrá oponerse amparándose en las causas que el artículo 556 y siguientes de la LEC refieren con relación a la ejecución definitiva (39).

Si la Sentencia que declarase la revocación hubiere sido igualmente recurrida, el ejecutado sólo podrá oponerse a actuaciones ejecutivas concretas, a tenor de lo dispuesto en el anteriormente mencionado artículo 533 de la LEC, que nos remite al apartado 3 del artículo 528 LEC; si bien, como puntualiza la profesora ACHÓN BRUÑÉN, resulta más acertado aplicar en este supuesto el artículo 534.4 LEC, que posibilita a su vez la aplicación del referido art. 528 LEC en toda su extensión, puesto que si la ejecución provisional de una condena no dineraria no se hubiere hecho efectiva *in natura* sino por el equivalente pecuniario, deberán tomarse en consideración las prescripciones legales referentes a la revocación de Sentencia de contenido dinerario, sin que el ahora ejecutado pueda alegar —lógicamente— la imposibilidad de restauración de la situación anterior, ya que esta causa de oposición sólo es comprensible en el caso de que la ejecución provisional y la revocación provisional de la Sentencia no dineraria se efectúen en sus propios términos.

En cualquier caso, si el ejecutado se opusiese a la ejecución provisional de una decisión revocatoria no dineraria, alegando la imposibilidad o extrema dificultad de retornar a la situación anterior o de verse compensado económicamente, deberá desestimarse su oposición si en el previo proceso de ejecución provisional seguido frente al actual ejecutante, éste hubiese realizado la misma alegación y sin embargo no hubiere sido estimada, salvo que la citada ejecución hubiese continuado porque el entonces ejecutante hubiera prestado una caución que permitiese proseguir la ejecución y el ahora ejecutante no estuviese conforme en prestarla (40).

De todas las maneras, el ejecutado podrá alegar las mismas causas de oposición que en la ejecución definitiva, con independencia de cuál sea el contenido de la condena.

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(39) Dice al respecto ACHÓN BRUÑÉN: «Así, por ejemplo, en el caso de que se pretenda que la revocación alcance más allá de lo que la Sentencia firme permite, el ejecutante provisional (ahora ejecutado) podrá interponer recurso de reposición y, si se desestimare, de apelación contra la resolución que, infringiendo el contenido del título ejecutivo exceda el ámbito de la revocación, aún cuando ésta sea el propio auto despachando ejecución, ya que el art. 563 de la LEC se debe considerar *lex specialis* de aplicación preferente al art. 551.2, el cual predica la irrecurribilidad del auto despachando ejecución». ACHÓN BRUÑÉN, M. J., «El arduo problema de la revocación de las Sentencias ejecutadas provisionalmente», en *Actualidad Civil*, La Ley, 2008 (referencia R1464).

(40) *Vid.* ACHÓN BRUÑÉN, M. J., «El arduo problema de la revocación de las Sentencias ejecutadas provisionalmente», en *Actualidad Civil*, La Ley, 2008 (referencia R1464).

**LABURPENA:** Prozedura Zibileko Legearen berrikuntza nagusietako bat «behin-behineko betearazpena» da, 524-537 artikuluetan arautua. Bertan, auzialdiko Epaia ahalik eta gehien atzeratu asmoz jarritako helegiteen problema konpontzen saiatzeko tresna bat dator, nahiz eta behin-behinean betearazitako ebazpena atzera botatzeko arriskua dagoen, helegitea azkenean onartuz gero.

**HITZ GAKOAK:** Betearazpena. Behin-behinekoa. Araubidea. Prozedura. Atzera botatzea.

**RESUMEN:** Una de las novedades más importantes introducidas por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, es la denominada «ejecución provisional», regulada en los artículos 524 a 537 de la disposición citada, mediante la cual se instaura un mecanismo a través del que se ha tratado de dar solución al problema de que se pudiesen interponer recursos de apelación con un ánimo exclusivamente dilatorio, consiguiendo así el objetivo de retrasar por el máximo tiempo posible el cumplimiento de lo ordenado en la Sentencia de instancia, asumiendo en todo caso el riesgo de que finalmente la resolución provisionalmente ejecutada pueda ser objeto de revocación si el recurso interpuesto resulta finalmente estimado.

**PALABRAS CLAVE:** Ejecución. Provisional. Regulación. Procedimiento. Revocación.

**ABSTRACT:** One of the most important news introduced by the current Act of Civil Procedure is the so called interim execution laid down in articles 524 to 537 of the aforementioned provision by way of the establishment of a mechanism through which a solution to the problem caused by lodging appeals with an exclusive stalling intention tries to be solved, thereby getting the objective of delaying as long as possible the compliance with the first instance judgment, assuming in any case the risk that eventually the resolution provisionally executed might be reversed if the lodged appeal is estimated.

**KEYWORDS:** Execution. Interim. Regulation. Procedure. Reversal.



# La inviolabilidad del Parlamento Vasco y el Poder Judicial

Iñaki Lasagabaster Herrarte

**Sumario:** I. La división de poderes: un principio problemático en su aplicación.—II. La inviolabilidad del Parlamento: su significado. II.1. La protección penal de la inviolabilidad parlamentaria. II.2. La regulación de la inviolabilidad parlamentaria. II.3. La autonomía organizativa del Parlamento: en especial los grupos parlamentarios.—III. Una experiencia reciente: el procesamiento de la mesa del Parlamento Vasco. III.1. El mandato al Parlamento Vasco ordenando la disolución de un grupo parlamentario: descripción de su proceso de judicialización. III.2. La Sentencia del Tribunal Constitucional 205/2013. III.2.A. Derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia. III.2.B. El principio de igualdad y el principio acusatorio. III.2.C. Otras cuestiones suscitadas en esta Sentencia 205/2013. III.2.D. La STC 50/2008 y la anulación de resoluciones del Parlamento Vasco por la Sala 61 LOPJ del Tribunal Supremo. III.2.D.A. Descripción del supuesto. III.2.D.B. La respuesta del Tribunal Constitucional a estos hechos. III.2.D.C. Reseña crítica de la STC 50/2008.—IV. Una mirada al derecho comparado: análisis de la relación Parlamento de los *länder* y Poder Judicial en la República Federal de Alemania.—V. Recuperar la división de poderes: una propuesta de modificación normativa. —VI. A modo de consideración final.

## I. La división de poderes: un principio problemático en su aplicación

El principio de separación de poderes constituye junto con el respeto de los derechos fundamentales el fundamento de las Constituciones modernas, lo que permite decir que un Estado tiene Constitución. Así lo dijeron los revolucionarios franceses, tal como lo atestigua la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano cuando dice taxativamente en su artículo 16 que «Toda sociedad en la cual no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes no tiene Constitución».

Esta idea ha sido resaltada por la doctrina, que coincide en afirmar su importancia<sup>(1)</sup>. Dicho el principio, su aplicación no resulta una labor plana. Los grandes principios tienen problemas importantes en su aplicación, condicionada destacadamente en cada caso por su historia constitucional. La relación entre los tres poderes, y más

---

(1) Hay que destacar en este aspecto GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4.ª edic., Civitas, Cizur Menor, 2007, pp. 27 y ss.

tarde con el surgimiento de los Tribunales Constitucionales, ha evidenciado que el principio de separación de poderes se vincula directamente con otros principios constitucionales como la soberanía o el valor de las normas jurídicas. Estas últimas a su vez reflejaban en sus relaciones la tensión existente entre poder constituyente y poder constituido, entre Gobierno y Parlamento, entre el Parlamento y los tribunales. Si se mira la evolución del constitucionalismo centro europeo, la contradicción principio democrático — principio monárquico como fuente de legitimación del poder se traslada a la teoría de las fuentes con el principio de reserva de ley(2). Aquello que está reservado al Parlamento, es decir a la ley, no puede ser competencia del monarca, de las normas que tienen su origen en el poder ejecutivo. En una lectura actual, la reserva de ley sería un principio resultante del derecho de participación política, que en una democracia requiere una intervención del Parlamento para regular ciertas materias. Sin esa intervención el derecho de participación política, en su dimensión parlamentaria, sería un derecho huero y el sistema no tendría legitimidad democrática.

De la misma forma, el respeto de los derechos de la ciudadanía ha hecho surgir la teoría de la generalidad de la ley, para evitar las leyes de caso único, donde el propio Parlamento pudiera actuar contra la ciudadanía sin que ésta pudiera defenderse, ya que las leyes serían inmunes al poder judicial. Si una ley no es general, no sería ley, no contendría un mandato jurídico general, y en consecuencia podría entenderse que no disfruta esa norma de las características que le pudieran corresponder como tal ley. La amenaza de las leyes de caso único ha vuelto de forma acentuada en la actualidad, tal como lo evidencian los numerosos casos en que el Tribunal Constitucional se ha tenido que pronunciar sobre ellas(3). Si hace unos años llamó la atención en esta materia el conocido caso RUMASA, en la actualidad se ha producido una eclosión de este tipo de normas. La razón no es otra que el intento de evitar el control por la jurisdicción ordinaria de ciertas actividades de los poderes públicos, de las diferentes Administraciones, para lo que se acude a la aprobación de una ley. Si un proyecto constructivo puede condicionarse al recurrir las decisiones administrativas ante los tribunales ordinarios, nada más fácil que aprobar una ley que excluye, por su propia naturaleza jurídica, el control de esos tribunales. Con motivo de la construcción del pantano de Irati(4) se inició este devenir, que ha acabado en convertirse en epidemia. En todos estos supuestos, además de otros principios, estaría presente el principio de separación de poderes. Se trata en todos estos casos de precisar lo que puede hacer el Parlamento, el gobierno o los tribunales. Continuando con la descripción, interesa llamar la atención sobre una categoría tan característica del actuar administrativo como la discrecionalidad. Si bien en un principio se consideraba la discrecionalidad como una característica que hacía a la Administración inmune al control de los tribunales, en la actualidad el ámbito de la discrecionalidad se encuentra cada vez más ahor-

---

(2) Véase sobre esta cuestión LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Las relaciones de sujeción especial*, IVAP/ Civitas, Madrid, 1994, pp. 45 a 47.

(3) Véase recientemente sobre este fenómeno SANTAMARÍA ARINAS, René Javier, «Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina “Boxus” por el Tribunal Constitucional español», *Revista de Administración Pública*, 2013, 193, pp. 165 y ss.

(4) BEAUMONT, M.<sup>º</sup> José y BEAUMONT, José Luis, «El embalse de Itoiz. Historia y situación actual», *leZ*, 2003, 1, pp. 47-65.



mada. Así se evidencia con el control por los tribunales de una potestad tan caracterizadamente discrecional como la concesión de indultos. Hasta potestades como la planificadora, así en materia urbanística, se han visto sometidas a ese control judicial. La que podría denominarse reserva de administración se ha visto cada vez más afectada por el control judicial.

Los conflictos entre los tres poderes se acrecientan en presencia de Estados de estructura compuesta, donde los Estados federados, *Länder*, Regiones o Comunidades Autónomas reproducen en su interior los conflictos antes descritos, añadiendo además los conflictos con la Federación o con el Estado central. En el caso de la CAPV se regulan a su vez los conflictos entre las Instituciones centrales y los Territorios Históricos, correspondiendo resolverlos a la Comisión Arbitral. Al estar garantizada constitucionalmente, la autonomía local ha hecho surgir también un procedimiento para su garantía(5).

De todos estos conflictos el menos trabado jurídicamente es el producido entre los tribunales ordinarios y los órganos representativos, en especial los Parlamentos. Si se produce un conflicto entre los tribunales y la Administración es posible acudir a la ley de conflictos jurisdiccionales(6). Así está previsto en la Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales. Ahora bien, si la contradicción es con el Parlamento ¿cómo solucionarlo? Esta pregunta no es retórica, habiéndose producido distintas situaciones reales que la ejemplifican. Empezando por la más lejana en el tiempo, de la que se tiene noticia, habría que recordar el mandato dirigido por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias al Parlamento asturiano requiriéndole para que se incluyera en el orden del día del siguiente pleno parlamentario la inclusión de un punto, en concreto el nombramiento de sus representantes en los órganos de Gobierno de la Caja de Ahorros. Los servicios jurídicos del Parlamento asturiano se dirigieron al Consejo General del Poder Judicial, provocando esa intervención que el Tribunal de Justicia retirase aquél requerimiento al Parlamento asturiano, desapareciendo de esta forma el conflicto.

En un caso de gran relevancia pública y jurídica, pero en todo caso similar al anterior, el Tribunal Supremo dirigió un mandato a los Presidentes del Gobierno vasco y del Gobierno de Navarra para que comunicaran a los Presidentes de los respectivos Parlamentos que procedieran a la disolución de los grupos parlamentarios que actuaran bajo la denominación de Batasuna. El Presidente del Parlamento vasco contestó al Tribunal Supremo señalando que no existía ningún grupo con ese nombre, y los que antes lo constituyeron en ese momento se integraban bajo la denominación de Grupo ABGSA. Al mismo tiempo, la Mesa del Parlamento remitió una previa resolución suya donde señalaba la diferencia existente entre partidos políticos y grupos parlamentarios, realidades jurídicas diferentes, correspondiendo a la Mesa del Parlamento preservar su ámbito de autoorganización y autonomía. De acuerdo con esta resolución por tanto era necesaria una decisión de los órganos parlamentarios correspondientes, adoptado de acuerdo a su vez con el propio Reglamento de la Cámara, para poder proceder a la disolución de un grupo parlamentario. Complicándose un poco más el asunto, en aquellas épocas un tanto movidas de la actividad política, el Presidente del

---

(5) La LO 7/1999 introdujo el Capítulo IV de la LOTC regulador de los conflictos en defensa de la autonomía local.

(6) LO 2/1987, de Conflictos jurisdiccionales. Véase la nota introductoria a esta Ley de MARTÍN REBOLLO, Luis, *Leyes Administrativas*, 20 edic., Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1687 y 1688.

Parlamento dictó resolución estableciendo que los parlamentarios integrados en el grupo parlamentario deberían pasar al Grupo Mixto si el partido político en cuyas listas fueron elegidos fuera disuelto. Esta resolución debería contar con el parecer favorable de la Junta de Portavoces, Junta que lo rechazó el 6 de junio de 2003. En consecuencia, el Presidente del Parlamento vasco remitió oficio a la Presidencia del Tribunal Supremo señalándole todas las actuaciones llevadas a cabo para la ejecución del auto de 24 de abril de 2003, que ordenaba la disolución. El 18 de junio de 2003 el Tribunal Supremo dicta Auto en el que, apercibiendo de la posible responsabilidad penal, exige que se acate lo decidido judicialmente.

Más recientemente, un parlamentario del Parlamento de la CAFN se ha dirigido a los tribunales del orden contencioso-administrativo con la pretensión de evitar que se llevara a cabo la propuesta de dos grupos parlamentarios de crear una comisión de investigación en el Parlamento foral navarro sobre los sobresueldos en el Partido Popular. Además de la sorpresa de que un parlamentario acuda a este procedimiento para evitar la constitución de una comisión de investigación, técnicamente llama poderosamente la atención que este recurso se plantee ante la jurisdicción ordinaria, en concreto ante los tribunales del orden contencioso-administrativo (7). Este parlamentario retiró oportunamente la demanda, antes de que los tribunales tuvieran ocasión de recordarle que no eran competentes en esa materia.

Hasta aquí un relato de algunos problemas suscitados en el funcionamiento del principio de separación de poderes, que resulta especialmente llamativo y preocupante desde una perspectiva democrática en el caso de las relaciones Parlamentos — poder judicial. Procede a continuación describir una categoría fundamental para el análisis perseguido en este trabajo que no es otra que la inviolabilidad del Parlamento (8).

---

(7) El ex-parlamentario Jaime Ignacio Del Burgo plantea el recurso ante la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de la Comunidad Foral de Navarra como consecuencia de la constitución de una comisión de investigación sobre los sueldos en el PP, en el conocido como asunto Bárcenas. El parlamentario retiró el recurso ante el Tribunal, a la luz del argumentario presentado por el Parlamento. No está jurídicamente prevista ninguna competencia del orden contencioso administrativo para controlar la actividad parlamentaria. Al ex-parlamentario solamente le quedaba la posibilidad de acudir al Tribunal Constitucional. De hacerlo así, pretendería que se decretara por este Tribunal la suspensión cautelar de una votación que se iba a realizar en el Parlamento de Navarra para la constitución de dicha comisión de investigación. Una decisión de este tipo sería realmente insólita, el Tribunal Constitucional tendría que haberla adoptado también en un plazo de tiempo muy breve. Los hechos no dejan de producir sorpresa, ya que se habría creado una comisión sobre los sobresueldos del PP en los órganos parlamentarios centrales y no tendría ninguna justificación que se pudiera impedir la constitución de esa comisión en el Parlamento foral de Navarra. Hay que recordar que el ex-parlamentario Jaime Ignacio Del Burgo tuvo que declarar en la Audiencia Nacional como testigo, corroborando dicha declaración la veracidad de los papeles de Bárcenas y su papel repartiendo sobres con sobresueldos a algunos miembros de su partido (véanse las publicaciones de la prensa diaria de finales del mes de agosto del año 2013. Por ejemplo pueden consultarse Diario de Navarra de 21 de agosto de 2013, Gara de 30 de agosto de 2013, Deia de 22 de agosto de 2013).

(8) Sobre esta cuestión pueden verse las obras generales sobre la jurisdicción contencioso-administrativa o los comentarios sistemáticos a la Ley 29/1998, reguladora de la misma. Entre la doctrina y en esta materia podrían resaltarse algunos trabajos como los de MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo, «El control por el Tribunal Constitucional de la actividad no legislativa del Parlamento», *Revista de Administración Pública*, 1985, 107, pp. 79-146; De SAINZ MORENO, Fernando, tienen interés los trabajos «Actos parlamentarios y jurisdicción contencioso-administrativa», *Revista de Administración Pública*, 1988, 115, pp. 233-255. A pesar de la fecha ya lejana en el tiempo, hay que recordar el trabajo de DIEZ-PICAZO, Luis M.<sup>a</sup>, *La autonomía administrativa de las Cámaras Parlamentarias*, Real Colegio de España, Bolonia, 1985.

## **II. La inviolabilidad del Parlamento: su significado**

La inviolabilidad del Parlamento constituye un principio que todos los ordenamientos acogen, lo hagan de forma expresa y en la propia norma constitucional o en sus normas institucionales básicas, o bien se considere implícito, como una característica ínsita, inevitable e imprescindible de la Institución. En muchos casos, la ausencia de previsión normativa recogiendo el principio puede ser deudora de una creencia en su innecesariedad, ya que sería obvio que la falta de libertad del Parlamento, su posible condicionamiento por otro poder, pondría en cuestión la existencia misma de la democracia. Por esta razón, a pesar de estar previsto en algunos casos y ser admitido doctrinalmente, los posibles controles sobre las leyes, es decir sobre los productos normativos propios de los Parlamentos, se van a reconocer lentamente en Europa, en algunos sin admitirlo, véase la situación en el Reino Unido y en Francia, aunque la preeminencia de la Constitución y el sometimiento de la ley a sus dictados es una característica del modelo americano, en vigor ya desde los albores del siglo XIX(9). En estos casos de primacía de la Constitución no se pone en cuestión el funcionamiento del Parlamento; su actuación libre e incondicionada. La representación parlamentaria decide libremente, sin ver mediatizada su decisión por un elemento externo. La inviolabilidad se manifiesta cuando se trata de evitar el normal funcionamiento de las Cámaras, intentando impedir el ejercicio de sus potestades.

### **II.1. La protección penal de la inviolabilidad parlamentaria**

El Derecho penal responde a estas exigencias democráticas, estableciendo una serie de delitos relacionados con la división de poderes y la inviolabilidad de los Parlamentos.

El delito de rebelión que se produce cuando hay un alzamiento violento y público que persigue disolver cualquiera de las Cámaras u obligar a deliberar o resolver en una determinada forma(10). En el capítulo del Código Penal relativo a los delitos contra las instituciones del Estado y la división de poderes se prevén delitos contra cada una de las instituciones, conteniéndose el delito específico contra la división de poderes. Otros delitos previstos son los de invasión con fuerza y violencia en la sede de los Parlamentos(11), la realización de manifestaciones o reuniones ante las sedes parlamentarias cuando están reunidas(12), el intento de penetrar en las sedes de los Parlamentos para presentar peticiones portando armas o instrumentos peligrosos(13), la injuria a las Cámaras encontrándose en sesión(14), perturbar el orden de las sesio-

---

(9) Véase *MARBURY*, Madison, 1805.

(10) Art. 472.4 CP.

(11) Art. 493 CP.

(12) Art. 494 CP.

(13) Art. 495 CP.

(14) Art. 496 CP.

nes(15), los que utilizando fuerza, violencia o amenaza coarten la manifestación de opiniones para la emisión de voto en los Parlamentos(16), la detención por parte de una autoridad o funcionario público de un parlamentario sin cumplir los requisitos establecidos en la ley(17), la inculpación a un parlamentario por parte de la autoridad judicial sin cumplir los procedimientos legales(18), o los supuestos en los cuales una autoridad o funcionario público quebrantare la inviolabilidad de los Parlamentos(19). De todos estos preceptos hay que reseñar los artículos 499, 500 y 501, que de manera específica afectan a la división de poderes.

No hay que hacer un especial esfuerzo interpretativo para concluir que estos preceptos tienen como finalidad proteger el libre funcionamiento de la institución parlamentaria, sin que pueda darse lugar a ingerencias de ningún tipo, sean éstas de carácter violento o simplemente cuando impiden el desarrollo pacífico y sin condicionamientos externos de las sesiones parlamentarias. Tal como se deduce de la propia regulación, los Parlamentos pueden verse condicionados por la actuación de particulares(20) o de otras autoridades. La normativa persigue su protección en todo caso, tal como se evidencia en los preceptos relatados. Esto quiere decir que la regulación penal prevé como conductas delictivas aquéllas dirigidas contra la institución parlamentaria y que puedan provenir también del poder judicial(21).

## II.2. La regulación de la inviolabilidad parlamentaria

La inviolabilidad como categoría jurídica aparece en diferentes preceptos constitucionales refiriéndose a la corona, al domicilio, a la inviolabilidad de los Diputados y Senadores o bien a la inviolabilidad del Parlamento(22). En los tres primeros casos la referencia a la inviolabilidad se hace como un tributo de un poder público, no extendiéndose la misma ni al Gobierno ni al poder judicial. Cuando se hace referencia a la inviolabilidad del Parlamento sin embargo se está haciendo referencia a una supra categoría jurídica. Con ella se quiere hacer referencia a la autonomía reglamentaria de las Cámaras, a la autonomía de sus órganos de gobierno, a la autonomía del estatus de los parlamentarios, y a otros aspectos que podrían señalarse en esta cuestión. Con todos ellos parece que quiere afirmarse que los Parlamentos tienen un punto de preeminencia sobre

---

(15) Art. 497 CP.

(16) Art. 498 CP.

(17) Art. 500 CP.

(18) Art. 501 CP.

(19) Art. 499 CP.

(20) Pueden recordarse aquí los hechos acaecidos el 15 de junio de 2011, ante el Parlamento de Cataluña, cuando un grupo de personas intentó impedir la reunión de la Cámara. Esto obligó a que una treintena de Diputados llegaran al Parlamento catalán en helicóptero y otros cincuenta en furgones policiales. Este sería un típico caso de intento de impedir el funcionamiento de la Cámara parlamentaria que el Código Penal castiga con pena de hasta cinco años de cárcel. Como consecuencia de estos hechos se sustanciaron los correspondientes procedimientos penales, siendo condenados penalmente algunos de los intervinientes.

(21) Se ha tratado esta cuestión en LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, *Derecho de manifestación, representación política y juez penal (En torno a algunos autos del juez Garzón)*, IVAP, Oñate, 2003, pp. 79 y 80.

(22) Véase respectivamente arts. 56.3, 18.2 y 71.1 CE.

los demás órganos previstos en cualquier sistema democrático. Tal como lo ha definido la doctrina italiana(23), la inviolabilidad no se agotaría haciendo referencia a cuestiones concretas de la misma, sino que con ella se pone de manifiesto lo que se podría llamar una garantía de las garantías, una supremacía, una preeminencia del órgano parlamentario ante los órganos que configuran las instituciones públicas estatales o autonómicas. Esta preeminencia hace que ese órgano, en el ejercicio de sus funciones y competencias, debe estar ausente de interferencias de los demás poderes públicos(24). Esta importancia del concepto no hace que se recoja en los textos legales, por entenderse, tal como se ha dicho anteriormente, que estaría implícito e insito en el mismo carácter de la democracia parlamentaria. Algunas Constituciones sin embargo lo recogen, como es el caso de la Constitución danesa de 1953, de la Constitución española de 1978 y de las normas estatutarias. En el caso concreto, tanto la LORAFNA como el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma del País Vasco recogen la inviolabilidad de las Cortes de Navarra y del Parlamento vasco(25). La inclusión en los Estatutos de esta inviolabilidad responde a la continuidad de lo dicho por la propia norma constitucional ya que se entiende que los Parlamentos tienen todos ellos la misma naturaleza jurídica. En lo que hace a la CE, la introducción en la misma de la inviolabilidad se debió a una enmienda que justificaba esa inclusión por la necesidad de que las Cámaras no pudiesen ser «interferidas ni coaccionadas ni en sus propias funciones ni en los locales en los que las desarrollan»(26). La importancia de la institución no requiere que la misma sea desarrollada por otras normas, sino que la garantía penal, tal como se ha visto anteriormente, sería suficiente para preservar el funcionamiento de esta institución.

### **II.3. La autonomía organizativa del Parlamento: en especial los grupos parlamentarios**

El Gobierno de las Cámaras parlamentarias se lleva a cabo mediante normas dictadas por esas mismas Cámaras. En ellas se establece su forma de funcionamiento, no pudiendo interferir en la determinación de ese funcionamiento ningún otro poder del Estado. Además de lo que la Constitución pudiera establecer, las Cámaras establecen cuáles son sus órganos de gobierno, teniendo solamente como límite en su configuración además de la propia Constitución los derechos que corresponden a los parlamentarios como tales. En la mayor parte de las normas de organización parlamentaria, los conocidos como reglamentos parlamentarios, existe una Mesa del Parlamento, una Junta de Portavoces y un componente fundamental de todo esto lo constituyen los grupos parlamentarios. La actividad de estos diferentes órganos puede estar controlada por la jurisdicción contencioso-administrativa, cuando se trata de funciones materialmente administrativas, y en el resto por el Tribunal Constitucional. Los reglamentos de las Cámaras suelen establecer el número de parlamentarios necesarios para la constitución del grupo

---

(23) MANZELLA, Andrea, «Las Cortes en el sistema constitucional español» en PREDIERI, Alberto y GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo (dirs.), *La Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 488.

(24) LASAGABASTER HERRARTE, *op. cit.*, (nota 21) p. 78.

(25) Art. 13.1 LORAFNA y art. 25.2 EAPV.

(26) RECORDER DE CASSO, Emilio, «Comentario al artículo 66 de la Constitución española» en GARRIDO FALLA, Fernando (dir.), *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p. 707.

parlamentario. La intervención de la Cámara no significa una autorización para la constitución del grupo sino la constatación de que se dan los requisitos establecidos para la constitución del propio grupo. Los grupos parlamentarios al constituirse lo comunican a la Mesa, lo que deberá hacerse en un momento concreto y sometido a unos límites temporales y sustantivos. Esto quiere decir que la constitución del grupo parlamentario se produce en un momento inicial de cada legislatura, y los parlamentarios no pueden constituir grupos parlamentarios diferentes si han sido elegidos en una misma lista o si un grupo constituido pierde alguno de sus componentes sigue existiendo como tal(27). Es decir que la constitución de los grupos parlamentarios tiene un importante significado en el funcionamiento de las Cámaras y por esta razón se somete a un régimen jurídico concreto. Lo más importante de todo es constatar que los grupos parlamentarios son diferentes de los partidos políticos, a pesar de que en los casos de las listas mayoritarias haya una evidente relación de hecho entre grupo parlamentario y partido político. Jurídicamente sin embargo son dos figuras totalmente diferentes. Los problemas jurídicos derivados de la constitución de los grupos parlamentarios, que afectarían evidentemente al ejercicio de sus derechos a los parlamentarios, puede llegar a ser controlada por el Tribunal Constitucional. Ningún otro poder del Estado puede sin embargo interferir en el funcionamiento de los grupos parlamentarios, determinando su régimen jurídico o su forma de constitución. Una vez que se ha establecido en el reglamento cuántos parlamentarios son precisos para la constitución del grupo, constituye un derecho del parlamentario la constitución del grupo o su participación en el mismo de acuerdo con las previsiones legalmente establecidas en el Reglamento de la Cámara.

No entra dentro de la jurisdicción ordinaria, sea la civil, penal o contencioso-administrativa, el adoptar ninguna decisión que pueda afectar a la constitución de los grupos, a su nombre o a ninguna de sus características. Al igual que sucede con los grupos municipales, esta es una competencia propia de la potestad de autoorganización de las Cámaras, entes dotados de una autonomía propia que es garantía del desarrollo de sus funciones, en este caso de la función primordial en el Estado de Derecho que es el ejercicio de la potestad legislativa. La pérdida de la condición de parlamentario de una persona que la ha disfrutado hasta ese momento, puede tener unas consecuencias en la configuración del grupo parlamentario, pero esas consecuencias las debe establecer el propio Parlamento, no ningún órgano externo al mismo. Así lo ha entendido también la propia Ley de partidos políticos (28).

### **III. Una experiencia reciente: el procesamiento de la mesa del Parlamento Vasco**

#### **III.1. El mandato al Parlamento Vasco ordenando la disolución de un grupo parlamentario: descripción de su proceso de judicialización**

Se ha señalado al inicio del trabajo la primera sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 7 de noviembre de 2005, donde reconocida la inviolabilidad

---

(27) Véanse arts. 19 y 20 Reglamento del Parlamento vasco.

(28) Véase en este sentido el art. 12 LO 6/2002, de 27 junio, de partidos políticos.

parlamentaria de los tres acusados, fue casada por la sentencia de 10 de noviembre de 2006 del Tribunal Supremo, que anulaba la anterior y ordenaba que el Tribunal entrara en el fondo. Posteriormente se dicta la sentencia, de 19 de diciembre de 2006, por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, donde se señala que los hechos probados no eran constitutivos de delito de desobediencia. El Tribunal Supremo vuelve a dictar sentencia el 8 de abril de 2008, en virtud de la cual condena a los miembros de la Mesa de la Cámara por un delito de desobediencia. En este último caso el recurso frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 19 de diciembre de 2006, interpuesto por el Sindicato Colectivo de Funcionarios Manos Limpias, da lugar a que en casación se pronuncie el Tribunal Supremo en la referida sentencia de 8 de abril de 2008, que se celebró sin vista, con la sola asistencia de los letrados de la acusación y defensa, así como del Ministerio Fiscal. Este hecho suscita que los condenados procedan a la interposición del correspondiente recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, por los motivos que en los apartados siguientes se relatarán.

Antes conviene hacer algunas consideraciones sobre un hecho tan llamativo como el procesamiento de la Mesa del Parlamento Vasco. Es fácil imaginar que esta respuesta judicial podría extenderse a otras ramas del derecho. Así, si el Parlamento deja de pagar los alquileres de un edificio, la reclamación judicial le condena a satisfacerlos, pero, a pesar de ello, no paga ¿podría ese conflicto acabar también en la vía judicial y en caso de que la Mesa del Parlamento no pagara la deuda fuese procesada por incumplimiento de una resolución judicial? Igual que este supuesto podrían plantearse otros en el orden laboral. La respuesta judicial, en concreto del Tribunal Supremo, y de quien entonces fuera su Presidente, acudiendo a la vía penal para resolver un conflicto competencial, donde se discuten las atribuciones de cada órgano, no deja de ser una concepción de la división de poderes propia de otras épocas. En este caso, además, el Tribunal Supremo, mejor su Presidente, continuó ejerciendo una presión insoportable sobre todos los servicios de la Cámara, empezando por el propio Letrado Mayor. Solamente quedaba la posibilidad de que se ordenase, bajo amenaza penal, a los porteros y bedeles del Parlamento que impidiesen la entrada de los parlamentarios de ese grupo, o que eliminasen físicamente todo vestigio de papel, documentación, símbolo o similar donde se contuviera el nombre identificativo de ese grupo parlamentario.

Este despropósito jurídico tuvo antecedentes en otros hechos dignos de ser resalados, así cuando se ordena judicialmente a la Mesa del Parlamento asturiano que incluya un determinado punto en el orden del día. Si entonces se paralizó este procedimiento gracias a la intervención informal del Consejo General del Poder Judicial, es difícilmente entendible, en términos jurídicos, que posteriormente pudiera darse este acoso judicial de un órgano parlamentario. Es difícilmente imaginable que pudiera someterse a un proceso al Presidente de las Cortes Generales, como consecuencia del incumplimiento de una resolución judicial que considere dictada falta de jurisdicción. En este caso, además, no hay ninguna norma legal que reconozca jurisdicción a los tribunales, incluido el Tribunal Supremo, sobre los grupos parlamentarios. En el apartado siguiente se analizará sintéticamente la Sentencia del Tribunal Constitucional 205/2013, que conocerá de este tema, aunque sus argumentos se mueven exclusivamente desde la perspectiva de los derechos fundamentales de los miembros de la Mesa del Parlamento desde una perspectiva procesal.

### III.2. La Sentencia del Tribunal Constitucional 205/2013

#### III.2.A. DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS Y A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La divergencia que puede existir entre esas dos soluciones judiciales, en este caso del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco y la del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2006 y 8 de abril de 2008, respectivamente, es una divergencia relativa a cuestiones de hecho y no a conceptos jurídicos. Esta diferencia es muy importante porque si la divergencia solamente fuera sobre la interpretación de conceptos jurídicos, no sería precisa la audiencia de las partes. Si la divergencia es sin embargo sobre cuestiones de hecho, la falta de esta audiencia provocaría que el procedimiento no se desarrollara con todas las garantías, especialmente en el respeto de la presunción de inocencia. En el caso en cuestión se trata de determinar si había un elemento subjetivo, de voluntad de los recurrentes, de incumplir el mandato del Tribunal Supremo. La existencia o no existencia de esta voluntad de incumplimiento del mandato del Tribunal Supremo es una cuestión de hecho, tal como se ha señalado.

La sentencia del Tribunal Constitucional quiere ver en la contracción entre las sentencias citadas la existencia de una «divergencia jurídica». Sin embargo, tal como lo expresa el voto particular a la sentencia del Tribunal Constitucional, en los fundamentos jurídicos 3 y siguientes se analiza claramente si concurre o no el elemento subjetivo del injusto, es decir la voluntad de incumplir el mandato judicial, cuestión a la que no atiende el propio Tribunal Constitucional. Este órgano quiere afirmar que la divergencia solamente era jurídica, cuando claramente se puede constatar que la diferencia está en una distinta valoración de los hechos. Y si hay una distinta valoración de los hechos hubiese sido necesario haber citado a los recurrentes, a los miembros de la Mesa del Parlamento vasco, reconociendo su derecho a la presunción de inocencia y garantizándoles el proceso con todas las garantías. El Tribunal Supremo cuando condenó a los imputados, señaló que su «contumaz rechazo a los efectos jurídicos derivados del proceso de ilegalización de Batasuna suscitando una aparente controversia jurídica con el Tribunal Supremo acerca de los límites del deber general de acatamiento de las resoluciones judiciales» y que, en definitiva «se negaron abiertamente a dar el debido cumplimiento a una resolución judicial emanada de un órgano jurisdiccional» (FJ 3, apartado VIII).

Esta divergencia existente entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco es evidente que no es una discrepancia jurídica, sino que entra plenamente de lleno en la valoración de la intencionalidad de los imputados al incumplir el mandato del Tribunal Supremo. Se están debatiendo por tanto los elementos subjetivos del delito, la voluntad de incumplir el mandato judicial, lo que a todas luces significa un enjuiciamiento de los hechos, tal como en otro caso ha establecido el propio Tribunal Constitucional (29).

Lo anterior es también considerado por el Ministerio Fiscal, quien en su escrito señala que la consideración de los hechos para determinar la existencia o no del elemento subjetivo de querer incumplir el requerimiento judicial, se ha realizado selec-

(29) STC 126/2012.



cionando unos datos de la sentencia y excluyendo otros, lo que significa también que se ha realizado una modificación de los propios hechos, descontextualizándolos, y por lo tanto entrando al análisis de una cuestión fáctica, y no solamente de una divergencia jurídica.

Por este motivo hay que coincidir necesariamente con el voto particular cuando señala que se ha producido una vulneración del derecho de los recurrentes a un proceso con todas las garantías de la presunción de inocencia, ya que han sido condenados en segunda instancia sin que se les haya dado «la posibilidad efectiva de dirigirse personalmente ante el órgano judicial *ad quem* para exponer la versión personal sobre su participación en los hechos que se les imputaban, y en virtud de una actividad probatoria en cuyo acervo concurrían pruebas personales —las propias testificales de los recurrentes, las de otros testigos, y las del acusador particular— que han sido practicadas ante el órgano judicial de revisión con respecto a las garantías de publicidad, intermediación y contradicción. La alteración de la ingerencia, sin la posibilidad de explicarse y rebatir argumentos o deducciones que le perjudiquen, impide considerar que haya prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia» (30).

### III.2.B. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y EL PRINCIPIO ACUSATORIO

El principio de igualdad, interpretado en aplicación del principio acusatorio(31), se suscita como consecuencia de la interpretación del artículo 782 LECrim relativo a la improcedencia de la apertura del juicio oral en un procedimiento penal con la única solicitud de la acusación popular y no del Ministerio fiscal. Se señala en este sentido que el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de diciembre de 2007 había excluido esta posibilidad. El Tribunal Constitucional considera que esa sentencia estima la legitimidad constitucional de una «interpretación con arreglo a la cual el sometimiento de cualquier ciudadano a juicio, en el marco de un proceso penal, solo se justifica en defensa de un interés público, expresado por el Ministerio fiscal, o un interés privado, hecho valer por el perjudicado, de modo que fuera en estos casos, la explícita ausencia de esa voluntad de persecución convierte el juicio penal en escenario ajeno a los principios que justifican y legitiman la pretensión punitiva. En este sentido, se destaca que este efecto no se produce en aquellos casos en los que, bien por la naturaleza del delito, bien por la falta de personación de la acusación particular, el Ministerio Fiscal concurre tan solo con una acción popular que insta a la apertura del juicio oral, ya que, en tales supuestos, el Ministerio Fiscal no agota el interés público que late en la reparación de la ofensa del bien jurídico» (32). El Tribunal Constitucional realiza aquí una interpretación de ese artículo 782 LECrim señalando que si en el proceso penal existe una acusación popular, junto al Ministerio Fiscal y al perjudicado, y estos dos últimos renuncian a su pretensión, la personación de la acusación popular no justificaría la apertura del juicio oral. Ahora bien, cuando es únicamente el Ministerio Fiscal el que renuncia a continuar el proceso, entonces la acción popular recupera su valor

(30) STC 42/2014, VP, apdo 3, *in fine*.

(31) Art. 14 CE en relación con el art. 24.2 CE.

(32) STC 42/2014, VP apdo. 4.

frente a ese abstencionismo del Ministerio Fiscal, ya que entiende que en esos supuestos el Ministerio Fiscal no agota el interés público que existe en la reparación de la ofensa producida al bien jurídico protegido.

La afectación del principio de igualdad se produce ya que no es suficiente señalar la diferencia o disparidad que puede existir entre los supuestos analizados en cada uno de los procedimientos. Lo que debía de haber analizado el Tribunal Constitucional es si la desigualdad apreciada entre esos dos procedimientos y si los datos o hechos diferenciadores entre los mismos son suficientes para, desde la perspectiva de la garantía del principio acusatorio, avalar una solución distinta sobre la capacidad de la acción popular para instar la apertura del juicio oral(33). Es decir, con las propias palabras del voto particular, «la resolución impugnada debía haber analizado si el apartamiento de la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo, STS 1045/2007 (o el diferente criterio jurídico sentado sobre la base de una pretendida diferencia entre los casos a contraste) estaba fundado en razones compatibles con el principio acusatorio, justificando con ello la diversidad en la solución jurídica. De no existir tales razones o de no ser las aducidas por dicha resolución respetuosas con el principio acusatorio, se habría producido la lesión del art. 14 en relación con el art. 24.2 CE» (34). La sentencia de la del Tribunal Constitucional no entra en esta cuestión por lo cual habría que entender que no se responde adecuadamente al argumento de los recurrentes donde establecen que no se había respetado el principio de igualdad en la interpretación del principio acusatorio previsto en la Constitución en materia penal.

### III.2.C. OTRAS CUESTIONES SUSCITADAS EN ESTA SENTENCIA 205/2013

Junto a los argumentos anteriores, que se estima son los fundamentales, las impugnantes argumentaron la imparcialidad del Magistrado ponente, imparcialidad que podía ponerse en cuestión al haber sido antes Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, por nombramiento realizado por RD 1011/2003. El Tribunal considera que por una parte la recusación se ha realizado de forma extemporánea, además de entender que no hay ninguna intervención personal del magistrado en el procedimiento del que trae causa el amparo planteado(35).

---

(33) Véase STC 42/2014, VP apdo. 4, *in fine*.

(34) STC 42/2014, VP apdo. 4, *in fine*.

(35) Véase STC 205/2013, FJ 2, *in fine*, donde señala expresamente que «En el presente caso, como ha sido expuesto más ampliamente en los antecedentes, ha quedado acreditado que los recurrentes, tras dictarse la Sentencia condenatoria y dentro del incidente de nulidad de actuaciones promovido contra la misma, instaron la recusación del Magistrado Ponente alegando que fue Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado por nombramiento por Real Decreto 1011/2003, de 25 de julio, y hasta su cese por Real Decreto 1479/2004, de 18 de junio, durante un periodo, pues, en el que la Fiscalía desarrollaba una activa labor de acusación en el procedimiento.

El incidente fue inadmitido por providencia de 3 de junio de 2008, argumentándose que es un cauce impropio para el ejercicio de una recusación extemporánea, ya que la recusación debe interponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, y la composición del Tribunal de casación fueron debidamente notificadas, al margen de que el nombramiento como Fiscal Jefe se produjo un mes después de la presentación de la querrela y en las posteriores actuaciones no tuvo responsabilidad alguna en el procedimiento.

En atención a lo expuesto, debe concluirse la plena constitucionalidad de la respuesta otorgada, que justifica debidamente la extemporaneidad de la recusación, recordando que los recurrentes tuvieron un conocimiento

Además de lo dicho hasta ahora, llama la atención que el Tribunal Constitucional no haga ninguna referencia al principio de inviolabilidad del Parlamento, y que tampoco ha sido planteado por los recurrentes, a la luz de la descripción que se hace en los antecedentes relatados en la Sentencia. Podría considerarse, en la lógica del proceso y de la condena penal, que la inviolabilidad del Parlamento es una causa de justificación, que eliminaría la antijuridicidad de la acción realizada. Este proceder puede encontrar una explicación, si se atiende a la Sentencia que anteriormente había dictado el propio Tribunal Constitucional, STC 50/2008.

### III.2.D. LA STC 50/2008 Y LA ANULACIÓN DE RESOLUCIONES DEL PARLAMENTO VASCO POR LA SALA 61 LOPJ DEL TRIBUNAL SUPREMO

Anteriormente se han relatado parcialmente los hechos que motivan esta Sentencia, que a continuación se van a describir para mejor entender las cuestiones que se suscitan.

#### III.2.D.a. Descripción del supuesto

Realizando una descripción de los hechos jurídicos que dan lugar al recurso de amparo y a esta posterior sentencia habría que señalar como más significativos los siguientes:

1. La Sentencia de 27 de marzo de 2003 declara la ilegalidad de los partidos Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna. Junto a la disolución se ordena la cancelación de sus inscripciones, ordenando el cese inmediato de sus actividades y procediendo a la apertura de un proceso de liquidación patrimonial.
2. Por Auto de 24 de abril de 2003 se acuerda ejecutar la sentencia dirigiendo comunicación a los Presidentes de los Gobiernos vasco y navarro para que a su vez estos se dirijan a los Presidentes de las entidades locales de dichas Comunidades Autónomas así como a los Presidentes de los Parlamentos vasco y navarro y a los Presidentes de las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Araba, Gipuzkoa y Bizkaia para que procedan a la disolución de los grupos parlamentarios provinciales, forales y municipales.
3. La Mesa del Parlamento vasco acuerda el 7 de mayo de 2003 trasladar a la Sala del Artículo 61 de la LOPJ los criterios y principios aplicables ala disolución de los grupos parlamentarios como consecuencia de la ilegalización de los partidos.

---

efectivo no sólo de la conformación del órgano judicial sino también, en virtud de su publicación en el «BOE», de la labor previa desarrollada por el Magistrado Ponente como Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado. Al margen de ello, y como también se destaca en el pronunciamiento judicial impugnado, en que, a mayor abundamiento, se dio una respuesta sobre el fondo de la causa de recusación planteada, hay que descartar la pérdida de imparcialidad objetiva alegada por los recurrentes toda vez que, por un lado, el nombramiento como Fiscal Jefe se verificó un mes después de interpuesta la querrela por el Ministerio Fiscal y, por otro, no aparece ninguna intervención personal del Magistrado en el procedimiento del que trae causa este amparo que ponga de manifiesto un contacto directo o indirecto con el mismo. Por tanto, este concreto motivo de amparo debe ser desestimado.»

4. Por Auto de 20 de mayo de 2003 la Sala acuerda la disolución del Grupo parlamentario ABGSA, dirigiéndose para ello al Presidente del Parlamento vasco para que actúe en consecuencia.
5. Por escrito de 4 de junio de 2003, el Presidente del Tribunal Supremo señala que por Providencia de la misma fecha, la Sala del Artículo 61 LOPJ instaba al Presidente de la Cámara y a los miembros de la Mesa para que en cinco días procedieran a hacer efectiva la disolución del Grupo parlamentario ABGSA «sin demora, pretexto o consideración de clase alguna».
6. Por Acuerdo de 5 de junio de 2003 la Mesa del Parlamento vasco, a la luz del informe de los servicios jurídicos de la Cámara, señala que su Reglamento no contempla la disolución judicial de formaciones políticas con representación en el Parlamento vasco, señalando que los parlamentarios que integran el grupo parlamentario pasarán a formar parte del Grupo Mixto cuando el partido político en cuyas candidaturas fueron elegidos sea disuelto. Esta propuesta de la Mesa del Parlamento fue rechazada por la Junta de Portavoces.
7. La Sala del Artículo 61 LOPJ adopta el Auto de 18 de junio de 2003, donde establece una serie de medidas represivas contra diferentes autoridades y responsables del Parlamento que se reproducen en cita por su interés (36).
8. El Acuerdo de la Mesa del Parlamento vasco de 30 de junio de 2003 se ratifica en la imposibilidad de dar cumplimiento a las medidas que propone el Auto del Supremo de 18 de junio.
9. El Tribunal Supremo desestima por Auto de 24 de julio de 2003 el incidente de nulidad de actuaciones formulado por el Parlamento vasco en relación con el Auto de 18 de junio de 2003.
10. La Mesa del Parlamento vasco reconoce, por Resolución de 9 de septiembre de 2003, el derecho del grupo parlamentario a percibir la subvención correspondiente en los términos que se derivan de lo previsto en el Reglamento y en el Acuerdo de la Mesa de 4 de febrero de 2003.
11. Por Auto de 1 de octubre de 2003 la Sala del Artículo 61 LOPJ, declara «<nulos de pleno derecho, por contravenir el derecho a la tutela judicial efectiva y hallarse encaminados a impedir la ejecución de la sentencia de esta Sala de 27 de

---

(36) El Auto de 18 de junio de 2013 dice literalmente: «1.º Se proceda al embargo de cuantas subvenciones o fondos, públicos o privados, pertenezcan al Grupo Parlamentario Autonómico disuelto, así como de los saldos de las cuentas corrientes que éste pudiera poseer en cualquier entidad de crédito, para cuya materialización requiriese a las partes personadas como actoras en el procedimiento principal para su precisa identificación.

2.º Requiriese al Interventor General del Parlamento Vasco para que proceda a realizar las actuaciones oportunas en orden a conseguir el reintegro de cuantas cantidades hayan sido entregadas al referido Grupo disuelto a partir del día 20 de mayo de 2003, así como para que se abstenga de abonarle cantidad alguna en lo sucesivo, todo ello bajo apercibimiento de responsabilidad personal.

3.º Requiriese al Presidente del Parlamento Vasco y a su Letrado Mayor-Secretario General, bajo apercibimiento de proceder para el caso de desatención o incumplimiento, para que de inmediato se adopten las medidas necesarias para retirar al Grupo Parlamentario disuelto del disfrute de cuantos locales y medios materiales les fueron asignados por causa de su existencia como tal Grupo.

4.º Requiriese al Presidente del Parlamento Vasco, miembros de la Mesa y Presidentes de Comisiones Permanentes para que en lo sucesivo, bajo responsabilidad personal para el caso de incumplimiento, actúen en pleno acatamiento de lo judicialmente decidido en el Auto de 20 de mayo de 2003, y en consecuencia impidan la presencia del Grupo disuelto en cuantas actuaciones de la vida parlamentaria quedan descritas en el apartado segundo del Fundamento Jurídico Segundo de la presente resolución.

Todo lo anterior se entenderá sin perjuicio de cuantas providencias sean necesarias a partir de ahora hasta la llevanza a efecto, fiel y definitiva, de la disolución del siempre aludido Grupo Parlamentario.»

marzo de 2003 y Autos dictados en su consecuencia», el Acuerdo de la Mesa del Parlamento vasco de 5 de junio de 2003 (aprobatorio de una propuesta de resolución general de la Presidencia para suplir una laguna reglamentaria), el Acuerdo de la Junta de Portavoces de 6 de junio de 2003 (contrario a la propuesta anterior), el Acuerdo implícito en el Oficio del Presidente del Parlamento vasco de 9 de junio de 2003 (en el que se afirma la imposibilidad de dar acuerdo a las resoluciones judiciales antes señaladas), el Acuerdo de la Mesa del Parlamento vasco de 30 de junio de 2003 (en el que se ratifica el criterio del Presidente de la Cámara) y el Acuerdo de la Mesa del Parlamento vasco de 9 de septiembre de 2003 (sobre subvención del Grupo parlamentario ABGSA)».

12. Frente al Auto del Tribunal Supremo que declara la nulidad de pleno derecho de los actos de la Mesa del Parlamento vasco se interpone recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por entender que dicha declaración de nulidad afectaba al derecho de participación en los asuntos públicos, al ejercicio del cargo parlamentario y a la tutela judicial efectiva.

Repárese en esta descripción de los hechos el anteúltimo reseñado. El Tribunal Supremo, anula un Acuerdo de la Mesa del Parlamento vasco dictado en aplicación del Reglamento de la Cámara. Este hecho es inédito en una democracia parlamentaria donde está prevista la existencia de un Tribunal Constitucional que es competente en aplicación del Texto constitucional. Como se verá posteriormente, a pesar de la gravedad democrática y de la insostenibilidad jurídica de un acto como éste, dictado por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional va a dar una respuesta donde no se entra en esta cuestión. En lugar de resolver un hecho de esta gravedad, se acoge a un elemento procedimental que como veremos tampoco es suficiente como para admitir un hecho de estas características.

### ***III.2.D.b. La respuesta del Tribunal Constitucional a estos hechos***

El Tribunal Constitucional entiende que la anulación de los Acuerdos de la Mesa del Parlamento por el Tribunal Supremo es conforme a Derecho. Su argumento fundamental está en que se debía de haber atacado por la Mesa del Parlamento la disolución judicial del Grupo parlamentario operada por el Auto de 20 de mayo 2003, habiéndose dirigido la actuación en plazo contra ese Auto judicial. El Parlamento vasco y sus diputados sin embargo estimaron como concluyente su juicio sobre la imposibilidad de ejecutar la disolución acordada por el Tribunal Supremo, entendiendo el Tribunal Constitucional que solamente a este Tribunal Supremo le cabía pronunciarse definitivamente al respecto. Como la Cámara hace abstracción del mandato judicial, el Tribunal Supremo reacciona anulando los Acuerdos parlamentarios que se oponían a la ejecución de su mandato de disolución del grupo parlamentario. Cuando el Tribunal Constitucional entra a analizar si el Tribunal Supremo se ha excedido en el ejercicio de su jurisdicción señala que frente al Auto del Tribunal Supremo ordenando la disolución del grupo parlamentario se podía haber alegado el exceso en la jurisdicción ejercida por el Tribunal Supremo, pero este recurso sería absolutamente independiente del que se hubiera podido interponer al dictar el Auto que motiva este recurso que es el que declara la nulidad de unos Acuerdos de la Mesa del Parlamento. De aquí deduce el Tribunal Constitucional que una vez firmes las resoluciones, es decir los Autos que

ordenan la disolución del grupo parlamentario, que podían haber caído en un eventual primer exceso, ese primer exceso ya no puede ser objeto de ataque jurídico en este proceso, diluyéndose dice el Tribunal Constitucional toda infracción material que no haya sido denunciada y reparada en tiempo y por los cauces procesales previstos por el ordenamiento. De aquí deduce el Tribunal Constitucional que cuando se dicta el Auto de 1 de octubre de 2003, declarando la nulidad de los Acuerdos del Parlamento vasco, lo hace porque dicho Tribunal estaba obligado a «remover cualesquiera resoluciones parlamentarias impeditivas de la ejecución de un Auto previo que había devenido firme y ejecutable» (37).

Es decir, de no haberse recurrido el Auto que ordenaba la disolución de los grupos parlamentarios, el Tribunal Supremo, podía perfectamente «remover» dice el Tribunal Constitucional «cualquiera resoluciones parlamentarias impeditivas de la ejecución de un Auto previo que había devenido firme», afirmaciones que para cualquier lector sin necesidad de ser avezado guardan en sí mismas una preocupante afirmación, nada más y nada menos que la posibilidad de que el Tribunal Supremo, en la ejecución de sus resoluciones, puedan imponerse al Parlamento, aunque éste lo haga aprobando una ley. No es otra cosa lo que dice esta sentencia del Tribunal Constitucional.

En todo caso hay una frase final en la sentencia del Tribunal Constitucional que es interesante reproducir. Dice este Alto órgano: «lo que así resulta es entonces que la Sala del artículo 61 LOPJ no podía dejar de reaccionar frente a una serie de resoluciones parlamentarias manifiestamente contrarias al contenido de una resolución judicial ya irresistible, del Auto de 1 de octubre de 2003, a cuyo cumplimiento quedan todos, ciudadanos y poderes públicos, obligados de manera indiscutible e innegociable (arts. 9.1 y 118 CE). No ha habido ahí exceso alguno de jurisdicción ni lesión ninguna de derechos fundamentales, quizás afectados en su contenido por resoluciones judiciales antecedentes que, en virtud de la pasividad de quienes como titulares de tales derechos pudieron padecer su infracción y no reaccionaron por los cauces legalmente establecidos al efectos, han adquirido toda la autoridad del ordenamiento y, como éste, han de ser acatadas sin discusión».

### **III.2.D.c. Reseña crítica de la STC 50/2008**

La argumentación de la Sentencia, especialmente el último párrafo reproducido, constituye una afirmación que no puede sostenerse en buena lid hermenéutica. Acoger dos preceptos constitucionales, uno tan genérico como el art. 9.1 CE, y otro, que es el 118 CE, para afirmar la competencia de los tribunales y jueces ordinarios para anular un acto parlamentario, si esa anulación es consecuencia de un previo Auto judicial no recurrido, significa el olvido de otros preceptos constitucionales, así como las exigencias derivadas de una interpretación sistemática de la CE. Si el art. 118 CE establece que es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes, el art. 117.3 CE dice también que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan. En el aparatado siguiente de este

(37) STC 50/2008, FJ 4.

mismo precepto se dice que los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho. Finalmente, por no alargar la lista, habría que recordar el mandato constitucional de inviolabilidad del Parlamento. A la luz de estos preceptos, es cuando menos excesivo deducir una competencia de Tribunales y Juzgados de anulación de los actos parlamentarios derivada de la obligación de cumplimiento de las sentencias y demás resoluciones (art. 18 CE).

Llama la atención también que el Tribunal Supremo acuda al derecho a la tutela judicial como argumento fundamental para declarar la nulidad de los actos del Parlamento. El derecho a la tutela judicial ¿de quién? Del propio Tribunal Supremo, que no tiene, o del Ministerio Fiscal, que tampoco tiene. El Tribunal Supremo hace referencia al derecho a la tutela judicial para justificar la anulación de los actos del Parlamento, pero sin embargo el Tribunal Constitucional no hace referencia nada más que a los arts. 9.1 y 118 CE, tal como se ha tenido ocasión de comprobar. Asumir sin más la ejecución de las sentencias y resoluciones judiciales como principio que se impone al propio Parlamento es un exceso desde la perspectiva de la interpretación, pero sobre todo desde la perspectiva de la separación de poderes. Para comprobar este extremo se va a reseñar la forma en que esta relación, Parlamentos — poder judicial, se desenvuelve en Estados de estructura federal, en concreto en la República Federal de Alemania y en relación con los grupos parlamentarios.

#### **IV. Una mirada al derecho comparado: análisis de la relación Parlamento de los *länder* y Poder Judicial en la República Federal de Alemania**

La República Federal de Alemania reguló la prohibición de partidos políticos, regulación que dio lugar a la prohibición del Partido Comunista. La especial situación política producida en centroeuropa, con la partición de Alemania y el período de la guerra fría, dieron lugar a una política contraria a la existencia de partidos que pudieran colisionar con la ideología comunista. Esto se produjo solamente en la República Federal de Alemania ya que los partidos comunistas italiano o francés gozaban en esa época de una salud estupenda. Por tanto se atenderá solamente a la situación jurídica existente en Alemania.

Desde un punto de vista teórico se planteó la cuestión de las cláusulas de eternidad existentes en el constitucionalismo alemán, lo que significaba que al existir ciertas reformas de la Constitución que eran imposibles, esto justificaba que existiese una democracia militante, que diera lugar a la prohibición de aquellos partidos políticos que fuesen en contra de los principios constitucionales. En este punto, y ya desde la entrada en vigor de la Ley Fundamental de Bonn y las primeras resoluciones del Tribunal Constitucional federal alemán, se planteó la tensión producida al tratar de la relación entre la prohibición de un partido y la pérdida de la condición de parlamentario. No hay discusión doctrinal actualmente en esta cuestión, aceptándose de forma pacífica que la prohibición de un partido político no tiene como consecuencia la pérdida de la condición de parlamentario. Para que esta pérdida se de, deberá ser el legislador el que la establezca. No es algo que se derive directamente de la Constitución, sino que se precisa que haya una intervención directa del legislador

donde se establezca que la prohibición del partido político conlleva la pérdida de la condición de parlamentario de sus miembros (38).

Las cuestiones doctrinales que se suscitan en esta materia son amplias y complejas, interesando en este momento simplemente constatar la regulación que ha recibido esta materia en el Derecho positivo alemán. En primer lugar es necesario reseñar que la pérdida de la condición de parlamentario, tal como se ha dicho, la debe establecer el legislador. Y el legislador que lo puede hacer será el legislador federal o el legislador de los *länder*. Es decir, que dada la característica estatal que tiene los *länder*, no es posible que una resolución que afecta a la condición de sus parlamentarios sea adoptada por un poder estatal exterior. Por este motivo será la legislación de cada *land* y la legislación federal, en relación con los órganos legislativos federales, la que establecerá las consecuencias de la prohibición de partidos políticos.

En el ámbito federal, la Ley electoral federal ya ha establecido que la prohibición de un partido tiene como consecuencia el que sus parlamentarios pierdan tal condición (39). De la misma manera que en las elecciones europeas (40). Las leyes electorales de los *länder* son, por su parte, las que deben establecer las consecuencias de la prohibición de los partidos políticos, señalando si sus parlamentarios pierden tal condición o, si se trata de elecciones locales, si los concejales y alcaldes pierden también el mandato del que disponen. Por acudir a una de las normas, de los *länder*, en el *land* de Baden-Württemberg se establece que la prohibición de un partido, o de una parte de un partido por el Tribunal Constitucional produce la pérdida de la condición de parlamentario, para aquellos que pertenezcan al partido o a esa parte del partido prohibido (41). En esta misma norma se establece que ese parlamentario no puede ser sustituido, aunque, si la lista es de varios partidos o es algún tipo de coalición, la pérdida de la condición de parlamentario del miembro de un partido prohibido no conlleva la de los demás miembros de la candidatura.

Esta vinculación entre la prohibición del partido y la pérdida de la condición de miembro del Parlamento es algo recogido de manera similar en el resto de las leyes de los *länder*. Por lo que hace referencia al ámbito local, en síntesis, las consecuencias de la prohibición de un partido en el ámbito parlamentario deben recibir una respuesta adecuada en Derecho, lo que es especialmente importante en la República Federal de Alemania si se tiene en cuenta la situación peculiar que debió soportar en la época de Weimar, donde los miembros de partidos prohibidos podían seguir estando presentes en el Parlamento al estar protegidos por su inviolabilidad e inmunidad. Ahora bien, este hecho no justifica que dogmáticamente se quiera derivar de la prohibición de un partido la de la pérdida de la condición de parlamentario. Esta última debe derivarse no del Derecho que regula los partidos políticos, sino de las normas que regulan el Derecho parlamentario (42).

---

(38) Inicialmente y en sentido contrario pueden verse los pronunciamientos del Tribunal Constitucional federal alemán, en especial *BVerfGE* 2, 1 y 77.

(39) Art. 46.I n.º 5 Ley Electoral Federal.

(40) Art. 22.II n.º 5 Ley de Elecciones Europeas.

(41) Art. 48 Ley Electoral al Parlamento del *land* de Baden-Württemberg.

(42) Véase comentario al art. 21 en SACHS, Michael y BATTIS, Ulrich, *Grundgesetz: Kommentar*, C.H. Beck, Munich, 2011.



## V. Recuperar la división de poderes: una propuesta de modificación normativa

La solución a esta tensión Parlamentos — Poder judicial puede encontrar una solución sencilla, más en estos momentos en que se propone la modificación de la LOTC para recuperar procedimientos jurisdiccionales rechazados en otros momentos por ser poco adecuados para las características reales, de funcionamiento, del sistema político previsto en la Constitución de 1978. Entonces, previsto el recurso previo de inconstitucionalidad contra leyes orgánicas, se constató al poco tiempo que se utilizaba con una voluntad claramente obstruccionista de la actividad parlamentaria. Este recurso previo, si no viene acompañado, especialmente en este momento donde la Sentencia comentada en el apartado tercero ha requerido once años para ver la luz, de medidas procedimentales que permitan una rápida tramitación, no hace prever precisamente muchas bonanzas para el funcionamiento del sistema.

Pero no es esta reforma la que interesa. Si se acude a la regulación existente en la LOTC sobre los conflictos constitucionales, cosa que hace en el Título IV, se comprueba que son ese nombre se refiere a conflictos entre el Estado y una o varias Comunidades Autónomas, de varias Comunidades Autónomas entre sí, del Gobierno con el Congreso de los Diputados o con el Senado o el Conejo General del Poder Judicial, o de cualquiera de estos órganos entre sí (art. 59 LOTC). La única referencia que se encuentra en este precepto al poder judicial es la hecha al CGPJ. Con ella no se resuelven los problemas planteados ya que el CGPJ es un órgano de la Administración de Justicia, pero no ejerce potestades jurisdiccionales. Por otra parte, la tensión entre los órganos judiciales y los Parlamentos es fruto de una actividad jurisdiccional, llevada a cabo por órganos judiciales unipersonales o colegiados, correspondiendo a cada uno de ellos reclamar las potestades que entiende no respetadas. Esa vindicación competencial le corresponde hacerla a cada órgano judicial en virtud precisamente de su independencia, característica nuclear e indeclinable de todo órgano jurisdiccional.

Llama la atención que no se haya atendido doctrinalmente a esta cuestión, más comprobando que otros posibles conflictos constitucionales se han visto acogidos en el derecho positivo en fechas más recientes. Así, los conflictos en defensa de la autonomía local, que recibieron acogida en la LOTC veinte años después de la entrada en vigor de la CE. Una explicación puede estar en sentencias como la comentada en el apartado III, ya que los órganos judiciales tienen en su mano ese inmenso poder que constituye la vía penal, utilizada a costa de poner en cuestión principios básicos en el funcionamiento del sistema democrático. Pero luego se insistirá en esta cuestión, interesando en este momento solamente analizar las posibilidades de incluir precisamente en estos conflictos los conflictos entre los órganos judiciales y el poder legislativo.

Pues bien, la solución parece sencilla, al menos aparentemente. Se trataría de añadir, al artículo que regula los conflictos constitucionales, un nuevo apartado donde se establecieran como conflictos constitucionales los producidos entre los órganos del poder judicial, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, y el Congreso, el Senado o los Parlamentos de las Comunidades Autónomas. De esta manera se garantizaría la independencia judicial y la plenitud del ejercicio de su función jurisdiccional, por una parte, y por otra la inviolabilidad de las Cámaras parlamentarias, solamente

controlables en el ejercicio de sus potestades por el Tribunal Constitucional. Salvo, claro está, las actividades denominadas materialmente administrativas, mientras tengan solamente este carácter.

A este reconocimiento del conflicto habría que añadir un elemento procedimental, donde se establezca de forma clara y precisa la forma de sustanciación del conflicto. Hay que tener en cuenta que en un conflicto de este orden debe de respetarse la jerarquía entre órganos constitucionales que se deriva del principio democrático. Esto quiere decir que el Parlamento no debe ser el órgano activo ante una intromisión de un órgano judicial. Debe ser este último el que vindique su competencia jurisdiccional. Las características de un conflicto entre órganos constitucionales como el que se describe serían las siguientes: a) la iniciativa para plantear el conflicto debería proceder del órgano judicial que se considere afectado por la resolución parlamentaria, b) de forma previa, ese órgano judicial debería dirigirse a la Cámara o Parlamento correspondiente al objeto de requerirle su inhibición y c) la Cámara o Parlamento tendrán un plazo para contestar, pasado el cual el órgano judicial podrá acudir libremente ante el Tribunal Constitucional.

El establecimiento de un procedimiento de este tipo se considera de gran importancia. Por una parte, porque se garantizaría la reserva jurisdiccional que por mandato constitucional corresponde a los órganos del poder judicial. Esta garantía se articula con un procedimiento que se sustancia ante el único órgano a quien se le podría reconocer una función de este tipo, el Tribunal Constitucional. Con este procedimiento, a su vez, se garantiza también la inviolabilidad de los Parlamentos.

## VI. A modo de consideración final

La STC 205/2013 se dicta en un proceso que ha durado once años, con un voto particular firmado por cuatro magistrados y magistradas del Alto tribunal. Con esta Sentencia se confirma una concepción de la relación Parlamento — Poder Judicial que es claramente contraria al principio de separación de poderes. Recuérdese que se admite la posibilidad de que un tribunal o un órgano unipersonal del poder judicial se dirija a la Mesa del Parlamento y le ordene un determinado comportamiento. En caso de no cumplimiento del mandato se consumaría un delito perseguible ante los tribunales. Aunque no en el ámbito académico, o al menos no se tiene noticia, se ha argumentado que dada la situación de excepcionalidad que se ha vivido en algunas épocas, las instituciones y principios del Estado de Derecho también se han visto afectadas. Admitir que en situaciones de excepción no se respeten los principios del Estado de Derecho es mucho admitir, pero parece que se quiere dar una explicación a la anomalía democrática. Pero, si no hay situación de excepción, admitir que un tribunal predomine sobre un Parlamento, amenazado este último con la aplicación del Código penal, no puede menos que sorprender a cualquier persona lega en la materia y escandalizar a quien conozca la relación entre poderes en un Estado de Derecho.

A la crítica que puede hacerse desde una perspectiva democrática, habría que añadir la realizable desde la concepción del Estado de las Autonomías. Las Comunidades Autónomas tienen una autonomía política, caracterizada por su capacidad para la aprobación de normas con la naturaleza jurídica de ley y la disposición de un órgano donde reside la legitimidad democrática y de quien se predica la inviolabilidad, que no es otro

que el Parlamento. Pues bien, los Parlamentos autonómicos se encuentran con que están sometidos a los tribunales ordinarios, lo que los convierte en Parlamentos de segundo orden. Su sometimiento a los tribunales acrecienta el poder del Gobierno central ya que tiene a su disposición activar esta vía penal mediante la intervención de la Fiscalía.

Esta situación no es admisible en un Estado de Derecho, donde debe afirmarse la separación de poderes. Por esa razón es preciso articular los instrumentos jurídicos que permitan afirmar la inviolabilidad del Parlamento y a su vez la independencia del poder judicial. Para ello debe habilitarse un camino jurídico que permita acceder hasta el Tribunal Constitucional, que sería el órgano competente para resolver los posibles conflictos entre ambos poderes, siempre, se entiende, partiendo de una situación de preeminencia del órgano donde reside la legitimidad democrática. Si no se hace así, además de haber una anomalía lógica en la construcción de la división de poderes, se afirma la inviolabilidad de los Parlamentos y a la vez se reconoce la competencia judicial para imponer sus resoluciones bajo la amenaza penal, se producirá un anomalía democrática, que recuerda otras épocas lejanas en el tiempo, donde «la intromisión del Poder Judicial en el ámbito parlamentario, perturbando su libre desenvolvimiento, nos retrotraería a los inciertos y oscuros tiempos del <<ancien régime>>, en el que jueces absolutos impedían u obstaculizaban la normal celebración de las sesiones de las Asambleas» (43).

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

---

(43) ARIAS DÍAZ, Ignacio, «Crónica de una perplejidad: la suspensión por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias de un pleno del Parlamento asturiano», en *Repertorio del Tribunal Constitucional 2000*, Vol. II, mayo-agosto, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 1907.

**LABURPENA:** Parlamentuaren eta botere judizialaren arteko harremana aztertu dugu. Parlamentua organoa bortxaezina dela xedatzen du Zuzenbide positiboak, eta ordezkaritza-organoa ere hala dela. Parlamentua bortxaezina izan arren, botere judizialak ezeztatu egin izan ditu Parlamentuko Mahaiaren ebazpenak, bortxaezintasun horrekin tabula rasa eginez, nahiz eta araurik ez egon auzitegi batek horrelako erabakiak hartzea gaitzen duenik, bereziki parlamentuko taldeen eraketari dagokionez. Parlamentuaren eta botere judizialaren arteko gatazka Auzitegi eskudunaren salaketa penal batekin amaitu da, eta Parlamentuko Mahaia kondenatua izan da. Ondoren, Konstituzio Auzitegiak Konstituzioaren arabera kotzatu jo du kondena hori, eta parlamentuaren bortxaezintasunak ez du arreta berezirik jaso ebazpenean. Parlamentuaren bortxaezintasuna eta independentzia judiziala bermatzen duen arautegi juridiko bat finkatzea proposatzen dugu, eta Konstituzio Arautegiak horiek biak bermatzea. Araubide juridikorik ezean, auzitegi arruntek apurtu egin dute Parlamentuaren bortxaezintasuna.

**HITZ GAKOAK:** Parlamentuaren bortxaezintasuna. Parlamentuko taldeak. Botere judiziala. Konstituzio Auzitegia. Konstituzio-prozedurak.

**RESUMEN:** El objeto del trabajo es el análisis de la relación entre el Parlamento y el poder judicial. El Parlamento es un órgano inviolable, cualidad establecida en el Derecho positivo, así como característica ineludible del órgano representativo. La inviolabilidad del Parlamento no ha impedido que el poder judicial haya actuado declarando la nulidad de resoluciones de la mesa del Parlamento, haciendo tabla rasa de la inviolabilidad parlamentaria, y sin que exista ninguna norma que habilite a ningún tribunal a adoptar una decisión de ese tipo, en concreto en relación con la constitución de los grupos parlamentarios. El conflicto entre Parlamento y poder judicial acaba suscitando una denuncia penal por parte del Tribunal competente, que lleva a la condena de la Mesa del Parlamento. El Tribunal Constitucional posteriormente considera dicha condena conforme a la Constitución, a pesar de que en la resolución no tiene una consideración específica la inviolabilidad parlamentaria. En el trabajo se propone el establecimiento de una regulación jurídica que garantice la inviolabilidad del Parlamento y la independencia judicial, debiendo ser garante de ambas el Tribunal Constitucional. La inexistencia de este régimen jurídico ha provocado que la inviolabilidad del Parlamento haya sido conculcada por los tribunales ordinarios.

**PALABRAS CLAVE:** Inviolabilidad del Parlamento. Grupos parlamentarios. Poder judicial. Tribunal Constitucional. Procedimientos constitucionales.

**ABSTRACT:** The scope of this work is to analyze the relationship between the Parliament and the judicial power. The parliament is an inviolable body, quality set forth in written law and an unavoidable characteristic of a representative body. The inviolability of the Parliament did not hinder the judiciary to declare the nullity of the decisions of the Bureau of the Parliament wiping out parliamentary inviolability and lacking of provisions that allow any court to take such a decision, specifically regarding the constitution of parliamentary groups. The conflict between Parliament and judiciary concludes with a criminal complaint by the competent court that carries the condemnation of the Bureau of the Parliament. The Constitutional Court will subsequently consider that condemnation in conformity with the Constitution, in spite of the fact the the decision did not specifically take into account the parliamentary inviolability. We propose in this

work to establish a legal regulation that guarantees the inviolability of the Parliament and the independence of the judiciary with the Constitutional Court as guarantor of both. The lack of this legal regime has provoked the infringement of parliamentary inviolability by the ordinary courts.

**KEYWORDS:** Inviolability of the Parliament. Parliamentary groups. Judicial Power. Constitutional Court. Constitutional proceedings.



# Los códigos de autorregulación de los contenidos audiovisuales y sus efectos jurídicos

Íñigo Lazkano Brotóns

**Sumario:** I. El derecho de los medios de comunicación audiovisuales a aprobar códigos de autorregulación de sus contenidos.—II. Contenido obligatorio y contenido facultativo de los códigos.—III. Requisitos formales y de elaboración de los códigos.—IV. Publicidad de los códigos.—V. Efectos de los códigos. A) Los instrumentos de autocontrol interno sin efectos jurídicos que pueden prever los códigos. B) El derecho del público al respeto de los códigos de autorregulación en los contenidos audiovisuales. C) Potestad sancionadora administrativa y códigos de autorregulación. D) Códigos de autorregulación y defensa de la competencia.—VI. Una propuesta a modo de conclusión.

## I. El derecho de los medios de comunicación audiovisuales a aprobar códigos de autorregulación de sus contenidos

La selección de los contenidos de los programas que deben emitirse a través de los medios de comunicación audiovisuales (televisiones o radios) es una facultad de quienes prestan dichos servicios y se deriva de su derecho a fijar la dirección editorial de sus medios (1). Esta libertad de programación —que es, en definitiva, proyección de los derechos a la libertad de expresión y de información y a la libertad de empresa— no carece de límites, pues ha de ejercerse de acuerdo con lo previsto en la normativa audiovisual. Entendiendo ésta en sentido amplio, pues habría que considerar regulación de los contenidos audiovisuales (diferentes de los publicitarios, que plantean una problemática singular que no se va a abordar en este trabajo) no solo lo dispuesto específicamente en la Ley 7/2010, General de Comunicación Audiovisual (en adelante, LGCA), regulación que en este aspecto ha sido calificada como de mínimos (2), sino también lo que pudiera estar previsto en las regulaciones existentes de medios audio-

---

(1) Art. 10.1 LGCA.

(2) AZPITARTE SÁNCHEZ, Miguel, «La dimensión constitucional del derecho a prestar el servicio de comunicación audiovisual: creación de medios, dirección editorial y autorregulación», en CHINCHILLA, Carmen y AZPITARTE, Miguel (coords.), *Estudios sobre la Ley General de la Comunicación Audiovisual*, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 223. Una visión más general de la problemática se encuentra en LÓPEZ GARCÍA, Mabel, *La oferta de contenidos audiovisuales: servicio público, libre competencia y derecho a la información*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2012, en especial, pp. 309 a 355.

visuales concretos (los públicos, por ejemplo (3)) o de determinados sectores o ámbitos que imponen deberes y obligaciones específicos a tales medios (4).

Pero la regulación de los contenidos audiovisuales no tiene solamente un origen jurídico externo a los medios de comunicación, a través del dictado de leyes y/o reglamentos generales de plena eficacia jurídica una vez publicados en los boletines oficiales correspondientes. La LGCA también reconoce a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual «el derecho a aprobar códigos en los que se regulen los contenidos de la comunicación audiovisual y las reglas de diligencia profesional para su elaboración» (5). Se incorpora así al ordenamiento interno algo que ya venía siendo impulsado desde instancias comunitarias (6): un cierto dere-

(3) En la Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y la televisión de titularidad estatal, se incluyen determinaciones que pueden condicionar el contenido de la programación de esos medios, por ejemplo, cuando se fijan los objetivos de su función como servicio público (art. 3.2), o cuando se establecen principios y exigencias particulares de programación en determinados casos, como procesos electorales, comunicaciones oficiales o acceso de grupos sociales y políticos significativos (arts. 25 a 28). Lo mismo ocurre en la Ley 5/1982, de 20 de marzo, de creación del Ente Público Radio Televisión Vasca, reformada por Ley 8/1998, de 27 de marzo (arts. 3, 4 y 21 a 25).

(4) Por ejemplo, circunscribiéndonos al ámbito del País Vasco, la Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la igualdad de mujeres y hombres, establece que «[n]ingún medio de comunicación social cuya actividad se encuentre sometida al ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Euskadi puede presentar a las personas como inferiores o superiores en dignidad humana en función de su sexo, ni como meros objetos sexuales. Tampoco se pueden difundir contenidos que justifiquen, banalicen o inciten a la violencia contra las mujeres» (art. 26.1). Igualmente «[s]e prohíbe la realización, emisión y exhibición de anuncios publicitarios que presenten a las personas como inferiores o superiores en dignidad humana en función de su sexo, o como meros objetos sexuales, así como los que justifiquen, banalicen o inciten a la violencia contra las mujeres» (art. 26.2). Contravenir estas obligaciones y prohibiciones se considera infracción grave y puede ser sancionada con multa de hasta 9000 euros y/o con la prohibición de acceder a cualquier tipo de ayuda pública de las administraciones vascas por un período de entre uno y tres años (art. 79.b). Partiendo de principios similares, la legislación estatal en la materia (arts. 36 a 40 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres) no establece, sin embargo, un régimen sancionador administrativo al efecto.

(5) Art. 12.1 LGCA.

(6) La Directiva 2007/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, ya estableció (en la nueva redacción que se daba al art. 3.7) que «[l]os Estados miembros estimularán los regímenes de corregulación o autorregulación a nivel nacional en los ámbitos coordinados por la presente Directiva en la medida permitida por sus ordenamientos jurídicos», añadiendo que estos regímenes «deberán de gozar de amplia aceptación entre los principales interesados en los Estados miembros de que se trate y prever medios para una aplicación efectiva». En su considerando 16, la Directiva 2007/65/CE afirmaba que «la experiencia ha demostrado que ambos instrumentos de corregulación y autorregulación aplicados de acuerdo con las distintas tradiciones jurídicas de los Estados miembros pueden desempeñar un importante papel, otorgando un alto grado de protección a los consumidores. Las medidas para alcanzar los objetivos de interés general en el sector de servicios de nuevos medios audiovisuales resultarían más eficaces si se adoptan con el apoyo activo de los propios prestadores de servicios». Distingue la norma comunitaria citada entre autorregulación («un tipo de iniciativa voluntaria que permite a los operadores económicos, interlocutores sociales, organizaciones no gubernamentales o asociaciones en general adoptar directrices entre sí y para sí», y que «puede ser un método complementario para aplicar ciertas disposiciones de la presente Directiva», pero que «en modo alguno puede sustituir a las obligaciones del poder legislativo nacional»), de la corregulación (que, «en su mínima expresión, sirve de «vínculo jurídico» entre la autorregulación y el poder legislativo nacional» y que «debe preservar la posibilidad de intervención por parte del Estado en el caso de que no se realicen sus objetivos»). La normativa europea fomenta la utilización de ambas posibilidades pero no obliga a los Estados a crear regímenes de corregulación o autorregulación, ni pone en peligro o afecta a las iniciativas ya existentes e implantadas y que funcionan de forma efectiva. Todas estas previsiones pasaron a formar parte del contenido de la Directiva 2010/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), en su considerando 44 y en su art. 4.7. Ver: GRANDE ARAN-



cho (7) a la autorregulación de los medios audiovisuales (8), cuya ordenación, alcance y consecuencias, calificables en algún caso de insólitas (9), van a ser objeto de estudio en el presente trabajo (10).

El origen interno de estas obligaciones respecto del contenido audiovisual a emitir puede ser variado. Un medio puede adoptar, como criterio de conducta y por decisión propia, un código ético que solo afecte a su propia actividad, y que, de alguna manera, cree unas pautas internas de funcionamiento en la determinación del contenido de su propia programación, código que se compromete a cumplir. En bastantes casos los principios que establecen estos códigos son, o demasiado genéricos, o se limitan a reproducir previsiones que, por otra parte, ya vienen recogidas en el marco legal vigente. En otras ocasiones, y muy frecuentemente como consecuencia de una cierta presión social o institucional originada cuando se considera que se están cometiendo determinados excesos mediáticos, son los propios medios audiovisuales los que pactan conjuntamente una serie de criterios deontológicos o profesionales respecto de los contenidos de su programación (11), haciendo así frente a dicha presión y comprometiéndose a un cierto cambio de rumbo que impida volver a incidir en dichos comportamientos inadecuados. También cabe la posibilidad que dichos códigos de actuación sean impulsados y redactados por organizaciones, colectivos o sectores institucionales o profesionales pertenecientes al mundo audiovisual y los medios se limiten a adherirse a un texto que estiman correcto pero que no han elaborado ellos directamente (12). Cada una de estas posibilidades de implantación de un código de

---

DA, Juan Ignacio, «La protección de los menores y las personas con discapacidad en los medios audiovisuales», *Noticias de la Unión Europea*, 329, junio 2012, pp. 35 y 36.

(7) GAY FUENTES, Celeste, «Los derechos de los prestadores de servicios de comunicación audiovisual», *Noticias de la Unión Europea*, 329, junio 2012, p. 42, califica como «sorprendente» que la posibilidad de adoptar estándares deontológicos más estrictos que los directamente derivados del ordenamiento se contemple en la ley como «derecho» de los prestadores, pensando, sobre todo, en sus consecuencia restrictivas. ESTEVE PARDO, José, «La autorregulación en el sector audiovisual», en MUÑOZ MACHADO (dir.), *Derecho de la regulación económica. V. Audiovisual*, Lustel, Madrid, 2012, pp. 344 y 345, señala la falta de acierto de esa catalogación como «derecho», en base a dos argumentos. Por un lado, porque la autorregulación no precisa de reconocimiento legal, siendo una facultad de cualquier persona, grupo u organización. Por otra parte, no se trata de algo privativo de los prestadores del servicio pues cualquier sujeto u organización con presencia e intereses en el sector puede promoverla.

(8) Aunque el término «autorregulación» ha hecho en la práctica más fortuna, y por ello lo usamos en este trabajo, en virtud de la normativa comunitaria citada habría de hablarse más bien de «corregulación», dada la existencia de fórmulas de control público destinadas a garantizar la eficacia de la regulación voluntaria, GAY, *op.cit.*, p. 43; DE LA SIERRA, Susana, «El trabalenguas audiovisual: un regulador que desregulaba», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 21, 2011, p. 51.

(9) GUICHOT, Emilio, «El régimen sancionador audiovisual», en CHINCHILLA y AZPITARTE, *op.cit.*, p. 566.

(10) Señala DE LA SIERRA, «El trabalenguas...», *op. cit.*, p. 44, que «uno de los debates de mayor envergadura en el ámbito audiovisual guarda relación con el espacio que ofrecen los poderes públicos a fórmulas regulatorias distintas de las tradicionales, caracterizadas por la unidireccionalidad y, por tanto, no definidas por el diálogo, a diferencia de los que acaece con la autorregulación o la corregulación». Para LINDE PANIGUA, Enrique, VIDAL BELTRÁN, José María y MEDINA GONZÁLEZ, Sara, *Derecho audiovisual*, Colex, Madrid, 4.ª ed., 2011, p. 457, esos nuevos espacios cambian la perspectiva que del tema se tenía hasta ahora, en la que «la autodisciplina muchas veces ha chocado con la picaresca».

(11) Así ocurrió en materia de protección de la infancia frente a los contenidos televisivos. Por eso SARMIENTO, Daniel, «La autoridad del Derecho y la naturaleza del *soft law*», *Cuadernos de Derecho Público*, 28, mayo-agosto 2006, p. 242, califica este sistema como una especie de «*soft law* paccionado».

(12) BARATA MIR, Joan, «Los nuevos servicios audiovisuales», en MUÑOZ MACHADO, *op.cit.*, p. 425.

autorregulación de los contenidos aparece mencionada en la LGCA, aunque ya había ejemplos de actuaciones en esta dirección con anterioridad a dicha ley y sin un respaldo normativo específico.

La consideración de los códigos de autorregulación de los contenidos audiovisuales (en adelante, CAAUD) ha sufrido una transformación sustancial a la luz de la LGCA. Se trata de uno de los ejemplos más evidentes de la doctrinalmente llamada «autorregulación regulada» (13), puesto que el nuevo marco normativo introduce prescripciones (aunque muy limitadas, oscuras en ocasiones y deficientes en cuanto a su contenido (14)) en relación a su proceso de elaboración y publicación y, lo que es más determinante, atribuye a estos CAAUD unas consecuencias jurídicas relevantes en caso de incumplimiento. Si hasta la LGCA, la eficacia de los CAAUD se limitaba al plano ético o deontológico (15), sin relevancia jurídica, a partir de la misma los CAAUD se normativizan en cuanto a sus efectos y su vulneración puede producir similares efectos a los derivados de la vulneración de cualquier otra norma jurídica en materia audiovisual. Se ha producido, por lo tanto, un trascendente proceso de «juridificación» de los códigos de autorregulación que obliga a analizar los mismos (y su aplicación) desde una perspectiva claramente jurídica, trasladando en muchos casos las garantías propias del campo del derecho a este sector (16), orillando visiones reduccionistas que han pretendido limitar la eficacia de estos CAAUD al ámbito interno de los medios. No han faltado críticas a esta opción del legislador, pues se ha considerado que este sistema contradice la naturaleza meramente voluntaria de los códigos (17), burocratiza su aplicación (18), desincentiva su adopción (19) (por el riesgo de sanción en caso de incumplimiento) y plantea problemas de superposición con lo dispuesto en el marco legal de regulación de contenidos (20). Sin embargo, adoptada la decisión por el legislador, lo procedente será interpretar de manera coherente la alternativa dispuesta, obligando al jurista a analizar los contenidos de estos códigos.

Hay que señalar, además, que la LGCA no establece diferenciación alguna, a estos efectos, entre prestadores audiovisuales públicos y privados, de forma tal que las re-

(13) AZPITARTE, *op.cit.*, p. 245; BELANDO GARÍN, Beatriz, «El nuevo modelo de regulación audiovisual», en BELANDO GARÍN, Beatriz y MONTIEL ROIG, Gonzalo, *Contenidos y mercado en la regulación de la Comunicación Audiovisual. El nuevo marco normativo de la Ley 7/2010 General de Comunicación Audiovisual*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, p. 16. Sobre el concepto es ya habitual la referencia del trabajo de DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercé, *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

(14) DE LA SIERRA, «El trabalenguas...», *op.cit.*, p. 52. Sostiene DARNACULLETA I GARDELLA, M. Mercé, «La autorregulación como estrategia de regulación de los contenidos audiovisuales», en BELANDO y MONTIEL, *op.cit.*, p. 62 que esta técnica necesitaría fijar un marco jurídico concreto: sujetos involucrados, procedimiento de aprobación de códigos y de resolución de controversias, instancias públicas que velan por su consecución, etc., algo que, obviamente, la LGCA no ha abordado de manera suficiente.

(15) Como ya reconoció la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de febrero de 2007 (RJCA 287/2007).

(16) DARNACULLETA, «La autorregulación », *op.cit.*, p. 63.

(17) CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio y MARTÍNEZ RIVERO, Álvaro, «La autorregulación en el sector audiovisual», *RGDA*, 30, mayo 2012, p.10.

(18) HUERGO LORA, Alejandro, «El régimen sancionador en la Ley General de Comunicación Audiovisual», en MUÑOZ MACHADO, *op.cit.*, p. 615.

(19) RODRÍGUEZ, Carmen, «La publicidad en la nueva Ley General de Comunicación Audiovisual», en MUÑOZ MACHADO, *op.cit.*, p. 390.

(20) GUICHOT, Emilio, «El régimen sancionador audiovisual», en CHINCHILLA y AZPITARTE, *op.cit.*, p. 566.

ferencias establecidas respecto a los CAAUD son indistintamente aplicables a ambos tipos de operadores. Es posible que los medios públicos creen sus propios códigos éticos (de manera singular, o conjunta con otros medios públicos) o que redacten o se adhieran a instrumentos de control deontológico junto a otros medios audiovisuales de titularidad privada. En cualquier caso, el alcance y la aplicabilidad de esos códigos que pudieran afectar a medios de titularidad pública vendrán condicionadas, como ya hemos señalado, por el cumplimiento no solo de la legislación sectorial audiovisual general, sino también el de la legislación específica de las radios y televisiones públicas, que podrían establecer condicionantes más estrictos de programación para este tipo de medios.

## II. Contenido obligatorio y contenido facultativo de los códigos

El objeto de los CAAUD es establecer reglas relativas a los contenidos de los programas audiovisuales. En particular, qué tipo de mensajes o formas de emitirlos han de ser promovidos o evitados en los medios adheridos a los mismos, si bien la ley establece que los códigos pueden también concretar las reglas de diligencia profesional exigibles a los comunicadores para la elaboración de tales contenidos (21). Hay que tener en cuenta que la normativa audiovisual reconoce el derecho de todas las personas a que la comunicación informativa se elabore de acuerdo con el deber de diligencia en la comprobación de la veracidad de la información (22). Aunque el alcance de dicho deber ha sido objeto habitual de concreción por la jurisprudencia, fundamentalmente en los conflictos planteados en materia de colisión entre la libertad de información y los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, la posibilidad abierta por la LGCA permitiría incluir en los CAAUD estándares de diligencia profesional ya reconocidos en vía jurisdiccional e, incluso, aún no plasmados en la jurisprudencia pero admitidos por los medios, en tanto en cuanto no vulnerasen las determinaciones fijadas en el ordenamiento jurídico (23).

Más contundente resulta la afirmación contenida en la ley respecto a que los CAAUD «deberán prever mecanismos de resolución de reclamaciones pudiendo dotarse de instrumentos de autocontrol previo, individual o colectivo» (24). La inclusión

---

(21) Art. 12.1 LGCA.

(22) Art. 4.5 LGCA. No obstante, BOCANEGRA REQUENA, José Manuel, «El derecho del ciudadano a una comunicación audiovisual plural y transparente», *Noticias de la Unión Europea*, 329, junio 2012, pp. 4 y 5, manifiesta en relación a este precepto que no puede interpretarse que el legislador esté reconociendo nuevos derechos subjetivos a los ciudadanos, al faltar el establecimiento de obligaciones sinalagmáticas que le den sentido. Su inclusión, calificada como «operación de estética», tiene un objetivo meramente recordatorio de los principios de actuación de los operadores audiovisuales. Sin embargo, a nuestro entender, esta concepción casa mal con el papel efectivo que pudiera jugar este precepto en materia sancionadora. También le reconoce importantes implicaciones al precepto (art. 4 LGCA) ENTRENA RUIZ, Daniel Bruno, «Hacia la teledemocracia: los derechos del público a recibir una comunicación audiovisual plural y a participar en el control de los contenidos audiovisuales», en CHINCHILLA y AZPITARTE, *op.cit.*, p. 116, aunque también llega a similares conclusiones respecto de la inadecuación del ejercicio de la potestad sancionadora administrativa respecto a la emisión de contenidos no plurales.

(23) AZPITARTE, *op.cit.*, p. 247, incluye en este ámbito varios fenómenos ya conocidos: los libros de estilo, los estatutos de redacción y similares instrumentos.

(24) Art. 12.1, segundo apartado, LGCA.

de dicho mecanismo de resolución de reclamaciones es, por lo tanto, obligatoria. Pero la norma no regula elementos básicos de dicho sistema de reclamaciones: ni quién puede plantearlas, ni ante quién, ni cuándo o como han de ser resueltas, ni cuál puede ser el *petitum* de las mismas, etc (25). El sistema de reclamaciones queda así indeterminado normativamente y será cada medio (o, más bien, cada código) el que deba dar respuesta a todas y cada una de esas incógnitas, siendo posibles distintas alternativas todas ellas plenamente legales (un defensor del espectador, un servicio específico de atención de dichas reclamaciones, un foro de quejas y respuestas en la página *web* del medio, una comisión de seguimiento o control regulada en el propio código, etc.). Ha de observarse como la ley prevé que, potestativamente («pudiendo») los CAUUD permitan incorporar instrumentos de autocontrol previo, bien específicos de cada medio o genéricos para el conjunto de medios adheridos al correspondiente código. Uno de los aspectos a considerar es a qué tipo de instrumentos se está refiriendo pues, en principio, la verificación preventiva del cumplimiento de los códigos de autorregulación puede efectuarse a través de diferente modelos. La referencia al carácter «previo» de tales instrumentos de autocontrol haría necesario reflexionar también acerca del momento temporal de ejercicio de dicha facultad, en concreto, respecto de qué aspecto tiene que resultar previo el posible autocontrol: ¿Respecto de la elaboración del mensaje informativo?, ¿respecto de su difusión pública?, ¿respecto de la posibilidad de eliminar o atenuar sus efectos mediáticos antes de la posible intervención administrativa de control externo de los contenidos? Sin embargo, el hecho de que la referencia legal a la existencia de esos instrumentos sea, como hemos señalado, potestativa, aminora el interés de profundizar en este aspecto temporal, pues el concreto CAAUD tendría libertad para diseñar (o no) las características esenciales de este instrumento de autocontrol.

### III. Requisitos formales y de elaboración de los códigos

La LGCA prevé diversas modalidades a través de las cuales puede llegar a considerarse que un determinado CAAUD pueda vincular la oferta de contenidos audiovisuales proporcionada por un concreto prestador. Cabe la posibilidad de que el prestador apruebe un código «por sí solo», o bien que proceda a aprobarlo «en colaboración con otros prestadores», e, incluso, que «se adhiera a un código ya existente» (26).

No se regula en la ley el proceso de toma de adopción de estas decisiones, en tanto que se trata de decisiones acordadas, en la mayor parte de los casos, por entidades audiovisuales privadas. Sí se prescriben, por el contrario, determinadas formalidades ulteriores a la decisión de adoptar como propio (por cualquiera de las vías anteriormente mencionadas) un código de contenidos específico. La aprobación (de) o adhesión (a) un CAAUD ha de comunicarse tanto a las autoridades audiovisuales competentes como al organismo de representación y consulta de los consumidores que correspondan en función del ámbito territorial de que se trate. Antes de analizar el al-

---

(25) A estos efectos puede tener cierto interés la referencia del art. 6.1 LGCA, al obligar al prestador del servicio a incluir en su sitio *web* su «correo electrónico y otros medios para establecer una comunicación directa y rápida».

(26) Art.12.2 LGCA.

cance de estas comunicaciones, la propia existencia de un CAAUD elaborado en el seno de uno o varios medios audiovisuales merece una cierta consideración.

Determinar la existencia y aplicabilidad de un CAAUD en un medio de comunicación no es sencillo desde el punto de vista jurídico formal, pues la existencia de los mismos se verifica, y casi siempre como única posibilidad, a través de las propias informaciones que los medios proporcionan en sus páginas *web*. Lo cual exigiría, a efectos jurídicos, su constatación fehaciente a través de los instrumentos habituales aplicables en materia de prueba. Al no estar (ni haber estado) regulado jurídicamente el proceso interno de elaboración y aprobación de estos CAAUD en el seno de la empresa audiovisual (a qué órgano compete, si tiene que seguirse un procedimiento participativo o no, su eventual modificación o renuncia al mismo, etc.) (27), es difícil conocer el estatuto jurídico real de los códigos que aparecen publicitados. Las situaciones existentes son muy variadas y lo que se va a exponer a continuación carece de ánimo de exhaustividad, pretendiendo solamente elaborar un pequeño inventario de realidades. Comenzando por los medios audiovisuales privados, existen diversos códigos deontológicos generales en cuanto a su programación (28), aunque en ocasiones afectan solamente a sus servicios informativos (29), pudiéndose tratar de códigos diferenciados de otros códigos de conducta que pueda tener la empresa en general en relación a la actividad laboral y profesional (30), aunque éstos puedan también incluir determinaciones puntuales que pudieran afectar al contenido de la programación o, más especialmente, a las reglas de diligencia en la comprobación de la información, sobre todo si se refieren a actividades informativas que tengan relación con la propia empresa. En otros casos, los medios han podido dotarse de estatutos de redacción o normas internas equivalentes, dentro de los cuales aparecen, a veces de manera directa, en otras mediante remisión a códigos deontológicos más generales, los principios éticos de su actividad informativa. Esto suele ser lo habitual, por ejemplo, en los medios de comunicación públicos (31), en los que también es más sencillo, por estar regulado jurídicamente, determinar el momento y órgano concreto que los ha aprobado. La cuestión a debatir, en estos últimos casos, es si esa referencia en estatutos o normas de redacción, directa o por remisión, a determinados principios deontológicos resulta suficiente como para interpretar que ello constituye el

---

(27) AZPITARTE, *op.cit.*, p. 249, piensa que los reglamentos y leyes autonómicas de desarrollo de la LGCA pueden incluir ciertos requisitos procedimentales.

(28) Por ejemplo, el *Código deontológico de Net TV* (<http://www.nettv.es/codigo-deontologico.htm>).

(29) *Código deontológico de los servicios informativos de Antena 3* (<http://www.atresmediacorporacion.com/a3document/2012/01/10/DOCUMENTS/00002/00002.pdf>); *Código deontológico de La Sexta Noticias* (<http://www.atresmediacorporacion.com/a3document/2014/02/19/DOCUMENTS/00001/00001.pdf>).

(30) Así, el *Código de conducta de Atresmedia* ([http://www.antena3.com/fan3cont/upload/prensa/descarga\\_364.pdf](http://www.antena3.com/fan3cont/upload/prensa/descarga_364.pdf)), diferenciado del señalado en la nota anterior para sus servicios informativos. También Mediaset dispone de uno desde 1 de enero de 2012, aunque su accesibilidad parece limitada. El *Informe de Responsabilidad Corporativa 2012* de Mediaset, señala (p. 69) que al mismo puede acceder el personal al servicio de la empresa por intranet.

(31) Como el *Estatuto de información de la Corporación RTVE* ([http://www.rtve.es/contenidos/documentos/ESTATUTO\\_DE\\_INFORMATIVOS\\_v1.pdf](http://www.rtve.es/contenidos/documentos/ESTATUTO_DE_INFORMATIVOS_v1.pdf)), que establece en su art. 9 unos principios deontológicos; o el *Estatuto de redacción de la Radio Televisión Vasca-Euskal Irrati Telebista y sus sociedades filiales* (<http://www.eitb.com/multimedia/corporativo/documentos/estatuto-de-redaccion-radio-television-vasca-y-sociedades-filiales.pdf>), que establece unos principios deontológicos en sus arts. 10 a 31.

CAAUD de ese medio audiovisual (32). Parece que la respuesta debería ser afirmativa, so riesgo de llegar a resultados arbitrarios partiendo de un rigorismo jurídico difícilmente exigible respecto de una actividad legalmente no regulada (el proceso de elaboración de un CAAUD y su misma denominación). También es cierto que en algunas materias concretas el proceso de elaboración de códigos deontológicos ha seguido otros cauces formales. Frecuentemente impulsados por organismos públicos con competencias en el sector, se firman como acuerdos de autorregulación suscritos por diversas empresas audiovisuales, a las que otras pueden ir adhiriéndose con el paso del tiempo. Es el ejemplo del más conocido de estos códigos: el Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia de 2004 (33), que ha dado lugar incluso a un desarrollo propio a través de un código específico para un determinado prestador audiovisual (34), y que finalmente en varios de sus contenidos ha sido elevado de rango, incorporándose algunas de sus previsiones (por ejemplo, lo relativo a las franjas y días de protección reforzada) directamente al texto de la LGCA (35). En fechas más recientes se ha aprobado un Código de conducta sobre comunicaciones comerciales de las actividades en juego (36), siguiendo un proceso de concertación similar (37). Cabe preguntarse acerca del margen existente para extender este tipo de instrumentos a otro tipo de contenidos audiovisuales (informaciones judiciales, programas esotéricos, espacios de telerealidad, etc.) más allá de los contenidos que tuvieran que ver con la publicidad. Muchos autores descartan la necesidad y utilidad de tales códigos, a favor de un espacio de opinión pública más amplio y menos limitado (38). Sin embargo su potencialidad se recoge normativamente de manera expresa en algunos ámbitos que no han sido aún desarrollados, como en el tema de la igualdad efectiva de mujeres y hombres (39).

(32) DE LA SIERRA, Susana, «El derecho a la diversidad cultural y lingüística y el derecho a una comunicación transparente», en CHINCHILLA y AZPITARTE, *op.cit.*, pp. 172 y 173, muestra el caso del «Manual de Estilo de RTVE» que, aunque podría ser considerado un modo de autorregulación desde ciertos puntos de vista, a su juicio no constituye un CAAUD de los previstos en la LGCA. Si bien precisa que aunque «no posee contenido jurídico público, serviría de pauta interpretativa cualificada para integrar los preceptos de la mencionada ley».

(33) Firmado por RTVE, A3TV, Gestevisión Telecinco, Sogecable, FORTA, La Sexta, Veo TV y NetTV. Sobre su origen y aplicación, puede verse: GRANDE ARANDA, *op.cit.*, pp. 32 y 33; MARTÍNEZ OTERO, Juan María, *La Protección Jurídica de los Menores en el Entorno Audiovisual*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 201 a 203.

(34) *Código de autorregulación para la defensa de los derechos del menor en los contenidos audiovisuales, conexos, interactivos y de información en línea de la Corporación RTVE* (<http://codigodeautorregulacion.rtve.es/>).

(35) PERALEZ ALBERT, Alejandro y PASTOR PÉREZ, José Ignacio, «La protección del menor a través de sistemas de regulación voluntaria: El caso del Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia», en BELANDO y MONTIEL, *op.cit.*, p. 147.

(36) Acuerdo de 7 de junio de 2012 para el establecimiento de un código de conducta de sobre comunicaciones comerciales de las actividades en juego entre la Dirección General de Ordenación del Juego y la Subdirección General de Contenidos de la Sociedad de la Información.

(37) Un conjunto de sesenta y tres empresas se han adherido a este código de conducta, entre ellas prestadores del servicio de televisión como A3TV, La Sexta, Mediaset, Radio Televisión Castilla-La Mancha, Net TV y VeoTV.

(38) AZPITARTE, *op.cit.*, p. 245.

(39) Art. 39.4 Ley Orgánica 3/2007, de igualdad efectiva de mujeres y hombres: «[l]as Administraciones públicas promoverán la adopción por parte de los medios de comunicación de acuerdos de autorregulación que contribuyan al cumplimiento de la legislación en materia de igualdad entre mujeres y hombres, incluyendo las actividades de venta y publicidad que en aquéllos se desarrollen»

Lo que la LGCA regula de manera más precisa es la comunicación y publicidad que deben cumplir los CAAUD que se aprueben. En primer lugar, la comunicación a la autoridad audiovisual competente vendrá referida a la que corresponda por razón de la cobertura territorial de las emisiones que realice el prestador. Así, para las de cobertura estatal la referencia habrá de entenderse a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (en adelante, CNMC), pues su ley reguladora le atribuye la función de verificar la conformidad de los CAAUD con la normativa vigente (40). Para los prestadores de servicios audiovisuales de cobertura autonómica o local, la comunicación habrá de hacerse a la autoridad audiovisual autonómica correspondiente, que en algunos casos será su propio Consejo Audiovisual (41), que asumirá nuevas funciones respecto de las que ya tenía, y que, en los casos en que dicho órgano independiente no exista, habrá de entenderse que la referencia será al departamento del ejecutivo autonómico correspondiente que tuviera atribuidas las funciones administrativas correspondientes sobre los medios de comunicación audiovisuales.

Por otra parte, en lo relativo a la obligación de comunicar la aprobación de la adhesión a un CAAUD al organismo de representación y consulta de los consumidores, cuando se trate de prestadores de cobertura estatal dicho órgano será el Consejo de Consumidores y Usuarios. Tratándose de prestadores de cobertura inferior (autonómica o local) será la legislación autonómica correspondiente la que determine cuál es el órgano de representación de los consumidores a quien ha de dirigirse esta información. En el País Vasco esa función habría de corresponder a la Comisión Consultiva de Consumo de Euskadi (42).

En puridad, sería lógico reflexionar acerca de los efectos que produciría la aprobación o adhesión a un CAAUD por parte de un operador de televisión o de radio que posteriormente no comunicara ese dato a la autoridad audiovisual o al organismo de representación y defensa de consumidores. Al margen de su eventual responsabilidad administrativa por incumplimiento de una obligación legalmente impuesta (43), lo realmente problemático en tal caso sería determinar el carácter vinculante o no de un código aprobado en esas condiciones. Parecería lógico admitir la obligatoriedad del mismo para el prestador del servicio audiovisual, sin perjuicio de los problemas que esta conducta acarrea para una efectiva supervisión por la autoridad audiovisual (pues no habría sido posible su verificación de conformidad con el ordenamiento) y para el conocimiento por parte del público del contenido efectivo del mismo. Si no admitiéramos tal sujeción el medio se estaría aprovechando (aun-

---

(40) Art. 9.6 Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, aunque este precepto no limita literalmente su actuación a los prestadores del servicio de cobertura estatal.

(41) Así ocurrirá en Cataluña y Andalucía. Con anterioridad estos organismos existían también en Madrid y Navarra, pero fueron suprimidos en 2006 y 2011, respectivamente.

(42) Definida en la Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías como el «órgano consultivo, asesor, de participación y de coordinación interadministrativa, de fomento de la colaboración entre los agentes sociales involucrados en el consumo y con las distintas Administraciones públicas que ejercen la tutela de los derechos de las personas consumidoras y usuarias» (art. 35).

(43) Aunque sea a título de infracción leve por incumplir el «resto de deberes y obligaciones establecidas en esta Ley, que no estén tipificadas como infracciones graves o muy graves» (art. 59.2 LGCA).

que sea a los únicos efectos de prestigio de su imagen pública) de una conducta no ajustada a lo dispuesto en la ley (44).

La comunicación a la autoridad audiovisual del hecho de la aprobación o adhesión de un medio a un CAAUD tiene dos finalidades esenciales. Por un lado, corresponde a dicho órgano verificar la conformidad del código con la normativa vigente sobre contenidos audiovisuales (no solo con la LGCA, sino con las demás leyes que pudieran introducir obligaciones en la materia) (45). Si se aprecia dicha conformidad, la autoridad audiovisual dispondrá la publicación del código. ¿Y si la autoridad llegara a la conclusión contraria? Procedimentalmente caben dos alternativas: la publicación parcial del código, depurados los aspectos que vulneren la normativa, o la remisión al prestador (o al conjunto de prestadores) del texto para que sea reformulado en un sentido compatible con la normativa. En ambos casos las consecuencias serían idénticas, aunque la segunda alternativa demoraría la efectividad de la aplicabilidad de las restantes partes del código no afectadas por la contradicción con la normativa. De todas formas la verificación efectuada no sana los contenidos de los CAAUD que vulnerasen lo establecido en una norma legal. Ello podría ser planteado en el momento procedimental oportuno (por ejemplo, durante la tramitación del expediente sancionador que corresponda o en el recurso contra la sanción impuesta). No parece de recibo imponer a un medio audiovisual una sanción administrativa por incumplir la prescripción de un código autorregulatorio incompatible con el marco legal establecido (aunque ello no hubiese sido detectado en su momento por la autoridad audiovisual) (46). Aunque en la práctica esto pueda suponer para el medio una especie de aprovechamiento torticero de los propios actos realizados a esos efectos.

#### IV. Publicidad de los códigos

Una vez verificada la conformidad de un CAAUD a la normativa vigente, en los términos ya expuestos, la LGCA establece que la autoridad audiovisual «dispondrá su publicación» (47), pero sin precisar nada más concreto. Ello nos obliga a reflexionar

---

(44) Mantiene la tesis contraria GAY, *op.cit.*, p. 43, para quien la publicación es un requisito previo para la eficacia de los códigos. Lo que sucede es que si, como hace la LGCA, no se indica dónde ha de efectuarse dicha publicación, las posibilidades de inferir esa eficacia de la publicación pueden resultar, en muchas ocasiones, inútiles.

(45) DE LA SIERRA, «El trabalenguas...», *op.cit.*, pp. 50 y 51, indica que en esta fase la autoridad audiovisual tendría que verificar la cuestión de los límites de contenido de los propios CAAUD, para impedir que la autorregulación de contenidos pueda realizarse sin límites, teniendo en cuenta que afectan al desarrollo de derechos fundamentales. La experiencia práctica de instrumentos de fomento de la autorregulación propuestos por los consejos autonómicos audiovisuales (en materias como inmigración, violencia machista, cuestiones de género, celebración de juicios, actividad política o diversidad cultural, por ejemplo) aconsejarían, a su juicio, dicha cautela.

(46) ENTRENA RUIZ, *op.cit.*, pp. 136 y 137. Problema diferente es el tratamiento procesal de esta cuestión, especialmente si se pretendiera declarar la ilegalidad con efectos generales ¿Cabría plantear en aplicación de la LJCA la cuestión de ilegalidad contra un código autorregulatorio publicado? Téngase en cuenta que no podemos calificar claramente dicho instrumento como una disposición general (solo vincula a quienes se hallan adherido, carece del sistema de publicidad de las normas reglamentarias, etc.), ni cabe recurso directo contra los mismos en vía contenciosa (aunque sí contra el acto que lo verifica).

(47) Art. 12.2 LGCA.



acerca de cuál es el tipo de publicación al que se refiere la norma, teniendo sobre todo presente que esta exigencia de publicidad es clave para garantizar la efectividad de la aplicación de las previsiones contenidas en el correspondiente código, mediante el abierto sistema de denuncias y la eventual entrada en juego de la potestad sancionadora en caso de incumplimiento de los CAAUD.

Un primer dato que hay que tener en consideración es que cuando la LGCA ha regulado el llamado derecho del público a una comunicación audiovisual transparente, ha derivado del mismo la imposición al prestador del servicio audiovisual de determinados datos que obligatoriamente han de incorporarse a su sitio *web* (cuya existencia es también obligatoria): el nombre del prestador, su dirección, el correo electrónico y otros medios para establecer con el mismo una comunicación directa y rápida, así como el órgano regulador o supervisor existente (48). No aparece por tanto mencionada la obligatoriedad de incluir en la *web* del prestador una referencia a los CAAUD a los que se halla adherido o hubiera elaborado, lo que, sin lugar a dudas, hubiera constituido el mecanismo más fácil y sencillo para garantizar el general conocimiento de sus previsiones por el público en general (y también, por los órganos responsables de velar por su cumplimiento).

Otra alternativa posible es que la publicación de los CAAUD se efectúe por la propia autoridad audiovisual. La ley reguladora de la CNMC no concreta cuales son las obligaciones específicas que recaen sobre este organismo público a tales efectos, pues en la referencia a sus funciones sobre el mercado de comunicación audiovisual y los códigos de autorregulación solamente se indican las de supervisar la adecuación de sus contenidos con el ordenamiento vigente (49) y de velar por su cumplimiento (verificando su conformidad con la normativa vigente) (50). Quizás la solución pueda venir de una interpretación amplia de las obligaciones legales de transparencia que recaen sobre la CNMC en virtud de su legislación específica. La CNMC tiene la obligación de hacer públicas, entre otras cuestiones, todas las «disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que la regulan» (51), debiéndolo hacer por medios electrónicos (52). La publicidad exigida por esta normativa no debería limitarse a la estricta difusión del texto de la resolución o acuerdo que verifica la aprobación del código. La inclusión del texto completo de dicho código se entiende como totalmente necesaria. Y a ello debe añadirse indudablemente la identificación del prestador o prestadores audiovisuales que hubieran acordado o se hubieran adherido al mismo, puesto que si no fuera así quedaría gravemente cercenada la efectividad de la propia publicación.

Evidentemente, si se tratase de un CAAUD cuya verificación correspondiera no a la CNMC sino al órgano autonómico correspondiente, la realización de la publicación habría de someterse a su normativa específica y, de no existir previsiones en tal sen-

---

(48) Art. 6.1 LGCA. El problema es que la ley no establece la obligación de que dicha página *web* sea accesible bajo el nombre comercial del correspondiente prestador del servicio audiovisual, como señala, BOCANEGRA, *op.cit.*, p. 7.

(49) Art. 9.4 LCNMC.

(50) Art. 9.5 LCNMC.

(51) Art. 37.1 LCNMC.

(52) Art. 37.2 LCNMC.

tido, a similares conclusiones (publicación del texto completo y de los prestadores adheridos al mismo) debería llegarse a través de la simple aplicación de la Ley 9/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

En un sentido mucho más formalista del que en este trabajo se matiene se ha pronunciado AZPITARTE SANCHEZ. A su juicio, el concepto de publicidad invoca la incorporación del código a un instrumento oficial. Y ofrece, a estos efectos, solamente dos posible alternativas: su publicación como instrucción dictada por la autoridad audiovisual o su incorporación por la autoridad gubernativa a un reglamento (53).

## V. Efectos de los códigos

### A) LOS INSTRUMENTOS DE AUTOCONTROL INTERNO SIN EFECTOS JURÍDICOS QUE PUEDEN PREVER LOS CÓDIGOS DE AUTORREGULACIÓN

La aprobación de los CAAUD pueden suponer una cierta despublicación de la controversia en torno a los límites de la programación de contenidos. La opción por métodos alternativos de resolución de conflictos en esta materia (sistema de quejas o alertas, defensor del espectador, amonestaciones públicas emitidas por un órgano deontológico, etc.), aleja los riesgos de una judicialización o, al menos, administrativización, de la controversia. Se trataría de crear órganos de conciliación y/o procedimientos de reclamación que garantizasen, incluso de manera preventiva a las emisiones, la adecuación de los contenidos a los postulados deontológicos que se hubieran suscrito, al hilo de lo que ha sucedido, por ejemplo, en el campo de la actividad publicitaria comercial.

La experiencia más desarrollada en el campo audiovisual (la aplicación del Código de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia de 2004) no es, sin embargo, demasiado esperanzadora. Pese a contar este código con diversos órganos de autorregulación específicamente creados para resolver las quejas planteadas (un Comité de Autorregulación y una Comisión Mixta de Seguimiento), la diferencia entre las reclamaciones aceptadas y las infracciones presuntamente cometidas es abismal (54), siendo sus contenidos frecuentemente ignorados.

### B) EL DERECHO DEL PÚBLICO AL RESPETO DE LOS CÓDIGOS DE AUTORREGULACIÓN EN LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES

Una de las mayores novedades de la LGCA ha sido la instauración del denominado «derecho a la participación en el control de los contenidos audiovisuales». Según el art. 9.1 LGCA cualquier persona física o jurídica está legitimada para solicitar a la autoridad audiovisual competente el control de la adecuación de los contenidos audiovi-

(53) AZPITARTE, *op.cit.*, p. 251.

(54) En los años 2009, 2010 y 2011, se aceptaron, respectivamente, veintidos, diecisiete y seis reclamaciones, mientras que algunos estudios recogen más de cinco mil infracciones por trimestre en el conjunto de operadores, en trabajos de campo realizados esos mismos años. Ver: MARTÍNEZ OTERO, *op.cit.*, p. 203.

suales tanto con el ordenamiento vigente, como con los códigos de autorregulación. Como ha señalado GAY FUENTES, «el derecho de denunciar contenidos ante la autoridad audiovisual se proyecta por lo tanto no solo sobre las obligaciones derivadas de la legalidad vigente sino también sobre aquellas que proceden de los códigos de autorregulación» (55).

En la norma parecen diferenciarse, de una manera un tanto confusa, cómo ha de actuar la autoridad audiovisual en función de si el contenido cuestionado fuera aparentemente ilícito (art. 9.2) o si contradijese un código de autorregulación (art. 9.3). Decimos que la distinción es confusa pues, no en vano, la vulneración de un código de autorregulación es en sí también una conducta ilícita, desde el momento en que está configurada tal conducta como infracción. Aunque la norma no lo diga de manera expresa, las facultades que se reconocen a la autoridad audiovisual lo son sin perjuicio del ejercicio por parte de la misma de su potestad sancionadora, salvando la excepción que la propia ley recoge (56).

Si la autoridad audiovisual aprecia que se ha emitido un contenido aparentemente ilícito, la ley señala que se «dará audiencia al prestador del servicio implicado y, en su caso, a la persona que solicitó la intervención de la autoridad». En este ámbito se le reconoce a aquella la capacidad de alcanzar acuerdos con el prestador del servicio para modificar el contenido audiovisual o, en su caso, para poner fin a la emisión del contenido ilícito. Ello no exime del posible ejercicio de la potestad sancionadora, aunque en el caso de tratarse de una infracción leve el efectivo cumplimiento del acuerdo por el prestador pone fin al procedimiento sancionador (57), lo que ha sido objeto de algunas críticas (58).

La contradicción puede tener lugar entre un contenido audiovisual y un código de autorregulación suscrito por el prestador. En este caso la ley no habla para nada de un acuerdo entre la autoridad audiovisual y el prestador (59), cuando esta posibilidad sería en tal supuesto mucho más lógica (60). Aunque nada parece impedir la aplicación análoga de estas previsiones también a los supuestos de incumplimiento de un CAAUD (61). Si no admitiésemos esta interpretación, con independencia del alcance del incumplimiento llevado a cabo (algo criticable, por la disparidad de cuestiones que se abordan habitualmente en los códigos autorregulatorios y su diferente trascendencia

---

(55) GAY, *op.cit.*, p. 43.

(56) También señala el art. 9.5 LGCA que las previsiones de este derecho a la participación en el control de los contenidos audiovisuales «se entienden sin perjuicio de las especificidades que se derivan de la normativa en materia de procedimiento sancionador dictada por las Comunidades Autónomas».

(57) Aunque la reincidencia por un comportamiento análogo en un plazo de noventa días tendrá la consideración de infracción grave (art. 9.2 LGCA). Se introdujo esta previsión legal (con esta calificación) a instancias del Consejo de Estado, puesto que dejar en manos del infractor el cierre o no del procedimiento sancionador podría dar lugar a malas prácticas, GRANDE, *op.cit.*, p. 35.

(58) Por parte de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y de la Asociación de Usuarios de la Comunicación, *vid.*: GAY, *op.cit.*, p.44.

(59) Tampoco se habla de la audiencia al prestador y, en su caso, a la persona que plantea la solicitud de intervención, aunque ambos efectos puedan deducirse sin demasiados problemas de la regulación del procedimiento administrativo general.

(60) GAY, *op.cit.*, p. 44.

(61) AZPITARTE, *op.cit.*, p. 252.

social), el expediente sancionador abierto siempre sería, al menos, por infracción grave (nunca leve), lo que significaría que ni por la vía de estimar que el incumplimiento de un CAAUD supone siempre la emisión de un contenido ilícito, cabría la posibilidad de acudir a la vía de composición a la que hemos aludido con anterioridad. Solo se prevería, en este supuesto, que la autoridad audiovisual requiriera al prestador la adecuación inmediata del contenido a las disposiciones del CAAUD o la finalización de su emisión (62). En todo caso, se opte por una interpretación amplia o por otra más estricta, siempre quedaría la duda de si estas acciones constituyen un elemento previo necesario para la apertura del expediente sancionador correspondiente (63) o si pueden ser adoptadas por la autoridad durante la sustanciación del procedimiento sancionador (incluso como medida cautelar en el seno del mismo, y no solo en la resolución final), e incluso si sería posible, como parece, la adopción de tales decisiones (calificadas como acciones de cesación, al estilo de lo que sucede en materia publicitaria) por una vía diferenciada, pero no excluyente, de la propiamente sancionadora (64).

### C) POTESTAD SANCIONADORA ADMINISTRATIVA Y CÓDIGOS DE AUTORREGULACIÓN

La mayor novedad del instrumental jurídico que la LGCA dispone en torno a la aprobación, verificación y publicación de los CAAUD se refiere a la influencia de estos instrumentos en el ejercicio de la potestad sancionadora. Efectivamente, la ley califica como infracción grave «el incumplimiento de los códigos de autorregulación de conducta a que se refiere el artículo 12 de esta Ley» (65). Como tal infracción grave puede ser sancionada con multa de 100.001 hasta 500.000 euros para los servicios de comunicación televisiva y de 50.001 a 100.00 para los radiofónicos, los de comunicación electrónica y para los prestadores del servicio de catálogo de programas (66), además de la posibilidad de imponer la obligación de difundir la parte resolutive del acto sancionador (67). Evidentemente, al ser los CAAUD un instrumento de suscripción voluntaria por los medios, solo a aquéllos que hayan aprobado o aceptado expresamente uno de ellos, podrá exigirse esta responsabilidad administrativa (68). De ahí

(62) Bajo la posible amenaza de iniciar un procedimiento sancionador, pero sin ordenar de manera ejecutiva el fin de la emisión, pues ello podría chocar con lo dispuesto en el art. 20.5 CE, como resalta MUÑOZ MACHADO, Santiago, «La regulación del sector audiovisual en España. Precedentes, régimen general y controversias esenciales», en MUÑOZ MACHADO, *op.cit.*, pp. 78 y 110.

(63) Según BELANDO GARÍN, *op.cit.*, p. 21, «el ámbito natural de estos acuerdos debiera ser el de las actuaciones previas al procedimiento administrativo sancionador, como una fórmula eficaz para evitar el inicio del mismo».

(64) Como parece sostener ENTRENA RUIZ, *op.cit.*, p. 141. Una opinión diferente mantiene GAY, *op.cit.*, p. 44, para quien «no se prevé la posibilidad de que la autoridad audiovisual inicie el procedimiento sancionador». A nuestro juicio ello resulta de las disposiciones generales que regulan la autoridad audiovisual, que no resultan excepcionadas por lo que establece el art. 9.3 LGCA.

(65) Art. 58.12 LGCA.

(66) Art. 60.2 LGCA.

(67) Art. 60.5 LGCA.

(68) RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel y BOMBILLAR SAÉNZ, Francisco Miguel, «El nuevo régimen sancionador en la comunicación audiovisual», *Noticias de la Unión Europea*, 329, junio 2012, p. 158.

la importancia de la constatación de dicha aprobación o aceptación y de su publicidad. Con ello, además, se salvan las críticas respecto derivadas de los principios de legalidad y tipicidad, pues otra cosa diferente sería que la ley hubiera permitido sancionar a un medio audiovisual por incumplir un código deontológico al que no se hubiera adherido expresamente o no hubiese sido por él aprobado, de la misma forma que hubiera sido ilegal sancionar por la vulneración de un CAUUD en ausencia de la previsión establecida en el art. 58.12 LGCA (69).

La cuantía de la sanción se graduará, además de en base a la aplicación del art. 131.3 LRJPAC (70), teniendo en cuenta varios criterios: el haber sido sancionado por resolución administrativa firme por el mismo tipo de infracción en el plazo de los tres años anteriores, la gravedad de las infracciones cometidas en el plazo anterior de tres años por el sujeto al que se sanciona, la repercusión social de las infracciones, el beneficio que hubiera reportado al infractor el hecho objeto de la infracción y uno particular que merece una especial consideración. Nos estamos refiriendo al incluido en el apartado a del art. 60.4 LGCA: «la inclusión de la conducta sancionada en un código de autorregulación que obligue al infractor como conducta prohibida».

Esta última previsión legal ha de ser interpretada en el siguiente sentido. En muchas ocasiones los CAAUD incluyen como contenido autorregulador una previsión respecto a los mensajes informativos o a las reglas de diligencia profesional que ya está incluida específicamente en la legislación vigente (por ejemplo, que no pueden emitirse mensajes que inciten al odio o a la discriminación, que debe diferenciarse claramente la información de la opinión, o que está prohibida la difusión del nombre, la imagen u otros datos de un menor que permitan su identificación en el contexto de un hecho delictivo). De manera tal que cuando se sanciona al medio por transgredir dichas previsiones, en realidad el reproche jurídico versa sobre el incumplimiento de lo dispuesto en la ley, no en la vulneración del código autorregulatorio. Aún sin que este último existiera, la realización de tales conductas resultaría ilícita. Entonces, ¿qué sentido debe darse a este criterio de graduación de la sanción? Teóricamente se trataría de justificar la agravación en base a que, como la exigencia aparece incluida en el CAAUD, el medio sancionado aumentaría su reprochabilidad por hacer caso omiso no ya de lo dispuesto en la legislación (cuyo contenido podría incluso ignorar, aunque eso careciera de efectos exculpatorios respecto de la infracción cometida), sino de lo previsto en el código que ha aprobado o al que se ha adherido, algo sobre cuya ignorancia resulta más difícil argumentar y que, si se hiciera, mostraría una más que evidente falta de diligencia profesional. Evidentemente esto podría tener implicaciones incluso a la hora de abordar la redacción de los propios códigos autorregulatorios, pues códigos muy completos y extensos que reprodujeran literalmente preceptos legales en vigor sobre contenidos audiovisuales supondrían el riesgo de una mayor sanción en caso de determinados incumplimientos. A su vez, si la estrategia de redacción de tales códigos (para evitar ese problema) aconsejara incluir en los mismos solamente previsiones diferentes (aunque no contrarias) de las recogidas en los preceptos legales, la sensación que podría trasladarse a los profesionales del medio es que solamente las reglas recogidas

(69) ENTRENA RUIZ, *op.cit.* 136.

(70) El art. 131.3 LRJPAC establece como criterios la existencia de intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.

expresamente en el CAAUD son las que deben cumplirse en materia de contenidos y de diligencia profesional, algo que no es en absoluto cierto.

Claro está que en los casos en los que el expediente sancionador se hubiera instruido por el incumplimiento de una regla del CAAUD que aludiera a una conducta que no viniera, simultáneamente, proscrita por una norma legal equivalente, la aplicación de este criterio para la graduación de la sanción estimamos que resultaría improcedente (71), en virtud de la aplicación del principio *non bis in idem*, dado que estaríamos utilizando los mismos hechos (el incumplimiento de una regla concreta del CAAUD) como elemento para incluir la conducta en la tipificación de la infracción administrativa y como criterio agravante de determinación de la concreta sanción a imponer.

De todas formas, la infracción incluida en el art. 58.12 LGCA ha sido cuestionada, en sede doctrinal, desde el punto de vista de su compatibilidad con el principio de proporcionalidad: ¿toda infracción de un código ético ha de tipificarse como infracción grave, con independencia de la importancia concreta de la regla ética eludida? (72). Téngase en cuenta que ni tan siquiera el incumplimiento formal de la LGCA recibe en todo caso tan dura calificación, pues existe, pero como infracción residual de carácter leve «el incumplimiento del resto de deberes y obligaciones establecidas en esta Ley, que no estén tipificadas como infracciones graves o muy graves» (73). La jurisprudencia no ha observado en la redacción de este último precepto un supuesto de norma sancionadora en blanco (74), aunque su aplicación ha generado algunas decisiones contradictorias (75). Pero la remisión al resto de deberes y obligaciones legales tiene un mayor grado de previsibilidad y certeza que la genérica remisión que establece la infracción del art. 58.12 LGCA a las disposiciones de un CAAUD, cuya inadecuación al principio de tipicidad parece más evidente (76). También desde el punto de vista de su compatibilidad con el principio de reserva de ley (77) —al no precisar el tipo de infracción sino por mera remisión a un instrumento (los CAAUD) cuya forma de elaboración

(71) Y no solo redundante, superfluo o ridículo, como lo ha calificado DE LA SIERRA, «El trabalenguas...», *op.cit.*, p. 52.

(72) GAY, *op.cit.*, p. 43.

(73) Art. 59.2 LGCA.

(74) Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de enero de 2014 (RJCA 2014/346).

(75) Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de enero de 2013 (JUR/2013/26329) no considera aplicable el art. 59.2 LGCA (que establece como infracción leve «el incumplimiento del resto de deberes y obligaciones establecidas en esta Ley, que no estén tipificadas como infracciones graves o muy graves») a los supuestos de excesos de emisión de tiempo de publicidad sobre lo legalmente previsto, si no encajan en la infracción específica (grave) que existe para este tipo de conductas (y que exige que «el incumplimiento del límite de tiempo de emisión de hora de reloj dedicado a la publicidad y a la televenta (...) exceda de un veinte por ciento de lo permitido»). Sin embargo la citada Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de enero de 2014 (RJCA 2014/346), considera aplicable dicho precepto a una conducta de cambio de programación sin respetar las prevenciones de la ley, y que no encajaba directamente en las previsiones que la LGCA establecía para las infracciones específicas para ese tipo de hechos (art. 58.2: «la vulneración durante más de tres días en un período de diez días del deber previsto (...) de dar a conocer con una antelación de tres días y mediante una guía electrónica la programación del canal de televisión»).

(76) RECUERDA y BOMBILLAR, *op.cit.*, p. 160.

(77) Y no con el principio *non bis in idem*, como afirman RECUERDA y BOMBILLAR, *op.cit.*, p. 158. También es dudoso afirmar, como hacen estos autores, que dicho principio impida imponer una sanción administrativa y una penalización prevista en el código autorregulatorio, calificable —a su entender— como acto sancionador no administrativo. Difícilmente puede operar este principio como límite entre una responsabilidad con efectos

e, incluso, como hemos analizado, de publicación, resulta cuestionable— esta forma de tipificación de la infracción no parece adecuada. Sin embargo, los diversos órganos que informaron sobre el anteproyecto de ley, en ningún momento formularon tales objeciones a la regulación incluida (78). El hecho de tratarse de una infracción fijada por su destinatario, ¿elimina toda duda respecto del cumplimiento del principio de legalidad y de reserva de ley (79)? No obstante, el problema sería la propia redacción de la infracción del art. 58.12: ¿basta cualquier incumplimiento del CAAUD o solo aquellos que el propio código admitiera como sancionables —algo que por otro lado, no suele explicitarse—?

Una situación particular presenta el hecho de que diversos códigos autorregulatorios de medios audiovisuales han sido aprobados por los prestadores, o se han adherido a los mismos, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la LGCA. En tal caso, ¿pueden utilizarse esos instrumentos deontológicos para integrar el tipo de la infracción grave del art. 58.12 LGCA a la que estamos aludiendo? La respuesta no es sencilla. Por un lado, parece poco probable que, una vez ya elaborados, aprobados o adheridos esos CAAUD vayan a ser objeto de un proceso, por llamarlo de alguna manera, de formalización para adaptarse a las previsiones de la ley. Es más, cuando en el art. 12.3 LGCA se establece que las autoridades audiovisuales deben velar por el cumplimiento de los códigos hace una referencia expresa a uno de ellos que, precisamente, es anterior a la LGCA y que constituye el ejemplo paradigmático de intervención autorregulatoria en la materia: «y, entre éstos, del Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia». Por eso, alegar el cambio de naturaleza legal (por los efectos que producen) de los CAAUD como justificación para que los mismos no pudieran integrar el tipo de la infracción correspondiente si son anteriores a la LGCA y no han sido sometidos a los procesos de verificación y publicación establecidos, no resulta nada claro desde el punto de vista jurídico. La aplicación de este tipo de códigos puede resultar complicada también desde otra perspectiva: la prueba misma de su contenido. Al no haber existido, antes de la LGCA, un sistema estandarizado de elaboración y aprobación de los mismos, podría ponerse en cuestión el hecho mismo de su aprobación, su fecha, si lo ha sido por el órgano adecuado, la naturaleza de la versión que pudiera ser conocida, por ejemplo, a través de la página *web* del prestador, etc. Estos aspectos son mucho más sencillos de verificar en el caso de CAAUD de medios audiovisuales públicos, que gozan de una mayor regulación en el proceso de toma de decisiones de estos aspectos. Aún afirmando la plena aplicabilidad de las normas deontológicas aprobadas o asumidas por los medios antes de la vigencia de la LGCA, una considerable incógnita quedaría abierta: ¿cabe la posibilidad de denuncia o de retirada de la adhesión a un código deontológico previamente asumido? (80) Si así fuera, y nada parece en la ley prohibirlo, ello produciría efectos *pro futuro*, pero no respecto de los expedientes sancionadores abiertos respecto a hechos producidos

---

jurídicos y otra consecuencia negativa derivada de la conducta realizada pero que sucede extramuros del campo jurídico.

(78) GAY, *op.cit.*, p. 43.

(79) AZPITARTE, *op.cit.*, p. 253.

(80) Así lo admite AZPITARTE, *op.cit.*, p. 246, que afirma que la renuncia a la autorregulación suscrita provocaría la pérdida de tipicidad.

durante su vigencia efectiva (si en estos términos pudiera hablarse), en los cuales jugaría el principio jurídico básico *tempus regit actum*.

Dentro del catálogo de críticas y objeciones al sistema establecido ha de ser referida aquella que manifiesta la inadecuación del sistema sancionador administrativo meramente pecuniario a los medios públicos. Que el incumplimiento de un CAAUD por una radio o televisión públicas acarree como consecuencia la imposición de una multa administrativa plantea, a juicio de MUÑOZ MACHADO, la siguiente reflexión: «las empresas públicas las pagarán, en su caso, con cargo a los preseupuestos públicos, lo cual conlleva la peculiar paradoja de que organismos públicos sancionan a otros organismos públicos a abonar multas con recursos que se obtienen de los ciudadanos a través de la vía recaudatoria. Si no van acompañadas estas medidas de la exigencia de la responsabilidad personal por la comisión de las infracciones, realmente el efecto correctivo o ejemplarizante que puedan tener resulta bastante desequilibrado en relación con las sanciones impuestas al sector privado» (81).

Por supuesto que, en todo caso, la responsabilidad administrativa de la que estamos hablando recaería única y exclusivamente sobre el medio audiovisual que hubiera transgredido el CAAUD, y no sobre el profesional concreto que hubiera incurrido concretamente en dicha conducta. Su situación, a lo sumo, vendrá determinada por una hipotética responsabilidad disciplinaria (82) y, en su caso, por la eventual responsabilidad penal y/o civil en la que pudiera incurrir, con arreglo a las cláusulas generales en la materia, y en base a la transgresión de los elementos que configuran las mismas (y no por el mero hecho de la infracción del CAAUD).

#### D) LAS CRÍTICAS A LA ADMINISTRATIVIZACIÓN DEL CONTROL DE LOS CONTENIDOS AUDIOVISUALES Y SU REFLEJO EN LOS CÓDIGOS DE AUTORREGULACIÓN

Todo lo expuesto en relación a los CAAUD y sus problemas de aplicación resulta también afectado por la crítica general que suele hacerse al sistema de protección de contenidos audiovisuales establecido en la LGCA. La crítica se centra en lo que se ha venido a denominar, con mayor o menor fortuna, «administrativización» del control de contenidos. Se parte de la tesis consistente en que, salvo en cuestiones formales de la ley que no tienen un impacto notable en la línea editorial del medio audiovisual (las normas sobre publicidad y patrocinio, tiempos de anuncios comerciales, horario de protección de menores, exigencias derivadas de la protección de personas discapacitadas, normas de antelación en la comunicación de la programación, reglas de identificación del prestador del servicio, y similares), que sea un órgano público diferente del juez, aunque sea bajo la fórmula de autoridad diferenciada del ejecutivo, quien tenga que analizar la legalidad de determinados contenidos directamente vinculados al ejercicio de las libertades de expresión y de información resulta polémico (83). A

(81) MUÑOZ MACHADO, *op.cit.*, p. 78.

(82) AZPITARTE, *op.cit.* p. 248.

(83) Los argumentos están magníficamente expuestos en BOIX PALOP, Andrés, «El cambio de prisma en la regulación del audiovisual: la sorprendente continuidad latente en el paso del servicio público a la liberalización», en BELANDO y MONTIEL, *op.cit.*, pp. 211 a 213.



juicio de gran parte de la doctrina esa labor debería corresponder de manera exclusiva a un órgano judicial, órgano dotado de mayor independencia e imparcialidad a la hora de abordar este tipo de cuestiones. Y si ello se presta a la crítica cuando se trata de confrontar el contenido de los programas audiovisuales con determinadas exigencias jurídicas incluidas en la LGCA (por ejemplo, todo lo que se deduce del derecho a recibir una comunicación audiovisual plural (84)), más aún lo será cuando el parámetro de control de dicha programación lo constituyan simples códigos de autorregulación huérfanos de una normativa estricta en lo referente a su elaboración, aprobación, verificación, identificación, etc., como hemos observado en párrafos anteriores.

De todas maneras la crítica señalada también se presta a argumentaciones en sentido contrario. La llamada «administrativización» no se produce de la misma forma si la atribución del control jurídico de los contenidos se realiza a favor de un organismo público audiovisual dotado de suficientes garantías de independencia y de neutralidad respecto del poder político (especialmente, del gubernamental). En tal caso, lo procedente sería reflexionar sobre la configuración concreta de esa autoridad audiovisual. La existencia de organismos de ese tipo, con garantías de independencia e imparcialidad respecto del poder político, parece ser una exigencia no solo de las directivas comunitarias en materia audiovisual (85), sino de la propia configuración de la libertad de información en los términos en que ha sido interpretada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (86). Más aún cuando las decisiones que pudiera imponer dicha autoridad audiovisual, así configurada, son susceptibles de un control judicial a poste-

---

(84) Art. 4 LGCA. ENTRENA RUIZ, *op.cit.*, p. 143, señala que «el procedimiento sancionador no debería ser incoado como consecuencia de la emisión de contenidos no plurales». DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás, «La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual: del servicio público a la liberalización en un sistema dual», en CHINCHILLA y AZPITARTE, *op.cit.*, pp. 55 a 57, reflexiona más allá del problema de la «administrativización» y cuestiona en general «hasta qué punto es compatible con la libertad de opinión e información el que, en lugar de realizar comunicaciones audiovisuales conformes con la opinión y la forma de ver las cosas que el prestador tiene (...) haya de hacerlo de forma que garantice la presencia de todas las opiniones». Para este autor «no se acaba de ver que se pueda imponer el pluralismo desde la Ley, salvo, tal vez, y en un sentido bien distinto, para el caso de frecuencias escasas». Por eso la pregunta a responder sería «si en una situación de falta de límites al número de medios (...) la libertad de expresión y opinión comporta el derecho a ser sectario, sea cual sea el juicio moral o político que nos merezcan los sectarios».

(85) La Directiva 2007/65/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, señalaba en su considerando 65 que los Estados «son libres de escoger los instrumentos convenientes de acuerdo con sus tradiciones jurídicas y las estructuras establecidas, y, en particular, la forma de sus organismos reguladores independientes competentes, a fin de poder llevar a cabo su labor de aplicación de la presente Directiva de manera imparcial y transparente», y estableció que «los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para intercambiar mutuamente y facilitar a la Comisión la información necesaria para la aplicación de las disposiciones de la presente Directiva (...), en especial, a través de sus organismo reguladores independientes» (art. 23 ter). Estas previsiones han pasado a la Directiva 2010/13/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), considerando 94 y art. 30, respectivamente.

(86) La decisión clave en esta materia es la STEDH de 17 de septiembre de 2009, *Manole y otros c. Moldavia*, apartados 107 a 110. Sobre el tema ver: PADRÓS REIG, Carlos, «Las características de la Administración pública reguladora del sector audiovisual. Aportaciones de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de septiembre de 2009 en el caso Manole y otros contra Moldavia», en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y ALONSO GARCÍA, Ricardo (coords.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Volumen II. Europa y América. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2012, pp. 2997 a 3028.

riori (87). Un modelo de control como el señalado no parece de por sí incompatible con las exigencias de la normativa audiovisual comunitaria ni con las exigencias derivadas de la necesaria protección de las libertades de expresión y de información (88) sin que ello quiera decir que, como en el ejercicio de todo poder público, no pudieran cometerse excesos en el ejercicio de sus funciones (por ejemplo, adentrándose en exceso en la imposición de determinados criterios estéticos, ideológicos, éticos, valorativos, etc., como plantea BOIX PALOP (89)), excesos que, en todo caso, el ordenamiento permitiría depurar.

Por otra parte, defender la idoneidad de un exclusivo control judicial sobre los contenidos de la programación audiovisual plantea el problema (aquí y ahora) de la inexistencia de cauces procesales establecidos para instar en sede jurisdiccional ese control. Más allá de acudir a las distintas vías de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (tanto penales como civiles) y al control judicial civil en caso de incumplimiento de la normativa sobre rectificación, la legislación procesal española no permite instar directamente un proceso judicial sobre los contenidos de la programación audiovisual, por más que algunas fórmulas imaginativas hayan prosperado en alguna ocasión. Sería, por lo tanto, necesario configurar legislativamente una alternativa procesal a la opción que representa la LGCA de intervención previa de la autoridad administrativa audiovisual con posible control judicial a posteriori. Dicha alternativa, *lege ferenda*, habría de precisar los requisitos de legitimación activa y pasiva, el posible objeto del proceso o *petitum*, las medidas cautelares plausibles y las consecuencias jurídicas derivadas de la estimación de la acción. Sin que esta opción esté legalmente configurada, cuestionar jurídicamente la alternativa propuesta por la LGCA conduce inevitablemente a dejar fuera de todo tipo de control de contenidos importantes parcelas de la programación audiovisual.

## E) CÓDIGOS DE AUTORREGULACIÓN Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Los CAAUD deben respetar, por último, la normativa sobre defensa de la competencia, que también es aplicable en el mercado audiovisual. Las funciones de la auto-

(87) RUIZ LÓPEZ, Miguel Ángel, «Del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: ¿Una nueva «Administración independiente»?», *Noticias de la Unión Europea*, 329, junio 2012, p. 148.

(88) Salvo en el caso de que la sanción por vulneración de las normas sobre contenidos llevara aparejada el cese de las emisiones, algo que podría llevar a pensar en la necesaria intervención judicial, como señalan RUIZ LOPEZ, *op.cit.*, pp. 148 y 150, y RECUERDA y BOMBILLAR, *op.cit.*, p. 160. Si el cese se deriva del cierre de las emisiones, este problema no se plantea con la infracción del art. 58.12 (incumplimiento de los códigos de autorregulación), pues ésta tiene la calificación de infracción grave, mientras que el cierre (en puridad, la revocación de la licencia o la extinción de los efectos de la comunicación previa) solo es posible por la comisión de determinadas infracciones muy graves, específicamente señaladas en la LGCA (art. 60.1.b, c y d). El cese de las emisiones como medida cautelar o definitiva adoptada por la autoridad audiovisual competente en el marco de un expediente sancionador, no está expresamente prevista en la LGCA, y exigiría una resolución judicial en los términos establecidos en el art. 20.5 CE, como señalan MUÑOZ MACHADO, *op.cit.*, pp. 109 y 110, y ENTRENA RUIZ, *op.cit.*, p. 144. El art. 9.3 LGCA solo permite a la autoridad audiovisual requerir la finalización de las emisiones, sin que le autorice expresamente a ordenar el cierre por sí mismas y las consecuencias de la inatención de dicho requerimiento vendrían a concretarse en una nueva infracción grave (por «incumplimiento de las instrucciones y decisiones de la autoridad audiovisual», art. 58.5 LGCA).

(89) BOIX PALOP, *op.cit.*, p. 225.

ridad audiovisual competente que se establecen en el art. 12.2 LGCA (la recepción de la comunicación de los CAAUD aprobados, la verificación de su conformidad con la normativa vigente y, en su caso, su publicación) se entienden sin perjuicio de la facultades de revisión de las autoridades de defensa de la competencia a este respecto (90). Se trataría de evitar que, mediante el instrumental de los CAAUD, bajo la excusa de haber adoptado criterios meramente deontológicos, los medios se repartieran el mercado, determinasen los precios, limitasen la actividad de otros productores u operadores audiovisuales, etc., alterando las reglas de la libre competencia en el sector audiovisual. El Tribunal de Defensa de la Competencia ha tenido la ocasión de analizar, en diversas ocasiones, la compatibilidad entre códigos de autorregulación de diversos tipos de publicidad (de bebidas alcohólicas, de alimentos dirigidos a menores para prevenir la obesidad, de tabaco, etc.), afectantes también a medios audiovisuales, y la normativa de libre competencia, sin encontrar en ellos objeción alguna por reunir los requisitos que dicha normativa exige (91).

## VI. Una propuesta a modo de conclusión

Son notables, como se han podido destacar, las insuficiencias regulatorias de la LGCA respecto de los códigos de autorregulación de los contenidos audiovisuales. Estas carencias pueden lastrar la efectividad jurídica que la propia ley ha otorgado a los mismos, permitiendo llegar a imposibilitar de hecho la aplicación efectiva de la infracción prevista en el art. 58.12 LGCA. Desde la entrada en vigor de ley nunca se ha impuesto una sanción a un medio en base a esa exclusiva tipificación, seguramente por los problemas prácticos que la aplicación de la norma plantea, y que se han expuesto en líneas precedentes.

Esta deficiente situación invoca quizás la oportunidad de llenar los vacíos legales existentes. La LCNMC permite a este organismo público ejercer ciertas funciones de supervisión en los sectores regulados por ella. Podría perfectamente efectuarse un requerimiento de información a los sujetos afectados, en base al art. 30.2 LCNMC, los prestadores del servicio de televisión y radio, para que en un plazo determinado de tiempo comunicaran a la institución los CAAUD que hubieran acordado o a los que se hubieran adherido, con la finalidad de hacer pública esa información en la propia página *web* de la CNMC (incluyendo el contenido completo de esos códigos), a efectos de que el derecho de los ciudadanos a participar en el control efectivo de los contenidos audiovisuales y las potestades de supervisión y control que en este ámbito pudiera ejercer la CNMC pudieran hacerse efectivos. Podría el citado requerimiento recordar los acuerdos deontológicos ya alcanzados y firmados con anterioridad por los operadores de los que tuviera constancia, con la finalidad de que los mismos ratificaran su posición de adhesión a los mismos. Una medida tan simple resolvería gran parte de los problemas derivados de la aplicación de la LGCA en este ámbito, sin ne-

---

(90) Art. 12.2 LGCA. Desde una perspectiva más general, pero con indudable interés en relación al sector audiovisual por la presencia de medios públicos y privados, se aborda este tema en CUBERO MARCOS, José Ignacio, «Regulación, iniciativa pública económica y libre competencia: hacia un moedlo sin inmunidades», *RAP*, 184, enero-abril 2011, pp. 121-156.

(91) CARRILLO DONAIRE y MARTÍNEZ RIVERO, *op.cit.*, pp. 7 y 8.

cesidad de proceder a un desarrollo reglamentario (mediante una circular de la CNMC (92)), que chocaría con una de las finalidades que el propio sistema de autorregulación pretende: el reconocimiento de un ámbito propio de decisión a los operadores para fijar, según el procedimiento que estimen oportuno, estándares de protección de contenidos más estrictos que los que se deducen de la legislación vigente.

Trabajo recibido el 30 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

---

(92) Art. 30.1 LCNMC.

**LABURPENA:** Ikus-entzunezko komunikazioari buruzko 7/2010 Lege Orokorrek ikus-entzunezko komunikabideen autoerregulazioa erabat aldatu du. Arau horrek ondorio juridiko esanguratsuak ditu hedabideek prestatzen dituzten autoerregulazioko kode deontologikoe-tan, oro har, programazioaren edukiari buruzkoak izaten direnetan. Arauak ekarri duen on-doriorik zuzenena da hedabideak administratiboki zigortu daitezkeela, kode horiek betetzen ez badituzte. Horrek askotariko arazo teorikoak eta praktikoak eragiten ditu, legeak ez baitu kode horien prestakuntza eta publizitatea behar beste erregulutzen. Lan honek arazo horiek azaldu eta balizko irtenbideak ematen ditu.

**HITZ GAKOAK:** Ikus-entzunezkoen autoerregulazioa. Ikus-entzunezko edukiak. Admi-nistrazio-zigorak ikus-entzunezko hedabideei.

**RESUMEN:** La Ley 7/2010 General de Comunicación Audiovisual ha supuesto un pro-fundo cambio en la concepción de la autorregulación de los medios audiovisuales. Dicha norma atribuye importantes efectos jurídicos a los códigos deontológicos de autorregula-ción que dichos medios elaboran, los cuales suelen estar referidos, principalmente, al con-tenido de su programación. La consecuencia más directa de la norma es la posibilidad de sancionar administrativamente a un medio audiovisual por el incumplimiento de dichos có-digos. Esto plantea numerosos problemas teóricos y prácticos derivados de la insuficiente regulación que la ley establece respecto a la elaboración y publicidad de dichos códigos, problemas que este trabajo propone exponer y señalar alternativas posibles de solución.

**PALABRAS CLAVE:** Autorregulación audiovisual. Contenidos Audiovisuales. Sanciones administrativas a medios audiovisuales.

**ABSTRACT:** The General Act 7/2010 on Audiovisual Communication has triggered a deep change in the understanding of the self-regulation of audiovisual media. That norm attributes important legal effects to the deontological codes of self-regulation drafted by those media, that are mainly referred to the content of their programmes. The most direct consequence of the norm is the possibility to impose administrative sanctions to an audiovisual media for the failure to comply with those codes. This raises many theoretical and practical problems that derive from the inadequate regulation established by the Act regarding the drafting and publicity of those codes, problems that this work tries to expose and to identify possible alternatives for a solution.

**KEYWORDS:** Audiovisual self-regulation. Audiovisual Contents. Administrative sanctions to audiovisual media



# El nuevo régimen jurídico de los Centros de Internamiento de Extranjeros (1)

Mariano López Benítez

**Sumario:** I. Introducción.—II. La conceptualización de los CIES como establecimientos y su regulación legal vigente. En particular, la naturaleza de las normas de funcionamiento interno del centro. II.1. El grupo normativo y la normas internas de funcionamiento. II.2. La consideración de los CIES como establecimientos públicos y la naturaleza normativa de las normas internas de funcionamiento. II.3. Consecuencias de la condición no penitenciaria de los CIES. A) Inaplicabilidad del art. 25.2 CE. B) El sentido general de la intervención que el juez realiza en este ámbito.—III. La relación jurídica del extranjero con el CIE. III.1. Los títulos legales que legitiman la adopción del acuerdo de ingreso. A) Los expedientes administrativos de expulsión, devolución o regreso. a) El expediente de expulsión. Las especialidades del procedimiento preferente. b) El expediente de devolución. c) El expediente de regreso por denegación de entrada. d) Rasgos comunes a todos los supuestos de internamientos basados en un título administrativo. a') La autorización del juez de instrucción. b') La complementariedad de las técnicas de policía y de la institución de las relaciones especiales de sujeción. La especialidad de esta relación con respecto a otros supuestos de relaciones especiales de sujeción. B) El internamiento decretado por aplicación de lo previsto en el art. 89.6 del código penal. III.2. El ingreso como entrada física en el CIE y como acto que origina el nacimiento de la relación jurídico-administrativa del extranjero con el CIE. III.3. El cese de la relación jurídica con el CIE: la salida del extranjero. III.4. El estatuto jurídico del extranjero durante su período de internamiento en el CIE. A) La contemplación de los derechos y deberes del extranjero interno desde la consideración de que éste sólo tiene limitada su libertad ambulatoria. B) Dos clases de derechos en el estatuto jurídico del extranjero interno. La colaboración de asociaciones y organizaciones no gubernamentales. C) Las normas de régimen interior crean en el centro un medio ambiente propio que condiciona el ejercicio de aspectos vitales integrantes de la libertad genérica del extranjero internado. D) Emanación de instrucciones y aplicación de medidas coercitivas excepcionales.

---

(1) El presente trabajo, que se realiza en el marco del Proyecto de Investigación DER 2012-35269, representa un desarrollo de la conferencia pronunciada en la Ciudad Autónoma de Melilla el día 25 de julio de 2014 dentro del curso «Extranjeros privados de libertad» correspondiente a los XXIII Curso Internacionales de Verano organizados por la Universidad de Granada y la Consejería de Cultura de la Ciudad Autónoma y con la colaboración de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias y de la Asociación Melillense de Estudios Penitenciarios.

Principios a los que se sujetan.—IV. El control judicial de la relación. IV.1. La dualidad de órganos jurisdiccionales: el juez competente para autorizar u ordenar el ingreso y el juez competente para el control de la estancia. IV.2. Delimitación de funciones entre ambos jueces. IV.3. Algunos supuestos problemáticos de delimitación de funciones y las posibles intervenciones de otros jueces. IV.4. La imprecisa definición de las funciones del juez competente para el control de la estancia. A) ¿En qué se traducen las competencias consistentes en toma de conocimiento? B) El conocimiento de las quejas y reclamaciones de los internos y el carácter irrecurrible de las decisiones del juez controlador de la estancia. C) El ámbito objetivo de las quejas y reclamaciones de los internos.—V. Una reflexión final acerca de los internamientos cautelares de extranjeros derivados de expedientes gubernativos.

## I. Introducción

El interés, siempre presente en la obra y en el quehacer académico del Profesor Demetrio LOPERENA, por acercarse al estudio de aquellos ámbitos del Derecho relacionados más directamente con los derechos y condiciones de vida de los más desfavorecidos, me lleva a dedicar esta modesta contribución en su memoria al análisis del régimen jurídico de los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIES), unos peculiares establecimientos públicos que sirven para retener cautelarmente a algunos extranjeros mientras se tramitan sus respectivos expedientes de expulsión, devolución o regreso. Creados por el art. 26 de la primitiva Ley de Extranjería de 1985 (Ley Orgánica 7/1985), fueron objeto de una regulación bastante modesta por parte de la Orden del Ministerio de la Presidencia de 22 de febrero de 1999, regulación que, pese a sufrir unos serios contratiempos jurisprudenciales que afectaron a una parte muy reseñable de sus preceptos y en los que aquí no puedo detenerme, se vio en líneas generales avalada y mantenida por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros y por las restantes normas que la modificaron y desarrollaron. La reciente publicación del RD 162/2014, de 14 de marzo, mediante el que se aprueba el Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros (RCIE), representa, pues, la ocasión propicia para aproximarse al conocimiento de unos establecimientos públicos, bastante desconocidos y poco estudiados en líneas generales por parte de la doctrina científica.

## II. La conceptualización de los CIES como establecimientos y su regulación legal vigente. En particular, la naturaleza de las normas de funcionamiento interno del centro

### II.1. El grupo normativo y la normas internas de funcionamiento

Centrándonos, pues, en la regulación actual de los CIES, debemos convenir en que ésta se contiene fundamentalmente en los arts. 60 a 62 y 62 *bis* a *sexies* de la



Ley de Derechos y Deberes de los Extranjeros —LEx— y en el Reglamento que recientemente acaba de publicarse mediante el que se establece el régimen interior y de funcionamiento de los CIES; todo ello sin perjuicio del juego que pudieran tener en ciertos casos tanto determinados preceptos del Reglamento general de ejecución de la Ley de Extranjería —REx— (RD 557/2011, de 20 de abril) como otras normas sectoriales. Además de las disposiciones reseñadas, debe advertirse que la regulación normativa de los CIES se completa, desde el punto de vista ya más concreto de cada centro, con las normas de funcionamiento que rigen para cada uno de ellos. Diversos preceptos de la LEx aluden a ellas: por ejemplo, el art. 62 *ter*, letra b), preceptúa, entre los deberes de los extranjeros internados, el deber «a observar las normas por las que se rige el centro». Sin embargo, no resulta fácil determinar la naturaleza jurídica de estas reglas de funcionamiento de cada centro, en primer lugar, porque quien las aprueba —el Director de cada centro, previa consulta con la Junta de Coordinación [arts. 9.2 b) y 10.2 a) RCIE]— carece, en puridad, de potestad reglamentaria. Es más, parece que, conforme a lo que preceptúa el art. 8 del RCIE, la Dirección del centro no es un órgano, sino una unidad administrativa<sup>(2)</sup>, circunstancia que dificultaría aún más conferir naturaleza reglamentaria a estas normas de funcionamiento. No obstante, también es evidente que de alguna manera dichas reglas de funcionamiento disfrutan de carácter normativo, ya que, desde luego, bajo ningún concepto entrarían en la categoría de acto administrativo, ni siquiera en la de acto administrativo general. Probablemente, la solución a esta cuestión se halle en recuperar la noción de ordenamiento interno que tan bien dejó trazada en los inicios del siglo xx Santi ROMANO.

---

(2) Existe en todo caso alguna contradicción en el Reglamento, pues si bien el art. 8.1 del Reglamento afirma taxativamente que «en cada centro existirán las siguientes *unidades y servicios*», entre los que mezcla —sin distinguir lo que son unos y otros— la Dirección, la Unidad de Seguridad, la Administración, la Junta de Coordinación, la Secretaría y los Servicios de asistencia sanitaria y de asistencia social, jurídica y cultural, después en su art. 10.1 caracteriza a la Junta de Coordinación como «órgano colegiado», que desempeña funciones exclusivamente consultivas (art. 10.2), y que se rige por las normas de funcionamiento que para los órganos colegiados diseña el capítulo II del Título II de la LRJPAC (art. 10.3). En ningún momento, llama, en cambio, «órgano» a la Dirección, salvo que apliquemos tal conceptualización al centro mismo y reflejamente proyectemos tal carácter sobre la Dirección en la medida en que a ella corresponde, entre otras funciones, «representar al centro» [art. 9.3.a)]. Sin embargo, esto último tropezaría también con un obstáculo legal y es que los arts. 10.1 y 11.2 de la LOFAGE sólo conceptualizan como órganos directivos hasta el nivel orgánico de Subdirección General, determinando además que han de ser creados, suprimidos y modificados mediante Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del Ministro interesado y a propuesta del Ministro de Administraciones Públicas. En cambio, el art. 5 del RCIE preceptúa que «los centros se crean, modifican o suprimen mediante orden del Ministro del Interior»

Todos estos datos proporcionan, en definitiva, un panorama muy confuso en lo que concierne a la naturaleza orgánica de los mismos centros y de las unidades y servicios en que se estructuran. De todos modos, pienso que, por su carácter definidor, debe prevalecer la conceptualización que el art. 8 del Reglamento proporciona. Conforme a ella, la Dirección sería, pues, una unidad, en el sentido que a esta noción dan los arts. 5.2 y 7 de la LOFAGE. Lo cual, ciertamente, es absurdo puesto que la Dirección, como más adelante veremos, va a dictar verdaderos actos administrativos con trascendencia sobre los internos, consideración que, a mi juicio, debiera situarlos bajo la conceptualización de órgano que proporciona el art. 5.2 de la LOFAGE, a menos que prevalezca —que es, por otra parte, lo que parece prevalecer— la afirmación de que estos actos que, en su caso, dicte la Dirección del Centro agotan sus efectos en el círculo puramente interno del establecimiento, lo cual sería del todo verdad si no fuese porque muchos de esos actos inciden muy claramente sobre el estatuto jurídico que a los internos corresponde.

## II.2. La consideración de los CIES como establecimientos públicos y la naturaleza normativa de las normas internas de funcionamiento

A esta identificación contribuye muy decisivamente la LEx cuando caracteriza a los CIES como «establecimientos» (3), noción ésta, importada del Derecho francés, pero que guarda importantes connotaciones con la idea del *Anstalt* germano. Todas estas concepciones son útiles para configurar a los CIES como una especie de unidad en sí misma, como una suerte de ordenamiento menor insertado en otro ordenamiento más amplio, que es el ordenamiento del Estado, y de cuyos principios y lógica se nutre y al que obviamente no puede contradecir, ni entrar en colisión con él. Esta unidad en sí misma, que es el establecimiento, explica a mi modo de ver no sólo la esencia misma de los CIES, sino también los fenómenos normativos que se dan en su seno. Como los CIES conforman —al igual que los centros penitenciarios, los cuarteles, los internados, etc.— unos espacios muy estrechos y cerrados de vida en común precisan de una normativa que regule la convivencia que dentro de ellos se da. Tales son, pues, el sentido y la finalidad de las normas de funcionamiento, que, aunque es verdad que ni son, ni pueden ser conceptuadas como normas reglamentarias *stricto sensu*, sí que tienen una indudable esencia normativa, puesto que son verdaderas normas jurídicas en el sentido más romaniano del término, susceptibles sin ningún género de dudas de ser impugnadas y controladas judicialmente (4).

## II.3. Consecuencias de la condición no penitenciaria de los CIES

### A) INAPLICABILIDAD DEL ART. 25.2 CE

El CIE se conceptúa, por tanto, como un establecimiento público de carácter no penitenciario (arts. 60.2 y 62 *bis*.1 de la LEx y 1.2 del RCIE), afirmación esta última que

(3) El art. 62 *bis*. 1 de la LO 4/2000, corrige la imprecisa noción como «lugares de internamiento» que el art. 60.2 proporciona, pues con rotundidad afirma que «los centros de internamiento de extranjeros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario». Más claramente aún, el art. 1.2 del Reglamento proclama que «los centros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario, dependientes del Ministerio del Interior, destinados a la custodia preventiva y cautelar de extranjeros para garantizar su expulsión, devolución o regreso por las causas y en los términos previstos en la legislación de extranjería, y de los extranjeros que, habiéndoseles sustituido la pena privativa de libertad por la medida de expulsión, el juez o tribunal competente así lo acuerde en aplicación de lo dispuesto por el art. 89.6 del Código Penal»

(4) Como ha dicho nuestro Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones a propósito de las normas internas de los establecimientos penitenciarios, «las ideas de equilibrio y proporcionalidad deben ser proyectadas al mundo jurídico penitenciario en el que la exigencia del orden y, por tanto, el deber del preso de acatar y observar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento han de hacerse compatibles con la consideración debida al interno en cuanto titular todos los derechos que corresponden a cualquier ciudadano o personas sin más excepciones que aquellas que derivan de las limitaciones de la sentencia condenatoria, y las que son inherentes a la situación de privación de libertad» [entre otras, SSTC 57/1994, de 28 de febrero, Ponente: González Campos, fdto. jco. 3.º B) y 60/1997, de 18 de marzo, Ponente: Ruiz Vadillo, fdto. jco. 2.º] Es verdad que nuestros Tribunales son sin embargo bastante ambiguos a la hora de tratarlas. Casi nunca las tratan como verdaderos reglamentos —porque, como hemos visto en el texto, no lo son—; en ocasiones, les dan el tratamiento jurisprudencial de actos administrativos generales —conceptuación, a mi juicio, claramente equivocada—, y en otras, en fin, emplea la imprecisa noción de «acto normativo», que sin estar perfilada del todo, desde luego que se acerca más, en mi opinión, a su verdadera esencia.

persigue recalcar claramente las diferencias existentes entre estos centros y las cárceles y demás establecimientos penitenciarios en sentido estricto, ya que su finalidad, lejos de ser el cumplimiento de las penas, se cifra «únicamente» en una «finalidad preventiva y cautelar», que «estará orientada a garantizar la presencia del extranjero durante la sustanciación del expediente administrativo y la ejecución de la medida de expulsión, devolución o regreso» (art. 1.3 del Reglamento). Tan diferente naturaleza jurídica tiene consecuencias jurídicas importantes. La primera y más evidente es que no encuentra fundamento con respecto a estos centros la invocación del art. 25.2 de la Constitución, precepto que, como ya he estudiado en otro lugar, posee un valor capital a la hora de constitucionalizar la relación jurídica del recluso, marcando los fines hacia los que debe orientarse la estancia en prisión y en los que debe inspirarse e interpretarse la relación penitenciaria<sup>(5)</sup>. Evidentemente, a falta de este engarce constitucional específico, parece que lo más coherente es entender que la relación jurídica que se entable con los extranjeros internos en un CIE debe inspirarse en el principio general de libertad que alienta el art. 10.1 de nuestra Constitución y en el principio de pleno disfrute de las libertades públicas «en los términos que establezcan los tratados y la ley», al que alude el art. 13.1 CE. Esto significa que, a diferencia de cuanto acontece en la relación penitenciaria, no existe en la relación que ahora consideramos ningún fin constitucional específico al que haya que orientar la estancia del extranjero en el CIE. Más allá de la propia finalidad cautelar preventiva, preconizada por nuestras normas de extranjería, el internamiento de los extranjeros en los CIES carece de otras finalidades propias. El disfrute de sus derechos y libertades se hará —como bien indica el art. 13.1 CE— en las mismas condiciones que los tratados y las leyes disponen para el resto de extranjeros, salvo naturalmente la limitación que experimenta la libertad ambulatoria para aquellos extranjeros que, por diversas razones, están en trance de expulsión o de ser devueltos a sus países de origen. El art. 62 *bis*.1 de la LEx subraya bien estas ideas:

«Los centros de internamiento de extranjeros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario; el ingreso y estancia en los mismos tendrá únicamente finalidad preventiva y cautelar, salvaguardando los derechos y libertades reconocidos en el ordenamiento jurídico sin más limitaciones que las establecidas a su libertad ambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada»

Y, en coherencia con ello, también el art. 16.1 del RCIE establece *para cuando el extranjero está ya ingresado* en el CIE —y, en consecuencia, ha visto ya limitada su libertad ambulatoria— que:

«Todas las actividades desarrolladas en los centros se llevarán a cabo salvaguardando los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros por el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las que fueran necesarias, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de internamiento acordada»

---

(5) Como dice el fundamento jurídico 1.º de la STC 115/1987, de 7 de julio, Ponente: Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, «el internamiento ha de ser en centros o locales que no tengan carácter penitenciario, garantía adicional que trata de evitar que el extranjero sea sometido al tratamiento propio de los centros penitenciarios». Para los fines de la relación penitenciaria, véase lo que decimos en *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas-Universidad de Córdoba, Madrid, 1994, pp. 355-357 y 413-444

## B) EL SENTIDO GENERAL DE LA INTERVENCIÓN QUE EL JUEZ REALIZA EN ESTE ÁMBITO

De todos modos, las normas transcritas efectúan, como se ve, una llamada expresa al juez para que determine «el contenido y la finalidad de la medida de internamiento acordada». Pienso que, bajo tal intermediación —importante, por otra parte, porque resalta el papel protagonista que la Ley otorga a la intervención del juez en toda esta materia—, lo que se permite al juez no es que determine el contenido y alcance de otros derechos y libertades distintos de la libertad ambulatoria; por el contrario, estimo que únicamente lo habilita para que delimite si la libertad ambulatoria del extranjero puede ser limitada y los perfiles bajo los que, en su caso, puede ser intervenida. Creo que la precisión es importante, puesto que contribuye a destacar el principio general de libertad y de disfrute de derechos que, según ya he dicho, ha de orientar la estancia del extranjero en el CIE.

## III. La relación jurídica del extranjero con el CIE

El establecimiento de la relación jurídica del extranjero con el CIE sólo se produce tras su ingreso y se mantiene lógicamente durante el tiempo que persiste dicho internamiento. En todo caso, es la decisión judicial la que marca su duración, modulable por el juez dentro del límite máximo de sesenta días que estipula el ordenamiento jurídico (art. 21.2 RCIE). Ahora bien, en lo que conviene insistir es en la importancia que el ingreso asume de cara al establecimiento de la relación jurídica del extranjero interno con el CIE, y, en este sentido, pienso que deben distinguirse dos momentos: uno primero, el relativo al título o títulos jurídicos que habilitan para decretar el internamiento de un extranjero en el CIE; y otro segundo, el concerniente al ingreso mismo del extranjero en un CIE. Evidentemente, el primer momento es el título jurídico que legitima el segundo, de tal modo que la ausencia o incorrección en aquel título invalidará y hará ilegítimo el ingreso.

### III.1. Los títulos legales que legitiman la adopción del acuerdo de ingreso

Aunque, en todo caso, siempre es la decisión judicial la que legitima y habilita para el ingreso de un extranjero en un CIE, dos son, sin embargo, las vías que pueden motivar aquella decisión judicial: por un lado, la que se deriva de un expediente administrativo de expulsión, devolución o denegación de entrada, y, por otro lado, la que puede ser decretada por un juez en aplicación de lo previsto por el art. 89.6 del Código Penal.

## A) LOS EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS DE EXPULSIÓN, DEVOLUCIÓN O REGRESO

La primera de dichas vías, la concerniente al internamiento de un extranjero como solicitud derivada de un expediente administrativo, encierra, en realidad, distintos supuestos a los que la Ley de Extranjería trata también separadamente.

*a) El expediente de expulsión. Las especialidades del procedimiento preferente*

El primero de estos supuestos es el de la expulsión del extranjero. El art. 57 de la LEx vincula la expulsión de un extranjero con la existencia de un procedimiento sancionador de carácter administrativo. En efecto, aunque las multas de contenido económico son las sanciones que el art. 55 de la LEx prevé para las contravenciones tipificadas contra ella, el art. 57.1 permite que la sanción de multa pueda ser reemplazada por la de expulsión del extranjero infractor cuando éste haya realizado una conducta de las tipificadas como muy graves (art. 54) (6) o alguna de las que los apartados a), b), c), d) y f) del art. 53 califican como graves (7). En tales casos, la Ley requiere la tramitación del correspondiente expediente administrativo (arts. 57.1 y 2), y, más, en concreto, de un procedimiento administrativo sancionador. Ahora bien, no toda incoación de procedimiento sancionador que pueda originar la expulsión del extranjero dará necesariamente lugar al internamiento de éste en un CIE; el art. 61 de la Ley sólo contempla esta posibilidad como una de las eventuales medidas cautelares que la Administración pudiera proponer al incoar un procedimiento sancionador de esta índole; medida que además tampoco resulta aplicable a todos los procedimientos sancionadores que pudieran determinar la expulsión del extranjero, sino únicamente a las conductas infractoras que se relacionen con las letras a) y b) del apartado 1 del art. 54, con las letras a), d) y f) del art. 53 (8) y con el apartado 2 del art. 57 (9).

---

(6) «En ningún caso, podrán imponerse conjuntamente sanciones de expulsión y multa» (art. 57.3 de la Ley)

(7) Las conductas a las que se refieren los mencionados apartados del art. 53 son las siguientes: a) Encontrarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo reglamentario; b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida; c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito. Cuando cualquier autoridad tuviera conocimiento de una posible infracción por esta causa, lo pondrá en conocimiento de las autoridades competentes con el fin de que pueda instruirse el oportuno expediente sancionador; d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley; f) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

De todos modos, hay que tener en cuenta que, aun dándose las conductas para que proceda una sanción de expulsión, ésta no podrá ser impuesta cuando se den las circunstancias de excepción previstas en el art. 57.5 de LEx.

(8) Los supuestos a) y b) del art. 54 se refieren a las siguientes infracciones muy graves: a) Participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana; y b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.

(9) «Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados»

El art. 63.1 LEx exige además que todos en estos casos se siga el procedimiento que la Ley tilda como «procedimiento preferente», esto es, un procedimiento caracterizado —como su propio nombre indica— por la naturaleza preferente y sumaria que posee (10). Según los arts. 234 a 237 del REx, las particularidades más relevantes que presenta este procedimiento son, por un lado, que los plazos se acortan extraordinariamente, de modo que, tras el acuerdo de iniciación —que, lógicamente, debe ser motivado— se le da al interesado un plazo de 48 horas para que alegue lo que tenga por conveniente, advirtiéndole que, de no efectuar alegaciones por sí mismo o por su representante, sobre el contenido de la propuesta, no realizar propuesta de prueba o no ser admitidas éstas por improcedentes o innecesarias, tal acuerdo de iniciación se considerará como propuesta de resolución. Idéntica cortedad de plazos se observa cuando se formulan alegaciones y se proponen pruebas, pues, aparte de los exiguos plazos que se dan para ello, también se acorta a 48 horas el plazo de audiencia del que dispone el interesado para formular alegaciones a la propuesta de resolución que formule el instructor del expediente (11).

Por otro lado, la especialidad que también ofrece este procedimiento preferente radica en que el art. 21.2 Lex establece para este procedimiento preferente de expulsión una excepción al régimen general de ejecutividad de los actos administrativos trazado por la LRJPAC. Evidentemente, si para la ejecutividad de las resoluciones san-

(10) De todos modos, hay una nueva excepción a sumar al juego de excepciones que establece la Ley. De los supuestos en que resulta factible que la sanción de expulsión pueda acompañarse de la petición de la medida cautelar de internamiento, las infracciones previstas en la letra a) del art. 53.1 LEx sólo podrán seguir el procedimiento preferente cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) riesgo de incomparecencia; b) que el extranjero evite o dificulte la expulsión, sin perjuicio de las actuaciones en ejercicio de su derecho; y c) que el extranjero represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

(11) En el recurso de inconstitucionalidad suscitado contra la Ley 8/2000 por el Parlamento de Navarra, se impugnaba expresamente la previsión de este procedimiento preferente por entender que esta fugacidad de plazos pugnaba abiertamente con el derecho a la tutela judicial efectiva. La STC 236/2007, de 7 de noviembre, Ponente: Casas Baamonde, que dio respuesta a dicho recurso, rechazó, en su fundamento jurídico 16.º, dicha interpretación con el siguiente argumento: «la regulación de este procedimiento no puede reputarse contraria al art. 24 CE. Ciertamente se trata de un procedimiento administrativo sancionador, ya que en estos casos la expulsión es «consecuencia de una conducta tipificada como infracción administrativa» (STC 116/1993 de 29 de marzo, F.3), y por consiguiente le son aplicables los principios esenciales reflejados en el art. 24 CE «en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentren en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 CE» (desde la STC 18/1981, de 8 de junio, F. 2), entre ellos el que proscribiera cualquier indefensión [SSTC 7/1998, de 13 de enero, F. 6; 14/1999, de 22 de febrero, F. 3 a)]. Ahora bien, la pretendida indefensión que generaría el precepto no es tal, pues hemos dicho reiteradamente que la brevedad de los plazos no implica per se la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si con ello se tiende a hacer efectivo el principio de celeridad en el proceso, ya que es constitucionalmente inobjetable que el legislador prevea tal reducción en los plazos cuando dicha decisión responde a una finalidad razonable y necesaria, acorde con los principios que han de regir el procedimiento correspondiente (SSTC 14/1992, de 10 de febrero [RTC 1992, 14], F. 8; 335/1994, de 19 de diciembre, F. 3; 130/1998, de 16 de junio, F. 5; 85/2003, de 8 de mayo, F. 11). Tal es el caso de los supuestos previstos en el art. 63.1 de la Ley Orgánica 4/2000, como ha quedado argumentado, con la consecuencia de que el plazo establecido en el art. 63.2 no pueda reputarse contrario al art. 24 CE. Por otra parte, tal como apunta el Abogado del Estado, los extranjeros sometidos a este procedimiento preferente de expulsión disponen de las garantías esenciales del procedimiento administrativo, como el derecho de audiencia y el derecho a una resolución motivada, además del control judicial de la decisión que garantiza la misma Ley Orgánica al disponer que «las resoluciones administrativas sancionadoras serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las Leyes» (art. 65, redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2000). En consecuencia, debemos desestimar este motivo de inconstitucionalidad y declarar que el punto 56 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, que añade el art. 63 a la Ley Orgánica 4/2000, no es contrario al art. 24 CE». En el mismo sentido, la STC 260/2007, de 20 de diciembre. Ponente: Sala Sánchez, fdo. jco. 7.º

cionadoras, el régimen general que establece el art. 138.3 LRJPAC es que «la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa», la excepción marcada por el art. 21.2 LEx debiera consistir en que en los procedimientos preferentes de expulsión la decisión de expulsión fuese inmediatamente ejecutiva. Y esto efectivamente es lo que parece que pretende decir el art. 236.2 REx: «La ejecución de la orden de expulsión recaída en estos procedimientos, una vez notificada al interesado, se efectuará de forma inmediata». Sin embargo, la redacción del apartado 3.º de este art. 236 REx siembra dudas al respecto, porque, desde luego, no es un dechado de claridad y pudiera entenderse que termina diciendo lo que precisamente pretende excepcionar:

«La excepción de la aplicación del régimen general de ejecutividad de los actos administrativos *en el caso de la resolución que ponga fin al procedimiento de expulsión con carácter preferente*, establecida en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, no excluirá el derecho de recurso por los legitimados para ejercerlo, sin perjuicio de la inmediatez de la expulsión y de la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno en contra de ella. En la resolución, además de la motivación que la fundamente, *se harán constar los recursos que frente a ella procedan, el órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos*».

La confusión viene porque es claro que ni los actos de los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales ni los actos de los Subdelegados del Gobierno, que son los órganos competentes para dictar las resoluciones sancionadoras en materia de extranjería (art. 222 REx), son actos que, conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional 15.ª LOFAGE, pongan fin a la vía administrativa. Consecuentemente, dichos actos son susceptibles de recurso de alzada. El propio art. 236.3 REx reconoce estos extremos cuando habla de que habrán mencionarse los recursos que frente a la resolución sancionadora procedan y el órgano —se entiende, administrativo— ante el que habrá de presentarse. Por ello, si la expresión «*resolución que ponga fin al procedimiento de expulsión con carácter preferente*» la entendiéramos como resolución que ponga fin a la vía administrativa, sería claro que el régimen general de ejecutividad de los actos administrativos no habría sido cambiado por el REx. Ahora bien, una lectura integrada del precepto y, en particular, el dato de que proclame la improcedencia de declarar administrativamente —no, desde luego, judicialmente(12)— efecto suspensivo alguno en contra de la resolución, abona la interpretación de que la expresión empleada por el REx —ciertamente, no muy afortunada en su redacción— a lo que parece estar aludiendo es simplemente al carácter de acto finalizador del procedimiento que tiene toda resolución, y no a que ella sea también la que agote y ultime la vía administrativa(13).

---

(12) Puede traerse aquí a colación lo que expresó en su fundamento jurídico 5.º la STC 115/1987, de 7 de julio, Ponente: Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer

(13) Incluso, en el supuesto de que entendiéramos que los actos de los Subdelegados del Gobierno agostasen la vía administrativa, serían igualmente susceptibles de recurso de reposición potestativo, por lo que la interposición de éste, conforme a la interpretación extensiva que se viene otorgando al art. 138.3 LRJPAC, haría igualmente que la resolución sancionadora en cuestión cayese bajo su ámbito.

Por lo demás, como afirma el art. 235.5 REx, durante la tramitación del expediente, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga, en los términos que más adelante veremos, el ingreso del extranjero expedientado en un CIE. Dicha solicitud, que deberá ser motivada y que muy frecuentemente coincide con el acto de iniciación del expediente sancionador, constituye por lo demás un acto de trámite cualificado susceptible de recurso como ha destacado convenientemente la jurisprudencia (14).

### **b) El expediente de devolución**

Junto a la expulsión, la devolución del extranjero puede ser otro de los expedientes administrativos que dé lugar al internamiento del mismo en un CIE. La especialidad de los casos de devolución de extranjeros radica en que no se sigue el trámite del procedimiento de expulsión. El art. 58.3 de la LEx señala, en efecto, que:

- «No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos:
- a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España
  - b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país»

Ahora bien, que no se siga para la devolución el procedimiento administrativo de expulsión no significa, a mi juicio, que no se tramite procedimiento alguno; lo que significa es que no procede tramitar un procedimiento de expulsión, porque éste, como hemos

(14) En efecto, hay una consolidada jurisprudencia casacional de nuestro Tribunal Supremo al respecto que afirma rotundamente lo siguiente: «Tanto en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo como ahora en el recurso de casación, la parte actora ha dicho con claridad que el acto impugnado es el acuerdo de iniciación del expediente de expulsión (...), acto que inicia un procedimiento sancionador, y, en tal sentido es, sin duda, un acto de trámite. Pero ese acto hace algo más, a saber, pone una condición imprescindible para que el Juez de Instrucción adopte la medida cautelar de internamiento. En efecto, se decide en el mismo proponer, en atención a las circunstancias personales del interesado, al Juez de Instrucción que disponga su ingreso en centro de internamiento, en tanto se sustancia el expediente, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 62 de la LO 4/2000, reformada por Ley Org. 8/2000. No cabe duda de que esta determinación (que no es condición suficiente para el posterior e hipotético internamiento, pero que es condición necesaria, pues sin ella no puede darse), afecta a la situación personal del interesado y no es, por lo tanto, un mero acto que inicia el procedimiento o lo impulsa, sino una decisión actual de la que depende aquélla. No es lógico ni conforme a lo dispuesto en el artículo 51.1 c) de la Ley Jurisdiccional 29/98, que se prive al interesado de la posibilidad de impugnar determinación tan importante, ya sea por vicios generales del acto considerado globalmente (v.g. incompetencia de quien lo dicta) o por defectos de la concreta propuesta que se hace al Juez de Instrucción (v.g. por no ser el caso uno de los que permite hacerla, según el artículo 62.1 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000 (...)) Por consiguiente, el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo de iniciación del expediente de expulsión es admisible» [al respecto, véanse, entre otras, las SSTs de 19 de abril de 2007, rec. cas. n.º 8538/2003, ponente: Yagüe Gil, Fdto. Dcho. 3.º; de 25 de julio de 2007, rec. cas. n.º 4460/2004, ponente: Cáncer Lalanne, fdto. dcho. 4.º; de 30 de noviembre de 2007, rec. cas. n.º 1725/2004, ponente: De Oro-Pulido López, fdto. dcho. 4.º; y de 7 de noviembre de 2008, rec. cas. n.º 1697/2003, ponente: González Rivas, fdto. dcho. 3.º] La STS de 16 de abril de 2009, rec. cas. n.º 5752/2003, ponente: González Rivas, además de hacerse eco de toda la jurisprudencia consolidada al respecto, aplica sus consecuencias también al recurso contencioso-administrativo trabado por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. En su fundamento de derecho 4.º, *in fine*, argumenta el Tribunal que: «Esta determinación afecta a la situación personal del interesado y no es, por lo tanto, un mero acto que inicia el procedimiento o lo impulsa, sino una resolución cualificada que incide en el contenido constitucional del artículo 17 de la CE, precepto que fue invocado por la parte actora desde el momento inicial de interposición del recurso».



visto, es un procedimiento sancionador, mientras que la devolución de extranjeros a la que se refiere la Ley constituye un claro paradigma de lo que en el ámbito del Derecho Administrativo conocemos como una medida administrativa de policía. El apartado 5.º del art. 58 de la LEx, al decir que «la devolución será acordada por la autoridad gubernativa competente para la expulsión», pienso que, al menos, está exigiendo un mínimo procedimiento administrativo, por sumario y reducido que éste sea, procedimiento que, insisto, no tendrá naturaleza sancionadora, ni precisará, por consiguiente, seguir los trámites de éste y respetar las garantías propias de los procedimientos sancionadores. A este respecto, pienso que el art. 23 del REx confirma estas últimas ideas, pues habla no sólo de la exigencia de una resolución de devolución, sino de las posibilidades que a los extranjeros incurso en estas situaciones se les abren de interponer recursos administrativo y contencioso-administrativo contra la mencionada resolución de devolución, todo ello sin perjuicio del derecho que asiste al extranjero de disfrutar gratuitamente de asistencia jurídica y de asistencia de un intérprete (23.3).

En todo caso, tampoco aquí todo acuerdo de devolución del extranjero conlleva el internamiento de éste en un CIE, situación prevista únicamente para aquellos casos, en que, de conformidad con el apartado 6.º del art. 58 de la LEx, no resulte posible ejecutar la devolución en el plazo de setenta y dos horas. En tales casos, resurge la naturaleza cautelar del internamiento en un CIE y en su virtud se permite a la Administración que solicite «de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión». La adopción de esta medida cautelar garantiza la ejecución de la medida de policía en que consiste, según hemos visto, la devolución.

### *c) El expediente de regreso por denegación de entrada*

Por último, el art. 60.1 de la Ley contempla los supuestos de denegación de entrada en los siguientes términos:

«Los extranjeros a los que en frontera se les deniegue la entrada según lo previsto por el artículo 26.2 de esta Ley, estarán obligados a regresar a su punto de origen.

La resolución de la denegación de entrada conllevará la adopción inmediata de las medidas necesarias para que el extranjero regrese en el plazo más breve posible. Cuando el regreso fuera a retrasarse más de setenta y dos horas, la autoridad que hubiera denegado la entrada se dirigirá al juez de instrucción para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta ese momento»

También aquí nos hallamos ante una típica medida administrativa de policía, para la que el art. 15 del REx prevé la necesidad de que se dicte una resolución motivada por parte de los funcionarios responsables del control de entradas. La resolución, que deberá notificarse al extranjero afectado y que tendrá unos contenidos mínimos especificados por el Reglamento, constituye el título para que se ejecute el regreso de forma inmediata y, en todo caso, dentro del plazo de setenta y dos horas desde que se hubiera acordado. Es precisamente en los casos en que el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas cuando «la autoridad gubernativa o, por delegación de ésta, el responsable del puesto fronterizo habilitado se dirigirá al juez de instrucción para que deter-

mine, en su caso, el lugar donde haya de ser internado el extranjero hasta que llegue el momento de regreso» (art. 15.3 del Reglamento General) (15)

#### *d) Rasgos comunes a todos los supuestos de internamientos basados en un título administrativo*

##### a) La autorización del Juez de Instrucción

Existen varios rasgos comunes a estos tres supuestos a los que acabamos de hacer referencia. En primer lugar, el título, en el que en los tres casos basan el ingreso del extranjero en un CIE, proviene en su origen de una decisión administrativa; lo que sucede es que tal acto administrativo no es suficiente por sí mismo para desencadenar el internamiento del extranjero, sino que precisa de una intervención judicial; necesita, en concreto, que el juez autorice el internamiento ínsito en el contenido de la resolución administrativa y que le ha sido solicitado expresamente por la Administración (16). Tal exigencia, aunque, desde luego, supone una limitación a las potestades de autotutela de la Administración, se encuentra expresamente prevista por el art. 95 LRJPAC (17), y es, como después veremos, la que impide que el internamiento del extranjero constituya una detención arbitraria y resulte compatible con los dictados del art. 17.1 CE. Esta autorización judicial ofrece una importante peculiaridad desde el punto de vista orgánico, cual es el hecho de que resulte emitida por el Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención (art. 62.6 de la Ley). Hablando como hablamos de actos administrativos, tal vez lo lógico hubiese sido que tal autorización correspondiese emitirla al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, tal y como al final ha terminado ocurriendo con los actos administrativos cuya ejecución precise la entrada en el domicilio del ejecu-

(15) La redacción anterior del art. 60.1 de la Ley, que era muy similar a la actual —dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre—, fue objeto de una sentencia interpretativa por parte del Tribunal Constitucional. En concreto, el fundamento jurídico 15.º de la STC 236/2007, de 7 de noviembre, Ponente: Casas Baamonde, basándose en una interpretación a favor de la constitucionalidad del precepto, señala que «debemos declarar ahora que «la voluntad de la Ley, y desde luego el mandato de la Constitución, es que, más allá de las setenta y dos horas, corresponda a un órgano judicial la decisión sobre el mantenimiento o no de la limitación de la libertad» (STC 115/1987, F.1). Y en consecuencia, la expresión «para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta el momento del retorno», contenida en el precepto impugnado, debe ser entendida como equivalente a demandar o solicitar del juez la autorización para que pueda permanecer detenido el extranjero pendiente del trámite de expulsión más allá del plazo de setenta y dos horas, siendo el órgano judicial el que habrá de adoptar libremente la decisión. En consecuencia, al ser susceptible de un interpretación conforme a la Constitución, el apartado 1 del art. 60 de la Ley Orgánica 4/2000, en la redacción dada por el punto 53 del artículo primero de la Ley Orgánica 8/2000, no es inconstitucional».

(16) Cuando se dice que la solicitud de internamiento formulada por la Administración debe ser expresa, quiere decirse que no basta ni es suficiente con que la solicitud se formule oral o telefónicamente. En el caso examinado por la STS n.º 992/2013, de 20 de diciembre, rec. casación n.º 816/2013, Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, fdto. dcho. 3.º el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación planteado contra la sentencia de instancia que condenó por prevaricación a una jueza de instrucción que había decretado por sí misma y sin solicitud de la Administración el internamiento de un extranjero en un CIE. Como afirma el Tribunal Supremo, ni siquiera hubiera sido suficiente que el jefe policial se lo hubiese pedido telefónicamente (circunstancia, por lo demás, que éste negó durante el juicio y que no resultó debidamente acreditada).

(17) «Las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los Tribunales»

tado(18). Sin embargo, no es así y es, como decimos, al Juez de Instrucción a quien compete autorizar el internamiento del extranjero en el CIE. Ahora bien, tal decisión legal no nos debe llevar a una confusión de términos. El Juez de Instrucción no se comporta aquí como el juez que revisa en profundidad la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse; dicha revisión —como las normas de extranjería bien ponen de relieve— sigue correspondiendo a la jurisdicción contencioso-administrativa(19). La intervención del Juez de Instrucción se cifra en autorizar la limitación que para la libertad ambulatoria del extranjero comporta su internamiento en el CIE. Su papel aquí no es muy diferente, por tanto, del que el propio Juez de lo Contencioso-Administrativo realiza en los casos en que autoriza la entrada en el domicilio del interesado para ejecutar un acto. Su función se limita en ambos casos a autorizar la limitación del derecho fundamental y a comprobar que el acto administrativo que pretende ejecutarse reúne los requisitos procedimentales y competenciales necesarios para ser, sin incurrir en una vía de hecho, un válido título de ejecución(20), mientras que el examen de la legalidad ordinaria de la medida de expulsión, devolución o regreso acordada por la Administración, continúa atribuyéndosele, como decimos, al Juez de lo Contencioso-Administrativo que resulte competente según las reglas establecidas al respecto por la LJCA.

Sin embargo, el Juez de Instrucción, en su papel —en palabras del Tribunal Constitucional— de «guardián natural de la libertad», no se limita únicamente a advenir la apariencia de legalidad que reúne la solicitud o el acto de la Administración, sino que, como la jurisprudencia constitucional destaca, extiende su conocimiento a «*la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal de extranjero, a la mayor o menor probabilidad de huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión*»(21), circunstancias, todas ellas, que no difieren de las que señala el art. 15 de la Directiva 2008/115/CE. Insistimos en que es precisamente la calidad y profundidad con que realice este examen las que permitirán concluir si el internamiento en el CIE respeta o no lo hace las garantías explicitadas por el art. 17 CE, extremos que obligan a que sus decisiones hayan de estar suficientemente motivadas, según destacaremos más adelante.

Por lo demás, la decisión que el juez de instrucción adopte en orden al internamiento del extranjero es susceptible de recurso, lo que, en definitiva, la hace compatible con las exigencias contenidas en el art. 24 CE, y hace innecesario el procedimiento de *habeas corpus*(22)

---

(18) Vid. art. 8.6 de la LJCA; precepto que, por cierto, atribuye también a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo el conocimiento «de la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental»

(19) Lo destaca expresamente la STC 144/1990, de 26 de septiembre, Ponente: De la Vega Benayas, fdto. jco. 6.º

(20) Señala el art. 23.2 del RD 162/2014 que «el instructor que solicite la autorización de internamiento de un extranjero dispondrá su presentación ante el juez de instrucción competente, junto con aquellos documentos que formen parte del expediente o resolución de expulsión, devolución o denegación de entrada»

(21) STC 115/1987, de 7 de julio, Ponente: Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, fdto. jco. 1.º

(22) El fundamento jurídico 3.º de la STC 303/2005, de 24 de noviembre. Ponente: Delgado Barrio, sintetiza bien este extremo: «Ya en este punto, por lo que se refiere a las detenciones producidas en el ámbito propio de la legislación de extranjería, ha de señalarse que nuestras resoluciones en recursos de amparo se han referido a detenciones o retenciones gubernativas (así, SSTC 21/1996, de 12 de febrero; 174/1999, de 27 de septiembre; 179/2000, de 26 de junio), es decir, a privaciones de libertad realizadas por la policía sin previa

- b) La complementariedad de las técnicas de policía y de la institución de las relaciones especiales de sujeción. La especialidad de esta relación con respecto a otros supuestos de relaciones especiales de sujeción

Aparte de esto, el otro rasgo que presentan en común estas decisiones administrativas es que todas ellas constituyen una manifestación de la actividad administrativa de policía, puesto que se justifican en la preservación y mantenimiento del orden público en su acepción más genuina y clásica. No en balde la policía de extranjeros —como tradicionalmente se llamaba a esta parte de la actividad administrativa— figuraba entre los contenidos más típicos del Derecho Administrativo desde los primeros manuales y exposiciones doctrinales. Ahora bien, la curiosa paradoja que se da en estos supuestos en que tales manifestaciones de la actividad de policía —que, por definición, constituyen un exponente claro de lo que se conoce como relaciones de supremacía o de sujeción general— tienen como efecto generar el nacimiento de una

---

autorización judicial y al amparo de la normativa vigente en materia de extranjería. Típico supuesto, pues, de privación de libertad necesitada de un control judicial a posteriori sobre su legalidad, articulado en nuestro Derecho —con carácter general y al margen de mecanismos específicos establecidos por la legislación de extranjería—, a través del procedimiento de habeas corpus. Sin embargo, en la STC 115/1987, de 7 de julio, F. 1, en recurso directo, en lo que ahora importa, dirigido contra el art. 26 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, descartábamos la inconstitucionalidad de su apartado 2, que permitía el internamiento de extranjeros tras interesarlo del Juez de instrucción la autoridad gubernativa, haciendo una interpretación del régimen legal entonces vigente en la que concluíamos que «el precepto impugnado respeta y ha de respetar el bloque de competencia judicial existente en materia de libertad individual, incluyendo el derecho de habeas corpus del art. 174 de la Constitución, tanto en lo que se refiere a la fase gubernativa previa, dentro de las setenta y dos horas, como también respecto a esa prolongación del internamiento en caso necesario, más allá de las setenta y dos horas, en virtud de una resolución judicial» (F. 1). Esta afirmación se hizo en un contexto en el que importaba dejar claro que «la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma». Por ello se subrayaba el estricto sometimiento de la autoridad gubernativa al control de los Tribunales, que no derivaba de forma terminantemente clara de la literalidad del texto legal. Pero en el caso que ahora se examina, por virtud de la aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, vigente a la sazón, la medida de ingreso en un centro de internamiento, en la expresa dicción de su art. 62.1 y 2, exige: a) la «previa audiencia del interesado»; b) que sea el Juez de Instrucción competente el «que disponga [el] ingreso en un centro de internamiento»; c) que la decisión judicial se adopte «en Auto motivado»; y d) que sobre la base de una duración máxima de cuarenta días «atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso», el Juez «podrá fijar un período máximo de duración del internamiento inferior al citado». Añádase que la decisión judicial es recurrible —art. 216 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim)—. Las garantías que para la libertad personal se derivan del régimen de control judicial que acaba de describirse equivalen, desde el punto de vista material y de eficacia, a las que pueden alcanzarse por medio del habeas corpus, lo que haría redundante la posibilidad añadida de este remedio excepcional, sólo justificable en el plazo de la estricta detención cautelar gubernativa (durante las primeras setenta y dos horas) o, en su caso, superado el plazo acordado por la autoridad judicial para el internamiento, si el extranjero continúa privado de libertad. El habeas corpus sólo es factible, por tanto, en los supuestos de privación de libertad que no tienen otro fundamento que la sola voluntad de la autoridad gubernativa, quedando excluido como remedio procesal para las situaciones de privación de libertad dispuestas por el Juez y en el espacio temporal por el que éste las haya autorizado. En consecuencia, un internamiento decidido judicialmente que se extienda más allá del plazo señalado en el Auto dictado al efecto pasa a ser una situación de privación de libertad que, por carecer ya del fundamento judicial que lo hizo constitucionalmente legítimo, no tiene más apoyo que la voluntad gubernativa, lo que la hace objeto posible de una solicitud de habeas corpus, siendo éste el sentido cabal en el que ha de entenderse lo afirmado en la citada STC 115/1987 para la Ley Orgánica 7/1985, una vez que se proyecta sobre la nueva legislación en la materia». En idéntico sentido, entre otras la STC 260/2007, de 20 de diciembre, Ponente: Sala Sánchez, fto. jco. 6.

relación de sujeción especial: la que une, a partir de su internamiento en el CIE, al extranjero con la Administración.

La complementariedad de las técnicas administrativas resulta aquí bien evidente: la relación especial de sujeción entre el extranjero y la Administración, establecida a partir de su ingreso en el CIE, no busca, como sucede con las relaciones especiales de sujeción más prototípicas, integrar al extranjero en el centro para que se convierta en un medio al servicio de la Administración, ni integrarlo en el centro como condición *sine qua non* para que pueda beneficiarse de las prestaciones que aquélla le otorga. Más simplemente, lo que busca es asegurar el cumplimiento y ejecución de las medidas de policía dictadas contra el extranjero interno. Como ya hemos señalado, la falta de condición penitenciaria que caracteriza a los CIES impide extrapolar a éstos los fines prestacionales de reeducación y reinserción social que, junto a su finalidad retributiva, las cárceles cumplen. Dice bien, por tanto, el art. 1.3 del RCIE cuando afirma que «el ingreso y la estancia en los centros tendrá únicamente finalidad preventiva y cautelar y estará orientado a garantizar la presencia del extranjero durante la sustanciación del expediente administrativo y la ejecución de la medida de expulsión, devolución o regreso».

## B) EL INTERNAMIENTO DECRETADO POR APLICACIÓN DE LO PREVISTO EN EL ART. 89.6 DEL CÓDIGO PENAL

Esta finalidad preventiva y cautelar es la que alienta asimismo la previsión contenida en el art. 89 CP, tras su reciente reforma llevada a término por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Mediante ella, se permite al Juez o Tribunal que en sus sentencias puedan sustituir las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a extranjeros por su expulsión del territorio español. Igualmente, el órgano jurisdiccional puede, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordar en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena. En todo estos casos y según el art. 89.6 CP, cuando el extranjero al acordarse la expulsión no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal puede acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

El acuerdo judicial de expulsión constituye en estos casos la causa eficiente para el ingreso del extranjero en un CIE y para el nacimiento, en consecuencia y desde ese mismo momento, de una relación especial de sujeción entre el extranjero y la Administración; circunstancia que, en este preciso punto, no difiere en absoluto de lo que acontece con respecto al nacimiento de la relación jurídico penitenciaria, que tiene también su origen eficiente en una decisión judicial. La diferencia entre ambas, según ya nos consta, estriba en que el internamiento en un CIE posee exclusivamente una finalidad cautelar: en estos casos, asegurar la efectividad de la decisión de expulsión del extranjero acordada por el Juez o Tribunal.

### III.2 El ingreso como entrada física en el CIE y como acto que origina el nacimiento de la relación jurídico-administrativa del extranjero con el CIE

Analizados los títulos que sirven para determinar el ingreso de un extranjero en un CIE, procede que nos centremos a continuación en el acto que da lugar propiamente al surgimiento de la relación jurídico-administrativa entre el extranjero y el CIE. Tal acto, que aparece recogido en el art. 25 del RCIE, no es otro que el *ingreso* mismo del extranjero en el centro. Tal y como lo perfila el citado precepto, dicho *ingreso* no es otra cosa que la *entrega* del extranjero realizada por los funcionarios de la correspondiente brigada o grupo policial de extranjería (23) a los funcionarios de la unidad de seguridad del control de entrada del CIE. Tan es así que éstos últimos, «una vez acordada la recepción del detenido (*sic*), expedirán *recibo* acreditativo de la entrega a los funcionarios policiales comisionados para su traslado y presentación para su unión al expediente de expulsión» (art. 25.2).

Ciertamente, los términos empleados por el RCIE son —si se me permite la expresión— bastante cosificadores, pero, a mi juicio, retratan muy gráficamente la situación de intermediación física, que, como ya he sostenido en otro lugar, caracteriza y define todos los tipos de relaciones especiales de sujeción (24). En este sentido, todos los pasos posteriores al ingreso que los arts. 27 a 32 del RCIE van desgarrando, constituyen en realidad trámites complementarios a dicha entrega.

### III.3. El cese de la relación jurídica con el CIE: la salida del extranjero

Si la relación jurídico-administrativa que traba el extranjero con el CIE comienza con el *ingreso*, realizado en los términos vistos, el cese en dicha relación se produce conforme a lo que el capítulo III del RCIE denomina *salida del centro*. Frente al carácter unívoco que presenta la entrega, la salida admite, en cambio, diversas modalidades que están en relación directa con la causa jurídica que determina el cese de la situación de internamiento. El art. art. 37.1 del Reglamento enumera tales causas:

«El cese del ingreso será adoptado por el director en los siguientes casos:

- a) Cuando lo acuerde la autoridad judicial competente
- b) Cuando lo acuerde la Comisaría General de Extranjerías y Fronteras, conforme a lo previsto en el art. 62.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero
- c) Cuando se tenga constancia de que la expulsión, devolución o regreso no podrá llevarse a efecto

(23) Tales funcionarios deben, por lo demás, ir provistos de la documentación reseñada en el art. 26 del RCIE.

(24) Como decimos en el texto, en nuestro trabajo *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas-Universidad de Córdoba, Madrid, 1994, p. 161, definimos este tipo de relaciones como «las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación».

- d) Cuando se cumpla el plazo establecido en el auto judicial de ingreso o en su prórroga o venza el plazo máximo de sesenta días
- e) Cuando se vaya a proceder a la inmediata ejecución de la orden de expulsión, devolución o entrega
- f) Cuando existan razones médicas, debidamente fundadas y justificadas por el facultativo del centro, que se consideren necesarias para la salud del interno»

Según se advierte, hay ocasiones en que la salida del centro responde a una razón distinta de su expulsión y existen, en cambio, otras situaciones en que la razón que justifica la salida del centro es que va a procederse a la inmediata ejecución de la orden de expulsión, devolución o entrega. Si con respecto a las primeras, el extranjero recupera plenamente su libertad ambulatoria, en lo concerniente a las segundas su destino es más bien abandonar ya el territorio español o pasar a la situación específica que dicte el juez que determinó su ingreso (art. 37.3 RCIE). La discriminación de ambas situaciones determina también distintas formas de configurar el éxodo de la situación de internamiento, con el solo dato en común de que «la salida del centro se pondrá en conocimiento de la autoridad judicial que acordó el internamiento» (art. 37.2) y de que dicha salida vendrá previamente amparada en «un auto judicial o resolución por la que se acuerda el cese del internamiento o por la orden de expulsión, devolución o regreso» [art. 37.5 b)]. Al margen de tales extremos, la salida del centro no presenta ninguna formalidad específica para los casos en que extranjero sale para recuperar plenamente su libertad ambulatoria, ya que en tales casos bastará con la firma de una diligencia —que se inscribirá en el correspondiente libro registro [art. 37.5 a)]—, acompañada de la entrega de todas las pertenencias que fueron depositadas al momento de entrada en el centro de internamiento [arts. 28 y 37.4]. Por el contrario, cuando la salida fuera para hacer efectiva la orden de expulsión, devolución o regreso, los procederes anteriores se verán coronados por «la entrega del interno a los funcionarios policiales encargados de su traslado a la frontera» [art. 37.6, primer inciso], o de su traslado al establecimiento penitenciario que el juez, en los casos del art. 89.6 CP, disponga [37.6, segundo inciso] (25).

#### III.4. El estatuto jurídico del extranjero durante su período de internamiento en el CIE

Desde el ingreso y hasta la salida del extranjero del centro se extiende, pues, la duración de la relación jurídico-administrativa que se traba entre la Administración y el extranjero interno en un CIE. La temporalidad de esta relación —gráficamente remarcada por el art. 18.1 del RCIE— constituye ciertamente una particularidad muy destacada de esta relación, ya que, en todo caso, siempre existe un límite máximo de duración de sesenta días que ni siquiera en los casos de reingreso del extranjero en el centro puede ser sobrepasado [art. 38]. Durante este *interin*, el extranjero internado

---

(25) En este último caso, se da además la paradoja de que el extranjero cesará en una relación especial de sujeción para ingresar en otra —la penitenciaria—, relación que, como ya nos consta, tiene unas finalidades distintas y más amplias que la finalidad meramente cautelar que preside la lógica del internamiento en los CIEs.

goza de —lo que Título II del RCIE llama— un estatuto jurídico particular, compuesto por un sinalagma de derechos y deberes.

#### **A) LA CONTEMPLACIÓN DE LOS DERECHOS Y DEBERES DEL EXTRANJERO INTERNO DESDE LA CONSIDERACIÓN DE QUE ÉSTE SÓLO TIENE LIMITADA SU LIBERTAD AMBULATORIA**

El punto más sobresaliente que destaca de dicho estatuto es que, como el extranjero sólo tiene limitada su libertad ambulatoria, no hay limitaciones específicas a otros derechos y libertades, más allá de las limitaciones propias que nuestras Leyes consagran con carácter general para todos los extranjeros: «todas las actividades desarrolladas en los centros —proclama el art. 16.1 RCIE— se llevarán a cabo salvaguardando los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros por el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las que fueren necesarias, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de internamiento acordada». Tan solemne proclamación, que juega además como principio general interpretativo que debe inspirar todas las actuaciones que la Administración del centro siga con el interno durante el tiempo de su permanencia, entraña dos consecuencias importantes.

Por un lado, con respecto a los deberes que gravan al extranjero durante su período de internamiento, debe indicarse que ellos se constriñen a permanecer en el centro a disposición del órgano judicial que hubiera autorizado u ordenado su internamiento; y a observar las normas por las que se rige el centro y cumplir las instrucciones —generales y particulares— que se les puedan dirigir, encaminadas —como enfatiza el art. 18.1 b) del RCIE— al mantenimiento del orden y la seguridad del centro (26).

#### **B) DOS CLASES DE DERECHOS EN EL ESTATUTO JURÍDICO DEL EXTRANJERO INTERNO. LA COLABORACIÓN DE ASOCIACIONES Y ORGANIZACIONES NO GUBERNAMENTALES**

En segundo término, en lo concerniente a los derechos de los internos, el Reglamento encara su enumeración poniéndolos en relación con la específica situación jurídica que el extranjero ostenta dentro del centro, y ello no para delimitarlos restrictivamente, sino para prever y adoptar medidas positivas que los hagan realizables. Desde este punto de vista, pueden percibirse dentro del articulado del Reglamento dos categorías —por así decirlo— de derechos: una primera —que comprende los derechos relacionados en el art. 16.2— dibuja una suerte de derechos instrumentales puestos muy directamente al servicio de garantizar y reforzar la posición jurídica del interno dentro del CIE y de proporcionarle los útiles necesarios para que pueda igualmente defenderse frente a los procesos administrativos y judiciales que tenga abiertos.

La otra categoría de derechos, desbrozada a lo largo de los arts. 41 a 47, atiende, en cambio, a los derechos civiles y políticos que ostenta el extranjero, a la forma de compatibilizar su ejercicio con la disciplina interna del centro y a los medios que debe destinar la Administración para hacer real y factible su ejercicio. En aras a la consecución de

(26) En puridad, todos los demás deberes que señala el art. 18.1 del Reglamento, en sus letras c), d) y e), representan, en mi opinión, sólo especificaciones y concreciones de esos deberes fundamentales a los que se alude en el texto.



estos últimos objetivos, el Reglamento confía su logro no sólo a los propios medios organizativos predispuestos por la Administración, sino que también prevé una participación muy relevante de organizaciones privadas integrantes de lo que se ha dado en llamar «tercer sector». Así, dentro de la estructura organizativa de cada CIE, han de existir los *Servicios de Asistencia social, jurídica y cultural*, atendidos por trabajadores sociales, que desarrollarán planes o proyectos de actuación, orientados, como dice el art. 15.3 del RCIE, a «la resolución de los problemas surgidos a los extranjeros internados y, en su caso, a sus familias, como consecuencia de la situación de ingreso, en especial los relacionados con interpretación de lenguas, relaciones familiares con el exterior o tramitación de documentos». Ahora bien, junto a ellos, el propio Reglamento idea la suscripción de acuerdos, convenios o contratos con entidades públicas o privadas y con organizaciones no gubernamentales u otras sin ánimo de lucro, con experiencia en la colaboración en la prestación de servicios sociales (arts. 15.2 y 58) y con colegios de abogados para la prestación de la asistencia jurídica (art. 15.4).

En cualquier caso, el protagonismo que en esta materia asumen las organizaciones no gubernamentales no se constriñe únicamente a la colaboración en la prestación de los servicios sociales; antes bien, desempeñan un papel muy importante también en la protección y tutela de los derechos de los internos, puesto que «las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes o dedicadas al asesoramiento y ayuda a solicitantes de protección internacional y los organismos internacionales de semejante naturaleza», podrán ser autorizados por los Directores de los CIES para visitar estos centros y entrevistarse con los internos (art. 59).

### C) LAS NORMAS DE RÉGIMEN INTERIOR CREAN EN EL CENTRO UN MEDIO AMBIENTE PROPIO QUE CONDICIONA EL EJERCICIO DE ASPECTOS VITALES INTEGRANTES DE LA LIBERTAD GENÉRICA DEL EXTRANJERO INTERNADO

No obstante, como en todas las relaciones jurídico-administrativas que se caracterizan por esta duradera y constante intermediación física entre la Administración y el interno, el ámbito que probablemente resulte más necesitado de protección y del diseño de instrumentos de garantías sea el propio centro, y ello no sólo porque dentro del mismo se actúan potestades muy intensas por parte de la Administración, sino también porque la convivencia entre los propios internos no siempre es fácil y a menudo representa un indudable factor de riesgo para la integridad y dignidad de los propios internos.

Como ya hemos indicado más atrás, la vida de cada CIE está regida por unas «normas de convivencia y régimen interior», que aprueba el Director de cada centro, previa consulta con la Junta de Coordinación. Haciendo honor a su mismo nombre, estas normas pretenden ordenar internamente el centro tratando de alcanzar dos objetivos: garantizar en todo momento la seguridad y orden del centro, de un lado, y asegurar una pacífica convivencia entre los extranjeros internados, de otro (art. 39.1 Reglamento). Evidentemente, como ocurre con todas las relaciones especiales de sujeción que se caracterizan por una constante y duradera intermediación física entre los internos y la Administración, las normas de régimen interior suelen mediatizar de manera muy destacada casi todos los aspectos vitales que afectan a la libertad genérica de los individuos ingresados en ellos; como hemos dicho en alguna otra ocasión, tales

normas suelen crear «un medio ambiente propio» y característico de cada centro. Lógicamente, los CIES no son menos a tales efectos y, aunque la LEx proclame enfáticamente que sólo resulta limitada la libertad ambulatoria de cada interno, lo cierto es que el resto de actividades que habitualmente conforman el acontecer diario de cada uno de nosotros, resultan igualmente muy intervenidos para quienes están internados en estos establecimientos cerrados. El art. 40 del RCIE da una cabal idea de cuando afirma, en materia de horario, que

- «1. El horario determinará el régimen de actividades diarias a desarrollar por los extranjeros internados durante la jornada diurna, teniendo en cuenta las estaciones del año y la climatología propia del lugar donde se halle ubicado, sin que, en ningún caso, tal jornada pueda comenzar antes de las ocho horas ni terminar después de las veinticuatro horas de cada día.
2. El horario de actividades deberá hacer especial referencia a los actos de aseo e higiene personal, visita médica, comidas, visitas externas, comunicaciones telefónicas, paseo al aire libre, ocio y descanso. Salvo por razones especiales o de urgencia debidamente justificadas, el horario establecido deberá ser cumplido puntualmente por todos.
3. El tiempo se distribuirá de manera que se garanticen ocho horas diarias para el descanso nocturno, así como, al menos, cuatro horas de paseo diurno»

#### D) EMANACIÓN DE INSTRUCCIONES Y APLICACIÓN DE MEDIDAS COERCITIVAS EXCEPCIONALES. PRINCIPIOS A LOS QUE SE SUJETAN

Mas, en la finalidad de ordenación interna del centro, las Normas de Régimen Interior encuentran continuación en las instrucciones —generales y particulares— que el Director puede igualmente acordar y en las medidas que asimismo puede adoptar y que resultan enormemente variadas, como muestra muy nítidamente la simple lectura del Título VI del RCIE: vigilancia del interior mediante circuitos cerrados de televisión (art. 54.2); realización de inspecciones en las instalaciones (art. 54.3) y de registros y cacheos personales en situaciones excepcionales (art. 55); y el empleo, en fin, de medidas coercitivas con los internos (art. 57), que no son otra cosa que el empleo por parte de la Administración de los medios propios de la coacción directa.

Afortunadamente, el progresivo proceso de constitucionalización que han experimentado en su devenir todas las categorías de relaciones especiales de sujeción, se hace sentir igualmente en la relación que ahora nos ocupa. Para empezar, todas estas medidas previstas por el Título VI del RCIE encuentran una habilitación legal expresa en el art. 62 *quinquies* de la LEx; una habilitación que, al desenvolverse además en el ámbito de una materia reservada a Ley Orgánica, ni es, ni puede ser una simple habilitación más o menos genérica en cuya virtud se permita a la Administración limitar a su albur la libertad del interno; por el contrario, el mencionado precepto legal contiene la regulación esencial necesaria y contiene además los principios conforme a los cuales han de aplicarse todas estas medidas: proporcionalidad y necesidad de las medidas; adopción del medio menos gravoso y menos restrictivo de la libertad y de la dignidad de los internos y el control judicial de estas actuaciones, como más adelante tendremos ocasión de

ver(27). Principios, todos ellos, que, como es notorio, proporcionan un importante arsenal de cara al control de las decisiones de la Administración y que el art. 1.4 del RCIE lo eleva a principio general inspirador de la gestión de todos los centros:

«El principio de proporcionalidad en los medios utilizados y objetivos perseguidos, el de intervención menos restrictiva y el de atención especializada a personas vulnerables regirán, entre otros, la gestión de los centros»

#### IV. El control judicial de la relación

Ahora bien, los principales instrumentos que la LEx diseña para la tutela de la posición jurídica de los internos se centra en dos mecanismos, cuya parentesco con los existentes en la relación jurídica penitenciaria resulta bien evidente. Nos referimos, por un lado, a la posibilidad que tienen los internos de formular peticiones, quejas y recursos sobre aspectos relativos a la vida y al funcionamiento del CIE; y a la previsión, por otro lado, de la figura del Juez Controlador de la Estancia, que representa verdaderamente la pieza que cierra el sistema de garantías.

##### IV.1. La dualidad de órganos jurisdiccionales: el juez competente para autorizar u ordenar el ingreso y el juez competente para el control de la estancia

La reforma de la LEx, operada por la Ley Orgánica 2/2009, introdujo la figura del «Juez para el control de la estancia» (arts. 62.6 LEx y 2.3 RCIE). Con la introducción de esta figura, la LEx pretendió reproducir *mutatis mutandi* en el ámbito de los CIES la dualidad existente en el ámbito de los establecimientos penitenciarios entre el Juez o Tribunal que dicta la sentencia condenatoria y el Juez de Vigilancia Penitenciaria. Sin embargo, pese a las aparentes semejanzas, las diferencias son muy notables entre ambos casos(28).

Para empezar, a excepción de los supuestos de internamiento decretados en aplicación del art. 89.6 CP, en todo los demás casos, el ingreso del extranjero en un CIE no tiene su origen en una sentencia condenatoria dictada por un juez o Tribunal, sino en un expediente administrativo de expulsión, devolución o regreso. El Juez que inter-

---

(27) El art. 57.2 del RCIE los sintetiza bien: «Los medios contemplados en el apartado anterior se aplicarán cuando no exista otra manera menos gravosa de actuar durante el tiempo estrictamente necesario, y, en todo caso, de manera proporcional a la finalidad perseguida, sin que puedan suponer una sanción encubierta»

(28) Desde el punto de vista de la organización de la Planta Judicial, el Juez de Vigilancia Penitenciaria goza de una sustantividad que, pienso, no ostenta el Juez competente para el control de la estancia de los extranjeros en un CIE. Para éstos, el art. 87.2 de la LOPJ simplemente se limita a indicar, al hilo de la descripción que hace de las funciones de los juzgados de instrucción, que «asimismo, los juzgados de instrucción conocerán de la autorización del internamiento de extranjeros en los centros de internamiento, así como del control de la estancia de éstos en los mismos y en las salas de inadmisión de fronteras. También conocerán de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales». Por el contrario, aunque el cargo del Juez de Vigilancia Penitenciaria es compatible con el desempeño de un órgano del orden jurisdiccional penal (art. 94.5 LOPJ), goza de un lugar propio dentro de la Planta Judicial (arts. 94 y 95 LOPJ)

viene en estos últimos casos, autorizando la medida de internamiento en un CIE, no es, por tanto, quien ha determinado la expulsión, la devolución o el regreso del extranjero. Hay, pues, aquí una diferencia muy notable con lo que sucede en materia penitenciaria. Es verdad que la LEx juega también con la previsión de dos Jueces (el que autoriza u ordena el internamiento y el que controla la estancia del extranjero en el CIE), pero los cometidos y funciones que desempeñan los órganos jurisdiccionales en el ámbito del Derecho penitenciario son muy diferentes.

## IV.2. Delimitación de funciones entre ambos jueces

La LEx ha querido no obstante que también en la materia que aquí tratamos exista una dualidad jurisdiccional, de modo que el juez que autoriza u ordena el ingreso sea distinto del juez encargado de tutelar el estatuto jurídico del extranjero ingresado en un CIE. El RCIE ha pretendido fijar una distinción nítida entre las funciones de uno y otro. El juez que autoriza u ordena el internamiento, además de ello, resulta «en todo caso [...el juez ante quien...] el extranjero internado queda a disposición» (art. 2.2), y, más específicamente, es también el competente para acordar el traslado del interno a otro centro (art. 33.1 RCIE); para autorizar los desplazamientos de los internos con vistas a la realización de actuaciones judiciales o administrativas o de cara a ser hospitalizados o recibir asistencia médica especializada (arts. 34.2 y 35); para tomar conocimiento de la salida del centro (art. 37. 2 y 3); para que se le dé cuenta inmediata del reingreso del interno en el centro por imposibilidad de practicar la expulsión, devolución o regreso (art. 38.2); y para recibir copia de las medidas coercitivas excepcionales adoptadas por las autoridades del centro (art. 57.3).

Por su parte, el Juez del Control de la Estancia, es, según el RCIE, el competente para:

- Conocer, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto a sus derechos fundamentales (art. 2.3)
- Que se le comunique la separación de los internos en dependencias médicas internas del propio centro (art. 7.4)
- Conocer de las decisiones adoptadas por la Dirección del Centro relativas a la sujeción a reconocimiento médico de los internos [art. 9.3.))] y autorizarlos en caso de negativa del interno [art. 18.1. e) y 2]
- Recibir peticiones, quejas y recursos de los internos (art. 19.1 y 29)
- Otorgar autorización para el traslado de un interno a otro centro en los casos en que el interno tuviese pendientes ante él peticiones o quejas por vulneración de derechos fundamentales (art. 33.1)
- Ser informado de las incautaciones de medios o dispositivos que capturen imágenes que se practiquen a visitantes (art. 42.9)
- Recibir copia de los escritos en los que se deje constancia documental de los registros y cacheos personales practicados por la autoridad administrativa (art. 55.2)
- Recibir comunicación inmediata de la adopción de cualquier medida coercitiva de carácter excepcional que se haya adoptado por la dirección del centro (art. 57.7)

### **IV.3. Algunos supuestos problemáticos de delimitación de funciones y las posibles intervenciones de otros jueces**

Existe, como vemos, una aparentemente clara delimitación de funciones entre ambos órganos jurisdiccionales; sin embargo, hay que hacer notar, por un lado, que en el desempeño de alguna función concurren los dos jueces; y, por otro lado, que se prevé algún supuesto que legitima la intervención de un tercer juez diferente a ambos. Con respecto a lo primero, además de lo que ocurre en relación con la adopción de medidas coercitivas excepcionales que se comunican inmediatamente al juez que controla la estancia y se remite copia a la autoridad judicial que autorizó u ordenó el internamiento (apartados 3.º y 7.º del art. 57 RCIE), resulta llamativo lo que sucede en lo concerniente a los traslados de internos de un CIE a otro. Aunque el acuerdo de traslado corresponde dictarlo al juez o tribunal que autorizó el internamiento, tal acuerdo precisa de la autorización previa del Juez de control de la estancia en los casos en que el interno tuviese pendiente ante él una queja por vulneración de sus derechos fundamentales.

Por otra parte, en lo que concierne a la posible intervención de otros órganos jurisdiccionales distintos, el art. 30.2 del RCIE determina que, si en el reconocimiento médico que se efectúa al extranjero cuando ingresa en el centro se le detectasen lesiones que no vinieran descritas en la documentación que acompaña el ingreso, el servicio de asistencia sanitaria deberá remitir el parte de lesiones al juzgado de instrucción del partido judicial donde se encuentre radicado el centro; atribución competencial que es lógica, si se piensa que de lo que se trata nada tiene que ver con la razones que justifican el internamiento del extranjero en un CIE, sino con la averiguación de un posible delito que pudiera haberse cometido sobre la persona del extranjero.

Mayores dificultades ofrece, en cambio, la interpretación del art. 46 del RCIE cuando dispone que «en ningún caso se podrá proceder al registro de la correspondencia, salvo autorización del juez correspondiente». La ambigüedad empleada en este punto por el Reglamento es notable, puesto que no se sabe bien si con tal expresión se está refiriendo al juez del internamiento, al juez del control de la estancia o a un tercer juez diferente. Ante la duda, podríamos pensar en que jugase la *vis atractiva* competencial que el art. 2.2 del Reglamento consagra a favor del juez que autoriza u ordena el ingreso; sin embargo, frente a ello, hay que reparar en que la limitación de la correspondencia no se refiere propiamente a la libertad ambulatoria, sino a la limitación de un genuino derecho fundamental del extranjero interno, razón por la que, a falta de otra previsión legal expresa, quizá resultase más congruente que la competencia perteneciese al Juez Controlador de la Estancia.

### **IV.4. La imprecisa definición de las funciones del juez competente para el control de la estancia**

La enumeración de las funciones que corresponden al Juez del Control de la Estancia resultan bastante explícitas de cara a marcar las diferencias existentes entre las funciones que despliegan estos jueces y las que desarrollan los Jueces de Vigilancia

Penitenciaria (29). A diferencia de éste, que ejerce no sólo funciones de revisión de las decisiones tomadas por las autoridades administrativas del centro, sino que despliega también funciones en primera instancia, el *núcleo duro* de las competencias del Juez del Control de la Estancia estriba en conocer de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto a sus derechos fundamentales. Al margen de este núcleo, sus competencias son, en síntesis, tomar conocimiento de las decisiones acordadas por las autoridades del centro, y autorizar la aplicación de algunas de estas medidas cuando medie la negativa del interno a que se les apliquen.

#### A) ¿EN QUÉ SE TRADUCEN LAS COMPETENCIAS CONSISTENTES EN TOMA DE CONOCIMIENTO?

En general, no creo que nuestro ordenamiento trace bien el alcance, las consecuencias y los efectos que van a tener las funciones del Juez del Control. Es obvio que en los contados casos en que el ordenamiento supedita a la autorización del Juez la eficacia de una medida administrativa adoptada por las autoridades del centro, tal medida no podrá aplicarse si aquella autorización judicial no se otorga.

Mas, ¿qué ocurre con los múltiples casos en que la competencia del Juez se describe como tomar conocimiento o ser informado? ¿en qué pueden traducirse las visitas que el Juez puede girar a los centros conforme a lo previsto en el art. 62 .6 de la LEx? Nada dicen la Ley ni el Reglamento al respecto, aunque lo más lógico tal vez sea pensar que muchas de estas competencias del Juez controlador se diluirán en la formulación de advertencias, requerimientos y propuestas de mejora, que, de no ser atendidas, quizá pudieran entrañar que aquéllas se trasladasen —si así procediese— a otras instancias, administrativas o judiciales. Quizá la única espita para entender que la competencia del Juez de Control pudiera ir más allá se halle en el art. 9.3 h) del RCIE, que, cuando detalla las competencias del Director del Centro, afirma que corresponde a éste «ejecutar las resoluciones de la autoridad judicial por la que se acuerde la entrada, salida y traslado de los extranjeros, así como las dictadas por los jueces competentes para el control de la estancia en los centros». Probablemente, éste pueda ser el camino para transformar aquellos requerimientos, advertencias y propuestas de mejora en mandatos claros y concretos que el juez da a la autoridad administrativa. Pero, repito, al margen de este dato, ningún argumento adicional encuentro en la Ley y en el Reglamento para sostener que el Juez del Control pudiese llegar a revocar —al margen de los casos expresamente así previstos— actos y acuerdos adoptados por la autoridades administrativas de los CIES, pues muy probablemente el ordenamiento jurídico no haya querido quebrar la competencia general que para la revisión de estos actos y medidas administrativas se atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa, vía que los extranjeros como interesados tendrían, desde luego, plenamente expedita como, a mi juicio, confirma el art. 19.1 del RCIE.

---

(29) A la figura del Juez de Vigilancia Penitenciaria y a sus competencias, le he prestado atención en «Prisiones, presos y Derecho Administrativo», en la obra *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Zaragoza, I, pp. 842-849

## B) EL CONOCIMIENTO DE LAS QUEJAS Y RECLAMACIONES DE LOS INTERNOS Y EL CARÁCTER IRRECURRIBLE DE LAS DECISIONES DEL JUEZ CONTROLADOR DE LA ESTANCIA

Pienso, por ello, que las claves con respecto al alcance y contenido de las funciones del Juez del Control habrá que buscarlas en el art. 62.6 de la Ley cuando afirma que:

«Este Juez [esto es, el juez competente para el control de la estancia] conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales»

Como vemos, la Ley enlaza las peticiones y quejas que los internos pueden plantear con respecto a su situación de internamiento en el CIE con la competencia que el Juez del Control tiene legalmente para conocer de ellas. Ahora bien, al margen de esta atribución competencial, el resto del contenido del precepto legal es, sin duda, bastante ambiguo. Veamos. Se dice, en primer lugar, que las decisiones que el Juez de Control adopte con respecto a las quejas y peticiones presentadas no son susceptibles de ulterior recurso. ¿Porqué esto? ¿Porqué no se las estima verdaderos recursos, sino más propiamente eso: quejas o reclamaciones? ¿Porqué se piensa que, habida cuenta la exigua duración que, como máximo, va a tener la relación de internamiento, carece de sentido prolongar la posibilidad de recursos? Desde luego, nada de ello ocurre, como bien sabemos, con las decisiones que adoptan los Jueces de Vigilancia Penitenciaria, susceptibles de recurso ante las Audiencias Provinciales. El art. 19.3 del RCIE, precepto cuyo contenido parece ser común para todas las quejas, reclamaciones y recursos a las que alude su apartado 1.º, preceptúa que «las resoluciones que se adopten al respecto serán motivadas y se notificarán a los interesados con expresión, en su caso, de los recursos que procedan, plazos para interponerlos y órganos ante los que se han de presentar». Entiendo que los requerimientos de este precepto obligan también al juez de control, que, por consiguiente, habrá de responder a las quejas motivadamente, aunque expresando, desde luego, que su decisión no es susceptible de ulterior recurso.

Muy posiblemente este art. 19 del RCIE sirva igualmente para articular un recurso ante el Juez de Control de la Estancia frente a aquellas peticiones, quejas y también recursos que el interno pudiera haber suscitado ante el Director del Centro sobre la base de lo previsto en los arts. 9.3 i) y 12.2.c) y hubieran sido resueltas por éste, aunque tampoco aquí quede suficientemente solventada la duda de si esta vía administrativa tiene que ser necesariamente previa a la instada ante el Juez de Control.

## C) EL ÁMBITO OBJETIVO DE LAS QUEJAS Y RECLAMACIONES DE LOS INTERNOS

Por último, tanto el art. 62.6 de la Ley como el art. 2.3 del Reglamento reducen el objeto de conocimiento de los Jueces de Control de la Estancia a las peticiones y quejas que planteen los internos *en cuanto afecten a sus derechos fundamentales*, restricción cuyo alcance no se comprende bien, no sólo por el hecho de que no es pacífico el parámetro que hemos de emplear para esclarecer el concepto de derecho fundamental, sino muy principalmente por la insuficiencia que muestra tan restrictivo ámbito de protección. Cualquiera que conozca mínimamente la naturaleza y el funcionamiento de estos establecimientos públicos cerrados, tiene plena certeza de que las

restricciones, lesiones y agresiones que más frecuentemente se producen a los internos en tales centros, no son precisamente las que tienen que ver con los derechos fundamentales *stricto sensu*, sino con las que afectan a los ámbitos vitales protegidos por la libertad genérica del individuo; que, en puridad, estarían excluidas de la tutela del juez de control.

## V. Una reflexión final acerca de los internamientos cautelares de extranjeros derivados de expedientes gubernativos

Realizada a grandes trazos la exposición del régimen jurídico de los CIES, resulta oportuno hacer unas últimas reflexiones sobre el propio sentido y significado de estos internamientos. A primera vista, el internamiento cautelar de extranjeros derivado de expedientes administrativos parece, sin duda, una pieza extraña dentro del sistema constitucional, pues, aunque pudiera relacionarse con la detención preventiva de carácter penal, guarda con ésta diferencias muy notables. Como ha subrayado el Tribunal Constitucional, existe, en primer término, una diferencia sustancial entre el diverso papel que cumple la Administración en uno y en otro caso:

«...en materia penal, una vez puesto el detenido en el órgano gubernativo a disposición judicial, la suerte final del detenido se condiciona a decisiones judiciales posteriores, tanto en lo relativo a la detención preventiva como en el resultado del proceso penal posterior. En el procedimiento de expulsión, la decisión final sobre la misma corresponde al órgano gubernativo, y por ello es una decisión que puede condicionar la propia situación del extranjero detenido. Ello significa que el órgano que interesa el internamiento persigue un interés específico estatal, relacionado con la policía de extranjeros, y no actúa ya, como en la detención penal, como un mero auxiliar de la justicia, sino como titular de intereses públicos propios» (30)

Centrándonos en los internamientos que se decretan a instancias de la incoación de un procedimiento administrativo de expulsión, debe repararse en que tales procedimientos tienen la naturaleza de procedimientos sancionadores que, con la salvedad de los procedimientos disciplinarios militares, nunca pueden dar lugar a la imposición de «sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad» (art. 25.3 CE). Por ello, pudiera causar asombro o parecer paradójico que un procedimiento administrativo cuyo resultado nunca puede ser una sanción privativa de libertad, origine como medida cautelar una decisión que consista precisamente en limitar la libertad ambulatoria de un extranjero mediante su ingreso en un centro de internamiento —aunque de naturaleza no penitenciaria—. No obstante tales paradojas, lo cierto es que es tanto la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional como la de los órganos jurisdiccionales ordinarios avalan suficientemente esta posibilidad. En su temprana sentencia 115/1987, de 7 de julio, que examinó el recurso de inconstitucio-

(30) STC 115/1987, de 7 de julio, Ponente: Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, fdo. jco. 1.º. Se hace eco de este fundamento, reproduciéndolo íntegramente, la STS n.º 992/2013, de 20 de diciembre, rec. casación n.º 816/2013, Ponente: Berdugo Gómez de la Torre, fdo. dcho. 3.º



nalidad planteado por el Defensor del Pueblo contra el art. 26 de la Ley Orgánica 7/1985, el Tribunal, mediante el empleo de la técnica de las sentencias interpretativas, rebatió las anteriores objeciones y sentó con carácter general, en su fundamento jurídico 1.º, la compatibilidad del internamiento cautelar de extranjeros con el art. 17 de la Constitución:

«Lo que el precepto legal establece es que el órgano administrativo, en el plazo máximo de 72 horas, ha de solicitar al juez que autorice el internamiento del extranjero pendiente del trámite de expulsión. El órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma (sobre la que el Juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión. Interpretado en estos términos el precepto impugnado, es plenamente respetuoso no sólo del art. 17.2 de la Constitución, sino, al mismo tiempo, también del art. 25.3, al no ser una decisión administrativa, sino judicial, la que permite la pérdida de libertad, pues no existe condicionamiento alguno sobre el Juez para decidir sobre esa libertad [...]

La disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma. Este carácter judicial de la privación de libertad hace plenamente aplicable también al caso de los extranjeros la doctrina sentada por este Tribunal para el supuesto distinto de la prisión provisional. Ha de decirse que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar (STC 41/1982, de 2 de julio). La Sentencia de 12 de marzo de 1987 ha sostenido que este carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermenéutico del favor libertatis, lo que supone que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial»

La intervención del juez, autorizando el internamiento, disipa, según la jurisprudencia constitucional, cualquier duda acerca de la colisión de tal internamiento con el art. 17.1 de la Constitución; aunque, como es lógico, exige que dicha decisión judicial sea suficientemente motivada y no se base en simples motivaciones genéricas y asegure además los derechos de defensa contra la misma (31)

---

(31) Según el Tribunal Constitucional, «la decisión judicial en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada, que debe respetar los derechos fundamentales de defensa (arts. 24.1 y 17.3 CE), incluidos los previstos en el art. 30.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, en conexión con el artículo 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial y, eventualmente, los reconocidos en el artículo 35 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, en conexión con el artículo 5.4 del Convenio Europeo

También el Derecho comunitario, a través de la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, y de las decisiones del Tribunal de Justicia refrendan igualmente estas prácticas internas de los ordenamientos nacionales.

La Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, pretende dar respuesta, como detalladamente expone su Preámbulo, a una serie de acuerdos adoptados en el seno del Consejo Europeo y del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en materia de lucha contra la inmigración ilegal, asilo, expulsión y derecho de retorno. La finalidad de la Directiva —que se dicta, según dice su considerando 20.º, en virtud del principio de subsidiariedad— es establecer «un conjunto horizontal de normas aplicables a todos los nacionales de terceros países que no cumplen o han dejado de cumplir las condiciones de entrada, estancia, o residencia en un Estado miembro» (cdo. 5.º). Por lo que concierne al internamiento en centros especializados, los considerandos 16.º y 17.º establecen lo siguiente:

«El recurso al internamiento a efectos de expulsión se debe limitar y supeditar al principio de proporcionalidad por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos. Sólo se justifica el internamiento para preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, y si la aplicación de medidas menos coercitivas no es suficiente.

Debe darse a los nacionales de terceros países en régimen de internamiento un trato digno y humano que respete sus derechos fundamentales y se ajuste al Derecho internacional y nacional. Sin perjuicio de la detención inicial por los servicios policiales, regulada por la legislación nacional, el internamiento debe llevarse a cabo, por regla general, en centros especializados de internamiento»

En coherencia con estos postulados, todo el capítulo IV de la Directiva (arts. 15-18) se dedica específicamente al «internamiento a efectos de expulsión» y, en general, las líneas fundamentales que traza son también los ejes por los que discurre la vigente legislación española, la cual, por otra parte, en algunos aspectos se mueve sin duda, como sucede en materia de plazos de internamiento, muy por debajo del límite máximo que, al respecto, sienta el art. 15.5 de la Directiva. De todos modos, uno de los aspectos más importantes de la Directiva es el papel integrador e interpretativo que, según hemos notado más atrás, cumple y al que alude su art. 1; papel que ha

---

para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales» (SSSTC 115/1987, de 1 de julio, fdto. jco. 1.º). Precisamente, por faltar dicha motivación y basar el auto de internamiento sólo en un genérico «Que al encontrarse incursos en el apartado 2 del artículo de la Ley Orgánica 7/1985, y de conformidad con lo establecido en el número 2 del referido artículo, se considera procedente dicho internamiento», la STC 96/1995, de 19 de junio, Ponente: Gabaldón López, fdto. jco. 2.º, otorga el amparo y anula los autos tanto de la Audiencia Provincial de Zaragoza como del Juzgado de Instrucción de Ejea de los Caballeros, que acordaron el internamiento del recurrente. En igual sentido, la STC 182/1996, de 12 de noviembre, Ponente: Jiménez de Parga y Cabrera, fdto. jco. 2.º, anula los autos de la Audiencia Provincial de Barcelona y del Juzgado de Instrucción de Vic, «porque los mismos contienen solamente la referencia al precepto que faculta al Juez para autorizar el internamiento de un extranjero a los efectos de su expulsión del territorio nacional» y la STC 144/1990, de 26 de septiembre, Ponente: De la Vega Benayas, fdto. jco. 5.º, hace lo propio con los autos de la Audiencia Provincial y del Juzgado de Instrucción de Madrid puesto que «la decisión de internamiento fue adoptada de forma colectiva para todos los detenidos —un total de ocho—, sin relación alguna entre ellos, con una motivación genérica y sin concreción alguna sobre cada detenido». También, en fin, la STC 169/2008, de 15 de diciembre. Ponente: Aragón Reyes se pronuncia en igual sentido y sintetiza toda la doctrina del Tribunal.

sido convenientemente puesto de relieve por la jurisprudencia comunitaria en importantes sentencias como las recaídas en los casos *El Dridi*(32) y *Kadzoev*(33). Concretamente, ésta última, surgida a raíz de una cuestión prejudicial planteada por un tribunal búlgaro en relación con un expediente de expulsión de un ciudadano que, a la postre, resultó ser de padre checheno y de madre georgiana, sentó una importantísima hermenéutica en relación con los diversos apartados del art. 15 de la Directiva. Interpretación que resulta, en lo que a nuestro Derecho nos ocupa, muy relevante de cara a resolver uno de los problemas fundamentales que, con ocasión de los procedimientos sancionadores de expulsión, pueden plantearse en nuestro ordenamiento.

Tras lo visto, probablemente carezca de sentido tratar de desvirtuar todos los argumentos que tanto desde el Derecho comunitario como desde el ordenamiento nacional se aducen a favor de avalar la constitucionalidad y legitimidad de los CIES. De sus enseñanzas habremos de quedarnos indudablemente e interiorizar todos aquellos elementos y consideraciones que sirvan para reforzar las garantías de las que deben disfrutar los internos, no sólo en los momentos previos en que se decreta su ingreso en el centro sino de manera muy principal, una vez que ingresa en éste, y se hace a ese «medio ambiente propio» que destilan, como hemos señalado, todos estos establecimientos cerrados, caracterizados por una permanente, estrecha y duradera convivencia física entre los internos y la Administración. Ahora bien, en todas las relaciones especiales de sujeción, hasta el momento catalogadas, la integración física del interno en el establecimiento tenía un sentido: en la relación penitenciaria, se pretende, si nos creemos lo que proclama el art. 25.2 CE, que la estancia en prisión no obedezca únicamente al logro de las finalidades preventivas y retributivas de las penas, sino que se quiere, al menos idealmente, que, al final del camino, el recluso termine por reintegrarse en la sociedad; en las relaciones en que las personas se integran como medios de la propia Administración, el servicio a la Administración y, a su través, al interés general es la finalidad que justifica la inserción de los funcionarios, de los policías o de los militares; y, en fin, en las relaciones en que la integración en el establecimiento público es el requisito necesario para que el interno se beneficie de unas determinadas prestaciones administrativas, la obtención y el disfrute de éstas constituye la explicación última del porqué se traba la relación.

Como ya hemos indicado, con el internamiento del extranjero en el CIE la única finalidad que, pretendidamente, se busca es la cautelar de asegurar la ejecución en su momento de la medida de expulsión, devolución o regreso. Sin embargo, el logro de tal finalidad resulta en la práctica muchas veces inalcanzable: en unos casos, porque se agota el plazo máximo de duración de la estancia del extranjero en el CIE sin que haya terminado el procedimiento sancionador de expulsión (34); en otros, porque, aun

---

(32) STJUE de 28 de abril de 2011, Sala Primera, asunto C-61/11 PPU

(33) STJUE de 30 de noviembre de 2009, Gran Sala, asunto C-357/09 PPU

(34) Sobre el problema de la caducidad del expediente sancionador se pronuncia la STS de 30 de noviembre de 2007, rec. cas. n.º 1725/2004, ponente: De Oro-Pulido López, en los siguientes términos: «Señalemos, por lo demás, que la afirmación de la Sala de instancia de que la eventual caducidad del expediente sólo operará y podrá alegarse como motivo impugnatorio una vez —si es que llega a dictarse— se acuerde la expulsión, es equivocada. La caducidad opera y puede alegarse (y su no declaración, expresa o presunta, puede impugnarse) por el puro transcurso del plazo. Si las cosas fueran de otro modo, y la Administración nunca dictara resolución expresa ni declarara la caducidad, el interesado no podría nunca acceder a los Tribunales de Justicia a fin de que estos la declararan, cosa que carecería de sentido» (fdto. dcho. 5.º).

producida en plazo la resolución de expulsión, devolución o regreso resulta del todo inejecutable, porque se desconoce el país al que retornar o expulsar al internado, o porque se carece de convenio de devolución, etc. Como es sabido, todas estas circunstancias determinan en la mayoría de los casos la inmediata salida del CIE y la recuperación de su plena libertad (35). Llegados a este punto, tal vez no estaría de más abrir de cara al futuro una reflexión más serena sobre el verdadero significado de la existencia de los CIES. Con datos sobre la mesa habría que ver cuántas resoluciones de expulsión, devolución o regreso se ejecutan y si para el número de las que se ejecutan es precisa la existencia de los CIES o si éstos, al margen de la finalidad que confiesan las normas, para lo que realmente sirven es para colmar, al menos, de manera transitoria la graves carencias que en la actualidad tiene planteadas la policía de extranjeros ante el creciente e imparable fenómeno de la inmigración ilegal.

Trabajo recibido el 9 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

Un problema distinto, aunque también relacionado con el tema del valor «tiempo» en el proceso, es el relativo al de las dilaciones indebidas que sufren los procesos judiciales que conocen sobre las resoluciones de expulsión. Sobre ello, la STC 58/2014, de 5 de mayo. Ponente: López López, fdo. jco. 6.º, otorga el amparo solicitado, pese a que el extranjero había sido ya expulsado del país ha tiempo: que se ha vulnerado en este caso el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del recurrente (art. 24.2 CE). No obstante, el alcance del otorgamiento del amparo debe limitarse a la declaración de la violación del derecho fundamental, sin que sea posible ordenar un señalamiento anticipado de la vista porque, por un lado, el órgano judicial actuó con diligencia en el señalamiento y la infracción del derecho es debida sólo a razones estructurales de acumulación de asuntos y carga de trabajo en las que el Tribunal Constitucional no ha de pronunciarse (STC 141/2010, FJ 5), y, por otro, por el hecho material de que en el presente caso el señalamiento anticipado carecería de virtualidad al haber sido ejecutada la orden de expulsión impugnada. En igual sentido, la STC 99/2014, de 23 de junio. Ponente: González-Trevijano Sánchez, referida a la excesiva dilación que hubo en el señalamiento de la vista de un recurso contencioso-administrativo, concede el amparo, sin que resulte para ello óbice el hecho de que el recurso contencioso-administrativo estuviese ya concluido al momento de dictarse la sentencia del Tribunal Constitucional. Es importante además el razonamiento que el TC hace para justificar la celeridad que merecen estos procesos de expulsión: «el retraso en la tramitación procesal ha de ser ponderado de acuerdo al interés que arriesgue el recurrente en el pleito. En este caso, el interés consistió en obtener una resolución judicial que determine si era ajustada a Derecho la expulsión y prohibición de entrada en el territorio nacional, por un periodo de tres años, que fue acordada por la Delegación del Gobierno en Madrid. Es evidente que esta decisión afectaba necesariamente a un ámbito preferente de sus derechos e intereses legítimos y, además, relacionado con la organización de su vida familiar y social, pues del sentido de la misma habría de depender su permanencia o no en España» (fdo. jco. 5.º)

(35) Naturalmente, salvo en el caso de que el internamiento en el CIE haya venido decidido por el juez en aplicación de lo previsto por el art. 89.6 CP, en que el juez puede determinar, ante la imposibilidad de verificar la expulsión del extranjero, su ingreso en un establecimiento penitenciario, lo que paradójicamente entrañaría el paso de una relación especial de sujeción a otra —la carcelaria—.

**LABURPENA:** Atzerritarrak barneratzeko zentroak establezimendu publikoak dira eta helburu hau dute: Espainian legez kanpo egon edo sartzen saiatzen diren atzerritarrei buruzko administrazio-ebazpenak (kanporatzea, itzulketa edo itzulera) betetzen direla bermatzea. Izaeraz eta helburuz espetxeak ez badira ere, zentro horietan barneratutako eta administrazioaren artean sortutako araubideak antzekotasun handiak ditu espetxeen araubidearekin. Lan honetan, zentro horien araubidea aztertzen da, hain zuzen.

**HITZ GAKOAK:** Atzerritarrak. Itzulketa. Kanporatzea. Itzulera. Barneratzeko zentroak.

**RESUMEN:** Los Centros de Internamiento de Extranjeros son unos establecimientos públicos dedicados a asegurar el cumplimiento de las resoluciones administrativas que, en su día, decidan la expulsión, devolución o regreso de los extranjeros que se encuentren o pretendan ingresar ilegalmente en España. Aunque ni por su naturaleza ni por su finalidad son establecimientos penitenciarios, generan, sin embargo, un régimen jurídico entre la Administración y los extranjeros ingresados que presenta fuertes concomitancias con aquéllos. El presente trabajo se dedica precisamente a analizar su régimen jurídico.

**PALABRAS CLAVE:** Extranjeros. Devolución. Expulsión. Retorno. Centros de Internamiento.

**ABSTRACT:** Alien Internment Centres —best known by their Spanish abbreviation CIES— are public establishments dedicated to ensure the fulfilment of the administrative resolutions deciding on the expulsion, devolution or returning of foreigners either already illegally in Spain or willing to enter the country illegally. Neither their nature nor their finality is to serve as penitentiary centres. Nevertheless the legal functioning of CIES and prisons share some similarities. The aim of the present essay is to analyze their legal status.

**KEYWORDS:** Foreigners. Expulsion. Devolution. Returning. Alien Internment Centres.



# La calidad en los servicios y gestión de las Universidades

Diego López Martínez

**Sumario:** I. Introducción.—II. Subsistema auxiliar, administrativo y general (saag). II.1. Marco en el que se desarrollan dichas actividades. II.2. Factor humano. —III. Sistema de gestión de la calidad.—IV. Cultura organizacional: liderazgo y participación.—V. Conclusiones.—VI. Bibliografía.

## I. Introducción

Resulta una obviedad señalar la importancia que la educación tiene en el desarrollo no solo económico, sino también social y cultural de un país (igualdad de oportunidades, crecimiento económico, ahorro y empleo, etc.).

Las razones históricas para la intervención del sector público en la educación pública en general, y en la superior, en particular, obedecen a diversas causas. Entre ellas:

- 1) El sector público interviene en aquellos casos donde no existe interés por parte del mercado en desarrollar la docencia y la investigación en materias concretas.
- 2) La igualdad de oportunidades —a priori— es otra de las razones que justifica esta intervención, pero también —a posteriori— la educación supone una igualdad de oportunidades para los individuos
- 3) La educación como ya hemos comentado tiene una influencia empírica contrastada en el crecimiento económico, ingresos o ganancias individuales, ahorro y empleo, y el mercado de trabajo se encuentra influenciado por el nivel educativo de un país.

En el caso de la educación superior, en su consideración como servicio público, corresponde prestarla a las Universidades, a través de las funciones de investigación, docencia y estudio. Siendo necesario para que estas funciones puedan llevarse a cabo con normalidad, contar con un conjunto de tareas de información, apoyo, asesoramiento, gestión y tramitación administrativa, en definitiva, de organización y administración, que han de nutrir y acompañar a los procesos de la docencia, la investigación y el estudio.

Tabla 1. Funciones de la Universidad

FUNCIONES DE LA UNIVERSIDAD		
Actividades principales	Actividades auxiliares	Actividades administrativas y generales
Docencia:	Servicios de Informática	Gestión de centros y departamentos
— Enseñanzas regladas	Servicios de documentación, bibliotecas, hemerotecas y otros centros de documentación	Gestión de RR.HH (PAS y PDI)
— Enseñanzas no regladas		Ordenación docente
Investigación	Servicios de laboratorios y talleres	Gestión de la investigación
Estudio	Servicios de recursos audiovisuales y videotecas	Gestión del acceso a la Universidad
	Servicios de apoyo a asociaciones estudiantiles	Dirección y gestión generales
	Servicios de información y orientación al estudiante	Gestión económica y contable
	Servicios de deportes y comedores universitarios	Otras gestiones administrativas generales
	Otros servicios de apoyo	

Pero ya no basta con prestar el servicio público, ahora hay que hacerlo con «calidad». La calidad es un concepto ambiguo, difícil de aprehender, que se aplica en todos los ámbitos de la vida y expresa el afán y las exigencias de mejora que orientan la actividad humana.

La calidad en la educación se refiere tanto a la consecución de unos resultados determinados, como al desarrollo del propio proceso educativo. Proceso y producto, elementos de la realidad educativa determinan su calidad.

La actual Sociedad de la Información y la Comunicación, donde la tecnología avanza y cambia de forma vertiginosa, además de servir de soporte a los procesos de aprendizaje y por tanto al terreno educativo, supone un referente para los ciudadanos que desean equilibrar sus expectativas con respecto al sector público hasta igualarlas con las del sector privado, donde prima el discurso de la calidad y de la atención al cliente.

Y la calidad representa una forma de hacer las cosas en la que, fundamentalmente, predomina la preocupación por satisfacer al usuario, y por mejorar día a día, procesos y resultados. En una institución u organización como la Universidad, la calidad se extiende al conjunto de sus fines, a los sistemas que la integran, procesos que desarrolla y resultados que obtiene. Promocionar y garantizar la calidad de las Universidades españolas, tanto a nivel nacional como internacional, es un fin esencial de la política universitaria.

Hasta fechas recientes, el énfasis en la calidad dentro de las Universidades se había puesto principalmente en las Actividades Principales (Docencia, Investigación y Estudio). Como ejemplo ilustrativo de lo anterior, hasta el año 2007, en la totalidad de las Universidades españolas, se habían concedido el siguiente número de certificados



en ISO 9001:2000, en algunas de las Actividades catalogadas como auxiliares, administrativas ó generales:

- 6 con el alcance de «gestión administrativa»
- 6 con el alcance en «asistencia al estudiante»
- 2 con el alcance en «gestión de becas»
- 1 con el alcance en «servicio de comedor universitario»

A la vista de lo anterior, parecía obvio introducir la «calidad» a este subsistema peculiar compuesto por actividades auxiliares, administrativas y generales, que las Universidades como organización necesitan llevar a cabo para conseguir sus fines u objetivos principales.

## II. Subsistema auxiliar, administrativo y general (SAAG)

Legalmente hablando, comprende las siguientes actividades:

- Apoyo, asistencia y asesoramiento:
  - En el desarrollo de las funciones de la Universidad
  - A las autoridades académicas
- Gestión técnica, económica y administrativa, en áreas como:
  - RR.HH.
  - Organización administrativa
  - Informática
  - Archivos y biblioteca
  - Información y Servicios generales
  - Servicios científico-técnicos
- Soporte a la investigación y transferencia de tecnología
- Otros procesos de gestión administrativa y de soporte

La prestación de estas actividades se ve condicionada por una serie de variables, que condicionan e influyen en las mismas.

### II.1. Marco en el que se desarrollan dichas actividades

La Universidad es una Administración Pública de carácter institucional, totalmente jurisdicada tanto en lo tocante a su organización interna, como en sus relaciones con los ciudadanos. Es la Constitución, en su artículo 27.10, quien ofrece la garantía última de su existencia y autonomía. Comparten competencias en materia de educación superior. El Estado, las CC.AA. y las propias Universidades; además del peso cada vez mayor de la legislación europea, que de alguna manera salpica al ámbito universitario.

La Universidad adopta como forma organizativa, un sistema dual, de acuerdo con la clásica tipología de MINTZBERG:

- *Burocracia profesional*, para las actividades principales, desempeñadas por el personal docente e investigador (PDI), con un amplio control sobre su trabajo.

— *Burocracia maquina*, para las actividades del subsistema auxiliar, administrativo y general, a cargo del personal de administración y servicios (PAS), y caracterizado por principios tales como:

1. Organización jerárquica-autoritaria.
2. Mayor impacto de las normas y decisiones judiciales
3. Seguimiento estricto de procedimientos
4. Actividad administrativa continua
5. Uso de documentos y comunicación escrita

## II.2. Factor Humano

El elemento personal en cualquier organización, sea pública o privada, además de necesario, es el factor de mayor valor estratégico con el que cuentan las mismas para operar y adaptarse al cambio.

Para la prestación de las actividades que conforman el subsistema auxiliar, las Universidades cuentan con el PAS, formado por personal funcionario y personal laboral, sometidos a regímenes jurídicos distintos: Derecho Administrativo y Derecho Laboral, que el Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por ley 7/2007, ha venido a unificar, sin mucho éxito hasta la fecha.

Características de este tipo de personal que influyen en la realización de sus actividades, son entre otras:

1. El cargo es asignado a funcionarios individuales que están sometidos a relación jerárquica
2. La organización jerárquica limita la participación.
3. Especialización de funciones y delimitación de competencias, que limitan el trabajo en equipo.
4. Dificultad de medir los rendimientos individuales
5. Delimitación rigurosa de competencias en normas concretas que determinan la existencia de conductas predecibles.
6. Selección más rígida para garantizar el mérito y la capacidad.
7. Dedicación plena y sometimiento a un régimen de incompatibilidades para garantizar su independencia.
8. Seguridad en el empleo, por lo menos hasta fechas recientes en las que diversa legislación ha abierto la puerta a la eliminación o disminución de dicha «seguridad», y promoción casi directa o indirectamente vinculada a la antigüedad

## III. Sistema de gestión de la calidad

Planteadas pues, como una necesidad ineludible, la introducción de la calidad en las actividades que conforman el SAAG de las Universidades, y teniendo en cuenta las variables anteriores, se hace preciso elegir para gestionar la calidad, de entre los dos grandes y estandarizados modelos certificables existentes: la norma internacional UNE-EN-ISO 9001:2008, y el modelo europeo EFQM de Excelencia.

Un sistema, de acuerdo con la teoría de sistemas (como rama específica de la teoría general de sistemas) es un conjunto de elementos, dinámicamente relacionados entre sí, formando una actividad, para alcanzar un objetivo, operando sobre datos, para ofrecer información. En el caso del Sistema de Gestión de la Calidad (SGC), es aquella parte del Sistema de Gestión enfocada a dirigir y controlar una organización en relación con la calidad.

De ambos modelos, el escogido por la Universidad de Granada (UGR), y el más ampliamente implantado y certificado por el resto de las Universidades públicas, es la norma ISO 9001:2008. La evidencia, además de la experiencia, ha demostrado que lo más normal es que el primer contacto se inicie con este modelo, para que, cuando alcance cierto grado de madurez, se implante el modelo EFQM. En la actualidad, salvo determinados servicios como el de la Biblioteca que ha optado por el modelo EFQM, siguen trabajando con el modelo ISO.

El modelo ISO 9001:2008, es una herramienta para la gestión de la calidad, cuyos principios son la orientación al cliente (usuario), tanto interno como externo, y la mejora continua.

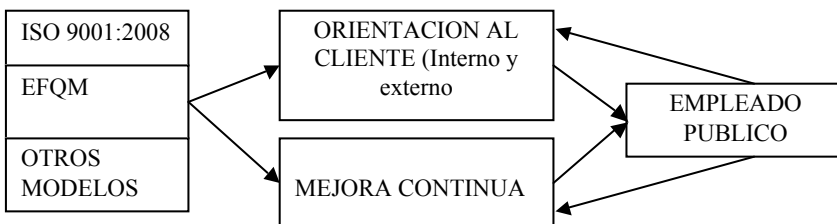
Su estructura básicamente responde al siguiente esquema:

- Escribir lo que se hace en la organización o unidad
- Hacer aquello que se ha escrito
- Poder demostrar lo anterior en cualquier momento

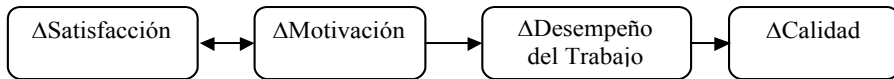
De acuerdo con nuestra experiencia en la Unidad Funcional de Departamentos e Institutos Universitarios de Investigación de la Universidad de Granada, así como en la Unidad de Centros Académicos (la cual engloba a más de 800 trabajadores) este esquema ha sido y es percibido por los empleados públicos, al menos en la etapa inicial de implantación en la que estamos inmersos, como excesivamente burocrático.

Según esta percepción, supone hacer las mismas cosas que se venían haciendo, pero añadiendo más «papeleo» al tradicional sistema burocrático (del cual se estaba soltando lastre gracias sobre todo a la implantación de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación).

Pero aunque esta percepción fuese distinta, lo cierto es que el éxito, tanto de éste como de cualquier otro modelo que se adopte para la gestión de la calidad, o para la gestión de cualquier otro aspecto de la organización, depende de la actitud, apoyo y disposición de todo el personal integrante de la organización o unidad funcional. En definitiva, del empleado público, del elemento humano.



Si el elemento humano como hemos visto, y resulta obvio, es el factor clave para el éxito, parece también evidente el axioma según el cual: «no es posible mejorar la calidad de los servicios públicos, ni la satisfacción de los usuarios, sin la satisfacción de los empleados públicos». Y hablar de satisfacción es hablar de motivación, como elementos interrelacionados. Los postulados básicos son que consiguiendo que el trabajador este satisfecho mejoramos su motivación, y así conseguimos nuestros objetivos.



Ahora bien, debe distinguirse entre la satisfacción de una persona con su trabajo y su motivación a desempeñarlo de forma efectiva. Las condiciones del trabajo o cualquier otra variable que hace que los empleados se sientan más satisfechos no necesariamente dan como resultado un mayor esfuerzo para la ejecución de sus tareas. Según P.T. Young «la motivación es el proceso para despertar la acción, sostener la actividad en progreso y regular el patrón de actividad».

El motivador clásico por excelencia ha sido y es el dinero, aunque no siempre cumpla esta función. De hecho, existen recompensas formales e informales que son la clave de la moderna «motivación».

Existen, a nuestro juicio en el ámbito de la motivación, y ese es el postulado que planteamos, herramientas poco utilizadas en la Administración Pública en general, y en nuestra Universidad en particular, como son: el liderazgo, la cultura organizacional y la participación de los empleados públicos.

#### IV. Cultura organizacional: liderazgo y participación

Pero de lo que se trata no es sólo de implantar un modelo de gestión de la calidad. Calidad y modelos de gestión de la misma, son conceptos distintos, aunque coloquialmente equivalentes, que tienden a utilizarse como sinónimos. La Calidad supone mucho más que un modelo de gestión de la misma, dado que es un modo de hacer las cosas distinto a como se venían realizando hasta el momento en que se decide apostar por la misma. Supone un cambio «cultural», pasar de una cultura basada en un modelo burocrático, a otra cultura, la de la calidad, basada en un modelo cuyos principios son la «orientación al cliente» y la «mejora continua».

Según Schein, cultura es: «Un modelo de presunciones básicas —inventadas, descubiertas o desarrolladas— por un grupo dado al ir aprendiendo a enfrentarse con sus problemas de adaptación externos e integración interna, que hallan ejercido la suficiente influencia como para ser considerado válido y en consecuencia ser enseñado a los nuevos miembros como el modelo correcto de percibir, pensar y sentir esos problemas».

La cultura organizacional como conjunto de creencias y valores compartidos por sus miembros, describe la forma como se hacen las cosas en una organización, y dirige y orienta el comportamiento de sus miembros hacia el cumplimiento de los objetivos organizacionales.

La cultura como tal es implícita, informal e invisible, aunque si lo son sus manifestaciones. Y no sólo es recibida por los nuevos miembros que se incorporan a la organización, sino que también es transformada desde dentro.

Los valores hacen referencia a afirmaciones acerca de lo que esta bien y lo que esta mal en una organización, definiendo así la actuación de los comportamientos.

Las creencias, son puntos de vista acerca de cómo funcionan las cosas, es decir, describen las percepciones de las personas acerca de la relación entre una acción y sus consecuencias.

Son valores y creencias en una cultura burocrática: el conformismo, la búsqueda de estabilidad, la aversión a iniciar procesos innovadores, la poca iniciativa, la gran resistencia al cambio y el limitarse a cumplir ordenes por parte de los empleados públicos.

Lo cierto es que la calidad supone hacer las cosas de una forma distinta y cambiar la cultura burocrática, por otra acorde con la cultura de la calidad, y romper las resistencias que se plantean, labor que debe de ser llevada a cabo por los líderes, entendiéndose a estos como todos aquellos que dentro de la estructura administrativa tienen responsabilidades de algún tipo.

Vivimos en la era del conocimiento y la información, la del cambio continuo, de los acontecimientos inacabados en la que hay que recomenzar en cada momento: en definitiva en la era de la Mejora Continua.

Y para hacer frente a este entorno en continuo movimiento, cuestionamos como parámetro clave, la cultura, dado que necesitamos organizaciones ágiles y flexibles con capacidad de cambiar en dirección a lo que los usuarios y el entorno demanda. Para ello, resulta necesario generar y difundir actitudes y valores, es decir, contenidos culturales en consonancia con este nuevo contexto.

Transformar la cultura de las Administraciones Públicas, ha sido el elemento fundamental de los proyectos de modernización que se han intentado en la Administración española, y donde menos éxito se ha tenido. Quizás porque lo que se ha intentado es cambiar el modelo en su conjunto, y de lo que se trataba era de introducir nuevos conceptos culturales, y lo más importante aún y que denota una gran miopía y falta de pensamiento estratégico, contar con las personas que forman parte de la Función Pública, esto es hacerlas partícipes.

La participación es un medio importante para conseguir el desarrollo personal, y las organizaciones pueden utilizarlo para motivar a sus miembros y lograr un funcionamiento más efectivo.

La participación puede convertirse en un instrumento que permite satisfacer las necesidades de autorrealización y desarrollo, aquellas que según la teoría de Maslow se encontrarían en la cúspide de la pirámide, y hacer frente a las consecuencias que este cambio cultural conlleva:

- Valoraciones negativas
- Cambio o novedad en la situación ambiental
- Falta de información/incertidumbre
- Falta de habilidades o conductas de afrontamiento todas ellas situaciones generadoras de estrés.

En el caso de la Universidad de Granada, esta percepción o valoración negativa y la baja adhesión inicial se ha dado en el sector del Personal de Administración y

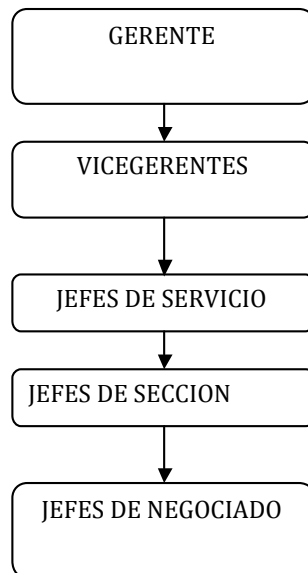
Servicios (PAS) con la implantación del modelo ISO 9001:2008, para la gestión de los servicios universitarios.

Por otro lado el liderazgo, es la influencia mediante la que se puede lograr que los miembros de la organización colaboren voluntariamente y con entusiasmo en el logro de los objetivos organizativos. La persona que ejerce este tipo de poder es el líder. Hay que diferenciar el liderazgo de la dirección. Esta última tiene por objeto integrar y coordinar los esfuerzos de los miembros de una organización, y es la que se utiliza en la Administración, apoyada en la jerarquía como elemento organizacional. En definitiva, dirección y liderazgo, son dos habilidades diferentes pero complementarias, necesarias para asegurar el éxito de una organización.

Liderazgo, participación y cultura de la organización están mutuamente relacionados. La forma en que se desarrolla el liderazgo, la influencia o el poder en una organización, esta determinada por la cultura específica de esa organización y por el contexto más amplio en el que se ubica. Un papel importante del líder es ser creador y transmisor de cultura.

Los líderes y directivos en el sector público, deben adquirir los conocimientos y habilidades adecuadas a lo público, deben gestionar la cultura, promover el cambio y de ellos depende que el nuevo sistema de valores relacionados con la calidad reclamado para las organizaciones públicas se interiorice y entre a formar parte de la conducta de todas las personas que trabajan en la organización.

En el ámbito universitario, sería la Gerencia la que debería asumir esta función. Entendiéndose ésta como el conjunto de órganos jerárquicamente ordenados, que comprendería:



## V. Conclusiones

En primer lugar, dado que conocemos la cultura de la que partimos, los valores y creencias que en ella existen, y también el entorno cultural que deseamos, al que aspiramos, y los valores y creencias que queremos instaurar; se hace preciso definir cuales son aquellos que solamente sería necesario potenciar, y cuales son aquellos que es preciso cambiar. En nuestro caso, los valores y creencias a introducir serían los de la Mejora Continua y la Orientación al Ciudadano.

En segundo lugar, y como nexo de unión, habría que comprometer a quienes van a liderar el proceso. En nuestro caso particular, la Gerencia, en el sentido y con la estructura que hemos definido anteriormente, sería la impulsora de este cambio, y su comportamiento debería servir de ejemplo para el resto del personal. El ejemplo y la imitación, son herramientas poderosísimas para el cambio cultural.

En tercer lugar, y por último, la comunicación y participación a todo y de todo el personal. Es necesaria la implicación para conseguir que los valores y creencias, que son los que en definitiva queremos introducir, sean compartidos.

## VI. Bibliografía

- ARIAS RODRÍGUEZ, Antonio: *El régimen económico-financiero de las Universidades Públicas*. Oficina de Cooperación Universitaria, Salamanca, 2004, pp. 103-108.
- DE LUXAN, José María: *Política y Reforma Universitaria*. Cedecs Temas Universitarios, Barcelona, 1998, p. 50.
- CURSO DE PREPARACIÓN CUERPO DE GESTIÓN DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA, Universidad de Granada, Granada, 200.
- GONZÁLEZ GALLARDO, Leandro: «Introducción de Sistemas de planificación de Recursos Humanos y flexibilización de las relaciones de empleo en el ámbito de las Administraciones Públicas». *Rev. Presupuesto y Gasto Público*. 1994.
- KLAGES, Helmut y HILL, Hermann (1993): «La autoevaluación: un camino hacia la capacitación de la Administración». *VOP* 4.
- LAUFER, Romain y BURLAND, Alain: *Dirección pública: gestión y legitimidad*. MAP, Madrid, 1986, pp. 5-10.
- LAWLER, E. E. y HALL, D. T. (1970): «Relations of job Characteristics to job involvement, Satisfaction, and intrinsic motivator». *Journal of Applied Psychology*, 54, pp. 305-312.
- LLAMAS SÁNCHEZ, Rocío: «Trabajo de Investigación». Universidad de Granada, Granada, 2001.
- LOCKE, E. A.: *Job Satisfaction. Social Psychology and Organizational Behavior*. M. Gruneberg y T. Wall (eds.) John Wiley & Sons Ltd, pp. 93-117, 1984.
- LÓPEZ LÓPEZ, María Teresa y UTRILLA DE LA HOZ, Alfonso (1994): *Introducción al Sector público español*. Civitas. Madrid.
- LÓPEZ MARTINEZ, D.: *Aproximación a la Motivación de los Empeados públicos: el caso del PAS-funcionario de la UGR*, Trabajo de Investigación para la obtención de la Suficiencia Investigadora, Granada, 2003.
- MARTÍN MATEO, Ramón: *Manual de Derecho Administrativo*. Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid. 1981, pp. 10-50.
- MASLOW, Abraham H.: *Motivación y personalidad*. Diaz de Santos, Madrid, ,1991, pp. 50-100.
- MAYOR MARTÍNEZ, Luis y TORTOSA GIL, Francisco: *Ámbitos de aplicación de la psicología motivacional*. Desclee de Brouwer. Bilbao, 1990, pp. 5-20.
- MOE, T. (1984): «The New economics of Organization», *American Journal of Political Science*, 28, pp. 739-777.

- MONTESINOS JULVE, Vicente: «Nuevos ámbitos de la fiscalización de las entidades públicas», *Rev. De Control Fiscal*, n.º 146, Caracas, 2001, pp. 20-30.
- PALOMAR OLMEDA, Alberto: *Derecho de la Función Pública*. Dykinson, Madrid, 2002, pp. 50-80.
- PANIAGUA LOPEZ, J. A.: *Curso de Análisis de Redes Sociales*. EUG, Granada, pp. 25-30.
- PARADA VAZQUEZ, Ramón (1998): *Derecho Administrativo II: Organización y Empleo público*. Marcial Pons, Madrid. 2012, pp. 10-50.
- QUINTANILLA PARDO, Ismael: «Gestión del conocimiento: caos y complejidad en la empresa estratégica», *Revista valenciana D'Estudis autonòmics*, n.º 32, 2000.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel: «Gestión y planificación de RR.HH. en la Administración Pública», *RVAP* 47, 1996.
- VROOM, Victor H. y DECIR, Edward, L.: *Motivación y Alta Dirección*. Trillas, México, 1979, pp. 10-30.

Trabajo recibido el 22 de mayo de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.



**LABURPENA:** Unibertsitateetako zerbitzuen eta kudeaketaren kalitatea kudeatzeko eredu bat ezarri da duela nahiko gutxi, eta kalitate horrek, oraingoan bai, unibertsitateek eman beharreko goi-mailako hezkuntzako zerbitzu publiko osoa barne hartzen du. Kultura burokratiakoan lan egitera ohituta zeudenez, normala den eran, kosta egiten da aldaketa onartzea, eta, beraz, langile publikoek inplikazio gutxi eta motibazio falta garbia dute. Eredu kultural batetik bestera pasatzeko (hau ere bistakoa da), zerbitzu horiek emango dituzten langile publikoen laguntza behar da. Aldiz, ez da horren bistakoa, aldaketa hori ezartzeko orduan eredu berriekin konprometuta dauden pertsonen lidergoari emandako garrantzia; pertsona horiek kalitatearen kulturak dakartzan balioak eta sinismenak zabalduko dituzte. Antolaketa-kultura, lidergoa eta parte-hartzea dira aldaketa onartzeko oztopoak gainditzeko lagunduko duten oinarritzko parametroak eta elementu motibatzaileak; horrela, gauzak egiteko eredu berri bat ezarri ahal izango da unibertsitateko kudeaketan.

**HITZ GAKOAK:** Kalitatea. Kultura. Lidergoa. Parte-hartzea.

**RESUMEN:** La implantación de un modelo para la gestión de la calidad en los servicios y gestión de las Universidades, es un hecho relativamente reciente con el que la calidad abarca, ahora sí, a la totalidad del servicio público de la educación superior que corresponde prestar a las Universidades. Acostumbrados a funcionar dentro de una cultura más o menos burocrática, existe como es normal, una resistencia al cambio, que se traduce en una baja adhesión y en una clara desmotivación de los empleados públicos. Pasar de un modelo cultural a otro (como también parece es de manual) debe de hacerse contando con los empleados públicos que van a prestar esos servicios. Lo que no parece tan obvio es que se haya puesto, a la hora de su implementación, el énfasis en el liderazgo de personas comprometidas con el nuevo modelo, que transmitan los valores y creencias que la cultura de la calidad conlleva. Cultura organizacional, liderazgo y participación, son los parámetros básicos, elementos motivadores, que contribuyen a conseguir eliminar las resistencias, y así implantar un nuevo modelo de hacer las cosas dentro de la gestión universitaria.

**PALABRAS CLAVE:** Calidad. Cultura. Liderazgo. Participación.

**ABSTRACT:** The implementation of a model for the management of service quality and management of the Universities, is a relatively recent development in the quality covers, now, to the entire public service of higher education to provide corresponding universities. Accustomed to working in a more or less bureaucratic culture, as usual there is a resistance to change, resulting in a low commitment and a clear motivation of public employees. Moving from one cultural model to another (as it seems is also manual) must be counting on public employees who will provide those services. What seems obvious is that has been made, at the time of its implementation, the emphasis on leadership of people committed to the new model, to transmit the values and beliefs that the culture of quality leads. Organizational culture, leadership and participation, are the basic parameters, motivators, which help get rid of resistance, and thus introduce a new model of doing things within the university management.

**KEYWORDS:** Quality. Culture. Leadership. Participation.



# Reflexiones sobre el doctorado en Derecho

Fernando López Ramón

**Sumario:** I. La carrera de Derecho como inicio de la formación jurídica.—II. El doctorado como vía específica de formación del profesorado universitario.—III. Las condiciones de la investigación jurídica.—IV. El proceso de la investigación en las ciencias jurídicas.

## I. La carrera de Derecho como inicio de la formación jurídica

Los estudios de Grado y Máster en Derecho, que han sustituido a la antigua Licenciatura, están enfocados fundamentalmente como una vía de formación para iniciarse en el ejercicio de las profesiones jurídicas. Normalmente para dicho ejercicio son precisos, además, estudios complementarios y formación práctica. En este sentido, debo decir que no estoy muy de acuerdo con aquellos planteamientos que pretenden que las Facultades de Derecho centren su labor en las actividades prácticas. Ciertamente, sobre todo en el pasado, las explicaciones de algunas asignaturas resultaban tan teóricas que el estudiante podía acabar desorientado al desconocer las conexiones de la doctrina jurídica con la realidad. Pero me parece que la formación de los juristas no puede consistir en enseñar a realizar, ni única ni principalmente, determinadas funciones prácticas.

No descubro nada si afirmo aquí que, desgraciadamente, al igual que en otros campos, la mediocridad no deja de tener manifestaciones en el ámbito universitario: estudiantes que pretenden obtener un título sin ningún esfuerzo, padres que buscan colocar a sus hijos mediante influencias, profesores que enseñan lo que no saben... Por otra parte, algunos gestores académicos pretenden importar un supuesto modelo anglosajón de enseñanza vinculado a la práctica, aunque sin profundizar demasiado en sus presupuestos ni en su desenvolvimiento. En ese contexto puede generarse la idea de que las clases han de ser participativas, entretenidas, prácticas, de manera que lo importante sea el entrecruzamiento de opiniones de los alumnos, la adquisición directa de los conocimientos en el aula y la capacitación para realizar tareas concretas. ¿Cómo puede ser, se dice, que el Derecho tributario no prepare para rellenar una declaración del impuesto de la renta, que el Derecho civil no permita redactar el acta de la reunión de una comunidad de propietarios, que el Derecho procesal no muestre cómo ha de pedirse la venia en un juicio, que el Derecho administrativo no indique los extremos a incluir en una solicitud?

Los estudios universitarios han de organizarse sobre la base de la excelencia que sólo puede proporcionar una cuidada selección del profesorado. Pueden seguirse va-

riados métodos a tal fin, y las experiencias comparadas proporcionan diferentes ejemplos que cabe considerar adecuados. En las universidades públicas de la Europa continental, modeladas por la confluencia de las tradiciones corporativas de origen medieval, el espíritu científico de procedencia alemana y el impulso organizativo de corte napoleónico, disponemos de ejemplos de sistemas acreditados para escoger a los profesores universitarios. Concretamente en el ámbito mediterráneo (Francia, Italia, España) la oposición rigurosa, cuando efectivamente se ha observado, ha sido la mejor manera de asegurar el principio de mérito y capacidad en la docencia superior. Los profesores han de reunir la doble condición de investigadores y docentes, acreditando con sus publicaciones que han alcanzado la capacidad de comprender y participar en la ciencia que van a impartir, y demostrando con sus lecciones que dominan el programa de la asignatura.

Las enseñanzas universitarias no tienen por objeto preparar para la investigación científica, pero sí deben de fundamentarse en ella. No pueden consistir en la mera repetición de los contenidos de un manual. Han de ser la expresión de conocimientos y reflexiones madurados constantemente. Es verdad que, a veces, se abusa de los planteamientos teóricos, ofreciendo a los estudiantes elaboraciones conceptuales carentes de conexiones con la realidad o listas de clasificaciones inútiles. Pero la versión caricaturesca de la lección magistral no puede oscurecer el papel esencial que a ésta corresponde en la formación universitaria.

El objeto de los estudios de Derecho es formar juristas, esto es, personas con preparación adecuada para intervenir en la resolución pacífica de los problemas sociales. Función básicamente pacificadora la del jurista en correspondencia con la idea de que el Derecho es un instrumento para obtener la paz social. Ahora bien, el desarrollo de esa función requiere de estudio y reflexión partiendo de las leyes, la jurisprudencia y la doctrina. Un jurista no se improvisa, no es simplemente una persona de buen trato capaz de poner de acuerdo a la gente. Interviene para prevenir o solucionar conflictos mediante el razonamiento jurídico, cuyo desarrollo precisa tanto del conocimiento del contenido de las normas como de sus aplicaciones por los tribunales y de la crítica desenvuelta por los autores.

Para cumplir con esa función pacificadora estimo que, ante todo, cabe esperar del jurista que conozca las soluciones establecidas en el marco de las sociedades organizadas a partir de los Estados. Esto no es algo sencillo que se reduzca a una labor de aprendizaje memorístico de las leyes. El adecuado conocimiento de las respuestas que el Derecho da a los diversos conflictos sociales requiere indagar en ellas desde diferentes perspectivas, planteándose: a) qué elementos de la vida social se encuentran juridificados y cuáles no, esto es, hasta dónde se extiende la función pacificadora del Derecho, conociendo también las razones que han llevado a imponer la existencia de determinadas respuestas y los medios a través de los cuales es posible realizar tal imposición; b) qué grado de eficacia presentan las soluciones jurídicas, lo cual requiere no sólo el estudio del Derecho positivo, sino también conocer su adaptación a las tensiones sociales que pretende encauzar, las razones que determinan el contenido de las normas, los intereses a que responden, quiénes, en su caso, salen beneficiados y quiénes perjudicados por las mismas; y c) qué nuevos cauces de reducción de conflictos pueden emplearse a través de la interpretación de las leyes, la analogía, la identificación de principios generales, la integración, en suma, de las normas en un complejo de elementos que denominamos ordenamiento jurídico.

El proceso de conocimiento del Derecho se presenta, así, como una tarea apasionante que supera con mucho el mero aprendizaje de las normas positivas. La enseñanza en las Facultades ha de combinar las explicaciones teóricas con las clases prácticas. Las primeras son elemento esencial, siempre que estén bien preparadas, con manejo directo de los textos normativos, las soluciones jurisprudenciales y las críticas doctrinales. Las clases prácticas en grupos reducidos, partiendo de supuestos de hecho previamente trabajados por los estudiantes, no sólo permiten aplicar las nociones de la teoría; si están adecuadamente diseñadas llevan a comprender la variedad de problemas que presenta la realidad, realidad que la teoría sólo puede pretender abarcar en sus líneas generales. Otras actividades complementarias son la realización de pequeños trabajos, como la lectura de monografías, el comentario crítico de las mismas, la elaboración de dictámenes jurídicos o la redacción de diversas piezas procesales.

Ahora bien, el proceso de aprendizaje jurídico no puede terminar en la Facultad. El desempeño de las profesiones jurídicas requiere de una formación complementaria que permita el conocimiento especializado. Para ello es esencial el desarrollo práctico de la profesión no ya ante un caso planteado como ejercicio intelectual, sino como consecuencia de la plena inmersión en el conjunto de elementos que componen la realidad jurídica, con sus condicionantes y exigencias en materia de prueba de los hechos, usos y tradiciones, formularios y estrategias. Los estudios previos proporcionarán los conocimientos básicos y la capacidad crítica y argumental imprescindibles para llegar a ser un jurista profesional. Sin olvidar que después la constante actualización teórica seguirá siendo precisa para el desarrollo de la profesión. No se puede concebir que un abogado o un juez o un registrador de la propiedad ejerzan sus profesiones sin contar con una biblioteca personal, cuya formación tendría que haberse iniciado en su período de los estudios universitarios.

Las Facultades vienen tratando de acercar a sus estudiantes al conocimiento de la aplicación del Derecho a través de una asignatura que recibe la denominación de *Practicum* o Prácticas externas. En la mayor parte de los casos se trata de un sistema para organizar, mediante convenios con diversos colectivos profesionales, la asistencia del alumno a un despacho, empresa u oficina pública durante cierto tiempo. En general, los alumnos se muestran entusiasmados con la experiencia, que, a juzgar por las excelentes calificaciones otorgadas, cuenta también con el apoyo de los profesionales concernidos. No se conoce ningún caso de suspenso en el *Practicum* por malos resultados constatados durante el mismo; si acaso, las contadas valoraciones negativas obedecen a falta de presencia o incumplimiento de horarios, pero incluso esos motivos son aducidos en raras ocasiones. Todo ello no puede ser sino síntoma inequívoco del escaso valor que cabe conceder a estas experiencias. Por supuesto hay casos en los que el sistema funciona bien, generalmente con estudiantes que tienen buen expediente académico y que, quizá por la garantía que de ahí deriva, terminan incluso recibiendo ofertas de trabajo en las empresas donde han hecho las prácticas. Sin embargo, aun en muchos de estos últimos casos, no dejan de ser más aconsejables las opciones que supongan la ampliación de estudios, la especialización por medio de un Máster, la preparación de una oposición importante o la presentación de solicitud en un bufete acreditado, distanciándose con prudencia del reclamo de las primeras retribuciones, que pueden conducir a cierta postura acomodaticia del recién graduado.

## II. El doctorado como vía específica de formación del profesorado universitario

Al igual que cualquier otra profesión, el ejercicio de las funciones del profesorado universitario también requiere de formación especializada tras la carrera. Los estudios de doctorado son la vía prevista para ello. Todas las Universidades que aspiren de verdad a ser centros de creación y de difusión del saber, precisan de programas de doctorado cuyo objetivo prioritario sea justamente la directa formación de los futuros profesores, esto es, de personas capacitadas para participar en la generación y en la transmisión del conocimiento en un área científica.

El sistema tradicional en las Facultades de Derecho estaba muy ligado a la vinculación del estudiante a un profesor consolidado. Generalmente eran sólo catedráticos quienes dirigían las tesis. Había que seguir los llamados cursos de doctorado, pero, en verdad, con escasas excepciones, a estos se les solía conceder poca atención, tanto por parte de quienes los impartían como por los matriculados en los mismos. El doctorado, en fin, pivotaba sobre la relación del doctorando con el director de la tesis, relación que originaba todo un proceso no formalizado, que incluía, por lo común, lecturas generales de la asignatura, la asistencia a las lecciones magistrales como ayudante —lo que proporcionaba una perspectiva muy diferente a la de los alumnos de la licenciatura—, la redacción de pequeños trabajos —a veces, los exigidos en los cursos de doctorado—, la participación en el correspondiente seminario de profesores y en algún congreso científico, la suplencia en una clase suelta o la colaboración en las prácticas. Así, hasta que se llegaba a definir el tema de la tesis doctoral, procediéndose entonces al correspondiente acopio de materiales y, finalmente, tras mucha reflexión, a la redacción, objeto de titubeos, de nuevas lecturas y de comentarios con los compañeros. Todo ello sin la seguridad de que el camino iniciado fuera a llevar a la meta propuesta, pues en bastantes casos no se llegaba a elaborar la tesis. Tesis que era objeto de atención por su director, y, en algunas ocasiones, previamente por uno de los colegas más antiguos, pues todo el equipo se consideraba implicado en asegurar la buena calidad del trabajo. La defensa pública era un acto memorable, ya que constituía el acto de presentación pública del nuevo doctor ante la comunidad científica.

Al realizar la anterior descripción, sin duda, he tendido a idealizar el proceso. Había también estudiantes de doctorado propensos al cabildeo que buscaban sobre todo establecer buenas relaciones con personas que consideraban influyentes, y directores que, por falta de tiempo, de capacidad o de interés, prestaban escasa atención a los estudiantes de doctorado. De manera que se presentaban algunas tesis carentes de rigor, mera acumulación de datos sin atisbo de labor crítica, y se celebraban también sesiones de lectura rutinarias, preludio exclusivamente de la posterior comida de celebración. En estos casos, los filtros establecidos en la legislación universitaria para garantizar la calidad de las tesis raramente funcionaban, pues el depósito de las mismas en la secretaría de la Facultad solía pasar sin pena ni gloria, en un tácito consenso entre colegas de ocuparse cada uno de lo suyo.

Era preciso remediar estos males. Pero da la impresión de que las sucesivas normativas sólo han incidido sobre los trámites: el diseño de los programas de doctorado, el cómputo de los créditos docentes e investigadores, la generación del título intermedio con la prestigiosa denominación de Diploma de Estudios Avanzados o más recientemente de Máster y otras cuestiones accesorias. Además, no podemos enga-

ñarnos sobre el hecho de que, al combinarse el sistema con los intereses corporativos del profesorado universitario, el resultado inicial fue la multiplicación de los programas de doctorado —que permitían cumplir con las obligaciones del Plan de Ordenación Docente—, la burocratización del proceso —complicado con una serie de trámites y exigencias carentes de sentido—, y, sobre todo, el acceso a impartir el doctorado no ya de los profesores más antiguos y preparados, sino de cualquier doctor, posibilidad que antes existía pero no solía practicarse. Las contradicciones de estos planteamientos burocráticos han llegado al extremo, por ejemplo, de exigir a los miembros de los tribunales de tesis la exposición de los méritos que acreditaran su especialización en la materia, sin que, para dirigir la misma tesis, se requiriera nada similar al director. En definitiva, y desgraciadamente, me parece que en las modernas regulaciones no se ha prestado la atención debida ni a las condiciones de la investigación ni al proceso de desarrollo de la misma. Paso a realizar algunas consideraciones en torno a esos elementos.

### III. Las condiciones de la investigación jurídica

Las tareas de investigación requieren unas condiciones personales de quien las va a llevar a cabo y unas condiciones objetivas para su desarrollo. Las condiciones personales del estudiante de doctorado se resumen en capacidad, vocación y esfuerzo, y las que llamo objetivas, en el maestro, la biblioteca, los viajes de estudio y la exigencia. Voy a tratar de exponer cómo pueden, a mi modo de ver, actuar las Universidades para hacer que estos elementos confluyan adecuadamente en sus programas de doctorado.

A. La capacidad es el punto de partida insoslayable: hay que seleccionar, para el doctorado, a estudiantes con buenos expedientes académicos. Ciertamente la investigación es libre y está abierta a todas las personas, pero no todas reúnen condiciones para ello. De ahí la importancia de tener en cuenta los resultados obtenidos en los títulos previos: quienes han manifestado relevantes aptitudes en los estudios básicos son los destinatarios naturales del doctorado.

Ahora bien, ¿cómo puede una universidad organizar esta selección? Normalmente no se puede exigir un alto nivel a todos los estudiantes de doctorado; es más, sería difícil hacerlo cuando las normativas aplicables suelen dar derecho a matricularse en el doctorado a todos aquellos que han obtenido el correspondiente título. Incluso cabe pensar que tal planteamiento resulta lógico, ya que no siempre las calificaciones académicas reflejan las capacidades del estudiante, bien debido a carencias de los mecanismos de valoración, bien a vocaciones no descubiertas, bien a otras causas. Por ello, no se puede, ni se debe, alterar el acceso general de los titulados al doctorado, a no ser que una Universidad tenga tanto prestigio que pueda establecer procesos objetivos de selección de sus estudiantes.

¿Qué hacer entonces en una Universidad de tipo medio que no se encuentra en las relaciones de las más famosas, de aquéllas que atraen a estudiantes de diversas procedencias? Creo que la línea de actuación habría de consistir en promover, en todo caso, la incorporación al doctorado de titulados con buenos expedientes. Para ello me parece esencial disponer de un adecuado sistema nacional de becas de investigación.

Hay muchas modalidades de becas de investigación, pero me inclinaría por que el formato básico fuera el que derivase de un programa nacional encaminado a seleccionar a los titulados más capaces con el incentivo de una retribución. Pagar a quienes estén dispuestos a dedicarse a la investigación científica. El trámite pasaría por la realización de una convocatoria anual resuelta por un comité de selección prestigioso, que eligiera, en función de sus méritos académicos, a los jóvenes que quisieran formarse como profesores universitarios.

Capacidad y juventud son requisitos esenciales en los candidatos. El objetivo sería iniciar tempranamente en las tareas de investigación a quienes dan indicios de talento para ello. Si se permitiera acceder a las becas a personas de cualquier edad, una parte significativa de las mismas podría terminar, por ejemplo, en profesionales que difícilmente se dedicarían a las tareas universitarias. Edad no superior a treinta años, méritos centrados en las calificaciones académicas y el conocimiento de idiomas, dedicación exclusiva (no compatible con ninguna otra tarea), y de ahí la necesidad de retribuir adecuadamente a los becarios. Obligaciones: las directamente relacionadas con la investigación, evitando incluso los compromisos docentes, al menos, en el primer año de la beca, y, en todo caso, permitiendo asumirlos gradualmente en años sucesivos. Duración: hasta cuatro años por término general.

Ese debiera de ser el programa nacional de formación del personal investigador, alejado de los contactos personales y de las investigaciones aplicadas. De nuevo, en ese proceso de mimética traslación de los planteamientos anglosajones, nos encontramos con que terminan introduciéndose reglas que parecen casar muy mal con la idiosincrasia latina. Así, es normal que se exijan a los candidatos cartas de presentación de sus profesores, que generalmente acaban siendo algo parecido a las tradicionales recomendaciones. Es posible que, conforme a los planteamientos de la ética protestante, en los países anglosajones la evaluación de los candidatos sea una función desempeñada con objetividad por sus presentadores, pero en los países de estirpe católica la cortesía parece exigir que una carta de presentación no se niegue a nadie, pues, a fin de cuentas, si en ella se desliza alguna exageración o mentirijilla, siempre podrá ser perdonada con facilidad al tratarse de un simple pecado venial.

Por otra parte, también está cada vez más extendido el requisito de vinculación de los becarios a proyectos de investigación básica o aplicada, lo cual, en el ámbito de las ciencias jurídicas, resulta innecesario y, aun diría más, perjudicial, pues los temas de investigación deben admitirse en el momento inicial con mucha flexibilidad, permitiendo su modificación o su concreción posteriormente. Y ello, al margen de que las Universidades, los poderes públicos y las diversas instituciones culturales, sociales y económicas puedan promover modalidades de becas de investigación vinculadas a temas de investigación que consideren más interesantes; aunque sería preferible lograr la cooperación de todos estos elementos en la financiación del programa nacional de investigación.

He de insistir en la indiferencia del tema de investigación para la selección de los becarios, por las siguientes razones: a) normalmente el establecimiento de listas de temas prioritarios sirve para poco, al ofrecerse casi siempre algunas materias tan genéricas que terminan actuando como auténticos «cajones de sastre» donde todo cabe; b) cuando los temas son muy concretos, suelen obedecer a motivos fútiles o inconfesables, salvo que estemos hablando del programa de becas de una institución dedicada directamente a la investigación especializada; c) pero particularmente ha de



considerarse que el objetivo que nos estamos planteando es la formación en el doctorado, no la solución de concretos problemas, de modo que la prioridad ha de estar en seleccionar a personas aptas, que, independientemente del objeto de su estudio, podrán lograr la formación perseguida.

En definitiva, las Universidades tienen que exigir a los Gobiernos el establecimiento del programa nacional de formación del personal investigador, que permita el acceso al doctorado de jóvenes que hayan demostrado buenas aptitudes para el estudio.

Conviene tener en cuenta que no todas las personas preparadas quieren dedicarse a la investigación científica. En el ámbito jurídico es esencial el gusto por la lectura y la inquietud por el conocimiento de los entresijos de las fuentes del Derecho. También es precisa la voluntad, la disposición a realizar el especial esfuerzo de raciocinio que implica el trabajo científico, sabiendo que la recompensa va a ser sobre todo de tipo intelectual. No es la profesión universitaria una vía para ganar mucho dinero, ni siquiera para estar bien considerado socialmente. Vocación y dedicación son condiciones que han de valorar los propios estudiantes de doctorado, quienes, igual que el corredor de fondo, van a tener que hacer largos trayectos en solitario sin saber si terminarán obteniendo la recompensa o los resultados que buscan.

La investigación ha de ser, para quienes deciden iniciarse en ella, un camino de realización personal e intelectual, es decir, de búsqueda de la felicidad. Puede ser mucho el trabajo que requiere y aun los sinsabores que llegue a producir, pero conviene insistir en lo de que hay que recorrerlo con ganas, porque gusta y se quiere hacerlo. El esfuerzo del doctorado no va a terminar en la tesis, es la iniciación en un modo de vida dominado por la enseñanza y la investigación, pues un universitario no puede nunca dejar de mantener la ilusión por adquirir, intercambiar y difundir el conocimiento.

**B.** Otro de los elementos a tener en cuenta en la investigación es el maestro. Resulta esencial contar con buenos talentos profesoriales, personas dedicadas a la Universidad que estimulen las vocaciones, sugieran temas de investigación, critiquen los trabajos, promuevan debates... Personas preparadas, con un buen historial investigador mantenido a lo largo del tiempo. Profesores que sean semillero de nuevas dedicaciones en ese proceso lento, artesanal, hecho día a día con esfuerzo continuado y alto nivel de exigencia.

El verdadero magisterio de una persona no significa imposición ni limitación de capacidades o libertades ajenas. No es autoritarismo, puede que sea jerarquía libremente aceptada y mantenida, fundada en conocimientos y experiencias. No es medio de dominación, sino respeto y aun admiración no buscada, espontáneamente surgida entre espíritus libres. No es rigidez ni encorsetamiento: más bien exigencia, rigor, seriedad. No es atavismo, ya que quizá sea la única forma viable del progreso científico general. La falta de buenos maestros impide el desarrollo de la vida universitaria fomentando el provincianismo cultural, con su obsesión por problemas nimios y con sus secuelas de favoritismos injustificados.

A los estudiantes de doctorado hay que aconsejarles que elijan a su maestro, alguien que les inquiete intelectualmente, que les exija, que critique sus trabajos. Las Universidades, por su parte, deben fomentar la dedicación exclusiva a través de incentivos adecuados y con la contrapartida de la exigencia de resultados, dado que el objetivo es el de disponer de un cuerpo de profesores vivo, que realice publicaciones en revistas científicas, que organice congresos, que promueva proyectos de investigación...

Pasando a otros condicionantes de la investigación, ha de recordarse que, en el ámbito de las ciencias jurídicas, el medio esencial de investigación es la biblioteca. Pese a que muchas cosas puedan estar en Internet, las bibliotecas siguen siendo necesarias por sus colecciones legislativas y jurisprudenciales básicas y sus fondos de revistas y obras generales, así como por la bibliografía especializada que contienen. Los fondos generales se aseguran por los bibliotecarios profesionales. En cambio, la formación de fondos especializados precisa de la ayuda de los profesores a fin de orientar e incluso realizar directamente las adquisiciones. La gestión del conjunto corresponde, sin duda, a los bibliotecarios, aunque hay que pedirles que proporcionen facilidades a los investigadores, estableciendo horarios flexibles, poniendo a su disposición las fotocopadoras y otros medios auxiliares, realizando los acuerdos que permitan los préstamos entre bibliotecas, etc.

Es preciso fomentar también los viajes de estudio, sobre todo a Universidades de prestigio extranjeras para conectar con profesores acreditados, trabajar en sus bibliotecas, participar en los seminarios que organicen o presentar comunicaciones en los congresos científicos de la especialidad. Las becas de formación de personal investigador pueden permitir la realización de estos viajes otorgando los suplementos económicos precisos. En el proceso de formación suelen ser excelentes las estancias largas, de uno o dos años, aunque para ello hay que establecer becas y ayudas especiales. En relación con los profesores consolidados, la institución del año sabático es una buena vía de fomento de las relaciones científicas entre los diversos países.

En todo caso, el título de doctor debe ser sinónimo de capacidad y de especialización. Es responsabilidad primordial de los directores de las tesis exigir calidad en las mismas, su redacción en un buen lenguaje y con esquemas claros, y su contenido meditado, crítico y traducido en unas auténticas conclusiones. Por supuesto, el acto final ha de ser la defensa pública en un debate científico.

#### **IV. El proceso de la investigación en las ciencias jurídicas**

En el proceso de investigación en las ciencias jurídicas nos enfrentamos a cuatro grandes etapas: la elección del tema de trabajo, la iniciación en los diferentes métodos de investigación, la lectura y acopio de conocimientos y documentación, y, por último, la redacción de la tesis. Cada una ellas merece alguna consideración.

**A.** En la elección del tema caben muchas opciones, pero creo que es importante recomendar la opción por una materia dotada de amplitud, a ser posible sobre una institución que permita profundizar en los diversos elementos de su régimen jurídico. De cualquier manera, conviene que el tema resulte atractivo para el autor, puesto que va a realizar una especie de unión indisoluble con su tesis doctoral. Asimismo, hay que tener en cuenta, como ya se ha apuntado, que la tesis no debe tener una finalidad práctica de resolución de un problema concreto. Ya habrá tiempo, a lo largo de la vida profesional, para ello. La finalidad es formarse como investigador, esto es, adquirir el método para reunir conocimientos sobre una materia, identificar los problemas que condicionan su alcance, organizar los materiales y exponerlos adecuadamente. Los trabajos jurídicos ni siquiera tienen que expresar la solución inmediata de los problemas advertidos, pues aunque ha de procurarse que los argumentos sean razona-

bles, el buen investigador es aquel que proporciona los elementos que permiten el debate y el progreso científico.

B. Importantísima la lectura, que más que una fase, ha de ser un hábito del universitario. Leer mucho, tanto las leyes, las sentencias y las obras jurídicas relacionadas directamente con el tema de la tesis, como la bibliografía general del área de conocimiento elegida y la literatura conectada. Naturalmente han de realizarse lecturas especializadas, nutriendo, así, una lista bibliográfica elaborada con paciencia, fijándose en las citas que los diversos autores han hecho, buscando los originales, yendo a las fuentes. Pero también son muy importantes en esta etapa las lecturas de obras jurídicas generales; es más, la orientación de esas lecturas habría de ser un objetivo destacado en los programas de doctorado. Son asimismo necesarias las lecturas de obras de pensamiento no directamente relacionadas con la especialidad, como las relativas a materias de Historia, Sociología, Ciencia Política, Filosofía o Historia de las Ideas, que proporcionan conocimientos para comprender mejor los contenidos del Derecho. Y hay que leer tomando al mismo tiempo notas en las que se van perfilando las ideas y los criterios que forman a los futuros profesores. La falta de amor por la lectura y el saber, y, a veces, también de una adecuada guía de lecturas, se advierte en algunos estudiantes de doctorado cuando expresan su desazón diciendo: «sobre esto no se ha escrito nada». Eso en el ámbito jurídico es imposible; puede que el tema concreto no haya sido objeto de una atención monográfica, pero los elementos que nutren las instituciones jurídicas siempre cuentan con tratamientos doctrinales. El estudiante de doctorado, a lo largo del correspondiente programa formativo, debiera llegar a poder identificar las buenas revistas científicas de su especialidad, las diferentes editoriales de prestigio, los autores consolidados, de manera que conozca la disciplina, los grandes problemas planteados en la misma, los debates suscitados, las diferentes posiciones...

C. Iniciar poco a poco a los estudiantes en las tareas de investigación es otro de los objetivos de los programas de doctorado. Para ello es positivo practicar los diferentes métodos de la investigación mediante pequeños trabajos como los siguientes:

- a) el estudio histórico de una institución jurídica o de parte de ella, esforzándose por averiguar cuándo se produjeron las primeras regulaciones de la materia, cuál era el contexto social, político y económico, qué objetivos se perseguían, qué problemas se plantearon en su aplicación, o por qué, en su caso, se introdujeron cambios en su régimen jurídico;
- b) el análisis de la tramitación parlamentaria de una ley estudiando la evolución del proyecto en sus diversos trámites, las enmiendas presentadas y los debates producidos, con la reflexión sobre los argumentos empleados (o sobre la falta de ellos);
- c) el comentario de una serie jurisprudencial, con la búsqueda e identificación de las sentencias, y de sus ponentes y votos particulares si los hubo, la selección de los problemas y respuestas producidos, los argumentos empleados, las incoherencias y contradicciones advertidas, o las cuestiones inútilmente planteadas;
- d) las reseñas críticas sobre libros importantes, que requieren no sólo del resumen de su contenido, sino también de la identificación de las aportaciones, los puntos de vista sugerentes y la exposición de los aspectos criticables.

Si los estudiantes siempre han de entregar los correspondientes trabajos escritos y defenderlos ante los demás compañeros, los profesores han de leerlos y criticarlos, además de orientar los debates que puedan suscitarse en su presentación. Es esencial corregir con detalle los primeros trabajos para tratar de evitar cuanto antes defectos de redacción, amaneramientos estilísticos e incongruencias en la argumentación. Una buena experiencia en este sentido, que puede ser el colofón de los estudios previos al inicio de la redacción de la tesis doctoral, es la tesina sobre un tema que permita manejar legislación, jurisprudencia, Derecho comparado y doctrina, tras cuya defensa pública ante tribunal de especialistas cabe acceder al diploma correspondiente a un Máster de investigación jurídica.

D. Finalmente hay que escribir. La investigación no está completa hasta que no están plasmados por escrito sus resultados. Es más, en el proceso de redacción siempre surgen incidencias no previstas que obligan a realizar nuevas lecturas, a obtener datos que resultan relevantes o incluso a iniciar líneas de trabajo en las que no se había pensado. Sobre el proceso de la escritura creo que no está de más hacer algunas sugerencias para los estudiantes de doctorado:

- a) Hay que darse tiempo. Se debe ser consciente de que, aun estando en dedicación exclusiva, el plazo de preparación previa puede durar unos dos años, y el de escritura, fácilmente dos más. Por supuesto, con todas las excepciones que, por razones de talento, suerte u otras, puedan establecerse.
- b) Se deben concebir los esquemas como elementos de trabajo en constante evolución, pues no son todavía los índices definitivos. Estos se irán formando conforme la investigación avance, y no pueden estar predeterminados desde el principio. Hemos de pensar que nuestros esquemas obedecen a los conocimientos previos, que van aumentando conforme profundizamos en el tema, y tener en cuenta también que, al final, el mantenimiento de un capítulo o un epígrafe, o su supresión, van a depender, en buena medida, de los materiales disponibles, que frecuentemente no coincidirán con los inicialmente diseñados.
- c) El índice final no tiene que ser complicado. En general, por más rigor sistemático que se quiera observar, no hay necesidad de emplear más de dos o tres subdivisiones (capítulos y epígrafes). Los índices han de orientar al lector, para lo que resulta muy conveniente emplear títulos que expresen directamente la materia tratada. En las monografías son admisibles títulos comprometidos o valorativos siempre que el contenido se corresponda con ellos (en los programas docentes y en los libros de texto, en cambio, los títulos debieran expresarse de la manera más aséptica posible a fin de permitir la eventual discrepancia del alumno con respecto a los criterios del profesor).
- d) Hay que cuidar el estilo, procurando, con una buena redacción, que lo escrito se corresponda con el pensamiento del autor. Conviene prestar atención a la función de cortar y pegar en los programas informáticos. Hay que esforzarse en construir una buena pieza literaria, coherente en los razonamientos, trabada en sus hilos conductores. Va muy bien que la obra sea leída por alguien que domine el lenguaje, y corregir una y otra vez el texto, limando las expresiones y afinando los argumentos. Hoy, todas estas funciones resultan muy

facilitadas con los ordenadores, aunque es bueno realizar revisiones sobre el papel.

- e) Evitar la «venganza del investigador», pues no todo lo que nos ha costado tanto encontrar o comprender nos va a servir para la tesis. Hay que saber prescindir de lo que no resulta útil en el trabajo, y guardar cosas para otras ocasiones.
- f) No limitarse a describir. Copiar una ley o una sentencia normalmente carece de sentido; menos aún ir reproduciéndolas por trozos sin aportar nada, pues para eso el lector puede disponer de los correspondientes repertorios. Hay que personalizar lo que se escribe, para lo que es imprescindible haberse medido en la enjundia de los textos que nos sirven de base en la tarea investigadora.

Estoy seguro de que hay muchos otros consejos que dar y reflexiones que plantear en relación con los estudios de doctorado. Por añadidura, la investigación se hace investigando; de manera que si se quiere avanzar en ella no hay más remedio que practicar, al igual que sucede en relación con otras profesiones. No obstante, las anteriores advertencias quizá no estén de más.

La tarea puede parecer ingente en aquellos países que carecen por completo de intervenciones de apoyo científico por parte de sus gobiernos, pero hay que iniciarla. En el caso español algunas medidas se pusieron en marcha con las reformas educativas de principios de la década de 1970: fue entonces cuando se establecieron las becas de investigación junto con otras novedades importantes, como la dedicación exclusiva de los profesores o las ayudas para formar fondos bibliográficos. Con muchos cambios y altibajos —la masificación de las décadas de 1980 y 1990, las rebajas en ciertas exigencias, la masiva creación de centros y la consecuente contratación de profesorado improvisado—, pero manteniendo el hilo conductor, esas medidas han permitido que la Universidad española cuente con unos cuadros profesoriales en general competentes y en constante renovación.

Trabajo recibido el 9 de octubre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Lan honen helburua da gogoeta egitea Zuzenbideko ikerketen eta batik bat doktoretzako ikerketen helburuei buruz. Hemen defendatzen denez, doktoretza-programen funtzio nagusia da etorkizuneko irakasleak ikerketa-lanetan prestatzea, eta, hortaz, unibertsitateek arreta bereziz zaindu behar dituzte ikerketa zientifikoaren baldintzak eta prozesua. Hainbat azalpen ematen dira alderdi horiei buruz, behar bezala diseinatzen eta garatzen laguntzeko.

**HITZ GAKOAK:** Zuzenbide-ikasketak. Zuzenbidean doktorea. Ikerketa juridikoak.

**RESUMEN:** El objeto de este trabajo es recapacitar sobre los objetivos de los estudios de Derecho, particularmente de los relativos al doctorado. Se sostiene aquí que la función prioritaria de los programas de doctorado es formar en las tareas investigadoras a los futuros profesores, por lo que las Universidades han de prestar especial atención a las condiciones y al proceso de la investigación científica. Sobre tales aspectos se realizan algunas consideraciones, tratando de contribuir a su adecuado diseño y desarrollo.

**PALABRAS CLAVE:** Estudios de Derecho. Doctorado en Derecho. Investigación jurídica.

**ABSTRACT:** The object of this article is to reflect on the objectives of the Law Studies, particularly those relating to the PhD programmers. The article argues that the main role of PhD degrees is to train future lecturers in their research competencies. Universities should consequently pay special attention to the conditions and the process of scientific research. The paper makes some considerations on how to contribute to the proper design and development of the PhD programmers.

**KEYWORDS:** Law Studies. PhD in Law. Legal research.

# Aspectos jurídicos de la implantación de centros comerciales en los mercados municipales y la protección del medio ambiente y del entorno urbano. La consideración de las razones imperiosas del interés general

Eva María López Tubía

**Sumario:** I. Introducción. ¿Mercados municipales versus grandes centros comerciales?—II. La competencia de mercados y abastos reconocida a los municipios en el art. 25.1.G LBRL y la tendencia a la renovación de los mercados tradicionales municipales para convertirlos en centros de animación comercial en la trama urbana.—III. El denominado urbanismo comercial: el diseño y la ubicación de los grandes centros comerciales en la periferia y la directiva de servicios. III.1. La eliminación general de la exigencia de autorización en la adaptación estatal de la Ley 7/1996 de Ordenación de Comercio Minorista a la directiva de servicios. III.2. Breve referencia a la normativa autonómica de transposición de la directiva de servicios respecto a la apertura de establecimientos comerciales. III.3. Evolución normativa hacia la utilización de criterios territoriales y urbanísticos en la legislación comercial en el País Vasco y la adaptación de la directiva de servicios. El plan territorial sectorial de creación pública de suelo para actividades económicas y de equipamientos comerciales. III.4 El caso navarro: la autorización mediante un instrumento de ordenación del territorio.—IV. Reflexiones finales. Las razones imperiosas del interés general, elementos de sostenibilidad ambiental de un nuevo modelo de ordenación territorial y urbanístico del comercio.

## I. Introducción. ¿Mercados municipales *versus* grandes centros comerciales?

La ordenación del comercio presenta una especial relevancia económica, por lo que se ve limitada la actividad del Estado para afrontar su ordenación jurídica, si bien en esta materia presentan un especial protagonismo las competencias autonómicas y municipales(1). Sin duda, el comercio es una actividad económica en la que en la actualidad

---

(1) La competencia de mercados y abastos de los Municipios tiene origen en su capacidad para atender al abastecimiento de las poblaciones; otorgándose también a los municipios la potestad de policía administrativa para regular los precios y la calidad de los alimentos desde el punto de vista sanitario, y la competencia para organizar ferias y mercados. La intervención administrativa en el sector puede remontarse a la crisis de abastecimientos de principios del siglo xx, situación que se resolvió mediante la promulgación del Real Decreto de 30 de marzo de 1905, sobre mercados y del Real Decreto de 6 de abril de 1.905, sobre mataderos, habilitando a los Municipios para edificar estructuras estables de mercados, que se inspiran técnicamente en las «Halles Centrales» de París en sus estructuras de hierro forjado.

imperla la libertad de empresa.(2) Por ello, la intervención administrativa va perdiendo sentido en la actualidad, de acuerdo con los nuevos aires neoliberales del milenio, puesto que tal y como señala RODRÍGUEZ CAMPOS(3) «la era de la liberalización y de las privatizaciones se perfila como respuesta al excesivo volumen alcanzado por la acción del Estado». Según PÉREZ FERNÁNDEZ(4), una de las manifestaciones de intervención administrativa más cuestionada y de mayor intensidad es la relativa a la ordenación de la implantación de los equipamientos comerciales, no sólo el definido como gran equipamiento comercial, sino también los mercados municipales tradicionales.

La pervivencia y el desarrollo del comercio en el centro de las ciudades requiere la adecuación y mejora de los equipamientos públicos comerciales municipales, siendo por tanto necesaria la intervención de los ayuntamientos en el sector del comercio minorista. Así ocurrió finalizada la segunda guerra mundial en Europa, cuando se iniciaron los procesos de reconstrucción partiendo de la ubicación de los mercados municipales en tramas urbanas de la ciudad. En el desarrollo posterior de las ciudades se generaliza la ordenación de los usos comerciales en la nueva periferia urbana, produciéndose una pérdida de peso comercial en el centro-ciudad. Con relación a los tradicionales mercados de abastos, señala CASTRESANA(5) que la «calle» continúa siendo el principal elemento determinante de la ordenación, tanto de la trama urbana como de la oferta comercial.

En la actualidad, se replantean ciertos elementos del modelo clásico de mercado municipal(6), para hacer valer estas oportunidades y reforzar su papel en el fortalecimiento del comercio de centro-ciudad. (7) Se ha de tener en cuenta el fenómeno del consumo surgido entre los años setenta y ochenta, estudiado por la sociología del consumo, que genera las nuevas macroestructuras donde los consumidores realizan sus compras. Son los hipermercados de periferia, así como los supermercados urbanos y de proximidad, que entran en competencia con los mercados municipales, si bien los mercados municipales de productos frescos intentan encontrar nuevas oportunidades, debido a los nuevos hábitos derivados del culto a la salud, la ecología y a las dietas alimenticias.(8)

(2) Si bien, tras la Guerra Civil y la finalización de la Segunda Guerra Mundial, el Estado asumió la competencia en materia de subsistencias, a través de la Comisaría de Abastecimientos y Transportes, mediante el Decreto de 9 de noviembre de 1956, atribuyendo la dirección técnica, coordinación y orientación precisa para el logro de la necesaria unidad de acción sobre mataderos, mercados mayoristas de origen y destino y mercados minoristas.

(3) «Ninguna fórmula de intervención pública está llamada a durar eternamente. Todas dependen de las circunstancias políticas, económicas y sociales del momento en el que se ponen en práctica, lo que significa la vigencia de cualquier forma de actuación administrativa está directamente condicionada por el contexto en el que ha de aplicarse» RODRÍGUEZ-CAMPOS: «Las reglas del mercado libre y su proyección en la realidad jurídica y económica», *Revista española de Derecho Administrativo*, n.º 142, abril-junio 2009, p. 329.

(4) PÉREZ FERNÁNDEZ: «La ordenación espacial del gran equipamiento comercial y su adaptación a la Directiva de servicios: colisión de razones imperiosas de interés general y solapamiento de controles», *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, pp. 297-334.

(5) CASTRESANA: «El diseño en los centros comerciales. Evolución o salto generacional», *Distribución y consumo*, 1992, n.º , p. 35-40.

(6) Vid. GASCO GONZALO: «Cambio en los usos comerciales en el centro urbano de San Sebastian (1960-1990): configuración de un centro de negocios urbano», *Lurralde: Investigación y espacio*, 1992, n.º 15, p. 117-134.

(7) Además, se ha de tener en cuenta que con ocasión de los movimientos migratorios, en las grandes ciudades han aparecido fenómenos comerciales como los bazares chinos o los locutorios y tiendas especializadas en productos hispanoamericanos, en los barrios del centro de la ciudad, no sólo en las periferias.

(8) Vid. VILLAREJO GALENDE, ÁLVAREZ CANTALAPIEDRA: «Causas y consecuencias de la intervención pública en los grandes escenarios de consumo», *Journal of Retail & Distribution Management*, 1996, vol. 24, n.º 6, pp. 11-21.



## II. La competencia de mercados y abastos reconocida a los municipios en el art. 25.1.g LBRL y la tendencia a la renovación de los mercados tradicionales municipales para convertirlos en centros de animación comercial en la trama urbana

La acepción de mercado más usual es la que se refiere a él como marco físico destinado a reuniones, comprendiendo, por tanto, instalaciones de ferias(9), mercados y lonjas como espacios destinados a este fin, normalmente en la vía pública o en terrenos o edificios públicos. En una primera aproximación, se advierte que el título de intervención pública deriva de la demanialidad de los terrenos o edificios en dónde se celebran estas reuniones entre compradores y vendedores. (10)

el concepto normativo de mercado se encuentra originariamente en el art. 19.b del Reglamento de Servicios, Decreto de 17 de junio de 1955, permitiendo que las Ordenanzas municipales sean las que declaren obligatoria «la utilización por los abastecedores mayoristas de mercados al por mayor, con el fin de promover la concurrencia». (11)

El servicio que se presta no es el suministro al por mayor de servicios alimentarios, sino el de mercado, como organización localizada puesta al servicio de abastecedores mayoristas y comerciantes minoristas. De esta forma queda la actividad de mayorista atribuida a la libre empresa. (12)

Desde esta óptica, se conceptúa generalmente como «concesión de uso privativo» del bien de dominio público que constituye precisamente el recinto del mer-

---

(9) La diferenciación entre ferias radica en que estas son reuniones periódicas en intervalos cortos, y los mercados y lonjas son los lugares de contratación de mercaderías específicas (como las lonjas de pescado), existiendo otras modalidades de ventas como la ambulante-itinerante en vehículos-tienda, la domiciliaria, a distancia, automática, en mercadillos, etc. <http://www.meracasa.es>

(10) La primera acepción de mercado se refiere al encuentro de compradores y vendedores, que contribuye a la formación del precio. Sin embargo, hay una segunda acepción como «lugar», y tal y como se recogía en el Código de Comercio de 1885, bajo la rúbrica de «Lugares y casas de contratación mercantil», corresponde a la autoridad administrativa la regulación de las «ferias, mercados y tiendas» (arts. 81 y ss). *Voz «Mercados» Enciclopedia jurídica* Edición 2014. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/mercados/mercados.htm>

(11) El art. 20 R.S. afirma que «cuando, por razones sanitarias o de otra índole, fuera obligatoria la introducción, manipulación o suministro de artículos de primera necesidad a través de alhóndigas, mataderos, mercados u otros centros semejantes y quedara prohibido su realización fuera de ellos, no podrá impedirse el acceso a las personas que desearan ejercer el tráfico para el que se hallaren instituidos ni limitar el número de los autorizados, salvo disposición legal o reglamentaria en contrario». Al amparo de estas disposiciones algunos Municipios establecieron fórmulas de protección del mercado minorista y mayorista, como el uso forzoso del mercado para la introducción o venta de productos alimentarios destinados al abastecimiento de la población o la prohibición de la apertura de nuevos establecimientos similares a los instalados en el mercado en una zona determinada.

(12) S.T.S. de 19 de junio de 1970, haciendo referencia a la municipalización de una Lonja de Pescado: «No se ha solicitado, y claro que tampoco decidido, municipalización alguna con monopolio de suministro de pescado mediante su adquisición en firme o venta de éstos en comisión por la Corporación municipalizadora, sino que ésta se reduce a la institución del establecimiento de la lonja con sus instalaciones para el aprovechamiento exclusivo de ellas en el término municipal; simple monopolio de lonja ... que se traduce en proporcionar contra pago de tarifa el edificio acondicionado para el mercado o contratación de los pescados que a él han de llevar los vendedores a la vez que concurren los compradores, al por mayor o libremente ... sin que el Ayuntamiento incida en tales operaciones de compraventa ni tenga otra intervención que la de inspección y funcionamiento de los servicios [...] de modo que es el servicio de la Lonja como tal el que se municipaliza con monopolio y no los servicios de suministro al por mayor de pescados mediante su adquisición y venta».

cado (13), si bien en la actualidad se ha tratado de caracterizar el contrato de locación de puestos en los Mercados como contrato de arrendamiento. Por tanto, debe proveerse de licencia municipal para el ejercicio de su actividad en el mercado, y también de un «derecho de ocupación» de un local en el mercado. (14)

En 1959 se abandona la política de abastos y se inicia una nueva política comercial, en el que la Administración del Estado interviene en la modernización de las estructuras comerciales mediante la Ley de 28 de diciembre de 1963, I Plan de Desarrollo, que habilitaba la creación de empresas nacionales para la ejecución del programa de inversiones públicas en el que se incluye la creación de «mercados nacionales». (15) El Decreto 975/1966 de 7 de abril crea con carácter de empresa nacional, la sociedad Mercados Centrales de Abastecimiento, S. A. (MERCASA). (16)

De acuerdo con lo previsto en este Decreto 975/66 y en la legislación local, se produce por la superposición de las competencias estatales y municipales, mediante la participación accionarial de MERCASA y Ayuntamientos en sociedades de economía mixta, como modo gestor de los Mercados Mayoristas y, en algunos casos, con simbólica participación accionarial de usuarios. (17)

El Decreto 1.560/1970, establecía los perímetros positivos y negativos de protección, y gran parte de las intervenciones establecidas en favor de la Administración del Estado, que se sustituyen por la exigencia a las Centrales de Distribución, creadas al amparo del Decreto 3.624/1974, de unos mínimos de tonelaje de comercialización y de su inscripción en el Registro administrativo, de forma que la inscripción en éste «llevará aparejada el que los Ayuntamientos no puedan denegar por razones de mercado las licencias necesarias para la comercialización de los productos» (art. 8). (18)

(13) En este sentido, la S.T.S. de 25 de enero de 1960 señala que «las autorizaciones o licencias para operar en los Mercados centrales no pueden confundirse con las concesiones de puestos o situados en los mismos».

(14) Como señala la S.T.S. de 5 de febrero de 1974, el concesionario del mercado municipal «ni compra ni vende, se limita a crear el marco adecuado dentro del cual serán otros quienes operen como mayoristas de productos perecederos».

(15) En la actualidad, estos mercados nacionales gestionados por MERCASA son la Red de Mercas, formada por un total de 23 Unidades Alimentarias, cuya superficie global de 7 millones de metros cuadrados, de los que en torno a un millón son superficie neta de Mercados y 2,3 millones corresponden a las Zonas de Actividades Complementarias. El resto son principalmente zonas urbanizadas (viales, aparcamientos, zonas verdes, etc.) y las dedicadas a servicios comerciales y administrativos.

(16) Mercados Centrales de Abastecimiento, S. A. (MERCASA), cuyo objeto social será «la construcción e instalación de mercados centrales, dotados de depósito, tipificación y lonja, explotación y gestión de los construidos e instalados, así como contribuir con su actuación al mejoramiento del ciclo de comercialización de los artículos alimenticios, con facultades para la realización de estos objetivos no sólo en forma directa sino mediante la constitución de sociedades mixtas con Corporaciones públicas y particulares». Exposición de Motivos y art. 2 del Decreto 975/66. En la actualidad Mercasa sigue siendo una empresa pública de la Administración del Estado, cuyos accionistas son la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) y el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, a través del Fondo Española de Garantía Agraria (FEGA).

(17) MERCASA, por encomienda del Ministerio de Vivienda, ha elaborado un Inventario de los edificios de interés arquitectónico, pertenecientes a la tipología del mercado, construidos en España con anterioridad al año 1950

(18) Según el art. 1 del Decreto 1.560/1970 «las operaciones de comercio al por mayor de productos alimenticios perecederos para el abastecimiento a las poblaciones se realizará a través de los mercados mayoristas y de los canales alternativos de comercialización», y con derogación tácita de los arts. 19 y 20 del R.S. se prescribe que «las inspecciones sanitarias, el reconocimiento de mercancías, así como el control de pesos y medidas, serán realizados por los servicios competentes en cada caso, en los lugares de venta correspondientes a cada circuito o forma de comercio» (art. 5). Fue derogado por el Real Decreto 1.882/1978 de 26 de julio.

Con la aprobación de la Constitución de 1978 se redefinen las competencias municipales, atribuyendo en el art. 25.2.g) de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 al Municipio la competencia en materia de «abastos, mataderos, ferias, mercados, defensa de usuarios y consumidores».

La justificación de los mercados municipales de abastos se encuentra en la necesidad de una determinada densidad mínima de población para dar soporte a los mercados municipales. (19) De esta forma, se declaran «servicios obligatorios», en todos los Municipios, el «control de alimentos y bebidas» (art. 26.1.a LBRL), en los municipios con población superior a 5.000 habitantes, además, el de «mercado» (art. 26.1.b), y en los municipios con población superior a 20.000 habitantes, además, el de «matadero» (art. 26.1.c). Los mercados municipales responden, por tanto, a una determinada forma de asentamiento urbano, dependiendo de la densidad y distribución de la población en términos de habitantes por superficie. (20)

Correlativamente a esta competencia, se genera en el art. 18.1.g) LBRL el derecho de los vecinos de «exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el caso de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio». (21)

En virtud de esta competencia, el Municipio podrá intervenir la actividad de los administrados sometiéndolo a la empresa privada que actúe en estos ámbitos a la obtención de previa licencia (art. 84.1.b LBRL. y art. 22 R.S.), y podrá efectuar una actividad prestacional de dación de bienes mediante el establecimiento del servicio, que tendrá la calificación de servicio público (art. 85.1 LBRL).

Es decir, el Municipio está obligado a prestar a sus habitantes el servicio de «mercado», servicio que, en principio, se presta en concurrencia con la libre iniciativa privada (art. 38 C.E.), sin perjuicio de la posibilidad de poder imponer la utilización por los abastecedores mayoristas de mercados al por mayor (art. 19.b R.S.).

Frente a la concepción liberal del siglo XIX, —que únicamente admitía una gestión de servicios por medio de concesionario—, surge un movimiento municipalizador que promueve la «gestión directa» por el Municipio, permitiendo además que determinados sectores económicos sean declarados monopolio municipal. Las Entidades locales pueden transformar el mercado o matadero en servicio público integral, a través de la municipalización. Por tanto, estos sectores de actividad quedan sustraídos de la libre empresa y reservados a la titularidad del ente local municipalizador. En el art. 86.3 LBRL, en desarrollo de las previsiones constitucionales (art. 128.2 C.E.), declara la reserva en favor de las entidades locales de actividades o servicios que califica de esenciales, y, entre ellos, los «mataderos, mercados y lonjas centrales».

Pero esa reserva es una mera potencialidad, o posibilidad, de la que los entes locales podrán, o no, hacer uso; siendo necesaria para que la reserva sea efectiva que el ente local tramite y apruebe expediente (de municipalización) en el que se acredite la conveniencia y oportunidad de la medida, pudiendo efectuar la municipalización en

---

(19) CABRIJA: «Los mercados municipales: elementos de polaridad del Urbanismo Comercial», *El Urbanismo Comercial, Colección de Estudios Comerciales de la Conselleria de Indústria, Comerç i Turisme*, Valencia, 1991.

(20) El art. 26 LBRL. impone que los Municipios, por sí o en régimen asociativo, la obligación de prestar a sus vecinos los servicios que se establece en atención al nivel poblacional del Municipio.

(21) Al respecto, QUINTANA LÓPEZ: *El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales*, Ed. Civitas, Madrid, 1987.

régimen de monopolio (con aprobación de la respectiva Comunidad Autónoma), lo que habilita para expropiar las empresas que vinieran desarrollando su actividad en el sector municipalizado (arts. 97 y 98 del T.R.). (22)

En España funcionan actualmente unos 1.000 mercados municipales con una amplia oferta comercial, y cuotas de mercado que llegan al 40% del consumo total de alimentos frescos. MERCASA ha elaborado un Inventario, realizando un primer Censo de Edificios que recoge la información sobre los edificios de interés arquitectónico construidos en España antes del año 1950, ubicados en municipios de más de 2.000 habitantes, cuyo uso es el de mercado minorista. (23)

Como afirma TORNOS MAS (24), es evidente que las grandes ciudades se están replanteando el papel de los mercados municipales, más allá de las intervenciones urbanísticas. A pesar de la posibilidad de la ordenación comercial a través del planeamiento urbanístico (25), en la práctica, las leyes económicas del mercado son las que han venido determinando la localización espacial del comercio.

Aún cuando esta afirmación pueda resultar ociosa, los mercados municipales siguen siendo el eje de la centralidad comercial local. Según LÓPEZ DE LUCIO (26) los mercados municipales, mediante su capacidad de liderazgo en los canales de distribución de productos frescos (o perecederos) en la alimentación se han mantenido en la centralidad del municipio perviviendo a operaciones de rehabilitación integral, mediante el desalojo y la reubicación en nuevos complejos comerciales. (27)

(22) La Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1987, con referencia a la legislación anterior y a un mercado minorista, señalaba que «si bien es cierto que el art. 103.e de la Ley de Régimen Local prevé la obligatoria prestación del servicio de mercado en los municipios con núcleos urbanos de más de 5.000 habitantes, de ello no puede seguirse que toda actividad comercial privada asimilable a la de mercado en cuanto a la forma externa de desarrollo haya de ser considerada como una forma de gestión indirecta del servicio público municipal del mercado. Habiéndose de afirmar, por el contrario que, para que tal actividad de los particulares pueda inscribirse en la naturaleza propia de un servicio público local, habría de responder a una previa encomienda administrativa, subsiguiente al ejercicio de la potestad municipal de constituir los servicios públicos de su competencia y organizar y reglamentar las modalidades de prestación de los que establezcan, ya que ambos conjuntos de elementos son los que integran la figura jurídica del servicio público en el ordenamiento jurídico local ... Por lo que ha de concluirse que al no haberse constituido, ni organizado ni disciplinado la actividad de mercado en dicho municipio al modo de los servicios públicos locales, su desarrollo por los particulares, a efectuar en establecimientos y mediante la utilización de medios de propiedad privados, no conforma una modalidad de actividad administrativa».

(23) Se han documentado 235 edificios de interés, procediendo a la elaboración de un diagnóstico de dichos edificios, a partir de la información que se ha recogido en fichas individuales para cada mercado.

(24) TORNOS MAS: «La libertad de establecimiento comercial y sus posibles limitaciones», *Grandes establecimientos comerciales: su ordenación e implantación*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, pp. 11-31.

(25) En el Reglamento de Planeamiento de 1978 se hace expresa referencia al comercio en el art. 25.1.d/ y 3, obligando al Plan General a definir el sistema general de equipamiento comunitario, dentro del cual se comprenden los centros al servicio de toda la población destinados a usos comerciales. Además, los arts. 45.1.e/ y 51 exigen que los Planes Parciales incluyan entre sus determinaciones los emplazamientos previstos para servicios de interés público y social, dentro de los cuales se comprende el equipamiento comercial al que se refiere expresamente el Anexo del Reglamento de Planeamiento, obligando a que se destine al equipamiento comercial el uno por ciento de la superficie ordenada.

(26) LÓPEZ DE LUCIO: «La vitalidad del espacio público urbano en riesgo Implicaciones urbanísticas de la creciente concentración en enclaves de la actividad comercial», *Distribución y consumo*, 2002, n.º 66, pp. 25-41.

(27) Un millar de mercados que integran cerca de 80.000 puestos de venta, con unos 280.000 puestos de trabajo directos y 3.000 indirectos. El valor de los productos comercializados actualmente podría estimarse en los 5.000 millones de euros, correspondientes a 1.825.000 toneladas de frutas y hortalizas, 225.000 toneladas de pescado y 417.000 toneladas de carnes y derivados.

Los mercados municipales son espacios de centralidad comercial, la renovación de estos espacios se está llevando a cabo en la actualidad a través de MERCASA, entidad estatal encargada del Programa de Remodelación y Modernización de Mercados Municipales. (28)

Los mercados remodelados permiten consolidar una forma de comercio de proximidad y la regeneración de un entorno urbano de las villas y ciudades. (29) En las grandes ciudades se presentan los problemas de centralidad urbana, ya sea por el encarecimiento del precio del suelo o por la falta de funcionalidad, no siendo suficientes las cuotas de mercado que mantienen los tradicionales canales de comercialización. (30)

El mercado municipal tradicional es sin duda un atractivo tanto para la población local como para la turística, mediante la contemplación de otros productos, en otros sectores y en otros formatos. (31)

Los mercados municipales, con un mayor prestigio y de carácter emblemático, ha ido perdiendo paulatinamente el carácter de equipamiento/centro comercial de barrio (32), pasando de esta forma a ostentar un carácter de equipamiento de ciudad, con un potencial de renovación del tejido comercial. En este nuevo contexto, en un intento de reconfigurar la centralidad urbana, surgen las posibilidades de los mercados municipales en la oferta local, mediante la regeneración del centro-ciudad, con operaciones de peatonalización y diseño de recorridos de carril-bici. (33)

La cuestión de los Horarios y centralidad, mercados y animación comercial es un terreno resbaladizo. Debido al carácter lúdico de la compra, —que llena gran parte del tiempo de ocio—, los mercados municipales de carácter emblemático son clave en la animación del centro urbano, en clara competencia con las ofertas periféricas.

---

(28) MERCASA lleva ya más de 140 Estudios de Remodelación de Mercados Minoristas tales como el Mercado Central de Sabadell, el Mercado Central de Tarragona, el Mercado Central de Valencia; el Mercado de La Concepción de Barcelona, el Mercado Central de Lanuza de Zaragoza; los Mercados del Este y de la Esperanza de Santander, El Mercado del Olivar de Palma de Mallorca; el Mercado de las Reales Atarazanas de Málaga; el Mercado Central de Cádiz, el Mercado de las Traviesas de Vigo, el Mercado de Ecija, etc. Además, el Plan de Optimización de 48 mercados de la ciudad de Madrid y seis de la ciudad de Vigo, donde destaca el Mercado de las Traviesas.

(29) Así lo considera la exposición de motivos de la Orden de 12 de marzo de 2014 por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión, en régimen de concurrencia competitiva, de las subvenciones a los ayuntamientos gallegos para la mejora de los mercados municipales y plazas de abastos, así como de los espacios del comercio no sedentario, cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Feder), en el marco del programa operativo Feder Galicia 2007-2013, y se procede a su convocatoria para el año 2014 (DOG de 21 de marzo de 2014).

(30) CASTRESANA SÁNCHEZ: «Urbanismo, comercio y centro ciudad: relaciones difíciles», *Distribución y consumo*, 1997, vol. 7, n.º 34, pp. 5-10.

(31) *Vid.* PÉREZ FERNÁNDEZ: «El origen del llamado urbanismo comercial: Los instrumentos del urbanismo comercial y sus modelos», *REGAP: Revista galega de administración pública*, 2005, n.º 39, pp. 67-80. Los mercados son fundamentales en la animación ciudadana, siendo incluso un atractivo turístico para frecuentar el centro-ciudad, como los días de feria y mercado en las poblaciones de Ordizia y Tolosa, en la comarca del Goherrí, el pintxo-pote en los jueves donostiarra.

(32) A ello ha contribuido la disminución de la población en las áreas centrales y/o el envejecimiento de la clientela. Además, hay una interrelación supermercado/entorno próximo que mercado municipal/entorno próximo, por lo que los supermercados de barrio tiene mayor volumen de ventas que los mercados municipales.

(33) DE ELIZAGARATE GUTIÉRREZ: «El comercio y la regeneración urbana de la ciudad: una estrategia integral de marketing de ciudades», *Distribución y consumo*, 2005, vol. 15, n.º 84, pp. 40-49.

El papel de los mercados municipales se estaba quedando obsoleto, especialmente con relación a la garantía original del abastecimiento al consumo en periodos críticos, así como marco físico del control sanitario y de la regulación zonal de los precios. La reestructuración de los mercados se está realizando obligando a los operadores individualizados a su adecuación de las condiciones del mercado como conjunto, en virtud de la demanda y las condiciones de los comportamientos de los consumidores. Se encuentran ya los mimbres para la regeneración en los denominados mercados de «segunda generación» por CASARES Y REBOLLO (34) Los mercados municipales funcionan como centros comerciales integrados en la trama urbana como elementos sinérgicos en la configuración de centralidad local, uniendo el mercado municipal con los equipamientos comerciales en un acto unitario de compra, incorporando en un mix comercial diferentes usos o sectores.

### III. El denominado urbanismo comercial: el diseño y la ubicación de los grandes centros comerciales en la periferia y la directiva de servicios

Para referirse a estas intervenciones urbanísticas se acuñó la expresión «urbanismo comercial», generalmente en defensa de los formatos comerciales tradicionales, además de nuevas formas de ordenación del desarrollo de la trama urbana (35).

La problemática del denominado «urbanismo comercial» surge en la década de los setenta del siglo xx, al plantearse la confrontación entre el pequeño comercio versus grandes superficies, vinculado a la localización espacial de éstas. El legislador español ha tenido presente el ejemplo de países europeos como Alemania (36), Francia (37),

(34) CASARES RIPOLL; REBOLLO ARÉVALO: «Innovación y adaptación en distribución comercial. Ideas nuevas en "odres" viejos», *Distribución y consumo*, 1996, n.º 27, p. 7-25.

(35) PÉREZ FERNÁNDEZ: *Urbanismo comercial y libertad de empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

(36) Vid. BÜCHNER: « Die Rechtsprechung zu baurechtlichen Problemen des Einzelhandels». *neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. H, 1999, vol. 4, pp. 245-350. En Alemania, la legislación federal dispone que los planes de ordenación del territorio y de urbanismo (cuya aprobación corresponde, respectivamente, a los Länder y a los Municipios) tengan en cuenta las necesidades de suministro de la población y de los sectores económicos que se ocupan de él, a la hora de determinar la utilización del territorio. En la planificación, los Ayuntamientos quedan habilitados para excluir la localización de establecimientos en grandes superficies de más de 1.200 m<sup>2</sup> en determinadas zonas. Para la instalación de grandes superficies comerciales en zonas que no han sido objeto de planeamiento se requiere una autorización especial otorgada por el Land con participación municipal, considerando la compatibilidad de la superficie comercial con la estructura comercial ya existente y cercana al consumidor. El instrumento de acción preponderante de ordenación comercial es el plan urbanístico, matizado por una serie de criterios emanados de la autoridad federal.

(37) En la actualidad, la Ley de modernización de la economía (LME) de 4 de agosto de 2008, (JORF de 5 agosto) supone una reforma del urbanismo comercial con relación a la creación de grandes superficies comerciales (o gestión de superficies) de menos de 1.000 m<sup>2</sup> no serán sometidas a autorización previa de explotación comercial, y se suprime el límite de 300 m<sup>2</sup> previsto en el cuadro de la ley Raffarin de 1996. La Ley Francesa 73/1193, de 27 de diciembre de 1973, Ley Royer, modificada por la ley Sapin de 29 de enero de 1993 y por la citada ley de 5 de julio de 1996, se desvinculaba de la ordenación territorial y urbanística tratando únicamente de la autorización comercial de las grandes superficies. Se trata de una licencia comercial, cuyo otorgamiento compete a las Comisiones Departamentales de Equipamiento Comercial. La concesión o denegación de la autorización responde a criterios de política comercial ajenos a consideraciones urbanísticas, siendo susceptible de apelación ante la Comisión nacional de Equipamiento Comercial. Vid. ESTRADA ALFONSO, RODRÍGUEZ MAGDALENO, FERNÁNDEZ CHACÓN: *Apertura de grandes superficies comerciales y libertades comunitarias*, Ed. Reus, Madrid, 2011, p. 47.

Portugal (38) e Italia (39), en la actualidad como apunta SÁNCHEZ ARMAS (40) se presenta cierta diversidad de criterios en el propio seno de la Unión Europea.

El ordenamiento de la Unión Europea se fundamenta en la libertad de establecimiento, por lo que, según el artículo 43 del Tratado (actual 49TFUE), quedan prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro; agregando que dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecido en el territorio de otro Estado miembro. (41) De tal modo que la libertad de establecimiento comprenderá...la constitución y gestión de empresas...en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales. (42)

---

(38) Vid. TARRAGÓ, M.: *Urbanismo Comercial: Nuevas perspectivas en España y en Europa*, Jornadas Internacionales sobre urbanismo y gestión comercial, Universidad de Valladolid, Soria, 2012, pp. 1-12.

(39) La Ley 426/1971, de 11 de junio, regula dos modalidades de intervención, por un lado la planificación y por otro la autorización. Con relación a la planificación, está a su vez se desarrolla en dos fases. En una primera fase, de carácter urbanístico y por tanto mediante instrumentos de planificación urbanística, se establece en el planeamiento general las normas sobre la ubicación de la actividad comercial. También se califican en el planeamiento de desarrollo los espacios destinados a centros comerciales al por mayor y al por menor, mercados de barrio y grandes establecimientos con superficie superior a 1.500 m<sup>2</sup>. En una segunda fase se añade a esta planificación urbanística otra de carácter comercial, mediante el denominado «plan de desarrollo y adecuación de la red de distribución», o plan comercial que determina las localizaciones comerciales dentro de las zonas de uso comercial establecidas por el planeamiento urbanístico. Con relación a la autorización, esta controla la conformidad o no de la solicitud con el planeamiento y será otorgada por el Alcalde, previo dictamen, preceptivo y no vinculante, de la Comisión Municipal de Comercio Fijo en el caso de que exista plan comercial; y otorgada por el Alcalde, previo dictamen preceptivo y vinculante de la Comisión Municipal de Comercio Fijo, en otro caso. Para las grandes superficies, a la licencia municipal precede una autorización del Gobierno Regional, otorgada previo informe de la Comisión Regional de Comercio Fijo. Vid. CASELLA: «Los efectos de la Directiva de Servicios sobre la regulación del comercio en Italia», en VILLAREJO GALENDE, Helena (dir.): *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Editorial Comares, Granada, 2009; BALLESTEROS FERNÁNDEZ: «El Urbanismo Comercial», *Revista El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, 2004, pp. 2050-2068.

(40) SÁNCHEZ ARMAS: «La directiva de servicios y su impacto en la distribución comercial. Anatomía de una transposición» *Boletín económico de ICE* N.º 2990 del 1 al 15 de junio de 2010, pp. 37-50. Los países nórdicos: Noruega, Islandia, Dinamarca junto con Polonia y Alemania han decidido excluir de la aplicación de la Directiva y sus reformas, a todo el sector de la distribución comercial, por entender que no cabe hablar de servicios en este caso sino de libre circulación de bienes. Francia, Italia, Malta, Grecia y Chipre y Portugal, mantienen y justifican el esquema de autorizaciones ex ante para la instalación de superficies comerciales, por entender que existe la necesidad perentoria de protección a bienes jurídicos como la protección del medio ambiente, el patrimonio histórico-artístico y, la defensa de los consumidores y usuarios frente al mandato de libertad de establecimiento. Letonia, Lituania, Estonia y Suecia mantienen un régimen de autorización para la apertura de establecimientos y también incluyen requisitos específicos para la venta de tabaco, explosivos y animales, en el ámbito municipal.

(41) El 28 de Diciembre de 2009 entró en vigor definitivamente la Directiva 2006/123/CE sobre la regulación de las actividades de Servicios en la Unión Europea —más conocida por el apellido de su promotor: el Comisario Sr. Bolkestein— por la que han sido adaptadas las legislaciones estatal y autonómica hasta entonces vigentes, que regulan la concesión de licencias de actividad para los establecimientos comerciales que superen determinados umbrales de superficie de venta.

(42) En este marco normativo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido múltiples pronunciamientos sobre la compatibilidad de las regulaciones nacionales con las libertades comunitarias. En la STJUE de 17 de octubre de 1995 (Asuntos C-140/94 y acumulados. Comune di Bassano del Grapa) confirma la adecuación al Derecho comunitario de la legislación italiana, y las normas de libertad de establecimiento y de libre competencia «...podrían aplicarse a una normativa como la Ley italiana únicamente en el supuesto de que se demostrara que dicha Ley coloca a una empresa en una situación de poder económico que le permita impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de que se trate, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores».

En la práctica, estos desarrollos urbanísticos suelen emplear la figura de los convenios urbanísticos para la implantación de centros comerciales. (43) Los convenios urbanísticos pretenden garantizar la implantación del gran equipamiento comercial sin alteración del modelo urbanístico previsto en el Plan General de Ordenación. Así se establece previamente a la aprobación e implantación de estos centros comerciales, un convenio urbanístico que garantice las inversiones necesarias en sistemas generales y locales en la zona, que actúen como vertebradores del futuro desarrollo urbanístico del entorno, garantizando que las dotaciones en previamente a la implantación de sector residencial. En teoría, el urbanismo comercial es la antítesis de la concentración de equipamientos, sin embargo, el resultado final suele ser una modalidad de concesión de área reservada a cada una de las grandes empresas de distribución y venta, las cuales se encuentran en superficies alejadas unas de otras.

En palabras de ARIÑO ORTIZ (44), se trata de una planificación comercial disfrazada de Urbanismo integral, algo frente a lo que ya se ha reaccionado porque utiliza una técnica ineficaz de planificación y porque propicia comportamientos caciquiles en el otorgamiento discrecional de licencias comerciales.

La ciudad del nuevo milenio crece en algunos casos olvidando el desarrollo de sus cascos históricos, y se desarrolla saltando los elementos tradicionales de su trama urbana. (45) En verdad, la prioridad del «urbanismo comercial» es la relación entre formas del hábitat (como forma de organización del espacio residencial) y comportamientos de los ciudadanos en el acto de la compra. Las tendencias recientes del hábitat se aproximan cada vez más a situaciones suburbanas en viviendas de baja densidad difusas sobre el territorio, y por otro lado, en el centro urbano, la calle, como elemento de ordenación, prácticamente desaparece al peatonalizarse. (46)

Para TERÁN (47) ello se debe a la tradición comercial norteamericana, que ha alumbrado una forma típica de urbanismo comercial consistente en los grandes centros comerciales, que van surgiendo en contraposición a las actuaciones urbanísticas euro-

---

(43) Los convenios urbanísticos son acuerdos suscritos entre una Administración y los particulares, en ocasiones entre entidades administrativas entre sí, interesados en una determinada actuación de carácter urbanístico, a fin de establecer formas de colaboración para realizarla. En HUERGO LORA: *Los Convenios Urbanísticos*, Madrid, 1998, p. 28.

(44) ARIÑO ORTIZ: *Principios de derecho público económico. Modelo de Estado gestión pública regulación económica*, Editorial Comares, Granada, 2001, pp. 334-338. «En el general, al frente a la instalación de grandes superficies, la autoridad administrativa acaba cediendo a cambio de que las grandes superficies lleven a cabo determinadas inversiones, que las escuálidas arcas municipales no han podido abordar. Sin embargo, hay que tener en cuenta que los ciudadanos son los votantes y son mayor número que los comerciantes.»

(45) MIQUEL PERIS, CAPLLIURE: «El urbanismo comercial en los cascos históricos de las grandes ciudades». *III Congreso de Comercio de la Generalitat Valenciana. II Volumen Foros y Comunicaciones. Conselleria d'ocupacio, Industria y Comercio*, Valencia, 1997.

(46) En la Europa continental tradicionalmente se identifica suburbano con suburbio con connotaciones negativas. Sin embargo, en el mundo anglosajón, especialmente en Estados Unidos, «suburb» es una forma de hábitat de mayor calidad, en el que desaparecen los elementos de urbanización y ordenación característicos de la ciudad. PÉREZ FERNÁNDEZ, José Manuel: *Urbanismo comercial y libertad de empresa*. Marcial Pons, Madrid, 1998.

(47) TERÁN, Fernando: «El planeamiento ante las nuevas formas comerciales», *Ciudad y territorio: revista de ciencia urbana*, 1978, n.º 1, pp. 75-85.



peas de rehabilitación y peatonalización de los centros urbanos y conservación de los mercados tradicionales existentes. (48)

Como afirma LÓPEZ PÉREZ (49), —con relación a los orígenes de la directiva de servicios y los trabajos de la Comisión y la Jurisprudencia del TJCE—, la transposición de la famosa Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior obliga a recoger el mandato dirigido a los estados miembros con el objeto de garantizar la existencia de un verdadero mercado interior en el seno de la Unión Europea. Entre esos deberes se encuentra el dirigido a revisar todas las normativas que, de uno u otro modo, impongan restricciones al derecho de la libertad de establecimiento y adaptarlas a lo dispuesto en esta norma comunitaria con un plazo máximo que finalizaba el 28 de diciembre de 2009. (50).

Para VILLAREJO GALENDE (51), la simplificación administrativa en la directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Ello ha llevado a la modificación de la regulación tradicional de los sectores económicos, sobre todo lo relacionado con las licencias comerciales. (52)

Entre otros extremos, la Directiva de servicios dedica especial atención a los regímenes de autorización que condicionan o limitan el derecho (art 9-15) (53) lo que repercute en la normativa comercial española, a través de la cual se instituye la autorización comercial (54) como requisito previo a la apertura de los grandes establecimientos comerciales. (55)

Según LÓPEZ PÉREZ (56), la Directiva no prohíbe todo procedimiento autorizador que limite la libertad de establecimiento, pero sí que condicione su existencia a la efectiva concurrencia de circunstancias que así lo justifiquen. (57)

---

(48) KÖSTER: «Mediation in der Bauleitplanung?—Zu den Möglichkeiten der Implementation der US-amerikanischen Konfliktbehandlungsmethode im Planungsverfahren nach dem Baugesetzbuch», *Deutsches Verwaltungsblatt/Abhandlungen*, 2002, pp. 229-235.

(49) LÓPEZ PÉREZ: *El Impacto de la directiva de servicios sobre el urbanismo comercial. Por una ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales*, Atelier Libros, Barcelona, 2009.

(50) Vid. ESTRADA ALONSO, RODRÍGUEZ MAGDALENO, FERNÁNDEZ CHACÓN: *Apertura de grandes superficies comerciales y libertades comunitarias*, Editorial Reus, Madrid, 2011.

(51) SEGARRA ORTIZ: «La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior: pautas de actuación futura», *Revista de derecho de la Unión Europea*, 2008, n.º 14, pp. 11-20.

(52) VILLAREJO GALENDE: «Licencias comerciales: su persistencia tras la Directiva de Servicios», *Información Comercial Española, ICE: Revista de economía*, 2012, n.º 868, pp. 91-112.

(53) LINDE PANIAGUA: «Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *Revista de derecho de la Unión Europea*, 2008, n.º 14, pp. 83-101.

(54) REBOLLO PUIG: «El sometimiento de la implantación de grandes establecimientos comerciales a las licencias municipales ya la licencia comercial específica», *Grandes establecimientos comerciales: su ordenación e implantación*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, pp. 94-180.

(55) RODRÍGUEZ VELARDE: *El urbanismo comercial*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

(56) LÓPEZ PÉREZ: *Impacto de la directiva de servicios sobre el urbanismo comercial, Por una ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales*, Atelier Libros, Barcelona, 2009, pp. 28 y ss.

(57) MONTERO PASCUAL: «La libre prestación de servicios en la directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *Revista de derecho de la Unión Europea*, 2008, n.º 14, pp. 103-115.

### III.1. La eliminación general de la exigencia de autorización en la adaptación estatal de la Ley 7/1996 de Ordenación de Comercio Minorista a la directiva de servicios

En España se produce una creciente intervención de los poderes públicos en el sector comercial mediante un entrecruzamiento de títulos competenciales, tanto estatales como autonómicos. (58) Si bien el comercio interior es competencia asumible vía estatutaria por las Comunidades Autónomas (arts. 148.1.12 y 13 en relación con el art. 149.1.26), considerando la estructura interna de la organización territorial del Estado (art. 137 C.E.) (59), esta competencia autonómica debe asumirse «de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general», lo que ha llevado al Tribunal Constitucional en sendas sentencias a reconocer competencia estatal cuando su actuación viene exigida por la ordenación económica general y el principio de mercado nacional único. (60)

El régimen de apertura de grandes establecimientos comerciales se encuentra regulado en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. En esta Ley 7/1996 de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, se reserva a las Comunidades Autónomas el establecer los requisitos en virtud de los cuales se otorgará la calificación de gran establecimiento, teniendo este carácter, en todo caso, los establecimientos comerciales que, destinándose al comercio al por menor de cualquier clase de artículos, tengan una superficie útil para la exposición y venta al público superior a los 2.500 m<sup>2</sup>. (61)

Como señala MARTÍNEZ DE PÍSON (62), su apertura esta sujeta a licencia comercial específica, cuyo otorgamiento corresponde a la Administración Autonómica. Pero, como principio general, se establece que la utilización legítima del suelo para la instalación de establecimientos comerciales constituye una facultad que se ampara en el principio de libertad de empresa.

Con anterioridad a la Directiva Bolkestein, y siguiendo la vía de las leyes autonómicas sobre Ordenación del Comercio y sobre equipamientos comerciales, la Ley de Ordenación del Comercio Minorista Ley 7/ 1996 de 15 de enero de 1996 legitimaba la planificación comercial por parte de las comunidades autónomas, en especial con relación a las grandes superficies, a través de la exigencia de la controvertida licencia comercial. (63)

(58) MÍGUEZ MACHO: «La reglamentación administrativa de la actividad comercial por las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Revista de administración pública*, 1994, n.º 133, pp. 253-286.

(59) LARUMBE BIURRUN, Pedro María: *El territorio de la Comunidad Autónoma: Notas jurídicas*, IVAP, Oñati, 1988, p. 33.

(60) SS.T.C. 1/1982, 32/1983, 11/1984, 24/1986 y 88/1986, entre otras. Por otro lado, la ordenación comercial conecta con otros títulos de competencia estatal como la sanidad, protección de los consumidores, Derecho Civil, Derecho Mercantil, publicidad, etc. lo que legitima, también, actuaciones estatales.

(61) ÁLVAREZ CANTALAPIEDRA; VILLAREJO GALENDE: «La Regulación de los Grandes Centros Comerciales: Una Aproximación Sociológica y Jurídica», *Revista de derecho (Valdivia)*, 2003, vol. 15, pp. 131-155.

(62) MARTÍNEZ DE PÍSON: «Urbanismo comercial: el régimen de apertura de grandes establecimientos comerciales en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista», *Revista de Administración Pública*, 1998, n.º 145, pp. 363-398.

(63) *Vid.* TORNOS MAS, J.: «Ordenación constitucional del comercio», *Homenaje a García de Enterría*, p. 4105. TORNOS MÁS, J.: «Comercio exterior e interior», *Derecho administrativo económico*, La Ley, Madrid, 1991, parte cuarta, pp. 557 y ss.

Así la ley del comercio imponía un régimen de doble licencia a los grandes establecimientos, de forma que, con carácter previo a las licencias que procedían por razón de Urbanismo, —construcción y apertura—, se debía tramitar la obtención de la denominada licencia comercial, que afectaba a la actividad en sí misma y que en la actualidad se sigue exigiendo con carácter específico para las grandes superficies. (64)

La reforma efectuada por la ley 1/2010 de 1 de marzo, da una nueva redacción al artículo 6.1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista Ley 7/ 1996, contemplando con carácter general que la apertura, traslado o ampliación de establecimientos comerciales no estará sujeta a régimen de autorización. No obstante, la apertura, traslado o ampliación de establecimientos comerciales podrá quedar sometida a una única autorización que se concederá por tiempo indefinido cuando las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de la actividad sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente, el entorno urbano y el patrimonio histórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación previa. El régimen de autorización deberá estar motivado suficientemente en la ley que establezca dicho régimen.

Según el art. 6.3 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista Ley 7/ 1996, las autorizaciones o declaraciones responsables para la apertura o ampliación del establecimiento no podrán contemplar requisitos que no estén ligados específicamente a la instalación o infraestructura y deberán estar justificados en razones imperiosas de interés general. (65)

Como señala el art. 4 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista Ley 7/ 1996 en ningún caso podrán establecerse requisitos de naturaleza económica, entre otros, aquellos que supediten el otorgamiento de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado o a un exceso de la oferta comercial, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica establecidos por la autoridad competente, o aquellos que puedan directa o indirectamente ir dirigidos a la defensa de un determinado modelo económico o empresarial dentro del sector. Asimismo se prohíbe la intervención de competidores en los procedimientos de autorización que en su caso se establezcan para la instalación de establecimientos comerciales. (66)

---

(64) Artículo 6 redactado por el artículo 6 del R.D.-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE 5 julio). Con anterioridad los apartados 2 3 y 4 del artículo 6 de Ley de Ordenación del Comercio Minorista Ley 7/ 1996 establecía que las licencias comerciales autónomas apreciarán la repercusión social y económica de dicha autorización su incidencia en la estructura comercial de la zona y otra serie de factores de apreciación discrecional como la existencia de un «establecimiento comercial adecuado», «modernización del Comercio al por menor» y otras expresiones. De igual forma, los criterios comerciales en base a los cuales se debía otorgar o denegar una licencia.

(65) En todo caso los requisitos, deberán ser no discriminatorios, proporcionados, claros e inequívocos, objetivos, hechos públicos con antelación, predecibles, transparentes, accesibles, y atenderán únicamente a criterios basados en las razones señaladas en el apartado 2.

(66) Los regímenes de intervención administrativa se ajustarán a lo previsto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, y a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En concreto, no podrán contener requisitos prohibidos del artículo 10 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, ni actuaciones que limiten la libertad de establecimiento y la libertad de circulación del artículo 18 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre.

Según el art. 6.5 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista Ley 7/ 1996 «El otorgamiento de las autorizaciones a que se refieren los apartados anteriores corresponderá a la administración territorial competente. El procedimiento administrativo integrará todos los trámites necesarios para la apertura, traslado o ampliación de los establecimientos comerciales. Las solicitudes presentadas deberán resolverse y notificarse al interesado en un plazo máximo de tres meses, transcurrido el cual, se entenderá estimada la solicitud por silencio administrativo. Las autorizaciones podrán transmitirse a terceros previa comunicación a la administración otorgante. (67)

### III.2. Breve referencia a la normativa autonómica de transposición de la directiva de servicios respecto a la apertura de establecimientos comerciales

Entre 1983 y 1996, las comunidades autónomas de Cataluña(68), País Vasco (69), comunidad valenciana(70), Galicia(71), Andalucía(72), Aragón(73) y Navarra(74) aprobaron al amparo de sus competencias en materia de comercio interior, planificación de la actividad económica y ordenación del territorio y urbanismo, normas para la ordenación de la actividad comercial en general, y para la específica implantación territorial del equipamiento comercial. (75)

---

(67) El Artículo 7 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, sobre Tramitación de las licencias ha sido derogado por la disposición derogatoria única de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE 2 marzo).

(68) Cataluña, Leyes 1/1983 de 18 de febrero, de regulación de determinadas estructuras comerciales; 3/1987 de 9 de marzo, de equipamientos comerciales, y 23/1991 de 29 de noviembre, del comercio. Posteriormente, se promulga la Ley 17/2000, de 29 de diciembre, la Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales, y el Decreto Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales. Vid. CASTELLS ARTECHE, José Manuel: *Cuestiones finiseculares de las Administraciones Públicas*. Ed. Civitas IVAP, Oñati, 1991, pp. 29 y ss.

(69) País Vasco Ley 9/1983 de 19 de mayo, fue derogada por la vigente Ley 7/1994, de la Actividad Comercial, que ha sido modificada por la Ley 7/2000, de 10 de noviembre, de modificación de la Ley 7/1994, de 27 de mayo, de la actividad comercial y Ley 7/2012 de 23 abril de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Dir. 2006/123/CE de 12 Dic., del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.

(70) Valencia Ley 6/1986 de 29 de diciembre, de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales, en cuyo desarrollo se aprobó el Decreto 256/1994, 20 diciembre, que establece la exigencia de autorizaciones administrativas para las grandes superficies. En la actualidad, en vigor la Ley 3/2011, de 23 de marzo, de la Generalitat, de Comercio de la Comunitat Valenciana.

(71) Galicia, Ley 10/1988 de 20 de julio.

(72) Andalucía, Ley 9/1988 de 25 de noviembre, la Ley 1/1996 de 10 de enero, del Comercio Interior modifica Ley 6/2002, de 16 de diciembre, en la actualidad, en vigor, modificada por el Decreto legislativo 1/2012, 20 marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Comercio Interior de Andalucía, modificado a su vez por el Decreto-Ley 5/2014, de 22 de abril, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas para las empresas.

(73) Aragón, Ley 9/1989, de 5 de octubre sigue viente, si bien se ha promulgado el Decreto-Ley 1/2013, de 9 de enero, del Gobierno de Aragón, por el que se modifican la Ley 9/1989, de 5 de octubre, de ordenación de la actividad comercial.

(74) Navarra, Ley 13/1989 de 3 de julio, estando vigente en la actualidad la Ley Foral 17/2001, de 12 de julio, reguladora del comercio en Navarra.

(75) En un principio cinco Comunidades Autónomas asumieron el mercado interior como competencia exclusiva (País Vasco, Galicia, Andalucía, Navarra y Valencia), mientras que el resto tiene competencias meramente ejecutivas, salvo Aragón, que dispone, además, del desarrollo legislativo. Los Estatutos de Autonomía de se-

Tras su promulgación, se plantearon sendos recursos de inconstitucionalidad contra algunas de estas leyes autonómicas, en cuyas resoluciones (76) el Tribunal Constitucional recuerda que el art. 38 C.E. viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad, cuyo mantenimiento está asegurado por una doble garantía, la reserva de Ley y la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo que el legislador no puede disponer, de un contenido esencial. (77)

A día de hoy, las diecisiete Comunidades Autónomas han aprobado ya las normas que adaptan su regulación sobre la instalación de establecimientos comerciales a la Directiva de Servicios y, por tanto, el régimen jurídico aplicable a una concreta implantación comercial dependerá de la Comunidad Autónoma donde pretenda ubicarse, pues existe una pluralidad de definiciones de «gran establecimiento comercial», así como procedimientos para la tramitación de la licencia comercial, en caso de su exigencia, que ya no es de carácter básico. Además, las leyes autonómicas tienen que regular nuevas modalidades de «comercio en grandes superficies», al que se da respuesta, entre otras técnicas, mediante el denominado «urbanismo comercial» en que pretendidamente la racionalización de los equipamientos y estructuras comerciales son de los objetivos de la planificación. (78)

---

gunda generación mantienen en el carácter exclusivo de la competencia en la materia, precisando su contenido y alcance frente a posibles conflictos competenciales.

(76) SS.T.C. 42/1985, de 15 de marzo; 225/1993 de 8 de julio; 227/1993 de 9 de julio; 228/1993 de 9 de julio; 264/1993 de 22 de julio, entre otras.

(77) La Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1993, de 9 de julio, al enjuiciar la Ley Catalana 3/1987, de equipamientos comerciales, señaló que «...en un Estado social y democrático de Derecho, como el que proclama el artículo 1 de la constitución, es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social...La libertad de empresa, en definitiva, no ampara entre sus contenidos —ni en nuestro ordenamiento ni en otros semejantes— un derecho incondicionado a la libre instalación de cualesquiera establecimientos comerciales en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de requisitos y condiciones, haciendo caso omiso de las distintas normativas —estatales, autonómicas y locales— que disciplinan múltiples aspectos de relevancia económica como, entre otros, el comercio interior y la ordenación del territorio... (por lo que)...nada impide que el concepto de urbanismo, en cuanto objeto material de la competencia autonómica, se adentre en aspectos comerciales el llamado urbanismo comercial—, pues es obvia la influencia de los grandes establecimientos comerciales en distintos aspectos de relevancia urbanística, como son la utilización de los transportes públicos, el uso de las vías urbanas y de las comunicaciones en una zona muy superior a la del municipio en que se instalan, los problemas en la calificación del suelo, etcétera...».

(78) En la actualidad, en adaptación a la Directiva Bolkestein, en Asturias se ha promulgado la Ley del Principado de Asturias 9/2010, de 17 de diciembre, de Comercio Interior, en modificación de La Ley 10/2002, de 19 de noviembre, de Comercio Interior, que vinculaba la ordenación comercial con la ordenación del territorio (artículo 16). En Baleares, se promulga el DL 11/2012 de 19 Oct. CA Illes Balears, de modificación de la L 11/2001 de 15 Jun., de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears. En Canarias, el D Legislativo 1/2012, de 21 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias y reguladora de la licencia comercial, modifica la Ley 10/2003, de 3 de abril, reguladora de la licencia comercial específica, en desarrollo de lo dispuesto por la Ley 4/1994, de 25 de abril, de Ordenación de la Actividad Comercial de Canarias. En Cantabria, la Ley 1/2002, de 26 de febrero, del Comercio de Cantabria sigue vigente. En Castilla La Mancha, la Ley 2/2010, de 13 de mayo, de Comercio de Castilla-La Mancha deroga la Ley 13/2000, de 26 de diciembre, de Modificación de la Ley 7/1998, de 15 de octubre, de comercio minorista de Castilla-La Mancha. En Castilla-León, el Decreto Legislativo 2/2014, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Comercio de Castilla y León deroga la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León. En la Comunidad Autónoma de Extremadura, está vigente la Ley 3/2002, de 9 de mayo, de Comercio. En la Comunidad Autónoma de Madrid se encuentra vigente la Ley 16/1999, de 29 de abril, de Comercio Interior.

La transposición de la Directiva de servicios ha tenido efectos diversos en las distintas comunidades autónomas, especialmente con relación al régimen de implantación de los grandes establecimientos comerciales.

Cataluña había sido pionera en esta materia, con su Decreto 106/2008, de 6 de mayo, de medidas para la eliminación de trámites y la simplificación de procedimientos para facilitar la actividad económica. (79) En la Comunidad Catalana, además, mediante el Decreto-Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de equipamientos comerciales, se diferencia en función del tipo de establecimiento comercial de que se trate, de forma que el art. 11.2 dispone que: «Los establecimientos comerciales colectivos que formen parte de un proyecto comercial definido están sometidos a un único régimen de intervención administrativa de comunicación o de licencia comercial para la totalidad del proyecto». (80)

El art. 12 prevé dos niveles de intervención administrativa: el régimen de comunicación (apartado a), régimen de licencia comercial (apartado b). En el artículo 17 (81) se establece la existencia de establecimientos comerciales de una cierta importancia (superficie superior a 400 mt<sup>2</sup> e inferior a 800 mt<sup>2</sup>), que no están sometidos ni a licencia de apertura municipal ni a licencia comercial autonómica, siempre y cuando se implanten en la «trama urbana», bastando con la «comunicación previa», y sin perjuicio en el supuesto de la existencia de obras, de la preceptiva licencia municipal de obras, definiendo de forma «generosa» el art. 6.1.a) del citado Decreto-Ley 1/2009, como: «Pequeños establecimientos comerciales (PEC): establecimientos, individuales o colectivos, con una superficie de venta inferior a 800 metros cuadrados».

También es relevante en la misma Comunidad Autónoma, la Ley catalana 20/2009, de 4 de diciembre, de prevención y control de actividades, que remite a las entidades locales, en el ámbito de su potestad reglamentaria, la aprobación de las correspondientes ordenanzas municipales, sin perjuicio de fijar unos criterios determinando supuesto de intervención en los que se estará al régimen de «comunicación previa» o bien al de «licencia ambiental». Los citados criterios se establecen en su art. 7, que a su vez se remite al anexo III.

(79) Su Exposición de Motivos señala que «La experiencia acumulada en materia de simplificación administrativa permite establecer que el modelo simple, con control posterior, basado en la comunicación y la declaración, permite la reducción de cargas para la ciudadanía y las empresas».

(80) Las reformas previstas en la legislación comercial de Cataluña, fueron anunciadas por el diario *El Mundo* el 11 de enero de 2009 como «Ordago catalán a la Ley de Comercio de Sebastián»; el diario *Expansión* la tildó de intervencionista, en su análisis del anteproyecto para la reforma de la legislación comercial en Cataluña con fecha 26 de mayo de 2009 («Cataluña regula el comercio de forma intervencionista»), y en el diario *on line ADN*, de 30 de septiembre de 2009 sobre el borrador de la nueva Ley de Comercio en Cataluña, Todo ello debido a que los establecimientos que superan los 1.300 metros cuadrados de superficie de venta habrán de seguir necesitando de una licencia especial que concederá la Generalitat.

(81) Estableciendo el art.17 que : «1. Están sometidas a este régimen de comunicación: Las nuevas implantaciones, las ampliaciones y los cambios de actividad de establecimientos comerciales individuales o colectivos con una superficie de venta igual o superior a 400 metros cuadrados e inferior a 800 metros cuadrados y sus ampliaciones cuando la superficie total de venta después de la ampliación sea inferior a 800 metros cuadrados. Las nuevas implantaciones, las ampliaciones y los cambios de actividad de establecimientos comerciales individuales o colectivos situados en trama urbana consolidada (TUC) con una superficie de venta igual o superior a 800 metros cuadrados e inferior a 2.500 metros cuadrados y sus ampliaciones cuando sean inferiores a 2.500 metros cuadrados de superficie total de venta después de la ampliación, salvo las excepciones previstas en el artículo 9.3.a) y 9.3.b). Los cambios de titular y las remodelaciones de los establecimientos comerciales individuales o colectivos con una superficie de venta igual o superior a 400 metros cuadrados».

En la Comunidad Autónoma de Baleares, la Ley 8/2009, de 16 de diciembre, de reforma de la Ley 11/2001, sobre ordenación del comercio interior de Baleares, establece en su disposición adicional 6.<sup>a</sup>, la exención de licencia de apertura municipal para determinados establecimientos en función de su superficie comercial, de forma que «Los establecimientos comerciales con superficie de venta inferior a 700 m<sup>2</sup> en la isla de Mallorca, a 400 m<sup>2</sup> en las islas de Ibiza y de Menorca y a 200 m<sup>2</sup> en la isla de Formentera que estén abiertos al público con anterioridad al 17 de octubre de 2006 y carezcan de licencia de instalación y de apertura y funcionamiento, estarán exentos de su obtención. La no exigibilidad del permiso de instalación y de la licencia de apertura y funcionamiento no supondrá la exención del cumplimiento de la normativa aplicable». (82)

Con remisión a la potestad reglamentaria municipal a través de las ordenanzas municipales, la Ley 12/2009 de Murcia, de 11 de diciembre, que modifica diversas leyes, en su art. 4.4.<sup>o</sup> expresa que «4. La ordenación administrativa que compete a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia no excluye la que corresponda a otras administraciones públicas en esta materia y en particular, a los municipios, para establecer ordenanzas y requerir licencia para la instalación y apertura de establecimientos comerciales, conforme a la normativa de régimen local, urbanística y medioambiental».

En el caso andaluz, la disposición adicional 6.<sup>a</sup> del Decreto-Ley 3/2009, de 22 de diciembre, que modifica diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva de Servicios, dispone: «A partir de la entrada en vigor del presente Decreto-Ley, todas las menciones realizadas a la licencia comercial se entenderán hechas a la licencia municipal de obras» Por otra parte, se suprime la autorización comercial «autonómica», para la apertura de grandes superficies de comercio minorista, bastando con la correspondiente licencia municipal (art. 4.<sup>o</sup>) y sin perjuicio del informe de la Comunidad Autónoma, que deberá ser emitido en el plazo máximo de dos meses, entendiéndose favorable una vez transcurrido el mismo, lo cual sin duda supone una simplificación y mayor eficacia en la tramitación del procedimiento, sujetos en estos casos a un único control preventivo. (83)

En cambio, la Ley 7/2009 de Galicia, en estos casos —y aún aludiendo la transposición de la Directiva de Servicios— establece dos controles: la licencia municipal de apertura y la autorización autonómica para establecimientos con superficie superior a 2.500 m<sup>2</sup>. (84)

En el caso de la Ley 1/2008, de 26 de junio, de Modernización del Comercio de la Comunidad de Madrid se excluye de la necesidad de autorización previa, sin perjuicio del deber de «comunicación»(art. 10), para: «aquellos proyectos que supongan la am-

---

(82) La situación actual en Baleares se confirma con diversas noticias como la publicada en el *Diario de Ibiza* «El Govern impide la instalació de grans superfícies en els polígons industrials» el 23 de noviembre de 2008, desmintiendo la teoría de la *barra libre* para la apertura de centros comerciales al no permitirse requerimientos de «segunda licencia» o en el diario *Expansión* del 15 de septiembre de 2009— que corroboran el espíritu restrictivo de la reforma de la legislación comercial.

(83) VALERA ESCOBAR: «La licencia comercial en Andalucía», *Revista electrónica CEMCI*, n.º 2, enero-marzo 2009, pp. 1-44.

(84) Al respecto, PÉREZ GONZÁLEZ: «Reflexiones sobre la transposición de la directiva de servicios en la comunidad autónoma de galicia, en la apertura de establecimientos comerciales», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 30 de abril de 2010, pp. 1-14.

pliación del establecimiento existente, siempre que la superficie de venta en que vaya a verse incrementado no exceda del 30 por 100 de la superficie de venta inicial». (85)

### **III.3. Evolución normativa hacia la utilización de criterios territoriales y urbanísticos en la legislación comercial en el País Vasco y la adaptación de la directiva de servicios. El plan territorial sectorial de creación pública de suelo para actividades económicas y de equipamientos comerciales**

El Estatuto de Autonomía del País Vasco, aprobado por ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, establece en el artículo 10.27 la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de comercio interior, sin perjuicio de la política de precios, la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre la defensa de la competencia.

En virtud de esa competencia, se aprobó inicialmente la Ley 7/1994, de 27 de mayo, de la Actividad Comercial, ley en la que se establece que el ejercicio de la actividad comercial se realizará de acuerdo de los principios de libre y leal competencia y de defensa de los consumidores y usuarios en el marco de la economía de mercado y su planificación general.

Respecto a la autorización de establecimientos comerciales, y en base a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda de dicha Ley, el Departamento de Comercio, Consumo y Turismo publicó el Decreto 82/1995, de 31 de enero, por el que se regulan los requisitos procedimentales a los que habrá de sujetarse la concesión de la autorización para la implantación de establecimientos comerciales con superficie de venta superior a 2.000 m<sup>2</sup>.

La competencia asumida por la Ley 7/1996 permitió ampliar los principios orientadores recogidos en el Decreto 82/1995 y que enmarcan la definición de un modelo de referencia para la implantación de grandes superficies en el País Vasco en base a aspectos de: defensa de la competencia, defensa de los consumidores, medio ambientales, ordenación del territorio, urbanísticos y comerciales. (86)

En esta evolución legislativa se aprecia el desplazamiento de criterios económicos o comerciales hacia criterios de índole urbanística y territorial (87), que culminaron con la aprobación del plan de equipamientos comerciales, configurado como un instrumento territorial que regula la implantación de determinados establecimientos basándose en criterios ajenos a razones de oferta, demanda o de análisis de impacto sobre otras tipologías comerciales. (88)

(85) CHAMARRO STORMS; IVORRA ARDITE: «La normativa de licencias comerciales de la Comunidad de Madrid: algunas cuestiones sin resolver (primera parte)», *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid*, 2003, n.º 16, pp. 243-262.

(86) Para ello, se establece un modelo de referencia para el otorgamiento de las autorizaciones y licencias comerciales específicas para la apertura de grandes establecimientos comerciales. Las mismas serán independientes y previas a las que deban conceder los Ayuntamientos, teniendo lógicamente, carácter vinculante en caso de ser denegatorias. Siendo competente para su otorgamiento la Dirección de Administración y Política Comercial del Departamento de Comercio, Consumo y Turismo.

(87) ESTRADA ALONSO, RODRÍGUEZ MAGDALENO, FERNÁNDEZ CHACÓN: *Apertura de grandes superficies comerciales y libertades comunitarias*, Editorial Reus, Madrid, 2011.

(88) LÓPEZ PÉREZ: *El Impacto de la directiva de servicios sobre el urbanismo comercial. Por una ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales*, Atelier Libros, Barcelona, 2009, pp. 127 y ss.



Se adopta por tanto una posición mixta, ponderando criterios relacionados con el urbanismo, la ordenación territorial y el medio ambiente (89) con la aprobación del Decreto 5/1998 en adaptación de la Ley estatal 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista a la normativa vasca, como afirmaba el preámbulo. (90)

En el País Vasco, la ley 7/2000, de 10 de noviembre, de modificación de la Ley 7/1994, de la Actividad Comercial, contemplaba que estará sujeta a licencia comercial, cuyo otorgamiento corresponderá al Departamento del Gobierno Vasco competente en materia de comercio, para la implantación, la modificación de actividad o la ampliación de grandes establecimientos comerciales. (91) Esta licencia será previa y necesaria a la concesión por los Ayuntamientos de las correspondientes licencias municipales. (92)

el País Vasco destaca por haber sido la primera de las comunidades autónomas en adaptar la legislación comercial tras la aprobación de la directiva de servicios, a través de la ley 7/2008 de 25 de junio de segunda modificación de la ley de actividad comercial de 1994. (93)

En la evolución de la legislación de comercial del País Vasco se aprecia la creación de una nueva tendencia en el régimen de autorización de los grandes establecimientos (94), especialmente tras la aprobación de la Ley 7/2008 de 25 de junio, de segunda modificación de la ley de actividad comercial del país vasco y del plan territorial Sectorial de equipamientos comerciales. (95)

En virtud del Decreto 262/2004, de 21 de diciembre, del Gobierno Vasco se aprueba definitivamente el Plan Territorial Sectorial de creación pública de suelo para Actividades Económicas y de Equipamientos Comerciales, promovido conjuntamente por los Departamentos de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, y de Industria Comercio y Turismo.

Paralelamente a la redacción de las Directrices de Ordenación Territorial, en el año 1990, se inicia en su primera versión la elaboración de un documento cuya tramitación

---

(89) PAREJO ALFONSO, L.: «Ordenación del comercio minorista y urbanismo comercial», *Jornadas sobre la Ley de Ordenación del Comercio Minorista*, 1996, p. 137.

(90) Decreto 5/1998, de 20 de enero, por el que se regula la autorización para la implantación, modificación y ampliación de establecimientos comerciales con superficie de venta superior a 2.000 metros cuadrados (BOPV 02/02/1998) Deroga Decreto 82/1995 de 31 de enero 1995 publicado con fecha 24/02/1995. Ley 7/1994 de 27 de mayo de 1994 publicada con fecha 13/06/1994 Derogada por Ley 7/2000, de 10 de noviembre, de modificación de la Ley 7/1994, de la Actividad Comercial. (BOPV 05/01/2001)

(91) El otorgamiento o la denegación de la licencia de gran establecimiento comercial se acordará ponderando especialmente la existencia o no de un equipamiento comercial adecuado en el ámbito territorial afectado por el nuevo establecimiento y los efectos que éste pudiera ejercer sobre la estructura comercial de aquél, y de modo especial teniendo en cuenta la incidencia negativa que sobre el pequeño comercio existente pueda generar

(92) NAVARRO DEL CACHO: «La licencia comercial prevenida por el artículo 6 de la Ley de Ordenación del Comercio minorista para la instalación y apertura de grandes establecimientos», *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, 1999, n.º 280, pp. 389-414.

(93) RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María: «La regularización de los grandes establecimientos comerciales: últimas novedades, es especial, en Navarra», *Revista jurídica de Navarra*, 2001, n.º 32, pp. 9-38.

(94) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: «Urbanismo y Ordenación Comercial.» *Grandes establecimientos comerciales. Su ordenación e implantación*, TORNOS MAS (coord.), Ed. Tecnos, Madrid, 2000.

(95) PÉREZ FERNÁNDEZ: *La ordenación espacial del equipamiento comercial: planificación comercial: Planificación urbanística*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

queda truncada en el proceso de aprobación, siendo reconducido a partir de 1997 a un Plan Territorial Sectorial de suelo público de Actividades Económicas. (96)

La administración autonómica estima la necesidad y, el indudable interés general, de disponer de suelo preparado para nuevas actividades económicas, bien urbanizado y a un coste asumible por las empresas, a fin de garantizar el desarrollo económico territorial, el equilibrio territorial y desarrollo sostenible. (97)

Con relación a la regulación supramunicipal del suelo de Actividades Económicas y aunque en las DOT no se prevé de forma expresa, se contempla en este Plan Territorial Sectorial (PTS) la ordenación de los Equipamientos Comerciales, debido a la colisión que provoca el fenómeno de la implantación de grandes equipamientos comerciales y centros de ocio, con otros sectores de interés económico general sobre la demanda de suelos de localización estratégica. (98) Además, se constata la existencia de superficies de suelo calificado por el planeamiento para actividades económicas, pero que no suponen una oferta real por diversas razones.

Según este PTS, se entiende por Gran Equipamiento Comercial o Centro de Ocio y Servicios, toda aquella implantación urbanística de edificación terciaria que acumule de forma concentrada dentro de un mismo ámbito urbanístico una serie de equipamientos de servicios comerciales, de ocio y de hostelería (99), que, en su conjunto, y al margen de su posible compartimentación en diferentes empresas, establecimientos o actividades, alcance diversa magnitud tanto en superficie de plataforma explanada, como en superficie de techo. (100)

#### **III.4. El caso navarro: la autorización mediante un instrumento de ordenación del territorio**

En Navarra la ordenación comercial deberá coordinarse con la planificación territorial. A tal fin las directrices del Modelo Territorial de Grandes Establecimientos Comerciales tendrán en cuenta los contenidos de la ordenación territorial general que, en su caso, se dicten para toda la Comunidad Foral de Navarra. Como señala

---

(96) Vid. AGOUÉS MENDIZABAL, Carmen: *El régimen jurídico de la Planificación Territorial: conflictos competenciales y aspectos jurídicos*, IVAP, Oñati, 1996, pp. 213 y ss.

(97) En relación con las posibilidades físicas del territorio de la Comunidad Autónoma, los recursos espaciales de la cornisa Cantábrica resultan limitados situando las reservas de espacio en la Llanada Alavesa, existiendo infraestructuras básicas de transportes y comunicaciones, siendo una variable fundamental en la ordenación del suelo de actividades económicas. Vid. LOPERENA ROTA: «Desarrollo sostenible. Problemas y retos de la Comunidad Autónoma vasca», *RVAP* n.º 73 (II), pp. 205-218.

(98) Se trata de la ordenación del territorio supramunicipal de un uso como es el del suelo de actividades económicas, actuando como herramienta de ayuda para los ayuntamientos en la redacción de un planeamiento y para las administraciones promotoras de suelo industrial.

(99) Se califican como gran unidad alimentaria, galería comercial, grandes tiendas temáticas, complejo de multicines, centros de ocio, hoteles, restaurantes y cafeterías, estación de servicio, etc.

(100) Se establece un dimensionamiento máximo de los nuevos equipamientos comerciales, que queda regulado en función de que el municipio en el que se localiza sea categorizado como de máxima centralidad, centralidad comarcal o resto de municipios.

SANTAMARIA ARINAS (101) La Ley Foral 6/2010, de 6 de abril, de modificación de diversas leyes forales para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, procede a la expresa derogación no sólo de varios preceptos de la Ley 17/2001 sino también a la derogación íntegra del Reglamento del Modelo Territorial de Grandes Establecimientos Comerciales de Navarra, que se había aprobado por Decreto Foral 150/2004, de 29 de marzo. El Modelo Territorial de Grandes Establecimientos Comerciales ( artículos 18 a 20 de la Ley Navarra 17 /2001 de Comercio) es el instrumento que establece los criterios legales de valoración a efectos de otorgar o denegar las autorizaciones para la apertura, construcción o ampliación de grandes establecimientos comerciales. (102)

Las modificaciones introducidas por el artículo 7 de la Ley Foral 6/2010, de 6 de abril, en la Ley Foral 17/2001, de 12 de julio, reguladora del comercio en Navarra vienen a establecer «una regulación detallada y nueva de los establecimientos comerciales y su implantación, basada en criterios de ordenación territorial y medio ambiental». (103)

Mediante esta Ley Foral 6/2010 se regulan los nuevos criterios sustantivos que vienen a limitar la discrecionalidad del planificador territorial y urbanístico que ha de ordenar los usos comerciales del suelo «potenciando el mantenimiento del sistema del comercio minorista dentro del núcleo urbano de los municipios navarros» y «aspirando a un desarrollo sostenible del entorno urbano» (artículo 2.a) y c) de la Ley Foral 17/2001 en su nueva redacción).

Los Principios (104) que rigen la instalación de establecimientos comerciales han de inspirar a los Planes de Ordenación Territorial siendo vinculantes los criterios de éstos, tanto para los Planes Generales Municipales (artículo 18.1) como para los Planes Sectoriales (artículo 19.7).

Según el artículo 17.a) los Planes de Ordenación Territorial tendrán que considerar, a estos efectos, la implantación preferente del comercio dentro del núcleo urbano de los municipios, incluyendo los grandes establecimientos comerciales y la dotación complementaria y unida de los usos residenciales y las actividades comerciales (artículo 17.b).

Los Planes Generales Municipales deberán delimitar, según el artículo 18.2.a) «los suelos urbanos y urbanizable que mejor se adapte al uso comercial», respetando la «dotación comercial mínima en los bajos de los edificios de vivienda colectiva de tres

---

(101) SANTAMARÍA ARINAS: «La normativa ambiental dictada por la Comunidad Foral de Navarra», *Iez, Ingu- ruiroa eta zuzenbidea = Ambiente y derecho*, n.º 9, 2011, pp. 117-131.

(102) Aunque sin adaptar a la Directiva de servicios, *Vid.* RAZQUIN LIZARRAGA, Martín María: «La regularización de los grandes establecimientos comerciales: últimas novedades, es especial, en Navarra», *Revista jurídica de Navarra*, 2001, n.º 32, pp. 9-38.

(103) *Vid.* SALVADOR ARMENDÁRIZ, VILLAREJO GALENDE: «La Directiva de servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra», *Revista jurídica de Navarra*, 2007, n.º 44, pp.45-86.

(104) Se consideran como Principios específicos los recogidos en el artículo 16 : «d) el favorecimiento del comercio dentro del núcleo urbano de los municipios, así como de la renovación y regeneración urbana; e) la potenciación de un modelo de ciudad en el que exista una armonía entre los usos residenciales y las actividades comerciales, f) el crecimiento armonioso y equilibrado de actividades comerciales aspirando a un desarrollo sostenible del entorno urbano y reduciendo al máximo el impacto de las implantaciones sobre el territorio, g) la reducción de la movilidad con la finalidad de evitar los desplazamientos innecesarios que congestionan las infraestructuras públicas e incrementan la contaminación atmosférica i) ahorro y eficiencia en el consumo de energía, así como la potenciación de las energías renovables.»

metros cuadrados por vivienda» e incluyendo un Plan de Atracción y Ordenación Comercial que contendrá medidas de embellecimiento, mejora urbana de las áreas comerciales de los cascos urbanos y áreas residenciales de alta densidad. (artículo 18.2.b y c).

La reforma, de acuerdo con las orientaciones que requiere la transposición de la Directiva Bolkestein, establece que «la instalación de establecimientos comerciales no estará sujeta, con carácter general, a autorización» (artículo 19.1 de la Ley Foral 17/2001 en su nueva redacción). Si bien se exime del requisito de la autorización sectorial de comercio, su cumplimiento se sigue verificando a través del sistema ordinario de licencias (de obras y de los controles ambientales concurrentes, en su caso). La Comunidad Foral Navarra ha diseñado un régimen de control distinto de todos los de las demás comunidades autónomas, suprimiendo la licencia comercial autonómica y sustituyendo esta por un control a través de un instrumento de naturaleza territorial, sin participación alguna en el procedimiento del Departamento competente en materia de comercio. (105)

Sin embargo, en el artículo 19.2 se establece un régimen particular para la instalación de «grandes establecimientos comerciales» (106) con «una superficie útil para venta y exposición de productos superior a 2.500 metros cuadrados». (107)

De acuerdo con la nueva redacción del artículo 19. 2 de la Ley Foral 17/2001, de 12 de julio, reguladora del comercio en Navarra (modificada por la Ley Foral 6/2010, de 6 de abril), las implantaciones de grandes establecimientos comerciales quedan sujetas a la tramitación de un Plan Sectorial de incidencia Supramunicipal, promovido por el operador o el promotor, ante el órgano competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo. (108)

---

(105) SALVADOR ARMENDÁRIZ, VILLAREJO GALENDE: «La Directiva de servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra», *Revista jurídica de Navarra*, 2007, n.º 44, pp. 45-86.

(106) En Navarra, la Ley Foral 17/2001, de 12 de julio, reguladora del comercio en Navarra establece que «tendrán la consideración de gran establecimiento comercial minorista los establecimientos individuales o colectivos dedicados al comercio minorista, polivalente o especializado, que tengan una superficie útil para venta y exposición de productos y servicios superior a 2.500 metros cuadrados, cuando se ubiquen en Pamplona y su Comarca y en municipios cuya población supere los 12.000 habitantes, y a 1.500 metros cuadrados cuando se ubiquen en el resto de municipios de la Comunidad Foral de Navarra.» Las reglas para el «cómputo de superficies» que da el artículo 19.4 y las exclusiones que ofrece el artículo 19.5 hacen que no pueda incluirse en el concepto de gran establecimiento comercial a «los mercados municipales así como aquéllos dedicados a ventas de vehículos y carburantes, maquinaria industrial, jardinería y a materiales de construcción y saneamiento así como los ubicados en zonas transfronterizas».

(107) Tanto su instalación como su ampliación en más de 500 metros cuadrados requiere la tramitación de un Plan Sectorial de Incidencia Supramunicipal y solo podrán promoverse «en suelos urbanos o urbanizables con un uso residencial dominante» y, excepcionalmente, en «zonas industriales que hayan sido recuperadas y que formen parte de la ciudad o de su continuo» (artículo 19.6)

(108) Según los Artículos 43 y 45 de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, su contenido y procedimiento de elaboración y tramitación se hace depender de la legislación foral urbanística. El procedimiento para la autorización de establecimiento comercial mediante un Plan Sectorial de Incidencia Supramunicipal (PSIS) se inicia mediante solicitud de persona interesada (artículo 20) que ha de ir acompañada de documentación relativa a su identificación (artículo 21.2) y de documentación técnica y administrativa (artículo 21.3). En esta última, además de memoria y proyecto básico, ha de figurar no sólo informe urbanístico municipal, acreditación de la disponibilidad de los terrenos y «estudio de impacto ambiental y, en su caso, declaración de impacto ambiental» sino también otros dos documentos novedosos. Uno es el «estudio, firmado por técnico competente, que evalúe la movilidad generada por la repercusión del proyecto, así como las emisiones atmosféricas de CO<sub>2</sub> derivadas de la movilidad<sup>16</sup>». Y el otro, «certificación emitida por

Estos planes, regulados en los artículos 34 y ss. de la ley citada, conforme al artículo 17, habrán de contener, entre sus determinaciones de carácter vinculante, los criterios para la ordenación de los establecimientos comerciales en el territorio, considerando, en general: a) La implantación preferente del comercio dentro del núcleo urbano de los municipios, b) La dotación complementaria y unida de los usos residenciales y las actividades comerciales<sup>59</sup> y c) La reducción del impacto de las actividades comerciales en su implantación sobre el territorio, en concreto, en los ámbitos de movilidad, contaminación atmosférica, consumo de energía y ocupación del suelo.

En Navarra los grandes establecimientos comerciales solo podrán implantarse en suelos urbanos o urbanizables con un uso residencial dominante, es decir, aquel uso que «contenga áreas residenciales con vivienda colectiva continuada de 250 viviendas o 600 habitantes y una densidad residencial de 40 viviendas por hectárea» (art. 19.6 Ley Foral).

#### **IV. Reflexiones finales. Las razones imperiosas del interés general, elementos de sostenibilidad ambiental de un nuevo modelo de ordenación territorial y urbanístico del comercio**

El impacto territorial de las grandes superficies comerciales ha permanecido en primer plano olvidado los principales problemas que plantea la ordenación territorial del comercio y su integración en la estructura urbana. (109) Como señala PAREJA i LOZANO (110) la actividad comercial en el marco de la planificación territorial y urbanística debe tener en cuenta la protección del entorno urbano, la ordenación del territorio, la protección del medioambiente. Con relación al medio ambiente, se han de evitar los impactos negativos sobre el medio rural, consiguiendo la adecuación de los proyectos a las determinaciones urbanísticas de los Planes Especiales de Renovación urbana y Rehabilitación de cascos históricos. También cabe señalar la incidencia de la nueva instalación comercial en el sistema viario, la dotación de plazas de aparcamiento, y la accesibilidad del establecimiento proyectado en relación con los diferentes medios de transporte público. (111)

El legislador autonómico regula por primera vez las instalaciones los equipamientos comerciales, especialmente las grandes superficies, mediante un control previo, diferenciado del municipal, de inspiración francesa: la obtención de una autorización o informe específico otorgado por la propia administración autonómica y con la intervención, generalmente, de órganos mixtos, integrados por representantes de las ad-

---

el Departamento competente del Gobierno de Navarra en materia de energía que acredite que el proyecto ha sido diseñado con los criterios de ahorro energético que resulten más aconsejables<sup>17</sup>». El contenido del PSIS es el ordinariamente exigido por la Ley Foral 35/2002 de Ordenación del Territorio con la precisión de que el estudio de viabilidad económica «se entenderá referido a la actuación de urbanización y en ningún caso a la viabilidad económica del gran establecimiento comercial» (artículo 23.2).

(109) RAZQUIN LIZARRAGA, José Antonio: *La evolución de la ordenación espacial del comercio minorista: hacia una política territorial integrada*, Editorial Civitas, Madrid, 2003.

(110) PAREJA i LOZANO, Carles: «La actividad comercial en el marco de la planificación territorial y urbanística», *Grandes establecimientos comerciales: su ordenación e implantación*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, pp. 32-51.

(111) *Vid.* RAMÓN, LOPEZ: «Estudios Jurídico sobre la Ordenación del Territorio», *Editorial Aranzadi*, Pamplona, 2001.

ministraciones públicas (autonómica y local) y de las cámaras de comercio, empresarios, trabajadores y consumidores, entre otros. Ya en 1964 señalaba VILLAR PALASÍ(112) que la esencia de la autorización era «constituir un control previo de las actividades que, descontroladas, podrían dañar al público interés», y precisamente, en el nuevo régimen legal de acceso a las actividades de servicios tras la Directiva de Servicios, ese interés público se encuentra en las denominadas «razones imperiosas de interés general».

El concepto de «razones imperiosas de interés general» ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado (hoy, 49 y 56 TFUE). En el Preámbulo de la Directiva de Servicios se señala la amplitud del concepto de « las razones imperiosas de interés general», concepto acuñado paulatinamente por el Tribunal de Justicia Europeo, de forma que en su evolución se han ido incorporando los conceptos de protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluyendo por tanto la planificación urbana y rural. (113)

A tenor del considerando 40 de la Directiva de Servicios y de la definición del artículo 3.11 de la Ley Paraguas, las «razones imperiosas de interés general» se invocan como «la garantía de una buena administración de justicia, la seguridad vial, la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, el mantenimiento de la diversidad de prensa, el fomento de la lengua nacional, la planificación urbana y rural o la prevención de la competencia desleal». En todo caso, la razón imperiosa de interés general, como señala el art. 4,8) de la Directiva de Servicios, tiene que ser una razón reconocida como tal en la jurisprudencia.

El artículo 9 de la Directiva solo permite el sometimiento de las actividades a autorización administrativa cuando se cumplan las siguientes condiciones: (a) que el régimen de autorización no sea discriminatorio para el prestador de servicios; (b) que la necesidad del régimen de autorización esté justificada por una «razón imperiosa de interés general»; y (c) que el objetivo perseguido no se pueda alcanzar a través de una medida de intervención menos restrictiva, como, por ejemplo, los controles a posteriori.

Por tanto, la transposición de la directiva se enfrenta a un sistema caracterizado por la fuerte intervención administrativa, como se ha señalado, especialmente regulado respecto a la apertura de los grandes establecimientos comerciales. El principio de libre establecimiento de los prestadores de servicios que establece la Directiva en teoría llevará a la regla general de abolición de toda autorización previa. Según

---

(112) VILLAR PALASÍ: «La intervención administrativa en la industria», Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964.

(113) «La noción reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública y salud pública, en el sentido de los artículos 46 y 55 del Tratado, mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, incluida su protección social, bienestar animal, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, protección de la propiedad intelectual e industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico y política veterinaria»(considerando 40).

REBOLLO PUIG(114), la traslación de los postulados de la Directiva al ámbito de los equipamientos comerciales supone «un punto de inflexión en el espíritu regulador» del establecimiento de grandes superficies y centros comerciales.

Sin embargo, la debacle en la normativa autonómica que se esperaba no ha sido tal. El Dictamen 985/ 2009 del Consejo de Estado ya señalaba que las razones que invoca el legislador estatal en la reforma de la Ley de Comercio Minorista en su adaptación a la Directiva de Servicios tienen carácter meramente ejemplificativo y no son un *numerus clausus*. De esa forma deja un amplio margen de discrecionalidad a las Comunidades Autónomas, quienes «podrán valorar como razones imperiosas de interés general otras diferentes» de las recogidas en el artículo 6, siempre que se respete lo dispuesto en la Directiva de Servicios y en la legislación básica estatal.

Como resultado, se observa que algunas Comunidades Autónomas han seguido sus propios criterios, siendo algunas incluso más tuitivas y restrictivas en el concepto, añadiendo a las razones imperiosas del interés general incluso «la protección de los derechos de los consumidores». Sin embargo, en las nuevas normas autonómicas no se encuentran referencias directas a un «equipamiento comercial adecuado» o a «efectos sobre la estructura comercial existente», ya que pueden ser consideradas como veto económico.

Siguiendo a PAREJO ALFONSO(115) su opinión sobre la implementación de la Directiva de Servicios con relación al comercio minorista es que se trata de «una norma de desregulación que no de liberalización, que parte de un concepto de *obstáculo ilegítimo a la libre competencia en el mercado* tan amplio, que pone bajo sospecha de restricción indebida cualquier regulación jurídico-público del acceso al mercado de las actividades de servicios o de ejercicio de éstas. «

Estas razones imperiosas del interés general se definen con imprecisión, por lo que el margen de discrecionalidad que queda en manos de la Administración a través de los requisitos del art. 10 de la Directiva de Servicios puede convertirse en arbitrariedad.

Como afirma el FJ 6.º de la Sentencia TSJ de Cataluña de 26 de junio de 2002 respecto del derogado Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales en Cataluña, «los riesgos de la discrecionalidad de los criterios difusos, en el caso del otorgamiento de las autorizaciones comerciales para grandes establecimientos comerciales pueden ser mitigados a través de la planificación urbanística y territorial, prevista en muchas normas autonómicas».

Y es que en Comunidades Autónomas como Cataluña, la defensa del denominado modelo de «ciudad compacta y cohesionada» aparece bajo el entramado de «razones imperiosas de interés general» que fundamentan el nuevo régimen autorizador tras la Directiva Bolkestein. De ahí la definición de conceptos urbanísticos como el de «trama urbana consolidada» (TUC) y sus consecuencias, como la prohi-

---

(114) REBOLLO PUIG: «El sometimiento de la implantación de grandes establecimientos comerciales a las licencias municipales y a la licencia comercial específica», *Grandes establecimientos comerciales. Su ordenación e implantación*, Tecnos, Madrid, 2000, pp. 94-180.

(115) El Decreto-Ley 1/2009 de Ordenación de los equipamientos comerciales define el concepto de TUC y se determina qué ámbitos son admitidas las diferentes categorías de establecimientos. Vid. PAREJO ALFONSO, «Urbanismo y corrupción: un problema no solo de legalidad», *Temas para el debate*, n.º 223 (jun) 2013, 1996, pp. 35-41.

bición de nuevas implantaciones comerciales de mediana o gran superficie fuera de ella. (116)

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de marzo de 2011 frente a las alegaciones de la Comisión respecto a la falta de precisión de los criterios establecidos en el artículo 10 de la Ley 18/2005, de 27 de diciembre, de equipamientos comerciales de Cataluña y la excesiva discrecionalidad que confieren a las autoridades competentes para otorgar la licencia, el Tribunal de Justicia entiende que «si la integración en el entorno urbano, los efectos sobre el uso de la red viaria y del transporte público, y la variedad de la oferta de que disponen los consumidores son criterios lícitos a la hora de decidir si un establecimiento comercial debe ser autorizado, resulta difícil establecer a priori límites precisos sin introducir un grado de rigidez que probablemente resultase aún más restrictivo de la libertad de establecimiento». Consecuentemente, tales criterios «no son tan imprecisos como para hacerlos inapropiados para alcanzar los objetivos medioambientales, urbanísticos y de protección de los consumidores invocados por el Reino de España, ni desproporcionados con respecto a dichos objetivos». (117)

Como considera PONCE SOLÉ (118), la aplicación práctica de la Directiva de Servicios está siendo realizada con recelo por parte de las Administraciones públicas, especialmente la local, tal vez sin considerar que el objetivo de la liberalización de prestación de servicios es crear un auténtico «mercado interior» en la UE, que genere un incremento del PIB y de la actividad económica, necesarios en tiempos de crisis económica. Y en la práctica, la tendencia de la mayoría de los gobiernos autonómicos se ha traducido en la dificultad de apertura de nuevos centros comerciales, frente a la tendencia renovadora de los mercados municipales existentes.

Trabajo recibido el 9 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

---

(116) Entre los principios rectores del Decreto Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales en Cataluña se encuentra: «La potenciación de un modelo de ciudad compacta en que el uso residencial se armoniza con las actividades comerciales y de servicios, para fortalecer las estructuras comerciales como valores de la cultura mediterránea» (art. 4.2).

(117) PÉREZ FERNÁNDEZ: «La ordenación espacial del gran equipamiento comercial y su adaptación a la Directiva de servicios: colisión de razones imperiosas de interés general y solapamiento de controles», *Revista catalana de dret públic*, núm. 42, 2011, pp. 297-334.

(118) PONCE SOLÉ: «¿Mejores normas?: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial», *Revista de Administración Pública* n.º 180, septiembre-diciembre 2009, pp. 217-218.



**LABURPENA:** Artikulu hau ezartzeko erosketa Euskal Autonomia Erkidegoko eta Nafarroako lurraldean zentroetako arauak duen bilakaera aztertzen du, merkatu tradizionalen babesaren osagarria den estrategia bezalakoan, bizitasun hazkorraz gozaten duen bilakaera arau-emailea eta Bolkestein Zuzentzauren onespeneren ondoren etorkizunaren posibilitateak. Batez ere, baimeneko eta ingurumenaren babeseko mekanismoen bilakaera tratatzen da, administrazio-ahaletako ariketa unilateralean egon arren, gaur egun sektore interesatuekin oroitutako estrategietara orientatzen dira eta eraginda, ingurumen egokirako eskubidea eta auzotarren eskubidearen gozamen baketsua prestazioari eta zerbitzu publikoen ezarpenari.

**HITZ GAKOAK:** Udal-merkatua. Merkataritza-gunea. Lurralde-antolamendua. Baimen. Bolkestein Zuzentzara.

**RESUMEN:** El presente artículo analiza la evolución normativa de la implantación de los centros comerciales en el territorio del País vasco y Navarra, como estrategia complementaria de protección de los mercados tradicionales, que goza de una creciente vitalidad y posibilidades de futuro tras la aprobación de la Directiva Bolkestein. En especial, se trata la evolución de los mecanismos de autorización y protección ambiental que, si bien descansaban en el ejercicio unilateral de potestades administrativas, hoy en día se orientan a estrategias acordadas con los sectores interesados y afectados, como modo de garantizar el derecho a un medio ambiente adecuado y el pacífico disfrute del derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos como son los mercados municipales tradicionales.

**PALABRAS CLAVE:** Mercado municipal. Centro comercial. Ordenación territorial. Autorización. Directiva Bolkestein.

**ABSTRACT:** This article analyzes the legal evolution of the shopping centers in the territory of the Basque Country and Navarra; this is a complementary protection strategy of traditional market, which enjoys a growing vitality and future expectations before the Bolkestein Directive. Specially, the evolution of the authorization and environmental protection mechanisms, which in the past relied in the unilateral exercise of administrative authority and now are increasingly oriented to shared strategies with the stakeholders, as a way to guaranteeing the right to enjoy an adequate environment and the right to peaceful enjoyment of neighbors in achieving collective aims, in this case, the traditional city markets.

**KEYWORDS:** City market. Shopping center. Regional planning. Authorization. Bolkestein Directive.



# Algunas manifestaciones de la libertad de conciencia en una sociedad globalizada

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer

**Sumario:** I. Introducción: un mundo de influencias recíprocas en el que aún no ha arraigado la tolerancia.—II. El uso de sustancias estupefacientes en los actos de culto (decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «Alida Maria Fränklin-Beentjes y Ceflu-luz da Floresta c. Holanda», 6 de mayo de 2014).—III. Persecución por el cambio de religión, denegación de asilo y riesgo de malos tratos (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «N.K. c. Francia», 19 de marzo de 2014).

## I. Introducción: un mundo de influencias recíprocas en el que aún no ha arraigado la tolerancia

Interesados por el rico tema de las creencias, en este mundo que se ha ido quedando pequeño, en el que las informaciones circulan a la velocidad del rayo y en el que las influencias e interferencias son sensibles por doquier, sigue sorprendiendo la prepotencia, intransigencia e, incluso, crueldad, con que algunas religiones afirman su imperio o pretenden, más aún, entrometerse en la vida de las personas, llegando en no pocos casos a marcar las pautas en el funcionamiento de los Estados(1). Sin margen para la elección de los ciudadanos, sancionando severamente el abandono de la religión «oficial», cuando no con comportamientos cruelesísimos que pueden llegar hasta la eliminación de quienes comparten otras creencias. Sin que se trate de supuestos aislados o coyunturales, sino reiterados y repetidos con cadencia diabólica. En un mundo que quiere avanzar hacia la convivencia y la tolerancia, aterra, en cambio, lo que sucede en no pocos países del ancho mundo. Y eso, a pesar de que ese encomiable modelo de vocación general, como es la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH), que hicieron las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, propusiera con fórmula inequívoca en su artículo 18 que «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia».

---

(1) Me remito a mi reciente trabajo, «*Cuius regio, eius religio*», en *Miscelanea de Estudios en homenaje a Guillermo Fatás Cabeza*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 2014, pp. 521 y ss.

Precepto que es una auténtica joya en la historia de la humanidad y en la evolución del mundo de las creencias, con el más amplio respeto para las diversas religiones, unas y otras, la consagración de la rica variedad de manifestaciones de los creyentes —culto, enseñanza, individual, colectivamente, en privado, en público, etc.—, que asume con normalidad el cambio de religión —algo que ha jugado un importante papel en la historia—, y que se hunde en el tan heterogéneo universo de las creencias, con tantas y tantas alternativas, del que forma parte, sin duda, la opción de no decantarse por religión alguna. Insisto que se trata de un paso valiosísimo en la historia de la humanidad, que tantos esfuerzos ha costado alcanzar(2). Que ha tenido luego enorme influencia: luce así en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho por el Consejo de Europa en Roma, el 4 de noviembre de 1950 (en adelante, «Convenio Europeo de Derechos Humanos» o, simplemente, CEDH), artículo 9, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 10, o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de San José de Costa Rica, de 22 de noviembre de 1969, artículo 12, así como, en desarrollo de la propia DUDH, en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos(3) (Nueva York, 16 de diciembre de 1966), y que se ha proyectado por doquier en el constitucionalismo contemporáneo. Pero que, a pesar de todo, en su aplicación no ha alcanzado a todos los confines, con excepciones notables, tanto en territorios sometidos a situaciones de facto, pero también, lo que es más grave y sorprendente, en Estados miembros de la Organización de Naciones Unidas, señaladamente en algunos países de Asia y África.

La observación de tantos horrores, nos hace valorar la tan positiva situación de convivencia vigente hoy en Europa y en América, lo que hace recordar la postura pionera de los Estados Unidos, tan receptivos, como lo evidencia la muestra señera de la recepción de los puritanos que huían de la intransigencia de Inglaterra, lo que me lleva a evocar el episodio del Mayflower, así como la cálida y contundente proclamación de la primera gran declaración de derechos de la era moderna —la del Buen Pueblo de Virginia de 1776(4)—, así como la valiosa fórmula de la primera enmienda a su Constitución(5) (enmienda aprobada el 25 de septiembre de 1789 y entrada en vigor

---

(2) Me gusta recordar cuando puedo el que considero párrafo paradigmático del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa: «Tal y como lo protege el artículo 9 [del Convenio Europeo de Derechos Humanos], la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión representa uno de los pilares de cualquier sociedad democrática, en el sentido del Convenio. En su dimensión religiosa figura entre los más esenciales elementos de identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero es también un bien precioso para los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes. Es connatural al pluralismo, tan trabajosamente conquistado a través de los siglos, consustancial a dicha sociedad». Está incluido en la primera de las sentencias que dedicó el Tribunal a la libertad religiosa, el asunto «Kokkinakis c. Grecia», 25 de mayo de 1993, p. 31, y luego se repite con normalidad en los nuevos casos.

(3) Muy interesante precepto, que además de reproducir el texto de la Declaración Universal, lo completa con afirmaciones tan relevantes como ésta del apartado 2, «Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección».

(4) Recuérdese la fórmula del artículo de cierre, el XVI, «Que la religión, o los deberes que tenemos para con nuestro Creador, y la manera de cumplirlos, sólo pueden regirse por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; en consecuencia, todos los hombres tienen igual derecho al libre ejercicio de la religión de acuerdo con el dictamen de su conciencia, y que es deber recíproco de todos practicar la paciencia, el amor y la caridad cristiana para con el prójimo».

(5) A cuyo tenor, «El Congreso no podrá aprobar ninguna ley conducente al establecimiento de religión alguna, ni a prohibir el libre ejercicio de ninguna de ellas».

el 15 de diciembre de 1791). Situación europea que me lleva a recordar el rótulo con el que abordaba el problema hace unos años cuando, al sintetizar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en el campo de la libertad religiosa, y al observar cómo se había evolucionado desde una situación de enfrentamiento y de lucha —similar a la que hoy se contempla en algunas partes del mundo—, me atrevía a titular un libro, «De guerras de religión a meras cuestiones administrativas» (6). Es que hoy, en efecto, las diferencias y enfrentamientos, se han convertido en litigios de guante blanco que resuelve un Tribunal.

En efecto, en la jurisprudencia del TEDH siguen abundando con cadencia intermitente los casos en que se debate acerca de problemas referentes a la libertad religiosa, desde las más diversas perspectivas, corriente a la que vengo dedicando especial atención desde hace años (7). De ese rico venero, he elegido para las actuales reflexiones dos supuestos recientes en los que se trasluce la presencia de las influencias que pasan por encima de las fronteras y de esa interacción de bien diferentes culturas, alejadas y distantes, supuestos que selecciono convencionalmente y sin afán de sistemática, aunque con esa nota común y con el dato de ser actuales y contemporáneos, pues sólo pocas semanas separa uno de otro. En un caso se tratará del debate pacífico acerca de la corrección de un «acto» de culto, inspirado por prácticas de lejanas tierras, con sus costumbres y hábitos tan diferentes a los europeos, mientras que en el otro aparecerá esa vertiente patética a que me refería antes, de quien sufre la intransigencia de soluciones excluyentes practicadas con normalidad en un Estado alejado de nuestras fronteras y nuestras costumbres. Ambos casos, por supuesto, condujeron a un enjuiciamiento del TEDH y dieron lugar a la correspondiente decisión, bien interesante cada una de ellas y de gran valor, a pesar de su sencillez. De ahí mi afán por resaltarlas.

## II. El uso de sustancias estupefacientes en los actos de culto (decisión del TEDH «Alida Maria Fränklin-Beentjes y Ceflu-luz da Floresta c. Holanda», 6 de mayo de 2014)

En el supuesto estudiado —debo adelantar que se trata de una decisión de inadmisión—, la segunda recurrente es una asociación religiosa con personalidad legal según el derecho holandés, siendo la primera una ciudadana de ese país con responsabilidad en la citada asociación. Para exponer las circunstancias del caso me atenderé lo

---

(6) En el que se recoge la que fue lección de inauguración de curso en la Universidad Complutense de Madrid, pronunciada el día 29 de septiembre de 2006. Una segunda edición apareció en los «cuadernos» de Editorial Civitas, Madrid, 2007. El título completo de la obra era el siguiente: «La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas. Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa».

(7) Además del libro citado en la nota anterior, y por prescindir de numerosos comentarios más sucintos, recordaré mi reciente libro, *Estudios sobre libertad religiosa*, Editorial Reus, Madrid, 2011. Una reciente aportación en la doctrina española, en David MOYA, «El desarrollo de la libertad religiosa por el Tribunal Europeo y su recepción en España: cuestiones abiertas y evolución reciente», en el volumen colectivo coordinado por Argelia QUERALT, *El Tribunal de Estrasburgo en el espacio judicial europeo*, Editorial Aranzadi, 2013, pp. 163-194.

más posible a las palabras que expresa el Tribunal Europeo en su decisión, especialmente los apartados 3 y siguientes.

La asociación recurrente se considera afiliada al «Centro Eclético de Fluente Luz Universal Raimundo Ireneu Serra» («CEFLURIS»), radicado en Brasil. Tal y como se expresa en sus estatutos, el fin de la asociación consiste en tratar de «estudiar y practicar las enseñanzas del <Santo Daime> y provocar con sus actuaciones y rituales la chispa divina con vistas a su integración en lo divino». Las doctrinas de la organización estarían basadas en las revelaciones de la Virgen María al fundador de la religión, Raimundo Ireneu Serra (1892-1971), al que sus seguidores denominan «el Maestro». «CEFLURIS» sería fundado tras su muerte por Sebastián Mota de Melo (1920-1990), llamado «el Padrino» (p. 4). Me parece oportuno transcribir literalmente el párrafo siguiente, el 5: «Una parte esencial de los ritos de la asociación recurrente consiste en beber durante los servicios un particular brebaje alucinógeno, que se considera producido de acuerdo con los rituales religiosos prescritos. Sus ingredientes están tomados de plantas y vinos exclusivos de la región del Amazonas. La asociación recurrente lo describe como el “Santo Sacramento”, que los creyentes denominan el “Santo Daime” (del portugués *dai me*, es decir, “dame”). Aunque en otros círculos es denominado como “ayahuasca” (voz de origen quechua, equivalente a “espíritu del vino”)».

Las plantas usadas para fabricar el ayahuasca, y por tanto la propia bebida, contienen, entre otras cosas, dimetiltryptamine (8), en abreviatura, «DMT» (p. 6). La sustancia puede causar alucinaciones, y cuando se consume en la forma del ayahuasca puede producir reacciones gastrointestinales, como náuseas y vómitos, aunque cabe la posibilidad de síntomas más graves de aguda toxicidad, como hipertensión, aumento de temperatura, aceleración del pulso, etc. (p. 7).

El problema se planteó cuando a consecuencia de una investigación en el domicilio de la recurrente la policía encontró y confiscó diez bidones conteniendo cada uno de ellos doce litros de un líquido desconocido —sería el ayahuasca—, que tras un análisis en el Laboratorio Forense, resultó contener DMT, una de las sustancias incluidas en el anexo a la Ley del Opio, y como tal, prohibida (p. 8).

Alida María sería condenada por el Tribunal Regional de Alkmaar como autora de un delito contemplado en la Ley del Opio. Apeló la sentencia, y el Tribunal de Apelación sólo resolvió cinco años después, lo que hizo que debido a la tardanza más allá de lo razonable, se considerara sobreesido el procedimiento penal.

Entonces, la recurrente se dirigió al Tribunal de Apelación de Ámsterdam solicitando la devolución de los diez bidones que le habían sido requisados. Alegaba ser miembro de la «Iglesia del Santo Daime», en la cual el ayahuasca es el sacramento más importante, y que la confiscación violaba sus derechos según el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, dado que la intromisión sufrida no era necesaria en una sociedad democrática. Entre sus argumentos señalaba que según informes de expertos científicos, la injerencia del ayahuasca no implicaba riesgos para la salud (p. 12). El Tribunal de Apelación celebraría vista y en ella la recurrente sostuvo que la protección de la libertad religiosa debía pesar más que los intereses protegidos por la Ley del Opio. Aunque curiosamente, a una pregunta del Tribunal respondió que

(8) La versión inglesa de la decisión se refiere, en concreto, a «N,N-Dimethyltryptamine, descrito químicamente también como 3-[2-(dimethylamino)ethyl]indol».

también podía practicar su religión sin necesidad del uso del ayahuasca. Con todo, el Ministerio Fiscal sostuvo que al estar el DMT incluido en el anexo a la Ley del Opio, no era procedente la devolución. Tal sería el criterio adoptado por el Tribunal de Apelación, entendiendo que dado que el ayahuasca, según los expertos, constituye un riesgo para la salud, se justificaba la intromisión en los derechos de la recurrente, necesaria sin duda en una sociedad democrática. Señalaba también el Tribunal de Ámsterdam que había tomado nota de la afirmación de la recurrente de que el uso del ayahuasca no era indispensable para la práctica de su religión (p. 14).

Pero no había concluido la batalla legal, aún quedarían dos nuevas etapas judiciales. Ante todo, la anterior decisión sería apelada ante el Tribunal Supremo. Insistiría la recurrente en que «el ayahuasca era utilizado en los servicios de la Iglesia del Santo Daime en tan pequeñas dosis, y en un ambiente del todo controlado, de forma que no existía riesgo para la salud» (p. 15). Pero el Tribunal Supremo rechazaría el recurso, añadiendo a los argumentos de las anteriores sentencias que al considerar la historia parlamentaria de la Ley del Opio, se comprobaba que ésta había sido promulgada especialmente para cumplir los compromisos internacionales asumidos por Holanda en relación con las sustancias psicotrópicas (p. 17). En efecto, al exponerse algo más adelante en la decisión las reglas jurídicas aplicables al caso, se recuerda el Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, adoptado por Naciones Unidas en Viena, el 21 de febrero de 1971, y que Holanda había ratificado el 8 de septiembre de 1993, y en el que se incluyen drásticas restricciones para las sustancias contempladas.

Pero aún hay que dejar constancia en el caso de un nuevo paso judicial, aunque de escasa trascendencia. Tres años después de la anterior decisión, las recurrentes instaron ante el Tribunal Regional de La Haya juicio declaratorio, pidiendo un triple reconocimiento: primero, que la asociación recurrente era una confesión religiosa de acuerdo con el código civil; segundo, que los miembros de la misma fueran excluidos de la aplicación de la Ley del Opio por la utilización durante los servicios religiosos del «Santo Daime (ayahuasca)»; y, tercero, que se prohibiera al Estado la persecución de los miembros de la asociación recurrente, de acuerdo con los derechos protegidos por el artículo 9 del Convenio. El Tribunal Regional rechazó las peticiones, la primera por entender que, sin perjuicio de reconocer que la asociación era una confesión religiosa, ella no tenía interés en dicho reconocimiento. Las otras dos, lo fueron en aplicación de la respuesta que había dado el Tribunal Supremo, en el recurso antes referido.

Es así como se llega al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y se hará utilizando tres motivos para fundamentar el recurso: primero, por incumplimiento de las reglas del proceso equitativo, del artículo 6 del Convenio, cuando se solicitó la devolución del ayahuasca, así como por haberse excedido el tiempo razonable, incluso por incumplimiento de la regla del «ne bis in ídem», al no devolver los bidones a pesar de que el procedimiento criminal había sido sobreseído; segundo, por violación del artículo 9, pues el rechazar la devolución de un sacramento esencial, constituía una injerencia injustificada en su libertad religiosa; y tercero, por el argumento de la discriminación del artículo 14 conjuntamente con el artículo 9, pues se les había discriminado en relación con otras religiones implantadas en Holanda que usan en sus ritos alcohol en la forma de vino y que son toleradas sin problemas.

A pesar del aspecto sorpresivo y pintoresco, el caso es en realidad sencillo, y va a ser resuelto por el Tribunal Europeo de manera bastante simple, dando aplicación a la

reiterada doctrina consagrada en otros supuestos jurisprudenciales similares. En relación con el motivo de la libertad religiosa del artículo 9, el Gobierno cuestiona, ante todo, que la segunda recurrente constituya una auténtica confesión religiosa. Se apoya, además, en la declaración de la primera recurrente de que también podía practicar su religión sin el uso del ayahuasca. Argumentos que rechazan las recurrentes, recalcando, en relación con el primero de ellos, los encuentros periódicos de los fieles para practicar el culto religioso. El segundo argumento lo rebaten subrayando que el uso del ayahuasca resulta un elemento esencial de su práctica religiosa. En relación con este aspecto, el Tribunal aceptará que la prohibición de poseer ayahuasca para usarlo en sus ritos constituye una injerencia en el derecho de manifestar su religión a través del culto, tal y como lo garantiza el artículo 9 del Convenio.

No se duda de que tal injerencia «está permitida por la ley», no obstante lo cual las recurrentes alegan la deficiencia de la ley al no permitir para usos sacramentales el uso en cantidades limitadas de sustancias prohibidas en general.

Se constata sin discusión la existencia de un «fin legítimo» para apoyar la prohibición, que sería la protección del orden y de la salud pública, expresamente contemplado en el apartado 2 del artículo 9 del Convenio.

El pequeño debate se centrará, sobre todo, en si la injerencia cuestionada era o no «necesaria en una sociedad democrática», de acuerdo con el test que habitualmente realiza el Tribunal.

Al ocuparse del motivo del artículo 9 del Convenio, la libertad religiosa, el Gobierno llamaría la atención acerca de la cantidad tan pura de ayahuasca confiscada, así como de la necesidad de sacarla de la circulación al objeto de proteger el orden público y la salud pública. Subrayaría, a la par, la necesidad de contrarrestar el azote del tráfico de drogas y de la posibilidad de abuso que podría resultar de la permisibilidad del uso para el culto de dañinas sustancias ilegales (p. 42).

Las recurrentes insistirían en su planteamiento y harían ver que la utilización del ayahuasca forma parte del mundo de sus creencias, recalcando que el uso sacramental controlado en limitadas cantidades debería quedar al margen de la Ley del Opio, al igual de lo que sucede con los usos científicos o médicos. Traerían en su apoyo también tres sentencias de diversos Tribunales holandeses estimando que era equivocado considerar dañina la injerencia de ayahuasca para usos sacramentales en cantidad limitada. En cuanto a la gran cantidad de ayahuasca que se les había encontrado —recuerdo que eran 120 litros—, precisaban que ello era debido al precio y al tiempo necesario para importarlo del extranjero, y a la necesidad de tener aseguradas las cantidades necesarias para el funcionamiento del culto (ps. 43, 44 y 45).

El Tribunal de Derechos Humanos tiene las ideas muy claras, facilitada su tarea por una constatación jurisprudencial en supuestos si no coincidentes, al menos de gran similitud. Parte de la amplitud de oportunidades que garantiza el artículo 9, entre ellas, culto, enseñanza, práctica y observancia, para recalcar a continuación su consolidado criterio de que dicho precepto, «no protege cualquier acto motivado o inspirado por una religión o creencia». En concreto, se recuerda la arraigada doctrina de que las convicciones religiosas no autorizan a oponerse a la legislación compatible con las previsiones del Convenio, siempre que se apliquen de manera neutral y general (p. 46). Es, como digo, enseñanza reiteradísima y del todo lógica y razonable: las amplias opciones de la libertad religiosa no pueden servir de excusa para exonerarse del cumplimiento de las leyes, cuando éstas son correctas y adecuadas y encajan con la



filosofía del Convenio. Valga el ejemplo de la legislación urbanística (9), sanitaria, fiscal, sobre incendios, sobre ruidos, etc., con significativos casos en la jurisprudencia del Tribunal. En concreto, se aportan en la decisión conocidos ejemplos de jurisprudencia que implican limitaciones de las opciones religiosas, como prohibición a un varón de la religión sij de llevar el turbante que prescriben sus creencias, dado que en cuanto motociclista, la ley le impone que lleve casco; o el prohibir a una enfermera cristiana que lleve una cadena de la que cuelga una cruz mientras esté en servicio.

Con los antecedentes señalados, el veredicto es tajante: «En el presente caso, el Tribunal llega a una conclusión similar. Considera que las recurrentes tienen que asumir que la prohibición de la posesión de DMT para poder usarlo, era necesaria en una sociedad democrática para la protección de la salud, a la vista de los conocidos efectos que quedaron descritos» (p. 48). Y aún añade otro argumento, el de los compromisos de Derecho internacional que vinculan al Estado, que prohíben la posesión de tal sustancia destinada al uso, salvo por motivos científicos y médicos muy limitados a personas debidamente autorizadas, en establecimientos médicos o científicos sujetos a control directo del Gobierno o a aprobaciones específicas (p. 49). Lo que lleva a la conclusión de que este motivo de impugnación no tiene base suficiente, por lo que debe conducir a su inadmisión.

Había otro motivo —aparte del derivado del derecho a un proceso equitativo, al que no se le ve solidez—, que me lleva a pensar que el abogado de las recurrentes tuvo que estrujarse mucho el magín para dar con él. Así se describe literalmente la alegación: «Las recurrentes se comparan a sí mismas con las iglesias establecidas en Holanda, en particular la Iglesia Católica Romana y la Iglesia Protestante. Ambas realizan ritos que incluyen el uso sacramental de vino, descrito por las recurrentes como una bebida conteniendo una significativa proporción de la sustancia narcótica alcohol que crea adicción» (p. 52). Argumento con el que el abogado de las recurrentes se ha debido quedar muy descansado, aparte de demostrar sus profundos conocimientos. El Tribunal, tras recordar la doctrina consolidada de que para que haya discriminación debe haber una diferencia de trato en situaciones similares (p. 53), responde muy escuetamente a esta alegación, sin darle mayor importancia, señalando, ante todo, que el vino no está incluido en la regulación represiva de la Ley del Opio, pero que, además, los ritos referidos difieren notablemente del practicado por las recurrentes, de

---

(9) Me he referido con detalle a esta problemática en el primer capítulo de mi citado libro, *Estudios sobre libertad religiosa*, que lleva por título precisamente, «Libertad religiosa, instalación de lugares de culto y respeto a la reglas urbanísticas», pp. 13-67. Recuerdo allí en concreto, p. 43, la oportunidad con que el Tribunal Europeo se remite a las enseñanzas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: éste —se dice— «distingue en su jurisprudencia relativa a la libertad de religión una categoría de leyes que son “aparentemente neutras” (“facially neutral laws”). Estas leyes no pretenden regular directamente una práctica religiosa pero pueden pese a todo, tener eventualmente consecuencias restrictivas al ejercicio de la libertad de culto. Según la jurisprudencia de la instancia americana, tales leyes pueden exigir un compromiso incompatible con una práctica religiosa o proscribir un comportamiento exigido según los ritos especiales de una religión. La postura en la materia del Tribunal Supremo es la siguiente: «Nunca se ha aceptado que las convicciones religiosas de alguien pudieran sustraerse a la aplicación de la legislación pertinente en vigor que proscribiera cierto tipo de comportamientos cuya regulación corresponde al Estado ( ) La jurisprudencia admite con firmeza que el derecho al libre ejercicio de la religión nunca sustrae a un individuo de su obligación de acatar una ley válida y neutra de aplicación general debido a que dicha ley proscribiera (o prescribe) un comportamiento que su religión prescribe (o proscribiera)» (ver, División laboral, Departamento de recursos humanos contra Smith, 494 U.S. 872 (1990); Estados Unidos contra Lee, 455 U.S. 252 (1982); Braundel contra Brown, 366 U.S. 599 (1961)). Significado, así, de la doctrina de las «leyes aparentemente neutras» («facially neutral laws»).

forma señalada en que los participantes ni intentan ni esperan compartir sustancias psicotrópicas hasta el punto de la intoxicación (p. 54). El Tribunal aprecia, también en relación con el presente motivo, que resulta carente de fundamento, por lo que, en una visión global del caso, por unanimidad, se declara inadmisibile el recurso, lo que da lugar a que se resuelva a través de esta sucinta declaración de inadmisibilidad.

Dentro de su carácter escueto, el asunto suscita interés como decía, lo que me lleva a formular algunas observaciones.

Uno. La mezcla de elementos propios de tradiciones culturales tan diversas, se deja sentir también en el terreno de lo religioso, produciendo a veces las inevitables tensiones, como que prácticas que acaso sean normales en Brasil<sup>(10)</sup>, choquen con el intento de países europeos, como Holanda en el supuesto, de protegerse contra el azote de las drogas, para lo que tienen establecidas severas prohibiciones. Prohibiciones que se refuerzan además por los compromisos internacionales, dado que la preocupación apuntada ha calado hondo en la sociedad internacional.

Dos. Prohibiciones que obviamente son de carácter general —ejemplo típico de «leyes neutrales»—, que tienen que incidir también sin duda en el mundo de lo religioso, dejando al margen muy contadas excepciones para facilitar la investigación científica o incluso para usos terapéuticos, siempre muy controlados.

Tres. Ante las peculiaridades del supuesto tan alejado de los hábitos religiosos tradicionales en nuestro entorno cultural, destacaré la postura del Gobierno holandés en sus alegaciones «cuestionando el estatus de la segunda recurrente como una genuina confesión religiosa afiliada a CEFLURIS» (p. 54). Nada más se dice, pero lo dicho es suficiente para testimoniar de la sensación de extrañeza ante la sorpresa de que esas prácticas y, señaladamente, lo que se define como el «Santo Sacramento», el «Santo Daimé», se presenten como una auténtica religión. Y no es sólo un problema de extrañeza. Es, dicho de manera un tanto brusca, el consumo de estupefacientes, por más que en dosis reducidas, sustancias que tan honda preocupación han causado en los países de nuestro entorno cultural, dados los nocivos efectos para la salud, el hecho de crear adicción y, muy especialmente, el sin fin de tragedias individuales y sociales que han acompañado a la tan contundente aparición de las drogas. Por eso su tráfico, tenencia y consumo están rigurosamente prohibidos y perseguidos, de ahí la Ley del Opio en Holanda, o normas similares en los demás países. El «Santo Sacramento» es ya una incitación difícilmente justificable en lo que tiene de «normalización» del uso, desconociéndose los efectos y situaciones a que puede conducir. Desde la mentalidad europea parece insólito que eso pueda estar propugnado por una religión.

Cuatro. Subyace, en efecto, el vivo problema de qué sea lo religioso. Sin duda, habría que pronunciarse, establecer su esencia y su alcance, y marcar algunos límites, en defensa precisamente de lo genuinamente religioso, para no ser devaluado por la mezcla de organizaciones que no llegan a alcanzar ese carácter, pero que se presentan como religiosas, y disfrutan de las ventajas a ellas atribuidas. Sabido es cómo el criterio que se ha impuesto consiste en no definir, en no inmiscuirse, en «fiarse» de las calificaciones que se auto otorgan las organizaciones que aparecen. Sé que se trata de un problema difícil, pensando sobre todo en un mundo globalizado, dada la di-

(10) Se señala, por ejemplo, que los pancurú de Pernambuco (Brasil), utilizan en las ceremonias mágico-religiosas, el «Vino de Jurumena», cuyo alucinógeno principal es en realidad DMT.

versidad de tradiciones y hábitos culturales, necesidades sociales y aspiraciones individuales y colectivas. Pienso, con todo, que al objeto de impedir usos disfuncionales o, incluso, abusos, algo habría que decir, aunque sólo fuera elaborando un elenco de conductas o particularidades que «descalifiquen». De hecho, la lista de fines a proteger que enumera el apartado 2 del artículo 9 del Convenio, se ha utilizado en ocasiones para rechazar el reconocimiento de algunas organizaciones (11).

Cinco. El Tribunal no aborda el problema en el caso. Tal vez, por la simplicidad de la decisión, que probablemente le hizo ver desde el principio que habría que rechazar —o, incluso, inadmitir— el recurso. Pero, aunque nada se diga de manera expresa, la decisión alcanza un significado de gran interés. Al negar la devolución de la sustancia alucinógena, se está asumiendo la incorrección de su utilización. No hay más pronunciamientos, no hay juicio alguno acerca de si se alcanza o no el carácter religioso, pero queda meridianamente clara la descalificación de lo que es al parecer el núcleo de los ritos, es decir, el «Santo Sacramento» o, más en concreto, la práctica de ingerir ayahuasca, dado su contenido de DMT. Es claro el aviso de que ese rito no se podrá practicar en Holanda.

Seis. Otra conclusión de interés me lleva a destacar como en el caso se asume también la que es una constante en la jurisprudencia del Tribunal Europeo: la de que el ejercicio de la libertad religiosa, por muy amplio que resulte su contenido, tiene también sus límites; no todo cabe al amparo de la libertad religiosa o, por recordar de nuevo la afirmación del Tribunal, «el artículo 9 no protege cualquier acto motivado o inspirado por una religión o creencia» (p. 46).

Siete. Y para concluir, una observación de gran interés: la vocación de incidencia general que tiene la jurisprudencia del TEDH sobre todos los países del Consejo de Europa, lleva, de forma especial en estos tiempos de globalización y de mezcla de culturas, a advertir a todos que habrá que sacar lección de este caso, auténtica barrera a cualquier experiencia similar que se pretendiera introducir. Hace poco advertía lo mismo en relación con los partidos políticos que excedan los límites de lo democrático. La jurisprudencia del Tribunal Europeo marca unos estándares obligatorios para la sociedad democrática que se pretende afianzar, y que deben ser cuidadosamente respetados por todos.

### **III. Persecución por el cambio de religión, denegación de asilo y riesgo de malos tratos (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «N.K. c. Francia», 19 de marzo de 2014)**

La presente sentencia contempla el asunto de un paquistaní residente en Francia, que oculta su nombre por razones de seguridad. Habría que decir de entrada, que el caso se presenta en dos fases temporales. La primera de ellas se desarrolla en el país

---

(11) Me parece oportuno recordar el interesante asunto «Partido de la Prosperidad c. Turquía», con dos sentencias, la primera, de 31 de julio de 2001, de Sala, y la segunda, de 13 de febrero de 2003, de Gran Sala, en que se apostaba por la suspensión de un partido político que quería introducir fórmulas religiosas del todo incompatibles con los sistemas democráticos. Al tema he dedicado el capítulo tercero, de mi citado libro *Estudios sobre libertad religiosa*, titulado, «El problema de las aspiraciones religiosas incompatibles con el sistema democrático. ¿Se justifica la disolución de un partido político que las auspicia?», pp. 93 y ss.

de origen del recurrente, Paquistán. Es la que va a afectar al ejercicio de las opciones religiosas y a las reacciones que desencadenan. Es así como se introduce el elemento extra europeo del caso. Esto, como tal, no tendría por qué llegar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Pero hay una segunda fase que se desarrolla en Francia, donde N.K. va a solicitar asilo, y serán precisamente las secuelas de tal solicitud las que provoquen la llamada al Tribunal de Estrasburgo.

Comencemos por la primera fase. Resulta patética la descripción de los hechos, tal y como se dice ocurrieron en Paquistán, y que reproduciré de manera casi literal (ps. 6 y ss.). N.K. provenía de una familia sunita residente en el distrito de Sheikhupura. Durante sus estudios secundarios intimó con numerosos estudiantes de la confesión ahmadia, movimiento religioso derivado del Islam —fundado en la India en 1889, y especialmente arraigado en Paquistán, denominado en España Comunidad Musulmana Ahmadia—, a la que pertenecía también la que sería su esposa. Sin que lo supiera su familia decidió convertirse a la religión ahmadia, se casó de acuerdo con los ritos de esta confesión, y se instaló con su mujer en casa de los familiares de ésta.

Nos parece sorprendente la reacción de su familia cuando se enteró: le rechazó del todo, le amenazó de muerte y le denunció a la policía acusándole de predicar la religión ahmadia. Se puso en marcha incluso una investigación judicial previa tras la denuncia interpuesta por uno de sus primos, acusándole de haber intentado convertirle a la religión ahmadia. Temiendo por su seguridad, el recurrente abandonó el domicilio de sus suegros, refugiándose en casa de un amigo. Su familia se puso inmediatamente a buscarlo con la ayuda de la policía: tras acosar a su familia política, atacó a dos amigos del recurrente intentando saber dónde se encontraba. Logró escaparse del domicilio de su amigo antes de que llegaran, pero su amigo fue detenido y encarcelado.

N.K. acudió un día a la mezquita, donde se cruzó con un primo que rehusó saludarle. Y cuando se disponía a hacer las abluciones, fue agredido por diversos hombres que le raptaron. Así, secuestrado, torturado y golpeado, estuvo varios días, hasta que al fin, creyéndole muerto sus agresores, pudo escapar. Temiendo por su vida, y no esperando ayuda alguna de las autoridades en vista del apoyo que habían prestado a su familia, se abstuvo de denunciar los hechos. Pero mientras tanto, la denuncia que había interpuesto su primo salió adelante y dio lugar a que se emitiera una orden de detención, *acusado de predicar la religión ahmadia*. Decidió entonces escapar del país, refugiándose en Francia. Pero no acabaría ahí su vía crucis. Sigue describiendo la sentencia que fueron presentadas nuevas denuncias por blasfemia contra la religión musulmana, ataques a mano armada y profanación de tumbas, lo que determinó que se hicieran pesquisas por las autoridades intentando localizarle. Termina la descripción de los hechos en Paquistán, reseñando que la familia política del recurrente, con la que éste siguió en contacto, recibió numerosas visitas de la policía, y cada vez, los presentes fueron amenazados y violentados.

Esta sería, como dije, la transcripción casi literal de la primera parte de los hechos, tal y como los ofrece la sentencia. Estando claro, desde la perspectiva internacional que antes se recordaba, que la decisión de N.K. de cambiar de religión, o incluso de hacer proselitismo de sus nuevas creencias, encaja de lleno en las previsiones del artículo 18 DUDH, con su expresa referencia a «la libertad de cambiar de religión». Hechos que desde la mentalidad europea contemporánea, resultan impresionantes, y

nos llevan acaso al recuerdo de los lejanos tiempos de las guerras de religión, con tantas historias de conversiones no queridas por la familia, no pocas de las cuales contribuyeron a nutrir el martirologio. Pero Europa está orgullosa de que la tolerancia haya arraigado con fuerza en su seno.

Me gusta encomiar el conocimiento de la jurisprudencia del TEDH, y siempre la he recomendado a mis alumnos en cuanto facilita el familiarizarse con la realidad social europea. Mérito especial de la presente sentencia es que proporciona, en prosa del propio TEDH, el conocimiento de la cruda realidad que impera en Paquistán, testimonio de lo que sucede en no pocos países en los que son una realidad viva los arduos enfrentamientos religiosos en los que campan los intransigentes capaces de todo.

Lo primero que hizo N.K. al llegar a Francia tras su huida fue solicitar asilo. Pero su demanda fue denegada al considerarse sus alegaciones poco creíbles y carentes de fundamento, por lo que se estimó que su petición estaba mal fundada (p. 12). Denegación que se mantuvo tras el correspondiente recurso (p. 13). Por lo que el prefecto del territorio rechazó la solicitud de residencia, ordenando el abandono del territorio francés. Se le retuvo administrativamente al objeto de proceder a su expulsión, presentando entonces una solicitud de reexamen de su inicial demanda de asilo, apoyando sus alegaciones en nuevas amenazas, en concreto, su imputación por blasfemia, ataque a mano armada y profanación de sepulturas; pero el organismo correspondiente rechazó de nuevo la solicitud.

Es entonces cuando se da el salto y se acude ante el TEDH, apoyándose en el artículo 3 del Convenio, desde el temor de sufrir malos tratos en caso de que regresara a su país. Recuérdese que dicho precepto prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes. Y en la demanda se incluyó, ante todo, una solicitud de medidas provisionales, de acuerdo con el artículo 39 del Reglamento del Tribunal. Ese mismo día, el Presidente de la Sala correspondiente se dirigió al Gobierno francés para que no procediera a la expulsión.

Como se verá enseguida, la sentencia es muy simple y escueta. Y es que se cuenta con consolidada doctrina del Tribunal al respecto, por lo que lo más importante ha de consistir en la simple operación de constatar los hechos. En la sentencia se aporta muy interesante documentación de carácter internacional, en la que, desde diversas perspectivas, se deja testimonio fehaciente de las amenazas y penalidades que sufren en Paquistán los convertidos al credo ahmadia, tanto desde el sector público, como desde la sociedad, y señaladamente desde la familia. Un informe del «Immigration and Refugee Board of Canada», de 2009, habla de «extrema persecución», de una «fatwa» que condena a muerte a los convertidos a la fe ahmadia, recalándose que bajo la ley islámica están justificadas dichas muertes, y que con frecuencia las autoridades les acusan de haber cometido blasfemia, violación de leyes y de otros delitos, así como que la violencia proviene «tanto de la familia inmediata como de los líderes religiosos» (p. 18). En otro informe más reciente, de 2013, el mismo organismo de Canadá informa de que «la persecución de los ahmadis ha sido legalizada y fomentada por el Gobierno paquistaní». Se reconoce también que hay policías cómplices de acoso frente a los ahmadis, que se niegan a intervenir para protegerles de la violencia o que incluso les acusan falsamente de graves delitos (p. 19). Se recogen también dos informes de 2013 del Departamento de Estado de Estados Unidos donde se reconoce la persecución de los ahmadis en Paquistán, acusándoles de blasfemia, así como que son torturados con frecuencia y que han de sufrir condiciones de

detención más severas que otros grupos de la población (p. 20). Desde otras coordenadas, muy interesante resulta también una larga y muy documentada sentencia, de 2012, de la Corte Suprema británica, refiriéndose igualmente a Paquistán. Insistiendo en los peligros referidos en los informes, se destaca que la legislación no sólo les prohíbe la predicación u otras formas de proselitismo sino que se opone en concreto a que denominen «mezquita» a su lugar de culto, o que se califiquen a sí mismos de «musulmanes». En caso de que se les aprecie «blasfemia», se exponen a ser condenados a muerte, aunque hasta la fecha no habría habido ninguna ejecución, pero sí riesgo de duradera privación de libertad. Se reconoce también, diré para concluir, que se hallan sometidos en general a la violencia de los musulmanes sunitas, que son mayoría en Paquistán (p. 21).

El estudio del debate jurídico se inicia con una larga discusión sobre la admisibilidad, en cuanto el Gobierno sostendría que no se habían agotado las vías internas de recurso. Tal aspecto tiene un interés marginal a los efectos de este comentario por lo que prescindiré de él, advirtiendo tan sólo que el Tribunal no acepta la alegación del Gobierno, entendiéndolo que no hay inconveniente en pasar al fondo.

En cuanto a éste, el recurrente insiste en su temor a sufrir malos tratos en el supuesto de regresar a Paquistán, debido a su conversión a la religión ahmadia y a los procedimientos en marcha contra él.

El Gobierno francés, oponiéndose, alega que en numerosas ocasiones se ha reconocido la situación de refugiado a paquistaníes miembros de la comunidad ahmadia, a la vista de que los miembros de las minorías y, en concreto, los ahmadies, son víctimas en la práctica de violencias y acoso por parte de la comunidad sunita, así como que su Gobierno no los protege, aplicando en cambio la legislación sobre blasfemia para perseguirles. Pero en el caso concreto —se sostiene—, los argumentos aportados por el recurrente parecían manifiestamente carentes de fundamento, de ahí que ni siquiera se le convocara a la habitual entrevista (p. 36).

El Tribunal deja sentado, ante todo, con precisión, que de acuerdo con los principios de Derecho internacional, y sin perjuicio de obligaciones asumidas, los Estados tienen el derecho de controlar la entrada, la estancia y la expulsión de los no nacionales. Pero a renglón seguido se reconoce que el artículo 3 del Convenio puede generar la responsabilidad de los Estados miembros cuando haya motivos serios y comprobados de que la expulsión al país de origen pueda dar lugar a situaciones contrarias a dicho precepto.

Como principio general, el Tribunal establece que cuando un recurrente alega formar parte de un grupo expuesto sistemáticamente a la práctica de malos tratos, entra sin falta, en juego la protección del artículo 3, una vez que el interesado acredite que pertenece al referido grupo y que hay motivos serios y manifiestos de que esas prácticas se produzcan (p. 40).

En cuanto al caso se refiere, el Tribunal estima suficientemente acreditado que la situación general en Paquistán implica un riesgo de tratos inhumanos y degradantes para las personas de confesión ahmadia. Parece no haber duda de que dichas personas, de modo especial los conversos, son con frecuencia víctimas del rechazo social, pero incluso de agresiones, de tortura y aún de asesinato por parte de su familia, su entorno social o los grupos islamistas. Las autoridades no sólo no los protegen sino que participan frecuentemente de tales persecuciones, sobre todo desde la perspectiva de la legislación que prohíbe la blasfemia. Se han acreditado así —se reconoce

igualmente—, en los supuestos de detenciones fundadas en tal motivo, numerosos casos de violencias y de tratos inhumanos y degradantes por parte de las autoridades (p. 42).

Cierto que, para que entre en juego la protección que ofrece el artículo 3, no es suficiente la simple acreditación de pertenecer a la confesión ahmadia: habrá que acreditar que se practica abiertamente dicha religión y que se actúa ejerciendo proselitismo, o al menos que como tal se es considerado por las autoridades paquistaníes.

En su enjuiciamiento, la sentencia ha ido lejos, así, «El Tribunal constata que el recurrente, al afirmar que ha huido a causa de las violencias y persecuciones sufridas por parte de su familia y de las autoridades por el hecho de su conversión a la confesión ahmadia, ofrece un relato preciso y reforzado por numerosas piezas documentales, como su certificado de conversión, al acta de matrimonio acreditando que cada uno de los esposos es de confesión ahmadia, una orden de detención y copias de los cargos presentados contra él. Lo que lleva al Tribunal a observar que los documentos aportados tienden a corroborar los hechos expuestos» (p. 45). Ante las reservas emitidas por los organismos franceses en cuanto a la credibilidad del relato del recurrente, el Tribunal advierte que los elementos aportados por dicho recurrente fueron descartados por las autoridades por medio de motivaciones sucintas sin haber llegado ni siquiera a oírle. Es decir, que el Tribunal no encuentra elementos suficientemente explícitos en las motivaciones de las autoridades francesas para rechazar las afirmaciones del recurrente; en suma, que el Gobierno no ha aportado informaciones pertinentes dando razones sólidas para dudar de la veracidad de las declaraciones de aquel, lo que lleva a la conclusión de que no hay base para dudar de su credibilidad (p. 45).

Quedaría por saber, según el razonamiento, si M.K. sufre el riesgo de sufrir malos tratos en caso de regreso a su país. A tal efecto, aporta los testimonios de la investigación preliminar puesta en marcha a consecuencia de las denuncias presentadas contra él. Y los documentos, cuya autenticidad no discute el Gobierno francés, atestiguan cuando menos que su confesión ahmadia es conocida por las autoridades, lo que ha dado lugar a persecuciones, de forma señalada bajo la imputación de blasfemia. Lo que le lleva al Tribunal a concluir que el recurrente es considerado por las autoridades paquistaníes no como un simple practicante de la religión ahmadia, sino como quien hace proselitismo, lo que supone un marcado perfil susceptible de llamar desfavorablemente la atención de las autoridades en caso de regreso a su país (p. 46). Tras estos razonamientos, que he expuesto casi literalmente, se concluye en estos términos: «En consecuencia, el Tribunal, considera que, al no haber procedido el Gobierno a poner seriamente en duda la realidad de los temores del recurrente, y considerando el perfil de este último, así como la situación de los ahmadis en Paquistán, la expulsión a su país de origen, en vista de las circunstancias concretas, le expondría a un riesgo de malos tratos de los contemplados por el artículo 3 del Convenio» (p. 47).

Una vez que se ha alcanzado esta conclusión, no se aprecia, por mal fundado, otro de los motivos de recurso, el referido a la necesidad de un recurso judicial efectivo (artículo 13). En cuanto a la satisfacción equitativa del artículo 41, tampoco se hace pronunciamiento alguno, en vista de que nada se solicitó en el recurso.

Una pequeña referencia en cuanto a la medida cautelar: como cabe recurso frente a las sentencias, se le recuerda a Francia que debe mantener la medida de no expulsión hasta que la sentencia llegue a ser definitiva.

Y nada más. Se concluirá por unanimidad —es decir, con la anuencia del juez francés también—, adoptando una fórmula especial que proviene del primer asunto que se le planteó al Tribunal en la materia, el caso «Soering c. Reino Unido», 7 de julio 1989. En el fallo, se dirá, en efecto, «que en la eventualidad de que se produjera la ejecución de la decisión de reenvío a Paquistán, se incurriría en violación del artículo 3 del Convenio». Es una pura hipótesis, pero lo suficientemente contundente. En suma, la sentencia se traduce en una clara prohibición, que conlleva la consecuencia de impedir la expulsión.

Muy interesante sentencia también, que suscita una serie de reflexiones. He aquí alguna de ellas, aunque sean expuestas de manera sucinta.

Uno. Empezaré quizá por la secuela última del caso. Esta jurisprudencia produce un importante trastocamiento de la forma de actuar del Tribunal. En el sistema del TEDH, habitualmente, se trata de acciones a posteriori pues, según el precepto determinante del Convenio, el artículo 34, se precisa que haya una *víctima* de una violación, no siendo en principio una jurisdicción preventiva: para que actúe el Tribunal tiene que haberse producido ya la infracción. Pero en caso de las *expulsiones*, si no se procede previamente, se asistiría impasible a la producción de los efectos no queridos, es decir, ya nada se podría hacer prácticamente, de ahí que la jurisprudencia haya normalizado este significativo cambio de criterio.

Dos. El presente caso sigue confirmado una destacada trayectoria que el Tribunal *inventó*, y luego desarrolló con todo cuidado, y que se había iniciado con la citada sentencia «Soering c. Reino Unido», en un supuesto con grandes similitudes, si no en cuanto al contenido —la participación en un doble asesinato—, sí al menos en cuanto a los efectos: de producirse la extradición de Soering a Estados Unidos —lugar del crimen—, se exponía a una condena a muerte con probable ejecución. Recuerdo con gusto que aquel caso tan novedoso fue propagado entre nosotros por el profesor García de Enterría que, entre otras cosas, sería un entusiasta de las medidas cautelares. Luego han seguido no pocos asuntos interesantes, en diversas circunstancias, revalidándose el significado del artículo 3 del Convenio. La línea jurisprudencial ha tenido especial trascendencia pues la regla ha sido codificada en el artículo 19 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, con el significativo rótulo de «Protección en caso de devolución, expulsión y extradición». Su apartado 2 dispone, siguiendo de lleno la doctrina del TEDH, «Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a torturas o a otras penas o tratos inhumanos y degradantes». Contando con que las «Explicaciones» que complementan la aplicación de la Carta, reconocen explícitamente que el precepto proviene de la doctrina del TEDH. Es decir, pura jurisprudencia que se convierte en norma<sup>(12)</sup>. Es así como, de acuerdo con la sensibilidad de los tiempos, tan presente el fenómeno de la globalización y la idea de propagación de los derechos humanos, se dicta esta regla, que vincula a los Estados de la Unión, pero que está pensada para favorecer directamente a ciudadanos extranjeros.

---

(12) Recuérdese como los redactores de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea dejaron testimonio de reconocimiento a los dos Tribunales Europeos, cuando en el párrafo quinto del preámbulo recalcan que los derechos que la Carta reafirma emanan, entre otras fuentes, «de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».



Tres. Se decía que ante la firme línea doctrinal del Tribunal Europeo en cuanto al fondo, el quid del caso iba a radicar en la concreta situación fáctica. Pues bien, otra característica de la sentencia es la de comprobar como el Tribunal, aplicando las más conocidas técnicas del «Conseil d'Etat» y, ahora, de todos los Tribunales administrativos, ha llevado a cabo un riguroso *control de los hechos determinantes*, lo que le induciría a rectificar a las autoridades francesas, estimando desacertada su valoración.

Cuatro. No dejaré pasar la ocasión sin recalcar la aplicación decidida de la decisiva institución de las medidas cautelares, que el Tribunal utiliza certeramente en las situaciones necesarias. La medida conoció una aplicación espectacular, por su sorpresa inicial, en el supuesto «Soering», y el Tribunal seguiría usándola en las ocasiones delicadas. No estaba prevista en el Convenio, ni después se ha llevado a él, pero sí ha sido incluida en el artículo 39 del Reglamento del Tribunal. El presente caso acredita la utilidad de la medida, pues de no *detenerse* la expulsión, apenas de nada habría servido lo que pudiera decir el Tribunal. Y se observa la diligencia con que se pone en marcha: el mismo día que el TEDH recibió la demanda, el Presidente de la Sala correspondiente se dirigió al Gobierno francés, para que paralizara la expulsión (p. 16). Del mismo modo que el fallo puntualiza (punto tercero), que se insista en instar al Gobierno que se mantenga la suspensión de la expulsión mientras la sentencia no sea definitiva.

Cinco. Se ha tratado del artículo 3 del Convenio, y ello me lleva a una constatación que puede parecer paradójica en un trabajo sobre la libertad religiosa: en la sentencia comentada no hay mención alguna al artículo 9 CEDH ni, en concreto, a la libertad religiosa. En efecto, lo único que se le planteó al Tribunal Europeo era si Francia actuaba correctamente expulsando a N.K. Pero no me cabe ninguna duda de que esta sentencia encaja de pleno derecho en el repertorio de casos referentes a la libertad de conciencia. En efecto, el litigio arranca de una genuina muestra de ejercicio de la libertad de conciencia, desde las amplias oportunidades que ofrecen, el artículo 18 DUDH y su equivalente artículo 9 CEDH, entre las cuales figura, con señero perfil propio, como se destacó, «la libertad de cambiar de religión o de convicciones». Toda la parte dedicada a la exposición de los hechos en Paquistán es testimonio evidente de la opción religiosa y de las nocivas consecuencias que de la misma se han hecho derivar.

Seis. Destacaré también que resulta muy importante que una sentencia del TEDH recoja directamente el testimonio de la forma de actuar habitual en Paquistán, tanto de la familia como de las autoridades, cuando una persona cambia de religión, para abandonar las creencias y optar por la religión ahmadia. Hechos, que como el propio Tribunal acentúa, tienen visos de veracidad, como se deduce tanto de las afirmaciones del recurrente como de la documentación que aporta. Lo que no puede por menos de evocarnos la dura realidad de no pocos países.

Siete. Terminaré por eso recalcando la conclusión principal a que nos conduce la exposición del presente caso. La experiencia de vivir en un mundo globalizado, donde todo queda próximo, pone a la vista la fragilidad real de algo tan importante como la libertad de conciencia, cuyo ejercicio en una determinada dirección puede dar lugar a los horrores que se describen en el caso. Volviendo al comienzo, y recordando el rico espacio de justicia y libertad que hoy se vive con normalidad en Europa —lejanos, aunque no olvidados, los horrores de antaño—, así como la generalizada situación de tolerancia de América, ello me lleva a hacer una enérgica llamada para que nos conciencemos de la gran relevancia de la libertad de conciencia y asumamos las posibles

conductas positivas para defenderla a lo largo del ancho mundo. Importante es la batalla de la opinión, aunque habría que ir más allá, y pensando como dilapidamos tiempo y energías con tantas reivindicaciones estériles o secundarias que entretienen a nuestras sociedades en el día a día, me parecería decisivo que instemos a nuestros gobernantes, de España sin duda, pero también de la Unión Europea (13), a ser beligerantes en el tema de intentar hallar soluciones frente a la intransigencia. Donde la exigencia de reciprocidad puede resultar muy positiva. Serio compromiso, que aguarda a los jóvenes, llamados a diseñar el mundo futuro, pero no menos a la población adulta, que si quiere puede hacer valer el peso de su opinión y de su experiencia. Se trata, obviamente, de una llamada en pro de la libertad de conciencia, como valor general, solidario y tan positivo, con independencia de cuales sean las creencias de cada uno, no en balde se presenta como una de las grandes aspiraciones de todos los tiempos. El recuerdo de cuando carecíamos de ella, podrá servir de acicate, sin duda, para, agradecidos, pensar en los que no la disfrutaron.

Redes, 10 de agosto de 2014

Trabajo recibido el 17 de agosto de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

---

(13) Me gusta recordar que la Unión Europea, además de preocuparse por la exportación de mercancías y servicios, debería esforzarse por propagar uno de sus símbolos más valiosos, la Carta de Derechos Fundamentales.

**LABURPENA:** Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren duela gutxiko bi ebazpenek erakutsi dute kultura ezberdinen ezaugarriek erlijio-askatasuna mugatu dezaketela. Alde bate-tik, Holandako talde erlijioso baten kasua dugu. Brasildik jasotako ohitura baten eraginez, gurtzaren ekintza garrantzitsuenetako bat substantzia haluzinogeno baten kontsumoa da, drogen aurkako legediak berariaz debekatzen duena. Bestetik, erlijio sunita Ahmadiyya fe-deagatik aldatzearen ondorioz jazarpena jasaten duen pakistandarraren kasua dugu. Bere herrialdetik ihes egin eta Frantzia babesa eskatu behar izan du, jakinik Pakistanera itzul-tzera behartzen badute, tratu txarrak jasotzeko arriskuan egongo dela.

**HITZ GAKOAK:** Babesa. Erlijioa aldatzea. Ahmadiyya erlijioa. Kultuan substantzia halu-zinogenoak kontsumitzea. Lege neutralak. Erlijio askatasuna. Sunitak. Tortura eta tratu txar-rak. Giza Eskubideen Europako Auzitegia.

**RESUMEN:** Dos recientes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ilus-tran acerca de cómo la influencia de las peculiaridades de distintas culturas puede afectar al ejercicio de la libertad religiosa. Uno de los supuestos, ofrece el caso de un grupo reli-gioso establecido en Holanda y que, por influencia brasileña, considera como uno de los más importantes actos del culto el consumo de una sustancia alucinógena que está expre-samente prohibida por la legislación antidroga. El otro caso contempla las persecuciones de que es objeto en Paquistán un sunita por cambiar de religión y pasar a profesar la fe ah-madia. Hasta el punto de tener que escapar del país, lo que le lleva a refugiarse en Francia, donde pedirá asilo. Con el riesgo de que, si es expulsado a su país, se expone a ser objeto de malos tratos.

**PALABRAS CLAVE:** Asilo. Cambio de religión. Confesión Ahmadia. Consumo de sus-tancias alucinógenas como acto de culto. Leyes neutrales. Libertad religiosa. Sunitas. Tor-tura y tratos inhumanos. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

**ABSTRACT:** Two recent decisions by the European Court of Human Rights show how the influence of the peculiarities of different cultures can have an impact in the exercise of the religious freedom. One of the cases offers the case of a religious group in Holland and that due to Brazilian influence considers one of its more important worshipping acts the use of one hallucinogenic substance totally barred by the antidrug legislation. The other case considers the prosecutions suffered by a sunni in Pakistan for having changed religion and been practicing the ahmadian faith. To the point of eventually escaping from the country which brings him to look for shelter in France where he will ask for asylum. There is the risk that if he is expelled to his country it might be exposed to abuses.

**KEYWORDS:** Asylum. Change of Religion. Ahmadian confession. Use of hallucinogenic substances as a worshipping act. Neutral Acts. Religious freedoms. Sunnis. Torture and inhuman treatments. European Court of Human Rights.



# La propiedad intelectual generada por la investigación universitaria. Un nuevo marco normativo

Reyes Marzal Raga

**Sumario:** I. Introducción.—II. La universidad como titular de los derechos de explotación de la propiedad intelectual. II.1. El nuevo marco normativo. II.2. La titularidad de la Universidad, por atribución de la ley, de los derechos de explotación de la propiedad intelectual. II.3. La adquisición de la titularidad *ope legis*. A) La investigación universitaria como objeto de la titularidad de los derechos de explotación. B) La investigación surgida como consecuencia del desempeño de las funciones propias del personal al servicio de la Universidad.—III. El régimen jurídico de los derechos de explotación de la propiedad intelectual producida en el seno de la Universidad. III.1. La consideración de bienes patrimoniales de las Universidades públicas. III.2. El reconocimiento del derecho de participación en los beneficios generados por la explotación de los resultados a favor de los profesores-investigadores.—IV. Conclusiones.

## I. Introducción

La edición de un número especial de la Revista Vasca de Administración Pública en homenaje a dos maestros del Derecho administrativo como son los profesores Lopera Rota y Martín Mateo nos ofrece una inmejorable ocasión para la reflexión sobre la titularidad de los derechos de explotación de la investigación universitaria.

Las modificaciones legislativas que introdujeron la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades pueden suponer un significativo giro para la investigación desarrollada por el personal docente e investigador. En esencia, como tendremos ocasión de exponer, tales cambios atribuyen a la Universidad, por ministerio de la ley, la titularidad de los derechos de explotación de la propiedad intelectual surgida en el seno de la Universidad y fijan un régimen propio para tales bienes inmateriales, en su consideración de bienes patrimoniales, que precisan de nuevos enfoques en la gestión de la investigación.

## II. La Universidad como titular de los derechos de explotación de la propiedad intelectual

### II.1. El nuevo marco normativo

Los cambios normativos introducidos en materia de propiedad intelectual han afectado significativamente a la titularidad de los derechos de explotación de la propiedad intelectual, en especial de aquellos que nacen de la investigación desarrollada en el seno de la Universidad española.

El punto de partida se encuentra en la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), que sitúa a las Universidades públicas en el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a la «Transferencia de resultados en la actividad investigadora» y extiende sus previsiones a los resultados de las actividades de investigación realizadas como consecuencia del desarrollo de las funciones propias del personal investigador, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica por la que estén vinculados (artículo 53), así como que «los derechos de explotación relativos a la propiedad intelectual corresponderán a las Universidades en que el autor haya desarrollado una relación de servicios, en los términos y con el alcance previsto en la legislación sobre propiedad intelectual» (artículo 54).

En coherencia con estos pronunciamientos, la Disposición Final tercera de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación introdujo ciertas modificaciones en el artículo 80.5 de la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades (LOU) que ahora dispone que «formarán parte del patrimonio de la Universidad los derechos (...) de propiedad intelectual de los que ésta sea titular como consecuencia del desempeño por el personal de la Universidad de las funciones que les son propias». El precepto termina declarando que la administración y gestión de dichos bienes se ajustará a lo previsto a tal efecto en la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, y dicha ley prevé la sujeción al Derecho privado para las transmisiones y los contratos relativos a la propiedad intelectual, sin perjuicio de la libertad de pactos y de la normativa propia de cada Comunidad Autónoma (artículo 36 in fine).

Corolario de esta titularidad de los derechos de explotación de la propiedad intelectual a favor de la Universidad son los derechos que la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación concede a los investigadores, en concreto el derecho moral a ser reconocidos como autores (artículo 14. 1, apartado c) y el derecho de participación en los beneficios generados por la explotación de los resultados de investigación a que se refiere el artículo 14.1, apartado i).

Para la concreción de este último derecho de naturaleza patrimonial y bajo el título «Compensación económica por obras de carácter intelectual», la Disposición Adicional decimonovena de la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación dispone que «en los casos en que los derechos de explotación de la obra de carácter intelectual creada correspondan a un centro público de investigación, el personal dedicado a la investigación tendrá derecho a una compensación económica en atención a los resultados de la producción y explotación de la obra, que se fijará en atención a la importancia comercial de aquella y teniendo en cuenta las aportaciones propias del empleado. Las modalidades y cuantía de la participación del personal investigador de los centros públicos de investigación en los beneficios serán establecidas por el

Gobierno, las Comunidades Autónomas o las Universidades, atendiendo a las características concretas de cada centro de investigación. Dicha participación en los beneficios no tendrá en ningún caso la consideración de una retribución o salario para el personal investigador».

El marco normativo puede verse modificado en cierto modo si finalmente se aprueba el Proyecto de Ley para la modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil; pendiente hoy de tramitación parlamentaria, en el que se mantiene la titularidad de los derechos de explotación de la investigación en favor de la Universidad sin perjuicio de otras modificaciones en el régimen de propiedad intelectual a las que haremos referencia en la medida en que la exposición lo requiera (1).

## **II.2. La titularidad de la Universidad, por atribución de la Ley, de los derechos de explotación de la propiedad intelectual**

El marco jurídico que se ha expuesto —adoptado curiosamente sin controversia en el debate parlamentario (2)— introduce un importante cambio en el régimen de la propiedad intelectual surgida de la investigación universitaria que, no obstante, ya se reconocía en el artículo 20.2 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes respecto de las invenciones realizadas por los profesores como consecuencia de su función investigadora en la Universidad (3); y lo cierto es que, salvando las distancias entre los derechos de autor y las invenciones de acuerdo con nuestra tradición, de algún modo estos cambios normativos vienen a igualar los regímenes de propiedad intelectual e industrial generada por la investigación universitaria, con el alcance que se dirá.

En esencia, se fija el régimen de la titularidad y gestión de los derechos de explotación de la propiedad intelectual surgidos como resultado de las actividades de investigación, desarrollo e innovación realizadas por los investigadores universitarios que, en la consideración de bienes patrimoniales, corresponden a la Universidad donde realicen su actividad; siempre que tales derechos de propiedad sean consecuencia

---

(1) Véase el Proyecto de Ley n.º 121/000081, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (*Boletín de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados de 21 de febrero de 2014).

(2) Véase el debate parlamentario sobre la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación recogido en el *Diario de sesiones del Congreso de los Diputados* n.º 201, de 28 de octubre de 2010; y adviértase la ausencia de discusión sobre el contenido de las modificaciones introducidas en la titularidad de la propiedad intelectual de la investigación realizada en el seno de las Universidades.

(3) Alicia ARROYO APARICIO, «Titularidad y protección de las invenciones de origen académico», en *Régimen jurídico de la transferencia de resultados de investigación. De la Ley Orgánica de Universidades a la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación*, Carlos VARGAS VASSEROT (Dir.), La Ley, 2012, pp. 107-146, señala las singularidades de las invenciones universitarias aun con ciertos elementos comunes con las invenciones laborales de servicio absolutas. En concreto se comparte el reconocimiento al profesor universitario, autor del invento, de un derecho a participar en los beneficios que obtenga la Universidad con la explotación y también la participación de la Universidad en los beneficios cuando ceda la titularidad al profesor, de acuerdo con las cantidades que fijen los correspondientes Estatutos universitarios.

del desempeño de las funciones que les son propias y con independencia de la vinculación jurídica que les una con la correspondiente Universidad.

A nuestro modo de ver, éste es el sentido que ha de darse al nuevo marco normativo, de acuerdo con la interpretación literal de los preceptos transcritos —que es el primero de los criterios hermenéuticos establecidos en el artículo 3.1 del Código Civil— sin perjuicio de otros argumentos de mayor calado que desde el Derecho público pueden reforzar esta posición y a los que haremos referencia más adelante. No obstante, el alcance de estas disposiciones no es cuestión pacífica y la doctrina iusprivatista, en su mayoría, sostiene una interpretación contraria a la nuestra, negando la titularidad de los derechos de explotación en favor de la Universidad bien por la ausencia de una regla expresa (4) o de una remisión a la regulación en materia de propiedad intelectual (5), bien admitiendo sólo parcialmente esta posición respecto de la investigación generada por los investigadores contratados en régimen de Derecho laboral y no por los funcionarios (6); sin perjuicio de las aportaciones de algún autor que, de acuerdo con la normativa anterior se avanzaba a la posición que ahora sostenemos recurriendo a una interpretación analógica y extensiva del artículo 20.1 de la

(4) Así se pronuncia Juan José MARÍN LÓPEZ, «Universidades y Derechos de Autor», *Ars Iuris Salmanticensis, Tribuna de Actualidad*, Vol. 1, 19-26 de diciembre de 2013, pp. 19-20, para quien no existe en el nuevo marco ninguna regla que atribuya a la Universidad derecho de autor alguno sobre las obras creadas por sus profesores en el desarrollo de sus funciones de investigación y a lo máximo que se ha llegado es a obligar al autor a publicar una versión digital de sus artículos de investigación —no monografías— siempre que concurra el requisito de que la actividad investigadora (más precisamente: la actividad investigadora en cuyo seno se haya producido la elaboración del artículo en cuestión) esté financiada mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado. Termina el autor afirmando que no debería irse más allá, pues las razones que fundamentan el artículo 20.2 de la Ley de Patentes para las «invenciones» no son trasladables *tout court* a las «creaciones» protegidas por derechos de propiedad intelectual. La única excepción a lo anterior se predica de los profesores que estén ligados a la Universidad con un contrato de trabajo, ya que respecto de ellos rige la presunción de cesión de los derechos patrimoniales en los casos y con los requisitos previstos en el artículo 51 de la Ley de Propiedad Intelectual.

(5) Esta es la posición de María Cruz MAYORGA TOLEDANO, «La titularidad de las publicaciones científicas y manuales universitarios. Acceso abierto *versus* derecho de autoría», en *Régimen jurídico de la transferencia de resultados de investigación. De la Ley Orgánica de Universidades...*, *op. cit.*, pp. 181-184. La autora descarta una interpretación literal de las modificaciones introducidas por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible y por la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación que, a su juicio, tienen como único objetivo despejar las dudas sobre la aplicación de la legislación en materia de propiedad intelectual, respecto de la adquisición de la titularidad de los derechos de explotación y no atribuir *ope legis* la titularidad a la Universidad.

(6) Así se pronuncia Victoria PETIT LAVALL, «Autoría y titularidad de los derechos de explotación relativos a la propiedad intelectual. Especial referencia al caso del software», en *Régimen jurídico de la transferencia de resultados de investigación. De la Ley Orgánica de Universidades...*, *op. cit.*, pp. 147-172, para quien la adquisición *ope legis* de la titularidad de los derechos de explotación de la investigación en favor de la Universidad sólo se produce respecto de los profesores contratados en régimen de Derecho laboral (ayudantes, ayudantes doctores...) y no de los funcionarios pertenecientes a los cuerpos docentes universitarios ni del personal de administración y servicios, sea contratado o laboral. La autora sostiene esta posición en interpretación de los artículos 51 y 97.4 TRLPI por referencia al concepto de «trabajador asalariado», lo que supone que entre el autor y el empresario (empleador) ha de existir un contrato de trabajo y consiguientemente una relación de dependencia o subordinación.

Esta misma distinción recoge Tomás VÁZQUEZ LÉPINETTE, *La cotitularidad de los bienes inmateriales*, Tirant lo blanc, 1996, pp. 146-147 por referencia a la doctrina alemana en la medida en que de aplicar este régimen a los profesores funcionarios se vería afectada la libertad de cátedra, apunta el autor. Y por motivos distintos, respecto del derecho francés, porque existe «un uso consolidado» —que es la expresión utilizada por el citado autor— que excluye a los profesores del régimen ordinario de los funcionarios y que más tarde fue reconocido por la circular del Ministerio de Educación francés de 4 de febrero de 1974.



Ley de Patentes, que asimila a funcionarios y los asalariados a los efectos de determinar quién es el titular de una invención de servicio (7).

La interpretación literal de los citados preceptos, por la claridad de su dicción, sería suficiente para sostener la posición que hemos avanzado, de la que resultaría un cambio en la titularidad de los derechos de explotación de la propiedad intelectual generada por la investigación universitaria; sin que a ello pudiera oponerse la conformación de estos derechos contenida en el TRLPI en su condición de ley especial (8), pues es el propio texto legislativo el que tras reconocer que «la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación» (artículo 1 TRLPI) y que dicha propiedad «está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra», admite que la ley establezca ciertas limitaciones a dicho contenido (artículo 2 TRLPI).

La reserva de ley se ofrece así como título habilitante para el establecimiento de limitaciones en el contenido del derecho de propiedad intelectual atribuido al autor intelectual con el alcance que fija el TRLPI, lo cual se materializa ahora a través de las modificaciones legislativas que la Ley 2/2011, de Economía Sostenible y la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación han introducido en el propio TRLPI y en la LOU. En este sentido, la adquisición de los derechos de explotación de la propiedad intelectual por la Universidad es uno de los supuestos de adquisición de bienes por atribución de la Ley que, en el caso de las Universidades públicas, se reconoce en el artículo 15 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP); sin perjuicio de que puedan adquirirse por cualquier otro modo, a título gratuito u oneroso.

No obstante, en refuerzo de la literalidad normativa que autoriza la reserva de ley podemos sostener otros argumentos de mayor calado, a los que nos referimos en el apartado siguiente, capaces de justificar la titularidad de los derechos de explotación de la investigación universitaria en favor de la Universidad, no para igualar el nuevo régimen al derecho de patentes sino para posicionar en sus justos términos la misión que la Universidad debe cumplir como garante del servicio público de la educación superior, entre cuyas funciones se encuentran la creación, desarrollo, transmisión y crítica de la ciencia (artículo 1 LOU).

---

(7) Tomás VÁZQUEZ LÉPINETTE, *La cotitularidad de los bienes...*, op. cit., p. 148, anticipa lo que la nueva regulación ha introducido recurriendo para ello a una interpretación analógica entre propiedad intelectual y derecho de patentes desde un enfoque subjetivo que permite asimilar a los funcionarios y a los asalariados. También ofrece algunas referencias a la posible analogía entre el contrato de trabajo dependiente y el contrato de arrendamiento de servicios a que se refiere el artículo 15 de la Ley de Patentes, si bien matizando que el contrato por el que se encarga la realización de una obra literaria, artística o científica es un contrato de arrendamiento de obra, y el contrato por el que se encarga la realización de una invención patentable sólo puede ser un contrato de arrendamiento de servicios (pp. 149-150).

(8) En contra se manifiesta Jesús OLAVARRÍA IGLESIA, «Propiedad intelectual de la producción académica» en *Propietat intel·lectual de la producció acadèmica*, Seminari Interdepartamental de la Facultat de Dret de la Universitat de València celebrado el 27 de septiembre de 2013, [www.uv.es/seminaridret/](http://www.uv.es/seminaridret/) (consulta septiembre de 2014), quien contraponen los apartados 1 y 2 del artículo 54 de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, referidos a la propiedad industrial y a la propiedad intelectual respectivamente con un distinto alcance en tanto que el apartado 2 no hace una atribución directa de la titularidad sino «en los términos» que diga el TRLPI, de los que en modo alguno resulta la titularidad de la Universidad respecto de la investigación generada por sus profesores. El autor sostiene que el sentido de la reforma es hacer más visible la investigación y no atribuir derechos de explotación a la Universidad.

### II.3. La adquisición de la titularidad ope legis

La adquisición de los derechos de explotación de la propiedad intelectual a favor de la Universidad por ministerio de la ley requiere de ciertos presupuestos como son la fijación del propio concepto de investigación universitaria y la posición que el investigador ocupa respecto de la Universidad en que presta sus servicios.

#### A) LA INVESTIGACIÓN UNIVERSITARIA COMO OBJETO DE LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN

La investigación científica es una función esencial de la Universidad, que deriva de su papel clave en la generación de conocimiento y su capacidad de estimular y generar pensamiento crítico (artículo 39 LOU). Para la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, la investigación —por referencia a la tarea que debe desarrollar el personal investigador— es aquel trabajo creativo realizado de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, incluidos los relativos al ser humano, la cultura y la sociedad, así como el uso de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones, su transferencia y divulgación (artículo 13.1) (9). Bajo este concepto son muchos y cambiantes los ámbitos sobre los que puede proyectarse la investigación universitaria (fundamental o básica, aplicada, experimental ...) (10) y en todos ellos el elemento esencial para el derecho de la propiedad intelectual es que se trata de una creación original, cualquiera que sea el soporte en que se produzca; y lo que quizá pueda igualar todas estas modalidades de investigación es que el creador (profesor-investigador, en este caso) asume una obligación de medios —de proceso— y no de resultado lo que, desde la perspectiva del derecho de autor, tiene algunas consecuencias importantes como por ejemplo la disponibilidad sobre el nacimiento del propio derecho, que se reserva el autor (profesor-investigador) en tanto que decide el momento en que la investigación verá la luz (lo cual no ha de ser incompatible con el derecho-deber de investigar que asume) y que encuentra toda su justificación en la medida en que puede verse afectado su prestigio profesional como manifestación del derecho moral de autor, aunque el control del autor sobre el aspecto material no parece que pueda llegar hasta el punto de impedir la explotación de la investigación en la medida en que el artículo 44 CE reconoce a la ciudadanía el derecho de acceso a la cultura (11).

(9) Otras regulaciones sectoriales reiteran la idea de que la investigación es un pilar de la Universidad. Véase, por ejemplo, la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica, cuyo preámbulo comienza declarando que la investigación biomédica y en ciencias de la salud es un instrumento clave para mejorar la calidad y la expectativa de vida de los ciudadanos y para aumentar su bienestar.

(10) Para la Ley 2/2009, de 4 de abril, de Coordinación del sistema valenciano de investigación científica, la investigación básica consiste en trabajos originales, experimentales o teóricos, que se emprenden principalmente para obtener nuevos conocimientos sobre los fundamentos de los fenómenos y de los hechos observables, sin estar dirigida a una aplicación o utilización determinada. Se caracteriza por la forma de evaluación de su calidad e interés por investigadores del mismo nivel y especialidad científica. Por su parte, la investigación aplicada: también consiste en trabajos originales emprendidos con la finalidad de adquirir nuevos conocimientos. Sin embargo, está dirigida fundamentalmente hacia un objetivo práctico específico. Se evalúa por el logro de los objetivos previstos de interés industrial, social o económico (artículo 2).

(11) Andrés BOIX PALOP, «Derechos de autor en el ámbito comunicativo», en *Derecho de la comunicación*, Emilio GUICHOT (Coord.), Iustel, 2013, pp. 270-271.

En esta dirección, pues, lo que ahora interesa resaltar es que la Universidad sólo adquiere *ope legis* los derechos de explotación de la propiedad intelectual generada por la investigación, sean derechos exclusivos o de remuneración<sup>(12)</sup>, y que la nueva titularidad de estos derechos exige de inicio la identificación de los bienes (productos de la investigación) que en su condición de bienes inmateriales se han de integrar en su patrimonio. A tal fin, urge la elaboración de un catálogo o inventario de todos y cada uno de los bienes en el que consten la descripción del derecho y las facultades que se adquieren sobre el mismo (reproducción, comunicación ...), porque sólo si la Universidad conoce el repertorio o catálogo de obras podrá ejercer las potestades que esta titularidad le confiere frente a terceros y también frente a los profesores-investigadores autores de la investigación.

Se trata de una tarea que hasta la fecha no se ha planteado ninguna Universidad, y que sin duda debe afrontarse con valentía, dada la ingente cantidad de producción investigadora que se genera (calculada en más de 130.000 autores)<sup>(13)</sup> y la variedad de la misma; pero también porque se exige un cambio de mentalidad en la institución y en los profesores, que ahora pierden unos derechos que hasta la fecha ostentaban de acuerdo con el artículo 17 del TRLPI y ello, sin duda, precisa de un nuevo enfoque en la gestión de la investigación universitaria y en algunos aspectos del régimen de personal a su servicio.

Sobre la gestión, se precisan criterios sólidos en la definición de cuáles han de ser los productos de la investigación universitaria que generen derechos de explotación. Sin duda, han de admitirse sin discusión las creaciones científicas que se traducen en monografías especializadas así como los artículos y otras publicaciones que, por su proceso de admisión (evaluación externa por pares, publicación en editoriales de prestigio ...) garantizan un nivel científico contrastado. No obstante, se han de excluir otros productos como por ejemplo los manuales universitarios —que no se valoran

---

(12) Como sabemos, los derechos de explotación o derechos patrimoniales conceden a sus titulares el monopolio exclusivo sobre la explotación de su obra, de modo que pueden autorizar o prohibir cualquier acto de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de sus obras y exigir, además, una retribución económica por cualquiera de estas formas de explotación, salvo en las limitaciones que la ley establece. El alcance de estos actos queda bien acotado en el TRLPI por referencia a los derechos de reproducción, definidos como la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella de modo que permita su comunicación o la obtención de copias (artículo 18); a los derechos de distribución o puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma (artículo 19); a los derechos de comunicación pública o acto por el cual una pluralidad de personas pueda tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas (artículo 20) y a los derechos de transformación o actos de traducción, adaptación y cualquier otra modificación de una obra en su forma de la que se derive una obra diferente (artículo 20).

(13) Según sostiene la CRUE, a propósito del litigio promovido por CEDRO contra algunas Universidades (que ha sido resuelto a su favor), hay más de 130.000 autores generando propiedad intelectual en el seno de la Universidad.

Véanse la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 8 de Barcelona, de 2 de septiembre de 2013 (Juicio Ordinario 521/2009) que enfrentaba a la Universitat de Barcelona con el Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO) sobre la gestión de los derechos de reproducción de las obras universitarias y de la puesta a disposición de los alumnos y público en general de obras protegidas a través del campus virtual de la Universidad sin la correspondiente autorización. Y también la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Barcelona, de 2 de mayo de 2013 (Juicio Ordinario 303/2012-A) respecto de la Universitat Autònoma de Barcelona. Mucho antes, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 2 de diciembre de 1998 (rec. n.º 136/1998) estimaba la demanda de CEDRO contra la Universidad de Zaragoza por actos de reprografía no autorizados. En la actualidad está pendiente la demanda presentada contra la Universidad Carlos III de Madrid.

como investigación sino como docencia— y por tanto no deben generar estos nuevos derechos de explotación en favor de la Universidad aunque en este punto se produce una situación paradójica y es que la publicación de artículos en revistas no produce un rendimiento económico sustancial, como por el contrario suele ocurrir con los manuales y demás material didáctico, lo que puede afectar al beneficio que genere el derecho de explotación (14).

Tampoco son investigación las publicaciones en medios no especializados, en la medida en que no se cumple una labor científica sino de difusión y acercamiento a la sociedad en general, que también es una misión de la Universidad española (artículo 1.2 LOU) pero con una finalidad distinta de la investigadora. Y lo mismo ha de decirse respecto de las actividades sujetas a propiedad industrial, que siguen su propio régimen, aun con muchas similitudes con la propiedad intelectual.

Lo que con todo ello pretendemos es mostrar la dificultad de este nuevo marco normativo, que comienza ya desde la propia definición de cuál es el ámbito objetivo sobre el que se proyecta la investigación universitaria.

## **B) LA INVESTIGACIÓN SURGIDA COMO CONSECUENCIA DEL DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES PROPIAS DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LA UNIVERSIDAD**

También la titularidad ex lege de los derechos de explotación relativos a la propiedad intelectual a favor de la Universidad requiere, de inicio, identificar cuáles son (y cuáles no) las actividades desarrolladas por los profesores-investigadores como consecuencia de su vinculación con la Universidad que pueden ser susceptibles de generar tales derechos; si bien hemos de resaltar que la litigiosidad que pudiera suscitar la determinación del alcance de la titularidad es en todo caso cuestión atribuida al orden jurisdicción civil o mercantil.

De acuerdo con el marco normativo expuesto, es clara la exigencia de que el autor mantenga una relación de servicio con la Universidad y que la investigación se genere como consecuencia de las funciones que le son propias (artículos 53 y 54 LES). A nuestro parecer, son dos requisitos que han de apreciarse acumulativamente porque tan importante es la relación de servicio (que puede darse en todas las figuras de profesorado que contempla la LOU y las correspondientes legislaciones autonómicas respecto de los profesores en régimen de derecho laboral y otras tipologías contractua-

(14) Éste es un criterio coherente con la actuación que hasta la fecha desarrollan las Universidades, que no admiten los manuales universitarios en las Memorias de Investigación elaboradas anualmente por los distintos departamentos y centros universitarios. Lo que con ello queremos resaltar es que si la propia Universidad niega la condición de investigación a estos productos, lo lógico es que tampoco adquiera los derechos de explotación que el nuevo marco normativo concede a la investigación universitaria.

No obstante, la exclusión de los manuales universitarios como parte de la investigación, sin perjuicio de valorar su calidad a través de la publicación en editoriales de prestigio, a juicio de María Cruz MAYORGA TOLEDANO, «La titularidad de las publicaciones científicas y manuales universitario...», *op. cit.*, pp. 188-189, es una de las razones por las cuales se desincentiva esta tarea, en la medida en que tampoco la Disposición Adicional decimonovena LOU admite complementos retributivos, como bien destaca María Cruz MAYORGA TOLEDANO, «La titularidad de las publicaciones científicas y manuales universitario...», *op. cit.*, pp. 188-189. Sobre la formación como parte de la actividad universitaria que se nutre especialmente de la investigación, Celia SANCHEZ RAMOS, «Relación Universidad-empresa-Estado. La importancia de los grupos de investigación», en *Propiedad Industrial e intelectual de la obra científica. La protección*, Editorial Complutense, Madrid, 2008, p. 17.

les no profesoriales como por ejemplo el personal que presta servicios en centros del Sistema Nacional de Salud o vinculados o concertados con él) (15), como lo es que dicha relación incluya obligaciones de investigación, que son las únicas que generan el derecho de explotación de la propiedad intelectual a favor de la Universidad.

En efecto y sin necesidad de entrar en el detalle de las distintas figuras de profesorado universitario (16), lo determinante para establecer en qué casos la Universidad adquiere los derechos de explotación de la propiedad intelectual generada por la investigación universitaria no es tanto la naturaleza jurídica de la relación de servicio (contractual o funcional) (17) cuanto que el autor venga o no obligado a desarrollar tareas de investigación en el seno de la relación jurídica que le vincula con la Universidad, sin perjuicio de que éstas se compatibilicen o no con las funciones docentes; lo cual por otra parte no es una exigencia en todos los casos como bien demuestra el régimen del profesorado asociado cuando sólo asume obligaciones docentes, en cuyo caso, para que la titularidad de los derechos de explotación corresponda a la Universidad, deberá existir un pacto al respecto.

Como se ha dicho, no falta quien en interpretación del artículo 51 TRLPI sostiene una distinción en la adquisición de los derechos de explotación por parte de la Universidad, asentada en la relación contractual o funcional del investigador, de acuerdo con la cual sólo respecto de los primeros se produce la adquisición *ope legis* de los derechos de explotación en favor de la Universidad (18). A nuestro modo de ver, dicha posición se encuentra desenfocada en su argumentación pues en este caso el vínculo jurídico no se determina por las disposiciones del TRLPI (que sólo se refiere a trabajador asalariado) sino en la legislación universitaria (LOU, Ley de la ciencia, tecnología e innovación ...) y en la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) o regulación autonómica correspondiente que, para el caso de los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos de la función pública universitaria, les atribuye en unidad de acto las funciones docentes e investigadoras. Baste señalar la definición de los requisitos y condiciones de acceso a

---

(15) Véase, por ejemplo la Disposición Adicional cuarta de la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación al disponer que «el personal que preste servicios en centros del Sistema Nacional de Salud o vinculados o concertados con él que, junto a la actividad asistencial, desempeñe actividad investigadora, será considerado personal investigador a los efectos de lo establecido en el capítulo I, título II de esta ley, sin perjuicio de las condiciones de carrera y laborales que establezcan sus correspondientes regulaciones de trabajo».

(16) Con detalle, Belén MARINA JALVO, «Cuestiones esenciales del régimen jurídico del personal investigador al servicio de las Universidades públicas tras la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 30, mayo de 2012.

(17) En contra se manifiestan, como se ha dicho en las citas anteriores, algunos autores, que sólo admiten la titularidad respecto de los profesores en régimen de contrato laboral y no de los funcionarios.

(18) Sobre el alcance de la titularidad de los derechos de explotación por ministerio de la ley respecto del personal contratado, Victoria PETIT LAVALL, «Autoría y titularidad de los derechos de explotación relativos a la propiedad intelectual. Especial referencia al caso del software», *Régimen jurídico de la transferencia de resultados de investigación. De la Ley Orgánica de Universidades ...*, *op. cit.*, pp. 163, señala la exigencia de pacto expreso y escrito. Mayores dificultades encuentra la autora, siempre en relación con los programas de ordenador, respecto del personal funcionario (profesores titulares y catedráticos de Universidad) porque las cesiones legales del TRLPI son una excepción a la regla general del artículo 43 TRLPI, y la propia ley omite toda referencia a los funcionarios, además de que la posibilidad de pacto en contrario prevista por el artículo 97.4 TRLPI no es posible para este colectivo (p. 164).

Véase también la posición de Jesús OLAVARRÍA IGLESIA, «Propiedad intelectual de la producción académica» en *Propiedad intelectual...*, *op. cit.* (consulta septiembre de 2014).

los distintos Cuerpos, que no son otra cosa que un reflejo de que la simultánea combinación entre docencia e investigación es una característica inherente a dichos profesores (artículo 39), así como el reconocimiento de la investigación y docencia como un derecho-deber del profesorado universitario (artículo 40 LOU) (19) y del personal investigador a que se refiere la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (artículo 13.1), sin distinción por razón del vínculo laboral o funcional. En definitiva, al menos respecto de los profesores-investigadores al servicio de la Universidad (quizá no tanto de quienes pertenecen a los OPI), la unión docencia-investigación es un binomio indisoluble (20), cosa que por ejemplo no ocurre respecto de otras tareas desarrolladas igualmente por los investigadores universitarios como pueden ser las vinculadas a la gestión universitaria (cargos y responsabilidades académicas dentro y fuera de la Universidad).

Sentado lo anterior, un segundo requisito acumulativo es que la propiedad intelectual generada ha de ser consecuencia del desempeño por el personal de la Universidad de las funciones «que les son propias», dirá el artículo 80.5 LOU; lo cual refuerza nuestra posición sobre la nueva titularidad de los derechos de explotación en favor de la Universidad (21) en la medida en que la actividad investigadora se realiza

(19) Conforme al artículo 40 LOU, la investigación es un derecho y un deber del personal docente e investigador de las Universidades, de acuerdo con los fines generales de la Universidad y dentro de los límites establecidos por el ordenamiento jurídico; y también será criterio relevante para determinar su eficiencia en el desarrollo de su actividad profesional. La investigación se llevará a cabo principalmente en grupos de investigación, Departamentos e Institutos Universitarios de Investigación, sin perjuicio de la libre creación y organización por las Universidades de las estructuras que las mismas determinen para su desarrollo y de la libre investigación individual.

(20) La importancia de la función investigadora o libertad del científico como manifestación de la autonomía universitaria se analiza por Eduardo GARCÍA DE ENTERRIA, «La autonomía universitaria», *Revista de Administración Pública*, n.º 117, 1988, pp. 11-13.

La necesaria vinculación entre enseñanza e investigación o estudio como algo específico de la Universidad se ha destacado por Tomás Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La autonomía universitaria. Ámbito y límites*, Civitas, Madrid, 1982, p. 46, al señalar que «aquí radica el por qué siempre, bajo cualquier régimen y sistema organizativo, salvo excepciones de imposición totalitaria sostenida con firmeza, ha sido consustancial a la Universidad la autonomía como expresión de la libertad académica». En la Universidad se enseña porque se investiga, ya que una cosa es «dar clase», para lo cual es evidente que no se precisa de la investigación, y otra es enseñar, actividad esta última en la que la labor investigadora del docente resulta esencial para dar cumplimiento a su fin: «Lo específico de la Universidad, y lo que la distingue y diferencia de las demás instituciones integrantes del sistema educativo, es que en ella es donde se hace la Ciencia buena o mala, de un país». En esta misma dirección, Juan Manuel DEL VALLE PASCUAL y José Ramón CHAVES GARCÍA, «Un enfoque jurídico sobre la investigación universitaria», *Actualidad Administrativa*, n.º 56, 1998, p. 37, apuntan que la investigación es lo único que diferencia a la Universidad de un Instituto de Enseñanza Media.

Con una referencia a las distintas intervenciones gubernamentales, José Luis PIÑAR MAÑAS, «El sistema institucional de investigación científica y la Universidad. Una aproximación al modelo español», *Revista de Administración Pública*, n.º 118, 1989, pp. 137-144. Véase también José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «Libertad científica y organización universitaria», *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.º 13, 1977, p. 215; y Miriam CUETO PÉREZ, «Régimen jurídico de la investigación en la Universidad: Novedades de la LOU», *Revista de Administración Pública*, n.º 161, 2003, pp. 479-512, quien insiste en que docencia e investigación constituyen un binomio indisoluble en el ámbito universitario. La autora analiza el tema con mayor amplitud en *Régimen jurídico de la investigación científica: la labor investigadora en la Universidad*, Editorial CEDECS, Barcelona, 2002. Un estudio histórico, en Emilio DE LA CRUZ AGUILAR, *Lecciones de Historia de las Universidades*, Civitas, 1987, pp. 57 y ss., quien destaca que desde el origen de la institución universitaria, el estudio y la docencia fueron unidos y se complementaron.

(21) En contra se muestra Juan José MARÍN LÓPEZ, «Universidades y ...», *op. cit.*, pp. 19-20, quien sólo exceptúa a los profesores que estén ligados a la Universidad con un contrato de trabajo, ya que respecto de ellos rige la presunción de cesión de los derechos patrimoniales en los casos y con los requisitos previstos en el artículo 51 de la Ley de Propiedad Intelectual.

en el marco de la relación estatutaria (funcionarial o laboral) que vincula al investigador con la Universidad y que la tarea se desarrolla en la jornada laboral (22), utilizando los medios que ésta pone a su disposición. No obstante, también la concreción de este ámbito requiere algunas precisiones.

De principio, parece que deben excluirse todas las actividades realizadas en un área de conocimiento distinta de aquella a la que se adscribe el investigador universitario autor de la propiedad intelectual. Uno de los elementos determinantes a estos efectos será el catálogo de áreas de conocimiento científico a las que pertenecen cada uno de los profesores-investigadores, que estarán perfectamente delimitadas en el momento de formalizar la relación de servicio, sin perjuicio de los procedimientos establecidos para el cambio de área, en su caso, o de aquellos otros que sean consecuencia del ejercicio de la potestad de autoorganización de las Universidades, con los límites que rigen para este tipo de potestad y de reordenación de la función pública docente (artículo 149.1.18 CE). Desde la perspectiva que ahora analizamos, la cuestión no está exenta de dificultades si los anunciados cambios en la ordenación de las áreas de conocimiento científico finalmente permiten establecer áreas afines que difuminen la línea divisoria entre áreas, que es un elemento determinante a estos efectos.

También parece que deben excluirse las actividades privadas (propias de la esfera personal y particular del profesor-investigador) y por tanto ajenas a la relación de servicio sin perjuicio de que, en su caso, cuenten con la oportuna autorización de compatibilidad otorgada por la propia Universidad. Y lo mismo puede decirse de la propiedad intelectual derivada de los contratos a que se refiere el artículo 83.2 de la LOU, en los cuales se definirá convencionalmente la correspondiente titularidad del resultado de la investigación generada y la posición que el investigador ocupa en dicha relación que, en su caso, generará derechos de explotación en favor de la Universidad a que pertenece el investigador (23).

Por el contrario, los derechos de explotación en favor de la Universidad no sólo han de incluir la investigación que pueda desarrollarse en el seno de las estructuras de la Universidad (facultades, departamentos, institutos...), cuya autonomía admite una amplia gama de formas organizativas sin perjuicio del respeto a la regulación básica contenida en la LOU. A nuestro parecer, también debe incluir la investigación generada por los profesores universitarios que pudiera surgir en el seno del denominado Entorno

---

(22) De acuerdo con el artículo 9.4 A) del Real Decreto 898/1985, de 30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario, la jornada laboral del profesorado computada semanalmente será de ocho horas lectivas y seis horas de tutorías o asistencia al alumnado para los profesores con dedicación a tiempo completo, aunque en el caso del personal sanitario con plaza vinculada podrán realizarse en hospitales concertados, salvo para los Profesores Titulares de Escuela Universitaria, que será de doce horas lectivas y seis de tutorías o asistencia al alumnado. Para los profesores en régimen de dedicación a tiempo parcial, la jornada semanal se fija entre un máximo de seis y un mínimo de tres horas lectivas, y un número igual de horas de tutoría y asistencia al alumnado; todo ello en función de las necesidades docentes e investigadoras de la Universidad. En todo caso, las Universidades, en uso de su autonomía, pueden concretar el régimen de jornada para las distintas categorías, en función de su dedicación (completa o parcial), fundamentalmente a través de la negociación colectiva. Así, por ejemplo, se admite la acumulación de horas docentes en un semestre cuando las necesidades del servicio así lo exijan, o la adecuación de la jornada por motivo de la conciliación de la vida personal y familiar, en el caso de que se obtenga una reducción o adaptación.

(23) En relación con el alcance de la compatibilidad reconocida en el artículo 83 LOU véase Lorenzo MELLADO RUIZ, «Marco jurídico de los contratos y convenios de investigación», en *Régimen jurídico de la transferencia de resultados de investigación. De la Ley Orgánica de Universidades ...*, op. cit., pp. 342-345.

Integrado de Educación Superior que crea la Ley de Economía Sostenible en la redacción dada por la Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo, complementaria de la Ley de Economía Sostenible; por el cual surge una relación interadministrativa de cooperación no orgánica entre distintas Administraciones con competencias educativas, en el que la Universidad tiene una posición central(24). No obstante, el acuerdo de cooperación podrá establecer cuotas para las distintas Administraciones intervinientes, que podrán aminorar la participación de la Universidad en los derechos de explotación.

Mayores problemas encontramos respecto de la investigación generada a través de las personificaciones que crea la Universidad para el desarrollo y gestión de la investigación (25), muy concretamente la que se produce en las empresas de base tecnológica (EBT), spin-off o empresas de naturaleza mercantil en las que la Universidad participe como consecuencia del desarrollo de la actividad investigadora. En estos casos, nos parece, lo determinante no es la posición que ocupa el investigador respecto de la Universidad, cuanto más tras las modificaciones introducidas en el artículo 83.3 de la LOU por las cuales si se dan ciertas circunstancias objetivas, subjetivas y procedimentales el profesor-investigador podrá solicitar una excedencia temporal para incorporarse a estas empresas, y en la Disposición Adicional vigésimo cuarta de la LOU, respecto de la relajación de las incompatibilidades de los profesores funcionarios que participen en spin-off universitarias (26). La adquisición ope legis de los derechos de explotación en favor de la Universidad se producirá en este caso de acuerdo con la participación y régimen convencionalmente dispuesto para cada una de las personas jurídicas constituidas; sin atender a la relación de servicio del investigador (27).

Con todo, la relación de servicio que una al investigador con la Universidad es cuestión importante, que puede proyectarse sobre muchos otros ámbitos como por ejemplo la responsabilidad que pudiera exigirse como resultado de la investigación

(24) Sobre el denominado Entorno Integrado de Educación Superior, véase Consuelo de los Reyes MARZAL RAGA, «La incidencia de la Ley de Economía Sostenible en la configuración de la Educación Superior no universitaria: el Entorno Integrado de Educación Superior», en *Actualidad Administrativa*, n.º 15, 2011, pp. 1869-1887; donde la teoría de la organización nos permite identificar una relación interadministrativa de cooperación no orgánica que surge entre las distintas Administraciones que componen el denominado Entorno Integrado de Educación Superior; así como el alcance de la intervención de cada una de ellas, definido por la igualdad posicional y la libre voluntad en su conformación, no obstante la centralidad que ostenta la Universidad como garante de la educación superior.

(25) Nos referimos, por ejemplo, a la capacidad de constitución de empresas, fundaciones u otras formas de organización en las que no sólo participa la Universidad y por tanto pueden existir relaciones jurídicas de servicio con otras personas u organizaciones, lo cual exigirá determinar el alcance de la correspondiente relación. Es el caso de las empresas de base tecnológica o spin-off.

(26) Con detalle, véase Carlos VARGAS VASSEROT, «Las empresas de base tecnológica como instrumento de transferencia de resultados de investigación», en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor José María Muñoz Planas*, Civitas, 2011, pp. 857-876. Y también M.ª Victoria PETIT LAVALL, «El anteproyecto de Ley de Economía Sostenible y la transferencia de resultados de la actividad investigadora de las Universidades públicas mediante la constitución de empresas de base tecnológica (EBT)», en *El Derecho Mercantil en el Umbral del Siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Carlos Fernández-Novoa en su octogésimo cumpleaños*, José Antonio GÓMEZ SEGADE y Ángel GARCÍA VIDAL (Ed.), Marcial Pons, 2010, pp. 487-500.

(27) Sobre los criterios de atribución de la titularidad de la propiedad intelectual en estos casos, véase Alvar SÁNCHEZ NAVARRO, Gloria MATALÍ y Sonia DÍAZ, «Caminito del mercado: spin-off, spin out, empresas mixtas capital-riesgo, parques empresariales y otros productor de diseño: La investigación universitaria y el fomento de nuevas iniciativas empresariales asociadas a la ciencia y a la tecnología; parques científicos y tecnológicos, cuasi empresas, spin off ...», en *IV Seminario sobre aspectos jurídicos de la gestión universitaria II: Universitat de Girona 17-19 de mayo de 2000*, Ed. Universitat de Girona, 2001, pp. 714 y ss.



realizada, que es una cuestión sobre la que ya se ha pronunciado el derecho francés en el Arrêt de 23 de febrero de 2011, de la Sala primera de lo civil de la Corte de casación, por el que se fija la responsabilidad de la Universidad por los daños ocasionados a consecuencia de las publicaciones científicas realizadas por sus profesores-investigadores, sosteniendo que la publicación de una obra que es resultado de la investigación universitaria entra dentro de la misión de servicio público de la enseñanza superior y por tanto relega la posición del investigador en la responsabilidad que pudiera exigirse por su trabajo(28). Y a otros muchos aspectos como por ejemplo la legitimación procesal que podrá ostentar la Universidad como titular de estos derechos de explotación, de acuerdo con el artículo 19.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de abril, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

### **III. El régimen jurídico de los derechos de explotación de la propiedad intelectual producida en el seno de la universidad**

#### **III.1. La consideración de bienes patrimoniales de las Universidades públicas**

Las reformas legislativas que la Ley 2/2011, de Economía Sostenible y la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación han introducido en la Ley Orgánica de Universidades (LOU) han afectado de lleno a la titularidad y régimen de los derechos de propiedad intelectual de las Universidades, en su consideración de bienes patrimoniales.

Sobre el régimen a que se someten este tipo de bienes, dirá ahora la LOU que su administración y disposición se ajustará a las normas generales que rijan en esta materia (artículo 80.3) y con mayor precisión, tras proclamar la condición de bienes patrimoniales para los derechos de propiedad intelectual a favor de la Universidad en que presten servicio los correspondientes investigadores, dispone que la administración y gestión de dichos bienes se ajustará a lo previsto a tal efecto en la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (artículo 80.5). Dicha remisión normativa conduce a las previsiones del artículo 36 in fine, según el cual la transmisión a terceros de derechos sobre los resultados de la actividad investigadora y en concreto las transmisiones y contratos relativos a la propiedad intelectual, se regirán por el derecho privado conforme a lo dispuesto en la normativa propia de cada Comunidad Autónoma.

Podría concluirse así el nacimiento de un régimen especial, de aplicación a la administración y gestión de los derechos de propiedad intelectual de las Universidades, por oposición al que con carácter general se dispone para los bienes patrimoniales de las Administraciones Públicas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y, en su caso, en las correspondientes leyes autonómicas de patrimonio de las Administraciones. No obstante, esta pretendida especialidad

---

(28) Los hechos que motivaron el Arrêt de 23 de febrero de 2011 fueron que un profesor universitario de literatura, en una publicación científica realizada como tal, calificaba a un abogado de «vampiro intelectual» sin señalar que dicho calificativo recogía la posición del trabajo de otro autor, es decir, no había cita bibliográfica que pudiera justificar que dicho calificativo procedía de persona distinta. Para mayor detalle, véase Thomas HOCHMANN, «L'Université, l'enseignant-chercheur, et la responsabilité pour les dommages causés per la publication des recherches : une victoire à la Pyrrhus?», *Revue du Droit Public*, n.º 4, 2011, pp. 863-882.

legislativa en el régimen patrimonial de los bienes y derechos de la propiedad intelectual no deja de ser una tautología porque la remisión que hace la LOU a las disposiciones de la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación conducen al mismo punto de partida que el régimen general recogido en la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas en relación con la administración de sus bienes patrimoniales, que no es otro que la aplicación del Derecho privado y el reenvío a las disposiciones contenidas en las normas autonómicas sobre el patrimonio de las Administraciones Públicas competentes.

Ahora bien, este reenvío a las correspondientes leyes autonómicas de patrimonio de las Administraciones —de cuya naturaleza participan las Universidades públicas— abre un abanico de posibilidades en el sistema de fuentes aplicables al régimen de los bienes patrimoniales sobre el que conviene detener mínimamente la atención. En primer lugar hemos de resaltar que, con carácter general, las distintas legislaciones autonómicas proclaman sin ambages la naturaleza patrimonial de los derechos de propiedad inmaterial; entre los que sin duda hemos de incluir los derechos de propiedad intelectual. Así se pronuncian, por ejemplo, el artículo 4 d) de la Ley 3/1985, de 12 de abril, del Patrimonio de la Comunidad Autónoma Gallega; el artículo 4 d) del Decreto Legislativo 1/2002, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de Cataluña; el artículo 5 del Decreto Legislativo 2/2007, de 6 de noviembre, de aprobación del Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi; o el artículo 6.2 c) de la Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana.

Sin embargo, discrepan las normas autonómicas en la fijación del régimen jurídico aplicable a este tipo de bienes públicos, advirtiéndose una distinta prevalencia de las normas de Derecho público y de Derecho privado en cada caso, a criterio de las correspondientes Comunidades Autónomas. Para la Ley valenciana, por ejemplo, el patrimonio se rige por la Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana; por la legislación básica estatal; por sus reglamentos de ejecución y desarrollo; y por las normas de Derecho público y privado aplicables según la clase de bienes (artículo 1.2). En Galicia, el patrimonio de la Comunidad Gallega se rige por la Ley 3/1989, de Patrimonio y sus disposiciones concordantes y de desarrollo que, con las normas estatutarias, integran el Derecho propio en la materia. Supletoriamente se aplicará el Derecho público y en su defecto las normas de Derecho privado, civil y mercantil (artículo 5.1). Por el contrario, Cataluña prioriza la aplicación del Derecho privado al disponer que el patrimonio se rige por la Ley de patrimonio; por los reglamentos que lo apliquen y lo desarrollen y a falta de éstos por las normas del Derecho privado civil o mercantil y por el Derecho público (artículo 5.1). Más sucinto es el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi al disponer la aplicación de la Ley de Patrimonio y las disposiciones que la desarrollen o complementen.

En definitiva, la fijación del sistema de fuentes reguladoras del régimen patrimonial de los bienes de las Administraciones públicas requiere un análisis de la correspondiente normativa autonómica que excede de nuestro cometido aunque, cuando menos, es claro que no se excluye la remisión a la legislación estatal en su condición de normación básica, como por ejemplo recoge expresamente la Comunidad Valenciana.

En efecto, la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, en su consideración de legislación básica, dispone que «el régimen de adquisición, administración, defensa y enajenación de los bienes patrimoniales será el previsto para estos

bienes y derechos en la propia Ley. Para las cuestiones de competencia y procedimiento se aplicará el Derecho administrativo; y para los demás aspectos, el Derecho privado». En esencia, la ley recoge un sistema de actos separables por el cual se someten al Derecho público la adjudicación de la explotación y enajenación de los derechos patrimoniales, así como las cuestiones relativas a la competencia del órgano y al procedimiento administrativo. De ahí que la explotación de los derechos de propiedad intelectual que ostenta la Universidad pública pueda efectuarse a través de cualquier negocio jurídico típico o atípico (artículo 106.1) aunque la doctrina de los actos separables obliga a que la preparación y adjudicación de estos contratos de explotación se realice conforme a las normas de publicidad y concurrencia del Derecho público, y con sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Por el contrario, se acudirá al Derecho privado para la formalización de los contratos que puedan surgir en relación con los derechos de explotación de la propiedad intelectual, de acuerdo con la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (artículos 5.3, 9 y 107.3). En lo que ahora interesa, la remisión al Derecho privado ha de ser a las disposiciones contenidas en el TRLPI como derecho especial de aplicación en materia de propiedad intelectual; aunque algunas legislaciones autonómicas como por ejemplo la de Euskadi, proclamen la libertad de pactos en los contratos, convenios y demás negocios jurídicos sobre bienes y derechos patrimoniales, con expresa autorización a la Administración para concertar las cláusulas y condiciones que tenga por conveniente, siempre que no sean contrarias al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración (artículo 90 del Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Euskadi). Esta misma referencia a la libertad de pactos contempla la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (artículo 36); y más concretamente en relación con el contrato de edición, el TRLPI admite expresamente que los autores y editores, a través de las Entidades de gestión o de las asociaciones representativas de unos y otros, acuerden condiciones generales dentro del respeto a la ley (artículos 58 y 73 TRLPI) (29). En todo caso, es claro que los contratos relativos a los derechos de explotación de la propiedad intelectual que ostentan las Universidades son cosa distinta de las transmisiones de resultados de la actividad investigadora, que cuentan con un régimen distinto al fijado para la propiedad intelectual en el que se exige como presupuesto la declaración de que el derecho no es necesario para la defensa o mejor protección del interés público además de admitir la adjudicación directa (30).

---

(29) Esta misma intervención de la autonomía de la voluntad se recoge en el Derecho comparado. Por ejemplo en EEUU, como apunta Abel MARTÍN VILLAREJO, «Fomento y control de las Entidades de Gestión», en *Administraciones públicas y propiedad intelectual*, Eduardo SERRANO GÓMEZ (Coord.), Madrid, Reus, 2007, p. 115, el sindicato de actores *Screen Actors Guild* gestiona los rendimientos de su *copyright* mediante convenios colectivos con las asociaciones de productores cinematográficos.

(30) Sobre el nuevo régimen de transmisión a terceros de derechos sobre los resultados de la actividad investigadora, Blanca LOZANO CUTANDA, «Nueva regulación jurídica de los contratos de transferencia de los resultados de la investigación a las empresas spin-off», en *Comentarios jurídicos*, GÓMEZ-ACEBO & POMBO, octubre 2011, volumen 17, p. 36, destaca que antes de la transmisión se requiere la previa declaración, por el titular del Ministerio a que esté adscrita o vinculada la entidad investigadora, o por el órgano competente de la Universidad, de que el derecho no es necesario para la defensa o mejor protección del interés público. Asimismo, se establece la posibilidad de adjudicación directa de los contratos de transmisión de investigación en determinados supuestos (como, por ejemplo cuando los derechos se transmitan a otra Administración Pública o, en general, a cualquier persona jurídica de Derecho público o privado perteneciente al sector público, o cuan-

Por otra parte, en su consideración de bienes patrimoniales, la gestión o explotación se someterá a los principios recogidos en el artículo 8 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, entre los cuales merecen especial atención a los efectos de analizar las distintas formas organizativas de gestión que podrán escogerse, el expreso reconocimiento legal de ciertos principios como son el de rentabilidad en la explotación de estos derechos; el de colaboración entre Administraciones para optimizar su utilización y rendimiento; y el mandato de que la gestión se encamine a coadyuvar en el desarrollo y ejecución de las distintas políticas públicas en vigor. Precisamente en aplicación de estos principios, como se ha dicho, la elaboración del inventario o catálogo comprensivo de la investigación universitaria capaz de generar derechos de explotación de la propiedad intelectual en favor de la Universidad se ofrece como instrumento decisivo para la efectiva gestión o administración patrimonial, sin perjuicio de otras formalidades como la inscripción en el Registro de la propiedad intelectual, en su caso.

Un último aspecto que suscita la naturaleza jurídica de estos bienes, y no por ello menos importante, es la posibilidad de renuncia de los derechos de explotación por parte de las Universidades y en qué medida la calificación de bienes patrimoniales podría impedir esta decisión. A nuestro parecer, la posición que las Universidades asumen tras adquirir *ex lege* los derechos de explotación de la propiedad intelectual generada por la investigación no permite una renuncia incondicional a dicha titularidad, más aun si, como veremos en el apartado siguiente, los profesores-investigadores ostentan un derecho de compensación económica que se calcula, entre otras variables, en función del beneficio que pueden generar los derechos de explotación. La renuncia a tales derechos no sólo podría suponer un perjuicio para la propia Universidad, de todo punto inadmisibles en su condición de Administración pública, sino también para sus profesores-investigadores en la medida en que dejaría vacía de contenido la participación en los beneficios patrimoniales que la ley les reconoce con el alcance que tratamos en el siguiente apartado.

Ahora bien, es necesario hacer algunas precisiones sobre las posibilidades de explotación que, sin renuncia al derecho ni perjuicio para los profesores-investigadores, podría admitir la Universidad en su condición de titular de estos derechos. En primer lugar, y respecto de las obras reproducidas en publicaciones periódicas (que es uno de los ámbitos más productivos de la investigación universitaria), de acuerdo con el artículo 52.1 TRLPI y salvo estipulación en contrario, la Universidad ha de permitir al

---

do por las peculiaridades del derecho, la limitación de la demanda, la urgencia resultante de acontecimientos imprevisibles o la singularidad de la operación proceda la adjudicación directa). En supuestos distintos de los enumerados, para la transmisión deberá seguirse un procedimiento basado en la concurrencia competitiva de interesados, en el que se garantice una difusión previa adecuada del objeto y condiciones de la misma, que podrá realizarse a través de las páginas institucionales mantenidas en internet por el organismo o entidad titular del derecho y el Departamento ministerial del que dependa o al que esté adscrito. En dicho procedimiento deberá asegurarse, asimismo, el secreto de las proposiciones y la adjudicación a la proposición económicamente más ventajosa. Se establece que, en todo caso, la transmisión de los derechos sobre los resultados de la investigación se hará con una contraprestación que corresponda a su valor de mercado. Como explica la Comisión Europea en la citada Comunicación sobre los contratos precomerciales, si el reparto de los riesgos y beneficios no se realiza según las condiciones del mercado y el precio pagado por los servicios proporcionados es superior al precio de mercado, éste se considerará normalmente una ayuda estatal que deberá notificarse y ser evaluada por la Comisión con arreglo a los artículos 87 y 88 del Tratado CE y el marco de ayuda estatal para la investigación, desarrollo e innovación.

autor otras formas de explotación de la propiedad intelectual «en lo que no perjudique la normal de la publicación en la que se hayan insertado». Lo que, nos parece, debe garantizar a toda costa la Universidad en este caso es que no se produzca una merma en los derechos de que es titular, dejando en lo demás amplia libertad al autor para desarrollar las posibilidades de explotación de su derecho de autor. Ciertamente se trata de un precepto muy limitado a la investigación que se materializa a través de publicaciones periódicas (artículos en revistas, fundamentalmente), y en definitiva parece autorizar una publicación separada que «no haga competencia» (31) a la publicación que atribuye los derechos de explotación en favor de la Universidad, o dicho de otro modo, el precepto considera la cesión como no exclusiva aunque las facultades de explotación que el titular conserva no son plenas y deben ejercerse sin perjuicio de la explotación normal del cesionario (32).

También parece que, en una interpretación extensa del artículo 51 TRLPI, podría admitirse que el autor realizara una rentabilización adicional de su investigación, y lo mismo puede decirse respecto de una explotación no perjudicial por parte de terceros, no autores de la obra, si tomamos como referencia la práctica conocida como «press clipping» (33), que podría permitir una reproducción de artículos u obras resultado de la investigación en otros medios o soportes y que, a nuestro parecer, puede admitirse sin merma para los derechos de explotación de la Universidad (pensemos, por ejemplo, en las reseñas de obras científicas) en la medida en que esta práctica puede dar mayor visibilidad o proyección a la tarea investigadora en beneficio de la proyección científica de la correspondiente Universidad, respetando en todo caso el derecho moral de autor (34). Igualmente, nos parece, ha de admitirse al profesor-investigador la explotación del conocido como «derecho de colección» que reconoce el artículo 22 TRLPI, y permitir la publicación reunida en colección escogida o completa de todas las obras, eso sí, siempre que no se perjudiquen los derechos de explotación de la Universidad; lo cual resulta ciertamente difícil, al menos en la práctica (35).

Por el contrario, una de las limitaciones que puede afectar a la nueva titularidad de los derechos de explotación en favor de la Universidad es la difusión de la investigación a través de los sistemas conocidos como open access (más allá de la obligación

---

(31) La expresión «que no haga competencia» se utiliza por José María RODRÍGUEZ TAPIA, «Comentario al art. 52», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, José María RODRÍGUEZ TAPIA (Coord.), Civitas, 2009, p. 386, para explicar el alcance de dicho precepto.

(32) José Ángel TORRES LANA, «Comentario al «Comentario al art. 52», en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), Tecnos, 2007, pp. 846 y ss.

(33) Respecto de la actividad periodística, Andrés BOIX PALOP y Guillermo LÓPEZ GARCÍA, «Soporte digital, autoría e industrial cultural», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 131, 2006, pp. 53-86, analizan el fenómeno del *press clipping* desde el valor público de la información como producto o mercancía con el que comercian los medios de comunicación (p. 65). Véase también Andrés BOIX PALOP y Guillermo LÓPEZ GARCÍA, «Derecho y cuarto poder en la era digital», *Revista de Estudios Políticos*, n.º 130, 2005, pp. 73-108.

(34) Andrés BOIX PALOP y Guillermo LÓPEZ GARCÍA, «Soporte digital, autoría...», *op. cit.*, p. 59; y también Javier DÍAZ NOVI, «Derechos de autor de los periodistas: el caso de los resúmenes de prensa», *ZER, Revista de Estudios de Comunicación*, n.º 14, mayo 2003, quien utiliza este argumento respecto del *press clipping*, en la medida en que no va en detrimento del periodista a quien se cita, porque de alguna forma se le da publicidad, se reconoce la calidad de su trabajo y además se mantiene intacto su derecho a percibir la remuneración acordada o, en defecto de acuerdo, la que se estime equitativa, de acuerdo con el artículo 33 TRLPI.

(35) Sobre el alcance de este denominado derecho de colección, Andrés BOIX PALOP, «Derechos de autor en el ámbito comunicativo», en *Derecho de la comunicación*, Emilio GUICHOT (Coord.), Lustel, 2013, pp. 273-274.

a que se refiere el artículo 37 de la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación respecto de la investigación financiada mayoritariamente con fondos de los Presupuestos Generales del Estado, a través de los repositorios institucionales, que también son una forma de explotación no lucrativa de la propiedad intelectual) (36), en la medida en que este medio permite el acceso gratuito (y no gratuito) a la producción científica y podría frustrar los beneficios económicos que de otro modo se generarían en favor de la Universidad. No obstante, en este caso como en el anterior, los beneficios que la Universidad puede obtener con la visibilidad de la investigación podrían ser muy superiores a los ingresos económicos que, en su caso podría generar la prohibición o limitación de este tipo de explotación.

Por otra parte, no parece que a priori la naturaleza patrimonial de estos bienes impida la cesión a título gratuito en favor de otras Administraciones (piénsese, por ejemplo en la cesión al CSIC o a un Organismo Público de Investigación), en los términos que la legislación autonómica sobre patrimonio establezca en su caso, de acuerdo con el reenvío que el artículo 36 in fine de la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación realiza respecto de las transmisiones y contratos relativos a la propiedad intelectual, que se regirán por el Derecho privado conforme a lo dispuesto en la normativa propia de cada Comunidad Autónoma (37).

### **III.2. El reconocimiento del derecho de participación en los beneficios generados por la explotación de los resultados a favor de los profesores-investigadores**

Como se ha dicho, la titularidad de los derechos de explotación en favor de la Universidad correspondiente no elimina otros derechos de propiedad intelectual de carácter personal y patrimonial que son del autor en su condición de profesor-investigador al servicio de la Universidad. La titularidad por ministerio de la ley en favor de la Universidad no desdibuja la naturaleza del derecho de propiedad intelectual como un único derecho (teoría monista) integrado por dos clases de facultades jurídicas inescindibles, aun de diferente naturaleza (personales y patrimoniales), sino que en este caso es la propia ley la que permite establecer una distinción entre el autor (profesor-

---

(36) Sobre los problemas que generan los repositorios institucionales, María Cruz MAYORGA TOLEDANO, «La titularidad de las publicaciones científicas y manuales universitarios...», *op. cit.*, pp. 190-195. Y en la misma obra colectiva, María de la Sierra FLORES DOÑA, «Repositorios y otros modelos académicos para la difusión y el acceso eficiente a la obra científica», pp. 199-229, analiza la publicidad de la obra científica desde la doble perspectiva del deber atribuido al personal investigador y la correlativa obligación de la universidad de facilitar los medios para el acceso abierto de las publicaciones a través de las distintas aplicaciones informáticas.

(37) Así se reconoce, por ejemplo en la Ley 2/2008, de 16 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Extremadura cuyo artículo 123.1 dispone que los bienes y derechos patrimoniales cuya afectación o explotación no se juzgue previsible podrán ser cedidos gratuitamente, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia, a otras Administraciones Públicas o Institucionales, entes instrumentales del sector público, corporaciones de Derecho Público, organizaciones sindicales y patronales y a instituciones benéficas, culturales o sociales sin ánimo de lucro de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Igualmente, estos bienes y derechos podrán ser cedidos a Estados extranjeros y organizaciones internacionales, cuando la cesión se efectúe en el marco de operaciones de ayuda humanitaria y para la realización de fines propios de estas actuaciones.

En términos similares se pronuncia el artículo 93 de la Ley 14/2003, de 10 de abril, de Patrimonio de la Comunidad Valenciana; y el artículo 106 de la Ley 4/1986, de 5 de mayo, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por citar dos ejemplos.

investigador) y el titular de los derechos de explotación de la propiedad intelectual (la Universidad) que en cierto modo refuerza la amalgama de contenidos personales y patrimoniales de la propiedad intelectual, pues también el derecho moral de autor conlleva cierta remuneración económica.

En efecto, los profesores-investigadores mantienen el derecho moral a ser reconocidos como autores (artículo 14. 1, apartado c, de la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación), que es un derecho de naturaleza personal que comprende distintas facultades que la ley considera irrenunciables e inalienables (artículo 14 TRLPI)(38). No obstante, hemos sostenido que las reformas legislativas les han privado de los derechos patrimoniales de explotación, que pasan a ser patrimonio de la Universidad si bien la Disposición Adicional decimonovena de la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación les concede ciertos derechos de naturaleza patrimonial, en concreto el de participación en los beneficios generados por la explotación de los resultados de investigación, que se materializa a través de una compensación cuyo nacimiento por otra parte surge en un momento muy posterior a la adquisición de los derechos patrimoniales por parte de la Universidad, como consecuencia de la defectuosa técnica normativa utilizada por el legislador.

En efecto, la dispersión del nuevo marco jurídico en distintos cuerpos normativos proyecta sus inconvenientes sobre las reglas de aplicación de las normas en el tiempo, en la medida en que afecta al momento en que nacen las distintas facultades que integran el derecho de propiedad intelectual sobre la investigación de modo que, si bien el derecho moral de los autores (investigadores) y los derechos de explotación de la investigación en favor de las Universidades surgen desde la entrada en vigor de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible —esto es, el 6 de marzo de 2011—; la compensación económica en favor del investigador se reconoce en la Ley 14/2011, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación que, en lo que ahora interesa, entró en vigor a los seis meses de su publicación, esto es, el 2 de diciembre de 2011. Se produce así un lapso temporal (entre los meses de marzo y diciembre de 2011) durante el cual el profesor-investigador se ha visto privado de esta compensación, pues la aplicación de la ley en el tiempo lleva a que sólo ostente el derecho personal o moral.

No encontramos obstáculo alguno en admitir distintos momentos temporales para el nacimiento de cada una de las facultades que integran el derechos de propiedad intelectual, aunque no parece sensata una interpretación literal de los preceptos en virtud de la cual a partir del día 6 de marzo las Universidades adquieran la titularidad de los derechos de explotación de la propiedad intelectual generada en su seno. Lo que

---

(38) Son derechos irrenunciables e inalienables del autor el de decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma; determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente; exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra; exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación; modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural; retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias; acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda. Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.

con mejor criterio puede sostenerse es que los resultados de la investigación universitaria realizada a partir de dicho momento concederá a la Universidad los derechos de explotación de la propiedad intelectual lo que, de ordinario, sucederá en un momento muy posterior a la entrada en vigor de la ley. Ésta parece ser la interpretación más coherente con el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), pues respecto de los derechos de explotación sobre la investigación ya generada a la fecha de entrada en vigor del nuevo marco normativo pueden existir relaciones jurídicas de muy distinto alcance (con editores o con entidades de gestión, por ejemplo), que difícilmente pueden ser modificadas por la ley sin generar algún tipo de responsabilidad patrimonial (en este caso, del legislador) y, sin duda, discrepancias entre las partes implicadas. Lo mismo puede decirse respecto de los profesores-investigadores, a quienes de otro modo la ley privaría de los derechos adquiridos y por tanto se generaría una limitación (expropiación) que habría de indemnizarse.

Sobre la determinación de esta compensación económica, la ley establece que se fijará en atención a la importancia comercial de la explotación o cesión y teniendo en cuenta las aportaciones propias del empleado, aunque seguidamente precisa que las modalidades y cuantía de la participación del personal investigador serán establecidas por el Gobierno, las Comunidades Autónomas o las Universidades, atendiendo a las características concretas de cada centro de investigación; y que dicha participación en los beneficios no tendrá en ningún caso la consideración de una retribución o salario para el personal investigador. Dicho de otro modo, esta participación económica no responde al concepto de retribución, definido como toda contraprestación directa del trabajo que se devenga con regularidad periódica en un mismo importe (39); y ello permite establecer una clara distinción respecto de la retribución que reconoce el Real Decreto 1086/1989, sobre retribuciones del profesorado universitario como complemento por méritos de investigación, que sí se genera como parte de la retribución o salario del personal investigador. Y también es cosa distinta a los derechos de remuneración equitativa por formas concretas de explotación de la obra expresamente autorizadas por la ley; al margen por tanto de la voluntad del titular de derechos, que no gozará en estos casos de la facultad de prohibir o autorizar característica de los derechos exclusivos (40).

---

(39) Véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2013 (rec. 7064/2010), que establece las diferencias entre los conceptos que integran la retribución de los funcionarios y las medidas de ayuda social, que no son compensación del trabajo realizado sino protección o ayuda de carácter asistencial que se genera cuando se produce una contingencia que coloca al funcionario en una singular situación de necesidad.

(40) A juicio de Fernando CARBAJO CASCÓN, «Licencias de explotación para usos secundarios de contenidos editoriales («CONLICENCIA» de CEDRO)», *Diario La Ley*, n.º 7884, Sección Doctrina, 20 de junio de 2012, los derechos de simple o mera remuneración atribuyen al autor o a sus derechohabientes únicamente la posibilidad de solicitar una remuneración equitativa por formas concretas de explotación de la obra expresamente autorizadas por la Ley; al margen por tanto de la voluntad del titular de derechos, que no gozará en estos casos de la facultad de prohibir o autorizar característica de los derechos exclusivos. Constituyen una categoría heterogénea cuya justificación reside en distintas circunstancias o finalidades, como la imposibilidad de prohibir determinados usos de las obras protegidas por razones de imperfección de mercado (la imposibilidad de gestionar licencias o autorizaciones para usos frecuentes, masivos e indiscriminados de repertorios de obras), o la conveniencia de permitir usos concretos de las obras para favorecer intereses de competidores, usuarios e incluso el interés general relacionados con la libertad de expresión e información, el derecho a la educación, el acceso a la cultura a la ciencia y a la investigación en beneficio del interés general. En este sentido es posible distinguir entre derechos de mera remuneración por actos secundarios de distribución (alquiler) y comunicación al público (comunicación pública a partir de fonogramas o grabaciones audiovisuales; artículos 90.2 y



En cuanto a la concreción de la participación que corresponde a los autores, en este caso a los investigadores al servicio de la Universidad, el reenvío a lo que determinen tres Administraciones distintas podría indicar la correspondiente titularidad de los derechos de explotación de la propiedad intelectual que, como sabemos, puede corresponder a la Administración General del Estado (por ejemplo, respecto de la investigación generada por la UNED y otros centros de investigación de su titularidad como el CSIC) y en este caso se precisa el órgano encargado de establecer los criterios para cuantificar la participación en los beneficios por referencia al Gobierno; a las Comunidades Autónomas si de centros de investigación o Universidades de su titularidad se tratase; y sin duda, a las correspondientes Universidades respecto de la investigación desarrollada en sus estructuras orgánicas y aquellas otras que en uso de su potestad de autoorganización hubieren constituido para el desarrollo de los derechos de propiedad intelectual de que son titulares (empresas de base tecnológica o spin-off, fundaciones ...) o participado en el capital de empresas mercantiles previstas en el artículo 57 LES para la explotación de los derechos de la propiedad intelectual. Se abre aquí un amplio abanico de posibilidades retributivas, al menos cuando esta facultad se ejerza por las Universidades que, en uso de su autonomía, pueden establecer muy distintas opciones todas ellas ajustadas a Derecho (41).

Hasta donde conocemos, ninguna de las Administraciones competentes ha fijado todavía las reglas para el cálculo de la participación en los beneficios generados por los derechos de explotación de la propiedad intelectual que ahora adquiere la Universidad o centro investigador en que se desarrolle la investigación; cuestión que por el contrario sí han resuelto las distintas Universidades respecto de la distribución de los ingresos obtenidos por la explotación de los resultados de la investigación distintos de la propiedad intelectual (42). Ahora bien, en todo caso —y esto sería una clara diferencia para con el régimen establecido por el derecho de patentes— estas reglas para retribuir la participación de los investigadores en los beneficios generados

---

90.6 TRLPI), el derecho de participación de los artistas plásticos en la reventa pública de los ejemplares originales de sus obras (artículo 24 TRLPI), y los derechos de remuneración o compensación equitativa (remuneración compensatoria) asociados al ejercicio de determinados límites a los derechos exclusivos expresamente reconocidos por la Ley (como la copia privada, trabajos sobre temas de actualidad, préstamo público y puesta a disposición in situ en terminales instalados en bibliotecas y archivos, artículos 31.2, 33.1, 37.2 y 37.3 TRLPI). El caso es que los derechos de mera remuneración se sitúan fuera del ámbito del *ius prohibendi* característico de los derechos exclusivos de explotación, si bien puede decirse que derivan directamente de éstos y tienen, por tanto, un claro contenido patrimonial, respondiendo a la lógica de las licencias obligatorias (*compulsory license*) o de las licencias legales (*statutory license*), y resumiéndose su contenido en la facultad de los titulares de exigir únicamente una remuneración equitativa que puede ser fijada por el propio titular (o por entidades de gestión colectiva que representen sus intereses) o directamente por el legislador (como sucede con algunos límites, en particular el de copia privada o el de préstamo en bibliotecas y archivos).

(41) Salvando las distancias entre la regulación del derecho de propiedad industrial y el derecho de propiedad intelectual a que ahora nos referimos, la importancia de los Estatutos universitarios como marco regulador de la administración y disposición de los inventos de la Universidad en su condición de patrimonio de la institución se ha puesto de manifiesto por Antonio BLANCO JIMÉNEZ, *Protección jurídica de las invenciones universitarias y laborales*, Aranzadi, 1999.

(42) Véase por ejemplo el artículo 12 de la normativa de propiedad intelectual e industrial de la Universidad de Alicante, aprobada por el Consejo de Gobierno de 18 de julio de 2014 (*Boletín Oficial de la Universidad de Alicante* de 23 de julio de 2014), por el que se establece un sistema proporcional para la distribución de los ingresos obtenidos por la explotación de los resultados de la investigación que se concreta en el 60% para los autores en proporción a su participación en la obtención de los resultados explotados (por referencia a la posibilidad de coautoría) y el 40% para la Universidad.

han de respetar los límites legales en materia de propiedad intelectual que, por ejemplo, excepcionan a los efectos de calcular la compensación económica las citas con fines educativos y de investigación científica siempre que concurren ciertas circunstancias (artículo 32 TRLPI) (43) o los límites establecidos para la remuneración por copia privada y préstamo público así como, entre otros, el derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original para el caso de reventa a que se refiere la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original. Ciertamente, nada impide que la realización de estas obras de arte sea consecuencia de la actividad investigadora derivada de la relación con la Universidad, pues la propia ley entiende como obra de arte los cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de vídeo arte (44); aunque dicha remuneración se limita a la reventa y por tanto no parece incompatible con la participación en los beneficios generados por la explotación de los resultados de investigación, que van más allá de la reventa y tampoco se limitan a las obras de arte.

Otro de los problemas que puede ocasionar el cálculo de la remuneración se produce en los casos de cotitularidad de los derechos de explotación, que pueden corresponder a distintas Universidades en las que presten sus servicios los profesores-investigadores y que, en uso de su autonomía, pudieran haber establecido reglas de cálculo distintas. En este caso, nos parece, el profesor-investigador estará sujeto a lo que su Universidad hubiere fijado, sin que pueda alegarse discriminación en caso de coautoría de la investigación por el hecho de que el coautor tenga una mejor compensación de acuerdo con las reglas de su Universidad. En verdad, el nuevo sistema puede producir situaciones de difícil explicación.

#### IV. Conclusiones

Las modificaciones introducidas por la Ley de Economía Sostenible y la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación han revolucionado el régimen de propiedad intelectual de la investigación surgida en el seno de la Universidad, cuyos derechos de explotación ya no son del profesor-investigador sino de la Universidad en que presta sus servicios.

---

(43) Nótese que la reforma pretendida a través del citado Proyecto de Ley n.º 121/000081, por el que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (*Boletín de las Cortes Generales*. Congreso de los Diputados de 21 de febrero de 2014) mantiene la excepción relativa a la cita y reseña e ilustración con fines educativos o de investigación científica del artículo 32 TRLPI, inicialmente fijada para la obra impresa; que ahora se amplía al entorno digital con las reseñas realizadas por servicios electrónicos de agregación de contenidos. También se amplía la citada excepción, que no se limitará a las aulas sino a otros tipos de enseñanza como la enseñanza no presencial y en línea.

(44) El artículo 1 de la Ley 3/2008, de 23 de diciembre, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original establece que «los autores de obras de arte gráficas o plásticas, tales como los cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapices, cerámicas, objetos de cristal, fotografías y piezas de vídeo arte, tendrán derecho a percibir del vendedor una participación en el precio de toda reventa que de las mismas se realice tras la primera cesión realizada por el autor. Los ejemplares de obras de arte objeto de este derecho que hayan sido realizados por el propio autor o bajo su autoridad se considerarán obras de arte originales. Dichos ejemplares estarán numerados, firmados o debidamente autorizados por el autor».

La nueva titularidad no está exenta de dificultades, que parten del propio concepto de investigación y precisan de una delimitación de la relación de servicio del profesor-investigador para con la Universidad. El nuevo marco normativo abre un sinfín de posibilidades, aun por explorar, en el ámbito de las formas de organización de gestión de los derechos de explotación, que desde ahora la Universidad debe administrar.

Trabajo recibido el 17 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Bai ekonomia jasangarriari buruzko martxoaren 4ko 2/2011 Legeak eta bai Zientzia, Teknologia eta Berrikuntzari buruzko ekainaren 1eko 14/2011 Legeak aldaketa handia ekarri dute unibertsitate-ikerketatik sortutako jabetza intelektualaren araubidean. Funtsean, legearen ministerio bidez, aldagetek Unibertsitateari ematen diote Unibertsitatearen baitan sortutako jabetza intelektuala ustiatzeko eskubidearen titulartasuna, eta araubide berezi bat ematen die ondasun higiezin horiei, ondare-ondasun gisa.

**HITZ GAKOAK:** Jabetza intelektuala. Unibertsitatea. Ondare-ondasunak.

**RESUMEN:** La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible y la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación han introducido una importante modificación en el régimen de propiedad intelectual generada por la investigación universitaria. En esencia, los cambios atribuyen a la Universidad, por ministerio de la ley, la titularidad de los derechos de explotación de la propiedad intelectual surgida en el seno de la Universidad y fijan un régimen propio y singular para tales bienes inmateriales, en su consideración de bienes patrimoniales.

**PALABRAS CLAVE:** Propiedad intelectual. Universidad. Bienes patrimoniales.

**ABSTRACT:** Act 2/2011 of March 4th, on Sustainable Economy and Act 14/2011 of June 1st, on Science, Technology and Innovation have introduced an important change on the regime of intellectual property generated by University research. In essence, by operation of law the changes confer the Universities the ownership of rights of exploitation of the intellectual property that come from the University and they fix an own and singular regime for those immaterial goods as their quality of assets.

**KEYWORDS:** Intellectual property. University. Assets.

# El deber de conservación desde el prisma del Estado Social

Eva M.ª Menéndez Sebastián

**Sumario:** I. Introducción del tema y perspectiva adoptada.—II. Regulación del deber de conservación y derecho de propiedad.—III. Finalidad, contenido y límites del deber de conservación.—IV. Indemnización por vinculaciones singulares.—V. Deber de conservación, ayudas a la rehabilitación y Estado Social.—VI. Técnicas para hacer efectivo el deber de conservación.—VII. Conclusión.

## I. Introducción del tema y perspectiva adoptada

La elección del tema, que pudiera parecer inconexo e incongruente en sí mismo, en el sentido de integrar dos cuestiones aparentemente tan distintas como distantes —contradicción que espero desmontar en líneas venideras—, responde como cuestión de fondo a mi inquietud en los últimos tiempos en relación con el papel del Estado en la Sociedad y la necesidad de reformular las relaciones entre ambos, siendo realmente el deber de conservación una arista más de nuestro complejo sistema que me da la excusa para acercarme a una preocupación de mayor calado: la justicia social(1).

Así, a través de un tema tan concreto como es el deber de conservación de los propietarios, especialmente de inmuebles, se tratará una cuestión tan primordial de nuestro tiempo como es el Estado Social y la situación de crisis que el mismo afronta en estos momentos. Y es que, como se verá, a un fin tan loable y difícil de alcanzar como es el sostenimiento del Estado del bienestar, contribuyen aspectos tan aparentemente nimios como una adecuada delimitación legal del deber de conservación.

No en vano, la Constitución Española comienza encumbrando como los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

El eje fundamental de este artículo será, por tanto, analizar cómo una definición u otra de este deber, no exento de polémicas y complejidades jurídicas(2), puede incidir

---

(1) Esta nueva línea de estudio se incardina en el proyecto dirigido por el Prof. Tolivar Alas, bajo el título «Modelos jurídico-organizativos de optimización de las prestaciones esenciales del Estado de bienestar» (Ref.: DER-2012-32241).

(2) A las que he dedicado una atención mucho más pormenorizada que la que aquí procede en el libro *El deber de conservación: una construcción inacabada*, Iustel, Madrid, 2014.

en dar un paso hacia delante o hacia atrás en la consecución de la vivienda digna como derecho social integrante de nuestro Estado, utilizando precisamente como fundamento y guía de la argumentación esgrimida al respecto, uno de los valores mencionados, la igualdad, tanto formal como material; así como su repercusión última en otro de ellos, nada más y nada menos que la justicia en su vertiente social. O quizás, sea más correcto afirmar que una concepción de corte liberal o, por el contrario, social, será determinante en la propia configuración del derecho de propiedad y, en consecuencia, de uno de sus componentes: el deber de conservación.

De este modo y partiendo de una exposición aparentemente técnica de esta figura: el deber de conservación, se pretende hacer visualizar cuán importante es en la normativa sectorial de materias tan específicas como ésta, la adopción de una perspectiva social.

Y es que cuando nos encontramos inmersos en una importante y aguda crisis económica, los poderes públicos han de decidir la orientación de su intervención en la Sociedad y en el mercado, tal y como en sucesivos momentos históricos ha sucedido.

Es preciso advertir, además, que no estamos sólo ante una crisis económica sino también institucional, pues es evidente que la evolución experimentada en los últimos tiempos ha provocado un desajuste entre el Estado y la Sociedad, de tal modo que el entramado institucional existente ha perdido sintonía con la nueva realidad social(3).

Ante una situación como ésta, que aunque infrecuente no es la primera vez que se produce, recuérdese la crisis del antiguo régimen, la cual, como muy acertadamente advirtió Alexis Tocqueville, se debió a un desfase del régimen político, institucional y jurídico con la nueva sociedad que se había configurado(4); los juristas debemos reaccionar también, junto a sociólogos, historiadores, economistas y políticos, en busca de una adecuada solución.

Si a resultas de aquel proceso se crearon muchas de las instituciones hoy existentes en nuestro ordenamiento, como respuesta a aquellas dificultades, hoy —y si bien la historia no se repite pero a veces rima, como advirtiera el historiador Mark Twain—, debemos cuanto menos repensar también el papel de esas instituciones al servicio del logro del bienestar y de la justicia social, que un Estado Social Democrático y de Derecho como el nuestro debe garantizar.

Por todo ello, una de las ideas latentes a lo largo de este estudio, la hipótesis de partida, el nexo de unión principal entre ambas cuestiones, y, en fin, el prisma desde el que se analiza el deber de conservación, no puede ser sino que el Estado debe adaptarse a las necesidades que la sociedad le demanda en cada momento y para ello habrá de utilizar las instituciones existentes en el modo más adecuado a sus fines, reformularlas o innovarlas, según le convenga.

Se trata al fin y al cabo de buscar los mecanismos para que la relación Estado y Sociedad vuelva a encontrar la armonía, lo que de forma tan expresiva y acertada reflejara Ortega y Gasset, a través de una de sus bellas metáforas:

«En suma, que el Estado se va amoldando al cuerpo social como la piel se forma sobre el nuestro. También nuestra piel nos aprieta y nos ciñe, pero la línea de su pre-

---

(3) Así lo ha puesto de relieve la doctrina, por ejemplo, ESTEVE PARDO J., *La nueva relación entre Estado Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 20.

(4) TOCQUEVILLE A., *L'Ancien Régime et la Révolution*, Gallimard, Paris, 1967, p. 77.

sión coincide con los alabeos de nuestros músculos. De aquí que nos sintamos libres dentro de ella hasta el punto de ser símbolo máximo de la libertad hallarse uno en algo “como dentro de su piel”. Nótese la sustancial paradoja que ello envuelve, pues se trata de que una presión que se ejerce contra nosotros es sentido como algo nuestro, como formando parte de nosotros. Lo que en puro teorema es llamado “vida como libertad”; puedo llamarlo ahora, más plásticamente, “Estado como piel”. Por el contrario, en las épocas de “vida como adaptación” dejamos de sentir al Estado como nuestra piel y lo sentimos como un aparato ortopédico» (5).

Y es que la conexión del derecho de propiedad —dentro del que el deber de conservación es un elemento más—, no sólo se hará evidente respecto al Estado Social, sino al Estado mismo. No en vano, Engels ya señalara en el s. XIX que el nacimiento del Estado coincidiría con la aparición de la propiedad privada y la diferencia social en clases (6), e incluso casi dos siglos antes el debate entre Hobbes (7) y Locke (8) respecto al «Estado de naturaleza» giraba en torno a este derecho.

Así, como con gran acierto ha indicado recientemente el experto en Estado Social, Ignacio Sotelo:

«Razón de Estado y razón utópica, sociedad y Estado, poder y justicia, moral y derecho, son las coordenadas del Estado moderno sin las que no cabe entender el nacimiento del Estado social. Todas ellas culminan en la cuestión de la propiedad, un derecho, que como todos los demás derechos, otorga el Estado en las condiciones que juzgue conveniente, o bien, es un derecho natural del individuo, anterior a la aparición del Estado, que surge precisamente para protegerlo. Según se conciba la propiedad, un derecho que, como todo derecho, es creación del Estado, o un derecho natural, anterior al Estado y consustancial con la libertad de la persona, así será el tipo de Estado social que se propugne» (9).

No es mi intención, no obstante, remontarme a tan interesante debate, ni hacer de la cuestión una reflexión filosófica, por interesante que pudiera resultar, sino simplemente, poner de manifiesto la vinculación, desde antiguo, entre el derecho de propiedad y la concepción misma del Estado y, particularmente, del Estado Social.

Un vez sentada esta premisa y adoptada una doble perspectiva: Estado y Sociedad, con las que observar el objeto de estudio, quizás sea momento de descender del mundo de las ideas al siempre más prosaico Derecho positivo, y reflexionar respecto a un problema concreto que si ya era asiduo para la Administración, principalmente los Ayuntamientos, sin duda la situación económica actual está agudizando y al que no parece dar una respuesta cuanto menos óptima nuestro ordenamiento, como es el referente al incumplimiento del deber de conservación, mejora y rehabili-

---

(5) «El Estado como piel», en *Obras completas. Historia como sistema y del Imperio Romano*, Tomo VI, Alianza Editorial, reed. 1989, pp. 99 y ss.

(6) A este respecto, véase, en particular, ENGELS F., *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*, Verlag der Schweizerischen Volksbuchhandlung, Hottingen-Zürich, 1884.

(7) Especialmente en HOBBS TH., *Leviatán*, edición de MOYA C. y ESCOHOTADO A., Editora Nacional, Madrid, 1979, pp. 227 y ss.

(8) Destacando a este respecto LOCKE J., *Two Treatises of Government*, Awnfham Churchill, London, 1690, y en particular, el Capítulo II del Segundo Tratado.

(9) SOTELO I., *El Estado social: antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Trotta-Fundación Alfonso Martín Escudero, Madrid, 2010, p. 43.

tación por parte de los propietarios, especialmente de inmuebles, vinculado además con temas tan presentes en nuestra realidad como el desarrollo urbano sostenible, el derecho a la ciudad, o la reorientación del sector de la construcción hacia la regeneración urbana. No debe olvidarse que la función del urbanismo no es sólo «hacer ciudad» sino también «conservarla».

No obstante, se pretende tratar el tema del deber de conservación y las dificultades que en la actual crisis puede presentar, tanto desde la perspectiva de la Administración como de los propietarios, de su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada dentro del Estado Social y de la necesidad de que los poderes públicos lo hagan real y efectivo, tal y como les impone el mandato constitucional recogido en los arts. 9.2 y 47 de nuestra Carta Magna.

Desde la primera perspectiva indicada, la realidad demuestra que las técnicas tradicionales de que dispone la Administración para hacer frente al incumplimiento de este deber no cuentan con la eficacia práctica necesaria (10), siendo oportuno acudir también a otros mecanismos. No obstante, desde el plano del ciudadano tampoco puede perderse de vista la situación de los propietarios que han de cumplirlo, especialmente aquellos con menores recursos económicos, y la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos que impiden la igualdad material de los ciudadanos en el disfrute de sus derechos, entre ellos, el de una vivienda digna y adecuada. Con mayor razón aún cuando es un hecho constatado que las crisis afectan de forma más intensa a los más necesitados.

Y es que cuando se habla de política social en materia de vivienda, se habla casi exclusivamente del acceso a la misma pero no de su mantenimiento en las condiciones necesarias de habitabilidad, salubridad, estanqueidad, etc (11), en aras de preservar su carácter digno y adecuado, todo lo cual entronca de forma ineludible con el deber de conservación.

La necesidad de adoptar una nueva perspectiva o cuanto menos advertir que el tema de la configuración del deber de conservación no está cerrado, se ha puesto de manifiesto también en los últimos tiempos con la aprobación de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (LRRRU en adelante). La misma ha procedido, entre otras cuestiones, a dotar de una nueva redacción al art. 9 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, aprobado mediante el Real Decreto legislativo 2/2008, de 20 de junio (en lo sucesivo TRLS/08), introduciendo matices de gran calado y que a buen seguro conllevarán importantes consecuencias en la configuración misma de este deber.

---

(10) Así, por ejemplo, ARROYO JIMÉNEZ L., *La revisión de las técnicas de conservación urbanística*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 26 y 27, sostiene que los problemas de las técnicas tradicionales son dos: el déficit de ejecución, es decir, el alto porcentaje de incumplimiento de este deber y de las órdenes de ejecución, lo que sin duda habrá de incrementarse en época de crisis, y de otro lado la inaplicación práctica de las técnicas existentes. No obstante, ello más que un problema de esas técnicas lo es de su aplicación por los operadores.

(11) Condiciones que no sólo se fijan en el TRLS/08, que se limita a mencionarlas, sino principalmente la Ley de Ordenación de la Edificación (LOE), el Código de la Edificación, los Planes Urbanísticos, las ordenanzas municipales, particularmente, las de conservación e, incluso, la licencia y su proyecto técnico; pero también la Ley de Patrimonio Histórico, la Ley de Economía Sostenible, los programas y/o planes de renovación o rehabilitación urbanística, así como la concreción que por vía reglamentaria se haga y a la que se refiere la LRRRU, etc.



Todo lo antes dicho pone de manifiesto la necesidad de realizar una reflexión sobre la configuración legal del deber de conservación, su naturaleza y razón de ser, así como sus límites, contenido, las consecuencias de su incumplimiento y mecanismos para hacerlo efectivo. Y, en general, el papel de la Administración en relación con todo ello, buscando, no sólo en la normativa y la jurisprudencia, sino también en la historia y en el Derecho Comparado, ideas que puedan hacer comprender de forma más adecuada esta figura y proponer soluciones a los problemas que presenta, y que aquí espero hacer visibles.

El nuevo panorama jurídico propiciado por las últimas reformas(12), parece confirmar la vinculación expuesta entre el deber de conservación y el derecho a una vivienda digna y adecuada. Sin embargo, y sobre el papel, el incremento de las exigencias respecto de este deber, que, no obstante, no se acompaña de un aumento de las ayudas ni del empleo en la asignación de las mismas de un criterio subjetivo que responda a esta perspectiva, hace que en la práctica se desvirtúe la loable finalidad de la que la propia normativa presume(13).

Y todo ello sin perder de vista que junto al plano urbanístico también es preciso atender a la normativa sectorial, particularmente a la Ley de Patrimonio Histórico Español (Ley 16/1985, de 25 de junio, en adelante LPHE)(14), y teniendo presente a tales efectos el origen italiano de la teoría de los Beni Culturali(15), que con base en la distinción entre lo material y lo inmaterial de estos bienes, defiende el doble uso: el del propietario, por lo que se refiere al primer aspecto, y al goce por la colectividad del segundo(16).

Este marco jurídico actual aboga por el paso de un urbanismo de expansión a un urbanismo de conservación, no obstante, esto no es novedoso, pues ya fue propuesto por la doctrina desde los años ochenta del pasado siglo, incluso a finales de los setenta, invocando entre otras razones la crisis económica(17). Por lo que en la actualidad retoma sentido este urbanismo de conservación, de hecho las ayudas a la rehabilitación se incrementaron considerablemente en la primera década de este Siglo(18), pues adquiere mayor protagonismo e intensidad dada la crisis, en gran medida provocada por el sector inmobiliario, todo lo cual justifica dedicar un esfuerzo al

---

(12) Entre las que cabe destacar la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, y el Plan Estatal de fomento del alquiler de Viviendas, la Rehabilitación Edificatoria y la Regeneración y de Renovación Urbanas para 2013-2016, aprobado en abril del año pasado.

(13) En particular, en cuanto a las principales consecuencias de la LRRRU en la configuración del deber de conservación del art. 9 del TRLS/08, véase MENÉNDEZ SEBASTIÁN E. M.ª., «Nuevo enfoque del deber de conservación en la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas», *Diario de Derecho Municipal*, 22 de julio de 2013.

(14) Destacando a este respecto el trabajo, entre otros, de QUINTANA LÓPEZ T., *La conservación de las ciudades en el moderno urbanismo*, IVAP, Oñati, 1989.

(15) Basta mencionar en este momento la obra de GIANNINI M. D., «I beni Culturali», *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1976, pp. 3 y ss.

(16) Como bien recuerda QUINTANA LÓPEZ T., *La conservación de las ciudades en el moderno urbanismo*, op. cit., p. 53.

(17) Como señalara ARROYO JIMÉNEZ L., *La revisión de las técnicas de conservación urbanística*, op. cit., p. 20.

(18) Por ejemplo, se aumenta su desgravación.

estudio de este deber. Si bien, tampoco debe desdeñarse la necesidad de ordenar y orientar ese crecimiento de aluvión que han experimentado las ciudades, en parte, sin duda, por haber carecido de una programación adecuada y a largo plazo del crecimiento de las mismas (19).

## II. Regulación del deber de conservación y derecho de propiedad

Así planteado el tema y ya sin más dilaciones, es preciso partir de que el deber de conservación desde la Ley del Suelo de 1956 (LS/56) es una de las figuras a las que prestan atención las normas del suelo y urbanísticas —si bien se encuentran antecedentes incluso en el Derecho Romano (20)—. No obstante, al igual que otras instituciones de nuestro ordenamiento, no puede ser analizada estrictamente desde esta regulación, puesto que muchas otras normas —tanto desde el Derecho Público como el Privado, valga mencionar el Código Civil (21) o la Ley de Arrendamientos Urbanos

(19) Así, como ha señalado MARTÍN REBOLLO L., «Ordenación del territorio y urbanismo: evolución, distribución de competencias y regulación actual», en CANO CAMPOS T. (Coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo. Tomo VI. Ordenación del territorio, Urbanismo y Medio Ambiente*, Iustel, Madrid, 2009, p. 22, el Derecho Urbanístico regula un fenómeno social, el de los asentamientos humanos, señalando que el proceso urbanizador es un fenómeno reciente que tiene que ver con las migraciones, el abandono del campo y del mundo rural por mor de la industrialización y sus derivaciones económicas y de nivel de vida. Recuerda el citado autor que todo ello conlleva un crecimiento de las ciudades, un crecimiento de aluvión que es preciso ordenar y orientar.

(20) Destacar a este respecto, simplemente, que los principios básicos del urbanismo romano habían sido importados de Grecia y que ya Aristóteles en su Política proponía cuatro fundamentos para la planificación y edificación de una ciudad: higiene, defensa, ámbito adecuado para la actividad política y belleza. Ideas que fueron asumidas por los grandes arquitectos de Roma, como Vitrubio, y que se extendieron a las provincias del imperio. Valgan de ejemplo, entre otras, las previsiones de la *Lex Tarentina*, la *Lex Julia* de modo *aedificiorum Urbis* para Roma, de la época de Augusto (año 6 antes de Cristo), o los senadocumentos «*Hosidiano*» y «*Volusiano*» de los años 44 y 45 antes de Cristo, cuyas previsiones vinieron a paliar, precisamente, la existencia de numerosos inmuebles deteriorados que permanecían en un estado deplorable hasta que el comprador tuviera la oportunidad de especular con los desechos, dado que era un evidente perjuicio para la salubridad y estética de las poblaciones. Todas ellas ponen de manifiesto la preocupación constante, ya en aquel momento, por la salvaguarda de la disciplina urbanística y el aspecto general de las ciudades, que se perpetúa en disposiciones que pasaron a la Compilación justiniana. Asimismo, hallaron reflejo igualmente en disposiciones de carácter local, como, por ejemplo, la *Lex de Urso*, la *Lex Macitana* o la *Lex de Irni*. Sin entrar en mayor detalle, cabe afirmar, como así ha hecho la doctrina romanista, que son varias las causas que dieron lugar a adoptar estas medidas tendentes a la conservación de los edificios, no sólo de tipo económico, que buscaban principalmente evitar la especulación con los materiales de construcción, sino también hay quien apunta a la existencia de indicios que hacen pensar en motivaciones de carácter urbanístico, en un intento de mantener unas mínimas condiciones de seguridad y salubridad, así como la configuración uniforme y estética de los núcleos de población. Sin duda, ello enlaza con la vigente regulación y con los elementos que la misma establece dentro del deber de conservación.

(21) De este cuerpo legal, es preciso partir, en primer lugar, del art. 348, que dice que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», aunque también hay que tener en cuenta lo fijado en el art. 350, pues el mismo da muestra de la amplitud con que se concibe el derecho de propiedad; asimismo el art. 349, siguiendo los pasos de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, establece que «nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización...». No cabe duda, por tanto, del contenido y extensión que esta norma decimonónica otorgó al derecho de propiedad y a la perspectiva liberal e individualista a la que responde, que sin duda tiene repercusión en la configuración misma del deber de conservación. Sin embargo, el Código Civil no se limita a regular el derecho de propiedad en los términos expuestos, sino que es en el art. 1554.2.º, dentro de las obligaciones del arrendador, donde se encuentra una previsión relevante respecto al deber de conservación, en esta ocasión desde la perspectiva de Derecho Privado y, en particular, de la relación entre el arrendador y el arrendatario.

(LAU)(22)—, pero también diversos instrumentos —especialmente determinados planes en materia de urbanismo y vivienda— tienen incidencia en la misma. Y en ocasiones con tal intensidad que hacen incluso temblar los cimientos de su propia configuración, surgiendo dudas de la coherencia de la misma desde un punto de vista integrador de las diversas aristas que su marco jurídico presenta.

Y es que no puede conocerse siquiera la propia definición, contenido y límites del objeto de análisis, sin ser conscientes de que aunque a simple vista su configuración se encuentre en el art. 9 del actual TRLS/08(23), sin embargo, muchas otras previsiones tienen consecuencias directas en el deber de conservación, valgan de ejemplo las ayudas a la rehabilitación, que sin duda y como se verá, incluyen medidas de fomento de obras que se integran dentro de este deber.

Pero vayamos por partes, así una primera aproximación al deber de conservación lleva necesariamente a afirmar que éste forma parte de la función social de la propiedad del art. 33.2 de la CE, tal y como lo ha ratificado la jurisprudencia(24). Sin embargo, ello conlleva una importantísima consecuencia, y es que por la propia definición que el Tribunal Constitucional ha hecho de la función social de la propiedad, las restricciones o, en este caso, los deberes y obligaciones que se integran dentro de la misma, no son indemnizables.

Desde la consagración del derecho de propiedad como sagrado e inviolable en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, proclamada en Francia el 26 de agosto de 1789(25) —norma sobre la que se articulará todo el Derecho Público europeo como tan magníficamente expresara García de Enterría en su obra *La lengua de los derechos*(26)—, como decía, desde la misma hasta nuestros días, el mismo ha sufrido una importante evolución en la que ha pasado de una concepción liberal —propia de la visión individualista de la Revolución Francesa e incorporada por el sistema

---

(22) La actual Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, en su art. 21, referente a la conservación de la vivienda, establece no sólo que el arrendador está obligado a realizar, sin derecho a elevar por ello la renta, todas las reparaciones que sean necesarias para conservar la vivienda en las condiciones de habitabilidad para servir al uso convenido, salvo cuando el deterioro de cuya reparación se trate sea imputable al arrendatario a tenor de lo dispuesto en los artículos 1563 y 1564 del Código Civil; sino que también determina que la obligación de reparación tiene su límite en la destrucción de la vivienda por causa no imputable al arrendador. En esta línea, el art. 273, dentro de las causas por las que el arrendatario puede resolver el contrato, recoge la no realización por el arrendador de las reparaciones a que se refiere el citado artículo 21. Además el art. 28 dice que el contrato de arrendamiento se extinguirá, junto al resto de causas contempladas en dicho Título, por la pérdida de la finca arrendada por causa no imputable al arrendador, y por la declaración firme de ruina acordada por la autoridad competente. De tal modo que la conexión entre el deber de conservación y la declaración de ruina es patente no sólo en la normativa urbanística, como se verá, sino también en la LAU, donde se hace referencia expresa en la redacción actual a las posibles culpabilidades.

(23) Más intensamente desde la reforma del mismo por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas.

(24) Así lo entiende el Tribunal Supremo en sentencias como la de 12 de septiembre de 1997 (Recurso de Apelación núm. 9895/1991), o la de 26 de febrero de 2001 (Recurso de Casación núm. 582/1996), entre otras.

(25) En particular, su art. 17, respecto del cual véanse, entre otros, DEBENE M., «Article 17», en *La déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Economica, Paris, 1993, pp. 343-355; y FAVOREU L., «La jurisprudence du Conseil constitutionnel et le droit de propriété proclamé par la Déclaration de 1789», en *La Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, PUF, Paris, 1989, pp. 123-150.

(26) Obra de lectura imprescindible para comprender el Derecho Administrativo, GARCÍA DE ENTERRÍA E., *La Lengua de los Derechos*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 2009.

español a través de la Constitución de Cádiz de 1812 y más tarde por el Código Civil de 1889— a una concepción social que en nuestro ordenamiento se consolida en el citado art. 33 de la CE, aunque cuenta con importantes antecedentes. Valgan de ejemplo, la Ley de Expropiación Forzosa de 1954, la Ley del Suelo de 1956, o con anterioridad la relevancia a este respecto de la Constitución republicana de 1931, como bien indicaran el Prof. Tolivar Alas (27).

Y si es evidente la importancia de acudir a la citada Declaración francesa y de su influencia en nuestra normativa decimonónica, es de justicia recordar, como ha hecho el profesor SOSA WAGNER, que la construcción doctrinal referida al «estatuto» de la propiedad y que más tarde se ha generalizado, así como la tesis de la configuración del derecho de propiedad frente a la existencia de simples limitaciones externas legales (28), tienen su origen en el Derecho Alemán, y más concretamente debe buscarse un claro precursor en GERHARD ANSCHÜTZ, y, particularmente en un trabajo publicado ya en el año 1897 (29).

Del modo expuesto se llega a la concepción social del derecho de propiedad en la Constitución Española de 1978, frente a la liberal de otros tiempos, que, como señaló LEÓN DUGUIT, se debió al paso de la intervención desde fuera a la función social desde dentro, propia de la evolución del Estado Liberal al Estado Social (30). Lo que pone de manifiesto la conexión indicada entre los dos elementos integrantes de esta disertación, pues nuestra Carta Magna propugna la adopción de una visión social del propio derecho de propiedad, que responde al tipo de Estado que proclama la misma en su art.1.1, y no debe perderse de vista que el deber de conservación no es sino una parte del citado derecho.

El mencionado art.33 de la CE —que es fiel reflejo del art. 14 de la Ley Fundamental de Bonn (31), que a su vez trae causa del art. 153 de la Constitución de

(27) En TOLIVAR ALAS L. y MENÉNDEZ SEBASTIÁN E. M.<sup>a</sup>, «El derecho de propiedad desde la perspectiva del TEDH», en MARTÍN REBOLLO L./BERMEJO VERA J. (Dir.), *Libro Homenaje al Profesor Lorenzo Martín-Retortillo Baquer*, Madrid, 2009, pp. 1797-1823.

(28) Según explica el profesor SOSA WAGNER F., *Maestros alemanes del Derecho Público (III)*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 122, el citado autor alemán llega a la conclusión de que «la propiedad privada no es otra cosa que la voluntad del Estado porque el actual orden jurídico no conoce derechos individuales pre o extraestatales. Es decir, que con su actividad, el legislador no afecta a los derechos adquiridos, sino que conforma el Derecho de propiedad (...) Nada sacrifica quien se somete o somete su propiedad a las leyes (...) De manera expresa sólo pueden admitirse indemnizaciones en los casos legalmente previstos y aceptados, como es el que representa la expropiación. La propiedad no tiene un contenido constante sino, por el contrario, una dimensión variable y por ello deben asegurarse las indemnizaciones sólo en la expropiación y en los supuestos análogos»; explicación ésta que, como bien señala el profesor SOSA WAGNER, conecta bien con las propias de la doctrina más moderna.

(29) Y en concreto en su trabajo «Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmässige Handhabung der Staatsgewalt», *Verwaltungsarchiv*, 5, 1987, pp. 1 y ss. (cita tomada de SOSA WAGNER F., *Maestros alemanes del Derecho Público (III)*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 22).

(30) Como ha señalado el profesor MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ J. L., «Derecho de propiedad y proyecto de Ley de reforma de la Ley del Suelo», en *Derecho Urbanístico local*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 72-75, ha sido precisa una redefinición del derecho de propiedad partiendo de la formulación del Código Civil, pero adaptándola a los principios del Estado Social de Derecho.

(31) En relación con este precepto de la Constitución alemana véanse, entre otros, RITTSTIEG H., «Grundgesetz und Eigentum», *NJW*, 1982, pp.721 y ss.; VON BRÜNNECK A., *Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1984; JARASS H. D. und PIEROTH B., *Grundgesetz für Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2006, pp. 345 y ss.; MÜNCH

Weimar (1919)(32), —lo que justifica acudir al ordenamiento alemán en busca de respuestas, como se hará aquí—, tras reconocer el derecho de propiedad, no fija su contenido, pues precisamente éste no es igual para todo tipo de propiedad, sino que en su párrafo segundo dice que «la función social de estos derechos —por referencia al de propiedad y al de herencia— delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes». De tal modo que será principalmente el legislador quien lo determine, aunque dado que utiliza la expresión «de acuerdo con las leyes», y no por ley, determinados aspectos concretos del derecho de propiedad podrán ser fijados por la Administración, como sucede con los Planes de ordenación del territorio y urbanísticos, los Planes de fomento de la rehabilitación de viviendas, o las ordenanzas, en las que con frecuencia el Ayuntamiento concreta el deber de conservación en su término municipal.

Para concluir con esta primera hipótesis de partida, es decir, que el deber de conservación forma parte de la función social de la propiedad, es preciso acudir a la definición que de la misma ha dado el Tribunal Constitucional, destacando a este respecto la sentencia 37/1987, relativa a la Ley de Reforma Agraria de Andalucía(33), y donde afirma que «la función social de la propiedad supone la incorporación de la perspectiva del deber al derecho subjetivo, deber que modaliza su ejercicio: ejercicio que aboca a la búsqueda de un logro social, que al mismo tiempo preserve el ámbito de poder del titular». Supone, por tanto, la incorporación de exigencias sociales a la definición del derecho de propiedad, las cuales responden a principios e intereses tutelados en la propia CE, aunque entre ellos, no debe olvidarse que también se encuentra el citado art. 47 respecto al derecho a una vivienda digna y adecuada.

De tal modo, que por ello mismo, y a consecuencia de la expresada definición, deduce el Tribunal Constitucional la ausencia de indemnización derivada de la función social de la propiedad, pues entiende que se trata de delimitar y fijar el propio contenido del derecho y no de una limitación externa.

---

I. VON und KUNIG PH. (HRSG.), *Grundgesetz-Kommentar*, Band 1, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2000, pp. 883-953; DREIER H. (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Band I, Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, pp.831-914; y SCHMIDT-BLEIBTREU B. und KLEIN F., *Kommentar zum Grundgesetz*, 10. Auflage, Luchterhand, München, 2004, pp. 488-540.

(32) Lo cierto es que el art. 14 GG no introduce mayores novedades respecto a la redacción dada por la Constitución de Weimar, tal y como ya señaló en su día FORSTHOFF E., *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, Band I, Allgemeiner Teil, 10. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1973, p. 334, y en relación a la función social en la p. 343. Respecto al derecho de propiedad en la Constitución de Weimar véanse, entre otros, SCHELCHER W., «Gesetzliche Eigentumsbeschränkung und Enteignung», *AöR*, Band 18, Heft 3, pp. 321 y ss.; GLOS G., *Der Schutz obligatorischer Rechte durch die Eigentumsgarantie —Ein Beitrag zur Geschichte und dogmatischen Struktur des Eigentumsgrundrechts*, Berlin Verlag Arno Spitz GmbH-Nomos Verlagsgesellschaft, Berlin, 1998, pp. 47-83; THIELE W., «Wandel des Eigentumsbegriffs?», *DVBl*, 87. Jahrgang, 17 Heft, 15. September 1972, pp. 625-627; y BÖHMER W., «Probleme der Dogmatik und Systematik der Eigentumsbestimmungen des Grundgesetzes», *AgrarR*, 14. Jahrgang Heft 4, 1983, pp. 2-8, y en especial y por lo que se refiere a la regulación de la función social de la propiedad en el art. 14 de la GG y el 153 de la Constitución de Weimar, pp. 12-14. Y en relación a la evolución histórica de este derecho en el ordenamiento alemán véanse DÄUBLER W., SIELING-WENDELING U. UND WELKOBORSKY H., *Eigentum und Recht. Die Entwicklung des Eigentumsbegriffs im Kapitalismus*, Luchterhand, Darmstadt, 1976; y BÜCHS H., *Handbuch des Eigentums— und Entschädigungsrecht*, Dritte neubearbeitete und wesentlich erweiterte Auflage, 1996, pp. 15-66.

(33) Recuérdese que precisamente en la actualidad se ha presentado una cuestión de inconstitucionalidad en relación a la Ley 4/2013, de 1 de octubre, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, de Andalucía.

En coherencia con ello y subsumiendo el objeto de estudio en un silogismo básico, el coste de las obras que en cumplimiento del deber de conservación deba llevar a cabo el titular del mismo han de ser asumidas por éste, es decir, por el propietario, como así se refleja en gran medida en el art. 9 del TRLS/08, que regula con carácter general el deber de conservación dentro de los deberes del derecho de propiedad. Aunque, como se verá, dadas las importantes matizaciones que se hacen al respecto desde diversas normas esta premisa se ve en gran medida desvirtuada en la práctica.

### III. Finalidad, contenido y límites del deber de conservación

El problema surge, sin embargo, cuando en el mismo precepto se configura el deber de conservación no sólo desde una perspectiva cualitativa, es decir, por referencia a las condiciones que han de cumplirse para entender satisfecho el mismo, sino que se alude a un límite cuantitativo, por encima del cual las actuaciones se sufragan por la entidad que ordena las llamadas mejoras de interés general. Límite, que hasta la reciente LRRRU venía concretado por las normas autonómicas, que por regla general lo cifran en el cincuenta por ciento de la construcción de nueva planta excluido el valor del terreno, y que ahora se recoge en términos similares —aunque como se verá plantea cierto debate— en el TRLS/08.

Hay que tener en cuenta además que el espectro normativo de esta materia no se agota ni mucho menos con la normativa que el Estado dicte con base en competencias en materia de legislación civil o, particularmente, por efecto de la cláusula primera del art. 149.1 de la CE, en cuanto a él compete la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y, por ende, en cuanto al derecho de propiedad; pues habrá que tener en cuenta también la regulación que hagan las Comunidades Autónomas en ejercicio de su competencia exclusiva en cuanto a la ordenación del territorio, urbanismo y vivienda (art. 148.1.3.<sup>a</sup> de la CE) y que sin duda tendrá incidencia en el deber de conservación.

La nueva regulación introducida por la LRRRU es encomiable en este aspecto, por cuanto aquí se considera que, de forma similar a lo que hace el ordenamiento alemán, la vinculación del derecho de propiedad y de la regulación de sus facultades y deberes con la igualdad, hace que fuera cuanto menos dudosa la idoneidad de que algunas decisiones determinantes respecto al deber de conservación, como es su límite cuantitativo, quedasen al albur de la normativa autonómica, así como las diferencias que ello conllevaba. Aunque la reforma implantada por la citada norma no es ajena a dudas ni está exenta de posibles interpretaciones dispares. Además, la misma conserva la posibilidad de introducir distorsiones en esa pretendida igualdad del deber de conservación, al permitir que en caso de incumplimiento del mismo sean las Comunidades Autónomas las que regulen si se incrementa hasta el 75 por ciento, lo que sin atisbo de vacilaciones incide en su propia configuración (34).

---

(34) La citada previsión respecto a la posibilidad de incrementar el límite del deber de conservación al 75% del coste de reposición de la construcción o el edificio correspondiente en caso del mencionado incumplimiento, tiene una gran relevancia. Si bien la norma restringe tal posibilidad a que así lo disponga la legisla-

Y es que como ya se ha apuntado y trataré a continuación, uno de los mayores problemas que la configuración de este deber implica, es el hecho de que el mismo cuente con un contenido de doble naturaleza. Así, de un lado, desde la vertiente cualitativa incluye aquellas obras necesarias para mantener el bien en las condiciones legalmente establecidas y, como mínimo, en aquellas referentes a la seguridad, salubridad, ornato y accesibilidad, que sin duda evocan la *firmitas*, la *utilitas* y la *venustas*, es decir, solidez, comodidad y hermosura, que ya Vitrubio entendía como partes esenciales de toda edificación (35).

De otra parte, se fija un tope cuantitativo a aquellas obras, que viene determinado ahora en el propio TRLS/08 y que se cifra, en la mitad de lo que en la LRRRU se da en llamar «coste de reposición», es decir, del valor actual de construcción de un inmueble de nueva planta, equivalente al original en relación con las características constructivas y de superficie útil, realizado con las condiciones necesarias para que su ocupación sea autorizable o, en su caso, quede en condiciones de ser legalmente destinado al uso que le sea propio. A este respecto, se plantea aquí la dificultad de que en dicha definición no se haya excluido de forma expresa el valor del suelo, aunque se entiende que va de suyo que ha de ser así (36).

---

ción autonómica, lo que por el momento solamente se produce en cierto modo en la Ley de Aragón, cabe esperar que las demás CCAA vayan adaptándose a ese nuevo marco jurídico en lo sucesivo. Esta previsión plantea algunas dudas interpretativas que sólo el tiempo revelará cómo se despejan, por ejemplo, tal y como está redactado parece que se trata de una opción que queda en manos de la Administración competente, es decir, que no puede producirse sin previsión en la legislación autonómica pero que, sin embargo, ésta no será la que cierre la cuestión con carácter general, sino más bien que se trataría de una posibilidad a concretar en cada caso particular, probablemente por medio de la correspondiente declaración a la que alude a continuación. Así, lo que se dice exactamente es que cuando el propietario incumpla lo acordado por la Administración, se entiende que en la previa orden de ejecución, y una vez dictada resolución declaratoria del incumplimiento y acordada la aplicación del régimen correspondiente, la Administración actuante remitirá al Registro de la Propiedad certificación del acto o actos correspondientes para su constancia por nota al margen de la última inscripción del dominio. En conclusión, primero dictará la orden de ejecución en que fijará las obras a realizar y concederá a tales efectos el oportuno plazo, superado el cual de forma injustificada sin que se proceda a realizar las obras podrá, si así lo permite la legislación autonómica, elevar el límite del deber de conservación hasta un 75%. Dicha decisión, junto a la declaración del incumplimiento y el acuerdo del régimen a aplicar, se recogerá en la correspondiente resolución, la cual se inscribirá en el Registro de la Propiedad. Todo apunta, por tanto, a que dicha resolución tendrá un triple contenido fundamental: declaración de incumplimiento, elección del régimen a aplicar entre las diversas opciones que permita la normativa, normalmente, la ejecución subsidiaria, así como, en su caso y siempre que se haya previsto esa posibilidad en la normativa autonómica, la elevación del límite de deber de conservación. Dicha resolución a buen seguro podrá constituir el requerimiento o intimación que la Ley 30/92 exige para proceder a la ejecución forzosa en sus diversas modalidades.

(35) Marco Vitruvio vivió aproximadamente en el siglo I a.C., desarrollando su labor bajo los mandatos de César y Augusto. Los diez libros que componen «De Architectura» se redactaron entre el 35 y el 25 a.C., y su destinatario fue con toda seguridad Augusto. «De architectura libri decem» es, por tanto, el tratado de Arquitectura más antiguo que se conoce. Redescubierto por los Italianos siglos más tarde, fue tomado como referencia para la recuperación de la arquitectura greco-latina por los arquitectos de la época.

(36) En efecto, la reforma del art. 9 del TRLS/08 operada por la LRRRU de 26 de junio de 2013, profundiza en la regulación del deber de conservación, por ejemplo, al prever expresamente su límite cuantitativo ordinario, así como los medios para hacerlo efectivo y algunas de las consecuencias de su incumplimiento. Sin embargo, tal circunstancia —que podría estimarse elogiable—, no está exenta de ciertas dudas y, por otro lado, puede suponer un incremento de este deber y las obligaciones que conlleva, cuando las enmiendas que propusieron hacer mención expresa al límite del deber de conservación buscaban lo contrario. Además, esta posible elevación en el momento actual —en que de por sí es difícil en muchos casos que los propietarios cumplan lo que venía siendo tradicionalmente el contenido del deber de conservación—, parece no sólo poco justificado sino incluso escasamente realista, pero a su vez con consecuencias trascendentes par los titulares del deber, más

En cuanto al primero de estos límites, ya no hay duda que las citadas condiciones que han de cumplirse tienen carácter evolutivo, de tal modo que no se refiere a aquellas obras que cuando se diseñó el edificio y, por tanto, se reflejó de tal modo en el proyecto presentado para obtener la licencia, sino a las que se vayan exigiendo por el ordenamiento jurídico aplicable en cada momento. Así, destaca especialmente en la actualidad la relevancia que se ha venido dando tanto a la accesibilidad, como a la eficiencia energética o incluso el supuesto de encontrarse en el contexto más amplio de la rehabilitación integral de una determinada zona. Pero ello, si bien no es debatido, no deja de ser un incremento —bastante considerable— del deber de conservación, motivo que impulsó la propuesta de ciertas enmiendas al entonces proyecto de LRRRU, que aunque no prosperaron merecen una mención. Entre otras la de Izquierda Plural respecto a fijar límites en relación con las mejoras de la calidad y sostenibilidad, haciendo referencia a otro término mencionado y de gran calado en esta norma, como es el de «ajustes razonables» (37). O la sugerencia de atender también y junto al aspecto objetivo al criterio del impacto económico que las obras puedan tener en las personas obligadas a su pago (38). Lo que en línea con lo dicho al hablar del

---

con el endurecimiento que se propicia de las reacciones frente a su incumplimiento. Pero lo cierto es que con la literalidad del precepto el deber de conservación puede sufrir una elevación al no excluir de su cuantificación el valor del terreno. A lo que se une la posibilidad de elevar ese 50% hasta el 75% en caso de incumplimiento del mismo. Además de la elevación en general que de este deber hace la citada norma, fundamentalmente al incrementar las obligaciones incluidas en el mismo. Una posible explicación a este aumento, por lo que a la primera previsión se refiere, es decir, aquella que cifra el límite del deber de conservación, puede ser el hecho de haber empleado en tal tarea la definición que la propia Ley ofrece del coste de reposición de una construcción o edificación en su art. 2.3. Al recoger en los mismos términos la definición de este concepto se olvida la Ley que, en efecto, lo normal siguiendo la tradición de nuestro sistema, e incluso, la regulación de la ruina económica, así como algunas previsiones del propio CC y la LAU, es que el deber de conservación se restrinja a la mitad de dicho coste, pero excluido el valor del suelo. Sin embargo, quizás no fuera descabellado sostener que ha de entenderse que al referirse al valor de la construcción de un inmueble de nueva planta ha de ceñirse a lo construido y no al suelo sobre el que se efectúa esa construcción. No sólo porque tal interpretación no parece contradecir necesariamente la literalidad de precepto, ni supondría romper con las previsiones existentes al respecto —tanto por cuanto se refiere al deber de conservación como a la ruina—, sino porque es evidente del estudio de la tramitación parlamentaria de esta norma, que el incremento que supondría otra lectura diferente sería totalmente contraria a la finalidad perseguida por las enmiendas que propusieron la fijación de ese límite y el recurrir a la definición en la misma del coste de reposición de una construcción o edificación, que, por otro lado, no se contenía en el proyecto de Ley.

(37) Exigiendo además que las obras que respondan a ese tipo de mejoras o superen los límites de esos ajustes razonables, pudieran formar parte de las actuaciones edificatorias o de transformación urbanística, cuando las mismas estén previstas en instrumentos de ordenación urbanística o de carácter reglamentario y en las condiciones establecidas en ellos. Respecto a la primera cuestión de esta propuesta, realizada por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUIA, CGA: La Izquierda Plural, es preciso conectarla con la enmienda que el mismo Grupo realizó al art. 2.4 de la LRRRU, que igualmente no encontró reflejo en la redacción final de la Ley. Y es que respecto a la definición de «ajustes razonables», se propuso, de un lado, incluir en este término también a las medidas para la adaptación de un edificio a los requerimientos derivados de la eficiencia energética, dado que al extenderse las obligaciones derivadas de la norma en cuestión, entonces todavía sólo proyecto, a éstas, entienden lógico hacer lo propio con el límite de «ajuste razonable» respecto a las mismas.

(38) En concreto se habla de que se entenderá que la carga es desproporcionada, en los edificios constituidos en régimen de propiedad horizontal, cuando el coste de las obras repercutido anualmente, y descontando las ayudas públicas a las que se pueda tener derecho, exceda de doce mensualidades ordinarias de gastos comunes o tengan una repercusión superior al treinta por ciento de los ingresos anuales acreditados el año anterior de las personas que resulten obligadas al pago de las obras. Explicando en la motivación de la enmienda que la razonabilidad de las obras también debe tenerse en cuenta el criterio del impacto económico en las personas obligadas a su pago.



deber de conservación y el Estado Social, resulta de máximo interés, como tendré ocasión de retomar más adelante.

No obstante, mayores dificultades se encuentran respecto al segundo aspecto que lo integra y, particularmente, el hecho de que el límite cuantitativo no coincida necesariamente con el cualitativo, sin embargo, la fijación de este umbral se encuentra tradicionalmente en nuestro ordenamiento jurídico, incluso se recoge desde la perspectiva del Derecho Privado en la LAU. Y es que en cuanto a su propia definición, en el mencionado art. 9 del TRLS/08, se afirma que «este deber constituye el límite de las obras que han de ser costeadas por el propietario», sin embargo, reconoce la posibilidad de que la Administración, por motivos culturales o turísticos, o para la mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano, imponga otras. Ante este panorama jurídico parece que habría dos opciones o interpretaciones posibles: entender que el deber de conservación sólo comprende las obras dentro de ese límite cuantitativo o que aunque en el mismo se integran otras adicionales, lo que exceda de ese tope ha de ser a cargo de la Administración.

La primera opción, si bien parece ceñirse de forma más estricta a la literalidad del precepto, encuentra un importante escollo. Y es que si las obras que superan el límite cuantitativo fijado para el deber de conservación no se consideran comprendidas en el mismo es difícil sostener la legitimación y potestad de la Administración para imponerlas y el deber del propietario de soportarlas aunque no sea a su costa.

Además, teniendo en cuenta que en la actualidad y desde la perspectiva cualitativa, el deber de conservación no se define exclusivamente por las condiciones mínimas, ni siquiera adecuadas, de seguridad, salubridad, ornato y accesibilidad, sino por las «condiciones legales» establecidas a tal efecto y, como mínimo, las indicadas, es muy posible que en cumplimiento de esas condiciones que el ordenamiento jurídico establece se supere el límite cuantitativo, sin necesidad de que respondan a motivos culturales o turísticos, —o ahora también para la mejora de la calidad y sostenibilidad del medio urbano—, sino que vengan impuestas por la adaptación a las necesidades sociales, por ejemplo, en temas como la accesibilidad o la eficiencia energética.

A esta idea parece responder la Exposición de Motivos de la LRRRU, cuando habla de tres niveles dentro del deber de conservación: el básico o estricto, que conlleva el destino a usos compatibles con la ordenación territorial y urbanística y la finalidad de garantizar la seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles. En el segundo nivel se incluirían los trabajos y obras necesarios para adaptar y actualizar progresivamente las edificaciones a las normas legales que les vayan siendo explícitamente exigibles en cada momento. Y finalmente, el tercer nivel se refiere a las mejoras de interés general, donde muy acertadamente, aunque ya se deducía de la normativa vigente, se explica que las mismas no se reducen a los clásicos motivos turísticos o culturales, sino también a lo que da en llamar mejora para la calidad y sostenibilidad del medio urbano, que, afirma, introdujo la Ley de Economía Sostenible (LES) (39).

En conclusión, desde la aprobación de esta norma no debería haber lugar para la duda respecto a que la opción del legislador es, como se propone aquí, la segunda, es

---

(39) La LES marca un paso importante en la tendencia actual hacia el medio urbano sostenible, lo que lleva a la necesidad de prestar atención a sus previsiones, en particular, lo que aquí interesa es el Capítulo IV del Título III, que comprende los arts. 107 a 111, donde se regulan una serie de medidas relacionadas con la rehabilitación y vivienda en ese marco del medio urbano sostenible.

decir, dentro del propio deber de conservación se incluyen las diversas obras mencionadas y que pueden exigirse, por tanto, al propietario, siendo ello lo que legitima la imposición de las mismas; si bien no todas deben ser sufragadas por el titular del deber.

Sin embargo, cabe lamentarse de algo harto frecuente en nuestra técnica legislativa, y es que si la citada Exposición de esta norma explica de forma clara y meridiana el deber de conservación, por desgracia, la redacción que se ha dado al art. 9 del TRLS/08 a través de esta Ley no responde a las expectativas creadas por la misma, es más no sólo no refleja exactamente lo explicitado en cuanto a esos tres niveles de este deber, sino que no se encuentra atisbo alguno al respecto, e incurre nuevamente en el empleo nada acertado de la expresión «hasta donde este deber alcance», que vuelve a inducir a error respecto a si las obras adicionales se incluyen o no en el mismo.

De otro lado, este nuevo panorama debe llevar a reflexionar igualmente sobre la definición del deber de conservación y, en particular, de su límite cuantitativo. No sólo porque, como se ha dicho, las obras que deban ejecutarse pueden superar ese cincuenta por ciento sin necesidad de que se trate de mejoras de interés general, tal y como éstas están configuradas, sino también porque otra de las conclusiones a la que se ha llegado en este estudio, es que en la práctica ese límite queda desvirtuado, por ejemplo, por las ayudas que se prevén para sufragar obras que se encuentran dentro del deber de conservación. E incluso, lo dicho puede tener repercusión en la definición misma de la ruina económica que, como se verá seguidamente, está fuertemente imbricada con el deber de conservación (40).

Pues, es y ha sido habitual en nuestro ordenamiento jurídico, la vinculación del deber de conservación y los límites de éste con la declaración de la ruina económica. Así, si por regla general —pues se trata de una materia regulada en las normas autonómicas— se habla de tres tipos de ruina: la económica, la técnica y la urbanística, la primera de ellas comienza precisamente cuando concluye el deber de conservación o, más bien, a la inversa, este deber desaparece cuando surge la declaración de ruina, debido al carácter objetivo que se viene dando tradicionalmente a este deber, por lo que también en ella se emplea el límite del 50 por ciento con carácter general.

No obstante, ni siempre es así, pues la tónica general con los bienes integrantes del patrimonio histórico artístico es la contraria, ni siempre que se rebasa el cincuenta por ciento procederá la declaración de ruina, dado que aún en ese caso y de tratarse, por ejemplo, de mejoras de interés general, no se procede a la demolición. Sin olvidar que si el estado ruinoso se debe a un incumplimiento del deber de conservación la

---

(40) Si hasta la reciente reforma la regla general era que el límite del deber de conservación se cifraba en la mitad del coste de una nueva construcción o parte correspondiente del inmueble, excluido el valor del terreno, y, en consecuencia, la superación de esa cuantía supone la incursión en la ruina económica, ahora se produce una descoordinación entre ambas figuras. Así, mientras que de acuerdo con la normativa aplicable puede ser que se alcance la ruina económica cuando el coste de las obras correspondientes para hacer frente a la conservación de un inmueble superen la mitad del valor del edificio o planta, excluido el coste del terreno, puede suceder que el deber de conservación se haya incrementado, no sólo al no excluir el valor del suelo —en caso de afianzarse esa interpretación—, que, no obstante, no parece lo más adecuado y ni siquiera lo más probable; sino por efecto del correspondiente incumplimiento. Por tanto, lo deseable será que a la vez que las CCAA hagan la correspondiente adaptación de sus normas a las nuevas previsiones operadas por la LRRRU en relación con el deber de conservación, también hagan lo propio con el régimen de ruina, cuanto menos, por lo que a la económica se refiere.

propia LRRRU prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas establezcan la opción de incrementarlo hasta un 75 por ciento, lo que puede en cierta medida resultar oportuno, pues no parece adecuado que se permita con ello al propietario liberarse de las obligaciones cuyo incumplimiento ha desencadenado el deterioro del inmueble. Si bien, toda generalización por definición es injusta y es aquí preciso recordar la situación de aquellos que no tienen recursos para hacer frente al cumplimiento de este deber y la posible evaporación con ello de su derecho a la vivienda digna y adecuada.

Además, como crítica añadida a esta nueva previsión debo decir que si bien considero elogiable el hecho de que sea el Estado el que defina el límite cuantitativo del deber de conservación, como parte integrante del derecho de propiedad, no puedo por más que oponerme a que nuevamente se abra la posibilidad a que las Comunidades Autónomas introduzcan diferencias injustificadas por esta vía, es más, tal y como se ha configurado tal opción parece que ésta es a elección de la Administración competente para declarar el incumplimiento de este deber y por medio de resolución de ésta, siempre con el presupuesto previo de haberse previsto en la normativa autonómica. Por ello, aunque pudiera considerarse un importante avance hacia la ruptura con la rigidez propia de la configuración clásica de este deber, en línea con la orientación emprendida por alguna Comunidad Autónoma (41), lo cierto es que puede incrementar las diferencias entre propietarios, incluso, dentro de una misma autonomía.

Ya se ha apuntado que la conexión entre el deber de conservación, la ruina y el deber de demolición o de rehabilitación es una constante en nuestro sistema, no obstante, es necesario llamar la atención sobre un aspecto común a todos estos elementos. Y es que aquí se han visto los límites cualitativos y cuantitativos de este deber, pero para ofrecer una definición correcta del mismo, es preciso aludir a la finalidad que subyace a éste, finalidad que precisamente comparte con esos otros deberes y que no es otra que la de evitar determinados riesgos y, en particular, garantizar la seguridad de las personas, el bienestar de la sociedad y la protección del medio ambiente (42).

#### **IV. Indemnización por vinculaciones singulares**

Así expuesta esta figura respecto a su finalidad, contenido y límites, y la nebulosa de dudas que gravita sobre la misma, lo cierto es que ni siquiera una de las cuestiones aparentemente clara en el TRLS/08 puede quedar ajena al ojo crítico. Me refiero a que si bien, por lo antes dicho, el legislador estatal al definir este deber deja constancia expresa y manifiesta de que las obras que superan el límite cuantitativo del mismo no han de ser sufragadas por el propietario, cuestión que en la actual redacción del

---

(41) En particular, Aragón. En cuya ley ya se apunta esta visión, incluso incrementada por la reforma de la misma, llevada a cabo por la ley 4/2013. Y es que aunque no se modifica la definición del deber de conservación, realizada en su art. 251, sí hay otras previsiones que intensifican esta idea. Así, por ejemplo, el art. 256, referente a la ejecución forzosa, en su nueva redacción se refiere al «límite del deber de conservación que resulte aplicable», es decir, parece partir de que no es estándar e inamovible.

(42) Como así se expresa el TS, por ejemplo, en la sentencia de 5 de diciembre de 2001 (Recurso de Casación núm. 5793/1997), Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección 5.<sup>a</sup>.

art. 9.1 de esta norma, dada por la LRRRU, menciona en varias ocasiones, una duda nada baladí surge al respecto.

Y es que aunque no exista duda de que las mismas han de ser costeadas por la Administración que las impone, lo cierto es que no se especifica si directamente las asume ésta o el propietario las repercute con posterioridad, como, por ejemplo, sí matiza el art. 177 del *Baugesetzbuch* alemán —donde se regula el deber de conservación—(43). Ni por supuesto se precisa en nuestro ordenamiento en qué institución o figura del mismo encaja tal aspecto, sin hablar de que incluso alguna norma pretende sufragarlas por vía de ayudas, lo que a mi juicio supone un grave error de partida, pues no parece que las medidas de fomento sean la mejor opción.

Me explico, además de la previsión contenida al respecto de las mejoras de interés general del art. 9 del TRLS/08, hay que tener en cuenta otros preceptos del mismo texto normativo —aunque solo sea porque deberíamos aspirar a entender el sistema como una coherente estructura en que las piezas encajasen, más aún cuando incluso nos movemos dentro de la misma norma—, y, en particular, es preciso prestar atención al art. 35, b) del citado texto normativo, por cuanto prevé las vinculaciones singu-

---

(43) A grandes rasgos este precepto, que lleva por título «*Modernisierungs- und Instandsetzungsgebot*», viene a fijar ciertas reglas respecto a este deber y, en particular, las órdenes de conservación, en gran medida similares a las propias de nuestro ordenamiento. Así, en primer lugar, otorga la competencia para dictarlas al municipio, aunque cuando se trate de conservación de monumentos la autoridad competente también debe intervenir. Igualmente, la orden de ejecución ha de fijar las obras concretas y el plazo para ejecutarlas. Hace mención a los requisitos generales de las condiciones de una vida sana, a que las deficiencias pueden venir, cuando por el desgaste, el envejecimiento o las condiciones meteorológicas, se ve afectado el uso previsto de la construcción, afecta a la estructura física o es necesario que el edificio o su estructura sean renovados y preservados por su papel en el desarrollo urbano o su especial significado histórico o artístico. Por tanto, viene a distinguir entre diversas hipótesis en que no sólo se tiene en cuenta la consideración del edificio en sí mismo y su uso, sino también desde la perspectiva de su integración en el entorno urbano, haciendo mención específica, como no puede ser de otro modo, a los supuestos de patrimonio histórico o artístico. Por lo que a la asunción de los costes se refiere, los apartados cuarto y quinto hacen alguna precisión relevante. Así, se parte de que el propietario debe costear las obras hasta cierto límite, a cuyos efectos hace referencia a los beneficios resultantes para el edificio, a la posibilidad de compartir el gasto con la Administración, que cuando se supere el límite que el propietario ha de sufragar se establezca la correspondiente inversión, pero también que tal previsión no se aplica cuando el propietario viene obligado en virtud de otra legislación, particularmente hace referencia a la de costas, o cuando éste no ha hecho las reparaciones oportunas y no pueda demostrar que su decisión no era económicamente viable o no se esperara de él. Por tanto, no sólo introduce el elemento de las plusvalías para calcular la proporción que ha de asumir el propietario, sino también la posibilidad de que haya previsiones específicas en otras normas, así como las consecuencias que en esa distribución de costes puede tener el hecho de que el estado del inmueble se deba al propio incumplimiento del deber de conservación, lo que también se ha introducido en nuestro sistema a través de la LRRRU y siempre que las normas autonómicas lo prevean. Y destaca también, por lo expuesto, la referencia a la cantidad a reembolsar, de modo que parece entender que el propietario acomete las obras y con posterioridad repercute la parte correspondiente frente a la Administración. Lo que parece coherente con entender que es una indemnización por carga especial de la citada *ausgleichspflichtige Inhabtsbestimmung*, equivalente a las vinculaciones singulares del art. 35 del TRLS/08. Finalmente, se mencionan nuevamente en el último de los párrafos de este precepto, en cuanto al coste compartido, los beneficios que podrían obtenerse para el edificio o estructura, en este caso, de forma permanente cuando se trata de un plan de desarrollo, un plan social, una medida de saneamiento urbanístico o cualquier otra medida que persiga metas y objetivos urbanos. Es decir, la incidencia en el deber de conservación y la imposición de las obras necesarias para dar cumplimiento al mismo, no sólo derivan o provienen de las órdenes de ejecución sino también de otros instrumentos como planes u otras medidas urbanísticas, pues, realmente, las órdenes son uno de los instrumentos que concretan ese deber y sirven para hacer efectivo su cumplimiento, no obstante, el mismo se deriva de normas e instrumentos muy diversos. Así como lo pone de manifiesto la normativa de los últimos tiempos, valga señalar la LES y la LRRRU, particularmente, cuando se está ante la rehabilitación integral.

lares que excedan los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones.

Este precepto recoge precisamente los supuestos indemnizatorios en el ámbito urbanístico, es decir, las principales excepciones a la regla general de no indemnizar la delimitación del derecho de propiedad, que al fin y al cabo es de lo que se trata —pues recuérdese que este deber forma parte de la función social de la propiedad que por definición no es merecedora de compensación alguna—.

Dentro de los diferentes supuestos que enumera el citado precepto: determinadas modificaciones sobrevenidas del planeamiento, anulación de licencias, etc, la propuesta está pensando precisamente y de forma principal en el deber de conservación, tal y como se deduce claramente de la redacción de su predecesora, la Ley del Suelo de 1998.

En particular, el citado precepto recoge como segundo supuesto indemnizatorio «las vinculaciones y limitaciones singulares que excedan de los deberes legalmente establecidos respecto de construcciones y edificaciones, o lleven consigo una restricción de la edificabilidad o el uso que no sea susceptible de distribución equitativa». No obstante, debe entenderse que se trata no tanto de deberes que no estén previstos legalmente, pues en tal caso su legitimación sería dudosa, como de aquellos que exceden la media, que en este caso es el límite establecido para el deber de conservación. Por tanto, encajan perfectamente en dicha previsión las mejoras de interés general a que se refiere el art. 9 del TRLS/08.

Y aunque de la ubicación del artículo podría deducirse que el legislador entiende que es un supuesto de responsabilidad patrimonial, como el resto contenido en el precepto en cuestión, aquí se sostiene que teniendo en cuenta que existe el deber jurídico de soportar dichas obras, aunque bien es cierto que no de costearlas, lo más apropiado sería considerarlas como lo que son, una excepción a la regla general, a cuyos efectos resulta interesante la figura alemana de la *ausgleichspflichtige Inhaltsbestimmung*(44). Entendida como la posibilidad de conceder indemnización por aquellas restricciones, limitaciones o vinculaciones, que aún siendo correctas y estando justificadas —en este caso respecto de construcciones y edificaciones, y, especialmente de su conservación—, suponen una carga desigual para unos propietarios respecto de otros, es decir, con base en el principio de igualdad ante las cargas públicas, principio al que ya se hizo referencia al inicio de esta exposición como eje fundamental de la misma.

Precisamente, otra de las conclusiones que pueden extraerse en la materia es que en nuestro ordenamiento, como en otros, particularmente el alemán, aunque también el francés, esta posibilidad de indemnizar esas obras responde al principio de igualdad formal, al tratarse de una carga especial y excesiva que se impone al propietario por el interés general.

Si esto queda meridianamente claro respecto de las obras de interés general que superan el límite cuantitativo del deber de conservación, pues ninguna otra interpretación es posible ni del art. 9 ni del 35, b) del TRLS/08, sin embargo, mayor dificultad puede presentar el hecho de que desde otras normas, principalmente rela-

---

(44) Respecto a esta institución, con carácter general, véase MENÉNDEZ SEBASTIÁN E. M.ª., *Los supuestos indemnizatorios en la Ley 8/2007 de Suelo y en la legislación sobre espacios naturales protegidos*, Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 126 y ss., y pp. 214 y ss.

cionadas con la rehabilitación de viviendas, se prevean ayudas no sólo para hacer frente a las obras que rebasen el límite cuantitativo al que se ha hecho mención, sino también a aquellas que se integren dentro del mismo, es más, incluso alguna Ley de urbanismo prevé medidas de fomento al regular el propio deber de conservación.

Y es que ello puede desvirtuar la configuración misma de este deber y, particularmente, del límite expuesto, además de las importantes diferencias que puede generar entre propietarios de distintas Comunidades Autónomas, y no olvidemos que hablamos de la definición misma del deber de conservación y sus límites, fijados precisamente ahora por Ley estatal.

## V. Deber de conservación, ayudas a la rehabilitación y Estado Social

No obstante, si hasta este momento se ha examinado cómo el principio de igualdad desde el punto de vista formal es el que viene a justificar que aunque determinadas obras de conservación deban ser soportadas por el propietario, cuando exceden los límites cuantitativos fijados no corran a cargo de éste, es preciso ahora recurrir a la igualdad material, que no sólo puede justificar las ayudas en el ámbito de este deber sino que, desde la perspectiva aquí adoptada, ha de ser la que guie esas previsiones.

Previsiones que se encuentran tanto en la normativa directamente vinculada al tema, es decir, principalmente en las normas urbanísticas de las Comunidades Autónomas o determinadas leyes de vivienda, como en otras normas que transversalmente vienen a incidir de pleno en los contornos de este deber aunque su objetivo no sea definir el mismo. En particular, cabe destacar la normativa de rehabilitación urbanística y de viviendas e, incluso, la regulación de impuestos como el IRPF, donde se prevén deducciones por obras de mejora en viviendas que encajan sin lugar a duda en este deber (45).

Y que se remite al Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 (46), hoy sustituido por el Plan Estatal de fomento del alquiler de Viviendas, la Rehabilitación Edificatoria y la Regeneración y Renovación Urbanas para 2013-2016, respecto del que cabe ya adelantar que se ha alejado peligrosamente de la perspectiva aquí adoptada y que no es otra que entender que los criterios que han de emplearse en la determinación de esas ayudas han de ser subjetivos principalmente. Es decir, lejos de estable-

---

(45) Así, se encuentran, por ejemplo, en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las Leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes, en cuya Disposición Adicional Vigésimo Novena se prevé la deducción por obras de mejora en viviendas, y cuya redacción actual viene dada por el Real Decreto-Ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas. Y respecto de cuyas previsiones es imprescindible señalar que la deducción dependerá de la base imponible del impuesto. De tal modo que no todos los propietarios se beneficiarán de esta deducción en la misma medida y con independencia de que las obras sean similares. Y ello porque se establece que los contribuyentes con una base imponible igual o inferior a 53.007,20 euros anuales podrán beneficiarse en su totalidad de la deducción, que es de 6.750 euros, rebajándose ésta progresivamente hasta quedar a cero para contribuyentes con una base imponible superior a 71.007,20 euros.

(46) Aprobado mediante el Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre.

cerse por referencia a la situación del edificio, lo que incide en el propio contorno de este deber y su definición —suponiendo por tanto una alteración de lo fijado por el TRLS/08—, se atiende a la situación subjetiva de los propietarios, buscando con ello alcanzar la igualdad material.

Y es más, no solamente se entiende que introducir elementos de acción positiva para beneficiar a colectivos desfavorecidos es una opción que está legitimada a nivel constitucional, sino que incluso es una obligación de los poderes públicos por imperativo de la propia norma suprema.

El mandato constitucional de la obligación de remoción de obstáculos con el fin de que la igualdad sea real y efectiva en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho (art. 9.2 CE) —lo que lleva al punto de partida de este estudio—, es lo que viene justificando las llamadas acciones positivas en éste y en otros campos, tal y como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional (47) o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (48). Además en este caso no debe olvidarse su conexión con el derecho a la vivienda digna y adecuada del art. 47 de la CE, como ya se ha indicado.

Y es que, como han venido señalando la doctrina constitucionalista, lo característico de los denominados principios rectores de la política social y económica en general, y del «derecho» a la vivienda digna en particular, es que, además de implicar ciertas obligaciones de respeto o incluso de actuación regulatoria por parte de los poderes públicos, su principal contenido normativo hace referencia a la obligación de los poderes públicos de articular prestaciones materiales y/o económicas que permitan la consecución del objetivo al que hace referencia el principio rector, en este caso el acceso de todas las personas que no pueden hacerlo por sus propios medios a una vivienda digna y, en la vertiente que interesa aquí, al mantenimiento de su carácter «digno y adecuado». Lo que en muchas ocasiones estará fuertemente conectado con el propio cumplimiento del deber de conservación.

Un derecho éste, que ya reclamara Franklin Delano Roosevelt al hablar de la «Second Bill of Rights» en su discurso del Debate del estado de la Unión de 11 enero 1944, donde vincula incluso el logro de estos derechos con la libertad misma del individuo, llegando a afirmar que:

«El que América ocupe el lugar que le corresponde en el mundo depende en gran parte de cuan plenamente estos derechos y otros similares hayan sido llevados a la práctica por nuestros ciudadanos. A menos de que exista una seguridad doméstica no podrá existir una paz duradera en el mundo» (49).

Además, en momentos como éstos y en sistemas en que se ha alcanzado un cierto desarrollo de los derechos sociales, ha venido surgiendo otra preocupación conectada con el tema, como es el intenso debate político, social y académico a propó-

---

(47) En relación con las acciones positivas, véase, por ejemplo, la sentencia 13/2009, de 19 de enero.

(48) Por ejemplo, en el caso *Stec y otros* contra Reino Unido, de 12 abril de 2006.

(49) *State Of The Union Addresses*. Franklin Delano Roosevelt and Cortelle Hutchins, Kessinger Publishing, United Kingdom, pp. 28-30.

sito de la reversibilidad o no(50) de las conquistas sociales(51). O temas tan relevantes como la conocida «*Der Vorbehalt des Möglichen*» o «reserva de lo posible» del sistema alemán(52), en la que juegan un papel preponderante, entre otros, nociones como el de proporcionalidad, la exigibilidad o la razonabilidad.

Por ello mismo, ha de ser criticado con dureza el enfoque que se da al tema en el Plan de Rehabilitación estatal actual, pues a pesar de vincular el deber de conservación con el derecho a una vivienda digna y adecuado en su Exposición de Motivos, a lo largo de su articulado se distancia de ese objetivo, relegando a un segundo plano el empleo de los criterios mencionados, y optando principalmente por atender a las circunstancias objetivas en que se encuentran las edificaciones.

## VI. Técnicas para hacer efectivo el deber de conservación

Muy brevemente, antes de proceder a enunciar la principal conclusión de este trabajo, es preciso hacer mención a la otra vertiente adoptada en el estudio del deber de conservación, me refiero a la propia de la Administración que ha de velar por su cumplimiento.

En todo caso y con independencia de que no sea éste el momento de exponer todos los mecanismos de que se dispone para hacer cumplir con el deber de conservación, sí es preciso apuntar la dificultad con que pueden encontrarse las Administraciones a este respecto en tiempos de crisis económica como los que actualmente se viven, ello unido al tema del derecho a la vivienda digna y adecuada y a las medidas que a tal efecto ha de adoptar el legislador y la Administración.

A pesar de la existencia de estas técnicas tradicionales, la realidad demuestra que las mismas no cuentan con la eficacia práctica necesaria(53), siendo oportuno acudir también a otros mecanismos.

Precisamente en esta línea han apuntado algunas normas autonómicas(54); pudiendo hablar de dos tendencias a este respecto: las regulaciones que acogen las técnicas tradicionales y que giran en torno al propietario, es el caso, por ejemplo, de

---

(50) Como ha señalado, WOLFGANG SARLET I., «Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo: algunos problemas y desafíos», *op. cit.*, p. 59, la relación entre el deber de progresividad y la prohibición de regresividad, ambas indispensables para el Estado Social y la promoción y tutela de los derechos sociales, nos coloca ante el desafío de la protección de los derechos sociales ya incorporados al patrimonio de la ciudadanía, especialmente en términos de un fuerte y, hasta cierto punto, aparentemente irreversible, desmantelamiento del Estado Social.

(51) A este respecto, véase, entre otros, PRESNO LINERA M. A. y WOLFGANG SARLET I. (Eds.), *Los Derechos Sociales como Instrumento de Emancipación*, Thomson Reuters, Navarra, 2010, p. 22. O del primer autor *Crisis Económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, Procuradora General del Principado de Asturias-Universidad de Oviedo, 2012.

(52) A este respecto, véase, por ejemplo, WOLFGANG SARLET I., «Los derechos sociales a prestaciones en tiempos de crisis», en PRESNO LINERA M. A. (Coord.), *Crisis Económica y atención a las personas y grupos vulnerables*, *op. cit.*, pp. 52 y ss.

(53) ARROYO JIMÉNEZ L., *La revisión de las técnicas de conservación urbanística*, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

(54) *Ibidem*, pp. 28 y 29.



Asturias (55); y las que introducen otras nuevas, como Castilla-La Mancha (56), que trata de dinamizar el mercado de la rehabilitación, por ejemplo, recogiendo el agente rehabilitador (57), o la de Valencia que prevé el régimen de la rehabilitación forzosa. Otra tendencia novedosa de algunas Comunidades Autónomas es el extender este derecho y romper con ello la secuencia de incumplimiento-ruina-demolición, dejando atrás el carácter objetivo de la declaración de ruina como hace Aragón (58), lo que parece haber hecho la LRRRU con la posibilidad de incrementar este deber en caso de incumplimiento hasta el 75 por ciento.

Por tanto, en primer lugar, debe hacerse una breve referencia a una de las piezas clave en la materia, es decir, las órdenes de ejecución (59). Sólo recordar que en cuanto a su naturaleza, se ha entendido que se trata de un acto declarativo y de gravamen, que cuenta además con una serie de presupuestos para su validez, unos materiales, como es el propio límite del deber de conservación (60), la concreción de las obras a realizar y, por supuesto, la motivación y la proporcionalidad; y otro de carácter formal, como son la competencia, normalmente del Alcalde (61), y la observancia del procedimiento, en el cual destacan en la fase de instrucción los informes, que pueden provenir tanto del técnico municipal, por ejemplo, en caso de inspección previa, como en su caso el de parte, e incluso, aportarse por el denunciante. Este instrumento también se prevé en otros países, como es el caso de Alemania (62) y Francia (63).

Sin embargo, el problema se centra principalmente en el incumplimiento de las órdenes de ejecución. A cuyo respecto, resumidamente —dado que el objeto principal de este trabajo es el contenido y delimitación de este deber más que la reacción ante el incumplimiento del mismo—, cabe recordar que la opción tradicional en nuestro sistema, contenida en la normativa estatal de carácter supletorio, es la ejecución forzosa, siendo la regla general la ejecución subsidiaria (64), dado que la multa coercitiva necesita de reconocimiento legal expreso, como han hecho algunas Comunidades Autónomas. Además, de la posible sanción por la infracción que suponga el incumplimiento.

Volviendo de nuevo a las opciones adoptadas por la legislación autonómica, cabe mencionar diversos tipos de previsiones: aquéllas que recogen la ejecución subsidia-

---

(55) Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

(56) Decreto Legislativo 1/2004, de 22 de abril.

(57) A este respecto véase, entre otros, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ S., «El agente rehabilitador» en *El agente rehabilitador. Notas sobre gestión en Suelo Urbano Consolidado*, Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 15-51.

(58) Art. 254.2 de la Ley Urbanística de Aragón, Ley 3/2009, de 17 de junio.

(59) Entre otros, véase a este respecto, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO J. M.ª., «Deber urbanístico de conservación y órdenes de ejecución: crisis de la regulación tradicional, nuevas regulaciones autonómicas y algunas propuestas», *Revista Jurídica*, núm. 6, 2002, pp. 273-300.

(60) Aunque, como se ha visto, este límite cuantitativo no siempre es inamovible.

(61) Por la cláusula residual del art. 21 de la LBRL. Aunque si se trata de bienes declarados patrimonio histórico requerirá normalmente intervención de la Comunidad Autónoma.

(62) Que las recoge en el art. 177 del *Baugesetzbuch*.

(63) Art. L. 451-2 del *Code de l'Urbanisme*.

(64) Según el art. 10.3 del Reglamento de Disciplina Urbanística, aprobado por el Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio.

ria o la multa coercitiva, como es el caso de Asturias; las que mencionan la ejecución subsidiaria, la multa coercitiva o la sustitución, es el caso de Castilla-La Mancha (65); o las que se hacen eco expresamente de la ejecución subsidiaria, la sanción, la sustitución o la expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, como Madrid (66).

Sin embargo, estas figuras se orientan principalmente hacia a lo que ha dado en llamarse «rehabilitación estática» o por «conservación, aunque actualmente se ha iniciado otra tendencia hacia la «rehabilitación dinámica» o por «sustitución», es decir, una rehabilitación integral de áreas degradadas, en las que los planes de rehabilitación integral así como el agente rehabilitador y otras medidas adquieren relevancia (67) —si bien no exentas de ciertas polémicas a las que no es momento de prestar atención—.

A este respecto, merece la pena mencionar también el régimen de edificación o rehabilitación forzosa de la Ley Valenciana (68), que puede aplicarse de forma simultánea a las medidas clásicas previstas frente al incumplimiento de las órdenes de ejecución.

Finalmente, en este panorama y en relación con el problema planteado, va adquiriendo un papel importante la inspección técnica de edificios, que ya se había intentado establecer con carácter general en el decaído Proyecto de Ley de Calidad y Sostenibilidad del Medio Urbano, y de la que se hacen eco algunas normas autonómicas en la línea apuntada (69). No obstante, en la actualidad se prevé en el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la Rehabilitación edificatoria, y la Regeneración y Renovación urbanas, 2013-2016, que, incluso, recoge un programa de apoyo a su implantación, así como en la LRRRU, el Informe de Evaluación de los Edificios, que viene a sustituir a la citada ITE.

## VII. Conclusión

En conclusión, puede afirmarse que tras lo expuesto y una vez analizados los principales problemas que presenta la configuración legal del deber de conservación, éste debería ser revisado, particularmente, por lo que se refiere al límite cuantitativo del mismo y las implicaciones que ello supone, puesto que no parece ser coherente con el marco jurídico en que se encuadra desde diversas perspectivas el deber de conservación. Y sin olvidar que éste no sólo se encuentra en las leyes de suelo o urbanismo, sino también en la normativa sectorial, en las ordenanzas de conservación y en los diversos instrumentos de planeamiento. Asimismo, no solamente puede verse afectado

---

(65) Art. 140 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 18 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Castilla-La Mancha.

(66) Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de Madrid.

(67) GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ S., «El agente rehabilitador», *op. cit.*, p. 16.

(68) En efecto, la Ley 16/2005, de 30 de diciembre, Urbanística de la Comunidad Valenciana, aunque como medios de ejecución recoge en su art.212.3 la ejecución subsidiaria y las multas coercitivas, también prevé la figura del régimen particular de edificación o rehabilitación forzosa en sus arts. 217 y 218.

(69) Así, por ejemplo, el art. 138.1 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Castilla-La Mancha, la prevé como obligación de todo propietario de construcción o edificación superior a cincuenta años; o el art. 169.1 de la Ley del Suelo de Madrid cuando superen los treinta años.

desde el plano individual de un edificio concreto y su conservación, sino también de la rehabilitación de toda una zona del entorno urbano.

Por otro lado, sería importante que la correspondiente regulación tuviera en cuenta la importancia de la igualdad formal y también material en la cuestión, de su vinculación con el derecho a una vivienda y, en especial, del carácter adecuado y digno de la misma.

E intentar que en este contexto de crisis la Administración en lugar de replegarse intervenga en el sentido expuesto, pues sin duda las circunstancias desfavorables que se viven en la actualidad incrementan las diferencias de no hacerlo. Siendo más necesario que nunca que el legislador, la Administración y, en fin, los poderes públicos, en cumplimiento del mandato que la CE les impone, reaccionen y remuevan los obstáculos presentes en la Sociedad con la finalidad de que la igualdad material sea un hecho.

Y es que no debe olvidarse que el Estado Social —prisma que se ha adoptado aquí— es el mayor logro histórico alcanzado, pues como se proclamara ya —y con ello termino— en la importantísima Declaración de Filadelfia de 1944, un país no puede ser sostenible sin justicia social.

Trabajo recibido el 1 de agosto de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Estatuak gizartean duen eginkizuna aztertzea Administrazio Zuzenbiderako betidanik funtsezkoa izan da, eta gaur egun bizi dugun aldaketa-fasean funtsezkoagoa, estatu soziala krisialdi larrian baitago. Horrenbestez, ezinbestekoa da bien arteko loturak berrikustea.

Hala, estatu soziala, egungo oso gai garrantzitsua, eta haren krisialdia aztertuko ditugu, jabeen, batez ere higiezinaren jabeen, kontserbazio-betebeharra bezalako gai zehatz baten bidez.

Horretarako, betebehar horren definizio ezberdinek eta erregulazio zehatzak izan dezaketen eragina aztertuko dugu, gure Estatuaren gizarte-eskubide bat lortzeko, etxebizitza duina edukitzeko, aurrerapausoak edo atzerapausoak izan baitaitezke.

**HITZ GAKOAK:** Estatu soziala. Kontserbazio-betebeharra. Etxebizitza duin eta egokia edukitzeko eskubidea. Estatua eta gizartea. Jabetza-eskubidea.

**RESUMEN:** Si siempre ha sido fundamental para el Derecho Administrativo el estudio del papel del Estado en la Sociedad, hoy en día nos encontramos ante una etapa de cambio y, fundamentalmente, ante la importantísima crisis del Estado Social en que se hace imprescindible reformular las relaciones entre ambos.

Así, a través de un tema tan concreto como es el deber de conservación de los propietarios, especialmente de inmuebles, se tratará una cuestión tan primordial de nuestro tiempo como es el Estado Social y la situación de crisis que el mismo afronta en estos momentos.

A tales efectos, se analiza cómo una definición u otra de este deber, así como su regulación concreta, puede incidir en dar un paso hacia delante o hacia atrás en la consecución de la vivienda digna como derecho *social* integrante de nuestro Estado.

**PALABRAS CLAVE:** Estado Social. Deber de conservación. Derecho a una vivienda digna y adecuada. Estado y Sociedad. Derecho de propiedad.

**ABSTRACT:** If the study of State's role within society has always been fundamental as far as Administrative Law is concerned, nowadays we find ourselves in a changing period and principally, before the so important crisis of the Welfare State, where the relationships between both of them need to be reformulated.

Hence, by means of such a specific subject as the duty of preservation by the owners, specially of properties, we deal with a key issue of our times as it is Social State and the crisis situation it faces nowadays.

To that end, it is analyzed how one or another definition for this duty together with its specific regulation will have an impact to move forward or backward so as to achieve a dignified housing as a social right which is to be part of our State.

**KEYWORDS:** Social State. Duty of preservation. Right to a dignified and appropriate housing. State and Society. Right to property.

# Aproximación a la personalidad jurídica de las *civitates* romanas en época imperial (1)

Rosa Mentxaka Elespe

**Sumario:** I. Presentación.—II. Régimen local romano en época republicana e imperial. II.1. *Civitates* no romanas. II.2. *Civitates* romanas.—III. Manifestaciones de la personalidad jurídica de las *civitates*. III.1. En el ámbito del derecho público. III.2. En el ámbito del derecho privado. III.2.1. Ciudades como sujeto de derecho. III.2.2. Facultades reconocidas. III.2.2.1. Demandar y ser demandadas en el proceso civil. III.2.2.2. Ostentar la titularidad del patrimonio. III.2.2.3. Ser titular de otros derechos reales. III.2.2.4. Ser titular de obligaciones y contratos: III.2.2.4.1. Prestar y tomar en préstamo dinero público. III.2.2.4.2. Sacar a concurso servicios públicos. III.2.2.4.3. Responder por dolo. III.2.2.4.4. Nulidad de la condonación de las deudas. III.2.2.4.5. Prescripción de las acciones contra el municipio. III.2.2.5. *Pollicitationes* a favor de las ciudades. III.2.2.6. Ciudades y disposiciones testamentarias.

## I. Presentación

Como es de sobra conocido, en los ordenamientos jurídicos actuales no se cuestiona la existencia de personas con capacidad jurídica independiente distinta de los miembros que la componen y, en cuánto titulares de derechos y obligaciones, son denominados personas jurídicas; la idea de que en el ámbito privado las asociaciones o fundaciones y en el Derecho público, el Estado, los municipios, las iglesias, etc., están dotados de personalidad jurídica independiente de los miembros que las componen y, en consecuencia, son titulares de derechos y obligaciones ha sido desarrollada en profundidad por la doctrina jurídica, en particular, a partir del siglo XIX (2).

Uno de los antecedentes históricos que pudo ayudar a su creación lo constituye el precedente romano, que reconoció a algunos conjuntos de personas la posibilidad de tener la titularidad de un patrimonio así como una voluntad colectiva distinta.

Pues bien, de todos los supuestos existentes en el derecho romano que pudieran analizarse en este ámbito (los *collegia*, *sodalitates*, *sodalicia*, *corpora*) (3) que actual-

---

(1) Para rendir merecido homenaje al querido colega Demetrio Loperena he optado por un tema que actualmente entraría en el ámbito del Derecho Administrativo.

(2) En este sentido por ejemplo: KASER, Max, *Derecho Romano Privado*. 5.ª ed., Instituto editorial Reus. Madrid 1982, pp. 83 y ss.

(3) SCHULZ, Fritz, *Derecho Romano Clásico*. Bosch. Barcelona 1960, p. 83, subraya que el lenguaje clásico no poseyó un término específico para designar lo que hoy denominamos corporación, ya que, en su opinión, la palabra

mente denominados corporaciones y que en Roma en gran parte fueron de carácter público, las *piae causae*(4) que consideramos fundaciones(5), el *Aerarium*(6), el *Fiscus*(7), el *Populus Romanus*(8), etc. que entrarían en el ámbito del Estado romano y en la actualidad son estudiadas por el Derecho Público), en las presentes páginas, en particular, me voy a fijar en las *civitates* (unidades constituidas por ciudadanos cambiantes) durante los tres primeros siglos de nuestra era; sabemos que en el mundo romano los núcleos urbanos pudieron tener un régimen jurídico muy distinto en cada una de las provincias que integraron el territorio dependiendo del momento histórico y de sus relaciones con Roma. Por ello, antes de detenernos en las facultades que se reconocían a las ciudades romanas puede ser conveniente exponer muy brevemente los diversos tipos de comunidades urbanas; como veremos a lo largo de estas páginas, en ocasiones en las fuentes se habla de *municipia* o *coloniae*, en otras de *res publicae*, otras simplemente de *civitates*; por ello, me parece más prudente emplear el término genérico de ciudades pero teniendo presente que bajo él se podían encontrar alguno de los núcleos urbanos a los que hago referencia a continuación.

## II. Régimen local romano en época republicana e imperial

Obviamente, tanto en época republicana como imperial en la que se produjo la expansión territorial, Roma fundó asentamientos urbanos fuera de la península itálica. Se suele admitir que el objetivo buscado por la administración romana fue obtener la máxima rentabilidad económica del nuevo territorio y para ello, en absoluto se planteó uniformizarlo; en consecuencia, en la provincia incorporada era factible encontrar una variedad de comunidades cívicas de naturaleza jurídica muy diversas, que seguidamente paso a describir.

---

*universitas* no se aplicó a la corporación y sí otras como *collegium* o *corpus*. Por mi parte (MENTXAKA, Rosa, «El derecho de asociación en Roma a la luz del cap. 74 de la *Lex Irnitana*», en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, XCVIII-XCIX, 1995-1996, p. 201) en su momento destacué la pluralidad terminológica existente en las fuentes subrayando que hay más de 45 términos en latín y griego utilizables en el ámbito de las corporaciones, lo que ha planteado un constante debate encaminado a intentar establecer el significado preciso de cada uno de ellos.

(4) Sobre ellas *vid.* por ejemplo: el artículo de BLANCH NOUGÉS, José María, «La responsabilidad de los administradores de las *piae causae* en el derecho romano justiniano», en *RIDA*, 49, 2002, pp. 129-146.

(5) Sobre las fundaciones por ejemplo: BLANCH NOUGÉS, José María, «Sobre la personalidad jurídica de las fundaciones en el Derecho Romano», en *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 16, 2007, pp. 9-28.

(6) Durante la República, para hacer frente a los gastos públicos de campañas militares, obras públicas, etc. los fondos públicos se guardaban en una caja única llamada *erario* (*aerarium populi Romani* o *aerarium Saturni*: por el templo de Saturno en el que se encontraban situadas las cajas) administrado por *quaestores* bajo la dirección del Senado. *Vid.* al respecto: CHURRUCA, Juan y MENTXAKA, Rosa, *Introducción histórica al Derecho Romano*. 9.ª ed. revisada. Universidad de Deusto. Bilbao 2007, pp. 89-90.

(7) En época imperial, aparecieron dos nuevas masas de bienes dependientes del emperador: el *fiscus* y el *patri-monium*. El *fiscus*, nombre que significa cesto y que servía para llamar la cesta en la que se guardaba el dinero, en época imperial con el nombre de *fiscus Caesaris* o *principis* constituía la caja pública alimentada por los ingresos procedentes de las provincias imperiales y administrada por funcionarios imperiales. Véase al respecto por ejemplo: SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, pp. 87-88; CHURRUCA-MENTXAKA, *Introducción histórica*, pp. 89-90 y 135-136 así como ORTIZ DE URBINA, Estibaliz, s. v. «*fiscus Caesaris*», en *Diccionario Akal de antigüedad hispana*, ROLDÁN, José Manuel (dir.). Akal. Madrid 2006, p. 415 con las fuentes y bibliografía allí enunciadas.

(8) El pueblo romano es una corporación constituida por un número variable de ciudadanos romanos que son copropietarios del patrimonio común o cosas que pertenecen al pueblo (*res publicae*) y que pese a ser titulares de derechos y obligaciones no están sometidos al derecho privado. *Vid.* al respecto: SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, pp. 86-87.

## II.1. *Civitates* no romanas (9)

Se da el nombre *civitas* a unidades locales urbanas con su territorio y organización y cuyos habitantes tenían la ciudadanía propia de su ciudad. Pero no todas las *civitates* eran iguales sino que, dentro de ellas, hubo desde un principio categorías jurídicas distintas según cuál hubiera sido su forma de integración en el mundo romano.

Conviene mencionar en primer lugar las *civitates foederatae*(10) que, como su nombre permite deducir, se caracterizaban por haber hecho un tratado (*foedus*) con la autoridad romana en el que, bilateralmente, se establecía su regulación. Aunque no sea fácil fijar con precisión la situación de estas ciudades los especialistas afirman que era muy favorable para sus habitantes ya que gozaban de privilegios como: a.— la exención del abono de impuestos ordinarios; b.— la exención de la jurisdicción del gobernador provincial y, como consecuencia de lo anterior, c.— se regían por su propio derecho. Sus obligaciones para con Roma residían en la imposibilidad de tener una política exterior independiente así como en la obligación de contribuir con tropas a la defensa de Roma(11).

El segundo grupo de *civitates* lo constituían las *sine foedere immunes et liberae*(12) que, a diferencia de las anteriores, tenían regulada su relación de libertad con Roma no mediante un tratado sino por la libre concesión de la autoridad política romana, concesión que podía ser revocada unilateralmente. Al igual que las anteriores estaban usualmente exentas del pago de impuestos y de la jurisdicción del gobernador; incluso se les reconocía la posibilidad de acoger a exiliados romanos que perdían la ciudadanía romana y adquirían la de la ciudad en cuestión(13).

El último tipo de ciudad no romana era el constituido por las *civitates stipendiariae*(14); titulares de su propio régimen administrativo, sin embargo estaban sujetas a la jurisdicción del gobernador y a la obligación de pagar tributos. Constituían la gran masa de las ciudades provinciales y su estatuto derivaba del procedimiento mediante el cual habían sido anexionadas; los romanos consideraban a sus habitantes extranjeros (*peregrini*), lo que significa que tenían derecho a conservar sus propias leyes y sus propios órganos de gobierno.

Al instaurarse el Principado con Augusto formalmente siguieron existiendo *civitates foederatae* y *civitates liberae* integradas en las provincias; sin embargo, el carácter

(9) Una presentación básica del tema se encuentra en: CHURRUCA-MENTXAKA, *Introducción histórica*, pp. 88-89.

(10) Sobre ellas *vid.* por ejemplo: MENTXAKA, Rosa, *El Senado municipal en la Bética hispana a la luz de la lex Imitana*. Servicio editorial Universidad del País Vasco. Vitoria-Gasteiz 1993, p. 25 con la literatura científica allí citada.

(11) Por ejemplo en la primera fase de conquista en *Hispania* se sabe que *Gades*, *Malaca* o *Tarraco*, entre otras, tuvieron estatuto de ciudades federadas. *Vid.* sobre ello: MENTXAKA, *El Senado municipal*, p. 30.

(12) Al efecto por ejemplo: MENTXAKA, *El Senado municipal*, p. 25 con la abundante literatura citada en la nota 37.

(13) Se admite que a finales de la República en la Bética, *Ostippo* (Estepa) y *Astigi Vetus* (Alameda?, Cerro del Alcázar de Écija?) eran *civitates liberae*. *Vid.* sobre ello por ejemplo: PADILLA MONTE, Aurelio, s. v. «Ostipo» y «Astigi», en *Diccionario Akal de antigüedad hispana*, ROLDÁN, José Manuel (dir.). Akal. Madrid 2006, pp. 700-701 y 107 respectivamente así como MENTXAKA, *El Senado municipal*, p. 230 con la literatura de apoyo citada al respecto.

(14) *Vid.* por ejemplo: MENTXAKA, *El Senado municipal*, p. 25 con la abundante literatura citada en la nota 38.

de concesión graciosa del emperador revocable en cualquier momento hizo que progresivamente los gobernadores fueron interviniendo cada vez más en sus asuntos y desde finales del siglo I fue usual la intromisión sistemática en la administración financiera de las ciudades, aunque no fueran romanas, como también se podrá apreciar en algunos de los textos citados. Además, hay que tener en cuenta que la generalización de la latinidad en Occidente y de la ciudadanía romana a todos los habitantes del Imperio en el año 212 p. C. fomentaron el proceso de homogeneización (15).

## II.2. Civitates romanas

Junto a estos núcleos urbanos no romanos, en los territorios conquistados desde muy pronto y empezando por la propia península italiana (16), Roma fundó colonias (*coloniae*) (17) con diversas finalidades (militares-defensivas, para establecer veteranos del ejército, como medios de extensión de la romanización, etc.). Lo fundamental para la existencia de una colonia era el acto fundacional (*deductio*) asentando colonos en un lugar no habitado previamente creando con ello un núcleo urbano, o, trasladando a un núcleo ya existente un conjunto de colonos.

Pero una vez más, no todos los habitantes de las colonias ostentaron las mismas condiciones jurídicas. Roma podía fundar *coloniae civium romanorum* (18), que al estar integradas por ciudadanos romanos, tenían una organización interna semejante a la de Roma ciudad y sus habitantes tenían la misma condición jurídica que los ciudadanos de los municipios de ciudadanos romanos (19). Sin embargo, no todas las nuevas fundaciones lo eran con ciudadanos romanos sino que a veces se acudía a las colonias de *civium latinorum*, donde los colonos tenían la condición jurídica de latinos (20).

Los *municipia* (21) son la otra forma de organización cívica que se encuentra en provincias, sobre todo en el Occidente romano y excepcionalmente en Oriente; habitualmente su diferencia con las colonias se ha establecido en la existencia de un

(15) Se manifiestan en estos términos por ejemplo: CHURRUCA-MENTXAKA, *Introducción histórica*, pp. 138-139.

(16) LAMBERTI, Francesca, *Romanización y ciudadanía. El camino de la expansión de Roma en la República*. Edizioni del Grifo. Lecce 2009, pp. 67 y ss.

(17) Sobre este apartado véase por ejemplo: CHURRUCA-MENTXAKA, *Introducción histórica*, pp. 87-88 y MENTXAKA, *El Senado municipal*, pp. 27-28 con la literatura citada en cada caso.

(18) Por ejemplo, la antigua ciudad federada de Tarragona en época de César, obtuvo la categoría de colonia romana (*colonia Iulia Urbs Triumphalis Tarraco*) y con Augusto se convirtió con la nueva reorganización provincial en la capital de la *Hispania Citerior*. Vid. por ejemplo: ARRAYÁS MORALES, Isaías, s. v. «Tarraco», en *Diccionario Akal de antigüedad hispana*, ROLDÁN, José Manuel (dir.). Akal. Madrid 2006, pp. 886-887.

(19) No resulta sencillo determinar el contenido de las relaciones políticas de estas colonias con Roma. Vid. sobre ello por ejemplo: MENTXAKA, *El Senado municipal*, p. 28.

(20) Sirva de ejemplo el municipio de *Irni* (Colina del Molino del Postero, el Saucejo-Sevilla) cuya ley fundacional se nos ha transmitido y donde se documenta la concesión del derecho de latinidad por Vespasiano a los habitantes de dicha comunidad. Vid. al respecto PADILLA MONTE, Aurelio, s. v. «Irni», en *Diccionario Akal de antigüedad hispana*, ROLDÁN, José Manuel (dir.). Akal. Madrid 2006, p. 510.

(21) Es habitual admitir que la etimología de *municipium* es *munus capere*, en su forma *munus capio*, y que en dicha locución el término *munus* tiene el sentido de carga pública, de donde los *municipes* son los ciudadanos obligados a asumir el gravamen de dichas cargas. Vid. por ejemplo: ORTIZ DE URBINA, Estibaliz, *Las comunidades hispanas y el derecho latino*. Servicio editorial Universidad del País Vasco. Vitoria-Gasteiz 2000, p. 59, n. 91.



asentamiento poblacional anterior; lo característico de un municipio era la existencia de un núcleo urbano precedente que habían alcanzado un cierto grado de romanización y a cuyos habitantes se les incorporaba a la forma romana de organización administrativa a través de un estatuto jurídico contenido en el documento fundacional (*lex municipalis*) (22).

Pues bien, en las provincias podemos encontrar estos dos tipos de *municipia*: los constituidos por ciudadanos romanos (*municipia civium romanorum*) y aquellos cuyos habitantes tenían la condición de latinos (*municipia civium latinorum*), siendo habitual que los munícipes *latini* obtuvieran la ciudadanía romana con el desempeño de alguna magistratura municipal (23).

### III. Manifestaciones de la personalidad jurídica de las *civitates*

Antes de proceder a tratar del tema, quiero advertir que en las presentes páginas en absoluto se citarán la totalidad de las fuentes existentes sobre esta problemática; así, no se van a tener presentes ni referencias procedentes de fuentes literarias (24), ni epígrafes en los que se recogen, sobre todo, disposiciones jurídicas a favor de ciudades (por ejemplo legados (25), fundaciones alimentarias (26) o promesas unilaterales (27)); tampoco se van a mencionar constituciones

(22) A modo de ejemplo valga mencionar diversas leyes municipales de época flavia (*Irmitana, Malacitana, Salpensana*) descubiertas en la península ibérica y que nos permiten conocer el funcionamiento de dichos municipios a finales del siglo I p. C. en la Bética hispana. Vid. sobre ello por ejemplo: MENTXAKA, Rosa, s. v. «*lex*», en *Diccionario Akal de antigüedad hispana*, ROLDÁN, José Manuel (dir.). Akal. Madrid 2006, p. 553.

(23) Véase sobre ello por ejemplo: CHURRUCA-MENTXAKA, *Introducción histórica*, p. 88 y MENTXAKA, *El Senado municipal*, pp. 28 y ss.

(24) Por citar sólo algunas de época imperial teniendo en cuenta que ya con Cicerón el tema se había planteado vid. por ejemplo: Suet. *Tib.*, 31; *Claud.*, 23; *Tac. Ann.*, 4,43, o *Plin. Epist.*, 5,7.

(25) A título de ejemplo reproduzco sólo un epígrafe hispano: CIL II, 4514 (Inscripción del foro de *Barcino* (Barcelona) que nos informa del legado testamentario de Lucio Cecilio Optato, hispano nacido seguramente a comienzos del siglo II d.C., y que murió entre los años 161 y 169 d.C., después de haber desempeñado el rango de centurión en dos legiones distintas). Traducción de Juan Manuel Abascal sobre las versiones previas de Mariner, Fabre, Mayer y Rodà. «Lucio Cecilio Optato, hijo de Lucio, de la tribu Papiria, centurión de la legión VII Gemina Felix y centurión de la legión XV *Apollinaris*, licenciado con todo honor por los emperadores Marco Aurelio Antonino y Aurelio Vero Augustos, admitido por los barcionenses entre sus ciudadanos inmunes y elevado a los honores edilicios, duunviro en tres ocasiones, flamen de Roma, de los emperadores divinizados y de los Augustos, que hizo un legado a la ciudad de Barcino en estos términos: «doy, lego y deseo que se entreguen 7500 denarios, de cuyos intereses al 6 % quiero que se celebre todos los años el día 10 de junio un espectáculo de púgiles por valor de 250 denarios, y que el mismo día se suministre en las termas públicas aceite para el pueblo por un importe de 200 denarios. Quiero que se elee este obsequio en la forma indicada con una condición: que mis libertos, así como los libertos de mis libertos y libertas a quienes correspondiere el honor del sevirado, sean dispensados de todas las cargas de dicho sevirado. Y si a alguno de ellos se le exigiera el pago de tales cargas, dispongo que los citados 7500 denarios sean entregados a la ciudad de *Tarraco*, a fin de que en la ciudad *Tarraco* se celebren los espectáculos con las mismas condiciones expresadas más arriba». (Puesta) en el lugar fijado por decreto de los decuriones». Consultado el día 20 de junio en: [http://www.cervantesvirtual.com/bib/portal/antigua/hispania\\_txt2.shtml](http://www.cervantesvirtual.com/bib/portal/antigua/hispania_txt2.shtml).

(26) Sobre esta cuestión: TAMAYO ERRAZQUIN, José Ángel, «*Alimenta*. Una institución a caballo entre la municipalidad y la propaganda», en *RIDA* 57, 2010, pp. 435 y ss. y consultado el día 20 de junio en: <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/?tdm=2010>.

(27) Véase los múltiples epígrafes que cito en: MENTXAKA, Rosa, «Nota mínima sobre mujer y *pollicitatio ob honorem*», en *Derecho, cultura y sociedad en la Antigüedad tardía*, en OSABA, Esperanza, Ed., Universidad del País Vasco. Bilbao 2014, pp. 109-121.

de los emperadores existentes sobre la materia (28). Ello significa que sólo se va a trabajar con una parte de las múltiples fuentes que nos informan sobre su situación jurídica, a saber: los textos de juristas provenientes, en su mayor parte, de los llamados «clásicos tardíos» es decir de aquellos que desarrollaron su actividad durante la dinastía de los Severos (193-235 p. c.) (29); en muchas ocasiones en los pasajes jurídicos se habla genéricamente de *res publica*, de *civitas* o de *municipium*, sin calificativos adicionales, por lo que no siempre resulta sencillo saber sobre qué tipo de entidad local se estaba tratando; por ello, he optado por emplear un término genérico como el de «ciudades» aunque en las fuentes que mencionaré se podrá apreciar, como acabo de referir, que los juristas hablan a veces de *civitates*, otras de *res publicae*, sin olvidar los *municipia* o *municipes*.

### III.1. En el ámbito del derecho público

Tal como he indicado ya, el funcionamiento de estas corporaciones con miembros cambiantes se regulaba por la ley municipal o colonial otorgada unilateralmente por la autoridad romana en el momento constitutivo, ley que pertenece al ámbito del derecho público en cuanto que ella articulaba la organización del núcleo urbano estableciendo cómo se formaba su voluntad y mediante que órganos actuaba (30).

Cuando leemos las leyes municipales y coloniales hispanas (31) apreciamos que existen diversas facultades reconocidas al conjunto de los habitantes que constituyen las ciudades (sean municipios o colonias de ciudadanos romanos o latinos) y que para llevarlas a cabo se empleaban a personas individuales que, como veremos, les representaban en el tráfico jurídico, ante los tribunales, prestaban su consentimiento en nombre de la colectividad cuando era necesario, etc., lo que pone de manifiesto que en algunos aspectos, el *municipium* o la *colonia* actuaba como sujeto de derecho.

A título de ejemplo, en la ley «dada» (32) al municipio bético de Irni (que se suele datar a finales de los años ochenta o inicios de los noventa del primer siglo de nuestra

(28) Vid. por ejemplo: CJ 1,2,23; 1,3,24; 1,50,1; 2,53,4; 6,21,15; 6,24,8; 6,24,12; 6,37,21; 6,42,22; 6,43,1-2; 7,9; 11,30.

(29) Sobre las características del gobierno de este momento histórico así como los componentes de la dinastía vid: CHURRUCA-MENTXAKA, *Introducción histórica*, p. 111.

(30) Por ejemplo, en el caso concreto del municipio de la Bética (*Irni*) en su ley fundacional se establece su organización (magistraturas existentes y competencias, elecciones anuales de los magistrados municipales por los comicios así como el funcionamiento del Senado Municipal con sus competencias). Vid. al respecto MENTXAKA, *El Senado municipal*, pp. 69 y ss.

(31) CABALLOS RUFINO, Antonio, «Latinidad y municipalización de Hispania bajo los Flavios. Estatuto y Normativa», en MAINAKE, 23, 2001, p. 104 destaca que este proceso de municipalización provincial realizado a gran escala a partir de César y Augusto, no sólo supuso la plena incorporación de *Hispania* por el Estado romano sino que con él se profundizó en el control político, en la integración cultural y en la asimilación ideológica de los provinciales, al menos de sus sectores dirigentes. El régimen de creación de municipios fue el medio que Roma siguió para estructurar la administración imperial en los territorios que se siguieron incorporando hasta el primer tercio del siglo II; la multiplicación de los núcleos urbanos facilitaba, paradójicamente, ligarse a un centro más lejano, Roma, de donde emanaba la autoridad y la ley.

(32) ORTIZ DE URBINA, Estibaliz, «Aspectos constitucionales del *municipium*. A propósito de la *Lex Malacitana*», en MAINAKE, 23, 2001, p. 140 subraya que una vez que la «*lex data*» entraba en vigor debía ser observada estrictamente ya que la propia ley establecía multas para caso de incumplimiento. Sobre las diversas *leges datae* de la Bética, vid. por ejemplo: CABALLOS RUFINO, *Latinidad*, pp. 117 y ss.

era(33)) y que en este punto coincide con la regulación de la ley de Málaga, se nos proporciona información sobre los servicios públicos que los municipios no podían explotar directamente por falta de medios y por consiguiente, debían sacar a concurso público (por ejemplo la concesión de obras públicas, la explotación de edificios públicos, las explotaciones mineras, el cobro de impuestos, etc.)(34). El municipio, a través de los *duunviro*s(35), otorgaba la concesión de la explotación a cambio del pago de un canon o renta (*vectigal*)(36) que se podía pagar en dinero y que se incorporaba a los fondos públicos del municipio (37).

También se regulaba en las leyes de la Bética hispana la posibilidad de que algunas personas administraran fondos públicos del municipio con la obligación de rendir cuentas de ello ante el senado municipal en el plazo máximo de 30 días a partir del momento en que se hubiera cesado en la administración de dichos fondos (38).

Igualmente se preveía en la ley de Irni la facultad de nombrar a un *múnicepe* para demandar en nombre de los *múnicipes* del municipio Flavio irnitano(39) y queda igualmente reflejado en ella el reconocimiento al municipio de la titularidad de un patrimonio; por lo que se refiere a éste, formaban parte de él los esclavos que, al igual que en los supuestos en que eran propiedad de un *dominus* persona física privada, podían ser manumitidos (40); también se reconocía al municipio bético de ciudadanos latinos la posibilidad de tomar dinero en préstamo (41).

Sin embargo, para hacernos una idea de las facultades reconocidas a las colonias y a los municipios tanto de ciudadanos romanos como latinos diseminados a lo largo y ancho de toda la geografía romana, también debemos acudir a los escritos de los juristas clásicos, puesto que el derecho aplicado a los entes locales fue como he señalado desde el inicio, claramente una mezcla de derecho público y privado (42).

---

(33) Al respecto: MENTXAKA, *El Senado municipal*, p. 49 con bibliografía de apoyo.

(34) Sobre ello por ejemplo: MATEO, Antonio, *Manceps, redemptor, publicanus. Contribución al estudio de los contratistas públicos en Roma*. Universidad de Cantabria. Santander 1998, pp. 89 y ss.

(35) Como se sabe, los *duoviri* constituyen la máxima autoridad del municipio; en número de dos, tenían funciones múltiples: desde convocar a los comicios o al senado —órgano que por ejemplo aprobaba el presupuesto municipal— hasta pronunciarse sobre la concesión de la explotación de servicios públicos a particulares, pasando por el control de las obras aprobadas por los senadores municipales, sin olvidar la administración de justicia en aquellas causas en las que eran competentes por razón de la cuantía o la materia. Sobre ellos ver por ejemplo: D' ORS, Álvaro, *Epigrafía jurídica de la España romana*. Ministerio de Justicia. Madrid 1953, pp. 143-144.

(36) Sobre su acepción por ejemplo: MATEO, *Manceps*, pp. 90 y ss.

(37) Sobre ello por ejemplo: MENTXAKA, Rosa, «Algunas consideraciones en torno a las concesiones administrativas y sus garantías: Capítulos 63-65 de la *lex Malacitana*», en *MAINAKE*, 23, 2001, pp. 71-100.

(38) *Vid.* en este sentido el capítulo 67 de las *Leyes Malacitana e Irnitana* y su comentario por ejemplo en: MENTXAKA, Rosa, « *Consideraciones sobre el crimen de residuis a la luz de la legislación municipal hispana*, en *RIDA*, 37,1990, pp. 247-334.

(39) Ello se establecía en el capítulo 70 de la Ley municipal de Irni.

(40) *Vid.* el capítulo 72 de la ley de Irni.

(41) Así se reconoce en el capítulo 80 de la ley de Irni.

(42) SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, p. 89.

## III.2. En el ámbito del derecho privado

### III.2.1. CIUDADES COMO SUJETO DE DERECHO

Iniciemos por el hecho primigenio: el reconocimiento del municipio o la colonia como titular de derechos y obligaciones; para ello vamos a fijarnos en las referencias que encontramos sobre esta cuestión en los escritos de los juristas romanos que permiten deducir que las *civitates* actuaban en el tráfico jurídico con personalidad jurídica distinta de las personas que las constituían y, por consiguiente, se les aplicaban las disposiciones propias del derecho privado civil o pretorio como a cualquier persona física reconocida como sujeto de derecho.

Para ilustrar esta afirmación sirvan dos referencias que encontramos en el libro tercero del Digesto. La primera es un pasaje de Gayo (43) (Dig 3,4,1,1) (44) que sólo indirectamente trata del tema al establecer los elementos que una asociación profesional, una asociación religiosa, etc. debían tener presente para su constitución; al margen del cumplimiento de la legislación existente respecto a estatutos, fin social, etc. (45), dichas corporaciones tenían que observar tres requisitos, «como si fueran una ciudad» (*ad exemplum rei publicae*): a.— tener un patrimonio, b.— tener una caja común y c.— tener un apoderado o síndico; en mi opinión, esta referencia al modelo de la *res publica* que se sigue para articular el funcionamiento de las corporaciones privadas significa que estamos ante un modelo contrastado, conocido y aplicado en el ámbito del derecho público y que, por ello, las corporaciones «civiles» se estructuran de manera semejante.

También otro pasaje de Ulpiano (46) nos ratifica en la idea de que el municipio actuaba como sujeto derecho; en Dig 3,4,72 (47) se llega a afirmar que era irrelevante el que las personas que inicialmente constituían el senado municipal (48) (que como sabemos dentro de la articulación del municipio era el órgano que adoptaba los acuerdos referidos al nombramiento de los representantes procesales) hubieran desapare-

(43) Estamos ante un jurista de mediados del siglo II —su obra fundamental las Instituciones fue probablemente escrita en el principado de Antonino Pio (138-161)— conocido únicamente por su *praenomen* del que no tenemos noticias biográficas directas y que nunca es mencionado ni por sus contemporáneos ni por los clásicos posteriores. Sobre él por ejemplo: CHURRUCA-MENTXAKA, *Introducción histórica*, pp. 159-160; LIEBS, Detlef, s. v. «Gayo», en *Juristas Universales*. 1. *Juristas antiguos*. Marcial Pons. Madrid-Barcelona 2004, pp. 179-184.

(44) *Gaius libro tertio ad edictum provinciale 1. Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.* No se van a traducir los textos del Digesto aquí citados, ya que existe una magnífica traducción al castellano (*El Digesto de Justiniano*. 3 vols. Versión castellana por D'ORS, Álvaro; HERNÁNDEZ-TEJERO, Francisco; FUENTESECA, Pablo; GARCÍA GARRIDO, Manuel y BURILLO, Jesús. Aranzadi. Pamplona 1975) a la que me remito.

(45) Sobre ello por ejemplo: MENTXAKA, *El derecho de asociación*, pp. 202 y ss.

(46) Natural de Tiro (Fenicia) fue discípulo de Papiniano y colaborador de Paulo, llegó a ser *praefectus praetorio* (222-228 p. C.) bajo Caracalla muriendo asesinado en el año 228 p. C. Sobre él por ejemplo: CHURRUCA-MENTXAKA, *Introducción histórica*, pp. 161-162; LIEBS, Detlef, s. v. «*Domitius Ulpianus*», en *Handbuch der Lateinische Literatur IV*. C. H. Beck. München 1997, pp. 176-177 y HONORÉ, Tony, s. v. «Domicio Ulpiano», en *Juristas Universales*. 1. *Juristas antiguos*, pp. 208-211.

(47) *Ulpianus libro decimo ad edictum 2. In decurionibus vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant an pars maneant vel omnes immutati sint.*

(48) Sobre su constitución, elección de sus miembros, competencias, etc. *vid.* por ejemplo para los municipios béticos de finales del siglo I p. C., mi monografía: MENTXAKA, *El Senado municipal*, pp. 77 y ss.

cido en un momento determinado y hubieran sido sustituidas en su totalidad por otras; para el clásico es claro que la cámara local, en cuanto órgano municipal, permanecía al margen de si cambiaban o no las personas que la componían (49).

Y en la misma línea puede aducirse otro pasaje del mismo autor (Dig 3, 4, 7, 1) (50) que si bien no habla directamente del municipio si lo hace de las *universitates* —que como veíamos se articulaban como si fueran una *res publica*— al afirmar que «lo que se debe a una corporación no se debe a cada uno de los miembros, ni tampoco adeuda cada uno de ellos lo que debe la corporación»; el pasaje permite defender que el jurista distinguía perfectamente entre el sujeto jurídico colectivo: corporación (*universitas*) y las personas físicas que la constituían y, al afirmar que ellas a título individual no eran deudoras o acreedoras sino que lo era la corporación, está claramente otorgándole personalidad jurídica.

### III.2.2. FACULTADES RECONOCIDAS

#### III.2.2.1. Demandar y ser demandadas en el proceso civil

En los escritos de los juristas de época imperial, uno de los apartados mejor documentados respecto a la capacidad jurídica del municipio es el que hace referencia a su posibilidad de demandar y ser demandado en el proceso civil (51); así por ejemplo Ulpiano (Dig 3,4,2 (52)) afirma que los miembros de un municipio nombraban un representante para ejercitar una acción y debe interpretarse que el representante actuaba en nombre de la *res publica* y no en nombre de cada uno de sus miembros constituyentes. Esta afirmación para nada es sorprendente ya que las leyes municipales hispanas de época flavia preveían esta posibilidad; sencillamente el pasaje ulpiano confirma la continuidad de la actuación del municipio en el tráfico jurídico a lo largo del siglo II y demuestra que en el momento en el que Ulpiano lo escribió (primer tercio del siglo III p. C) el municipio continuaba sirviéndose de representantes (personas físicas) para actuar ante los tribunales.

Por lo que se refiere al nombramiento de dichos representantes, otro pasaje del mismo Ulpiano (Dig 3,4,3 (53)) establece la necesidad de que sólo litigue la persona que establezca la ley al efecto o, en su defecto, aquella persona que hubiera sido nombrada por dos o más partes de los miembros del *ordo decurionum* o senado municipal (... *cum*

(49) Aunque no trata directamente del municipio puede ser interesante traer a colación Dig 5,1,76 en el que Alfeno se cuestiona mediante varios ejemplos (los jueces de una causa, los miembros de una legión, etc.) si el cambio de las partes de una cosa transforma a esta y la convierten en otra, respondiendo a esta cuestión que la cosa no cambia sino que es siempre la misma.

(50) *Ulpianus libro decimo ad edictum 1. Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas singuli debent.*

(51) SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, p. 89 destaca que el Edicto del Pretor urbano contenía dos rúbricas referidas a los municipios, concretamente, al derecho de acciones (tanto a la legitimación activa como pasiva de los municipios), pero sin llevar a cabo una exposición completa del derecho referido a ellos.

(52) *Ulpianus libro octavo ad edictum. Si municipes vel aliqua universitas ad agendum det actorem, non erit dicendum quasi a pluribus datum sic haberi: hic enim pro re publica vel universitate intervenit, non pro singulis.*

(53) *Ulpianus libro nono ad edictum. Nulli permittitur nomine civitatis vel curiae experiri nisi ei, cui lex permittit, aut lege cessante ordo dedit, cum duae partes adessent aut amplius quam duae.*

*duae partes adessent aut amplius quam duae*); aunque para adoptar el nombramiento del representante procesal el texto ulpiano exige expresamente un *quorum* constituido por la presencia de dos partes o más, hay que sobreentender que, siguiendo la tónica establecida en las leyes municipales hispanas, se seguía requiriendo la presencia de al menos dos terceras partes de la cámara local para adoptar el acuerdo (54).

Y dentro de los textos dedicados a la legitimación activa del municipio, un pasaje de otro clásico tardío Paulo (55) (Dig 3, 4, 6, 1 (56)) insiste en la idea de que la persona elegida por el *ordo* decurional o senado municipal para litigar lo hace en nombre de toda la corporación y no sólo en nombre del órgano municipal que le ha elegido, subrayando al final del fragmento que en muchos lugares la costumbre local otorgaba ésta representación a los síndicos. A su vez, el significado preciso de este término se recoge en un pasaje de Arcadio Charisio (57) (50, 4, 18, 13) (58) que nos informa de que los griegos denominaban síndicos a los representantes que se encargaban de la defensa de los intereses de las ciudades y que, en consecuencia, eran elegidos para demandar o ser demandados en un juicio; sin embargo, en el momento en que escribe Arcadio (un jurista poco conocido de finales del siglo III o inicios del IV) la representación de los intereses del municipio bien sabemos que no era ya una actividad libremente efectuada por los ciudadanos sino que, como se deduce del texto, nos encontramos ante un *munus*, es decir una carga o contribución personal, que para el buen funcionamiento de la *res publica* debían prestar todos sus ciudadanos por imposición legal (59).

(54) En el capítulo 70 de Irni se dice: «*cum eorum non minus quam duae tertiae partes aderunt...*». Esta ley nos permite conocer que los acuerdos sobre las materias más importantes para la colectividad municipal (por afectar a disposición de bienes públicos, al endeudamiento del municipio, etc.) exigían la presencia de al menos tres cuartas partes de la cámara y dos tercios de votos afirmativos para aprobar la propuesta. En cambio, en aquellos casos en los que las cuestiones a debatir y aprobar no eran consideradas de tanta importancia se admitía la presencia de un número menor de decuriones (dos tercios de la cámara), siendo suficiente para adoptar el acuerdo la *maior pars*, es decir la mitad más uno de los votos. *Vid.* sobre ello: MENTXAKA, *El senado municipal*, pp. 123 y ss.

(55) Discipulo de Cervidio Escévola, ayudante de Papiniano y colaborador de Ulpiano se sabe que desempeñó importantes cargos públicos en tiempos de Septimio Severo (193-211) y Caracalla (211-217). Sobre él véase por ejemplo: CHURRUCA-MENTXAKA, *Introducción histórica*, p. 161, así como: D. LIEBS, Detlef, s. v. «*Julius Paulus*», en *Handbuch der Lateinische Literatur IV*, München 1997, pp. 150-151, y MURGA, José Luis y SERRANO-VICENTE, Martín, s. v. «*Julio Paulo*», en *Juristas Universales. 1. Juristas antiguos*, pp. 204-208.

(56) *Paulus libro non ad edictum. 1. Si decuriones decreverunt actionem per eum movendam quem duumviri elegerint, is videtur ab ordine electus et ideo experiri potest: parvi enim refert, ipse ordo elegerit an is cui ordo negotium dedit. Sed si ita decreverint, ut quaecumque incidisset controversia, eius petendae negotium Titius haberet, ipso iure id decretum nullius momenti esse, quia non possit videri de ea re, quae adhuc in controversia non sit, decreto datam persecutionem. Sed hodie haec omnia per syndicos solent secundum locorum consuetudinem explicari.*

(57) Estamos ante un jurista de origen griego que desarrolló su actividad durante los mandatos de Maximiano y Diocleciano. Véase: LIEBS, Detlef, s. v. «*Aurelius Arcadius Charisius*», en *Handbuch der Lateinische Literatur V. C. H. Beck. München 1989*, pp. 69-70 y PERALTA, Teresa, s. v. «*Aurelio Arcadio Carisio*», en *Juristas Universales. 1. Juristas antiguos*, pp. 218-219.

(58) *Aurelius Arcadius Charisius magister libellorum libro singulari de muneribus civilis: Defensores quoque, quos Graeci syndicos appellant, et qui ad certam causam agenda vel defendendam eliguntur, laborem personalis muneris adgrediuntur.*

(59) Los *munera municipalia* de los que habla el texto se tenían que prestar en la ciudad en la que se residía podían ser personales, patrimoniales y mixtos en función de si la obligación fuera de ejecutar personalmente una tarea, efectuar aportaciones pecuniarias o ambas cosas. En el caso que nos ocupa es un *munus* personal consistente en actuar en el proceso en nombre de la comunidad. Sobre ello *vid.* por ejemplo: PEREIRA, Gerardo «*¿Qué es un munus?*», en *MAINAKE* 27, 2005, pp. 395-431; CHIC GARCÍA, Genaro, s. v. «*munus*», en *Diccionario AKAL*, p. 653 y ORTIZ DE URBINA, *Aspectos constitucionales*, pp. 142 y ss. con la bibliografía allí señalada.

Pero los escritos de los juristas romanos también nos informan de las demandas efectuadas contra los *municipia*. Es de nuevo Ulpiano (Dig 3, 4, 7 pr. (60)) el que nos indica que, de la misma manera que el pretor concedía una acción en nombre de los miembros de un municipio también debía concederla contra ellos; dicho de otra manera, el municipio podía estar legitimado tanto activa como pasivamente en un proceso; el ejemplo que menciona Ulpiano es el del *legatus* o embajador municipal que gastó dinero propio para llevar a cabo la gestión pública encomendada y que, al no ver satisfecha la deuda por parte del municipio en tiempo y forma, le demanda con la finalidad de recuperar el dinero gastado.

Pero no voy a traer a este apartado todos los supuestos materiales mencionados en el Digesto en los que queda claro que los derechos y obligaciones de los municipios son independientes de las personas que los constituyan y, en consecuencia, como cualquier persona física que interviniera en el tráfico jurídico podía demandar y ser demanda. Y no voy a hacerlo porque con base en algunas de dichas fuentes pretendo exponer las facultades reconocidas a los municipios reguladas por el ámbito del derecho privado, iniciando por los derechos reales.

### III.2.2.2. *Ostentar la titularidad del patrimonio*

Los juristas de la época imperial al extenderse fuera de la península itálica a lo largo del siglo I el fenómeno de creación de municipios y colonias tuvieron la necesidad de afrontar la problemática referida al patrimonio inmobiliario municipal o colonial. Así por ejemplo, en Dig 1, 8, 6, 1 (61) Marciano (62) afirmaba que los edificios públicos eran de la ciudad y no de los particulares; a título de ejemplo menciona los teatros, los estadios y otros semejantes (*et similia*), expresión con la que posiblemente se está haciendo referencia a anfiteatros, circos, termas, etc. (63), es decir, a todos los edificios de uso público que como bien sabemos existían en casi todas las ciudades romanas de un cierto tamaño y número de habitantes.

Sin embargo, podría parecer que no todos los juristas clásicos tuvieron tan claro este principio, ya que en Dig 41, 2, 1, 22 (64) Paulo afirma que los *municipes*, al no

(60) *Ulpianus libro decimo ad edictum. pr. Sicut municipum nomine actionem praetor dedit, ita et adversus eos iustissime edicendum putavit. Sed et legato, qui in negotium publicum sumptum fecit, puto dandam actionem in municipes.*

(61) *Marcianus libro tertio institutionum. 1. Universitatis sunt non singulorum veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia et si qua alia sunt communia civitatum. Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, sed universitatis et ideo tam contra civem quam pro eo posse servum civitatis torqueri divi fratres rescripserunt. Ideo et libertus civitatis non habet necesse veniam edicti petere, si vocet in ius aliquem ex civibus.*

(62) Un jurista procedente de la parte oriental, que podría ser discípulo de Ulpiano. Pudo enseñar tanto en Roma como en la parte oriental y trabajar en la cancillería imperial; en tiempos de Caracalla y Alejandro Severo escribió numerosas monografías entre la que destacan los 16 libros de sus *Institutiones*, manual del que procede nuestro texto, escrito probablemente después del 217 p. C., tal vez en la zona oriental del imperio, reelaborado en los inicios de la época postclásica. Véase: CHURRUCA-MENTXAKA, *Introducción histórica*, p. 162; LIEBS, Detlef, s. v. «*Aelius Marcianus*», en *Handbuch der Lateinische Literatur IV*, pp. 201-204 y ANDRÉS, Francisco Javier, s. v. «Elio Marciano», en *Juristas Universales. 1. Juristas antiguos*, pp. 211-214.

(63) Sobre ello por ejemplo: ELVIRA, Miguel Ángel, *Teatros, anfiteatros y circos romanos*, Edit. Información e Historia S.L. Madrid 1991.

(64) *Paulus libro 54 ad edictum. Municipces per se nihil possidere possunt, quia universi consentire non possunt. Forum autem et basilicam hisque similia non possident, sed promiscue his utuntur.*

poder consentir todos unánimemente, no poseían el foro, la basílica y los lugares semejantes, aunque los usaran. Respecto de esta afirmación, lo primero que cabe manifestar es que el jurista no habla de la titularidad dominical sino de la posesión (*Municipes per se nihil possidere possunt*) y la excluye a los *municipes per se*, que hemos de interpretar son los munícipes «personas físicas individuales» pero no los sujetos que como colectividad constituyen una persona jurídica diferente, a saber el municipio; y como es esta persona supraindividual la titular del patrimonio inmobiliario se entiende que todos sus bienes puedan ser utilizados por las personas que constituyen dicha colectividad que, como bien sabemos, actuaba en el tráfico jurídico mediante sus representantes; ello significa que, en el supuesto de que fuera necesario prestar el consentimiento por parte del municipio, no fueran todos y cada uno de los munícipes a título individual quienes lo prestaran sino sus representantes; sólo en ese caso dicha manifestación de voluntad era válida y era factible que el municipio tuviera la posesión de los bienes. Sin embargo, Paulo reproduce otra forma de argumentación en la que se cuestiona la capacidad del municipio de poseer un bien por considerar que éste no podía prestar el consentimiento necesario.

Pero, al margen de los edificios públicos el pasaje de Marciano anteriormente citado (65) también hablaba de los esclavos y afirmaba, siguiendo la lógica de la *civitas* como sujeto de derecho, que el esclavo común de la ciudad no se entendía que era parte de cada persona sino de la corporación (*nec servus communis civitatis singulorum pro parte intellegitur, sed universitatis*). Esta afirmación no es novedosa; hemos visto que en Irni se preveía la posibilidad de manumitir a los esclavos del municipio, lo que evidentemente significa que éste era su «*dominus*».

La impresión que se obtiene de la lectura de las fuentes es que el municipio, al igual que lo podía hacer cualquier particular, se servía de esclavos para desarrollar todo tipo de actividades. Así por ejemplo Paulo, en dos pasajes del Digesto, menciona esclavos públicos. En el primero de ellos (Dig 22,1,11,1 (66)) nos encontramos con un esclavo que ha prestado dinero público, mientras que en Dig 3,4,10 (67) se menciona a un esclavo público que actúa como receptor de estipulaciones y permite, con base en ello, que el administrador de los bienes de una ciudad pueda acudir a los tribunales y plantear la demanda correspondiente.

Como se ha visto en las menciones a la ley de Irni estaba previsto que el municipio manumitiera al esclavo público, por lo que no debe resultar extraño el que Ulpiano en Dig 2, 4, 10, 4 también señale que el esclavo manumitido no se convertía en libreto de cada uno de los munícipes sino que lo era de la ciudad; como es conocido, los esclavos manumitidos se convertían en libertos vinculados con el antiguo *dominus*

(65) *Vid.* la nota 61.

(66) *Paulus libro 25 quaestionum 1. Quid si servus publicus obligationem usurarum rei publicae adquisiit? Aequum est, quamvis ipso iure usurae rei publicae debeantur, tamen pro defectis nominibus compensationem maiorum usurarum fieri, si non sit parata res publica universorum debitorum fortunam suscipere. Eadem fere in tutoribus Marcellus refert.*

(67) *Paulus libro primo manualium. Constitui potest actor etiam ad operis novi nuntiationem et ad stipulationes interponendas, veluti legatorum, damni infecti, iudicatum solvi, quamvis servo potius civitatis caveri debeat: sed et si actori cautum fuerit, utilis actio administratori rerum civitatis dabitur.*



por la relación de patronato (68) y si el liberto quería demandar a la *civitas* tenía que pedirle la venia correspondiente (69). Además, de la dicción de un pasaje de Emilio Macer (70) (Dig 49,1,9(71)) parece deducirse que si el municipio cuestionaba la libertad de un esclavo, acudía a los tribunales y perdía la causa, no tenía lugar la restitución por entero sino que debía apelar.

La manumisión de esclavos públicos debió ser frecuente y, al igual que ocurría con los patronos privados, generaba en determinados supuestos derechos hereditarios a favor del municipio (72) que tocaremos al tratar de ello en el apartado correspondiente.

Un pasaje interesante referido a la titularidad de los bienes de las ciudades procede de Javoleno, jurista que realizó su actividad a finales del siglo I e inicios del II p. C. (73). En Dig 3, 4, 8 se prevé la situación de que un ciudad no posee cosa corporal alguna pero sí es titular de derechos de crédito, por lo que se podría plantear satisfacer con ellos a los acreedores demandantes de la ciudad; pero, ¿cómo se haría? Hay que interpretar que cediendo sus derechos de crédito. Y para materializar la cesión, la ciudad transmitía a sus acreedores las acciones que tenía contra sus propios deudores (74), afirmación que demuestra el que, a finales del siglo I inicios del segundo, la cesión de créditos se podía materializar mediante la transferencia de las acciones por parte del acreedor cedente, acciones que en calidad de «útiles» podía emplear el acreedor cesionario contra los deudores del municipio y primer acreedor (75).

Y la adquisición de la titularidad de bienes por parte de los municipios está claro que podía seguir las pautas establecidas para los particulares en el derecho privado.

(68) Sobre ello por ejemplo: KASER, *Derecho Romano Privado*, p. 82 y SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, pp. 78-82

(69) *Ulpianus libro quinto ad edictum. 4. Qui manumittitur a corpore aliquo vel collegio vel civitate, singulos in ius vocabit: nam non est illorum libertus. Sed rei publicae honorem habere debet et si adversus rem publicam vel universitatem velit experiri, veniam edicti petere debet, quamvis actorem eorum constitutum in ius sit vocaturus.*

(70) Procedente probablemente de África, desarrolló su actividad bajo Caracalla y escribió una obra, después del 210 en dos libros sobre los juicios públicos (*Publicorum iudiciorum libri II*) de la que se nos han transmitido 30 fragmentos en el Digesto, que citan ocho constituciones imperiales. LIEBS, Detlef, Liebs, s. v. (*M?*?) *Aemilius Macer*, en *Handbuch der Lateinische Literatur IV*, pp. 214-215.

(71) *Macer libro secundo de appellationibus. Illud sciendum est neque pupillum neque rem publicam, cum pro libertate iudicatur, in integrum restitui posse, sed appellationem esse necessariam. Idque ita rescriptum est.*

(72) *Vid.* en particular Dig 38,3, título que aparecerá citado más adelante en fragmentos diferentes.

(73) *Lucius Javolenus Priscus* efectuó una brillante carrera militar y política (cónsul sufecto en el 86 p. C., gobernador de Germania Superior, Siria y África) y miembro del *consilium principis* de Trajano y, tal vez, del de Adriano. Fue también el jefe de la escuela sabiniana. Sobre él y su obra *vid.* por ejemplo: CHURRUCA-MENTXAKA, *Introducción histórica*, p. 162 y FUENTESECA, Margarita, s. v. «Javoleno Prisco», A, en *Juristas Universales*. 1. *Juristas antiguos*, pp. 162-164.

(74) *Lavolenus libro 15 ex Cassio. Civitates si per eos qui res earum administrant non defenduntur nec quicquam est corporale rei publicae quod possideatur, per actiones debitorum civitatis agentibus satisfieri oportet.*

(75) Se denominaban *actiones utiles* determinadas acciones honorarias creadas por el pretor para permitir la ampliación del ámbito usual de aplicación de la acción; en este caso concreto, la titularidad de la acción correspondería al municipio pero su uso, en calidad de útil, se extiende al acreedor del municipio. *Vid.* sobre la cesión de créditos y los mecanismos existentes para su materialización en el derecho romano clásico por ejemplo: IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano. Historia e Instituciones*. 11.ª ed. Ariel. Barcelona 1994. pp. 460-461.

Así por ejemplo, son varios los pasajes en los que queda claro que los municipios pueden poseer bienes y usucapirlos cuando cumplan con los requisitos establecidos para ello. Ulpiano (Dig 10,4,7,3 (76)) al tratar de la acción exhibitoria (77) establece la posibilidad de que se demande a los municipios con ella cuando éstos no quieren exhibir un bien; el argumento que da el clásico es que los municipios, de la misma manera que pueden poseer y usucapir (y por lo tanto llegar a adquirir la propiedad por usucapión), también tendrán que restituir los bienes. Y para poder restituir un bien si se quiere demandar al municipio con la acción reivindicatoria la lógica jurídica establece que previamente, al igual que se hace con cualquier persona física, al municipio que oculta el bien para impedir su reclamación se le obliga a mostrarlo y para ello se ejercita contra él la *actio ad exhibendum*.

Ahora bien, este principio que en los inicios del siglo III Ulpiano acogió sin dificultad (ya que lo volvió a repetir en Dig 41, 2, 2 (78) afirmando que era algo asentado —*eo iure utimur*— que los *municipes* pudieran poseer y usucapir y en consecuencia adquirir la titularidad de un bien por mediación de una persona libre o esclava) probablemente hubo momentos en la historia jurídica del Principado en los que se cuestionó; cabe pensar que al generalizarse a lo largo del siglo I la creación de municipios y colonias fuera de la península itálica se debatió al respecto entre los juristas y mientras algunos defendieron la imposibilidad que tenían los *municipes per se* de poseerlos (Dig 41, 2, 1, 22) (79), otros, como Nerva hijo (80), defendían que los *municipes* podían poseer y usucapir lo que hubieran adquirido mediante esclavos; la impresión que se extrae de la lectura del texto de Paulo es que refleja el debate existente en la segunda mitad del siglo I p. C., entre los miembros de las escuelas sabiniana (que probablemente defendían la imposibilidad de poseer y usucapir por parte del municipio) y la proculyana (que de la mano de Nerva hijo sabemos amparaban la posesión y usucapión del municipio), debate que en mi opinión en los inicios del siglo III Ulpiano considera ya superado.

### III.2.2.3. Ser titular de otros derechos reales

Pero la *res publica* no sólo podía ostentar la propiedad de bienes inmuebles sino que, al igual que cualquier persona física, también podía ser titular de derechos reales sobre bienes inmuebles ajenos, como por ejemplo el derecho de servidumbre o el de usufructo.

(76) 3. *Item municipes ad exhibendum conveniri possunt, quia facultas est restituendi: nam et possidere et usucapere eos posse constat: idem et in collegiis ceterisque corporibus dicendum erit.*

(77) Como es conocido, en el derecho romano para poder plantear una acción reivindicatoria respecto de un bien era necesario identificarlo previamente; con esta finalidad se concibió la *actio ad exhibendum*; en el caso que nos ocupa el jurista permite demandar al municipio con esta acción.

(78) *Ulpianus libro 70 ad edictum. Sed hoc iure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint idque eis per servum et per liberam personam adquiratur.*

(79) Véase el texto en la nota 64.

(80) Es conocido que en el siglo I p. C. destacaron dos juristas con el mismo nombre *M. Cocceius Nerva*, padre e hijo y a su vez abuelo y padre del futuro emperador Nerva (96-98). El referido aquí es Marco Coceyo Nerva hijo, que desarrolló su actividad en el seno de la escuela dirigida por su padre y que a su muerte encabezó Prócuro por tener más prestigio como jurista que Nerva hijo. Sobre ello *vid.* por ejemplo: CHURRUCA — MENTXAKA, *Introducción histórica*, p. 157 y AGUDO, Alfonso, s. v. «Marco Coceyo Nerva hijo», en *Juristas Universales*. 1. *Juristas antiguos*, pp. 161-162.

Así, en un pasaje de Javoleno (Dig 8, 1, 12)(81) se afirma que el municipio titular de una finca podía adquirir un derecho de servidumbre a su favor mediante un esclavo, hay que presuponer, propiedad del municipio. El pasaje no especifica la vía empleada para la constitución ni el tipo de servidumbre; sin embargo, al jurista parece no preocuparle ese dato sino interesarle mucho más hasta qué punto el municipio, que por lo que se dice era el titular del fundo dominante, podía estar representado a esos efectos de adquisición del derecho de servidumbre por un esclavo municipal; y a esta consulta se responde afirmativamente.

Una cuestión fundamental para la extinción del derecho de usufructo cuando su titularidad corresponde a una persona jurídica se plantea en un pasaje de Gayo (Dig 7,1,56)(82) que comienza haciendo referencia a si un municipio podría recibir una acción para exigir el cumplimiento de un derecho de usufructo dejado a su favor. El jurista aborda la cuestión por tener serias dudas respecto de la extinción del derecho de usufructo cuando el titular era un municipio; al no tratarse de una persona física era claro que ni iba a fallecer ni iba a sufrir una capitidisminución; ello significa que su extinción física o jurídica no se iba a producir como en el caso de los seres humanos, por lo que se plantea hasta qué punto el derecho de propiedad del titular del inmueble quedaría sin contenido al, por definición, no poder extinguirse el derecho de usufructo del que fuera titular un municipio. Ante esta cuestión, nos sigue informando Gayo que se estimó procedente conceder la acción al municipio (es decir que se le reconocía la posibilidad de demandar para exigir la materialización de su derecho de usufructo) surgiendo en consecuencia una segunda cuestión. ¿Por cuánto tiempo se consideraba al municipio titular del derecho de usufructo? La respuesta se obtiene de un razonamiento analógico. Como una persona física longeva podía vivir 100 años, se estimó procedente que fuera también ese el plazo por el que un municipio podía gozar del derecho de usufructo.

#### III.2.2.4. Ser titular de obligaciones y contratos

En la progresiva capacidad que se fue reconociendo a las entidades locales es lógico que en los escritos de los juristas aparezcan referencias a obligaciones asumidas en el ámbito contractual.

##### III.2.2.4.1. Prestar y tomar en préstamo de dinero público

En los pasajes transmitidos en el Digesto las ciudades aparecen como prestamistas y prestatarias. Por ejemplo, se habla del préstamo efectuado por un municipio en diversos pasajes del título primero del libro vigésimo segundo del Digesto que trata

---

(81) *Iavolenus libro quarto epistularum. Non dubito, quin fundo municipum per servum recte servitus adquiratur.*

(82) *Gaius libro 17 ad edictum provinciale. An usus fructus nomine actio municipibus dari debeat, quaesitum est: periculum enim esse videbatur, ne perpetuus fieret, quia neque morte nec facile capitis deminutione periturus est, qua ratione proprietatis inutilis esset futura semper abscedente usu fructu. Sed tamen placuit dandam esse actionem. Unde sequens dubitatio est, quousque tuendi essent in eo usu fructu municipes: et placuit centum annos tuendos esse municipes, quia is finis vitae longaevi hominis est.* Ha comentado este pasaje: BLANCH NOUGUÉS, José María, «El legado de usufructo a favor de las personas jurídicas en el Derecho Romano», en *Revista General de Derecho Romano*, 14, 2010 y localizable en: [http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle\\_revista.asp?id=11&z=1](http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=11&z=1) el 20 de julio.

de los intereses de demora. Así, en un largo fragmento de Paulo (Dig 22,1,11 (83)) se plantean dos cuestiones referidas al préstamo de dinero público. En el *principium*, se menciona el que Gayo Seyo, que administraba los bienes de la ciudad, había prestado dinero público con los intereses habituales (sin especificar cuáles eran) y que podían variar en función del lugar del imperio en el que se hubiera efectuado el préstamo (84). En cambio, el párrafo primero hace referencia a un supuesto en el que la *res publica* había actuado mediante un *servus publicus*. En ambos supuestos se debate acerca de los intereses de demora, al igual que en otro pasaje de Paulo (Dig 22, 1, 30 (85)) en el que de nuevo es la *res publica* la que prestaba dinero; según afirma el jurista se debían pagar intereses a las *civitates*, incluso, aunque no hubieran sido estipulados sino simplemente pactados (86).

Y este préstamo de dinero lo llevaban a cabo las ciudades al igual que cualquier particular que se dedicara a ello; por lo tanto, se debatía entre el equilibrio de buscar una cierta rentabilidad a la cantidad prestada y, al mismo tiempo, no arriesgar demasiado con la inversión y lógicamente se articularon mecanismos que hicieran factible la restitución. Desde mi punto de vista, esta problemática queda magníficamente reflejada, una vez más, en un pasaje de Ulpiano que conocemos por Dig 22,1,33 (87), dónde se da a entender qué la ciudad no se debe inquietar si tiene fondos bien colocados y le producen interés; en el supuesto de que eso no ocurra es cuando el gobernador de la provincia debe actuar defendiendo los intereses de la ciudad. Y esta mención del gobernador es importante porque nos informa de que, en los inicios del siglo III en las provincias del imperio, esta autoridad política tenía la obligación de su-

(83) *Paulus libro 25 quaestionum. pr. Gaius Seius qui rem publicam gerebat faeneravit pecuniam publicam sub usuris solitis: fuit autem consuetudo, ut intra certa tempora non illatis usuris graviore infligerentur: quidam debitores cessaverunt in solvendis usuris, quidam plus intulerunt et sic effectum est, ut omne quod usurarum nomine competebat etiam pro his, qui cessaverant in usuris, suppleatur. Quaesitum est, an illud, quod amplius ex consuetudine poenae nomine a quibusdam exactum est, ipsi Seio proficere deberet an rei publicae lucro cederet. Respondi, si Gaius Seius a debitoribus usuras stipulatus esset, eas solas rei publicae praestari oportere, quae secundum formam ab is exigi solent, etiamsi non omnia nomina idonea sint. 1. Quid si servus publicus obligationem usurarum rei publicae adquisiit? Aequum est, quamvis ipso iure usurae rei publicae debeantur, tamen pro defectis nominibus compensationem maiorum usurarum fieri, si non sit parata res publica universorum debitorum fortunam suscipere. Eadem fere in tutoribus Marcellus refert.*

(84) Sabemos que durante el Principado no hubo uniformidad en el tipo de interés a cobrar en todo el Imperio Romano sino que la tasa varió según las zonas; así, en el mundo griego oriental fluctuó entre el 8 y el 9% mientras que en el Mediterráneo Occidental se situó entre un 4 y un 6%; en cambio, en el Norte de África y en Egipto los tipos fueron normalmente superiores llegando a alcanzar el 12%. Vid. al respecto por ejemplo: HERRERA BRAVO, Ramón, *Usurae. Problemática jurídica de los intereses en Derecho Romano*. Universidad de Jaén. Jaén 1997, pp. 35 y ss.

(85) *Paulus libro singulari regularum. Etiam ex nudo pacto debentur civitatibus usurae creditarum ab eis pecuniarum.*

(86) HERRERA BRAVO, *Usurae*, pp. 31 ss. subraya que si bien el mutuo era un contrato gratuito, se crearon mecanismos para facilitar el cobro de los intereses; como se sabe la forma habitual para establecer la obligación de pagar intereses fue efectuar una estipulación, planteándose dudas acerca de la validez del mero pacto. Analiza en profundidad esta temática: SALAZAR REVUELTA, María, *La gratuidad del mutuum en el Derecho Romano*. Universidad de Jaén. Jaén 1999, pp. 223 y ss.

(87) *Ulpianus libro singulari de officio curatoris rei publicae. pr. Si bene collocatae sunt pecuniae publicae, in sortem inquietari debitores non debent et maxime, si parient usuras: si non parient, prospicere rei publicae securitati debet praeses provinciae, dummodo non acerbum se exactorem nec contumeliosum praebeat, sed moderatum et cum efficacia benignum et cum instantia humanum: nam inter insolentiam incuriosam et diligentiam non ambitiosam multum interest.*

pervisar el uso que las *civitates* daban a sus fondos públicos, evitando que los arriesgaran; por ello, se pide a los gobernadores que salgan en la defensa de los intereses públicos y cuando surjan problemas lleven a cabo una intervención equilibrada, ecuanime en la que debían tener presente la humanidad y en consecuencia no se podían establecer intereses usurarios pero al mismo tiempo buscando una cierta rentabilidad.

Y dada la importancia que tiene la gestión eficaz de los fondos públicos, en los inicios del siglo III según se deduce de este texto, el gobernador de cada provincia estaba obligado a controlar que las cuantías que prestaban las ciudades estuvieran debidamente garantizados con prendas o hipotecas (88); en consecuencia, parece claro que las ciudades que actuaban como prestamistas, al igual que cualquier particular, exigían las formas de garantía real que estimaban más adecuadas en cada caso para asegurarse la devolución del dinero prestado.

Pero la *res publica* no sólo actuaba como prestamista sino que también lo podía hacer como prestataria. Aunque en el mundo romano de los tres primeros siglos fue muy frecuente el evergetismo (89) y, por consiguiente, fueron los próceres locales o las autoridades políticas (90) las que se encargaron con sus donaciones de dotar a las ciudades de los elementos urbanísticos usuales, a medida que fue avanzando el imperio y la crisis económica (91) adquirió carta de naturaleza en la economía romana, los núcleos urbanos se vieron en la obligación de pedir dinero en préstamo y también tuvieron que hacer frente a la mala gestión de algunos administradores públicos (92).

(88) 1. *Praeterea prospicere debet, ne pecuniae publicae credantur sive pignoribus idoneis vel hypothecis.*

(89) Sobre la práctica del evergetismo, por ejemplo, en Hispania *vid.* por ejemplo: MELCHOR GIL, Enrique, *El mecenazgo cívico en la Bética: la contribución de los evergetas al desarrollo de la vida municipal*. Universidad de Córdoba. Córdoba 1994.

(90) A título de ejemplo, la *Historia Augusta*, concretamente en la *Vita Hadriani* (21,7) nos informa que el emperador de raíces hispanas condonó impuestos a ciudades, información que Dión Casio nos confirma (DC, 69,5; 69,8,1/2; 69,5; 69, 8,10; 69,16,2) señalando que costeó a algunas ciudades el abastecimiento de agua, a otras los puertos, a otras la comida, a otras las obras públicas, el dinero o varios honores.

(91) ROSTOVITZEFF, Mijail, *Historia social y económica del Imperio Romano. II*. Austral. Madrid 1998, pp. 793 y ss. sitúa en el reinado de Marco Aurelio (161-180) el comienzo de un período crítico con las arcas del tesoro vacías lo que le llevó a introducir en algunas zonas nuevos gravámenes; sin embargo, en opinión del autor (p. 871) las finanzas imperiales desgraciadamente no mejoraron con Septimio Severo (193-211) ni con sus descendientes (en la página 884 afirma que los reinados de Caracalla, Heliogábalo y Alejandro Severo fueron tiempos de miseria) momento histórico en el que la mayor parte de los pasajes aquí mencionados fueron escritos. Sobre esta crisis económica que se manifiesta avanzado el siglo II ya en algunas provincias y que se generaliza en todo el imperio en los inicios del siglo III ver también: CHURRUCA-MENTXAKA, *Introducción histórica*, pp. 141-142.

(92) Sirva de ejemplo para ilustrar esta situación un rescripto de Marco Aurelio mencionado en Dig. 50,10,6 (Mod. 11 *pand.*) en el que se imponía la obligación de consultar al emperador sobre las obras que se querían hacer en los muros, puertas y demás cosas de la ciudad así como si se deseaba construir murallas. Ciertamente, el interés imperial no sólo tendría que ver con la situación económica sino que también podría estar fundamentado en razones militares; ahora bien, fuera cual fuera el motivo, el texto nos informa de que ya a mediados del siglo II, antes de proceder a materializar una gran obra pública, era necesario solicitar el permiso imperial. Para ayudar en la supervisión de estas cuestiones, los emperadores se sirvieron de los gobernadores provinciales tal como se deduce de Dig 50,10,5,1 pasaje de Ulpiano en el que se establece como obligación del gobernador el controlar que en las ciudades los particulares no ocuparan lugares o edificios públicos y en el supuesto de hacerlo se encargaba de que pagaran la cantidad de dinero correspondiente haciendo de esta manera aumentar los ingresos públicos. El hecho regulado en este pasaje (ocupación de espacios públicos) ilustra, probablemente, sobre una práctica usual en épocas de crisis. A su vez Paulo, en Dig 22,1,17,7 (Paul. *de usur.*), menciona dos supuestos que permiten insistir en la idea de que,

Así por ejemplo Ulpiano (Dig 12, 1, 27) (93) menciona la obligación que tenía una ciudad de restituir el dinero recibido en préstamo siempre que lo hubiera empleado en su utilidad o beneficio (*ad utilitatem eius*); ello permite deducir, interpretando en sentido contrario, que si tal devolución no había ocurrido no le correspondería devolverlo a la ciudad sino a la persona o autoridad que hubiera utilizado fraudulentamente en su propio interés el dinero obtenido en préstamo por la colectividad.

### III.2.2.4.2. Sacar a concurso servicios públicos

Se ha visto anteriormente en las leyes municipales hispanas la posibilidad de que los *municipia* sacaran a concurso aquellos servicios que directamente no podían explotar (94). El hecho fue tan frecuente que para su aprovechamiento se crearon las famosas sociedades de publicanos (95) y ya desde época republicana una de las cuestiones que más preocupó a la autoridad política fue la solvencia económica de estas sociedades adjudicatarias, de tal manera que pudieran cumplir de forma ejemplar el servicio adjudicado. Por ello, no nos debe llamar la atención las referencias que encontramos a finales del siglo I en las leyes municipales hispanas a un detallado sistema de garantías reales y personales que debían prestar los concesionarios (96).

Y que el uso habitual de este tipo de concesiones por parte de las ciudades pudo plantear cuestiones jurídicas variadas se desprende a su vez no sólo de las leyes hispanas sino del hecho de que en el Digesto de Justiniano encontremos un título dedicado a los publicanos, los vectigales y las confiscaciones (97), en el cual lógicamente hay múltiples pasajes en los que se trata de esta problemática; pero, antes de detenerme en alguno de ellos, conviene mencionar la posibilidad de aplicar el edicto del

---

en ocasiones, se produjo una mala gestión por parte de los administradores públicos y nos informa de las demandas contra ellos; por un lado, da a conocer que las personas demandadas en calidad de administradoras de bienes de la ciudad tienen que pagar intereses —cabe pensar que por la cuantía que ha defraudado y tienen que restituir a la comunidad— y lo mismo ocurre cuando se demanda a los administradores de las obras públicas de la ciudad si retienen parte del dinero. Este tema de las obras públicas y su gestión alcanzó tal importancia que, pese a caracterizarse el Digesto por recoger escritos de juristas pertenecientes al ámbito del derecho privado, nos encontramos con un título propio: el décimo del libro quinquagésimo, dedicado a dicha cuestión (*De operibus publicis*).

(93) *Ulpianus libro decimo ad edictum. Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt: alioquin ipsi soli qui contraxerunt, non civitas tenebuntur.*

(94) Quiero señalar que estas concesiones administrativas ya desde mediados de la época republicana, se articularon como si fuera una *locatio-conductio*, la terminología que en el ámbito de las relaciones entre particulares se emplea por parte de los juristas romanos para hacer referencia al arrendamiento de cosa (*locatio conductio rei*), al arrendamiento de servicios (*locatio conductio operarum*) y al arrendamiento de obra (*locatio conductio operis*). Vid. al respecto por ejemplo: KASER, *Derecho Romano Privado*, pp. 197 y ss. así como lo dicho en la nota 37 por lo que se refiere a la concesión administrativa.

(95) Dig. 50,16,16 (Gai. *Ed. prov.*, 3) llama publicano al que ha tomado la concesión de la recaudación del canon o renta; en cambio, Dig 39,4,1,1 (Ulp. *Ed.* 55) señala que son publicanos los que viven de lo «público», sea que paguen al fisco un *vectigal*, sea que cobren los tributos, por lo que todos los concesionarios del fisco pueden llamarse publicanos. Sobre ellas por ejemplo: MATEO, *Manceps*, pp. 89 y ss.

(96) Vid. mi análisis en profundidad del tema en las leyes municipales hispanas en: MENTXAKA, *Algunas consideraciones*, pp. 79 y ss.

(97) 39.4: *De publicanis et vectigalibus et commissis*.

pretor a las publicanos que hubieran contratado con las *res publicae* obteniendo la adjudicación de explotaciones sacadas a concurso, posibilidad que se recoge en un pasaje de Gayo (Dig 39,4,13)(98). Con base en ello, es claro que en los fragmentos recogidos en el título en cuestión se efectúan muchas consideraciones jurídicas, de las que aquí sólo se van a mencionar algunas, por no ser las concesiones administrativas el objeto del presente escrito.

Así por ejemplo, en un pasaje de Paulo (Dig 39, 4, 9 pr.)(99) se admite que se debía adjudicar la concesión de un servicio público «que el ardor de la puja elevó por encima de la cuantía acostumbrada» si el concesionario vencedor estaba dispuesto a ofrecer fiadores idóneos y la correspondiente caución o garantía.

Y en ocasiones, el determinar quién era un concesionario idóneo podía ocasionar problemas como se deduce de otro fragmento del mismo pasaje (Dig 39,4,9,3)(100) en el que Paulo afirma que se prohibía la obtención de la concesión a quienes eran deudores del fisco o de la ciudad, a no ser que presentaran fiadores que estuvieran dispuestos a cumplir con las deudas.

El poner punto final a la concesión antes de lo previsto era una posibilidad que se reservaba la administración de la ciudad si el concesionario no abonaba las cuantías establecidas como canon (101); pero, según se establece en un pasaje de Paulo (Dig 39,4,11,5)(102), la administración también podía imponer la prórroga forzosa si el adjudicatario hubiera obtenido un gran beneficio y, pese a ello, no quería seguir en la concesión; según informa Calístrato (103) (Dig 49,14,3,6(104)) esta práctica de la imposición de la prórroga forzosa fue considerada por Adriano más negativa que positiva; en opinión del emperador de raíces hispanas podía provocar el que los potenciales concesionarios de un servicio público se retrajeran al saber que, una vez concluido el plazo de la concesión, se les podía forzar a continuar en la misma en el supuesto de que no se encontrara otro concesionario para el servicio.

(98) *Gaius libro 13 ad edictum provinciale. 1. Praeterea et si quis vectigal conductum a re publica cuiusdam municipii habet, hoc edictum locum habet.*

(99) *Paulus libro quinto sententiarum. pr. Locatio vectigalium, quae calor licitantis ultra modum solitae conductionis inflavit, ita demum admittenda est, si fideiussores idoneos et cautionem is qui licitatione vicerit offerre paratus sit.*

(100) 3. *Debitorum fisci itemque rei publicae vectigalia conducere prohibentur, ne ex alia causa eorum debita onerentur: nisi forte tales fideiussores optulerint, qui debitis eorum satisfacere parati sint.*

(101) Así se establece en Dig 39,4,10,1: *Hermogenianus libro quinto epitomae 1. Non solutis vectigalium pensionibus pellere conductores necdum etiam tempore conductionis completo vel ab his usuras ex mora exigere permittitur.*

(102) *Paulus libro quinto sententiarum. Qui maximos fructus ex redemptione vectigalium consequuntur, si postea tanto locari non possunt, ipsi ea prioribus pensionibus suscipere compelluntur.*

(103) Jurista, probablemente de origen helenístico y activo bajo Septimio Severo del que se desconocen sus datos biográficos: CHURRUCA-MENTXAKA, *Introducción histórica*, p. 162; LIEBS, Detlef, s. v. «*Callistratus*», en *Handbuch der Lateinische Literatur IV, Handbuch*, p. 211 y MATEO, Antonio, s.v. *Calístrato*, en *Juristas Universales. 1. Juristas antiguos*, pp. 202-204.

(104) *Callistratus libro tertio de iure fisci. Cum quinquennium, in quo quis pro publico conductore se obligavit, excessit, sequentis temporis nomine non tenetur: idque principalibus rescriptis exprimitur. Divus etiam Hadrianus in haec verba rescripsit: «Valde inhumanus mos est iste, quo retinentur conductores vectigalium publicorum et agrorum, si tantidem locari non possint. Nam et facilius invenientur conductores, si scierint fore ut, si peracto lustro discedere voluerint, non teneantur».*

### III.2.2.4.3. Responder por dolo

Como hemos visto, lo habitual era que el municipio se sirviera de un representante nombrado para llevar a cabo la gestión correspondiente. Por ello, no debe extrañarnos el que se consultara a los juristas hasta qué punto se podía hacer responsable a los munícipes de los actos dolosos de sus representantes y, en consecuencia, hasta qué punto podían ser demandados por la *actio doli*.

La respuesta a esta cuestión viene recogida en un pasaje de Ulpiano (Dig 4,3,15,1 (105)) en el que se distingue en función de si el comportamiento doloso se ha efectuado por un administrador del municipio o por los decuriones miembros de la cámara local. Tras afirmarse que los munícipes no obran con dolo sino que lo hacen los administradores, considera el jurista que es posible demandar a los munícipes con la *actio doli* cuando se hubieran lucrado por ello. En cambio, un caso distinto lo constituía el comportamiento doloso de los miembros de la cámara local; cuando eran los decuriones los que actúan con dolo, se les demandaba a ellos y no al municipio.

### III.2.2.4.4. Nulidad de la condonación de deudas

Cabe pensar que en determinados momentos en los que la situación económica no fue especialmente buena, los miembros de la curia o senado municipal pudieran sentir la tentación de condonar deudas a algunos deudores del municipio; tal vez relaciones familiares, de amistad o económicas les llevaban a plantearse el dar un trato de favor a algunos deudores y por ello tomaron el acuerdo correspondiente. Pues bien, un pasaje de Ulpiano (Dig 50, 9, 4,pr.) (106) establece la nulidad de semejante acuerdo así como el que se pudiera adoptar por la cámara local encaminado a materializar actos de liberalidad en nombre del municipio. En síntesis, de estos textos se infiere que se establecieron prohibiciones debido a una cierta práctica cuestionable (condonación o donación efectuada en contra de los intereses de la colectividad), práctica que la autoridad tuvo que atajar mediante la declaración de nulidad de tales acuerdos.

### III.2.2.4.5. Prescripción de las acciones contra el municipio

Aunque el texto de Paulo no especifica a qué acciones contractuales se refiere, en Dig 44, 7, 35, 1 (107) se establece la posibilidad de dirigir una acción tanto contra los magistrados que estuvieran al frente del municipio (los duunviros (108)) como contra

(105) *Ulpianus libro 11 ad edictum. 1. Sed an in municipes de dolo detur actio, dubitatur. Et puto ex suo quidem dolo non posse dari: quid enim municipes dolo facere possunt? Sed si quid ad eos pervenit ex dolo eorum, qui res eorum administrant, puto dandam. De dolo autem decurionum in ipsos decuriones dabitur de dolo actio.*

(106) *Ulpianus libro singulari de officio curatoris rei publicae. pr. Ambitiosa decreta decurionum rescindi debent, sive aliquem debitorem dimiserint sive largiti sunt.*

(107) *Paulus libro primo ad edictum praetoris. 1. In duumviros et rem publicam etiam post annum actio datur ex contractu magistratum municipalium.*

(108) Como se sabe los *duoviri* constituyen la máxima autoridad del municipio; en número de dos, tenían funciones múltiples: desde convocar a los comicios o al senado —órgano que por ejemplo aprobaba el presupuesto municipal— hasta pronunciarse sobre la concesión de la explotación de servicios públicos a particulares, pasando por el control de las obras aprobadas por los senadores municipales, sin olvidar la administración de justicia en aquellas causas en las que eran competentes por razón de la cuantía o la materia. Sobre ellos ver por ejemplo: D' ORS, Álvaro, *Epigrafía jurídica*, pp. 143-144 así como MENTXAKA, *El Senado municipal*, pp. 70-71.



la propia ciudad, por el contrato llevado a cabo por los magistrados municipales superado el plazo del año.

### III.2.2.5. *Pollicitationes a favor de las ciudades*

Un apartado especial merecen las *pollicitationes* o promesas unilaterales de personas particulares a favor de las ciudades por las que se comprometían a realizar una obra o pagar una suma de dinero a una comunidad (109); habitualmente eran los candidatos a ocupar un cargo público los que las efectuaban durante la campaña electoral o al tomar posesión del cargo obtenido; estas promesas eran donaciones libres, en el sentido de que no existía obligación alguna de prometerlas pero, si se prometían, sí era necesario cumplirlas (110); las primeras constituciones imperiales que establecieron este principio de obligatoriedad databan de época de Trajano (111).

Evidentemente no es objeto de las presentes páginas estudiar esta institución con detenimiento; sencillamente quiero mencionar a título de ejemplo algún caso procedente de los escritos de los juristas clásicos de los múltiples supuestos existentes en las fuentes (112) en los que queda claro que, la promesa consistente en entregar una cantidad de dinero a la ciudad (una *pollicitatio* muy habitual) o en llevar a cabo una obra pública era necesario cumplirla y el municipio destinatario de ella tenía legitimidad para exigirlo en los tribunales demandando incluso a los herederos de la persona que hubiera hecho la promesa.

Comenzando por este último caso, cabe mencionar un pasaje de Ulpiano transmitido en Dig 50.12.8 (113) en el que el jurista cita una constitución imperial de Marco

(109) Se trata de ello en Dig. 50,12 (*De pollicitationibus*). Sobre esta institución por ejemplo: IGLESIAS-REDONDO, Juan, «La *pollicitatio*», en *Derecho Romano de Obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga Gener*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1994, pp. 495-503; SAN JUAN SANZ, Javier, *La pollicitatio en los textos jurídicos romanos*. Universidad Carlos III. Boletín oficial del Estado. Madrid 1996, pp. 91 y ss., donde el autor estudia el empleo de los términos *polliceor* y *pollicitatio* como promesa a una *res publica* distinguiendo entre las efectuadas *ob honorem* y las efectuadas *non ob honorem*, es decir cuando la promesa no venía motivada por la consecución de un cargo o de un sacerdocio y fijándose en el papel específico de las mujeres en estas promesas: MENTXAKA, Rosa, «Nota mínima sobre mujer y *pollicitatio ob honorem*», en *Derecho, cultura y sociedad en la Antigüedad tardía*, en OSABA, Esperanza, Ed., Universidad del País Vasco. Bilbao 2014, pp. 109-121.

(110) RODRIGUEZ NEILA, Juan Francisco, «Liberalidades públicas y vida municipal en la *Hispania Romana*», en *VELEIA* 6, 1989, pp. 151 y ss.

(111) En este sentido: MENTXAKA, Rosa, «Los requisitos para acceder a las magistraturas locales con base en los escritos de los juristas clásicos», en *VELEIA* 28, 2011, pp. 42 y ss.

(112) Esta institución está muy bien reflejada en las fuentes epigráficas como se puede apreciar en mi artículo, *Nota mínima*, pp. 109 y ss., que recoge múltiples menciones en particular de las *pollicitationes* efectuadas o cumplidas por mujeres en los tres primeros siglos.

(113) *Ulpianus libro tertio de officio consulis. De pollicitationibus in civitatem factis iudicum cognitionem esse divi fratres Flavio Celso in haec verba rescripserunt: «Probe faciet Statius Rufinus, si opus proscaeni, quod se Gabinis exstructurum promisit, quod tandem adgressus fuerat, perficiat. Nam etsi adversa fortuna usus in triennio a praefecto urbis relegatus esset, tamen gratiam muneris, quod sponte optulit, minuire non debet, cum et absens per amicum perficere opus istud possit. Quod si detrectat, actores constituti, qui legitime pro civitate agere possint, nomine publico adire adversus eum iudices poterunt: qui cum primum potuerint, priusquam in exilium proficiscatur, cognoscent et, si opus perfici ab eo debere constituerint, oboedire eum rei publicae ob hanc causam iubebunt, aut prohibebunt distrahi fundum, quem in territorio Gabiniurum habet».*

Aurelio y Lucio Vero en la que se decía que «bien haría Estacio Rufino, si el proscenio que prometió construir a los de Gabi y que ya empezó a construir lo terminara» y continúa el texto afirmando que si incumple la promesa, los representantes nombrados para actuar judicialmente en nombre de la ciudad podrán demandarle ante los jueces y si éstos sentencian a favor de la ciudad y el susodicho Estacio Rufino se niega a acabar la obra, la ciudad podrá prohibirle la venta de bienes inmuebles que tenga en ella. Como vemos, el supuesto trata de una obra a realizar en el teatro local, concretamente en la parte del escenario más cercana al público (*proscenium*), que el promitente empezó a ejecutar pero no llegó a concluir alegando que debía dejar la ciudad ya que había sido condenado a la pena de relegación (114) por un periodo de tres años; a esta objeción se le respondió que, incluso estando ausente, podía concluirla mediante un tercero y que, en el supuesto de que no lo hiciera, iba a ser demandado y si la sentencia le era favorable se otorgaría a la ciudad un medio de presión adicional: el prohibirle disponer de inmueble alguno en su lugar de origen, lo cual evidentemente iba a «ayudar» al munícipe incumplidor a reflexionar sobre la necesidad de acabar la obra prometida.

Y que estas promesas unilaterales eran de obligado cumplimiento y el municipio podía demandar si el promitente no las materializaba queda muy claro en otro pasaje de Ulpiano (Dig 50,12,3,1) (115) en el que se trata del arrepentimiento del que hace la promesa de entregar una cosa que no se especifica y el consiguiente deseo de recuperarla; para conseguirlo se plantea acudir a los tribunales y en calidad de propietario reivindicarla; se dice en el pasaje que no se le concedería la acción y si, tras haberla entregado, llegara a, por cualquier circunstancia, recuperarla se establece a favor de los munícipes la posibilidad de reclamar el bien.

Cuando lo prometido era la entrega de una cantidad de dinero y se producía un retraso, debió surgir la duda de si era factible que la ciudad exigiera intereses de demora a la persona que había efectuado la promesa y la cumplía con retardo. La respuesta a esta duda se proporciona en Dig 22,1,16pr. (116), pasaje de Paulo en el que se niega la posibilidad de exigir intereses en la liberalidad hecha a favor de una ciudad.

En síntesis, en los escritos de los juristas queda claro que la *pollicitatio* o promesa unilateral a favor de un ciudad o municipio podía tener un objeto plural (entregar una cantidad de dinero, entregar un bien, efectuar un obra, pagar unos juegos, etc.); además, esta *pollicitatio* obligaba a la persona que la había efectuado siempre que se hubiera iniciado la realización de la obra prometida en ella o hubiera empezado a satisfacerse el pago de la cantidad de dinero prometida, en cuyo caso la obligación se transmitía a los herederos y el municipio estaba legitimado para demandarles en caso de incumplimiento.

(114) La relegación era una forma de exilio impuesto habitualmente a personas de alta condición social (*honestiores*) y podía consistir en confinar a la persona condena en una isla o impedirle seguir viviendo en su provincia. Vid. por ejemplo: SANTALUCIA, Bernardo, *Derecho penal romano*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1990, p. 72 con la amplia bibliografía allí mencionada.

(115) *Ulpianus libro quarto disputationum. 1. Si quis quam ex pollicitatione tradiderat rem municipibus vindicare velit, repellendus est a petitione: aequissimum est enim huiusmodi voluntates in civitates collatas paenitentia non revocari. Sed et si desierint munícipes possidere, dicendum erit actionem eis concedendam.*

(116) *Paulus libro primo de rectorum. pr. Liberalitatis in rem publicam factae usurae non exiguntur.*

### III.2.2.6. Ciudades y disposiciones testamentarias

A lo largo del Digesto, las Instituciones de Gayo y del *Tituli ex corpore Ulpiani*(117), nos vamos a encontrar con diversas referencias a cuestiones hereditarias (concretamente a la capacidad o no de las ciudades para ser reconocidas como herederas o para recibir bienes mediante legados y fideicomisos) en las que las *civitates* romanas eran protagonistas.

#### III.2.2.6.1. Ciudades como herederas

Sabemos que el *ius civile*(118) romano tuvo un principio asentado según el cual no podían ser instituidas herederas las *incertae personae*(119) o dicho de otra manera, sólo podía ser nombrada heredera en un testamento aquella persona individual de la que el testador tuviera conocimiento preciso en el momento de testar; inicialmente, ello supuso un freno para nombrar herederos a los municipios(120).

Sin embargo, poco a poco comenzaron a surgir excepciones a este principio y de la misma manera que se aceptó que el *populus romanus* podía ser instituido heredero, con base en un Senadoconsulto de fecha desconocida(121) también a los libertos de un municipio se les permitió que pudieran instituir a éste heredero(122). Por ello, en los escritos de los juristas romanos encontramos referencias a ciudades que son nombradas herederas; así por ejemplo, en un pasaje de Pomponio(123) (Dig 3,4,9)(124) se menciona como factible que los municipes tengan la posibilidad de solicitar la división de la herencia que tenían en común con otro u otros coherederos.

Pero como sabemos en el Derecho Romano de la época imperial estuvo asentada la distinción entre *heredes* y *bonorum possessores*(125), en función de si la regulación de la transmisión del caudal hereditario por parte del causante se realizaba por el

(117) Estamos ante una obra no considerada clásica y de origen discutido; parece probable que fuera un tratado elemental escrito en el Bajo Imperio en el que se resumía una o más obras de Ulpiano. Sobre ello: CHURRUCA-MENTXAKA, *Introducción histórica*, p. 166.

(118) Sobre este conjunto de normas creadas por y para los ciudadanos romanos *vid.* por ejemplo: CHURRUCA-MENTXAKA, *Introducción histórica*, pp. 93-97.

(119) Sobre ello por ejemplo: SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, p. 247.

(120) *Tituli ex Corpore Ulpiani*: 22, 5: *Nec municipia nec municipes haeredes institui possunt, quoniam incertum corpus est, et neque cernere universi neque pro herede gerere possunt, ut heredes fiant.*

(121) *Tituli ex Corpore Ulpiani*: 22, 5: *Senatus consulto tamen concessum est, ut a libertis suis heredes institui possint.*

(122) Considera que ello fue un privilegio en época clásica y que sólo se generalizó en época postclásica. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, p. 90.

(123) De *Sextus Pomponius* no tenemos datos biográficos precisos; parece que se dedicó a la enseñanza del derecho y que en época de Antonino Pío desarrolló una fecunda actividad literaria. Véase: CHURRUCA-MENTXAKA, *Introducción histórica*, p. 159; LIEBS, Detlef, s. v. «*Sex. Pomponius*», en *Handbuch der Lateinische Literatur IV, Handbuch*, p. 145 y LINARES, José Luis, s. v. «*Sexto Pomponio*», en *Juristas Universales. 1. Juristas antiguos*, pp. 175-176.

(124) *Pomponius libro 13 ad Sabinum. Si tibi cum municipibus hereditas communis erit, familiae eriscundae iudicium inter vos redditur. Idemque dicendum est et in finium regundorum et aquae pluviae arcendae iudicio.*

(125) Se suele definir al *heres* como el *successor mortis causa ex iure civili* mientras que el *bonorum possessor* es el *successor mortis causa ex iure pretorio*. Véase al respecto por ejemplo: SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, pp. 202-208.

*ius civile* en cuyo caso hablamos de herederos o por el *ius honorarium*(126) que denomina a los receptores de bienes del causante, equívocamente, poseedores de bienes (*bonorum possessores*). Pues bien, en los escritos de los juristas nos vamos a encontrar algunas referencias a la posibilidad reconocida a los municipios de actuar como poseedores de bienes. Así por ejemplo en Dig 37,1,3,4, Ulpiano nos informa de que, con base en el edicto del pretor, el municipio podrá solicitar, mediante un gestor o la persona que le representara, la posesión de los bienes que correspondían a los municipios (127).

Pero el texto que nos ilustra con más detenimiento de la posibilidad reconocida a los municipios de actuar, sea como herederos, sea como de *bonorum possessores*, es el inserto en el título tercero del libro trigésimo octavo que trata precisamente de los libertos de las *universitates* (*De libertis universitatum*). En un único fragmento (Dig 38,3,1pr.) en el que se pueden distinguir varios párrafos se desarrolla la cuestión y se inicia con un afirmación que podríamos considerar lógica: se reconoce a los municipios, respecto de sus libertos, los mismos derechos sucesorios que tienen los patronos personas físicas individuales respecto de sus antiguos esclavos (128). El párrafo primero quizás sea el que más información nos proporciona ya que, si bien inicialmente señala las dudas sobre la capacidad que tienen los municipios para dar su consentimiento a la adquisición de los bienes, informa de que este obstáculo se salvó mediante un senadoconsulto —sin especificar cuál— que estableció que los municipios pudieran adquirir la herencia de sus libertos y por lo tanto, también pudieran solicitar la posesión de los bienes de dichos libertos (129). Y el texto concluye con un último párrafo en el que se señala desde cuándo inicia el cómputo del plazo existente por parte del municipio para solicitar la posesión de los bienes: desde el momento en que pudieron decidir acerca de aquella petición (130).

### III.2.2.6.2. Ciudades como legatarias

Con los legados el punto de partida es semejante al de la herencia. Un causante, no podía disponer legados a favor de un municipio, al no ser factible que los destina-

(126) En Roma, la función de renovación y adaptación del derecho romano a las nuevas condiciones económicas, sociales y culturales correspondió, sobre todo, al *ius honorarium* o pretorio, derecho creado por los magistrados que administraban justicia, fundamentalmente el pretor; como la magistratura era concebida como un *honor*, el derecho creado por el magistrado se denominó derecho honorario. Sobre ello por ejemplo: CHURRUCA-MENTXAKA, *Introducción histórica*, pp. 97-102.

(127) *Ulpianus libro 39 ad edictum. 4. A municipibus et societatibus et decuriis et corporibus bonorum possessio agnoscitur potest. Proinde sive actor eorum nomine admittat sive quis alius, recte competet bonorum possessio: sed et si nemo petat vel agnoverit bonorum possessionem nomine municipii, habebit municipium bonorum possessionem praetoris edicto.*

(128) *Ulpianus libro 49 ad edictum. pr. Municipibus plenum ius in bonis libertorum libertarum defertur, hoc est id ius quod etiam patrono.*

(129) 1. *Sed an omnino petere bonorum possessionem possint, dubitatur: movet enim, quod consentire non possunt, sed per alium possunt petita bonorum possessione ipsi acquirere. Sed qua ratione senatus censuit, ut restitui eis ex Trebelliano hereditas possit: qua ratione alio senatus consulto heredibus eis institutis a liberto acquirere hereditatem permissum est: ita bonorum quoque possessionem petere dicendum est.*

(130) 2. *Temporaque bonorum possessionis petendae cedere municipibus exinde, ex quo decernere de petenda potuerunt. Quod et Papinianus respondit.*

rios de un legado fueran *personae incertae* (131). Ahora bien, al igual que en el caso anterior, según nos informa Gayo (132), un senadoconsulto, que aquí se dice fue aprobado en época de Adriano (117-138), equiparó los legados y las herencias a los fideicomisos; por ello, a partir del gobierno de dicho emperador fue factible que las *civitates* recibieran legados.

Y esta afirmación se nos confirma y amplía con un pasaje procedente de los *Tituli ex corpore Ulpiani*, concretamente de 24,28 (133), donde se reconoce este derecho a favor de todas las *civitates* añadiendo que esta facultad se introdujo por el emperador Nerva (96-98) y posteriormente fue ratificada por un Senadoconsulto hecho con la autoridad del emperador Adriano. En resumen, fue a partir de Nerva, por lo tanto a finales del siglo I p. C., que se reconoció a las ciudades el derecho a adquirir legados; cabe suponer que en dicho momento histórico, con un régimen municipal y colonial asentado en algunas zonas del Imperio, la autoridad política se encontró con esta práctica; esta posibilidad se reguló con carácter general mediante un senadoconsulto de época de Adriano, por lo tanto de ca. el primer tercio del siglo II p. C. al ser valorada como positiva para las ciudades ya que les permitía recibir bienes de particulares.

Y dentro de los bienes que se podían dejar en legado a favor de una ciudad (134), en los escritos de los juristas encontramos algunos ejemplos. Así, en un pasaje de Paulo (22, 1, 17, 8), se habla de un legado consistente en colocar estatuas o imágenes en un municipio. Como los herederos no parecían muy dispuestos a cumplir la voluntad del causante, ya que éste no había fijado plazo alguno para materializar el legado, tiene que intervenir el gobernador de la provincia —que como sabemos por otros fragmentos ya en estos momentos históricos se encargaba de controlar la política municipal— para fijar el plazo para el cumplimiento del legado; en el supuesto de no cumplirlo en el periodo establecido, parece deducirse del texto que se procedía a valorar el coste de las estatuas o imágenes y se imponía la obligación de abonar hasta el tres por ciento de intereses a la ciudad (135).

El reconocimiento del municipio como sujeto jurídico en el ámbito sucesorio se deduce también de un pasaje de Paulo (Dig. 35, 1, 97) (136) en el que el jurista se interrogaba hasta qué punto era una condición imposible la que hacía referencia a que los munícipes legatarios prestaran juramento. Y su respuesta es inequívoca: «jurarán mediante sus magistrados». Es claro que el municipio se puede beneficiar de los le-

(131) *Vid.* en este sentido: PS 3, 13. *Legatum nisi certae rei sit et ad certa personam deferatur, nullius est momenti.*

(132) Así se establece por ejemplo en: Gai. *Inst.*, 2,287: *Item olim incertae personae uel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamuis neque heres institui neque legari ei posset. sed senatus consulto, quod auctore diuo Hadriano factum est, idem in fideicommissis, quod in legatis hereditatibusque constitutum est.*

(133) *Civitatibus omnibus, quae sub imperio populi Romani sunt, legari potest; idque a divo Nerva introductum, postea a senatu auctore Hadriano diligentius constitutum est.*

(134) Como se ha visto mediante el ejemplo recogido en la nota 25 era usual el legado de dinero.

(135) *Paulus libro singulari de usuris. 8. Si dies non sit ab his, qui statuas vel imagines ponendas legaverunt, praefinitus, a praeside tempus statuendum est et nisi posuerint heredes, usuras rei publicae usque ad tertiam centesimae pendunt.* = Dig 50,10,5.

(136) *Paulus libro secundo ad Neratium. Municipibus, si iurassent, legatum est. Haec condicio non est impossibilis. Paulus. Quemadmodum ergo pareri potest per eos? Ita que iurabunt, per quos municipii res geruntur.*

gados dejados a su favor y que en este caso van a ser sus representantes políticos los que cumplan la condición impuesta por el causante; aunque aparentemente sólo las personas físicas podían satisfacer la condición, los magistrados que actuaban en este caso concreto no lo hacían en nombre propio sino de la corporación a la que representaban.

### III.2.2.6.3. Ciudades como fideicomisarias

A diferencia de la herencia o los legados, los fideicomisos(137) son una institución que desde el primer momento pudo disponerse a favor de una *persona incerta* y por consiguiente a favor de las ciudades, tal como se reconocía en el pasaje de Gayo anteriormente citado(138); no obstante ello, el *fideicomissum hereditatis* a favor de una ciudad fue expresamente autorizado por un *senatusconsultum Aproianum*(139) del que Paulo nos habla en Dig 36,1,27, pasaje en el que se establece la posibilidad de emplear acciones a favor de los municipes(140).

En la misma línea, el reconocer a los municipios como titulares de fideicomisos y por consiguiente el permitirles la posesión de los bienes mediante un representante se faculta en otro pasaje de un jurista de mediados de siglo II de nombre Meciano(141) (Dig 36, 4, 12)(142) que en una monografía sobre los fideicomisos trató del tema que nos ocupa afirmando que era factible dejar fideicomisos a favor de las ciudades.

Para concluir y a modo de síntesis, quiero subrayar que en las presentes páginas he citado sólo algunos fragmentos escritos por juristas romanos de los tres primeros siglos del Imperio que permiten defender la personalidad jurídica de las *civitates* en el tráfico jurídico; de su lectura se deduce que el reconocimiento de estas facultades y derechos no se produjo de golpe sino que fue fruto de una progresiva evolución; el problema fundamental al que se enfrentaron los juristas tuvo que ver con la validez de la declaración de voluntad de la *civitas* que, probablemente, dio lugar a una discrepancia entre los juristas de la escuela sabiniana y proculeyana. Estos últimos interpretaron que la declaración de voluntad de la ciudad se podía materializar mediante una

(137) Sobre el fideicomiso y sus clases *vid.* por ejemplo: TAMAYO, José Ángel, *Libertis Libertabusque. El fideicomiso de alimentos en beneficio de libertos en Digesta y Respona de Q. Cervidius Scaevola*. Universidad del País Vasco. Vitoria-Gasteiz 2007, pp. 83 y ss.

(138) *Vid.* Gai. 2, 287 citado en la nota 132.

(139) Estamos ante un senadoconsulto de época de Trajano o Adriano. Al respecto: TORRENT RUIZ, Armando, *Diccionario de Derecho Romano*, Edisofer. Sl. Madrid 2005, p. 1154.

(140) *Paulus libro singulari de senatus consultis. Omnibus civitatibus, quae sub imperio populi Romani sunt, restitui debere et posse hereditatem fideicommissam Apronianum senatus consultum iubet. Sed et actiones in eas placuit ex Trebelliano transferri: sed municipes ad eas admittuntur.*

(141) De *L. Volusius Maecianus* sabemos que desarrolló una brillante carrera política bajo el mandato de los emperadores Adriano y Antonino Pio, con los cuales ocupó diversos cargos públicos, llegando a ser maestro del emperador Marco Aurelio y miembro del *consilium principis* de Antonio Pio, Marco Aurelio y Lucio Vero. *Vid.* sobre él y su obra: CHURRUCÁ-MENTXAKA, *Introducción histórica*, p. 160.

(142) *Maecianus libro 12 fideicommissorum. Municipiis fideicommissum relinqui posse dubium non est. Sed si non caveatur, adversus municipes quidem non dubitavimus ex hoc edicto iri in possessionem posse: ipsos vero municipes, si his non caveatur, non idem adsecuturos: sed extraordinario remedio opus erit, videlicet ut decreto praetoris actor eorum in possessionem mittatur.*

persona física que actuaba como su representante (ciudadanos particulares, esclavos públicos o incluso los magistrados municipales) y en consecuencia defendían que los munícipes podían poseer y usucapir mediante esclavos públicos. El reconocimiento de las ciudades en el ámbito sucesorio también se produjo como excepción al principio general de que no podían ser nombradas herederas *personas incertae* y con base en un senadoconsulto de fecha desconocida pudieron ser nombradas herederas por sus libertos; ya desde finales del siglo I (Nerva) también encontramos a las ciudades en las fuentes jurídicas citadas adquiriendo legados.

Trabajo recibido el 17 de julio de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Artikuluan modu oso oinarrizkoan aurkezten dira (hartzaille nagusiak zuzenbide-graduako ikasleak baitira) gure aroko lehenengo hiru mendeetako legelari erromatarrek *civitates* direlakoek trafiko juridikoan gauzatzen zuten jarduerari buruz egindako erreferentziak. Gai aurkeztu ostean (mundu erromatarrean zeuden mota desberdinetako hiri-kokalekuen arteko diferentziak ere azaltzen dira), klasikoen testuak aztertzen dira; horietan, hiri erromatarrei aitortutako ahalmenak aipatzen dira, zuzenbide publikoaren zein pribatuaren esparrukoak. Azterlanetik kanpo geratzen dira epigrafeetan edo legelariak ez zirenen testuetan egindako aipamenak.

**HITZ GAKOAK:** Municipia. Coloniae. Civitates. Pertsona juridikoa. Zuzenbide publikoa eta pribatua.

**RESUMEN:** El artículo presenta, de una manera muy básica (ya que tiene como principales destinatarios a las y los estudiantes del grado de derecho) algunas de las referencias que encontramos en los escritos de los juristas romanos de los tres primeros siglos de nuestra era a la actuación de las *civitates* en el tráfico jurídico. Tras una presentación del tema (en la que se explica la diferencia entre los diversos tipos de asentamientos urbanos existentes en el mundo romano) se pasa revista a los textos de los clásicos en los que se mencionan las facultades reconocidas a las ciudades romanas, tanto en el ámbito del derecho público como privado, dejando fuera del estudio las menciones transmitidas en epígrafes o en escritos de no juristas.

**PALABRAS CLAVE:** Municipia. Coloniae. Civitates. Persona jurídica. Derecho público y privado.

**ABSTRACT:** Because it is mainly addressed to students, this paper presents, in a very basic way, some references to the role of the *civitates*, as legal entities in legal transactions; the texts are collected from Roman jurists of the first three centuries of our era. After an introduction of the different types of varied urban settlements in the Roman world, there is an exposition based in the recognized faculties to the cities as actors of legal transactions, both in the field of public and private law, leaving aside the references transmitted in inscriptions or in writings of non-Jurists.

**KEYWORDS:** Municipia, Coloniae, Civitates, legal person, private and public law.



# La protección constitucional de los derechos a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones laborales: una visión desde la jurisprudencia constitucional (1)

Luis Javier Mieres Mieres

**Sumario:** I. Introducción.—II. Balance de la jurisprudencia constitucional sobre la proyección laboral del artículo 18.1 CE: el derecho a una justificación conforme al principio de proporcionalidad.—III. La incidencia del derecho a la intimidad personal en el desarrollo de la prestación laboral. A) Intimidación en sentido fuerte y en sentido débil: intimidación socialmente reconocida e intimidación subjetivamente reservada. B) La proyección laboral de la intimidad en sentido fuerte. C) El test de la expectativa razonable de privacidad y los poderes empresariales de control y vigilancia; en particular, el control del uso del ordenador de empresa.—IV. El derecho a la autonomía personal en el desarrollo de la vida privada como límite de la relación laboral: técnicas de protección a través del recurso de amparo. A) La doctrina de la motivación reforzada. B) El derecho a no ser discriminado. C) Superposición de derechos fundamentales.

## I. Introducción

Dentro de la nutrida jurisprudencia constitucional sobre los derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen proclamados por el art. 18.1 CE, la incidencia de éstos en el mundo del trabajo constituye, tras los supuestos de conflicto con los derechos del artículo 20 CE, uno de los ámbitos que mayor atención ha merecido por parte del Tribunal Constitucional (2).

---

(1) Este trabajo tiene su origen en la ponencia presentada en el XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España, «La tutela judicial de los derechos fundamentales», celebrado los días 21 y 22 de febrero de 2013, en Barcelona.

(2) El listado de las sentencias del Tribunal Constitucional que tienen por objeto, principalmente, el derecho a la intimidad o a la propia imagen en un contexto laboral es el siguiente:

—STC 170/1987, de 30 de octubre. RAC. Sala Segunda. Ponente: García-Mon. «Despido del barman que se dejó barba», Manuel Guerreiro Castro c. Magistratura de Trabajo núm. 3 de Las Palmas y Sala Sexta TS.

—STC 142/1993, de 22 de abril. RI. Pleno. Ponente: Rodríguez-Piñero. «Entrega a los representantes de los trabajadores de la "copia básica" de los contratos».

—STC 99/1994, de 11 de abril. RAC. Sala Primera. Ponente: Rodríguez-Piñero. «Despido del cortador de jamones que se negó a ser fotografiado», Juan Antonio Fernández Solís c. Sala de lo Social del TSJ de Extremadura.

—STC 202/1999, de 8 de noviembre. RAC. Sala Primera. Ponente: Cachón Villar. «Base de datos "Absentismo con baja médica"». Sergi Lafont Escayola c. Sentencia Juzgado de lo Social de Barcelona núm. 22 de 20 enero 1996, STSJ Cataluña de 14 octubre 1996, y Banco Central Hispano.

El derecho a la intimidad personal se ha proyectado sobre distintos ámbitos de la dinámica de la relación laboral como el alcance e intensidad de la vigilancia empresarial a través de medios auditivos (STC 98/2000), de circuito cerrado de televisión (STC 186/2000), de cámaras de control de acceso al lugar del trabajo (STC 29/2013) o del control informático (STC 241/2012). También, se ha analizado las exigencias que impone esta garantía constitucional en relación con el acceso y tratamiento de determinada información bien referida a hechos directamente conectados con la relación laboral, como el salario (STC 142/1993), que, en principio, quedarían fuera del ámbito del derecho fundamental, bien referida a datos personales como la salud (STC 244/1999, en relación con la creación de bases de datos; STC 156/2004, sobre reconocimientos médicos, y STC 70/2009, sobre el acceso a ese tipo de información, sin habilitación legal, por parte de un empleador público).

El derecho a la propia imagen, por su parte, no ha generado un número reseñable de sentencias. Tan sólo las STC 170/1987 y 99/1994 se han pronunciado específicamente sobre él en el contexto laboral, analizando en ambos casos, y con soluciones contrapuestas, como veremos, la eficacia justificante del derecho respecto de la negativa del trabajador a realizar la prestación laboral en los términos que venían fijados por el empresario. Junto con estas manifestaciones de los derechos del artículo 18.1 CE por así decir típicas, encontramos también pronunciamientos del Tribunal Constitucional que tienen por objeto dimensiones de la vida privada de los trabajadores que deben quedar extramuros del ámbito de decisión empresarial (STC 192/2003 y STC 51/2011). Estos casos plantean el problema, como se verá más adelante, de la extensión del derecho a la intimidad personal como garantía no sólo de un espacio propio y reservado frente injerencias o intromisiones externas sino también de un ámbito de libertad en el desarrollo de la propia vida.

---

—STC 224/1999, de 13 de diciembre. RAC. Sala Segunda. Ponente: Mendizábal Allende. «Acoso sexual en el video-club». Ana María Izquierdo Esteban c. Sala de lo Social del TSJ de Galicia.

—STC 98/2000, de 10 de abril. RAC. Sala Primera. Ponente: Garrido Falla. «Instalación de micrófonos en el Casino de La Toja». Santiago Aldazábal Gómez c. STSJ Galicia de 25 de enero de 1996.

—STC 186/2000, de 10 de julio. RAC. Sala Primera. Ponente: Garrido Falla. «Instalación de cámaras en cajas registradoras de economato de ENSIDESA». Cirilo José Manuel Pérez Gutiérrez c. Juzgado de lo Social núm. 1 de Avilés y TSJ Asturias.

—STC 136/2001, de 18 de junio. RAC. Sala Segunda. Ponente: Vives Antón. «El acoso sexual que no se probó». Concepción Cante Ríos c. ATS Sala 4.ª de 13 de enero de 1997 y STSJ Madrid de 15 de julio de 1996, y Metrópolis, S.A., Compañía Nacional de Seguros y Reaseguros.

—STC 192/2003, de 27 de octubre. RAC. Sala Primera. Ponente: Casas Baamonde. «Despido por haber trabajado en vacaciones». José Morote Lucas c. ATS Sala 4.ª de 10 de mayo de 2001, STSJ Murcia de 19 de junio de 2000 y JS Murcia núm. 4 de 12 de abril de 2000, y Frutas Hermanos Martínez S.L.

—STC 196/2004, de 15 de noviembre. RAC. Sala Primera. Ponente: Delgado Barrio. «Extinción de contrato laboral durante periodo de prueba tras reconocimiento médico donde se detectó el uso de drogas». Eva María Gómez Fernández c. STSJ Baleares de 14 de enero de 2000 y JS Ibiza núm. 1 de 6 agosto de 1999, y Iberia, LAE, S.A.

—STC 70/2009, de 23 de marzo. RAC. Sala Primera. Ponente: Casas Baamonde. «Jubilación anticipada de funcionario con apoyo en informes médicos irregularmente incorporados al expediente». José Álvarez Rocha c. —STSJ Galicia de 7 de abril de 2004 y Consellería de Educación de la Xunta de Galicia.

—STC 51/2011, de 14 de abril. RAC. Pleno. Ponente: Aragón Reyes. «No renovación de profesora de religión por haberse casado por lo civil con un divorciado». Resurrección Galera Navarro c. STSJ Andalucía de 23 de abril de y JS núm. 3 Almería2002 de 13 de diciembre de 2001.

—STC 241/2012, de 17 de diciembre. RAC. Sala Primera. Ponente: González Rivas. «Amonestación verbal tras descubrir uso no autorizado de ordenador de uso común». Mercedes Ruiz Medina c. ATS Sala 4.ª de 31 de mayo de 2007, STSJ Andalucía de 10 febrero de 2006 y SJS Sevilla núm. 9 de 13 de junio de 2005, y Global Sales Solutions Line, S.L.

—STC 29/2013, de 11 de febrero. RAC. Sala Primera. Ponente: Valdés Dal-Ré. «Uso de cámaras de control de acceso a recinto público para control laboral». Adolfo Tomás Fraile Nieto c. STSJ Andalucía de 5 de mayo de 2009.

En el presente trabajo se ofrecerá, en primer lugar, un balance general de la jurisprudencia constitucional sobre el conflicto entre los derechos a la intimidad y la propia imagen y las facultades empresariales de dirección como punto de arranque para el análisis, seguidamente, de los supuestos de incidencia de los derechos del artículo 18.1 CE sobre la relación laboral y de las técnicas empleadas por el Tribunal Constitucional para proteger la autonomía del trabajador en la adopción de decisiones personales que pueden afectar los intereses empresariales.

## II. Balance de la jurisprudencia constitucional sobre la proyección laboral del artículo 18.1 CE: el derecho a una justificación conforme al principio de proporcionalidad

El presupuesto de la incidencia de los derechos a la intimidad y a la propia imagen en el ámbito laboral es la eficacia directa de los derechos fundamentales en la relación contractual entre trabajador y empresario. A pesar del sostenido debate doctrinal sobre el alcance de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares (3), el Tribunal Constitucional ha asumido desde el principio la tesis de que los titulares de un derecho fundamental pueden invocarlo no sólo en las relaciones verticales frente a los poderes públicos, sino también en las relaciones de carácter horizontal ante los particulares, correspondiendo en este caso a los jueces el deber de protegerlo a partir de una concepción constitucionalmente adecuada del contenido del derecho fundamental en juego (4).

En el orden social, la vigencia inmediata de los derechos fundamentales ha sido afirmada rotundamente por el Tribunal Constitucional. Como se afirma en la STC 98/2000, FJ 6, «la jurisprudencia de este Tribunal ha insistido reiteradamente en la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral». La vigencia laboral de los derechos tiene, sin embargo, un fundamento propio o adicional al reconocimiento general de la *drittwirkung* en el contexto de otro tipo de relaciones jurídicas. La influencia de los derechos fundamentales sobre la configuración y desarrollo de la relación jurídico-laboral desempeña una función equilibradora de las posiciones de trabajador y empresario, pues como ha afirmado el Tribunal Constitucional, la garantía de éstos «puede resultar más apremiante en el ámbito laboral, en el que la desigual distribución de poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que ocupan éstos en las relaciones laborales elevan en cierto

---

(3) Al respecto, de entre la nutrida bibliografía, baste la cita de BILBAO UBILLOS, Juan María: *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, CEPC/BOE, Madrid, 1997, y FERRERES COMELLA, Víctor: «La eficacia de los derechos fundamentales frente a los particulares», en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Jordi Solé Tura*, Vol. II, CEPC/Cortes Generales/UB, Madrid, 2008, pp. 1173-1187 (defendiendo una tesis favorable a la eficacia directa); y JIMÉNEZ CAMPO, Javier: *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Trotta, Madrid, 1999 (defendiendo la necesidad de mediación legal para la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares).

(4) Para una visión general del control que realiza el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales puede verse VELASCO CABALLERO, Francisco: «Articulación de las jurisdicciones constitucional y judicial ante lesiones de derechos fundamentales originadas por particulares» en VIVER PI-SUNYER, Carlos (coord.): *Jurisdicción constitucional y judicial en el recurso de amparo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 393-446.

modo el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador» (STC 129/1989, de 17 de julio, FJ 3).

Más allá de los derechos fundamentales de carácter netamente laboral como los derechos del artículo 28 de la Constitución, cuya eficacia horizontal es consustancial a su propio objeto, la aplicación de aquellos no específicamente laborales se justifica en el hecho de que el contrato de trabajo comporta la sujeción de una esfera de la actividad de la persona a los poderes de organización, dirección, vigilancia y disciplinarios del empresario (art. 20.3 ET). Frente a ese poder social los derechos fundamentales del trabajador operan como un límite que reequilibra las posiciones de las partes de modo que la capacidad de interferencia del empresario sobre la esfera de libre desenvolvimiento del trabajador no sea arbitraria sino que se sujete a razones que la legitimen. El empresario no puede imponer al trabajador en el seno de la relación laboral «despojos transitorios o restricciones injustificadas» de los derechos fundamentales que ostenta como ciudadano (STC 88/1985, FJ 2), sino que toda limitación o afectación debe fundarse en una justificación constitucionalmente atendible.

Dentro de este cuadro general de la proyección de los derechos fundamentales en el mundo del trabajo, los derechos a la intimidad y a la propia imagen desempeñan una función especial de protección del trabajador frente al alcance e intensidad de las exigencias empresariales que puedan afectar la esfera de inviolabilidad de la persona, que es el núcleo de lo protegido por ambos derechos (5). La prestación laboral es una prestación de alta intensidad personal, en el sentido de que el objeto típico del contrato es la realización de una actividad humana en interés y bajo la dirección de otro, que entraña el riesgo potencial de una instrumentalización del individuo contraria a la dignidad de la persona. Frente a ese peligro se erigen los derechos del artículo 18.1 CE garantizando un ámbito de libre determinación individual en el desarrollo del trabajo.

La valoración que merece la jurisprudencia constitucional en relación con la protección de los derechos del artículo 18.1 CE en el ámbito laboral es globalmente positiva. La evolución de la doctrina constitucional, habiendo partido de una inicial concepción estricta sobre el grado de incidencia que estos derechos podían suponer en la ejecución del contrato de trabajo, reflejada en la STC 170/1987, ha ido perfilando progresivamente el canon de enjuiciamiento de los actos empresariales incisivos en la esfera de la intimidad y propia imagen de los trabajadores a partir de un juicio estructurado en dos gradas o partes: en primer lugar, el análisis de la delimitación del derecho, esto es, la determinación de su ámbito de cobertura, y, en segundo lugar, el examen de la justificación de la medida restrictiva a partir del test de proporcionalidad, articulado en el triple juicio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la medida.

En una primera jurisprudencia, se vino a considerar que el contrato y las obligaciones que dimanaban de él constituían un factor determinante de la delimitación del derecho fundamental, de modo que la existencia de la relación jurídico-laboral comportaba la exclusión de determinado objeto o facultad del ámbito de protección del

---

(5) El TSC al identificar el núcleo de significación de ambos derechos emplea las expresiones «esfera exclusiva de su individualidad» (STC 170/1987, FJ4), «la propia esfera de personalidad del individuo» (STC 231/1998, de 2 de diciembre, FJ 4), «esfera de la inviolabilidad de la persona» (STC 142/1993, FJ 7), «propia esfera de desenvolvimiento del individuo» (STC 98/2000, FJ 6), todas ellas en relación con el derecho a la intimidad, o «ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad» (STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2), en relación con el derecho a la propia imagen.

derecho fundamental, diluyendo, así, el problema iusfundamental en la lógica contractual. El consentimiento prestado por el trabajador al ingresar en la relación laboral se alzaba como elemento delimitador de aquella parte de los derechos fundamentales que quedaba condicionada por la existencia del contrato. Para el Tribunal Constitucional, la existencia de la relación laboral generaba una «modulación» del alcance del ámbito protegido por el derecho fundamental en cuestión, de modo que la invocación del derecho no permitía excepcionar con carácter general y de manera unilateral el contenido de las obligaciones asumidas por el trabajador, sino que «las exigencias dimanantes del cumplimiento leal y de buena fe de las obligaciones [...] delimita[n] el concreto ámbito de la libertad constitucionalmente protegida»(STC 6/1988, FJ 6).

De este modo, el contexto laboral determinaba que determinadas manifestaciones del derecho que podrían ser merecedoras de protección fuera de él, no lo fueran en el ámbito de la relación laboral. Así, la STC 19/1985 negó que el empresario tuviera la obligación de otorgar un descanso semanal a una trabajadora que era miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día con el fin de posibilitar el ejercicio de su libertad religiosa, o la STC 129/1989 afirmó que «desde el art. 27.1 de la Constitución no puede imponerse al empresario o empleador la obligación de satisfacer de forma incondicionada la pretendida compatibilidad de la asistencia a clases del trabajador o empleado con el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación de dependencia» (FJ 5). En la misma línea de delimitación estricta del contenido de los derechos fundamentales en el contexto laboral, la STC 6/1988, en relación con el ejercicio del derecho a comunicar información veraz por parte del trabajador, estableció que «la libertad de información no existe por definición para comunicar o difundir datos que corresponden a la actividad y al tráfico ordinarios y regulares de la Empresa, datos que pueden quedar lícitamente sustraídos al conocimiento público —y así ha de respetarlo el trabajador— por más relevante que pudiera pretenderse fueran para terceros» (FJ 6).

En el ámbito que nos interesa, la primera aproximación de la incidencia del artículo 18.1 CE sobre la dinámica de la relación laboral fue claramente frustrante sobre las posibilidades que el precepto constitucional podía ofrecer a los trabajadores frente a los poderes de dirección y organización del empresario. La STC 170/1987, en relación con el despido de un camarero por no acceder a afeitarse la barba, resolvió el problema constitucional incorporando el contrato de trabajo como elemento delimitador del alcance del derecho fundamental invocado (intimidad y propia imagen). Para el Tribunal, la cuestión planteada por la decisión del trabajador de dejarse barba se circunscribía a determinar «si ésta decisión puede o no limitarse o condicionarse en virtud de las relaciones laborales en que desarrolla su actividad profesional». Una vez encuadrado el problema de este modo, la argumentación partió de la constatación realizada por las sentencias recurridas de la existencia del uso local en el sector de la hostelería conforme al cual los empleados que tuvieran contacto con los clientes debían permanecer afeitados, para concluir que «la cuestión planteada por el recurrente carece, según lo razonado en los apartados anteriores, de entidad constitucional, no pudiendo imputarse a las Sentencias recurridas la vulneración, por falta de la debida protección, de los derechos fundamentales garantizados por el art. 18.1 de la Constitución que no resultan afectados ni guardan relación con la cuestión resuelta por las mismas» (FJ 4.º).

Frente a esta opción por una delimitación estricta de los derechos fundamentales en el contexto laboral, la STC 99/1994 marca, sin duda, un punto de inflexión. La sentencia, como es conocido, amparó a un cortador de jamones que se negó a realizar la

prestación laboral propia de su función en un acto promocional, alegando que no deseaba que su imagen fuera captada por los medios que iban a cubrir el acto, algo que, de otro modo, sería inevitable. De acuerdo con la sentencia, la restricción de un derecho fundamental impuesta por una decisión empresarial sólo puede justificarse con base en dos razones: o bien el objeto del contrato, o bien las exigencias o requerimientos organizativos de la empresa. La eficacia justificante del objeto del contrato cubre todas aquellas limitaciones de los derechos fundamentales que puedan entenderse exigidas, de acuerdo con el principio de buena fe, «para el cumplimiento y la satisfacción del interés que llevó a las partes a contratar». De este modo quien es contratado para realizar una prestación laboral en contacto con el público no podría invocar su derecho a la propia imagen para desvincularse unilateralmente del cumplimiento de la obligación para con el empresario. El límite al derecho fundamental que supone el objeto del contrato tiene, a su vez, un tope, de acuerdo con el TC: que «la restricción que se le impone no result[e] agravada por lesionar valores elementales de dignidad de la persona (art. 10.1 CE) o de intimidad de ésta» (FJ 7). Se señala así el umbral hasta el que alcanza la capacidad del consentimiento contractual para condicionar el ámbito protegido por los derechos fundamentales: ese umbral cubre el espacio del derecho directamente comprometido por el objeto del contrato y no otros distintos. La posibilidad de restringir justificadamente ese espacio adicional vendrá determinada por la concurrencia de la segunda de las razones legitimantes, esto es, que el empresario pueda fundar la restricción en alguna finalidad organizativa que se ajuste al principio de proporcionalidad (6).

Ciertamente, el principio de proporcionalidad, formalizado a partir del triple test de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, no se introduce en el ámbito de las restricciones laborales de los derechos del artículo 18.1 hasta las STC 98/2000 y STC 186/2000 (con un antecedente en la STC 202/1999), pero la sentencia que estamos comentando emplea, sin duda, el lenguaje de la proporcionalidad al establecer que «los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos (al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no exista medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra» (STC 99/1994, FJ 7). De acuerdo con esta formulación, la decisión empresarial se sujeta, claramente, a un juicio de necesidad de modo que para superarlo debe establecerse la inexistencia de una alternativa menos restrictiva del derecho fundamental. El Tribunal ha remarcado esta idea afirmando que las limitaciones o modulaciones impuestas a los derechos fundamentales del trabajador «tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección» (STC 98/2000, FJ 7).

---

(6) Sobre la incidencia del principio de proporcionalidad en el ámbito laboral, puede verse, entre otros: GARCÍA-PEROTE ESCARTÍN, Ignacio y MERCADER UGUINA, Jesús: «Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral» en *El modelo social de la Constitución Española de 1978*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 249-272; y CARRIZOS PRIETO, Esther: «El principio de proporcionalidad en el Derecho del Trabajo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 123, 2004, pp. 471-510.

A pesar de que los conflictos laborales de derechos fundamentales son conflictos entre particulares (hecho que podría hacer dudar sobre la pertinencia de aplicar el principio de proporcionalidad fuera del ámbito del ejercicio del poder público, que le es propio (7)), el carácter estructuralmente desigual de la relación laboral justifica someter el ejercicio de los poderes empresariales al canon de proporcionalidad. En este tipo de conflictos nos hallamos, ciertamente, ante intereses individuales contrapuestos pero no ante un conflicto de derechos propiamente dicho. Las facultades de dirección y control del empresario (art. 20.3 ET) son reflejo, como afirma el Tribunal Constitucional, de los derechos de propiedad (art. 33 CE) y de libertad de empresa (art. 38 CE), pero no constituyen instancias de ejercicio de estos dos derechos constitucionales que pudieran entrar en colisión con los derechos fundamentales del trabajador. Es la ley la que crea el poder de dirección empresarial (arts. 1.1, 5.c y 20 ET) cuyo ejercicio comporta el correspondiente deber de obediencia del trabajador. El sometimiento al principio de proporcionalidad supone la reconfiguración constitucional de los ámbitos jurídicamente permitidos de ejercicio de ese abstracto poder legal.

En los supuestos de conflicto de derechos, el juicio de ponderación parte de la premisa del igual valor de ambos y se fija en el mayor o menor peso de cada uno de ellos, a la luz de las circunstancias del caso, con el fin de establecer cuál debe prevalecer de acuerdo con la regla según la cual «cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro» (8). En un conflicto, la prevalencia de un derecho supone el sacrificio del otro, esto es, el deber del titular del derecho sacrificado de tolerar el ejercicio del derecho prevalente (como, por ejemplo, el caso del político que debe consentir la divulgación de informaciones que afectan a su intimidad sobre las que prevalece el interés público de la noticia). En los supuestos de ejercicio de un poder empresarial que restringe el derecho fundamental de un trabajador, en cambio, su control conforme al principio de proporcionalidad pretende dilucidar si ese poder es jurídicamente admisible, de modo que en caso de prevalencia del derecho del trabajador no estamos, propiamente, ante el sacrificio del interés empresarial, sino ante la delimitación constitucionalmente conforme del poder que le confiere el ordenamiento jurídico.

El principio de proporcionalidad como método de control de las decisiones empresariales se activa cuando éstas inciden sobre el ámbito de protección de un derecho fundamental, por ello el juicio sobre la delimitación del derecho, esto es, sobre si la medida incide o no sobre la esfera protegida, cobra la mayor importancia. Una postura favorable a preservar al máximo la autonomía del proceso de toma de decisiones empresariales frente a la inevitable judicialización que comporta la tutela de los derechos fundamentales del trabajador llevaría a procurar delimitar de manera estricta el ámbito de protección de los derechos en su proyección laboral. Sin embargo, una pretensión en tal sentido no encuentra anclaje en la actual doctrina constitucional que ha superado aquella primera jurisprudencia que partía de una visión limitada del grado de inci-

---

(7) Así, para Rodríguez de Santiago la aplicación del principio de proporcionalidad vendría determinada por la intervención del poder en la libertad del individuo, procediendo el juicio de ponderación en los casos de conflicto entre derechos individuales. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José M.ª: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 109-111.

(8) Este es el enunciado de la ley de ponderación de acuerdo con la formulación de Alexy (ALEXY, Robert: *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 1993, p. 161).

dencia de los derechos fundamentales sobre el contrato de trabajo. La combinación de una concepción no estricta del ámbito de protección de los derechos junto con el juego del principio de proporcionalidad comporta la ampliación del deber empresarial de justificar sus medidas. Puede afirmarse, en definitiva, que los derechos fundamentales de los trabajadores, como consecuencia del juego de la proporcionalidad, equivalen a un derecho a la justificación constitucionalmente plausible<sup>(9)</sup> del ejercicio del poder empresarial.

### III. La incidencia del derecho a la intimidad personal en el desarrollo de la prestación laboral

#### A) INTIMIDAD EN SENTIDO FUERTE Y EN SENTIDO DÉBIL: INTIMIDAD SOCIALMENTE RECONOCIDA E INTIMIDAD SUBJETIVAMENTE RESERVADA

De acuerdo con la definición ofrecida por el Tribunal Constitucional en la STC 231/1988, y que por su reiteración en la jurisprudencia posterior podemos considerar como canónica, el derecho a la intimidad protege «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana» (FJ 3.º). A partir de esta definición, resulta claro que la configuración del ámbito constitucional de cobertura del derecho fundamental a la intimidad se articula a partir de dos criterios contrapuestos: por un lado, la cobertura del derecho depende de la existencia de criterios y prácticas sociales acerca de lo que debe considerarse íntimo, lo que apunta una concepción objetiva de la intimidad protegida; y, por otro lado, a través de la noción de reserva, se otorga un papel clave a la voluntad del sujeto para determinar el alcance de esa protección. Puede distinguirse, así, una intimidad en sentido fuerte, vinculada con el concepto público de lo íntimo, y una intimidad en sentido débil, dependiente del arbitrio individual a la hora de acotar los espacios de visibilidad y contacto con los demás.

La intimidad en sentido fuerte, o como el Tribunal Constitucional ha dicho en alguna ocasión «intimidad personal stricto sensu» (STC 196/2004, FJ 5), apela a las concepciones sociales de decencia y respeto mutuo que determinan las fronteras de lo que se considera apropiado o inapropiado como objeto de atención pública<sup>(10)</sup>. Un caso paradigmático de definición del derecho a partir de los estándares sociales de corrección es el derecho a la intimidad corporal que, en relación con ciertas partes del cuerpo, salvaguarda el sentimiento de pudor o recato personal de cada persona «en tanto responda a estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad» (STC 37/1989, FJ 7). De este modo, la protección se proyecta frente a inspecciones o registros corporales que afecten a esas zonas (STC 37/1989), la exposición obligada del cuerpo desnudo (SSTC 57/1994, 204/2000), o la divulgación in consentida de la propia desnudez (STC 156/2001). La intimidad en sentido fuerte también incluye de-

(9) Sobre los derechos constitucionales como derechos a una justificación puede verse MÖLLER, Kai: *The global model of constitutional rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 87.

(10) MARGALIT, Avishai: *La sociedad decente*, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 159-168.



terminados tipos de datos o informaciones que por su contenido deben ser considerados como íntimos, porque, al referirse a los aspectos más básicos de autodeterminación de una persona, su publicidad se considera socialmente como inapropiada. Este es el caso, entre otros, de los datos sobre la salud, los sentimientos y emociones o la vida sexual de las personas.

Si se toma en consideración, en cambio, la voluntad del titular del derecho no resulta determinante el contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento u observación de los demás, sino que el factor decisivo es la explicitación de un propósito de reserva, distanciamiento o secreto. Una definición de la intimidad en sentido débil puede encontrarse en la STC 134/1999, de acuerdo con la cual «[l]o que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio» (FJ 5). A partir de este criterio subjetivo, se enfatiza la dimensión del derecho a la intimidad como poder de control sobre el acceso a la información relativa a una persona o sobre el grado de observación al que se somete ante los demás. El derecho a la intimidad, en este sentido, habilita al sujeto a delimitar el ámbito de cobertura del derecho, a configurar la amplitud de la esfera merecedora de protección frente a intromisiones externas. El ámbito de libertad determinado por el derecho a la intimidad viene definido, de este modo, por la «autocomprensión» de quienes lo ejercen.

Los sentidos fuerte y débil de intimidad no son excluyentes, sino que funcionan combinadamente. Por un lado, en el plano de la delimitación del derecho, la intimidad protegida puede extenderse más allá de lo socialmente considerado como personal o íntimo dependiendo de la voluntad de reserva del sujeto, con la consecuencia de que datos relativos a una persona no íntimos pero reservados merezcan *prima facie* protección constitucional. También puede suceder que el individuo pueda apoyarse en la existencia de los usos y prácticas sociales sobre la definición de lo íntimo de modo que no sea necesario hacer explícita su voluntad de reserva. De otro lado, en el plano de la justificación de la injerencia, habrá de valorarse la *calidad* del dato o ámbito reservado a fin de fijar el peso de la pretensión del particular en mantener su reserva. La pretensión de reserva será tanto más resistente cuanto más cercano esté su objeto a los elementos centrales en la construcción de la personalidad de un individuo, en términos generales; y, en correspondencia, el grado del bien que pretende ser promovido o protegido mediante el acceso, toma de conocimiento o divulgación de lo reservado deberá ser superior a fin de poder considerar justificada la restricción. En definitiva, la mayor o menor proximidad del objeto de reserva con las nociones socialmente compartidas de intimidad determinará una mayor o menor resistencia constitucional frente a la medida restrictiva del derecho.

En la dinámica de los dos sentidos de la noción de intimidad, el consentimiento del titular juega un papel crucial, pero es importante destacar que ese consentimiento se desenvuelve en un plano distinto según se trate de intimidad en sentido fuerte o débil. En los supuestos en que está concernida la intimidad *stricto sensu*, el consentimiento del titular es un elemento nuclear de ejercicio del derecho y despliega sus efectos en el plano de la justificación de la intromisión. El titular puede autorizar a un tercero el acceso a su intimidad, pero el hecho del consentimiento no priva al dato o

espacio accesible para el tercero de su calidad de íntimo. Para que pueda desplegar esos efectos justificantes ese consentimiento debe estar revestido de ciertas características, como se expondrá en el epígrafe siguiente. En cambio, cuando estamos ante una manifestación de la intimidad en sentido débil, el consentimiento del titular se sitúa en el plano de la delimitación del derecho, al establecer los contornos de la reserva objeto de protección. Con el fin de determinar cuándo nos encontramos ante un ámbito de intimidad, en sentido débil, resulta especialmente útil el test de la expectativa razonable de privacidad, como veremos.

## B) LA PROYECCIÓN LABORAL DE LA INTIMIDAD EN SENTIDO FUERTE

La incidencia laboral de la intimidad en sentido fuerte se ha considerado, en la jurisprudencia constitucional, en relación con dos ámbitos: el acoso sexual y el acceso a informaciones sobre la salud de los trabajadores a través de reconocimientos médicos.

El acoso sexual se ha conceptualizado como vulneración del derecho a la intimidad porque, de acuerdo con la STC 224/1999, «se trata de un atentado a una parcela tan reservada de una esfera personalísima como es la sexualidad, en desdoro de la dignidad humana (art. 10.1 CE)» (FJ 2). Claramente, la noción de intimidad que late en esta sentencia está fuertemente vinculada con las nociones sociales de respeto mutuo que definen la existencia de una suerte de espacio vital en torno al propio cuerpo en relación con el cual la persona tiene la facultad de controlar el grado de contacto físico deseado. El propio legislador viene a acoger esta conexión entre intimidad y acoso, al comprender la protección frente a éste en el derecho del trabajador «al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad» (art. 4.2.e ET). Ciertamente, en un ámbito de alta densidad de relaciones humanas, como el laboral, donde la persona no elige su ámbito de relación, la necesidad de protección de la inviolabilidad de la persona frente a comportamientos contrarios a las normas sociales de consideración y respeto resulta más perentoria.

De acuerdo con la doctrina constitucional establecida en la STC 224/1999, FJ 3, los requisitos exigidos para considerar un requerimiento sexual o un comportamiento libidinoso hacia otro como lesivos del derecho a la intimidad son: a) el carácter objetivo de la conducta (manifestada por su intensidad, reiteración, existencia de contactos corporales o comentarios ofensivos), b) el rechazo explícito de la persona afectada, y c) la gravedad de la perturbación sufrida concretada bien en las consecuencias para la estabilidad o promoción en el empleo (acoso directo), bien en la creación de «un ambiente laboral desagradable, incómodo, intimidatorio, hostil, ofensivo o humillante para el trabajador» (acoso ambiental). De entre estos tres requisitos, el determinante es la manifestación de la voluntad de la persona afectada que marca la frontera entre lo permitido y lo jurídicamente inadmisibles. La jurisprudencia ordinaria venía entendiendo que sólo existía acoso cuando frente a la conducta perturbadora se oponía una reacción inmediata, expresa y dirigida al autor. Esta exigencia de explicitud fue considerada como excesivamente gravosa por el Tribunal Constitucional, pues venía a ampliar el ámbito de conductas que, afectando a la intimidad, debían ser toleradas mientras no hubiera un rechazo patente. Por ello, según el Tribunal, basta que el carácter indeseado de la conducta conste de algún modo, por ejemplo, a través de conversaciones con terceros. En todo caso, como la jurisprudencia posterior se ha encargado

de enfatizar, no basta la mera apreciación subjetiva del carácter indeseado por parte de la persona afectada, sino que es necesaria la existencia de indicios objetivos que puedan indicarlo (STC 136/2001).

Un ámbito en el que el derecho a la intimidad en sentido fuerte puede proyectar sus efectos es el de la uniformidad en el vestir. En efecto, el tipo de uniformidad exigida a los trabajadores puede tener trascendencia desde la perspectiva del artículo 18.1 CE si por el tipo de prendas obligadas se vulnera el sentimiento de pudor del trabajador al poner de relieve o exhibir partes del cuerpo sobre las que se proyectan los usos sociales de recato personal. Aunque el TC no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión pues el caso en que hubiera tenido la oportunidad concluyó por satisfacción extraprocesal de la pretensión (STC 84/2006, caso Azafatas del AVE)(11), la jurisprudencia en materia de intimidad corporal permite establecer criterios para la solución de este tipo de casos (12).

La STC 196/2004 establece el marco constitucional de la validez de los reconocimientos médicos a los que pueden someterse los trabajadores. En este sentido, el Tribunal Constitucional establece que la regla que debe regir esta materia es la voluntariedad del reconocimiento médico, sólo exceptuable en aquellos supuestos tasados en que la ley lo impone con carácter obligatorio en garantía de bienes jurídicos prevalentes (se trata, de acuerdo con el artículo 22 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, de casos vinculados con la certeza de un riesgo o peligro para la salud de los trabajadores o de terceros o con la protección frente a riesgos específicos en actividades de especial peligrosidad).

De esta sentencia se deduce una doctrina general sobre el tipo de consentimiento que permite el acceso justificado por un tercero a un ámbito de intimidad en sentido fuerte, como es el caso de la información sobre la salud. En primer lugar, debe ser un consentimiento explícito, no necesariamente en forma escrita, dado que puede ser verbal o a través de actos concluyentes. Y, en segundo lugar, debe ser «un acto informado y pleno», esto es, «el acto de libre determinación que autoriza una intervención sobre ámbitos de la intimidad personal, para ser eficaz, requiere que el trabajador sea expresamente informado de las pruebas médicas especialmente invasoras de su intimidad» (FJ 9), bien por las zonas corporales que pueden verse afectadas, bien por el tipo de información que puede obtenerse con ellas. Los términos de la información recibida determinan el alcance justificatorio del consentimiento: cualquier finalidad o uso distinto del consentido por el trabajador constituye una lesión del derecho a la intimidad. En el caso resuelto por la STC 196/2004 la trabajadora demandante consintió

---

(11) El objeto del recurso de amparo era la STS de 23 de enero de 2001 que había considerado lícita la exigencia empresarial de uniformidad: «No se puede afirmar, razonablemente, en el contexto y circunstancias laborales en que ha sido tomada la medida empresarial, que el uso de una falda de medida de 2 cm por encima de la rúfala, exigidas a las empleadas de Renfe, que no alcanza a su vida privada, al limitarse la imposición al ámbito exclusivo de su actividad laboral de trato con la clientela, viole los derechos citados; ni tampoco, consecuentemente, se ha infringido el art. 4.2.c ET que proyecta, en el ámbito laboral, el derecho a la no discriminación tutelado en el repetido artículo 18.1 CE.»

(12) El artículo 18.1 CE no es el único cauce constitucional para vehicular los límites a la uniformidad exigida por el empresario, también el art. 14 CE permite considerar ilegítimas aquellas diferencias de vestir entre trabajadores y trabajadoras con no vengán justificadas por una razón empresarial especialmente cualificada. En este sentido, cabe citar la STS de 19 de abril de 2011 que considera discriminatoria una práctica empresarial que impone a las trabajadoras en sus centros sanitarios la uniformidad consistente en falda, delantal, medias y cofia, sin posibilidad de sustitución u opción por el pijama sanitario que sí llevan los hombres.

la realización de un control médico consistente en un análisis de orina, pero no se le informó previamente de la concreta finalidad de ese análisis (en el caso, se trataba de la detección de consumo de drogas), por lo que el control y las decisiones empresariales posteriores que se basaron en la información obtenida constituyeron una lesión del derecho a la intimidad.

### C) EL TEST DE LA EXPECTATIVA RAZONABLE DE PRIVACIDAD Y LOS PODERES EMPRESARIALES DE CONTROL Y VIGILANCIA; EN PARTICULAR, EL CONTROL DEL USO DEL ORDENADOR DE EMPRESA

El Tribunal Constitucional ha venido afirmando que el derecho a la intimidad «no comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral» (STC 170/1987, FJ 4; STC 142/1993, FJ 7). A partir de esa distinción entre lo profesional y lo personal, cabría delimitar el ámbito del derecho a la intimidad proyectado sobre la organización empresarial marcando la división entre una esfera laboral y una esfera personal (13). La primera quedaría extramuros del derecho fundamental, de modo que respecto de ella podría ejercerse el poder empresarial de dirección y control sin sujeción al principio de proporcionalidad. En cambio, sobre la esfera personal del trabajador la intervención del empresario estaría sujeta a los requisitos de justificación constitucional de finalidad legítima, idoneidad de la medida, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Supuestos integrantes de la esfera personal del trabajador, reconocidos por el propio ordenamiento, serían la propia persona del trabajador, sus taquillas y efectos personales (art. 18 ET).

Sin embargo, la sencillez de la separación de ambas esferas es engañosa. Hay que recordar, como ha puesto de manifiesto el TEDH en relación con el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que «sería demasiado restrictivo limitar [la noción de vida privada] a un "círculo íntimo" en el que cada uno puede llevar una vida a su antojo y separar completamente el mundo exterior de ese círculo. El respeto de la vida privada debe también englobar, en cierta medida, el derecho del individuo a entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes». A partir de esta afirmación, el tribunal establece que «no existe ninguna razón de principio para considerar que esta forma de entender la noción de "vida privada" excluye las actividades profesionales o comerciales: después de todo es en el trabajo donde la mayoría de las personas tienen muchas, incluso el máximo de ocasiones de estrechar vínculos con el mundo exterior [de modo que] dentro de las ocupaciones de alguien no siempre se puede distinguir entre lo que depende del ámbito profesional, de lo que no» (STEDH de 16 de diciembre de 1992, asunto *Niemitz c. Alemania*, pár. 29).

A partir de la anterior consideración, puede afirmarse que el ámbito protegido por el derecho a la intimidad del trabajador no queda circunscrito a una esfera propia, separada y distinta del resto del entorno laboral. En este sentido, en el centro de trabajo cabe perfectamente la existencia de intimidad en público, intimidad en

---

(13) Por ejemplo, un uso de esta distinción puede verse en ALCÁCER GUIRAO, Rafael: «Cumplimiento penal por la persona jurídica y derechos fundamentales: la intimidad como límite a la vigilancia empresarial», *Diario La Ley*, núm. 8053, 2 de abril de 2013.

sentido débil. El derecho a la intimidad protegería un ámbito o esfera de desenvolvimiento del individuo no sujeto al control y vigilancia empresarial, salvo que exista una justificación constitucionalmente admisible. Así se desprende de las dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional sobre los límites constitucionales al poder empresarial de control (STC 98/2000 y STC 186/2000). La primera de ellas afirmó, por un lado, que no puede «limitarse apriorísticamente el alcance del derecho a la intimidad de los trabajadores a las zonas del centro de trabajo donde no desempeñan cometidos propios de la actividad profesional, negando sin excepción que pueda producirse lesión del referido derecho fundamental en el ámbito del desempeño de las tareas profesionales», si bien la instalación de los medios de vigilancia en lugares de esparcimiento y descanso como vestuarios, comedores, etc., lesiona «sin más consideraciones, por razones obvias» el derecho a la intimidad (STC 98/2000, FJ 6). Por otro lado, la STC 186/2000 en relación con un caso de vigilancia a través de un circuito cerrado de televisión del puesto de trabajo de un empleado asumió que la filmación suponía una afectación del derecho a la intimidad, aunque, dadas las circunstancias, justificada conforme al principio de proporcionalidad (el empresario alegó la existencia de sospechas fundadas de la realización de actos por el trabajador que perjudicaban el patrimonio de la empresa). Lo relevante de la STC 186/2000 es que el hecho de que la observación del trabajador mediante cámara de video fuera desconocida para él, al no habersele informado previamente, determinaba que entrara en juego el derecho a la intimidad. Aunque el Tribunal Constitucional no emplea el concepto de expectativa razonable de privacidad, parece claro que esa noción late en la sentencia y explica el que el sistema secreto de vigilancia supusiera una injerencia en el derecho a la intimidad.

El concepto de expectativa razonable de privacidad está vinculado con el establecimiento de lo que en alguna ocasión el Tribunal Constitucional ha definido como «barreras de reserva» (STC 99/1994, FJ 5, STC 156/2001, STC 72/2007, STC 77/2009). Las personas en sus distintos ámbitos de relación pueden establecer áreas de separación u ocultamiento frente a los demás con el fin comportarse de una manera más relajada sin estar sujetos a la observación ajena o a justificar su conducta ante terceros. Esa voluntad de reserva puede expresarse a través del uso de barreras físicas (por ejemplo, un lugar apartado), barreras conductuales (un comportamiento que supone el rechazo de una intromisión como, por ejemplo, callarse con un tercero irrumpe en una conversación privada) o barreras basadas en normas sociales (por ejemplo, asumir que de acuerdo con las normas que definen las relaciones de amistad cierta información o imágenes compartidas entre amigos no van a trascender de ese círculo). Se trata, en todo caso, de supuestos que permiten garantizar una esfera de libre desenvolvimiento del individuo más allá de los espacios típicos en que puede gozar de intimidad, como el domicilio. El empleo de este tipo de barreras genera en el individuo una expectativa razonable de privacidad que conlleva la pretensión de que sea respetada por los terceros (14).

El test de la expectativa razonable de privacidad surge en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en relación con la delimitación del ámbito de

---

(14) Un análisis del derecho a la intimidad como garantía del mantenimiento de ciertas barreras que permiten y hacen posible la interacción social puede verse en HUGHES, Kirsty: «A behavioural understanding of privacy and its implications for privacy law», *Modern Law Review*, núm. 75(5), 2012, pp. 806-836.

aplicación de la IV enmienda(15). En el contexto europeo, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha utilizado esta idea, aunque sin incorporar expresamente el concepto, en relación con la delimitación del ámbito de la vida privada protegible por el derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn. En este sentido, este Tribunal, en su primera sentencia sobre el denominado caso *Carolina de Mónaco*, definió el ámbito de reserva que una persona, fuera de los espacios típicamente privados, puede reclamar para sí, en los siguientes términos:

«No se puede determinar de manera general y abstracta cuándo los límites de la esfera privada pueden extenderse más allá de la casa habitación. Esto se puede establecer simplemente tomando en consideración las condiciones del lugar que la respectiva persona hubiere buscado. Así, resulta determinante que una persona busque —o ella misma genere— situaciones o espacios en los que justificadamente pueda suponer que no estará sometida a las miradas del público y que los terceros estarán en condiciones de reconocer [este deseo de privacidad]» (16).

El Tribunal Constitucional sólo recientemente ha incorporado de manera explícita el concepto de expectativa razonable de privacidad como elemento relevante en la interpretación del alcance del derecho a la intimidad personal. Así, la STC 12/2012, de 30 de enero, en relación con la licitud de un reportaje grabado con cámara oculta, ha afirmado que «[u]n criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno». Las circunstancias que, a juicio del Tribunal, pueden habilitar esa expectativa son, básicamente, de carácter físico «por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día», aunque de la sentencia no puede extraerse un criterio cerrado de supuestos en los que es deducible una expectativa de privacidad. Únicamente, como criterio negativo, la sentencia establece que no habrá expectativa razonable cuando «se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública» (STC 12/2012, FJ 5).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha empleado con cierta frecuencia el concepto de expectativa razonable de privacidad en relación con casos laborales. El test de la expectativa razonable de privacidad permite al TEDH determinar si la medida controvertida supone una injerencia en la vida privada cuya protección establece el artículo 8 del Convenio. Si se afirma la afectación del bien jurídico protegido por el derecho, el segundo paso es analizar si la injerencia puede justificarse de acuerdo con la cláusula de restricción prevista en el apartado segundo del artículo 8, esto es, si re-

---

(15) Sobre el origen del concepto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos y su evolución puede verse BUENO GALLARDO, Esther: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad. En particular, el derecho a la intimidad de los obligados tributarios*, CEPC, Madrid, 2009, pp. 70-71 y 81-85.

(16) BVerfGE 101, 361, 384 (sentencia de 15 de diciembre de 1999, Sala Primera). Se cita según la traducción recogida en Schwabe, Jürgen (comp.): *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Berlin, 2009, p. 77.

sulta «necesaria en una sociedad democrática». Lo primero que hay que destacar es que todos los casos de carácter laboral en que se ha empleado el test se refieren a supuestos de relaciones de trabajo con una administración u organismo público, dado que la condición necesaria de la aplicación del Convenio es la imputación de la lesión del derecho a un Estado miembro. En segundo lugar, a la hora de aplicar el test el criterio básico que se tiene en cuenta es la existencia o no de algún tipo de advertencia o información previa sobre la posibilidad de que alguno de los efectos del trabajador pudiera ser objeto de control o investigación.

Así, en el asunto *Halford c. Reino Unido* (sentencia de 5 de junio de 1997) el Tribunal consideró que una empleada tenía la expectativa razonable de que las llamadas telefónicas realizadas desde su lugar de trabajo no iban a ser monitorizadas por el empleador porque en ningún momento se le advirtió que pudieran ser interceptadas y además se efectuaban desde su propio despacho y a través de una línea específicamente destinada a su uso privado (pár. 45). En la misma línea, en el asunto *Coppland c. Reino Unido* (sentencia de 3 de abril de 2007) se afirma que la demandante podía tener una expectativa razonable de privacidad en relación con las llamadas efectuadas desde el teléfono del trabajo, así como respecto de los mensajes de correo electrónico y el uso personal de internet, porque no se le advirtió de que esas actividades podían ser objeto de seguimiento (pár. 42). En un contexto no laboral, cabe citar el caso *Perry c. Reino Unido* (sentencia de 17 de julio de 2003) en el que se consideró que la filmación oculta de un detenido dentro de una comisaría de policía suponía una injerencia en su vida privada (pár. 43). Finalmente, en el caso *Peev c. Bulgaria* (sentencia de 26 de julio de 2007), el TEDH considera que el empleado tenía una expectativa razonable de privacidad en relación con el escritorio y el archivador en su puesto de trabajo (pár. 39).

En todos estos casos la «barrera de reserva» no es física sino normativa. La expectativa del trabajador se funda en el uso social según el cual «sus cosas» no van a ser examinadas o investigadas por un tercero. Esa regla de discreción es una norma básica de la interacción social que también rige en el ámbito laboral, cuya vigencia en el centro de trabajo permite asegurar un espacio propio de libre desenvolvimiento del trabajador. Por ello, sólo la previa advertencia puede causar el descenso de esa barrera, de modo que la voluntad de reserva del trabajador no puede apoyarse en el mantenimiento de aquella norma de discreción.

En el asunto *Peev c. Bulgaria*, el TEDH aplica el test afirmando lo siguiente: «En opinión del Tribunal, el demandante tenía tal expectativa, si no en relación con la totalidad de su oficina, sí al menos respecto de su escritorio y sus archivadores. Así lo demuestra el gran número de pertenencias personales que estaban guardadas en ellos. Además, este tipo de acuerdo está implícito habitualmente en las relaciones empleador-empleado y no hay nada en las concretas circunstancias del caso —como una normativa o el establecimiento de una política por parte del empleador del demandante que desaconsejara a los trabajadores archivar papeles o efectos personales en sus escritorios o archivadores— que sugiera que la expectativa del demandante carecía de justificación o resultaba irrazonable» (STEDH de 26 de julio de 2007, pár. 39).

Por tanto, a juicio del Tribunal, la existencia de una regulación o política empresarial que desincentivara el uso personal por parte de los trabajadores de las herramientas puestas a su disposición determinaría el carácter irrazonable de una expectativa de privacidad. Ahora bien, en la jurisprudencia del TEDH no se ha abordado el alcance o el grado de intensidad de una regulación empresarial que limite las expecta-

tativas de privacidad de los empleados. Lo más que se ha afirmado es que «el seguimiento del uso por parte de un trabajador del teléfono, el correo electrónico e internet en el lugar de trabajo pueda considerarse «necesario en una sociedad democrática» en ciertas situaciones que persigan un fin legítimo» (STEDH de 3 de abril de 2007, asunto *Copland c. Reino Unido*, pár. 48). La hipótesis que se contempla es la del carácter puntual de ese tipo de controles, no el carácter continuo, permanente y total de éstos.

En la jurisprudencia ordinaria la doctrina del TEDH ha dado lugar a un uso del test de la expectativa razonable de privacidad que facilita un amplio ejercicio de los poderes de control empresarial. De acuerdo con las STS de 26 de septiembre de 2007 y STS de 6 de octubre de 2011, la aplicación del derecho de intimidad en relación con el uso personal de los ordenadores puestos a disposición de los trabajadores por la empresa depende plenamente de la regulación que haya establecido el empresario al respecto, que tiene plena libertad para fijar las condiciones de uso de estime oportunas (17). Así, puede establecer una norma de uso que prohíba totalmente el uso personal y permita exclusivamente el uso profesional (tanto de correo electrónico, como de acceso a internet y almacenaje de datos). En este caso, la regulación excluye toda expectativa de privacidad y, por tanto, los controles que disponga el empresario para verificar el cumplimiento de la norma de uso no están sujetos al respeto del derecho a la intimidad del trabajador. En cambio, en los casos en que el protocolo establecido permita el uso personal o cuando no exista tal regulación y el uso personal sea una práctica tolerada puede afirmarse la existencia de una expectativa de privacidad y entrará en juego el derecho a la intimidad como límite del poder de control empresarial.

Esta doctrina ha sido avalada sustancialmente por la STC 241/2012. En esta resolución, el Tribunal Constitucional afirma la admisibilidad de la regulación por parte del empresario de la utilización de ordenadores u otros medios informáticos mediante órdenes, instrucciones, protocolos o códigos de buenas prácticas «de manera que la empresa no quede privada de sus poderes directivos ni condenada a permitir cualesquiera usos de los instrumentos informático sin capacidad alguna de control sobre la utilización efectivamente realizada por el trabajador» (FJ 5). A partir de este reconocimiento del poder empresarial, la incidencia del derecho a la intimidad del trabajador dependerá de los términos en que se haya establecido la regulación del uso de los medios informáticos: «los grados de intensidad o rigidez con que deben ser valoradas las medidas empresariales de vigilancia y control son variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin» (FJ 5). Dicho de otro modo, el ámbito de aplicación del derecho a la intimidad depende de la voluntad del empresario.

La STC 241/2012 no parece coherente con el precedente sentado por la STC 98/2000. En aquella sentencia, como se recordará, se declaró lesivo del derecho a la intimidad un sistema de audición, que permitía grabar las conversaciones de los trabajadores entre ellos y con los clientes, porque se consideró que no se ajustaba al

---

(17) Un buen análisis de esta jurisprudencia puede encontrarse en GOÑI SEIN, José Luis: «Controles empresariales: geolocalización, correo electrónico, Internet, videovigilancia y controles biométricos», *Justicia Laboral*, núm. 39, 2009, pp. 11-58, en especial, pp. 26-42; y en DESDENTADO BONETE, Aurelio y MUÑOZ RUIZ, Ana Belén: *Control informático, videovigilancia y protección de datos en el trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pp. 153-185.



principio de proporcionalidad al no estar acreditada su necesidad. En particular, aquella resolución puso el énfasis sobre la gravedad de la intromisión, que suponía una suerte de control total sobre la comunicación de los trabajadores. El carácter especialmente intrusivo del instrumento de vigilancia se manifestaba en el hecho de que los trabajadores «se van a sentir constreñidos de realizar cualquier tipo de comentario personal ante el convencimiento de que van a ser escuchados y grabados por la empresa» (FJ 9). En definitiva, la STC 98/2000 vino a reconocer la libertad de comunicaciones, protegida instrumentalmente a través del derecho a la intimidad, como límite del poder empresarial de control. Una libertad que está directamente vinculada con la dignidad humana «si se atiende a la esencia comunicativa que, como sujeto de derecho, corresponde a la persona» (STC 91/2000, FJ 14). El elemento comunicativo de la intimidad también es puesto de relieve por el TEDH cuando insiste en la idea de que el derecho a la vida privada engloba «el derecho del individuo a entablar y desarrollar relaciones con sus semejantes» (STEDH de 16 de diciembre de 1992, asunto *Niemitz c. Alemania*, pár. 29).

A la luz de la STC 98/2000, no parece admisible que al poder de dirección empresarial le sea permitido regular el uso de los medios informáticos de modo que pueda prohibir totalmente la posibilidad de un uso personal necesario para preservar un espacio de ejercicio de la libertad de comunicarse. Alguna doctrina ha pretendido distinguir la STC 98/2000 respecto de la regulación de los usos del ordenador de empresa a partir del criterio de que en aquella «lo que se controlaba era la propia persona del trabajador —su imagen, su voz—», mientras que en el caso de los controles informáticos «de lo que se trata es del control no de la persona, sino de un medio en el que la persona trabaja y del que se han excluido los usos personales» (18). Este *distinguishing* no resulta convincente porque omite el factor comunicativo de la intimidad y, por tanto, la auténtica dimensión de la dignidad humana concernida en ambos casos (19).

En definitiva, el derecho a la intimidad como poder de control sobre un ámbito reservado de la vida frente a la acción y el conocimiento de los demás comparte con los derechos a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones la misma técnica constitucional de protección de la libertad: a través de la garantía de la reserva de un espacio se posibilita el ejercicio desinhibido de la «libertad más íntima» sin sujeción a los usos y convenciones sociales (STC 22/1984, FJ 5) o de la libertad de comunicaciones (STC 114/1984, FJ 7). La protección de un espacio propio del trabajador en el centro de trabajador frente a un medio intrusivo de vigilancia o control pretende hacer posible el ejercicio de una libertad inespecífica como es la libertad de comunicarse con otros. El test de la expectativa razonable de privacidad permite identificar esas esferas exentas de control, pero no permite que se utilice con el fin de revertir su finalidad de protección y legitimar regulaciones que eliminen cualquier espacio o reducto necesario para el aislamiento y la reserva. De este modo, en la proyección laboral del derecho a la intimidad subyace la idea de que el centro de trabajo no puede

---

(18) DESDENTADO BONETE, Aurelio y MUÑOZ RUIZ, Ana Belén: *op. cit.*, p. 182.

(19) El voto particular a la STC 241/2012 suscrito por los magistrados Valdés Dal-Ré y Asúa Batarrita argumenta su discrepancia con la posición de la sentencia a partir, también, de la libertad de comunicaciones como límite al poder empresarial de dirección y control, si bien fundando el razonamiento sobre el derecho al secreto de las comunicaciones.

configurarse de modo que se anule el libre desenvolvimiento de la persona del trabajador: el derecho a la intimidad exige abrir y garantizar espacios y tiempos para la vida personal del trabajador, que preserven su dignidad y libertad en el centro de trabajo, dentro de una razonable acomodación con el poder de organización y dirección del empresario.

#### **IV. El derecho a la autonomía personal en el desarrollo de la vida privada como límite de la relación laboral: técnicas de protección a través del recurso de amparo**

La posibilidad de encajar en el ámbito del derecho a la intimidad, junto a la dimensión de reserva o secreto de la vida privada, un derecho a la libertad de la vida privada es una cuestión que ha suscitado debate doctrinal a la luz de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional (20).

El Tribunal, aunque ha afirmado que la idea originaria de la protección del artículo 18.1 CE es «el respeto a la vida privada» (STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3) o que su elemento teleológico es «la protección de la libertad y las posibilidades de autorrealización del individuo» (STC 142/1993, FJ 8, y STC 202/1999, FJ 2), ha negado enfáticamente que del derecho a la intimidad pueda derivarse una protección de «las acciones privadas e íntimas de los hombres» (STC 89/1987, FJ 2). Esta tesis, a pesar de algún pronunciamiento que parecía indicar una apertura hacia la integración en el derecho de un aspecto de libertad de hacer (21), ha sido reiterada por el Tribunal en el sentido de que el espacio vital protegido por el libre desarrollo de la personalidad no es reconducible al artículo 18.1 CE (STC 60/2010, de 7 de octubre, FJ 8.c). Sin duda, la interpretación especialmente amplia que realiza el TEDH del ámbito cubierto por el artículo 8 del CEDH, del que ha afirmado que protege «el derecho al desarrollo personal y el derecho a establecer y mantener relaciones con otros seres humanos y el mundo exterior» (STEDH de 29 de abril, asunto *Pretty c. Reino Unido*, par. 61), constituye una presión interpretativa sobre nuestro artículo 18.1 CE que propicia un entendimiento

(20) Sostienen una posición favorable a la extensión del derecho a la intimidad, con distintos matices, por ejemplo: MIERES MIERES, L.J.: *Intimidad personal y familiar*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 29-33; BUENO GALLARDO, *op. cit.*, pp. 436-445; ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier: *Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales*, Ed. Civitas/IVAP, Madrid, 2010, p. 117. En el ámbito laboral, SERRANO OLIVARES, Raquel: «El derecho a la intimidad como derecho de autonomía personal en la relación laboral», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 103, 2001, pp. 97-124.

(21) Así parecía apuntarse en la STC 151/1997, de 29 de septiembre, que apreció la lesión del derecho a la intimidad derivada de la imposición de una sanción de separación del servicio a un Capitán de artillería por haber consentido el adulterio de su mujer con un Teniente de infantería. El punto central de la argumentación de la sentencia radicaba en determinar si la acción del recurrente de consentir el adulterio de su mujer formaba parte del derecho a la intimidad. Y el Tribunal afirma claramente que sí: «No cabe duda de que el comportamiento omisivo reprochado se refería a algo tan privado como es la propia relación conyugal y se proyectaba sobre algo tan peculiarmente íntimo como eran las relaciones sexuales que mantenía la esposa del recurrente, que, sin duda, integran el ámbito de intimidad personal y familiar consagrado en el artículo 18 CE. Este artículo protege ese núcleo de relaciones no sólo frente a la intromisión que consiste en el conocimiento no consentido de lo que en él existe o acaece o en la divulgación no consentida de los datos así obtenidos, sino también frente a la injerencia que supone la “acción” ajena (STC 231/1988) y, con ello, a la sin duda contundente injerencia que significa la sanción de los comportamientos desarrollados en el área de intimidad» (STC 151/1997, FJ 5).

más generoso de aquello que merece protección constitucional y que, por imperativo del artículo 10.2 CE, hay que darle cabida (22).

Más allá de esta cuestión general, lo cierto es que las decisiones empresariales pueden afectar a ámbitos de libertad estrictamente personal y es necesario clarificar qué tipo de respuesta constitucional merecen, desde el punto de vista de la tutela a través del recurso de amparo, dado que el derecho al libre desarrollo de la personalidad queda extramuros del ámbito del artículo 53.2 CE.

Al respecto, de la jurisprudencia constitucional, pueden deducirse tres técnicas distintas para dispensar protección constitucional a través del recurso de amparo a las libertades que conforman el desarrollo de la vida privada: a) la doctrina de la motivación reforzada del artículo 24.1 CE (STC 192/2003), b) el derecho a no ser discriminado por cualquier razón personal (STC 41/2006, en relación con la orientación sexual; STC 92/2008 y STC 124/2009, relativas a la nulidad del despido de trabajadoras embarazadas), y c) la intersección de una pluralidad de derechos fundamentales para subsumir el comportamiento personal amparado (STC 51/2011).

#### A) LA DOCTRINA DE LA MOTIVACIÓN REFORZADA

La doctrina de la motivación reforzada como canon de control más intenso de las resoluciones judiciales a la luz del artículo 24.1 CE, permite que el Tribunal Constitucional pueda extender su control, y, por tanto, fijar su interpretación vinculante, respecto de aquellos aspectos de la legalidad ordinaria que afectan a derechos constitucionales que no son susceptibles directamente de recurso de amparo (por ejemplo, el libre desarrollo de la personalidad o el derecho al trabajo) o que constituyen un desarrollo por el legislador de la dimensión objetiva de un derecho fundamental que no se integra en el contenido del derecho subjetivo.

La STC 192/2003 protege a través del artículo 24.1 CE el derecho de libertad personal de un trabajador despedido por haber trabajado para otro empresario durante su periodo de vacaciones. La relevancia constitucional de la conducta del trabajador que ha merecido el reproche empresarial exige del juez una interpretación de la legalidad, en particular del alcance de los deberes de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contractuales (art. 5.c ET), coherente con los valores constitucionales, de modo que no puede derivarse de la noción de buena fe una imposición del criterio empresarial sobre la libertad que ostenta una persona para desarrollar su vida fuera del tiempo de trabajo (STC 192/2003, FJ 7). A partir de este pronunciamiento del TC, puede defenderse la idea de que la conducta extra-laboral del trabajador queda protegida por el principio de libre desarrollo de la personalidad y no puede ser objeto de control por parte del empresario. A pesar de que en el razonamiento del Tribunal Constitucional no aparece explícitamente, parece razonable condicionar este principio general de inmunidad de la vida personal frente a las decisiones empresariales a la re-

---

(22) La doctrina constitucional sobre la protección frente a las inmisiones por ruido constituye una clara recepción de la jurisprudencia del TEDH a partir de una interpretación amplia del art. 18.1 CE (STC 119/2001 y STC 150/2011), a pesar de las dudas expresadas sobre la adecuación constitucional de esa interpretación extensiva (MATIA PORTILLA, F.J.: «¿Hay un derecho fundamental al silencio? Sobre los límites del artículo 10.2 CE», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, 2012, pp. 355-377).

serva de que la conducta extra-laboral de la persona no tenga un impacto negativo directo sobre el desempeño de sus labores o sobre la organización empresarial (23). En todo caso, parece claro que la garantía de la inmunidad del comportamiento del trabajador fuera del tiempo de trabajo, al no ser objeto de un derecho fundamental específico, carece de la eficacia inmediata propia de éstos y debe articularse al modo de una *mittelbare Drittwirkung*, esto es, a través de la obligación de jueces y tribunales de interpretar las normas legales reguladoras de los deberes laborales de conformidad con los principios constitucionales, en este caso, con los del art. 10.1 CE.

## B) EL DERECHO A NO SER DISCRIMINADO

De acuerdo con alguna posición doctrinal, la ausencia en nuestra Constitución de un derecho de autonomía personal, al modo del artículo 2.1 de la Ley Fundamental de Bonn o del artículo 8 del CEDH, no representa una desprotección de la libertad de la persona en la configuración de su esfera personal pues toda medida que tomase en consideración algún aspecto de esa esfera para dispensar un trato distinto y peyorativo podría considerarse discriminatoria al basarse en una condición personal que, genéricamente, prohíbe el artículo 14 CE (24). De este modo, el derecho a no ser discriminado operaría como un subrogado del derecho general de libertad o de autonomía personal (25).

Una buena muestra de este planteamiento es la STC 41/2006 que incorpora explícitamente la orientación sexual como un motivo especialmente odioso de discriminación al catálogo del artículo 14 CE a partir de «la constatación de que la orientación homosexual comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente muy arraigada y que ha situado a los homosexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE» (FJ 4).

Otro supuesto en el que el artículo 14 CE actúa como vehículo protector de la libertad en el desarrollo de la vida privada es la tutela de la mujer embarazada frente al despido. Sin duda, la libertad de decidir tener hijos y cuándo tenerlos es una de las decisiones más íntimas y centrales en la vida de una persona. El artículo 10.1 CE protege, según el TC, la «libertad de procreación» (STC 215/1994) y, por tanto, la decisión de una trabajadora de quedarse embarazada debería ser ajena al círculo de intereses

---

(23) Un análisis sobre la problemática del control empresarial sobre los comportamientos extralaborales del trabajador puede verse en GONÍ SEIN, José Luis: *El respeto a la esfera privada del trabajador*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 255-292. A partir de un análisis del artículo 8 CEDH en relación con el derecho inglés, puede verse: MANTOUVALOU, Virginia: «Life after work: Privacy and dismissal», *London School of Economics working papers* 5/2008.

(24) Esta posición la defiende, por ejemplo, Rubio Llorente como mecanismo que cubre el vacío en nuestro ordenamiento de un derecho a la libertad de la vida privada; así su intervención en las Mesa Redonda sobre Constitución y el secreto de la vida privada en el seminario de Aix-en-Provence, *Annuaire international de justice constitutionnelle*, vol. XVI, 2000, pp. 373 y 375.

(25) En este sentido, Kai Möller afirma que «where a constitution does not include a general right to autonomy, a separate right to equality will have a role to play to fill the gap resulting from the incomplete protection of autonomy» (MÖLLER, Kai, *op. cit.*, p. 125).

que corresponde organizar y dirigir al empresario. A pesar de que esta libertad como tal no cuenta con una específica protección constitucional a través de un derecho fundamental, si actúa como factor de robustecimiento de la protección legal prevista frente al despido de la mujer embarazada.

Una parte de la jurisprudencia social ha venido considerando que la nulidad del despido en estos casos (art. 53.4 y 55.5 ET) debía configurarse como objetiva, de modo que resultara indiferente si el empresario conocía o no el estado de la trabajadora, pues de este modo se preservaba mejor la intimidad de la mujer (26). El TS, sin embargo, defendió la tesis de la nulidad subjetiva (27), exigiendo que se demostrara el indicio de que el empresario era conocedor del embarazo, tesis a la que se opusieron varios votos particulares con el argumento, entre otros, de que la dispensa para la mujer de la carga de acreditar indicios de discriminación, consistentes en el conocimiento del empresario de su embarazo, era adecuada porque es una prueba difícil y «posiblemente atentatoria a la dignidad de la mujer que no tiene porqué participar su estado para salvaguardar su trabajo» (28).

Finalmente, el TC ha establecido el carácter objetivo de la nulidad del despido de la mujer trabajadora como la interpretación constitucionalmente correcta. Más allá de los detalles de legalidad ordinaria que tiene en cuenta el Tribunal para sostener su posición, un argumento sustancial en su fundamentación es el hecho de que la dispensa de la prueba del conocimiento por parte del empresario protege la libertad de ser madre:

«Exonerar de esta prueba del conocimiento del embarazo y, con ella, de toda obligación de declaración previa, sustituyéndola por la prueba en caso de despido de un hecho físico objetivo como es el embarazo en sí, constituye, sin duda, una medida de fortalecimiento de las garantías frente al despido de la trabajadora embarazada, al tiempo que plenamente coherente con el reconocimiento de su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) [...], amparando la libre determinación de la trabajadora en favor de su maternidad con una «garantía de indemnidad» reforzada» (STC 92/2008, FJ 2).

El derecho a la igualdad se manifiesta, de este modo, como subrogado de la protección de la autonomía personal. La libre determinación de la mujer en favor de su maternidad, a pesar de no ser el objeto de un derecho fundamental específico, cuenta con la protección que le ofrece la prohibición de discriminación por razón de sexo.

### C) SUPERPOSICIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Finalmente, la STC 51/2011 constituye un buen ejemplo de protección de la libertad de la vida privada en relación con decisiones de carácter laboral. En esta resolu-

---

(26) Así, por ejemplo, STSJ Navarra de 20 de enero de 2006, STSJ Asturias de 10 de junio de 2005 y STSJ Aragón de 12 de abril de 2006.

(27) STS de 19 de julio de 2006, STS de 29 de febrero de 2008 y STS de 12 de marzo de 2008.

(28) Voto particular a la STS de 19 de julio de 2006.

ción el Tribunal Constitucional ampara a una profesora de religión casada civilmente con una persona separada frente a la decisión de la administración de no nombrarla a partir de la declaración de inidoneidad realizada por el obispado. El fallo de la sentencia invoca, nada menos, que cuatro derechos fundamentales (arts. 14, 16, 32 y 18.1 CE) como lesionados cuando, claramente, la conducta objeto de represalia se inscribe en la autonomía personal para configurar el propio plan de vida.

En efecto, como afirma el TC: «La decisión de la demandante de casarse en la forma civil legalmente prevista con la persona elegida queda así, en principio, en la esfera de su intimidad personal y familiar, de suerte que [...] esa decisión eclesial no puede prevalecer sobre el derecho de la demandante a elegir libremente (dentro del respeto a las reglas de orden público interno español) su estado civil y la persona con la que desea contraer matrimonio, lo que constituye una opción estrechamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad humana (art. 10.1 CE)».

Nos encontramos en este caso ante la función característica de los derechos fundamentales como escudos frente a la imposición de los valores de otros en la configuración del propio plan de vida(29). Esta dimensión antipaternalista o antiperfeccionista es consustancial al principio de autonomía que preservan los derechos de libertad. Como afirmaba Stuart Mill, «con tal de que una persona posea una razonable cantidad de sentido común y de experiencia, su propio modo de arreglar su existencia es el mejor, no porque sea el mejor en sí, sino por ser el suyo» (30).

Por ello, que un empresario, incluso el titular de una de las denominadas empresas de tendencia, tiene como límite infranqueable en sus decisiones el respeto a la autonomía de la persona en la elección y desarrollo de los elementos centrales de su plan de vida, es algo difícilmente opinable. Que se necesite la conjunción de cuatro preceptos constitucionales para afirmar que existe una protección constitucional de esta dimensión de la autonomía personal, simplemente, es una cuestión técnica, que, tal vez, muestra algún tipo de deficiencia en nuestro catálogo de derechos.

En este punto, el contraste con el CEDH resulta evidente: la fuerza del artículo 8 del Convenio hubiera sido suficiente para afirmar la prioridad del individuo frente a la pretensión de conformación a las preferencias que se le imponen por parte de otro. Las exigencias que derivan del derecho convencional al respeto de la vida privada sobre la interpretación de nuestros derechos fundamentales, en particular, de los reconocidos por el artículo 18.1 CE, sin embargo, es agua que habrá de mover otro molino.

Trabajo recibido el 13 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(29) Por ejemplo, NINO, Carlos: *Ética y Derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989, pp. 199-236.

(30) Stuart Mill, John: *Sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid, 1994, p. 140.

**LABURPENA:** Lan-harremanen arloan funtsezkoa den intimitatearen eskubidea babes-teak jurisprudentzia konstituzional zabala eta aberatsa eragin du. Intimitate-eskubideak babesten duen eremuaren baitan, intimitatearen zentzu sendoa (edo gizarteak onartzen duena) eta zentzu ahula dago (intimitate subjektiboa). Biak ala biak proiektatzen dira lan-prestazioan, enpresen zaintza-eta kontrol-ahalmenak mugatuz, eta proportzionaltasunaren printzipioa betearaziz. EKaren 18.1 artikulua ez du babesten bizitza pribatuaren askatasuna esan ahal zaiona, baina jurisprudentzia konstituzionalak hainbat teknikaren bidez babesten ditu langileen nortasunaren garapen librearen zenbait alderdi, zuzenean bizitza pribatuarekin lotuak.

**GAKO-HITZAK:** Intimitatea. Norberaren irudia. Lan-harremanak. Enpresen zaintza—eta kontrol-ahalmenak. Jurisprudentzia konstituzionala.

**RESUMEN:** La protección del derecho fundamental a la intimidad en el ámbito de las relaciones laborales ha dado lugar a una amplia y rica jurisprudencia constitucional. Dentro del ámbito protegido por el derecho a la intimidad cabe distinguir entre intimidad en sentido fuerte (o intimidad socialmente reconocida) y en sentido débil (intimidad subjetivamente reservada). Ambas manifestaciones del derecho se proyectan sobre el desarrollo de la prestación laboral imponiendo límites a los poderes empresariales de vigilancia y control, cuyo ejercicio debe ajustarse al principio de proporcional. Aunque el artículo 18.1 CE no protege lo que puede denominarse la libertad de la vida privada, la jurisprudencia constitucional ha articulado distintas técnicas a fin de amparar ciertas manifestaciones del libre desarrollo de la personalidad de los trabajadores directamente vinculadas con la vida privada.

**PALABRAS CLAVE:** Intimidad. Propia imagen. Relaciones laborales. Poderes empresariales de vigilancia y control. Jurisprudencia constitucional.

**ABSTRACT:** The protection of the fundamental right to privacy in the area of the work relations has caused a rich and wide-ranging constitutional jurisprudence. In the protected area for the right to privacy, it can be distinguished among a hard privacy (or socially recognized privacy) and a weak privacy (privacy subjectively reserved). Both manifestations of the right to privacy are projected on the workplace and they limit the entrepreneurial powers of surveillance and control, the exercise of which it has to fit the principle of proportionality. Although article 18.1 CE does not protect what can be denominated the freedom of the private life, the constitutional jurisprudence has articulated different techniques in order to protect certain manifestations of the free development of the personality of the workers directly linked to the private life.

**KEYWORDS:** Privacy. Personal image. Work relations. Entrepreneurial powers of surveillance and control. Constitutional jurisprudence.





# Aproximación al sentido y alcance del artículo 8.2 del Convenio Europeo sobre indemnizaciones a víctimas de delitos violentos de 1983. Tensiones con el principio de legalidad (1)

Ignacio Muñagorri Lagúa  
Ana I. Pérez Machío

**Sumario:** I. Introducción.—II. Convenio europeo sobre indemnizaciones a víctimas de delitos violentos. Justificación y presupuestos de las indemnizaciones y sentido y alcance de la excepción del artículo 8.2.—III. Normativa interna de desarrollo y adaptación del Convenio Europeo al derecho español. La ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección a las víctimas de terrorismo.—IV. Bibliografía.—V. Anexo Jurisprudencial.

## I. Introducción

En el ámbito de la protección y tutela de víctimas de delitos violentos, el Convenio Europeo sobre indemnizaciones a víctimas de delitos violentos de 1983 se presenta, a día de hoy, como un instrumento que parece marcar la política que, en materia de indemnización a víctimas de terrorismo (entendido en su sentido más amplio), inicia el gobierno español a partir de diciembre de 2013.

El texto, que a continuación se presenta, es parte del Dictamen que fue encargado por la Dirección de Víctimas y Derechos Humanos del Gobierno Vasco al Instituto Vasco de Criminología/Kriminologiaren Euskal Institutua.

La cuestión central del mismo se suscita como consecuencia de los problemas interpretativos que se pueden deducir de determinadas Resoluciones desestimatorias del Ministerio de Interior, Dirección General de Apoyo a las víctimas del Terrorismo, Subdirección General de Ayudas a víctimas del terrorismo y de Atención ciudadana y de determinadas desestimaciones de sendos Recursos de Reposición a las Resoluciones denegatorias de indemnizaciones a víctimas de delitos violentos que, presuntamente, han participado en delincuencia organizada y/o pertenecido a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos.

---

(1) El presente trabajo se enmarca en el ámbito de los siguientes proyectos y grupos de investigación: Grupo de investigación CONSOLIDADOS GICCAS (Ref: IT585-13), Unidad de Formación e Investigación UFI 11/05 (UPV/EHU) y proyecto de investigación Adaptación del Derecho penal español al Derecho penal europeo (Ref. DER 2013-43883-P)

Dichas denegaciones y desestimaciones se realizan en aplicación de la Ley 29/2011, de 23 de septiembre de Reconocimiento y protección Integral de las víctimas del terrorismo, modificada por la Ley 17/2012, de 27 de septiembre de Presupuestos Generales del Estado para 2013, Disposición Transitoria veintisiete, con efectos a 1 de enero y vigencia indefinida; modificación que dio lugar a una nueva textualidad, entre otros artículos al 3 bis de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre que, guarda relación, a su vez, con los artículos 2, 3 y 8 del Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre indemnizaciones a las víctimas de Delitos violentos, hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1983 (BOE, núm. 312, sábado 29 de diciembre de 2001).

Sin entrar en un análisis exhaustivo del contenido de los concretos expedientes que fueron analizados por los autores del presente estudio, en tanto en cuanto se excedería los límites del presente trabajo, vamos a proceder a un análisis jurídico del sentido y alcance del artículo 8.2 del Convenio Europeo sobre indemnizaciones a víctimas de delitos violentos, con la finalidad de delimitar su ámbito de aplicación tanto subjetivo, como objetivo, a fin de que resulte acorde con el principio de legalidad, evitando, de esta forma, la admisión de interpretaciones que puedan resultar inconstitucionales.

## **II. Convenio europeo sobre indemnizaciones a víctimas de delitos violentos. Justificación y presupuestos de las indemnizaciones y sentido y alcance de la excepción del artículo 8.2**

### **II.1. Justificación y presupuestos de las indemnizaciones**

El Preámbulo del Convenio n.º 116, de 24 de noviembre, *sobre indemnizaciones a las víctimas de delitos violentos* justifica la oportunidad de este tratado en «razones de equidad y solidaridad»; razones que exigen atender a dos necesidades. De un lado, la de «ocuparse de la situación de las personas víctimas de delitos intencionales de violencia que hayan sufrido lesiones corporales o daños en su salud o de las personas que estuvieran a cargo de las víctimas fallecidas, como consecuencia de esos delitos» (2). De otro, como consecuencia de la anterior, la necesidad de «introducir o desarrollar sistemas para que el Estado en cuyo territorio se hubieran producido tales delitos indemnice a esas víctimas, sobre todo en los casos en que el autor del delito no fuera identificado o careciera de recursos» (3).

De esa necesidad, por lo tanto, surge este Convenio que establece unas normas mínimas en orden a la indemnización a las víctimas de delitos que deben ser desarrolladas a través de los distintos instrumentos que los Estados adopten; normas mínimas que comprenden las cuestiones siguientes: indemnización por el Estado cuando la misma no pueda hacerse «enteramente efectiva» por otras fuentes (4); la indemnización será pagada por el Estado, en cuyo territorio se hubiera cometido el delito (5); la indemnización cubrirá, por lo menos, según los casos, los aspectos siguientes del

(2) Véase, en este sentido, el párrafo 2.º del Preámbulo del Convenio.

(3) En este sentido, el párrafo 4.º del Convenio.

(4) Así se desprende del contenido del artículo 2 del Convenio europeo.

(5) Véase, el contenido del artículo 3 del Convenio europeo.

perjuicio: pérdida de ingresos, gastos médicos y de hospitalización, gastos funerarios y, cuando se trate de personas a cargo, pérdida de alimentos (6).

En efecto, el Convenio 116 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 24 noviembre 1983, sobre la indemnización a las víctimas de delitos violentos, establece unas disposiciones mínimas, en esta esfera, sentando en el Título I los principios fundamentales a los que las partes signatarias habrán de acomodar sus soluciones, adoptando, a tal fin, las disposiciones necesarias para llevar a efecto aquellos principios (7).

Los principios a los que nos venimos refiriendo son los siguientes:

- El Estado contribuirá a la indemnización cuando ésta no pueda ser asumida plenamente por otras fuentes y aunque no se pueda proceder a sancionar al autor.
- Las personas que tienen derecho a tal indemnización estatal son aquellas que hubieren sufrido lesiones corporales graves o daños en su salud, como consecuencia directa de un delito intencional de violencia, así como las personas a cargo del fallecido si se ocasionara la muerte. Quedan, por consiguiente, excluidos de estas disposiciones mínimas los daños materiales, así como las lesiones corporales y daños a la salud de carácter culposo.
- La indemnización comprenderá como mínimo, según los casos, los siguientes elementos del perjuicio: pérdida de ingresos, gastos médicos y de hospitalización, gastos funerarios y pérdida de alimentos cuando se trate de personas a cargo de la víctima fallecida. Se autoriza a fijar límites mínimos y máximos de las indemnizaciones.
- La indemnización estatal sólo entra en juego cuando resultan ineficaces los normales sistemas de cobertura, de suerte que —con el fin de evitar la duplicidad de indemnizaciones—, el Estado puede deducir de la indemnización que haya de conceder (o bien recuperar de la persona ya indemnizada) cualquier cantidad relacionada con el perjuicio ocasionado por el delito que hubiera podido percibir la víctima, del propio delincuente, de la Seguridad Social, de una entidad aseguradora o por cualquier otro medio. El sistema es, por ello, un último remedio ante el desamparo de la víctima.
- En determinados supuestos, la indemnización puede ser reducida o incluso suprimida. El convenio se refiere a cuatro casos:
  - ponderación de la situación financiera del solicitante;
  - el comportamiento de la víctima antes, durante o después del delito o en relación con el daño causado;
  - participación en la delincuencia organizada o pertenencia a una organización que perpetre delitos violentos;
  - indemnización en todo o en parte contraria al sentido de la justicia o al orden público.
- El Estado podrá subrogarse en los derechos de la persona indemnizada hasta el máximo de la cantidad pagada. Es esta una técnica de cierre del sistema de in-

---

(6) En este sentido dispone el artículo 4 del Convenio europeo.

(7) Véase, por todos, BENITO ALONSO, F.: «Hacia un sistema de indemnización estatal a las víctimas del delito en España», *Diario La Ley*, 1988, p. 886.

dudable eficacia: la víctima percibe indemnización mínima en todo caso, el Estado indemniza cuando fallan los mecanismos ordinarios, el Estado, en fin, se resarce de los desembolsos efectuados, persiguiendo con todo su aparato y potencia el patrimonio de los eventuales responsables, si tal intento resulta fallido es, en definitiva, la sociedad entera quien soporta tal carga, en aras a la equidad y solidaridad.

- El Convenio autoriza para fijar un plazo a fin de que la víctima presente la oportuna solicitud de indemnización, más allá del cual se entiende caducado su derecho a ser resarcido por el Estado.
- Dada la naturaleza multilateral del Convenio, se establece que sea el Estado en cuyo territorio se perpetró el delito quien haga frente a la indemnización a la que tienen derecho, no sólo los nacionales de los Estados en el Convenio, sino también los nacionales de cualquier otro Estado miembro del Consejo de Europa a condición de que tengan residencia permanente en el Estado en cuyo territorio se cometió el delito (8).
- El Convenio compromete a los signatarios a fin de que adopten medidas adecuadas para que los posibles solicitantes tengan acceso a la información relativa al régimen de indemnizaciones, cuestión ésta importante y frecuentemente inatendida (9).

A la vista de lo mencionado, tal y como viene destacando algún autor, podemos adelantar que nos encontramos ante un instrumento pionero en materia de indemnizaciones a víctimas de delitos violentos que requiere que los Estados acaben aceptando e incorporando a sus Ordenamientos nacionales las recomendaciones contenidas en sus disposiciones convencionales (10).

Es sin duda, uno de los instrumentos internacionales de mayor avance en materia de indemnizaciones, cuya incidencia se ve debilitada por las exclusiones que contiene el artículo 8, en general, y su número 2, en particular.

## II.2. Sentido y alcance de las excepciones del artículo 8.2

### A) CUESTIONES INTRODUCTORIAS

El Convenio, lejos de concretar una definición de «víctima de delito violento» delimita el ámbito de aplicación subjetivo, en función del tipo de delito y de las lesiones

---

(8) Esto implica que el Convenio no cubre a todas las víctimas de delitos. En efecto, de conformidad con el art. 3, la indemnización será pagada por el Estado en cuyo territorio se hubiera cometido el delito sólo a dos grupos de personas: a) los nacionales de los Estados Partes en el Convenio; b) los nacionales de todos los Estados miembros del Consejo de Europa que tengan su residencia permanente en el Estado en cuyo territorio se hubiera cometido el delito. Por lo tanto, quedan excluidos de una posible indemnización aunque hayan sido víctimas de un delito cometido en el territorio de un Estado Parte tres grupos de personas: a) los nacionales de todos los Estados del Consejo de Europa que no son Partes en el Convenio; b) los nacionales de todos los Estados miembros del Consejo de Europa que no tengan su residencia permanente en el Estado en cuyo territorio se hubiera cometido el delito; y c) los nacionales de terceros Estados.

(9) Así lo destaca, BENITO ALONSO, «Hacia un sistema de indemnización estatal...», p. 887.

(10) En este sentido, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, «Las víctimas y el Derecho internacional», *Anuario de Estudios de Derecho Internacional*, 2009, p. 19.

sufridas. Así, declara que la indemnización será pagada por el Estado en cuyo territorio se haya cometido el delito a los ciudadanos de los Estados parte en el Convenio, así como a los ciudadanos de todos los Estados miembros del Consejo de Europa que sean residentes permanentes en el Estado en cuyo territorio se cometiera el delito(11).

Por lo que respecta a los requisitos que deben concurrir en estos sujetos, para poder acogerse a la indemnización, tendrán derecho a la misma, los que hayan sufrido una lesión corporal grave o merma de su salud directamente atribuibles a un delito violento intencional, así como las personas a cargo de las víctimas fallecidas, a consecuencia de tal delito. Esto se aplicará, también, si el delincuente no puede ser procesado o castigado(12). La indemnización cubrirá, al menos, el lucro cesante, los gastos médicos, de hospitalización y funerarios y, para las personas a cargo, la pérdida de los alimentos.

Junto a la necesidad de que concurren en las víctimas las características, hasta ahora mencionadas, asociadas siempre a las consecuencias directamente sufridas por el delito, del contenido del Convenio no sólo se deduce la capacidad que disponen los Estados de incluir otra serie de requisitos como la denuncia del delito a la policía y la presentación de la solicitud dentro de un plazo predeterminado(13), sino, incluso, la competencia estatal para permitir la reducción o supresión de dichas indemnizaciones cuando concurren los requisitos del artículo 8 del Convenio, esto es:

«1. Se podrá reducir o suprimir la indemnización por causa del comportamiento de la víctima o del solicitante antes, durante o después de la comisión del delito, o en relación con el daño causado.

2. Se podrá reducir o suprimir asimismo la indemnización si la víctima o el solicitante participa en la delincuencia organizada o pertenece a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos.

3. También se podrá reducir o suprimir la Indemnización en el caso en que una reparación total o parcial fuera contraria al sentido de la justicia o al orden público».

Se trata de uno de los aspectos más polémicos del contenido del Convenio y del objeto del presente trabajo. Por ello, resulta, del todo necesario, detenerse para analizar el alcance y sentido del mismo, fundamentalmente en lo relativo a su número 2.

En efecto, tal y como hemos advertido al comienzo de este estudio, el objetivo principal que motiva el mismo, reside en la denegación sistemática, desde hace un tiempo, por parte del Gobierno Español, de indemnizaciones a víctimas de delitos violentos que, presuntamente, han participado en delincuencia organizada o pertenecen a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos. Pues bien, desde esta perspectiva, a la vista de los problemas prácticos que la misma está suscitando, interesa prestar atención a dos aspectos muy concretos: por un lado, a la interpretación de la disposición contenida en el número 2 del artículo 8 mencionado y, por otro lado,

---

(11) Así se dispone en su artículo 3.

(12) En este sentido viene recogido en su artículo 2.

(13) Así se desprende del contenido del artículo 6.

a la determinación del momento, desde el que dicho precepto dispone de eficacia jurídica, en el ámbito del Ordenamiento jurídico interno de cada Estado.

## B) ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DEL ARTÍCULO 8.2 DEL CONVENIO

Dice el número 2 del artículo 8: «2. Se podrá reducir o suprimir asimismo la indemnización si la víctima o el solicitante participa en la delincuencia organizada o pertenece a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos».

La primera de las cuestiones a dilucidar reside en la concreción de la expresión «víctima o solicitante participante en delincuencia organizada o perteneciente a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos». Por lo que respecta a la interpretación del artículo 8.2 ya mencionado, no parece que quepa otra distinta a la de entender que nos encontramos ante sujetos que, habiendo sido víctimas de delitos violentos, haya sido probado, suficientemente, que estuvieron implicadas en delincuencia organizada o que pertenecían a una organización criminal. Hecho éste que, a nuestro juicio, sólo quedará constatado, en caso de que exista una sentencia condenatoria firme que así lo determine.

Una interpretación diferente a estas previsiones, entendiendo, por ejemplo, que basta la mera detención o imputación, sin condena, para entender aplicable la excepción del artículo 8.2, desvirtuaría, completamente, el contenido del mismo y dificultaría su delimitación con las previsiones de su número 1, que permiten restringir o suprimir dichas indemnizaciones, respecto de víctimas que antes, durante o después del crimen, causan o contribuyen a su propio perjuicio.

En efecto, la garantía jurisdiccional en la que se concreta el principio de legalidad exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido. La presente garantía que tiene su origen en el art. 39.º de la Carta Magna inglesa de 1215 y que incluía garantías contra la detención, la reserva de jurisdicción (juicio legal de un sujeto imparcial e independiente) y la presunción de inocencia, actualmente viene a exigir la acusación, la prueba y la defensa (14), sólo debiendo ser considerados, por lo que al objeto del presente estudio respecta, como personas que *participan en la delincuencia organizada o pertenecen a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos*, a aquellos que han sido condenados por sentencia firme, como consecuencia de su intervención en actividades que implican la mencionada participación y pertenencia.

El sentido de la presente garantía se concreta en el derecho a la tutela jurisdiccional del artículo 24 de la Constitución Española (15) que indica lo siguiente:

«1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.

(14) FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, Editorial Trota, 5.ª edición, Madrid 2001, p. 539.

(15) En adelante CE.

2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

Como se ha señalado doctrinalmente «estas garantías, así como el principio de legalidad penal establecido en el artículo 25 de la Constitución, tienden a explicitar el alcance de los principios de legalidad y seguridad jurídica, proclamados en el artículo 9.3 de nuestra Ley de leyes y consustanciales al Ordenamiento Jurídico de cualquier Estado de Derecho» (16).

A tenor de lo mencionado y, en relación al sentido que debe atribuirse a la expresión «si la víctima o el solicitante participa en la delincuencia organizada o pertenece a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos» del artículo 8.2 del Convenio europeo, hay que concluir, a tenor de la garantía jurisdiccional en la que se concreta el principio de legalidad, que toda persona ha de ser considerada inocente (y, consecuentemente, no colaboradora, ni participante o perteneciente a delincuencia organizada o en delitos violentos) mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

Desde esta perspectiva, se crea así, por un lado, un verdadero derecho subjetivo a ser consideradas inocentes de cualquier delito que se les atribuya, mientras no se presente prueba bastante para destruir dicha presunción, aunque sea mínima y, por otro, la culpabilidad, en cuanto responsabilidad penal, sólo puede ser declarada mediante sentencia firme. Es decir, si la jurisdicción es, como destaca Ferrajoli, la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca, mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable, ni sometido a pena. En este sentido, la garantía de jurisdiccionalidad, continúa el autor, —al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio, y en sentido estricto, que no haya juicio sin que la acusación sea sometida a prueba o refutación— postula la presunción de inocencia del imputado, hasta prueba en contrario, sancionada por la sentencia definitiva de condena (17).

Esta exigencia de que nadie pueda ser considerado culpable hasta que así se declare por sentencia condenatoria firme requiere, en este sentido, de cinco presupuestos:

- Suficiente actividad probatoria.
- Producida con las garantías procesales.
- Que de alguna manera pueda entenderse de cargo.
- De la que se pueda deducir la culpabilidad del procesado.
- Que se haya practicado en el juicio.

Así, para que pueda aceptarse el principio de presunción de inocencia es necesario que, de lo actuado en la instancia, se aprecie un vacío o una notable insuficiencia

(16) PÉREZ LUÑO, *Los Derechos fundamentales*, Editorial Tecnos, 3.ª edición, Madrid, 1988, p. 81.

(17) FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, p. 549.

probatoria, debido a la ausencia de pruebas, a que las practicadas hayan sido obtenidas ilegítimamente o que el razonamiento de inferencia sea ostensiblemente absurdo o arbitrario, debiendo decaer, cuando existan pruebas bien directas o de cargo, bien simplemente indiciarias con suficiente fiabilidad inculpatoria.

Por lo tanto, siguiendo con el tema central del presente estudio, por lo que respecta a la delimitación del ámbito de aplicación subjetivo del artículo 8.2 del Convenio Europeo de 1983, sólo se podrá restringir o suprimir las indemnizaciones previstas en el mismo, a aquellos sujetos que hayan sido condenados por sentencia firme por colaboración o pertenencia a organización que se dedica a perpetrar delitos violentos que, en el caso de los ilícitos terroristas, debe implicar la condena por los delitos de los artículos 571 y siguientes del Código Penal.

En definitiva, por lo que respecta a la delimitación del concreto ámbito subjetivo de aplicación de la excepción contemplada en el artículo 8.2 del Convenio Europeo, una interpretación acorde con la garantía jurisdiccional del principio de legalidad, el principio de presunción de inocencia y, por ende, con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, requiere que dicha excepción sólo pueda ser de aplicación en aquellos casos en los que la víctima del concreto delito ha sido condenada por sentencia firme, por delitos asociados a la colaboración o pertenencia con organización dedicada a perpetrar delitos violentos.

### **II.3. Eficacia Jurídica y validez de la excepción contenida en el artículo 8.2 del Convenio**

El segundo de los aspectos controvertidos se centra en la eficacia jurídica del presente Convenio, y por ende, en su incidencia en el ámbito del Ordenamiento Jurídico interno.

Tal y como hemos comentado anteriormente, el Convenio n.º 116, de 24 de noviembre, *sobre indemnizaciones a las víctimas de delitos violentos* establece unas normas mínimas, en orden a la indemnización a las víctimas de delitos que deben ser desarrolladas a través de los distintos instrumentos que los Estados adopten. De tal forma que la eficacia de sus objetivos depende, tanto de la ratificación del tratado por los Estados miembros del Consejo de Europa, como de que los Estados Partes adopten, en su orden interno, las correspondientes medidas de ejecución ya que, como es sabido, en Derecho Internacional lo habitual es que los tratados no sean directamente ejecutables (*self executing*), sino que requieran medidas nacionales de aplicación. En otros términos, la eficacia de este tratado, como de otros, depende de la doble actitud de los Estados: de su voluntad de ratificar el tratado y de la adopción de las medidas nacionales de aplicación (18).

Por lo tanto, en relación al objeto del presente epígrafe, esto es, la incidencia y validez de las previsiones del artículo 8.2 del Convenio, no sólo es necesario que los Estados ratifiquen el mismo, sino que, igualmente, al tratarse de un instrumento que contempla normas mínimas, la concreción de la específica excepción a las indemnizaciones del precepto mencionado requiere de una referencia expresa y una motivación

---

(18) FERNÁNDEZ CASADEVANTE ROMANÍ, «Las víctimas y el Derecho Internacional», p. 19.



en la concreta normativa de desarrollo contemplada en el Ordenamiento interno de cada Estado.

En efecto, un análisis de la totalidad del articulado y de las previsiones convencionales, permite concluir que, en lo relativo al tema de las excepciones, en tanto que el concreto Estado, no desarrolle las previsiones normativas del artículo 8.2 del Convenio ya aludido, el contenido del mismo carecerá de eficacia alguna, debiendo interpretarse que el mandato potestativo contemplado en él (*Se podrá reducir o suprimir*) no ha sido observado por el concreto Estado que lo ha ratificado e incorporado a su Ordenamiento Jurídico interno.

Es cierto, que la totalidad del contenido de dicho Convenio debe entenderse incorporado al ámbito del Ordenamiento Jurídico interno desde su ratificación (19). Sin embargo, no sólo la disposición potestativa prevista en el contenido de dicho artículo (*Se podrá reducir o suprimir asimismo la indemnización*), sino la propia alternativa contemplada en dicho precepto, esto es, «reducir o suprimir», implican necesariamente, un desarrollo normativo expreso que acoja o bien directamente el contenido de dicho artículo, o bien alguna de las dos alternativas que el Convenio, potestativamente, otorga a cada uno de los Estados miembros. La inexistencia de referencia expresa, en el ámbito del Ordenamiento jurídico interno de la normativa de desarrollo a las previsiones del artículo 8, sólo puede interpretarse, desde la perspectiva de que el Estado aboga por su inobservancia, habida cuenta del carácter potestativo de la misma (20).

Es cierto, tal y como se ha comentado, en más de una ocasión, que el Estado Español ratifica el Convenio europeo núm. 116 a través de instrumento de ratificación a finales del año 2001, no entrando en vigor hasta el año 2002 en el ámbito del Ordenamiento jurídico interno.

Así, y sin perder de vista las previsiones constitucionales contempladas en el artículo 96 CE que indica que «los Tratados válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno», podemos concluir que, en principio, hasta el año 2002 las disposiciones convencionales ahora mencionadas no tienen eficacia hasta la vigencia del instrumento de ratificación. Es más, podemos concluir, en el sentido mencionado, que, por lo que respecta a las excepciones previstas en el artículo 8.2 del Convenio, la naturaleza potestativa de las mismas, unida a la ausencia de normativa de desarrollo expreso de su contenido, sólo pueden ser interpretadas desde la perspectiva de su no ejecución.

En definitiva, la eficacia jurídica, en el ámbito del Ordenamiento Jurídico interno, del contenido del artículo 8.2, ya mencionado, se condiciona a dos exigencias.

En primer lugar, a la entrada en vigor del instrumento de ratificación interno por parte de los Estados —que en el caso español se produce a partir del año 2002— y,

---

(19) Así se desprende del artículo 96 de la Constitución española.

(20) Según se dispone en el Libro Verde de Indemnización a las Víctimas de los delitos, recogido en el documento COM (2001) 536 final, de la COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, hecho en Bruselas el 28 de septiembre, el criterio contemplado en dicho precepto suscita ciertas objeciones serias, puesto que se refiere a la conducta de las víctimas fuera del contexto del delito en cuestión, no siendo difícil imaginar que su aplicación puede llevar a dificultades incluso a resultados injustos, como por ejemplo, sería el caso de una víctima que, habiendo estado anteriormente implicada en delincuencia organizada, haya renunciado posteriormente a su «forma de vida» anterior.

en segundo lugar, al desarrollo normativo expreso y motivado del concreto contenido del indicado precepto.

En efecto, no se debe olvidar que este artículo, lejos de contemplar un mandato internacional de cumplimiento obligatorio, prevé una disposición de naturaleza potestativa que puede o no ser atendida por el Estado concreto y que precisará, ahora sí, de una referencia expresa y motivada a la misma en el ámbito del Ordenamiento jurídico interno.

En las resoluciones denegatorias, así como en las desestimatorias de los Recursos de Reposición (que fueron objeto de análisis para la elaboración de este trabajo), no se dice ni una sola palabra que permita fundamentar, o bien la supresión de las indemnizaciones, o bien la «reducción», ni que permitan razonar, dentro del ámbito potestativo, por la respuesta negativa al solicitante o recurrente.

### **III. Normativa interna de desarrollo y adaptación del Convenio Europeo al derecho español. La Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección a las víctimas de terrorismo**

#### **III.1. Cuestiones generales**

Siguiendo la estela de la Ley 4/2008 para la Ayuda y Reconocimiento de las Víctimas del Terrorismo (Euskadi), se aprueba, en el ámbito estatal, Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección a las víctimas de terrorismo. Se trata de una normativa de especial incidencia, puesto que, por un lado, se sustenta sobre los principios de Memoria, Dignidad, Justicia y Verdad, y por otro lado, ahora ya sí, nos encontramos ante una normativa aprobada, a nivel estatal, tras la ratificación del Convenio Europeo de 1983.

Esta nueva normativa, sobre la base de los principios de Memoria, Dignidad, Justicia y Verdad, junto a la incorporación de la figura de los «amenazados», trata de operar sobre tres ámbitos que acogen la totalidad de dimensiones ya contempladas en la ley 4/2008, en el sentido que a continuación se indica.

- En primer lugar, la necesidad de colaboración y cooperación de todas las Administraciones Públicas, para que la totalidad de sus medios se pongan a los servicios de las víctimas y las personas afectadas, de manera que reciban y dispongan de atención personalizada para poder hacer efectivos todos sus derechos (21).
- En segundo lugar, se alude a la totalidad de derechos y prestaciones propios de este colectivo de víctimas, incluyendo entre los mismos, los materiales, económicos, sanitarios, psicológicos, sociales, etc. (22).
- Y, en tercer lugar, se contempla toda una batería de actuaciones destinadas a la defensa de la dignidad de las víctimas (23).

(21) Tal y como se recoge en la Exposición de Motivos de la presente Ley.

(22) Así se desprende de los artículos 8 a 60 del presente cuerpo normativo.

(23) Véanse los artículos 61 a 63 de la Ley.

Pues bien, a la vista de lo mencionado, existen numerosas similitudes entre ambas normativas, incluido el concreto ámbito de aplicación subjetivo existente en cada una de ellas, así como las consecuencias prácticas que de los mismos se pueden derivar.

Mientras la normativa vasca configura un concepto amplio de «víctima del terrorismo», sin aludir, si quiera a dicha expresión, la normativa estatal, siguiendo la tradición iniciada en el año 1999, considera como «víctima de terrorismo» a quienes sufran la acción terrorista, definida ésta como la llevada a cabo por personas integradas en organizaciones o grupos criminales que tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, siendo igualmente aplicable, a las víctimas de los actos dirigidos a alcanzar los fines señalados en el párrafo precedente, aun cuando sus responsables no sean personas integradas en dichas organizaciones o grupos criminales (art. 3).

En efecto, si bien inicialmente pudiera parecer que la normativa estatal limita, en exceso, el ámbito de aplicación subjetivo de la misma, lo cierto es que, al igual que hace la Ley 4/2008, incorpora en ella un concepto amplio de víctima de terrorismo, no reducido al colectivo de víctimas de ETA.

Desde esta perspectiva, por lo que respecta tanto los sujetos beneficiarios de la Ley de 2011, como de su dimensión material y ética ya mencionada, nos encontramos ante una normativa de desarrollo que ha superado las disposiciones contempladas en el Convenio europeo sobre indemnizaciones a víctimas de delitos violentos de 1983, por un lado, al configurar un concepto de «víctima de terrorismo», no encorsetado en la realidad de los grupos y bandas armadas que alteran el orden constitucional y la paz pública y, por otro lado, al no limitar la respuesta estatal a indemnizaciones de naturaleza económica y material muy alejadas de los postulados de Dignidad, Verdad, Memoria y Justicia, ya mencionados.

### **III.2. Adecuación del contenido del artículo 8.2 al Ordenamiento Jurídico interno**

#### **A) AUSENCIA DE REFERENCIA EXPRESA AL CONTENIDO DEL ARTÍCULO 8.2 EN LA LEY 29/2011. INAPLICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES A INDEMNIZACIONES A VÍCTIMAS DE TERRORISMO**

En el sentido mencionado, hasta el momento presente, por lo que respecta a indemnizaciones a víctimas de delitos violentos, en general, y de delitos de terrorismo, en particular, hay que admitir que la Ley 29/2011, de Reconocimiento y Protección de las Víctimas del Terrorismo, es la primera (después de la normativa autonómica vigente en nuestra Comunidad Autónoma) que se aprueba, una vez ha sido ratificado el Convenio Europeo de 1983, que, como es sabido, se produjo en diciembre del año 2001, aunque no tuvo vigencia hasta febrero de 2002. A pesar de que la normativa del 99 podría haber acogido alguna modificación, como consecuencia de la incorporación, en febrero del 2002, del Convenio Europeo núm. 116 en el ámbito del Ordenamiento Jurídico interno, si el legislador hubiera tenido a bien atender la excepción prevista en el artículo 8.2, es la Ley 29/2011, tras la reforma operada a partir de la Ley 17/2012, la primera norma que alude expresamente, como tendremos ocasión de comprobar, a las excepciones del Convenio de 1983.

Desde esta perspectiva, ésta es la primera normativa que implica una adaptación y desarrollo de las disposiciones mínimas de dicho Convenio europeo.

Atendiendo a la cuestión de las indemnizaciones, reparaciones y víctimas subvencionables, lo cierto es que se puede concluir que, la normativa española del 2011 ostenta una mayor amplitud extensiva que el Convenio Europeo, en lo relativo a estas cuestiones.

Efectivamente, tal y como se ha mencionado, la Ley 29/2011 supera los límites de las previsiones normativas del Convenio, en tanto que concreta un concepto de víctima de terrorismo más extenso que el previsto en el artículo 2 del Convenio europeo de 1983 y una mayor amplitud, en cuanto a los daños indemnizables y reparaciones. Mientras el Convenio acoge la cobertura de los daños en la salud y las lesiones a la vida, la normativa del 2011, siguiendo la trayectoria iniciada, primero en el año 95 y, luego en el 99, se ocupa no sólo de prestaciones materiales, económicas, sanitarias, psicológicas o sociales, sino también de actuaciones destinadas a la defensa de la dignidad de las víctimas.

Desde esta perspectiva, podemos concluir que, efectivamente, la ley del año 2011, amplía y desarrolla extensivamente las disposiciones del convenio relativas, tanto al ámbito de aplicación objetivo, como subjetivo.

Ahora bien, por lo que respecta al objeto de análisis en este epígrafe, esto es, la previsión de excepciones a las indemnizaciones a víctimas de terrorismo, en idéntico sentido al contemplado en el artículo 8.2 del Convenio europeo ya mencionado, lo cierto es que la ley del 2011 (publicada en el *BOE* número 229, de 22 de septiembre de 2011) no especificaba nada al respecto. La inexistencia de referencia expresa a una temática como la presente, tal y como venimos destacando, sólo puede ser interpretada como la voluntad del legislador español de prescindir de la observancia de dicha disposición, máxime, cuando el propio Convenio la contempla potestativamente.

En efecto, el respeto escrupuloso al principio de legalidad, también en la transposición de los instrumentos internacionales al ámbito del Ordenamiento Jurídico interno, requiere de la existencia de normativa de desarrollo que permita acoger, expresamente, los postulados contemplados en los mismos, no sólo cuando se configuran como mandatos de cumplimiento obligatorio, sino, específicamente, cuando ostentan una naturaleza potestativa. Precisamente el carácter potestativo de las mismas, requiere, por respeto al principio de legalidad, de una previsión normativa expresa de desarrollo de la misma en el ámbito del Ordenamiento Jurídico interno, cuya ausencia, sólo puede concebirse como una voluntad legislativa contraria a la misma.

Desde esta perspectiva, la ausencia de desarrollo normativo del contenido del artículo 8.2 del Convenio europeo de 1983, a lo largo del articulado de la Ley 29/2011 (publicada en el *BOE* número 229, de 22 de septiembre de 2011), por exigencias del principio de legalidad, sólo se entiende desde la no vigencia de dicho contenido en el ámbito de nuestro Ordenamiento Jurídico, no asumiendo el legislador español excepción alguna a las indemnizaciones surgidas como consecuencia de la consideración de «víctima de terrorismo», tal y como se desprende de la Ley de 2011, aprobada en dicho año, independientemente de que dicha víctima hubiese o no participado en delincuencia organizada o pertenecido a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos.

Contrariamente a esta interpretación, no se puede argumentar la exigencia de cumplimiento obligatorio del contenido del artículo 8.2 del Convenio europeo, en

tanto que su propio tenor literal alude al carácter potestativo de la presente previsión, esto es, «[...] se *podrá* reducir o suprimir asimismo la indemnización si la víctima o el solicitante participa en la delincuencia organizada o pertenece a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos». En efecto, una limitación del derecho a la indemnización como la presente, requiere, por mor del principio de legalidad, un desarrollo normativo expreso del que carece, inicialmente, la Ley 29/2011.

Así, no se podría ni reducir, ni suprimir las indemnizaciones correspondientes a aquellas personas consideradas como víctimas de terrorismo, aunque hubieran participado en delincuencia organizada o hubieran pertenecido a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos, en tanto en cuanto, hasta el año 2012 no parece que el legislador español tuviera a bien atender al contenido del artículo 8.2 del Convenio.

Por lo tanto, sólo desde el momento en que el Gobierno español acoge expresa y motivadamente las disposiciones convencionales del artículo 8.2 mencionado en el ámbito del Ordenamiento Jurídico interno puede entenderse e interpretarse eficaz, desde el punto de vista jurídico, una disposición de naturaleza potestativa, como la presente. Lo contrario, viola directamente el principio de legalidad y la retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos del artículo 9.3 CE.

#### **B) ¿APLICACIÓN DE LAS EXCEPCIONES DEL ARTÍCULO 8.2 TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 17/2012, DE 27 DE DICIEMBRE, DE PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO, DE REFORMA DE LA LEY 29/2011?. TENSIONES CON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

La presente interpretación sigue vigente hasta la reforma operada en la Ley 29/2011, a través de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2013 que incorpora en la normativa de 2011 un nuevo artículo, el 3 bis, disponiendo lo siguiente:

«Artículo 3 bis. Requisitos para el reconocimiento de las ayudas y prestaciones previstas en la Ley.

1. Serán destinatarios de las ayudas y prestaciones reguladas en la presente ley aquellas personas en las que concurra alguno de los dos siguientes supuestos:
  - a) Cuando en virtud de sentencia firme, se les hubiere reconocido el derecho a ser indemnizados en concepto de responsabilidad civil por los hechos y daños contemplados en esta Ley.
  - b) Cuando, sin mediar tal sentencia, se hubiesen llevado a cabo las oportunas diligencias judiciales o incoado los procesos penales para el enjuiciamiento de los delitos. En estos casos, la condición de víctima o derechohabiente, la entidad de los daños sufridos, la naturaleza de los actos o hechos causantes y los demás requisitos legalmente exigidos podrán acreditarse ante el órgano competente de la Administración General del Estado por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

2. La concesión de las ayudas y prestaciones reconocidas en la presente ley se someterá a los principios que, para ser indemnizadas, se establecen en el Convenio Europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos».

En efecto, es la primera norma que alude directamente a los principios del Convenio europeo de 1983, debiendo interpretarse que, igualmente, se refiere a las excepciones contempladas en su artículo 8.2, esto es, a la posibilidad de restringir o suprimir dichas indemnizaciones, en cuanto se haya probado que la víctima participa en delincuencia violenta o pertenece a un grupo dedicado a la comisión de delitos violentos.

Ahora bien, contrariamente a lo que pudiera pensarse, hay que incidir en el hecho de que la referencia al cumplimiento de los principios del Convenio Europeo núm. 116, no puede implicar, en el caso de víctimas participantes o pertenecientes a delincuencia organizada (siempre y cuando así se haya dispuesto en una sentencia firme), automáticamente, la supresión o restricción de dichas ayudas.

La incorporación en el tenor literal del nuevo artículo 3 bis, no ha recogido motivación alguna relacionada con el contenido del artículo 8.2 del Convenio Europeo núm. 116, por lo que no existen razones jurídicas para pensar que, automáticamente, se procederá a la supresión de dichas ayudas, pudiendo, en todo caso, por mor del principio de legalidad, optar el Gobierno Español (si así lo considera oportuno, no se trata de una disposición preceptiva) o bien por la reducción o supresión de la indemnización o por la concesión de la misma, debiendo, en todo caso, cumplirse las condiciones ya apuntadas a lo largo del presente trabajo. En primer lugar, que exista una sentencia condenatoria firme que permita desvirtuar la presunción de inocencia y acredite, por lo tanto, la pertenencia y participación en delitos violentos de la víctima a la que se pretende indemnizar y; en segundo lugar, que se trate de supuestos de hecho posteriores a la entrada en vigor de la Ley 17/2012.

El cumplimiento de ambos requisitos en la interpretación que del artículo 8.2 del Convenio Europeo de 1983 puede tener lugar, tras la entrada en vigor de la Ley 17/2012, evitaría las tensiones con el principio de legalidad que, a día de hoy, se han suscitado, en relación a la concreta aplicación de dichas excepciones, tal y como veremos a continuación.

### ***B.1. La pertenencia y participación de la víctima en delitos violentos. Una interpretación práctica degradada e ilegal***

Tal y como se ha apuntado anteriormente, en caso de optar por el cumplimiento de las excepciones previstas en el artículo 8.2 del Convenio europeo núm. 116, la restricción o supresión de las indemnizaciones recogida en la Ley 29/2011, vigente tras la reforma de la Ley 17/2012, debe respetar escrupulosamente las garantías derivadas del principio de legalidad y del derecho a la tutela judicial efectiva, cuya aplicación sólo puede entenderse conforme a derecho, en aquellas situaciones en las que la víctima del terrorismo haya sido condenada por sentencia firme, como consecuencia de su participación o pertenencia a organización criminal, dedicada a perpetrar delitos violentos. Es decir, únicamente cuando existan medios de prueba que acrediten suficientemente la culpabilidad y, por ende, la responsabilidad, pudiendo desvirtuarse el principio de presunción de inocencia, vinculado a la garantía jurisdiccional del principio de legalidad (art.

9.3 CE) y al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), concurrirán los requisitos necesarios para entender lícita la aplicación de la excepción del artículo 8.2 del Convenio europeo núm. 116, que permite, incluso, la supresión de las ayudas.

A sensu contrario, la concurrencia, en los casos objeto de análisis, de meros indicios previstos en documentos que carecen de la eficacia jurídica necesaria para desvirtuar el principio de presunción de inocencia (entiéndase por tales la presencia de meros indicios en informes policiales que pueden llegar a fundamentar, en un momento determinado, la detención o imputación de una persona, sin que exista sentencia condenatoria firme) vulneran el principio de legalidad, la presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva, así como la división de poderes, en que se fundamenta el principio de legalidad, resultando tan infundada extensión, manifiestamente arbitraria.

Sin entrar exhaustivamente en el contenido de las Resoluciones y Desestimaciones analizadas, interesa, en este momento, destacar que algunos de los argumentos que han permitido denegar o bien la indemnización o bien la actualización de la misma, se han fundamentado en los indicios ahora mencionados.

Efectivamente, ante la ausencia de resolución judicial que permita fundamentar que la víctima era «miembro de ETA», dos son las líneas argumentales que se recogen en la mayoría de las Resoluciones analizadas.

La primera, sobre la base del artículo 80 de la Ley 30/92, presente los informes policiales como prueba de cargo suficiente para demostrar la participación y pertenencia de la víctima en delincuencia organizada. Así se recoge expresamente en varias Resoluciones: «los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho» (24), refiriéndose en este sentido, al contenido de los informes policiales como «[...] prueba documental, de carácter oficial, y emitida por órgano competente» (25).

La segunda, en idéntica línea argumental, viene a destacar que la sentencia judicial firme, en cuanto elemento necesario para desvirtuar la presunción de inocencia, no siendo una exigencia del Convenio de 1983, puede ser reemplazada por cualquier otro medio probatorio válido en derecho. Así se manifiesta en algunas de las Resoluciones analizadas, cuando se dispone que «la necesidad de que el requisito de participación o pertenencia a una organización dedicada a perpetrar delitos violentos resulte acreditado por resolución judicial no viene exigida en el articulado del Convenio núm. 116 del Consejo de Europa, por lo que, ante tal indeterminación, dicho requisito deberá ser demostrado, de concurrir, mediante los medios probatorios válidos en Derecho, según la legislación nacional vigente, antes mencionada» (26).

El acudir, como se hace, a la Ley 30/92 que en su artículo 80 recoge «los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho», no ampara la definición de delito y viene a suponer una especie de «deslocalización aniquiladora» del territorio jurídico propio del Ordenamiento Penal, al territorio impropio, inadecuado y erróneo de los procedimien-

---

(24) Así se destaca en la Resolución R/2012/2165, de 9 de octubre de 2013 y en las siguientes Desestimaciones de recursos: Rec 5076/2013; Rec 5077/2013 y Rec 5079/3013, entre otras.

(25) En este sentido se pronuncian las Resoluciones R/2012/2171, de 13 de junio de 2013; R/2012/2172, de 2 de agosto de 2013 y R/2012/2165, de 9 de octubre de 2013, entre otras.

(26) En la Resolución R/2012/2165, de 9 de octubre de 2013, entre otras.

tos administrativos, Título IV, Disposiciones Generales sobre los procedimientos administrativos, Capítulo III, Instrucción del procedimiento, Sección segunda, prueba en un no sólo confuso, sino errado sentido, atribuido al término «derecho» que lleva a un vaciamiento de las garantías básicas del procedimiento penal.

No es posible legalmente que en un procedimiento administrativo se puedan determinar delitos y personas penalmente responsables. Si ya la Ley de Enjuiciamiento Criminal tiene constancia de las llamadas cuestiones «prejudiciales», dando la prioridad a la jurisdicción penal, resulta insólito que, en los procedimientos que se están analizando, se prescinda de tales competencias jurisdiccionales constitucionalmente previstas.

En este sentido, cabe asimismo insistir en el rechazo contundente de que un mero informe policial constituya «una prueba documental de carácter oficial y emitida por órgano competente», que se utiliza, sin más argumentación, para «constatar» la existencia de delitos.

Idéntica crítica, parece poder verse contra lo que hemos presentado como la segunda línea de argumentación, esto es, «la necesidad de que el requisito de participación o pertenencia a una organización dedicada a perpetrar delitos violentos resulte acreditada por resolución judicial no viene exigida en el articulado del Convenio núm. 116 del Consejo de Europa, por lo que ante tal indeterminación dicho requisito deberá ser demostrado, de concurrir, mediante los medios probatorios válidos en Derecho, según la legislación nacional vigente antes mencionada».

Contra dicha afirmación, entendemos que sí se recoge la necesidad de resolución judicial en el Convenio Europeo núm. 116, en concreto en su artículo 8.2 al citar la «delincuencia organizada» y al decir «perpetrar delitos violentos». El delito es una construcción legal que parte de su definición típica en la legislación penal, con una especial exigencia normativa a través de una Ley Orgánica, y que se determina, aplica o concreta su calificación a hechos u omisiones previamente tipificados, a través de un procedimiento especialmente riguroso respecto al mantenimiento permanente de las garantías del imputado y/o procesado.

Cuando el artículo 8.2 del citado Convenio, indica que la víctima o el solicitante debe participar en la delincuencia organizada o pertenecer a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos, está ya haciendo una referencia necesaria a la resolución judicial, puesto que es el único modo legal de demostrar y confirmar la existencia del hecho o de la omisión delictiva. Desde esta perspectiva, este precepto exige, por tanto, y contiene la necesaria resolución judicial porque es consustancial al significado de delito y/o delincuencia y a la responsabilidad penal. El procedimiento judicial penal se configura especial y precisamente como el único procedimiento constitucionalmente existente para afirmar la categoría de delito, con un significado muy preciso y unas consecuencias que, al afectar a derechos fundamentales exigen un estricto ejercicio de garantías límite del «Ius Puniendi». Fuera de este espacio constitucionalmente delimitado, no hay delitos («*Nullum crime sin legale iudicio*»).

Así, afirmar que hay «delito» o «delincuencia», como exige el artículo 8.2 del Convenio Europeo número 166, a partir de los que se podrá «reducir o suprimir [...] la indemnización», en el sentido recogido en las Resoluciones denegatorias y en las Desestimaciones de los Recursos de Reposición, ya mencionadas, sin que haya una sentencia firme judicial, que afirme tal pertenencia o participación en el delito, así como la responsabilidad de su autor, asociada, exclusivamente, a la insuficiente infor-



mación deducida de los informes policiales, a los que se hace referencia, entendemos que viola de fondo, de forma y frontalmente el principio de legalidad en su garantía criminal.

Solamente, como ya se ha señalado, puede afirmarse la existencia de un delito y la responsabilidad de su autor por los órganos judiciales penales, en un procedimiento con todas las garantías y, a través de sentencia firme. Lo contrario, en el caso que analizamos, lo violenta, como violenta asimismo, la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, la división de poderes y la prohibición de la arbitrariedad, resultando, por tanto, las denegaciones y desestimaciones recogidas, ilegales, arbitrarias y sin sujeción a la Constitución, ni cabida en el Convenio Europeo núm. 116, que exige —como se ha visto para la reducción o supresión de la indemnización— el previo «delito» o la «delincuencia».

### ***B.2 La aplicación retroactiva del contenido de la Ley 17/2012, en relación a las excepciones del artículo 8.2 del Convenio Europeo. Una violación del principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos***

Según puso de manifiesto el Ministro de Interior en su comparecencia de 12 de marzo de 2013, la reforma operada en el ámbito de la Ley 29/2011, con ocasión de la aprobación de la Ley 17/2012, se inspira en los principios de equidad y tratamiento integral del colectivo de víctimas, obligando su aplicación retroactiva hasta el 1 de enero de 1960 (27) a regular en la norma reglamentaria el régimen de resarcimientos e indemnizaciones aplicables a quienes ya hubieran obtenido prestaciones por estos conceptos, conforme a la normativa anterior; en el ámbito de un procedimiento que contempla los principios de trato favorable, celeridad, confidencialidad, intermediación y colaboración institucional, de los que deriva el conjunto de derechos que asisten a los solicitantes en el marco del procedimiento administrativo para el reconocimiento de los resarcimientos, indemnizaciones y ayudas (28).

Desde esta perspectiva, al hilo de lo manifestado, la reforma operada con ocasión de la Ley 7/2012 de presupuestos generales del Estado para el año 2013 pretende, a nuestro modo de ver, una ampliación del espectro de colectivo de víctimas que puedan acogerse a estas ayudas, no pudiendo ser interpretado que la reforma incorporada al articulado de la Ley 29/2011 (especialmente las excepciones del artículo 8.2 del Convenio europeo núm. 116) tiene vigencia desde la ratificación del Convenio por parte del Estado español en el año 2002, al ser, por un lado, dicha interpretación, contraria a las previsiones constitucionales del artículo 9.3 que prohíben la retroactividad de disposiciones restrictivas de derechos y, por otro, al no existir hasta el año 2012, motivación jurídica alguna que, de forma expresa, fundamentase o justificase en las distintas Resoluciones o Denegaciones de la Administración, la restricción o supresión de las ayudas previstas en el artículo 8.2 del Convenio.

Varias son las cuestiones a dilucidar, a la vista de la problemática práctica que puede implicar la aplicación del contenido de la excepción que, ahora comentamos.

---

(27) Según se dispone en su Exposición de la Motivos.

(28) Así se recoge en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. X Legislatura*, año 2013, pp. 3 y 4.

En primer lugar, la posibilidad o no de que tras la vigencia de las mismas en el ámbito del Ordenamiento Jurídico español (según lo mencionado hasta el momento presente, dicha excepción del artículo 8.2 no es tenida en cuenta en las Resoluciones de la Administración hasta que la reforma operada en 2012 a través de la incorporación a la Ley 29/2011, del nuevo artículo 3 bis, no hace una referencia directa a los principios previstos en el Convenio europeo núm. 116) éstas puedan retrotraerse hasta la ratificación del Convenio europeo núm. 116 por parte del Estado español, pudiendo entenderse que la eficacia de las mismas opera desde el año 2002; y, en segundo lugar, en caso de responder negativamente a la anterior problemática, saber exactamente a partir de cuándo tiene eficacia jurídica la excepción mencionada.

Por lo que respecta a la primera cuestión, es precisamente la expresión «irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos» (art. 9.3 CE) lo que, desde el punto de vista práctico puede llegar a plantear algunas dudas de constitucionalidad. Con la finalidad de delimitar los contornos jurídicos de la influencia de este precepto, en general, y de la expresión puesta de manifiesto, en particular, es necesario detenernos en dicha expresión, con la finalidad de concretar la delimitación conceptual de la misma.

La Constitución otorga al principio de irretroactividad una garantía estructural en nuestro Ordenamiento, circunscrita no sólo a disposiciones sancionadoras(29), sino extensible, igualmente, a disposiciones restrictivas de derechos, tal y como dispone el artículo 9.3 ya mencionado. Desde esta perspectiva, la proscripción de retroactividad constitucionalmente plasmada implica la existencia de derechos adquiridos (que no pueden ser objeto de restricción) y, por lo tanto, de seguridad jurídica, cuando las leyes no pueden alterar situaciones ya establecidas (30).

La Constitución consagra de modo tajante el principio de irretroactividad en el supuesto de disposiciones sancionadoras, puesto que, en este caso concreto, el principio de seguridad jurídica juega, como indican varios autores, en toda su plenitud(31).

Ahora bien, a tenor del contenido de la normativa en materia de protección de víctimas de terrorismo, lejos de encontrarnos en el ámbito de disposiciones sancionadoras, dicha normativa se viene refiriendo a la consolidación de derechos adquiridos, cuyo ámbito de aplicación objetivo (esto es, el conjunto de indemnizaciones y ayudas correspondientes a este colectivo de víctimas) se limita o restringe —tras la reforma operada en el año 2012—, por aplicación del artículo 8.2 del Convenio europeo núm. 116, a aquellas personas solicitantes que hayan sido condenadas por sentencia firme, en cuanto participantes en organizaciones criminales o pertenecientes a aquellas que se dedican a la comisión de delitos violentos.

Han sido numerosas las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional(32) se ha pronunciado en relación a la interpretación del sentido de la prohibición de retroactividad contemplada en el artículo 9.3 ya mencionado. En este sentido, resulta especial-

---

(29) Algo especialmente destacable en el ámbito penal, en este momento, a la vista del pronunciamiento del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en relación a la Doctrina Parot.

(30) En este sentido, VILLAR PALASÍ/SUÑE LLINAS, «El artículo 9. Estado de Derecho y la Constitución», *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigido por Alzaga Villaamil, Editorial EDERESA, Madrid, 1996, p. 563.

(31) VILLAR PALASÍ/SUÑE LLINAS, «El artículo 9. Estado de Derecho y la Constitución», p. 564.

(32) En adelante TC.

mente destacable su Sentencia 97/1990, de 24 mayo, cuando dispone que «[...] no existe retroactividad cuando una norma afecta a situaciones en curso de adquisición, pero aún no consolidadas por no corresponder a prestaciones ya causadas. Como ya hemos afirmado en la STC 42/1986 lo que prohíbe el artículo 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos en situaciones anteriores, pero no la incidencia de la nueva ley en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro» (33). Desde esta misma perspectiva, continúa el Alto Tribunal «[...] el precepto constitucional no permite vigencias retroactivas que produzcan resultados restrictivos o limitativos de los derechos que se habían obtenido en base a una legislación anterior vigente en el momento de adquisición del derecho, aunque sustituida luego con efecto retroactivo por la norma posterior» (34).

Según el propio Tribunal Constitucional, dicha doctrina se sintetiza en los siguientes términos: «La interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones del Ordenamiento contrarias al artículo 9.2 CE [...] dicha regla de irretroactividad no supone la imposibilidad de dotar de efectos retroactivos a leyes que colisionen con derechos subjetivos de cualquier tipo, sino que se refiere a limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona. [...] Por otra parte lo que se prohíbe es la retroactividad, entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia futuro, no pertenece al campo estricto de la retroactividad, sino al de la protección de tales derechos, *en el supuesto de que* experimenten alguna vulneración. [...] El precepto constitucional de este modo no permitiría vigencias retroactivas que produzcan resultados restrictivos o limitaciones de los derechos que se habían obtenido en base a una legislación anterior aunque, sin embargo, la eficacia y protección del derecho individual —nazca de una relación pública o de una relación privada— dependerá de su naturaleza y de su asunción más o menos plena por el sujeto, de su ingreso en el patrimonio del individuo, de manera que la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas, [...] de lo que se deduce que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva a los efectos del artículo 9.3 cuando incide sobre «relaciones consagradas» y afecta a situaciones agotadas» (35).

Por lo tanto, la prohibición de retroactividad contemplada en el artículo 9.3 CE viene referida a los efectos vinculados a derechos ya consagrados, consolidados e integrados en el ámbito del sujeto, no así a los derechos pendientes, futuros y condicionados. La vulneración de la proscripción de retroactividad así entendida, implica, igualmente, una vulneración del principio de seguridad jurídica, también garantizado en el artículo 9.3 CE. En efecto, la seguridad jurídica entendida como la certeza sobre el Ordenamiento Jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, o como la expectativa razonablemente fundada de la ciudadanía en cuál ha de ser la actuación del

---

(33) Así lo dispone en el Fundamento Jurídico 4.º de la Sentencia mencionada. En idéntico sentido se pronuncia en el Fundamento Jurídico 5.º de la Sentencia 83/2005, de 7 de abril.

(34) En este sentido se manifiesta en el Fundamento Jurídico 5.º de la Sentencia 97/1990, de 24 de mayo. Igualmente en el Fundamento Jurídico 2.º de la Sentencia 199/1990, de 10 de diciembre.

(35) Véase, el Fundamento Jurídico 3.º de la Sentencia 389/2008, del Tribunal Constitucional, de 17 de diciembre.

poder en la aplicación del Derecho (36) se vulnera, directamente, en relación a situaciones, efectos y consecuencias ya consagrados e integrados, respecto de los cuales no existía previamente ningún tipo de limitación, restricción, ni condición.

Contrariamente a la prohibición de retroactividad prevista constitucionalmente y, siguiendo la interpretación del Alto Tribunal, procederá excluir dicha proscripción en cuanto no se vean afectados derechos consolidados a una determinada prestación, ni se prive a los beneficiarios de prestaciones devengadas, proyectándose los efectos de la aplicación de la norma sólo en relación a situaciones futuras (37). Lo contrario, esto es, su aplicación respecto del reconocimiento de derechos que ya se han consolidado e integrado en el patrimonio de la ciudadanía —tal y como se deduce del contenido de las Resoluciones y Desestimaciones analizadas— implica una violación del principio de irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos, prevista en el artículo 9.3 CE.

Así, no cabría ni restringir, ni suprimir la concesión de indemnizaciones —aun cuando la víctima de terrorismo hubiera sido condenada por sentencia firme por participación o pertenencia a organización que perpetra delitos violentos— respecto de situaciones ya consagradas, con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma operada con ocasión de la Ley 17/2012, esto es, con anterioridad a la vigencia del nuevo artículo 3 bis, puesto que, de los pronunciamientos anteriores de la Administración no se deduce motivación jurídica alguna que justifique dicha excepción respecto a estos supuestos.

Por lo tanto, la exención del pago de las ayudas o la restricción de las mismas a víctimas de terrorismo condenadas por sentencia firme, como consecuencia de la pertenencia o colaboración con organización que comete delitos violentos, sólo puede ser aplicada respecto de aquellos sujetos que adquieran la condición de víctima de terrorismo, tras la vigencia de la reforma operada a partir del 2012, puesto que, sólo a partir de dicho momento, la excepción mencionada está siendo tenida en cuenta y «presuntamente» motivada por la Administración.

En relación a aquellas personas que hubieran sido consideradas víctimas de terrorismo, con anterioridad a la vigencia del artículo 3 bis incorporado a partir de 2012, y habida cuenta de la inobservancia —hasta ese momento— por parte del legislador español de las disposiciones potestativas convencionales, del tantas veces mencionado artículo 8.2 del Convenio Europeo núm. 116 de 1983, una interpretación respetuosa con el principio de legalidad aboca, no sólo al mantenimiento de las indemnizaciones y ayudas ya abonadas, sino incluso a la actualización de las mismas.

En definitiva, a la vista de todo lo manifestado, en relación a una correcta interpretación del contenido del artículo 8.2 del Convenio Europeo de 1983, así como, al momento a partir del cual es válido y dispone de eficacia jurídica, podemos concluir que, a la vista de las argumentaciones y los fundamentos jurídicos vertidos en las Resoluciones denegatorias y Desestimaciones analizadas, respecto de víctimas de terrorismo que presuntamente han participado y/o pertenecido a organización criminal, no se está aplicando el Convenio Europeo, sino que se está instrumentalizando falsa-

---

(36) Así se recoge en el Fundamento Jurídico 5.º de la Sentencia 83/2005, del Tribunal Constitucional, de 7 de abril.

(37) Fundamento Jurídico 2.º de la Sentencia 199/1990, de 10 de diciembre, del Tribunal Constitucional.

riamente a través del contenido, reformado en 2012, de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, contenido que no desarrolla el Convenio Europeo núm. 116, sino que lo vacía de garantías en relación a derechos fundamentales, presupuestos básicos constitucionales de un Estado de Derecho Constitucional, como son el principio de legalidad, el de tutela judicial efectiva —arts. 9.3 y 24.1 CE—, el de presunción de inocencia —art. 9.3. CE—, el de seguridad jurídica —art. 9.3 CE—, así como la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos —art. 9.3 CE—, rompiendo con la división de poderes.

#### IV. Bibliografía

- BENITO ALONSO, F.: «Hacia un sistema de indemnización estatal a las víctimas del delito en España», en *Diario La Ley*, Tomo 3, 1988, pp. 885 a 909.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro verde de indemnizaciones a las víctimas de los delitos. COM (2001)*.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C.: «Las víctimas y el Derecho Internacional», en *Anuario de Estudios de Derecho Internacional*, Vol. XXV, 2009, pp. 3 a 66.
- FERRAJOLI, L.: *Derecho y Razón*, Edit. Trotta, 5.ª edic., Madrid, 2001.
- PÉREZ LUÑO, A.: *Los Derechos Fundamentales*, Edit. Tecnos, 3.ª edic., Madrid, 1988.
- VILLAR PALASÍ, J. L. y SUÑE LLINAS, E.: «El artículo 9. Estado de Derecho y la Constitución», en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dirigidos por Alzaga Villaamil, Tomo I, Edit. EDESA, 1996, pp. 469 a 582.

#### V. Anexo Jurisprudencial

- Sentencia del Tribunal Constitucional 97/1990, de 24 de mayo.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1990, de 10 de diciembre.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2005, de 7 de abril.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 389/2008, de 17 de diciembre.

Trabajo recibido el 28 de agosto de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** 1983ko Indarkeria-delituen biktimen kalte-ordainei buruzko Europako hitzarmenaren 8.2 artikulua aplikazioaren eta edukiaren interpretazioak baldintzatzen du Espainiako Barne Ministerioaren Terrorismoaren Biktimei Laguntzeko Zuzendaritza Nagusiak terrorismoaren biktimak (terminoaren zentzurik zabalenean) eta haiei dagokien kalte—ordaina eta horien eguneraketa zehazteko era.

Interpretazio horrek eta legezketasun-printzipioak eragindako tentsioek zalantza jartzen dute, gure ustez, aipatutako hitzarmena zehazki aplikatzearen konstituzionaltasuna, lan honetan ikusi ahalko denez.

**HITZ GAKOAK:** Biktima antolatutako delikuentziaren partaide eta/edo indarkeriako delitua egiten dituen erakunde bateko kidea. Legezketasun-printzipioa. Babes judicial eragingarria, Errugabetasun-presuntzioa. Eskubideak murrizten dituzten xedapenen atzeraeragin-eza.

**RESUMEN:** El reconocimiento de la condición de víctima de terrorismo (en el sentido más amplio del término) y, por ende, de la concesión de las correspondientes indemnizaciones, así como la actualización de las mismas, se condiciona en la práctica, a nivel estatal, como consecuencia de la interpretación de la aplicación y contenido del artículo 8.2 del Convenio Europeo sobre indemnizaciones a víctimas de delitos violentos de 1983 que, desde el Ministerio de Interior, está realizando la Dirección General de Apoyo a las víctimas del terrorismo.

Las tensiones suscitadas entre esta interpretación y el principio de legalidad, cuestiona, a nuestro modo de ver, como se tendrá ocasión de comprobar en el presente trabajo, la constitucionalidad misma de la concreta aplicación del Convenio mencionado.

**PALABRAS CLAVE:** Víctima participante en delincuencia organizada y/o perteneciente a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos. Principio de legalidad. Tutela judicial efectiva. Principio de presunción de inocencia. Irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos.

**ABSTRACT:** The acknowledgement of the condition as victim of terrorism (in the broadest sense) and, therefore, the award of the corresponding compensations together with their updating in the practice is made at national level conditional as consequence of the interpretation of the application and content of article 8.2 of the European Convention on the Compensation of victims of violent crimes from 1983 which at the Home Office is carrying out the General Direction for the Support of victims of terrorism.

The tensions that have arisen between this interpretation and the principle of legality puts into question in our opinion, as we will try to show in this current work, the constitutionality itself of the specific application of the aforementioned Convention.

**KEYWORDS:** Victim that participated in organized crime and/or is member of an organization which devotes itself to perpetrate violent crimes. Principle of Legality. Effective judicial protection. Principle of innocence until proven guilty. Irretroactivity of the provisions that restrict rights.

# La ordenación de las energías renovables a la luz de las últimas reformas del sector. Especial consideración a la energía marina u oceánica

Asensio Navarro Ortega

**Sumario:** I. Energías Renovables vs. Cambio Climático: la búsqueda de un modelo energético sostenible de convergencia.—II. Situación actual de las energías renovables en España. Los cambios en el régimen económico y financiero a raíz de las últimas reformas normativas.—III. La energía marina como fuente renovable y transformadora del medio. Su desarrollo en España: una tecnología en fase pre-comercial.—IV. Marco normativo y administrativo de la energía marina en España.—V. Reflexiones finales: la energía marina en el escenario general de cambio de las renovables.

## I. Energías Renovables vs. Cambio Climático: la búsqueda de un modelo energético sostenible de convergencia

La transición hacia un modelo económico de convergencia respetuoso con el medio ambiente ha sido uno de los caballos de batalla en la lucha contra el cambio climático. Para conseguir este objetivo, en cambio, no es conveniente simplificar en exceso principios tan relevantes como el de «sostenibilidad ambiental». Sobre todo al hablar de sectores en los que intervienen altos componentes técnicos y factores de muy diversa índole. Es el caso, por ejemplo, del sector energético, y más en concreto, de las energías renovables.

La expresión «desarrollo sostenible» ha sufrido una degradación semántica que obliga a plantearnos su alcance en términos de «utilidad» (1). Ello por dos motivos fundamentales: por un lado, parte del contenido esencial de este principio se encuentra regulado en disposiciones de «*soft law*» que carecen de efecto vinculante. Por otro, la enorme plasticidad de este principio y su, con frecuencia, escaso pragmatismo, que lo convierten en un concepto indeterminado que amplía los márgenes de discrecionalidad.

---

(1) *Vid.* LOPERENA ROTA, D.: «Hacia un concepto útil de desarrollo sostenible», *IeZ* (Ambiente y Derecho), núm. 1, 2003, pp. 33-45. Desde su irrupción en nuestro Derecho, este principio ha tratado de armonizar el desarrollo económico y la conservación ambiental con el objetivo de que nuestros congéneres y sus descendientes puedan vivir dignamente en un entorno biofísico adecuado (según la formulación recogida en la Conferencia de Estocolmo de 1972).

lidad de los asuntos en los que incide(2). Sin poder analizar esta cuestión con mayor detalle, diremos que lo «sostenible» se aproxima en muchas ocasiones a lo «eficiente». Y esta eficiencia, en lo que al medio ambiente se refiere, se sustenta en la utilización racional de los recursos naturales.

La sostenibilidad, llevada al campo de la energía, se ha convertido en mantra de un gran número de normas que han identificado a este principio como una prioridad para luchar contra el cambio climático(3). Al hablar de sostenibilidad energética nos estamos refiriendo, en primer lugar, al ahorro y a la eficiencia energética; y, en segundo lugar, a un desarrollo en el uso de energías renovables o alternativas(4). Es, precisamente, este segundo aspecto el que tratamos en este trabajo.

El consumo de energía es uno de los grandes medidores del progreso y bienestar de una sociedad. Pero no sólo la cantidad de energía que se consume, ni el coste de producir esta energía son importantes y sirven para medir el progreso social. También lo son la forma en que se obtiene la energía, el medio ambiente, el valor añadido que aporta la investigación al transferir nuevos conocimientos tecnológicos a la sociedad, etc.(5). En este sentido, el suministro de energía constituye un servicio de interés económico general, pues la actividad económica y humana no puede entenderse hoy en día sin su existencia.

Frente al concepto de «crisis energética», utilizado para señalar el paulatino agotamiento de las fuentes de energía tradicionales, están las *energías renovables*, que son una alternativa natural virtualmente inagotable, ya sea por la cantidad ilimitada de energía que contienen, o porque son capaces de regenerarse por medios naturales(6). La utilización de energías renovables en sustitución de energías convencionales representa

(2) Como se puede comprobar por la jurisprudencia, la dialéctica que envuelve a este principio se enfrenta a una constante indefinición para contrastar la efectividad y la exigibilidad jurídica de las cosas. Sobre este particular, se puede consultar la obra del Prof. Demetrio LOPERENA: *El Derecho al medio ambiente adecuado*, Civitas, Madrid, 1996; «Los derechos al medio ambiente adecuado y su protección», *Medio Ambiente & Derecho: Revista electrónica de derecho ambiental*, núm. 3, 1999; y, «El derecho al desarrollo sostenible», en EMBID IRUJO, A. (Coord.): *El derecho a un medio ambiente adecuado*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 63-86.

(3) Vid. v. gr. la E. de M. del Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, cuando señala: «Como ha reconocido el legislador, la generación de energía eléctrica procedente de fuentes de energía renovables y el aumento de la eficiencia energética constituyen un pilar fundamental para la consecución de los objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero así como de otros objetivos comunitarios e internacionales, revisitando, a la par, una considerable importancia para el debido fomento de la seguridad del abastecimiento energético, del desarrollo tecnológico y de la innovación».

(4) Hablamos de eficiencia energética como una relación adecuada (en términos cuantificables) de energía primaria y final consumida por unidad de producto o servicio doméstico o industrial a nivel nacional. Así, el grado de eficiencia de un determinado servicio es directamente proporcional al uso racional de los recursos energéticos que se utilizan para fabricar un producto o suministrar un servicio, disminuyendo los niveles de contaminación. Por tanto, una adecuada gestión de la demanda energética resulta clave en la reducción del consumo energético actual, al igual que la limitación en el uso de combustibles fósiles, y la mejora de la eficiencia energética, tanto a nivel doméstico como industrial. En línea con este propósito se sitúa, también, la utilización de energías renovables.

(5) En este sentido, vid.: PERALES BENITO, T.: *El universo de las energías renovables*, Marcombo, Barcelona, 2012, p. 232.

(6) En términos elementales, hablamos de energías renovables para definir a aquellas que suplen a las fuentes energéticas tradicionales, ya sea por su menor impacto contaminante o por ser no finitas (regeneración natural). Su origen se remonta a la Antigüedad, con el desarrollo de técnicas capaces de generar y transformar (pero no almacenar) dicha energía. Es el caso, por ejemplo, de los «molinos de agua», en regiones montañosas remotas y de difícil acceso. Se calcula que aún hoy en día existen más de 500.000 unidades de estos molinos en el Himalaya, de los cuales, cerca de 200.000 se sitúan en la India. Vid. VAUGH, N.: *Introduction to renewable Energy, Energy and the environment*, CRC Press, Estados Unidos, 2011, p. 243.



el cambio de tendencia que se desarrollará en este siglo, aun cuando queda por definir todavía la manera y el momento exacto en que dicho cambio, inequívocamente, se producirá. Sobre todo como forma de contener el cambio climático (7).

Y es que, las energías renovables (entre ellas la oceánica o marina) contribuyen a la conservación del medio ambiente al mitigar la presión ejercida sobre los recursos naturales y reducir la deforestación, principalmente en las regiones tropicales, ayudando a evitar la desertización y la pérdida de biodiversidad; favoreciendo la protección del clima; impulsando el crecimiento económico y la cohesión social, incluido el alivio de la pobreza y el desarrollo sostenible; facilitando el acceso al abastecimiento de energía y su seguridad; mejorando el desarrollo regional y la responsabilidad intergeneracional (8).

Por consiguiente, las energías renovables cuentan con importantes ventajas respecto a las energías convencionales que hacen que sean medioambientalmente apropiadas y sirvan para frenar el cambio climático (9). Pero, ¿significa eso que este tipo de energías son las únicas sostenibles? ¿Se puede afirmar bajo cualquier pretexto que una energía renovable es más eficiente que una fuente de energía convencional? La respuesta, en este sentido, dependerá de los términos en que nos planteemos dicha relación de sostenibilidad (10) o eficiencia (11). Si de forma estrictamente ambiental, o teniendo también en cuenta otras variables socioeconómicas como pueden ser los equilibrios financieros y presupuestarios del Estado. Eso sí, al margen de cualquier discusión, las energías renovables cuentan con gran aceptación social (12) y son indispensables para proteger el planeta de los cambios climáticos que se avecinan (13).

---

(7) Así lo recoge el Prefacio del documento IPCC: *Renewable Energy Sources and Climate Change Mitigation. Special Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, 2011, Cambridge University Press, Nueva York (EE.UU.), 2012: «Climate change is one of the great challenges of the 21st century. Its most severe impacts may still be avoided if efforts are made to transform current energy systems. Renewable energy sources have a large potential to displace emissions of greenhouse gases from the combustion of fossil fuels and thereby to mitigate climate change. If implemented properly, renewable energy sources can contribute to social and economic development, to energy access, to a secure and sustainable energy supply, and to a reduction of negative impacts of energy provision on the environment and human health».

(8) *Vid.* Art. 2 y 3 del Instrumento de Ratificación del Estatuto de la Agencia Internacional de Energías Renovables (IRENA), hecho en Bonn el 26 de enero de 2009 (Ratificado por España el 29 de marzo de 2011).

(9) De otro lado, se empieza también a investigar el impacto que el cambio climático puede tener sobre las energías renovables. En dicho sentido, *vid.* SCHAEFFER *et al.*: «¿Pueden ser las energías renovables vulnerables al cambio climático?», en AA.VV.: *Energía: desarrollos tecnológicos en la protección medioambiental*, Civitas, Cizur Menor (Pamplona), 2011, pp. 17-29.

(10) Según el *Diccionario de la RAE* (22.ª ed.), «dicho de un proceso: que puede mantenerse por sí mismo, como lo hace, por ejemplo, un desarrollo económico sin ayuda exterior ni merma de los recursos existentes».

(11) «Capacidad de disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado» (*Diccionario de la RAE*, 22.ª ed.).

(12) Pues no producen emisiones de CO<sub>2</sub> ni emiten otros gases contaminantes a la atmósfera, no generan residuos peligrosos ni de difícil tratamiento, no dependen de fuentes de energía limitativas (por su carácter finito), se generan de manera autóctona evitando la dependencia energética exterior, crean riqueza de base tecnológica, contribuyen al equilibrio interterritorial de las zonas rurales, etc.

(13) Uno de los últimos estudios que se han publicado sobre esta cuestión nos alerta de cómo la concentración de gases de efecto invernadero —directamente relacionados con el cambio climático y la acidificación de los océanos— presentes en la atmósfera alcanzó un máximo sin precedentes en 2013. Y, en concreto, el dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), el gas que más contribuye a producir este efecto, aumentó su concentración a un ritmo superior al registrado en los últimos treinta años, situándose en mayores niveles de emisión entre 2012 y 2013 que durante cualquier otro año desde 1984. En 2013, la concentración de CO<sub>2</sub> alcanzó el 142% del nivel de la era preindustrial (antes de 1750); el de metano, el 253% y el de óxido nitroso, el 121%. *Vid.* WORLD METEOROLOGICAL ORGANIZATION: *Greenhouse Gas Bulletin*, núm. 10, septiembre de 2014, pp. 1-8.

## II. Situación actual de las energías renovables en España. Los cambios en el régimen económico y financiero a raíz de las últimas reformas normativas

Diferentes causas, como el aumento de la población mundial, el crecimiento de la demanda energética, o el encarecimiento y agotamiento de las fuentes de energía tradicionales, han acelerado el desarrollo tecnológico de las energías renovables, convirtiéndolas en un factor dinamizante capaz de generar empleo y riqueza. Su carácter autóctono, y el hecho de que son respetuosas con el medio ambiente, han servido para defender a todas luces su uso como una forma de alcanzar mayores cotas de progreso social.

Las energías renovables se encuentran disponibles en todo el planeta, y sirven para reducir la dependencia energética exterior de países como España(14), evitando también las pérdidas en el suministro que se producen a través del transporte. Así, no es de extrañar que las políticas climáticas y energéticas de los países industrializados(15) y, especialmente de la Unión Europea, se hayan fijado objetivos (como los de sostenibilidad ambiental, seguridad e independencia energética) que fomentan el desarrollo de estas energías a medio plazo. No obstante, la consecución de estos objetivos pasa también por rentabilizar la producción de energía renovable sin desvirtuar las condiciones de competitividad de los Estados miembros(16). He aquí uno de los retos más grandes a los que se enfrenta el sector de *las renovables*.

Al igual que se trasvasan otros recursos esenciales como el agua, el suministro de energía debe abrirse al intercambio. Este principio de *interconectividad* de la energía, resultará clave en el futuro pues, como es sabido, la energía eléctrica no es almacenable(17). La comercialización de energía entre Estados puede redundar en un control estable de los precios, una mayor competitividad empresarial y un respeto más firme al medio ambiente, además de favorecer los intereses políticos y regionales(18).

(14) Varias fuentes calculan que alrededor del 55% de la energía de la Unión Europea (aproximadamente el 84% de su petróleo y el 64% de su gas natural) proviene del exterior; porcentaje que en España alcanza el 70%. En conjunto, los Estados miembros de la UE son el mayor importador de energía del mundo.

(15) En este sentido, se han señalado como prioridades comunes para estos Estados: la mejora de la eficiencia energética; la mejora de la tecnología empleada; la progresiva disminución de contaminación local y regional; y, la necesidad de adoptar medidas cautelares en relación con el problema del cambio climático. *Vid. AA.VV.: Energía para el mundo del mañana. Realidades, opciones, objetivos*, Comisión del Consejo Mundial de la Energía, Londres, 1993, p. 314.

(16) Sobre este particular, *vid. ARIÑO et. al.: Energía en España y desafío europeo. Seguridad, concentración empresarial, competencia, regulación*, Comares, Granada, 2006.

(17) Dentro de la transmisión de energía eléctrica incluimos la actividad (transporte), las instalaciones (red interconectada de alta y media tensión) y el fin (suministro a clientes finales o distribuidores).

(18) Los intereses nacionales están muy condicionados a los factores políticos, ambientales y energéticos. En este sentido, existe una visión cortoplacista de la competitividad que no tiene en cuenta la búsqueda de un modelo energético independiente. De tal forma, se ha destacado la necesidad de que las políticas comunitarias se integren dentro de un mercado único energético en Europa para hacer frente a conflictos internacionales que determinan o pueden determinar esta cuestión. Un ejemplo lo tenemos en la actual crisis entre Rusia y Ucrania, ante la dependencia del gas ruso de diferentes Estados miembros. En concreto, la Comisión Europea prevé que la Unión Europea va a importar más del 80% de sus necesidades gasísticas en 2030.

La normativa internacional en materia de renovables es prolija, destacando la existencia de acuerdos con fines y cometidos heterogéneos (19). En Europa, la Directiva 2009/28/CE, relativa al fomento del uso de energías procedentes de fuentes renovables, obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para la consecución del objetivo global del 20% de energías renovables en 2020 en el conjunto de la Unión Europea (20). En desarrollo de este objetivo, los Estados deben aprobar planes de acción nacionales en materia de energía renovable, establecer una mayor cooperación entre Estados a través, por ejemplo, del intercambio de energía, favoreciendo el acceso y funcionamiento de las redes, etc. (21)

La norma europea, asimismo, pretende fijar un marco común para el fomento de la energía procedente de fuentes renovables (22). Entre otras cuestiones, eleva las oportunidades de desarrollo de nuevas fuentes y tecnologías de energías renovables, y de sectores económicos en auge que están ligados a las mismas (23). Uno de los objetivos de los paquetes energéticos de la Unión Europea ha sido el fortalecimiento de poderes de las autoridades reguladoras nacionales, facilitando el acceso a la red de nuevas capacidades de generación, removiendo los obstáculos que puedan dificultar dicho acceso, en particular, a nuevos entrantes y a generadores de energías renovables (24).

En España, el sector eléctrico se ha caracterizado por contar con un marco normativo muy cambiante e inestable, mutabilidad que se ha visto especialmente reflejada

---

(19) En el ámbito institucional cabe tener en cuenta el nacimiento de la Agencia Internacional de Energías Renovables (IRENA), en 2009, con sede en Abu Dhabi, desde 2011, que cuenta con 134 Estados miembros y 34 en vías de acceso. Esta Agencia tiene como misión promover el uso sostenible de las energías renovables, incluyendo a las energías marinas.

(20) En síntesis, esta norma destaca la necesidad de establecer un marco común de producción y fomento de energía procedente de fuentes renovables. Para ello, establece una serie de objetivos nacionales y de medidas específicas. Cada Estado miembro tiene fijado un objetivo relativo a la cuota de energía obtenida de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía para 2020 que se ajusta al objetivo global «20-20-20» de la Unión Europea, en función del cual, los Estados miembros se comprometen a reducir para 2020 el consumo de energía primaria en un 20%. La Directiva actúa como paquete legislativo de energía y cambio climático al establecer el marco legal de los objetivos comunitarios de reducción de emisiones de gases con efecto invernadero.

(21) En la misma línea, encontramos también la Directiva 2001/77/CE del Parlamento Europeo y del Consejo europeo del 27 de septiembre de 2001, relativa a la promoción de la electricidad generada a partir de fuentes de energía renovables en el mercado interior de la electricidad; la Directiva 2003/30/CE para el fomento del uso de biocombustibles u otros combustibles renovables en el transporte, o la Directiva 2004/8/CE, relativa al fomento de la cogeneración sobre la base de la demanda de calor útil en el mercado interior de la energía.

(22) De este lado (art. 1) determina los objetivos nacionales obligatorios en relación con la cuota de energía procedente de fuentes renovables en el consumo final bruto de energía y con la cuota de energía procedente de fuentes renovables en el transporte. Establece normas relativas a las transferencias estadísticas entre Estados miembros, los proyectos conjuntos entre Estados miembros y con terceros países, las garantías de origen, los procedimientos administrativos, la información y la formación, y el acceso a la red eléctrica para la energía procedente de fuentes renovables.

(23) En lo que más afecta a este trabajo, la Directiva, en su Considerando 11, menciona expresamente a la energía marina, al señalar que: «Es necesario establecer reglas claras y transparentes para el cálculo de la cuota de energía procedente de fuentes renovables y para definir dichas fuentes. En este contexto, debe incluirse la energía presente en los océanos y otras masas de agua en forma de oleaje, corrientes marinas y mareas, así como la energía de los gradientes de temperatura y de los gradientes de salinidad de los océanos».

(24) En este sentido, *vid.* BACIGALUPO SAGGESE, M.: «La Unión Europea y las autoridades reguladoras de la energía», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 16, 1<sup>er</sup> semestre, 2009, p. 187.

en la regulación de las energías renovables. Sin ser ahora el momento de analizar esta cuestión, los numerosos recortes aprobados en los últimos años han sido criticados por no respetar unos criterios mínimos de técnica legislativa, por poner en peligro principios tan importantes como los de tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, o por introducir otros principios de difusos contornos jurídicos, como el de «riesgo regulatorio», por el que se deduce que los productores de energías renovables tienen que soportar las modificaciones que afecten al régimen de primas de su actividad económica en la medida en que decidieron entrar en un ámbito o sector económico sometido a un fuerte intervencionismo estatal y a un intenso riesgo regulatorio(25). No obstante, para entender esta afirmación, es necesario retrotraerse al origen de la cuestión.

El régimen de las renovables en España se remonta a la entrada en vigor de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, la cual sirvió para aumentar los niveles de seguridad y calidad en el suministro, incrementando también la inversión en fuentes de energía diversificada. En concreto, dicha norma introdujo un Capítulo dedicado al *régimen especial de producción de energía eléctrica* conformado por el conjunto de reglas específicas que se aplicaban a la electricidad generada mediante fuentes de energías renovables, cogeneración con alto rendimiento energético y residuos. Tales previsiones legales, más tarde se desarrollarían en sucesivas normas reglamentarias(26) que introdujeron un régimen económico-financiero muy favorable para el sector de las renovables en nuestro país.

La reducción de los costes tecnológicos, unida a las ventajas económicas que el régimen de las renovables proveía, provocó la expansión industrial de empresas dedicadas a comercializar este tipo de energía(27), lo que sin duda aceleró la revisión del sistema durante los primeros años de la crisis económica (2008, 2009 y 2010), en aras a establecer una «rentabilidad razonable» y una «sostenibilidad financiera» en secto-

---

(25) En este sentido, *vid.* ARANA GARCÍA, E.: «La nueva Ley del sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo a las energías renovables», en ALENZA GARCÍA, J.F. (Dir.): *en prensa*. Como expone este autor, desde la entrada en vigor de la Ley del Sector Eléctrico (Ley 54/1997), se han dictado casi 400 disposiciones, lo que equivale a una cada 15 días, aproximadamente. El autor analiza la última reforma del sector de las renovables con base a una posible vulneración de los principios de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas en aspectos cruciales como el nuevo sistema de retribución que establece.

(26) Así, en primer lugar, se aprobó el Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos o cogeneración, que fue luego modificado por el Real Decreto 841/2002, de 2 de agosto, por el que se regula para las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial su incentivación en la participación en el mercado de producción, determinadas obligaciones de información de sus previsiones de producción, y la adquisición por los comercializadores de su energía eléctrica producida. Ambos Reales Decretos fueron derogados por el Real Decreto 436/2004, de 12 de marzo, por el que se establece la metodología para la actualización y sistematización del régimen jurídico y económico de la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial. Posteriormente, se aprobó el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se reguló la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, que derogó el Real Decreto anterior, estando vigente hasta la aprobación del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, a excepción de algunas disposiciones transitorias.

(27) Según los cálculos del Gobierno, desde el año 1998 hasta el año 2013, los incentivos económicos a las instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, han ascendido a más de 50.000 millones de euros, incrementándose en más de un 800 por ciento desde 2005 hasta el año 2013, cuando las primas a dichas instalaciones alcanzaron aproximadamente 9.000 millones de euros.

res, como el fotovoltaico, donde la potencia instalada superaba los objetivos teóricos fijados (28). Entre las muchas medidas que se adoptaron para corregir el desequilibrio financiero y económico durante estos primeros años de crisis económica, encontramos el Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se procede a la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y a la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos. Lo que hizo dicha norma, en definitiva, fue suprimir los incentivos para la construcción de instalaciones de tecnologías de régimen especial, a fin de evitar la incorporación de nuevos costes al sistema eléctrico.

Con el cambio de ejecutivo (2012) se insiste en la necesidad de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema de las renovables en un contexto que coincide con el agravamiento de la crisis económica. De esta forma, se procede a la aprobación de nuevas medidas (29), acometiendo una revisión profunda y completa del marco nor-

---

(28) En este sentido, el Real Decreto 1578/2008, de 26 de septiembre, de retribución de la actividad de producción de energía eléctrica mediante tecnología solar fotovoltaica para instalaciones posteriores a la fecha límite de mantenimiento de la retribución del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, para dicha tecnología. En la misma línea, el Real Decreto-ley 6/2009, de 30 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas en el sector energético y se aprueba el bono social, creó el mecanismo de registro de preasignación de retribución para las instalaciones del régimen especial, cuya inscripción sería condición necesaria para el otorgamiento del derecho al régimen económico establecido en el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo.

Sobre idénticos fundamentos se aprobaron también el Real Decreto 1003/2010, de 5 de agosto, por el que se regula la liquidación de la prima equivalente a las instalaciones de producción de energía eléctrica de tecnología fotovoltaica en régimen especial, el Real Decreto 1565/2010, de 19 de noviembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial, o el Real Decreto 1614/2010, de 7 de diciembre, por el que se regulan y modifican determinados aspectos relativos a la actividad de producción de energía eléctrica a partir de tecnologías solar termoeléctrica y eólica, que introdujo una limitación de las horas equivalentes de funcionamiento con derecho a prima o prima equivalente de las instalaciones eólicas y solares termoeléctricas.

A estas modificaciones reglamentarias se añadieron diversas medidas adoptadas con carácter de urgencia, como las plasmadas en el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, y en el Real Decreto-ley 14/2010, de 23 de diciembre, por el que se establecen medidas urgentes para la corrección del déficit tarifario del sector eléctrico. En esta última, además de crear un peaje de generación, se limitaron las horas de funcionamiento con derecho a retribución primada de las plantas fotovoltaicas (como ya se había hecho para la tecnología eólica y termoeléctrica en el Real Decreto 1614/2010, de 19 de noviembre) sin perjuicio de ampliar, a la par, el plazo de percepción de la misma, que fue luego nuevamente prolongado a través de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

(29) Entre otras, el Real Decreto-ley 1/2012, de 27 de enero, por el que se llevó a cabo la suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y la supresión de los incentivos económicos para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de cogeneración, fuentes de energía renovables y residuos, así como, el Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, de medidas urgentes en el sistema eléctrico y en el sector financiero, que, entre otros aspectos, modificó el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, suprimiendo la opción de precio de mercado más prima para aquellas tecnologías a las que era aplicable, determinando la retribución con arreglo a tarifa de todas las instalaciones del denominado régimen especial, al tiempo que modificaba los parámetros de actualización de la retribución de las actividades reguladas del sistema eléctrico; el Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas; el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad; el Real Decreto-ley 29/2012, de 28 de diciembre, de mejora de gestión y protección social en el Sistema Especial para Empleados de Hogar y otras medidas de carácter económico y social; la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética; la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013; el Real Decreto-ley 2/2013, de 1 de febrero, introdujo nuevas medidas para corregir los desajustes entre los costes del sector eléctrico y los ingresos obtenidos a partir de los precios regulados; el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, etc.

mativo de las renovables que tiene como exponente al Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio. En concreto, dicha norma incorpora un mandato al Gobierno para aprobar un nuevo régimen jurídico y económico para las instalaciones de producción de energía eléctrica existentes a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, haciendo explícita enunciación de los principios sobre los que se articulará el régimen aplicable a estas instalaciones.

Los principios que introduce la citada norma serán posteriormente llevados a efecto por la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico (30) y, a su vez, desarrollados en el Real Decreto 413/2014, de 10 marzo, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica para renovables, cogeneración y residuos, alterando radicalmente el régimen retributivo de las energías renovables en España. La última de las grandes reformas del sector. Su aspecto más polémico, sin duda, se centra en la definición del nuevo sistema retributivo que se aplica tanto a las instalaciones nuevas como a las ya existentes.

Un aspecto crucial de la nueva normativa es que ésta acaba con la diferenciación que existía entre regímenes ordinario y especial, pasando a integrarse la generación de energía renovable dentro del sistema de «régimen retributivo» por el que sigue recibiendo incentivos públicos, pero eso sí, de manera mucho más contenida. Dichas primas siguen apoyando a la producción de energía renovable para asegurar a los productores una «rentabilidad mínima o razonable» que cubra los costes de inversión y explotación que una «empresa eficiente y bien gestionada» no puede recuperar en el mercado. Sin embargo, la nueva regulación queda condicionada a una posterior concreción de primas que se renovará periódicamente, en función de un conjunto de parámetros retributivos que se concretan en el régimen retributivo específico para las instalaciones tipo, siendo los más relevantes la retribución a la inversión por unidad de potencia, la retribución a la operación, la vida útil regulatoria, el número de horas de funcionamiento mínimo, el umbral de funcionamiento y el número de horas de funcionamiento máximo a efectos de percepción de la retribución a la operación, en su caso.

Con la nueva normativa, el esquema retributivo de las instalaciones que no alcanzan el nivel mínimo necesario para cubrir los costes que les permitan competir en nivel de igualdad, queda configurado de la siguiente forma (31):

*Retribución de la instalación = Retribución venta precio mercado + Retribución específica + [incentivo a la inversión para instalaciones en sistemas eléctricos no peninsulares que supongan reducción global del coste de generación]*

(Durante la vida útil regulatoria de instalación tipo)

*Retribución específica = Retribución a la inversión + Retribución a la operación*

(30) Contra esta norma se ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad por parte de las Comunidades Autónomas de Navarra, Murcia y Extremadura.

(31) Como explica MENDOZA LOSANA, A.I.: «Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la actividad de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos. Un nuevo y conflictivo paso en la reforma del sector eléctrico español», *Análisis GA&P*, junio 2014, p. 2.

*Retribución inversión = Término por unidad potencia instalada = Costes de inversión de instalación tipo no recuperados*

*Retribución operación = Costes de explotación instalación tipo — Ingresos mercado de instalación tipo*

Así, a partir de la entrada en vigor de la nueva normativa, las renovables pasan a regirse por un sistema de incentivos a la inversión con una rentabilidad del 7,5% para toda la vida útil regulatoria de cada instalación. Es decir, cada planta cobrará, más allá de lo que reciba en el mercado —y en función de la inversión— lo recibido hasta ahora y su vida útil. Como consecuencia, las fuentes de energía renovables, de cogeneración y residuos, dejan de tener una regulación singular ligada a la potencia y su tecnología, y su regulación pasa a asemejarse a la del resto de tecnologías que se integran en el mercado, siendo consideradas en todo caso en razón de su tecnología e implicaciones en el sistema, en lugar de su potencia, avanzando hacia una regulación unificada(32).

Lo que en definitiva pretende este sistema es que, dicha rentabilidad razonable venga determinada por el precio del mercado más una retribución específica (costes de inversión inicial de instalación tipo y costes de explotación estándar). Con este nuevo enfoque se pasa, como señala ARANA GARCÍA, de una remuneración a la producción, a una remuneración por costes (dependiente de la inversión)(33) que actúa en períodos regulatorios de 6 años (cada uno de los cuales se divide en dos semiperíodos de 3 años), que asimismo pueden ser revisados a la expiración del mismo. En la revisión que corresponda a cada período regulatorio se podrán modificar todos los parámetros retributivos y, entre ellos, el valor sobre el que girará la rentabilidad razonable en lo que reste de vida regulatoria de las instalaciones tipo. Si bien, en ningún caso, una vez reconocida la vida útil regulatoria o el valor estándar de la inversión inicial de una instalación tipo, se podrán revisar dichos valores (art. 14 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre).

La nueva normativa ha sido criticada por sumir a las renovables en una situación crítica e incontrolable que hace que la inversión deje de ser rentable, provocando además el retraimiento de la inversión privada en este tipo de energía en un sector que era hasta ahora líder en España(34). Quienes critican dicha reforma entienden que la rentabilidad promedio quedará fijada por debajo del 5%, reduciendo sustancialmente los márgenes de beneficio que pueden provocar un efecto desincentivador acusado.

(32) Esta disposición ha sido desarrollada, a su vez, por Orden Ministerial IET/1045/2014, que establece los parámetros retributivos de las «Instalaciones Tipo» aplicables a determinadas instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de dichas fuentes para estas instalaciones. De acuerdo a la misma, las instalaciones podrán percibir durante su vida útil regulatoria, adicionalmente a la retribución por la venta de la energía valorada al precio del mercado, una retribución específica compuesta por un término por unidad de potencia instalada que cubra, cuando proceda, los costes de inversión para cada instalación tipo que no puedan ser recuperados por la venta de la energía en el mercado, al que se denomina retribución a la inversión, y un término a la operación que cubra, en su caso, la diferencia entre los costes de explotación y los ingresos por la participación en el mercado de producción de dicha instalación tipo, al que se denomina retribución a la operación.

(33) Vid. ARANA GARCÍA, E.: «La nueva Ley del sector eléctrico...», *op. cit.*

(34) Así se manifiesta la Asociación de Empresas de Energías Renovables (APPA) que ha interpuesto dos recursos contra esta norma ante el Tribunal Supremo, por considerar que altera de forma «súbita» el marco retributivo que determinó el modelo de negocio a partir del cual se proyectaron las inversiones en renovables en España.

La evolución de este régimen coincide, por lo demás, con la liberalización del sector energético en España (incluso, a un ritmo mayor del que marcan las Directivas europeas). Y es que, en los últimos lustros, se ha invertido una gran cantidad de recursos en redes de transporte y distribución, se han desarrollado tecnologías de generación eléctrica renovables en sintonía con los objetivos ambientales, o se han producido cambios sustanciales en los mercados dando entrada a nuevos agentes en el sistema, siendo también destacables los desequilibrios anuales entre ingresos y costes del sistema eléctrico. Esta última circunstancia ha desatado un déficit estructural pese al, cada vez más elevado precio de la electricidad, que ha llevado al sector eléctrico español a una situación de grave inestabilidad económica y financiera (el conocido *déficit de tarifa*) que deja a éste en claro riesgo de quiebra (35). Esta es, en esencia, la razón que ha movido al legislador a aprobar un paquete de medidas que, en su opinión, permite a las instalaciones renovables cubrir los costes necesarios para competir en igualdad con el resto de tecnologías y obtener una «rentabilidad razonable» sobre el conjunto del proyecto, en línea con lo que demanda el artículo 30.4 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre (36).

Cabe señalar, por todo, que la grave situación económica que atraviesa nuestro país ha afectado notoriamente al régimen de las renovables en cuestiones clave más allá de la supresión de los incentivos económicos y la suspensión del procedimiento de preasignación de retribución para el otorgamiento del régimen económico primado. Dichas reformas han tenido un impacto en la I+D+i, en el prestigio internacional de la «Marca España», en materia de inversión privada extranjera, de empleos indirectos, etc. Por todo, es factible afirmar que el sector de las renovables en España se encuentra en una encrucijada que es todavía más grave para determinadas tecnologías, como pueden ser las marinas, pues a las dificultades económicas y políticas, se suma otro tipo de incertidumbres técnicas y administrativas, como a continuación comprobamos.

### **III. La energía marina como fuente renovable y transformadora del medio. Su desarrollo en España: una tecnología en fase pre-comercial**

Los mares y océanos tienen un potencial energético tan alto, que exceden nuestra capacidad de comprensión. Todo apunta a que serán un actor principal en el escenario energético sostenible de este siglo (37). Verdaderamente, el medio marino está llamado a absorber parte de la demanda energética creciente de nuestra sociedad, y nos permite afrontar con relativo optimismo algunos de los retos ya comentados a los

(35) Según estimaciones recientes, este déficit tarifario está en torno a los 30,000 millones de euros, y ello pese a la subida de los precios de la electricidad en hasta un 70 % en los últimos 6 años, situación que ha provocado una reducción considerable del consumo eléctrico (del 3,2 % interanual). Vid. ARANA GARCÍA, E.: «La nueva Ley del sector eléctrico...», *op. cit.*; y ROJAS, A., y MAÑUECO, P.: «La reforma del sector eléctrico español», *Cuadernos de Información económica*, núm. 239 (marzo/abril), 2014.

(36) A saber, que los regímenes retributivos que se articulen deben permitir a este tipo de instalaciones cubrir los costes necesarios para competir en el mercado en nivel de igualdad con el resto de tecnologías y obtener una rentabilidad razonable sobre el conjunto del proyecto.

(37) En dicho sentido, STERNE, J.K. et. al.: «The seven principles of Ocean Renewable Energy: a shared visión and call for action», *14 Roger Williams University Law Review*, 2009, pp. 600 y ss.



que se enfrenta la sociedad, como el cambio climático, o el encarecimiento y virtual agotamiento de las fuentes de energía convencionales (38).

Desde la Antigüedad, la sociedad ha ideado mecanismos para transformar la fuerza de las olas en energía. Sin embargo, no es hasta bien entrada la Modernidad cuando el ser humano ha hecho progresos suficientes como para rentabilizar esta energía y convertirla en electricidad (39). Pese a todo, la energía marina sigue estancada en una especie de *impasse* de «divergencia tecnológica», en el que existen muchas ideas en desarrollo pero en donde ninguna ha demostrado un liderazgo tecnológico (destacando, incluso, la existencia de más de cien conceptos de diferentes tecnologías en desarrollo y más de 1000 patentes en los últimos años) (40).

Las energías marinas constituyen un tipo de renovables que se originan a través de procesos naturales que tienen lugar en el medio marino (41). Existen distintas formas de obtener energía del mar, a las que se suman otras que utilizan la superficie marítima como plataforma. Así, dentro de estas últimas, encontramos la energía eólica *offshore* (42), flotante o cimentada, construida con potentes aerogeneradores sobre la superficie marítima (43). También, la energía solar, pues los océanos actúan

(38) El IPCC ha estimado que el potencial de las energías renovables marinas técnicamente explotables (excluyendo la energía eólica marina), sería de unos 7.400 exajulios (EJ) por año, una cantidad que excede las necesidades energéticas humanas actuales. Vid. IPCC: *Renewable Energy Sources and Climate Change Mitigation. Special Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, 2011, Cambridge University Press, Nueva York (EE.UU.), 2012, p. 501.

(39) Ya en el s. XI, los molineros utilizaban las mareas para moler los granos de trigo y obtener harina. Eran los denominados «molinos de marea», que aparecieron por primera vez en Francia, instalados en el centro de un dique que cerraba una ensenada, creando un embalse que se llenaba durante la pleamar por medio de unas compuertas; el agua accionaba una rueda de paletas al salir durante la bajamar. Por su parte, los primeros estudios modernos sobre la posibilidad de emplear la energía de las mareas para la producción de energía eléctrica, fueron realizados en Estados Unidos y en Canadá, en el año 1919. El resultado de la investigación propició la instalación de una central mareomotriz en la frontera entre ambos países, en la bahía de Fundy, en el río Anápolis, con mareas de amplitud de hasta 20 metros y corrientes que alcanzan los 3 m/s. Vid. CREUS SOLÉ, A.: *Energías renovables*, Ceysa, Barcelona, 2004, p. 190.

(40) Sobre esta cuestión, vid. MARQUÉS, J. et. al.: «Energía marina», en BECKER, F. et al. (Dir.): *Tratado de energías renovables*, Vol. I, Aranzadi, Cizur Menor (Pamplona), 2010, p. 486.

(41) Vid. ABAD CASTELOS, M.: *Las energías renovables marinas y la riqueza potencial de los océanos ¿Un mar de dudas o un mar de oportunidades?*, Bosch, 2013, p. 61.

(42) De los 160.000 MW eólicos instalados a día de hoy en el mundo, sólo 2000 son procedentes de parques eólicos *off shore*, con una notoria representación de los países del norte de Europa (Holanda, Suecia, Alemania, Dinamarca y Reino Unido). Las cifras siguen siendo poco representativas para las altas expectativas que se vienen planteando —la Asociación Europea de Energía Eólica (EWEA) calcula que se generarán hasta 180 GW de energía eólica en el año 2020, de los cuales 70 GW se espera que correspondan a los parques eólicos marinos—. Sobre el régimen jurídico de la energía eólica, véanse las siguientes obras: LÓPEZ SAKO, M.J.: *Regulación y autorización de los parques eólicos marinos*, Civitas, Cizur Menor (Pamplona), 2008; y, TORRES LÓPEZ, M.A. y ARANA GARCÍA, E. (Dir.): *Energía eólica: cuestiones jurídicas, económicas y ambientales*, Civitas, Cizur Menor (Pamplona), 2010.

(43) A principios de 2011 la consultora estadounidense Emerging Energy Research (EER) publicó el informe *Global Offshore Wind Energy Markets and Strategies: 2009-2020*, en el que apuntaba que el segmento marino recibió en 2010 pedidos que suman 6 GW (6.000 MW) y que llegarán a 43 GW hasta 2020. Otros analistas van más allá, como la consultora BTM Consult ApS, para la que hasta 2020 se pueden alcanzar los 75 GW *offshore* (desde los 3.514 MW actuales, casi todos en los mares del norte de Europa), de los cuales más de 52 GW estarían localizados en Europa. Esos 52 GW eólicos marinos previstos representarían casi el 23% de la potencia instalada total en el continente (230 GW) entre tierra y mar, frente al 4% que suponía en el momento del estudio. Todo ello ha motivado que incluso los fabricantes de aerogeneradores más escépticos, caso de Vestas o Gamesa, hayan optado por desarrollar estos modelos.

como un colector gigante que cubre más de 2/3 de la superficie terrestre (44). No obstante, estas modalidades de energía no son *estricto sensu* energías marinas sino, más bien, aprovechamientos energéticos que utilizan el mar como plataforma. Entonces, ¿cuáles son las energías marinas a las que nos referimos?

Hablamos de energía marina para señalar la energía que se obtiene de las olas (*olamotriz o undimotriz*); de las mareas (*mareomotriz, de barrera de mareas o de mareas dinámicas*); del aprovechamiento de la energía cinética contenida en las corrientes marinas; de la diferencia de temperaturas entre la superficie de mar y las aguas profundas (*maremotérmica o de gradiente térmico*); de la biomasa marina (*bioenergía*); del calor que se desprende sobre la Tierra, mares y océanos (*energía geotérmica*); a través de la captación de energías sobre plataformas sumergidas que utilizan *hélices submarinas* (45); y, finalmente, por medio de las diferencias de concentración salina de la desembocadura de los ríos (*osmótica, de gradiente salino o energía azul*). De entre todas estas formas de energía, merece la pena detenernos, muy brevemente, en el funcionamiento de tres de ellas, teniendo en cuenta su relevancia en España (46).

En primer lugar, la energía *mareomotriz*, que aprovecha la energía de las mareas producidas por el movimiento gravitacional que produce la atracción de la luna y del Sol sobre las aguas del mar. Este sistema utiliza la oscilación del flujo y el reflujo de las mareas para crear electricidad a través de un fenómeno que es conocido como «barrera» (47). Los problemas que acarrea este sistema son los altos costes económicos que conllevan las infraestructuras, así como la dificultad de encontrar emplazamientos apropiados que exigen una amplitud de marea mínima de 5 metros: la bahía, ría o estuario donde se sitúa debe alcanzar un volumen significativo de agua. Por otro lado, este tipo de instalaciones pueden entrañar un mayor impacto ambiental, y

(44) El potencial de energía solar de la superficie de la tierra es del orden de los 108 billones de kilovatios, por lo que cada 75 minutos, aproximadamente, el Sol aporta a la Tierra el equivalente a toda la demanda mundial anual de energía primaria. Vid. LARA COIRA, M.: «El aprovechamiento de la energía del mar», en MIGUÉLEZ POSE, F. (Ed.): *La energía que viene del mar*, Netbiblo, A Coruña, 2009, pp. 38 y 39. La cantidad de energía solar que acumula anualmente el mar, dadas las inmensas dimensiones de las aguas oceánicas (361 millones de km<sup>2</sup> y 1.370 millones de km<sup>3</sup> de volumen), supera significativamente las necesidades energéticas mundiales actuales (de 11.434 Mtep, en 2005).

(45) Que generarían energía a través de hélices sumergidas, como el parque de hélices submarinas que pretende crear el Proyecto de Iberdrola a través de su filial *Scottish Power* en Escocia, al suroeste de la isla de Eday, con una potencia de 10 megavatios capaces de abastecer 5.000 hogares. Vid. Noticia, «Molinos en el fondo del mar», *Diario El País*, 17 de mayo de 2012.

(46) Según el Instituto para la Diversificación y Ahorro de Energía (IDEA): *Evaluación del Potencial de la Energía de las olas. Estudio técnico PER 2011-2020*, Madrid, 2011, p. 11, el recurso disponible de este tipo de energías alcanza los 20 GW en España. Por regiones, Galicia presenta los valores de potencial de energía más elevados, con potencias medias en profundidades indefinidas entre 40-45 KW/m (hasta 75Kw/m de potencia media en invierno). Dicho estudio incluye la caracterización espacial del flujo medio de energía (magnitud y dirección) desde profundidades indefinidas hasta la costa tomando en cuenta la variabilidad temporal a distintas escalas (mensual, estacional, anual e interanual).

(47) El desnivel creado por las mareas, utiliza la fuerza gravitatoria del agua como una central hidráulica, convirtiendo el salto entre la superficie del agua represada y la turbina en carga cinética y de presión, y éstas, a su vez, se transforman en gran parte en energía de rotación y, más tarde, en energía eléctrica. Este tipo de energía se localiza, sobre todo, en grandes estuarios, en los que el movimiento oscilante de la pleamar y la bajamar permite que las esclusas o compuertas de la barrera permitan rellenar la dársena de la marea en las mareas altas (flujo de marea) y generar una fuerza, captada con una turbina, durante la bajada (reflujo) de la marea.

pueden tener alto grado de dificultad técnico, pues sus centrales se sitúan sobre áreas portuarias, estuarinas o lagunares costeras (48).

En España, el potencial teórico de mareas es poco significativo, habiendo sido proyectada la instalación de una primera central en las rías de Astillero y Boo. Reino Unido (donde cabe destacar el centro de investigación asociado a la Universidad de Bristol) y Francia, son los países con emplazamientos más adecuados para este tipo de instalaciones en Europa (49). En el mundo, Canadá, Rusia y Argentina, son los países con mayor potencial para este tipo de energía.

En segundo lugar, tenemos la energía undimotriz, que utiliza el movimiento de las olas para generar electricidad a través de diversos dispositivos de conversión. Su principal ventaja es la facilidad para predecir condiciones que permitan optimizar la eficiencia en sus procesos, pues es posible anticipar las condiciones de oleaje. La cantidad de energía que se puede obtener utilizando este tipo de dispositivos es proporcional al periodo de oscilación de las olas, al igual que el cuadrado de amplitud de éstas, hallándose condiciones óptimas para estos sistemas en aguas que oscilan entre 40 y 60 metros de profundidad.

En España no existe un aprovechamiento comercial de este tipo de energías. Sólo en Cantabria (Santoña) y en el País Vasco (Mutriku), en fase piloto, se han instalado este tipo de centrales. Asimismo, existe un proyecto para instalar una planta undimotriz en Granadilla (Tenerife).

En tercer y último lugar, en latitudes tropicales, el intenso calentamiento de las aguas superficiales produce un salto de temperatura entre las aguas que están situadas a gran profundidad (más frías) y las aguas situadas en la superficie oceánica (más cálidas). Este proceso se ha dado en llamar energía *maremotérmica* o energía de *gradiente térmico*.

Concebida con problemas iniciales de rendimiento, se han desarrollado nuevos intercambiadores y dispositivos térmicos que hacen que el rendimiento de este tipo de energía se aproxime a su máximo teórico, por lo que las expectativas de futuro son interesantes. Además de electricidad, el sistema es capaz de producir agua potable. Este tipo de energía se encuentra en muchos casos en fases experimentales y de estudio, en la que se están desarrollando patentes y prototipos, al igual que sucede con la captación de energía por bioconversión.

En todos estos casos, los dispositivos de los que se extrae la energía pueden tener carácter fijo o temporal. La electricidad que generan los captadores es variable, así como el coste de cada uno de los dispositivos (prototipos), cuyo presupuesto puede alcanzar varios millones de euros debido a que determinados componentes no se encuentran en el mercado y se deben manufacturar. Estos costes incluyen, además, los trabajos de investigación y desarrollo hasta la comercialización final del producto (50).

---

(48) Uno de los rangos de marea más grandes en el mundo se sitúa en la Bahía de Fundy (con más de 16 metros), donde hay instalada una estación que produce 20 MW que se incorpora al estuario del río Annapolis cuando penetra en la cuenca de Minas, en el lado canadiense de la bahía. Vid. JEFFS, E.: *Green Energy. Sustainable Electricity Supply with Low Environmental Impact*, CRC Press, Estados Unidos, 2010, p. 186.

(49) A nivel europeo, podemos destacar la labor que realiza la *European Ocean Energy Association* (EOEA).

(50) A día de hoy, resulta difícil establecer un coste estimativo del kWh eléctrico generado por estos dispositivos ya que no se pueden precisar costes asociados, como los ligados al mantenimiento de la instalación. Se estima que pasarán hasta 20 años para que se produzca el lanzamiento de plantas comerciales con captadores de energía marina inyectando en la red eléctrica un coste competitivo con otras fuentes de generación.

En general, pese a los elevados costes tecnológicos de estos tipos de energía (51), sus ventajas están claras: un menor impacto ambiental y visual, así como la posibilidad de predecir la cantidad de energía que se va a generar en un intervalo determinado de tiempo (52). Además, una vez se finaliza la construcción de la instalación, el coste de operación de los sistemas de generación de energía marinos es bajo porque el fluido, el agua del mar, es constante y gratuito.

Como decimos, la relevancia que tiene la energía oceánica en España es todavía escasa; pero existe un alto potencial para su desarrollo en determinadas zonas de nuestra geografía; sobre todo en la costa cantábrica, la costa atlántica y las Islas Canarias (53). El País Vasco, por ejemplo, constituye un referente mundial en investigación tecnológica y proyectos en energías marinas gracias a plantas de generación eléctrica en Mutriku y al BIMEP (54), un área de investigación en energía marina ubicada en Arminza (Bizkaia) (55).

La potencia instalada se encuentra todavía en una fase experimental pero algunas de estas plantas piloto permiten obtener la experiencia necesaria para alcanzar la fase comercial, como pone por ejemplo de relieve el área de ensayos y demostración de convertidores del oleaje que acabamos de señalar, frente a la costa de Arminza.

Por otro lado, la estrategia comercial eólica de empresas como Iberdrola, que tiene proyectos en marcha en Reino Unido y Alemania (y otros en Francia) suma, a la explotación de aerogeneradores colocados en el mar, el negocio de la energía de las

(51) Entre sus desventajas, se encuentran las condiciones hostiles del mar, la fuerza incontrolada del oleaje, así como la degradación que produce sobre los aparatos e instalaciones aspectos como la humedad y la corrosión marina. En este sentido, las energías de las olas y de las corrientes, se mantienen en una fase de desarrollo que alcanza a proyectos prototipo y de demostración, pero lejos aún de un despegue comercial de las mismas a gran escala, debido a que las olas y las corrientes resultan hoy en día tecnologías no competitivas, de elevados costes y escasa fiabilidad técnica. En este sentido, *vid.* PRIETO GALA, A (Dir.): *Desarrollo de las energías renovables marinas: Condiciones de éxito en las regiones de la RTA del Arco Atlántico*, Red Transnacional Atlántica, 2010, p. 9.

(52) El movimiento cinético a través del desplazamiento de grandes volúmenes de aguas, es capaz de producir una gran cantidad de energía limpia, renovable e inagotable. Mientras que, por ejemplo, no se pueden pronosticar con exactitud las corrientes de viento ni su velocidad, sí es posible tener un conocimiento aproximado de cómo y cuándo se producirán las mareas, con qué intensidad, etc. Una de las características que tienen las energías marinas es su densidad —muy superior a la de otras energías renovables existentes—, lo que reduce la superficie ocupada por unidad de potencia instalada. *Vid.* MARQUÉS, J. et. al.: «Energía marina», *op. cit.*, p. 486. El Arco Atlántico, desde Escocia hasta Portugal, es el área con mejores recursos undimotrices de Europa, y sus olas presentan una densidad superior a la media mundial. *Vid.* PRIETO GALA, A (Dir.): *Desarrollo de las energías renovables marinas: Condiciones de éxito en las regiones de la RTA del Arco Atlántico*, Red Transnacional Atlántica, 2010, p. 9.

(53) El aprovechamiento de este recurso energético está estimado en más de 20.000 MW que contribuirían a la producción eléctrica nacional. Actualmente existen diversas instalaciones experimentales.

(54) Cuyo nombre proviene de las siglas en inglés *Biscay Marine Energy Platform*.

(55) La planta de Mutriku comenzó a operar en julio de 2011. A pesar de ser una planta demostrativa, es la primera en la Europa Continental en verter toda la energía que produce en la red eléctrica general, contando con una potencia instalada de 296 kW que puede llegar a alcanzar una producción de 600.000 kWh anuales, equivalente al consumo doméstico anual de 600 personas.

Por su parte, el BIMEP es una apuesta tecnológica que pretende importar a Euskadi las tecnologías desarrolladas en cualquier parte del mundo, para comprobar su validez. Ubicada a mar abierto, frente al puerto de Arminza, cuenta con una superficie balizada y libre de navegación de 5,3 km<sup>2</sup> y un total de 4 cables submarinos con una potencia instalada total de 20 MW que trasladarán a tierra toda la producción eléctrica de los dispositivos en pruebas. Está previsto que se destinen a su desarrollo hasta 20 millones de euros.

olas y las mareas en Escocia(56). También cabe citar en este campo a otras grandes compañías como Repsol o Cepsa, que se han introducido con éxito en el campo de las energías marinas.

Pero para que despegue comercialmente esta tecnología en nuestro país es necesario establecer una tarifa que refleje sus costes reales de explotación. Cantabria, País Vasco, Canarias, Galicia y Asturias, que ya están preparando ensayos sobre energía oceánica, son las Comunidades Autónomas que están liderando las investigaciones en este sentido. La asociación de pequeñas y medianas empresas con investigaciones que tienen su origen en la Universidad, también ha resultado rentable, dando entrada en el sector a grandes y medianas empresas privadas(57).

En definitiva, al hablar de energía marina nos referimos en muchos casos todavía a una tecnología precomercial, que requiere de un mayor impulso político y administrativo. La demora de los permisos para construir estas instalaciones hace que estas energías resulten menos competitivas. Este hecho entronca con su deficiente regulación, mal adaptada a sus singularidades de espacio y de tiempo, y a su compleja ubicación (las plantas están situadas en el dominio público marítimo-terrestre). A pesar de ello, los esfuerzos tecnológicos que se vienen realizando en las últimas décadas para desarrollar este tipo de energía son significativos, como se empieza a constatar.

#### IV. Marco normativo y administrativo de la energía marina en España

En España, el marco regulatorio de la energía marina viene determinado por el panorama general de las renovables. Pero también por otras cuestiones, técnicas y administrativas, que aparecen ligadas a su configuración legal.

La eclosión, acumulación y rápida evolución de la ciencia y la técnica están aumentando la utilización que se hace del mar, pero al mismo tiempo aparecen problemas relacionados con su ordenación y la necesidad de coordinar usos potencialmente sustitutivos. En este sentido, el mar territorial no es ya sólo un espacio en el que tienen lugar, sin probabilidad de conflicto, actividades de navegación, pesca y

---

(56) A través de su filial británica Scottish Power Renewables, ha trasladado al Centro Europeo de Energía Marina (EMEC), situado en la isla de Orkney, su planta prototipo Pelamis P2, una infraestructura en forma de serpiente de 180 metros de largo que absorbe la energía de las olas de mar para convertirla en electricidad. La energía generada se llevaría a tierra a través de claves submarinos. Iberdrola realizará en la sede del EMEC las últimas pruebas previas a su definitiva instalación comercial. Este centro europeo, que tiene como objetivo estudiar las energías de las olas y mareas, es el primero del mundo que ofrece la posibilidad de probar los prototipos de tamaño natural en condiciones de oleaje y mareas reales. Asimismo participan en el proyecto Pentland Firth, iniciativa lanzada por el Gobierno escocés con el objetivo de estudiar el desarrollo comercial de las tecnologías marinas. La eléctrica española ha conseguido la concesión en exclusividad de dos áreas más para el desarrollo de dos proyectos: Marwick Head, que podría albergar hasta sesenta y seis generadores Pelamis P2; y Ness of Duncansby, destinado a la energía de las corrientes. Actualmente prosigue con el desarrollo del prototipo Hammerfest Strom's de 1 MW de potencia. Finalmente, cuenta con el proyecto Sound of Islay, de 10 MW de capacidad, al mismo tiempo que desarrolla otras dos instalaciones, una de mareas y otra de olas, con 95 MW y 50 MW, respectivamente.

(57) Dentro de la sección marina, cabe citar a Acciona, Renovalia, Gamesa, Tecnalia, AWS, Electra norte, Global Energy Services, Metalúrgica Marina S.A., Prysmian, Abencis, Ente Vasco de la Energía, Norventó, Sidmar, Abengoa SeaPower, FAEN, Hidroflot, Oceantec, Degima, Edp renováveis, GM renovables, enerocean, Plocan, Pipo System, Innovamar, Wedge, Sordecán, Ocean Power Technolo, Grupo Daniel Alonso o Ingeteam.

de ocio o turísticas. Sobre él se proyectan, además, nuevos sectores y actividades tradicionales que van desde la pesca de bajura y la acuicultura, los usos deportivos y recreativos, a otras que están caracterizadas por un mayor desarrollo económico y tecnológico, tales como la prospección y explotación de recursos naturales, la colocación de cables y conducciones submarinas, o las que a efectos de este proyecto nos interesan, las instalaciones renovables marinas, afectando con carácter general, al régimen de los procedimientos de autorización, concesión e instalación de estas plantas (58).

Como forma de paliar los conflictos de espacio y regulación, entre las soluciones de Derecho Comparado sobresale la declaración por parte de Reino Unido de una zona especial destinada a la instalación de plantas de energía renovable (REZ), de acuerdo a la regulación que establece el *Energy Act de 2004*. Además, dicho Estado creó una institución (2009) con competencias de gestión en el ámbito marino, *Marine Management Organization* (MMO), que se sitúa como órgano principal para planificar y gestionar las distintas actividades de la REZ en Reino Unido (59). El ejemplo es relevante, pues dicho Estado es actualmente el más potente en el sector de las renovables marinas a nivel mundial, duplicando casi la producción de energía de su inmediato perseguidor, los Estados Unidos de América (60).

En España, el Plan de Energías Renovables 2011-2020 (PER) ha fijado como objetivos para 2020 alcanzar los 100 MW de potencia para energías del mar (740 MW para la eólica marina). Dicho Plan pretende llevar a efecto su objetivo a través de una serie de actuaciones específicas:

- Simplificación de los trámites administrativos de las instalaciones renovables eléctricas.
- Reducción de las barreras administrativas a los proyectos de I+D+i.
- Aprobación de un procedimiento administrativo simplificado para la instalación de plataformas experimentales de I+D de energías marinas de alta especialización.
- Programa de ayudas públicas y subvenciones a proyectos de innovación de demostración de nuevas tecnologías.
- Establecimiento de un marco retributivo específico para estas energías, cuyo atractivo competitivo sirva para desarrollar el sector.
- Formación y especialización de profesionales para este tipo de energías.

(58) En esta dirección destacan los conflictos competenciales que se producen en la gestión y ordenación del medio marino. De tal forma, resulta necesario integrar la regulación del medio marino con la ordenación y planificación del territorio. Como sostiene PAREJO NAVAJAS, *La proyección de la ordenación física de usos sobre la costa y el mar próximo: La planificación del aquitorio*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 97-98, existe la necesidad de planificar el mar próximo a la costa como espacio en el que actúan con probabilidad de conflicto múltiple variadas actividades tanto a través de estructuras fijas (por ejemplo, parques eólicos off shore), como temporales (tales como la pesca, navegación, transporte de pasajeros). La expansión de actividades en este espacio «territorializado» es de tal envergadura que resulta imprescindible la articulación de instrumentos de planificación que coordinen todos los usos en él desarrollados con el fin de no menoscabar sus ecosistemas, realizando una propuesta de ordenación y planificación estatal de lo que ha dado en llamar (en referencia a las aguas interiores y el mar territorial) como «aquitorio».

(59) Igualmente, ha de destacarse el caso de Portugal con regulación de aspectos específicos de las renovables marinas en sus Estrategias Oceánica y Energética de 2005 y 2006. Sobre esta cuestión, *vid. Vid. ABAD CASTELOS, M.: Las energías renovables marinas... op. cit.*, p. 121.

(60) *Vid. APPA: Situación y perspectivas de las energías marinas en España*, 2013.

- Planificación de infraestructuras de evacuación de energía eléctrica proveniente de energía de las olas.
- Fomento a la implantación comercial de las nuevas tecnologías marinas.

Como veremos, muchas de estas actuaciones se ven acompañadas con las reformas que se han producido en el sector energético, o a través de medidas que aparecen recogidas en otras disposiciones de carácter sectorial.

En primer lugar, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, reconoce el carácter reglado de los procedimientos administrativos de autorización (art. 53.6)(61). Cabe destacar, sin embargo, la inexistencia de una norma específica que regule los procedimientos de autorización administrativa de las energías marinas, sino que dicha regulación se contiene, de forma auxiliar, en el Reglamento de parques eólicos marinos (1028/2007), que determina diferentes fases de ejecución para este procedimiento autorizatorio: solicitud de reserva de zona y caracterización de área eólica marina, procedimiento de concurrencia, determinación de los efectos que tiene la reserva de zona, o la autorización administrativa de parques eólicos (62).

El Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, clasifica en categorías, grupos y subgrupos (art. 2) las instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos, incluyendo dentro del Grupo b.3 a las instalaciones que únicamente utilicen como energía primaria la geotérmica, hidrotérmica, aerotérmica, la de las olas, la de las mareas, la de las rocas calientes y secas, la oceanotérmica y la energía de las corrientes marinas. Es decir, las tecnologías marinas que sirven para producir energía distinta de la eólica marina (63). La clasificación coincide, por lo demás, con la que establecía el Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el que se regulaba la actividad de producción de energía eléctrica en régimen especial (vigente hasta el 14 de Julio de 2013), que identificaba también en el Grupo b.3 dentro del régimen especial a estas Instalaciones (64).

---

(61) La construcción, explotación, modificación sustancial y cierre de cada instalación de producción de energía eléctrica está sometida al régimen de autorización administrativa reglado.

(62) De la regulación existente, se ha criticado el hecho de que los promotores no podrán obtener antes de que trascurra un plazo aproximado de catorce meses una resolución que les habilite, no ya a iniciar la construcción del parque eólico en cuestión, sino a llevar a cabo las operaciones previas de investigación del recurso eólico, a lo que hay que sumar lo que dure el procedimiento para la obtención del título de ocupación del dominio público marítimo-terrestre o portuario que proceda. Estos plazos resultan excesivos, suponiendo una carga gravosa para el promotor que se suma al inconveniente de que la energía eólica marina resulte ya de por sí más cara que la energía eólica producida en tierra.

(63) De esta forma, podían acogerse al régimen especial establecido en este Real Decreto las instalaciones de producción de energía eléctrica contempladas en el artículo 27.1 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, clasificando dichas actividades en grupos y subgrupos, en función de las energías primarias utilizadas, de las tecnologías de producción empleadas y de los rendimientos energéticos obtenidos.

(64) Otorgando ex art. 4.2 a la Administración General del Estado, a través de la Dirección General de Política Energética y Minas del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, la tramitación de las solicitudes de instalaciones de generación eólicas en el mar territorial, sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros órganos de la Administración. Hay que recordar cómo, de conformidad con los artículos 6 a 8 del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, la condición de instalación de producción acogida al régimen especial era otorgada por la Administración competente para su autorización, previa acreditación de las principales características técnicas y de funcionamiento de la instalación y evaluación de la energía eléctrica que iba a ser transferida en su caso a la red. Este Real Decreto, además, actuaba como norma aplicable en defecto de normativa autonómica, siendo uno de los requisitos exigidos su inscripción en el Registro Administrativo de Instalaciones de Producción de Energía Eléctrica (RAIPRE) y posteriormente, en un nuevo Registro de pre-asignación de retribución (RPR) .

La regulación de instalaciones de generación en el mar más allá de las de energía eólica *offshore* supone, de hecho, una novedad, por la falta de experiencias previas en dicho medio y por constituir su tramitación una competencia de ámbito estatal. En este sentido, como explica el legislador, se tuvo que regular la realización de estudios, ensayos y análisis que, por sus características, se dilataban en el tiempo. La realización de estos estudios avanzaba desde un diseño conceptual, a uno más esmerado y específico, de detalle (65). La solución que finalmente se tomó fue la de establecer un procedimiento similar al establecido en las legislaciones de hidrocarburos y de minas, en las que se reserva un territorio con un permiso de investigación que es el que posteriormente da lugar a la concesión de la explotación. De igual modo, se estableció un procedimiento de concurrencia para ordenar la actividad de los diversos promotores envueltos en el desarrollo de esta actividad (66).

Con la derogación del Real Decreto 661/2007, de 25 de mayo, por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, se desplaza a una de las pocas disposiciones que hacía referencia expresa al régimen de autorización de las energías marinas (67), eliminando los conceptos diferenciados de régimen ordinario y especial. No obstante, a pesar de que en la práctica las plantas marinas podían recibir primas como parte de este régimen especial, no se podían considerar realmente dentro del mismo ya que debían superar —conforme a lo estipulado en el RD 1028/2007— los 50 MW, un umbral que se antojaba elevado teniendo en cuenta el carácter pre-comercial de muchas de sus instalaciones.

En la actualidad, el procedimiento de autorización de las energías marinas se encuentra recogido en el RD 1028/2007, que establece el procedimiento administrativo de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial (68). La energía eólica ocupa el lugar principal en esta norma, regulando el procedimiento administrativo para la autorización de instalaciones de este tipo. Aun así, el Real Decreto prevé un procedimiento simplificado para construir y ampliar las instalaciones de renovables que se encuentran físicamente emplazadas en el mar territorial pero constitu-

---

(65) Así, se ha hecho preciso llevar a cabo estudios de batimetría de la zona, de geología, del subsuelo, mediante análisis geofísicos y magnetométricos, así como se han medido parámetros como la altura y dirección del oleaje, la velocidad y dirección de las corrientes, del viento, la temperatura. En ciertos casos, estos datos han sido transmitidos en tiempo real vía satélite.

(66) A diferencia de lo que sucede con las instalaciones eólicas, este procedimiento tenía un carácter simplificado para las tecnologías eólicas no renovables, debido a que se trataban de instalaciones de reducido tamaño y carácter experimental.

(67) Hay que llamar la atención a este respecto de cómo el Tribunal Constitucional ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad núm. 6031-2013, contra el artículo 1, apartados 2 y 3; disposición adicional primera; disposición transitoria tercera; disposición derogatoria única, apartado 2, y disposición final segunda del Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico (BOE núm. 273 de 14 de noviembre de 2013).

(68) Dicha norma supone un ejemplo de regulación especial que desarrolla el procedimiento de autorización de las instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial. El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 9 de abril de 2013, ha acordado admitir a trámite el conflicto positivo de competencia núm. 1470-2013, promovido por el Gobierno de Canarias contra el Real Decreto 1485/2012, de 29 de octubre, que modifica el Real Decreto 1028/2007, de 20 de julio, por el que se establece el procedimiento administrativo para la tramitación de las solicitudes de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial (BOE de 19 abril 2013).



yan «otras tecnologías de generación marinas (...) de tecnología diferente a la eólica», previendo también el emplazamiento de instalaciones más allá del mar territorial (zona contigua y zona económica exclusiva). En concreto, el art. 32 señala que las autorizaciones y concesiones administrativas precisas para la construcción y ampliación de las instalaciones de generación de electricidad de origen renovable que se encuentren ubicadas físicamente en el mar territorial y de tecnología diferente a la eólica, se rigen por un procedimiento simplificado que comienza con la solicitud de autorización administrativa regulada en el artículo 24 del Real Decreto 1028/2007 y que será regulado con carácter subsidiario de acuerdo con el Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre —de aplicación supletoria al Real Decreto 1028/2007—, que regula las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministros y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, no estableciéndose ninguna limitación mínima de potencia (69).

Dicho procedimiento establece, con carácter general, que la presentación de la solicitud de autorización administrativa de la instalación se realice de acuerdo con el artículo 122 del Real Decreto 1955/2000. Así, una vez realizados los estudios de investigación necesarios, el promotor deberá presentar una solicitud de autorización de la instalación ante el órgano correspondiente de las Delegaciones o Subdelegaciones del Gobierno que dependa funcionalmente del Ministerio de Industria Energía y Turismo, antes de la finalización de la reserva de zona. Dicha solicitud irá dirigida a la Dirección General de Política Energética y Minas. Asimismo, deberá presentar una serie de documentación (art. 25 del RD 1028/2007) que tendrá en cuenta las características, espacio ocupado y potencia instalada de la planta; el proyecto y estudio de impacto ambiental; y el proyecto para la ocupación de dominio público marítimo-terrestre.

La STC 3/2014, de 16 de enero de 2014, resuelve un conflicto positivo de competencia planteado por la Xunta de Galicia en relación con el Real Decreto 1028/2007, de 20 de julio (70) que atribuye a la Administración central todas las facultades para autorizar este tipo de instalaciones, partiendo de la base que, por ser instalaciones ubicadas en el mar territorial, corresponden al Estado (71). El Tribunal declara, la constitucionalidad de los preceptos reglamentarios estatales que regulan el procedimiento de autorización de instalaciones de generación eléctrica en el mar territorial, concluyendo (72) que las instalaciones de producción de energía en el mar territorial no se

---

(69) El solicitante, junto con su solicitud de autorización administrativa, deberá presentar ante la Dirección General de Política y Minas, resguardo de la Caja General de Depósitos de haber presentado un aval por una cuantía del 2 por ciento del presupuesto de la instalación. Con este aval se entenderá cumplida la fianza provisional exigida en el artículo 88.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, así como los avales regulados en los artículos 124 o 59 bis o, en su caso, 66 bis del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre.

(70) Modificado por el Real Decreto 1485/2012, de 29 de octubre.

(71) Aunque el Real Decreto impugnado exige para las instalaciones de generación eólica una potencia superior a 50 MW, no atribuye competencias a las Comunidades Autónomas para las instalaciones que no lleguen a dicha potencia, como demuestra el hecho de que la disposición final segunda habilite al Estado para intervenir en las instalaciones de pequeña potencia.

(72) *Vid.* SSTC 8/2013, de 17 de enero; 87/2013, de 11 de abril, y 99/2013, de 23 de abril, y 8/2013, de 17 de enero, FJ 5. Las competencias de las Comunidades Autónomas se circunscriben a su ámbito territorial, aunque ello no impide que el ejercicio de las competencias autonómicas pueda tener repercusiones fuera de la misma.

encuentran ubicadas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia, pues el territorio autonómico no se extiende al mar territorial(73).

Por lo demás, el procedimiento que regula el Real Decreto 1028/2007 para los parques eólicos es previo a la autorización de la instalación para cuyo otorgamiento se contempla la consulta a las Comunidades Autónomas. Y es que, las características especiales que conllevan los procedimientos de autorizaciones y permisos para la ejecución de proyectos de generación eléctrica en el mar, la pluralidad de Administraciones intervinientes y la diversidad de normativa que para estos casos resulta de aplicación, aconseja dictar una única norma que contemple en su totalidad dicho procedimiento. Ahora bien, la parte sustancial del procedimiento se divide en dos fases diferenciadas: en primer lugar, el otorgamiento inicial de la denominada «reserva de zona», que se inicia a instancia de parte, y entre la documentación que debe presentar el interesado, se encuentra la información necesaria para la tramitación del estudio de impacto ambiental(74). Y, en segundo lugar, la tramitación del procedimiento de autorización de las instalaciones, contando cada una de estas dos fases cuenta con una evaluación de impacto ambiental diferenciada.

En relación con este punto, encontramos la reciente aprobación de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental(75) que incluye como novedad(76) un

---

(73) Para el Tribunal (FJ 5) el Real Decreto no invade competencias de dicha Comunidad, al carecer de las mismas en lo que respecta al mar territorial; además no lesiona el principio de cooperación, dada la intervención que en el propio Real Decreto se atribuye a la Comunidad impugnante y, en todo caso, corresponde al Estado la competencia para autorizar instalaciones en el mar territorial, para lo que deberá tener en cuenta las consecuencias que produzcan en todos los ámbitos. Entiende el Tribunal que, «ni existe un reconocimiento estatutario explícito para el ejercicio de la competencia autonómica en materia de régimen energético sobre el mar territorial, ni ello deriva de la naturaleza con que esta competencia se ha configurado en el bloque de la constitucionalidad, ni, finalmente, la autorización de las instalaciones de producción de energía en el mar territorial resulta imprescindible, con carácter general, para el ejercicio de las competencias de las que la Comunidad Autónoma de Galicia es titular» (FJ 4). Sólo excepcionalmente pueden llegarse a ejercerse competencias autonómicas sobre el mar territorial, siempre y cuando exista un explícito reconocimiento estatutario o sólo cuando resulte imprescindible para el ejercicio de la competencia de la que es titular (STC 3/2014, de 16 de enero, FJ 3).

(74) «Recibida la documentación, el órgano estatal competente debe reunir, en el denominado documento de caracterización, todos los informes emitidos por las instituciones y Administraciones afectadas sobre las consecuencias que podría tener la posible implantación del parque eólico sobre el área que rodea. Si este documento no existe o si se prevé que su vigencia no se mantendrá hasta la resolución del procedimiento de concurrencia, se exige la elaboración de un nuevo documento de caracterización que debe tener en cuenta las repercusiones que el posible parque eólico tenga sobre la actividad pesquera, flora y fauna, aves, navegación marítima, navegación aérea, turismo, patrimonio histórico y arqueológico y sobre el paisaje, geomorfología y las comunidades biológicas del fondo marino, playas, dinámica litoral y la estabilidad de las costas adyacentes, espacios marinos sometidos a un régimen de protección ambiental, explotación de recursos minerales, defensa y seguridad, cables y las tuberías submarinas y cualquier otro que se considere de interés».

(75) La norma deroga, para unificar su contenido, la Ley 9/2006, de 28 de abril, sobre evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, y el texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Evaluación de Impacto Ambiental de Proyectos

(76) De este lado, introduce la revisión del instrumento de control previo, una visión por la cual se establece un esquema similar entre ambos procedimientos (de Evaluación de Impacto Ambiental y de Evaluación Ambiental Estratégica), estableciendo un procedimiento simplificado y ordinario para cada uno de estos instrumentos, resultando más exhaustiva, por su carácter homogeneizador entre CC.AA. e instrumentos, por su exigencia de capacidad técnica y responsabilidad ambiental de los autores de estudios ambientales; por reforzar el papel de la Conferencia Sectorial de Medio Ambiente; por excluir la posibilidad de recursos a expedientes que ponen fin a distintos procedimientos órgano ambiental; por establecer un procedimiento específico para la Red Natura; por incluir una regulación de bancos de conservación de la naturaleza...

procedimiento de evaluación ambiental simplificado, tanto para la Evaluación de Impacto Ambiental como para la Evaluación Ambiental Estratégica. Según el Anexo II, apartado h) de dicha Ley, están sometidos a la evaluación ambiental simplificada las Instalaciones para la producción de energía en medio marino (77).

Mediante este procedimiento, la norma pretende agilizar la tramitación de autorizaciones, simplificar los trámites, reducir las cargas, proporcionar seguridad jurídica, promover la unidad del mercado y evitar los procesos de deslocalización entre empresas (78). No obstante, y a falta de regulación más específica, entendemos que en un futuro las plantas de renovables marinas que superen los 30 MW o que se encuentren a menos de 2 km de otra planta en funcionamiento, en construcción, con autorización administrativa o con declaración de impacto ambiental, se deberían someter a un procedimiento de evaluación ambiental ordinario, y no simplificado, como sucede con los parques *eólicos offshore* (Anexo I, letra i) de la Ley 21/2013).

En general, y al margen de esto, la evaluación ambiental resulta indispensable para la protección del medio ambiente. Facilita la incorporación de los criterios de sostenibilidad en la toma de decisiones estratégicas, a través de la evaluación de los planes y programas. Y a través de la evaluación de proyectos, garantizando una adecuada prevención de los impactos ambientales concretos que se puedan generar. Las novedades procedimentales que se producen en este sentido, resultan positivas para el régimen de autorización de las energías marinas porque permiten acortar los plazos de resolución además de introducir mejoras procedimentales, favoreciendo el uso de las nuevas tecnologías.

Por último, el trámite de autorización exige cumplir con un procedimiento administrativo a través del cual es preciso obtener, únicamente a nivel estatal, una resolución ambiental expresa del MAGRAMA, una autorización administrativa por parte del Ministerio de Industria; una autorización de ocupación del dominio público del MAGRAMA (79); una autorización de la Marina Mercante que emite el Ministerio de Fomento; una aprobación expresa del proyecto por parte del Ministerio de Industria; y un acta de puesta en marcha del Proyecto. Por si fuera poco, estos requisitos se unen a los requerimientos de otras instancias para cumplir con los umbrales técnicos mínimos, y que incluyen, previamente a su conexión a la red eléctrica, notificar el alta de la instalación para generación eléctrica.

Por su localización, en zona de dominio público marítimo-terrestre, las plantas de energía marina requieren de permisos especiales que están regulados, entre otras, en

---

(77) Dicho procedimiento simplificado está dirigido a las modificaciones menores de planes y programas, y a la aprobación de planes y programas de poca incidencia, o que no se incluyan en el listado de los planes y programas sometidos al procedimiento ordinario.

(78) El órgano ambiental formulará el informe de impacto ambiental en el plazo de tres meses contados desde la recepción de la solicitud de inicio y de los documentos que la deben acompañar (art. 471 de la Ley 21/2013). En este sentido, es destacable que la Ley indica, expresamente y por primera vez, que si el procedimiento simplificado concluye con la necesidad de someter el proyecto a procedimiento ordinario se conservarán las actuaciones realizadas, por lo que no será necesario realizar nuevas consultas si el promotor decide solicitar a la administración que determine el alcance y contenido del estudio de impacto ambiental.

(79) A la hora de autorizar la concesión en dominio público marítimo-terrestre, la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y el Mar resolverá a la vista de la declaración de impacto ambiental y de la resolución del procedimiento de autorización de la instalación efectuada por la Dirección General de Política Energética y Minas. Dicho procedimiento también puede ser efectuado por la legislación reguladora del dominio público portuario, en caso de que la instalación se proyecte en un espacio de su competencia.

la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas (80), en la Ley 41/2010, de 29 de diciembre, de protección del medio marino (81) o en Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. Así, la tramitación de la preceptiva concesión de ocupación del dominio público marítimo-terrestre o portuario se realizará de conformidad con lo establecido en su legislación sectorial, e igualmente deberá someterse a los instrumentos de planificación ambiental que operen en este ámbito.

De este modo, certificamos cómo la instalación en el mar de captadores de energía marina constituye en ocasiones un trámite administrativo que puede resultar largo, costoso y, en términos burocráticos, bastante tedioso, provocando retrasos, elevados costes e incluso abandonos de la inversión (82). Por sus dimensiones, la inversión que requiere este tipo de energía, sus características propias y el gran interés que suscitan, creemos que este tipo de tecnologías deben contar con un procedimiento autónomo de autorización y permisos, integrado en la normativa nacional que resulta de aplicación. O, incluso, regulado en una norma independiente. Dicho procedimiento administrativo unificado atraería a la inversión privada y aumentaría la competitividad. La racionalización de las formas que se persigue por parte de los agentes públicos y privados no nos resulta, por el momento, lo suficientemente atractiva (83).

## V. Reflexiones finales: la energía marina en el escenario general de cambio de las renovables

Una de nuestras reflexiones se dirige a señalar cómo hasta la fecha no se han cumplido los objetivos establecidos en el Plan de Energías Renovables 2011-2020. La energía marina se encuentra en un estado tecnológico pre-comercial, donde pese a su gran potencial, puede decaer por la falta de fomento público y la inseguridad que genera en la inversión privada las nuevas reformas del sector de las renovables. En

(80) La proyección territorial del Estado se proyecta en la distribución competencial. Respecto a los espacios marítimos, la mención más específica es la del art. 132.2 CE que determina el carácter demanial de la zona marítimo—terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental.

(81) Resulta inevitable preguntarse si el proceso de gestación de la Ley 41/2010 no habrá influido en alguna medida en la fuerte reducción del objetivo de potencia eólica marina instalada que prevé el nuevo Plan de Energías Renovables 2011-2020, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 2011 y que ha rebajado el objetivo de potencia de la energía eólica marina a instalar de los 3.000 megavatios previstos en el Plan de Acción Nacional de Energías Renovables, a los 750 que ahora se señalan. Para un estudio amplio de esta norma, *vid.* ARANA GARCÍA, E. y SANZ LARRUGA, F. J. (Dirs.): *La ordenación jurídica del medio marino en España*, Civitas, Cizur Menor (Pamplona), 2012.

(82) Por la multiplicidad de aspectos cuya observancia contempla la legislación sobre autorizaciones de instalaciones en el mar, y de la falta de preparación de las estructuras administrativas para su aplicación a las energías marinas. En este sentido, *Vid.* PRIETO GALA, A (Dir.): «Desarrollo de las energías renovables marinas: Condiciones de éxito en las regiones de la RTA del Arco Atlántico», *Red Transnacional Atlántica*, 2010, p. 14.

(83) Ello, con la intención de dar a conocer los trámites necesarios para las instalaciones de generación de electricidad marinas, al mismo tiempo que permita a la Administración participar en la implantación de estas instalaciones, protegiendo de posibles impactos medioambientales los espacios físicos donde se sitúan. Estos aspectos alcanzan a cuestiones tan diversas como la geología, geomorfología y sedimentología sobre la que se ubican las instalaciones, hidrodinámicos, de calidad de las aguas, del paisaje...

general, dicha reforma insiste en racionalizar la oferta de energía. Pero es urgente reducir la inseguridad jurídica y la retracción de derechos individuales de los promotores. La regulación debe garantizar al inversor una rentabilidad calculada de un servicio que es, en última instancia, de interés general. De servicio público. De este lado, es primordial conseguir un equilibrio económico y financiero que proteja la inversión de las decenas de miles de instalaciones de energías renovables en España, cuya inversión está, a su vez, conectada a otros sectores de inversión generadores de empleo y crédito como el financiero y el empresarial. Ello, manteniendo el equilibrio presupuestario del Estado, pero dentro de un marco de decisión estratégico.

Estamos, como revelan algunos autores (ARANA GARCÍA), ante un debate jurídico que pone encima de la mesa principios como los de seguridad jurídica, confianza legítima, irretroactividad de las normas no favorables y de disposiciones restrictivas de derechos individuales, interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, medidas expropiatorias o confiscatorias, riesgo regulatorio, estabilidad presupuestaria, previsibilidad, interés público, etc. (84), siendo ya muchos los pronunciamientos jurisprudenciales que sobre la base de las reformas energéticas han resuelto esta difícil ponderación de principios.

Por este motivo, se debe establecer un debate jurídico sobre los términos en los que se ha planteado la reforma de las renovables. Y es que, a pesar de que los Tribunales han declarado, norma a norma, que el nuevo sistema retributivo no contradice el principio de seguridad jurídica (85), sí es cierto que existe un peligro desincentivador ante el nuevo enfoque de «riesgo regulatorio» por cuanto el recorte de las primas o pagos regulados del régimen especial es, en última instancia, una revisión global del sistema que contradice la decisión estratégica del Estado, por muy nefastos que resultaran en su día sus cálculos (86).

Por sectores, la energía eólica es una de las más perjudicadas con la reforma, seguida de la fotovoltaica. Pero en términos relativos, la energía marina se verá afectada por cuanto el nuevo método de cálculo de primas, el engranaje helicoidal del sistema, establece la estandarización de todas las energías renovables sin tener en cuenta su coste de producción ni las tecnologías utilizadas.

El plan de apoyo que recogía el RD 661/2007 establecía un período de vida útil de las plantas renovables de 30 años, pero este período de amortización es por lo general más extenso en el caso de las energías marinas, así que la reducción de estos plazos a efectos de la vida útil que introduce la nueva normativa, no beneficia a las plantas de generación de energía marina. La nueva regulación pretende que el régimen retributivo de las energías renovables actúe con base a su participación en el mer-

---

(84) Como explica ARANA GARCÍA, E.: «La nueva Ley del sector eléctrico...», *op. cit.* Como explica el autor, hasta ahora, los pronunciamientos jurisprudenciales otorgan validez a los cambios reglamentarios (*Vid.*, entre otras, las SSTS 9-12-2009, 5-7-2005, 25-10-2006, 20-3-2007, 9-10-2007, 3-12-2009, 9-12-2009, 8-6-2011, 23-2-2012, 1-3-2012, 12-4-2012, 19-4-2012, 26-6-2012, 25-6-2013 y 13-01-2014).

(85) En general estas Sentencias aluden a la ausencia de un derecho de prima de carácter permanente, al supuesto de que las modificaciones tecnológicas o los cambios económicos justifican la revisión de los parámetros iniciales del cálculo de tarifa, y a la existencia de un riesgo regulatorio en el sector de las renovables que no garantiza una rentabilidad sostenida. Véase un análisis detallado de esta jurisprudencia en RUIZ OLMO, I.: «Las renovables ante los recientes cambios normativos: el episodio jurisprudencial del RD 1565/2010, que modifica la tarifa retributiva de la energía fotovoltaica», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 3 de marzo de 2014.

(86) Partidario de esta opinión se muestra ARANA GARCÍA, E.: «La nueva Ley del sector eléctrico...», *op. cit.*

cado, complementado los ingresos de mercado con una retribución regulada específica que permita a estas tecnologías competir en igualdad con el resto de tecnologías en el mercado, cubriendo los costes mínimos del sistema. Ahora bien, en el cálculo de la retribución específica se considerará, para una instalación tipo, los ingresos por la venta de la energía generada valorada al precio del mercado de producción, los costes de explotación medios necesarios para realizar la actividad y el valor de la inversión inicial de la instalación tipo, todo ello para una empresa eficiente y bien gestionada. ¿Pero cómo podemos medir la eficiencia de una empresa y su gestión cuando nos movemos en un ámbito como el de la energía marina que no acredita todavía una experiencia comercial?

Las últimas reformas tienden a penalizar las inversiones que necesitan un plazo mayor de amortización. Sin embargo, las medidas apuntan también a que las plantas renovables seguirán percibiendo unos ingresos adicionales del mercado hasta el final de su vida útil regulatoria, siempre que no hayan alcanzado esta rentabilidad. La importancia de este hecho radica en conocer la determinación de este dato y la cuantificación del valor inicial de la inversión, al tratarse de parámetros no revisables. Ello debería favorecer el cálculo de la prima de las marinas donde los plazos de amortización y rentabilidad de las plantas son muy elevados, y la inversión inicial también lo es. Dicho factor resulta representativo para cada instalación tipo, en función de la vida de diseño de los equipos principales y considerando que se llevan a cabo las actuaciones de mantenimiento preventivo y correctivo adecuadas. Sin embargo, la vida útil regulatoria tal y como queda fijada para las energías marinas en el artículo 5.1 de la Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, es de 20 años, valor inferior al del resto de tecnologías e insuficiente para este tipo de instalaciones.

Las modificaciones aprobadas en los últimos años perjudican sobre todo a las tecnologías maduras que podrían ser viables económicamente sin necesidad de la existencia de sistemas de apoyo. Pero entre estas tecnologías no se encuentran las energías renovables marinas. Así, se ha destacado que el desarrollo de la energía marina requiere de una voluntad política decidida y de estrategias a largo plazo como precondition, que incluya medidas para el progreso tecnológico, financiación, infraestructuras de investigación y de pruebas, etc. (87) En nuestra opinión, para dar un mayor impulso a las energías marinas, es necesario:

- Establecer una regulación clara y sencilla que permita la tramitación de procedimientos simplificados para que este tipo de proyectos sean rentables, agilizando todavía más los procedimientos administrativos de autorización y concesión, pero no necesariamente los de evaluación ambiental.
- Incentivar la construcción de instalaciones más pequeñas que tengan también un menor impacto ambiental.
- Otorgar al promotor seguridad jurídica para evitar que, por ejemplo, una vez obtenida la reserva de zona, la concesión final pueda recaer sobre otro promotor.
- Mejorar la regulación de la energía marina con leyes independientes que actúen dentro del sector de las renovables.

---

(87) En este sentido, *vid.* PRIETO GALA, A (Dir.): *Desarrollo de las energías renovables marinas: Condiciones de éxito en las regiones de la RTA del Arco Atlántico, Red Transnacional Atlántica*, 2010, p. 14.

- Hacer un esfuerzo de estandarización de las instalaciones, no solo en términos de eficiencia económica (inversión inicial, costes de explotación y características de cada planta), sino también en cuanto a los procedimientos administrativos.
- Insistir en la necesidad de seguir investigando los dispositivos técnicos para mejorar la competitividad económica. Así, como la trascendencia que tiene racionalizar el reparto de competencias administrativas que se proyectan en la franja del mar territorial en materia de renovables(88). Por consiguiente, se debe alcanzar un grado de vinculación mayor entre la energía marina y otros instrumentos de planificación sectorial que se proyectan sobre el mar territorial (estrategias marinas, planes hidrológicos, planificación portuaria, planes de ordenación y recursos naturales, planes de ordenación territorial...)

En definitiva, uno de los principales retos que enfrenta la energía marina son los altos costes de su tecnología, el difícil acceso a la financiación, los problemas en las infraestructuras; así como las trabas administrativas y su posible impacto sobre el medio ambiente. En España no se ha arbitrado una regulación específica para las energías marinas, estableciéndose tan sólo un procedimiento de autorización análogo al de la energía eólica *offshore*. En este sentido, es necesario dotar a las renovables marinas de una regulación independiente con el fin de anticipar su desarrollo durante las próximas décadas, y como forma de elevar el compromiso político y social con el medio ambiente.

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

---

(88) Sobre esta cuestión, *vid.* BACIGALUPO SAGGESE, M.: «La distribución de competencias entre el estado y las comunidades autónomas en materia de energías renovables», *Revista d'estudis autonòmics i federals*, núm. 10, abril 2010, pp. 286-329.

**LABURPENA:** Sektore Elektriakoaren Lege berriak eragina du, batik bat, energia berriztagarrien ekoizleek lortzen dituzten primen ordainketa-sisteman. Pizgarri publikoen bakesean hazi den sektore baten finantza-desorekak murriztu nahi dira botere exekutiboak krisialdian onartutako neurri zorrotzen bidez. Aldaketa horiek arriskuan jarri dute, baina, Espainiako ekonomian lider bihurtuta zegoen industria baten bideragarritasuna, eta gatazkak sortu dira gure Ordenamenduaren oinarritzko printzipioekin, adibidez lehia, mesedegarri ez diren arauen atzeraeraginik eza, segurtasun juridikoa, interes publikoa, etab.

Energia berriztagarri guztien artetik itsas energia hautatu dugu, arautegi-aldaketek nola eragiten dioten aztertzeko. Merkaturatu aurreko fasean dagoen arren, itsas energia aurreikuspen handiko energia berriztagarria da, ingurumenaren gaineko eragin positibo duena; horregatik, etorkizunean hornidura elektrikoa modu jasangarrian emango duen esperantza dago. Itsas energia berriztagarriek beren arautegi berezia eduki behar dutela azzimarratzen dugu lan honetan, datozen hamarkadetan izango duen garapenari aurre hartzeko, eta ingurumenarekiko konpromiso soziala eta politikoa areagotzeko.

**HITZ GAKOAK:** Garapen jasangarria. Klima-aldaketa. Energiaren erreforma. Energia berriztagarriak. Itsas energia.

**RESUMEN:** La nueva Ley del Sector Eléctrico establece un esquema regulador complejo que afecta, sobre todo, al sistema retributivo de primas que obtienen los productores de energías renovables. Las drásticas medidas aprobadas por el ejecutivo en tiempos de crisis pretenden atajar los desequilibrios financieros de un sector que ha crecido al amparo de incentivos públicos. Pero los cambios amenazan la viabilidad de una industria que se había convertido en líder de la economía española, al mismo tiempo que plantean conflictos que están relacionados con principios básicos de nuestro Ordenamiento, como el de competencia, libre concurrencia, irretroactividad de las normas no favorables, seguridad jurídica, interés público, etc.

De entre las diversas fuentes de energía renovables que existen, en este trabajo nos centramos en analizar el régimen de la «energía marina» u «oceánica» comprobando cómo les afectan estos cambios normativos. A pesar de encontrarse en fase pre-comercial de desarrollo tecnológico, la energía marina es una fuente renovable de gran predicción que tiene un impacto ambiental positivo, lo que hace que se hayan depositado en ella muchas esperanzas para garantizar el suministro eléctrico, de manera sostenible, en el futuro. En este trabajo señalamos la necesidad de dotar a las renovables marinas de una regulación independiente con el fin de anticipar su desarrollo en el transcurso de las próximas décadas, y como forma de elevar el compromiso político y social con el medio ambiente.

**PALABRAS CLAVE:** Desarrollo sostenible. Cambio climático. Reforma energética. Energías renovables. Energía marina.

**ABSTRACT:** The new Act of the Electrical sector sets up a complex regulating framework that covers above all the tariff system of premiums by the renewable power producers. The drastic measures enacted by the executive in crisis times try to stop the financial imbalances of a sector that expanded protected by public incentives. But changes threaten the viability of an industry that had become leader in the Spanish economy and at the same time they create conflicts related to basic principles of our legal order as competence, free competition, non retroactivity of the unfavourable norms, legal certainty, public interest, etc.



From amongst the several renewable power sources that exist, in this work we focus on the regime of «offshore energy» or «ocean energy» checking how normative changes do affect it. In spite of being on a pre-commercial stage of technological development, offshore energy is a renewable source with great prediction that has a positive environmental impact which has made to place hopes in it so as to assure the power supply in the future in a sustainable way. In this work we note that the need to provide renewable oceanic sources with an independent regulation with the aim of foreseeing their development over the course of next decades and as a way to rise the political and social commitment with environment.

**KEYWORDS:** Sustainable development. Climatic change. Power reform. Renewable energies. Offshore energy.



# La apertura de establecimientos comerciales y la venta ambulante en el ámbito local catalán en la actualidad (1)

Belén Noguera de la Muela

**Sumario:** I. Introducción.—II. El contenido de la directiva de servicios y sus implicaciones para los entes locales.—III. El régimen local de autorizaciones comerciales a la luz del impacto de la directiva de servicios. III.1. La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Paraguas). III.2. La Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley Paraguas (Ley Ómnibus): las reformas introducidas en materia de licencias municipales. III.3. La Ley 1/2010, de 1 de marzo, de comercio estatal (LOCM 2010). III.4. Las reformas introducidas por la Ley de Economía Sostenible de 4 de marzo de 2011 y los Reales Decretos Ley 3/2011 y 8/2011, de 1 de julio. La supresión de las licencias. III.5. La eliminación de las licencias municipales vinculadas con las actividades comerciales minoristas en la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (LMLC). III.6. La normativa comercial catalana en materia de equipamientos comerciales.—IV. De la directiva bolkenstein a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) y su aplicación a la ordenación del comercio interior: breve referencia.—V. Régimen jurídico de la venta ambulante en Cataluña. Especial referencia a la venta ambulante en el municipio de Barcelona

## I. Introducción

La actividad comercial constituye, sin lugar a dudas, un importante sector de la actividad económica de nuestro país, dinamizador de la misma y también del empleo, que ha sido objeto de atención a lo largo de los años por todas las Administraciones, esto es, la estatal, la autonómica y la local, que han intervenido con distintos objetivos y a través de diversas técnicas jurídicas, aunque sin duda en el inicio del intervencionismo administrativo sobre el comercio interior, fueron los Entes Locales los sujetos públicos con mayores responsabilidades esta materia (2).

---

(1) Este trabajo se enmarca en el proyecto del Ministerio de Educación «Público y privado en la ordenación y prestación de actividades y servicios: intereses generales, derechos sociales y libertades económicas» (DER2012-32130).

(2) PALOMAR OLMEDA, A. (2013): «El principio de libertad de empresa. La libertad de establecimiento comercial: La distribución de competencias en la ordenación del sector», en *La regulación del comercio minorista* (Dir.: A. B. Campuzano y A. Palomar Olmeda), Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 25-66; TOR-

De ahí que, en las páginas que siguen vamos a centrarnos en cuál es hoy el papel de la Administración local catalana en este sector. Bastando ahora con recordar en términos generales la significación de la apertura de locales comerciales con licencia municipal, el control respecto a las condiciones higiénico-sanitarias de determinadas actividades comerciales (sector alimentario), la cuestión de los horarios comerciales, la promoción de ferias y mercados, etc. Esfera competencial que ha venido ejerciéndose mediante una serie de potestades de intervención que han permitido a los entes locales afrontar la ordenación de la actividad comercial dentro del marco diseñado por el legislador sectorial, a través de la promulgación de ordenanzas, elaboración de Planes o Programas y las licencias.

Pues bien, analizar cuál es la situación de los municipios catalanes en este ámbito nos llevará a tener presente la diversa legislación sectorial, ya sea comercial estatal (LOCM) y otras normas estatales relacionadas (LBRL, LES, la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado), así como la normativa urbanística y de comercio interior de Cataluña, la Carta Municipal de Barcelona de 1998, puesto que la LBRL y el Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña (Decreto Legislativo 2/2003, de 28 de abril) remiten las concretas competencias locales a las leyes sectoriales para ver las fórmulas que permiten canalizar el derecho de los municipios catalanes a intervenir en los asuntos públicos relativos a comercio que afecten de forma directa al círculo de sus intereses. Estudio que, obviamente, se va a abordar desde el impacto que ha producido la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los Servicios en el mercado interior(3) en nuestro ordenamiento en general y en el

---

NOS MAS, J. (1991): «Ordenación constitucional del comercio», en *Estudios sobre la Constitución Española. Libro Homenaje al Profesor E. García de Enterría*, Civitas, Madrid; REBOLLO PUIG, M. (2013): «Competencias estatales, autonómicas y locales», en *Derecho de la Regulación económica IX. Comercio Interior* (Dir.: M. Rebollo Puig), Tomo I, Iustel, pp. 199-345.

(3) Sin ánimo de exhaustividad, se han referido a la Directiva 123/2006/CE: FERNÁNDEZ, T. R. (2007): «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007; IDEM (2008), «La ordenación del comercio interior y la Directiva de servicios 2006/123» en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 48, pp. 499 y ss; LINDE PANIAGUA, E. (2008): *Revista de Derecho de la Unión Europea* n.º 14, dedicado monográficamente a la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior (La Directiva Bolkestein) y editado por la UNED y Colex, Madrid; DE LA CUADRA SALCEDO JANINI, T. (2007): «¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o desregulación?», *Revista Española de Derecho Europeo* n.º 22, Madrid, pp. 237-280; SALVADOR AREMNDÁRIZ, M. A. y VILLAREJO GALENDE, H. (2007): «La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra* núm. 44, pp. 45-86; MUÑOZ MACHADO, S. y FERNÁNDEZ, T. R. (2008): «La Directiva Bolkestein: Liberalización al servicio del consumidor», *Revista APD: Asociación para el Progreso de la Dirección*, núm. 231; D'AGUNTO, S. (2007): «Directive Services (2006/123/CE): radiographie juridique en dix points», *Revue du droit de l'Union Européenne* n.º 2, pp. 261-327; PELOW, K (2008): «La libre prestation de services Dans la Directive n.º 2006/123/CE», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.º 44, pp. 67-118; BARNARD, C. (2008): «Unraveling the Services Directive», *Common market Law Review*, 45, pp. 323-394 y DAVIS, G. (2007): «The Services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration», *European Law Review* n.º 2, pp. 232-245. También recientemente en España, LÓPEZ PÉREZ, F. (2009): *El impacto de la Directiva de servicios sobre el urbanismo comercial (por una ordenación especial de los grandes establecimientos comerciales)*, Atelier; DE LA CUADRA SALCEDO, T. (2009): *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*. Ed. Marcial Pons, Madrid; RIVERO ORTEGA, R. (Dir.) (2009): *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor; AA.VV.: *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios* (2009), 25.ª edición del Libro Marrón, Círculo de Empresarios, Madrid; RIVERO ORTEGA, R. (2009): «Antecedentes, principios generales y repercusiones administrativas de la Directiva de Servicios: Problemas de su transposición en España», *Revista de Estudios Locales*, número monográfico; NOGUERA DE LA MUELA, B. (2011): «El impacto de la Directiva de Servicio sobre el sector del comercio: en especial, el caso de Cataluña» *RAP* núm. 184; ÍDEM (2013): «Las repercusiones de la Di-

mundo local en particular, teniendo presente que la imbricación Ley-Ordenanza va a condicionar el análisis que se haga en relación al papel que las Entidades Locales ostentan como sujeto obligado por la Directiva Bolkestein, quedando éstas condicionadas en gran medida por lo que ha establecido en su transposición el legislador estatal y/o autonómico, no especialmente proclives a las competencias locales.

## II. El contenido de la directiva de servicios y sus implicaciones para los entes locales

El logro de un mercado único de servicios se ha configurado como una de las metas fundamentales del proyecto de construcción europea y «ha sido una de sus piedras angulares (...) desde su origen». Es en este proceso, en donde se enmarca la Directiva Bolkestein, que se erige en elemento clave para la realización de las reformas estructurales que hagan posible la consideración de un verdadero mercado único de servicios, y que constituyen un factor esencial de la estrategia «Europa 2020», en virtud de la cual «debe crearse un mercado único y abierto de servicios sobre la base de la Directiva de Servicios» (4).

Han transcurrido más de tres años desde que finalizó el plazo previsto para la incorporación de la Directiva 2006/123/CE a nuestro derecho interno, y ciertamente el

---

rectiva de Servicios en la implantación de los equipamientos comerciales. El nuevo régimen previsto en Cataluña tras la Ley 9/2011, de 29 de diciembre, de promoción de la actividad económica», en *Prestación de servicios, Administraciones Públicas y Derecho Administrativo. Especial referencia al Derecho Ambiental* (Dir. L. Casado), Tirant lo Blanch; FERNÁNDEZ TORRES, J. R. (2011): «La apertura de grandes establecimientos comerciales no puede quedar sujeta a consideraciones económicas (Comentario a la STJUE, de 24 de marzo de 2011, Comisión c. España, as. C-400/08)», *Revista de Urbanismo y Edificación*, n.º 23, pp. 131-147; IDEM (2011): «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable» en *Revista Catalana de Dret Públic* n.º 42, pp. 85-114; AA.VV. (2010): «El impacto de la Directiva Bolkestein y la reforma de los servicios en el Derecho Administrativo» (Dir. E. Moreu Carbonell), *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza; AA.VV. (2010): «Retos de la Directiva de Servicios», *Revista Catalana de Dret Públic* n.º 42, in totum (Dir.: B. Noguera y S. Sartorio); VILLAREJO GALENDE, H. (2011): «El nuevo régimen de autorizaciones comerciales en España. Una lectura hitchcockiana de los efectos de la Directiva de Servicios: ¿De psicosis a sabotaje?», *RCDP* núm. 42, pp. 217-253; AA.VV. (2009): *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo* (Dir. H. Villarejo Galende), Edit. Comares, Granada; GAMERO CASADO, E. (2011): «Urbanismo comercial y libertad de empresa tras la Directiva de Servicios: el nuevo régimen de instalación de grades superficies minoristas en Andalucía», en *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*, Iustel, Madrid, pp. 639-688; AAVV (2012): *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales* (Dir. Aguado i Cudolá, V. y Noguera de la Muela, B.), Atelier; AAVV (2013): *La termita Bolkestein* (Dir. Alba Nogueira), Dykinson, 2012; REBOLLO PUIG, M. (2013): «Competencias estatales, autonómicas y locales...», *op. cit.*, pp. 322-345.

(4) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, J.R. (2012): «Significado y fundamentos de la Directiva de Servicios» en *El impacto de la Directiva de Servicios en las Administraciones Públicas: Aspectos generales y sectoriales* (Dir.: V. Aguado y B. Noguera), Atelier, pp. 43-44; LAGUNA DE PAZ, J. C. (2009): «La Directiva de Servicios: El estruendo del parto de los montes», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, pp. 42-51; PAREJO ALFONSO, L. (2009): «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkestein: La interiorización, con paraguas y en ómnibus de su impacto en nuestro sistema». *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, junio, pp. 34-41; VILLAREJO GALLENDE, H., SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A. (2009): «El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios», en *Informe de Comunidades Autónomas 2008*, vol. I, Ed. Instituto de Derecho Público, Barcelona; GONZÁLEZ GARCÍA, J. (2009): «La transposición de la Directiva de Servicios: Aspectos normativos y organizativos en el Derecho español», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 32; NOGUERA DE LA MUELA, B. (2011): «El impacto de la directiva de Servicios sobre el sector del comercio: en especial, el caso de Cataluña», *RAP* n.º 154, pp. 237-241; FUERTES LÓPEZ, M. (2011): «Luces y sombras en la incorporación de la Directiva de Servicios», *RCDP* n.º 42, pp. 57-83; TRAYTER JIMÉNEZ, J.M. (2012): «Presente y futuro de los Colegios Profesionales», en *El impacto de la Directiva... op. cit.*, pp. 175-212.

proceso de transposición ha sido altamente complejo, comportando la modificación de algunos de los elementos estructurales de nuestro Derecho administrativo, habida cuenta que no se trata de una norma europea más, sino que ha traído aparejada una auténtica revolución administrativa en los ordenamientos de los Estados Miembros de la Unión Europea, no siendo el nuestro una excepción (5).

Así, y por lo que se refiere a las Entidades Locales, es evidente que éstas han quedado afectadas plenamente por el proceso de transposición «en el ámbito de sus competencias», estando llamadas a desempeñar un papel importante en las tareas que conducen al logro de los objetivos marcados por la Directiva de Servicios.

Si bien, recordemos que la Directiva Bolkestein diseña un marco jurídico que, básicamente, descansa de una parte en un programa de simplificación administrativa, la creación de ventanillas únicas y el impulso de medios electrónicos; y de otra, en una serie de reglas que suponen un cambio esencial del régimen de autorizaciones administrativas, cuya regla es la prohibición de intervenciones autorizatorias con carácter previo, salvo que tal régimen no sea discriminatorio, esté justificado por una «razón imperiosa de interés general» (RIIG) y que el objetivo perseguido no pueda conseguirse con una medida menos restrictiva (art. 9.1 DS). Además, la norma comunitaria precisa los requisitos que, por ser considerados especialmente restrictivos, estarán prohibidos (esta *lista negra* del art. 14 DS incluye las pruebas económicas o la participación de los competidores en el procedimiento, de gran relevancia para el sector comercial) y también aquellos otros requisitos que, por considerarse potencialmente restrictivos, se encuentran sometidos a evaluación para justificar que no son discriminatorios y son necesarios y proporcionales (en la *lista gris* del artículo 15 DS se encuentran, por ejemplo, los límites fijados en función de la población o de distancias geográficas mínimas entre prestadores o los requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una forma jurídica particular).

También el legislador comunitario diseña un modelo general y supletorio del régimen autorizatorio (arts. 10 a 12 DS) recogiendo lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al disponer que los regímenes de autorización deberán basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria y deberán tales criterios ser: objetivos, claros e inequívocos, hechos públicos con antelación, transparentes y accesibles (art. 10.2 DS). Exigiéndose, además, «un sistema procedimental que asegure la libre competencia, la transparencia y la imparcialidad: un sistema procedimental suficientemente accesible y adecuado para garantizar a los interesados que sus solicitudes serán tramitadas en un plazo razonable (...) y que podrán, además, recurrir judicialmente contra las eventuales denegaciones de autorización (...), que deberán estar debidamente motivadas». Rechazándose la participación de competidores en el diseño y en la tramitación de los procedimientos de autorización, ya sea directa o indirectamente, a través de órganos consultivos, y exigiéndose que los procedimientos no tengan una duración excesiva, manifestando sus reservas a la posibilidad de otorgamiento de las autorizaciones con eficacia sólo para un ámbito territorial reducido, habida cuenta que este tipo de exigencias colocan en situación de desventaja a un posible competidor. En este sentido, en el 10.4 DS se establece que la autorización debe concederse por período ilimitado y permitir prestar la actividad en todo el territorio na-

(5) SALVADOR ARMENDARIZ, M. A. (2012): «El impacto de la Directiva de Servicios en la Administración: una reflexión general», en *El impacto de la Directiva de Servicios en... op. cit.*, p. 215.

cional, salvo justificación para autorización específica. Además, la denegación o retirada de la autorización debe ser motivada e impugnabile mediante recurso judicial y el silencio positivo opera con carácter general (art. 13.4 DS), recogándose el derecho a recibir «acuse de recibo» lo antes posible (6).

A la vista de todos estos parámetros, vamos a ver en qué se han traducido las obligaciones que se derivan del contenido de la Directiva de Servicios para las Entidades Locales de Cataluña y, concretamente, en el sector de las actividades comerciales, que ha de enmarcarse en el contexto de los cambios que se han producido en la legislación básica, no sin antes señalar que por lo que se refiere a aquellos otros mandatos de carácter instrumental y de menor intensidad, recogidos también en la DS, y relativos a la simplificación administrativa, la ventanilla única y al impulso de los medios electrónicos, lo difícil es que los Entes Locales cuenten con los recursos económicos necesarios para poner en marcha ciertas medidas que hagan que aquéllos sean una realidad.

### **III. El régimen local de autorizaciones comerciales a la luz del impacto de la directiva de servicios**

Prácticamente culminado el proceso de transposición de la Directiva Bolkestein por la diversa legislación estatal y autonómica, a saber la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Paraguas); Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Ómnibus); y la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible; y a nivel autonómico, la Ley 26/2010, de 3 de agosto, de régimen jurídico y procedimiento administrativo de las Administraciones Públicas de Cataluña, amén de otras normas sectoriales de interés, como son las relativas al comercio (Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y subsiguientes adaptaciones autonómicas, concretamente en Cataluña el Decreto Ley 1/2003, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña tras la reforma de la Ley 9/2011, de 29 de diciembre de promoción de las actividades económicas), debemos atender en primer término a los principales cambios que la normativa básica estatal ha introducido y que tienen incidencia en el ámbito local en general y en el catalán en particular, para luego detenernos en la normativa autonómica catalana.

#### **III.1. La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley Paraguas)**

Como es sabido, el Gobierno español empleó diversos niveles para incorporar la Directiva de Servicios a nuestro Derecho interno, y uno de ellos fue la Ley 17/2009, comúnmente conocida como «Ley Paraguas». Una ley de carácter general, horizontal

---

(6) Entre otros: FERNÁNDEZ, T. R. (2007): «Un nuevo Derecho...», *op. cit.*; ÍDEM (2008): «La ordenación del comercio...», *op. cit.*; SALVADOR ARMENDARIZ, M. A. y VILLAREJO GALENDE, H. (2007): «La Directiva de servicios...», *op. cit.*, pp. 45-86; MUÑOZ MACHADO, S. y FERNÁNDEZ, T. R. (2008): *La Directiva Bolkestein: liberalización...*, *op. cit.*

y transversal que tiene por objetivo establecer las disposiciones necesarias para facilitar el libre establecimiento, la libre prestación de servicios, simplificando los procedimientos y fomentando un nivel adecuado de calidad en los servicios, y siendo de aplicación a los servicios que son ofrecidos en España tanto por prestadores establecidos en nuestro país, como en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea.

Así, la Ley paraguas ha supuesto un primer paso en la transposición, una transposición parcial que ha dado lugar a una secuencia de modificaciones normativas(7), y de todas ellas, de la fidelidad con que la DS ha sido incorporada a nuestro ordenamiento depende el éxito o fracaso de la misma. A todo ello, hay que sumar también la necesaria coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, suscitándose una serie de cuestiones que tienen que ver con su naturaleza, posición que ocupa en el sistema normativo y aspectos competenciales.

Así, el Consejo de Estado, en su Dictamen 99/2009, de 18 de marzo, ya puso de manifiesto que se podía haber actuado en la transposición de la DS acudiendo a las modificaciones sectoriales directamente(8), cosa que no se ha hecho, contando por el contrario, en la Ley Paraguas, con una «disposición con escasa virtualidad normativa y que no despliega plenamente sus efectos (...); sus preceptos contienen meras proposiciones descriptivas (...), y más parecen una segunda exposición de motivos que el articulado de una Ley(9). De ahí que fuese imprescindible se pasara a la segunda fase y se dictará la Ley Ómnibus, que después trataremos.

Ciertamente, esta norma ha suscitado muchas críticas (M. Fuertes, M.A. Salvador Armendariz, T. de la Cuadra Salcedo...) porque pocos problemas resuelve, y no modifica ni elimina traba alguna. Respecto de las entidades locales, resulta de interés lo que prevé en su Disposición derogatoria, que tiene efectos respecto de las ordenanzas vigentes en la fecha de entrada en vigor de la Ley Paraguas (el 24 de diciembre de 2009) que fuesen contrarias a ella, al disponer que:

«1. Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley.

2. No obstante, las disposiciones vigentes a la entrada en vigor de esta Ley que resulten incompatibles con los capítulos II, III; el artículo 17.1 del capítulo IV y los artículos 24 y 25 del capítulo V mantendrán su vigencia hasta que sean objeto de reforma expresa y, en todo caso, quedarán derogadas el 27 de diciembre de 2009.»

Así, una vez se ha cumplido el plazo de transposición de la Directiva Bolkestein, esto es, el 28 de septiembre de 2009, cualquier norma (leyes estatales, autonómicas, reglamentos, ordenanzas...) que sea contraria a lo previsto en materia de libertad de

(7) BERENQUER FUSTER, L. (2009): «Comisión Nacional de la Competencia y transposición de la Directiva de Servicios», en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, 25.ª ed. del Libro Marrón, Círculo de Empresarios, p. 72; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (2009): «La larga marcha por la libertad...», *op. cit.*; SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A. (2007): «La directiva de servicios y su transposición...», *op. cit.*, pp. 130 a 132; RIVERO ORTEGA, R. (2009): «La transposición de la Directiva de Servicios en España», en RIVERO ORTEGA, R. (Dir.), *Mercado Europeo y Reformas Administrativas*, pp. 73-77.

(8) Igualmente se pronuncia PAREJO ALFONSO, L. (2009): «La desregulación...», *op. cit.*, p. 39.

(9) Dictamen 99/2009, de 18 de marzo, del Consejo de Estado, sobre el Anteproyecto de la Ley Paraguas, p. 21.



establecimiento (capítulo II), libre prestación de servicios (capítulo III), los requisitos prohibidos, etc. puede considerarse derogada *ope legis*.

En cualquier caso, la Ley Paraguas, dictada al amparo de los artículos 149.1.1, 149.1.18 de la CE, se trata de una Ley básica y general en el contexto del sistema normativo; y lo es en relación con el resto de leyes estatales sectoriales tal como se desprende de la lectura de su artículo 5.1, así como en el marco legislación básica — legislación autonómica. Por tanto, sus preceptos van dirigidos a establecer un común denominador normativo, y recordemos que el Estado cuando dicta normas uniformes para todas las Administraciones Públicas, en virtud del art. 149.1-18 CE queda vinculado por esas normas básicas y no puede legítimamente dictar leyes posteriores que deroguen de forma singular la regla común, puesto que la función constitucional de tal norma básica es garantizar un estatus uniforme. En consecuencia, en el hipotético caso de existir un conflicto entre dos normas estatales, debe aplicarse el principio de autovinculación del Estado a su normativa básica(10). A lo que debemos sumar que, a la vista de la letra de las distintas disposiciones transitoria y derogatoria única de la Ley Paraguas(11), el resultado de su aplicación puede comportar que a través de una norma estatal transversal —como es la Ley Paraguas— se pudiesen derogar normas autonómicas de carácter sectorial que la contradigan. Posibilidad, por otra parte, que no parece ser la más respetuosa con el marco competencial previsto por la Constitución(12), y que pone de relieve las dificultades que este modelo estatal de transposición plantea.

---

(10) Tal como señaló BAÑO LEÓN, J. M.<sup>a</sup> (2000) («La influencia del derecho comunitario en la interpretación de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas», *Revista de Administración Pública* núm. 151, p. 24), «este plusvalor de la Ley básica estatal frente a normas posteriores, se transforma en una prevalencia de la normativa básica en caso de conflicto frente a la norma estatal posterior. No juega en tal situación ni la regla de la derogación de la ley posterior ni el principio de especialidad, aplicación de la ley especial ante la general. Sencillamente y con fundamento en el principio de lealtad constitucional y en el propio carácter de la norma básica, la ley estatal posterior es inconstitucional».

(11) Disposición transitoria. Régimen transitorio.

«1. Los procedimientos de autorización iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se tramitarán y resolverán por la normativa vigente en el momento de la presentación de la solicitud. Si la tramitación y resolución se produce a partir del 28 de diciembre de 2009 y la normativa de aplicación incluye requisitos prohibidos según el artículo 10 de esta Ley, éstos no se tendrán en cuenta por el órgano competente. No obstante, el interesado podrá, con anterioridad a la resolución, desistir de su solicitud y optar por la aplicación de la nueva normativa.

2. En tanto no se apruebe el desarrollo reglamentario a que se refiere la Disposición adicional cuarta, referida a las notificaciones a la Comisión Europea, éstas se realizarán a través de la Secretaría de Estado para la Unión Europea.

3. La eventual revisión o evaluación de la normativa reguladora del procedimiento de autorización no podrá constituir elemento para la no concesión de las autorizaciones solicitadas.»

Disposición derogatoria.

«1. Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley.

2. No obstante, las disposiciones vigentes a la entrada en vigor de esta Ley que resulten incompatibles con los capítulos II, III, el artículo 17.1 del capítulo IV y los artículos 24 y 25 del capítulo V mantendrán su vigencia hasta que sean objeto de reforma expresa y, en todo caso, quedarán derogadas el 27 de diciembre de 2009.»

(12) Al respecto, Dictamen del Consejo de Estado 99/2009, de 18 de marzo, pp. 46-48; SALVADOR ARMEN-DÁRIZ, M. A. (2010): «Repercusión de la Directiva de Servicios sobre la libertad de empresa en el contexto del marco estatutario de la Comunidad Autónoma de Castilla y León», en AAVV, *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León*, CES, pp. 394-424; NOGUERA DE LA MUELA, B. (2011): «El impac-to...», *op. cit.*, p. 256.

### III.2. La Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley Paraguas (Ley Ómnibus): las reformas introducidas en materia de licencias municipales

Esta ley complementa la Ley de libre prestación de servicios (Ley Paraguas) y supone la modificación de una multitud de leyes estatales, afectando a una pluralidad de sectores económicos, que reforma a pesar de ésta no ser exigida por el Derecho comunitario (por ejemplo, servicios portuarios, de la seguridad y salud en el trabajo...), presentando por tanto el aspecto propio de las leyes de acompañamiento de las Leyes de Presupuestos.

Muchos son los aspectos de relieve que aborda la Ley Ómnibus, pero excedería de los límites de este trabajo tratarlos todos, de ahí que únicamente apuntemos brevemente algunos cambios que se han producido en la letra de la Ley 30/1992 y en la Ley de Bases de Régimen Local de 1985, bajo la rúbrica del Título I: «Medidas horizontales» y que tienen repercusiones en materia de licencias municipales:

- a) En primer término, la Ley Ómnibus ha añadido un nuevo art. 39 bis a la Ley 30/1992, que bajo el título «Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad» recoge el triple test previsto en la Directiva Bolkestein, y en consonancia con el principio de proporcionalidad y la necesidad de elegir la medida menos restrictiva, se regula en el art. 71 bis(13) la declaración responsable y la comunicación previa, el cual contiene una regu-

---

(13) Al respecto, el art. 71 bis Ley 30/1992 reza:

«1. A los efectos de esta Ley, se entenderá por declaración responsable el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio.

Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable.

2. A los efectos de esta Ley, se entenderá por comunicación previa aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 70.1.

3. Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente.

4. La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable o comunicación previa, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar.

Asimismo, la resolución de la Administración Pública que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación del interesado de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento o al ejercicio del derecho o al inicio de la actividad correspondiente, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un período de tiempo determinado, todo ello conforme a los términos establecidos en las normas sectoriales de aplicación.

5. Las Administraciones Públicas tendrán permanentemente publicados y actualizados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, los cuales se facilitarán de forma clara e inequívoca y que, en todo caso, se podrán presentar a distancia y por vía electrónica.»

- lación escasa y «blanda», en la que reina la falta de precisión técnica, con remisiones al vacío, y no se perfila un claro régimen jurídico de tales figuras (14).
- b) En relación al silencio administrativo en vía de petición, la Ley Ómnibus ha modificado el art. 43. La nueva regulación continúa presentando al silencio positivo como la regla general y el negativo la excepción, añadiendo para el caso de silencio administrativo desestimatorio, como novedad respecto a la regulación anterior, que tendrá tal sentido cuando así lo establezca una «norma con rango de Ley por razones imperiosas de interés general», razones éstas que deben concurrir, como ya dijimos, para que se pueda exigir un régimen autorizatorio. Con tal previsión parece que, como tuvo lugar con la reforma operada por la Ley 4/1999 a la Ley 30/1992, los supuestos de silencio negativo tengan que ser realmente los menos, aunque la realidad ya nos hizo ver en aquella ocasión que fue todo lo contrario —al respecto, las normativas autonómicas fueron claro ejemplo—, y hoy las cosas van a ir por las mismas sendas; bastando para ello leer la disposición adicional cuarta de la Ley Ómnibus, dedicada a la «aplicación de los requisitos previstos para el silencio administrativo desestimatorio regulado en las normas preexistentes», donde se dice:

«A los efectos previstos en el primer párrafo del artículo 43.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de acuerdo con la redacción dada por la presente Ley, se entenderá que concurren razones imperiosas de interés general en aquéllos procedimientos que, habiendo sido regulados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley por normas con rango de ley o de Derecho comunitario, prevean efectos desestimatorios a la falta de notificación de la resolución expresa del procedimiento en el plazo previsto.»

Si bien, en materia de silencio administrativo, la regulación normativa prevista en la Ley Ómnibus para incorporar la Directiva de Servicios no termina ahí, y en las páginas que siguen brevemente haremos referencia también a las previsiones de la Ley de Economía Sostenible y el Real Decreto 8/2011, de 1 de julio, «de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa», y al Real Decreto Ley 3/2011, de 1 de julio, sobre la referida materia.

- c) En cuanto a los cambios que se han producido en la LBRL recogidos por la Ley Ómnibus, cabe destacar la redacción de un nuevo apartado cuarto a añadir al art. 70 bis de la LBRL, que señala:

---

(14) LÓPEZ MENDUO, F. (2011): «Un golpe a la garantía del procedimiento administrativo común. El caso de las declaraciones responsables y las comunicaciones previas», en *Derechos y garantías del ciudadano. Libro Homenaje al Prof. A. Pérez Moreno* (Coord. F. López Menudo), Iustel, pp. 745-765; AGUADO CUDOLÁ, V. (2012): «La libertad de establecimiento de los prestadores de servicios: autorización, declaración responsable, comunicación previa y silencio positivo», en *El impacto de la directiva de servicios...*, op. cit.; LIZARRA, J. A. (2010): «El impacto de la Directiva de Servicios en el procedimiento Administrativo: autorización, declaración responsable y comunicación», *Revista Jurídica de Navarra* núm. 49, p. 115.

«Cuando se trate de procedimientos y trámites relativos a una actividad de servicios y a su ejercicio incluida en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, los prestadores podrán realizarlos, por medio de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia, salvo que se trate de la inspección del lugar o del equipo que se utiliza en la prestación del servicio.

Asimismo, las Entidades locales garantizarán, dentro del ámbito de sus competencias, que los prestadores de servicios puedan a través de la ventanilla única obtener la información y formularios necesarios para el acceso a una actividad y su ejercicio, y conocer las resoluciones y resto de comunicaciones de las autoridades competentes en relación con sus solicitudes. Las Entidades Locales impulsarán la coordinación para la normalización de los formularios necesarios para el acceso a una actividad y su ejercicio.»

Tales previsiones no hacen más que reiterar los mandatos recogidos en la Ley Paraguas y en la propia Directiva de Servicios relativos a la creación de ventanillas únicas, no sólo como vehículos de acceso a los procedimientos y trámites administrativos, sino también como medio a través del cual garantizar el derecho a la información, imprescindible para la efectividad de las libertades de circulación de servicios y de establecimiento de los prestadores (art. 7 DS)(15) y en tales aspectos cabe recordar que la Directiva Bolkestein ya fue transpuesta por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, en cuyo art. 6.3 se establece que en los procedimientos relativos al establecimiento de actividades de servicios, los ciudadanos tienen derecho a obtener la siguiente información a través de medios electrónicos: a) Los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicios y su ejercicio; y b) Los datos de las autoridades competentes así como de las asociaciones y organizaciones profesionales relacionadas con ellas, debiéndose implantar para todo ello ventanillas únicas (art. 44.2 Ley 11/2007).

Al respecto, si bien resultan loables tales propósitos, no hay que olvidar las dificultades de todo tipo por las que pasan las entidades locales al objeto de adaptarse a la nueva realidad tecnológica(16), no siendo los municipios catalanes una excepción. Si bien, al hilo de tal regulación, sí cabe traer aquí a colación como la Generalitat de Cataluña aprobó el 6 de septiembre de 2011 el Plan para la implantación de la Ventanilla Única Empresarial (VUE), a través de la cual se quiere impulsar el cambio de modelo de la relación entre la Administración y las empresas. La implantación de este plan para 2011-2014 prevé, entre otros objetivos, eliminar el 20% de los trámites administrativos que tienen que realizar las empresas, simplificando el 68% de los trámites restantes. Con el Plan se van a incorporar a la ventanilla única el 90% de los trámi-

---

(15) AAVV: *La Ley de Administración Electrónica. Comentario Sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos* (Coord. GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (2010), Thomson-Aranzadi; GAMERO CASADO, E. (2012): «El impacto de la Directiva de Servicios en la ventanilla única y en la Administración electrónica», en *El impacto de la Directiva de servicios en las... op. cit.*, pp. 113-146.

(16) GAMERO CASADO, E. (2009): «Los Municipios y la ventanilla única de la Directiva de Servicios» en *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, pp. 138-165.

tes que realizan las empresas de forma habitual, muchos de ellos pasando a ser de resolución inmediata, consiguiendo así un ahorro para las empresas en sus costes de constitución y legalización.

Asimismo, y siguiendo con las reformas de la LBRL operadas por la Ley Ómnibus(17), contamos con el nuevo art. 84 respecto de los métodos de intervención de las Entidades Locales en la actividad de los ciudadanos, incluyéndose entre las técnicas de intervención local en las actividades de los particulares el sometimiento a comunicación previa y declaración responsable, así como el sometimiento a control posterior del inicio de la actividad respectiva, mencionándose expresamente la Ley 17/2009 y los principios de proporcionalidad y *favor libertatis*. Así, se dispone:

«1. Las Entidades locales podrán intervenir la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios:

- a) Ordenanzas y bandos.
- b) Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate del acceso y ejercicio de actividades de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se estará a lo dispuesto en la misma» y la Ley Paraguas condiciona la sujeción de las actividades privadas a autorización administrativa con determinados requisitos materiales: que se justifique en alguna de las razones imperiosas de interés general, ajenas a todas consideraciones económicas y enumeradas en la Ley 17/2009, que las otras medidas menos restrictivas no proporcione una tutela eficaz respecto a la RIGG y, además, sólo la permite si se exige por normas con rango de ley.

Sigue el art. 84 indicando:

- c) Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.
- d) Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma.
- e) Órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo.

2. La actividad de intervención de las Entidades locales se ajustará, en todo caso, a los principios de igualdad de trato, necesidad y proporcionalidad con el objetivo que se persigue.

---

(17) Hasta la promulgación de la Ley 25/2009, la legislación de régimen local preveía que las Entidades locales podían intervenir la actividad de los particulares mediante ordenanzas, bandos, autorizaciones y órdenes individuales, salvados en todo caso los principios de proporcionalidad y *favor libertatis*. RODRÍGUEZ PORTUGÉS, M. (2014): «El impacto de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado sobre ordenación del comercio interior», en *El nuevo marco jurídico de la unidad de mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado* (Dir. M. J. ALONSO MÁAS), La Ley, p. 595.

3. Las licencias o autorizaciones otorgadas por otras Administraciones Públicas no eximen a sus titulares de obtener las correspondientes licencias de las Entidades locales, respetándose en todo caso lo dispuesto en las correspondientes leyes sectoriales.»

En concordancia con ello, posteriormente, el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, modificó algunos preceptos del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, concretamente los arts. 5 y 22, para incluir en este último la referencia a la Ley Paraguas y a la LBRL y, en el primer precepto citado, que «La intervención de las corporaciones locales en la actividad de sus administrados se ejercerá por los medios y principios mencionados en la legislación básica en materia de régimen local» (18). Conteniéndose, por tanto, en ellos la habilitación genérica para que las corporaciones locales establezcan el control sobre la apertura de establecimientos comerciales, sin que sea necesario una Ley específica que lo recoja (19).

### III.3. La Ley 1/2010, de 1 de marzo, de comercio estatal (LOCM 2010)

De forma separada y monográfica, se optó por la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio minorista, para transponer la Directiva 2006/123 en el sector de la distribución comercial (20). Se siguió por tanto una estrategia distinta, que en la Exposición de Motivos de la mencionada ley se justifica «por la extraordinaria relevancia del sector de que se trata, más acusada si cabe en la actual coyuntura económica y por la complejidad de la distribución competencial

(18) El art. 22.1 del RSCL establece hoy que «La apertura de establecimientos industriales o mercantiles podrá sujetarse a los medios de intervención municipal, en los términos previstos en la legislación básica de régimen local y en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio».

(19) CHOLBI CACHÁ, F. y MERINO MOLINS, V. (2010): «Comentario crítico sobre la Directiva de Servicios y de las leyes 17 y 25/2009 en aplicación de la misma: especial incidencia en el ámbito de las licencias urbanísticas y de actividad», en *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados: Revista técnica especializada en Administración Local y justicia municipal*, núm. 9, p. 1043; NUÑEZ LOZANO, M.<sup>ª</sup> C. (2013): «La transposición de la Directiva de Servicios en la ordenación del comercio. En especial, la previsión de autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones», en *Regulación Económica, IX Comercio Interior* (Dir. M. REBOLLO PUIG), lustel, pp. 487-582; PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÍA TRAMÓN, J. (2013): «La apertura de...», *op. cit.* pp. 85-86.

(20) No sólo en España sino también en otros países de la Unión Europea, ha planteado polémica la transposición de la DS al sector comercial. Al respecto, SUELT COCK, V., «La implementación de la Directiva de Servicios en Alemania», pp. 22-39; SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z.: «La transposición de la Directiva en Francia», pp. 40-51; PIMENTA DA COSTA GONÇALVES, P.: «La ejecución y transposición de la Directiva de Servicios en el Reino Unido», pp. 62-87, todos ellos en *Revista de Estudios Locales*, núm. extraordinario 122, 2009; GUY, C.: «La Directiva de Servicios, las políticas de planificación comercial y los grandes establecimientos en el Reino Unido», pp. 131-143; MONNET, J.: «El urbanismo comercial francés de 1969 a 2009: cambios antes y después de la Directiva Europea de Servicios», pp. 145-164; CASTELLA, A.: «Los efectos de la Directiva de Servicios sobre la regulación del comercio en Italia», pp. 165-180, todos ellos en VILLAREJO GALENDE, H. (Dir.) (2009): *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Ed. Comares, Granada.

En la literatura jurídica española, sobre el tema, entre otros: PALOMAR OLMEDA, A. (2013): «El principio de libertad de empresa...», *op. cit.*; TORNOS MAS, J. (1991): «Ordenación constitucional...», *op. cit.*; REBOLLO PUIG, M. (2013): «Competencias estatales...», *op. cit.*; NOGUERA DE LA MUELA, B. (2011): «El impacto de la Directiva de Servicios...», *op. cit.*; ÍDEM (2013): «Las repercusiones de la Directiva de Servicios...», *op. cit.*; VILLAREJO GALENDE, H. (2011): «El nuevo régimen de autorizaciones comerciales...», *op. cit.*; AA.VV. (2009): «La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo...», *op. cit.*; GAMERO CASADO, E. (2011): «Urbanismo comercial y libertad de empresa tras la Directiva de Servicios...», *op. cit.*

en la materia, lo que motiva que se trate de alcanzar el máximo consenso posible tanto con las Comunidades Autónomas como con los operadores comerciales».

Del conjunto de reformas introducidas por la LOCM 2010, únicamente vamos a hacer brevemente alusión a algunas de las principales novedades, así:

La LOCM 010 tiene por objeto modificar la regulación comercial minorista, en concreto, los artículos 2 y 6 LOCM y 96 y derogar el artículo 7 del mismo texto legal, y su objetivo es incrementar el valor que genera la distribución comercial mediante la liberalización de la prestación de los servicios y la supresión de cargas para las empresas y «facilitar el libre establecimiento de servicios de distribución comercial y su ejercicio, a través de los diferentes formatos comerciales, garantizando que las necesidades de los consumidores sean satisfechas adecuadamente (...)».

La LOCM 010 modifica la definición de «establecimientos comerciales» incluyendo la referencia a que la actividad comercial podrá tener lugar de forma individual o en un espacio colectivo, eliminándose —y ello es un dato relevante respecto de la LOCM 96— la definición de «gran establecimiento comercial».

De acuerdo con su Preámbulo, y en aras a eliminar cualquier traba injustificada que pueda afectar a la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento, establece con carácter general que «la instalación de establecimientos comerciales no estará sujeta a régimen de autorización» (art. 6.1 LOCM 010). No obstante, en el articulado, deja libertad a las Comunidades Autónomas para que en el ejercicio de las competencias que tengan reconocidas, instauren o no la exigencia de autorización comercial, sea cual sea su tamaño, cosa que no hace el Preámbulo que se refiere a establecimientos de más de 2.500 m<sup>2</sup> de superficie comercial, cuando concurren, de manera clara e inequívoca, razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial, prohibiéndose que en el otorgamiento de la autorización sean tenidos en cuenta criterios de naturaleza económica tal como se desprende del art. 6.1 in fine y del art. 6.3 LOCM 010 y arts. 10 y 11 Ley Paraguas; debiendo, en todo caso, ser los criterios proporcionados, no discriminatorios, claros e inequívocos, objetivo, hechos públicos con antelación, predecibles, transparentes y accesibles (art. 6.2 y 6.3 LOCM), no pudiéndose establecer, en ningún caso, requisitos de naturaleza económica.

Corresponde a las Comunidades Autónomas y a las Ciudades Autónomas regular el procedimiento de autorizaciones en estos supuestos excepcionales y determinar la autoridad autonómica o local competente para resolver las solicitudes de autorización. En cualquier caso, y desde el punto de vista procedimental, se establece que las solicitudes deberán resolverse en un plazo máximo de seis meses y, como efecto de la falta de resolución expresa, se establecerá el silencio positivo, excepto en aquellos casos previstos en una norma con rango de ley justificados por razones imperiosas de interés general. Las autorizaciones serán transmisibles, sin perjuicio del deber de comunicación a la Administración concedente (art. 6.4 LOCM 010).

En términos globales, el Consejo de Estado, en su Dictamen de 25 de junio de 2009, valoró positivamente la reforma propuesta en el Proyecto de Reforma de la LOCM 96, salvo algunas cuestiones de estilo, y ciertamente, al margen de lo que se establezca en las legislaciones autonómicas correspondientes, donde se da una dispersidad regulatoria: unas altamente intervencionistas, y otras, atenuando los controles; este Proyecto trata de ser respetuoso con las previsiones de la DS, si bien consideramos que la posibilidad que se abre a las Comunidades Autónomas para instaurar los regímenes autorizatorios se hace sin hacer expresa precisión de su carácter excepcional, alu-

diéndose a que se justifique en «RIIG relacionadas con la distribución comercial, como la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico» (art. 6.2 LOCM 2010).

En suma, parece justificarse este intervencionismo en el ámbito del comercio, basándose en la relación que existe entre la política comercial y la protección de otros intereses como el impacto urbanístico y medioambiental de los distintos tipos de establecimientos comerciales para establecer la autorización comercial. Exigencia que creemos innecesaria, toda vez que las obligaciones sectoriales correspondientes así como la licencia municipal garantizan la protección de tales intereses.

Sobre el escenario descrito, incidió el entonces Real Decreto-Ley 19/2012, de 25 de mayo, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, hoy derogado por la Ley 12/2012, de 26 de noviembre (BOE 27 de diciembre de 2012), que entró en vigor el 28 de diciembre de 2012, y que restringe su ámbito de aplicación a las actividades comerciales minoristas y a la prestación de una serie de servicios que se recogen en su anexo (21), y del que más adelante damos cuenta.

#### **III.4. Las reformas introducidas por la Ley de Economía Sostenible de 4 de marzo de 2011 y los Reales Decretos Ley 3/2011 y 8/2011, de 1 de julio y la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. La supresión de las licencias**

Tal como dispone la Exposición de Motivos de la Ley 2/1011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES), con el objetivo de mejorar la competitividad de la economía española, se han plasmado una serie de medidas de simplificación administrativa que han supuesto un paso más en el esfuerzo de remoción de obstáculos administrativos iniciado con las normas de transposición de la Directiva de Servicios». Y, en este sentido, el art. 41 LES introdujo dos preceptos nuevos en la LBRL, concretamente el art. 84 bis(22) y el art. 84 ter, que han operado sobre la situación descrita con anterioridad, resultando el primero, esto es, el art. 84 bis modificado por la Ley 27/2013, de 27 de di-

(21) El Anexo de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, establece:

«Las siguientes actividades se han identificado con las claves y en los términos establecidos por el Real Decreto 1175/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueban las tarifas y la instrucción del Impuesto sobre Actividades Económicas.:

Agrupación 45. Industria del calzado y vestido y otras confecciones textiles (...); Agrupación 64. Comercio al por menor de productos alimenticios, bebidas y tabaco realizado en establecimientos permanentes (...); Agrupación 65. Comercio al por menor de productos industriales no alimenticios realizado en establecimientos permanentes (...); Agrupación 69. Reparaciones (...); Agrupación 75. Actividades anexas a los transportes (...); Agrupación 86. Alquiler de bienes inmuebles (...); Agrupación 97. Servicios personales (...)).

Cada agrupación tiene sus correspondientes grupos y, dentro de estos, una serie de epígrafes.

(22) En línea con el art. 84 bis LBRL, antes de la reforma operada por la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, el Real Decreto Ley 8/2011, de 1 de julio, disponía en su Disposición Adicional Séptima:

«A excepción de las autorizaciones que se impongan en cumplimiento de la legislación de patrimonio de las Administraciones Públicas y de armas y explosivos, las menciones contenidas en la legislación estatal a las licencias o autorizaciones municipales relativas a la actividad, funcionamiento o apertura se entenderán referidas a los distintos medios de intervención administrativa en la actividad de los ciudadanos, según los principios del artículo 39 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y contempladas en el artículo 84.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.»



ciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local. Así, con carácter general, como ya se decía, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo (art. 84 bis 1). Pero cabe la excepción, puesto que no podrá exigirse licencia «a) Cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación; b) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado». Alusión a la utilización del dominio público que ampara la sujeción a licencias de las actividades comerciales de venta ambulante como más adelante veremos.

También añade una restricción nueva a las licencias locales sobre las instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas, que podrán exigirse únicamente «cuando lo establezca una Ley que defina sus requisitos esenciales y las mismas sean susceptibles de generar daños sobre el medioambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico y resulte proporcionado». Pero además, la evaluación de este riesgo se determinará en función de las características de las instalaciones, entre las que se enumeran con carácter abierto, en el nuevo art. 84 bis 2 las siguientes:

- a) La potencia eléctrica o energética de la instalación.
- b) La capacidad o aforo de la instalación.
- c) La contaminación acústica.
- d) La composición de las aguas residuales que emita la instalación y su capacidad de depuración.
- e) La existencia de materiales inflamables o contaminantes.
- f) Las instalaciones que afecten a bienes declarados integrantes del patrimonio histórico.»

Y, además, en concordancia con las previsiones de la Directiva Bolkestein en su art. 10.3 y la Ley Paraguas, al objeto de evitar solapamiento de controles análogos, continúa el art. 84 bis LBRL: «En caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una entidad local y otra Administración, la entidad local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia el interés general concreto que se pretende proteger y que éste no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente».

También tratando de ofrecer una mayor claridad en relación al marco normativo aplicable en toda esta materia, en la Disposición Adicional 8.<sup>a</sup> de la LES, se comprometió el Gobierno del Estado a presentar en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la ley un proyecto de ley de modificación de las normas en las que no concurren las razones incluidas en el art. 84 bis LBRL, eliminando la exigencia de licencia. Pues bien, a ello se dio cumplimiento mediante el Real Decreto-Ley 3/2011, de 1 de julio, donde se prevé la eliminación de las referencias a las licencias locales en los siguientes textos normativos: Real Decreto-Ley 4/2001, de 16 de febrero, de régimen de intervención administrativa aplicable a la valorización energética de harinas de origen animal procedente de la transformación de despojos y cadáveres animales; el

Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 20 de julio; la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido; la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación; la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad medioambiental; la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del aire y protección de la atmósfera; y la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio natural y de la biodiversidad.

Este compromiso, se ha hecho extensivo también para las CCAA y las Entidades Locales que en el ámbito de sus competencias han debido adaptar su normativa, pero en este caso en el plazo de 12 meses desde la entrada en vigor de la LES.

Además, la mencionada Disposición adicional exige a las entidades locales que adopten un acuerdo que dé publicidad a los procedimientos en los que subsista la exigencia de licencia de actividad y mantenga esta relación adecuada a la normativa vigente en cada momento.

El nuevo art. 84 ter de la LBRL determina que, en el caso de actividades no sometidas a autorización habilitante, las Entidades Locales deberán establecer los procedimientos de comunicación necesarios y de verificación posterior de los requisitos para su ejercicio previstos en la legislación sectorial.

Y para que no se produzcan pérdidas de ingresos asociados a las licencias, el art. 42 LES modifica el art. 20.4.i) del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales a fin de permitir que las corporaciones locales puedan implantar tasas por la «actividad de verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en la legislación sectorial cuando se trate de actividades no sujetas a autorización o control previo».

### **III.5. La eliminación de las licencias municipales vinculadas con las actividades comerciales minoristas en la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios (LMLC)**

Mediante esta Ley, que trae causa del Real Decreto Ley 19/2012, de 25 de mayo (23) se avanza un paso más, eliminando todos los supuestos de autorización o licencia municipal previa (licencia previa de instalaciones de funcionamiento o de actividad, y otras similares) motivados en la protección del medio ambiente, de la seguridad o de la salud pública (24), ligados a establecimientos comerciales permanentes y otros detallados en el anexo, cuya superficie útil de exposición y venta al público no sea superior a 300 metros cuadrados; excluyéndose aquellas actividades desarrolladas en los mencionados establecimientos que tengan impacto en el patrimonio histórico-artístico o en el uso privativo y ocupación de los bienes de dominio público. Si bien, hay que destacar que hoy la Disposición Final tercera de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado de 2013 ha incrementado la superficie mínima para la prohibición de exigencia de autorización, situándola en 750 m<sup>2</sup>.

(23) A él se refieren exhaustivamente: PALOMAR OLMEDA, A. y GARCÍA TRAMÓN, J. (2013): «La apertura...», *op. cit.*, pp. 88-93; RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. (2014): *El impacto...* *op. cit.*, pp. 546-547.

(24) Al respecto, resaltar cómo con esta previsión se reduce el catálogo de razones de interés general que justificaban la exigencia municipal de apertura de establecimientos de hasta 300 m<sup>2</sup> que sí recogía la LES, que sí incluía como RIIG la protección del medioambiente, la seguridad o la salud pública.

Así, se considera a partir del 28 de diciembre de 2012, que para el inicio y desarrollo de aquellas actividades comerciales y de servicios, no podrá exigirse por parte de las Administraciones o entidades del sector público, en general, y por tanto tampoco por los municipios catalanes (art.3):

1. Licencia previa «de instalaciones, de funcionamiento o de actividad, ni otras de clase similar o análogas que sujeten a previa autorización el ejercicio de la actividad comercial a desarrollar o la posibilidad misma de la apertura del establecimiento correspondiente» (art. 3.1).
2. Tampoco están sujetos a licencia los cambios de titularidad de las actividades comerciales y de servicios, siendo sólo exigible comunicación previa a la Administración competente a los solos efectos informativos.
3. Licencia o autorización previa para la realización de obras ligadas al acondicionamiento de los locales para desempeñar la actividad comercial cuando no requieran de la redacción de un proyecto de obra, de conformidad con el art. 2.2 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación.

Tales licencias son sustituidas por la presentación de la correspondiente declaración responsable o comunicación previa (art. 5 LMLC), según el caso, en la que el empresario declara cumplir los requisitos exigidos por la normativa vigente y disponer de los documentos que se exijan, además de estar en posesión del justificante de pago del tributo correspondiente, cuando sea preceptivo (art. 4.1 LMLC) (25)

### III.6. La normativa comercial catalana en materia de equipamientos comerciales

Como es sabido, según dispone la LBRL, así como el Texto Refundido de la Ley Municipal y Régimen Local de Cataluña de 2003, es el legislador sectorial el que deber otorgar competencias a los municipios provocando como resultado que con diferentes leyes sectoriales les hayan atribuido escasas competencias con la consiguiente erosión de la autonomía local.

Así, a la vista de ello, en el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, para reforzar la autonomía local frente a las leyes autonómicas, se dispuso en relación con el comercio que «los gobiernos locales de Cataluña tienen en todo caso competencias propias sobre las siguientes materias en los términos que determinen las leyes: (...) i) La regulación del establecimiento de autorizaciones y promociones de todo tipo de actividades económicas, especialmente las de carácter comercial...» [art. 84.2 i) EAC 2006], precepto que presenta un carácter ambiguo y alcance incierto (M. REBOLLO PUIG). Por consiguiente, es el legislador autonómico, que ostenta la competencia exclusiva en esta materia, quien debe decidir cuáles corresponderán a los municipios y, en este sentido, se ha pronunciado en las distintas leyes de comercio de las Comunidades Autónomas.

Efectivamente, como es sabido, a día de hoy todas las Comunidades Autónomas han legislado en materia de ordenación comercial, generándose múltiples legislaciones que han transpuesto la Directiva Bolkestein, arrojando como resultado una diver-

---

(25) GRANADOS RODRÍGUEZ, J. F. (2012): *Directiva de servicios, licencias urbanísticas y ejercicio de actividades*, Ed. Comares, Granada, p. 112. CASANELLAS CHUECOS, M. (2010): «Reflexiones en torno a la previsible declaración de inconstitucionalidad del impuesto catalán sobre grandes establecimientos comerciales», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 308, pp. 27-39.

sidad de regímenes, a los que no vamos a referirnos ahora puesto que excedería de los límites de este trabajo. De ahí, que únicamente vayamos a detenernos en el caso de Cataluña, específicamente, en el Decreto-Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales, pero centrándonos exclusivamente en aquellos aspectos que suponen la intervención de la Administración Local o una incidencia en el ámbito local. Sobre dicho Decreto, el Tribunal Constitucional ha dictado Sentencia 193/2013, de 21 de noviembre, declarando nulos los apartados 3 y 4 del artículo 9 en la redacción dada por la Ley 9/2011.

En Cataluña, a través del Decreto-Ley 1/2009, se ha establecido una regulación legal cuyo objetivo es mantener y consolidar el modelo «tradicional» de comercio urbano basado en la cohesión social y el equilibrio territorial, modelo de ciudad compacta (26) en el que las grandes superficies son llevadas a las tramas urbanas consolidadas de los municipios capitales de comarca de más de 50.000 habitantes. Las grandes y medianas superficies se ubican en municipios capitales de comarca de más de 5.000 habitantes, mientras que los pequeños comercios se permite su instalación en suelo urbano y urbanizable donde el uso residencial sea dominante.

Así, en relación con la implantación, ampliación, cambio de actividad, remodelación y cambio de los establecimientos comerciales, se establecen dos niveles de intervención, de una parte el régimen de comunicación (art. 17 Decreto Ley 1/2009) (27), que incluye también la declaración responsable; y, de otra, el régimen de licencia comercial (art. 12 Decreto Ley 1/2009) (28).

(26) Tal como se destaca en el Preámbulo del Decreto-Ley 1/2009, presentar un modelo de ciudad compacta, compleja y socialmente cohesionada, promoviendo «una gestión urbana sostenible en la que el suelo tiene que ser tratado como un recurso limitado que se ha de utilizar de la manera más eficiente posible, delimitando la localización de los grandes proyectos comerciales de manera estratégica, con el fin de asegurar la accesibilidad mediante los transportes públicos disponibles». Así, «siempre buscando el objetivo de compacidad», hay que introducir, sigue diciendo el legislador catalán, «distinción entre los establecimientos comerciales en función de su localización en el territorio, en concordancia con la planificación territorial y urbanística, teniendo en cuenta, especialmente, su incidencia sobre la movilidad, el medio ambiente y el patrimonio histórico-artístico». CHOLBI CACHÁ, F. A. y MERINO MOLINS, V. (2010): «Comentario...», *op. cit.*, p. 1058.

(27) El art. 17.1 Decreto Ley 1/2009, dispone:

«Están sometidas a este régimen de comunicación:

Las nuevas implantaciones, las ampliaciones y los cambios de actividad de establecimientos comerciales individuales o colectivos con una superficie de venta igual o superior a 400 metros cuadrados e inferior a 800 metros cuadrados y sus ampliaciones cuando la superficie total de venta después de la ampliación sea inferior a 800 metros cuadrados.

Las nuevas implantaciones, las ampliaciones y los cambios de actividad de establecimientos comerciales individuales o colectivos situados en trama urbana consolidada (TUC) con una superficie de venta igual o superior a 800 metros cuadrados e inferior a 2.500 metros cuadrados y sus ampliaciones cuando sean inferiores a 2.500 metros cuadrados de superficie total de venta después de la ampliación, salvo las excepciones previstas en el artículo 9.3.a) y 9.3.b).

Los cambios de titular y las remodelaciones de los establecimientos comerciales individuales o colectivos con una superficie de venta igual o superior a 400 metros cuadrados.

Las nuevas implantaciones, los cambios de actividad de establecimientos comerciales singulares, individuales o colectivos, con una superficie de venta igual o superior a 400 metros cuadrados e inferior a 5.000 metros cuadrados y sus ampliaciones cuando sean inferiores a 5.000 metros cuadrados de superficie de venta total después de la ampliación.»

(28) El art. 12 Decreto-Ley 1/2009 dispone:

«Se establecen dos niveles de intervención administrativa en relación a la implantación, ampliación, cambio de actividad, remodelación y cambio de titularidad de los establecimientos comerciales:

a) Régimen de comunicación.

b) Régimen de licencia comercial.»

En relación al *régimen de comunicación*, resulta de interés resaltar como en aras a la simplificación administrativa de la que habla la Directiva de servicios, el Decreto-Ley 1/2009, establece que:

«Las comunicaciones relativas a nuevas implantaciones, ampliaciones y cambios de actividad de establecimientos comerciales individuales o colectivos con una superficie de venta inferior a 1.300 metros cuadrados, se entienden efectuadas con la presentación de las reguladas por la Ley 20/2009, de 4 de diciembre, de Prevención y Control Ambiental de las Actividades, para este tipo de establecimientos y se han de presentar ante el ayuntamiento del municipio donde se pretende realizar la actividad. En el plazo de un mes, el Ayuntamiento debe enviar copia de la comunicación a la dirección general competente en materia de comercio. Reglamentariamente debe articularse la interrelación entre ambas administraciones.»

En cualquier caso, cuando se trate de establecimientos comerciales individuales o colectivos con una superficie de venta igual o superior a 1.300 metros cuadrados e inferior a 2.500 metros cuadrados, además debe presentarse una declaración responsable previa, de acuerdo con lo previsto en el art. 18 del Decreto Ley 1/2009 (art. 17.3). Declaración responsable que deberá formalizarse en el momento de la solicitud de la licencia de obras municipal o junto con la comunicación previa de obras no sujetas a licencia.

Tal declaración responsable previa deberá también presentarse en el Ayuntamiento del municipio donde se pretenda realizar la actuación o en cualquier punto de la red de oficinas de gestión empresarial (OGE) y deberá dirigirse a la dirección general competente en materia de comercio.

Si no se realizan obras de adecuación del espacio, se presentará la declaración responsable previa directamente ante la OGE y se dirigirá a la dirección general competente en materia de comercio, con una antelación mínima de un mes antes de empezar la actividad (art. 18.3 Decreto Ley 1/2009). Exigencia ésta última que resulta llamativa, por cuanto parece contener una autorización encubierta.

En cuanto al *régimen de licencia autonómica comercial* prevista en el Decreto-Ley 1/2009, en relación con nuestro objeto de estudio, cabe poner el acento en cómo en la tramitación de aquélla se prevé la interrelación con la Administración local en el art. 14, cuando dispone:

«1. En proyectos que admitan el uso comercial y con el fin de garantizar este uso, el ayuntamiento, antes del otorgamiento de la licencia de obras municipal, ha de velar por el cumplimiento de alguna de estas dos condiciones:

- a) Que la persona solicitante disponga de la licencia comercial, otorgada por la dirección general competente en materia de comercio, cuando ésta sea preceptiva de acuerdo con lo que establece este Decreto-ley o
- b) Que, de acuerdo con lo que determina el artículo 18, la persona solicitante haya presentado la declaración responsable previa relativa a

la localización del proyecto donde conste su adecuación a lo establecido por el presente decreto ley o, en su defecto, exigir que la presente en aquel momento.

2. A petición del Ayuntamiento o de la persona interesada, la dirección general competente en materia de comercio puede expedir, en cualquier momento, certificados de idoneidad del uso comercial en función del emplazamiento propuesto para establecimientos individuales o colectivos con una superficie de venta igual o superior a 1.300 metros cuadrados e inferior a 2.500 metros cuadrados.»

En todo caso, hay que añadir que se contempla un régimen especial para el Municipio de Barcelona. Así, a la vista de los arts. 11.1 n), 58.1, 59 y 71 de la Ley 22/1998, de 30 de diciembre, de la Carta Municipal de Barcelona, el Ayuntamiento de esta ciudad es competente para otorgar las licencias comerciales correspondientes a los establecimientos con una superficie de venta inferior a 5.000 metros cuadrados, de acuerdo con las ordenanzas y la planificación comercial propias.

#### **IV. De la directiva bolkestein a la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM) y su aplicación a la ordenación del comercio interior: breve referencia**

Efectivamente, a la vista de la definición que hace de la actividad económica(29) el Anexo de la LGUM, entre las actividades económicas en condiciones de mercado, según señala el art. 2 LGUM se encuentra el comercio y, por tanto, éste está incluido en el ámbito de aplicación de dicha norma.

Así, la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado(30) abunda en la consecución de la libertad de la actividad comercial, que se pretende conseguir con el conjunto de normas y reformas por ellas operadas, y busca «establecer los principios y normas básicas que, con pleno respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, garanticen la unidad de mercado para crear un entorno mucho más favorable a la competencia y a la inversión, facilitando que los agentes económicos puedan beneficiarse de las ganancias de una mayor dimensión en términos de productividad y costes, a favor de la creación de empleo y del crecimiento, y en beneficio último de los consumidores y usuarios que tendrán un mayor acceso a productos y servicios de calidad. Todas las Administraciones Públicas observarán los principios recogidos en esta Ley, en todos sus actos y disposiciones y para todas las acti-

(29) Se define a ésta, como «cualquier actividad de carácter empresarial o profesional que suponga la ordenación por cuenta propia de los medios de producción, de los recursos humanos, o ambos, con la finalidad de intervenir en la (...) distribución de bienes».

(30) A ella se refieren, entre otros: AAVV (2014): *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado* (Dir. M. JOSÉ ALONSO MÁS), Ed. La Ley, Madrid; RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. (2014): «El impacto de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado sobre la ordenación del comercio interior», en *El nuevo marco jurídico... op. cit.*, pp. 539 a 566; PALOMAR OLMEDA, A., GARCÍA TRAMÓN, J. (2013): «La apertura de establecimientos comerciales», en *La regulación del comercio minorista* (Dirs.: A.B. CAMPUZANO y A. PALOMAR OLMEDA), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.

vidades económicas, y especialmente en aquellas actividades que, bien por su carácter estratégico (telecomunicaciones, energía transportes) bien para su potencial para la dinamización y el crecimiento económico (distribución comercial, turismo, construcción, industrias creativas y culturales, alimentación, sector inmobiliario, infraestructuras) resultan de especial relevancia para la economía».

Esta nueva Ley establece, por tanto, una serie de principios y normas básicas, teniendo en cuenta «la experiencia recabada durante el proceso de transposición de la Directiva 2006/123/CE», y por consiguiente también en la Ley Paraguas (31), y en base al denominado «principio de la eficacia nacional de los medios de intervención administrativa» (32). Reconocimiento de eficacia nacional de las normas y actos administrativos en las materias que la referida Ley regula, que se hace sin perjuicio de las competencias que correspondan, en cada caso, al Estado, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, y fomentando la cooperación administrativa al servicio del cumplimiento de la Ley, así como diseñando un conjunto de garantías administrativas y jurisdiccionales para hacer frente a las actuaciones de los poderes públicos que se estimen contrarias a las libertades de establecimiento o circulación.

Así, la LGUM, en su art. 16, tal como dispuso el art. 6 LOCM para el comercio, consagra como principio general la libertad de iniciativa económica sobre la base de indicar que «el acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley y a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea o en tratados y convenios internacionales».

En línea con lo señalado, el art. 5 LGUM establece en su punto 1 que: «Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio».

Debiéndose tener presente que el art. 17.1, al que remite el art. 5, contempla la exigencia de autorización siempre que concurren los principios de necesidad y proporcionalidad, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen y cuando concurren alguno de los supuestos siguientes: «a) Respecto a los operadores económicos, cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación; b) Respecto a las instalaciones o infraestructuras físicas necesarias para el ejercicio de actividades económicas, cuando sean susceptibles de generar daños sobre el medio ambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud pública y el patrimonio his-

---

(31) PALOMAR OLMEDA, A., GARCÍA TRAMÓN, J. (2013): «La apertura de establecimientos...», *op. cit.*, p. 97; RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. (2014): «El impacto de...», *op. cit.*, p. 543.

(32) MUÑOZ MACHADO, S. (2014): en el Prólogo a *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado...* *op. cit.*, p. 30.

tórico-artístico, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación; c) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado; d) Cuando así lo disponga la normativa de la Unión Europea o tratados y convenios internacionales, incluyendo la aplicación, en su caso, del principio de precaución».

También cabe la exigencia de declaración responsable y comunicación previa cuando en la normativa se exija el cumplimiento de requisitos justificados por alguna razón imperiosa de interés general y sean proporcionados (art. 17.2 LGUM). Resulta, por tanto, que estos instrumentos, con esta Ley, operan como una autorización, por cuanto deben justificarse por alguna RIIG.

Asimismo, en el art. 18 LGUM se recoge todo un elenco de requisitos y medidas prohibidos por limitar el libre establecimiento y la libre circulación.

Se dispone en el art. 5.2 LGUM que: «Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica».

Asimismo, la eficacia en todo el territorio nacional es otro elemento clave de la LGUM, y se proyecta sobre: «actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes relacionados con el libre acceso y ejercicio de la actividad económica» (art. 6 LGUM), desarrollándose en los arts. 19 y 20 LGUM que, respectivamente, disponen que «Desde el momento en que un operador económico esté legalmente establecido en un lugar del territorio español podrá ejercer su actividad económica en todo el territorio, mediante establecimiento físico o sin él, siempre que cumpla los requisitos de acceso a la actividad del lugar de origen, incluso cuando la actividad económica no esté sometida a requisitos en dicho lugar», y teniendo plena eficacia en todo el territorio nacional «sin necesidad de que el operador económico realice ningún trámite adicional o cumpla nuevos requisitos, todos los medios de intervención de las autoridades competentes que permitan el acceso a una actividad económica o su ejercicio, o acrediten el cumplimiento de ciertas calidades, cualificaciones o circunstancias. En particular, tendrán plena eficacia en todo el territorio nacional sin que pueda exigirse al operador económico el cumplimiento de nuevos requisitos u otros trámites adicionales:

- a) Las autorizaciones, licencias, habilitaciones y cualificaciones profesionales obtenidas de una autoridad competente para el acceso o el ejercicio de una actividad, para la producción o la puesta en el mercado de un bien, producto o servicio.
- b) Las declaraciones responsables y comunicaciones presentadas ante una autoridad competente para el acceso o el ejercicio de una actividad económica.
- c) Las inscripciones en registros que sean necesarias para el acceso o ejercicio de una actividad económica.
- d) Cualesquiera otros requisitos normativamente establecidos que permitan acceder a una actividad económica o ejercerla».



## V. Régimen jurídico de la venta ambulante en Cataluña. Especial referencia a la venta ambulante en el municipio de Barcelona

En materia de venta ambulante o no sedentaria<sup>(33)</sup> cabe señalar de una parte que la Ley 1/2010 (LOCM 2010) ha modificado el art. 54 de la Ley 7/1996, donde se dispone que:

«Corresponderá a los Ayuntamientos otorgar las autorizaciones para el ejercicio de la venta ambulante en sus respectivos términos municipales, de acuerdo con sus normas específicas y las contenidas en la legislación vigente, de acuerdo con el marco respectivo de competencias.

No obstante lo anterior, y puesto que el número de autorizaciones disponibles es limitado debido a la escasez de suelo público habilitado a tal efecto, la duración de las mismas no podrá ser por tiempo indefinido, debiendo permitir, en todo caso, la amortización de las inversiones y una remuneración equitativa de los capitales invertidos.

El procedimiento para la selección entre los posibles candidatos habrá de garantizar la transparencia y la imparcialidad y, en concreto, la publicidad adecuada del inicio, desarrollo y fin del proceso.

La autorización que se otorgue no dará lugar a un procedimiento de renovación automática ni conllevará ningún otro tipo de ventaja para el prestador cesante o las personas que estén especialmente vinculadas con él».

Y, de otra, que el Real Decreto 199/2010, de 26 de febrero, ha regulado su ejercicio, derogándose el Real Decreto 1010/1985, de 5 de junio. Real Decreto de 2010, que ha sido objeto de conflicto de competencia planteado por la Comunidad Autónoma de Cataluña, y resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional 143/2012, de 2 de julio a favor de aquélla, donde se afirma que el Real Decreto 199/2010 establece una regulación jurídico-pública de la actividad comercial de venta ambulante que no puede ampararse en el art. 149.1-6 y 149.1-8 CE de competencia del Estado, pero además se añade que la venta ambulante presenta una escasa incidencia tanto en la actividad económica general como en la actividad comercial en particular, tratándose de un ámbito preferentemente local, por lo que no precisa una actuación unitaria en el conjunto del Estado con el grado de detalle del Real Decreto 199/2010, de modo que no se puede amparar ni en el art. 149.1-13 ni en el art. 149.1-18 CE. Afirmándose en definitiva que la competencia controvertida corresponde a Cataluña.

Así, a la vista de la letra del art. 54 LOCM, se advierte como la Ley mantiene la necesidad de contar con una autorización local para el ejercicio de la venta ambulante (art. 54), y asimismo, si ésta tiene lugar en espacios públicos, la exigencia de tal autorización es porque nuestra legislación de Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, de 3 de noviembre (art. 84)) así lo prevé, tratándose por tanto de autori-

---

(33) CANO CAMPOS, T. (2013): «El comercio ambulante», en *Derecho de la regulación. Comercio interior* (Dir.: M. REBOLLO PUIG), Iustel, pp. 807 a 884; NÚÑEZ LOZANO, M.ªC. (2013): *La transposición de la Directiva... op. cit.*, pp. 521-527; ENTRENA RUIZ, D.B. (2012): «El desarrollo de actividades...», *op. cit.*, pp. 227-242; FONT LLOVET, T. y PEÑALVER CABRÉ, A. (2011): *La incidencia... op. cit.*, pp. 150-152.

zaciones demaniales, que evidentemente no se exigen en base al ejercicio de una actividad de servicio. Pero las leyes autonómicas sobre comercio interior se refieren también a razones imperiosas de interés general (protección de los consumidores, salud pública...) como fundamento adicional de la autorización.

Por tanto, las actividades de servicios que se desarrollen en bienes de dominio público también pueden estar sometidas a la normativa reguladora que tiene lugar en el mismo, produciéndose así una dualidad de intervenciones administrativas que responden a finalidades distintas.

Asimismo, el Real Decreto 199/2010 dispone que: «Corresponderá a los ayuntamientos determinar la zona de emplazamiento para el ejercicio de la venta ambulante o no sedentaria, fuera de la cual no podrá ejercerse la actividad comercial». Indicando también el carácter transmisible de la autorización (art. 3.2), pero con sujeción a comunicación previo a la Administración, cuyo régimen deberán perfilar las Comunidades Autónomas y las correspondientes ordenanzas locales. Siendo revocable en caso de incumplimiento de la normativa (art. 3.6).

En todo caso, la regulación estatal de la venta ambulante (LOCM y Real Decreto 199/2010) es ciertamente parcial, abordando sólo algunos aspectos jurídico-administrativos que son básicos, que deben completarse por otros preceptos de la LOCM y del TRDCU; además de por lo previsto en las leyes autonómicas (34); y las ordenanzas locales que, lógicamente, nosotros vamos a limitar a Cataluña y al municipio de Barcelona, debiéndose resaltar que, en todo caso, las ordenanzas municipales van a regular esta modalidad comercial, pero teniendo presente lo contenido en la legislación estatal y autonómica, debiendo respetar la libertad de empresa y no siendo posible prohibir la venta ambulante con carácter general (35).

Así, centrándonos ahora en Cataluña y, concretamente, en el municipio de Barcelona, debemos resaltar:

En la Comunidad Autónoma de Cataluña, la venta ambulante está regulada por el Decreto Legislativo 1/1993, de 9 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido sobre comercio interior, concretamente, en los arts. 9 a 19.

Y tras definir la venta no sedentaria en puestos fijos (art. 9) (36), establece que «los Ayuntamientos pueden autorizar la venta no sedentaria en los espacios y las vías públicas de los respectivos municipios, en perí-

(34) Al respecto, *vid.* CANO CAMPOS, T. (2013): *El comercio... op. cit.*, pp. 819-822, recoge toda la normativa autonómica sobre comercio ambulante, señalando especificidades de algunas de ellas. PALOMAR OLMEDA, A. (2013): «La venta ambulante», en *La regulación del comercio minorista... op. cit.*, p. 394; RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M (2014): «El impacto de la Ley...», *op. cit.*, pp. 558-562.

(35) TORNOS MAS, J., «Ens local i règim jurídic de l'activitat comercial: especial consideració de la venda ambulante». *Seminari de Dret Local*, p. 6, donde afirma que la venta ambulante, en tanto que actividad comercial, está amparada por el principio de libre iniciativa económica y la Directiva de Servicios. Podría concluirse que existe una amplia discrecionalidad municipal para fijar el dónde y cuándo, pero la solución debe ser razonable y no impedir de hecho el ejercicio de esta actividad». CANO CAMPOS, T. (2013), *El comercio... op. cit.*, p. 832.

(36) El art. 9 del Decreto Legislativo 1/1993 dispone: «Se considera venta no sedentaria a los efectos de esta Ley la realizada por comerciantes, fuera de un establecimiento comercial permanente, de manera habitual, ocasional, periódica o continuada, en los perímetros y en los puestos debidamente autorizados, en instalaciones comerciales desmontables o transportables, y en los términos y las condiciones establecidos en la presente Ley.»

metros y en lugares determinados previamente, y establecer el número total de lugares permitidos y las dimensiones de estos lugares» (art. 10.1), siendo las ordenanzas municipales las que «deben determinar los criterios de otorgamiento de las autorizaciones» (art. 10.2).

También el Decreto Legislativo 1/1993 se refiere específicamente a la venta no sedentaria en mercados y en las vías públicas (art. 13)(37), disponiendo que puede llevarse a cabo en mercados fijos, periódicos u ocasionales, así como en puestos instalados en la vía pública para productos de naturaleza estacional; y es la Ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona sobre el uso de las vías y los espacios públicos de Barcelona de 27 de noviembre de 1998(38) la que regula los establecimientos de tal tipo de venta, indicando que la autorización de establecimientos de venta no sedentaria tiene carácter excepcional, y que las solicitudes que se presenten serán valoradas según la utilidad pública de la actividad que se lleve a cabo, la compatibilidad con los usos y actividades de la zona y la adecuación de la estética de la instalación al entorno (art. 39.1 Ordenanza sobre el uso de las vías y espacios públicos de Barcelona), contemplando además la posibilidad de que, con motivo de mercados periódicos o puntuales, el Ayuntamiento de Barcelona pueda sustituir la licencia individual de ocupación por una licencia colectiva concedida a su promotor (art. 39.4), pudiéndose también autorizar la instalación de paradas desmontables de venta no sedentaria alrededor de los mercados o en otros lugares cuando así convenga para favorecer una mayor oferta de productos a los consumidores.

En todo caso, destacar finalmente que tales licencias son a precario y revocables por motivos de interés público sin derecho a indemnización, y el plazo máximo de las licencias de venta no sedentarias es de un año (art. 39.6 Ordenanza sobre uso de las vías y espacios públicos de Barcelona).

En suma, a la vista de cuanto antecede, podemos concluir que la Directiva de Servicios y la diversa normativa aprobada para proceder a su transposición, así como la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado ha

---

(37) El art. 13 del Decreto Legislativo 1/1993 establece en su apartado 2:

«A estos efectos, se entiende por:

a) Venta no sedentaria en mercados fijos: aquella que se autoriza en determinados puestos anexas a los mercados que tienen sede permanente en las poblaciones.

b) Venta no sedentaria en mercados periódicos: aquella que se autoriza en los mercados que se realizan en las poblaciones, en puestos establecidos, con una periodicidad habitual y determinada.

c) Venta no sedentaria en mercados ocasionales: aquella que se autoriza en mercados esporádicos que se realizan con motivo de fiestas o acontecimientos populares.

d) Venta no sedentaria de productos de naturaleza estacional en puestos instalados en la vía pública: aquella que, con criterios restrictivos y excepcionales, puede autorizarse, una vez fijados el número de puestos y su emplazamiento o zonas determinadas donde se tenga que llevar a cabo.

e) Venta no sedentaria mediante camiones-tiendas en zonas insuficientemente dotadas de equipamientos comerciales: aquellas que con criterios restrictivos puedan autorizarse mientras dure dicha insuficiencia, una vez fijados el lugar y la periodicidad de su ocupación.»

(38) Ordenanza la supra mencionada que deberá haberse refundido, máximo en diciembre de 2016, con la Ordenanza de medidas para fomentar y garantizar la convivencia ciudadana en el espacio público de Barcelona, de 23 de diciembre de 2005.

producido en el ámbito del comercio un efecto de sensible reducción de los supuestos de intervención de las Administraciones locales en general, y de la Administración local catalana en particular, requiriendo una consideración particular por sus especialidades de régimen jurídico la venta ambulante o no sedentaria, que continúa siendo una actividad sometida a la necesidad de un título habilitante.

Trabajo recibido el 17 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Barne-merkataritzari buruzko interbentzionismo administratiboaren hasieran, toki-erakundeak izan ziren erantzukizunik handienak izan zituzten subjektu publikoak sektore horretan. Kataluniako toki-administrazioak merkataritzza-establezimenduen irekieran eta kalez kaleko salmentan duen papera aztertzen da lan honetan, kontuan hartuz zer ondorio izan dituzten Zerbitzuen Zuzentarauak eta haren transposizioak, eta Merkatu Batasunaren Bermeari buruzko 2013ko Legeak.

**HITZ GAKOAK:** Merkataritzza-establezimenduak irekitzeko udal-lizentzia. Erantzukizunpeko adierazpena. Aurretiazko jakinarazpena. Kalez kaleko salmenta. Zerbitzuen Zuzentaraua. Merkatu Batasunaren Bermea.

**RESUMEN:** En el inicio del intervencionismo administrativo sobre el comercio interior, fueron los Entes locales los sujetos públicos con mayores responsabilidades en este sector. Así en este trabajo abordamos cual es hoy, el papel de la Administración local catalana en el ámbito de la apertura de establecimientos comerciales y de la venta ambulante a la luz de los efectos que han producido la Directiva de Servicios y su transposición así como la Ley de Garantía de la Unidad de mercado de 2013.

**PALABRAS CLAVE:** Licencia municipal de apertura de establecimientos comerciales. Declaración responsable. Comunicación previa. Venta ambulante. Directiva de Servicios. Garantía de unidad de mercado.

**ABSTRACT:** At the beginnig of the administrative interventionism over internal trade, local entities were the public subjects with greater responsibilities in this sector. Hence in this work we address which role of the catalan local administration have nowadays in the field of the opening of commercial establishments and ambulant sales in the light of the effects produced by the Directive on Services and its transposition by the Act of Guarantee of the Unity of the Market from 2013.

**KEYWORDS:** Municipal license to open commercial establishments. Responsible statement. Previous communication. Ambulant sales. Directive on Services. Guarantee of the unity of the Market



# El valor pluralismo político del art. 1.1 de la Constitución ante la reestructuración del sistema político y económico

Albert Noguera Fernández

**Sumario:** I. Introducción: el pluralismo político.—II. La restricción del elemento subjetivo del pluralismo político: la LO 6/2002 y la STC 48/2003.—III. La restricción del elemento objetivo del pluralismo político: de la legitimidad plural a la legitimidad monista del estado constitucional. III.1. Los elementos tradicionales de legitimidad democrática del Estado Constitucional. III.1.1. El rasgo procedimental: la soberanía popular. III.1.2. El rasgo sustancial: la Justicia-dignidad humana. III.1.3. La relación entre los elementos procedimental y sustancial: la co-originalidad. III.2. Las transformaciones de los rasgos de legitimidad democrática del Estado Constitucional y sus efectos sobre el valor pluralismo político: III.2.1. La redefinición de la representación: de la plural generalidad por mayoría a la monista generalidad por unanimidad. III.2.2. La redefinición de la Justicia: de la concepción coherente y plural a la concepción utilitarista y monista de Justicia.—IV. Conclusiones.—V. Bibliografía citada.

## I. Introducción: el pluralismo político

Uno de los debates que, desde hace décadas, ha marcado la teoría política, ha sido el de la configuración de la estructura de poder en las sociedades modernas. El punto central de esta discusión ha sido la controversia entre las llamadas «teorías elitistas de la democracia» (F. Hunter(1) y C. Wright Mills(2)) según las cuales nuestras sociedades occidentales están regidas por una élite dominante que controla los principales mecanismos de poder, económico, político e ideológico; y las llamadas «teorías pluralistas de la democracia» (R. Dahl(3)) que defienden que estas están regidas por una pluralidad de sujetos, cuyo poder e influencia se ven en la práctica contrastados y compensados entre sí, alcanzando de este modo algún tipo de equilibrio.

---

(1) F. HUNTER: *Community Power Structure. A Study of Decision-Makers*, Chapel Hill, Nueva York, 1953.

(2) W.R. MILLS: *The Power Elite*, Oxford University Press, Nueva York, 1956.

(3) R.A. DAHL: *Who Governs? Democracy and Power in an American City*, New Haven, Yale University Press, New Haven, 1961.

En consonancia con este segundo tipo de teorías y como alternativa a las teorías elitistas de la democracia inspiradas en los teóricos italianos de las élites (V. Pareto (4) y G. Mosca (5)), surge el pluralismo político.

En el caso español, el artículo 1.1 de la Constitución de 1978 (en adelante CE) reconoce el pluralismo político como valor superior del ordenamiento jurídico.

Con el objetivo de hacer efectivo este valor, el Tribunal Constitucional (en adelante TC), a lo largo de su jurisprudencia, ha:

- resaltado el papel que juegan los partidos políticos (STC 3/1981 FJ 1.º) y otros grupos de intereses organizados como los sindicatos (STC 11/1981 y 70/1982), en la política;
- sostenido que estos grupos de intereses tienden a especializarse en la defensa de intereses específicos y compiten entre sí para influir en las decisiones políticas y para ganarse el apoyo de las bases que representan;
- explicado las decisiones políticas como el resultado de la balanza de fuerzas que arroja la competencia de los grupos de intereses;
- Y, descartado la posibilidad de que un grupo o una coalición de grupos de intereses lleguen a dominar de manera permanente el proceso político;

todos ellos elementos indispensables para la garantía del valor supremo pluralismo político.

En resumen, y de acuerdo con esto, podemos decir que los elementos que garantizan el pluralismo político en el Estado, han sido, tradicionalmente, dos: un elemento subjetivo y uno de objetivo.

El primero, el elemento subjetivo, se refiere a la libre competencia entre partidos. Condición necesaria para la existencia del valor pluralismo político es un Estado que no afecte a la competencia entre partidos. Toda afectación tendría efectos distorsionadores para el mismo.

Y, el segundo, el elemento objetivo se refiere a que la legitimidad del Estado (equiparación voluntad del poder con voluntad general) a partir de la cual se sirve el partido en el Poder para imponer sus decisiones, no pueda constituirse como una «posesión» totalizante y omniabarcante, como algo que el Estado posee de manera completa y estática («cosificación» de la legitimidad), sino como un «proceso social abierto o en curso» en permanente disputa, como un campo de lucha política entre una pluralidad de partidos o grupos de interés, que pueda dar lugar a una alternancia de grupos ideológicamente diversos en el Poder.

La tesis que va a defender este artículo es que estos dos elementos clásicos necesarios para la garantía del pluralismo político podrían estar sufriendo, durante las últimas décadas, una restricción que afecta al propio valor pluralismo político. El artículo tratará, en primer lugar, las posibles limitaciones sufridas por el primero de los elementos, me detendré muy poco en esta cuestión pues se trata de un fenómeno ampliamente estudiado por varios autores a raíz de la aprobación de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (LOPP) y la STC 48/2003; y, en segundo lugar, se detendrá más detalladamente en el segundo elemento, no estudiado. Me detendré pues en ver como la actual transformación o reformulación de las formas

(4) V. PARETO: *The Mind and Society*, Harcourt Brace and Company, Nueva York, 1935.

(5) G. MOSCA: *The Ruling Class*, Greenwood Press, Westport, 1939.



tradicionales de legitimidad democrática del Estado Constitucional, fruto de la reestructuración del sistema económico y político, tiene efectos regresivos sobre el valor pluralismo político del art. 1.1 CE.

## II. La restricción del elemento subjetivo del pluralismo político: la LO 6/2002 y la STC 48/2003

La libre competencia entre partidos constituye un elemento fundamental del pluralismo político, por ello, estos necesitan de un estatuto de libertad frente al Estado que impida una interferencia sobre los mismos. El art. 6 CE hace referencia a la libertad de partidos, esta debe entenderse bajo la forma de libertad de fundación o creación, libertad de programa y libertad de acción.

La jurisprudencia del TC había siempre sometido los partidos al régimen general de las asociaciones. Los partidos son creaciones libres, sujetos sociales surgidos del ejercicio de la libertad de asociación del art. 22 CE (STC 10/1983 FJ 3.º, STC 85/1986 FJ 2.º, STC 56/1996 FJ 3.º). Como el propio TC reconoció, esta equiparación de los partidos al régimen de asociaciones estaba materialmente orientada a conseguir maximizar la libertad en la creación y funcionamiento de los mismos en tanto elementos primordiales del pluralismo: «*La Constitución, en su deseo de asegurar el máximo de libertad e independencia de los partidos, les somete al régimen privado de las asociaciones, que permite y asegura el menor grado de control y de intervención estatal sobre los mismos*» (STC 85/1986, FJ 2.º). Los únicos límites sobre los partidos políticos eran un límite interno, la exigencia de que su estructura y funcionamiento fueran democráticos (art. 6 CE) y los supuestos tipificados como asociación ilícita en el Código penal (art. 22.2 CE), pero no límites ideológicos. En las STC 101/1983 y 119/1990 sobre el juramento o promesa de la Constitución por los cargos públicos, el TC se había manifestado claramente que la mención del art. 6 al «respeto a la Constitución» en la actividad de los partidos, debía interpretarse como mera aceptación de las reglas del juego en sentido procedimental y no como adhesión ideológica ni conformidad con el contenido de ésta, pues también se respeta la Constitución cuando se pretende su reforma total.

Sin embargo, la aprobación de la LOPP y la STC 48/2003, implicaron una reinterpretación del art. 6 CE que condujo a cambios importantes en la regulación de los partidos en el ordenamiento español que ha parecer de varios autores, ha implicado restricciones en el ejercicio de la libertad de partidos, base del pluralismo político (6).

En primer lugar y de manera novedosa, la Ley introdujo en el ordenamiento un procedimiento extrapenal para ilegalizar y disolver partidos «cuando su actividad vulnere los principios democráticos, deteriore o destruya el régimen de libertades o imposibilite o limite el sistema democrático» (Art. 9.2 y 10.2.c LOPP). A diferencia de antes, ahora un partido sólo será constitucional «cuando ejercite su actividad dentro del respeto de la constitución y la ley», lo que se identifica con el respeto a los principios

---

(6) Vid. J.A. MONTILLA: «Algunos cambios en la concepción de los partidos. Comentarios a la STC 48/2003, sobre la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos», en *Teoría y realidad constitucional*, 12-13, 2003-2004, pp. 559-585. M. CRIADO: «La intervención sobre el pluralismo en España: la Sentencia 48/2003 del Tribunal Constitucional», en *Representación, Estado y democracia*, Tirant lo Blanch, València, 2007, pp. 197-208.

democráticos, con un contenido axiológico, y no simplemente con el respeto a los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico, como se entendía hasta ese momento. La LOPP y STC 48/2003 permiten declarar ilegales actividades que no constituyen ilícito penal pero contradicen los valores y principios reconocidos en la Constitución. «En defensa de la democracia se ilegalizan actuaciones en virtud de los fines que persiguen, considerados contrarios al propio sistema democrático» (7).

Por otro lado, el ejercicio del derecho a crear libremente partidos también se ve cuestionado en la ley por dos cuestiones más: por el no reconocimiento de ese derecho a algunas personas, concretamente, extranjeros (art. 1.1 LOPP) y determinados condenados (art. 2.1 LOPP), y por la regulación del procedimiento de inscripción registral del partido (8).

No me voy a detener más en esta cuestión, por otra parte ampliamente tratada. Detengámonos pues en las consecuencias sobre el pluralismo político de la transformación o reformulación de las formas tradicionales de legitimidad democrática del Estado Constitucional.

### III. La restricción del elemento objetivo del pluralismo político: de la legitimidad plural a la legitimidad monista del estado constitucional

Detrás del concepto de pluralismo político del art. 1.1 CE trasluce una concepción del régimen político en la que el paso de la diversidad de opiniones e intereses que ofrece la sociedad a la formación de la voluntad estatal no se opera a través de una teóricamente auténtica y única voluntad popular por encima de las diferencias realmente existentes entre los individuos y grupos sociales. La pluralidad de opiniones e intereses se tiene mucho más en cuenta y la conformación de la voluntad estatal es resultado de un proceso discursivo y conflictivo que se cierra con decisiones mayoritarias pero no unánimes. En estas condiciones, la mayoría no puede tener pretensiones de verdad ni de última instancia, sino que traduce preferencias momentáneas revisables y reversibles en cualquier momento (9).

El pluralismo político implica, entonces, que la relación de competitividad se mantiene también después de la decisión electoral, garantizando la posición de las minorías en el proceso político y que el vencedor no utilice su posición de poder para eliminar a los rivales. Las minorías permanecen en principio sólo temporalmente como alternativa que no alcanza su meta pero que, a pesar de ello, mantiene plena capacidad para influir en la toma de decisiones públicas desarrollando su acción política de crítica y propuesta de alternativas, tanto desde la calle mediante el uso, por ejemplo, del derecho de reunión y manifestación del art. 21 CE, como desde el parlamento forzando a la mayoría, a través de los mecanismos de control parlamentario (arts. 76.1, 109, 110, 113 CE), a tener que manifestar y justificar sus intenciones.

(7) J.A. MONTILLA: «Algunos cambios en la concepción de los partidos. Comentarios a la STC 48/2003, sobre la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos», *op. cit.*, p. 564.

(8) *Vid. Ibidem.*

(9) D. GRIMM: «Los partidos políticos», en BENDA, MAIHOFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, *Manual de derecho constitucional*, IVAP/Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 394.

Podemos decir, en consecuencia, que el pluralismo político conlleva, como he mencionado antes, que la legitimidad democrática del Estado (equiparación de la voluntad del poder con voluntad general) a partir de la cual se sirve la mayoría en el Poder para imponer sus decisiones, no pueda concebirse desde un punto de vista monista, como una «posesión» completa, unánime, indiscutible, totalizante y omniabarcante, sino desde un punto de vista pluralista, esto es, como un «proceso social abierto o en curso» en permanente disputa, como un campo de lucha política entre una pluralidad de partidos o grupos de interés, que pueda dar lugar a una alternancia de grupos ideológicamente diversos en el Poder. Detengámonos un poco en esta cuestión de la legitimidad.

Desde finales del siglo XVIII hasta hoy, la cuestión de la legitimidad democrática del Estado Constitucional se ha desarrollado en un campo conceptual con pocas variaciones. El carácter representativo del Poder, la democracia directa, la mayor o menor garantía de unos u otros derechos fundamentales, etc. han constituido el centro del debate de la legitimidad del Estado durante todo este tiempo. El propio vocabulario político ha evolucionado poco.

Ahora bien, la pregunta que nos formulamos aquí es si con la crisis que el cambio en las fuentes del derecho fruto de los procesos de integración mundial-europea, ha implicado sobre los principios constitutivos del Derecho Constitucional surgidos de la revolución francesa (crisis de la forma estatal Derecho, del monopolio del Estado en la producción jurídica, de la Constitución como fuente jurídica, debilitamiento de los Parlamentos nacionales, etc.), ¿surgen nuevas formas, y asociadas a ella, una nueva gramática, de la legitimidad del Estado? ¿O se mantienen las mismas?

Creo que podríamos afirmar que lo que caracteriza la actual transformación del Estado Constitucional iniciada en la década de 1980, no es un cambio o la invención de nuevas formas de legitimación distintas a las democráticas tradicionales, basadas en la *representación* y la *Justicia*. Estas perviven, todavía hoy, como elementos *simbólicos* de legitimación del poder; sino una reformulación latente de tales formas.

El Estado continúa «simbólicamente» fundamentándose o justificándose (legitimándose) por el cumplimiento de los atributos procedimental de «representación» y sustantivo de «Justicia», aunque estos atributos son reconceptualizados de manera que vienen a significar ahora cosas totalmente distintas.

La principal transformación que sufren los conceptos de «representación» y «Justicia» es que pasan de ser atributos pluralistas en el Estado Constitucional del siglo XX, dando lugar a una legitimidad parcial o abierta acorde con el principio de pluralismo político del art. 1.1 CE, a ser atributos monistas en el Estado Constitucional del siglo XXI, dando lugar a una legitimidad omniabarcante o cerrada cada vez menos acorde con tal valor pluralismo político.

Vamos a explicar esta transformación y veremos sus efectos sobre el principio de pluralismo jurídico establecido en el art. 1.1 CE como valor superior del ordenamiento.

### **III.1. Los elementos tradicionales de legitimidad democrática del Estado Constitucional**

El discurso o justificación del gobierno surgido de las revoluciones liberal-democráticas, precursores del Estado Constitucional, estuvo fundamentado no ya sobre crite-

rios teológicos o históricos, sino en referencia a un pacto entre individuos, lo que obligó a sustituir la antigua legitimidad monárquica por la nueva legitimidad democrática, esto es, el consentimiento de los ciudadanos. Como establecieron las teorías del reconocimiento (Jürgen Habermas, Ralf Drier, Robert Alexy) lo que verdaderamente importa, ahora, en el Estado y el Derecho es su reconocimiento, su aceptación o, al menos, su aceptabilidad racional (10). Pero, ¿cuáles serán los rasgos alrededor de los cuales se estructura el mayor o menor reconocimiento o aceptabilidad social (legitimidad) del Estado Constitucional?

La doctrina ha diferenciado entre rasgos procedimentales y sustanciales de legitimidad del Estado Constitucional.

### III.1.1. EL RASGO PROCEDIMENTAL: LA SOBERANÍA POPULAR

Este primer elemento responde a la pregunta acerca de quién y cómo deben tomarse las decisiones políticas, esta es la cuestión de la participación (soberanía —popular y/o nacional—).

El discurso o justificación del gobierno surgido de las revoluciones liberal-democráticas está fundamentado no ya sobre criterios teológicos o históricos, sino en referencia a un pacto entre individuos, lo que obligó a sustituir la antigua legitimidad monárquica en sus dos aspectos principales: en primer lugar, debe constituir un «fundamento (racional) para el poder» opuesto a la autoridad teológico-monárquica y además, en segundo lugar, este debe ser un fundamento que permanezca al margen de los cambios en la titularidad del Estado, por tanto, alternativo al carácter hereditario o dinástico, al carácter continuo-temporal, de la monarquía.

Desde este nuevo punto de vista y con tal objetivo de sustitución:

En primer lugar, se vincula legitimidad con soberanía (nacional o popular). El ser expresión de la voluntad de la colectividad se convierte ahora en la nueva justificación de la fuerza de que se sirve el Estado para imponer sus decisiones, para fundamentar su poder.

Y, en segundo lugar, se sustituye la «autoridad de la persona» por la «autoridad de la función». Desde este nuevo punto de vista, quien tiene autoridad ya no la tiene fruto de ciertas características o atributos de su persona, sino que la tiene en tanto ejerce una función de representación. En consecuencia, la autoridad va ligada, no a la persona sino a la función, es la autoridad de la función. Y, la función es permanente, al margen de los cambios en los sujetos que la ejercen;

Así pues, surge un nuevo «reconocimiento o legitimidad democrática del Estado» como elemento que dota al poder de un fundamento permanente.

Esta primera forma de reconocimiento-dominación (legitimación) del Estado Constitucional es una asociación entre «*legitimidad*» y «*participación-consentimiento*», o lo que es lo mismo, entre «*legitimidad*» y «*Soberanía —popular y/o nacional—*».

(10) Vid. W. KRAWIETZ: *El concepto sociológico del Derecho*, Fontamara S.A., México, 1992, p. 11.

### III.1.2. EL RASGO SUSTANCIAL: LA JUSTICIA-DIGNIDAD HUMANA

Este segundo elemento hace referencia a la pregunta de cuál es el contenido justo o correcto de las decisiones políticas, esta es la cuestión del garantismo (derechos fundamentales).

De acuerdo con esto, para ser enteramente reconocido o legítimo, un Estado democrático debe no sólo producir sus leyes con la participación y consentimiento de la mayoría de los «ciudadanos», sino también asegurarse de que las leyes se adecuan a ciertos valores o contenidos sustantivos de justicia y dignidad humana establecidos en su norma fundante: la Constitución. El Estado Constitucional no sólo debe ser un Estado de participación, sino también un Estado de derechos o de Justicia.

Esta es una concepción de la legitimidad defendida en el siglo xx por autores como Joseph Raz por vía de su «concepción de la autoridad como servicio» (11), mediante la cual parte de la idea de que al derecho, a las normas, les corresponde desarrollar una función de «mediación» entre los valores o principios constitucionales y las políticas a implementar.

En consecuencia, cuando el Estado-Derecho adopta una norma, los ciudadanos, para considerar si es legítima o ilegítima, lo que deben hacer es reproducir en sus mentes las razones en base a las cuales se ha adoptado tal norma. Para fijar el significado de la norma (y por consiguiente, de las directrices autoritativas del Derecho) los ciudadanos deben retroceder a las razones originales que están detrás de esa norma. Deben explorar los principios y valores subyacentes que dicha norma intenta llevar a la práctica. Esto es lo que Ronald Dworkin llama una «interpretación constructiva» de la norma (12).

Esto les permitirá determinar si la norma persigue o se adecua a los principios o valores constitucionales de justicia y, por tanto, si queda o no satisfecha esta segunda condición necesaria para su consentimiento.

Esta segunda forma de reconocimiento-dominación (legitimación) es una asociación entre «*legitimidad*» y «*justificación*» (de la norma) (13), o lo que es lo mismo, entre «*legitimidad*» y «*Justicia*». (14)

(11) J. RAZ: *Ethics in the Public domain*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

(12) R. DWORKIN: «Thirty Years On (Book Review of *The Practice of Principle* by Jules Coleman)», *Harvard Law Review*, 115, 2002, pp. 1655-1687.

(13) Vid. W. SADURSKI: «Legitimidad del derecho, democracia y valores sustantivos», en A. de JULIOS-CAMPUZANO (ed.): *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 19-40.

(14) Asociada, o mejor dicho, derivada de esta última, podemos añadir una tercera forma (secundaria) de consentimiento-legitimidad: la garantía de la estabilidad.

No se trata de una «legitimidad ideal», como las dos anteriores, sino de una «legitimidad empírica o práctica». A diferencia de la legitimidad ideal que reposa sobre presupuestos ontológicos o epistemológicos de que las normas constituyen un mundo propio del «deber ser», que, en cierto sentido, es independiente del mundo de los hechos; la legitimidad empírica o práctica es una legitimidad que reposa sobre presupuestos material-cotidianos. El sentido de reconocimiento o no reconocimiento no viene, en los ciudadanos, únicamente modelado y determinado por principios de *soberanía* o *justicia* absolutos y universales, sino también por aspectos propios de la práctica cotidiana. Como señaló Jellinek «los hombres ven lo que constantemente le rodea, lo que sin cesar perciben y sin interrupción ejecutan, no sólo como un hecho, sino también como una norma de juicio» (G. JELLINEK: *Teoría General del Estado*, Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, 1914, T.I., p. 428).

En este sentido, conjuntamente con las anteriores formas ideales (participación y Justicia), otros argumentos «empíricos» a favor de la legitimidad del Estado y de su Derecho se han centrado tradicionalmente en la capacidad de este para promover virtudes interrelacionadas tales como el carácter predecible de los resultados, la certeza, la confianza, la equidad, la eficiencia, etc., de las cuales se deriva una situación de estabilidad.

### III.1.3. LA RELACIÓN ENTRE LOS ELEMENTOS PROCEDIMENTAL Y SUSTANCIAL: LA CO-ORIGINALIDAD

Existen algunos autores que han asociado la legitimidad del Estado Constitucional a uno solo de los dos ejes descritos. Estas son, por un lado, teorías que han dado prioridad al «procedimentalismo» y, por otro, las que han dado prioridad al «sustantivismo».

Por un lado, las teorías que otorgan primacía al procedimentalismo, donde encontramos autores como Stuart Hampshire (15), Michael Walzer (16) o Jeremy Waldron (17), señalan que lo único importante para determinar el reconocimiento o legitimidad del Estado Constitucional es el procedimiento de toma de decisiones. Según esta postura, los desacuerdos sobre el valor Justicia son tan amplios en una sociedad plural, que sólo queda confiar en los procedimientos para fundar una teoría del reconocimiento (18). Ahora bien, esta es una postura no del todo aceptable, como

---

La constitucionalización, en el Estado Constitucional, de los derechos y su blindaje mediante el empoderamiento del Poder Judicial ha implicado la existencia de «seguridad jurídica», esto es, de una posibilidad de previsibilidad y calculabilidad de cualquier acto humano. Ello implica:

—La certeza de que ante cualquier hecho o acción, el encargado a quien corresponda resolverla lo van a hacer de acuerdo con los términos en los que la norma estatal está formulada, lo que genera confianza. La predictibilidad tiene valor en la medida en que facilita la confianza.

—Por otro lado, la toma de decisiones de acuerdo con normas de aplicación necesariamente general es, a la vez, considerado como un mecanismo generador de equidad. De hecho, la asociación entre la idea de equidad con la generalidad de las normas parece captarse en la simple máxima «los casos semejantes deben ser tratados igual».

—Además, genera también eficiencia en la resolución de los conflictos inter-subjetivos. Por ejemplo, la existencia de normas estatales o derechos positivizados lleva a los jueces a decidir los casos sometidos a su decisión sobre la base de un número comparativamente menor de factores fácilmente identificables. El procedimiento completo resulta eficiente pues requiere menos tiempo y menos prueba de la que habrían sido necesarias en el marco de un procedimiento menos sujeto a reglas, que dejaría abierto un espectro mucho más amplio de factores para su consideración. U otro ejemplo, una mayor probabilidad de predecir los resultados, evita que un mayor número de casos deba ser resuelto mediante un procedimiento formal de decisión (por ejemplo, la máxima eficiencia, se alcanza después de todo, cuando una persona, a quien se acusa de haber conducido a 200 km/h, simplemente se somete al pago voluntario de la multa en lugar de argumentar que no debió imponérsele sanción porque no condujo de manera peligrosa) (Vid. F. SCHAUER: *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2004, pp. 197-212).

Todas estas sensaciones de confianza, equidad, eficiencia, etc. derivadas del garantismo propio del Estado Constitucional, generan en los ciudadanos (independientemente de que tal sensación no esté libre de conflictos con los valores o contenido específicos de las normas) un valor psicológico de tranquilidad, generan sensación de estabilidad, lo que es valorado por los mismos como una calidad del sistema al que prestan su consentimiento.

De esto podríamos llegar a establecer otra tercera forma (empírica o práctica) —derivada de la segunda— de reconocimiento-dominación (legitimación) que consistiría en la asociación entre «legitimidad» y «estabilidad».

(15) S. HAMPSHIRE: *Innocence and Experience*, Penguin Press, Londres, 1989.

(16) Walzer defienden la posición de que la mayoría democrática tiene el derecho de vulnerar derechos: «una de las características de la democracia —dice este autor—, es que la gente tiene el derecho de actuar incorrectamente» (M. WALZER: «Philosophy and democracy», *Political Theory*, No. 9, 1981, pp. 379-399).

(17) J. WALDRON: *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999.

(18) El autor que mejor ha expuesto la primacía del procedimiento democrático por encima del elemento de Justicia sustantiva es, seguramente, Jeremy Waldron. El punto de partida de Waldron es el siguiente: 1. La gente no está de acuerdo en que derechos tiene; y, 2. Dado este hecho, debemos respetar el derecho de la gente de participar y expresar su opinión en la resolución de este desacuerdo. Por tanto, Waldron no ve el derecho a participar como un derecho-valor al mismo nivel o en equilibrio de importancia que los otros. Para él, la

señala la réplica de Estlund(19) a esta concepción, si los desacuerdos sustantivos son tan amplios y profundos ¿por qué pensar que vamos a ponernos de acuerdo en un procedimiento legítimo? ¿Por qué no pensar que el hecho del pluralismo y los desacuerdos contaminará también nuestras concepciones sobre los procedimientos legítimos?

Y, por otro lado, las teorías que otorgan primacía al sustantivismo, al contrario de la anterior, defienden que a la hora de evaluar la legitimidad del Estado Constitucional la dimensión sustantiva debe tener prevalencia sobre la procedimental. Esta es también una postura de complicado sustento. Si las decisiones políticas son reconocidas sólo si son congruentes con aquello que consideramos justo, entonces éstas no merecen respeto ni obediencia cuando no se ajusten a nuestras creencias. Pero dado que en nuestras sociedades muchas personas tienen concepciones de la justicia distintas, no habría acción colectiva posible, ni autoridad posible (20). Uno de los principales exponentes de esta corriente es Ronald Dworkin quien defiende la existencia de un espacio protegido de derechos indisponibles por las mayorías legislativas, así como la necesidad de depositar la última palabra institucional en el procedimiento no mayoritario de la revisión judicial de las leyes (21).

Frente a estas dos posturas, la única concepción aceptable del reconocimiento o legitimidad es una concepción mixta. Esta idea se expresa en lo que Habermas ha llamado la «tesis de la co-originalidad». Esto es, sostener que ambas clases de consideraciones —la procedimental (soberanía) y la sustantiva (Justicia)— son co-origi-

---

participación es fundamental. La participación mayoritaria en la resolución de los desacuerdos sobre derechos debe ser adoptada, aunque esto supusiera peores resultados para los derechos que adoptar otro mecanismo de toma de decisiones (A. KAVANAGH: «Participation and Judicial Review: a Reply to Jeremy Waldron», *Law and Philosophy*, 22, 2003, pp. 456-457). La argumentación de la justicia sustantiva, es para Waldron, una justificación insuficiente para limitar el derecho de los derechos: «(...) Si un procedimiento es democrático y se realiza terminando con el resultado correcto, no hay injusticia para nadie. Pero si el proceso es no democrático, este conlleva inherentemente y necesariamente, una injusticia en su operación, para las aspiraciones participativas de los ciudadanos ordinarios. Y, esta injusticia existe, al margen de si termina con el resultado correcto o no (...)» (J. WALDRON: «A Right-based Critique of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, 13, 1993, p. 50). Así pues, frente al argumento epistémico, Waldron impone el argumento de la primacía de la democracia.

En resumen, Waldron asigna un status especial al derecho a participar, que hace que no se pueda limitar por ningún otro derecho o valor o principios de la moralidad política. Si creemos en el gobierno de la gente, luego no podemos anular su decisión, ni cuando sea incorrecta. Pero, ¿por qué Waldron otorga tanta importancia a este derecho de participación?

Pues porque para Waldron la participación tiene valor, independientemente o más allá del propio proceso participativo. Él piensa este derecho como un derecho que tiene un valor intrínseco relacionado con la dignidad de la persona (igualdad jurídica y libertad).

Al permitir a los individuos la oportunidad de ser parte del proceso de toma de decisiones de la comunidad, está confirmando y afianzando su igualdad de derechos (igualdad jurídica) y su autonomía (libertad). En este sentido, garantizar un igual derecho a participar evidencia un reconocimiento público de la igualdad jurídica y la autonomía de la voluntad personal.

(19) D. ESTLUND: «Political Quality», en J. PAUL, E. FRANKEL, F.D. MILLER (eds.), *Democracy*, Cambridge University Press, 2000, pp. 127-160.

(20) S. LINARES: *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires, 2008, pp. 33-34.

(21) *Vid.* R. DWORKIN: *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1977; R. DWORKIN: *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986; R. DWORKIN: *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1996.

nales, ambas se presuponen mutuamente, se entrecruzan, ambas son irrenunciables (22) (aunque tampoco esta es una posición exenta de contradicciones) (23).

### III.2. Las transformaciones de los rasgos de legitimidad democrática del Estado Constitucional y sus efectos sobre el valor pluralismo político

A medida que, a partir del Tratado de Maastricht (1992) se produce la institucionalización y juridización de la Unión Europea, y se perfila la supremacía y efecto directo del Derecho Comunitario, de manera que se potencia fuertemente el papel e influencia de la Unión Europea en el interior de los Estados, el Estado Constitucional pasa a reconfigurarse sobre nuevas bases: en primer lugar, el progresivo trasvase de competencias constitucionales del Estado hacia órganos tecnocráticos internacionales no electos democráticamente implica una reconfiguración del elemento procedimental de legitimación estructurado alrededor de la representación política; y, en segundo lugar, la configuración de la Unión Europea como un libre mercado en expansión conlleva, de manera decisiva, una crisis del Estado social y la entronización del dogma neoliberal en el ámbito de las políticas económicas estatales, lo que reconfigura también el elemento sustancial de legitimidad basado en los derechos.

Explicaré, a continuación, estas transformaciones en la legitimidad democrática del Estado y veremos a continuación, sus efectos sobre el valor pluralismo político.

#### III.2.1. LA REDEFINICIÓN DE LA REPRESENTACIÓN: DE LA PLURAL GENERALIDAD POR MAYORÍA A LA MONISTA GENERALIDAD POR UNANIMIDAD

La teoría política ha distinguido, tradicionalmente, tres formas de representación que construyen, cada una de ellas, formas de «interés general» o «generalidad» social diferentes. Estas han sido:

La «representación-directa» (auto-representación), vinculada a la idea de «soberanía popular». Esta hace referencia al ejercicio directo del Poder por parte del pueblo, en forma de Poder Constituyente o democracia participativa.

La «representación-delegación», vinculada a la idea de «mandato». El mandato hace referencia a la existencia de un acuerdo —elección— entre dos o más personas por la cual una se compromete a ejercer en nombre de los otros una determinada gestión, bajo el control de estos últimos. La cualidad esperada del representante es aquí, la proximidad.

(22) J. HABERMAS: «Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls Political Liberalism», *Journal of Philosophy*, 92 (3), 1995, pp. 109-131.

(23) Robert Dahl ha cuestionado la tesis de la co-originalidad de Habermas, señalando la imposibilidad real de que puedan cumplirse plenamente ambos criterios de reconocimiento social (procedimental y sustancial) en una relación de paridad absoluta, sin que se pueda dar primacía de uno sobre el otro, esto es algo idealmente muy atractivo pero empíricamente imposible. La dimensión procedimental y sustancial de la legitimidad no se encuentran en una relación de armonía, sino, casi siempre, de tensión (*Vid.* R. DAHL: *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona, 2002, p. 197; *Vid.* también: J.L. MARTÍ: *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid, 2006, p. 148).



Y, la «representación-figuración», vinculada a la idea de personificación. Esta hace referencia a la asunción por parte de una persona «más» capaz —no necesariamente elegida—, de la voluntad de los otros «menos» capaces, subrogándose en la voluntad y personalidad de estos últimos, sustituyéndolos plenamente y, por tanto, pudiendo actuar con plena libertad en su nombre. La cualidad esperada del representante es aquí, la capacidad.

Estas tres formas distintas de representación construyen formas de «interés general» o «generalidad» y, por tanto, formas de legitimidad (con Hegel, la legitimidad del Estado pasa a identificarse con el «interés general») distintas.

De un lado, la «representación-directa» y la «representación-delegación» construyen una forma de «interés general» o generalidad social dual o plural que podemos llamar «generalidad por mayoría». Mientras que de otro lado, la «representación-figuración» construye una forma de «interés general» o generalidad social monista que podemos llamar «generalidad por unanimidad». Pasemos a ver esto.

### ***El Estado Constitucional del s. xx: representación-directa, representación-delegación y generalidad por mayoría***

La representación-directa es una forma de democracia pura o soberanía popular defendida por Jefferson (24) o Robespierre (25) (a raíz de Rousseau) en los primeros años de revolución norteamericana y francesa.

Sin embargo, como consecuencia de la reacción conservadora de los federalistas en Estados Unidos (26) y de la reacción de Termidor en Francia, termino imponiéndose en ambos países, y en el resto de países donde al calor de las dos primeras surgen a lo largo del siglo XIX revoluciones liberales, un modelo de democracia no directa.

Las revoluciones liberal-democráticas terminaron implicando el surgimiento de una concepción compleja de la representación, una fusión entre *representación-delegación* y *representación-figuración*, que pasan a entenderse, desde entonces, como insolubles.

En el Estado Constitucional liberal, los representantes políticos son, a la vez representantes elegidos por una minoría (sufragio censitario) o, después, una mayoría (sufragio universal) de los ciudadanos (*representación-delegación*), y representantes independientes del cuerpo electoral que los eligió. Tanto Hamilton o Madison como Siéyès (que son los que acaban imponiéndose sobre las visiones mucho más democráticas de Jefferson o Robespierre) establecen que una vez elegidos los representantes debían ser independientes de sus electores para poder deliberar efectivamente, esto es, para poder sustraerse de los intereses corporativos y actuar y expresar la voluntad en representación de toda la nación. Su propio estatuto de independencia es lo que, según tales autores, establecía y consagraba que pudieran desarrollar esta función (*representación-figuración*).

---

(24) Vid. M. HARDT: *Thomas Jefferson. La Declaración de Independencia*, Akal, Madrid, 2009.

(25) Vid. S. ZIZEK: *Robespierre. Virtud y terror*, Akal, Madrid, 2010.

(26) Sobre la reacción conservadora de los federalistas en contra de la participación democrática de la ciudadanía durante los primeros años de la revolución norteamericana, Vid. R. GARGARELLA: «The Constitution of Inequality. Constitutionalism in the Americas. 1776-1860», *International Journal of Constitutional Law*, 3 (4), 2005, pp. 8-14; y, R. GARGARELLA: *The Scepter of Reason. Public Discussion and Political Radicalism in the Origins of Constitutionalism*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/Londres, 2000, pp. 55-105.

Es muy común ver en todas las constituciones liberales, viejas y nuevas, un artículo referido al sufragio como mecanismo de elección de autoridades políticas y, a la vez, otro que establece que estas «no estarán sometidas al mandato imperativo».

No obstante, y aun reconocer este carácter mixto de la representación, podemos afirmar claramente que en el Estado Constitucional la organización política se estructuraba alrededor del parlamentarismo y, ello, implicaba dos cosas:

Primero, que en el parlamentarismo, especialmente con la introducción del sufragio universal, el elemento de la representación-delegación es el fundamental (*la representación-figuración era funcional o secundaria con respecto representación-delegación*).

Y segundo, que en el parlamentarismo se da el juego de mayorías y minorías, que implica necesariamente reconocer la existencia de la división social. En este modelo, el ser «expresión de la voluntad general» (que es lo que otorga legitimidad a una decisión política), no se asocia a «unanimidad» sino a «mayoría», que son cosas distintas. La voluntad general es una construcción, no unánime, sino aritmética.

En consecuencia, podemos decir que tanto la representación-directa (Poder constituyente y democracia participativa) y la representación-delegación (elecciones parlamentarias), ambas formas propias del Estado Constitucional, construyen un «interés general» o generalidad a partir de la mayoría. Cada una de ellas construye, respectivamente, dos formas del pueblo: el *pueblo social*, que es la irrupción de mayorías o minorías activas en la escena política, es la suma de protestas e iniciativas de toda naturaleza, es el «pueblo-flujo», el «pueblo-problema». Y, el *pueblo electoral*, que es la mayoría aritmética que toma consistencia en las urnas.

Estas dos formas de pueblo construyen una generalidad o «interés común» por mayoría, no por unanimidad, ya que tales cuerpos del pueblo no representan al pueblo íntegramente o completamente sino que expresan una dimensión limitada del mismo.

La mayoría —que es lo que aquí otorga legitimidad— es una categoría dual, implica siempre, a la vez, una o varias minoría(s), con lo cual la legitimidad (de la mayoría) es imperfecta, disputable y arrebatable por la minoría. La legitimidad del Estado es «un proceso social en curso». Es una legitimidad parcial, plural y abierta.

### ***El Estado Constitucional del s. XXI: representación-figuración y generalidad por unanimidad***

De manera paralela al activo proceso de reestructuración económica tendiente a minimizar el rol del Estado en las diferentes esferas de la actividad económica y social, desde los propios organismos internacionales se impulsó políticas que hacían énfasis en la ampliación de la capacidad institucional y en la eficacia de la acción estatal para el buen funcionamiento de los mercados. Hecha la reestructuración económica existía la necesidad de recrear en el ámbito de la administración pública condiciones similares a las del funcionamiento del mercado. De este modo, la nueva generación de reformas prioriza una serie de transformaciones «hacia adentro» del Estado (27),

(27) O. OSZLAK: «Quemar las Naves (o como lograr reformas estatales irreversibles)», Trabajo presentado al IV Congreso Internacional del CLAD, México, 1999 (citado por A. LÓPEZ: «La Nueva Gestión Pública: algunas

apoyadas cada vez más en las ideas básicas provenientes de las ciencias de gestión o del *management*, cuya legitimidad como fuente de propuestas para mejorar el desempeño del sector público encuentra sustento en la experiencia «exitosa» acumulada en el sector privado durante las últimas décadas. (28) En todas partes, y sobre todo en Europa, las llamadas agencias, comisiones o autoridades administrativas técnicas o independientes, a las que quedan anexadas muchas empresas y servicios pseudo-públicos como simples aparejos de extensión administrativa, empezaron a multiplicarse y a convertirse en los nuevos espacios de toma de decisiones de naturaleza pública.

Uno de los rasgos de los nuevos órganos tecnócratas, nacionales e internacionales, de toma de decisiones políticas es que no han sido elegidos por los ciudadanos, lo que en palabras de los constitucionalistas norteamericanos Peter L. Strauss o Geoffrey P. Miller (29), o de los franceses C.A. Colliard y G. Timsit (30), los convierte en auténticas «anomalías jurídicas» cuya constitucionalidad está cuestionada. Una pregunta surge aquí, ¿puede un poder ser representativo aunque no proceda de una elección? Hoy, desde determinados sectores de la doctrina, se argumenta que sí. ¿Cómo?

Estos discursos, entre cuyos máximos representantes podemos ubicar Pierre Rosanvallon (31), afirman que si bien en una sociedad como la del Estado Constitucional, con fuertes identidades políticas colectivas (de clase, de grupo, etc.), la irrupción del sufragio universal implicó la constitución de órganos de mediación (los partidos) entre la sociedad y el sistema electoral, que fueron instrumentos de regulación y democratización; hoy en día, las identidades políticas se han desestructurado. La fragmentación de las identidades colectivas ha creado una gran multiplicidad de sujetos independientes de lo que resulta una fragilización y una relativización de la noción de «mayoría». Ello ha transformado, por completo, la relación entre gobernados y gobernantes, teniendo que inventar un nuevo concepto de representación diferente a la «representación-delegación» y al de «mayorías-minorías», propios del parlamentarismo, que ya habrían pasado a la historia. Un nuevo concepto más adecuado a la actualidad, para poder organizar mejor la relación entre el poder y la sociedad (32).

---

precisiones para su abordaje conceptual», en *Serie I: Desarrollo institucional y Reforma del Estado* (Doc. 68), Instituto Nacional de Administración Pública, Argentina, p. 7).

(28) Vid. L. DIAMOND, M.F. PLATTNER y A. SCHEDLER (comps.): *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner Publishers, Boulder (Col.), 1999.

(29) Estos autores hablan de las nuevas comisiones, agencias o autoridad técnicas independientes como instancias que no entran en ninguna de sus categorías. Si bien reconocen que estas ya se encuentran plenamente integradas en la cultura política nacional, no por ello dejan de constituir, según ellos, «anomalías jurídicas», y por eso, su constitucionalidad sigue estando cuestionada (Vid. PL. STRAUSS: «The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch», en *Columbia Law Review*, 84 (3), 1984; y, G.P. MILLER: «Independent Agencies», en *The Supreme Court Review*, 1986 (vol. Único)).

(30) En Francia, estos juristas han caracterizado estos nuevos órganos como contrarios a la tradición republicana. En primer lugar, se trata de instituciones que están en las antípodas de la visión jacobina de una soberanía única e indivisible. Y, en segundo lugar, la noción de imparcialidad, señalan, tampoco pertenece a la cultura política francesa. Durante la Revolución, la «voluntad» como fuerza que unifica y dirime es la reconocida, y no la imparcialidad, asociada a la prudencia, que remite al hecho de una sociedad dividida (Vid. C.A. COLLIARD y G. TIMSIT (comps.): *Les Autorités indépendantes*, PUF, París, 1988).

(31) P. ROSANVALLON: *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México, 2010.

(32) P. ROSANVALLON: *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, op. cit., p. 289.

Este concepto de representación «más adecuado a la realidad actual», que ha terminado imponiendo en parte de nuestras sociedades, ya no es pues una forma de «representación-delegación» asociada al Parlamento, sino una forma de «representación-figuración» que se personifica en los nuevos órganos estatales e internacionales tecnocráticos no electos.

Se ha reconceptualizado el concepto de «representación» para adaptarlo a la nueva estructura y funcionamiento del aparato del Estado y poder continuar utilizándolo como mecanismo de legitimación.

En este sentido, Rosanvallon afirma que los actuales órganos tecnocráticos no electos son órganos plenamente representativos de los ciudadanos, incluso más que los parlamentos («Las distintas autoridades independientes (...) participan en la edificación de una sociedad más libre y democrática» (33)). Tal representación, se llevaría a cabo, por parte de estos órganos, a través de las siguientes tres vías:

- a) Una *Representación por imparcialidad*: Los nuevos órganos tecnocráticos (estatales e internacionales) de toma de decisiones son —afirma esta postura— órganos técnicos y no «políticos». Por tanto, son imparciales. Rosanvallon señala que el propio comportamiento imparcial tiene una dimensión representativa por la preocupación que lo anima a tener muy en cuenta la totalidad de los datos de un problema y no desatender ninguna situación. La imparcialidad, dice, es vigilancia, presencia activa en el mundo, la voluntad de entregar la representación más fiel posible de ella. Citando a Kant dice, la imparcialidad consiste en «adoptar todos los puntos de vista concebibles». Por tanto, lejos de resultar una posición prominente, de una visión superior y despegada de las cosas, es, por el contrario, una inmersión reflexiva en el mundo. La imparcialidad consistiría en ampliar su propio pensamiento a los efectos de tener en cuenta el de los demás. Este «pensamiento ampliado» es una manera de deshacerse de la estrechez de las visiones y enfrentamientos político-partidistas, para intentar el acceso a una forma de generalidad. Participa de un esfuerzo de representación de la sociedad por entero, sin quedarse únicamente con las voces dominantes o las expresiones de clase o de grupo (34).
- b) Una *representación por atención o proximidad*: La proximidad viene dada por el acortamiento de la distancia entre gobernante y gobernado. Los viejos representantes parlamentarios pertenecientes a partidos de clase, gobernaban en base a objetivos colectivos de clase. Estos objetivos se caracterizan por ser de tipo agregativo, ya que toman a los individuos en su conjunto y no separadamente (así, el desarrollo económico, el bienestar general, etc.). Las decisiones del Parlamento, fundamentadas en implementar tales objetivos, se aplicaban de manera general sin tener en cuenta los casos particulares. Los nuevos órganos tecnocráticos «independientes», al no responder a un programa político de clase, afirman sus defensores, atienden o tienen en cuenta la totalidad de las situaciones particulares existentes, por tanto, a la hora de tomar decisiones amplían su campo de atención y proximidad.

(33) *Ibid.*, p. 170.

(34) *Ibid.*, pp. 127-133.

Se trata de órganos preocupados de los efectos de las leyes y políticas generales sobre los individuos. Por ello —dice— se podría hablar de una práctica de «descenso en generalidad». Es una generalidad que atiende a la particularidad, lo que genera mayor proximidad o identificación (representación) de la totalidad de ciudadanos con el Poder.

- c) Una *representación por reflexividad*: Rosanvallon define como formas de «*democracia inmediata*» (concepto que toma de Condorcet(35)), a las dos principales modalidades de ejercicio de la soberanía por parte del pueblo: la representación-directa y la representación-delegación.

Estas —dice— son formas políticas de inmediatez porque no implican una reflexibilidad de lo social, sino que entienden la vida política como pura acción espontánea, como expresión directa, no mediatizada, del sentimiento o la pasión, de la irracionalidad.

Con ellas, dijo Ernst Renan, la voluntad general no es más que un capricho de la mayoría de cada momento(36). La posibilidad siempre abierta de reformularla termina, paradójicamente, por roerla. Literalmente, se descompone al segmentarse y someterse a perpetuas variaciones. Para decirlo de otro modo, se disuelve como «voluntad», para reducirse a una yuxtaposición de decisiones que terminan por ser contradictorias(37). Se trata de una «tiranía del corto plazo».

El pueblo —continúa afirmando— es demasiado múltiple para que una sola de sus manifestaciones espontáneas e irreflexivas pueda resumirlo y representarlo de manera suficiente. La única manera de garantizar la democracia es crear una «soberanía compleja» basada en una diversificación de las temporalidades y de los modos de expresión de la vida política.

De acuerdo con esto, la democracia necesitaría, estructuralmente, «terceros independientes y reflexivos» para que, con calma, eviten que el soberano no se reduzca a una expresión violenta o electoral mayoritaria sino que represente a todos los ciudadanos.

Los órganos tecnocráticos, por su «independencia» y porque manejan amplios niveles de de información, dispositivos de confrontación y especialistas aptos para la deliberación, introducirían esta condición democrático-reflexiva y garantizarían que las decisiones políticas cumplan una plena y amplia función de representación social y política(38). La llamada soberanía compleja (donde inter-

---

(35) Vid. CONDORCET: «Aux amis de la liberté sur les moyens d'en assurer la durée (7 de agosto de 1790)», en *Euvres de Condorcet*, Firmin Didot Freres, Paris, 1847-1849, t. X, p. 178-179.

(36) E. RENAN: *La Monarchie constitutionnelle en France*, M. Lévy Frères, Paris, 1870, p. 127.

(37) P. ROSANVALLON: *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, op. cit., pp. 196-197.

(38) Después de ver estos tres nuevos tipos de «representación», podemos observar que lo que se produce es un proceso de «judicialización» de la estructura política. Rosanvallon usa los mismos argumentos que utilizaron Hamilton o Madison en el famoso *The Federalist* no. 10, donde afirmaban que los comportamientos irracionales es una tendencia propia e inevitable de las Asambleas legislativas que daba lugar al «despotismo de la legislatura», y que era necesario empoderar a órganos técnicos independientes (los jueces) para garantizar el interés general. El primero en introducir como argumento para la defensa de la revisión judicial, el miedo a la tiranía de la mayoría, que luego utilizaron Hamilton o Madison, fue James Kent. Este autor hizo del despotismo de la mayoría el centro de su argumentación para la revisión judicial, y a diferencia de los autores anteriores, la

vienen tales órganos tecnocráticos) aparecería como la forma política adecuada para una expresión más fiel de todo el pueblo, al estar funcional y materialmente multiplicada. Por esto, sería más representativa (39).

En conclusión, de estas nuevas formas de representación-legitimidad (por imparcialidad, atención, proximidad y reflexividad), propias de los órganos tecnocráticos, se derivan dos conclusiones: uno, que se trata de una concepción que permite que la idea de representación no tenga porqué estar unida, puede despegarse, de la elección (incluso, afirman algunos, la «no elección» genera más representación (40)); y dos, se trata de una concepción de la representación que satisface la exigencia de unanimidad.

Mientras la representación o mayoría electoral construye una generalidad agregativa parcial, que no es una en su sustancialidad (el sufragio es estructuralmente dependiente de la manifestación de los antagonismos políticos. Es una generalidad atravesada por la divergencia de los intereses y las opiniones); la representación de

---

presento como la mejor razón para preferir a los jueces antes que el pueblo o el legislativo a la hora de interpretar la constitución (Vid. J. KENT: «An Introductory Lectura to a Court of Law Lectures», en Ch.S. HYNEMAN y D.S. LUTZ (Eds.): *American Political Writing during the Founding Era, 1760-1805*, Liberty Press, Indianapolis, 1983, pp. 941-942; Vid., también: T. HORTON: *James Kent: A Study in Conservatism*, D. Appleton-Century company, New York-London, 1939, pp. 63 y 85-87). Más recientemente, esta argumentación ha sido utilizada también por autores como Ronald Dworkin o John Hart Ely para, en su enfrentamiento con Jeremy Waldron acerca de la llamada «dificultad contramayoritaria», defender el papel de los jueces, a pesar de no ser electos, en el fortalecimiento de la democracia. Judicializar el poder político, permite que los órganos político-tecnocráticos, aun y no tener «legitimidad democrática» pues no son electos por los ciudadanos, aparecer como cuerpos profesionales y apolíticos de toma de decisiones que velan por el interés general de todos y por tanto, como igualmente representativos de los intereses de la toda la población (Vid. R. DWORKIN: *Freedom's Law: The moral Reading of the American constitution*, Oxford University Press, Oxford, 1999; J.H. ELY: *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge, 1980; J. WALDRON: *Law and disagreement*, op. cit.)

(39) En este sentido, un artículo por el que, en el 2004, les otorgaron el Premio Nobel de Economía, Kydland y Prescott, pretendían demostrar que, a menudo, era racional restringir el margen de maniobra de los gobernantes a los efectos de evitar que tomaran decisiones circunstanciales, vinculadas, por ejemplo, a plazos electorales, contrarios, en el medio plazo, al interés general. Más vale un gobierno con reglas que un gobierno discrecional, sostenían, tomando como ejemplo el caso de la política monetaria. Estos dos autores, grandes defensores de la independencia de los Bancos Centrales, fueron algunos de los promotores de la noción de «constitucionalismo económico» (FE. KYDLAND y E. C. PRESCOTT: «Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans», en *The Journal of Political Economy*, Vol. 85, No. 3, Junio 1977). Esta noción de «constitucionalismo económico» que se consolidó en la década de 1980 (Ver: R.B. MCKENZIE (comp.): *Constitutional Economics: Containing the Economic Powers of Government*, Lexington Books, Lexington (Mass.), 1984; J.M. BUCHANAN: *Constitutional Economics*, Basol Blackwell, Oxford, 1991), fue utilizada por teóricos liberales deseosos de restringir los poderes económicos, monetarios y fiscales de los gobiernos, considerados demasiado inclinados a dejarse influir por intereses externos. Los trabajos de James M. Buchanan, Milton Friedman o Friedrich Hayek desarrollaron este enfoque. Su propuesta consistía en incluir en la Constitución unos principios obligatorios para los gobernantes: obligación de presentar presupuestos equilibrados, limitación del gasto público a un cierto porcentaje del PIB, limitación del crecimiento de la masa monetaria etc. Se trata de limitar el campo de las decisiones políticas, ya que estos autores consideran al político como estructuralmente incapaz, en términos tanto cognitivos como informativos, de gestionar racionalmente, en beneficio de todos, el campo económico (Vid. J.M. BUCHANAN: *Los límites de la libertad: entre la anarquía y Leviatán*, Premia, México, 1981; Capítulo I «Generality, Law and Politics» y Capítulo V «Generality and the Political Agenda» en J.M. BUCHANAN y R.D. CONGLETON: *Politics by Principle, not Interest. Toward Nondiscriminatory Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998; R.B. MCKENZIE: *The Limits of Economic Science: Essays on Methodology*, Kluwer-Nijhoff Publishers, 1982; F. HAYEK: *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid, 1982).

(40) «Si una institución debe encarnar estructuralmente una forma de reflexibilidad e imparcialidad a distancia de cualquier inscripción en orden partidaria (...). La manifestación de su carácter de generalidad funcional podría quedar irremediablemente comprometida por su carácter electivo» (P. ROSANVALLON: *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, op. cit. p. 222).

imparcialidad, atención y proximidad y de reflexión, construye «simbólicamente» una generalidad omniabarcante, al presentarse como distanciada de los intereses particulares, al no tener ningún interés concreto, es la que «garantizaría» más adecuadamente la prosecución del interés general, con lo cual la exigencia de unanimidad o totalidad social puede ser satisfecha.

A diferencia de las representaciones del Estado Constitucional que construían una generalidad basada en las formas de «pueblo electoral» o «pueblo social» (generalidad incompleta), la nueva idea de representación construye una generalidad basada en la forma de Pueblo-principio. Esto es, la inclusión de todos, en condiciones de «igualdad», en la sociedad, entendida como todo unitario. Esta es una subjetivación de lo común deshaciendo el tejido disensual de la sociedad, convirtiendo en actores de lo común aquellos que no lo son.

En consecuencia, la representación por imparcialidad, atención y proximidad, y por reflexibilidad, constituiría una generalidad por unanimidad, y la unanimidad, a diferencia de la mayoría, no es un concepto dual, sino monista. La legitimidad sería, entonces, perfecta, omniabarcante y cerrada.

### III.2.2. LA REDEFINICIÓN DE LA JUSTICIA: DE LA CONCEPCIÓN COHERENTE Y PLURAL A LA CONCEPCIÓN UTILITARISTA Y MONISTA DE JUSTICIA

El otro elemento de legitimidad, conjuntamente con el procedimental, es el sustancial: la Justicia. Como ya hemos señalado, para que el Estado sea plenamente reconocido o legítimo, debe no sólo producir sus leyes con la participación de la mayoría de los ciudadanos (representación), sino también asegurarse de que las leyes se adecuan a ciertos valores o contenidos sustantivos de Justicia.

La categoría Justicia ha sufrido un proceso similar al de representación, pasando de ser, en el Estado Constitucional del s. xx, un atributo plural y abierto, a pasar a ser, en el s. xxi, un concepto monista y cerrado.

Podemos decir que se produce, en este sentido, una transformación de la categoría Justicia. Se pasa de una concepción «coherente» de la Justicia, en el Estado Constitucional del s. xx (esta era una concepción plural y abierta de Justicia), a una concepción «utilitarista» de la Justicia, en el Estado Constitucional del s. xxi (esta es una concepción monista y cerrada). Intentaré explicar esto.

La Justicia puede entenderse de dos maneras distintas: Justicia como sinónimo de «Derecho», de relación inter-subjetiva. La Justicia sería, entonces, la que, mediante las instituciones jurídicas (tribunales y juzgados), regula o corrige las relaciones o modos de trato entre individuos. No nos detendremos en esta definición. O, Justicia como sinónimo de «derechos». La justicia sería aquí un ideal, a la vez, reivindicación social y objetivo del Estado.

Partiendo de esta segunda definición, podemos decir que la Justicia tiene su fundamento, su raíz, en la *ética*.

Como señaló Rawls, los dos conceptos principales de la ética son: lo *bueno* (el bien) y lo *correcto*(41). Definiré estos de la siguiente manera:

---

(41) J. RAWLS, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires, 1979, p. 42.

El bien, es un *objetivo* deseable, un fin racional. Se trata además de algo subjetivo. Spinoza escribió «no nos movemos hacia, queremos, creemos que algo es bueno, sino que es bueno porque nos movemos hacia ello, lo queremos, apeteceemos y deseamos» (42). Por tanto, cada proyecto político de clase tendrá su propio bien, su propio objetivo final de Justicia, que será a la vez, objetivo de Estado. Siempre se gobierna de acuerdo a fines (bien).

Lo correcto. Una vez fijado el objetivo-bien, lo correcto es el *procedimiento*, la acción (política), los mecanismos, que favorecen su logro.

La diferencia entre la concepción «coherente» y «utilitarista» de la Justicia será el modo de conectar, la relación existente entre estos dos conceptos básicos: lo bueno (objetivo —de Estado—) y lo correcto (procedimiento).

### ***La concepción coherente de Justicia en el Estado Constitucional del s. xx: la prioridad de lo correcto sobre lo bueno***

En esta concepción de Justicia, tan importante es lo bueno (el bien) como lo correcto.

En primer lugar, el gobierno, en función de sus intereses o proyecto político, determina que es el bien, lo bueno. El objetivo o fin de Justicia que debe perseguir el Estado.

Ahora bien, en segundo lugar, el procedimiento para conseguir tal bien-objetivo de Estado, no puede ser cualquiera. Lo *correcto* (procedimiento) debe tener en cuenta que cada miembro de la sociedad tiene una inviolabilidad fundada en la noción de dignidad humana, que no puede ser anulada, ni siquiera en pro de un supuesto bien común. La vulneración de derechos fundamentales de algunos no puede argumentarse como algo correcto por el hecho de que contribuya a un bien colectivo mayor. Los derechos fundamentales no están sometidos al cálculo de intereses sociales mayores.

Por tanto, el *bien* no se puede interpretar como algo independiente de lo *correcto*, como algo independiente de sus consecuencias.

Ello supone implícitamente o indirectamente, que la clase en el poder deba adecuar su concepción de *bien*, su bien-objetivo (su concepción de Justicia), a lo que requiere lo *correcto*, (lo justo-dignidad humana), o al menos, no insistir en pretensiones que lo viole directamente.

Lo correcto, lo justo-dignidad humana, establece, entonces, un límite al bien propio del gobierno. Al diseñar el bien-objetivo del Estado, los hombres deben tener en cuenta las restricciones de lo correcto. Se produce, en consecuencia, una prioridad de lo correcto (lo justo-dignidad humana) sobre el bien (Justicia).

Ello hace que el *bien* (la Justicia), pueda ser constantemente discutida, en función de si se considera que respeta o no lo *correcto* (derechos-dignidad humana). En consecuencia, la Justicia es una categoría abierta, disputable y plural.

Esta es la concepción propia del Estado Constitucional democrático del s. xx. El constitucionalismo o garantismo es el establecimiento de límites y obligaciones al

(42) Vid. entrada sobre Spinoza en *Diccionario de Filosofía de J. Ferrater Mora*, Ariel, Barcelona, 1994.



*bien*-objetivo del Estado en defensa de lo *correcto* (los derechos fundamentales de los ciudadanos).

### ***La concepción utilitarista de Justicia en el Estado neoliberal: la prioridad de lo bueno sobre lo correcto***

En esta concepción de Justicia, el *bien* aparece como algo absoluto y autónomo (concepción teleológica del bien), y lo *correcto* como mero instrumento subordinado al primero. Es una teoría que juzga la «justicia» de las cosas sin referirse a lo que es correcto. El *bien* es un «todo» independiente y separado de lo *correcto*.

Veamos un ejemplo. En la teoría utilitarista clásica, Jeremy Bentham (s. XVIII y XIX) estableció como *bien*-objetivo final: «la mayor felicidad del mayor número»; es decir, el satisfacer los deseos del máximo de individuos posibles (43).

Cuando las instituciones más importantes de la sociedad están estructuradas de modo que obtienen el mayor balance neto de satisfacción distribuido entre todos los individuos, la sociedad es justa. Se cumple el principio Justicia.

En este sentido, los términos apropiados o *correctos* de cooperación social son «*cualquiera*» que permitan obtener la mayor suma de satisfacción de los deseos de los individuos, sin importar como se distribuye esta suma de satisfacciones entre los individuos.

La distribución *correcta*, en cada caso, es la que produce máximo balance neto de satisfacción, «*sea la que sea*». En consecuencia, la violación de los derechos fundamentales de unos pocos debería ser considerada *correcta* si contribuye a un mayor bien compartido por muchos.

Esto parece ser contradictorio con un precepto de Justicia de sentido común, relativo a la protección de los derechos y la dignidad humana.

De acuerdo con ello, cuando el legislador toma una decisión no se comportaría de manera muy diferente de cómo lo hace un empresario que decide como maximizar su

---

(43) Bentham define así su teoría: «El objeto del gobierno debería ser la máxima felicidad de todos los miembros del Estado. Pero lo que es bueno para uno puede ser opuesto a la felicidad de muchos otros. Desgraciadamente es imposible ensanchar indefinidamente la esfera de felicidad de cada individuo sin entrar en conflicto con la felicidad de otros. Por lo tanto, el único objetivo debería ser la mayor felicidad posible del mayor número; en una palabra, el bien común es el objetivo correcto del gobierno, y la tarea adecuada del legislador el descubrir la regulación conveniente para producir el mayor bien al mayor número de seres humanos. El legislador justo que considera igual a cada miembro de la comunidad no puede perseguir otro objetivo. La determinación de cada punto en cada ley, desde el principio al fin, sin excepción, debe estar dirigido hacia el mayor bien del mayor número y debe descansar sobre este principio». Ahora bien, ¿cómo se hacía efectiva, según Bentham, la felicidad del mayor número? Aunque Bentham estableció una larga lista de tipos de placer, muchos de orden no material, estaba convencido que la posesión de bienes materiales era tan básico para el logro de todas las demás satisfacciones que era lo único que podía tomarse como la medida de todas ellas («a cada porción de riqueza corresponde una porción de felicidad»). Y «el dinero es el instrumento con el que se mide la cantidad de dolor o de placer». Por tanto, la felicidad pasaba por la posesión de riquezas. Con el objetivo de establecer la mayor felicidad del mayor número, Bentham defendía que los objetivos de la legislación debían ser garantizar un sistema de propiedad privada ilimitada y de empresa capitalista donde los hombres pudieran adueñarse sin límite del fruto de su trabajo (riqueza), además de no establecer mecanismos para asegurar la subsistencia, la redistribución ni la igualdad entre personas, ya que ello eliminaría el incentivo natural al trabajo productivo de cada uno para la generación de riqueza-felicidad (entre igualdad y seguridad la ley no debe titubear: «la igualdad ha de quedar en segundo lugar»). (Vid. J. BENTHAM: *The theory of Legislation*, N.M. Tripathy, Bombay, 1975, Parte I, Cap. 6, «Principles of the Civil Code»).

ganancia. La decisión correcta es, esencialmente, una cuestión no moral sino de administración eficiente.

La Justicia se focaliza única y exclusivamente, se reduce, en la idea de *bien*, no a lo *correcto*. No se establece ninguna condición o límite sobre el bien-objetivo (44).

En consecuencia, lo que subjetivamente, califican como bien (Justicia), se eleva a la categoría de absoluto, a algo teleológico, y no se puede discutir. Se expulsa la discusión sobre la idea de bien (Justicia). Sólo puede existir disputa acerca de los procedimientos más eficaces, correctos, para lograr el bien, los medios más directos para lograr la meta. Y, las discusiones sobre medios son técnicas, no morales (45).

De ahí que mantenga que la concepción utilitarista de la Justicia se basa en un concepto cerrado o monista de Justicia.

Un ejemplo claro de esta concepción de Justicia lo encontramos con la oficialización, durante el período estaliniano en la URSS y con la victoria de las concepciones de Andrei Vychinskij (46) en la I Conferencia Federal de Juristas Soviéticos de 1938, de una línea voluntarista del Derecho, según la cual la explotación y vulneración de derechos era necesaria y *correcta* para el logro de un *bien-objetivo* (Justicia) mayor, el socialismo (*salus revolutionis suprema lex* —la seguridad de la revolución es la ley más alta—).

Vychinskij redujo el derecho sólo a un simple instrumento de coerción y violencia para la consecución del bien-objetivo de la clase dominante. Convirtiendo, como afirma Umberto Cerroni en *El pensamiento jurídico Soviético*, la técnica jurídica en una mera utilización instrumental que encuentra su razón de ser no ya en la norma y en la lógica del ordenamiento, sino en la noción subjetiva de Justicia o voluntad política que la sostiene (47).

Esta es, también, la concepción de Justicia imperante en el neoliberalismo. El neoliberalismo reorganizó la sociedad como una máquina brutal y sin escrúpulos (subordinación de la dignidad-derechos, lo *correcto*, a los intereses económicos) que funciona sin fricciones, sirviendo a las necesidades del único objetivo-*bien*: la acumulación de capital. Palabras como Justicia, democracia, libertad, etc. se redefinieron, separándose de su valor original, en función de este único objetivo-bien sagrado.

En resumen, de lo planteado en este punto III, podemos extraer como conclusión que si bien el Estado, durante su etapa actual, continúa legitimándose en base a los rasgos o atributos «democráticos» tradicionales: un rasgo procedimental (representación) y una sustancial (Justicia), se ha producido, conjuntamente con la reestructuración del sistema económico y político, una redefinición de tales atributos, convirtiéndolos de categorías abiertas y plurales en el Estado Constitucional del s. xx, a categorías cerradas o monistas en el Estado Constitucional del s. xxi. Con lo cual la le-

(44) Uno de los máximos representantes de esta teoría utilitarista de la Justicia, en el siglo xx, fue Henry Sidgwick, quien aplica la doctrina utilitarista a los problemas de la justicia social y económica (Vid. H. SIDGWICK: *The Methods of Ethics*, Macmillan, Londres, 1967).

(45) Sobre la concepción utilitarista de Justicia, Vid. J. RAWLS: *Teoría de la Justicia*, op. cit, pp. 40-52.

(46) Andrei Vychinskij fue fiscal general, primero en la República Socialista Federativa Rusa (RSFR) y después, en la URSS. Vichinsky estaba acompañado del prestigio que le proporcionaba haber sido un académico, laureado con el premio Stalin cuando era Rector de la Universidad de Moscú. Su obra principal fue *Cuestiones de teoría del Estado y del Derecho* (Moscú, 1949).

(47) U. CERRONI: *El pensamiento jurídico soviético*, Edicusa, Madrid, 1977, p. 97.

gitimidad del Estado ya no es algo políticamente disputable, abierto, plural, un «proceso social en curso», como definíamos antes; sino algo cerrado, indisputable y monista, la cual cosa entra, cada vez más, en contradicción con el elemento objetivo del valor pluralismo político del art. 1.1 CE.

#### IV. Conclusiones

De todo lo anterior podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. El art. 1.1 CE reconoce el pluralismo político como valor supremo del ordenamiento jurídico, valor cuya realización requiere de dos elementos: un elemento subjetivo (la libertad de partidos políticos) y un elemento objetivo (después de las elecciones la competitividad se mantiene y las minorías permanecen en principio sólo temporalmente como alternativa que no alcanza su meta pero que, a pesar de ello, mantiene plena capacidad para influir en la toma de decisiones públicas desarrollando su acción política de crítica y propuesta de alternativas).
2. Este segundo elemento hace que la legitimidad del Estado a partir de la cual se sirve el partido en el Poder para imponer sus decisiones no pueda constituirse como una «posesión» totalizante, omniabarcante y estática, sino como un «proceso social abierto o en curso» en permanente disputa que pueda dar lugar a modificación de decisiones y a una alternancia de grupos ideológicamente diversos en el Poder.
3. Durante las últimas décadas, los citados dos elementos clásicos necesarios para la garantía del pluralismo político están sufriendo una restricción que afecta, en sentido negativo, al valor pluralismo político.
4. Respecto al elemento subjetivo del pluralismo político, la aprobación de la LOPP y la STC 48/2003, implicaron una reinterpretación del art. 6 CE que condujo a cambios importantes en la regulación de los partidos en el ordenamiento español que ha implicado restricciones en el ejercicio de la libertad de partidos, base del pluralismo político.
5. Respecto al elemento objetivo del pluralismo político, aunque continúan operando como rasgos de legitimación «democráticos» del Estado los rasgos procedimental (representación) y sustancial (Justicia-dignidad) clásicos, se ha producido, fruto de la reestructuración del sistema económico y político, una redefinición de tales atributos, convirtiéndoles de categorías abiertas y plurales en el Estado Constitucional del s. XX, a categorías cerradas o monistas en el Estado Constitucional del s. XXI. Con lo cual la legitimidad del Estado ya no es algo políticamente disputable, abierto, plural, un «proceso social en curso», sino algo cerrado, indisputable y monista, la cual cosa afecta negativamente también el elemento objetivo del valor pluralismo político del art. 1.1 CE.

## V. Bibliografía citada

- BENTHAM, J. (1975), *The theory of Legislation*, N.M. Tripathy, Bombay.
- BUCHANAN, J.M. (1981), *Los límites de la libertad: entre la anarquía y Leviatán*, Premia, México.
- BUCHANAN, J.M. (1991), *Constitutional Economics*, Basol Blackwell, Oxford.
- BUCHANAN, J.M. y CONGLETON, R.D. (1998), *Politics by Principle, not Interest. Toward Nondiscriminatory Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge.
- CERRONI, U. (1977), *El pensamiento jurídico soviético*, Edicusa, Madrid.
- COLLIARD, C.A y TIMSIT, G. (comps.) (1988), *Les Autorités indépendantes*, PUF, París.
- CRiado, M. (2007), *Representación, Estado y democracia*, Tirant lo Blanch, València, 2007.
- DAHL, R.A. (1961), *Who Governs? Democracy and Power in an American City*, New Haven, Yale University Press, New Haven.
- DAHL, R. (2002), *La democracia y sus críticos*, Paidós, Barcelona.
- DIAMOND L., PLATTNER M.F. y SCHEDLER A. (comps.) (1999), *The Self-Restraining State. Power and Accountability in New Democracies*, Lynne Rienner Publishers, Boulder (Col.).
- DWORKIN, R. (1977), *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge.
- DWORKIN, R. (1986), *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge.
- DWORKIN, R. (1996), *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Harvard University Press, Cambridge.
- DWORKIN, R. (2002), «Thirty Years On (Book Review of The Practice of Principle by Jules Coleman)», *Harvard Law Review*, 115.
- ELY, J.H. (1980), *Democracy and Distrust*, Harvard University Press, Cambridge.
- ESTLUND, D. (2000), «Political Quality», en J. PAUL, E. FRANKEL, F.D. MILLER (eds.), *Democracy*, Cambridge University Press.
- GARGARELLA, R. (2000), *The Scepter of Reason. Public Discussion and Political Radicalism in the Origins of Constitutionalism*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/Londres.
- GARGARELLA, R. (2005), «The Constitution of Inequality. Constitutionalism in the Americas. 1776-1860», *International Journal of Constitutional Law*, 3 (4).
- GRIMM, D. (1996), «Los partidos políticos», en BENDA, MAIHOFFER, VOGEL, HESSE y HEYDE, Manual de derecho constitucional, IVAP/Marcial Pons, Madrid.
- HABERMAS, J. (1995), «Reconciliation through the Public Use of Reason: Remarks on John Rawls Political Liberalism», *Journal of Philosophy*, 92 (3).
- HAMPSHIRE, S. (1989), *Innocence and Experience*, Penguin Press, Londres.
- HARDT, M. (2009), Thomas Jefferson. *La Declaración de Independencia*, Akal, Madrid.
- HAYEK, F. (1982), *Derecho, legislación y libertad: una nueva formulación de los principios liberales de justicia y de la economía política*, Unión Editorial, Madrid.
- HORTON, T. (1939), *James Kent: A Study in Conservatism*, D. Appleton-Century company, New York-London.
- HUNTER, F. (1953) *Community Power Structure. A Study of Decision-Makers*, Chapel Hill, Nueva York.
- JELLINEK, G. (1914), *Teoría General del Estado*, Librería General de Victoriano Suárez. Madrid.
- KAVANAGH, A. (2003), «Participation and Judicial Review: a Reply to Jeremy Waldron», *Law and Philosophy*, 22.
- KENT, J. (1983), «An Introductory Lecture to a Court of Law Lectures», en Ch.S. HYNEMAN y D.S. LUTZ (Eds.), *American Political Writing during the Founding Era, 1760-1805*, Liberty Press, Indianapolis.
- KRAWIETZ, W. (1992), *El concepto sociológico del Derecho*, Fontamara, México.
- KYDLAND, F.E. y PRESCOTT, E.C. (1977), «Rules Rather than Discretion: The Inconsistency of Optimal Plans», en *The Journal of Political Economy*, Vol. 85, No. 3.
- LINARES, S. (2008), *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires.

- MARTÍ, J.L. (2006), *La república deliberativa: una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Barcelona/Madrid.
- McKENZIE, R.B. (1982), *The Limits of Economic Science: Essays on Methodology*, Kluwer-Nijhoff Publishers.
- McKENZIE, R.B. (comp.) (1984), *Constitutional Economics: Containing the Economic Powers of Government*, Lexington Books, Lexington (Mass.).
- MILLER, G.P. (1986), «Independent Agencies», en *The Supreme Court Review* (Vol. único).
- MILLS, W.R. (1956), *The Power Elite*, Oxford University Press, Nueva York.
- MONTILLA, J.A. (2003-2004), «Algunos cambios en la concepción de los partidos. Comentarios a la STC 48/2003, sobre la Ley Orgánica 6/2002, de Partidos Políticos», en *Teoría y realidad constitucional*, 12-13.
- MOSCA, G. (1939), *The Ruling Class*, Greenwood Press, Westport.
- OSZLAK, O. (1999), «Quemar las Naves (o como lograr reformas estatales irreversibles)», Trabajo presentado al IV Congreso Internacional del CLAD, México.
- PARETO, V. (1935), *The Mind and Society*, Harcourt Brace and Company, Nueva York.
- RAWLS, J. (1979), *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires.
- RAZ, J. (1994), *Ethics in the Public domain*, Clarendon Press, Oxford.
- RENAN, E. (1870), *La Monarchie constitutionnelle en France*, M. Lévy Frères, Paris.
- ROSANVALLON, P. (2010), *La legitimidad democrática. Imparcialidad, reflexividad y proximidad*, Paidós, Barcelona/Buenos Aires/México.
- SADURSKI, W. (2007), «Legitimidad del derecho, democracia y valores sustantivos», en A. de JULIOS-CAMPUZANO (ed.), *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización*, Dykinson, Madrid.
- SCHAUER, F. (2004), *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona.
- SIDGWICK, H. (1967), *The Methods of Ethics*, Macmillan, Londres.
- STRAUSS, P.L. (1984), «The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch», en *Columbia Law Review*, 84 (3).
- WALDRON, J. (1999), *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford.
- WALZER, M. (1981), «Philosophy and democracy». *Political Theory*. No. 9.
- WALDRON, J. (1993), «A Right-based Critique of Constitutional Rights», *Oxford Journal of Legal Studies*, 13.
- ZIZEK, S. (2010), *Robespierre. Virtud y terror*, Akal, Madrid.

Trabajo recibido el 29 de julio de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Aniztasun politikoa, Konstituzioaren 1.1. artikuluaaren arabera, antolamendu juridiko espainiarreko balio nagusietako bat da, eta funtsezko baldintza sistema demokratiko guztientzat. Aniztasun politikoa gauzatu ahal izateko, bi elementu behar dira: bata subjektiboa (alderdi politikoen askatasuna), eta bestea objektiboa (gehiengodun ez diren alderdiek, hauteskundeen ostean, erabakiak hartzeko prozesuetan eragiteko aukera emango dien ekintza politikoa gauzatzen jarraitu ahal izatea kritika eta proposamen alternatiboak egiteko). Artikulu honek adierazten du, azken hamarkadetan sistema politikoan eta ekonomikoan egindako berregituratzeen ondorioz, aniztasun politikoa bermatzeko beharrezko diren bi elementu klasiko horiek murrizten ari direla, eta horrek eragin negatiboa izan dezakeela aniztasun politikoaren balioan.

**HITZ GAKOAK:** Aniztasun politikoa. Konstituzioa. Legitimitate demokratikoa. Alderdi politikoak. Ordezkaritza.

**RESUMEN:** El pluralismo político constituye, de acuerdo con el artículo 1.1 de la Constitución, uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico español y condición fundamental para todo sistema democrático. La realización del pluralismo político requiere de dos elementos: un elemento subjetivo (la libertad de partidos políticos) y un elemento objetivo (la capacidad de los distintos partidos no mayoritarios de continuar desarrollando, después de las elecciones, una acción política de crítica y propuesta de alternativas que les permita influir en la toma de decisiones). Este artículo analiza cómo, fruto de la reestructuración del sistema político y económicos llevada a cabo en las últimas décadas, estos dos elementos clásicos necesarios para la garantía del pluralismo político podrían estar sufriendo una limitación que afectaría, en sentido negativo, al propio valor pluralismo político.

**PALABRAS CLAVE:** Pluralismo político. Constitución. Legitimidad democrática. Partidos políticos. Representación.

**ABSTRACT:** Political pluralism is, in accordance with Article 1.1 of the Constitution, one of the highest values of the Spanish legal system and fundamental to any democratic system. The realization of political pluralism requires two elements: a subjective element (the freedom of political parties) and an objective element (the possibility of the various non-majority parties to continue developing, after the elections, a political action review and proposal alternatives allowing them to influence in the government decisions). This article analyzes how as result of the restructuring of the economic and political system held in recent decades, these two classic elements needed to guarantee political pluralism could be suffering a limitation that affect, in a negative sense, the political pluralism own value.

**KEYWORDS:** Political pluralism. Constitution. Democratic legitimacy. Political parties. Representation.

# La legislación autonómica no puede asignar funciones administrativas al personal eventual. Comentario a la STC 156/2013, de 23 de septiembre

Javier Oliván del Cacho

**Sumario:** I. Planteamiento.—II. El proceso seguido en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Zaragoza hasta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.—III. La sentencia del tribunal constitucional 156/2013, de 23 de septiembre. III.1. Actuaciones previas a la sentencia. III.2. La posición del tribunal constitucional.—IV. Recapitulación.

## I. Planteamiento

El objeto de estas líneas es dar noticia de la STC 156/2013, de 23 de septiembre, en la que el Tribunal Constitucional, «primer intérprete de la Constitución», según su Ley reguladora, ha podido aplicar una previsión básica de legislación estatal de la función pública, en un momento en el que, tras el Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en lo que sigue, Ley 7/2007), la normativa básica ha experimentado una notable reducción (1).

En función de la mencionada regulación básica, y, en concreto, en virtud del art. 12 de la Ley 7/2007, el personal eventual sólo puede desempeñar «funciones expresamente calificadas como de confianza y asesoramiento especial». Pues bien, la Sentencia ahora anotada tuvo que enfrentarse a la posible contradicción de esta previsión y de su antecedente normativo (el art. 20.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública; Ley 30/1984) con el art. 68. 2 de la Ley aragonesa 58/2005, de 14 de junio, de Ordenación del Sistema Universitario de Aragón (Ley 58/2005) (2). Tal precepto prescribía lo que sigue:

---

(1) Antonio EMBID IRUJO, «Incidencia del Estatuto Básico del Empleado Público en la normativa de las Comunidades Autónomas», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 137, 2008, p. 11, ha expresado que en la Ley 7/2007 hay «pocas normas absolutamente compulsivas y cerradas en el texto, que deban ser cumplidas estrictamente, conforme a su tenor literal por las CC.AA. y respecto a las que éstas tengan sólo posibilidades de desarrollo legislativo».

(2) Manuel SÁNCHEZ MORÓN, «Clases de personal» en Manuel SÁNCHEZ MORÓN, Director, *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 101, ha notado la identidad entre los dos preceptos estatales citados. Por su parte, Josefa CANTERO MARTÍNEZ, «Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas», en Luis ORTEGA ALVÁREZ, Director, *Estatuto Básico del Empleado Público*, La Ley, Madrid, 2007, p. 103, aunque destaca las escasas novedades entre ambas regulaciones, sí que aprecia «esfuerzos terminológicos realizados por el legislador con la consciente voluntad de deslizar a este tipo de empleados del concepto de funcionario, dado su carácter fiduciario y excepcional».

«1. Para el adecuado cumplimiento de sus funciones, el Consejo Social dispondrá de una Secretaría dotada de los medios personales y materiales necesarios.

2. Al frente de la Secretaría estará el Secretario o Secretaria del Consejo Social, que será nombrado libremente por el Presidente o Presidenta. Cesará cuando lo haga el Presidente que lo nombró».

Nótese, por tanto, que, a tenor del precepto autonómico reflejado arriba, el Secretario del Consejo Social contaba con dos notas distintivas potencialmente conflictivas. Una de carácter funcional, como es la de estar al frente de una Secretaría con sus correspondientes medios personales y materiales; y una segunda, relativa a su nombramiento y cese, en la medida que se contemplaba la facultad del Presidente del Consejo Social para nombrarlo «libremente» y se establecía su cese, *ope legis*, cuando cesara el Presidente que lo nombró. Había por tanto, una posible contradicción entre las funciones burocráticas del Secretario del Consejo Social y el régimen de su nombramiento y cese propio del personal eventual, a pesar de que tal Secretario del Consejo Social no era calificado en la Ley de modo expreso como personal eventual.

La intervención del Tribunal Constitucional, para resolver esta controversia, trajo causa de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de los de Zaragoza con ocasión de la impugnación del cese y ulterior alzamiento de la suspensión de la resolución de cese de quien ocupaba el cargo de Secretaria del Consejo Social (3).

De ahí que, para intentar una mejor comprensión de la doctrina del Tribunal Constitucional, se expongan los hechos debatidos en el proceso y sus vicisitudes hasta llegar al pronunciamiento del Alto Tribunal, al que, lógicamente, se dedicara un apartado específico (4). Con ello, se aspira a ofrecer una exposición del debate subyacente en el litigio con el fin, se insiste en ello, de apreciar las consecuencias de la Sentencia comentada.

## **II. El proceso seguido en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Zaragoza hasta el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad**

Con fecha de registro en el Juzgado Decano de Zaragoza de 3 de junio de 2009, se presentó escrito de Demanda contra la resolución del Rector de la Universidad de Zaragoza de 15 de diciembre de 2006, de cese de la actora en su puesto de Secretaria del Consejo Social de la Universidad de Zaragoza, así como contra la resolución del mismo órgano de fecha 19 de mayo de 2009, por la que se acordó alzar la suspensión de la resolución anterior; suspensión que se había acordado en la resolución de 21 de diciembre de 2006.

(3) Fue ponente de la STC 156/2013, de 23 de septiembre, el Excmo. Sr. Magistrado D. Juan José González Rivas.

(4) Quien redacta estas líneas fue quien suscribió la cuestión de inconstitucionalidad cuando servía en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de los de Zaragoza.



En concreto, en el suplico de su escrito de Demanda se interesó que se dictara Sentencia «por la que, estimándolo, declare la nulidad del acto impugnado, por su arbitrariedad y disconformidad con el Ordenamiento Jurídico, en perjuicio de los legítimos derechos de la recurrente, del cese como Secretaria del Consejo Social de la Universidad de Zaragoza, ordenando la rehabilitación en su plaza con reconocimiento pleno de todos sus los derechos profesionales y económicos que de cualquier forma se hayan visto vulnerados o afectados por las resoluciones impugnadas, incluidos los económicos; ordenando, además, la Universidad a adoptar las medidas necesarias que eviten las situaciones como las que ha venido sufriendo la demandante, reconociéndole, por último, como situación jurídica individualizada, su derecho a percibir, en concepto de daños y perjuicios sufridos por la actuación administrativa, la indemnización correspondiente, que se concretará en trámite de ejecución de sentencia, conforme a las bases concretadas en el Fundamento de Derecho Octavo del presente escrito, con expresa condena en costas».

Admitida a trámite la demanda, se ordenó la remisión del expediente administrativo y se citó al acto del juicio oral, que se celebró finalmente el día 28 de enero de 2010.

En la demanda, se partía de que la actora, en régimen de relación laboral, con categoría de Secretaria del Consejo Social de la Universidad de Zaragoza, venía prestando sus servicios desde el día 20 de noviembre de 1987, para la Universidad de Zaragoza, en virtud de contrato de trabajo celebrado en dicha fecha.

Dicho contrato quedó extinguido con efectos de 31 de diciembre de 1988 y, poco después, se formalizó un nuevo contrato, bajo la rúbrica de «personal de alta dirección», con efectos de 1 de enero de 1989. Dicho contrato fue aprobado por el Consejo Social en sesión celebrada el día 9 de mayo de 1989 y en la primera Relación de Puestos de Trabajo de la Universidad de Zaragoza, aprobada por el Consejo Social de la Universidad de Zaragoza en sesión celebrada el 12 de noviembre de 1990 (*BOE* 38, de 13 de febrero de 1991), se contempló el puesto de Secretario General como puesto singularizado y en régimen laboral.

La actora, según se relataba, presentó reclamaciones de tipo laboral que fueron estimadas en Sentencias dictadas por los órganos de la Jurisdicción Social. En concreto, por el Juzgado de lo Social, n.º 2, de los de Zaragoza, en fecha 30 de noviembre de 1993, se declaró que «la relación laboral que une a las partes es una relación laboral común incluida en el art. 1-1 del ET y que el contrato de trabajo celebrado con fecha 29-5-89 es un contrato ordinario de trabajo con todas las consecuencias inherentes a dicha declaración incluyendo las económicas». El Tribunal Superior de Justicia de Aragón confirmó la anterior Sentencia .

Con fecha 27 de enero de 1999, se comunicó el cese a la actora, así como el nombramiento, con efectos de 2 de febrero de 1999, de otra persona para el puesto «por pérdida de confianza». Entablado un litigio en relación con la anterior actuación y tras los correspondientes pronunciamientos de los órganos de la Jurisdicción Social, el Tribunal Constitucional, en STC 38/2005, de 28 de febrero, declaró, entre otros extremos, la nulidad de la Resolución del Rector de la Universidad de Zaragoza de 1 de febrero de 1999, estimando el recurso de amparo promovido por la actora(5). La deci-

---

(5) Fue ponente el Excmo. Sr. Magistrado D. Roberto García-Calvo y Montiel.

sión del Tribunal Constitucional conllevó la reincorporación de la actora y la correspondiente compensación económica (6).

Sin embargo, por Resolución de fecha 15 de diciembre de 2006, y con motivo del cese de la entonces Presidenta del Consejo Social, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 68.2 de la Ley 58/2005, sin más trámites, se volvió a decretar el cese de la reclamante, lo que constituía el primero de los actos recurridos. En concreto, el tenor de la resolución era el que sigue:

«Con fecha 15 de diciembre de 2006 se ha publicado en el Boletín Oficial de Aragón el Decreto 233/2006, de 4 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que cesa D.<sup>a</sup> (...) como Presidenta del Consejo Social de la Universidad de Zaragoza.

Como consecuencia de lo anterior, a tenor de lo dispuesto en el art. 68. 2 de la Ley 5/2005, de 14 de junio, de Ordenación del Sistema Universitario de Aragón (BOE núm. 201, de 23 de agosto), que establece respecto del Consejo Social "al frente de la Secretaría estará el Secretario o Secretaria del Consejo Social que serán nombrado libremente por el Presidente o Presidenta. Cesará cuando lo haga el Presidente que lo nombró," cesa Vd. con fecha 15 de diciembre del año en curso como Secretaria del Consejo Social.

Con efectos de 16 de diciembre de 2006 se le asigna provisionalmente, el puesto de trabajo de Técnico de Comunicación del Gabinete de Imagen y Comunicación, abonándosele las mismas retribuciones que viene percibiendo hasta el momento.

Dado que el día 16 de diciembre es sábado, deberá personarse el próximo lunes, día 18 de diciembre, ante la Jefa del Gabinete de Imagen y Comunicación, cuya ubicación está situada en la primera planta del Edificio de Rectorado».

Sin embargo, tras la presentación de un escrito por la actora con diversas manifestaciones sobre el cese, por el Rectorado, se acordó suspender, con efectos de 21 de diciembre de 2006, la eficacia de esta resolución hasta la total ejecución de la Sentencia del Tribunal Constitucional, de acuerdo con la motivación siguiente:

«Con relación a la ejecución de la Sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 28 de febrero de 2005 (recaída en el recurso de amparo núm. 43/2001), ante la complejidad y peculiaridad de la situación, así como por el resto de las argumentaciones que por constar en el incidente de ejecución no se reproducen, el Rector deseando cumplir en sus propios términos la Sentencia del Tribunal Constitucional, ha decidido dejar en suspenso su acuerdo de 15 de diciembre de 2006, de cese de

---

(6) Según puede leerse en la propia STC 38/2005, su ratio decidendi tuvo que ver con la vulneración de la garantía de indemnidad en relación con el ejercicio de acciones legales por la actora, pudiendo leerse lo que sigue: «Las afirmaciones en las que la Universidad se intenta justificar no son, tal y como advierte el Ministerio Fiscal, suficientes para rebatir el panorama indiciario acreditado por la recurrente en amparo, y lo que hacen es confirmar precisamente, dados los términos empleados, el carácter arbitrario de la decisión impugnada y la afectación de la garantía de indemnidad de la recurrente al haber sido aquel despido consecuencia del ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva».

Doña (...) en el puesto de Secretaria del Consejo Social de la Universidad de Zaragoza y su incorporación al nuevo puesto de trabajo que provisionalmente le ha asignado, hasta la total ejecución de la sentencia».

Posteriormente, y previa solicitud del Presidente del Consejo Social, el Rector, por resolución de 19 de mayo de 2009, decidió alzar la suspensión del cese acordada por Resolución de fecha 21 de diciembre de 2006, lo que suponía la segunda actuación impugnada. En tal resolución se dispuso:

«PRIMERO. Con fecha 15 de diciembre de 2006 se dictó Resolución de cese de Doña (...), como Secretaria del Consejo Social, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 68.2 de la Ley 5/2005, de 14 de junio, al haber cesado doña (...) como Presidenta del Consejo Social de la Universidad de Zaragoza, así como por lo acordado en su momento en la resolución de ejecución de sentencia, de fecha 21 de marzo de 2005, en la que se advertía que debido a la nueva configuración de dicho puesto en la relación de puestos de trabajo, deberían "posteriormente adoptarse las resoluciones precedentes", tal y como señala el fundamento jurídico segundo del Auto de 12 de abril de 2007, en la ejecución 169/01 (Autos 184/99) y otras argumentaciones que han sido señaladas en los diferentes incidentes de ejecución, asignándole provisionalmente el puesto de trabajo de Técnico de Comunicación del Gabinete de Imagen y Comunicación.

Que posteriormente, ante la complejidad, peculiaridad de la situación y la dudas que la calificación de la misma pudiera suscitar, así como que el Rector no deseaba perjudicar en modo alguno a ninguna de las personas implicadas, ni dejar de cumplir en sus propios términos la Sentencia del Tribunal Constitucional, se dicta Resolución por la que se deja en suspenso el Acuerdo de 15 de diciembre de 2006, de cese de doña (...) en el puesto de Secretaria del Consejo Social de la Universidad de Zaragoza y su incorporación al nuevo puesto de trabajo que provisionalmente se le asignó hasta la total ejecución de sentencia.»

A partir de esta relación fáctica, en la demanda se decía que debían resolverse varias cuestiones jurídicas, a saber: a) si el cese de la actora podía, o no, calificarse como una represalia por el ejercicio de sus derechos; b) si la relación de la actora con la Universidad de Zaragoza podía calificarse como laboral indefinida vinculada al puesto singularizado «Secretaria del Consejo Social», o si, por el contrario, tenía naturaleza eventual y, por ello, si era, o no, de aplicación el artículo 68.2 de la Ley autonómica, teniendo en cuenta la garantía de estabilidad en el empleo, establecida en la Disposición Transitoria decimoquinta de la Ley 30/1984; c) si se habían violado, o no, los principios constitucionales de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad ex art. 9.3 de la Constitución; d) si existía, o no, desviación de poder, al haber usado la Universidad de Zaragoza potestades administrativas para cesar a la actora; e) si, en todo caso, el traslado de la recurrente del puesto de trabajo Secretaria del Consejo Social, al de Técnico de Comunicación del Gabinete de Imagen y Comunicación vulneraba lo dispuesto en los artículos 20. 1 c) de la Ley 30/1984, de 2 agosto, y normativa concordante; f) si se

había violado el derecho al cargo de la actora y se había motivado suficientemente el cese; y g) si se había producido, o no, una situación de acoso laboral.

Por su parte, la Universidad de Zaragoza consideró que la relación que mantenía la actora con la Universidad tenía naturaleza eventual, habiéndose producido una suerte de transformación de un puesto de naturaleza laboral y de carácter ordinario en un puesto reservado a personal eventual. En concreto, en la resolución de cese de 15 de diciembre de 2006, se invocó expresamente el art. 68.2 de la Ley 5/2005, de 14 de junio, de Ordenación del Sistema Universitario de Aragón, en cuanto preceptuaba que «al frente de la Secretaría estará el Secretario o Secretaria del Consejo Social, que será nombrado libremente por el Presidente o Presidenta. Cesará cuando lo haga el Presidente que lo nombró». La Ley autonómica, en el precepto reseñado, configuró, por tanto, el puesto de Secretario del Consejo Social como un puesto de naturaleza eventual y así lo vino a reconocer el Letrado de la Universidad desde sus primeros escritos.

Dentro del plazo para dictar Sentencia, se acordó dar audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal sobre la eventual inconstitucionalidad del art. 68 de la Ley 5/2005, de 14 de junio, de las Cortes de Aragón, de Ordenación del Sistema Universitario de Aragón, por su posible invasión de las competencias estatales contempladas en el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> del texto constitucional, en su referencia a las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos.

La parte actora y el Ministerio Fiscal mostraron su conformidad con la elevación de la cuestión de inconstitucionalidad, a lo que se opuso la Universidad demandada.

En el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, se expresaba que la configuración de este puesto de trabajo en la Ley autonómica resultaba contradictoria con la delimitación objetiva de los puestos de trabajo que podían ser ocupados por empleados públicos eventuales, de acuerdo con el art. 12 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (7).

Ello es así, porque el legislador aragonés atribuía al Secretario del Consejo Social funciones eminentemente administrativas. Así, se derivaba, de acuerdo con el Auto, de lo dispuesto en los dos primeros apartados del art. 68, cuando se preveía que el Secretario del Consejo Social estaría al frente de una Secretaría que aglutinaría los medios personales y materiales afectos a dicho órgano de participación.

Pues bien, dada la atribución de dichas funciones, que no eran de asesoramiento o de confianza, se entendió que la opción del legislador aragonés atentaba contra una previsión básica en la configuración del personal eventual, toda vez que dicho personal, según el mentado art. 12 de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, sólo puede desempeñar «funciones expresamente calificadas como de confianza y asesoramiento especial».

Expuesta la contradicción entre dos normas con rango legal, el Auto, desde la perspectiva del juicio de relevancia, señaló, que, ciertamente, la eventual declaración de inconstitucionalidad del art. 68 dejaría sin la expresa habilitación legal a la que apelaba la Administración para dictar el acto impugnado y para alzar su suspensión (8).

---

(7) Carles VIVER PI-SUNYER, «El auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 7, 1999, pp. 97 y ss., explicó las condiciones procesales del planteamiento de toda cuestión de inconstitucionalidad.

(8) Sobre las características del control del juicio de relevancia por el Tribunal Constitucional, véase Juan Manuel LÓPEZ ULLA, *La cuestión de inconstitucionalidad en el Derecho español*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 145 y ss.

Es cierto que, frente a la conclusión anterior, el Letrado de la Universidad de Zaragoza, había señalado que no procedía el planteamiento de dicha cuestión esencialmente por dos motivos, que fueron valorados por el Juzgado.

El primero de ellos tenía que ver con el hecho de que la legislación ahora cuestionada viniera a incorporar al Ordenamiento autonómico la opción del legislador estatal en el art. 4 de la Ley 5/1985, de 21 de marzo, del Consejo Social de Universidades, que dice así:

«1. Para el adecuado cumplimiento de sus funciones, el Consejo Social dispondrá de una Secretaría dotada de los medios materiales necesarios que figurarán en las partidas presupuestarias del Consejo Social dentro de los presupuestos de la Universidad.

2. El Secretario del Consejo Social será nombrado por el Presidente y podrá desempeñar su cargo en régimen de dedicación a tiempo parcial o a tiempo completo.

3. El Secretario asistirá a las sesiones del Consejo Social, con voz, pero sin voto».

En efecto, el Letrado de la Administración sostenía a este respecto que el precepto de la Ley aragonesa 5/2005 no suponía «una interferencia de la competencia estatal, puesto que no supone modificación alguna en este punto del régimen ya establecido por el Ordenamiento jurídico estatal».

Ocurre que, de acuerdo con lo expresado por el Juzgado, tal precepto no prejuzgaba necesariamente que dicho puesto debiera tener naturaleza eventual, ya que se limitaba a fijar la competencia para el nombramiento del Secretario del Consejo Social, sin que establecieran adicionales notas distintivas de la previsión de un puesto eventual, como sí hacía el precepto de la Ley aragonesa (art. 68). Más aún, la interpretación sistemática del art. 4 de la Ley estatal 5/1985 con el art. 20.2 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, donde ya se decía que «el personal eventual sólo ejercerá funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial», invitaba a una interpretación opuesta. En este punto, debe añadirse que el hecho de que la Administración deba velar con objetividad por los intereses generales, ex art. 103 del texto constitucional, favorecía también la interpretación anterior (esto es, reconducir las competencias del personal eventual a la mera realización de funciones de asesoramiento y no de tipo burocrático). Y en este sentido se recordaba que fue el propio Tribunal Constitucional el que, aun sin entrar en el fondo de la cuestión, consideró un vicio de incongruencia el hecho de que los Tribunales ordinarios no hubieran dado respuesta a la alegación contenida en la Demanda referente a que la instrucción de un expediente disciplinario, cuya resolución había sido impugnada, se encomendara a una persona vinculado a la Administración en régimen de personal eventual (STC 94/1997, de 8 de mayo).

Por añadidura, de acuerdo con el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, si se entendiere que el art. 4 de la Ley estatal legitimaba la configuración de la Secretaría del Consejo Social como un puesto de naturaleza eventual, tal previsión habría de entenderse derogada por la Ley estatal 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, por su contradicción con el art. 12.

Una segunda objeción expuesta por el Letrado de la Universidad contra el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad tenía que ver con el hecho de que las resoluciones impugnadas fuesen anteriores a la aprobación del art. 12 de la Ley estatal 7/2007. Sin embargo, el órgano judicial mantuvo la aplicabilidad de este precepto de la legislación estatal, en cuanto que el alzamiento de la suspensión de la resolución relativa al cese se hizo cuando ya estaba en vigor la Ley estatal referida 7/2007 (en concreto, por Resolución de 19 de mayo de 2009). Y, según se exponía, difícilmente podía acordarse el alzamiento de una resolución, si ello implicaba desconocer un precepto de la legislación básica, en cuanto que se daría plenos efectos a una resolución (por la que se cesaría a una empleada pública en función de ocupar un puesto de naturaleza eventual) con apoyo en una legislación autonómica que ya, en ese momento, sería contradictoria con previsiones de la legislación básica. Y, por añadidura, se explicaba que el art. 68 de la Ley autonómica era ya contrario al art. 20.2 de la también básica (en dicho precepto) Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, sin que la Ley estatal del Consejo Social proporcionara habilitación suficiente para mantener la opción legislativa autonómica en los términos vistos.

Finalmente, en el Auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, se descartó aplicar aquí una suerte de desplazamiento de la legislación autonómica, como consecuencia de la nueva regulación básica estatal. Y ello porque este tipo de intervención judicial supondría desconocer la vinculación del Juez a la Ley (sea estatal o autonómica), recogiendo lo ya expresado por el mismo Tribunal Constitucional en la STC 173/2002, de 9 de octubre, al explicar que «los órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley (STC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 16), dado que el constituyente ha querido sustraer al Juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley, ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución (STC 17/1981, de 1 de junio, FJ 1). La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia “erga omnes”, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular —como se declara en el Preámbulo de nuestra Constitución— y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España (...)». Y más adelante se añade que «es claro que hubo extralimitación en sus funciones por el órgano judicial, el cual, si estimaba la ley inconstitucional (...), venía obligado a suscitar la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, y, si no lo estimaba así, supuesto en el que obviamente no estaba compelido a plantear la cuestión, debía limitarse a aplicarla. No cabe un tercer término».

### **III. La sentencia 156/201, de 23 de septiembre**

#### **III.1. Actuaciones previas a la Sentencia**

Recibido el correspondiente testimonio de las actuaciones en el Tribunal Constitucional, se dictó por su Sección Tercera providencia de 19 de mayo de 2010 en la que se acordó oír al Fiscal General del Estado para que, en el plazo de diez días, alegara lo que considerara conveniente en relación con el cumplimiento de los requisitos procesales de la cuestión de inconstitucionalidad y por si fuere notoriamente infundada.

La Fiscalía General del Estado, tras considerar que se habían respetado los presupuestos procesales básicos aplicables a las cuestiones de inconstitucionalidad, defendió, en cuanto al fondo, que la cuestión era notoriamente infundada, debido a que el Secretario o Secretaria del Consejo Social no realizaba sólo funciones administrativas, sino también funciones de confianza o asesoramiento especial, como eran la asistencia sin restricciones —salvo en lo relativo a la emisión de voto— a las sesiones del pleno y de las comisiones del Consejo Social.

Sin embargo, el Pleno, a propuesta de la Sección Tercera, acordó mediante, providencia de 5 de octubre de 2010, tener por formuladas las alegaciones de la Fiscalía General del Estado y admitir la cuestión de inconstitucionalidad y deferir a la Sección Segunda su resolución.

Evacuados los traslados preceptivos, los Presidentes del Congreso y del Senado se limitaron a personarse en el procedimiento y a ofrecer su colaboración.

El Abogado del Estado, por su parte, interesó la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad, al coincidir con el Juzgado proponente en entender que el Secretario del Consejo Social realiza funciones administrativas comunes, lo que contrasta con la libertad de nombramiento y cese que se recoge en la norma autonómica.

Por su parte, tanto el Gobierno de Aragón como las Cortes de Aragón se opusieron, motivadamente, a la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad, al igual que la propia Universidad de Zaragoza.

En un trámite ulterior, la Fiscalía General del Estado también volvió a solicitar la desestimación de la cuestión de inconstitucionalidad, ampliando la motivación ya ofrecida en su primer escrito de alegaciones en el Tribunal Constitucional.

Finalmente, interesa notar que no consta que la parte recurrente compareciera ante el Tribunal Constitucional ni que hiciera alegaciones.

### **III.2. La posición del Tribunal Constitucional**

En los fundamentos de la Sentencia comentada, se comienza la argumentación del Tribunal Constitucional valorando —y rechazando— algunas cuestiones preliminares aducidas por quienes se habían manifestado en contra de que prosperara la cuestión de inconstitucionalidad.

En primer lugar, se repelen, con facilidad, los dos óbices alegados por el Letrado de la Universidad para admitir la cuestión (la derogación del artículo autonómico cuestionado por el art. 12 de la Ley estatal 7/2007; y la no aplicación del artículo autonómico precitado en las resoluciones impugnadas). Para ello, el Alto Tribunal se limita a recordar su doctrina contraria al desplazamiento de normas autonómicas como consecuencia de la modificación sobrevenida de las bases estatales y a precisar que los actos recurridos en el procedimiento abreviado del Juzgado n.º 1 citaban el artículo 68. 2 de la Ley 5/2005 como apoyo normativo. Tampoco, se aceptó la pérdida sobrevenida del objeto del procedimiento por el hecho de que se hubiera declarado la situación de incapacidad permanente de la actora, en la medida que el precepto seguiría siendo aplicable para decidir el examen de legalidad del acto impugnado y para reconocer, o no, las pretensiones contenidas en la Demanda.

Tampoco tuvieron éxito las objeciones del Letrado de las Cortes de Aragón, quien, además de considerar que el cese no trajo causa del artículo 68. 2 de la Ley 5/2005,

afirmó que no se cumpliría el juicio de relevancia al ser las resoluciones rectorales nulas de pleno derecho, en cuanto que, de aplicarse tal precepto (calificado como técnicamente mal redactado), el cese debía haber sido automático. Estos alegatos no son aceptados por el Tribunal Constitucional por lo ya manifestado en contestación a las alegaciones de la Universidad y por considerarse una cuestión de legalidad ordinaria lo referente a la declarada nulidad de las resoluciones recurridas.

Atendidos estos asuntos preliminares, el Tribunal Constitucional expone que la inconstitucionalidad suscitada por el órgano judicial sería del tipo de la inconstitucionalidad mediata o indirecta, al existir una potencial contradicción de la legislación autonómica, no con preceptos de la Constitución, sino con preceptos estatales declarados básicos (9).

En orden a valorar si concurre tal inconstitucionalidad indirecta, debe verificarse que la normativa estatal merece la consideración de básica tanto desde un punto de vista formal como material para, después, en segundo lugar identificar, o no, una efectiva contradicción normativa.

Siguiendo con este modo de razonar, el Tribunal Constitucional no puede sino constatar que el art. 12 de la Ley 7/2007 reúne las características de precepto básico al estar incorporado en una norma legal y estar expresamente así calificado en la Disposición final primera de la Ley 7/2007. También, el precepto es básico desde una perspectiva material, ya que, al decir del Tribunal Constitucional, define los rasgos esenciales de este tipo de personal.

En cuanto a la concurrencia de una efectiva oposición normativa, se realiza, en primer lugar, un análisis de la naturaleza y funcionalidad de los Consejos Sociales de las Universidades. Más en concreto se estudia el régimen legal del Secretario del Consejo Social de la Universidad de Zaragoza en la Ley 5/2005, del que se desprende una doble función: la dirección del aparato administrativo y las labores propias de la secretaría de un órgano colegiado. De ahí que se colija que tales competencias deban inscribirse en las «tareas generales de carácter administrativo llamadas a ser realizadas respecto de la estructura funcional y permanente de la Administración universitaria de la que forma parte el Consejo social, como órgano de participación en la Universidad». Dado que estas funciones no encajan dentro de las funciones de asesoramiento especial, propias del personal eventual, no pueden subsumirse en las contempladas en el art. 12 de la Ley 7/2007, por lo que tampoco puede establecerse un régimen de nombramiento y cese propio de tal personal eventual.

Por tanto, la consecuencia es lógica y pasa por la declaración de inconstitucionalidad del inciso legal «Cesará cuando lo haga el Presidente que lo nombró» del art. 68. 2 de la Ley aragonesa 5/2005, sin que pueda ampararse tal precepto en la legislación estatal que desarrolla y que se limita a prever la competencia de nombramiento del Secretario del Consejo Social a favor de su Presidente ni en la existencia de un cargo

---

(9) Una Sentencia del Tribunal Constitucional en la que se detectó este tipo de inconstitucionalidad mediata en la legislación aragonesa se produjo con la STC 162/2009, de 29 de junio. Yo mismo di cuenta de esta decisión constitucional, que trajo causa de la cuestión de inconstitucionalidad elevada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Huesca, en «Sentencia del Tribunal Constitucional 162/2009, de 29 de junio, relativa a la inconstitucionalidad del art. 184. 2 de la Ley aragonesa de Administración Local», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, núm. 1, 2010, pp. 365 y ss.



público con un perfil diferenciado, dado que lo decisivo para establecer el régimen de cese es el ámbito funcional de los empleados públicos.

#### IV. Recapitulación

Como se decía al principio de estas líneas, la legislación básica contenida en la Ley 7/2007, a pesar de las características de esta norma, ha servido para propiciar una cierta unidad en el régimen jurídico de las categorías generales de empleados públicos en la diversa legislación sectorial, lo cual debe ser resaltado por su importancia objetiva. En concreto, la Sentencia ha dispuesto que las funciones administrativas, no ligadas a aspectos netamente políticos, deban ser conferidas a empleados públicos, cuyo nombramiento y cese no este atribuido libremente a los responsables políticos, lo que, desde algunas posiciones, sería coherente con el objetivo de profesionalización de la función pública (10).

Trabajo recibido el 18 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

---

(10) Existen pronunciamientos judiciales que consideran que la previsión de puestos de personal eventual debe ser excepcional y se asume, por tanto, una interpretación restrictiva de sus cometidos, como sucede en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 9 de febrero de 2005, Rec. 1598/2002, Ponente: Ilma. Sra. Magistrado Doña M.<sup>ª</sup> Jesús Muriel Alonso, en relación con la impugnación de la modificación de la Relación de Puestos de Trabajo del Personal Asesor del Gabinete Técnico del Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid y en la que se cita una declaración del Tribunal Supremo (en Sentencia de 12 de diciembre de 1997), según la cual, «el nombramiento de dicho personal ha de ser restrictivo, puesto que implica una disminución al puesto funcional, limitado a desempeñar tareas de carácter no permanente».

En el ámbito doctrinal, resulta interesante la delimitación objetiva de los puestos que pueden ser ocupados por eventuales realizada por Francisco SOSPEDRA NAVAS, «Tipos de empleados públicos», en *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 19, 2008, pp. 39 y ss.

**LABURPENA:** Lan hau Konstituzio Auzitegiaren 156/2013 Epaia buruzkoa da, inkonstituzionaltzat jo baitzuen erkidegoko lege-aurreikuspen bat non behin-behineko enplegatu bati (izendapen librearen eta lana uztearen ikuspegitik) administrazio-zereginak eman zitzaizkion. Izan ere, horrek urratu egiten du estatuko oinarritzko legeriaren debeku bat, behin— behineko langileek konfiantza edo aholkularitza berezikoak ez diren zereginak egiteari buruzkoa.

**HITZ GAKOAK:** Behin-behineko langileak. Konfiantza edo aholkularitza bereziko zereginak. Funtzionario publikoen estatutu-araubidea finkatzeko estatu-eskumena. Unibertsitateak.

**RESUMEN:** El presente trabajo versa sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2013, que declaró inconstitucional una previsión legislativa autonómica en la que se atribuían a un empleado eventual (desde la perspectiva de su libre nombramiento y cese) funciones materialmente administrativas. La inconstitucionalidad se basa en la contravención de la prohibición contenida en la legislación básica estatal en relación con el ejercicio por el personal eventual de funciones distintas de las de confianza o asesoramiento especial.

**PALABRAS CLAVE:** Personal eventual. Funciones de confianza o asesoramiento especial. Competencia estatal para fijar las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Universidades.

**ABSTRACT:** This work deals with the judgment 156/2013 of the Constitutional Court that found unconstitutional an autonomic legislative provision that conferred a temporary public officer (from the point of view of his/her free appointment and dismissal) materially administrative tasks. The unconstitutionality is based on the violation of the prohibition established by the state basic legislation in relationship with the exercise of tasks by the temporary staff different to those of trust and special advising.

**KEYWORDS:** Temporary staff. Tasks of trust or special advising. State power to fix the basis of the statutory regime of public officers. Universities.

# Lectura crítica del sistema extrajurisdiccional de resolución del conflicto de consumo en la Unión Europea que prevén la Directiva 2013/11/UE y el Reglamento UE 524/2013

Ixusko Ordeñana Gezuraga

**Sumario:** I. Punto de partida: la protección del consumidor en la Unión Europea y su apuesta por los mecanismos extrajurisdiccionales.—II. El sistema extrajurisdiccional de resolución del conflicto de consumo creado por la Directiva 2013/11/UE y por el Reglamento UE 524/2013. II.1. Los instrumentos que lo crean: la Directiva 2013/11/UE y el reglamento UE 524/2013. II.2. Características principales del sistema. II.2.3. Organización del sistema. II.2.4. Funcionamiento del sistema.—III. Análisis de los parámetros empleados para garantizar la calidad del sistema. III.1. Objetivo y pautas al efecto. III.2. El fundamento de los mecanismos extrajurisdiccionales. III.3. Las entidades que ofrecen mecanismos extrajurisdiccionales. III.4. El tercero neutral. III.5. Los derechos de los ciudadanos. III.6. El procedimiento de resolución alternativa. III.7. Los mecanismos extrajurisdiccionales y la vía jurisdiccional.—IV. Conclusión.

## I. Punto de partida: la protección del consumidor en la Unión Europea y su apuesta por los mecanismos extrajurisdiccionales

La Unión Europea (en lo sucesivo, UE) actual, con 28 Estados miembros, es la plaza de casi 500 millones de habitantes, en la que la introducción de la moneda común, la facilitación de la movilidad dentro de ella y la normalización del comercio *on line* ha normalizado el consumo transfronterizo. Los consumidores, por fin, han conquistado el mercado interior europeo, el espacio sin fronteras interiores en el que circulan libremente mercancías y servicios. Es más, son su eje, convirtiéndose en verdadero agente económico y político en su desarrollo(1). Este mercado único de la UE, uno de los mayores mercados al por menor del mundo, conforme al ideario europeo, «debe proporcionar a los consumidores un valor añadido en forma de mejor calidad, mayor variedad, precios razonables y normas elevadas de seguridad para mercancías y servicios, contribuyendo así a un alto nivel de protección de los

---

(1) «Cuyo papel y responsabilidad reviste una importancia crucial para el buen funcionamiento del mercado interior europeo» añade la COMISIÓN: *La protección de los consumidores en la Unión Europea: diez principios básicos*, Bruselas 2005, p. 12. En la doctrina, casi literal, HONDIUS, E.: «The notion of consumer: European Union versus Member States», *Sydney Law Review*, núm. 28, 2006, p. 89.

consumidores» (2). Al efecto, deviene esencial eliminar los obstáculos directos e indirectos que impiden el correcto funcionamiento de este mercado y reforzar la confianza de la ciudadanía en el mismo.

Partiendo del actual carácter central del consumidor en la UE, en general, y en el mercado interior, en concreto, conviene remarcar que aunque los tratados originarios de la UE no preveían una política de protección de consumo, los jefes de Estado y Gobierno acordaron promoverla en la Cumbre de París de 1972, presentando, tres años después, la Comisión, el primer programa de protección de los consumidores (3) Posteriormente, tras establecer el párrafo tercero del art. 100 A del Acta única Europea (1986) que «la Comisión, en sus propuestas (...) referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores se basará en un nivel de protección elevado», el Tratado de Maastricht (1982) ordenó el fundamento jurídico concreto para la obligación de protección de los consumidores (art. 129 A), reforzado por el Tratado de Ámsterdam (1997) y recogido en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (arts. 3 t y 153) (4). En la actualidad, garantiza un alto nivel de protección al consumidor en las políticas de la UE la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, instrumento jurídicamente vinculante «con el mismo valor jurídico que los Tratados» (art. 6.1 Tratado de la Unión Europea). (5) Sin embargo, lejos de configurar un verdadero derecho subjetivo reconocido a los ciudadanos europeos, conforma un principio que, en aplicación del art. 52.5 de la misma Carta, podrá «aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones, órganos y organismos de la Unión y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión, en el ejercicio de sus competencias respectivas». Del mismo modo, «sólo podrán alegarse ante un órgano jurisdiccional en lo que se refiere a la interpretación y control de la legalidad de dichos actos» (6). Con todo, en aplicación de la normativa vigente (arts. 6

---

(2) Hecho reconocido por todas las instituciones europeas, como refleja la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, que va a centrar nuestro estudio. En lo sucesivo, le denominaremos D 2013/11/UE o simplemente, la Directiva.

(3) Resolución de 14 de abril de 1975, DO C 92 de 25 de abril de 1975. Este programa establecía las 5 bases sobre las que debía pivotar la normativa comunitaria en la materia, definiendo, por primera vez, los derechos fundamentales de los consumidores: derecho a la protección de la salud y la seguridad, derecho a la protección de los intereses económicos, derecho a la indemnización de los daños, derecho a la información y a la educación y derecho a la representación. Remarcó, asimismo, la naturaleza transversal de la política de los consumidores, que debía informar el resto de políticas, quedando claro el rol predominante del consumidor en la configuración europea.

(4) Explica correctamente esta evolución, FERNÁNDEZ MASIÁ, E.: «Protección de los intereses colectivos de los consumidores y actividades ilícitas transfronterizas en la Unión Europea», *Estudios sobre consumo*, núm. 56, 2001, pp. 10-40.

(5) Explican el origen y vicisitudes de la Carta, CARRILLO SALCEDO, J. A.: «Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 9, 2001, pp. 7-26 y SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.: «La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la práctica española», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 15/2008, pp. 233-255.

(6) Luego, como argumentamos en ORDEÑANA GEZURAGA, I.: «Artículo 38: la garantía de un nivel elevado de protección de los consumidores o sobre la necesidad de garantizar la adecuada solución del conflicto de consumo», en ORDEÑANA GEZURAGA, I. (Director), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2014, p. 675, nos encontramos, a nivel de la UE, con el mismo panorama que en el ordenamiento jurídico español, donde el art. 51 de la Constitución española recoge, entre los principios rectores de la política social y económica —lue-

Tratado UE, 169 Tratado Funcionamiento UE, 153 Tratado de la Comunidad Europea), «para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Unión contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses». Para obtener este objetivo, se prevé la utilización de dos tipos de medidas: aquéllas dirigidas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior (art. 114 Tratado Funcionamiento UE) y medidas que apoyen, complementen y supervisen la política llevada a cabo por los Estados miembros, sin perjuicio de que cada uno de éstos mantenga y adopte medidas de mayor protección, siempre que sean compatibles con los Tratados y se notifiquen a la Comisión (7).

En cuanto jurisdiccionalistas, sólo concebimos la promoción de los intereses de los consumidores y la garantía a éstos de un alto nivel de protección, mediante la solución eficaz de sus conflictos. Para poco o nada sirve que se protejan la salud, la seguridad o los intereses económicos de los consumidores si, en caso de que se concluyen, no existe reparación. A mayor redundancia: únicamente la política de resolución del conflicto de consumo puede garantizar el éxito de todas las demás (8). De ahí que convirtamos en objeto de estudio de este artículo la solución al conflicto de consumo que ofrece la UE. Al respecto, y para centrar nuestra investigación, se requieren unas reflexiones previas. En primer lugar, tenemos que destacar los inconvenientes que la vía jurisdiccional, encarnada en el Poder Judicial y basada en el ejercicio, por parte de éste, de la función jurisdiccional, presenta en la resolución del conflicto de consumo: desproporción entre el valor económico del asunto y el coste de su solución jurisdiccional; problemas de competencia judicial y normativa aplicable; dilación en el tiempo, fruto del colapso judicial; óbice idiomático; la complejidad que conlleva este mecanismo para solventar una discrepancia normalmente bien sencilla; formalismo excesivo,... (9) Como consecuencia, muchas veces, los consumidores y usuarios rehúsan a hacer valer sus derechos, limitándose a padecer la infracción de los mismos. Quede claro, que es una aptitud totalmente legítima, si no fuera porque su causa —la dificultad de acceso a la Justicia— la pervierte y porque es lo más contrario a la garantía de un alto nivel de protección de los consumidores que la UE debe

---

go, no como derecho subjetivo de los ciudadanos—, que «los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos».

(7) Luego, es indudable que la pertenencia a la UE garantiza un grado de amparo adicional para los consumidores.

(8) La Comisión, en uno de los primeros documentos sobre la materia («Un nuevo impulso en la política de protección de los consumidores» (COM (85) 314 final)), apuntó que «la protección de los intereses de los consumidores mediante la mejora y la ampliación de sus derechos sustanciales quedaría incompleta si, paralelamente, no se le ofrecen medios y procedimientos adecuados para hacer valer dichos derechos». En la misma dirección, 13 años más tarde, en su Comunicación sobre la solución extrajudicial de conflictos en materia de consumo (COM (98) 198 final) reconoció que «instaurar derechos sustanciales sin poner a disposición de sus titulares mecanismos que garanticen su ejercicio efectivo privaría a estos derechos de todo su valor práctico». En este sentido, en la doctrina, ABELLÁN TOLOSA, L.: «El ejercicio de los derechos de los consumidores europeos», *Unión Europea*, núm. 69, 2012, pp. 13-26.

(9) Ahondamos en ello, ORDEÑANA GEZURAGA, I.: «La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa», *Diario La Ley*, núm. 7420, 2010, pp. 6-15.

a sus ciudadanos. De ahí que la UE, desde hace años, haya apostado por la solución extrajurisdiccional del conflicto de consumo. Antes de ahondar en esta senda, conviene matizar, sin embargo, que ello no ha llevado un olvido de la vía jurisdiccional por parte de la UE, adoptando ésta, también, medidas para su mejora (10). Adentrándonos ya en la solución extrajurisdiccional de los conflictos, cabe apuntar que los óbices que muestra la jurisdicción en la resolución del conflicto jurídico, en general, y el de consumo, en particular (su carácter autoritario y antieconómico, la estrategia combativa que implica para las partes, la pérdida de control sobre el conflicto para aquéllas, la insatisfacción general que produce,...) han hecho que, independientemente de que desde siempre se hayan utilizado mecanismos ajenos a la jurisdicción, en los últimos años haya surgido una corriente mundial a favor de potenciarla: el movimiento *Alternative Dispute Resolution* (ADR). (11) Con origen en EEUU, de donde se ha extendido a todo el mundo, este pensamiento o ideología no postula la erradicación de la jurisdicción, en cuanto cauce para la resolución de las disputas jurídicas, sino su utilización, únicamente, en los casos en los que no resulte antieconómica. Más concretamente, bajo la premisa de que el Estado debe garantizar siempre el acceso a la justicia a sus ciudadanos, esta filosofía mantiene la necesidad de diversificar los medios de resolución, postulando que el ordenamiento jurídico debe ofrecer a los justiciables una pluralidad de mecanismos (la jurisdicción y otros extrajurisdiccionales), para que aquéllos, en absoluta libertad, elijan el que más les convenga en el caso concreto (12). Ello no quita para que, en el ámbito del Derecho de consumo, se considere que los procedimientos alternativos responden a la perfección a las necesidades del conflicto de consumo, en cuanto ofrecen respuestas rápidas, baratas, de calidad y eficaces a consumidores y empresarios (13). Mejor aún responde a las necesidades del conflicto de consumo, el ODR (*On Line Dispute Resolution*), última fase en la evolución del ADR, entendiendo por aquélla la posibilidad de utilizar las técnicas privadas para sol-

---

(10) Conocedora de que, en muchas ocasiones, la vía judicial es necesaria. Al respecto, la UE, entre otras medidas, ha reforzado la cooperación judicial transfronteriza y ha creado el procedimiento europeo para pequeñas reclamaciones, mediante el Reglamento (CE) núm. 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, para mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos. También conviene aplaudir la labor realizada por el Tribunal de Justicia de la UE en protección del consumidor. Lo explicamos detalladamente, ORDEÑANA GEZURAGA, I.: «Artículo 38: la garantía de un nivel elevado de protección de los consumidores o sobre la necesidad de garantizar la adecuada solución del conflicto de consumo», en ORDEÑANA GEZURAGA, I. (director): *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, op.cit., pp. 669 y ss.

(11) Resolución Alternativa de Conflictos (RAC) en español.

(12) Desarrolla esta idea, en relación a la solución del conflicto de consumo, la Comunicación de la Comisión relativa a la mejora del acceso de los consumidores a mecanismos alternativos de solución de litigios, de 4 de Mayo de 2001 (COM (2001) 161 final). En esta construcción, constatado que la jurisdicción está suficientemente desarrollada y normalizada, se propugna la necesidad de fomentar el uso de mecanismos privados, basados en el consenso de los protagonistas de la disputa, que utilizan, con ayuda de un tercero (*third neutral*), el diálogo y el entendimiento mutuo como cauce para obtener acuerdos que satisfacen a ambas partes al tiempo que garantizan la continuidad de su relación jurídica. Son, por ende, el medio para resolver eficazmente los conflictos, garantizando el acceso a la justicia. Desarrolla el ideario, fundamento y características de este movimiento, BARONA VILAR, S.: *Solución extrajurisdiccional de conflictos «Alternative Dispute Resolution» (ADR) y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 45-89.

(13) Los mecanismos ADR aseguran a los consumidores el acceso a la justicia, contribuyendo a superar la desincentivación que a aquéllos les produce la jurisdicción y evitando que se limiten a padecer pasivamente la conculcación de los derechos que les corresponden; para las empresas conllevan, a su vez, la vía de mantener su reputación y preservar la confianza de sus clientes.

ventar, los, cada vez más frecuentes, conflictos derivados de las transacciones y negocios en la red (tráfico jurídico *on line*), y la oportunidad de conjugar los tradicionales mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos con las nuevas tecnologías, practicándose la conciliación, la mediación, el arbitraje o cualquier mecanismo híbrido de los mismos, a través de Internet. (14)

Fijémonos, por último, en la situación actual de los mecanismos ADR en materia de consumo, tanto en la propia UE, como en los Estados miembros. La primera viene apostando explícitamente por aquéllos desde que, en 1993, presentara «El libro Verde de la Comisión sobre el acceso de los consumidores a la justicia y a la solución de litigios en materia de consumo en el mercado único» (15). Supusieron un gran avance en esta senda, dos Recomendaciones de la Comisión: la relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, de 30 de marzo de 1998, y la relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, de 4 de abril de 2001 (16). Muestra, asimismo, la apuesta de la UE por los me-

---

(14) Recogen ambas vertientes en la aplicación de los medios alternativos, entre todos, KATSH, E., RIFKIN, J.: *Online Dispute Resolution. Resolving conflicts in cyberspace*. Jossey-Bass. San Francisco, 2001, p. 2, FRIEDMAN, G.H.: «Alternative dispute Resolution and emerging online technologies: challenges and opportunities», *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, vol. 19, 1997, pp. 607-710 y NEY, P.H.: «The internet offers Alternative Dispute Resolution Options», *The Colorado Lawyer*, vol. 29, 2000.

(15) En el que, entre sus conclusiones, solicitaba «una Recomendación de la Comisión, con la finalidad de mejorar el funcionamiento de los sistemas de «Ombudsman» encargados de la tramitación de los litigios en materia de consumo». Entiende valor principal de este Libro Verde «destacar la existencia de sistemas alternativos de resolución de conflictos en algunos países», BARRAL VIÑALS, I.: «La mediación y el arbitraje de consumo: explorando sistemas de ODR», *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 11, 2010, pp. 1-12. En esta senda, el Consejo, en reunión celebrada el 25 de noviembre de 1996, remarcó que el deseo de aumentar la confianza de los consumidores en el funcionamiento del mercado interior y su capacidad para beneficiarse de las posibilidades que éste les ofrece, incluye la posibilidad de que aquéllos puedan resolver sus conflictos de forma eficaz y adecuada por la vía de procedimientos extrajudiciales u otros procedimientos comparables. El mismo año, el Parlamento, en una Resolución de 14 de noviembre de 1996 (DO C 362 DE 12-XII-1996), exigía a los mecanismos extrajudiciales en materia de consumo que satisfagan unos criterios mínimos de cara a garantizar la imparcialidad del órgano, la eficacia del procedimiento y la publicidad y transparencia de la actuación.

(16) Bajo la consideración de que su fijación iba a aumentar la confianza de consumidores y empresarios en los mecanismos extrajudiciales, tanto para solventar conflictos nacionales, como transfronterizos, y de que los procedimientos extrajudiciales están destinados a facilitar el acceso de los consumidores a la justicia, la primera ordenaba la independencia del órgano responsable del mecanismo extrajudicial (principio I); la transparencia, contradicción y eficacia de su procedimiento (principios II, III y IV, respectivamente); la imposibilidad de que la decisión del órgano privara al consumidor de la protección que le garantizan leyes imperativas (principio de legalidad); que la decisión del órgano sólo puede ser obligatoria para las partes con aceptación previa expresa de éstas (principio de libertad) y la posibilidad de las partes de actuar con representación en el procedimiento (principio VII). Además, la Recomendación preveía que la Comisión creara una base de datos de los órganos extrajudiciales que cumplieran los principios establecidos en la misma, facilitando su introducción en la red. Se materializó, esta prescripción, mediante la Resolución del Consejo, de 25 de mayo del 2000, relativa a una red comunitaria de órganos nacionales encargados de la solución extrajudicial de litigios de consumo (DO C 155 de 6-VI-2000), creándose la RED EJE que, apoyada en los diferentes puntos de contacto nacionales o centros de intercambio de información, ofrecía a los consumidores información y ayuda sobre los mecanismos extrajudiciales. Vino a reforzar esta red, la citada Recomendación de la Comisión, de 4 de abril de 2001. Complementaria de la anterior, la postrera, partiendo de que la protección de los consumidores conlleva la garantía de un acceso a la justicia sencillo y eficaz, promovía la solución de conflictos de consumo mediante mecanismos alternativos. Para ello, ordenaba los principios que debían cumplir los órganos responsables de los mismos: imparcialidad, transparencia, eficacia y equidad. Ahonda en la primera, ESTEBAN DE LA ROSA, F.: «Principios de protección del consumidor para una iniciativa europea en el ámbito de la resolución electrónica de diferencias (ODR) de consumo transfronterizas», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 25, 2011, pp. 1-42. Se fija en ambas, LÓPEZ SÁNCHEZ, J.: «Comercio electrónico y «acceso a los con-

canismos extrajudiciales, su previsión en instrumentos jurídicos vigentes; (17) la labor mediadora que realizan los Centros Europeos del Consumidor, presentes en todos los Estados miembros, y la red que ellos configuran (ECC-NET) y la existencia de la Red FIN-NET («Red transfronteriza de denuncia extrajudicial sobre servicios financieros»), creada en febrero de 2001, que acoge mecanismos extrajudiciales que se ocupan de solventar conflictos transfronterizos entre consumidores y proveedores de servicios financieros.

También existen mecanismos extrajudiciales para solventar el conflicto de consumo en los Estados miembros. En una fotografía general y de conjunto reina la diversidad, no sólo entre Estados, sino también entre los mecanismos que se emplean en cada uno de ellos. Diferente es su procedencia, financiación, organización (geográfica y sectorial), naturaleza (voluntaria, en general), órgano auxiliar, tramitación,.... (18) Con todo, la UE advierte que, a pesar de haber aumentado el recurso a las técnicas ADR, su potencialidad aún es grande. Entiende que la resolución alternativa de conflictos, en general, no está desarrollada todavía de manera suficiente y coherente en toda la UE; existen carencias importantes, bien a nivel sectorial, bien a nivel geográfico; las técnicas no son conocidas; su calidad es diversa; muchas veces no solventan adecuadamente el conflicto transfronterizo y el desarrollo del ODR, también, es incompleto y dispar. A mejorar esta situación y a ahondar en la puesta por los mecanismos extrajudiciales en el ámbito de la UE han venido la Directiva 2013/11/UE, el Reglamento UE 524/2013 y el sistema que configuran.

## **II. El sistema extrajudicial de resolución del conflicto de consumo creado por la directiva 2013/11/ue y por el reglamento UE 524/2013**

### **II.1. Los instrumentos que lo crean: la Directiva 2013/11/UE y el Reglamento UE 524/2013**

La mentada Directiva 2013/11/UE y el Reglamento UE 524/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm.

---

sumidores a la Justicia»», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 571, 2003, pp. 5-8, matizando que estas dos Recomendaciones, en cuanto tales, «carecen de eficacia vinculante en el ámbito de la Unión Europea, pero son indicativos de la dirección hacia la que se encamina la tutela de los consumidores». Sin duda, el último autor auguraba cual iba a ser el régimen futuro en la materia.

(17) Mientras en algunos ámbitos concretos (las telecomunicaciones, la energía, los créditos al consumo o los servicios de pago) su legislación obliga a los Estados miembros a crear procedimientos ADR, en otros (comercio electrónico, los servicios postales, mercados de instrumentos financieros), se limita a instarlo. De forma particular, la Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, ordena que los prestadores de servicios que formen parte de un sistema de ADR informen, al respecto, a los consumidores y la Directiva 2008/52/CE, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, insta a los jueces a remitir casos a mediación (considerando 12 y art. 5).

(18) Realiza esta radiografía el *Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union* (Civic Consulting of the Consumer Policy Evaluation Consortium), de 16 de octubre de 2009, disponible en [http://ec.europa.eu/consumers/redress\\_cons/adr\\_study.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/adr_study.pdf), que contabiliza, en toda la UE, más de 750 sistemas de ADR en materia de consumo.



2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, son los dos instrumentos que vienen a configurar una nueva etapa en la ordenación de los mecanismos extrajudiciales en la UE. Necesitada de transposición la primera —antes del 9 de julio de 2015—, directamente aplicable el segundo, dirigidos a todos los Estados miembros, se adoptan con respeto al principio de subsidiariedad y proporcionalidad, siguiendo el procedimiento legislativo ordinario. Son, asimismo, ambos complementarios: la Directiva establece requisitos de calidad armonizados para las entidades de resolución alternativa y los procedimientos que aquéllas ofrecen, para asegurar, con su aplicación, que los consumidores tengan acceso a unos mecanismos extrajudiciales de calidad, independientemente del lugar de la UE en el que residan (art. 2.3) y el Reglamento, apoyado en esas entidades y procedimientos, crea una plataforma europea de resolución de conflictos en línea (art 1)(19). Comparten ambos objetivo principal: contribuir, a través de un alto nivel de protección del consumidor, al buen funcionamiento del mercado interior, garantizando, la Directiva, a los consumidores, la posibilidad de presentar reclamaciones contra los comerciantes ante entidades que ofrezcan procedimientos ADR independientes, imparciales, transparentes, efectivos, rápidos y justos en toda la UE (art. 1) y el Reglamento, la posibilidad, de hacerlo en línea (20). No coinciden, no obstante, en su ámbito de aplicación. Mientras la Directiva se aplica, únicamente, a la reclamación que, en relación a un conflicto de consumo nacional o transfronterizo, un consumidor realiza a un comerciante, el Reglamento, también, se aplica a la reclamación de un comerciante frente al consumidor (arts. 2 de ambos). La Directiva es de aplicación a las entidades de resolución alternativa duradera que figuren en la lista que se confeccione conforme sus criterios y no a los procedimientos creados *ad hoc*; sólo en relación a conflictos individuales y nunca a conflictos colectivos, entre consumidores o comerciantes entre sí(21). Por su parte, el Reglamento no se aplica a conflictos entre consumidores y comerciantes que se deriven de contratos de compraventa o de prestación de servicios no celebrados en línea, ni a conflictos entre comerciantes.

Con todo, entendiendo que la Directiva y el Reglamento mentados ordenan un cúmulo de elementos, personales y materiales, que se relacionan entre sí para obtener el objetivo apuntado, identificamos su conjunto como sistema. Nos vamos a referir, concretamente, al sistema extrajudicial de resolución del conflicto de consumo de la UE. Tras describirlo brevemente, lo analizaremos subjetivamente.

---

(19) Luego, mientras la Directiva constituye el marco general de los ADR en materia de consumo en la UE, prevaleciendo su ordenación respecto a cualquier otra, salvo indicación expresa en contrario (art. 3), el Reglamento se limita a ordenar la ventanilla única para la resolución extrajudicial de conflictos en línea. De ahí que el segundo recoja múltiples remisiones y referencias a la primera.

(20) Como objetivos secundarios podríamos citar otros tres: (1) evitar conflictos futuros, (2) implicar a las organizaciones profesionales y asociaciones de empresarios y consumidores en el desarrollo del ADR, (3) que los Estados velen por que las entidades de resolución alternativa cooperen en la resolución de los conflictos transfronterizos y (4) reforzar, en la UE, redes de entidades de resolución alternativa como la red FIN-NET.

(21) Dispone su art. 2.2 que tampoco se aplicará en procedimientos en los que el tercero está empleado o es retribuido exclusivamente por el comerciante afectado; en procedimientos gestionados por el comerciante; en conflictos en relación a servicios no económicos de interés general; a la negociación directa entre consumidor y comerciante; a los intentos realizados por un juez para solventar un conflicto en el contexto de un proceso judicial y a los conflictos relacionados con la salud y la enseñanza pública (art. 2.2).

## II.2. Características principales del sistema

Sucintamente, podemos enunciar como rasgos principales del sistema extrajurisdiccional de resolución del conflicto de consumo de la UE:

- a) Partiendo del carácter compartido, entre la UE y los Estados miembros, de la competencia sobre la protección de los consumidores (art. 4.2 f) Tratado Funcionamiento UE), y con el fin de garantizar el acceso a la justicia a éstos, se reconoce a aquéllos un amplio ámbito de actuación en la materia: posibilidad de introducir normas que vayan más allá de lo dispuesto en la Directiva (art. 2.3); de ordenar procedimientos extrajudiciales para solventar conflictos de comerciantes contra consumidores, o entre comerciantes, o colectivos, o procedimientos internos de tramitación de reclamaciones gestionados por el comerciante; de animar a los consumidores, antes de acudir a las técnicas ADR, a intentar solventar sus conflictos mediante negociación bilateral,... Del mismo modo, el Reglamento no obstaculiza el funcionamiento de las entidades de resolución ya existentes que operan en línea o que éstas tramiten conflictos en línea que les hayan sido sometidos directamente (considerando 24).
- b) El sistema se basa en el esfuerzo y cooperación de los distintos agentes que lo integran. Se insta la cooperación entre Estados, la Comisión, entidades de resolución y autoridades nacionales.
- c) El sistema muestra preocupación especial por la solución del conflicto transfronterizo. Se exige a los Estados que asistan especialmente a los consumidores para acceder a entidades de resolución que operan en otro Estado miembro (art. 14 Directiva) y que velen por que las entidades de resolución cooperen en la resolución de conflictos transfronterizos.
- d) En busca de la eficacia y la calidad en la resolución extrajurisdiccional del conflicto de consumo, el sistema, en general, y sus elementos, en particular, están en constante evaluación. Inferimos de este elemento su deseo de mejora.
- e) El sistema es transparente: resultando uno de sus ejes la lista de entidades de resolución alternativa que cumplen los requisitos de calidad que exige la Directiva (art. 20.2), aquélla y sus modificaciones serán siempre públicas, tanto en cada uno de los Estados miembros, como en el conjunto de la UE. Serán públicas, asimismo, las evaluaciones que se hagan del propio sistema, en general, y de las entidades de resolución alternativa, en particular.
- f) El sistema muestra clara intención de hacerse efectivo. Tanto la Directiva, como el Reglamento, exigen a los Estados miembros que establezcan normas relativas a las sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas para darles cumplimiento y que velen por que se cumplan. Se requieren sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias (arts. 21 Directiva y 18 Reglamento).

## II.3. Organización del sistema

Integran activamente el sistema extrajurisdiccional de resolución del conflicto de consumo en la UE, la Comisión, las entidades de resolución extrajurisdiccional y las autoridades competentes. Corresponde a la primera elaborar una lista de entidades

de resolución alternativa que cumplen los requisitos de calidad establecidos por la Directiva, hacerla pública y mantenerla actualizada (art. 20.4 Directiva). Se encarga, asimismo, de evaluar el sistema y presentar propuestas de mejora al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social (art. 26 Directiva). En relación a la plataforma de resolución de conflictos en línea, le corresponde desarrollarla y velar por su funcionamiento, mantenimiento, financiación y seguridad de los datos con los que opera (art. 5 Reglamento).

Las entidades de resolución alternativa, concebidas como aquéllas que, independientemente de su nombre, establecidas de manera duradera, ofrecen la resolución de conflictos mediante un procedimiento ADR, ocupan el centro del sistema. Éste, como sabemos, establece requisitos de calidad armonizados para ellas y los procedimientos que ofrecen, recogiendo en un listado aquéllas que los acatan.

Son importantes para el correcto funcionamiento del sistema lo que la Directiva y el Reglamento denominan la autoridad competente. Una única o plural en cada Estado, de nivel nacional, regional o local(22), se encarga, entre otros, basándose en la información recibida por las entidades de resolución, de evaluar si estas últimas cumplen las condiciones que se requieren para figurar en la lista de entidades de resolución de calidad, comunicándose a la Comisión. Del mismo modo, en el ámbito de la plataforma de resolución extrajurisdiccional de conflictos en línea, evalúa si las entidades ADR cumplen con las obligaciones definidas en el Reglamento (art. 15 Reglamento).

#### **II.4. Funcionamiento del sistema**

Dos son los ejes principales del sistema: (1) la configuración y gestión de una lista de entidades de resolución extrajurisdiccional que cumple los requisitos de calidad establecidos en la Directiva y (2) la puesta en marcha de una plataforma de resolución de conflictos en línea.

En relación al primer eje, se impone a los Estados miembros la obligación de velar por que las entidades ADR, establecidas en sus territorios, que deseen ser reconocidas como tales en el listado de la Comisión notifiquen unos datos concretos a la autoridad competente (nombre, seña, dirección web; estructura y financiación; procedimiento; tarifas;...). Tendrán que notificarle, asimismo, cualquier cambio (art. 19 Directiva). La autoridad competente, tras evaluar si las entidades ADR cumplen los requisitos al efecto, se lo comunicará a la Comisión. Corresponde a aquélla autoridad gestionar esta lista a nivel nacional: cada vez que haya cualquier modificación en la misma, la actualizará y la notificará a la Comisión. Del mismo modo, si alguna entidad ADR incluida en la lista incumple alguno de los requisitos para ello, la autoridad competente se pondrá en contacto con ella, explicándole su incumplimiento y solicitándole su acatamiento de forma inmediata. Si no lo hace en plazo de tres meses, la autoridad competente la eliminará de aquélla. Por su parte, la Comisión gestionará la única lista existente a nivel de la UE, actualizándola gracias a la información que le ofrecen las autoridades nacionales. Conforme al principio de transparencia que rige en

---

(22) Cuando en un Estado exista más de una autoridad competente, aquél deberá designar una de ellas como punto de contacto único para la Comisión.

el sistema, a esta lista se dará la máxima publicidad (sitio web y soporte duradero de la Comisión, de las autoridades competentes, de la red de Centros Europeos del Consumidor, y las organizaciones de consumidores y empresarios).

Como sabemos, el Reglamento 524/2013 crea la plataforma de resolución de conflictos en línea en el ámbito de la UE, atribuyendo la responsabilidad de su desarrollo, funcionamiento y mantenimiento a la Comisión. Esta plataforma debe adoptar la forma de un sitio de internet interactivo que ofrezca una ventanilla única a consumidores y comerciantes para solventar sus conflictos derivados de transacciones en línea (art 5.2 Reglamento). Los mercados en línea de la UE, los comerciantes que celebren contratos de compraventa en línea, las entidades ADR, los centros de la Red de Centros Europeos del Consumidor, las autoridades competentes y las asociaciones de consumidores y empresariales deben facilitar el acceso a esta plataforma (art. 14 Reglamento) (23). Corresponde a la plataforma, además de facilitar información sobre la resolución alternativa de conflictos y las entidades de resolución que cumplen los requisitos de calidad de la Directiva, ofrecer al reclamante un formulario electrónico de reclamación; informar de esta reclamación a la parte reclamada; determinar la entidad de resolución alternativa competente y transmitirle la reclamación; brindar gratuitamente un sistema electrónico de tramitación en línea y la traducción de la información necesaria para la resolución del conflicto que se intercambia a través de la plataforma, y presentar un sistema de comentarios que permita a las partes exponer su opinión sobre el funcionamiento de la propia plataforma y de la entidad de resolución alternativa que ha conocido del asunto (art. 5.4 Reglamento).

### **III. Análisis de los parámetros empleados para garantizar la calidad del sistema**

#### **III.1. Objetivo y pautas al efecto**

La Directiva 2013/11/UE establece requisitos de calidad armonizados para las entidades y los procedimientos de resolución alternativa, para asegurar que, con su aplicación, los consumidores tengan acceso a unos mecanismos extrajurisdiccionales de calidad, independientemente del lugar en que residan en la UE (art. 2.3 Directiva). Estos requerimientos, con clara influencia de las Recomendaciones de la Comisión de 1998 y 2001 mentadas, se ordenan en su Capítulo II, donde se regulan el acceso a entidades y procedimientos de resolución alternativa (art. 5), los conocimientos especializados, la independencia e imparcialidad de las personas físicas encargadas de la resolución extrajurisdiccional (art. 6), el principio de transparencia de las entidades de resolución alternativa (art. 7), la equidad del procedimiento como derecho de las partes (art. 9), el principio de libertad (art. 10), el principio de legalidad (art. 11) y el efecto de los procedimientos extrajurisdiccionales en los plazos de caducidad y prescripción judicial (art. 12). Sin perjuicio de identificar todos ellos, a juicio de las instituciones europeas, como criterios representativos de la calidad de los mecanismos extrajurisdic-

---

(23) A ella se puede acceder, en particular, por el portal «Tu Europa», que, creado de conformidad con el anexo II de la Decisión 2004/387/CE, ofrece a las empresas y ciudadanos de la UE acceso a información en línea y servicios interactivos multilingües paneuropeos.

cionales, nosotros, en nuestra intención de realizar una lectura crítica del sistema configurado, vamos a analizar su ordenación siguiendo una sistemática propia, que atiende a los elementos principales de cualquier técnica privada: (1) su fundamento, (2) la entidad que lo gestiona, (3) el órgano encargado de ayudar a las partes a buscar una solución a su conflicto (*third neutral*), (4) los derechos de las partes en relación al mecanismo, (5) la tramitación de éste y, por último, (6) su relación con la vía jurisdiccional. Nos tenemos que fijar en estos elementos porque todos ellos se tienen que tener en cuenta para que un mecanismo extrajudicial sea realmente eficaz y de calidad (24). Por tanto, su análisis nos permitirá concluir si el sistema extrajudicial de resolución del conflicto de consumo articulado por la UE es de calidad o eficaz, en su caso.

### III.2. El fundamento de los mecanismos extrajudiciales

El método para resolver el conflicto, en las técnicas extrajudiciales, se basa en la cooperación entre las partes, huyendo del espíritu adversativo que guía la vía jurisdiccional. Para ello, con el auxilio de un tercero, mediante el diálogo, las partes descubren las causas de sus conflictos, transformándolos en resultados positivos y evitando futuros. Luego, la puerta de entrada a esta metodología es la autonomía de la voluntad de las partes: éstas, voluntariamente, han de optar por renunciar a la vía jurisdiccional y acudir a un mecanismo ADR (25). Nos encontramos aquí con el primer elemento para valorar la calidad de los mecanismos extrajudiciales: sólo la libertad de las partes es su fuente y justificación. En este sentido, en el sistema extrajudicial configurado por la UE se exige a los Estados que velen por que el acuerdo entre consumidor y comerciante, para someter un conflicto a una entidad de resolución alternativa, no sea vinculante, para el primero, cuando se haga antes de que surja el conflicto y tenga por efecto privar a aquél de su derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales. Igualmente, en aquellos procedimientos que resuelven conflictos mediante la imposición de una solución (típicamente, el arbitraje), se requiere que se informe a las partes (consumidor y comerciante) de este carácter vinculante y que lo acepten expresamente. No obstante, la Directiva no exige, en este último caso, la aceptación del comerciante cuando las soluciones resulten vinculantes para éste conforme a la normativa nacional (26). Igualmente, en estos mecanismos que imponen una solución, a la luz de lo que se denomina el principio de legalidad (art. 11 Directiva),

---

(24) Al respecto, conviene recordar que en la génesis del movimiento ADR, en general, y de las técnicas extrajudiciales, en particular, está la solución eficaz o de calidad de los conflictos. Lo explicamos, ORDEÑANA GEZURAGA, I.: *Análisis crítico del arbitraje laboral y su entorno en el ordenamiento jurídico español*, Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, pp. 30-31.

(25) Es lo que en inglés se viene denominando «consensus decision making». En este sentido, por todos, BERZON, M.: «Settling disputes, without boxing gloves», *American Shipper*, núm. diciembre 1995 y TURNER, RACHEL I.: «Alternative Dispute Resolution in Cyberspace: there is more on the line, than just getting "Online"» *ILSA Journal of International & Comparative Law*, vol. 7, 2000.

(26) Es el contenido del art. 10 Directiva, que se identifica como principio de libertad. Ello sin perjuicio de que también se reconozca, al comerciante, con carácter general, la libertad de acudir a mecanismos extrajudiciales y de optar por aquéllos cuyo resultado es vinculante, pues éste también está protegido por el derecho a la tutela judicial efectiva (considerando 49 Directiva).

se protege especialmente al consumidor, impidiendo que la solución impuesta por un tercero (normalmente, el árbitro) prive a aquél de la protección prevista en normas imperativas (27). Por último, a la sombra de lo que el art. 9 de la Directiva denomina «equidad», se reconoce a las partes, en los mecanismos que pretenden solventar el conflicto con una propuesta del tercero (típicamente, la mediación), la posibilidad de retirarse del procedimiento, en cualquier momento, «si no están satisfechas con el funcionamiento o la tramitación del procedimiento». Por tanto, y aunque el Reglamento 524/2013 no hace referencia alguna a la libertad como eje fundamental de los mecanismos extrajurisdiccionales, en cuanto éste es complementario de la Directiva, no cabe más que concluir que, respecto a este primer parámetro, el sistema que nos ocupa es de calidad.

### III.3. Las entidades que ofrecen mecanismos extrajurisdiccionales

Como sabemos, son las que ofrecen las técnicas privadas de resolución de conflictos y a las que se aplican los criterios de calidad previstos por el sistema. Concretamente, éste les requiere, en cuanto a su organización, que sean accesibles y transparentes. Al efecto, se exige a los Estados que velen por que aquéllas presenten información clara y fácilmente comprensible sobre ellas, la actividad que desarrollan y la forma en la que la realizan, tanto en su sitio web, como en soporte duradero o cualquier otro medio que consideren adecuado (art. 7 Directiva). En aras a asegurar la accesibilidad, se permite a los Estados la creación de entidades complementarias o acudir a entidades de otros Estados o regionales, transregionales o paneuropeas y se regulan los motivos por los que las entidades se pueden negar a tramitar un conflicto, recogándose expresamente que los umbrales monetarios que establezcan no pueden menoscabar de forma significativa el acceso de los consumidores a los procedimientos extrajurisdiccionales (art. 5 Directiva). Del mismo modo, y en cuanto elemento esencial para hacerse con la confianza de la ciudadanía, deben ser independientes e íntegras (considerando 32 Directiva), tanto ellas mismas, en general, como el tercero encargado de auxiliar a solventar extrajurisdiccionalmente el conflicto, en particular. Se requiere a las entidades que sean, además, rápidas y eficaces. Requisitos, estos últimos, estrechamente relacionados, la Directiva ordena que las entidades deben solventar el conflicto en 90 días, pudiendo prorrogarse este plazo sólo excepcionalmente y previa notificación a las partes (art. 8 e) Directiva, al ordenar el principio de eficacia). Se vincula la eficacia, asimismo, con que el procedimiento de resolución ya exista y sea fácilmente accesible; con la posibilidad de las partes de intervenir en el procedimiento sin asistencia letrada o jurídica, sin perjuicio de que la puedan emplear; con que el procedimiento sea gratuito o tenga un precio simbólico

---

(27) Queda, así, patente la finalidad tuitiva del consumidor del sistema extrajurisdiccional configurado por la UE. La Directiva distingue el supuesto de que exista conflicto de leyes o no. En el segundo caso, la solución impuesta no puede privar al consumidor de la protección que le proporcionan las normas que no pueden excluirse mediante acuerdo conforme a la ley del Estado miembro en el que el consumidor y el comerciante tengan su residencia habitual. En caso de conflicto de leyes, el parámetro para identificar la norma imperativa que protege al consumidor es la aplicación del art. 6 apartados 1 y 2 del Reglamento núm. 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) y el art. 5 apartados 1 a 3 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

para el consumidor; y con que la entidad informe inmediatamente a las partes de la recepción de la reclamación y de los documentos relacionados (art. 8 Directiva). Por último, las entidades deben acatar las normas de secreto profesional y confidencialidad dispuestas por las legislaciones de los Estados miembros en las que están establecidas (art. 17.4 Directiva).

Mirando a sus funciones, les corresponde, en general, garantizar a los consumidores el acceso a unos mecanismos extrajudiciales de alta calidad, transparentes, efectivos y justos, independientemente del lugar de la UE en que residan (art. 2.3 Directiva), asegurándoles el mismo nivel de protección y la igualdad de derechos, tanto en los conflictos nacionales, como transfronterizos (considerando 38 Directiva). En particular, les corresponde informar sobre el servicio que ofrecen y la forma en la que lo hacen (arts. 5.2 y 15 Directiva); nombrar al tercero que auxilia a las partes a resolver su conflicto; cooperar con otras entidades en la resolución de los litigios transfronterizos y realizar intercambios regulares de mejores prácticas en la resolución de conflictos, y presentar informes anuales de actividad, poniéndolos a disposición del público en su sitio web, en soporte duradero o por cualquier otro medio que consideren adecuado.

Luego, a nivel teórico, sus funciones y las características con las que se configuran estas entidades (accesibilidad y transparencia, independencia e integridad, rapidez y eficacia y secreto y confidencialidad), junto al diseño flexible de los procedimientos o mecanismos que ofrecen, avalan un servicio de calidad.

### III.4. El tercero neutral

Todo mecanismo ADR exige la participación de un tercero (*third neutral*) que ayuda a las partes a componer sus diferencias. Este tercero puede ser unipersonal o pluripersonal, exigiéndose, en este último caso, a los Estados que velen por que estén representados, con el mismo número de personas, los intereses de los consumidores y los comerciantes (art. 6.5 Directiva). A nuestro juicio, estamos ante el elemento más importante de cualquier mecanismo extrajudicial. De su habilidad depende el éxito de la técnica y el posible acuerdo que pone fin al conflicto (28) y si se busca la solución independiente, imparcial, transparente, efectiva, rápida y justa del conflicto (en términos del art. 1 Directiva) —en definitiva, calidad y eficacia—, los mismos rasgos deben presentar las personas físicas que integran el órgano auxiliar y su actividad. ¿Qué ordena, al respecto, el sistema configurado por la Directiva y el Reglamento que nos ocupan? La Directiva exige a las personas físicas que integran el órgano ADR que estén en posesión de los conocimientos y las competencias necesarios en el ámbito de la resolución alternativa o judicial de conflictos con consumidores y que tengan un conocimiento general suficiente del Derecho (art. 6.1 a)), dejando en manos de las entidades su formación, y de las autoridades nacionales el seguimiento de los planes, que, al efecto, aquéllas hagan (art. 6.6 Directiva). En cuanto consideramos que la capacidad para gestionar o dirigir un mecanismo ADR es un arte —luego, aunque

---

(28) En otros términos: la técnica privada vale lo que vale el tercero. En este sentido, respecto a la mediación, REDORTA LORENTE, JOSEP: «La mediación en España», en GOTTHEIL, J., SCHIFFRIN, A. (coordinadores): *Mediación: una transformación en la cultura*. Paidós, Buenos Aires, 1996, p. 178.

se puede aprender, se requieren unas habilidades innatas—(29), nos parece suficiente la prescripción del sistema, considerando más importante la adecuada selección, por parte de las entidades de ADR, de las personas encargadas de auxiliar a las partes. Aplaudimos, del mismo modo, la defensa de la independencia e imparcialidad del tercero que realiza el sistema. Consciente de que un mecanismo privado únicamente puede ser de calidad y eficaz bajo la constante y total actuación neutral del tercero (arts. 1 Directiva y Reglamento, y art. 6 Directiva), ordena varios elementos dirigidos a asegurarla : (1) deben ser nombradas para un mandato de duración suficiente para garantizar la independencia de sus actos y no pueden ser relevadas de sus tareas sin causa justificada; (2) no pueden recibir instrucciones de ninguna de las partes ni de sus representantes; (3) deben recibir su retribución de un modo que no guarde relación con el resultado del procedimiento; y (4) deben revelar, sin dilación indebida, a la entidad de resolución alternativa, en su caso, las circunstancias que puedan afectar —o pueda considerarse que afectan— a su independencia o imparcialidad o dan lugar a un conflicto de intereses con cualquiera de las partes del conflicto que deben resolver. Además, cuando las personas físicas encargadas de resolver el conflicto están empleadas o son retribuidas exclusivamente por el comerciante afectado, se prevén mayores garantías para proteger su independencia e imparcialidad (art. 6.3 Directiva). No se duda, por último, de que los funcionarios son representantes imparciales de los intereses, tanto de los consumidores, como de los comerciantes (considerando 24 Directiva). Especialmente alabamos que el sistema no entre a ordenar nada respecto a la actividad del tercero. Es la mayor fortaleza de los mecanismos ADR que el sistema protege.

Por tanto, otra vez, y en plano teórico, mirando a la configuración del *third neutral*, aplaudimos la ordenación del sistema. Garantiza su imparcialidad e independencia y le deja libertad de actuación.

### III.5. Los derechos de los ciudadanos

Sin perjuicio de que el propio sistema extrajudicial reconozca expresamente ser configurado con acatamiento absoluto de los derechos al respeto a la vida privada y familiar, a la protección de datos de carácter personal, a la protección de los consumidores y a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, en su ordenación, identificamos los siguientes: derecho al acceso a los mecanismos extrajudiciales, derecho a la intimidad, confidencialidad y privacidad, derecho a la información, derecho a la gratuidad del procedimiento, derecho a la equidad y derecho a la jurisdicción. Nos referiremos, a este último, en un apartado concreto.

Sucintamente, en relación al derecho al acceso a los mecanismos extrajudiciales, la Directiva exige a los Estados miembros que faciliten el acceso de los consumidores a procedimientos y entidades que cumplan los requisitos de calidad prescritos por ella (art. 5.1 Directiva) y que garanticen una cobertura geográfica y sectorial completa en el acceso a los mecanismos ADR, permitiéndoles que creen nuevas entidades ADR complementarias y/o que acudan a entidades de otros

---

(29) A nuestro favor, KOLB, D. M., *The mediators*, MIT Press, Londres, 1983, p. 3.



Estados miembros o a entidades regionales, transregionales o paneuropeas (art. 5.3 Directiva). Para facilitar la entrada a los mecanismos, se proclama su carácter gratuito o de pago simbólico para el consumidor (arts. 8.c) Directiva y 5.2 Reglamento)(30), y se obliga a informar, al consumidor, al respecto, tanto a los comerciantes (art. 13 Directiva), como a las propias entidades ADR, la Comisión, y las organizaciones de consumidores y de profesionales (art. 15 Directiva). Deben ser de fácil acceso para los consumidores, en general, la plataforma de resolución de conflictos *on line* (art. 5 Reglamento) y, en particular, el formulario de reclamación empleado en aquélla (art. 8.1 Reglamento).

El derecho a la intimidad, confidencialidad y privacidad de los involucrados quedan adecuadamente protegidos en el sistema extrajudicial. Se exige a las entidades que adopten las medidas necesarias para asegurar que el tratamiento de los datos personales cumpla la normativa europea en la materia (art. 5.2 Directiva); se ordena específicamente el tratamiento de datos personales en la plataforma (art. 12 Reglamento), quedando en manos de la Comisión la adopción de medidas adecuadas para garantizar la seguridad de la información tratada en su marco (art. 13.2 Reglamento) y se prevé que los procedimientos son confidenciales, guardándose su privacidad, sin que su contenido pueda ser desvelado en mecanismos posteriores. En el desarrollo, funcionamiento y mantenimiento de la plataforma de resolución de conflictos en línea se velará por el respeto de la intimidad de sus usuarios desde la fase de diseño (art. 5 Reglamento) y los puntos de contacto, que actúan en su marco, deberán guardar el secreto profesional y la confidencialidad (art. 13 Reglamento).

Convirtiendo el derecho a la información del consumidor en uno de los ejes del propio sistema extrajudicial, se atribuyen funciones informativas, en relación a los mecanismos extrajudiciales de calidad que dibuja, a comerciantes, entidades ADR, autoridades competentes, organizaciones de consumidores y profesionales, a la plataforma de resolución de conflictos *on line*, a la Red de puntos de contacto de resolución de conflictos en línea, a la propia Comisión y a los Estados.

Por último, la Directiva, bajo el título de equidad, en su artículo 9, reconoce a las partes una serie de derechos en el procedimiento: a realizar alegaciones tras conocer toda la argumentación de la otra parte; a actuar con letrado o asesor jurídico, sin que sea obligatorio; a que se les notifique el resultado último del procedimiento por escrito razonado; y, por último, en los mecanismos en los que se les propone una solución, a retirarse del mismo si no están satisfechas con el funcionamiento o tramitación del procedimiento y a que se les informe sobre la posibilidad de no aceptar la solución propuesta, de que pueden acudir a un órgano judicial, donde la solución podría ser distinta, y del efecto jurídico de aceptar o no la propuesta.

Constatado de que se facilita a los ciudadanos el acceso a los mecanismos (carácter gratuito, información), y su actuación en los mismos (intimidad, confidencialidad y privacidad, equidad), pendiente de analizar la vital relación de los mecanismos extrajudiciales con la jurisdicción, una vez más, a nivel teórico, cabe inferir un servicio que respeta a sus usuarios y les ofrece una atención de calidad.

---

(30) Luego, podemos proclamar el reconocimiento del derecho a la gratuidad de los mecanismos ADR.

### III.6 El procedimiento de resolución alternativa

El sistema extrajurisdiccional articulado por la UE para solventar el conflicto de consumo no define ni describe los mecanismos concretos que lo integran, ni su tramitación concreta. Se limita, siguiendo el precedente de las Recomendaciones 98/257/CE y 2001/310/CE de la Comisión mentadas, a establecer unos mínimos dirigidos a garantizar la calidad y la eficacia del procedimiento, al tiempo que se amparan los derechos de las partes en conflicto (especialmente, del consumidor). Concretamente, se exige que los procedimientos sean independientes, imparciales, transparentes, de fácil acceso, efectivos, rápidos, justos y de alta calidad (arts. 1 y 2.3 Directiva), en cuanto forma de suscitar la confianza de las partes. La independencia e imparcialidad se vinculan con la actuación de la entidad de ADR, en general, y con la del tercero del procedimiento, en particular (art. 6 Directiva); la accesibilidad y la transparencia, por su parte, se casan con la información ofrecida a las partes. La eficacia del procedimiento —ordenada específicamente en el art. 8 de la Directiva— conlleva 4 exigencias: (1) que éste exista con anterioridad a que se plantee el conflicto y que sea fácilmente accesible, tanto en línea como no, para ambas partes, independientemente del lugar donde se encuentren; (2) que las partes puedan utilizar asistencia letrada o asesoramiento jurídico, en cualquier fase del procedimiento, sin perjuicio de que su intervención no sea preceptiva; (3) que sea gratuito o de precio simbólico para los consumidores; (4) que la entidad informe a las partes inmediatamente de la reclamación que recibe y de los documentos atinentes a ella; y (5) que se resuelva la disputa en 90 días naturales contados desde la fecha en la que la entidad de ADR recibe el expediente completo de reclamación, con posibilidad de prórroga, previa información a las partes, en caso de conflictos particularmente complejos. Además, como acabamos de apuntar, las entidades y los procedimientos que aquéllas ofrecen deben respetar la intimidad, confidencialidad, privacidad de las partes y garantizarles los derechos que, con el nombre genérico de equidad (art. 9), les reconoce el sistema.

Concluyendo, la ordenación de la tramitación de los mecanismos que realiza el sistema extrajurisdiccional vela por la flexibilidad e informalidad de éstos sin rebajar un ápice los derechos de los consumidores. Otra fortaleza del sistema.

### III.7. Los mecanismos extrajurisdiccionales y la vía jurisdiccional

Es incuestionable que el derecho a la tutela judicial efectiva —constitucionalizado en todos los países miembros de la UE y en el art. 47 de su Carta de los Derechos Fundamentales(31)— es un derecho fundamental de todos los ciudadanos, al que sólo se puede renunciar voluntariamente y parcialmente. En plena sintonía, y con total acierto, el sistema extrajurisdiccional parte de que los procedimientos privados no se pueden concebir como sustitutivo del proceso judicial, sin que se pueda privar a los

---

(31) Lo analiza exhaustivamente, ESPARZA LEIBAR, I.: «Artículo 47: el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial o el proceso debido como garantía de los derechos de los ciudadanos y de la viabilidad de la Unión Europea», en ORDEÑANA GEZURAGA, I. (director), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2014, pp. 831-843.

consumidores y comerciantes de su derecho a acudir a los jueces a resolver sus conflictos (considerando 45 Directiva). Por ello, no se admite el acuerdo entre consumidor y comerciante para someter un conflicto a una entidad si se ha celebrado, antes de su surgimiento, con efecto de privar al consumidor de su derecho a acudir a los órganos jurisdiccionales para su resolución (considerando 43 y art. 10.1 Directiva —bajo la denominación «principio de libertad»— y considerando 26 Reglamento) y se exige que los Estados miembros velen por que los plazos de caducidad y prescripción no venzan durante la tramitación de los procedimientos extrajudiciales cuyo resultado no sea vinculante (art. 12 Directiva).

Por lo demás, el sistema extrajudicial configurado por la UE para solventar el conflicto de consumo, que deja fuera de su ámbito los intentos realizados por un juez para solucionar una disputa en el marco de un proceso judicial (art. 2 f) Directiva), es consciente de que determinados conflictos, por su complejidad, se solventan mejor en la vía jurisdiccional que en la extrajudicial, reconociendo la posibilidad de las entidades de establecer normas de procedimiento que les permitan negarse a tramitar un conflicto, también transfronterizo (art. 5.4 c) Directiva). Igualmente, se reconoce que las soluciones que ofrecen los mecanismos ADR pueden divergir de los que ofrece la jurisdicción, exigiendo que se informe de ello a los consumidores (art. 9.2 b) Directiva). Por último, el sistema es consciente de que su desarrollo y adecuado funcionamiento va a coadyuvar a mejorar el funcionamiento de la vía jurisdiccional, al contribuir a aliviar su congestión, ayudando, al tiempo, a garantizar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos (considerando 15 Directiva) (32).

#### IV. Conclusión

La lectura crítica del sistema extrajudicial para la resolución del conflicto de consumo que configuran la Directiva 2013/11/UE y el Reglamento 524/2013 demuestra que, efectivamente, y a nivel teórico —habrá que ver cómo se desarrolla, en la práctica— aporta un resultado general satisfactorio: respetándose los elementos mínimos o esenciales que deben caracterizar un mecanismo ADR (fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes; gestión por parte de entidades accesibles, transparentes, independientes, rápidas y eficaces; la intervención de un tercero con habilidades e independiente; el respeto de los derechos del consumidor en una tramitación flexible e informal, y del derecho a la tutela judicial efectiva), se ofrece un servicio eficiente y de calidad, garantizando el acceso de los ciudadanos a la justicia. Especialmente plausible es el afán o deseo del sistema de mejora y evaluación continua, que permite augurar que los defectos que aparezcan, en la práctica, podrán ir corrigiéndose paulatinamente.

---

(32) Tratamos, en general, la relación de la vía jurisdiccional con los mecanismos extrajudiciales, mostrando nuestra apuesta de reforzar los segundos bajo el control y garantía del primero, contribuyendo todo ello a mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia, en ORDEÑANA GEZURAGA, I.: «La historia de un querer y no poder, o sobre la relación del arbitraje de consumo con la jurisdicción», MINTEGÚA ARREGUI, I. (editor), *Derechos humanos en la ciudad*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2009, pp. 203-227. También, ORDEÑANA GEZURAGA, I.: «Nuevos tiempos, garantías tradicionales, o sobre cómo la jurisdicción convierte el arbitraje de consumo electrónico en una vía eficaz para solventar el conflicto de consumo», HERRÁN, A. I., EMALDI, A., ENCISO, M. (editores), *Derecho y nuevas tecnologías*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2010, pp. 1-15.

A nivel teórico, tras el análisis detallado de su regulación, únicamente advertimos tres taras en el sistema: el distinto ámbito de aplicación de la Directiva y el Reglamento, lo que puede dar lugar a divergencias en la práctica; la concepción restringida del ODR, limitándolo al tráfico jurídico *on line*, y que se deje en manos de las autoridades nacionales el reconocimiento de las entidades que cumplen los requisitos para integrar la lista de entidades ADR que prevé la Directiva, pues los distintos Estados pueden aplicar los diferentes criterios de manera heterogénea, por lo que entenderíamos más oportuno que esta tarea correspondiera a un único órgano a nivel de la UE (¿por qué no la propia Comisión?).

Trabajo recibido el 8 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Europar Batasunean kontsumo-gatazkak konpontzeko jurisdikziotik kanpoko sistemaren osagai nagusiak deskribatu ondoren, sistema horren azterketa kritikoa egingen da lan honetan (hauek dira sistema horren araubidearen osagaiak: 2013/11/UE Zuzentarra eta UE 524/2013 Erregelamendua). Horretarako, jurisdikziotik kanpoko mekanismoen berezko helburua kalitatea eta eraginkortasuna direla abiapuntu hartuta, haien elementuei buruzko arauak aztertzen dira, antolamendu berriari dagokionean.

**HITZ GAKOAK:** Kontsumo-gatazka. Jurisdikziotik kanpoko konponketa. Sistema. Kalitatea. Eraginkortasuna.

**RESUMEN:** Tras describir sus componentes principales, el estudio realiza un análisis crítico del sistema extrajurisdiccional de resolución del conflicto de consumo en la Unión Europea configurado por la Directiva 2013/11/UE y por el Reglamento UE 524/2013. Para ello, partiendo de que los mecanismos extrajurisdiccionales persiguen de por sí la calidad y la eficacia, se analiza la regulación de sus distintos elementos en la nueva ordenación.

**PALABRAS CLAVE:** Conflicto de consumo. Solución extrajurisdiccional. Sistema. Calidad. Eficacia.

**ABSTRACT:** After describing its main components, a critical analysis on extra-jurisdictional consumer dispute resolution system in the European Union provided by Directive 2013/11/UE and Regulation EU 524/2013 is made. In order to achieve this aim, assuming that extra-jurisdictional mechanisms themselves pursue quality and efficiency, their different elements are analyzed in the new regulation.

**KEYWORDS:** Consumer dispute. Extra-jurisdictional resolution. System. Quality. Effectiveness.



# Procedimientos tributarios: cuestiones polémicas (1)

Aitor Orena Domínguez

**Sumario:** I. Introducción.—II. El procedimiento inspector: límites temporales.—III. Cuestiones problemáticas respecto a las dilaciones imputables al obligado tributario. III.1. Para que pueda imputarse una dilación se ha de haber fijado un plazo de comparencia y aportación de documentos. III.2. La no entrega o el retraso en la aportación de toda la «documentación» no constituye dilación. III.3. Las dilaciones y el tiempo que transcurren entre la firma del acta y el acuerdo de liquidación. III.4 No es posible imputar dilaciones al inspeccionado si no se le sanciona por entorpecer o dilatar las actuaciones inspectoras. III.5 El plazo de las actuaciones inspectoras cuando se ordena la retroacción.—IV. Facultades del inspector jefe en las actas de disconformidad.—V. Infracciones y sanciones: algunas cuestiones polémicas resueltas por la jurisprudencia. V.1. El encaje de los principios de buena fe, confianza legítima, seguridad jurídica en el ámbito sancionador tributario. V.2. Sanciones en base a presunciones. V.3. La suspensión de la ejecutividad de las sanciones tributarias en la vía Económico-Administrativa (STS 15-1-2013) la preclusividad del artículo 140 de la Ley General Tributaria.

## I. Introducción

En las siguientes líneas hemos pretendido poner de manifiesto algunas de las cuestiones problemáticas que podemos encontrarnos al analizar la jurisprudencia relativa a algunos aspectos de los procedimientos tributarios, pasando por el procedimiento de comprobación e investigación, las infracciones tributarias y la preclusividad de determinados procedimientos.

## II. El procedimiento inspector: límites temporales

Cuando cualquier obligado tributario, bien persona física o jurídica, recibe una notificación por parte de los órganos de Inspección, por medio de la cual se comunica el

---

(1) Este trabajo se enmarca en los proyectos de investigación titulados «*Tributación de las actividades económicas en el País Vasco: la incidencia del Derecho Comunitario*», IT604-13 del Gobierno Vasco, «*La coordinación fiscal desde la perspectiva del ordenamiento foral del País Vasco*» Código DER-2012-39342-CO-02., del Ministerio de Economía y Competitividad y en la Unidad de Formación de Investigación (UFI), código de registro: UFI11/05, de la Universidad del País Vasco.

inicio de actuaciones de comprobación e investigación, la primera cosa que se pregunta es si los períodos inspeccionados han prescrito o no.

La prescripción es una figura extintiva de las obligaciones y, por lo que aquí nos interesa, de la obligación tributaria. El transcurso de un tiempo determinado y la falta de actividad del acreedor (Administración Tributaria) producen este efecto extintivo.

Esta figura siempre ha generado una tensión entre el principio de justicia (que exige el cumplimiento de la obligación tributaria por su naturaleza pública y por su vinculación a los intereses generales) y el principio de seguridad jurídica (que justifica que las relaciones jurídicas no se mantengan permanentemente abiertas cuando los interesados no realizan su contenido, determinar y exigir la deuda tributaria).

A estos efectos conviene recordar que, conforme establece el art. 65 de la Norma Foral 2/2005, de 8 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Gipuzkoa (en adelante NFGT), el plazo de prescripción para determinar, y una vez determinada exigir la deuda tributaria es de cuatro años:

«Artículo 65. Plazos de prescripción.

Prescribirán a los cuatro años los siguientes derechos:

- a) El derecho de la Administración para determinar la deuda tributaria mediante la oportuna liquidación.
- b) El derecho de la Administración para exigir el pago de las deudas tributarias liquidadas y autoliquidadas».

A su vez, los plazos de prescripción pueden interrumpirse, por ejemplo y siguiendo con lo comentado hasta el momento, por el inicio de actuaciones de comprobación e investigación. Así lo establece el art. 67 de la NFGT:

«Artículo 67. Interrupción de los plazos de prescripción.

1. El plazo de prescripción del derecho a que se refiere el párrafo a) del artículo 65 de esta Norma Foral se interrumpe:

- a) Por cualquier acción de la Administración tributaria, realizada con conocimiento formal del obligado tributario, conducente al reconocimiento, regularización, comprobación, inspección, aseguramiento o liquidación de todos o parte de los elementos de la obligación tributaria que proceda, aunque la acción se dirija inicialmente a una obligación tributaria distinta como consecuencia de la incorrecta declaración del obligado tributario».

Una vez aclarado que la Administración Tributaria tiene un plazo de cuatro años para determinar la deuda tributaria, si dentro de dicho período se interrumpe la misma, la segunda cuestión que se plantea es la del plazo en el que debe finalizar el procedimiento de comprobación e investigación. El plazo máximo en el que debe finalizar este procedimiento es el de doce meses, pudiendo ampliarse en otros doce meses cuando concurren determinados requisitos:

«Artículo 147. Plazo máximo del procedimiento de comprobación e investigación.



1. Las actuaciones del procedimiento de comprobación e investigación deberán concluir en el plazo de doce meses contado desde la fecha de notificación al obligado tributario del inicio del mismo.

...

No obstante, podrá ampliarse dicho plazo, con el alcance y requisitos que reglamentariamente se determinen, por otro período que no podrá exceder de doce meses».

¿Pero qué sucede si el procedimiento no finaliza en dicho plazo? Si el procedimiento no finaliza en dicho plazo, el procedimiento no caduca, debe continuar hasta su terminación, pero tiene dos importantes consecuencias: la prescripción no se considerará interrumpida y los ingresos realizados desde el inicio del procedimiento serán considerados como espontáneos, lo que supone que no conllevarán sanción alguna. Así lo viene a establecer el art. 147.2 de la NFGT:

«2. La interrupción injustificada del procedimiento de comprobación e investigación por no realizar actuación alguna durante más de seis meses por causas no imputables al obligado tributario o el incumplimiento del plazo de duración del procedimiento al que se refiere el apartado 1 de este artículo no determinarán la caducidad del procedimiento, que continuará hasta su terminación, pero producirán los siguientes efectos respecto a las obligaciones tributarias pendientes de liquidar:

a) No se considerará interrumpida la prescripción como consecuencia de las actuaciones inspectoras desarrolladas hasta la interrupción injustificada o durante el plazo señalado en el apartado 1 de este artículo.

...

b) Los ingresos realizados desde el inicio del procedimiento hasta la reanudación de las actuaciones, que hayan sido imputados por el obligado tributario al tributo y período objeto de las actuaciones inspectoras tendrán el carácter de espontáneos a los efectos del Artículo 27 de esta Norma Foral».

Dicho esto, una de las cuestiones más controvertidas y que más discusión provoca en los Tribunales (tanto económico-administrativos como contencioso-administrativo) son las dilaciones imputables al obligado tributario, en cuanto que las mismas no se incluirán en el cómputo del plazo de resolución. Así lo establece el art. 100 de la NFGT:

«Artículo 100. Plazos de resolución y efectos de la falta de resolución expresa.

...

Los períodos de interrupción justificada que se especifiquen reglamentariamente y las dilaciones en el procedimiento por causa no imputable a la Administración tributaria no se incluirán en el cómputo del plazo de resolución».

A estos efectos, el art. 100.4 de la NFGT define las dilaciones imputables al obligado tributario, siendo la esencia de las mismas el retraso que provoca el obligado tributario con su comportamiento:

«4. A su vez, se considerarán dilaciones imputables al propio obligado tributario el retraso por parte de éste en la cumplimentación de las solicitudes de información, requerimientos o comparecencias formuladas o solicitadas por la Administración tributaria dentro del ámbito de sus competencias, así como el aplazamiento o retraso de las actuaciones solicitado por el propio contribuyente en los casos que se considere procedente. Las solicitudes que no figuren íntegramente cumplimentadas, no se tendrán por recibidas a efectos de este cómputo hasta que no se cumplimenten debidamente, lo que se advertirá al interesado. A efectos de dicho cómputo, el retraso debido a dilaciones imputadas al contribuyente se contará por días naturales».

### **III. Cuestiones problemáticas respecto a las dilaciones imputables al obligado tributario**

Una vez definidos los límites temporales en los que los órganos de Inspección han de desempeñar sus funciones, pasamos a analizar unos supuestos concretos analizados por la jurisprudencia.

#### **III.1. Para que pueda imputarse una dilación se ha de haber fijado un plazo de comparencia y aportación de documentos**

La jurisprudencia es unánime cuando establece que no es posible considerar imputar a un obligado tributario una dilación por no aportación de documentos, cuando sin embargo no se había fijado un plazo concreto y determinado para realizar la aportación. A modo de ejemplo:

«La concesión de un plazo ha sido considerada como esencial por la Jurisprudencia de esta Sala.

Así en la sentencia de 24 de Noviembre de 2011 , dijimos que :

“En efecto, el artículo 36.4 del Real Decreto 939/1986 , por el que se aprobó el Reglamento General de Inspección, dispone que «Cuando la Inspección requiera al obligado tributario para que aporte datos, informes y otros antecedentes que no resulten de la documentación que ha de hallarse a disposición de aquella ni de los justificantes de los hechos o circunstancias, consignados en sus declaraciones, se les concederá un plazo no inferior a diez días para cumplir con su deber de colaboración.»

Por tanto, existe una norma de cuyo tenor literal se deduce que cuando la Inspección requiere la presentación de datos, informes u otros antecedentes, ha de conceder un plazo, siempre no inferior a diez días, para su cumplimentación, de tal forma que la inobservancia de este de-

ber como ha sucedido en el caso de autos, impide a la Administración beneficiarse de una indeterminación creada por ella y achacar al inspeccionado el incumplimiento de un plazo que no ha sido determinado, sin que el defecto expresado pueda subsanarse computando un plazo de quince días siguientes a la solicitud de la Inspección.

El artículo 31.bis.2 del Reglamento de Inspección de 1986, incorporado por Real Decreto 136/2000, de 4 de febrero, considera dilaciones imputables al propio obligado tributario, «el retraso por parte de éste en la cumplimentación de las solicitudes de información, requerimientos o comparecencias formuladas o solicitadas por la inspección», pero el más elemental de los razonamientos exige que aquél solo pueda afirmarse a partir de la fijación de un plazo concreto. Dicho de otro modo, si retrasar (se) es «diferir o suspender la ejecución de algo», es claro que dicho efecto solo puede ser computado a partir del señalamiento de un momento determinado para llevar a cabo dicha ejecución.

En fin, el argumento opuesto por la Administración es contrario también al hecho que el Reglamento fija el plazo de diez días como mínimo, a lo que ha de añadirse que si lo aceptáramos, habría que admitir también que no habiendo señalado término para cumplir la más compleja de las solicitudes formuladas por la Inspección, se aplicaría el indicado de 10 días, lo que supondría una violación del principio de proporcionalidad”.

Esta doctrina aparece reiterada en las sentencias de 21 de Septiembre de 2012, cas. 3077/2009 y de 8 de Octubre de 2012, cas. 5114/2011.» (STS 13-2-2014 rec. 4884/2011).

### **III.2. La no entrega o el retraso en la aportación de toda la «documentación» no constituye dilación**

La Inspección de los Tributos puede desempeñar actuaciones de comprobación e investigación mediante el examen de determinado «material» relacionado con las obligaciones tributarias (art. 136 de la NFGT):

«Artículo 136. Facultades de la inspección de los tributos. 1. Las actuaciones inspectoras se realizarán mediante el examen de documentos, libros, contabilidad principal y auxiliar, ficheros, facturas, justificantes, correspondencia con transcendencia tributaria, bases de datos informatizadas, programas, registros y archivos informáticos relativos a actividades económicas, así como mediante la inspección de bienes, elementos, explotaciones y cualquier otro antecedente o información que deba facilitarse a la Administración o que sea necesario para la exigencia de las obligaciones tributarias».

Si ante un requerimiento de este «material» por parte de la Inspección, el obligado tributario no lo aporta o lo hace con retraso, el tiempo transcurrido puede considerarse como dilación indebida imputable al mismo:

«... se consideran dilaciones imputables al obligado tributario el retraso por parte de éste en la cumplimentación de las solicitudes de información, requerimientos o comparecencias formuladas o solicitadas por la Administración tributaria dentro del ámbito de sus competencias, así como el aplazamiento o retraso de las actuaciones solicitadas por el propio contribuyente en los casos que se considere procedente» (art. 100.4 de la NFGT).

Ahora bien, la AN establece que no cabe apreciar dilación cuando lo solicitado por la inspección sean resúmenes, cuadros ... información que puede disponer, por ejemplo, de la contabilidad ya aportada:

«En la primera dilación, se imputan al contribuyente noventa y ocho días, que transcurren entre la primera visita de inspección y el 23 de octubre de 2007. Según consta en el procedimiento, el actor aportó el 26 de septiembre de 2007 una más que voluminosa cantidad de documentación, concretamente toda la requerida salvo las "hojas que recojan el cuadro del volumen de ingresos en el impuesto sobre sociedades con la base imponible del impuesto sobre el valor añadido". Se trata, propiamente, no de documentos que la Inspección no conoce, sino de datos que cabe entender incluidos en la contabilidad ya aportada y que más que el deber de dar (la documentación o información precisada), entrañan una onerosa e inexigible obligación de hacer (confeccionar, a interés y conveniencia de la Administración, una especie de resumen de datos dispersos, cuya reunión incumbe a la Inspección como parte integrante de su labor genuinamente inspectora). Lo cierto es que no resulta legalmente exigible al contribuyente la confección de esa especie de cuadro que concilie unos datos con otros, pues ni siquiera el actuario señaló que faltara una u otra documentación relativa a los ingresos del contribuyente. Basta con afirmar que la parte actora presentó toda la ingente documentación requerida el 26 de septiembre de 2007, salvo esa especie de conciliación de datos que excedía, con mucho, su deber de colaboración. Ha de descontarse de este período de dilaciones, por tanto, el lapso que media entre el 26 de septiembre de 2007 (fecha en la que se aporta la documentación requerida por el actuario) y el 23 de octubre de 2007 (fecha de la diligencia en la que consta la entrega de ese "cuadro" de ingresos), esto es, veintisiete días, que no resultan imputables al contribuyente». (SAN 22-5-2014 Rec. 246/2011).

### **III.3. Las dilaciones y el tiempo que transcurren entre la firma del acta y el acuerdo de liquidación**

Si bien suele ser habitual que las dilaciones o el retraso se imputen al obligado tributario, en ocasiones nos podemos encontrar situaciones en las que la falta de finalización del procedimiento inspector, y de la notificación del Acto de Liquidación, no se

han producido en el plazo de 12 meses y que no sea consecuencia única y exclusivamente de la conducta del inspeccionado. Es decir, situaciones en las que las actuaciones inspectoras hayan sobrepasado dicho plazo, que existan actuaciones dilatorias imputables al inspeccionado pero también con unas dilaciones no imputables a él y sí a la propia Administración Tributaria.

Es abundante la jurisprudencia que viene a establecer que a la hora de determinar si las actuaciones inspectoras han finalizado o no en el plazo legalmente previsto, tienen en cuenta no solo las actuaciones del inspeccionado, sino también las propias de la Administración tributaria, en cuanto que más de una vez, su forma de proceder contribuye a que no hayan finalizado en el plazo de doce meses. Esta conducta de la Administración también está siendo «sancionada» por los Tribunales.

Así, la SAN de 21 de noviembre de 2013 (rec. 394/2010), analiza el supuesto en el que si bien se han apreciado dilaciones imputables al inspeccionado, éstas se han producido antes de la firma del Acta, firma que tuvo lugar antes de la finalización del plazo de 12 meses, siendo lo llamativo que entre la firma del Acta y el Acto de Liquidación transcurrieran 5 meses, por lo que, con buen criterio, la AN entiende que no es imputable a la inspeccionada el exceso en el transcurso del plazo de duración del procedimiento inspector.

«En atención a la doctrina que se ha expuesto, llama la atención de la Sala que, la supuesta dilación atribuida a la parte actora, está constituida por 113 días, entre el 29 de julio de 2008 y el 13 de noviembre de 2008, periodo que transcurre íntegramente con anterioridad a la firma del acta de disconformidad que tuvo lugar el 29 de enero de 2009. Es decir que el procedimiento de comprobación, aún cuando finaliza formalmente con la notificación del acuerdo de liquidación, la realidad es que materialmente todas las Diligencias tuvieron lugar con antelación al 29 de enero de 2009, fecha en que se firmó el acta de disconformidad, por lo que no acierta la Sala a entender en qué medida la existencia de las dilaciones puede computarse a los efectos de duración del plazo, pues parece obvio, que si el 29 de enero de 2009, se firma el acta, es decir antes de que se hubiera finalizado el plazo de doce meses legalmente establecido de duración del procedimiento, que se inició el 12 de marzo de 2008, no cabe imputarle a la actora esas supuestas dilaciones de 113 días, por cuanto no han obstaculizado ni en ningún modo contribuyeron a la imposibilidad de continuar con normalidad el desarrollo de la actividad inspectora, según exige el Tribunal Supremo, pues dicha actividad ya había concluido el 29 de enero de 2009, momento en que se firma el acta, siendo sorprendente, que no es hasta el 29 de junio de 2009 ( 5 meses después) cuando se dicta el Acuerdo de liquidación por el Inspector Regional, que se notifica el siguiente 2 de julio.

Considera la Sala, por tanto, que el exceso en la duración del procedimiento en el caso que se enjuicia, no puede imputarse a la actora, sino que es debido a la tardanza en cinco meses en dictarse el Acuerdo de liquidación, por lo que, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo citada, hemos de concluir que no concurre en el presente supuesto el elemento teleológico, que, según el Alto Tribunal necesariamente debe integrar el

concepto de “dilación imputable”, ya que no se ha producido ningún impedimento a la Inspección para continuar con normalidad el desarrollo de su tarea, sino que, por el contrario, aún existiendo tales dilaciones, el procedimiento continuó y de hecho se firmaron las actas antes de que transcurriera el plazo de doce meses, ya que en la fecha de la firma, 29 de enero de 2009, aún faltaba un mes y medio para que se cumplieran los doce meses legalmente establecidos para la finalización de dicho procedimiento».

### **III.4. No es posible imputar dilaciones al inspeccionado si no se le sanciona por entorpecer o dilatar las actuaciones inspectoras**

Tal y como se va a analizar, el entorpecimiento o retraso del procedimiento de comprobación e investigación por parte del obligado tributario, puede tener dos tipos de consecuencias: por un lado, considerar su comportamiento como una dilación e imputársela, y por otro lado, considerar su comportamiento una infracción tributaria.

Concretamente, la infracción tributaria sería la prevista en el art. 208 de la NFGT:

«Artículo 208. Infracción tributaria por resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria.

1. Constituye infracción tributaria la resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria.

Se entiende producida esta circunstancia cuando el sujeto infractor, debidamente notificado al efecto, haya realizado actuaciones tendentes a dilatar, entorpecer o impedir las actuaciones de la Administración tributaria en relación con el cumplimiento de sus obligaciones.

Entre otras, constituyen resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria las siguientes conductas:

a) No facilitar el examen de documentos, informes, antecedentes, libros, registros, ficheros, facturas, justificantes y asientos de contabilidad principal o auxiliar, programas y archivos informáticos, sistemas operativos y de control y cualquier otro dato con trascendencia tributaria.

b) No atender algún requerimiento debidamente notificado.

c) La incomparecencia, salvo causa justificada, en el lugar y tiempo que se hubiera señalado.

...».

Teniendo en cuenta estas dos posibles consecuencias, se ha cuestionado la posible correlación que puede existir entre ellas, al efecto de determinar si pueden ser apreciadas o no de forma independiente.

Al respecto ha de señalarse que no toda superación del plazo con que cuenta el obligado tributario para facilitar, en el curso de un procedimiento de comprobación o investigación, da lugar por sí sola y al margen de una evaluación de las circunstancias concurrentes, a la existencia de una dilación imputable al administrativo que permita ampliar el límite temporal máximo en el equivalente en días a la expresada tardanza.

Por ello, el TS entiende que no es posible apreciar dilaciones imputables al inspeccionado si su conducta consistente en entorpecer o dilatar las actuaciones inspectoras no ha sido sancionada en el seno de un procedimiento sancionador por la comisión de la infracción tributaria consistente en la resistencia, obstrucción, excusa o negativa a las actuaciones de la Administración tributaria (actual artículo 203 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en adelante LGT; y que coincide con el transcrito art. 208 de la NFGT).

Así lo establece al señalar lo siguiente:

«La jurisprudencia viene entendiendo que el contenido de una actuación dilatoria debe ser contemplado desde la perspectiva de la certeza de producir la dilación y no desde la falta de colaboración obstruccionista del contribuyente para lo que el ordenamiento arbitra medidas singulares como la establecida en el RGIT, artículo 41, cuya rúbrica es "Resistencia a la actuación de la Inspección de los Tributos".

Teniendo la Administración la obligación de sancionar toda conducta del obligado tributario que sea constitutiva de infracción, cuando aquélla no promovió expediente sancionador contra la entidad recurrente por entorpecer o dilatar las actuaciones inspectoras, no cabe más conclusión que admitir que la dilación u obstrucción no han existido, por lo que tampoco la Inspección puede invocarlas para descontarlas del plazo de duración del procedimiento o del de interrupción injustificada».

Según la postura del TS, no sería posible que la misma actitud o conducta del inspeccionado pudiera ser calificada como dilación y sin embargo no diera lugar al inicio de un procedimiento para sancionar la infracción consistente en una conducta del inspeccionado dirigida a entorpecer y dilatar las actuaciones inspectoras, cuando tanto la consideración de la dilación como de la mencionada infracción parten de una misma conducta, es decir, del mismo presupuesto.

Ante esta situación, y a efectos de que las dilaciones no sean imputadas al inspeccionado, corremos el riesgo de que junto con esta imputación, comiencen a ser sancionadas de forma paralela las conductas que dieron lugar a la imputación de la dilación.

Ahora bien, si del examen de la literalidad de la infracción tipificada en el artículo 203 de la LGT (art. 208 de la NFGT) se llega a la conclusión de que es un ilícito que ha de cometerse dolosamente, no sería posible considerar el retraso del inspeccionado como una dilación, en aquellos supuestos en los que el retraso o la tardanza se debieran a conductas no dolosas.

### **III.5. El plazo de las actuaciones inspectoras cuando se ordena la retroacción**

¿Qué sucede si transcurre el plazo de 6 meses del art. 150.5 de la LGT sin que hayan finalizado las actuaciones inspectoras?

Conforme establece el artículo 150.1 de la LGT, «Las actuaciones del procedimiento de inspección deberán concluir en el plazo de 12 meses contado desde la fecha de notificación al obligado tributario del inicio del mismo».

Ante el incumplimiento de dicho plazo, el artículo 150.2 LGT prevé dos consecuencias:

- «a) No se considerará interrumpida la prescripción como consecuencia de las actuaciones inspectoras desarrolladas hasta la interrupción injustificada o durante el plazo señalado en el apartado 1 de este artículo».
- «b) Los ingresos realizados desde el inicio del procedimiento hasta la reanudación de las actuaciones que hayan sido imputados por el obligado tributario al tributo y período objeto de las actuaciones inspectoras tendrán el carácter de espontáneos a los efectos del artículo 27 de esta ley».

En los supuestos en los que una resolución judicial o económico-administrativa ordene la retroacción de las actuaciones inspectoras, «éstas deberán finalizar en el período que reste desde el momento al que se retrotraigan las actuaciones hasta la conclusión del plazo al que se refiere el apartado 1 de este artículo o en seis meses, si aquel período fuera inferior» (art. 150.5 LGT).

La duda surge cuando transcurre el mencionado plazo de seis meses sin que las actuaciones inspectoras hayan finalizado. Al respecto, el TS en su sentencia de 4 de abril de 2013, ha entendido que la ejecución de las actuaciones inspectoras como consecuencia de la retroacción de las mismas ordenadas por resolución judicial o reclamación económico-administrativa, han de calificarse como actuaciones inspectoras y no como meras actuaciones dictadas en ejecución, estando sujetas al plazo de conclusión fijado expresamente en el apartado 1.º del art. 150 y cuyo incumplimiento determina las consecuencias que se indican.

De modo que si las actuaciones inspectoras no finalizasen en el plazo previsto en el art. 150.5 LGT, sería aplicable lo previsto en el art. 150.2 a) LGT: no se tendrían por interrumpidos los plazos de prescripción.

Junto a esto se plantea otro interrogante, ¿qué sucede si la nueva liquidación se dicta dentro del plazo que restaría para liquidar, tomando el plazo de prescripción originario? Es decir, si la nueva liquidación que se ha dictado tras la retroacción de actuaciones se dicta una vez transcurrido el plazo de 6 meses previsto en el art. 150.5 LGT, pero dentro del plazo de prescripción originario. Pues bien, el TS entiende que dicha liquidación no sería válida:

«Lo que no parece razonable es que «la nueva liquidación tardía será válida si se dicta dentro del plazo que restaría para liquidar, tomando el plazo de prescripción originario», cuando no hay ningún precepto en la norma tributaria que nos lleve a adoptar dicha conclusión y que reconozca la aplicación del artículo 150.5 de la LGT y su incumplimiento en el año 2006, por durar el procedimiento más de 6 meses, para determinar las consecuencias del incumplimiento haya de recurrirse a normas derogadas. Si el incumplimiento del plazo máximo para resolver se produjo en 2006 habrá que estar a las consecuencias y períodos de prescripción vigentes en el momento del incumplimiento y la consecuencia no es otra que la prevista en el artículo 150.2 de la LGT y por tanto habría prescrito el derecho de la Administración.

...



*En consecuencia, conforme al artículo 150.2, al no entenderse interrumpidas las actuaciones inspectoras desde la fecha de inicio de las mismas, hasta la fecha en que tiene lugar de nuevo la interrupción, ha transcurrido el plazo de prescripción de cuatro años previsto en el artículo 24 de la Ley 1/98...».*

#### **IV. Facultades del inspector jefe en las actas de disconformidad**

La STS de 31-3-2014 (rec. 3865/2010) analiza las facultades que posee el Inspector Jefe en las actas de disconformidad y diferencia entre completar el expediente de inspección y variación de argumentos jurídicos por el Inspector Jefe, estableciendo que no es necesario completar el expediente cuando aquél practicó la liquidación fundamentándose en la documentación existente en el expediente, variando la argumentación jurídica de la propuesta inspectora, al añadir un nuevo argumento jurídico no apreciado anteriormente.

El contribuyente denunció la infracción del art. 60.4 del RGIT por la incorrecta actuación del Jefe de la Oficina Técnica de Inspección al apartarse del criterio aplicado por la acturía en relación con la deducibilidad de ciertos gastos, añadiendo un nuevo argumento desconocido hasta entonces, la falta de prueba. En su opinión, no puede considerarse ajustada a derecho la actuación de la Oficina Técnica toda vez que si a la vista del acta, del informe y de las alegaciones del interesado, el Inspector Jefe consideró que existía algún elemento o criterio nuevo no contemplado en el expediente, no pudo introducirlo sin más, porque su función no es comprobadora sino meramente liquidadora, y debió de actuar vía artículo 60.4 RGIT, y ordenar devolver el expediente para que fuera completado con las actuaciones que procedan en orden a determinar si verdaderamente se habían aportado tales medios de prueba, dado que el acta nada decía al respecto. Pero al no hacerlo así, habría impedido la correcta defensa de sus derechos.

Conviene recordar lo que establece el art. 60.4 RGIT, según el cual, el Inspector Jefe, a la vista del acta y su informe y de las alegaciones formuladas por el interesado, puede o dictar acto administrativo o acordar que se complete el expediente:

«4. Cuando el acta sea de disconformidad, el Inspector-Jefe, a la vista del acta y su informe y de las alegaciones formuladas, en su caso por el interesado, dictará el acto administrativo que corresponda dentro del mes siguiente al término del plazo para formular alegaciones.

Asimismo, dentro del mismo plazo para resolver, el Inspector-Jefe podrá acordar que se complete el expediente en cualquiera de sus extremos, practicándose por la Inspección las actuaciones que procedan en un plazo no superior a tres meses. En este caso, el acuerdo adoptado se notificará al interesado e interrumpirá el cómputo del plazo para resolver. Terminadas las actuaciones complementarias, se documentarán según proceda a tenor de sus resultados. Si se incoase acta, ésta sustituirá en todos sus extremos a la anteriormente formalizada y se tramitará según proceda; en otro caso, se pondrá de nuevo el expediente completo de manifiesto al interesado por un plazo de quince días, resolviendo el Inspector-Jefe dentro del mes siguiente».

En el caso que recoge la comentada STS, «el acuerdo de liquidación modificó la propuesta de la actuario respecto de los gastos deducibles, añadiendo el argumento de la falta de prueba de algunos gastos cuya deducibilidad no se admite, ya que no se habían devengado en el período en que la entidad los había imputado, dándose la circunstancia de que ni en el Acta ni en el Informe ampliatorio consta que no se acepten los gastos consignados como deducibles por su falta de justificación, o falta de prueba».

En opinión de la STS no era necesario completar el expediente mediante actuaciones complementarias, «pues el Inspector Jefe no apreció insuficiencia de datos o elementos de su decisión, sino que se fundamentó en la documentación aportada al expediente por la actuario y en la propia Acta de disconformidad para dictar resolución definitiva mediante un acto liquidatorio, en el que no alteró los elementos fácticos sino que varió la argumentación jurídica de la propuesta inspectora, añadiendo un nuevo argumento jurídico no apreciado anteriormente, la falta de prueba de la pertinencia de las deducciones practicadas.

Con ello, el Inspector Jefe no decidió usar la facultad de realizar actuaciones complementarias por considerar que la comprobación realizada era completa, contaba con los datos esenciales, procediendo a practicar la correspondiente liquidación con su propia valoración de lo actuado, que de ninguna forma contradice sustancialmente la propuesta de la actuario, eso sí, realiza sus propias consideraciones jurídicas.

No cabe, por tanto, alegar vulneración del art. 60.4 del RGIT, ya que en nada se ha infringido dicho precepto, pues no se ha introducido en el acto liquidatorio concepto impositivo o calificación jurídica alguna distinta de la propuesta por la actuario, sin que sea posible alegar indefensión, toda vez que la recurrente pudo impugnar en debida forma y con las necesarias garantías el acto que puso fin al procedimiento inspector, además de haber podido realizar alegaciones al acta».

## **V. Infracciones y sanciones: algunas cuestiones polémicas resueltas por la jurisprudencia**

A continuación se analizan algunos pronunciamientos jurisprudenciales que versan sobre algunos temas que no han sido del todo pacíficos en la jurisprudencia:

### **V.1. El encaje de los principios de buena fe, confianza legítima, seguridad jurídica en el ámbito sancionador tributario**

No puede considerarse vulneración de los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica por regularizar la Inspección una situación, por el hecho de que no se hubiese practicado la regularización de la situación tributaria en ejercicios tributarios anteriores.

En la STS 22-11-2013 ROJ 5618/2013 se plantea si «existía la infracción de los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica por regularizar la Inspección la situación en 2004 y 2005, a pesar de haber tenido conocimiento durante más de 20 años de la existencia de las dependencias dentro del recinto, y haber considerado correcta la manera de proceder la entidad en cuanto a la determinación del momento del devengo».

«El alcance de este principio fue recordado en la sentencia de 13 de mayo de 2009 (casación 2357/07), reproduciendo lo declarado en la sentencia de 15 de abril de 2002: “El principio de protección a la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales, en nuestro ordenamiento, de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O, dicho en otros términos, la virtualidad del principio que se invoca puede suponer la anulación de un acto de la Administración o el reconocimiento de la obligación de ésta de responder de la alteración (producida sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento (Cfr. SSTs de 10 de mayo, 13 y 24 de julio de 1999 y 4 de junio de 2001). Pero ello en el bien entendido de que, no pueden apreciarse los necesarios presupuestos para la aplicación del principio invocado en la mera expectativa de una invariabilidad de las circunstancias, y que ni el principio de seguridad jurídica ni el de la confianza legítima garantizan que las situaciones de ventaja económica que comportan un enriquecimiento que se estima injusto deban mantenerse irreversibles”.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencias, entre otras, de 16 de mayo 1979, As 84/78; 5 de mayo de 1981, As 112/80, 21 de septiembre de 1983, As. acumulados 205 a 215/82 y 12 de diciembre de 1985, As. 133/84, admite la vulneración de este principio cuando concurren los siguientes requisitos:

En primer lugar, debe existir un acto o un comportamiento de la Administración comunitaria que pueda haber generado la confianza.

En segundo lugar, es preciso que la persona afectada no pueda prever el cambio de la línea de conducta adoptada anteriormente por la Administración comunitaria.

Y, en tercer lugar, es necesario que el interés comunitario perseguido por el acto impugnado no justifique que se perjudique la confianza legítima del interesado. Este último requisito concurre cuando la ponderación de los intereses existentes demuestra que, en las circunstancias del asunto, el interés comunitario no prima sobre el de la persona afectada en que se mantenga una situación que podrá considerarse legítimamente estable.

Pues bien, la situación contemplada en la sentencia de 15 de Abril de 2002, es la que tiene lugar en el presente caso, por lo que el hecho de que no se hubiese practicado la regularización de la situación tributaria a la entidad en ejercicios anteriores, no puede ser causa obstativa a que la Administración cambie su criterio interpretativo, a partir de ese momento, sin perjuicio de la suerte final del acuerdo adoptado».

Tal y como se ha expuesto, el hecho de que la Administración tributaria conozca unos hechos y sin embargo no practique una regularización tributaria, no significa que en un futuro no pueda practicarla. Ello no vulnera los principios de buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica. Sin embargo, ello sí impide que puedan imponerse sanciones pese a que se hayan dejado de ingresar cantidades:

«DÉCIMO. La parte recurrida interesa la inadmisión del motivo por tres razones.

...

En cambio, el motivo de fondo no puede prosperar, toda vez que la Sala tuvo en cuenta la conducta previa de la Administración que durante varios años no había cuestionado la forma de actuar de la entidad, y esta circunstancia fue la que prevaleció para apreciar que no concurría el elemento subjetivo de la infracción, y ello con independencia de que existiese deuda dejada de ingresar».

«NOVENO. La Sala de instancia anuló la sanción en base a la siguiente argumentación:

No obstante lo cual, y siguiendo asimismo sobre las sanciones impuestas el criterio establecido en la repetida Sentencia de fecha 17 de mayo de 2.010 , que se refería al depósito fiscal de Coruña-Llanera [Asturias] —por tener dichas sanciones los mismos fundamentos y concurrir circunstancias prácticamente idénticas al caso actual—, aunque la conducta del obligado tributario, exteriorizada a través de los denominados “TRASLADO A ALMACENES FIS-CON (981)Y TRASLADO A TIENDA CON REF (950)” vino a determinar la regularización de su situación tributaria, al haber dejado de ingresar parte de la deuda tributaria generada con ocasión de esas operaciones, la reprochabilidad de dicha conducta que a título de dolo o culpa le atribuye el órgano sancionador [ art. 183.1, Ley 58/2003 ] no se encuentra acreditada, puesto que la Administración Tributaria tenía conocimiento de la existencia de las dependencias que constituían una alteración de la situación del depósito fiscal con respecto a la que había al tiempo de autorizarse el mismo. Y aunque, como queda dicho, esa circunstancia no determinaba la exclusión de la regularización practicada, sí viene a excluir la culpabilidad del obligado tributario, al no haberse producido hasta entonces la regularización de esa situación y obrar aquel en la creencia de que su conducta se encontraba amparada en el marco normativo del depósito fiscal. Lo que sin entrar en el examen de los restantes motivos de impugnación, conduce a la anulación de los acuerdos sancionadores, debiendo por tanto estimarse también en este punto el recurso».

## V.2. Sanciones en base a presunciones

La presunción es aquella operación lógica por la que se tiene por acreditado un hecho desconocido a partir de otro sobre cuya existencia no existe duda.

La Ley General Tributaria no es ajena a la utilización de las presunciones, y así, la sección 2.ª «Prueba» del Capítulo II «Normas comunes sobre actuaciones y procedimientos tributarios», regula en su artículo 108 las «Presunciones en materia tributaria» como cualquier otro medio de prueba.

Un ejemplo de estas presunciones lo encontramos en el artículo 134 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (RDLeg 4/2004, de 5 de marzo) titulado como «Bienes y derechos no contabilizados o no declarados: presunción de obtención de rentas».

En virtud de la presunción que contiene el mencionado artículo 134, es posible presumir la obtención de rentas cuando concurren determinadas circunstancias. Esto que es aceptado tanto por el legislador como por la jurisprudencia de cara a determinar y exigir la deuda tributaria, no es sin embargo posible de cara a la imposición de sanciones.

Así lo establece la SAN de 13 de diciembre de 2012 (ROJ 5188/2012):

«( ) Hemos señalado, efectivamente, que una presunción legal como la que ha servido de base para la liquidación (aquí, la prevista en el precepto contenido en el artículo 134,4) puede fundamentar la deuda tributaria, ya que la Ley autoriza un desplazamiento de la carga de la prueba hacia el contribuyente y, por tanto, permite que, a los efectos de la regularización, tenga la misma fuerza un hecho plenamente probado que otro establecido por presunción del que cabe, al menos conceptualmente, inferir un elemento de incertidumbre en cuanto a su existencia y plenitud. Sin embargo, debido a esa misma razón, tales presunciones legales son inhábiles para fundar los hechos probados de una infracción, por ser contrarios al derecho constitucional a la presunción de inocencia ( artículo 24 CE ), salvo que los hechos determinantes hubieran sido reforzados dentro del procedimiento sancionador, lo que en este caso no ha ocurrido.

Así, la liquidación determinante, en este asunto, de la sanción, cuya conducta consiste en la omisión de un deber de declaración e ingreso de la deuda tributaria se ampara en la prueba de presunciones que autoriza, a los solos fines del ejercicio de las potestades de determinación de la deuda tributaria, el artículo 108.2 de la Ley General Tributaria de 2003 , a cuyo tenor: «2. Para que las presunciones no establecidas por las normas sean admisibles como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

No hay, es obvio, una prueba plena sobre la inexistencia de la deuda que se dice contraída por la entidad recurrente con sus socios y que dio lugar a las controvertidas cuentas PÉREZ VERA LUIS y LUIS DUERO; pero también ha de reconocerse que tampoco hay prueba fehaciente sobre la existencia de tal deuda que pueda considerarse como prueba plena y absoluta, toda vez que la regularización se ha fundamentado en el empleo de una presunción, que la Ley permite en ciertos casos, como los previstos en el artículo 134.4 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto, que se equipara a la prueba, pero sólo a efectos de exigir la deuda debida, sin que dicha presunción quepa extenderla al ejercicio de la potestad sancionadora, precisamente por la incertidumbre fáctica que

cabe apreciar en la prueba de presunciones, incompatible con la certeza exigible a los hechos para proceder a su sanción.

En otras palabras, esas presunciones son autorizadas por la Ley tributaria para obtener, por deducción o inferencia, el carácter probado de un hecho, esto es, que se tenga por probado o se finja probado un hecho cuando a partir de una serie de indicios o datos, basados en hechos base acreditados, de donde, cuando concurre un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano con el que se trata de demostrar.

Pero tales presunciones, aun siendo admisibles con ciertos límites estructurales a la hora de ejercer las potestades de comprobación y liquidación, no pueden jugar en materia sancionadora, la cual reclama, por traslación de los principios propios del Derecho penal, aplicables al Derecho administrativo sancionador, como una reiterada jurisprudencia ha declarado, la existencia de una prueba de cargo plena, directa y obtenida lícitamente que, por ir más allá de toda duda razonable, sea idónea para enervar el derecho constitucional a la presunción de inocencia, prueba que, huelga recordarlo, no incumbe al contribuyente, como de forma francamente inadecuada parece expresar la resolución sancionadora, sino que corresponde íntegramente a la Administración».

### **V.3. La suspensión de la ejecutividad de las sanciones tributarias en la vía Económico-Administrativa (STS 15-1-2013)**

La ejecución de las sanciones tributarias impugnadas tanto mediante un Recurso de Reposición como por una Reclamación Económico-Administrativa resulta suspendida sin necesidad de aportar ningún tipo de garantía hasta que sea firme en vía administrativa.

Así lo establece el art. 212.3 a) de la LGT al señalar que una vez interpuesto un Recurso o Reclamación Económico-Administrativa contra sanción, la ejecución de la misma quedará automáticamente suspendida sin necesidad de aportar garantías hasta que sea firme en vía administrativa.

Sin embargo, esta suspensión sin necesidad de aportar garantías de la ejecutividad de las sanciones no es predicable de forma automática una vez finalizada la vía administrativa. Así, el art. 233.8 de la LGT establece que la suspensión producida en la vía administrativa se mantendrá cuando el interesado comunique a la Administración Tributaria, en el plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo, que ha interpuesto un recurso y que ha solicitado a su vez la suspensión. Esta suspensión se mantendrá pues, sin necesidad de prestar garantía, hasta que se adopte decisión judicial al respecto.

El Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, a tenor de lo previsto en el art. 133.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), podrá denegar la suspensión de la ejecución sanción sin prestar garantía alguna, cuando dicha suspensión pudiera ocasionar perjuicios.

Si bien hasta ahora, en los supuestos en los que solicitaba la suspensión de la ejecución de la sanción sin aportar garantías, la carga de la prueba solía recaer de forma exclusiva en el contribuyente que debía justificar por un lado los perjuicios que la eje-

cución de la misma le ocasionarían, así como la imposibilidad de prestar garantía alguna, el TS en su sentencia de 15 de enero de 2013, exige no solamente que el contribuyente pruebe estos extremos, sino que, y aquí radica la novedad de esta sentencia, exige la prueba al Abogado del Estado, para que al amparo del art. 133.1 de la LJCA justifique los perjuicios que a los intereses generales ocasionaría la suspensión de la ejecución de la sanción que venía ya de la vía administrativa. Es decir, la carga de la prueba recae en cada una de las partes.

El Auto por el que el Tribunal se pronuncia sobre la necesidad o no de exigir garantías que aseguren la suspensión de la sanción debe de hacer mención de los motivos que justifican la decisión. Y en el supuesto de exigirse garantías, debe de justificar cuáles son los perjuicios que podrían derivarse si aquellas no se exigiesen.

Así lo establece el TS al señalar que:

«Y es en este punto, donde se invierte la carga de la prueba, pues aceptada por la Sala de instancia que el ingreso inmediato de la sanción «dada la elevada cuantía de la misma» va a producir perjuicios al interesado, será preciso que la otra parte, en este caso, el Abogado del Estado, deba invocar y probar que la suspensión ya acordada va a producir perjuicios a los intereses generales».

## VI. La preclusividad del artículo 140 de la Ley General Tributaria

La normativa tributaria pone a disposición de la Administración Tributaria diferentes tipos de procedimientos, de mayor o menor calado, en función de las potestades y funciones que le atribuyen cada uno, para que pueda comprobar e investigar si los obligados tributarios cumplen adecuadamente con sus obligaciones tributarias.

Si bien los obligados tributarios están sometidos a las potestades y funciones de comprobación e investigación de la Administración Tributaria, ésta debe tener siempre presente que debe desempeñar dichas potestades y funciones en la medida que ocasionen el menor perjuicio posible al obligado tributario, teniendo por ello que cumplir escrupulosamente los procedimientos establecidos en la normativa, procedimientos cuyas reglas se convierten en obligatorias para la Administración, y a su vez garantías y derechos de los obligados tributarios.

Pues bien, uno de los derechos y garantías de que dispone el obligado tributario que ha sido objeto de un procedimiento de comprobación limitada es la preclusividad prevista en el artículo 140 de la LGT:

«Artículo 140 Efectos de la regularización practicada en el procedimiento de comprobación limitada

1. Dictada resolución en un procedimiento de comprobación limitada, la Administración tributaria no podrá efectuar una nueva regularización en relación con el objeto comprobado al que se refiere el párrafo a) del apartado 2 del artículo anterior salvo que en un procedimiento de comprobación limitada o inspección posterior se descubran nuevos hechos o circunstancias que resulten de actuaciones distintas de las realizadas y especificadas en dicha resolución».

Esta preclusividad, supone:

- Un derecho de los administrados a no ser comprobados una y otra vez. Una vez delimitado el objeto del procedimiento de comprobación limitada, la Administración no puede volver otra vez sobre el mismo, salvo que concurran las circunstancias del art. 140 de la LGT.
- Más aún cuando el procedimiento inicial finaliza con una manifestación expresa de que no procedía regularizar la situación tributaria.
- Y ello con independencia de que existieran o no razones para no detectar lo que en un procedimiento inspector posterior haya detectado.
- Si la Administración entiende que el procedimiento de comprobación limitada se queda «corto» para poder llevar a cabo una labor comprobadora e investigadora de calado, puede finalizar iniciándose un procedimiento de comprobación e investigación.
- La Administración debe justificar por qué no pudo examinar y regularizar en el seno de un procedimiento de comprobación limitada, más aún cuando se requirió al interesado una copiosa documentación.

En definitiva, tal y como establece la SAN de 24-10-2013 (rec. 274/2010), resulta absurda una comprobación fiscal de la información requerida si se desatiende la finalidad de la misma, pues cabe rechazar toda interpretación jurídica que conduzca al absurdo de un expediente tributario superfluo o anodino. Así lo establece la mencionada SAN de 24-10-2013 (rec. 274/2010):

«c) En otras palabras, resultaría absurda una comprobación fiscal reducida a verificar que las cantidades autoliquidadas en varios ejercicios se ajustan entre sí, desentendiéndose por completo de su procedencia material, es decir, del cumplimiento de los requisitos sustantivos, pues cabe rechazar toda interpretación jurídica que conduzca al absurdo y, en particular, toda exégesis sobre la naturaleza de los procedimientos que abone la posibilidad de un expediente tributario superfluo o anodino, pese a que la Administración despliega unos medios coactivos y, digámoslo también, consume en ello el dinero público, incurriendo en un gasto al que debe presuponersele un cierto sentido y finalidad, dentro del principio de asignación equitativa ( art. 31.2 CE )».

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.



**LABURPENA:** Prozedurarekin lotutako alderdiak gero eta garrantzitsuagoak dira Ogasunak egindako likidazioak erreklamatzeko orduan. Alderdi horietako batzuk dira ikuskaritza-prozeduraren luzamenduak, zergetako lege-haustek eta preklusibitatea.

**HITZ GAKOAK:** Luzamenduak. Arau-haustek. Zehapenak. Presuntzioak. Preklusibitatea.

**RESUMEN:** Los aspectos procedimentales están adquiriendo cada vez más importancia a la hora de reclamar liquidaciones practicadas por Hacienda. Algunos de estos aspectos versan sobre las dilaciones del procedimiento inspector, las infracciones tributarias y la preclusividad.

**PALABRAS CLAVE:** Dilaciones. Infracciones. Sanciones. Presunciones. Preclusividad.

**ABSTRACT:** The procedural facets are becoming increasingly important when claiming the liquidations carried out by the tax office. Some of these facets deal with the delay in the tax inspector procedura, tax infringements and preclusion.

**KEYWORDS:** Delay. Infringement. Sanctions. Presumption. Preclusion



# La primavera gris. Sobre el declive de las abejas

Mercedes Ortiz García

**Sumario:** I. ¿Primavera gris?—II. La importancia de las abejas y demás polinizadores para nuestra vida.—III. El valor de la naturaleza.—IV. Las causas múltiples del declive de los polinizadores.—V. Las soluciones para restablecer la polinización del planeta. V.1. La eliminación del uso y la exposición de plaguicidas potencialmente tóxicos. V.2. Transitar hacia una agricultura ecológica. V.3. La preservación de los hábitats naturales y el fomento de la salud de los polinizadores. V.4. ¿La «economía verde», vía para frenar el declive las abejas? V.5. La defensa de la polinización-biodiversidad como «un bien común global».—VI. Conclusiones: el buen vivir.—VII. Bibliografía.

## I. ¿Primavera gris?

Con estas líneas me gustaría rendir mi pequeño homenaje al profesor Demetrio LOPERENA ROTA, muy apreciado por su gran humanidad, no en vano le conocí a través de mi querido y ya añorado Maestro, Ramón MARTÍN MATEO.

Al margen de consideraciones académicas —de sobra conocidas y reconocidas—, lo que me gustaría destacar de Demetrio LOPERENA son los valores que encarnaba, que no sólo le honraban como persona sino que además determinan, desde mi punto de vista, el camino para proteger el ambiente, la naturaleza, como pretendo presentar en este trabajo.

Es evidente que Demetrio LOPERENA nos ha dejado huella aunque aquí queríamos hablar de todo lo contrario, de evitar la huella (ecológica) que dejamos con nuestro *modus vivendi*...

Asimismo parece que inevitablemente debemos reflexionar sobre lo efímera que es la vida, —¡qué pronto te has marchado!—, pero pensando en su complicitad con el *buen vivir*, su pasión con la vida, lo que acontece es pensar en lo maravillosa que es, y por tanto en la necesaria protección de sus abundantes y diversas bellezas para que la humanidad no se desmorone.

En efecto, no es un secreto que hemos traspasado umbrales ecológicos, que la pérdida de biodiversidad alcanza tasas mil veces superiores a la de los niveles preindustriales, y que la gran desaparición de abejas es otro aviso, y muy relevante como veremos, de que no estamos haciendo bien las cosas.

Pero, ¿por qué primavera gris? Hablo de *primavera gris* pues el tema escogido, el declive de las abejas y por ende, la merma de la polinización, alerta una primavera sin flores, sin colores..., pero además nos evoca a otra situación de parecidas circunstancias, como es, la alarmante desaparición de aves y demás fauna silvestre, que tuvo lu-

gar a principios de la década de los sesenta, en Estados Unidos. Dicha desaparición se debió, en gran medida, a los efectos perniciosos de pesticidas(1), como se verá —*mutatis mutandi*— sucede con la desaparición masiva de abejas. La triste realidad norteamericana fue plasmada muy sagazmente por la bióloga Rachel CARSON, en una publicación denominada, *La Primavera silenciosa*, en 1962 (2).

Dado el paralelismo de la desaparición de las aves, de biodiversidad, de seres vivos en definitiva, he considerado oportuno parafrasear el título, pues nuestras primaveras van a dejar de ser coloridas debido a la masiva desaparición de las abejas, y con ellas su acción clave como polinizadores de flores. De la misma manera que la primavera era silenciosa debido a la alta mortandad de las aves que dejarían de emitir sus vitales sonidos...

«¿Qué es lo que ha silenciado las voces de la primavera en incontables ciudades de Norteamérica?» Con esta pregunta comienza *La primavera silenciosa*, que tras cincuenta años sigue siendo un *best seller*.

Una vez más se repite la historia, ahora son las abejas, y dado su gran interés, no cabe duda, que son *un buen termómetro de la naturaleza*, y éste indica que no vamos bien, que hemos *herido a la Tierra*(3). Al día de hoy los campos ya no son lo que eran, algarabía de vida, pues apenas hay pájaros(4), incluso en España que es un reservorio de vida, por comparación con otros países de nuestro entorno más industrializados(5), se está notando su descenso. Y en los últimos años empiezan a escasear, además, las mariposas, las abejas, y por ende las flores. Pero, ¿qué estamos haciendo?, ¿quién se imagina una primavera sin flores, mariposas...!(6).

La posibilidad real del escenario que describió la científica (que acabarían desapareciendo todos los pájaros del mundo si se seguía usando ese pesticida) conmocionó a la sociedad americana de los años sesenta y desencadenó alarma social. Por este motivo, el Congreso de los Estados Unidos creó una Comisión de estudio acerca de los pesticidas, en la que participó la propia Rachel CARSON, donde se estableció la necesidad de establecer políticas de conservación de la naturaleza y de protección de salud pública, y cristalizaría en la aprobación en 1969 de la Ley nacional de protección ambiental (conocida como NEPA), precursora de toda la legislación ambiental americana y más tarde europea. De hecho esta publicación desencadenó la necesidad de proteger el ambiente(7) y a nivel planetario.

Rachel CARSON nos llamó la atención sobre nuestra relación con la naturaleza como también lo hiciera Demetrio LOPERENA, y de forma similar, a saber: mediante un lenguaje científico y a la vez divulgativo, hablando de límites, de la necesidad de re-

(1) Fundamentalmente el conocido como DDT, siglas que responden a *Dicloro Difenil Tricloroetano*, que tras una larga lucha, el considerado milagro químico por antonomasia, fue prohibido en Estados Unidos en 1972.

(2) CARSON R., *La Primavera Silenciosa*, (trad. J. ROS), Editorial Crítica, Barcelona, 2010.

(3) Como titularon Miguel Delibes, padre e hijo, una publicación conducida por una conversación que mantuvieron sobre ¿qué mundo heredarán nuestros hijos? en *La Tierra herida*, Destino, Barcelona, 2007.

(4) Los cultivos cada vez más recuerdan a laboratorios, desiertos de vida...

(5) Somos testigos como en esos países cercanos apenas hay pájaros, sólo cuervos...

(6) Todo ello sin olvidar la clara y negativa relación entre nuestra salud y los pesticidas como lo establecen sucesivos y numerosos estudios científicos desde hace años.

(7) Asimismo, los movimientos ecologistas surgen a raíz de la publicación de esta obra.

gulaciones normativas, guiadas por oportunos principios para disfrutar un ambiente adecuado... (8)

En la Conferencia de Naciones Unidas sobre el «medio Ambiente Humano» (Estocolmo, 1972), la cuestión ambiental era una razón de Estado, y por tanto los Estados eran los principales responsables y garantes de las políticas ambientales mediante la planificación y ordenación del uso de los recursos y el territorio. Este testigo intervencionista fue acogido por los precursores españoles del Derecho ambiental, como lo ha sido Demetrio LOPERENA, que es asimismo el testigo —aunque renovado— que quiero reivindicar en este trabajo, como homenaje a este entrañable profesor, pero también como la vía idónea, fundamental, que habría que seguir para mitigar el deterioro ambiental.

Pero, la intervención pública para salvaguardar la biodiversidad se encuentra, en la actualidad, eclipsada por las estrategias mercantiles, sin que se atisbe bienestar social y ecológico. Por ello considero que hay que volver a llamar la atención y a través de la acción pública, pero renovada, como trataré de exponer.

En efecto, se ha hecho un camino que empezó precisamente con la publicación de Rachel CARSON pasando por el «desarrollo sostenible» para aterrizar en la autodenominada «economía verde», donde cada vez es más estrecha la vinculación entre los flujos del capital financiero y los procesos ecológicos, sugiriendo que la naturaleza es «la empresa más grande de la Tierra» (9).

El presente trabajo, a través del declive de las abejas, quiere señalar el comportamiento tan poco inteligente de la especie humana, para con lo que constituye la base de su supervivencia, la naturaleza, y asimismo pretende realizar una reflexión sobre los posibles derroteros para encauzar la situación. En efecto, pasando de las abejas a la biodiversidad en su conjunto realizaré observaciones y aportaré algunas ideas para afrontar el mundo complejo que nos ha correspondido vivir, y adelanto que hay buenas noticias, como no podía ser de otra manera, tratándose, además, de recordar al vitalista profesor Demetrio LOPERENA.

## II. La importancia de las abejas y demás polinizadores para nuestra vida (10)

Las abejas aparecen como laboriosos insectos que proporcionan al ser humano, desde épocas inmemoriales, manjares y productos de primer orden, como son: miel, polen, jalea real, propóleos, cera... (11) España es el principal productor de miel y polen de la Unión Europea. Aunque las abejas son mucho más que miel... La demanda de

---

(8) Como lo atestigua la inestimable obra que nos ha dejado, que aquí destaco: *El derecho al medio ambiente adecuado*, IVAP, Civitas, Madrid, 1996; *Los principios de Derecho ambiental*, Civitas, Madrid, 1998; *Derecho sostenible y globalización*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003.

(9) Expresión muy gráfica tomada de UICN, *La crisis de la vida silvestre es peor que la crisis económica*, 2009.

(10) Sigo, en gran medida, un estudio realizado por Greenpeace en el año 2012 dado su gran rigor científico y a la vez divulgativo, titulado, *Alimentos bajo amenaza*.

(11) Cabe señalar, además, que las abejas sintetizan un compuesto bioactivo, la *melitina*, utilizado en investigaciones recientes —por el Instituto de Biología Molecular y Celular de la Universidad Miguel Hernández— relacionado con el cáncer de mama.

estos productos ha ido a más y en la actualidad estos saludables alimentos ocupan a miles de apicultores y contribuyen a la economía de muchas zonas rurales. Sin embargo, desde hace algunos años la apicultura está amenazada en todo el mundo por la disminución de la población de abejas. Este declive, que se está acentuado, amenaza también al conjunto de la actividad agrícola que precisa de éstos y otros insectos silvestres *polinizadores*, como los abejorros y los sílfides, que también se ven afectados.

En efecto, las tierras de cultivo y los pastos ocupan más del 50 por ciento del territorio español, lo que convierte a España en una de las principales potencias agrícolas de la Unión Europea y la principal en cuanto a superficie destinada a la agricultura ecológica. Estos datos son razones suficientes para que España se convierta en líder europeo en la protección de las abejas *meliferas* (la abeja autóctona) y demás polinizadores.

La importancia de las abejas y demás insectos polinizadores para los ecosistemas y para la agricultura es incuestionable y está reconocida por organismos internacionales, europeos y nacional (12). La diversidad y riqueza nutricional de nuestra alimentación depende de gran medida de los insectos polinizadores como son las abejas. Según la FAO, alrededor de dos terceras partes de las plantas cultivadas de las que se alimentan los seres humanos dependen de la polinización que realizan los insectos u otros animales para producir frutos sanos y semillas, lo que garantiza la reproducción vegetal y la semilla como fuente de autonomía alimentaria.

Pero, ¿qué es exactamente la polinización? Es el proceso por el cual el polen es transferido de los órganos masculinos de las flores a los femeninos, lo que permite la fecundación y da lugar a la generación de frutos y semillas. Nueve de cada diez flores necesitan de un insecto que las polinice para dar frutos y semillas. Que en los campos haya flores, que se pueda recolectar frutos o que los animales que habitan un bosque puedan alimentarse depende de la polinización. Además, la polinización crea un vínculo directo entre los ecosistemas silvestres y los cultivos de producción agrícola. Es un servicio ecológico de interés planetario.

La Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) la define así: «La polinización es fundamental para que las plantas en flor produzcan cualquier tipo de semilla y de frutas. El intercambio de polen entre las flores, tiene el objetivo de la reproducción, es un proceso fundamental para el mantenimiento de la vida sobre la Tierra. La gente cultiva algunas semillas para su alimentación, como por ejemplo, las oleaginosas, nueces, leguminosas, tales como frijoles y guisantes, y los granos básicos, como el arroz y el maíz. Otras cosechas producen frutas que se desarrollan con la semilla, por ejemplo los cítricos, el mango y el tomate. Se necesitan semillas para la producción de nuevas cosechas y para mejorar su misma calidad a partir de programas de selección de plantas» (13).

Existen innumerables polinizadores con variadas estrategias de polinización, como especies de vertebrados de anfibios, reptiles, aves y mamíferos, que a través de su

---

(12) *Vid.* el Plan Nacional de Medidas de Ayuda a la Apicultura (2014-2016) fruto de: Reglamento (CE) n.º 917/2004 de la comisión de 29 de abril de 2004, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n.º 797/2004 del Consejo relativo a las medidas en el sector de la apicultura; modificado por el Reglamento de ejecución (CE) n.º 1212/2012 de la Comisión, de 17 de diciembre de 2012, por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 2535/2001, (CE) n.º 917/2004, (CE) n.º 382/2008, (CE) n.º 748/2008, (CE) n.º 810/2008 y (CE) n.º 610/2009 en lo que concierne a las obligaciones de notificación dentro de la organización común de mercados agrícolas.

(13) FAO, *Biodiversidad agrícola en la FAO. La polinización un servicio del ecosistema*, 2014 (<http://www.cbd.int/doc/external/cop-09/fao-factsheet-es.pdf>).

dieta ayudan a este proceso natural. Hay gasterópodos como ciertas especies de caracoles que también ayudan a la reproducción vegetal, al arrastrarse entre las flores y llevando el polen, pero la función polinizadora se atribuye principalmente a los insectos y concretamente a las especies del orden *Himenóptera* que corresponde a abejas, abejorros, avispas y hormigas con 200.000 especies polinizadoras, 9.500 de las cuales se encuentran en la península ibérica. Otros insectos como moscas, mariposas, polillas o escarabajos hacen una función polinizadora pero no tan destacada.

En todo el mundo, hay entre 25.000 y 30.000 especies de abejas, de las cuales 2.500 se encuentran en Europa. Las abejas están muy especializadas en el proceso de transferencia, ya que solo se alimentan de néctar y polen. Además, su cuerpo es peludo lo que facilita que el polen quede retenido. Algunas especies tienen incluso lo que se denomina «cestillo de polen» que ayuda a la recolección. Las abejas melíferas asumen cada vez un papel más destacado en la polinización de cultivos pero, para algunos cultivos, no son las más eficaces, por ello todos los polinizadores son fundamentales.

A escala mundial, más de la tercera parte de la producción de alimentos depende de la polinización animal. Solo en Europa, el 84 por ciento de 264 cultivos dependen de la polinización animal y más de 4.000 variedades vegetales existen gracias a la polinización de las abejas. La polinización animal aumenta la productividad y la calidad de los cultivos que de ella dependen. Incluso los que no dependen de este proceso, mejoran su rendimiento y calidad. De hecho, se estima que la polinización por insectos incrementa en un 75 por ciento los rendimientos en frutas y verduras a nivel mundial. Es decir, sin la función de los polinizadores la productividad de los cultivos disminuiría hasta en tres cuartas partes; en definitiva, nuestra producción alimentaria, depende de la polinización, de los insectos. La polinización también puede reducir el tiempo entre la floración y la formación de los frutos, lo que reduce el riesgo de exponer la fruta a plagas, enfermedades, mal tiempo, productos agroquímicos y supone ahorro en agua.

Ante tales datos, aparece el interés en evaluar sus consecuencias económicas: se ha estimado que en el año 2005 el valor económico total de la polinización superaba los 153.000 millones de euros (190.000 millones si se añaden el resto de insectos polinizadores). Estos 153.000 millones de euros representan el valor monetario de las funciones o servicios ecosistémicos que las abejas llevan a cabo para la economía, lo que ya debería suponer un buen argumento para garantizar su protección. Se trata de un servicio colosal que la biodiversidad nos da gratuitamente y por tanto que hay que preservar, pero ¿cómo?...

También se asignan valores económicos a la polinización basados en el coste de reemplazo por alternativas antropogénicas, es decir, ¿cuántas personas harían falta para polinizar todas las flores que dan lugar a nuestras cosechas? Para dar una cifra manejable podemos ver que mientras una colonia de abejas puede polinizar alrededor de tres millones de flores en un día, hacen falta más de veinte personas para polinizar un pequeño huerto de manzanas.

El estudio muestra el alto valor económico (14) que supone la polinización por insectos en España, en las diferentes Comunidades Autónomas (CCAA) y en los culti-

---

(14) El valor económico de la polinización por insectos se calcula a partir del valor económico total del cultivo —que depende del precio del productor y de la producción— y refleja la parte del precio de las cosechas que se atribuye a este tipo de polinización.

vos en particular; así como su vulnerabilidad ante la pérdida de los insectos polinizadores. La mayor o menor dependencia de los cultivos respecto a la polinización por insectos da lugar a una mayor o menor pérdida de producción, y por ende afectará al valor económico total del cultivo. En concreto, cuantifica la importancia económica de la actividad de los insectos polinizadores en España en más de 2.400 millones de euros anuales. La mayor proporción de los mismos corresponde a Andalucía, con casi 878 millones de euros, seguida de Cataluña, Murcia, Aragón y Extremadura. La función de estos polinizadores es imprescindible en la alimentación humana, especialmente en el campo de los frutos secos, el frutícola y el hortícola. Y esto es especialmente cierto para nuestra economía porque España, de acuerdo con el citado informe, es el segundo productor mundial de almendras, el cuarto de melocotones y nectarinas, y el tercero de fresas, cultivos que pertenecen a los sectores más vulnerables a la falta de polinización por insectos (15).

El 70 por ciento de los principales cultivos de la agricultura española para consumo directo humano dependen en mayor o menor medida de la polinización por insectos. El beneficio económico de la polinización por insectos para los principales cultivos de consumo directo humano de la agricultura española en 2011 fue de más de 2.400 millones de euros. Este valor debe ser considerado como un valor orientativo a la baja al no incluir todos los cultivos agrícolas (16).

### III. El valor de la naturaleza

Como se observa lo que se contabiliza es el ahorro económico que se produce por tener «polinizadores gratuitos», y asimismo se puede calcular el valor monetario de los servicios prestados por éstos, con vistas a su compatibilización y a la integración de las funciones ecológicas en el cálculo económico. Para ello, basta con crear mecanismos que permitan a los individuos, a los colectivos o a las empresas la remuneración de las poblaciones que gestionan los entornos y permiten el acceso a este servicio, a través, por ejemplo, de los llamados «pagos por servicios ecológicos», como se verá.

La *Evaluación de los Ecosistemas del Milenio* (17) distingue tres tipos de «servicios» prestados a los humanos por la naturaleza y reconocidos como tales: los «servicios de abastecimiento» (correspondiente a lo que en otro tiempo se conocía como recursos: madera, producción alimentaria, etc.); «los servicios de regulación» (del clima, de las enfermedades, de la pluviometría, de la calidad del agua, etc.), y los «servicios culturales» (función recreativa, espiritual, etc.). Cabe señalar que las abejas, *grosso modo*, prestan los tres servicios.

---

(15) El ratio de vulnerabilidad es la relación entre el valor económico de la polinización y el valor económico total del cultivo y se halla únicamente para las categorías de cultivos su total. Cuanto más alto sea el valor económico de la polinización mayor será la vulnerabilidad.

(16) Kivis, calabazas, melones, sandías, calabacín, manzanas, melocotones o almendros son algunos de los cultivos que podrían desaparecer asegura el informe de Greenpeace, y asimismo que las Comunidades Autónomas más amenazadas son Asturias, con una vulnerabilidad del 34%, Cataluña (25%), Murcia (24%), Aragón (17%) y Galicia (16,5%).

(17) Naciones Unidas, Millennium Ecosystem Assessment (MEA), *Ecosystems and Human Well-Being: Synthesis*. Island Press, Washington, 2005, 155 pp.



Pero, ¿cómo valorar la naturaleza, hoy denominado «capital natural», en definitiva, los «servicios ecosistémicos» ofrecidos gratuitamente por la naturaleza?

Aquí cabe referirse a la evolución de la concepción económica de la naturaleza, a saber: de los valores de uso a los valores de cambio(18). En la economía clásica los servicios de los ecosistemas conformaban valores de uso, negando por lo general que dichos servicios pudieran jugar papel alguno en la conformación del valor de cambio(19), por entender que se trataba de dones gratuitos de la naturaleza ajena al trabajo humano. Los servicios ecosistémicos eran concebidos como valores de uso, no monetizables ni incorporables a los procesos de apropiación y compraventa. Este planteamiento cambió con la economía neoclásica que desplazó el peso del razonamiento económico desde lo físico a lo monetario. Y de ahí devino la mutación de los servicios de los ecosistemas desde su concepción como valores de uso no apropiables ni intercambiables a la naciente concepción como valores de cambio susceptibles de ser libremente comprados y vendidos en el mercado.

Así, desde de la década de 1980, coincidiendo con el declive del ciclo económico(20) y el ascenso entonces de la confianza en la capacidad autorreguladora del mercado como principio rector de la política económica global, ha ido ganado fuerza el llamado *conservacionismo de mercado*.

La naturaleza es una importante fuente de valor pero no en el sentido de capital monetario. En el caso que nos ocupa, representaría el valor de las funciones que las abejas llevan a cabo para la economía, lo que ya supondría un buen argumento para garantizar su protección. Pero las abejas no poseen un valor económico intrínseco, ya que oculta el hecho de que, si la polinización natural se viese seriamente perjudicada o cesase, podría resultar imposible de sustituir; algo que en la práctica, hace que su valor tienda al infinito. Por tanto, el peso de la argumentación debe recaer en que tanto la naturaleza como la vida son hasta tal punto esenciales que en realidad «no tienen precio»(21).

El valor de la naturaleza pertenece a un ámbito distinto del de la economía. Por tanto, y de acuerdo con el bien natural objeto de nuestra atención, las abejas, se plantea lo siguiente: la imposibilidad de cuantificar la utilidad de las abejas y el valor mercantil del ahorro en polinizadores; la vacuidad de la noción de valor económico intrínseco de la naturaleza, y la necesidad de mantener una clara distinción entre el valor de uso de las cosas y su valor de cambio. El valor de los seres vivos no puede reducirse a una mera cantidad monetaria.

El argumento económico es una razón más de una larga lista que muestra la gran importancia de las abejas y los insectos polinizadores para la seguridad alimentaria y el equilibrio ecológico del planeta, pero no debería monopolizar el *modus operandi* de la gestión ambiental, porque no es eficiente, como lo demuestra la realidad crítica social y ecológica de la actualidad.

---

(18) Esta clarificadora información la tomo de GÓMEZ-BAGGETHUN, E., «Análisis crítico de los pagos por servicios ambientales: de la gestación teórica a la implementación» en *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros* n.º 228, 2011, pp. 33-54.

(19) La distinción entre valor de uso y valor de cambio fue introducida por Aristóteles.

(20) Tras el fructífero periodo económico conocido como «los treinta años gloriosos», es decir, desde el final de la segunda guerra mundial.

(21) No está de más recordar las sabias palabras del poeta Antonio Machado: «Todo necio confunde valor y precio».

Además, incluso suponiendo que la idea de cuantificar el valor de las abejas en función de las sumas ahorradas anualmente tuviese sentido, aún así supone una confusión entre reservas y flujos, entre patrimonio y renta: si fuese cierto que los 153.000 millones representan los servicios anuales prestados por las abejas, ello no podría considerarse como el valor de un patrimonio, de una riqueza que perdura más allá de un año.

Y todo ello al margen, de consideraciones sociales y emocionales pues se despoja la vida natural de una historia, una cultura, unos saberes tradicionales, unas sensaciones...: ¿Cómo se puede cuantificar, por ejemplo, un hermoso día de primavera?

En este contexto adelanto que el trabajo quiere apelar a otros valores, distintos de los monetarios, como son los valores éticos, filosóficos, jurídicos, políticos que interioricen la valoración de la naturaleza ya no en función de su utilidad para los seres humanos, sino por sus cualidades intrínsecas; el reconocimiento del ser humano por lo que es y no por lo que posee; el interés por compartir de la mano de los bienes comunes...; en definitiva, apelar al «buen vivir».

#### IV. Las causas múltiples del declive de los polinizadores

Desde finales del siglo XVIII, la revolución industrial y las transformaciones agrícolas han modificado sustancialmente las relaciones entre las sociedades y los ecosistemas, profundizándose a partir de la segunda mitad del siglo pasado con la llamada «revolución verde», tras el importante incremento de productividad que supuso (22). Y se han suscitado inquietudes relativas a los efectos destructores de determinadas prácticas industriales y agrícolas, pero siempre ha prevalecido la confianza en el progreso económico, y la fe en las posibilidades emancipadoras de la ciencia y de la técnica. En este sentido, compartimos la reflexión de Latouche: «No mostramos una oposición ciega al progreso, sino una oposición al progreso ciego»... (23)

En los últimos años —comenzó a finales del siglo pasado—, la disminución de la población de abejas y otros polinizadores, tanto silvestres como domésticas, es una constante en todo el mundo. Este problema, que se conoce como CCD (*Colony Collapse Disorder*, en castellano, Síndrome de Despoblación de Colonias) consiste básicamente en que un porcentaje importante y creciente de individuos se muestran incapaces de regresar a sus respectivas colmenas y mueren. Hasta tal punto que amenaza seriamente la capacidad de esta especie para jugar su papel como polinizador, como es sabido.

Sin embargo, hasta después de dos décadas de inacción, desde que el sector apícola francés denunciara en 1994 efectos alarmantes en las abejas que estaban expuestas a un insecticida (neonicotinoide con el imidacloprid como sustancia activa), la Unión Europea (UE) decidió en 2013 restringir su uso y el de otros tres insecticidas demostradamente peligrosos para las abejas melíferas (otros dos neonicotinoides, el tiametoxam y la clotianidina y un fenilpirazol, el fipronil) durante dos años (24).

(22) Gracias al uso industrial de pesticidas, herbicidas y fertilizantes químicos, a una formidable expansión de la superficie explotada y a la industrialización de todo el sistema de producción de alimentos, ganando terreno la dependencia del petróleo.

(23) En *Salir de la sociedad de consumo*, Octaedro, Barcelona, 201, p. 145.

(24) Reglamento de Ejecución (UE) n.º 781/2013 de la Comisión, de 14 de agosto de 2013, por el que se modifica el Reglamento de Ejecución (UE) n.º 540/2011 en lo relativo a las condiciones de aprobación de la sus-

Aunque, desde 1990 hasta 2010 el consumo general de insecticidas sufrió un incremento del 56 por ciento que alcanzó su máximo valor en el año 2010 (con 14.335 kilos de ingrediente activo). Entre 2005 y 2009 tuvo oscilaciones hacia la baja pero entre 2009 y 2010 experimentó un repunte del 13,55 por ciento. Las denuncias del sector apícola indican que las pérdidas de colonias están entre el 20-40 por ciento, cuando la mortalidad natural se sitúa entre 5-15 por ciento, según indica también el sector. En consecuencia desde hace años, hay una progresiva desaparición de abejas melíferas y otros polinizadores, algunos incluso en peligro de extinción.

No obstante, cabe señalar que no hay una única causa que explique el declive de las abejas, sino que se trata de una serie de factores, que pueden actuar de forma conjunta o aislada, a saber: pérdida de hábitats; prácticas de la agricultura convencional y en particular el uso de plaguicidas; parásitos y enfermedades; especies vegetales y animales invasoras (25); y los impactos del cambio climático. Aunque, en general, las causas del problema son en sí mismas complejas e interactúan entre sí, pues inciden fenómenos en sí mismos intrincados, como son los efectos de la globalización y del cambio climático, que estimulan, entre otras, la presencia de nuevos parásitos en nuevos territorios (26).

El último informe del Grupo de Trabajo II del Panel Intergubernamental sobre el Cambio climático (IPCC) muestra el cambio climático no como una amenaza distante y futura para la producción de alimentos sino como un peligro actual y muy real. En efecto, muchas de las consecuencias predichas para el cambio climático, como el aumento de temperaturas, las modificaciones de pautas de precipitación y fenómenos meteorológicos más erráticos o extremos, tendrán impacto en las poblaciones de polinizadores, afectándolos individualmente y, en última instancia, como comunidad, y reflejándose en tasas de extinción más altas para las especies polinizadoras. Además el cambio climático puede modificar los patrones de floración, desplazar plantas que eran importantes fuentes de alimento para las abejas de una zona determinada o causar un «desplazamiento de las estaciones», en el que la floración ya no coincida con el surgimiento de abejas en primavera.

Otro factor que influye poderosamente en el declive es la progresiva sustitución en las zonas rurales de campos, prados y bosques por instalaciones industriales, polígonos y urbanizaciones. Y donde no llega la mancha de cemento (27) llega la *agricultura intensiva*, cultivos que suprimen completamente las flores silvestres, y con ellas el polen del que desde hace millones de años se nutren las abejas. La intensificación de la agricultura provoca la pérdida y fragmentación de valiosos hábitats naturales y seminaturales perennes para los polinizadores: sistemas agroforestales, praderas, zonas de matorral, bosques y setos..., recreando verdaderos desiertos para las abejas. Cuando extensos monocultivos dominan el paisaje puede resultar difícil para las abejas encontrar alimento adecuados. Este motivo termina debilitando sus defensas y las

---

tancia activa fipronil, y se prohíben el uso y la venta de semillas tratadas con productos fitosanitarios que la contengan.

(25) Especies competidoras, como el avispon asiático (*Vespa mandarina*) o la abeja africana (*Apis adansonii*).

(26) Como es el caso del ácaro *Varroa destructor* que constituye un peligro muy serio en todo el mundo.

(27) Como siempre tan atento a la realidad y acertado: MARTÍN MATEO, R., *La gallina de los huevos de cemento*, Civitas Madrid, 2007.

hace más propensas a enfermedades y más vulnerables a los insecticidas. Precisamente la utilización masiva de éstos últimos aparece como el verdadero motor del problema. En efecto, los plaguicidas suponen el riesgo más directo para los polinizadores. Muchas flores, colmenas, y en general el ambiente en torno a las abejas (incluido el polvo de las actividades agrícolas) se contaminan a menudo con dichas sustancias químicas que se aplican a los cultivos, pero llegan a las abejas a través del polen, el néctar, el aire o el agua y el suelo.

La relación de los plaguicidas (insecticidas, herbicidas y fungicidas) con el declive de los polinizadores está bien probada y estudiada por numerosas investigaciones independientes (28). No obstante, existen fuertes intereses contrapuestos, como son las que proceden de las poderosas organizaciones que representan los intereses de los grandes fabricantes químicos de pesticidas.

En definitiva, y de acuerdo con el afán de eficiencia, de ir a las causas remotas, la actual agricultura convencional, es decir, la industrial, es una poderosa causa de la alta mortandad de las abejas, pues fomenta perjuicios, todos ellos muy relevantes para las abejas, a saber: los monocultivos, el uso masivo de plaguicidas, y asimismo, no hay que olvidar, su relevante contribución al cambio climático.

Como se observa, se trata de *causas sistémicas* que tienen un común denominador, a saber: el *afán productivista*, que se refuerzan o retroalimentan unas a otras, pero produciendo al mismo tiempo resultados no-lineales y por tanto sinérgicos, hasta cierto punto impredecibles que se ha denominado como «cambio global». Es el primer cambio de tales magnitudes que es provocado por el ser humano y que ha comenzado a ser visible desde hace algún tiempo, calificándose incluso como la *sexta extinción* (29), caracterizada por una tasa de desaparición de especies mil veces superior a la normal.

## V. Las soluciones para restablecer la polinización del planeta

Las abejas y demás polinizadores, como acabamos de ver, se enfrentan a múltiples factores que ponen en riesgo su existencia y el fundamental servicio de polinización que ejecutan. Por tanto, se debería afrontar todos esos factores y de la forma más integrada posible, lo que constituye, sin duda, un gran desafío, pero necesario.

Hay soluciones de las cuales solo se verán los resultados a largo plazo, pero otras se pueden poner en marcha a corto plazo con beneficios inmediatos para los insectos polinizadores y para otras especies animales, incluidos los seres humanos.

Pero lo que está claro es que se debe actuar ya, que no se necesita esperar a más estudios (30), que aunque aporten novedades, no cambian sustancialmente lo que mi-

---

(28) Como las realizadas sobre «Polinizadores y biodiversidad» por la Asociación española de Entomología, el Jardín Botánico Atlántico y el Centro Iberoamericano de la Biodiversidad fruto del Proyecto APOLLO, 2011.

(29) Por LEAKEY, R., LEWIN, R., en *La sexta extinción. El futuro de la vida y de la humanidad*, Tusquets, Barcelona, 1997.

(30) No suceda como se nos cuenta en Titanic (película estadounidense, estrenada en 1997, y escrita y dirigida por James Cameron), que mientras el barco se hundía la orquesta seguía tocando. Es decir, que estuviéramos escribiendo, investigando sobre las terribles consecuencias de nuestro mal hacer y el mundo ya se esté desmoronando...

les de científicos y estudiosos, y sobre todo la realidad nos está diciendo desde hace años: campos, convertidos en «polígonos agrarios», en cultivos asépticos, donde apenas hay vida.

En coherencia con las causas señaladas anteriormente empezaré por la solución más directa para ir avanzando hacia el resto.

### **V.1. Eliminación del uso y la exposición de plaguicidas potencialmente tóxicos**

En la Unión Europea se puso en marcha el *Programa de vigilancia Piloto de las Enfermedades de las Abejas*(31) con el objetivo de valorar adecuadamente el estado sanitario de las colonias de abejas melíferas y hacer una estimación apropiada de sus pérdidas.

El daño potencial de los plaguicidas excede en muchos el potencial beneficio de una mayor productividad agrícola. Los primeros resultados del estudio indican para España una mortalidad invernal del 9,5 por ciento y estacional del 6,8 por ciento. Este es el cuarto valor más elevado y puede ser más preocupante puesto que ocurre en el período de auge de las colonias y de abundancia de alimento.

El Plan de acción nacional para el uso sostenible de productos fitosanitarios (PAN) dio cumplimiento a lo exigido en la Directiva 2009/128/CEE, de 21 de octubre de 2009, sobre el uso sostenible de plaguicidas, que tiene como objetivo «la reducción de los riesgos y los efectos del uso de los plaguicidas en la salud humana y el medio ambiente y el fomento de la gestión integrada de plagas y de planteamientos o técnicas alternativas, como las alternativas no químicas a los plaguicidas» (32). Pero en el PAN no existe un único objetivo cuantitativo concreto de reducción del uso de plaguicidas en un marco temporal.

Sin embargo, de acuerdo con los numerosos estudios realizados, se considera muy oportuno establecer un calendario claro para la prohibición del uso de los 319 plaguicidas, peligrosos para las abejas y demás polinizadores autorizados en España, antes del final de 2017; comenzando por los más tóxicos y no renovando la autorización de aquellos plaguicidas cuyo plazo esté a punto de caducar.

Asimismo, se debería establecer un registro público de uso de plaguicidas que se aplican en las explotaciones agrícolas para poder hacer un seguimiento exhaustivo de los mismos, de manera que se pueda conocer en cada momento qué sustancias químicas se utilizaron en cada sitio y en qué cantidad.

---

(31) En España se hizo un estudio para evaluar la posible influencia de varios neonicotinoides (clotianidina, tiametoxam, tiacloprid, imidacloprid, dinetofurán y acetamiprid) y un fenilpirazol (fipronil) en la mortalidad de las colonias de abejas. Los tres neonicotinoides están prohibidos en toda la unión Europea desde el 1 de diciembre de 2013 y el fipronil desde el 31 de diciembre, aunque se podían utilizar las semillas ya tratadas hasta el 28 de febrero de 2014. Estas restricciones han supuesto un paso importante en la protección de las abejas, pero tiene importantes debilidades. Solo supondrán una reducción relativa de su uso real, por lo que seguirán contaminando el medio ambiente y podrán seguir afectando a las abejas y otras especies. Los usos excepcionales de productos fitosanitarios en los supuestos casos de emergencia permitidos por el Reglamento 1107/2009/CE son muy preocupantes, puesto que permiten la utilización durante 120 días de productos que no están autorizados.

(32) Asimismo el PAN desarrolla el Real Decreto 1311/2012, de 14 de septiembre, por el que se establece el marco de actuación para conseguir un uso sostenible de los productos fitosanitarios y la Ley 43/2002, de 20 de noviembre, de sanidad vegetal (art. 25).

En cualquier caso, habría que ir abandonando el uso de pesticidas, dando paso, por ejemplo, al control biológico de plagas. En efecto, habría que prohibir todos los plaguicidas tóxicos para las abejas y demás polinizadores, lo que significa apoyar decididamente un plan de acción integral, es decir, apoyar la agricultura ecológica.

Y hasta que se generalice esa situación, la agricultura ecológica, habría que hacer un uso de los pesticidas lo más controlado posible, y por ejemplo, seguir las recomendaciones de evitar su utilización en época de floración por el peligro que supone para las abejas.

Todo ello sin contar además con los beneficiosos efectos que este menor uso de los insecticidas tendría sobre la salud y el medio ambiente, y por ende en la economía.

En definitiva, se trata de aplicar el *principio de precaución*, que es clave en este contexto, aprobando normativas por parte de la Unión Europea que no autoricen ningún nuevo producto sospechoso de ser peligroso para las abejas y demás polinizadores, como nuevos neonicotinoides o de otras familias químicas, que procuren ocupar el espacio dejado por los productos prohibidos recientemente en la UE; teniendo en cuenta además que, en la mayoría de los casos, las abejas y demás polinizadores están sometidos a un cóctel de productos químicos y a sus efectos sinérgicos durante todo su ciclo de vida

## V.2. Transitar hacia una agricultura ecológica

O sencillamente volver a la agricultura tradicional, milenaria, que ha permitido la supervivencia de la especie humana, hasta hace escasas décadas tras la irrupción de la «revolución verde» de los años sesenta del siglo pasado. Precisamente la agricultura ecológica nace en el seno de los movimientos sociales ambientalistas de esos años, en Europa. Surge como reacción, de parte de la sociedad, al modelo de producción intensivo desarrollado con especial virulencia después de la II Guerra mundial. Productores deseosos de producir alimentos inocuos para su salud y la del planeta, y población consumidora dispuesta a no contaminar con su consumo, se unieron entonces para definir pautas para producir alimentos, sin usar derivados del petróleo, ni otras sustancias químicas de síntesis, y poner entredicho el actual modelo de producción y de consumo de alimentos.

Se puede definir entonces la agricultura ecológica como un sistema de prácticas que se inspiran en los procesos vitales que operan en la naturaleza, que coopera con sus propios procesos naturales, y respeta pues todas las formas de vida existentes sobre la tierra. Es por esta característica por lo que la agricultura ecológica se sitúa en las antípodas de la agricultura convencional intensiva. Y esta definición engloba a la mayor parte de las «escuelas» que existen en el seno de la agricultura ecológica: agricultura biológica, agricultura biodinámica, permacultura, etc.

El objetivo final debe ser que la agricultura ecológica se transforme en el modelo predominante de agricultura. La agricultura ecológica demuestra cada día que es posible hacer agricultura de otra forma, sin insumos tóxicos, ni transgénicos y fomentando la biodiversidad. La agricultura ecológica ha demostrado que el cultivo sin plaguicidas es viable (33) y las normativas para el uso sostenible de los productos fitosanitarios surgen

---

(33) Para mayor información sobre esta materia, vid. BELLO, A., JORDÁ, C., TELLO, J.C., *Agroecología y producción ecológica*, CSIC, Madrid, 2010.

del reconocimiento de los peligros de los plaguicidas y de la necesidad de reducir su uso. La peligrosidad de muchos productos autorizados en España está reconocida en su propia ficha de registro. La agricultura productivista ha demostrado, muchas veces, que su gran «rendimiento» tan solo conduce a un doble callejón sin salida, ecológico y también social, pues no garantiza la alimentación básica de los pueblos del mundo (34), si no se distribuyen los alimentos de forma equitativa, y se evita su gran desperdicio (35).

### V.3. La preservación de los hábitats naturales y el fomento de la salud de los polinizadores

La vida llama la vida, por tanto hay que cuidar los espacios naturales, como lo que son, «reservorios de vida» donde las abejas y demás polinizadores pueden desplegar adecuadamente, sin peligros su preciada actividad. De hecho cada vez más, los apicultores buscan estos espacios para colocar las colmenas (36), pues están libres de sustancias tóxicas y rebosantes de biodiversidad. Asimismo para establecer lo que se llaman «estaciones polinizadoras» (37), es decir, colmenas centradas en la cría de abejas, dejándose de recoger la miel. Además hay que tener presente que las colmenas para poder desplegar oportunamente sus cometidos necesitan seguir unos criterios de ubicación y de señalización (por seguridad), que pueden cumplirse holgadamente en los espacios naturales dadas sus habituales dimensiones y su baja densidad. En definitiva, la defensa de las abejas constituye una poderosa razón más para seguir fomentando la estrategia de los espacios naturales protegidos.

Asimismo se debe fomentar el aumento de la diversidad vegetal y animal en las explotaciones agrícolas para que las abejas tengan una alimentación adecuada. Los polinizadores necesitan diversidad de plantas para conseguir una nutrición saludable, y los cultivos necesitan una gran diversidad de polinizadores para alcanzar su óptimo productivo. Y por definición esta mayor biodiversidad se da en las explotaciones agrícolas ecológicas, como se visto *supra*.

Como cierre respecto a las posibles soluciones para frenar el declive de las abejas se puede aludir a las *ayudas* (técnicas de fomento), procedentes del *Plan Nacional de Medidas de Ayuda a la Apicultura* para la investigación (38) y desarrollo de las citadas soluciones, sobradamente justificadas dado el bien común o interés general que se preserva.

Hasta aquí se han presentado técnicas clásicas de acción pública que tan espléndidamente nos enseñaba el profesor Demetrio LOPERENA, y ahora es el momento de las estrategias de mercado, que también son familiares, pero la diferencia estriba en que en la actualidad su uso cada vez es más preponderante.

---

(34) Cabe recordar las continuas crisis alimentarias, las vergonzosas hambrunas.

(35) Como lo ilustra T. Stuart en *Despilfarro. El escándalo global de la comida*, (trad. M. HERNÁNDEZ), Alianza editorial, Madrid, 2011.

(36) Información suministrada por Luis Pérez Ventosa, presidente de la Fundación Amigos de las Abejas.

(37) Como sucede en la localidad de Alcoy (Alicante), de acuerdo con la información facilitada por un amigo agricultor agroecológico, Vicente Bordera.

(38) En aplicación asimismo del Programa marco de investigación de la Unión Europea: Horizonte 2020.

#### V.4. ¿La «economía verde», vía para frenar el declive las abejas?

La conocida como «Economía verde» o «ecología de mercado», algo más que un verdecimiento del sistema económico(39), supone una nueva visión de los vínculos entre la naturaleza y las sociedades: la naturaleza ya no es únicamente el objeto muerto y pasivo del que se extraen los recursos, sino que es un objeto vivo que debe incorporarse en el proceso productivo. Se pretende integrar los procesos biológicos y los servicios ecosistémicos en el ciclo del capital. La naturaleza ya no es un almacén de recursos a disposición de los humanos, sino que es percibida como una empresa productora de servicios ecosistémicos, de forma gratuita e inagotable, y por tanto debe ser gestionada como tal.

En la conferencia Internacional de Río + 20 de 2012 la «Economía verde» pretendía ser su concepto fuerza(40), que en el marco de las preparaciones para la misma se había tratado de forma extensa en un informe del PNUMA(41). Dicho informe define la economía verde como aquella «que conduce a una mejora del bienestar humano y la equidad social a la vez que reduce significativamente los riesgos ambientales y la escasez ecológica». Se puede decir que se considera «la buena nueva» para todos, incluso para los países del Sur que podrían estimular su desarrollo.

Cabe señalar que este concepto había sido incorporado en el Convenio de la Diversidad Biológica (CDB) adoptado en la Conferencia de Naciones Unidas (Río 1992). El citado Convenio tenía como objetivo «la conservación de la diversidad biológica, el usos sostenible de sus elementos, y el reparto justo y equitativo de los beneficios procedentes de la explotación de los recursos genéticos, principalmente gracias a un acceso satisfactorio a estos recursos y a una transferencia adecuada de las técnicas pertinentes...» (art.1). Con este precepto se pretende el reparto de los ingresos derivados de la explotación de la biodiversidad, y mitigar la llamada «biopiratería». Se trataba de conservar la biodiversidad y la lucha contra la extinción de especies a través de la introducción en el mercado de sus elementos, los recursos genéticos (art. 16.5 CDB). En efecto, por un lado, se reconocía la soberanía nacional sobre los recursos biológicos (art. 15), que se protegía a los países del Sur, y por otro lado, el reparto con las comunidades locales de los frutos de las «innovaciones» permitidas por estos recursos (arts. 8j, 15). Pero estos dos avances tuvieron lugar a cambio del reconocimiento internacional de la patente sobre el ser vivo —como son, por ejemplo, las variedades de semillas de las comunidades locales que habían preservado de forma gratuita durante milenios—, bajo el paraguas del Convenio de la Biodiversidad y el Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual ligados al comercio de 1994, de la Organización Mundial del Comercio (OMC)(42).

Sin embargo, veinte años después, esta garantía concedida a las comunidades indígenas sigue siendo objeto de discusiones: las reglas de reparto no fueron definidas

(39) Para distinguirlo del «greenwashing», literalmente «lavado en verde», o lo que es lo mismo: «lavado de imagen». Término que designa la presentación de los productos de ciertas empresas como ambientalmente responsables, aunque generalmente sucede más en la forma que en el fondo.

(40) Aunque en el curso de la celebración de la Cumbre se constató que no fue así.

(41) «Hacia una economía verde: vías para el desarrollo sostenible y la erradicación de la pobreza», 2011.

(42) Esta normativa es incorporada por la Unión Europea a través de la Directiva 98/44 de 1998 relativa a las invenciones biotecnológicas.



hasta la Conferencia mundial sobre la biodiversidad de Nagoya en 2010, y actualmente siguen sin ser ni efectivas ni satisfactorias.

En nombre de la conservación y de la lucha contra la extinción de las especies, la biodiversidad se instituyó en esta cumbre como «recurso» y como bien económico. Estos nuevos derechos de propiedad formaban parte de la base de los nuevos mercados creados para garantizar el equilibrio ecológico.

Desde este punto de vista, el mercado, gracias a las señales y la información proporcionada por los precios, constituye la mejor herramienta a nuestra disposición para la asignación y gestión de bienes, y la consecución de un equilibrio económico y por extensión un equilibrio ecológico. Según esta premisa, los desequilibrios ecológicos no se deben a la incapacidad del mercado para administrar a la naturaleza sino que son producto tan sólo de la imperfección de los mercados. Algunas actividades pueden efectivamente producir efectos externos, positivos o negativos, sobre el entorno, la colectividad, otros autores, mientras que el precio de los productos no contabiliza estos efectos. Precisamente, la destrucción de la biodiversidad, como sucede con el declive de las abejas, es un ejemplo de efecto externo negativo, llamado «externalidad negativa». Su no inclusión en la contabilidad tiene como consecuencia que los productores y consumidores obtienen información errónea, ya que los precios no reflejan el coste total para la colectividad. Es preciso por tanto mejorar el funcionamiento del mercado a través de la internalización de estos efectos externos, es decir, mediante la asignación de un precio. Aquello que sí se mide económicamente debe integrar todos los costes (las externalidades). En efecto, parece que la destrucción de la biodiversidad se vería atenuada si se le atribuyese un precio de mercado. Y los expertos nos dicen que existen dos vías principales para asignar este precio: por un lado, la aplicación de impuestos y, por otro, la instauración de derechos de propiedad negociables en un mercado.

La aplicación de impuestos y ayudas públicas(43), parte de que el mercado es ineficiente y por tanto se requiere necesaria la intervención del Estado para gravar a los agentes responsables de externalidades negativas y subvencionar a los productores de externalidades positivas. Esta vía me parece oportuna, aunque considero que podría ser mejorada, reformada, en el sentido de conseguir un desplazamiento de la carga impositiva sobre los bienes económicos (por ejemplo, los ingresos por trabajo) a los males económicos (por ejemplo, la contaminación, la pérdida de biodiversidad).

Pero dado el actual contexto generalizado desregulador de la economía se ha acabado imponiendo la segunda vía, y a través de dos grandes mecanismos, a saber: los *mercados de servicios ambientales* y los *pagos por servicios ambientales*. El principio de «quien contamina paga» respaldará a los primeros, que será complementado por otro más novedoso, a saber: «quien conserva cobra» que respaldará a los segundos, conformando un modelo de gobernanza en el que el mercado pasa a ocupar una posición central. Precisamente este protagonismo del mercado es lo que no considero oportuno.

Cabe recordar que el principio «quien contamina paga» está enraizado con el origen del Derecho ambiental(44), pues supone reconocer la responsabilidad de los

---

(43) En este sentido considero muy oportunas y justificadas las subvenciones que las CCAA conceden a los apicultores para la colocación de colmenas.

(44) Como ha sido recogido por nuestra doctrina.

agentes económicos de los costes (monetarios) asociados a las externalidades (negativas) que genere su actividad. Y la legislación y la fiscalidad ambiental fueron las principales vías usadas para aplicar dicho principio, que merecen todo el reconocimiento(45). Sin embargo, dichas vías en consonancia con el auge del mercado han perdido fuerza en beneficio de estrategias de comercio(46), como son los ya citados *mercados de servicios ambientales*, cuyo prototipo es el «mercado de emisiones de carbono» fruto del Protocolo de Kyoto en el marco del Convenio marco para el cambio climático. Que como es sabido establece un mecanismo de compraventa para los seis principales gases de efecto invernadero, que no implica la disminución de la emisión de la contaminación, pues busca la compensación de costes monetarios que no ambientales(47). Este principio así implementado no nos parece ambientalmente oportuno pues alimenta el conocido como «efecto rebote» (paradoja de Jevons), es decir, el hecho de que en el actual sistema de producción, un aumento en la eficiencia del uso de un recurso energético-material sólo generará un aumento en la demanda del mismo porque la eficiencia llevará consigo un incremento de la expansión económica. En definitiva, teniendo como resultado un aumento del deterioro ambiental que no puede ser compensado monetariamente. Además hay que tener en cuenta que este afán compensatorio olvida la importancia de la *prevención*(48), de manera que hay que poner todo el interés en no contaminar, no destruir, no perder biodiversidad, pues muchas veces no va a ser posible restablecer, volver a la situación de origen, y la compensación económica, no devuelve la vida.

Por su parte, las externalidades ambientales positivas también han sufrido una evolución de las ayudas, subvenciones, a conductas beneficiosas al ambiente, a *los pagos por servicios ambientales* amparados en el más novedoso principio «quien conserva cobra». La lógica de estos mecanismos reside en que los beneficiarios de los servicios de los ecosistemas compensen a quienes velen por su protección, siendo la protección de la biodiversidad uno de los principales servicios ambientales incorporados en dichos mecanismos. Se evidencia aquí también claramente que las funciones ecológicas adoptan la condición de mercancías que pueden ser compradas y vendidas en el mercado, actuando así como motores de una nueva fase expansiva en el proceso de mercantilización de la naturaleza. Estos pagos pueden ser entendidos como una nueva forma de «acumulación por desposesión»(49), por ejemplo, como sucede con el acaparamiento de tierras de economías de subsistencia, que colisiona además con formas de propiedad comunal, lógicas económicas de reciprocidad. Es evidente que esta estrategia res-

(45) En este sentido abogaría por incorporar a todo el ordenamiento jurídico para poder conseguir precios reales, es decir, que incorporen las externalidades negativas, que la unidad de la teoría del valor fuera la *energía* (trabajo invertido y transporte), ¿Cómo es posible, por ejemplo, que la miel que viene del otro extremo del mundo, que recorre pues mucha distancia, pueda competir en precio con la recolectada en España?...

(46) Determinados sectores industriales (procedentes, en especial, del petróleo) perciben las vías de acción pública como una amenaza a su competitividad en el mercado global.

(47) Como lo corrobora todas las modalidades; de hecho su puesta en práctica comenzó en Estados Unidos en 1995, de acuerdo con la *Clean Water Act* que permite emitir permisos para deteriorar humedales a cambio de su compromiso para restaurarlos, crearlos o conservarlos en otros lugares.

(48) Que no en vano constituye un principio muy relevante del Derecho ambiental, reconocido por toda la doctrina, junto con el de «la corrección de los atentados al ambiente preferentemente en la fuente misma».

(49) Expresión tomada de HARVEY, D., *Spaces of Global capitalism: a theory of uneven geographical development*, Verso, Londres, 2006.

ponde a una cosmovisión propia de la sociedad urbana occidental —de concepción utilitaria de la naturaleza, de propiedad privada de la tierra— muy distinta a la mantenida tradicionalmente por las comunidades indígenas y campesinas —de no separación ser humano-naturaleza— a las que mayoritariamente se dirigen estos esquemas.

Sin embargo, considero que estos mecanismos bajo ciertas cautelas podrían ser oportunas. Se trataría de redefinir estos pagos *compensatorios* de deudas ecológicas, bajo la perspectiva de la justicia ambiental. Así, por ejemplo, los agricultores deberían ser remunerados por ser guardianes del bienestar de las abejas. Estoy pensando fundamentalmente pensando en nuestro mundo occidental, familiarizado ya con la visión utilitarista de la naturaleza y enraizada con la propiedad privada de la tierra, y desde la tutela de acción pública, y en concreto me refiero a las políticas europeas, siendo la Política agrícola común (PAC) el escenario idóneo. En efecto, a través de sus mecanismos, a saber: *los pagos directos del primer pilar*, y del segundo pilar, enfocado al desarrollo rural de la UE. Es decir, eje campo-ciudad, dado que las ciudades actúan como principales receptores de los servicios ambientales provenientes del mundo rural y a la vez como principal fuente de contaminación (50).

En efecto, estos mecanismos de la PAC deben incorporar las evidencias científicas actuales sobre los beneficios de las poblaciones de polinizadores silvestres y abejas domésticas, y los peligros que las amenazan a través de unas gestiones agrícolas y/ o ganaderas activas (51) orientadas a mitigar el cambio climático, evitar las pérdidas irreversibles de biodiversidad y de patrimonio cultural agrario, luchar contra el abandono de la actividad agraria y, especialmente, combatir el despoblamiento rural.

Salvando esos ámbitos y circunstancias, por lo general a través del auge y protagonismo de las estrategias de mercado en la gobernanza ambiental estamos mercantilizando la vida natural, ahora con el pretexto de su conservación; se está expandiendo el proceso de mercantilización de la naturaleza acaparando los ciclos de reproducción de la naturaleza, como sucede con la polinización, se priva de la base natural de las sociedades. En efecto, estas estrategias conllevan la apropiación de los servicios ecosistémicos de libre acceso (o regulados bajo sistemas de propiedad pública o comunal) para situarlos en la esfera del mercado a disposición de la mejor oferta económica. En otras palabras, los esquemas de comercio absuelven a la sociedad opulenta de sus impactos ecológicos mediante la compra de derechos de deterioro ambiental. Pero ninguna de estas estrategias resuelve las verdaderas causas remotas que provocan el deterioro ambiental, en nuestro caso, el alarmante declive de las abejas, que es el actual modelo de producción y consumo; no solo no lo cuestiona, sino que lo profundiza, y olvida el principio primordial de la prevención.

---

(50) Asimismo de acuerdo con el principio de corresponsabilidad por los problemas ambientales globales, estos pagos compensatorios podrían encajar en el Norte-Sur, dadas las actuales relaciones de intercambio económico-ecológico desigual. Como ha sucedido con una iniciativa del gobierno de Ecuador que acordó no explotar unos 850 millones de barriles de petróleo situados en el Parque nacional Yanusí a cambio de una contribución por parte de la comunidad internacional cercana al 50 por ciento de los ingresos que se podrían conseguir si dicho petróleo fuese explotado.

(51) En coherencia con el novedoso concepto de «agricultor activo», definido como persona física o jurídica cuyos ingresos anuales provenientes de la actividad agraria superen el 5 por ciento de los ingresos obtenidos por todas sus actividades económicas, excluyendo los apoyos públicos resultantes de la aplicación de la PAC. Se excluye de este requisito a los agricultores que el año previo hayan recibido menos de 5000 euros de pagos directos.

Y los resultados son ya conocidos: fracaso económico y ecológico; las abejas desaparecen alarmantemente, y ni siquiera se ha conseguido ralentizar la sexta extinción actualmente en curso, caracterizada —como es sabido— por una tasa de desaparición de especies mil veces superior a la normal. Pero todo ello es consecuente, pues no se puede pretender seguir creciendo exponencialmente en un planeta finito, cuya «biocapacidad», además, ya ha sido alcanzada.

Y aunque en un primer momento, pareciera que la naturaleza y la base biofísica de la producción empiezan por fin a ser tomadas en cuenta, lo cierto es que en lugar de aparecer como un límite infranqueable de la actividad productiva a gran escala, se están integrando en el proceso económico como un capital para hacer que aumente el capital monetario. Cuando lo deseable sería que la economía se incluyera en un conjunto más amplio, la biosfera, que la engloba y la limita. Pero no, es al contrario, se incluye a la naturaleza en el seno del ciclo del capital. Se pretende aumentar más el capital a base de la naturaleza: sobreexplotación del planeta ocultándose tras lo «verde»...

En cualquier caso, considero que los medios ecológicos de subsistencia deben quedar fuera de la racionalidad mercantil, pero asimismo reconozco que tampoco la acción pública ha sido muy eficaz pues no nos veríamos en la actual situación de crisis ambiental. Por ello como anuncié se trataría de volver a retomar el protagonismo de lo público pero renovado, como seguidamente se plantea.

## V.5. La defensa de la polinización-biodiversidad como «un bien común global»

Entiendo que la biodiversidad no debe ser conservada como si fuese una pieza de museo, sino que puede ser utilizada —pero como lo ha sido durante milenios y en consecuencia ha llegado hasta nuestros días—, como bienes públicos (52), comunes, lejos del productivismo, deterioro, o mercantilización. Asimismo considero que la propiedad privada puede ser muy eficiente para determinados fines, pero no lo es tanto cuando se trata de bienes y servicios públicos básicos que todo el mundo necesita, como los aquí es objeto de atención. Si existen recursos, bienes y servicios que por su naturaleza son públicos, y si la mejor manera de que cumplan su fin es que sean de acceso y uso público, nadie los sabrá gestionar mejor que la comunidad beneficiaria como un todo. En este contexto público considero se encuentra la biodiversidad, como un todo, y por tanto afectará a sus servicios, como es la polinización. En efecto, las abejas o su acción de polinizar constituyen un bien esencial para la vida colectiva de la humanidad y a su vez figura como sostén de la existencia misma de la diversidad biológica del planeta.

En definitiva, hay que favorecer que la gestión pública sea más eficaz y eficiente, lo que conlleva, entre otras cosas, entender que para gobernar un bien público, de todos, hay que contar con la comunidad, que además constituye su razón de ser. No obstante, hay que tener presente que el sistema económico ha calado tanto a los individuos como a las instituciones que lo modelan; el mercado nos define. Hay que estar abiertos, por tanto, a cambios institucionales en el sentido de dar más peso a la sociedad.

(52) Gracias a su *inalienabilidad*, *imprescriptibilidad* e *inembargabilidad*, así como la *no exclusión*, porque a nadie se le puede privar de ellos; y la *no rivalidad*, no hace falta entrar en competencia con los demás para tener acceso a los mismos. Por su carácter clarificador y didáctico es oportuna la lectura de LÓPEZ RAMÓN, F., *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Civitas, Madrid, 2012.

En efecto, las soluciones mercantiles han demostrado ser un callejón sin salida, como se ha visto, pero también las soluciones públicas procedentes de la propiedad estatal sin contar con la participación de las poblaciones, pues a la vista está que han constituido dos caras de la misma moneda, es decir, de la propiedad-apropiación. Se trata de superar el binomio público/privado por el empoderamiento de la ciudadanía a través de la renovación de las regulaciones públicas que incluyan a las poblaciones, colectividades, que tiendan a la autoorganización y autogestión ciudadana, a su autonomía.

Dada la importancia de la polinización para el porvenir de la humanidad y la grave amenaza que recae sobre ella en todo el mundo, entiendo que sería muy oportuno considerarla un *bien público común*, y dado su interés internacional, sería además calificado de *global o mundial*(53). En realidad el bien común global sería la biodiversidad, y se podría prescindir el término «público» para dar más énfasis al carácter «común».

Obviamente partimos de la técnica clásica de la demanialización de ciertos bienes, que por su naturaleza son públicos, de acuerdo con la tradición del Derecho romano—considerados, como son los bienes naturales, desde siempre como *res communis*—, y que muy oportunamente fue recogida por el Derecho ambiental (y nuestra doctrina). El *bien público común o bien común* lo entiendo como una variante, o mejor, una redefinición de la propiedad pública, que en gran medida va a recordar a nuestros bienes comunales(54), y que considero—dado su interés— debe ser objeto de especial atención para dotarle de un régimen jurídico adecuado(55).

Los bienes comunes, como los aquí referidos, son dones y servicios que nadie puede reivindicar que ha fabricado o dispensado, de regalos de la naturaleza, preservadas en todo caso por generaciones pasadas. Bienes, por lo demás, esenciales, insustituibles e irreproducibles, ausentes en un supermercado o en las cuentas del Estado. Pero también son bienes comunes los bienes producidos, conservados y compartidos por los usuarios unidos en una comunidad con normas colectivas y con tamaño y naturaleza variables; son bienes que implican el compromiso de los ciudadanos y la definición de las reglas de su uso. Estas comunidades, aunque autónomas, no son independientes de la sociedad en su conjunto: resulta obvio que los comunes dependen también de los Estados, como es muy claro en la preservación de aquellos de carácter global, como sería la polinización, la biodiversidad, así como la atmósfera, los océanos..., que no podrían siquiera considerarse sin la existencia de acuerdos internacionales, (*de ius cogens*), que se aplican obviamente también a dichas comunidades, puesto que su (mejor) gestión siempre es local. Por ello, Naciones Unidas debería ser quien definiera y dotara de contenido a los bienes comunes, es decir, regulando sus reglas de usos en coherencia con su carácter de derecho inalienable, como derechos de acceso a los elementos fundamentales de la vida, derechos de uso de los recursos, en definitiva, como derechos sociales básicos por parte de las respectivas comunidades.

En síntesis, se trata de recursos especiales, de bienes primarios, de precondiciones para el desarrollo de cualquier actividad, del producto de lo que ofrece la natura-

---

(53) La terminología es variada como se desprende de GORDILLO, J.L. (coord.), *La protección de los bienes comunes de la humanidad*, Trotta, Madrid, 2006.

(54) Para un mayor conocimiento: BOCANEGRA SIERRA, R., *Bienes Comunales y Vecinales*, Iustel, Madrid, 2008.

(55) De hecho dicha investigación constituye el objeto de una publicación propia en curso.

leza y del trabajo consciente realizado por las sucesivas generaciones en la forma de materias primas, de saberes, de lenguas, de normas, de valores, de espacios sociales y naturales en los que disputan la cooperación y la reciprocidad.

Esta caracterización recuerda, incluso coincide en gran medida, con el bien común, que se podía llamar tradicional, nuestros bienes comunales que decía, que precede al mercado capitalista y al Estado representativo, y es la forma institucionalizada más antigua de actividad autogestionada, y todavía existe en comunidades de todos los continentes que ponen en común sus recursos —tierras, aguas, bosques pesca, caza, pastos, etc.—, y se comprometen a usarlos colectivamente. Como modelo de gobierno, el bien común representa un arquetipo primitivo de la *economía circular* actual (56).

Este modelo de gestión puede ser exportable —*mutatis mutandis*— para los actuales bienes *públicos comunes globales*, como sería la biodiversidad-polinización. Aunque insisto no se trata del bien común ancestral de la época feudal sino de un bien público renovado, pues aunque recupera ciertas características de esos bienes tradicionales, interiorizará el principio ambiental que respalda la buena globalización: «pensar globalmente, actuar localmente» (57). Y de acuerdo con las cautelas que señalé *supra*, y en nuestro contexto europeo, los agricultores podrían ser remunerados por contribuir a la conservación, por ser los «guardianes» de dichos bien comunes, es decir, como «pagos por servicios ambientales».

Antes de avanzar cabe decir que estamos asistiendo a un auge importante de los bienes comunes, y que, asimismo, dicho auge no es casual. Y para comprender estos pormenores conviene mostrar previamente un apunte sobre la evolución que el concepto de bienes comunes ha tenido de un tiempo a esta parte.

A pesar de que los bienes comunes feudales fueron muy eficaces para la organizar la vida tan dura y menesterosa de aquella época, la modernidad empañó su reputación, dada su gran simpatía por la propiedad privada y sus implicaciones. Tanto es así que la referencia contemporánea más conocida es un artículo: *La Tragedia de los comunes*, publicado en 1968, por el profesor de ecología, HARDIN, que reforzó la mala valoración de los tiempos precedentes. Grosso modo «la tragedia» residía en que «cada individuo mirando por su propio interés en una sociedad que cree en la libertad del bien común, todos intentarán maximizar su beneficio hasta que se agote el bien común» (58). Pero HARDIN pasó por alto su gestión, pues un bien común no es un bien libre de acceso, sino que necesita ser regulado, controlado, que suele estar a cargo de sus miembros, como fue advertido muy oportunamente con posterioridad, aunque cabe decir de forma minoritaria.

La profesora de Derecho, Carol ROSE, publicó en 1986 «La comedia del procomún», como respuesta incisiva a la tesis de HARDIN, que reavivó el interés por los

(56) Economía que interioriza el carácter cíclico, circular de la naturaleza, distanciándose del *modus operandi* del ser humano actual que es lineal...

(57) A diferencia que suele acontecer en la actualidad, «la mundialización», es decir, «pensar localmente, y actuar globalmente»...

(58) HARDIN planteó su tesis a través unos pastos «abiertos a todos» como aparece muy bien relatada en RIFKIN, J., *La sociedad de coste marginal cero. El internet de las cosas, el procomún colaborativo y el eclipse del capitalismo*, Paidós, Barcelona, 2014, pp. 195-196.

bienes comunes (59). Rose se refiere a los derechos consuetudinarios para navegar por los ríos, transitar por caminos, acceder a la plaza pública..., y uno de los aspectos más interesantes es que suelen ir acompañados de protocolos de gestión —formales e informales— que garantizan un cuidado adecuado del bien común (60).

Y esta misma tesis sobre la necesidad de control y adecuada gestión de los bienes comunes integrando a los usuarios, la corroboró la economista Elinor Ostrom, en su publicación «El gobierno de los comunes», en 1990, donde realizó un análisis económico y antropológico de la historia de los comunes que abarcaba 1000 años, y analizaba las razones por las que la gestión de los comunes había triunfado y fracasado en el pasado, y sus pragmáticas propuestas para garantizar el éxito de su gestión en el futuro, lo que fue respaldado por el Nobel de Economía en 2009 (61).

Pero el mensaje de HARDIN fue entendido como un espaldarazo a la expansión de la esfera mercantil para garantizar la preservación de los recursos (62), que se ha dejado notar llegando hasta nuestros días.

¿Y por qué —como decía *supra*— no es casual este auge, protagonismo de los bienes comunes? Habría que referirse al protagonismo del mercado, la impersonal gestión pública y la actual situación de crisis —que ha provocado el traspaso de muchos bienes y servicios públicos al sector privado—, muchos ciudadanos se han propuesto encontrar un modelo de gobierno basado en una forma más democrática y colaborativa de organizar la vida económica, y han visto el bien común como la manera de recuperar el equilibrio económico. Además el bien común, de acuerdo con numerosos estudios realizados en los últimos veinte años, aparece como la forma de gestión de la actividad económica que concuerda mejor con el carácter social de la especie humana, echando por tierra la idea de que el ser humano es egoísta por naturaleza. De esta manera está proliferando, lo que se conoce como el *procomún contemporáneo colaborativo* como el espacio donde miles de millones de personas participan en los aspectos más sociales de la vida. Está compuesto, literalmente, por millones de organizaciones autogestionadas, en su mayoría democráticas, que incluyen asociaciones benéficas, organizaciones de carácter religioso, asociaciones artísticas y culturales, cooperativas de productores y consumidores, asociaciones de vecinos, organizaciones sanitarias, etc., que conforman la llamada «economía social», o «tercer sector», y va a constituir una fuerza formidable que dará confianza para que mercados y Estados funcionen.

---

(59) Información que aporta RIFKIN, J., *La sociedad de coste marginal cero. El internet de las cosas, el procomún colaborativo...*, op. cit, p. 197

(60) «ROSE planteó la pregunta más importante de todas: ¿cuándo debe quedar la propiedad en manos privadas y cuándo debe estar en manos de todos, es decir, en el procomún?» en RIFKIN, J., *La sociedad de coste marginal cero. El internet de las cosas, el procomún colaborativo...*, op. cit, pp. 198 y ss.

(61) OSTRM, observó que «los recursos en común, esto es la gestión de los recursos por comunidades de usuarios, permiten de forma simultánea el acceso a los recursos y su preservación. Son en efecto gestionados por comunidades de tamaño variable, que fijan reglas escritas o consuetudinarias para su utilización, a fin de permitir el acceso a los miembros de la comunidad y garantizar la renovación. La gestión compartida en los usuarios del bien común, la cercanía del control hace que haya menos infracciones, no sólo porque no hay ningún lugar donde ocultarse sino también por la sensación de culpa y vergüenza que puede sentir el infractor por haber traicionado la confianza de sus vecinos y amigos», en RIFKIN, J., *La sociedad de cote marginal cero. El internet de las cosas, el procomún colaborativo...*, op. cit, pp. 199 y ss.

(62) Aunque según señala RIFKIN, «ecologista fervoroso estaba convencido de que la única manera efectiva de detener la degeneración de los ecosistemas de la Tierra era que el Estado impusiera un control centralizado con mano dura» RIFKIN, J., *La sociedad de coste marginal cero...*, op. cit, p. 196.

En definitiva, en el momento socioeconómico actual de profunda crisis —se habla de crisis de civilización— la llamada «sociedad civil», o desde la ciudadanía (63), ante la falta de soluciones tanto desde la esfera pública como del mercado, se organiza creando comunidad.

Por otro lado, cabe apuntar —como asevera RIFKIN— que el enorme peso que está cogiendo este sector se debe a la plataforma tecnológica de internet que potencia y extiende a escala mundial los valores cooperativos de esta antigua institución, ahora renovada, y lo caracteriza. Pero, además internet es clave para que este sector prolifere, y va a ser el desencadenante para que transitemos a otra economía, incluso a otro paradigma civilizatorio, de la empatía, del buen vivir para todos (64).

En este contexto se fraguan las buenas noticias que anuncié en la Introducción del trabajo. Estamos caminando hacia «un bien común de alta tecnología del siglo XXI que permitirá gestionar las actividades económicas distribuidas, entre iguales y de escala lateral que el Internet de las cosas hace posibles» (65). El internet of Thing Europea Resecar Clúster es un organismo creado por la Comisión Europea para facilitar la transición hacia una nueva era caracterizada por una «informática ubicua» o lo que ya se denomina el «internet de las cosas» que estará conformado por un internet de las comunicaciones, un internet de la energía (66) y un internet de la logística, que conectará el planeta en una red mundial distribuida (67). Este potencial tecnológico —y esta es la tesis central de RIFKIN— «dará lugar a unos niveles de productividad y de eficiencia que prácticamente eliminan el coste de producir servicios y unidades adicionales aparte de la inversión inicial y de los costes fijos. Cuando los costes marginales se acercan a cero los beneficios desaparecen porque los bienes y servicios se han liberado de los precios del mercado y, básicamente, son gratuitos» (68). Situación que ya se está dando: cada vez más libros, música, información de todo tipo circula libremente por internet...

«Cuando la mayoría de las cosas son prácticamente gratuitas —dirá RIFKIN—, toda justificación del capitalismo como mecanismo para organizar la producción y la distribución de bienes y servicios carece de sentido (69). La razón es que la dinámica del capitalismo se alimenta de la escasez (...) Pero cuando los bienes son gratuitos, la escasez es sustituida por la abundancia. El valor de intercambio no sirve de nada porque todo el mundo puede obtener casi todo lo que necesita sin pagar por ello. Los

(63) También referida estrategia «desde abajo hacia arriba» o «estrategia bottom up».

(64) En *La sociedad de coste marginal cero. El internet de las cosas, el procomún colaborativo...*, op. cit., pp. 11 y ss.

(65) En *La sociedad de coste marginal cero. El internet de las cosas, el procomún colaborativo...*, op. cit., p. 24.

(66) El internet de la energía ofrece la promesa de que la electricidad verde sea casi universal y con un coste marginal casi nulo dentro de veinticinco o treinta años. Sobre este particular es muy alentador de nuevo RIFKIN, J., *La Tercera Revolución Industrial*, Paidós, Barcelona, 2011, y *mutatis mutandis*: ORTIZ GARCÍA, M., «El marco jurídico de la generación distribuida de energía eléctrica: autoconsumo, redes inteligentes y el «derecho al sol» en *Eficiencia energética y Derecho* (dir. F. GARCÍA RUBIO, L. MELLADO RUIZ), Dykinson, Madrid, 2013, pp. 235-285.

(67) En *La sociedad de coste marginal cero. El internet de las cosas, el procomún colaborativo...*, op. cit., p. 191.

(68) *Ibid.* p. 23.

(69) *Ibid.* p. 337.



productos y servicios tienen un valor derivado de usarlos y compartirlos, pero ya no tienen un valor de intercambio (...) El control centralizado del comercio cede paso a una producción distribuida y en colaboración de escala horizontal, donde el *intercambio de propiedad* en los mercados pierde cada vez más relevancia frente al *acceso a bienes y servicios* compartidos en redes, y donde el capital social tiene más valor para orquestar la vida económica que el capital de mercado».

Pero como reconoce el propio RIFKIN, mientras que el concepto de «abundancia» (70), es más bien relativo, la sostenibilidad de nuestro planeta no lo es (71), y por ello será contundente: «Lo que la especie humana necesita con más urgencia para sobrevivir y prosperar es una manera nueva de vivir en la Tierra» (72) (73). A este respecto considero muy relevante rescatar y profundizar el concepto de «bienes comunes».

Asimismo, RIFKIN con buen criterio trae a colación el «efecto rebote», ya conocido, pues tratándose de bienes prácticamente gratuitos podría suceder que se esquilmará con más rapidez el planeta. Pero lo considera «muy improbable» pues «lo que genera un exceso de consumo es la escasez, no la abundancia» (74). Y también apela a la nueva sensibilidad menos materialista, más sostenible, más empática de las nuevas generaciones más familiarizadas con las redes, y demás espacios comunes..., y asimismo acudirá a la historia de la humanidad que muestra un balance positivo (75).

Las buenas noticias crecen por momentos, pues además ahora que la humanidad podrá dejar atrás su *mantra* de la constante necesidad de crecimiento material ilimitado, ya puede dedicarse a cuidar de lo que nos cuida: la naturaleza, y deleitarse con ella, es decir, centrarse en el «buen vivir».

## VI. Conclusiones: el buen vivir

Antes que nada si voy hablar de «buen vivir» es necesario *ser agradecida* (76) con lo que nos ha acontecido, incluido por supuesto el mercado en su última acepción —capitalista—, pues nos ha permitido, entre otras cosas, «llegar aquí y ahora», esperando entrar de lleno en esa economía de la abundancia, que nos permitirá dis-

---

(70) Para profundizar sobre este concepto, vid. DIAMANDIS, PH, KOTLER, S., *Abundancia. El futuro es mejor de lo que piensas*, (trad. R. ARTOLA), Antoni Bosch, Barcelona, 2013

(71) *Ibid.* p. 338.

(72) *Ibid.* p. 365,

(73) En cualquier caso mucho más realista, cuanto menos, que la propuesta del físico británico Stephen Hawking de animar a la humanidad a salir de la Tierra para poder sobrevivir. ¡Pero si la Tierra no tiene ningún problema, es fantástica, somos nosotros..., que como decía Mario Benedetti «Conspiramos contra nosotros mismos»...!

(74) Para ahondar más en estas argumentaciones RIFKIN, *La sociedad de coste marginal cero. El internet de las cosas, el procomún colaborativo...*, *op. cit.*, p. 350.

(75) Se referirá al *homo empathicus*, *La sociedad de coste marginal cero...* *op. cit.*, p. 368, y es muy recomendable de mismo autor la lectura de *La civilización empática*, Paidós, Barcelona, 2010.

(76) No en vano el «buen vivir» es sinónimo de «vida buena», de vivir los valores en definitiva, y por ello debo hacer extenso ese agradecimiento a tantos esfuerzos que trabajan infatigablemente por un mundo más amable para todos, y que desde luego este trabajo es deudor.

frutar a todos de una «vida buena». El «buen vivir» nos va aportar bienestar y «bien-ser» pues supone volver a las cotidianas y pequeñas cosas pero con más sabiduría, a saber: volver a aprender alimentarse bien, a saber comunicarse, compartir, trabajar, cuidarse, pero también bailar, contemplar la naturaleza, respirar... (77). Como se observa ninguna de estas acciones van a poner en peligro a las abejas, todo lo contrario, dada la importancia que tiene para el buen vivir las bellezas de la vida, se cuidarán...

El concepto de «buen vivir» ha cobrado notoriedad a partir de los debates en América del Sur, y en especial por sus recientes formulaciones constitucionales. Pero no es novedoso ni patrimonio de una cultura pues ya hablaba, por ejemplo, Aristóteles de la «vida buena», que era contraria a la búsqueda de la riqueza por la riqueza...

Más recientemente, en 1974 se presentaría en el marco de Naciones Unidas, la idea de un «ecodearrollo» en la Declaración de Cocoyoc, que cuestionó la naturaleza o finalidad del desarrollo pues ése «...no debería ser el desarrollo de las cosas sino del ser humano». Latouche aboga por decrecer el «bien-tener» para mejorar el «bien vivir» (78)...

Sin embargo, hay que reconocer que la cosmovisión de las culturas ancestrales indígenas allana mucho el camino para disfrutar de esa vida buena, pues invita a vivir con la naturaleza, interiorizando las nociones de interdependencia entre la humanidad y los ecosistemas. Tanto es así que dichas culturas los individuos no se encuentran aislados, sino que forman parte activa de las comunidades sociales y biológicas, y éstas a su vez de su entorno natural (79). A diferencia de nosotros que diferenciamos entre sociedad y naturaleza como dos entidades claramente distintas y opuestas. En lugar de un progreso asociado al aumento de la riqueza material y del consumo de bienes, la visión indígena propone el reencuentro con el buen vivir.

En cambio en la tradición occidental el desarrollo es entendido exclusivamente como crecimiento económico, dejando de lado otras consideraciones de tipo social, ambiental o cultural, esferas que consecuentemente se encuentran en crisis. Esta limitada idea de desarrollo es deseable porque se considera la palanca que posibilita la generación de empleos y riqueza. El bienestar de un país se asocia a los grados de consumo energético-material; el consumo, lo utilitario lo es todo, incluso lo que da sentido a la vida humana.

Pero el desarrollo, entendido meramente como crecimiento económico, encuentra serias limitaciones (socioambientales), pues en principio no hay suficiente planeta para sustentar un proceso productivo exponencial que tiene como telón de fondo patrones de consumo despilfarradores.

En este contexto es muy elocuente y un placer traer a colación los aspectos que conformaban, para nuestro querido profesor Demetrio LOPERENA, el desarrollo sos-

(77) Podría tratarse de una nueva generación de derechos humanos, una profundización de los derechos de Tercera generación —los derechos de la solidaridad, entre ellos: el derecho al desarrollo, al ambiente y a la paz—, que deberían ser debatidos en el marco de Naciones Unidas. En este sentido es oportuno señalar que desde la sociedad civil en Monterrey, en el año 2007, se adoptó lo que se denominó: *La Declaración Universal de los Derechos Humanos Emergentes*, precisamente alineados con ese «buen vivir».

(78) En *La apuesta por el decrecimiento*, Icaria, 2008, p. 82.

(79) Sin entrar en valoraciones y discusiones doctrinales, cabe señalar que este planteamiento ha llevado a incluir los Derechos de la Tierra en la Constitución Ecuatoriana.

tenible, a saber: *el fin*, el desarrollo social; *el instrumento*, la economía; y *la condición*, la tutela ambiental (80).

El buen vivir nos va a permitir considerar la posibilidad de pasar del vivir mejor y del siempre más, al vivir bien. Aquí vendría bien parafrasear a HARDIN y señalar las graves consecuencias de la «tragedia de lo no común».

Sin embargo, la gobernanza ambiental actualmente se decanta por la inclusión de la naturaleza en la economía mercantil, con los resultados por todos conocidos, y como ejemplo, la amenaza de la seguridad alimentaria por la falta de la polinización. En cambio, abogo, por adelantarnos a esa economía de la abundancia que nos re-crea RIFKIN, y vivir ya de lleno en la prosperidad que proporciona la «vida buena» o «buen vivir», como clave además para asegurar la paz social y la sostenibilidad ambiental, para asegurar no solo la supervivencia de la humanidad sino también su felicidad...

Las abejas, tanto silvestres como las domesticas, así como el resto de polinizadores, son imprescindibles en la polinización de muchos cultivos básicos en las distintas dietas de todo el mundo y hacen que aumenten su productividad y calidad. En definitiva, son necesarias para el buen vivir, y por tanto, estamos obligados a protegerlas. La próxima vez que una abeja zumbe a su alrededor: ¡sonría!

## VII. Bibliografía

- BELLO, A., JORDÁ, C., TELLO, J.C., *Agroecología y producción ecológica*, CSIC, Madrid, 2010.
- BOCANEGRA SIERRA, R., *Bienes Comunes y Vecinales*, Iustel, Madrid, 2008
- CARSON R., *La Primavera Silenciosa*, (trad. J. ROS), Editorial Crítica, Barcelona, 2010.
- DELIBES, M., DELIBES CASTRO M., *La Tierra herida*, Destino, Barcelona, 2007.
- DIAMANDIS, P.H., KOTLER, S., *Abundancia. El futuro es mejor de lo que piensas*, (trad. R. ARTOLA), Antoni Bosch, Barcelona, 2013.
- LATOUCHE, S., *Salir de la sociedad de consumo*, Octaedro, Barcelona, 2012.
- , *En La apuesta por el decrecimiento*, Icaria, 2008
- FAO, *Biodiversidad agrícola en la FAO. La polinización un servicio del ecosistema*, 2014 (<http://www.cbd.int/doc/external/cop-09/fao-factsheet-es.pdf>). Greenpeace, Alimentos bajo amenaza, 2012.
- GÓMEZ-BAGGETHUN, E., «Análisis crítico de los pagos por servicios ambientales: de la gestión teórica a la implementación» en *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros* n.º 228, 2011, págs. 33-54.
- GORDILLO, J.L. (coord.), *La protección de los bienes comunes de la humanidad*, Trotta, Madrid, 2006.
- LEAKEY, L. Y LEWIN, L., en *La sexta extinción. El futuro de la vida y de la humanidad*, Tusquets, Barcelona, 1997.
- LOPERENA ROTA, D., *El derecho al medio ambiente adecuado*, IVAP, Civitas, Madrid, 1996.
- , *Los principios de Derecho ambiental*, Civitas, Madrid, 1998.
- , *Derecho sostenible y globalización*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2003.
- LÓPEZ RAMÓN, F., *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Civitas, Madrid, 2012.
- MARTÍN MATEO, R., *La gallina de los huevos de cemento*, Civitas Madrid, 2007.

(80) Estas consideraciones fueron recabadas de una Conferencia impartida en Santiago de Compostela, con motivo del IV Congreso Nacional de Derecho Ambiental (19-21 de junio de 2002).

- Naciones Unidas, Millennium Ecosystem Assessment (MEA), *Ecosystems and Human Well-Being: Synthesis*. Island Press, Washington, 2005, 155 pp.
- ORTIZ GARCÍA, M., «El marco jurídico de la generación distribuida de energía eléctrica: autoconsumo, redes inteligentes y el «derecho al sol» en *Eficiencia energética y Derecho* (dir. F. GARCÍA RUBIO, L. MELLADO RUIZ), Dykinson, Madrid, 2013, págs. 235-285.
- RIFKIN, J., *La sociedad de cote marginal cero. El internet de las cosas, el procomún colaborativo y el eclipse del capitalismo*, Paidós, Barcelona, 2014, págs. 195-196.
- , *La Tercera revolución industrial*, Paidós, Barcelona, 2011
- , *La civilización empática*, Paidós, Barcelona, 2010.
- STUART, T., *El despilfarro. El escándalo global de la comida* (trad. M. HERNÁNDEZ), Editorial alianza, Madrid. 2011.

Trabajo recibido el 23 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Udaberri grisa edo lorerik gabekoa, kolorerik gabekoa —erleekin batera ari baita desagertzen hain funtsezkoa den polinizazioa—, ingurumena ongi kudeatu beharri buruzko gogoeta da. Arlo horretantxe nabarmentzen zen Demetrio Loperena Rota, gure irakasle bizizale eta maitea, eta haren oroitzenak eta lan onak ingurumenaren gobernantza bideratzen laguntzen digu. Batik bat erleek egiten duten polinizazioak ekosisteman duen garrantzia eta haien gainbeheraren arrazoiak aurkeztu ostean, biodibertsitatearen galera kezagarri horri aurre egiteko soluzioak proposatzen ditugu. Hala, mugak jarri dizkiogu ekonomiaren hazkunderari, kontserbaziorako estrategia moduan bada ere, eta lurraldeen eta ekosistema-zerbitzuen erabilerrari buruzko arautegi kolektibo berritu bat ezarri digu, denok hobeto bizitzeko balio izango duelakoan.

**HITZ GAKOAK:** Erleak-polinizazioa. Naturaren balioa-prezioa. Biodibertsitate-merkatuak. Ondasun komunak. Ongi bizitzea.

**RESUMEN:** La primavera gris o primavera sin flores, sin colores —dada la masiva desaparición de abejas y con ellas la acción clave de la polinización— es una reflexión sobre la necesidad y urgencia de gestionar ambientalmente bien el planeta. Precisamente en dicha materia destacaba nuestro vitalista y querido profesor Demetrio Loperena Rota, cuyo recuerdo y buen hacer coadyuvan para encauzar la gobernanza ambiental. El trabajo, después de exponer la importancia de los servicios ecosistémicos de la polinización que realizan fundamentalmente las abejas y las causas de su declive, propone soluciones para abordar tan alarmante pérdida de biodiversidad. Las propuestas consisten, fundamentalmente, en establecer límites a la expansión de la esfera económica, aunque sea como estrategia conservacionista, mediante la implantación de una regulación colectiva renovada sobre los usos de los territorios y de sus servicios ecosistémicos, augurando una vida buena para todos.

**PALABRAS-CLAVE:** Abejas-polinización. Valor-precio naturaleza. Mercados de biodiversidad. Bienes comunes. Buen vivir.

**ABSTRACT:** Grey spring or spring without flowers, without colours —due to the massive disparition of bees and with them the key action to pollination— is a reflection on the necessity and urgency to manage environmentally the world. Precisely on this subject our vital and beloved professor Demetrio Loperena Rota used to stand out, whose memory and good work help to straighten out the environmental governance. This work, after explaining the importance of ecosystemic services of pollination that are mainly carried out by bees and the causes of its deterioration, proposes solutions to deal with the so alarming lost of biodiversity. The proposal to respond to the challenge of the crisis of biodiversity sets limits to the expansion of the economic sphere albeit as a conservationist strategy, by means of a renewed collective regulation on the uses of territories and their ecosystemic services, predicting a good life for all of them.

**KEYWORDS:** Bees-pollination. Value-price of nature. Markets of biodiversity. Common goods. Good living.



# Estudio sobre el aumento del papel coordinador del Estado en la reforma de la regulación de los Parques Nacionales

Anna Pallarès Serrano

**Sumario:** I. Introducción.—II. El incremento del papel coordinador del Estado. II.1. Planteamiento. II.2. Breve referencia sobre la evolución del papel del Estado en este ámbito. II.3. Elementos que incrementan el papel coordinador del Estado. II.3.1. Cambio de objeto de la ley. II.3.2. Establecimiento de mecanismos coordinadores estatales en las zonas sometidas a exigencias de defensa nacional. II.3.3. Creación de nuevos órganos con finalidad colaboradora y coordinadora y mayor determinación de la composición de los patronatos. II.3.4. Previsión de intervención del Estado en caso de conservación desfavorable. II.3.5. Articulación y efectos de la declaración de estado de emergencia por catástrofe medioambiental. II.3.6. Previsión del establecimiento de una imagen corporativa. II.3.7. Aumento de la intervención y del protagonismo del Estado en los procesos de declaración de un Parque Nacional y de modificación de sus límites.—III. Conclusiones.

## I. Introducción

Nos hemos dispuesto a realizar este estudio al descubrir que, en un ámbito de tanta relevancia en el derecho ambiental, como el de los espacios naturales protegidos(1), existe en las Cortes Generales un proyecto de ley(2) sobre los espacios protegidos de mayor valor e importancia, en definitiva, sobre los Parques Nacionales. Aunque a la hora de abordar este trabajo vemos que las pretensiones fundamentales de la reforma son, a nuestro parecer, el incremento del papel coordinador del Estado y el recurso a la colaboración privada en el cumplimiento de los objetivos de cada Parque Nacional, somos conscientes que, con las limitaciones de extensión de las que disponemos, solo podemos adentrarnos en el estudio de una de estas dos cuestiones y, considerando que los cambios más trascendentales se realizan en el ám-

---

(1) Sobre estos espacios y sus regulaciones postconstitucionales consultar, entre otros: GARCÍA URETA, Agustín, *Espacios naturales protegidos. Cuestiones jurídicas en la Ley 4/1989, de 27 de marzo*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñate, 1999; DE ROJAS MARTÍNEZ-PARETS, Fernando, *Los Espacios Naturales Protegidos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2006; LAZCANO BROTONS, Iñigo, «Los espacios naturales protegidos», en LASAGABASTER HERRATE, Iñaki (Dir.), *Derecho Ambiental. Parte Especial I. Espacios Naturales, Flora y Fauna, Montes, Paisaje, Lete*, Bilbao, 2007; LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «La Ley de Conservación de 1989 y la continuidad de sus planteamientos en la Ley del Patrimonio Natural de 2007», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 307, 2010.

(2) En concreto, el citado proyecto se encuentra publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 78-1, 31 de enero de 2014.

bito del aumento del poder coordinador del Estado, nos vamos a centrar únicamente en el estudio de las novedades que existen al respecto. Nuestra pretensión, a la hora de abordar este estudio, es analizar los cambios que introduce el proyecto de ley respecto a la normativa vigente actualmente.

## **II. El incremento del papel coordinador del Estado**

### **II.1. Planteamiento**

Antes de pasar a analizar, punto por punto, los diferentes aspectos que consideramos llevan a aumentar al papel coordinador del Estado en el ámbito de los Parques Nacionales, es importante, para situar al lector y para detectar o determinar una posible extralimitación competencial del legislador estatal en el establecimiento de estas medidas coordinadoras, aclarar, aunque sea muy brevemente, cual ha sido el reparto competencial en la materia, como el legislador estatal ha interpretado dicho reparto y la doctrina jurisprudencial que ha asentado dicho reparto.

### **II.2. Breve referencia sobre la evolución del papel del Estado en este ámbito**

Los Parques Nacionales son una figura de protección de los espacios naturales. Éstos últimos se crean para proteger, restaurar y preservar los hábitats naturales y su biodiversidad. Al respecto, nos encontramos, por un lado, que los espacios naturales protegidos es un ámbito de actuación sobre el que no existe un título competencial expreso y específico en la CE, pero que queda subsumido, por la materia que aborda, dentro del título general «protección del medio ambiente» del art. 149.1.23 CE. Por otro lado, de acuerdo con el principio dispositivo de la CE(3), nos encontramos que son muchos los estatutos de autonomía que han asumido la competencia sobre los espacios naturales protegidos como competencia exclusiva(4). Es evidente que, de acuerdo con el reparto competencial, esta competencia la tendrán que ejercer las Comunidades Autónomas respetando la «legislación básica» que dicte el Estado en virtud del art. 149.1.23 CE. De manera que corresponderá a las Comunidades Autónomas, que hayan asumido la competencia sobre espacios naturales como exclusiva, desarrollar la legislación básica dictada en este ámbito, establecer normas adicionales de protección y realizar la gestión en materia de protección del medio ambiente, en general, en el ámbito de los espacios naturales, en particular, y de los Parques Nacionales, en concreto.

En un inicio el legislador estatal, en ejercicio de sus competencias, dicta la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres(5). Esta Ley, que atribuye al Estado la declaración o creación de los

---

(3) Principio establecido en el art. 149.3 CE.

(4) Por ejemplo, los Estatutos de Autonomía de Andalucía (art. 57.1.e)), Aragón (art. 71.21), Canarias (art. 30.16), Cataluña (art. 144.2), Comunidad valenciana (art. 49.1.10) y Extremadura (art. 9.1.33).

(5) Esta ley deroga y sustituye a la preconstitucional Ley de 2 de mayo de 1975, de Espacios Naturales Protegidos, con la pretensión, entre otras, de adaptarse al actual reparto competencial sobre la materia. En este



Parques Nacionales, así como su gestión en exclusiva, fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad presentado por varias Comunidades Autónomas, que dio como resultado la STC 102/1995, de 26 de junio(6), y la correspondiente reforma de la norma sectorial, para adaptarla a los nuevos pronunciamientos jurisprudenciales, a través de la Ley 41/1997, de 5 de noviembre, que introduce para los Parques Nacionales un modelo de cogestión entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Esta reforma fue considerada incompleta e insuficiente y algunos de sus preceptos fueron objeto de recurso de inconstitucionalidad dando como resultado la STC 194/2004, de 4 de noviembre(7), que determina que la función relativa a la gestión de los Parques Nacionales se atribuye de manera exclusiva a las Comunidades Autónomas. En este ámbito, el Estado también aprueba el Real Decreto 1803/1999, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Director de la Red de Parques Nacionales y el Real Decreto 1760/1998, de 31 de julio, por el que se determina la composición y funcionamiento del Consejo de la Red de Parques Nacionales, de las Comisiones Mixtas de Gestión de dichos parques y de sus Patronatos(8). Ambos reglamentos han sido objeto de conflictividad competencial que se ha resuelto a través de las SSTC 101/2005, de 20 de abril(9), y 32/2006, de 1 de febrero(10), respectivamente.

---

sentido, la disposición adicional quinta de la norma afirma que: «*Son normas básicas, a los efectos de lo previsto en el artículo 149.1.23 de la Constitución, los siguientes artículos y disposiciones: 1, 2, 4, 5, 6, 8 al 19, 21 al 31, 33 al 41; disposiciones adicionales primera, segunda, cuarta, quinta y disposición transitoria segunda*». La cursiva es nuestra. A efectos aclaratorios para este trabajo, tiene la condición de legislación básica todo el título III de la Ley dedicado a la protección de los espacios naturales, menos el artículo 20, incluyendo, por lo tanto, su capítulo IV dedicado a los Parques Nacionales.

(6) Esta sentencia rechaza que la gestión de un Parque Nacional se pueda residenciar de manera exclusiva al Estado, y afirma, en el fundamento jurídico 22, que: «(...) sólo residualmente, en ciertos supuestos límite que no es necesario concretar ahora, aunque no sea éste, pueda participar en ella el Estado». Sobre esta STC, en concreto, *vid.*, entre otros, CANALS AMETLLER, Dolors, «La polémica jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de espacios naturales protegidos: competencias estatales *versus* competencias autonómicas (Comentario en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional 102/1995, de 26 de junio, en relación con las SSTC 156/1995, de 26 de octubre, y 163/1995, de 8 de noviembre)», en *Revista de Administración Pública*, núm. 142, 1997, pp. 305-351.

(7) Esta sentencia resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulados 460/98, 469/98 y 483/98 presentados por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, por las Cortes de Aragón y por la Diputación General de Aragón contra el artículo único de la Ley 41/1997, de 5 de noviembre, por el que se modifica la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, y contra algunas disposiciones adicionales y la disposición final 2.ª de la Ley 41/1997.

(8) Este Real Decreto desarrolla el modelo de organización de los Parques Nacionales diseñado por la Ley 41/1997, de 5 de noviembre, de acuerdo con el modelo de cogestión que introduce.

(9) En los fundamentos jurídicos 5, 9 y 11 de esta sentencia, el TC afirma que solo se puede considerar como legislación básica el contenido del Plan Director de la Red de Parques Nacionales que fija criterios básicos y medidas que se consideran necesarios y sustantivos para preservar los recursos ecológicos y los valores naturales y los preceptos que establecen límites en el ejercicio de determinadas actividades sectoriales para conseguir tales objetivos.

(10) La STC 32/2006, de 1 de febrero, declara que vulneran las competencias de la Comunidad de Aragón y de Andalucía los preceptos que regulan las comisiones mixtas de gestión (art. 3, disposición adicional 1.ª, 2.ª y el inciso «y las Comisiones Mixtas de Gestión de los mismos» de la disposición adicional 7ª) y algunas determinaciones relativas a los Patronatos (la expresión «están adscritos al Ministerio de Medio Ambiente» del art. 4.1, el inciso «de los que, al menos, uno será miembro de la Comisión Mixta de Gestión» de la letra a), apartado 2 art. 4, letras e), f), g), h), i), k) del apartado 2 art. 4, apartados 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 4, disposición adicional cuarta, quinta y sexta).

A resultas de la significación y peculiaridad de estos espacios, y de todos los pronunciamientos constitucionales señalados, el legislador estatal(11) pasa a regular de manera específica la materia recogiendo la doctrina jurisprudencial(12) a través de la Ley 5/2007, de la Red de Parques Nacionales, de 3 de abril(13), que ahora se pretende reformar, a pesar que no ha sido contestada y la escasa conflictividad competencial que ha generado no ha provocado, como resultado, la necesidad de introducir cambios normativos(14). Así, esta norma reconoce que «la gestión y organización de los Parques Nacionales corresponde directamente a las Comunidades Autónomas en cuyos territorios estén situados», salvo que se trate de Parques Nacionales «declarados sobre aguas marinas bajo soberanía o jurisdicción nacional, cuando el ecosistema protegido carezca de continuidad ecológica con la parte terrestre o la zona marítimo-terrestre situadas en la Comunidad Autónoma», en cuyo caso la gestión queda radicada a la Administración General del Estado(15). También se afirma que «en los casos en que un Parque Nacional se extienda por el territorio de dos o más Comunidades Autónomas, al objeto de lograr los objetivos de la Red de Parques Nacionales, éstas establecerán de común acuerdo las fórmulas de colaboración necesarias para asegurar la aplicación del principio de gestión integrada»(16). En consonancia, asimismo, con la doctrina constitucional establecida, desaparece la Comisión Mixta de Gestión y la figura del Director-Conservador tal como estaba regulada(17).

(11) Según la disposición final primera de la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales, esta norma tiene carácter básico, a excepción de la disposición adicional segunda, amparándose en los títulos competenciales 149.1.23 y 149.1.13 de la CE.

(12) Para conocer esta doctrina resulta de gran auxilio los excelentes trabajos de: LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «Las competencias sobre parques nacionales en la jurisprudencia constitucional» en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, ALONSO GARCÍA, Ricardo (Coords.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Lliber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Vol. I, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 203-230; CASADO CASADO, Lucía, «Las competencias estatales y autonómicas sobre los Parques Nacionales a la luz de la reciente jurisprudencia constitucional. Nuevas perspectivas para las Comunidades Autónomas», en *Revista de Administración Pública*, núm. 172, 2007, pp. 255-292. En las consideraciones finales de este último artículo la autora expresa «(...) se reconoce un ámbito normativo y ejecutivo a las Comunidades Autónomas (...). En este nuevo contexto corresponde, pues, a las Comunidades Autónomas el protagonismo en la administración y gestión ordinaria de los parques nacionales ubicados dentro de su ámbito territorial. Asimismo, queda en manos autonómicas la competencia para la aprobación de los PORN y de los PRUG de los parques nacionales, ya sean intra o supra autonómicos, y, con carácter general, el ejercicio de la potestad sancionadora sobre dichos espacios. Corresponde, sin embargo, al Estado la aprobación de la legislación básica sobre parques nacionales, así como su declaración mediante ley de las Cortes Generales, y la elaboración y aprobación del Plan Director de la Red de Parques Nacionales».

(13) Por lo tanto, se derogan las disposiciones relativas a los Parques Nacionales que existía en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, que se habían declarado en parte inconstitucionales, se reformulan de acuerdo con la doctrina constitucional establecida y se incardinan en la nueva ley dedicada exclusivamente a los Parques Nacionales. *Vid.* disposición derogatoria única Ley 5/2007 de la Red de Parques Nacionales, de 3 de abril.

(14) *Vid.*, por ejemplo, la STC 99/2013, de 23 de abril, sobre Parques Nacionales marinos, donde se desestima el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Canarias en relación con el art. 16.2 y la disposición adicional cuarta de la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales.

(15) *Vid.* la aplicación de esta prescripción en STC 99/2013, de 23 de abril.

(16) *Vid.* art. 16 Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales.

(17) Esta figura tenía un sistema de nombramiento donde se requería el previo acuerdo o la propuesta de la Comisión Mixta de Gestión, según si el Parque Nacional no superaba o si superaba el territorio de una Comunidad Autónoma respectivamente.

### II.3. Elementos que incrementan el papel coordinador del Estado

Afirmamos que la reforma de la regulación de los Parques Nacionales pivota, entre otras cuestiones, sobre el incremento del papel coordinador del Estado porque, a parte de manifestarse en este sentido la exposición de motivos del Proyecto de Ley (18), se introducen en el articulado diversos cambios que así lo acreditan y que desarrollaremos, seguidamente, de manera pormenorizada:

- Se modifica el objeto de la ley.
- Se establecen mecanismos coordinadores estatales en las zonas sometidas a exigencias de defensa nacional.
- Se crean nuevos órganos con finalidad coordinadora y se especifica la composición estatal de los patronatos.
- Se regula la intervención del Estado en caso de conservación desfavorable.
- Se articula la declaración de estado de emergencia por catástrofe medioambiental.
- Se prevé el establecimiento de una imagen corporativa.
- Se contempla el aumento de la intervención y del protagonismo del Estado en los procesos de declaración de un Parque Nacional y de modificación de sus límites.

Todas estas novedades que introduce el Proyecto de Ley, al igual que el resto del texto, descansan, según la disposición final tercera, sobre diversos títulos competenciales (19) que, según la jurisprudencia constitucional, habilitan al Estado para coordinar (20).

#### II.3.1. CAMBIO DE OBJETO DE LA LEY

Consideramos relevante destacar la alteración del objeto de la ley, que es coherente y está en consonancia con la modificación del título de la Ley. Así, el actual Proyecto de Ley no tiene solo por objeto, como la ley vigente actualmente, «establecer el régimen jurídico básico de la Red de Parques Nacionales» (21), sino que se amplía el objeto de la norma al abarcar el establecimiento del «régimen jurídico básico

---

(18) En este sentido se afirma «El desarrollo de la potestad de coordinación que, de acuerdo con la doctrina constitucional, corresponde al Estado es uno de los principales motivos que justifican la elaboración de esta norma».

(19) De acuerdo con la disposición acabada de mencionar «Esta Ley que se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.23.ª de la Constitución que atribuye al Estado la competencia en materia de legislación básica de protección del medio ambiente, tiene carácter básico, sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente apartado. Tienen asimismo carácter básico, al amparo del artículo 149.1.13.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia en materia de bases y coordinación de la planificación económica el artículo 32.

La declaración del estado de emergencia recogida en el artículo 13, se ampara en la competencia en materia de seguridad pública atribuida al Estado con carácter exclusivo por el artículo 149.1.29.ª de la Constitución».

(20) Para conocer el concepto de coordinación de nuestro ordenamiento jurídico, en general, y los títulos competenciales que habilitan al Estado para coordinar, ya sea directamente a través de normas jurídicas o estableciendo en la normativa diferentes técnicas coordinadoras donde el Estado asuma poder de decisión y, por tanto, de dirección, consultar PALLARÉS SERRANO, Anna, «El concepto de coordinación en nuestro ordenamiento jurídico: diferenciación con el concepto de cooperación y relación con el concepto de integración», *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 131, 2006, pp.485-515.

(21) Art. 1 de la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Naturales.

para asegurar la conservación de los Parques Nacionales y de la Red que forman, así como los diferentes instrumentos de coordinación y colaboración» (22).

Por lo tanto, el objeto incide directamente y preferentemente sobre los Parques Nacionales y no solo sobre la Red. Creemos que el actual Gobierno considera que la Red de Parques Nacionales ha sido una creación jurídica que ha sido poco operativa y práctica a efectos proteccionistas y coordinadores y, por ello, la legislación que tenga efectos coordinadores ha de incidir, también, directamente sobre los Parques Nacionales, independientemente del hecho que éstos se encuentren ante determinadas circunstancias que puedan justificar, igualmente, desde el punto de vista del Gobierno, dicha coordinación.

Este protagonismo que adquieren los Parques Nacionales también se manifiesta en el artículo 2 del Proyecto de Ley, que se rubrica «Deberes de los poderes públicos», cuando se afirma que «todos los poderes públicos y, en especial, las administraciones públicas, en sus respectivos ámbitos competenciales, velarán por la conservación de los Parques Nacionales», sin mencionar en este epígrafe a la Red de Parques Nacionales.

En este mismo sentido, el Proyecto de Ley regula en primer término, en el Título II, «los Parques Nacionales» y posteriormente, en el Título III, «la Red de Parques Nacionales», y no al revés como la norma vigente actualmente.

### II.3.2. ESTABLECIMIENTO DE MECANISMOS COORDINADORES ESTATALES EN LAS ZONAS SOMETIDAS A EXIGENCIAS DE DEFENSA NACIONAL

Según la disposición adicional undécima, las iniciativas para declarar Parques Nacionales que se proyecten sobre terrenos e instalaciones, incluidas sus zonas de protección, afectos a la defensa nacional se han de someter, antes de su aprobación, a informe preceptivo del Ministerio de Defensa. Además, se establece la necesidad de que el Ministerio de Defensa emita un informe preceptivo con efectos vinculantes en el procedimiento de aprobación de los Planes Rectores de Uso y Gestión que aprueban las Comunidades Autónomas, siempre que incidan sobre dichos espacios afectos a la defensa nacional. También se determina que si, en zonas e instalaciones de interés para la defensa nacional, concurren razones imperiosas de interés público de primer orden, apreciadas mediante acuerdo motivado del Consejo de Ministros, se podrán establecer actuaciones o planes que contradigan o prescindan del contenido de la planificación medioambiental de carácter reglamentario (23). Esta tercera medida se activaría en supuestos de actuaciones que ocupen nuevas zonas que no estaban hasta el momento

---

(22) Art. 1 del Proyecto de Ley de Parques Nacionales. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 78-1, 31 de enero de 2014.

(23) La disposición adicional undécima se rubrica «Zonas sometidas a exigencias derivadas de la defensa nacional o en las que concurren otras razones imperiosas de interés público de primer orden apreciadas mediante acuerdo del Consejo de Ministros» y expresa literalmente: «Las propuestas en las que se formalicen iniciativas para la declaración de parques nacionales que incidan sobre terrenos, edificaciones e instalaciones incluidas sus zonas de protección, afectos a la Defensa Nacional, deberán ser sometidas, respecto de esta incidencia, a informe preceptivo del Ministerio de Defensa con carácter previo a su aprobación. Asimismo y en caso de que concurra dicha incidencia en los instrumentos de planificación previstos en esta ley, deberá solicitarse informe al referido Ministerio en la tramitación del Plan Director de la Red de Parques Nacionales y de

afectadas a la defensa nacional, o cuando se trate de obras o proyectos planteados con posterioridad a la aprobación de la planificación medioambiental.

La existencia de la disposición adicional undécima creemos que está muy influenciada por la STC 82/2012, de 18 de abril, que desestima (24) el recurso de inconstitucionalidad núm. 2054-2001, interpuesto por el Presidente del Gobierno contra la Ley Foral 16/2000, de 29 de diciembre, de modificación de la Ley Foral 10/1999, de 6 de abril, por la que se declara Parque Natural las Bardenas Reales de Navarra (25). La Ley Foral declara que una zona definida de interés para la defensa nacional, que es usada como polígono de tiro por el ejército, pase a formar parte del parque natural, con la particularidad que esta declaración se hará efectiva una vez que la zona deje de utilizarse como polígono de tiro y se haya producido el desmantelamiento de las instalaciones militares. Esta declaración de la zona militarizada como parque natural se realiza sin aprobar el preceptivo Plan de Ordenación de los Recursos Naturales, cuya elaboración se pospone por la indeterminación sobre el mantenimiento o no del polígono de tiro (26).

Con esta disposición adicional objeto de estudio, se pretende evitar este *modus operandi*, de espaldas al Ministerio de Defensa, en el ámbito de los Parques Nacionales. De esta manera se garantiza que el Ministerio de Defensa pueda manifestarse antes de declarar un espacio, donde haya terrenos e instalaciones afectos a la defensa nacional, como Parque Nacional y que las determinaciones del Ministerio de Defensa sean vinculantes en el procedimiento de aprobación del correspondiente Plan Rector de Uso y Gestión del Parque Nacional (27). La última medida coordinadora

---

los Planes Rectores de Uso y Gestión. El informe será vinculante en la tramitación de los Planes Rectores de Uso y Gestión cuya aprobación no corresponda al Gobierno.

Sin perjuicio de las facultades otorgadas al Consejo de Ministros por los artículos 5 y 6 de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, podrán realizarse actuaciones, planes o programas sectoriales que contradigan o no recojan todo o parte del contenido de los instrumentos de planificación medioambiental de carácter reglamentario que en cada caso corresponda, por la concurrencia de razones imperiosas de interés público de primer orden apreciadas mediante acuerdo motivado del Consejo de Ministros.

No obstante lo dispuesto en esta Ley y de conformidad con lo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, los bienes afectados al Ministerio de Defensa o al uso de las Fuerzas Armadas y los puestos a disposición de los organismos públicos que dependan de aquél, así como aquellos en que se constituyan zonas de seguridad de instalaciones militares o civiles declaradas de interés militar, están vinculados a los fines previstos en su legislación especial».

(24) Esta sentencia desestimatoria tiene dos votos particulares, el primero suscrito por dos magistrados y el segundo por un magistrado.

(25) Los parques naturales son una categoría de espacios protegidos diferenciada de los Parques Nacionales, entre otras cuestiones, por ser espacios cuya declaración está en manos de las Comunidades Autónomas, su conservación no se declara de interés general del Estado y no están sometidos a ningún plan director estatal.

(26) *Vid.* Fundamento Jurídico 5 de la STC 82/2012, de 18 de abril.

(27) En relación con una disposición similar a ésta, en concreto, la disposición adicional primera de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 164/2001, declaró su constitucionalidad y afirmó en el fundamento jurídico 48 que «(...) la previsión de un informe vinculante de la Administración General del Estado no supone la prevalencia incondicionada del interés público que en cada caso defina el Estado. La disposición cuestionada tan solo impone el informe vinculante en relación con terrenos, edificaciones e instalaciones ya «afectos a la Defensa Nacional». Esto es, solo para el ejercicio por el Estado de sus competencias exclusivas sobre Defensa y Fuerzas Armadas (art. 149.1.4.ª. CE) (...). Lo expuesto basta para rechazar que la LRSV haya impuesto de forma incondicionada la prevalencia del interés general definido por el Estado frente al interés general cuya definición corresponde a las Comunidades Autónomas. Obviamente, la forma en que en cada caso el Estado emita su informe vinculante es cuestión ajena a este proceso constitucional, siendo así que el simple temor a un uso abusivo de un instrumento de coordinación no justifica una tacha de inconstitucionalidad (STC 40/1998, F.38, entre otras)».

de la disposición adicional es de una gran amplitud, ya que abarca tanto actuaciones como planes o programas del Estado que se proyecten sobre cualquier espacio que goce de un instrumento de planificación medioambiental de carácter reglamentario, y a la vez de un gran calado, porque permite ignorar o contradecir el contenido de los instrumentos de planificación siempre que existan razones imperiosas de interés público apreciadas por acuerdo del Consejo de Ministros.

Uno de los problemas fundamentales que vemos en relación a estas medidas coordinadoras en manos del Estado es que no se pueden apoyar en ninguno de los títulos competenciales sobre los que se asienta el Proyecto de Ley. Es decir, estas disposiciones no caben dentro de la competencia del Estado en materia de legislación básica de protección del medio ambiente, ni en materia de bases y coordinación de la planificación económica, ni en materia de seguridad pública. En definitiva, consideramos que estos mecanismos coordinadores se tendrían que establecer al amparo del artículo 149.1.4 que determina la competencia exclusiva del Estado sobre defensa nacional y fuerzas armadas. Por lo tanto, y ante la falta del correspondiente paraguas competencial, se podría considerar que esta disposición es inconstitucional.

Para acabar, consideramos que, aunque existiera cobertura competencial a través del artículo 149.1.4, la última medida en manos del Estado de la disposición adicional undécima sería igualmente inapropiada e invasiva, desde el momento que ignora y desprecia por completo las determinaciones realizadas en ejercicio de las competencias autonómicas, al posibilitar contradecir o pasar por alto lo dispuesto por la planificación ambiental de carácter reglamentario. En definitiva, consideramos que la coordinación Estatal ha de ser *ex ante* y no *ex post* y, además, el ejercicio de las funciones coordinadoras se ha de realizar respetando las competencias de las entidades coordinadas, porque sino no estamos ante medidas coordinadoras sino ante un atropello competencial, que puede existir en las relaciones jerárquicas pero no debería existir entre entes dotados de autonomía (28).

Estos mecanismos coordinadores que se pretenden introducir en la futura normativa de Parques Nacionales son primos hermanos de los que encontramos en la disposición adicional segunda (29) y décima (30) del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20

(28) Según la autora «El ejercicio de las diferentes funciones coordinadoras se ha de realizar respetando la autonomía de las entidades coordinadas. Esta característica de la coordinación la diferencia de la jerarquía desde el momento que esta última implica poder sustituir la voluntad del inferior jerárquico, revisar sus actos por razones de legalidad y oportunidad y todo tipo de mecanismos de control». Consultar, al respecto, PALLARES SERRANO, Anna, «El concepto de coordinación...», *op.cit.*, pp. 488-510.

(29) En el apartado 1 de dicha disposición se afirma: «Los instrumentos de ordenación territorial y urbanística, cualquiera que sea su clase y denominación, que incidan sobre terrenos, edificaciones e instalaciones, incluidas sus zonas de protección, afectos a la Defensa Nacional deberán ser sometidos, respecto de esta incidencia, a informe vinculante de la Administración General del Estado con carácter previo a su aprobación». La disposición adicional primera de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, también se expresaba en este sentido

(30) Esta disposición rubricada «Actos promovidos por la Administración General del Estado» expresa: «1. Cuando la Administración General del Estado o sus Organismos Públicos promuevan actos sujetos a intervención municipal previa y razones de urgencia o excepcional interés público lo exijan, el Ministro competente por razón de la materia podrá acordar la remisión al Ayuntamiento correspondiente del proyecto de que se trate, para que en el plazo de un mes notifique la conformidad o disconformidad del mismo con la ordenación urbanística en vigor.

En caso de disconformidad, el expediente se remitirá por el Departamento interesado al Ministro de Vivienda, quien lo elevará al Consejo de Ministros, previo informe del órgano competente de la Comunidad Autónoma,

de junio, a través del que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo. En relación a ellos sí que hemos de decir que encontramos el correspondiente apoyo competencial en determinados títulos que hace que sean medidas de aplicación plena (31). A pesar de ello, estas medidas de la legislación urbanística estatal impuestas a posteriori ya recibieron en su momento la crítica de la doctrina, que se pronunció expresando que estábamos ante soluciones que se basaban en un modelo de Estado centralizado preconstitucional que desconocía el plano autonómico (32). Evidentemente, esta crítica la trasladamos *mutatis mutandi* a la tercera medida estudiada en este epígrafe.

### II.3.3. CREACIÓN DE NUEVOS ÓRGANOS CON FINALIDAD COLABORADORA Y COORDINADORA Y MAYOR DETERMINACIÓN DE LA COMPOSICIÓN DE LOS PATRONATOS

Se crea un nuevo órgano en el ámbito de la Administración General del Estado, llamando Comité de Colaboración y Coordinación, cuya composición, funciones y régimen de funcionamiento será objeto de desarrollo reglamentario (33). En el Proyecto de Ley solo se nos dice que este órgano se crea para profundizar en los mecanismos de colaboración y coordinación, para estudiar posibles efectos comunes, para conciliar la puesta en marcha de programas y actuaciones, para intercambiar información y experiencias y para facilitar la difusión del conocimiento de los Parques Nacionales (34). En relación a su composición, también se afirma que este comité estará presidido por el Director del Organismo Autónomo Parques Nacionales, formarán parte del mismo

---

que se deberá emitir en el plazo de un mes. *El Consejo de Ministros decidirá si procede ejecutar el proyecto, y en este caso, ordenará la iniciación del procedimiento de alteración de la ordenación urbanística que proceda, conforme a la tramitación establecida en la legislación reguladora.*

2. El Ayuntamiento podrá en todo caso acordar la suspensión de las obras a que se refiere el apartado 1 de este artículo cuando se pretendiesen llevar a cabo en ausencia o en contradicción con la notificación, de conformidad con la ordenación urbanística y antes de la decisión de ejecutar la obra adoptada por el Consejo de Ministros, comunicando dicha suspensión al órgano redactor del proyecto y al Ministro de Vivienda, a los efectos prevenidos en el mismo.

3. *Se exceptúan de esta facultad las obras que afecten directamente a la defensa nacional, para cuya suspensión deberá mediar acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Vivienda, previa solicitud del Ayuntamiento competente e informe del Ministerio de Defensa.* La cursiva es nuestra.

(31) Según la disposición final primera punto 3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo citado, estas disposiciones se dictan «en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal por el artículo 149.1.4.º, 8.º y 18.º sobre defensa, legislación civil, expropiación forzosa y sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas».

(32) Luciano PAREJO ALFONSO expresa, en relación al art. 244 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que es el inmediato precursor de la actual disposición adicional décima transcrita en nota a pie de página número 30, que este artículo demuestra que la legislación urbanística sigue anclada, a pesar de su renovación en 1990-1992, en la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1956. *Vid.* «Ordenación del territorio y medio ambiente», en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 146, 1996, p. 171. Antonio Alfonso PÉREZ ANDRÉS afirma, sobre el mecanismo del art. 244 aquí citado, que «se trata de un mecanismo quirúrgico y traumático, anclado en el Estado centralista preconstitucional, en exceso genérico y contrario a principios básicos para nuestro Estado Compuesto como los de solidaridad, colaboración, cooperación y coordinación. Su reforma es, pues, urgente, ya que no es éste el tipo de instrumentos de coordinación que la Constitución reclama implícitamente para articular su Sistema de Administraciones». *Vid.* «La ordenación del territorio, una encrucijada de competencias planificadoras», en *Revista de Administración Pública*, núm. 147, 1998, p. 117.

(33) *Vid.* apartado 2 art. 25 Proyecto de Ley.

(34) *Vid.* apartado 1 art. 25 Proyecto de Ley.

los responsables de cada Parque Nacional(35), así como los responsables técnicos del Organismo Autónomo Parques Nacionales. Será secretario del mismo un funcionario del Organismo Autónomo citado(36).

La creación de este nuevo órgano estatal nos suscita una pregunta que vamos a intentar contestar, a pesar de la escasa información que disponemos sobre él y que está pendiente de desarrollo y concreción a través de un reglamento: ¿Es oportuno crear este órgano? Del articulado del Proyecto, se deduce que la creación de este órgano se enmarca en la necesidad de dotar de instrumentos a la Administración General del Estado para afrontar el mandato de gestionar la Red de Parques Nacionales asegurando la debida coherencia de las actividades entre los Parques Nacionales y el marco general de la Red de Parques Nacionales(37). Además, teniendo en cuenta que esta Red se define como «un sistema integrado por aquellos espacios declarados Parques Nacionales, su marco normativo básico(38) y el sistema de relaciones necesario para su funcionamiento»(39), y que no existía un órgano que sirviera para articular este sistema de relaciones, nosotros consideramos que este órgano puede ser un instrumento útil para cohesionar y facilitar la relación y las actuaciones entre los Parques Nacionales individualmente considerados y la Red de Parques Nacionales de la que forman parte. Hemos de tener en cuenta que la Ley 5/2007 incluye, al igual que el Proyecto de Ley, la existencia del Consejo de la Red de Parques Nacionales y que, según el Proyecto de Ley, este órgano junto con el Comité de Colaboración y Coordinación, que es objeto de análisis por nuestra parte, son los órganos de que dispone la Administración General del Estado para gestionar la Red de Parques Nacionales. La cuestión fundamental es que el Consejo de la Red de Parques Nacionales es un órgano consultivo que tienen funciones exclusivamente de informe y, por lo tanto, solo el Comité de Colaboración y Coordinación puede desarrollar el resto de relaciones necesarias para el funcionamiento de la Red de Parques Nacionales(40).

Se crea, también, en el Proyecto de Ley otro nuevo órgano en cada uno de los Parques Nacionales supra autonómicos, llamado Comisión de Coordinación(41), con

---

(35) ¿Quién es el responsable de cada Parque Nacional? ¿Se refiere al responsable político o al responsable técnico? Nosotros pensamos que se refiere al responsable técnico porque la composición de este órgano es técnica y, en concreto, creemos que se podría referir al Director-Conservador del parque.

(36) *Vid.* apartado 2 art. 25 Proyecto de Ley.

(37) *Vid.* apartado 1 art. 23 Proyecto de Ley.

(38) El marco normativo básico de los Parques Nacionales estará formado por la Ley de Parques Nacionales que se apruebe, el Real Decreto 1803/1999, de 26 de noviembre que aprueba el Plan Director de la Red de Parques Nacionales y las Leyes declarativas de cada Parque Nacional. La disposición adicional segunda del Proyecto de Ley establece que «en el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la presente ley, el Gobierno aprobará el nuevo Plan Director de la Red de Parques Nacionales. Hasta tanto se produce ésta, el Plan Director de la Red de Parques Nacionales, aprobado por Real Decreto 1803/1999, de 27 de noviembre, continuará vigente»

(39) *Vid.* art. 14 del Proyecto de Ley.

(40) Nosotros consideramos, además, que este órgano viene a cubrir las funciones que se atribuyeron en su día a lo que tenía que ser la Agencia Estatal Red de Parques Nacionales, cuya autorización al Gobierno para su creación se realizó a través de la disposición adicional segunda de la Ley 5/2007, de 3 de abril, y que *de facto* nunca se materializó.

(41) Este órgano esta previsto que se reúna, al menos, dos veces al año de forma ordinaria y siempre que lo solicite una de las partes. *Vid.* apartado 4 art. 26.



una composición Estado-Comunidades Autónomas paritaria(42), un liderazgo de la Administración General del Estado(43) y con una serie de funciones atribuidas que están relacionadas con la consecución de decisiones coordinadas e integradas(44). En este sentido, se afirma que este órgano se crea para integrar de la manera más adecuada la actividad de gestión de cada una de las Comunidades Autónomas y que a través de esta Comisión «la Administración General del Estado coordinará las actuaciones y decisiones al objeto de asegurar la responsabilidad compartida de las administraciones implicadas y la coherencia del conjunto».

Una primera lectura superficial nos podría llevar a considerar esta disposición como inconstitucional porque, en primer lugar, alguna parte de su redacción recuerda la de las Comisiones Mixtas de Gestión(45) creadas por la Ley 41/1997, de 5 de noviembre(46), y, en segundo término, podría entenderse que las Comisiones asumen competencias de gestión en los Parques Nacionales supra autonómicos estableciendo, a través de estas Comisiones, un modelo de gestión conjunto entre Estado-Comunidades Autónomas en este tipo de parques, modelo de gestión que fue declarado inconstitucional a través de la Sentencia 194/2004(47) del TC.

---

(42) Según el apartado 2 del art. 26: «La composición de las Comisiones de Coordinación serán paritarias existiendo tantos representantes de la Administración General del Estado, designados por el Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, como de las administraciones públicas con competencia en la gestión de los parques nacionales. A estos efectos, cada Comunidad Autónoma nombrará un máximo de dos representantes por cada Comisión de Coordinación».

(43) Cada Comisión de Coordinación «quedará válidamente constituida en el momento en que las administraciones implicadas designen a sus representantes y se haya producido la primera reunión a iniciativa de la Administración General del Estado». *Vid.* apartado 4 art. 26.

Según el apartado 3 del art. 26: «El Presidente de la Comisión de Coordinación será designado por el Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente de entre los representantes de la Administración General del Estado, actuando como Secretario uno de los representantes de las administraciones autonómicas».

(44) De acuerdo con el apartado 5 del art. 26, «Corresponde a la Comisión de Coordinación las siguientes funciones:

- a) Velar por el logro de los objetivos básicos de los parques nacionales, en particular la conservación de sus valores naturales, intercambiando información y asegurando la armonía en la ejecución de las respectivas competencias.
- b) Analizar los documentos de alcance general de cada una de las administraciones concernidas al objeto de asegurar su armónica integración en la actividad de cada una de ellas.
- c) Proponer a las administraciones públicas competentes los convenios de colaboración que se estimen necesarios para ejecutar las respectivas actuaciones necesarias para la conservación del parque nacional.
- d) Actuar como comisión de seguimiento en caso de convenios de colaboración suscritos entre las administraciones concernidas.
- e) Coordinar el correcto uso de sus signos externos identificativos.
- f) Conocer, informar y analizar los programas de desarrollo sostenible, las actuaciones de cohesión territorial, así como las propuestas de distribución de ayudas y subvenciones en las áreas de influencia socioeconómica del parque nacional.
- g) Conocer e informar el contenido de la memoria anual de actividades que ha de elevarse al Patronato, así como el informe anual del cumplimiento de los objetivos generales a elevar al Consejo de la Red coordinándolas con el resto de parques de la Red de Parques Nacionales.
- h) Conocer y coordinar el régimen de colaboración y apoyo con titulares y propietarios.
- i) Informar las propuestas de modificación de los límites del parque nacional.
- j) La coordinación de todas aquellas actuaciones acordadas entre las administraciones públicas que se consideren necesarias para el mejor cumplimiento de los objetivos del parque nacional».

(45) La parte referente a cuando estas Comisiones de Coordinación quedan válidamente constituidas.

(46) Estas Comisiones Mixtas de Gestión fueron declaradas inconstitucionales por la STC 194/2004.

(47) *Vid.* fundamentos jurídicos 15, 16 y 17.

Para evitar una posible errónea interpretación de las pretensiones de la normativa, se introduce en el Proyecto de Ley una recomendación realizada por el Consejo de Estado, a través del Dictamen 1367/2013, de 19 de diciembre, que tiene como objetivo dejar claro que estas Comisiones de Coordinación no pueden asumir la gestión del parque y que solo han de servir para coordinar las decisiones y actuaciones que adopta cada Comunidad Autónoma. En concreto, en dicho Dictamen se expresa que, debido a la cercanía terminológica de la regulación entre las Comisiones de Coordinación y las Comisiones Mixtas, a la ambigüedad de la redacción de los apartados del artículo 26, y a la interpretación de varias Comunidades Autónomas de que estas Comisiones tienen competencias de gestión (48), se debe incorporar al apartado 1 un párrafo mas o menos parecido al que sigue: «... y la coherencia del conjunto, actuaciones y decisiones que serán adoptadas por la Administración competente, sin que pueda ser asumida la gestión del Parque ni para supuestos concretos ni con carácter general por la Comisión de Coordinación». Esta recomendación del Consejo de Estado ha sido incorporada al pie de la letra y de manera literal a la redacción del apartado 1 del artículo 26 del Proyecto de Ley.

La creación de este órgano es coherente con el pronunciamiento del TC en la Sentencia 194/2004 en la que, después de declarar la inconstitucionalidad de los órganos multilaterales, en el caso de los Parques Nacionales supra autonómicos, para realizar las funciones de gestión del parque afirmando que esta competencia de gestión residía en las Comunidades Autónomas, expresaba que «En definitiva, el legislador estatal debió simplemente, con sustento en las facultades de coordinación del Estado, instrumentar mecanismos que permitieran a las Comunidades Autónomas afectadas realizar la gestión del parque en sus respectivos territorios, integrando su actividad del modo que resulte más adecuado, sin que a este Tribunal le corresponda señalar ni el alcance ni la intensidad de los mecanismo que deben ponerse en marcha al efecto» (49).

Para acabar, queremos destacar que este órgano cumple con los parámetros que ha de cumplir el establecimiento de mecanismos coordinadores. Por un lado, en este caso el Estado legisla creando un órgano de coordinación utilizando un título competencial, como el art. 149.1.23 CE, que le habilita para ello. Además, este órgano estatal de composición paritaria tiene facultades decisorias necesarias para ejercer esta actividad coordinadora preventiva sin que vacíe de contenido la competencia de gestión de las Comunidades Autónomas (50).

Otra novedad, a la que hemos de hacer referencia, es la especificación de la composición de los Patronatos que se hace en el Proyecto de Ley. Como establece el legislador, el Patronato es un órgano adscrito a efectos administrativos a la Comunidad Autónoma en donde está situado el Parque (51), que articula la participación de la sociedad en cada uno de los Parques Nacionales y cuya composición, régimen de funcionamiento y nombramiento de su presidente es competencia de la Administración a

---

(48) Interpretación que se deduce de las alegaciones que presentan tanto Castilla y León como el Principado de Asturias.

(49) *Vid.* fundamento jurídico 17 a).

(50) *Vid.*, PALLARÈS SERRANO, Anna, «El concepto de coordinación...», *op.cit.*, pp. 491-510.

(51) Según el art. 18.2 Ley 5/2007 de la Red de Parques Nacionales y 24.2 Proyecto de Ley: «En el caso de Parques Nacionales situados en varias Comunidades Autónomas, éstas establecerán de común acuerdo la adscripción del patronato.»

la que esté adscrito (52). Se especifica, además, que el Director-Conservador del parque formará parte del Patronato (53).

En concreto, en la Ley 5/2007 de la Red de Parques Nacionales solo se determina que en cada Patronato han de estar representados, entre otros, la Administración General del Estado y la Administración de la o de las Comunidades Autónomas. En el Proyecto, en cambio, se especifica que «el número de los representantes designados por la Administración General del Estado y por las Comunidades Autónomas será paritario. Si un Parque se extiende por dos o más Comunidades Autónomas se mantendrá la composición paritaria del número de representantes designados por la Administración General del Estado y el conjunto de las Comunidades Autónomas interesadas».

Sobre esta incorporación hemos de decir que no dudamos tampoco de su constitucionalidad, desde el momento que la redacción del apartado 1 del art. 24, objeto de estudio, recupera, en parte, la redacción existente en los apartados 1 y 2 del art. 23 bis de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres, introducidos a través de la ley 41/1997, de 5 de noviembre, de reforma de la Ley 4/1989, sobre los que el TC sentenció su constitucionalidad, argumentando que estamos ante un órgano participativo con funciones no decisorias y de gestión sino consultivas y deliberantes, donde queda justificada esta composición paritaria para permitir una participación de la administración estatal que sea suficiente (54).

Por último, y para acabar con este epígrafe, hemos de resaltar que este Proyecto también propone la creación de un nuevo órgano, adscrito al Organismo Autónomo Parques Nacionales, llamado Comité Científico de Parques Nacionales, con funciones de asesoramiento científico ante peticiones de las Comunidades Autónomas gestoras de los Parques Nacionales o a iniciativa de la Dirección del Organismo Autónomo Parques Nacionales (55). La idea inicial de este Comité Científico la en-

---

(52) *Vid.* apartado 3 art. 18 Ley 5/2007 de la Red de Parques Nacionales y apartado 3 art. 24 Proyecto de Ley.

(53) De acuerdo con el fundamento jurídico 14 d) de la STC 194/2004, de 4 de noviembre, como este órgano está directamente relacionado con la gestión y las funciones de ejecución en el Parque Nacional, su nombramiento corresponde a las Comunidades Autónomas. Regla que se ha de cumplir también en el caso de los Parques Nacionales supra autonómicos, según el fundamento jurídico 17 c) de la sentencia citada.

(54) De manera literal, en el fundamento jurídico 14 c) de la STC 194/2004, de 4 de noviembre, se expresa: «En cuanto a la previsión del segundo inciso del apartado 1 de que la representación estatal y autonómica en el Patronato sea paritaria, tampoco admite reproche de invasión competencial, puesto que, de un lado, aquél no ha de tener funciones decisorias y, de otro, la paridad subviene a la necesidad de que en estos órganos consultivos quede asegurada una presencia relevante de la Administración del Estado, que, en caso contrario, pudiera no quedar suficientemente resaltada, (...)». En el fundamento jurídico 17 de la misma sentencia se expresa, respecto al mantenimiento de la composición paritaria en los Parques Nacionales supra autonómicos, que debido a que los Patronatos se configuran como órganos exclusivamente deliberantes y consultivos «el art. 23.bis.2 es plenamente constitucional. El interés que asiste al Estado en colaborar en la gestión de los parques nacionales justifica su paridad en la representación con la del conjunto de las Comunidades Autónomas por cuyo territorio se extiende el parque, pues permite hacer llegar a éstas, con suficiente grado de intensidad, los criterios del Estado que atiendan a la aplicación efectiva y homogénea de la normativa básica y ello sin interferir en la gestión autonómica ni atraer hacia él medidas aplicativas que no son de su competencia».

(55) Se realiza una remisión reglamentaria para establecer su composición, funciones y funcionamiento, aunque concretando que «en cualquier caso formará parte del mismo el Director del Organismo Autónomo Parques Nacionales, que actuará como presidente, y un conjunto de vocales de entre la comunidad científica con una reconocida trayectoria profesional en el campo de la investigación en espacios naturales protegidos». *Vid.* art. 28 del Proyecto de Ley.

contramos en el punto 5 titulado «Investigación» del «Programa de Actuaciones de la Red» del Plan Director de la Red de Parques Nacionales. Respecto a esta previsión el TC, a través de la Sentencia 101/2005, de 20 de abril, ya se pronunció sobre su respeto a la competencia de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En base a esta constitucionalidad declarada y a criterios de oportunidad, el Proyecto de Ley recoge este órgano (56).

Ahora bien, dicho esto, hemos de aclarar que esta disposición legislativa básica estatal, a diferencia de las otras aquí señaladas, no constituye una medida coordinadora del Estado porque en definitiva no vincula, condiciona o limita la actuación de las CCAA, además éstas pueden decidir libremente asesorarse por este comité o no.

#### II.3.4. PREVISIÓN DE INTERVENCIÓN DEL ESTADO EN CASO DE CONSERVACIÓN DESFAVORABLE

El actual Proyecto de Ley objeto de análisis presenta una novedad sustancial respecto a la regulación existente. Ésta es la previsión de la intervención de la Administración del Estado cuando un Parque Nacional se encuentre en un estado de conservación desfavorable.

En un inicio el Anteproyecto de Ley contenía la siguiente redacción al respecto:

«1. Cuando de acuerdo con la información disponible, la Administración General del Estado tuviere datos fundados de que el Parque Nacional se encuentra en un estado de conservación desfavorable y los mecanismos de coordinación no resultaren eficaces para garantizar su conservación, ésta podrá, con carácter excepcional y con el fin de evitar daños irreparables en los sistemas naturales que motivaron la declaración del parque nacional, adoptar, de modo concreto, singular y puntual, previa audiencia de la comunidad autónoma o de las comunidades autónomas afectadas, aquellas medidas y acciones indispensables para asegurar el cumplimiento de los objetivos de la presente ley y la adecuada conservación del parque nacional.

2. Adoptadas las medidas y las acciones a que se refiere el párrafo anterior, se convocará, con carácter urgente, el Consejo de la Red de Parques Nacionales para ser debidamente informado de las circunstancias que hayan motivado dichas medidas y acciones.

3. El Plan Director de la Red de Parques Nacionales establecerá los requisitos necesarios que han de concurrir, con carácter de mínimos, para determinar un estado de conservación desfavorable»

---

(56) En el fundamento jurídico 11 de la sentencia citada, el TC interpreta que el establecimiento de este Comité Científico se contempla para las Comunidades Autónomas que lo quieran establecer en sus respectivos Parques Nacionales. En cambio, nosotros consideramos que esta disposición en el Plan Director de la Red de Parques Nacionales se contempla en el sentido de crear un Comité Científico a nivel estatal que pueda asistir y asesorar a todas aquellas Comunidades Autónomas que lo requieran. Esta misma interpretación se ha recogido en el Proyecto de Ley.

En el Dictamen del Consejo de Estado 1367/2013 se determina que la intervención del Estado alegando la falta de funcionamiento de los mecanismos de coordinación y después de dar previa audiencia a la Comunidad Autónoma, y sin un previo requerimiento a la Comunidad Autónoma, no está justificada y que, por tanto, es necesario articular un mecanismo que permita actuar primero a la Comunidad Autónoma durante un tiempo prudencial.

En definitiva, lo que está diciendo el Consejo de Estado es que la normativa estatal, antes de disponer sobre la intervención del Estado, ha de regular un mecanismo de coordinación específico para la situación, es decir, para reconducir la conservación del parque por la Comunidad Autónoma, debido a que la alusión general y abstracta a los mecanismos de coordinación existentes no es suficiente, por poco operativa y funcional para la problemática que se afronta (57).

Teniendo en cuenta estas observaciones, se añade en el Proyecto de Ley un párrafo en el apartado 1 del art. 22 que expresa «La intervención de la Administración General del Estado tendrá lugar previo requerimiento formal a la Comunidad Autónoma o a las Comunidades Autónomas correspondientes para que, en el plazo de 6 meses, adopten las medidas y acciones a las que se refiere el párrafo anterior».

Para tener una comprensión completa de este articulado es muy importante saber en que situaciones se da un estado de conservación desfavorable. El Proyecto de Ley realiza una remisión al Plan Director de la Red de Parques Nacionales, pero, al respecto, hemos de decir que el Plan Director actual no contempla la concreción de los parámetros para determinar un estado de conservación desfavorable. Por lo tanto, se sobreentiende que tendremos que esperar a que se apruebe un nuevo Plan Director de la Red de Parques Nacionales (58) para que se establezcan los requisitos necesarios que han de concurrir para determinar un estado de conservación desfavorable, requisitos que tendrán que cumplir con los parámetros de constitucionalidad establecidos (59). Mientras no se establezcan dichos requisitos dicha medida será inaplicable.

Pensamos que la previsión de la intervención del Estado en caso de conservación desfavorable con el establecimiento, por parte de la normativa, de una medida coordinadora específica, para permitir de manera previa a la Comunidad Autónoma reconducir la situación en ejercicio de sus competencias de gestión, se puede subsumir perfectamente dentro de los supuestos a los que se refiere el TC cuando, en el fundamento jurídico 22 de la Sentencia 102/1995, de 26 de junio, expresa: «No hace

---

(57) Lo que pretendemos expresar es que los instrumentos de coordinación estudiados hasta ahora no sirven para solucionar la problemática planteada en este epígrafe. En conclusión, ni el Comité de Colaboración y Coordinación, ni la Comisión de Coordinación, ni la configuración paritaria en los Patronatos de cada Parque Nacional, entre otras medidas, sirven para reconducir el que se haya llegado a un estado de conservación desfavorable.

(58) Sobre el Plan Director de la Red de Parques Nacionales, el art. 2 del RD 1803/1999, de 26 de noviembre, a través del cual se aprueba, establece una vigencia de 7 años. La disposición adicional tercera de la Ley 5/2007, de 3 de abril, de Red de Parques Nacionales, proroga su vigencia hasta la aprobación por el Gobierno de un nuevo Plan Director. Para acabar, la disposición adicional segunda del Proyecto de Ley objeto de estudio determina que «En el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de la presente ley, el Gobierno aprobará el nuevo Plan Director de la Red de Parques Nacionales». Como se sabe por experiencia que el tiempo vuela y es muy fácil que el Gobierno incumpla este mandato, se determina que «Hasta tanto se produce ésta, el Plan Director de la Red de Parques Nacionales, aprobado por Real Decreto 1803/1999, de 27 de noviembre, continuará vigente».

(59) Nos referimos al criterio establecido en la STC 101/2005, de 20 de abril, y señalado en nota a pie de página número 9, que aplicado al supuesto que nos ocupa significa que estos requisitos han de estar directamente conectados con la preservación y conservación de los recursos ecológicos y los valores naturales.

falta insistir en el contenido del concepto de gestión, que se utiliza como sinónimo de *administración* y en la concepción constitucional de las potestades públicas sobre la materia cuyo ejercicio en este ámbito se configura como competencia normal o habitual de las Comunidades Autónomas y que *solo residualmente, en ciertos supuestos límite que no es necesario concretar ahora, (...), pueda participar en ella el Estado*» (60).

### II.3.5. ARTICULACIÓN Y EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE ESTADO DE EMERGENCIA POR CATÁSTROFE MEDIOAMBIENTAL

Según establece la disposición final tercera del Proyecto de Ley, «la declaración del estado de emergencia recogida en el artículo 13, se ampara en la competencia en materia de seguridad pública atribuida al Estado con carácter exclusivo por el artículo 149.1.29 de la Constitución».

Esta regulación relativa a la declaración del estado de emergencia por catástrofe medioambiental constituye una novedad relativa, desde el momento que una primera normación sobre esta cuestión aparece en nuestra legislación a través de la Ley 7/2013, de 25 de junio, de declaración del Parque Nacional de la Sierra de Guadarrama que, mediante la disposición final primera, introduce una proposición sobre la cuestión en la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales (61). Al respecto, lo que sí constituye una novedad trascendental es la apoyatura del artículo consagrado a regular la declaración del estado de emergencia por catástrofe medioambiental en el art. 149.1.29 de la CE. Creemos que, aunque no se hayan presentado recursos de inconstitucionalidad sobre la novedad introducida por la Ley 7/2013, para asegurar la constitucionalidad de su actual contenido, y debido a que se añaden cuestiones relativas al ámbito de la protección civil de interés nacional, se ha considerado conveniente apoyar esta regulación en este título competencial que atribuye al Estado todas las

(60) La cursiva es nuestra.

(61) En concreto, en el art. 7 bis rubricado «Declaración del estado de emergencia en Parques Nacionales» se expresa: «1. En caso de catástrofe medioambiental en un Parque Nacional producida por incendio forestal o cualquier otra causa de extraordinaria gravedad, y sin perjuicio de la normativa de Protección Civil, el Presidente del Organismo Autónomo Parques Nacionales, a propuesta de su Director, y oída la Administración gestora del Parque Nacional afectado, podrá declarar el estado de emergencia en dicho Parque Nacional, con el fin de impedir que se produzcan daños irreparables y siempre que estos no puedan evitarse mediante los mecanismos de coordinación ordinarios.

2. La declaración de emergencia por catástrofe medioambiental en un Parque Nacional implicará:

a) El mantenimiento de un intercambio de información permanente y continuo entre el Parque Nacional afectado y el Organismo Autónomo Parques Nacionales.

b) La movilización, en su caso, de medios humanos y/o materiales del propio Organismo Autónomo para colaborar con los de la Comunidad Autónoma afectada en la emergencia surgida.

c) La redacción de un informe realizado conjuntamente por la administración gestora del Parque y el Organismo Autónomo Parques Nacionales, en el que consten las actuaciones realizadas, la evaluación de daños producidos y las medidas propuestas para la restauración medioambiental de la zona o zonas afectadas.

3. Declarado el estado de emergencia se convocará, con carácter de urgencia, el Consejo de la Red de Parques Nacionales que deberá informar dicha declaración y, en su caso, adoptar el acuerdo de movilización de personal y medios materiales de otros Parques Nacionales.

4. La determinación del límite temporal del estado de emergencia corresponde igualmente al Presidente del Organismo Autónomo Parques Nacionales mediante resolución motivada de la que informará al Pleno del Consejo de la Red».

funciones sobre esta materia. Por lo tanto, las facultades ejecutivas del Estado no podrán ser discutidas en base a este título competencial (62).

El artículo 13, tal como se encuentra regulado en el Proyecto de Ley (63), es mucho más extenso, completo e introduce importantes novedades que pasamos a comentar brevemente:

---

(62) Al respecto, el Dictamen del Consejo de Estado 1367/2013, en relación a la redacción del artículo 13 del Anteproyecto de Ley de Parques Nacionales, que se apoyaba en el título del art. 149.1.23 de la CE, afirma: «(...) la jurisprudencia del Tribunal Constitucional nunca ha dejado de habilitar potestades de gestión del Estado para evitar perjuicios irreparables a la biodiversidad, los recursos naturales o los valores del parque, sin embargo, siempre que ha habido pronunciamientos, lo han sido sobre la base de que «en la doctrina constitucional citada, se observa que la función ejecutiva estatal se debe limitar a supuestos realmente excepcionales, agotándose antes las fórmulas de coordinación y colaboración que no impliquen gestión». (STC 194/2004). «Es cierto que la defensa del interés general y del derecho a un medio ambiente adecuado puede requerir la intervención del Estado, para evitar daños irreparables, pero ello ha de realizarse asegurando un adecuado equilibrio entre el respeto de las autonomías territoriales y la necesidad de evitar que éstas conduzcan a separaciones o compartimentaciones que desconozcan la propia unidad del sistema. Ello al igual que justifica la facultad de coordinación, puede permitir además que, en ocasiones excepcionales, el Estado, titular de la legislación básica, pueda realizar actos de ejecución que sean precisos por la naturaleza de la materia, para evitar daños irreparables y para asegurar la consecución de la finalidad objetiva que corresponde a la competencia estatal sobre las bases (STC 48/1988) (...)» (SSTC 194/2004 y 329/1993).

Debido a que el artículo 13 regula la gestión de situaciones de todavía mayor gravedad de las que se refiere el Tribunal Constitucional en las sentencias acabadas de nombrar, donde hay que actuar de forma rápida para evitar daños catastróficos e irreversibles, sin ni siquiera un trámite rápido de consulta a la Comunidad Autónoma acerca de su voluntad y capacidad humana y material para gestionar la situación, y donde la intervención del Estado es intensiva y extensa, nos parece adecuado que en el Proyecto de Ley se haya buscado otro título competencial que de mayor cobertura a la intervención de la Administración del Estado y que evite la conflictividad competencial. Además, hemos de constatar que el artículo 13 del Proyecto de Ley hace una remisión al Plan Director de la Red de Parques Nacionales para concretar los criterios para determinar la existencia de un grave peligro para la integridad y la seguridad de un Parque Nacional que habilita al Estado para intervenir y gestionar la situación. Remisión que recoge al artículo 19.1.h) del Proyecto de Ley, relativo al contenido que tendrá que incluir el nuevo Plan Director de la Red de Parques Nacionales, pero que, en definitiva, significa una inconcreción en la Ley que sería constitucionalmente insostenible, atribuyendo tantas facultades de gestión y ejecución al Estado, si el artículo 13 se apoyara en el título competencial del artículo 149.1.23 CE.

(63) Este artículo afirma: «1. En caso de una catástrofe medioambiental, el Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, por propia iniciativa o a petición de las autoridades competentes de la comunidad autónoma o de las comunidades autónomas, podrá declarar el estado de emergencia en dicho parque nacional, con el fin de impedir que se produzcan daños irreparables y siempre que estos no puedan evitarse mediante los mecanismos de coordinación ordinarios.

Se entiende que hay emergencia por catástrofe medioambiental cuando exista peligro grave y cierto para la integridad y seguridad de los sistemas naturales de un parque nacional aunque no afectare a personas y bienes y que, por sus dimensiones efectivas y previsibles, requiera una coordinación nacional y exija además una aportación de medios estatales.

Cuando la declaración fuere a iniciativa del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, se dará cuenta inmediata a las autoridades autonómicas responsables de la gestión ordinaria y habitual del parque nacional.

Cuando la catástrofe medioambiental se sitúe en el ámbito de protección civil la declaración de emergencia corresponderá a las autoridades competentes en la materia, salvo que la emergencia lo sea de interés nacional en cuyo caso corresponderá al Ministerio del Interior. En todos los casos se comunicará al Consejo de la Red de Parques Nacionales, sin perjuicio de su convocatoria, según dispone el apartado 4 de este artículo.

2. Los criterios para determinar la existencia de un grave peligro para la integridad y la seguridad de un parque nacional, así como los efectos de la declaración del estado de emergencia y las principales acciones a ejecutar se recogerán en el Plan Director de la Red de Parques Nacionales.

3. La declaración del estado de emergencia por una catástrofe medioambiental en un parque nacional implicará, de acuerdo con el Plan Director de la Red de Parques Nacionales:

a) La designación, por el Presidente del Organismo Autónomo Parques Nacionales, de la persona encargada de coordinar las tareas de movilización y de empleo de todos los elementos personales y materiales puestos al servicio de la situación de emergencia.

- El sujeto que tiene la potestad para declarar el estado de emergencia ya no es el Presidente del Organismo Autónomo Parques Nacionales sino el Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, ya que el primero no tiene porque ser necesariamente el segundo y si coinciden en la misma persona la declaración y activación del estado de emergencia se ha de realizar en calidad de Ministro.
- La declaración del estado de emergencia ya no se realiza a propuesta del Director del Organismo Autónomo Parques Nacionales y oída la administración gestora del Parque Nacional, que es lo mismo que decir oída la Administración de la Comunidad Autónoma respectiva, sino que se realiza a iniciativa del propio Ministro o a petición de las autoridades de la Comunidad Autónoma o de las Comunidades Autónomas. Es decir, cuando se declara el estado de emergencia por iniciativa del propio Ministerio se realiza sin oír a la autoridad de la Comunidad Autónoma afectada, que tienen la competencia de la gestión y administración del Parque Nacional. Es verdad que, en estos casos, una vez realizada la declaración se ha de informar inmediatamente a las autoridades autonómicas pero, en todo caso, la decisión ya está tomada y se realiza sin tener en cuenta el criterio y la opinión de la Comunidad Autónoma responsable de la gestión del Parque Nacional, que es quien mejor conoce su territorio y sus características.
- Se define de manera genérica cuando hay emergencia por catástrofe medioambiental, aunque se establece que los criterios concretos para determinar la existencia de los elementos que definen la emergencia medioambiental se recogerán en el Plan Director de la Red de Parques Nacionales. Éste también ha de

b) El mantenimiento de un intercambio de información, permanente y continuo, entre el parque nacional afectado y el Organismo Autónomo Parques Nacionales.

c) La obligación de las autoridades competentes de movilizar los medios humanos y materiales necesarios que se encuentran bajo su dependencia, para la efectiva aplicación de los mecanismos de actuación exigidos por la declaración del estado de emergencia y, si fuere necesaria, la petición del Presidente del Organismo Autónomo Parques Nacionales, dirigida a las autoridades responsables de la gestión de otros parques nacionales, de auxilio y de puesta a disposición del operativo de emergencia de recursos de dichos parques, a fin de colaborar con los propios del Organismo y con los de la comunidad autónoma o de las comunidades autónomas afectadas por el estado de emergencia.

d) La redacción de un informe conjunto de la administración gestora del parque y del Organismo Autónomo Parques nacionales, en el que consten las actuaciones realizadas, la evaluación de daños producidos y las medidas propuestas para la restauración medioambiental de la zona o de las zonas afectadas.

4. Declarado el estado de emergencia se convocará, con carácter urgente, el Consejo de la Red de Parques Nacionales para ser debidamente informado de las circunstancias que hayan motivado dicha declaración, así como de las medidas adoptadas para hacer frente a ese estado, especialmente las relativas a la movilización de personal y de medios materiales de otros parques nacionales.

5. El fin del estado de emergencia se acordará por el Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente mediante resolución motivada de la que informará al Pleno del Consejo de la Red y a las autoridades responsables de la gestión del parque o parques afectados por la declaración.

6. En cada parque nacional se deberá elaborar por el órgano gestor del mismo, un plan de autoprotección destinado a prevenir y, en su caso, hacer frente a los riesgos que pudieran producirse. Dicho plan deberá contener los mecanismos de coordinación con los planes de protección civil.

7. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a los supuestos de catástrofe medioambiental producida por un suceso de contaminación marina cuando afecte a las aguas de un parque nacional marítimo, en los que la declaración de emergencia y las actuaciones a ejecutar se regirán por lo dispuesto en el Real Decreto legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y en la legislación complementaria del mismo reguladora del Sistema nacional de Respuesta ante la contaminación marina».



recoger los efectos de la declaración y las principales acciones a ejecutar. Además, se especifica que, de acuerdo con el Plan Director de la Red, la declaración implica la designación, por parte del Presidente del Organismo Autónomo Parques Nacionales, de una persona con atribuciones coordinadoras de los elementos personales y materiales movilizados y, si es necesario, la petición, por parte también del Presidente del Organismo Autónomo Parques Nacionales, de colaboración y de auxilio con recursos de otros Parques Nacionales, sin necesidad de que el Consejo de la Red de Parques Nacionales adopte un acuerdo al respecto, exigencia que sí que existe en la normativa vigente actualmente. En el Proyecto de Ley objeto de estudio solo se exige que se informe al Consejo de la Red de Parques Nacionales.

- Se entra a regular los actores que intervienen en la declaración de emergencia cuando la catástrofe medioambiental se sitúa en el ámbito de la protección civil.

### II.3.6. PREVISIÓN DEL ESTABLECIMIENTO DE UNA IMAGEN CORPORATIVA

Teniendo en cuenta que la STC 101/2005, de 20 de abril (64), establece que vulnera las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía, entre otros, el apartado 5. 8 (65), salvo el inciso «renovar la imagen corporativa y la identidad gráfica de la red» (66), y que en el fundamento jurídico 9.f) se salva la constitucionalidad del apartado 3 (67).8 c) que establece, entre otras cosas, que la imagen corporativa de los Parques Nacionales se adecuará a lo que para la red se establezca (68), pasamos a ver

---

(64) Sentencia que resuelve un conflicto positivo de competencia planteado por el Gobierno de la Junta de Andalucía contra diversos preceptos del Real Decreto 1803/1999, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el Plan Director de la Red de Parques Nacionales.

(65) El apartado 5.8 del Plan Director de la Red de Parques Nacionales expresa:

«8. Imagen y coherencia:

El objetivo a alcanzar en el periodo de vigencia del Plan Director es lograr una imagen coherente, característica y propia de la red de parques nacionales.

A tal fin se ejecutarán las siguientes actuaciones:

a) *Renovar la imagen corporativa y la identidad gráfica de la red* antes de doce meses. Completar la señalización de los parques nacionales en el plazo de veinticuatro meses.

b) Reglamentar el uso de la imagen exterior de los parques nacionales por parte de terceros. Antes de doce meses se adoptará dicho reglamento mediante Orden.

c) Establecer la red «Inpar» de información general sobre parques nacionales. En dieciocho meses se pondrá en marcha la red, que será de acceso gratuito para los ciudadanos.

d) Promover la proyección de la red y de los parques nacionales a través, entre otras acciones, del desarrollo de un programa específico de publicaciones. Dicho programa, que asegurará un nivel homogéneo en las publicaciones de los parques, incluirá también la edición de una revista. Se complementará el centro de publicaciones existente, con la constitución de un consejo responsable del plan editorial». La cursiva es nuestra y señala la prescripción que se declara constitucional.

(66) *Vid.* fundamento jurídico 11.

(67) El punto 3 se refiere a las directrices generales para la gestión coordinada de la red.

(68) De manera literal el apartado 3.8 c) del Plan Director de la Red de Parques Nacionales expresa: «la imagen corporativa de los parques nacionales, incluidos medios materiales y vestuario de personal, se adecuará a lo que para la red se establezca. Su uso será de uso obligatorio para, al menos, aquellos profesionales de la red que desarrollen labores en contacto con el público».

como el Proyecto de Ley se refiere a esta imagen corporativa e identidad gráfica de la Red.

En concreto, en el artículo 17, que se rubrica «Imagen corporativa e identidad gráfica de la Red», se establece: «El Gobierno, por real decreto, y previo informe del Consejo de la Red de Parques Nacionales, establecerá la imagen corporativa e identidad gráfica de la Red, incluidos medios materiales y vestuario de personal. Su uso será obligatorio para, al menos, aquellos profesionales de la Red que desarrollen labores en contacto con el público.

La señalítica informativa de los parques nacionales tendrá carácter único, obligatorio y exclusivo. En particular, la declaración de un espacio como parque nacional supondrá la retirada de la señalización referida al régimen cinegético que previamente a la declaración del parque nacional pudiera existir en la medida en que se vayan rescataando los correspondientes derechos (...).

Vemos, claramente, que lo que se ha hecho en el Proyecto de Ley ha sido incorporar aquellas prescripciones relativas a la imagen e identidad corporativa del Plan Director de la Red de Parques Nacionales declaradas constitucionales y, además, se han añadido pronunciamientos del Tribunal Constitucional, realizados trayendo a colación la normativa de Parques Nacionales, como la exigencia de que el Consejo de la Red de Parques Nacionales tendrá que informar sobre estas cuestiones antes de su aprobación como normativa (69).

En relación a la previsión temporal del cumplimiento del establecimiento de esta imagen e identidad, se establece que se ha de realizar en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la Ley (70) y la señalítica se tiene que implantar en el plazo de un año a partir de la fecha de aprobación de la nueva imagen corporativa (71).

Para entender la dimensión de esta prescripción lo primero que nos hemos de preguntar es: ¿Que abarca la expresión profesionales de la Red? De acuerdo con la definición de la Red de Parques Nacionales que nos da el artículo 14, la expresión citada abarca a los profesionales que forman parte de un sistema que está integrado por los espacios declarados Parques Nacionales. En definitiva, aquí se está incluyendo a todos los profesionales que trabajan sobre el terreno, *in situ*, en cada uno de los diferentes Parques Nacionales y que atienden o contactan con los visitantes de una manera u otra.

Ya veremos como se concreta normativamente el artículo 17 y el alcance y la intensidad de la proyección de esta imagen. A nuestro parecer, una cosa es referirse a

---

(69) En concreto, en el fundamento jurídico 9 f) de la STC 101/2005, de 20 de abril, se dice «Es claro que nos encontramos ante un criterio general sin contenido normativo concreto que prevé, simplemente, que la red de parques se proyecte ante el exterior a través de una imagen que la identifique. Por tanto, el alcance y la intensidad de esa representación están aún por concretar.

Siendo ostensible la competencia estatal para establecer criterios básicos que garanticen la unidad de la red de parques nacionales, es claro que este precepto busca la manifestación formal de dicha unidad. Apreciada esta finalidad y puesto que su materialización ha de hacerse tras el informe del Consejo de la Red de Parques (art. 22.ter.2b) de la Ley 4/1989), en la medida en que, como antes señalamos, el epígrafe no tiene un contenido normativo concreto y en que el resultado que se pretende ha de ser fruto de la cooperación antedicha, hemos de concluir que aquel no infringe las competencias de la Comunidad Autónoma de Andalucía».  *Vid.*, también, en referencia a esta cuestión, el art. 274.e) del Proyecto de Ley.

(70)  *Vid.* disposición final cuarta punto 3.

(71)  *Vid.* disposición adicional séptima punto 4.

una imagen corporativa e identidad gráfica de la red, que se circunscribe a la existencia de un logo y un diseño común que se ha de aplicar y visualizar en los medios materiales, ya sean señales, vestuario, coches todo terreno u otros medios materiales, y otra cosa muy diferentes es referirse al diseño del vestuario del personal para todos los parques de la Red de manera uniforme. Es decir, determinar el diseño de los pantalones, el calzado, la camisa, si las mujeres han de llevar falda o pantalón, o se deja libertad al respecto, etc... El problema de esta medida es que el vestuario que puede ser idóneo para un tipo de parque no lo será para otro con otras características y climatología y, en definitiva, que si el real decreto que ha de determinar el alcance opta por tanta concreción y detalle puede ir más allá de lo que se puede considerar los criterios básicos necesarios para conseguir la manifestación formal de la unidad de la red de parques nacionales, que es el argumento que ha utilizado el Tribunal Constitucional para fundamentar la constitucionalidad de estos preceptos del Plan Director de la Red de Parques Nacionales.

### II.3.7. AUMENTO DE LA INTERVENCIÓN Y DEL PROTAGONISMO DEL ESTADO EN LOS PROCESOS DE DECLARACIÓN DE UN PARQUE NACIONAL Y DE MODIFICACIÓN DE SUS LÍMITES

El aumento de la intervención y del protagonismo del Estado en el proceso de declaración de un Parque Nacional se manifiesta en varios aspectos fundamentales. En primer lugar, de acuerdo con el Proyecto de Ley, «la iniciativa para la declaración de un Parque Nacional corresponde, de manera conjunta, a la comunidad o comunidades autónomas en las que se encuentre comprendido dicho espacio y al Gobierno de la Nación». En cambio, la normativa vigente actualmente establece que la iniciativa para declarar un espacio como Parque Nacional corresponde al órgano competente de la Comunidad Autónoma correspondiente o al Gobierno de la nación. Es decir, la diferencia principal entre una regulación y otra es que la primera exige necesariamente la intervención conjunta tanto del Gobierno del Estado como de la Comunidad Autónoma y la segunda, y vigente actualmente, establece que la iniciativa sea o de un ente o de otro, de forma alternativa, y, por lo tanto, esto significa que no necesariamente tiene que intervenir el Gobierno del Estado en la iniciativa para la declaración de un Parque Nacional.

La ventaja principal del sistema que propone el Proyecto de Ley es que obliga a que ambas administraciones vayan de la mano desde el principio, cuestión que facilita la aprobación de las correspondientes propuestas y acuerdos necesarios para que el proceso culmine con el correspondiente Proyecto de Ley remitido a las Cortes Generales (72).

---

(72) Dentro del proceso de declaración del art. 8, destacamos diferentes momentos en que este acuerdo entre ambas administraciones es fundamental: 2.(...) «la iniciativa se formalizará mediante la aprobación inicial de una propuesta conjunta por el Consejo de ministros y por el órgano correspondiente de las comunidades autónomas en cuyo territorio se encuentre situado el futuro parque nacional (...). 6.El Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, tomando en consideración los informes y consultas referidos en los apartados anteriores así como el resto de la documentación incorporada al expediente, elaborará una nueva propuesta que será sometida a aprobación del Consejo de ministros y de los órganos correspondientes de las comunidades autónomas afectadas (...).»

El aumento de la intervención y del protagonismo del Estado en el proceso de declaración de un Parque Nacional se manifiesta, en segundo término, en que, a diferencia de la normativa vigente, que determina que «en todo caso, la iniciativa se formalizará mediante la aprobación inicial de la propuesta por las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se encuentren situados» (73), el Proyecto de Ley establece que la iniciativa se formalizará mediante la aprobación inicial de una propuesta conjunta por el Consejo de Ministros y por la Comunidad Autónoma o las Comunidades Autónomas correspondientes.

En definitiva, pasamos de un escenario donde ni en la iniciativa para declarar un Parque Nacional ni en su formalización, a través de la aprobación inicial de la propuesta, es necesaria la intervención del Estado, a otro donde su intervención ha de existir necesariamente desde el inicio.

Finalmente, otra modificación de calado, que recoge el Proyecto de Ley en el proceso de declaración de Parques Nacionales, es la disposición de que tras una serie de trámites, como la información pública y la emisión de informes por las diferentes administraciones afectadas, el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, tomando en consideración toda la documentación incorporada en el expediente, elaborará una nueva propuesta que se someterá a aprobación de las Comunidades Autónomas afectadas y del Consejo de Ministros. Somos críticos con esta disposición porque si se quiere facilitar la aprobación de la nueva propuesta por las Comunidades Autónomas hace falta incorporar a éstas en la elaboración de la nueva propuesta de declaración. A parte de estos argumentos operativos y prácticos, la propia lógica constitucional nos señala que esta nueva propuesta tiene que ser negociada por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se pretende que exista un nuevo Parque Nacional.

En relación a la modificación de los límites de los Parques Nacionales, en ambas regulaciones se determina que, aparte de la vía ordinaria, existe la posibilidad de modificar dichos límites de manera excepcional, mediante acuerdo del Consejo de Ministros. La diferencia principal es que la normativa vigente actualmente expresa que a este acuerdo se puede llegar o bien a propuesta del Ministerio de Medio Ambiente o bien a iniciativa de la Comunidad Autónoma correspondiente (74), y el Proyecto de Ley dispone que a este acuerdo del Consejo de Ministros se ha de llegar, en todo caso, a propuesta del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente por iniciativa del propio Ministerio o por iniciativa de la Comunidad Autónoma correspondiente (75). Por lo tanto, está en manos del Ministerio convertir o no la iniciativa de la Comunidad Autónoma en propuesta. La regulación actual permite un acceso al Consejo de Ministros más directo.

### III. Conclusiones

Una novedad trascendental de este Proyecto de Ley es que pone en el centro a los Parques Nacionales, desde el momento que los considera los protagonistas de la

---

(73) *Vid.* art. 10.3 Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales.

(74) *Vid.* art. 14 Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales.

(75) *Vid.* art. 11 Proyecto de Ley de Parques Nacionales

norma, y así incide sobre ellos directamente, y no solo a través de la Red de Parques Nacionales.

En general, se refuerza, a través de mecanismos coordinadores, la intervención del Estado sobre los Parques Nacionales y se crean nuevos órganos para que el Estado pueda gestionar el sistema de relaciones necesario para el funcionamiento de la Red de Parques Nacionales

En relación a los mecanismos coordinadores estatales en las zonas sometidas a exigencias de defensa nacional, hemos de manifestar que no solo no tienen cobertura competencial en el Proyecto de ley, sino que la última medida coordinadora, que posibilita que ante actuaciones y planes o programas del Estado en el ámbito de la defensa nacional se ignore o contradiga el instrumento de planificación medioambiental existente si existen razones imperiosas de interés público apreciadas por acuerdo del Consejo de Ministros, no responde al concepto de coordinación establecido por el legislador y el Tribunal Constitucional. Esta medida está inspirada en la disposición adicional décima del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, a través del que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo. Esta disposición de la normativa de urbanismo se hereda de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1956. Si en materia urbanística la existencia de antecedentes normativos no justifica su permanencia cuando no respeta el reparto competencial e ignora las características que han de tener los mecanismos coordinadores para considerarse tales, aún menos sentido tiene encontrar este tipo de medidas en sectores normativos que no tenían dichos antecedentes.

Del estudio de los instrumentos de coordinación en manos del Estado incorporados a través del Proyecto de Ley, podemos decir que se aprovechan todos los recovecos, aberturas y grietas que deja el Tribunal Constitucional en sus sucesivas sentencias sobre la materia y cuando no existe, de acuerdo con la doctrina constitucional, cobertura constitucional de las medidas establecidas en el artículo 149.1.23, se busca otro título competencial que pueda amparar la regulación material correspondiente, aunque a veces se pueda discutir el amparo de la total regulación de tales medidas en dicho título competencial. Además, en la utilización de los recovecos y aberturas, a los que hemos hecho referencia, vemos que muchas veces se ha hecho una interpretación abusiva de ellos, que puede significar la superación de los límites y las líneas de la intervención del Estado que marca el Tribunal Constitucional.

Trabajo recibido el 17 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Oro har naturagune babestuen eta bereziki Parke Nazionalen arloko eskumenen banaketatik abiatuta, eta gure ordenamendu juridikoan dagoen koordinazio-ahalmenetik abiatuta, Estatuaren koordinazio-lana areagotu ahal izateko elementu guztiak aztertzen ditugu, hori baita Parke Nazionalei buruzko berehalako lege-erreformako aldaketa nagusia. Estatuaren koordinazio-lana handitu ahal izateko sartutako elementuen zentzua, erabilgarritasuna, eraginkortasuna eta konstituzionaltasuna aztertzen dugu lan honetan. Gure ustez gure ordenamenduarekin koherenteak ez diren alderdiak ere adierazten ditugu, eta legegileak horren aurrean jarraitu beharko lukeen bidea erakusten dugu.

**HITZ GAKOAK:** Parke Nazionalak. Estatuaren eta erkidegoen eskumenak. Estatuaren koordinazioa.

**RESUMEN:** Partiendo del reparto competencial asentado en la materia de los espacios naturales protegidos, en general, y de los Parques Nacionales, en particular, y del concepto y ejercicio de la potestad de coordinación existente en nuestro ordenamiento jurídico, analizamos la batería de elementos que llevan a incrementar el papel coordinador del Estado, que consideramos constituye el cambio más trascendental de la inmediata reforma de la ley de Parques Nacionales. En este estudio analizamos el sentido, la utilidad, operatividad y constitucionalidad de los elementos introducidos para aumentar el papel coordinador del Estado. Al mismo tiempo, señalamos aquellos aspectos que consideramos que no son coherentes con nuestro ordenamiento y apuntamos el camino que tendría que seguir el legislador al respecto.

**PALABRAS CLAVE:** Parques Nacionales. Competencias estatales y autonómicas. Coordinación estatal.

**ABSTRACT:** On the basis of the allocation of powers regarding the protected natural spaces in general and National Parks in particular, and the concept and exercise of the power of coordination which exists in our legal order we analyze a set of elements which lead to promote the role of coordination by the State, which we consider to be the most significant change in the immediate reform of the Act on National Parks. We analyze in this study the meaning, the utility, operativity and constitutionality of the elements introduced in order to promote the role of coordination by the State. At the same time, we note those features that we consider that are not coherent with our order and in that regard we show the path to be followed by the legislator.

**KEYWORDS:** National Parks. State and Autonomic powers. State coordination.

# Urbanismo y Medio Urbano bajo el signo del desarrollo sostenible

Luciano Parejo Alfonso

**Sumario:** I. Introducción.—II. La recuperación de lo urbano por el marco estatal de la ordenación territorial y urbanística. II.1. La deriva de la política de ordenación territorial y urbanística y su primera e insuficiente corrección por lo que hace al medio urbano y la edificación. II.2. La infusión de sostenibilidad a la economía y el claro giro de la atención hacia el medio urbano. II.3. La regulación del marco legal del medio urbano sostenible.—III. La nueva política para el Medio Urbano. III.1. El objeto de la política de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. III.2. Los fines de la política de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. III.2.1. Los principios. III.3. Los fines-objetivos. III.3.1. La posibilidad, en determinadas condiciones, del uso residencial en el medio urbano. III.3.1.1. Las características del contexto urbano del uso residencial. III.3.1.2. Las dotaciones, las infraestructuras y los equipamientos. III.3.1.3. El estado y el uso de los recursos naturales (aire y agua). III.3.1.4. El uso de la energía. III.4. Las actuaciones sobre el medio urbano. III.4.1. La «definición» de las actuaciones. III.4.2. Las actuaciones de rehabilitación. III.4.3. Las actuaciones de regeneración y renovación urbanas.

## I. Introducción

Una contribución, por modesta que sea, al merecido homenaje póstumo al querido y entrañable compañero Demetrio Loperena Rota debe referirse preferentemente, según me parece, a cuestión siquiera relacionada con la materia a la que él dedicó sus mejores esfuerzos (baste con recordar, no ya su obra, sino el máster que puso en marcha y condujo con tanto acierto como éxito). Tanto más, cuanto, en tal ocasión, no es posible dejar de recordar al gran pionero y constructor entre nosotros del Derecho ambiental, el polifacético maestro común Ramón Martín Mateo. De ahí que en ésta pretenda darse cuenta del giro experimentado por la legislación estatal definitoria del marco de las políticas de ordenación territorial y urbanística bajo el signo del principio ambiental del desarrollo sostenible. No es casualidad, en efecto, que el preámbulo de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, afirme, en su apdo. I, que: i) el texto legal debía fundamentarse en la evolución presidida por el nuevo marco de referencia definido por la Constitución de 1978, en el que el artículo que se refiere a la regulación de los usos del suelo (art. 47) se ubica dentro del «bloque normativo ambiental» (arts. 45 a 47); y ii) el urbanismo, en cuanto referido al suelo, que tiene un valor ambiental digno de ser ponderado, debe responder a los requerimientos de un desarrollo sostenible.

## II. La recuperación de lo urbano por el marco estatal de la ordenación territorial y urbanística

### II.1. La deriva de la política de ordenación territorial y urbanística y su primera e insuficiente corrección por lo que hace al medio urbano y la edificación

Ha sido la literal insostenibilidad económica, social y ambiental del rumbo del urbanismo y el sector inmobiliario, que reclamaban urgente rectificación ya antes de ponerse bruscamente de manifiesto (en forma de «pinchazo» de la «burbuja inmobiliaria») con motivo de la crisis económico-financiera (1), la que hizo posible la refundación del sistema urbanístico (por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo —en adelante LdS07— y su texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio; en adelante TRLdS08) y su colocación bajo la órbita del principio del desarrollo sostenible, reconduciéndolo al modelo común europeo de «ciudad compacta», es decir, a las directrices acordadas en materia urbanística en el contexto de la UE (2). La concentración en el esfuerzo de corrección de la deriva del urbanismo y la falta de

(1) La combinación de la impropriadamente denominada «liberalización» del suelo (haciendo regla general de la clase de suelo «urbanizable» destinado a la producción de ciudad y entregando su promoción a la iniciativa privada) y, en su caso, pero no necesariamente, las nuevas formas autonómicas de gestión de las actuaciones (básicamente la figura del «urbanizador» en su versión más impropia y desregulada) con el ciclo de crecimiento económico a escala internacional, determinaron, en efecto, un crecimiento económico basado en la desproporcionada transformación del suelo (la urbanización) y la excesiva edificación con destino fundamentalmente residencial que, lejos de producir la esperada disminución del precio del suelo natural y construido, disparó el de ambos a cotas insoportables para la gran mayoría de la población (agravando paradójicamente el problema social del acceso a la primera vivienda) y proporcionó el caldo de cultivo no sólo para el deterioro de la cultura de gestión pública del urbanismo, sino incluso para el desarrollo de la corrupción.

Ya antes de la «explosión» de la burbuja inmobiliaria, con ocasión de la crisis económica internacional en que aún estamos instalados, la conmovión pública por los casos de corrupción desvelados puso de manifiesto la severidad del deterioro del urbanismo por exceso de «mercaderismo» abstracto. Aunque sus causas fueran múltiples, la más eficiente fue sin duda la mutación inducida —sobre defectos congénitos del sistema desde 1956— por el reconocimiento del derecho de la iniciativa privada (básicamente la propiedad del suelo) a la transformación urbanística (con paralela debilitación de la función pública de planificación). Esta mutación fue capaz de generar en la práctica un fenómeno de nueva, generalizada y extemporánea acesión invertida, en la que la riqueza basada en el aprovechamiento urbanístico otorgado por el plan sigue, ya desde el momento inicial de su previsión, la suerte del derecho sobre el suelo, privatizándose así sin más título que aquella previsión, pero como virtualidad generadora de claros efectos sobre el precio del suelo simplemente clasificado. El resultado ha sido la pérdida por la ordenación de su función estructurante y equilibradora de los valores/bienes constitucionales a favor de su mera función sectorial económica, centrada en el ciclo urbanización-edificación y al servicio de la explotación de esa riqueza bajo criterios mercantil-financieros para fabricar-comercializar ciudad (entendida como mera suma/combinación de productos/ofertas inmobiliarias). Y ello según la lógica general del mercado que encuentra sólo límites externos y de menor entidad valorativa que producen insensibilización para las exigentes características del fenómeno urbano. La consecuencia última ha sido la progresiva «separación» del modelo español de ocupación y utilización del territorio (en una senda de clara «insostenibilidad» en un país con recursos hídricos limitados y desigualmente repartidos y nullos recursos energéticos primarios, salvo los renovables) del modelo común continental europeo, tal como éste ha quedado plasmado en los documentos de las reuniones de ministros del ramo en Potsdam y Leipzig.

(2) La influencia entre nosotros del proceso comunitario de decantación de una estrategia territorial (ETE) y urbana se ha manifestado tanto a escala autonómica como estatal. En la primera, son varias las CCAA cuya legislación o planificación toma como marco de referencia la ETE u otros documentos europeos: así, la Ley 2/2001, de 25 de junio, de ordenación territorial y régimen urbanístico del suelo y la Ley 2/2004, de 27 de septiembre, del Plan de Ordenación del Litoral, ambas de Cantabria; la Ley 14/2000, de 21 de diciembre, de ordenación territorial de las Islas Baleares, la Ley 4/1992, de 30 de julio, de ordenación y protección del territorio de Murcia; la Ley 3/2008, de 17 de junio, de aprobación de las Directrices Esenciales de Ordenación del Territorio de Castilla y León; y la Estrategia Territorial Navarra, instrumento de planificación territorial inscrito en la Ley Fo-



maduración paralela de una estrategia clara en punto a la lucha contra el cambio climático, así como de una política energética superadora de las perspectivas y acciones sectoriales, determinó, sin embargo, que la renovación del marco de la política de ordenación territorial y urbanística no pudiera completar el giro recuperando la plena atención al mundo urbano. En efecto: además de la inevitable reafirmación de la edificación como ejercicio del *ius aedificandi* [arts. 6, d); 8.1, b) y 9.1, párr. 2.º TRLdS08] —perspectiva ésta de suyo limitadora del campo de visión a la nueva construcción—, dicho marco legal solo tangencialmente —al hilo de la determinación del contenido urbanístico del derecho de propiedad— alude a la ciudad como parque de edificios existentes, reiterando escuetamente como deberes del propietario los de i) conservación en las condiciones legales para servir de soporte al uso correspondiente y, en todo caso, en las de seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato legalmente exigibles; y ii) realización de los trabajos de mejora y rehabilitación hasta donde alcance el deber legal de conservación (3) (art. 9.1 TRLdS08).

## II.2. La infusión de sostenibilidad a la economía y el claro giro de la atención hacia el medio urbano

La ambiciosa pretensión de infundir sostenibilidad al modelo económico permitió, tres años después, dar el urgente paso ulterior: la decidida contemplación de la ciudad hecha. La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible (en adelante LES) incluyó, en efecto y bajo el lema de la sostenibilidad ambiental (4), la necesidad de un modelo energético (5) basado en ciertos principios (6) y referido a objetivos nacionales (7), al servicio de cuya ejecución se contemplan —en el contexto de la cooperación entre Administraciones públicas— instrumentos específicos, básicamente de planifi-

---

ral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo. Y a escala estatal, pueden citarse: además de la legislación de suelo y de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas

a) Normas legales: Además de la legislación de suelo y de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural.

b) Documentos: La Estrategia Española de Desarrollo Sostenible (elaborada por el Grupo Interministerial para la Revisión de la Estrategia de Desarrollo Sostenible de la Unión Europea y la preparación de la Estrategia Española de Desarrollo Sostenible y aprobada por el Consejo de Ministros de 23 de noviembre de 2007) y la Estrategia Española de Sostenibilidad Urbana y Local (EESUL), elaborada por el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino (aún no aprobada).

(3) Precizando que este deber constituye el límite de las obras que deban ejecutarse a costa de los propietarios, cuando la Administración las ordene por motivos turísticos o culturales, corriendo a cargo de los fondos de ésta las obras que lo rebasen para obtener mejoras de interés general.

(4) Título III de la Ley.

(5) Así se denomina el capítulo I del título III de la Ley, en el que se advierte que el modelo de consumo y generación de energía debe ser compatible con la normativa y objetivos comunitarios y con los esfuerzos internacionales en la lucha contra el cambio climático (art. 77.1).

(6) Seguridad del suministro, eficiencia económica y sostenibilidad medioambiental (art. 77.1).

(7) Mínimo de participación de las energías renovables en el consumo de energía final bruto; y reducción de la demanda de energía primaria coherente con el objetivo establecido para la Unión Europea del 20 por ciento en 2020 y con los objetivos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero asumidos por España (art. 78).

cación para la organización y precisión de las medidas pertinentes(8) y que aparece dotado de un sistema de evaluación y seguimiento(9) y un fondo genérico para la financiación de todas ellas(10). En paralelo a este esquema, estableció toda una serie de medidas de diverso contenido, finalidad y alcance(11) y varios paquetes, más articulados, con diversos objetos y, entre ellos(12), el que aquí interesa(13), fruto de la iniciativa del a la sazón aún Ministerio de la Vivienda e incluso —bajo el epígrafe «rehabilitación y vivienda»— de los fines comunes de las políticas públicas para un medio urbano sostenible y las actuaciones y acciones de rehabilitación y renovación urbanas, así como de edificios y viviendas.

Aprovechando parcialmente los trabajos de elaboración técnica de un nuevo texto legal centrado ya en la rehabilitación y regeneración urbanas, las prescripciones de la LES fueron inmediatamente complementadas con las establecidas, para el fomento de las actuaciones de rehabilitación(14), por el Real Decreto-Ley 8/2011, de 7 de julio, referidas —en lo esencial— a: 1) la determinación de las actuaciones —discontinuas o integradas— comprendidas en la rehabilitación y de los aspectos esenciales de su régimen, con adaptación del de las comunidades y agrupaciones de comunidades de propietarios y cooperativas de rehabilitación; y 2) la generalización de las inspecciones técnicas de edificios.

Con esta regulación, formulada siguiendo el mismo esquema del TRLdS08, el giro antes aludido logró ciertamente alcanzar el mundo de lo urbano, pero no así completar la necesaria e inaplazable actualización de nuestra política territorial y urbanística. No por ello puede regateársele el mérito de haber: i) indicado la dirección correcta: la ciudad hecha y, con y en ella, el parque de edificios existente como objeto de la ordinaria atención de los poderes públicos; y ii) avanzado, por tanto, en la corrección del desequilibrio históricamente consustancial al modelo de ocupación y uso del suelo en favor del llamado «proceso urbanístico» lineal postulador, en congruencia con la idea del crecimiento continuado, de la colonización «urbanística» asimismo continua de suelo natural para la «producción» de nueva ciudad. Y ello, gracias a: 1) la colocación

(8) Los planes nacionales de ahorro y eficiencia energética, los planes de energías renovables, la planificación de carácter indicativo del modelo de generación de energía y la planificación energética vinculante prevista, entonces, en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del sector eléctrico y, hoy, en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, también del sector eléctrico, así como en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos.

(9) Informes periódicos de seguimiento de los diferentes planes y programas; evaluación cuatrienal de los distintos instrumentos de la planificación indicativa del modelo de generación de energía; la vinculante de las infraestructuras y redes de energía; los planes de energías renovables; y los planes nacionales y programas de ahorro y eficiencia energética (art. 86).

(10) El Fondo de Economía Sostenible fue creado por acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de diciembre de 2009, pasando a ser el instrumento financiero del Estado para el apoyo a los particulares en el desarrollo de los principios y objetivos contenidos en la Ley comentada.

(11) El fomento de la investigación, el desarrollo y la innovación en el ámbito de energías renovables y el ahorro y la eficiencia energética; la transparencia e información a los consumidores; la simplificación de procedimientos administrativos; y el ahorro energético de las Administraciones públicas.

(12) La reducción de emisiones; la renovación del régimen de los transportes; la promoción de políticas de movilidad sostenible y del sector del transporte público por carretera limpio; y la adquisición por aquél de vehículos de transporte por carretera limpios y energéticamente eficientes.

(13) Desarrollado en el capítulo IV del título III del proyecto de Ley.

(14) Capítulo IV, artículos 17 a 22.

de todas las políticas públicas (del conjunto de los poderes públicos) al servicio de la sostenibilidad del medio urbano; y 2) la caracterización de la ciudad como un medio físico y un espacio social configurados según los principios de cohesión territorial y social, eficiencia energética y complejidad funcional.

### II.3. La regulación del marco legal del medio urbano sostenible

El proceso que viene describiéndose ha concluido, por ahora y en la línea de lo que para el mundo rural ha supuesto la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, de desarrollo sostenible del medio rural, con la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas (en adelante L3R), la cual, se limita, en lo sustancial, a llevar a buen fin la iniciativa legislativa desarrollada por el extinto Ministerio de la Vivienda en la estela de la LES y ello sobre la base de una más decidida actuación de la competencia constitucional relativa a las condiciones básicas que garantizan, en particular, la calidad y sostenibilidad del espacio social urbano para el ejercicio, en igualdad y en todo el territorio estatal, de los derechos y deberes constitucionales relacionados con aquél. La regulación que dedica al mundo urbano sustituye y completa la avanzada por el bloque formado por la LES y el Real Decreto-Ley 8/2011 (15), i) introduciendo definiciones legales a tener en cuenta en la interpretación y aplicación del texto legal, ii) pormenorizando los fines comunes de las políticas (añadiendo a la sostenibilidad, en este contexto, la eficiencia y la competitividad); iii) introduciendo la figura del informe de evaluación de los edificios (más amplio que el de la inspección técnica, pero sin sustituir éste); iv) reordenando, en función de su objeto, las actuaciones genéricamente calificadas como de rehabilitación, con el resultado de la conversión de estas últimas en una variedad más (que subsume las anteriores de conservación y mejora) y el desglose de las de regeneración en actuaciones de regeneración y de renovación (integradas o no); y v) regulando la iniciativa y —en sus aspectos básicos— la ordenación, ejecución y efectos de las actuaciones (extremo en el que destaca la introducción de la técnica de la memoria de viabilidad económica). Pero también empeora, en aspectos en modo alguno secundarios, el referido bloque normativo, destacando la supresión de la exención legal a determinadas unidades familiares, en ciertas condiciones socio-económicas (16), del costeamiento obligatorio de las obras (necesarias) que a) sirvan para garantizar los derechos reconocidos por Ley a las personas (especialmente las que padezcan alguna discapacidad); b) vengan impuestas por normas legales sobrevenidas por razones de seguridad, adecuación de instalaciones y servicios mínimos, reducción de emisiones e inmisiones contaminantes de cualquier tipo; y c) se requieran para reducir los consumos de agua y energía cuando la unidad familiar así lo precise. Es evidente la consecuencia de esta supre-

---

(15) La disposición derogatoria única de la L3R deroga formalmente los artículos 107 a 11 de la LES y los artículos 17 a 25 y las disposiciones adicional 3.ª, transitorias 1.ª y 2.ª y final 2.ª del Real Decreto-Ley 8/2011.

(16) Las unidades familiares a las que pertenezca alguno de los propietarios que forman parte de la correspondiente comunidad tengan ingresos anuales inferiores a 2,5 veces el Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), excepto en el caso de que las subvenciones o ayudas públicas a las que esa unidad familiar pueda tener acceso impidan que el coste anual repercutido de las obras que le afecten, privativas o en los elementos comunes, supere el 33 por ciento de sus ingresos anuales. Previsión efectuada con modificación de la Ley de propiedad horizontal por el artículo 111 LES.

sión: o la agravación al límite de las condiciones de vida de las personas pertenecientes a las unidades familiares con muy escasos recursos o la dificultad —en grado práctico de impedimento— de las operaciones de rehabilitación (17).

De otro lado, rompe en todo caso la L3R con la línea evolutiva descrita:

— Primero, al no insertar las condiciones básicas garantes de un idóneo medio urbano en la legislación de la ordenación urbanística, quebrando así el proceso de actualización y la integridad de ésta.

Aunque esta opción pudiera quizás explicarse en la dificultad que para el neto encuadre de su objeto representa la tradicional separación de las políticas urbanística y de vivienda y la comprensión por dicho objeto de regulaciones emplaçables tanto en uno como en otro campo, lo cierto es que carece, en realidad, de justificación. Pues aquella dificultad no existe en realidad, al ser meramente teórica, y la legislación urbanística ha incluido desde siempre —claramente desde los años 70 del s. xx— las previsiones sobre vivienda necesarias para su propia integridad, como, por ejemplo, la referida a la reserva de suelo para viviendas sujetas a algún régimen de protección pública. Pero, sobre todo, dicha dificultad no existe porque el mundo urbano constituye el núcleo mismo del urbanismo. El propio preámbulo de la L3R parte (en su apdo. I) de la natural comprensión en la política urbanística de las actuaciones en el tejido urbano existente, al sumarse al juicio de vencimiento tradicional de nuestro urbanismo del lado de la nueva urbanización y afirmar la necesidad de superación de esta deficiencia para justificar la regulación que introduce. No es por ello precisamente muy consecuente que, luego (apdo. III) y al hilo de la exposición de las medidas para conseguir los objetivos perseguidos, afirme la necesidad «... además de los contenidos propios de la nueva Ley, cuya función estriba básicamente en llenar los vacíos legales existentes, [de] afrontar la modificación...» de, entre otras normas, el TRLdS08 y ello «... tanto para eliminar aquellos obstáculos que impiden hoy alcanzar los objetivos propuestos, como para adaptar los existentes a los nuevos».

La inconsistencia interna de la técnica legislativa adoptada y las disfunciones que produce se hacen especialmente evidentes: lo primero, en la introducción simultánea en el TRLdS08 de previsiones sobre las actuaciones edificatorias; y lo segundo en la dualidad de regulaciones de las actuaciones de transformación (a pesar de la coincidencia, siquiera parcial y en su objeto, de las «urbanísticas» con las «urbanas») y de las correspondientes formas de gestión y ejecución, determinantes de la necesidad de remisiones normativas.

— Segundo, al proceder, además, a una modificación parcial del TRLdS08 vía disposición no ya adicional, sino final (la 12.<sup>a</sup>), en congruencia con la precedente opción, pero dando significativamente a dicho texto el mismo tratamiento que a un conjunto de normas con objeto de lo más heterogéneo e, incluso, en

(17) El único paliativo, por demás de todo punto insuficiente, que a la comentada supresión ofrece el texto legal es la previsión, a la hora de la ponderación de la procedencia de la realización de medidas de adecuación a la accesibilidad universal de los edificios de vivienda constituidos en régimen de propiedad horizontal es la determinación como coste desproporcionado de aquél que, repercutido anualmente y descontadas, en su caso, las ayudas públicas, supere el importe de doce mensualidades de gastos comunes (véase la definición contenida en el artículo 2 L3R).

cierta medida extravagante y, sobre todo, apartado del de la legislación urbanística (18).

Un simple repaso de esta modificación revela que no se justifica tanto en una supuesta, y por demás innecesaria, reordenación sistemática clarificadora de los contenidos normativos del TRLdS08, cuanto en una verdadera rectificación de éstos de signo no precisamente de progresión en la exigencia de compactación, cohesión social y sostenibilidad del mundo urbano, a lo que se añade en mas de un supuesto una más que dudosa cobertura competencial y lo que no es menos grave: la puesta en riesgo, si no quiebra directa, de la economía y lógica internas del sistema formalizado por el TRLdS08.

Baste con algunos botones de muestra:

1. Es claro el sesgo de la rectificación en la disminución de la reserva de suelo para vivienda sujeta a un régimen de protección pública (sobre la base de la diferenciación entre suelo de nueva urbanización y suelo urbanizado objeto de una operación de reforma o renovación); la sorprendente habilitación a las Comunidades Autónomas para, concurriendo determinados requisitos, suspender temporalmente una norma estatal básica: la de la reserva mínima de suelo para la referida vivienda; la «flexibilización» de los deberes legales en zonas degradadas o en que se aumente la densidad o edificación para la sustitución de infravivienda; y la innovación del régimen de los complejos inmobiliarios en términos de una complejidad demandante de una interpretación restrictiva si se quiere evitar el florecimiento de fenómeno cercano a las *gated communities*.
2. Es por lo menos dudoso el título competencial para: i) la transformación de las previsiones sobre la iniciativa pública y privada en las actuaciones (hasta ahora integrantes de un mandato básico para la pertinente regulación por la legislación autonómica) en una regulación estatal directa; y ii) la determinación, en los términos en que se lleva a cabo, de las actuaciones edificatorias.
3. Y afectan a la lógica del sistema legal urbanístico básico: la reinserción —en yuxtaposición que no verdadera combinación armónica con los novedosos adoptados en 2007— de los criterios de clasificación voluntarista o decisonal previos (que, con variantes llegan hasta 1998). Y ello, porque —salvo enervación de sus consecuencias perturbadoras mediante una interpretación difícil— afectan a elementos claves del sistema legal como los de las valoraciones y la responsabilidad patrimonial de la Administración (19).

---

(18) Las disposiciones finales modifican también, además de la legislación de propiedad horizontal, ordenación de la edificación y del código técnico de ésta, que guardan cierta relación con la urbanística, la de mercados de tabaco y normativa tributaria; enjuiciamiento civil; seguridad aérea; patrimonio de las Administraciones públicas; general de subvenciones; general presupuestaria; general tributaria; de las Haciendas locales; contratos del sector público; medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos y para reforzar la protección de dichos deudores, reestructuración de deuda y alquiler social; reestructuración y resolución de entidades de crédito; y presupuestos generales del Estado para 2013.

(19) En la nota que sobre las modificaciones del TRLdS han elaborado J.M. Palau Navarro y B. Lozano Cutanda, *Análisis Gómez-Acebo & Pombo*, julio de 2013, p. 1, accesible en internet, se llega a afirmar, quizás con exageración, que las «... modificaciones son de tanto calado que puede afirmarse que nos encontramos ante una «nueva Ley de Suelo estatal»».

### III. La nueva política para el Medio Urbano

#### III.1. El objeto de la política de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas

El objeto de la L3R se define, al igual que sucede en el caso del artículo 1 TRLdS08 para el entero territorio o suelo, por relación a determinadas condiciones básicas del medio urbano; expresión ésta empleada con tal amplitud que no puede tenerse como equivalente a la que utiliza el artículo 149.1.1.<sup>a</sup> CE para precisar el peculiar título competencial que reserva al Estado. Lo impide su conceptualización del entero contenido prescriptivo del texto legal y la invocación como soporte de éste y en correspondencia, de un conjunto diverso de competencias.

La acotación al medio urbano impide igualmente la proyección extensiva de las condiciones básicas fuera de aquél. Lo que significa que la concreción así efectuada del objeto de la ulterior regulación legal imprime a ésta idéntica limitación, haciendo improcedente cualquier extrapolación a supuestos y circunstancias diferentes. De donde la importancia de la precisión del concepto indeterminado «medio urbano» [no nuevo, pues ya lo utilizaba la versión original del artículo 2.2, c) TRLdS08, si bien sólo a propósito de la precisión de los fines comunes de las políticas públicas relativas a la ordenación, ocupación, transformación y uso del suelo], que —en ausencia, sorprendente, de toda definición del mismo en el artículo 2 L3R— ha de hacerse, paradójicamente, a partir de la nueva regulación que se da a la situación básica de suelo urbanizado en el TRLdS08 modificado. Aunque no es posible proceder ahora al análisis de dicha regulación, puede señalarse aquí que —como resulta del preámbulo y, en todo caso, de los artículos 1 y 7.1 L3R— el concepto alude sólo al espacio físico y social determinado, en cada momento, por el suelo ya urbanizado o, en términos del texto legal, al tejido urbano a secas o cualificado como existente.

Las condiciones básicas postuladas para ese medio se precisan mediante la combinación —en relación con determinados fines— de sus características y de los medios a emplear para su generación y mantenimiento:

- Las características se agotan en la idoneidad para garantizar un desarrollo sostenible, competitivo y eficiente, fórmula abierta y de gran abstracción en la que luce el empleo de la terminología de los documentos comunitario-europeos, los cuales —de forma acorde con la relevancia económica actual de las ciudades— incorporan efectivamente la perspectiva de la competitividad y la eficiencia [en congruencia con los fines y objetivos de la Unión Europea (art. 3 TUE)]. Pero lo hace de forma selectiva, pues no incluye, significativamente, el de la cohesión social, económica y territorial, en el que también hacen hincapié los aludidos documentos. Por su carácter, la fórmula poco aporta, por sí sola, a la valoración de la corrección de las regulaciones contenidas en el texto, especialmente desde la perspectiva competencial.
- La formulación de los medios es compleja, desplegándose en dos planos:
  1. En primer lugar, el de la caracterización misma de dichos medios, que se efectúa por relación a la nota de necesidad para asegurar a los ciudadanos:
    - a) una adecuada calidad de vida y b) la efectividad del derecho de éstos al disfrute de una vivienda digna y adecuada.

Constátese, por de pronto, el diferente alcance de las notas caracterizadoras de estos medios y de las condiciones a las que sirven: estricta necesidad (para asegurar) y mera idoneidad (para garantizar), respectivamente, lo que, desde el principio de proporcionalidad (inscrito en los de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE) y a efectos del enjuiciamiento de la regularidad constitucional de las regulaciones contenidas en el texto legal, tiene evidente importancia en función de si para ellas se ha invocado o no el título del artículo 149.1.1.<sup>a</sup> CE.

El objeto de la función de aseguramiento no va más allá, en el caso de la adecuada calidad de vida, de su conexión con el fin (protección y mejora de la calidad de vida) del mandato constitucional a los poderes públicos expresado en el artículo 45.2 CE a los efectos del derecho al disfrute de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45.1 CE), y tampoco implica, propiamente, un mayor desarrollo del derecho al disfrute de una vivienda digna y adecuada a efectos de su invocación como fundamento de una pretensión jurídica (art. 53.3 CE). Pero ni el establecimiento mismo del objeto de la expresada función carece por ello de relevancia (en la medida que entronca la regulación legal con el orden constitucional ambiental y, a su través, con el sustantivo y fundamental presidido por el artículo 10.1 CE y el organizativo vinculado al artículo 9.2 CE), ni debe minusvalorarse la importancia que, para el derecho al disfrute a una vivienda digna y adecuada, implica la implícita puesta a su servicio de los medios correspondientes y, con ellos, de las regulaciones que los configuran en términos justamente de aseguramiento de la efectividad de dicho derecho.

2. En segundo lugar, el plano de la identificación de los medios: el impulso y el fomento de actuaciones dirigidas a: i) la rehabilitación de edificios; y ii) la regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes.

Aunque se alude aquí solo a funciones de impulso y fomento, es claro que la fórmula legal cubre las utilizadas en las regulaciones desarrolladas en el texto legal, por lo que, en cuanto al alcance del mandato de acción de los poderes públicos que deriva de aquél ha de estarse, en todo caso, a lo que resulte de tales regulaciones.

Se establece, en cualquier caso, una clara diferenciación en las actuaciones objeto de regulación de indudable relevancia para la interpretación y aplicación de la definición del objeto de dichas actuaciones que se realiza en el artículo 7 L3R. El criterio principal divisorio no es otro que la combinación o no en una actuación de operaciones en edificaciones y sobre el tejido urbano.

Conforme a la disposición final 19.<sup>a</sup> L3R, por último, el contenido prescriptivo de la determinación del objeto de la política pública analizada pretende ampararse en la competencia estatal genérica para el establecimiento de las bases y la coordinación de la planificación general de la economía (art. 149.1.13.<sup>a</sup> CE) con el complemento adicional aportado, concurrentemente, por los atribuidos en las reglas 1.<sup>a</sup> (condiciones básicas garantes de la igualdad en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales), 16.<sup>a</sup> (bases y coordinación general de la sanidad), 18.<sup>a</sup> (bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas), 23.<sup>a</sup> (legislación básica sobre protección del medio ambiente) y 25.<sup>a</sup> (bases del régimen energético) del apdo. 1 del artículo 149 CE.

Si con el recurso a esta compleja fundamentación competencial el legislador se refiere al entero objeto del texto legal como un todo, queda necesariamente coja su justificación competencial. Dado el carácter de la determinación de dicho objeto, habría sido más congruente o bien prescindir, respecto de ella, de toda referencia competencial, o bien haber formado solo dos grupos de preceptos a estos efectos: los integrantes del cuerpo del texto legal, los que los complementan y los modificatorios del TRLdS08, de un lado, y los referidos a normativa de objeto distinto, de otro lado.

### **III.2. Los fines de la política de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas**

Siguiendo el modo de proceder de la LdS07 y el TRLdS08, el art. 3 L3R fija, aunque solo lo diga en su enunciado y no en su parte prescriptiva, los fines comunes de las políticas públicas en el medio urbano (se entiende de todas, cualquiera que sea la instancia territorial a la que correspondan y el título competencial que les otorgue soporte, las que por su objeto incidan en la consecución de los correspondientes fines-objetivos). Su articulación interna es compleja, pues: a) distingue entre principios y fines-objetivos de las políticas; y b) enumera, sin priorización alguna, una pluralidad de los unos y los otros, no siendo precisamente unívoco el sentido y alcance de al menos uno de los primeros e implicando los términos en que se especifican los segundos en buena medida su solapamiento.

#### **III.2.1. LOS PRINCIPIOS**

La triple calificación de la sostenibilidad como económica, social y ambiental (dimensiones no necesariamente complementarias y ni siquiera compatibles entre sí) no contribuye en modo alguno a la operatividad, en la práctica, de este principio, que parece exigir que las soluciones cumplan simultáneamente las exigencias implícitas en tales dimensiones. Pues si resulta ya difícil precisar la sostenibilidad ambiental, a pesar de contar ya este principio con alguna tradición en el Derecho medioambiental, esa dificultad se agrava extraordinariamente cuando se trata de la sostenibilidad económica y la social. Mayor precisión puede suponerse a los principios de cohesión territorial y eficiencia energética por relación no solo a la normativa interna, sino también a la comunitaria europea. La complejidad funcional, por último, debe entenderse alusiva a la mezcla suficiente e idónea de usos en el medio urbano para la conceptualización de éste como adecuado.

Se trata, en todo caso, de una tetrada de principios meramente yuxtapuestos (sin priorización o criterio alguno de relación recíproca que facilite su juego combinado), cuya función no es tanto la de formalizar los fines-objetivos de la formulación y el desarrollo de las políticas públicas, como la de inspirar tales acciones de formulación y desarrollo.

### **III.3. Los fines-objetivos**

Se determinan por relación bien a un efecto a producir (es el caso de la mejora —referida a las dotaciones, infraestructuras y espacios públicos—, la garantía —del



acceso universal a dichos elementos y la movilidad—, la integración —de los usos compatibles con el residencial en el tejido urbano— y la priorización —de las energías renovables—, bien a una acción de mero fomento, procura o posibilidad a desarrollar con respecto a: la vivienda; las condiciones económico-sociales; la calidad y funcionalidad de las dotaciones, los equipamientos y los servicios; las infraestructuras, las dotaciones, los equipamientos y los servicios; la protección de la atmósfera y el uso de materiales, productos y tecnologías limpios, reutilizados y reciclados; el uso turístico; la puesta en valor del patrimonio construido; y el uso racional del agua.

Y se reconducen esencialmente a los siguientes bienes: la vivienda constitutiva de residencia habitual; el ambiente urbano; las dotaciones, las infraestructuras, los equipamientos y los servicios propios del tejido urbano; los recursos naturales aire y agua; y la energía.

### III.3.1. LA POSIBILITACIÓN, EN DETERMINADAS CONDICIONES, DEL USO RESIDENCIAL EN EL MEDIO URBANO

El fin-objetivo relativo al uso residencial se concentra en la vivienda constitutiva de domicilio habitual, sea de nueva construcción o resultado de adaptación o rehabilitación, incluyendo el uso hecho efectivo mediante la ocupación de las viviendas vacías o en desuso. Obvio resulta decir que el aspecto más problemático (precisado por ello de un desarrollo reglamentario, calificable, sin embargo, como cuestionable por falta de rango para precisar límites claros al uso y disfrute de la propiedad) es el de la situación de vivienda vacía o en desuso.

Al carácter digno y adecuado, así como accesible y libre de indebida contaminación, que debe tener la vivienda por exigencia constitucional (art. 47.1 CE) y legal [art. 4, a) TRLdS08] se añade —precisando lo dispuesto ya en este último precepto legal, pero sin enervar su requerimiento de paisaje urbano aceptable— el de situación en un contexto urbano que reúna las siguientes notas: a) seguridad, salubridad, accesibilidad universal, calidad adecuada e integración social; y b) provisión del equipamiento, los servicios, los materiales y productos que eliminen o, en todo caso, minimicen, por aplicación de la mejor tecnología disponible en el mercado a precio razonable, las emisiones contaminantes y de gases de efecto invernadero, el consumo de agua, energía y la producción de residuos, y mejoren su gestión. El estándar legal es, pues, alto (debiendo tener repercusiones claras en el gobierno local de la ciudad hecha), pero se contrapesa con la falta de compromiso en la condición de la acción pública que simplemente ha de procurar o posibilitar. Se trata de un estándar legal, pues, que no es exigible en sede judicial por más que pueda ser esgrimido como criterio de control, incluso judicial, de medidas o acciones que no contribuyan a mejorar el contexto y, por tanto, la calidad del medio ambiente y el paisaje urbanos.

#### III.3.1.1. *Las características del contexto urbano del uso residencial*

El ambiente urbano del uso residencial se caracteriza por el equilibrio derivado de 1) la integración en el tejido urbano de los usos compatibles con el residencial y, por tanto, la diversidad de los usos determinante de la cohesión y la integración sociales, así como la proximidad de los servicios, dotaciones y equipamientos a los lugares de

residencia (no así a los de trabajo y ocio); y 2) la mejora del tejido productivo (letra d) y el dinamismo económico-social, con localización de actividades generadoras de empleo estable y, especialmente, las relacionadas con la investigación científica y las nuevas tecnologías, así como consideración del uso turístico (responsable; condición ésta de difícil precisión) y puesta en valor del patrimonio urbanizado y edificado de interés histórico o cultural.

### ***III.3.1.2. Las dotaciones, las infraestructuras y los equipamientos***

El fin-objetivo centrado en las dotaciones, las infraestructuras y los equipamientos demanda de éstos: i) calidad y funcionalidad y, en particular (los servicios), eficiencia económica y ambiental; ii) suficiencia (necesidad o precisión); iii) idoneidad para favorecer la localización de actividades económicas; iv) accesibilidad universal; y v) aseguramiento de la movilidad de la ciudadanía.

Si se dejan aparte los elementos y servicios comunes de los edificios (determinados por la legislación que determina los requisitos de éstos) y se tiene en cuenta que el objeto de las actuaciones capaces de comprender dotaciones, infraestructuras, equipamientos, servicios y espacios, es decir, las de regeneración y renovación urbanas, se determina legalmente por relación a la afección al «tejido urbano», es posible concluir que comprende tanto los públicos como los privados.

En cuanto que la aludida afección hace de las actuaciones de regeneración y renovación urbanas (en la medida de la misma) materialmente actuaciones de transformación urbanística de las previstas en el art. 14 TRLdS08 (sea en la variedad de reforma o renovación, sea en la de dotación), como lo prueba el dato de desencadenar el juego de la equidistribución precisa y del derecho de realojamiento y retorno (art. 10.2 L3R), parece claro que por dotaciones, infraestructuras, equipamientos, servicios y espacios públicos no pueden tenerse otros que los determinados por la legislación de ordenación territorial y urbanística en el marco del art. 16 TRLdS08. Lo corrobora el dato de la exigencia de su colocación al servicio de todos los ciudadanos.

No rige tal limitación para idénticos elementos urbanos que no deban tener carácter público (por más que estén abiertos al público), pues de ellos se requiere solo la mejora del tejido productivo al servicio de la dinamización de la actividad económica.

### ***III.3.1.3. El estado y el uso de los recursos naturales (aire y agua)***

El fin-objetivo referido a los recursos naturales requiere:

- a) Calidad de la atmósfera; requerimiento que debe entenderse en el sentido y con el alcance mínimos de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera, y comprensivo (para hacer posible el fomento de la calidad) de las acciones de prevención, vigilancia y reducción de la contaminación atmosférica capaz de perjudicar a las personas, el medio ambiente y cualesquiera otros bienes, con la especificación de dedicación de especial atención, a tal efecto, al sector de la construcción (empleo de materiales reutilizados y reciclados que mejoren el uso de los recursos y uso de materiales, productos y tecnologías limpias capaces de reducir las emisiones de gases contaminantes y de efecto invernadero).

- b) Uso racional del agua, entendido como eficiente y basado en el ahorro y la reutilización.

#### **III.3.1.4. El uso de la energía**

El fin-objetivo alusivo, finalmente, a la energía postula, de un lado y con carácter general, la eficiencia y el ahorro energéticos (entendido, además, como medio para combatir la pobreza energética), y, de otro lado, la priorización de las energías renovables frente a las derivadas de las primarias de carácter fósil (priorización que debería ser capaz de determinar la política sectorial energética, especialmente la de producción y consumo de electricidad, pero que es difícil que pueda hacerlo).

### **III.4. Las actuaciones sobre el medio urbano**

#### **III.4.1. LA «DEFINICIÓN» DE LAS ACTUACIONES**

Con una técnica defectuosa o, cuando menos, imprecisa, el art. 7 L3R:

- a) Califica como mera definición de las conceptuadas genéricamente como «actuaciones sobre el medio urbano» lo que no es sino establecimiento de tales actuaciones. Téngase en cuenta que la disposición derogatoria L3R deroga la regulación que de tal tipo de actuaciones contenía la LES y el Real Decreto-Ley 8/2011, de 1 de julio.
- b) Señala que tal «definición» se hace «de conformidad con», además del propio texto legal, i) el TRLdS08 y la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (en adelante LOE), por lo que hace a la normativa general o estatal; y ii) la legislación de ordenación territorial y urbanística, por lo que hace a la normativa autonómica.

La inclusión de la L3R en la fórmula así empleada carece, en realidad, de sentido, en tanto que integrada aquélla de suyo en dicho texto legal. Su única explicación puede residir en el intento de solucionar el problema generado por la opción de independización de la L3R rompiendo la ya denunciada unidad del ordenamiento estatal relativo a la ordenación territorial y urbanística. La imprecisión del alcance de la expresión «de conformidad con» frustra, sin embargo, el intento, al no producir la clarificación completa de la naturaleza y el régimen jurídico de las actuaciones sobre el medio urbano, es decir, la relación de éstas con las actuaciones de transformación urbanística y las edificatorias determinadas ahora, en lo básico y por efecto de la propia L3R, en el TRLdS08. Con todo, la expresión legal y la inclusión en la legislación a que alude de la LOE, unidas a la ausencia en la regulación de las actuaciones sobre el medio urbano de todo propósito de compleción, permiten interpretar que dicha regulación tiene carácter especial respecto del conjunto formado, de un lado, por el TRLdS08 y la LOE, y, de otro lado, la legislación autonómica de ordenación territorial y urbanística; conjunto, que no tanto se sustituye, desplaza o exceptiona, cuanto solo se completa con las reglas específicas adecuadas por razón del medio urbano sobre el que deben operar las actuaciones de que aquí se

trata y, por ello, de aplicación preferente en todo caso. De modo que aquel conjunto opera a modo de trasfondo normativo aplicable para integrar el régimen de estas últimas actuaciones.

La definición de las actuaciones sobre el medio urbano es, en todo caso, deficiente. Aunque se lleva a cabo por relación al objeto, éste solo se determina para las de rehabilitación edificatoria, de modo que el de las de regeneración o renovación urbana ha de inferirse por referencia y en contraste con el de las anteriores. La acotación de los respectivos objetos así resultante es, con todo, excesivamente genérica. La prueba —ciertamente limitada por razón de la perspectiva que es propia a la norma: la del fomento por la Administración General del Estado— la aporta el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el plan estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria y la regeneración y renovación urbanas 2013-2016. Pues, aprovechando el título competencial de fomento y a los efectos de los correspondientes programas de ayudas, precisa el alcance de la rehabilitación edificatoria y las actuaciones de regeneración y renovación urbanas. En la primera se incluyen acciones en edificios dirigidas a: i) la mera conservación; ii) la mejora de la calidad y sostenibilidad; y iii) los ajustes razonables en materia de accesibilidad (arts. 19.2 y 20). Y en las segundas aquéllas que reúnan dos requisitos:

1. Implicar la ejecución conjunta, en ámbitos previamente delimitados al efecto, de obras de: i) rehabilitación en edificios y viviendas; ii) urbanización o reurbanización de espacios públicos; y, en su caso, iii) edificación en sustitución de edificios demolidos.
2. Tener la finalidad de mejorar los tejidos residenciales y recuperar funcionalmente conjuntos históricos, centros urbanos, barrios degradados y núcleos rurales.

Es evidente que una norma reglamentaria —y menos una con simple finalidad de fomento por parte de una instancia territorial sin competencia en las materias de urbanismo y vivienda— no puede precisar el objeto legal de actuaciones del que depende la determinación por los correspondientes instrumentos del contenido en deberes y cargas del derecho de propiedad del suelo natural y construido. Pero no lo es menos que la citada norma proporciona datos valiosos para la interpretación correcta del precepto legal analizado.

Como ya se ha adelantado, dos son los tipos legales de actuaciones sobre el medio urbano que determina el precepto legal: las de rehabilitación edificatoria y las de regeneración y renovación urbanas. Los dos se cualifican por una misma finalidad: la superación de ciertas (distintas en uno y otro caso) situaciones de la realidad urbana.

#### III.4.2. LAS ACTUACIONES DE REHABILITACIÓN

Las actuaciones de rehabilitación edificatoria se caracterizan legalmente por referirse exclusivamente a edificios concretos en los que concurra una situación de insuficiencia o degradación de los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad o habitabilidad.

En la medida en que no se cualifican en modo alguno (ni por razón de la tipología ni por la de uso), las edificaciones objeto de estas actuaciones son todas las que ocupen suelo en la situación básica de suelo urbanizado conforme al art. 12.3 y 4

TRLdS08 (pues, aunque así no se precise, ello deriva de operar la actuación rehabilitadora necesariamente sobre el medio urbano). Cuestión distinta es que la Administración General del Estado pueda limitar el programa de fomento que establezca (cual sucede con el incluido en el plan aprobado por el Real Decreto 233/2013) a los edificios con tipología de vivienda colectiva sujetos a informe de evaluación de edificios.

Coinciden estas actuaciones con las reguladas hoy (por efecto de la L3R) en el art. 14.2,b) TRLdS08, por lo que:

- a) Pueden comprender obras y trabajos de mantenimiento o intervención en edificios existentes, sus instalaciones y espacios comunes, en los términos dispuestos por la LOE; si bien para las que se lleven a cabo en núcleos tradicionales asentados en el medio rural, su objeto puede modularse en función de las peculiaridades de dichos núcleos y en los términos que determine la legislación urbanística autonómica (art. 14.3 TRLdS08).
- b) Se diferencian de las actuaciones de nueva edificación y de sustitución de la edificación existente, reguladas exclusivamente por el TRLdS08.
- c) Su régimen específico (el contenido en la L3R) se complementa con el general de las previstas en el TRLdS08.

Es claro que la rehabilitación actualiza el deber, ínsito legalmente en el derecho de propiedad (art. 9.1 TRLdS08), de conservación de las construcciones y edificaciones en las condiciones precisas para servir de soporte a los usos a que esté legalmente destinado; deber, cuyo cumplimiento —en términos de realización de las obras precisas— puede ser impuesto por la Administración competente en cualquier momento (art. 9.2 TRLdS08). Pero lo hace por relación solo a una parte del contenido legal del deber, concretamente el referido a los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad, es decir, a los del art. 3.1 LOE a que alude el párr. 3.º del apdo. 1 del art. 9 TRLdS08.

Para que la actualización del deber pueda producirse, es precisa la concurrencia en el edificio (incluidos sus instalaciones y espacios comunes) de una situación bien de insuficiencia, bien de degradación de alguno o de todos los elementos a que se refieren los aludidos requisitos básicos de la edificación. Ni la insuficiencia ni la degradación equivalen a ausencia, por lo que esta última y extrema situación (al menos cuando alcanza a la totalidad de los requisitos básicos de referencia) queda fuera de la rehabilitación (como resulta ya de esta última calificación). Se explica así que la sustitución de edificios (previa demolición del existente) quede dentro ya del objeto de las actuaciones de regeneración y renovación urbanas.

### III.4.3. LAS ACTUACIONES DE REGENERACIÓN Y RENOVACIÓN URBANAS

El precepto no aborda directamente el objeto de estas actuaciones, pero éste puede inferirse de la expresión «cuando afecten a edificios y tejidos urbanos»; expresión de la que se deduce su consistencia igualmente en la superación de una situación de insuficiencia y degradación, pero cualificada por afectar tanto a los edificios como a su entorno urbano, es decir, a los elementos de la urbanización. Así resulta del art. 9.2 L3R que, al establecer el mandato a las Administraciones públicas que le

es propio, habla —además de las que afecten a los requisitos básicos de la edificación— de situaciones de obsolescencia de barrios, ámbitos o conjuntos urbanos homogéneos. La identidad del tipo de actuaciones de que ahora se trata viene dada, pues, por su referencia simultánea a edificios y elementos de la urbanización. Así lo corrobora el contenido del programa de fomento a él referido en el plan aprobado por el Real Decreto 233/2013.

Dos cuestiones de principio plantea este tipo de actuaciones: en primer lugar, la de si constituye o no un género comprensivo de dos especies diferenciadas: la regeneración y la renovación; y, a renglón seguido, la de su relación con las previstas en el TRLdS08 y, concretamente (pues es claro que en ningún caso pueden ser equiparadas a las de nueva urbanización), las de i) reforma o renovación (es decir: de la urbanización ya existente para la actualización, en un ámbito determinado y junto con las infraestructuras y dotaciones públicas, una o más parcelas aptas para la edificación o uso independiente y conectadas funcionalmente con la red de servicios exigidos por la ordenación territorial y urbanística) y ii) las de dotación (es decir: el incremento, sin reforma o renovación de la urbanización del ámbito acotado al efecto, de las dotaciones públicas para reajustar su proporción con la mayor edificabilidad o densidad o con los nuevos usos asignados en la ordenación urbanística a una o más parcelas del ámbito) contempladas en los puntos 2 y 3 de la letra a) del art. 14.1 TRLdS08.

La denominación como de regeneración y renovación expresa la complejidad del objeto de estas actuaciones en cuanto comprensivo de la rehabilitación que sea precisa del parque edificado y la renovación, asimismo pertinente, del tejido urbano que le otorga soporte (es decir: la correspondiente urbanización), en modo alguno, la diferenciación de dos tipos en función de sus posibles y diferenciados objetos: el de actuaciones de regeneración, de un lado, y el de las de renovación, de otro. Si así fuera, se estaría, en el primer caso, ante el absurdo de una actuación formalmente denominada de regeneración pero materialmente de rehabilitación. La denominación alude, pues, a un único tipo de actuación.

Ocurre, sin embargo, que la intervención en el tejido urbano (la urbanización existente) puede tener diferente alcance e intensidad en función de la realidad del barrio o conjunto urbano homogéneo de que se trate, es decir, el grado de insuficiencia, degradación, obsolescencia o vulnerabilidad de las situaciones que en él concurren. De este modo, la superación de éstas puede requerir, por lo que hace a la urbanización física, desde tan sólo obras complementarias o de completación de la existente, pasando por la reforma de ésta, hasta la completa renovación de la misma; y, por lo que respecta a la calidad del medio urbano, el reequilibrio en diferente medida de la relación entre la densidad poblacional y la intensidad de los usos, de un lado, y las correspondientes dotaciones públicas, de otro lado. Quiere decirse, así, que, según su concreto objeto en cada caso, las actuaciones de regeneración y renovación urbana pueden coincidir, sin perjuicio de sus peculiaridades, con las actuaciones bien sea de reforma o renovación, bien sea de dotación del TRLdS08. Así resulta, desde luego, no solo de su regulación también de conformidad con el TRLdS08 y la legislación autonómica de ordenación territorial y urbanística, sino de i) la remisión al procedimiento de aprobación de los instrumentos de ordenación urbanística cuando requieran la alteración de ésta (art. 10 L3R); ii) la exigencia de formulación de una memoria de viabilidad económica en paralelo a la requerida (aunque no en términos idénticos) para las actuaciones de nueva urbanización en el art. 15.4 TRLdS08 (art. 11 L3R); iii) la sustancial identidad

de los efectos de la delimitación de los ámbitos de gestión y ejecución y los derivados de la aprobación de los aludidos instrumentos urbanísticos (art. 12 L3R); y iv) la posibilidad del empleo, en la ejecución, de las formas previstas en la legislación de ordenación territorial y urbanística (art. 13 L3R).

Sin perjuicio de tratarse de un tipo único de actuación, en él se distinguen dos especies según el carácter y alcance de las medidas incluidas y el enmarque o no de éstas en una estrategia administrativa global y unitaria. Sólo si i) articulan —además de las previsiones relativas a la edificación y la urbanización— medidas sociales, ambientales y económicas; y ii) enmarcan dichas medidas en una estrategia administrativa global y única las actuaciones se cualifican, en efecto, como integradas; condición que no reúnen todas las restantes.

En consecuencia, estas actuaciones:

- a) Son únicas, comprendiendo, en función de las características del ámbito urbano considerado, i) obras y trabajos de mantenimiento o intervención en edificios existentes, sus instalaciones y espacios comunes, en los términos dispuestos por la LOE, así como de demolición y sustitución de edificios; ii) obras de reforma o renovación de la urbanización; y iii) acciones de dotación pública.
- b) Pueden ser ordinarias o integradas.
- c) En ningún caso pueden incluir obras de nueva urbanización propias de las actuaciones de nueva urbanización.

Están materialmente relacionadas, según su contenido y alcance concretos, con las actuaciones tanto de reforma o renovación, como de dotación, por lo que el régimen de éstas (establecido en el TRLdS08) complementa, en lo que proceda, su régimen específico propio.

Trabajo recibido el 14 de julio de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Lan honen helburua lurralde-antolamenduko eta hirigintza-antolamenduko politiken Estatuko markoa birsortzeko prozesuaren berri ematea da, bi ikuspuntu erabiliz: garapen jasangarriaren printzipioarena eta Europar Batasunean adostutako hirigintzako jarraibideek zehazten duten «hiri konpaktuarena». Horretarako, Lurzoruari buruzko maiatzaren 28ko 8/2007 Legeak eta haren 2008ko ekainaren 20ko testu bateginak emandako lehen pausotik hasi (ikuspegia hirien mundurako aldaketa erabakigarria) eta uztailaren 7ko 8/2013 Legearen bidez mundu hori sistemaren muinean erabat sartu arte iritsi gara. Horrenbestez, hirigintza-garapen jasangarriaren printzipioan inspiratuta dago. Egungo eraikin-parkearen birgaitzearen ikuspuntuaz gain, hiri-sare osoaren (eraikinak eta haien hirigintza-elementuak) berroneratzearen eta berritzearen ikuspuntuak ere erabili dira —erabatekoak alderdi sozioekonomikoak biltzen dituztelako—, eta eraginkortasun energetikoaren helburua aintzat hartu da. Ezin dugu ahaztu erdiko bilakaera, oraindik nahikoa izan ez den hiriaren leheneratzeak adierazten duena, ekonomia jasangarriari buruzko mar txoaren 4ko 2/2011 Legearen eta uztailaren 7ko 8/2011 Errege Lege-Dekretuaren politika publikoen ondorioz egindakoa.

**HITZ GAKOAK:** Hiri-garapen jasangarria. Eraikinak birgaitzea. Hiri-berroneratzea eta berritzea. Egungo eraikin parkearen eraginkortasun energetikoa.

**RESUMEN:** Este trabajo pretende dar noticia del proceso de refundación del marco estatal de las políticas de ordenación territorial y urbanística bajo el signo del principio de desarrollo sostenible y la orientación del modelo común europeo de «ciudad compacta», es decir, del determinado por las directrices acordadas en materia urbanística en el contexto de la UE. Y ello desde el primer paso dado por la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo, y su texto refundido de 20 de junio de 2008 (en un giro decisivo de la mirada hacia el mundo urbano), hasta la reciente plena incorporación de dicho mundo al núcleo del sistema por la Ley 8/2013, de 7 de julio, inspirada, por ello, en el principio de desarrollo urbano sostenible, desde el punto de vista no solo de la rehabilitación del parque de edificios existente, sino de la regeneración y renovación —en su caso integrales por incorporación de los aspectos socio-económicos— del entero tejido urbano (los edificios y sus elementos de urbanización), comprendiendo incluso el objetivo de la eficiencia energética. Sin olvidar la evolución intermedia representada por la recuperación, aún insuficiente, de la ciudad hecha como objeto de las políticas públicas primero en el contexto de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de economía sostenible, y luego en el Real Decreto-Ley de 8/2011, de 7 de julio.

**PALABRAS CLAVE:** Desarrollo urbano sostenible. Rehabilitación de edificios. Regeneración y renovación urbanas. Eficiencia energética del parque de edificios existente.

**ABSTRACT:** The present study seeks to inform about the refundation of the state framework for the policies of territory and urban planning under the sign of the principle of sustainable development and the orientation of the common european model of «compact city», that is, that one that was established by the agreed guidelines regarding urban area within the EU context. And it does it from the first step taken by Act 8/2007 of 28th May of Land and its consolidated text from 20th June of 2008 (by a crucial change of direction in the look to the urban world) to the recent full incorporation of that world to the core of the system of Act 8/2013 from 7th July inspired in the principle of sustainable urban development from the point of view not only of the restoration of



the existing building park but also of the regeneration and renovation —where relevant integral by the incorporation of socio-economic facets— of the whole urban fabric (buildings and their elements of urbanization) even including the objective of energetic efficiency. And not forgetting the intermediate evolution which the recovery, although not sufficient, of the city as the object of public policies first in the context of Act 2/2011 of 4 de March regarding sustainable economy and then the Royal-Decree Law of 8/2011 from July 7th.

**KEYWORDS:** Sustainable urban development. Restoration of buildings. Urban regeneration and renovation. Energetic efficiency of the existing building park.



# El derecho humano al medio ambiente y su protección efectiva

Alexandre Peñalver i Cabré

**Sumario:** I. Introducción.—II. El derecho humano al medio ambiente. II.1 Reconocimiento internacional. II.2 Impacto en la UE. II.3 Incidencia en España. II.4 Situación en Catalunya.—III. La efectividad de la protección jurídica del derecho humano al medio ambiente. III.1 Una exigencia del derecho internacional. III.2 Su plasmación a nivel europeo, español y catalán.—IV. La protección efectiva del derecho humano al medio ambiente en tres ámbitos: IV.1. Acceso a la información ambiental. IV.2 Participación pública ambiental. IV.3. Acceso a la justicia ambiental.—V. Consideraciones finales.—VI. Bibliografía.

## I. Introducción

Sin duda alguna el profesor Demetrio Loperena ha ocupado un lugar central en una visión del derecho ambiental que reivindica la necesidad de reforzar la posición jurídica de las personas en la defensa del medio ambiente. Lo dejó bien claro al establecer que uno de los principios de esta disciplina jurídica consiste en que «el Derecho ambiental se vertebra en torno al ciudadano, sujeto de un derecho subjetivo a un medio ambiente adecuado» y que «el contenido esencial de este derecho es disfrutar de los parámetros adecuados de la biosfera» (1). Así me lo transmitió directamente en diversas ocasiones en las que descubrimos una grata coincidencia ideológica y de intereses. Uno de los momentos más destacados fue, sin duda, cuando en el año 2001 tuve el placer de que formara parte del tribunal de mi tesis doctoral, sin que fuera obstáculo alguno que estuviera redactada en catalán. Sus observaciones durante este acto y después del mismo fueron, como siempre, muy interesantes y influyeron en posteriores publicaciones. Ahora, ante tan lamentable pérdida, nos duele no haber podido compartir mucho más con él. Pero quizás sea mejor que nos quedemos con la fuerte impronta que, indudablemente, nos ha dejado.

Siguiendo esta perspectiva del derecho ambiental que nos trazó el profesor Demetrio Loperena, me gustaría hacer unas reflexiones sobre las siguientes dos cuestiones: a) ¿existe un derecho humano al medio ambiente? y b) ¿dispone este derecho humano de una protección efectiva? No pretendo realizar un análisis profundo de estos dos grandes interrogantes sinó mostrar algunas ideas claves que pueden ayudar a enriquecer este debate.

---

(1) LOPERENA ROTA, Demetrio, *Los principios del derecho ambiental*, IVAP/Civitas, Madrid, 1998, p. 23.

## II. El derecho humano al medio ambiente

### II.1. Reconocimiento internacional

El derecho humano al medio ambiente es uno de los derechos humanos de tercera generación más importantes surgidos en el último tercio del siglo xx y constituye uno de los principales retos en el presente siglo. El derecho humano al medio ambiente, como derecho humano de tercera generación, tiene las siguientes características. Primera, la titularidad es de todas las personas. Se diferencia de los derechos humanos de primera generación (civiles y políticos) que corresponden a las personas individualmente y de los derechos humanos de segunda generación (económicos, sociales y culturales) que se refieren a los grupos. Segunda, el objeto consiste en bienes jurídicos colectivos (el medio ambiente) no susceptibles de apropiación individual y exclusiva y de ahí su configuración dual de derechos-deberes. Y tercera, la protección que reclama consiste en articular mecanismos eficaces por parte de sus titulares para la defensa de estos bienes jurídicos colectivos ambientales. No se reduce a hacer respetar ámbitos de defensa ante el Estado (derechos humanos de primera generación) ni tampoco a exigir prestaciones al Estado (derechos humanos de segunda generación) (2).

El derecho humano al medio ambiente ha sido reconocido por primera vez, con vocación global, en el Convenio internacional sobre el acceso a la información, la participación pública en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia ambiental, celebrado en Aarhus (Dinamarca) el 25 de junio 1998 (conocido como «Convenio de Aarhus») (3). En el art. 1 se reconoce «el derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su

(2) Sobre los derechos humanos de tercera generación, ARA PINILLA, Ignacio, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 91 y ss.; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La tercera generación de derechos humanos*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 25-48; *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 10.ª ed., 2010, pp. 21-40, 48-51 y 56, y *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 10.ª ed., 2011, pp. 25-47 y RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 71-92. En particular, sobre el derecho humano al medio ambiente, ALONSO GARCÍA, Enrique. «Derechos humanos y medio ambiente», en ALONSO GARCÍA, Enrique y LOZANO CUTANDA, Blanca (coor.), *Diccionario de derecho ambiental*, Iustel, Madrid, 2006, pp. 483-502 y LOZANO CUTANDA, Blanca, «La configuración jurídica del derecho al medio ambiente, con su doble componente objetivo-subjetivo, en la doctrina del TEDH», en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, v. I, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 1995-1997.

(3) Sobre dicho Convenio y su incidencia en el Estado español, entre otros, GARCÍA URETA, Agustín María, «El Convenio de Aarhus: derecho de participación y de acceso a la justicia», en *Derecho al conocimiento y acceso a la información en las políticas de medio ambiente*, Maragariños Compareid (coor.), Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, 2005, pp. 17-33 y 66-101; RAZQUÍN LIZARRAGA, José Antonio y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, Ángel, *Información, Participación y Justicia en materia de medio ambiente (Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio)*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007; SANCHIS MORENO, Fe, *Guía sobre el acceso a la Justicia Ambiental*. Convenio de Aarhus, Consejo General de la Abogacía Española y Asociación para la Justicia Ambiental-ELAW España, 2007; PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre, «Nuevos instrumentos para la aplicación de la legislación ambiental ante la inactividad administrativa (de las acciones ciudadanas (citizen suits) al Convenio de Aarhus)», *RAP*, 172, 2007 y «Novedades en el acceso a la justicia y la tutela administrativa en asuntos medioambientales» en PIGRAU, Antoni (coor.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier, Barcelona, 2007 y SANCHIS MORENO, Fe; SALAZAR ORTUÑO, Eduardo y RUIZ MACIÁ, Ginés, *Democracia ambiental y acceso a la justicia. La aplicación del Convenio de Aarhus en España*, Madrid, Asociación para la Justicia Ambiental y Fundación Biodiversidad, 2009.

salud y su bienestar». Este tratado internacional fue adoptado en el seno de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas que incluye los estados de dicha Comisión (estados europeos, USA, Canadá, Australia, Israel y UE). Pero también está abierto a otros estados del planeta. Entró en vigor el 30 de octubre de 2001 después de conseguir 16 ratificaciones y a 7 de enero de 2014 existen 46 partes (4).

Se basa en una visión integradora del derecho humano al medio ambiente como una situación jurídica subjetiva (derecho o interés legítimo colectivo) u objetiva (participación pública para la aplicación de la legalidad ambiental). Como expresa la exposición de motivos, es importante que «el público, incluidas las organizaciones, tengan acceso a mecanismos judiciales eficaces para que los intereses legítimos estén protegidos y para que se respete la ley». Esta doble configuración subjetiva y objetiva del derecho humano al medio ambiente es concretada, posteriormente, en el articulado. Un claro ejemplo son las nociones de público y público interesado las cuales inciden en la articulación de los mecanismos participativos y de acceso a la justicia para proteger derechos o intereses legítimos colectivos ambientales o la legalidad ambiental.

Por público se entiende «una o varias personas físicas o jurídicas y, con arreglo a la legislación o la costumbre del país, las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas» (art. 5.4) (5). Se trata de una noción objetiva desvinculada de cualquier situación jurídica subjetiva de derecho o interés. La noción de público tiene un contenido directo del Convenio indisponible por los estados que se refiere a cualquier persona física o jurídica. Pero también un contenido adicional al poder los Estados incluir los entes o grupos sin personalidad jurídica a cuyos efectos deberán seguir el principio de amplio acceso a la justicia (6).

Mientras público interesado es el «público que resulta o puede resultar afectado por las decisiones adoptadas en materia medioambiental o que tiene un interés que invocar en la toma de decisiones» (art. 2.5). Nos encontramos con una noción subjetiva referida a cualquier persona física o jurídica que tenga derechos o intereses legítimos individuales afectados o un interés al medio ambiente. Además, se especifica que tienen tal interés al medio ambiente «las ONG que trabajan en favor de la protección del medio ambiente y que cumplen los requisitos exigidos por el derecho interno». Las ONGs ambientales son titulares de dichos intereses ambientales debiendo cumplir los requisitos previstos por el derecho interno. Más adelante, veremos las limitaciones que se derivan del Convenio de Aarhus en la fijación de estos requisitos a nivel interno.

---

(4) Diversa información sobre el Convenio de Aarhus está disponible en su web: <http://www.unece.org/environmental-policy/treaties/public-participation/aarhus-convention.html>.

(5) La Guía Interpretativa del Convenio de las Naciones Unidas lo deja bien claro: «The term «public» in article 2, paragraph 4, is not in itself subject to any conditions or restrictions. Thus, where the Convention conveys rights on «the public» without expressly adding any further qualifications on who of the public may enjoy those rights, the public are entitled to exercise those rights irrespective of whether they personally are «affected» or otherwise have an interest» (United Nations Economic Commission for Europe, *The Aarhus Convention: and Implementation Guide*, p. 55).

(6) Como consta en dicha Guía: «The language can only be interpreted, therefore, to provide that associations, organizations or groups without legal personality may also be considered to be members of the public under the Convention. This addition is qualified, however, by the reference to national legislation or practice. Thus, ad hoc formations can only be considered to be members of the public where the requirements, if any, established by national legislation or practice are met. Such requirements, if any, must comply with the Convention's objective of securing broad access to its rights.» (p. 55).

Vemos, pues, como el Convenio de Aarhus no se limita a establecer obligaciones entre los estados parte sino que también contiene obligaciones de los estados hacia las personas y reconoce derechos de éstas. Como ha afirmado el Secretario General de las Naciones Unidas, es el único instrumento normativo internacional que otorga al público amplios y concretos derechos de acceso a la información, participación y acceso a la justicia para la protección del medio ambiente (7).

## II.2. Impacto en la UE

El Convenio de Aarhus fue ratificado mediante la Decisión del Consejo de la Comunidad Europea 2005/370, de 17 de febrero y se publicó en el DOCE L 124, de 17 de mayo de 2005. Entonces podemos afirmar que el derecho humano al medio ambiente está reconocido también a nivel de la UE. Esto es muy importante porque dicho derecho no está previsto, como tal, en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE de 7 de diciembre de 2000 (CDFUE). El art. 37 de esta Carta se limita a establecer un mandato a los poderes públicos para proteger el medio ambiente: «En las políticas de la Unión se integrarán y garantizarán, conforme al desarrollo sostenible, un nivel elevado de protección del medio ambiente y la mejora de su calidad». Es un reflejo de la posición imperante en la UE de concebir el medio ambiente como un interés público.

A pesar de que no conste expresamente en la CDFUE, diversas normas ambientales y documentos han destacado la importancia de la participación pública (en especial, de determinadas ONGs) en la defensa de este interés público ambiental, lo que denota una noción objetiva del derecho humano al medio ambiente (8). Pero, a partir del Convenio de Aarhus, se refuerza la posición jurídica de las personas en la defensa del medio ambiente mediante el reconocimiento del derecho humano al medio ambiente tanto desde una perspectiva objetiva como subjetiva.

## II.3. Incidencia en España

El Gobierno español depositó el instrumento de ratificación del Convenio de Aarhus el 29 de diciembre de 2004, lo publicó en el *BOE* de 16 de febrero de 2005 y entró en vigor en marzo de 2005. El Convenio de Aarhus reafirma la configuración constitucional del derecho al medio ambiente del art. 45.1 CE como un derecho directamente de la CE y no sólo como un principio rector. De acuerdo con el art. 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales del Título I deben interpretarse conforme a los tratados internacionales ratificados por el Estado español.

Dicho Convenio implica un revés a la visión homogeneizadora del contenido del capítulo III del título I de la CE y favorece aquellas posiciones que ya sostenían que en

---

(7) United Nations Economic Commission for Europe, *The Aarhus Convention...*, p. 3. Esta útil Guía insiste en la naturaleza peculiar del Convenio de Aarhus: «Whereas most multilateral environmental agreements cover obligations that Parties have to each other, the Aarhus Convention covers obligations that Parties have to the public» y, por ello, especifica que dicho Convenio «grants the public rights» (p. 15).

(8) KRÄMER, Ludwig, *Focus on European Environmental Law*, 2<sup>n</sup> edition, London Sweet and Maxwell, London, 1997, pp. 312-318 y «Acceso a la justicia ambiental en Europa», *leZ: Ingurugiroa eta zuzenbidea/Ambiente y Derecho*, 2, 2004, pp. 11-20.

este capítulo no sólo hay principios rectores sino también derechos. Confirma el tratamiento constitucional dual del medio ambiente como derecho subjetivo —o interés legítimo— (art. 45.1 CE) y también como principio rector (art. 45.2 CE). Por ello, la tutela del derecho al medio ambiente (art. 45.1 CE) no se puede basar en el art. 53.3 CE que se aplica sólo al medio ambiente como principio rector (art. 45.2 CE). Veámos su incidencia en las diversas posiciones que se habían mantenido para afirmar, con mayor o menor alcance, un derecho constitucional al medio ambiente.

Primero, se ha sostenido un derecho subjetivo constitucional al medio ambiente, de configuración legal y de protección judicial ordinaria, si bien sin que provenga directamente de la CE, sino de la legislación la cual está obligada a otorgar derechos subjetivos (9). Esta posición desarrolla la planteada en los años ochenta que niega la existencia de un derecho subjetivo constitucional a un medio ambiente adecuado, pero establece la obligación del legislador de convertir el art. 45.1 CE en derechos subjetivos (10). Esta concepción tiene problemas de adecuación con el Convenio de Aarhus porque el derecho constitucional al medio ambiente queda condicionado a su reconocimiento por las leyes.

Segundo, el derecho constitucional al medio ambiente también ha sido visto como un derecho subjetivo de participación directamente de la CE (11). Este derecho subjetivo al medio ambiente no tiene naturaleza sustantiva, sino procedimental para garantizar la participación pública ante la administración y los tribunales en todos los aspectos que afecten al medio ambiente. Dicha concepción entronca claramente con los tres denominados pilares del Convenio de Aarhus que, como veremos, se refieren a los tres mecanismos para la protección del derecho humano al medio ambiente que son el acceso a la información ambiental, la participación pública y el acceso a la justicia. De hecho, coincide con algunas posiciones que defienden una naturaleza procedimental del derecho humano al medio ambiente reconocido en el Convenio de Aarhus. Esta perspectiva procedimental del derecho constitucional al medio ambiente se acerca, más bien, a la naturaleza objetiva del derecho humano al medio ambiente porque persigue, principalmente, la aplicación de la legislación ambiental.

Y tercero, el derecho constitucional al medio ambiente también ha sido calificado como un derecho subjetivo material directamente de la CE en base a los art. 24.1 y

---

(9) En especial, DELGADO PIQUERAS, Francisco, «Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente», *REDC*, 38, 1993, pp. 49-79.

(10) Entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomas-Ramón, «El medio ambiente en la Constitución Española», *DA*, 190, 1981, p. 346 y RODRÍGUEZ RAMOS, Luís, «El medio ambiente en la constitución española», *Derecho y medio ambiente*, CEOTMA, 1981, p. 37.

(11) Un primer exponente fue SERRANO MORENO, José Luis, «El derecho subjetivo al ambiente», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. extraordinario 16, 1988, p. 71-87 y Ecología y Derecho (Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica), Comares, Granada, 1992, pp. 129-160 y 220-229. Esta naturaleza procedimental es destacada como el elemento único o el más característico por diversos autores desde distintos planteamientos. Admitiendo también un derecho constitucional sustantivo de carácter reaccional, JARIA MANZANO, Jordi, *El sistema constitucional de protección del medio ambiente*, IEA, Barcelona, 2005, pp. 191-269 y *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2011, pp. 259-263. O negando la existencia de un derecho constitucional sustantivo ambiental, RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, *El derecho constitucional al medio ambiente adecuado*, Tirant lo Blanch, València, 2000, pp. 135-162 y SIMÓN YARZA, Fernando, *Medio ambiente y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, pp. 72-99 y 291-370 y «El llamado derecho al medio ambiente: un desafío a la teoría de los derechos fundamentales», *REDC*, 94, 2012, pp. 153-179.

45.1. Esta perspectiva material coincide con la configuración subjetiva del derecho humano al medio ambiente. No se limita a la aplicación de la legislación ambiental sino a la defensa del medio ambiente como bien jurídico colectivo. Algunos de los argumentos principales son los siguientes: a) interpretación literal del término derecho del art. 45.1 CE; b) interpretación sistemática del art. 45.1 CE al estar situado en el título I (Derechos y deberes de los ciudadanos); c) resoluciones y tratados internacionales que reconocen el derecho a un medio ambiente adecuado; d) interpretación no homogénea de los preceptos contenidos en el capítulo III del título I de la CE lo que permite sostener que el capítulo III no contiene sólo principios, sino también derechos. Aquí podríamos establecer dos grandes grupos en función de su mayor o menor determinación de su contenido.

Una primera posición considera que el derecho constitucional a un medio ambiente adecuado es un derecho subjetivo de forma mediata previsto como tal directamente por la Constitución y su contenido consiste en el bloque de legalidad ambiental. De esta manera, la función de la legislación de desarrollo no es establecer los requisitos de legitimación, sino determinar el contenido sustantivo, como, por ejemplo, las pretensiones. No obstante, admite que este derecho subjetivo comporta una pretensión de reparación del daño ambiental al estar previsto expresamente en el art. 45.3 CE (12).

Una segunda posición, otorga un contenido sustantivo mayor al derecho constitucional a un medio ambiente adecuado especificando que se trata de un derecho subjetivo con las siguientes características: a) los titulares son todas las personas, pero con una especial relevancia de los grupos y de las personas jurídicas; b) el objeto es el medio ambiente, o sea, los bienes ambientales (el aire, el agua, el suelo, los animales y las plantas, que son los componentes principales de la biosfera); y c) el contenido consiste en el uso y el goce compartido y no exclusivo del medio ambiente quedando condicionado a garantizar el equilibrio de la biosfera. Este derecho se debe diferenciar del derecho constitucional a la protección del medio ambiente que se basa en el art. 45.2 CE con un contenido prestacional (13).

#### II.4. Situación en Catalunya

El Estatut d'Autonomia de Catalunya de 2006 deja más clara la configuración del medio ambiente como derecho subjetivo y también como principio rector. Primero, en

(12) JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 453-536. Con la calificación de derecho constitucional de estructura abierta, Canosa Usera, Raúl, *Constitución y medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 87-162.

(13) Un firme exponente fue LOPERENA ROTA, Demetrio, *El derecho al medio ambiente adecuado*, IVAP/Ciudades, 1996, pp. 41-140 y Los principios..., p. 39-58. También otros autores que han dado un mayor peso a la figura de interés legítimo ambiental, VELASCO CABALLERO, Francisco, «El medio ambiente en la Constitución; ¿Derecho público subjetivo y/o principio rector?», *RAAP*, 19, 1994, pp. 77-212; PIÑAR DÍAZ, Manuel, *El derecho a disfrutar del medio ambiente en la jurisprudencia*, Comares, Granada, 1996, pp. 45-140; LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente», *REDA*, 95, 1997, pp. 347-364. O desde una vertiente, eminentemente, prestacional como derecho social, ESCOBAR ROCA, Guillermo, *La ordenación constitucional del medio ambiente*, FIDA y Dykinson, 1995, pp. 55-77. Posteriormente, este autor ha admitido una doble naturaleza mixta de autonomía y prestación en «¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente?», *Anuario de Derechos Humanos*. Nueva Época. Vol. 7. T. 1. 2006, pp. 165-202.



el capítulo I (Derechos y deberes del ámbito civil y social) del Título I (Derechos y deberes civiles y sociales), el art. 27 relativo a derechos y deberes con relación al medio ambiente reconoce y especifica los derechos estatutarios de todas las personas al medio ambiente en su doble naturaleza de derecho-deber en tres vertientes: a vivir en un medio ambiente equilibrado, sostenible y respetuoso hacia la salud y a gozar de los recursos naturales y del paisaje; a la protección ante la contaminación y a acceder a la información ambiental. Y segundo, en el capítulo V (principios rectores) del Título I, el art. 46 recoge de forma separada el medio ambiente como principio rector especificando el contenido del art. 45.2 CE (14).

### III. La efectividad de la protección jurídica del derecho humano al medio ambiente

#### III.1. Una exigencia del derecho internacional

Hemos visto que el Convenio de Aarhus reconoce el derecho humano al medio ambiente en su doble vertiente subjetiva y objetiva. Pero lo más importante de dicho Convenio es que, desde cualquiera de estas dos perspectivas, exista una protección efectiva y real. Así lo proclama la exposición de motivos, al decir que «el público, incluidas las organizaciones, tengan acceso a mecanismos judiciales efectivos, para que los intereses legítimos estén protegidos y para que se respete la ley». La efectividad es el elemento clave del Convenio que aparece, con diversas manifestaciones, a lo largo del contenido del mismo y se convierte en el principal criterio interpretativo (15).

Para cumplir con esta finalidad, se establecen tres mecanismos para proteger el derecho humano al medio ambiente (los denominados tres pilares) como son el acceso a la información ambiental, la participación pública administrativa y el acceso a la justicia. En la regulación de cada uno de estos pilares, la exigencia de efectividad va apareciendo, con más o menos intensidad, como veremos más adelante. Con independencia del desigual grado de concreción normativa, no se pueden ignorar los efectos jurídicos que se derivan de los tres pilares. Es cierto que, en algunos casos, se establecen principios y obligaciones básicas que permiten una gran flexibilidad a las partes para su implementación, pero no para obviarlos (16). El Convenio marca un horizonte claro que obliga a una transformación de la normativa interna para articular me-

---

(14) La eficacia jurídica de los derechos estatutarios ha sido objeto, en especial, de las SSTC 247/2007 sobre el EA valenciano (FJ 13-15) y 31/2010, sobre el EA catalán (FJ 16). Sobre la jurisprudencia constitucional en materia de derechos estatutarios, entre otros, APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel (ed.) y CASTELLÀ ANDREU, Josep M.ª, EXPÓSITO GÓMEZ, Enriqueta (coords.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, Atelier, 2008 y BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè, «Los efectos de la Sentencia 31/2010, en el catálogo de derechos, deberes y principios del Estatuto de Autonomía de Cataluña: una desactivación más aparente que real», *REAF*, 12, 2011, pp. 61-91.

(15) PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre, «Novedades en el acceso a la justicia», pp. 349-359.

(16) Como recuerda la Guía de implementación del Convenio, según el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados internacionales de 23 de mayo de 1969, un tratado debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin (United Nations Economic Commission for Europe, *The Aarhus Convention...*, p. 44).

canismos efectivos de tutela del derecho humano al medio ambiente. De ello, como veremos, se ha hecho eco la jurisprudencia del TJUE y del TS.

El Convenio de Aarhus pone de manifiesto la relativa importancia de las discusiones sobre la naturaleza subjetiva u objetiva del derecho al medio ambiente, o sea, si nos encontramos con un derecho subjetivo (o interés legítimo) colectivo o un interés público con participación pública para la defensa de la legalidad. El punto clave debe ser articular mecanismos efectivos y reales para garantizar la protección del derecho humano al medio ambiente desde cualquiera de las dos perspectivas subjetiva u objetiva (17).

Otro aspecto importante es la prohibición de restringir la regulación interna de estos pilares cuando sea más favorable que la prevista en el Convenio. Este principio de irreversibilidad interna no figura expresamente en el Convenio. Pero se ha derivado del principio de que el Convenio fija un mínimo y no un techo, por lo que las partes pueden continuar aplicando la normativa interna existente o aprobar nueva normativa más favorecedora de los tres pilares (art. 3.5). También se ha basado en la previsión del Convenio de que no obliga a los estados a dejar sin aplicación los derechos existentes en acceso a la justicia (art. 3.6) (18). Ello es importante porque, como veremos, veda a posibles interpretaciones de normas internas (por ejemplo, la Ley 27/2006) que puedan restringir la legitimación existente lo cual, además, resultaría contrario al principio *pro actione* derivado del art. 24.1 CE (19).

Un instrumento importante para garantizar la efectividad del derecho humano al medio ambiente es la actuación del Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus ante vulneraciones del Convenio y, en especial, la posibilidad del público de presentar comunicaciones y de participar en los procedimientos que se inicien una vez admitidas sus comunicaciones (20). El Estado español ya ha sido objeto de diversas resoluciones que han declarado el incumplimiento de los tres pilares del Convenio de

(17) ALONSO GARCÍA, Enrique, «Legislación sectorial del Medio Ambiente», *I Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, ponencias, Sevilla, 1995, p. 29-32 y PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre, *Les pretensions davant la inactivitat administrativa en matèria sancionadora ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 72-79, 180-215 y 459-574.

(18) De forma más clara, la Declaración de Riga acordada en la Tercera Reunión de las Partes del Convenio de Aarhus en junio de 2008 ha afirmado: «We also urge Parties to refrain from taking any measures which would reduce existing rights of access to information, public participation in decision making and access to justice in environmental matters even where such measures would not necessarily involve any breach of the Convention» (apartado 6).

(19) JORDANO FRAGA, Jesús, «Análisis de la Ley 27/2006 en cuanto al acceso a la justicia, en especial, el principio de legitimación en los contenciosos ambientales», en LOZANO CUTANDA, Blanca (dir.), *Examen de la nueva Ley de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medioambiente*, Estudios de Derecho Judicial, 137, CGPJ, Madrid, 2008, pp. 138-139.

(20) El Comité de Cumplimiento está previsto en el art. 15 del Convenio y ha sido regulado por la Decisión de la Primera Reunión de las Partes 1/7 de 23 de octubre de 2002. Esta Decisión y diversa información sobre el Comité de Cumplimiento está disponible en <http://www.unece.org/env/pp/cc.html>. Sobre este Comité PIGRAU, Antoni y BORRÁS PENTINAT, Susana, «Diez años del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente», en PIGRAU, Antoni (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Ed. Atelier, Barcelona, 2008, pp. 47-73; y KRAVCHENKO, Svitlana, «Giving the Public a Voice in MEA Compliance Mechanisms», en PADDOCK, LEROY et al. (ed.), *Compliance and Enforcement in Environmental Law. Toward More Effective Implementation*, IUCN Academy of Environmental Law Series, Edward Elgar Publishing, Inc, USA, 2011, pp. 83-103.

Aarhus (21). Este Comité emite un informe en el que se declara si el estado ha vulnerado el Convenio y la Reunión de las Partes es la que tiene la decisión final sobre las medidas concretas a adoptar, sin perjuicio que el Comité pueda adoptar algunas de ellas de forma avanzada. A pesar de que estos pronunciamientos sólo tienen naturaleza declarativa y no condenatoria, el Estado incumplidor puede incurrir en responsabilidad por incumplimiento del derecho internacional y se puede ordenar su suspensión del Convenio. Además, debemos destacar la importante función interpretadora del Convenio por el Comité a través de los informes que va emitiendo (22).

### III.2. Su plasmación a nivel europeo, español y catalán

Ahora veremos si el requisito de efectividad de la protección del derecho humano al medio ambiente figura también en el derecho europeo, español y catalán.

En la UE, la protección efectiva del derecho humano al medio ambiente tiene diversos fundamentos. Primero, como a todo derecho, le resulta de aplicación el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión (art. 19.1 TUE y 47 CDFUE). Segundo, no puede pasar por alto que el Convenio de Aarhus forma parte del derecho de la UE y, por tanto, es de aplicación el principio de protección efectiva. Y tercero, esta exigencia de efectividad figura en las diversas normas europeas aprobadas para adecuar el derecho ambiental de la UE al Convenio de Aarhus (23).

En el Estado español, la protección efectiva del derecho humano al medio ambiente también se basa en un triple nivel de normas constitucionales, internacionales y legales. Primero, a nivel constitucional, es clave el mandato general de participación, real y efectiva, de los individuos y de los grupos (art. 9.2 CE) y su relación con el derecho a un medio ambiente (art. 45.1 CE). También el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse inde-

(21) El más relevante es comentado JUSTE RUIZ, José y SALAZAR ORTUÑO, Eduardo, «Incumplimiento por parte de España de las obligaciones del convenio de Aarhus: comunicación ACCC/C/2008/24, el caso «senda de Granada» en Murcia», *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, 18, 2010, pp. 181-196.

(22) Esta «jurisprudencia» ha sido recogida en ANDRUSEVYCH, Andriy; ALGE, Thomas and KONRAD, C. (ed.), *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2011)*, 2.<sup>a</sup> ed., RACSE, Lviv, 2011.

(23) Un primer bloque normativo tiene a los estados como destinatarios: Directiva 2003/4/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al acceso al público a la información ambiental; Directiva 2003/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece medidas para la participación del público en la elaboración de Planes y Programas ambientales y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337 y 96/61 relativas, respectivamente, a la evaluación de impacto ambiental y el control integrado de la contaminación. En particular, art. 15 y 15 bis de la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación (actualmente, art. 24 y 25 Directiva 2010/75, de 24 de noviembre, sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación (versión refundida) y art. 6 y 10 bis Directiva 85/337/CEE del Consejo, de 27 de junio de 1985, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (actualmente, art. 6 y 11 de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente (texto codificado)). Y un segundo bloque tiene a las instituciones europeas como destinatarias estableciendo algunas especialidades en el acceso a la justicia en medio ambiente en los recursos previstos por el TJUE. En especial, el Reglamento 1367/2006 del Parlamento y del Consejo, de 6 de septiembre, relativo a la aplicación a las instituciones y a los organismos comunitarios de las disposiciones del Convenio de Aarhus.

fensión (art. 24.1 CE). Y la sumisión plena de la Administración a la ley y al derecho y su control judicial (art. 9.3, 103.1 y 106.1 CE)(24). Segundo, el Convenio de Aarhus forma parte del derecho español y, por tanto, el rasgo de protección efectiva también es una exigencia del derecho español. Y tercero, es ilustrativa la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Como expresa la exposición de motivos, «para que los ciudadanos, individual o colectivamente, puedan participar en esta tarea de protección de forma real y efectiva, resulta necesario disponer de todos los medios instrumentales adecuados». Y se especifica que «la definición jurídica de esta participación a través de herramientas legales que la hagan realmente efectiva constituyen en la actualidad uno de los terrenos en los que con mayor intensidad ha progresado el Derecho medioambiental internacional y, por extensión, el Derecho Comunitario y el de los Estados que integran la Unión Europea».

En Catalunya, la plena efectividad de la protección de los derechos estatutarios al medio ambiente está reconocida, de forma general, en el art. 37 EAC. A estos efectos, el art. 38 establece dos mecanismos: el carácter vinculante de los dictámenes del Consell de Garanties Estatutàries sobre proyectos y proposiciones de Ley y de Decretos legislativos que desarrollen o afecten los derechos estatutarios (art. 76.4) y un recurso ante el TSJC contra los actos que vulneren los derechos estatutarios. Los efectos de la STC 31/2010, de 28 de junio sobre estos dos mecanismos ha comportado que ninguno de ellos sea disponible. El primero por ser declarado inconstitucional y el segundo por ser objeto de una sentencia interpretativa de remisión a la legislación estatal sin que se haya aprobado ninguna Ley estatal regulando dicho recurso (25).

## IV. La protección efectiva del derecho humano al medio ambiente en tres ámbitos

### IV.1. Acceso a la información ambiental

La legislación europea, española y catalana es, en términos generales, conforme con el derecho de acceso a la información ambiental del Convenio de Aarhus, tal como, sucintamente, recordamos. Primero, cualquier miembro del público, sin tener que alegar ningún interés, es titular de este derecho. Segundo, el término información ambiental está definido de forma muy amplia. Tercero, hay una noción funcional de autoridad pública que incluye los entes públicos y también las personas físicas y jurídicas cuando ejercen funciones públicas e, incluso cuando asuman responsabilidades públicas, ejerzan funciones públicas o presten servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo la autoridad de cualquiera de estos entes públicos. Cuarto, los límites deben ser interpretados de forma restrictiva concretándose algunas consecuen-

(24) PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre, «Novedades en el acceso a la justicia ...», pp. 358-359. Todos estos preceptos constitucionales figuran también en el estudio del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, *Estudio sobre acceso a la justicia en materia medioambiental en cumplimiento de la Decisión IV/9(F) de la Reunión de las Partes del Convenio de Aarhus*, Madrid, 2013, p. 6-7 [http://www.magrama.gob.es/images/es/Estudio\_acceso\_justicia\_tcm7-315789.pdf].

(25) STC 31/2010, sobre el EA catalán (FJ 27 y 32).

cias a favor del acceso a la información. Quinto, el procedimiento administrativo para dar la información ambiental debe ser rápido (lo más pronto posible y, en su caso, 15 días en las instituciones de la UE y 1 mes en el Estado español). Sexto, se reconoce el derecho de acceso en el formato solicitado con algunas excepciones. Y séptimo, el pago por la información no puede exceder de un importe razonable.

Pero el principal problema es la inexistencia de mecanismos efectivos no judiciales de tutela del derecho de acceso a la información ambiental tanto a nivel europeo, español y catalán. Veámos, con más detenimiento, este déficit.

De conformidad con el art. 9.1 del Convenio de Aarhus, a parte del recurso judicial, cualquier miembro del público debe poder hacer uso de un recurso no judicial de protección del derecho de acceso a la información. Los requisitos de este recurso no judicial son los siguientes: debe ser regulado por una ley, ha de permitir un reexamen de la solicitud por una autoridad pública o por un órgano independiente e imparcial distinto de un órgano judicial, el procedimiento de revisión tiene que ser rápido, gratuito o poco oneroso y las resoluciones serán motivadas y vinculantes para la autoridad pública que posea la información. Además, el art. 9.4 establece que los procedimientos judiciales y no judiciales deben ser efectivos, objetivos y equitativos reiterando también rápidos y de coste no prohibitivo. Estos preceptos muestran que la protección no judicial del derecho de acceso a la información ambiental es clave para garantizar su protección efectiva porque la tutela judicial, por más rápida que sea, llegará tarde y será más costosa. La tutela judicial del acceso a la información ambiental debe ser la última garantía y nunca el mecanismo principal (26).

La legislación europea y española contemplan un recurso ante la misma autoridad pública para que reconsidere su decisión en un plazo relativamente corto (15 días en Europa y de 1 a 3 meses en España) (27). Pero no se cumple con los requisitos del Convenio de Aarhus de efectividad, objetividad y equidad por el hecho de que los recursos son resueltos por el mismo órgano administrativo o por su superior jerárquico, sin que se articulen mecanismos adicionales que garanticen dichos requisitos. Es necesario crear nuevos entes públicos u órganos administrativos dotados de imparcialidad y objetividad que actúen de forma resolutoria o, al menos, consultiva vinculante (28).

## IV.2. Participación pública ambiental

El Convenio de Aarhus menciona algunos requisitos generales sobre la efectividad de la participación pública ante la Administración. A pesar de que no se llega al grado

---

(26) Así lo entendió el Comité de Política Ambiental para el Primer Encuentro de las Partes de Aarhus en Ginebra en noviembre de 2001 (CEP/WG.5/2001/5) al sostener, con relación al art. 9.1, que «non-judicial review mechanisms were more efficient, timely and cheaper than court procedures, but that the court proceedings should be kept in place». Sobre ello me remito a PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre, «Novedades en el acceso a la justicia ...», pp. 363-366.

(27) En la UE, art. 7 y 8 del Reglamento 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, a los cuales se remite el art. 3 del Reglamento 1367/2006, del Parlamento y del Consejo, de 6 de septiembre, relativo a la aplicación a las instituciones y a los organismos comunitarios de las disposiciones del Convenio de Aarhus. Y en el Estado español, art. 20 de la citada Ley 27/2006 que se remite a los recursos administrativos.

(28) PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre, «Novedades en el acceso a la justicia ...», pp. 363-366.

de detalle del derecho de acceso a la información ambiental, estos requisitos generales deben ser respetados y desarrollados por las partes del Convenio, tal como ya hemos comentado anteriormente.

En relación a la participación pública en decisiones sobre actividades específicas, el art. 6 establece los siguientes requerimientos principales en función de si se trata de público interesado o público (29). El público interesado tiene que ser informado de manera eficaz, adecuada y al comienzo del procedimiento administrativo, o sea, cuando todas las opciones son aún posibles y se pueda ejercer una influencia real. Incluso, se fomenta la participación antes del inicio del procedimiento administrativo entre el futuro solicitante del permiso y el público interesado. Respecto al público, debe disponer de plazos razonables para ser informados y poder participar efectivamente en las diferentes fases del procedimiento. También la participación del público debe estar prevista al inicio del procedimiento para poder tener una incidencia real. La decisión debe tener en cuenta los resultados del procedimiento de participación del público y éste debe ser rápidamente informado de ella.

En relación a la participación pública en planes, programas, políticas y normas reglamentarias sobre medio ambiente, los art. 7 y 8 establecen similares requerimientos para promover, de forma efectiva, la participación del público.

La normativa europea y española se ha limitado a reproducir, básicamente, estos requerimientos generales. Se nota a faltar un mayor desarrollo normativo para dotar de más contenido a lo que se considera rápido, adecuado, efectivo o razonable. Así como que la jurisprudencia admita, de forma más clara, una mayor fuerza anulatoria de los incumplimientos de los trámites de participación. Este es el gran reto de la futura legislación sobre participación pública.

### IV.3. Acceso a la justicia ambiental

El art. 9 del Convenio de Aarhus establece tres recursos judiciales para la defensa del derecho humano al medio ambiente.

Desde un punto de vista objetivo, el art. 9.1 preve el recurso del público para acceder a la información ambiental sin necesidad de alegar ningún derecho ni interés legítimo. Sobre la importancia de los recursos no judiciales en el acceso a la información, nos remitimos a lo ya comentado.

Desde un punto de vista subjetivo, el art. 9.2 establece el recurso del público interesado para impugnar la legalidad (tanto en cuanto al fondo como al procedimiento) de cualquier decisión, acción u omisión administrativa sobre el ámbito del art. 6 (autorizaciones de las actividades mencionadas en el anexo I) y, si está previsto por el derecho interno, sobre otras disposiciones del Convenio (o sea, planes, programas, políticas y reglamentos ambientales, art. 7 y 8). Se permite interponer un recurso

---

(29) Público es «una o diversas personas físicas o jurídicas y, de acuerdo con la legislación o la costumbre del país, las asociaciones, organizaciones o grupos constituidos por esas personas» (art.2.4 del Convenio de Aarhus). Y público interesado es «el público que resulta o puede resultar afectado por las decisiones adoptadas en materia ambiental o que tienen un interés a invocar en la toma de decisiones», considerando a estos efectos «que tienen tal interés las ONG que trabajan en favor de la protección del medio ambiente y cumplen los requisitos exigidos por el derecho interno» (art. 2.5).

ante un órgano judicial o ante un órgano independiente e imparcial establecido por la ley y se prevé que, de forma previa al recurso judicial, el derecho interno pueda establecer un recurso administrativo. Como hemos visto, para ser público interesado debe alegarse un interés suficiente o la lesión de un derecho remitiéndose al derecho interno la definición de estas dos situaciones jurídicas subjetivas. Ahora bien se fijan criterios muy importantes que el derecho interno debe tener en cuenta para delimitar el alcance de estas situaciones jurídicas subjetivas. En primer lugar, rige una interpretación amplia del acceso a la justicia y, por tanto, de lo que sea derecho e interés suficiente, si bien no queda incluido el interés a la legalidad (30). En segundo lugar, las ONG de protección del medio ambiente que cumplan las condiciones del art. 2.5 son titulares de un interés suficiente al medio ambiente. Recordamos que este precepto establece que «las ONG que trabajan en favor de la protección del medio ambiente y que cumplen los requisitos exigidos por el derecho interno» tienen tal interés. En tercer lugar, el Convenio asigna un importante rol a las ONG ambientales como, por ejemplo, el art. 3.4 que obliga a los estados a reconocer y apoyar las asociaciones, organizaciones o grupos que tengan por objeto la protección del medio ambiente, así como procurar que el sistema jurídico estatal sea compatible con esta obligación. Y, en cuarto lugar, se establecen los principios como el de no discriminación o de evitar las barreras técnicas o económicas que obstaculizan el acceso a la justicia (art. 3.9 y 9.5). De ahí que se haya derivado la exigencia de que estos requisitos internos tengan una justificación objetiva, sean razonables, no innecesariamente excluyentes y no sean diseñados para disuadir recursos sino para comprobar que persiguen la protección del medio ambiente.

En relación a la legitimación de las ONG, una interpretación conforme al Convenio de Aarhus sería que dichos requisitos de derecho interno no podrán negar que estas ONG sean titulares de un interés legítimo colectivo ambiental sino que su finalidad es establecer los requisitos para la constitución de estas entidades que, lógicamente, son distintos en cada ordenamiento. Esta parece que sea la línea seguida por la jurisprudencia del TS com, por ejemplo, la STS 25 de junio de 2008 (RCA 905/2007, RJ 4300) que estima el recurso de casación interpuesto por la asociación Grupo para el estudio y conservación de los espacios naturales (GECEN) y declara que está legitimada, como titular de un interés legítimo colectivo, ante los incumplimientos de la declaración de impacto ambiental del aeropuerto de Castellón. Declara que la inadmisión por falta de legitimación vulnera el artículo 9 del Convenio de Aarhus, en relación con el 2.5, sobre la noción de público interesado a efectos de la legitimación de las ONGs ambientales, sin perjuicio también de la vulneración de normas europeas y españolas.

Y el art. 9.3 establece el recurso del público para aplicar la legislación ambiental. Le prestaremos una mayor atención por su olvido o defectuosa adaptación en la legislación europea y española. Este recurso permite al público que reúna los eventuales criterios previstos por el derecho interno interponer procedimientos administrativos o judiciales para impugnar las acciones u omisiones de particulares o autoridades públicas que vulneren el derecho ambiental. Su finalidad es completar la tutela judicial am-

---

(30) Resolución del Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus de 28 de Julio de 2006 (Bélgica ACCC/C/2005/11, apartado 27). Sobre ello, GARCÍA URETA, Agustín, Aspectos sobre el acceso a la justicia en el Convenio de Aarhus y su incidencia sobre el Derecho Comunitario», *leZ: Ingurugiroa eta zuzenbidea/Ambiente y Derecho*, 3, 2005, pp. 70-71.

biental frente cualquier vulneración de la legislación ambiental no prevista por los otros dos recursos y otorga a los estados una mayor flexibilidad en su desarrollo(31).

Se plantea si nos encontramos con un recurso subjetivo u objetivo y, por tanto, si se exige un derecho o interés o no. En principio, el art. 9.3 deja bien clara su naturaleza objetiva cuando establece la legitimación del público frente las vulneraciones de la legislación ambiental. Como hemos visto, la definición de público del art. 2.4 se refiere a cualquier persona física o jurídica (incluso, grupos sin personalidad jurídica si el derecho interno lo permite) sin necesidad de alegar afectación de ningún derecho o interés. A diferencia de la noción de público interesado utilizada por el recurso del art. 9.2 que sí exige un derecho o interés (32).

No obstante, la finalidad de este recurso de abarcar cualquier recurso no previsto por los dos supuestos anteriores (art. 9.1 y 2) ha justificado que se pueda incluir en el recurso del art. 9.3 cualquier modalidad de legitimación ambiental existente en los diversos ordenamientos jurídicos, ya sea de naturaleza objetiva (acción popular y habilitación legal) como subjetiva (interés suficiente y derecho o interés individual)(33). No obstante, se ha indicado, como más conforme con el art. 9.3, la legitimación objetiva destacando, en primer lugar, la acción popular («actio popularis») como la más adecuada y, en segunda posición, la habilitación legal («NGO standing»)(34). Pero también se incluye la legitimación subjetiva por interés suficiente tanto para personas físicas como ONGs, si bien centrándose en éstas últimas manifestando que, excepto requisitos adicionales del derecho interno, debería ser suficiente tener por finalidad estatutaria la protección del medio ambiente, tal como se deriva del art. 3.4. Y, en relación con la legitimación clásica por derecho o interés individual existente, de forma única, en muchos estados, se plantea la necesidad de su adecuación con el Convenio de Aarhus mediante reformas legislativas o interpretación judicial.

(31) «All other kinds of acts and omissions by private persons and public authorities that may have contravened national law relating to the environment» (United Nations Economic Commission for Europe, *The Aarhus Convention: and Implementation Guide*, p. 197). Más adelante, afirma que « it also allows Parties more flexibility in its implementation.» (p. 206). Este carácter residual del recurso del art. 9.3 y su mayor flexibilidad ha sido recordado por diversas resoluciones del Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus (entre otras, la de 28 de Julio de 2006 (Bélgica ACCC/C/2005/11, apartado 26)) y consta en United Nations Economic Commission for Europe, *The Aarhus Convention...*, p. 197 y 206. También BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo, «La protección jurisdiccional del medio ambiente en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, 240, 2005», p. 20 y GARCÍA URETA, Agustín, «Aspectos sobre el acceso a la justicia...», p. 74.

(32) «Contrary to paragraph 2 of article 9, however, paragraph 3 does not refer to «members of the public concerned», but to «members of the public» (Resolución del Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus de 28 de Julio de 2006 (Bélgica ACCC/C/2005/11, apartado 28)).

(33) BONINE, John, ««The public's right to enforce environmental law», en STEC, Stephen (ed.), *Handbook on Access to Justice under the Aarhus Convention*, The Regional Environmental Center for Central and Eastern Europe, Hungary, 2003, pp. 32-37; DARPÖ, Jan, *Effective Justice? (Synthesis report of the study on the Implementation of Articles 9.3 and 9.4 of the Aarhus Convention in the Member States of the European Union*, European Commission, EU, 2013, pp. 28-29; GARCÍA URETA, Agustín, «Aspectos sobre el acceso a la justicia...», pp. 64 y 74; y RAZQUÍN LIZARRAGA, José Antonio y RUÍZ DE APODACA Espinosa, Ángel M.ª, *Información, Participación y Justicia...*, pp. 364.

(34) En relación a la acción popular, Bonine manifiesta que es «fully consistent with article 9 of the Aarhus Convention, even though it is not required by the Convention». Y deja bien claro que la habilitación legal consiste en «grant a special right to NGOs to file lawsuit without showing that they are personally interested or in some way affected by a decision» («The public's right...», pp. 32-33).



En todo caso, debe quedar claro que el recurso del art. 9.3 es diferente del previsto por el art. 9.2 y no pueden confundirse como sucede a menudo en muchos estados donde existen normativas divergentes, aleatorias e inconsistentes (35). Como hemos visto, el art. 9.2 configura un recurso subjetivo del público interesado que precisa siempre alegar un derecho o interés afectado (por ejemplo, el ambiental) y tiene una finalidad revisora de la legalidad de las decisiones, actuaciones u omisiones administrativas (36). En cambio, el recurso del art. 9.3 tiene una naturaleza, predominantemente, objetiva sin que se exija necesariamente ninguna situación jurídica subjetiva de derecho o interés a tenor de la definición de público. Y su finalidad no se limita a la revisión de decisiones, actuaciones u omisiones de la Administración sino que es más amplia porque está dirigida a exigir directamente a los tribunales la aplicación de la legislación ambiental ante conductas ilegales de las autoridades públicas o de privados.

Como hemos dicho, la cláusula de remisión «los eventuales criterios previstos por su derecho interno» («the criteria, if any, laid down in national law») del art. 9.3 otorga a los estados una mayor flexibilidad en la manera de incorporar este recurso en el derecho interno. Pero en esta tarea de concreción a nivel interno, los estados deberán respetar las siguientes reglas para garantizar la efectividad de la tutela judicial. La primera, debe cumplirse el objetivo del Convenio de garantizar un amplio acceso a la justicia (37). En este sentido, la Decisión II/2 de la Reunión de las Partes, máximo órgano del Convenio de Aarhus, sobre promoción efectiva del acceso a la justicia recuerda que la discrecionalidad de las partes en la concreción del art. 9.3 debe cumplir con el criterio «to take fully into account the objective of the Convention to guarantee access to justice». La segunda, se tiene que satisfacer la finalidad del Convenio de que el público tenga acceso a mecanismos judiciales efectivos para que los intereses legítimos estén protegidos y para que se cumpla la legislación (38). La tercera, no se puede olvidar que el acceso a la justicia es la regla general y los requisitos limitadores la excepción (39). Y la cuarta, se tienen que respetar los requerimientos generales establecidos en los art. 1 a 3. Como ha afirmado el Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus, los estados no están obligados a reconocer la acción popular, pero tampoco

---

(35) Así lo constata el informe coordinado por el profesor Jan Darpö sobre la aplicación de los art. 9.3 y 9.4 del Convenio de Aarhus a 17 estados de la UE y que le encargó la Comisión Europea (*Effective Justice? ...*, pp. 6 y 9).

(36) Los dos supuestos de acceso a la justicia previstos en los apartados segundo y tercero del art. 9 son tratados separadamente por BONINE, John en el capítulo 2 («Acces to justice in cases involving public participation in decision-making») y en el capítulo 3 («The public's right to enforce environmental law») en STEC, Stephen (ed.), *Handbook on Acces to Justice under the Aarhus Convention*, Hungary, The Regional Environmental Center for Central and Eastern Europe, Hungary, 2003, pp. 27-39.

(37) Stec concluye que el art. 9.3 «constitute a strong affirmation that NGOs, as well as individuals, have standing, subject to reasonable restrictions, but only if the overall scheme continues to promote «wide access to justice» («Conclusions and Recommendations», p. 62).

(38) Resoluciones del Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus de 29 de abril de 2008 (Dinamarca ACCC/C/2006/18, apartado 30) y de 14 de abril de 2011 (Unión Europea ACCC/C/2008/32, Part I, apartado 79)

(39) Según la Guía de aplicación del Convenio, «the phrase “the criteria, if any, in national law” indicates a self-restraint on the Parties not to set too strict criteria. Access to such procedures should thus be the presumption, not the exception» (United Nations Economic Commission for Europe, *The Aarhus Convention...*, p. 198). Esta cita proviene de diversas resoluciones del Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus como la de 28 de Julio de 2006 (Bélgica ACCC/C/2005/11, apartado 36); 29 de abril de 2008 (Dinamarca ACCC/C/2006/18, apartado 29) y 14 de abril de 2011 (Unión Europea ACCC/C/2008/32, Part I, apartado 78).

pueden utilizar esta cláusula de remisión a los posibles criterios internos para introducir o mantener criterios restrictivos que impidan el acceso a la justicia a la mayoría de ONGs ambientales (40). Respecto a la legitimación, se ha señalado que esta tarea de concreción interna corresponde al legislador y también a los jueces mediante su función creativa en el common law o su función interpretadora, en especial, de las constituciones que reconocen el derecho a un medio ambiente (41).

Para determinar el alcance del art. 9.3 es útil tener presente que se ha calificado como una modalidad de «*citizen enforcement*». Se trata de un término anglosajón para referirse al papel de los ciudadanos como colaboradores de la Administración para exigir la aplicación de la legislación directamente a los tribunales ante la inactividad de la Administración. Precisamente, el Comité de Política Ambiental para el Primer Encuentro de las Partes de Aarhus en Ginebra en noviembre de 2001 (CEP/WG.5/2001/5) destacó el art. 9.3 Aarhus como una manifestación del denominado «*citizen enforcement*» (p. 5). Así también es calificado por la Guía de aplicación del Convenio de 2014 al mostrar tres características principales de este recurso: a) se trata de un nuevo tipo de recurso diferente del previsto en el art. 9.2; b) se incluye dentro del «*citizen enforcement*» que permite al público estar legitimados para exigir directamente a los tribunales la aplicación de la legislación ambiental; y c) destaca su finalidad de convertir a los ciudadanos en unos agentes colaboradores activos en la tarea de aplicación de la legislación (42).

En concreto, este supuesto de acceso a la justicia nos evoca a las *citizen suits* del derecho norteamericano que han sido reconocidas en la mayoría de las leyes ambientales. Mediante estas acciones cualquier persona puede demandar directamente otra persona (pública o privada) que vulnere la legislación ambiental. Estas acciones han potenciado la posición jurídica de los ciudadanos y, en especial, de los grupos de defensa del medio ambiente contra la pasividad administrativa ante los incumplimientos de la legislación ambiental y se han convertido en uno de los medios más eficaces para garantizar el cumplimiento de la legislación ambiental. En ningún caso se pretende eliminar ni sustituir la función de la Administración, sino complementarla reforzando la posi-

(40) «On the one hand, the Parties are not obliged to establish a system of popular action («*actio popularis*») in their national laws with the effect that anyone can challenge any decision, act or omission relating to the environment. On the other hand, the Parties may not take the clause «where they meet the criteria, if any, laid down in its national law» as an excuse for introducing or maintaining so strict criteria that they effectively bar all or almost all environmental organizations from challenging act or omissions that contravene national law relating to the environment» (Resoluciones del Comité de Cumplimiento del Convenio de Aarhus de 28 de Julio de 2006 (Bélgica ACCC/C/2005/11, apartado 35) y 14 de abril de 2011 (Unión Europea ACCC/C/2008/32, Part I, apartado 77)).

(41) BONINE, John, «The public's right to enforce environmental law», pp. 35-37. Este autor muestra como los tribunales constitucionales de Eslovenia y Hungría han sostenido que el derecho constitucional al medio ambiente (art. 72 Constitución de Eslovenia de 23 de diciembre de 1991 y art. 21 de la Constitución de Hungría de 25 de abril de 2011) garantiza el derecho de acceso a los tribunales. También STEC, Stephen, «Rights and duties towards a healthy environment», pp. 73-74.

(42) La finalidad de este recurso es «to provide standing to certain members of the public to enforce environmental law». Ello se base en la función del público como colaborador en la tarea de aplicación de la legislación ambiental: «Public enforcement of the law, besides allowing the public to achieve the results it seeks, may also be a major help to understaffed environmental enforcement agencies» (The Aarhus Convention: An Implementation Guide, p. 197). Más adelante, especifica que «this provision potentially covers a wide range of procedures for «*citizen enforcement*». This may be ensured by granting members of the public standing to directly enforce environmental law in court» (p. 199).

ción jurídica de los ciudadanos y de las organizaciones no gubernamentales ambientales. Por ello, se tienen que cumplir dos requisitos previos a la interposición de la *citizen suit*: notificación previa (normalmente con una antelación de 60 días, al infractor y a la agencia competente para ejecutar las leyes federales) y ausencia de actuación administrativa previa que persiga diligentemente las infracciones. Uno de los aspectos más importantes de las *citizen suits* es su régimen procesal para hacerlas efectivas como, en especial, diversas pretensiones (*remedies*) para exigir el cumplimiento de la legislación ambiental y un régimen especial de la condena en costas (43).

Veamos, ahora, cómo ha sido recibido el art. 9 del Convenio de Aarhus en la normativa europea y española. Los recursos de los art. 9.1 y 9.2 del Convenio de Aarhus han sido acogidos, de forma satisfactoria, por la legislación ambiental europea y española, sin perjuicio de algunas insuficiencias que ya hemos señalado. En todo caso, destacamos la tarea del TJUE favorable a la legitimación (en especial, de las ONGs ambientales) como titulares de un interés legítimo colectivo ambiental al examinar los requisitos exigidos por la normativa interna (44).

Pero el recurso del art. 9.3 ha sido muy mal adaptado porque se ha limitado a habilitar determinadas ONGs ambientales para recurrir actos u omisiones de las autoridades públicas contrarias a la legislación ambiental (45).

En primer lugar, no se ajusta al ámbito del art. 9.3 referido a acciones u omisiones de autoridades públicas y particulares. Se incluyen sólo las autoridades públicas y se limita a actos que es más restrictivo que acciones. En segundo lugar, parece ignorar la legitimación por interés ambiental de las ONG de protección del medio ambiente prevista en el recurso del público interesado (art. 9.2 Convenio de Aarhus). Y en tercer lugar, en relación a la UE, excluye los actos y omisiones administrativas cuando el organismo comunitario actúe en calidad de instancia revisora citando, entre otros, el procedimiento por incumplimiento del derecho europeo por los estados (art. 2.2.b Reglamento 1367/2006). De esta manera se confirma la falta de legitimación colectiva de ONGs y personas físicas para recurrir las decisiones o la inactividad de la Comisión en dichos procedimientos.

---

(43) Sobre las *citizen suits* y su incidencia en Europa y el Estado español, JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección...*, pp. 349-372 y PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre, *Les pretensions ...*, pp. 333-398 y «Nuevos instrumentos ...», pp. 439-485.

(44) Entre otras, la STJUE de 25 de julio de 2008 (caso 237/07, *Janecek*) admitió la legitimación de las personas físicas directamente afectadas para exigir el cumplimiento del art. 7.3 de la Directiva 96/62 de 27 de septiembre sobre calidad del aire. La STJUE de 15 de octubre de 2009 (caso 263/08, *Djurgården*) consideró que un elevado número de socios que cumplen sólo las ONG nacionales y excluye las ONG locales es contrario al art. 10bis de la Directiva 85/337. Y la STJUE de 12 de mayo de 2011 (caso 115/09, *Trianel*) declara que es contrario al art. 10bis Directiva 85/337 otorgar legitimación sólo cuando se alegan derechos individuales y no intereses colectivos como los de una asociación ambiental. Ello vulnera el principio de equivalencia (tanto los titulares de derechos individuales como de intereses colectivos tienen que poder acceder a la justicia), la efectividad (no hacer en la práctica imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión) y el principio de amplio acceso a la justicia.

(45) El recurso del art. 9.3 Convenio de Aarhus está previsto ante las instituciones de la UE en los art. 10-12 del Reglamento 1367/2006 del Parlamento y del Consejo, de 6 de septiembre, relativo a la aplicación a las instituciones y a los organismos comunitarios de las disposiciones del Convenio de Aarhus. Y frente las autoridades españolas en los art. 22-23 de la Ley 27/2006, de 18 de julio, de acceso a la información ambiental, participación y acceso a la justicia en medio ambiente. En cambio, ninguna de las Directivas que regulan el acceso a la justicia en medio ambiente se refieren al recurso del art. 9.3 sino que se limitan a los recursos de los art. 9.1 y 9.2.

Esta visión restrictiva del recurso para la aplicación de la legislación ambiental sorprende cuando la UE ha comprobado que la legislación ambiental es la que más se incumple (ocupando un lugar destacado el Estado español) (46) y ha señalado el fortalecimiento del acceso a la justicia como uno de los instrumentos más importantes para hacer frente a este grave problema (47).

Una oportunidad para superar esta situación sería si finalmente se aprueba una normativa europea general sobre acceso a la justicia en medio ambiente que regule, de forma más amplia, el recurso del art. 9.3 ante las autoridades estatales porque, hasta ahora, se limita a las instituciones europeas. Se trataría de desbloquear la propuesta de Directiva 2003/246, de 24 de octubre de 2003 sobre acceso a la justicia en materia de medio ambiente [COM (2003) 624final] que sí contenía una regulación de dicho recurso más acorde con el Convenio de Aarhus. Esta propuesta de Directiva quedó paralizada por los estados en base al gran alcance que tiene el art. 9.3 del Convenio de Aarhus y las dudas de si resulta contraria al principio de subsidiariedad.

En los últimos años, se ha vuelto a poner de manifiesto la necesidad de aprobar una directiva general sobre acceso al medio ambiente ante las grandes divergencias sin justificación alguna y, en ocasiones, contrarias al Convenio de Aarhus que existen en los estados miembros sobre el recurso del art. 9.3. Diversos pronunciamientos del TJUE (48) sobre el Convenio de Aarhus y el principio de efectividad del derecho ambiental han reforzado la posición defendida por la Comisión de aprobar una directiva sobre acceso a la justicia en medio ambiente (49). Y la necesidad de apro-

---

(46) Ello lo atestiguan los diversos informes anuales de la Comisión sobre el control de la aplicación del derecho de la UE al comprobar que las normas europeas ambientales son las que se incumplen más. Según el Trigésimo primer informe de 1 de octubre de 2014 (COM(2014) 612 final), el derecho ambiental es el sector con más procedimientos de infracción de la Comisión (30% del total) y el Estado español es el segundo con más procedimientos de infracción de la normativa europea en general. La legislación ambiental, como primer sector con mayor número de procedimientos de infracción, es destacada también por el apartado 56 de la Decisión 1386/2013/JUE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta».

(47) Son muchos los documentos, en especial, elaborados por la Comisión que se han ocupado de esta cuestión. De ello se hace eco la anteriormente citada Decisión 1386/2013/JUE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013 al fijar como uno de los objetivos prioritarios «maximizar los beneficios de la legislación de medio ambiente de la Unión mejorando su aplicación» (art. 2.1.d) pues constata que existe una «aplicación insuficiente de la legislación vigente de medio ambiente de la Unión». Y para corregir esta situación señala que «los ciudadanos de la Unión tendrán un acceso efectivo a la justicia en asuntos medioambientales y una tutela judicial efectiva, de acuerdo con el Convenio de Aarhus y las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa y la jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea» (apartado 62).

(48) A pesar de reconocer las amplias remisiones al derecho interno, la STJUE de 8 de marzo de 2011 (caso 240/09, *Slovak Brown Bear*) exige tener presentes los objetivos del artículo 9.3 del Convenio de Aarhus y el objetivo general de garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión, a fin de permitir a una organización de defensa del medio ambiente recurrir ante los tribunales una decisión adoptada mediante un procedimiento administrativo que pudiera ser contrario al Derecho medioambiental de la Unión.

(49) Así se recoge en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 7 de marzo de 2012 (COM(2012) 95 final) titulada «Sacar el mejor partido de las medidas ambientales de la UE: instaurar la confianza mediante la mejora de los conocimientos y la capacidad de respuesta».

bar esta directiva ha sido requerida por el Parlamento europeo y el Comité de las Regiones (50)

Finalmente, en relación a los tres recursos vistos (tanto en vía judicial como administrativa), el art. 9.4 del Convenio de Aarhus establece que cualquiera de ellos tiene que otorgar una tutela efectiva lo que se concreta en tres aspectos: a) deben proveerse adecuadas y efectivas pretensiones (incluyendo las de condena); b) estos procedimientos deben ser objetivos, equitativos y rápidos; y c) su coste no sea prohibitivo a cuyos efectos deben existir mecanismos de eliminación o reducción de barreras económicas o de otro tipo que impidan el acceso a la justicia.

Estos tres requerimientos generales son los grandes retos de los recursos judiciales y administrativos para la protección ambiental en la UE y en el Estado español. Son necesarias reformas legislativas para concretarlos y también más recursos humanos y materiales. A continuación, mencionamos algunos de los principales déficits existentes.

Primero, las pretensiones son adecuadas y efectivas para derechos o intereses legítimos individuales, pero no para los intereses colectivos ambientales ya sean como situaciones jurídicas subjetivas colectivas (interés legítimo colectivo) u objetivas (acción popular o habilitación legal) (51).

Segundo, los procedimientos judiciales, normalmente, no son rápidos sino que la lentitud de la justicia es bien conocida y una justicia tardía no es justicia. Bien pronto, la STC 26/1983, 13 de abril fue tajante al afirmar que «una justicia tardíamente concedida equivale a una falta de tutela jurisdiccional efectiva». Esta lentitud es especialmente grave en la tutela ambiental puesto que, a menudo, precisa respuestas rápidas.

Tercero, sin perjuicio de mejoras en la organización judicial, es insuficiente el número de jueces y magistrados (especialmente, en el contencioso-administrativo) comparándolo con la situación en otros países de nuestro entorno pues nos encontramos por debajo de la mitad de la media europea (52).

Cuarto, los procedimientos judiciales para la defensa ambiental son caros sin que existan mecanismos apropiados y suficientes para eliminar o reducir estas limitaciones económicas de acceso a la justicia. La legislación europea y española se basa, principalmente, en una visión formal del acceso a la justicia y no material de la misma. Por ello, los requerimientos del Convenio de Aarhus para superar las limitaciones económicas han sido, simplemente, reproducidos en la legislación ambiental europea y, totalmente, olvidados en la legislación ambiental española. Y no es excusa que mu-

---

(50) Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de abril de 2012 (2011/2194(INI)), sobre la revisión del Sexto Programa de Acción en Materia de Medio Ambiente y establecimiento de prioridades para el Séptimo Programa de Acción en Materia de Medio Ambiente - Un medio ambiente mejor para una vida mejor. Y Dictamen del Comité de las Regiones de 30 de noviembre de 2012 (2013/C 17/07) Hacia un Séptimo programa de acción en materia de medio ambiente: sacar el mejor partido de las medidas ambientales de la UE.

(51) Sobre ello me he centrado en PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre, *Les pretensions...*, cit. y «Las pretensiones en el contencioso-administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos», *RAP*, 190, 2013, pp. 149-194.

(52) Según el informe del CGPJ *Justicia dato a dato, Estadística judicial*, CGPJ, 2012, en 2011 habían 569 magistrados en el contencioso-administrativo lo que representa 11 jueces por cada 100.000 hab. Esta ratio se acerca a la media de todos los órdenes jurisdiccionales españoles, pero representa menos de la mitad de la media europea. Según el informe de la Comisión Europea para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ), *European judicial systems*, 2012 que maneja datos de 2010, España cuenta con 10,2 jueces por cada 100.000 habitantes, frente a la media europea de 21,3 [http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/default\_EN.asp?].

chas de estas exigencias se deriven de derechos fundamentales y principios previstos a nivel general pues de lo que se trata es de concretarlos en materia ambiental (53). A nivel europeo, ello ha sido puesto de manifiesto por la importante STJUE 1 de abril de 2013 (Edwards y Pallikaropoulos, C-260/11) que reconoce a los particulares y a las asociaciones un papel activo en la defensa del medio ambiente y, por tanto, un régimen especial de los costes en los litigios en medio ambiente conforme a esta finalidad (54).

Y, a nivel español, tampoco todos estos requerimientos para superar las limitaciones económicas han sido bien desarrollados ni concretados en los procesos judiciales de defensa del medio ambiente. La Ley 27/2006 sólo tiene presente la asistencia jurídica gratuita y además limitada *ex lege* a determinadas ONGs (art. 23.2). Se olvida de muchos otros mecanismos para fomentar los recursos en defensa del medio ambiente: a) régimen especial de condena en costas como, por ejemplo, aplicar el criterio de vencimiento cuando las pretensiones son estimadas (total o parcialmente) y el de temeridad o mala fe cuando son desestimadas; b) eliminación de las tasas y depósitos judiciales; o c) regulación especial de las fianzas para la adopción de medidas provisionales o para la ejecución provisional de sentencias (55). En fin, es imprescindible una normativa más positiva para los litigios de defensa ambiental para superar las limitaciones económicas.

Y quinto, la efectividad de la tutela judicial desaparece cuando un proyecto es autorizado por una Ley. Según la STJUE de 18 de octubre de 2011 (casos C-128-131, 134 y 135/09, *Boxus*), confirmada por la de 16 de febrero de 2012 (C-182/09, *Solvay* y otros), el art. 9.2 del Convenio de Aarhus y el art. 10 bis de la Directiva 85/337, de evaluación de impacto ambiental exigen que la normativa interna prevea un recurso del público interesado ante un órgano establecido por ley (judicial o no, pero independiente e imparcial) para impugnar la legalidad (procedimental y material) de un acto legislativo que autoriza un proyecto. Sin duda ello plantea la cuestión de que sucede cuando la normativa interna no contempla dicho recurso como sucede en nuestro ordenamiento jurídico donde las leyes sólo pueden ser recurridas ante el TC con importantes limitaciones de la legitimación (queda fuera el público interesado) y de la naturaleza del control (sólo de constitucionalidad). Como indica muy acertadamente García Ureta, sólo es posible el recurso contencioso-administrativo indirecto contra los actos de aplicación de la ley y, en el caso de incompatibilidad de la ley con el derecho de la UE, inaplicar la ley. Pero resulta necesario regular un recurso directo contra la ley por los preceptos citados del Convenio de Aarhus y de la Directiva 85/337, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE (56). De ello se ha hecho eco la STC 129/2013, de 4 de junio

(53) El art. 47 CDFUE establece que se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre que sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia. O el art. 119 CE dice que la justicia será gratuita cuando lo disponga la ley y cuando se acredite infuencia de recursos para litigar.

(54) Esta sentencia es destacada por GARCÍA URETA, Agustín, «Acceso a la justicia y costes procesales: Comentario a la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 11 de abril de 2013 (Asunto C-260/11, the Queen, a instancias de: David Edwards, Lilian Pallikaropoulos v. Environment Agency, First Secretary of State, Secretary of State for Environment)», REDA, 160, 2013, pp. 217-232.

(55) PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre, «Novedades en el acceso a la justicia ...», pp. 384-386.

(56) GARCÍA URETA, Agustín, «Convenio de Aarhus y convalidaciones legislativas: ¿recurso directo contra leyes en vía contenciosa?», Diario La Ley, núm. 7763, 2011 (LA LEY 19514/2011), pp.1-17.

que declara inconstitucionales determinados preceptos de una Ley autonómica singular ambiental por vulnerar, en especial, el art. 24.1 CE (57).

## V. Consideraciones finales

El derecho humano al medio ambiente ha sido reconocido por primera vez, a escala global, por el Convenio de Aarhus. La condición de la UE y del Estado español como partes ha ayudado a introducir el derecho humano al medio ambiente en la legislación europea, ha clarificado su existencia en la CE y ha confirmado su previsión en el EAC.

Pero el objetivo más importante del Convenio de Aarhus es otorgar una protección real y efectiva al derecho humano al medio ambiente. A estos efectos, se establecen tres mecanismos: acceso a la información ambiental, participación pública y acceso a la justicia. El requerimiento general de protección efectiva está previsto en la legislación europea, española y catalana. Pero falta un importante desarrollo normativo del mismo.

En relación al derecho de acceso a la información ambiental, la legislación ambiental europea, española y catalana satisface, en términos generales, el Convenio de Aarhus. Pero el principal problema es la falta de un procedimiento de revisión no judicial que sea efectivo, objetivo, adecuado y equitativo, tal como exige el Convenio de Aarhus. Resulta necesario que existan entes públicos u órganos administrativos independientes e imparciales con competencias resolutorias o, al menos, consultivas vinculantes.

En relación a la participación pública ante la administración, la legislación ambiental europea, española y catalana se limita, normalmente, a reproducir los requisitos generales del Convenio de Aarhus. Deberían desarrollarse dichos requisitos generales para especificar, en la medida de lo posible, cuando los trámites participativos son rápidos, adecuados, efectivos o razonables. Este es el gran reto de la legislación futura sobre participación pública en medio ambiente.

Y sobre el acceso a la justicia ambiental, la legislación europea y española han acogido, de forma equivocada e insuficiente, el recurso del público para aplicar la legislación ambiental (art. 9.3 Convenio de Aarhus). No se diferencia claramente del recurso del público interesado para impugnar la legalidad (tanto en cuanto al fondo como al procedimiento) de cualquier decisión, acción u omisión administrativa (art. 9.2). Y no tiene presente que se trata de un recurso para la aplicación de la legislación ambiental ante los incumplimientos por parte de las autoridades públicas y privados. Finalmente, el gran desafío de la protección judicial ambiental es desarrollar los requisitos generales aplicables a los tres supuestos de acceso a la justicia (art. 9.4 y 9.5 del Convenio de Aarhus). Las pretensiones son adecuadas y efectivas para la tutela de situaciones jurídicas subjetiva individuales (derecho o intereses legítimos individuales). Pero no para los intereses colectivos ya sean como situaciones jurídicas subjetivas colectivas (intereses legítimos colectivos) u objetivas (acción popular o habilitación

---

(57) Sobre esta sentencia y su importancia en el contexto de la jurisprudencia del TJUE, SANTAMARÍA ARINAS, René Javier, «Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina Boxus por el Tribunal Constitucional español», *RAP*, 193, 2014, pp. 165-195.

legal). Y los procedimientos judiciales son caros y sin mecanismos apropiados que eliminen o reduzcan las barreras económica en el acceso a la justicia ambiental.

## VI. Bibliografía

- ALONSO GARCÍA, Enrique, «Legislación sectorial del Medio Ambiente», *I Congreso Nacional de Derecho Ambiental*, ponencias, Sevilla, 1995
- , «Derechos humanos y medio ambiente», en Alonso García, Enrique y Lozano Cutanda, Blanca (coord.), *Diccionario de derecho ambiental*, Iustel, Madrid, 2006
- ANDRUSEVYCH, Andriy; Alge and Thomas and Konrad, C. (ed.), *Case Law of the Aarhus Convention Compliance Committee (2004-2011)*, 2.ª ed., RACSE, Lviv, 2011
- APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel (ed.) y Castellà Andreu, Josep M.ª, Expósito Gómez, Enriqueta (coords.), *Derechos y principios rectores en los Estatutos de Autonomía*, Barcelona, Atelier, 2008
- ARA PINILLA, Ignacio, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1990
- BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè, «Los efectos de la Sentencia 31/2010, en el catálogo de derechos, deberes y principios del Estatuto de Autonomía de Cataluña: una desactivación más aparente que real», *REAF*, 12, 2011
- BONINE, John, «Acces to justice in cases involving public participation in decision-making» y «The public's right to enforce environmental law», en Stec, Stephen (ed.), *Handbook on Access to Justice under the Aarhus Convention*, The Regional Environmental Center for Central and Eastern Europe, Hungary, 2003
- BUJOSA VADELL, Lorenzo-Mateo, «La protección jurisdiccional del medio ambiente en la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, 240, 2005
- DARPÓ, Jan, *Effective Justice? (Synthesis report of the study on the Implementation of Articles 9.3 and 9.4 of the Aarhus Convention in the Member States of the European Union*, European Commission, EU, 2013
- DELGADO PIQUERAS, Francisco, «Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente», *REDC*, 38, 1993
- ESCOBAR ROCA, Guillermo, *La ordenación constitucional del medio ambiente*, FIDA y Dykinson, 1995
- , ¿Existe un verdadero derecho constitucional a disfrutar del medio ambiente?, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 7.T. 1*. 2006
- GARCÍA URETA, Agustín María, «El Convenio de Aarhus: derecho de participación y de acceso a la justicia», en Derecho al conocimiento y acceso a la información en las políticas de medio ambiente, Maragariños Compareid (coord.), Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, 2005
- , «Aspectos sobre el acceso a la justicia en el Convenio de Aarhus y su incidencia sobre el Derecho Comunitario», *leZ: Ingurugiroa eta zuzenbidea/Ambiente y Derecho*, 3, 2005
- , «Convenio de Aarhus y convalidaciones legislativas: ¿recurso directo contra leyes en vía contenciosa?», *Diario La Ley*, núm. 7763, 2011 (LA LEY 19514/2011)
- , «Acceso a la justicia y costes procesales: Comentario a la Sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 11 de abril de 2013 (Asunto C-260/11, the Queen, a instancias de: David Edwards, Lilian Pallikaropoulos v. Environment Agency, First Secretary of State, Secretary of State for Environment)», *REDA*, 160, 2013
- JARIA MANZANO, Jordi, *El sistema constitucional de protecció del medi ambient*, IEA, Barcelona, 2005
- , *La cuestión ambiental y la transformación de lo público*, Ed. Tirant lo Blanch, València, 2011
- JORDANO FRAGA, Jesús, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Bosch, Barcelona, 1995



- , «Análisis de la Ley 27/2006 en cuanto al acceso a la justicia, en especial, el principio de legitimación en los contenciosos ambientales», en Lozano Cutanda, Blanca (dir.), *Examen de la nueva Ley de acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medioambiente*, Estudios de Derecho Judicial, 137, CGPJ, Madrid, 2008
- JUSTE RUIZ, José y SALAZAR ORTUÑO, Eduardo, «Incumplimiento por parte de España de las obligaciones del convenio de Aarhus: comunicación ACCC/C/2008/24, el caso «senda de Granada» en Murcia», *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, 18, 2010, pp. 181-196
- KRÄMER, Ludwig, *Focus on European Environmental Law*, 2n edition, London Sweet and Maxwell, London, 1997
- , «Acceso a la justicia ambiental en Europa», *leZ: Ingurugiroa eta zuzenbidea/Ambiente y Derecho*, 2, 2004
- KRAVCHENKO, Svitlana, «Giving the Public a Voice in MEA Compliance Mechanisms», en Paddock, LeRoy et al. (ed.), *Compliance and Enforcement in Environmental Law. Toward More Effective Implementation*, IUCN Academy of Environmental Law Series, Edward Elgar Publishing, Inc, USA, 2011
- LOPERENA ROTA, Demetrio, *El derecho al medio ambiente adecuado*, IVAP/Civitas, 1996
- , *Los principios del derecho ambiental*, IVAP/Civitas, Madrid, 1998
- LÓPEZ RAMÓN, Fernando, «Derechos fundamentales, subjetivos y colectivos al medio ambiente», *REDA*, 95, 1997
- LOZANO CUTANDA, Blanca, «La configuración jurídica del derecho al medio ambiente, con su doble componente objetivo-subjetivo, en la doctrina del TEDH», en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, v. I, El Justicia de Aragón,, Zaragoza, 2008, en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, v. I, El Justicia de Aragón,, Zaragoza, 2008
- PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre, *Les pretensions davant la inactivitat administrativa en matèria sancionadora ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004
- , «Nuevos instrumentos para la aplicación de la legislación ambiental ante la inactividad administrativa (de las acciones ciudadanas (citizen suits) al Convenio de Aarhus)», *RAP*, 172, 2007
- , «Novedades en el acceso a la justicia y la tutela administrativa en asuntos medioambientales» en Pigrau, Antoni (coor.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Atelier , Barcelona, 2007
- , «Las pretensiones en el contencioso-administrativo para la efectiva protección de los intereses colectivos», *RAP*, 190, 2013
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La tercera generación de derechos humanos*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006
- , *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 10.ª ed., 2010
- , *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 10.ª ed., 2011, pp. 25-47
- PIGRAU, Antoni y BORRÁS PENTINAT, Susana, «Diez años del Convenio de Aarhus sobre el acceso a la información, la participación y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente», en Pigrau, Antoni (dir.), *Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: diez años del Convenio de Aarhus*, Ed. Atelier, Barcelona, 2008
- PIÑAR DÍAZ, Manuel, *El derecho a disfrutar del medio ambiente en la jurisprudencia*, Comares, Granada, 1996
- RAZQUÍN LIZARRAGA, José Antonio y Ruíz de Apodaca Espinosa, Ángel, *Información, Participación y Justicia en materia de medio ambiente (Comentario sistemático a la Ley 27/2006, de 18 de julio)*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2007
- RODRÍGUEZ PALOP, María Eugenia, *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Madrid, Dykinson, 2002
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, *El derecho constitucional al medio ambiente adecuado*, Tirant lo Blanch, València, 2000

- SANCHIS MORENO, Fe, *Guía sobre el acceso a la Justicia Ambiental. Convenio de Aarhus*, Consejo General de la Abogacía Española y Asociación para la Justicia Ambiental-ELAW España, 2007
- SANCHIS MORENO, Fe; SALAZAR ORTUÑO, Eduardo y RUIZ MACIÁ, Ginés, *Democracia ambiental y acceso a la justicia. La aplicación del Convenio de Aarhus en España*, Madrid, Asociación para la Justicia Ambiental y Fundación Biodiversidad, 2009
- SANTAMARÍA ARINAS, René Javier, «Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina Boxus por el Tribunal Constitucional español», *RAP*, 193, 2014
- SERRANO MORENO, José Luis, «El derecho subjetivo al ambiente», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. extraordinario 16, 1988
- , *Ecología y Derecho (Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica)*, Comares, Granada, 1992
- STEC, Stephen, «Conclusions and Recommendations», en Stec, Stephen. (ed.) *Handbook on Access to Justice under the Aarhus Convention*, The Regional Environmental Center for Central and Eastern Europe, Hungary, 2003
- VELASCO CABALLERO, Francisco, «El medio ambiente en la Constitución; ¿Derecho público subjetivo y/o principio rector», *RAAP*, 19, 1994
- UNITED NATIONS ECONOMIC COMMISSION FOR EUROPE, *The Aarhus Convention: an implementation guide*, United Nations, New York and Geneva, 2nd edition, 2014

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Aarhusko Hitzarmenak ingurumen-eskubidearen berri ematen du Europa, Espainia eta Katalunia mailan, egoera juridiko subjektibo (legezko eskubide edo interes kolektiboa) edo objektibo gisa (ingurumen-legeak). Gizakiaren ingurumen-eskubideari benetako babesa ematea da Hitzarmen horren helburu nagusia. Helburu hori gauzatuta dago Europa, Espainia eta Kataluniako legeetan, baina lehenbailehen garatu behar da arau-eta jurisprudentzia-mailan.

**HITZ GAKOAK:** Gizakiaren ingurumen-eskubidea. Ingurumen-eskubidea benetan babestea. Ingurumenari buruzko informazioa eskuratzea. Herritarrek ingurumenaren arloan parte hartzea. Ingurumenaren arloko justizia eskuratzea.

**RESUMEN:** El derecho humano al medio ambiente reconocido por el Convenio de Aarhus clarifica su reconocimiento, también, a nivel europeo, español y catalán, ya sea como una situación jurídica subjetiva (derecho o interés legítimo colectivo) u objetiva (legalidad ambiental). El objetivo más importante de dicho Convenio es otorgar una protección real y efectiva al derecho humano al medio ambiente. Si bien este objetivo se ha plasmado en la legislación europea, española y catalana, es necesario y urgente un importante desarrollo normativo y jurisprudencial del mismo.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho humano al medio ambiente. Protección efectiva del derecho al medio ambiente. Acceso a la información ambiental. Participación pública ambiental. Acceso a la justicia ambiental.

**ABSTRACT:** The human right to environment acknowledged by the Aarhus Convention clarifies its acknowledgment also at european, spanish and catalan level either as a subjective legal situation (right or collective legitimate interest) or as objective (environmental legislation). The most important objective of the already said Convention is to confer a real and effective protection to the human right of environment. Even though this objective was enshrined in the european, spanish and catalan legislation, an important development in normative and case law is necessary and urgent.

**KEYWORDS:** Human right to environment. Effective protection of the right to environment. Access to environmental information. Environmental public participation. Access to environmental justice.



# La importancia de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Su eficacia en el proceso

M. Josune Pérez Estrada

**Sumario:** I. Presentación.—II. La relación entre la ejecutividad de los actos administrativos y la tutela judicial efectiva. II.1. Aproximación. II.2. La constitución de la tutela cautelar.—III. Origen y concepto de las medidas cautelares.—IV. Los presupuestos para adoptar las medidas cautelares. IV.1. Aspectos principales. Regulación. IV.2. Los presupuestos procesales para adoptar las medidas cautelares. IV.2.1. «Periculum in mora» o el peligro de mora procesal. IV.2.2. La ponderación de los intereses en conflicto. IV.2.3. Otros presupuestos para adoptar las medidas cautelares. IV.2.3.1. «Fumus boni iuris» o la apariencia de buen derecho. IV.2.3.2. El principio de no prejuzgar el fondo del recurso. IV.2.3.3. El principio de proporcionalidad. IV.3. Los presupuestos procesales para adoptar las medidas cautelares de régimen especial.—V. El proceso cautelar. V.1. Naturaleza jurídica. V.2. La competencia en el proceso cautelar. V.3. La legitimación en el proceso cautelar. V.4. La tramitación del proceso cautelar. V.4.1. La pieza separada de medidas cautelares. V.4.2. La audiencia a la parte contraria. V.4.3. La resolución del proceso cautelar. V.4.4. La modificación de las medidas cautelares. La cláusula «rebus sic stantibus».—VI. Conclusiones: las medidas cautelares contencioso-administrativas, garantes de la tutela judicial efectiva e instrumento procesal necesario para conseguir la eficiencia en el proceso.

## I. Presentación

Los privilegios de los que goza la administración son, aún hoy día, desmesurados. Los últimos acontecimientos económico-políticos-sociales dan buena muestra de ello y conducen a reflexionar sobre el control que, es necesario, se debe realizar a la actuación administrativa. Esta fiscalización no está sino fundamentada en las bases propias de un Estado Social y Democrático de Derecho. La actual realidad social obliga a avanzar en el terreno de la eficacia procesal, las herramientas procesales deben ser rápidas para proporcionar agilidad en la resolución del conflicto que el ciudadano mantiene con la administración. Esta necesaria eficacia cobra absoluta relevancia en el proceso contencioso-administrativo con el instrumento de la tutela cautelar. La justicia cautelar tiene incluso una trascendencia constitucional, se la considera parte del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE y su finalidad no es otra que la de garantizar una situación de igualdad de los ciudadanos frente a la administración.

En la práctica procesal de los últimos años el uso de las medidas cautelares ha crecido de manera exponencial. Este incremento es debido a la excesiva duración del proceso contencioso-administrativo, a la necesidad de asegurar la sentencia y su ejecución, que de otra manera resultaba imposible y al cambio normativo y jurisprudencial sobre la utilización de la medida cautelar necesaria y no sólo la medida cautelar de suspensión del acto administrativo.

En definitiva, la tutela cautelar constituye un límite al privilegio de la ejecutividad administrativa y permite someter esta prerrogativa a control judicial. Por ello la regla general de la ejecutividad se controla en cada caso concreto y la finalidad no es baladí sino que se trata de evitar la indefensión de los ciudadanos.

## II. La relación entre la ejecutividad de los actos administrativos y la tutela judicial efectiva

### II.1. Aproximación

La medida cautelar surge en el proceso contencioso-administrativo por la preocupación ante los privilegios que posee la administración, en especial el privilegio de la ejecutividad de los actos administrativos (1).

Este privilegio está basado en el art. 103.1 CE (2) que recoge el principio de eficacia que rige en la actuación administrativa. Como consecuencia de este principio los actos de la administración Pública son ejecutivos, es decir, de inmediato cumplimiento (art. 94 LRJPAC) (3). Esto supone que los actos administrativos producen efectos desde la fecha en la que se dictan (4). Por lo tanto, su impugnación, en vía administrativa o jurisdiccional, no suspende, de forma automática, la ejecución del acto.

Este privilegio de la ejecutividad si bien se establece para la defensa de los intereses generales debe ser compatible con la tutela judicial efectiva. Es necesario entenderlo así porque la existencia de una vía administrativa, previa a la judicial y la actual lentitud de los procesos contencioso-administrativos puede impedir que se cumpla lo que se ha juzgado, y, entonces, desaparecería la finalidad del recurso contencioso-administrativo.

El acto administrativo se comporta como un verdadero título ejecutivo. Y la administración está capacitada para ejecutar ese título ejecutivo, mientras no se anule judicialmente. En esta situación puede ocurrir que el acto esté totalmente

1 Vid. TESO GAMELA, Pilar en su libro *Medidas cautelares en la Justicia Administrativa*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2007, pp. 33 y ss.

2 Art. 103.1 CE: «La administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho».

3 Art. 94 LRJPAC: «Los actos de las administraciones públicas sujetos al derecho administrativo serán inmediatamente ejecutivos». Con las excepciones que este precepto establece en los arts. 111 (suspensión en vía administrativa) y 136 y 138.3 (es el caso de las resoluciones sancionadoras) y los casos en que una disposición establezca lo contrario.

4 Art. 57 LRJPAC.

ejecutado cuando se dicte la resolución judicial que pone fin al proceso. Entonces, la sentencia sería inútil porque no se puede cumplir lo que ha resuelto.

Esta situación se agrava en el proceso contencioso-administrativo porque, previamente, existe la vía administrativa. El recurso contencioso-administrativo sólo se puede interponer frente a los actos de la administración pública que pongan fin a la vía administrativa(5). Aunque también la administración puede adoptar medidas cautelares en el procedimiento administrativo(6) esta facultad queda en manos de una de las partes, de la propia administración pública.

PARADA VÁZQUEZ, José Ramón(7) señala que el acierto a la hora de adoptar las medidas cautelares es fundamental para el derecho material y para la propia utilidad de los procesos. Porque según aprecia CHINCHILLA MARÍN, Carmen(8) «...el principal obstáculo de la efectividad de la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos es el simple transcurso de tiempo».

No hay que olvidar, por otra parte, que la potestad jurisdiccional, que se establece en el art. 117.3 CE comprende dos funciones, la función de juzgar y la función de hacer ejecutar lo juzgado. Para que estas dos funciones se cumplan es necesario que, previamente, se tramite un proceso. Como la duración de la tramitación del proceso puede ocasionar dificultades en cuanto a la efectividad de la sentencia que se dicte es necesario utilizar las medidas cautelares para asegurar la ejecución del pronunciamiento judicial, esto es que la sentencia se cumple, que es, al final, lo que reclama el ciudadano.

## II.2. La constitucionalización de la tutela cautelar

El art. 24.1 CE recoge el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La tutela cautelar forma parte del contenido de ese derecho fundamental puesto que asegura la efectividad de la sentencia y, por lo tanto, consigue que la tutela que dispensan los jueces sea efectiva. La consecuencia de esto es que si no existieran las medidas cautelares la tutela judicial no tendría trascendencia práctica(9). La finalidad de las medidas cautelares es evitar que la resolución final quede vacía de contenido y, por lo tanto, se produzca una situación que vaya, incluso, en contra del fallo judicial o impida su ejecución.

La potestad para adoptar las medidas cautelares corresponde a los jueces y tribunales. Esta potestad es consecuencia del control jurisdiccional que ejercen los jueces y tribunales sobre la actividad administrativa(10); así lo recoge la doctrina del TC en las significativas sentencias de 14/1992, de 10 de febrero, y 238/1992, de 17 de diciembre. El TC mantiene que la adopción de medidas cautelares permite el control judicial

(5) Art. 25.1 LJCA.

(6) Arts. 111 y 138.3 LRJPAC.

(7) PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, en el prólogo al libro de CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*. Civitas. Madrid, 2004.

(8) CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1.998*, en *REDA*, núm. 100, 1998.

(9) *Vid.* TESO GAMELA, Pilar, *Medidas cautelares en la Justicia Administrativa...*, *op. cit.*, pp. 39 a 42.

(10) En virtud del art. 106.1 CE.

sobre la ejecutividad de los actos administrativos. Explica la relación entre el privilegio de autotutela que tiene la Administración y el carácter constitucional del mismo. La Constitución permite que la administración tenga la potestad de ejecutar sus actos para servir a los intereses generales, pero dicha potestad no es incompatible con la tutela cautelar porque el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface permitiendo que la ejecutividad administrativa se someta a un juez para que resuelva sobre la medida cautelar que se debe adoptar.

No obstante, el Tribunal Constitucional reconoce que aunque la prerrogativa de la ejecutividad de las actuaciones administrativas es conforme con la Constitución, «... en determinadas circunstancias, su ejercicio pudiera implicar, cuando el acto administrativo hubiera sido impugnado en vía jurisdiccional, una merma en la efectividad de la tutela judicial» (11).

### III. Origen y concepto de las medidas cautelares

El origen de la medida cautelar está relacionado con el proceso. Un proceso es una consecución de trámites, cuya finalidad es la de impartir justicia. Para poder realizar estos trámites del proceso es necesario el transcurso de un determinado período de tiempo. La duración de los trámites del proceso tiene que ser limitada; es decir no puede exceder más del tiempo necesario para realizarlos. Si se tarda más del tiempo necesario en realizar los trámites o en dictar sentencia se estaría impartiendo la justicia tarde, lo que se considera una forma de injusticia. Cuando se tarda en impartir justicia se provoca un gran malestar social y una falta de credibilidad en el sistema judicial y en la justicia, en general. Además, también hay que tener en cuenta, máxime en el momento social en que nos encontramos, que la tardanza en administrar justicia o, lo que es lo mismo, la falta de rapidez conlleva repercusiones negativas de tipo económico-social (12).

Lo que es indiscutible es que es necesario un determinado tiempo para desarrollar el proceso y, también, es necesario un tiempo para que el juez decida. Pero esta circunstancia no debe impedir que los jueces y tribunales otorguen una tutela efectiva sin que el transcurso del tiempo perjudique a quien se le otorga la razón (13). En definitiva, la duración del proceso contencioso-administrativo no puede convertir en inútil la decisión judicial que se dicte. Por el contrario, si el paso del tiempo perjudica la impartición de justicia, la función jurisdiccional consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado quedaría sin contenido.

La medida cautelar surge para conseguir rapidez procesal. La medida cautelar es, por lo tanto, un instrumento procesal que establece el ordenamiento jurídico para conseguir agilidad en el desarrollo del proceso y para lograr la tutela efectiva de los derechos e intereses litigiosos. La medida cautelar es absolutamente necesaria para evitar

(11) SSTC 202/2002, de 28 de octubre; 259/2007, 19 de diciembre.

(12) PARADA VÁZQUEZ, Ramón ha señalado que cuando la Justicia es lenta se convierte en una verdadera «estafa procesal», *Derecho Administrativo I*. Marcial Pons. Madrid, 1991, p. 676.

(13) Ya lo señalaba CHIOVENDA, Giuseppe en *Principios de Derecho procesal civil*. Reus. Madrid, 1977, en su ya clásica frase «la necesidad del proceso para obtener razón no puede convertirse en un daño para el que tiene la razón».



que se frustré la decisión que se dicta en el proceso. Si bien, es evidente que si la Justicia se otorgara de modo inmediato no sería necesaria la medida cautelar.

Tradicionalmente, los sistemas procesales han utilizado determinados medios para garantizar que la decisión definitiva sea eficaz. Para lo cual, se han creado procesos que se caracterizan por la sumariedad del conocimiento y la rapidez en la tramitación; con ellos se intenta evitar el desarrollo de largos y costosos procesos judiciales. Ejemplos de lo que acabamos de decir son el juicio de référé que se establece en Francia y los interdictos que lo hacen en el ordenamiento español. Estos procesos se regulan con la intención de evitar que la finalidad u objeto del proceso desaparezca, a causa de la duración de su tramitación. Además de la regulación, de manera general, de la medida cautelar en la ley procesal, en el ordenamiento jurídico español existen medidas cautelares reguladas en distintas normas sustantivas(14).

En cuanto a la definición de medida cautelar podemos decir que se trata de un instrumento procesal que adopta un juez o tribunal, a instancia de parte o de oficio, para asegurar que la tutela judicial, que se otorgue en una sentencia estimatoria, sea efectiva. Se trata de un sistema para garantizar la resolución judicial(15), para que lo que se juzga se pueda, posteriormente, ejecutar(16).

## IV. Los presupuestos para adoptar las medidas cautelares

### IV.1. Aspectos principales. Regulación

Las medidas cautelares se regulan en los arts. 129 a 136 LJCA. Al analizar esta regulación nos damos cuenta de que se establecen dos modos diferentes de tutela cautelar(17): A) las medidas cautelares de régimen común, que se refieren a los actos administrativos y disposiciones generales, cuyo presupuesto procesal es el «periculum in mora» (arts. 129 y 130 LJCA); y B) las medidas cautelares de régimen especial, para el caso en que la actuación impugnada es la inactividad administrativa o la vía de hecho y el presupuesto procesal para adoptarlas es el «fumus boni iuris» (art. 136 LJCA).

Además de este artículo, que hace referencia a la definición de las medidas cautelares que el legislador ha dado a las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa, conviene que nos detengamos en la definición que da

---

(14) Por ejemplo, es el caso de las siguientes leyes, que citamos a continuación: Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad y Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

(15) Ver el art. 129.1 LJCA.

(16) Art. 129.1 LJCA.

(17) CHINCHILLA MARÍN, Carmen. diferencia las medidas cautelares según pertenezcan al régimen común o al régimen especial. Las primeras encuentran su expresión en los arts. 129 y 130 de la LJCA, mientras que las segundas están reguladas en el art. 136. Así lo explica la autora la *op. cit. Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*.

BARONA VILAR (18). Mantiene esta autora que en algunas ocasiones la realización de proceso declarativo y la realización del proceso de ejecución no basta para que se alcance la satisfacción de las pretensiones que se han ejercitado en ellos, porque la duración, por otra parte necesaria; de estos procesos los puede convertir en ineficaces e incluso el sujeto pasivo puede utilizar la duración de los procesos para hacer inútil la resolución que, en su día, se dicte. Por lo tanto, la función cautelar sirve para garantizar el cumplimiento de las otras dos funciones; sirve para que se cumpla la función declarativa y la función ejecutiva.

El presupuesto de «peligro de la demora» del proceso principal se identifica con la necesidad de evitar que el recurso contencioso-administrativo pierda su finalidad, es decir, que la tutela judicial no sea efectiva. En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional la pérdida de esta utilidad no hace referencia a la duración del proceso, sino a los perjuicios que se derivan de la ejecución del acto o actuación administrativa que es objeto de impugnación y la dificultad para su reparación. Esta dificultad se identifica con el concepto de «irreparabilidad» o «irreversibilidad», esto es, con la imposibilidad de restituir el bien jurídico lesionado (19).

Las medidas del régimen especial se caracterizan por tener como presupuesto procesal para su adopción la «aparición de buen derecho» de la petición cautelar y se limitan a los casos en los que el recurso principal cuestione una omisión de un acto de la administración o una actuación material de la misma considerada como vía de hecho.

El legislador considera que, en estos casos, la ilegalidad en la que ha incurrido la administración es de tal magnitud que no merece el privilegio de la ejecutividad. Y, en consecuencia, establece para estos casos un régimen especial que consiste en permitir la actuación administrativa cuando ha habido omisión de un actuar por parte de la administración y en el segundo caso supone el cese inmediato de la «vía de hecho» en que incurre la administración.

La materia de medidas cautelares es básicamente materia casuística (20), por lo que la petición de la medida cautelar se resuelve atendiendo al caso concreto. El juez debe valorar los intereses que están en conflicto, esto es, si existe una posible pérdida de finalidad del recurso y si se afectan los intereses generales. Aunque el presupuesto de la valoración de los intereses en conflicto se ha criticado con dureza por la doctrina (21), para que se pueda adoptar las medidas cautelares se tienen que dar los dos presupuestos jurídicos que hemos mencionado, esto es, que la ejecución de la actuación administrativa haga que el recurso contencioso-administrativo pierda su finalidad legítima y, por

---

(18) BARONA VILAR, Silvia en la obra colectiva *Manual de Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*. Tirant lo Blanch, edición 20.<sup>a</sup>. Valencia 2012, pp. 669 a 670 y 675 a 676

(19) Podemos ver, al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de noviembre de 2002. En esta sentencia el Alto Tribunal considera que la ejecutoriedad de una decisión administrativa sólo se puede suspender en el caso de que se produzcan daños irreversibles, puesto que la actuación administrativa se sustenta en el interés general.

(20) Así lo contemplan las SSTS de 2 y 19 de junio de 2000.

(21) GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares*. Civitas. Madrid, 2000, sostiene que cualquier procedimiento es un conflicto y para resolverlo no se acude a valorar los intereses en conflicto sino a aplicar la norma; por lo que esta ponderación se puede convertir en arbitrariedad. Además, mantiene que si la tutela cautelar se fundamenta en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, no se puede oponer a la misma el interés general.

otra parte, que la adopción de las medidas cautelares no perturbe, gravemente, los intereses generales (22).

La finalidad que deben perseguir las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo es diferente respecto a las que se adoptan en otros órdenes jurisdiccionales como el civil. En el proceso contencioso-administrativo las medidas cautelares no sólo deben lograr la efectividad del pronunciamiento, sino compensar al ciudadano por los privilegios exorbitantes de los que goza la administración (23).

El cambio que impone la LJCA de 1998 lo encontramos en la forma en que se debe realizar la valoración de los intereses que entran en conflicto (24). Hay que interpretar la ejecutividad de los actos administrativos de acuerdo con los preceptos constitucionales y el tribunal tiene que valorar, en cada caso concreto, si el interés general exige la ejecutividad del acto; éste será el factor determinante en la adopción de las medidas cautelares. Para determinar si la ejecución del acto administrativo va a hacer perder al recurso su finalidad es necesario valorar tres elementos: la intensidad con la que el interés general demanda la ejecución del acto, la intensidad del daño que la ejecución causa al destinatario del mismo y la «apariencia de buen derecho» con que éste litiga. Como señala el Tribunal Supremo «cuando las exigencias de ejecución que el interés público presente sean tenues, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión. Por el contrario, cuando aquéllas exigencias sean de gran intensidad sólo perjuicios de muy elevada consideración podrán determinar la suspensión» (25).

La regulación de las medidas cautelares en vía administrativa es prácticamente idéntica a la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y no está en correlación con la regulación de las medidas cautelares de la actual LJCA. La LRJPAC sólo prevé una única medida cautelar, la suspensión del acto administrativo. Por lo tanto, a pesar de la jurisprudencia y la LJCA de 1998 el régimen de medidas cautelares en vía administrativa parece desconocer la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la materia y, más concretamente, la doctrina de la conocida STC 78/1996. El apartado primero del art. 111 LRJPAC establece que la interposición del recurso no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado. El legislador ha hecho caso omiso de la doctrina del Tribunal Constitucional en la regulación de la medida cautelar de suspensión en vía de recurso administrativo. De acuerdo con el Tribunal Constitucional la interposición del recurso administrativo, con solicitud de suspensión, sí produce la suspensión de la ejecución hasta en tanto el Tribunal decida sobre si cabe adoptar la medida cautelar.

Además, la LJCA de 1998 ha introducido una «cláusula abierta» de medidas cautelares. En realidad, se trata de atender la exigencia del derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva y de la propia naturaleza instrumental de las medidas cautelares. Por ello sorprende que en el proceso contencioso-administrativo se puedan

---

(22) La necesidad de que existan estos dos presupuestos procesales para adoptar las medidas cautelares se recoge en las recientes SSTs de 13 de junio y 21 de febrero de 2005.

(23) STS de 10 de noviembre de 2003.

(24) LEGUINA VILLA, Jesús y SÁNCHEZ MORON, Miguel en el capítulo correspondiente a las medidas cautelares del Libro colectivo *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. Lex Nova. Valladolid, 1999, p. 583.

(25) Entre muchos, ATS de 21 de enero de 1997.

solicitar y adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para garantizar la efectividad de la sentencia, incluidas las medidas cautelares positivas, y en el recurso administrativo solamente se pueda solicitar y adoptar, únicamente, la medida cautelar de la suspensión del acto administrativo.

Tampoco resulta coherente con la regulación de la LJCA de 1998 la norma que establece que cuando de la naturaleza de la suspensión se puedan derivar perjuicios de cualquier naturaleza, quien la solicita deberá prestar caución o garantía suficiente (art. 111.4 LRJPAC). Sin embargo, en la LJCA se adopta una fórmula más flexible en el art. 133.1 «Cuando de la naturaleza de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la presentación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos». Se utiliza la fórmula «podrá», no la de «tendrá» que exigirse caución o garantía, como ocurre en la LRJPAC.

En opinión de CHINCHILLA MARIN, Carmen (26) existe una falta de coherencia entre las leyes que regulan ciertas materias administrativas, porque la regulación prevista en materia de medidas cautelares para las reclamaciones económico-administrativas, y, más concretamente, para las sanciones tributarias no se extiende también a todas las sanciones de naturaleza pecuniaria. En las reclamaciones económico-administrativas la regla ha sido que la interposición de estas reclamaciones suspende la ejecución del acto administrativo (arts. 74 a 77 del RD 391/1996, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas). Este régimen especial de ejecutividad que tienen las liquidaciones tributarias en vía administrativa y que la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 6 de octubre de 1998 (27), ha declarado también aplicable a la vía jurisdiccional, pone de manifiesto que en estos supuestos el interés público no demanda la ejecución inmediata del acto administrativo y, por eso, no se le exige al demandante que demuestre la existencia de un daño.

Otra cuestión que sorprende (28) es que el art. 130 de la LJCA, que es el precepto que define los presupuestos de adopción de las medidas cautelares, haya omitido la referencia al presupuesto procesal «*fumus boni iuris*». Se trata de un criterio que el órgano judicial debe tener en cuenta para fundamentar su decisión, puesto que no podemos olvidar que la tutela cautelar es un instrumento al servicio de la efectividad de la tutela judicial. Lo cual significa que se adopta cuando es necesario preservar la efectividad judicial frente al peligro que para la misma puede implicar la demora del proceso. Mantiene la profesora CHINCHILLA MARIN, Carmen que el presupuesto procesal del «*periculum in mora*» está en relación con el «*fumus boni iuris*»; por lo que el «*fumus boni iuris*» debe-

---

(26) CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998...*, *op. cit.*

(27) Esta Sentencia fue dictada resolviendo un recurso de casación contra un Auto del Tribunal Superior de Justicia de Baleares que estimaba el recurso de súplica interpuesto contra el Auto que denegó la suspensión del acto recurrido (el asunto versaba sobre una liquidación tributaria).

(28) Así lo pone de manifiesto CHINCHILLA MARÍN, Carmen «Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», en *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-administrativa* Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2000, pp. 47 y ss.

ría haber sido mencionado explícitamente en el art. 130 LJCA cuando se definen los presupuestos de adopción de las medidas cautelares.

Finalmente, resta decir que se ha criticado la regulación actual de las medidas cautelares en la LJCA. Se le cuestiona que aunque el cambio ha sido grande respecto de la anterior LJCA de 1956, la novedad no es tanta si lo comparamos con las significativas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales en la materia (29).

## IV.2. Los presupuestos procesales para adoptar las medidas cautelares

### IV.2.1 «PERICULUM IN MORA» O EL PELIGRO DE MORA PROCESAL

Los arts. 129(30) y 130(31) LJCA establecen que el «peligro de mora procesal» es el presupuesto jurídico principal a la hora de adoptar una decisión judicial sobre las medidas cautelares. Se trata del peligro que surge por la duración del proceso. La medida cautelar se acordará cuando la ejecución del acto administrativo impida la futura ejecución de la sentencia. De esta manera lo establece el art. 130.1 LJCA cuando dice que la ejecución «pudiera hacer perder su finalidad al recurso».

Antes de la actual LJCA el requisito del «periculum in mora» se identificaba con la existencia de un daño imposible o difícil de reparar. En cambio, ahora la LJCA lo define como la pérdida de finalidad del recurso; por lo que la producción de daños o perjuicios imposibles de reparar es uno de los supuestos en el que se puede perder la finalidad del recurso, pero no el único (32).

El propio TS explica el significado de la expresión «pérdida de finalidad legítima del recurso» que utiliza la LJCA de 1998. Dice el TS que se trata de «asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil» (33). Si las resoluciones jurídicas no se pueden cumplir ni ejecutar serían sólo un ejercicio teórico pero sin eficacia jurídica. No obstante, el riesgo de que el recurso pierda su finalidad legítima debe de ser de tal naturaleza que impida que la sentencia sea efectiva; pues conviene que recordemos que la adopción de la medida cautelar tiene

---

(29) CHINCHILLA MARÍN, Carmen, «Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», en *Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2000, pp. 47 y ss.

(30) Este art. 129 LJCA sostiene en su apartado primero que «Los interesados podrán solicitar, en cualquier estado del proceso, la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia». Y en el apartado segundo se contiene que «Si se impugnare una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda».

(31) El art. 130.1 LJCA contiene lo siguiente: «Prevía valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso». El apartado segundo del mismo artículo dice así: «La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada».

(32) *Vid.* el ATS de 12 de julio de 2000.

(33) Podemos ver, al respecto, la STS de 20 de diciembre de 2004, en la que se define la expresión «pérdida de finalidad legítima del recurso».

carácter excepcional al régimen general de ejecutividad de los actos administrativos (34).

Si cuando hablamos de «finalidad legítima del recurso» lo que tenemos que entender es que la tutela judicial que se dispense sea efectiva, es decir, que lo que se ha juzgado se pueda cumplir, no podemos referirnos sólo a la duración del proceso, porque si no en todos los casos se adoptaría la medida cautelar; sino que el recurso pierde su finalidad cuando, mientras dura el proceso, surgen circunstancias que impiden que la sentencia sea efectiva (35).

Matizando este concepto CONDE MARTÍN DE HIJAS, Vicente (36) argumenta que la efectividad de la sentencia hay que referirla a su contenido específico y no a una idea genérica de posible ejecución por su equivalente. Con esta idea lo que pretende el autor es que la sentencia se cumpla respetando su contenido, sin que se otorgue una contraprestación económica equivalente.

#### IV.2.2. LA PONDERACIÓN DE LOS INTERESES EN CONFLICTO

Una vez se constata la existencia del presupuesto procesal del «periculum in mora» o peligro de mora procesal contenido en el art. 130.1 LJCA, es necesario entrar a valorar los intereses que entran en conflicto. Es este el otro presupuesto jurídico-legal que se exige para acordar una medida cautelar. La ponderación de los intereses en conflicto consiste en valorar todos los intereses que resultan afectados. Por lo tanto, hay que valorar el interés del recurrente, el interés de los terceros que sean o no parte del proceso y el interés general.

Dice la LJCA, en su art. 130.2, que la valoración de estos intereses se tiene que realizar de forma «circunstanciada». La Ley Jurisdiccional utiliza esta palabra para hacer referencia a las características que concurren en cada caso concreto (37); es decir, que habrá que examinar cada caso para poder valorar los intereses que entran en conflicto. Esta actividad intelectual a pesar de ser necesaria es difícil de llevar a cabo. El propio Tribunal Supremo reconoce la dificultad de ponderar los intereses de manera adecuada (38).

Parece que el art. 130.2 LJCA establece una prevalencia de los intereses generales o de tercero, en el caso de que la adopción de la medida cautelar pudiera ocasionar una «perturbación grave» para ellos. De esta manera el Tribunal Supremo ha reco-

---

(34) Así lo establece el ATS de 14 de octubre de 2004.

(35) Vid. la Sentencia del TS de 21 de febrero de 2005.

(36) CONDE MARTÍN DE HIJAS, Vicente, *Las medidas cautelares*, en el Libro colectivo «La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», Consejo General del Poder Judicial Estudios de Derecho Judicial, Madrid 1998.

(37) Vid. los Autos del TS de 21 de marzo y 25 de junio de 2001.

(38) El antes señalado Auto del TS de 21 de marzo reconoce que «... no siempre es fácil discernir el peso que ese interés general o de terceros ha de tener en la ponderación con los intereses privados y, en particular, aquél que pueda compararse, en términos de igualdad, con el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva». Y es el representante de la administración «...el obligado a suministrar y concretar ante el Tribunal Jurisdiccional los graves perjuicios que para esos intereses pudiera causar, en el caso concreto, la no ejecución inmediata del acto administrativo recurrido».

nocido la prevalencia del interés público en los casos en que se solicita que se adopte una medida cautelar cuando lo que se está impugnando es una disposición general(39). El Alto Tribunal declara que no se adoptará ninguna medida cautelar si se perturba gravemente el interés general o de tercero(40). Y en la conocida Sentencia de 20 de diciembre de 2004 señala que»... cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues, podrán bastar perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; mientras que, por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto».

Es necesario advertir que el art. 130.2 LJCA coloca, sorprendentemente, en el mismo plano los intereses generales y los de tercero. Por lo que se puede dar el caso de que los intereses de tercero aconsejen la denegación de la medida cautelar. Es decir, no es necesario que se perturbe el interés público; basta con que se perturben los intereses de un tercero para que se deniegue la medida cautelar.

#### IV.2.3. OTROS PRESUPUESTOS PROCESALES PARA ADOPTAR LAS MEDIDAS CAUTELARES

No obstante los criterios legales mencionados existen otros que la doctrina y la jurisprudencia aplican. Se trata del «*fumus boni iuris*» o apariencia de buen derecho y, el criterio de no prejuzgar el fondo del asunto.

En la práctica, en la solicitud de medidas cautelares se suele invocar el «*fumus boni iuris*» o apariencia de buen derecho(41). Aunque si atendemos a la Ley Jurisdiccional (art. 136 LJCA) nos encontramos con la singularidad de que este presupuesto sólo se aplica respecto de la inactividad o vía de hecho. Este art. 136 en su punto 1.º dispone que «En los supuestos de los arts. 29 y 30 la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada».

##### IV.2.3.1. «*Fumus boni iuris*» o la apariencia de buen derecho

Al analizar este criterio, el Juez tiene que valorar si existe una situación jurídica que merece protección. Pero esta valoración requiere una atención especial puesto que la tiene que realizar sin prejuzgar la resolución final que resuelve el proceso.

Se trata de un presupuesto jurisprudencial, lo introduce la Sala Tercera del Tribunal Supremo cuando aplica la LJCA de 1956. Con posterioridad este presupuesto se adopta por la vigente LJCA cuando se pretende adoptar medidas cautelares en los casos de inactividad por parte de la Administración o de vía de hecho (art. 136 LJCA). Parece que la intención del legislador es que esta doctrina del

---

(39) En el Auto del TS de 17 de julio de 2003 se expone esta consideración.

(40) Podemos ver al respecto la Sentencia del TS de 13 de marzo de 2005.

(41) En un principio este presupuesto de la «apariencia de buen derecho» se recogió en el Proyecto de la LJCA de 1998 como presupuesto legal para adoptar una medida cautelar, pero, luego, se suprimió en el texto definitivo.

«fumus boni iuris» no se aplique de forma general sino de manera aislada y como aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Disposición Final 1.ª de la LJCA) (42).

No obstante, el Tribunal Supremo, después de la entrada en vigor de la vigente LJCA, aplica la doctrina del «fumus boni iuris» en estos supuestos: cuando el acto adolece de un vicio de nulidad plena; cuando se ha dictado un acto administrativo al amparo de una disposición general que se ha declarado nula; cuando existen supuestos con un criterio jurisprudencial reiterado, pero que la administración no aplica.

Aunque el Tribunal Supremo también advierte que este criterio se tiene que aplicar con cierta prudencia, con el fin de evitar que se juzgue con antelación el fondo del asunto, que es el objeto del pleito principal. Dice el Tribunal Supremo que si se prejuzgara el fondo del asunto principal, se vulneraría el derecho fundamental que recoge el art. 24 CE, esto es, el derecho a que se celebre un proceso con las garantías debidas, es decir, respetando el principio de contradicción y práctica de la prueba (43).

En atención a lo que acabamos de exponer, el «fumus boni iuris» es, sin duda alguna, el requisito o condición más controvertido. MENÉNDEZ PÉREZ, Segundo (44) considera que este examen provisional que debe realizar el Juez constituye un riesgo, pero cree que para un Estado de Derecho siempre será más temible el riesgo de que el Derecho se conculque de manera irreversible. Según este autor (45) existen dos concepciones de «fumus boni iuris» o apariencia de buen derecho. Se trata de una acepción rigurosa, que consiste en que la pretensión principal de quien solicita las medidas cautelares tenga perspectivas de éxito; y otra, más amplia, que trata de que dicha pretensión no esté a primera vista desprovista de fundamento. Para este autor debe bastar esta segunda apreciación. Sin embargo, mantiene que el rigor en la adopción de las medidas cautelares deberá de incrementarse a medida que se incremente el grado en que la misma afecte a los intereses públicos o de terceros.

Por su parte la profesora CHINCHILLA MARÍN, Carmen (46) realiza una crítica a la falta de regulación de este criterio de la apariencia de buen derecho en la LJCA. Considera la autora que es «lamentable» que se omita este criterio en el art. 130

(42) La Ley de Enjuiciamiento Civil alude a la «apariencia de buen derecho» en su art. 728.2: «El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios».

(43) Podemos ver, al respecto de lo que acabamos de decir, el Auto del Tribunal Supremo de fecha 21 de septiembre de 2004.

(44) Vid. MENÉNDEZ PÉREZ, Segundo, «Jurisdicción Contencioso-administrativa» en *Derecho procesal. Cuadernos de Derecho Judicial*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 1998, p. 45.

(45) Vid. MENÉNDEZ PÉREZ, Segundo, en *Derecho procesal*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*. «Jurisdicción Contencioso-administrativa»..., *op. cit.*, p. 46.

(46) CHINCHILLA MARÍN, Carmen, «Los criterios de adopción de las medidas cautelares en la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», en la *op. cit. Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso-administrativa...*, pp. 21 y ss.



LJCA, porque la decisión de adoptar una medida cautelar es una decisión difícil y todos los elementos de juicio son necesarios para acertar con la decisión.

Entiendo que se debía de haber regulado en la LJCA de 1998 el presupuesto de apariencia de buen derecho o «*fumus boni iuris*» para adoptar las medidas cautelares, atendiendo, así, a los pronunciamientos de la jurisprudencia y, además, a la experiencia del Derecho Comunitario y al Derecho comparado (47).

#### ***IV.2.3.2. El principio de no prejuzgar el fondo del recurso***

La finalidad de las medidas cautelares no es otra que velar por la efectividad de la sentencia. Pero hay que tener cuidado con este concepto porque la finalidad no se puede confundir con el hecho de que se dicten resoluciones que anticipen el final del proceso, puesto que no es lícito prejuzgar.

Cuando el juzgador adopta la decisión cautelar lo hace en un momento inicial; se trata de un juicio provisional en el que tiene un conocimiento limitado de la cuestión que se suscita en el proceso (48). Aunque esto no significa que el demandante de las medidas cautelares tenga que probar que el perjuicio se producirá de modo inevitable. Basta con que acredite la probabilidad razonable de que se produzca el perjuicio si no se adopta la cautela. La apreciación del perjuicio y su valoración se debe relacionar con los derechos que están en litigio.

Si, por el contrario, lo que se hace es adelantar la resolución del recurso contencioso-administrativo se vulnera la tutela judicial efectiva o el derecho a un proceso con las garantías debidas, porque se está decidiendo el recurso antes de que se tramite y sustancie y, con ello, se está impidiendo o vulnerando los principios de contradicción y prueba de los hechos sobre los que las partes fundamentan su pretensión.

Cuando se alega que el recurso puede perder su finalidad legítima porque la ejecución del acto que se recurre ocasiona perjuicios irreparables, es necesario justificarlo. Se deben expresar los perjuicios o los daños que produce la ejecución del acto. Esta justificación permite al Juez que pueda tomar la decisión conveniente. Esta necesidad de justificar los daños y perjuicios que produce la ejecución del acto administrativo la declara la jurisprudencia en el Auto del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004 y en la Sentencia del mismo Alto Tribunal de fecha 11 de noviembre de 2003.

#### ***IV.2.3.3. El principio de proporcionalidad***

El principio de proporcionalidad exige que haya correspondencia entre la medida cautelar que se solicita y la finalidad de proteger la efectividad de la sentencia. En el Orden Civil la LEC no alude expresamente al principio de proporcionalidad

---

(47) Esta idea que reflexiona GIL IBÁÑEZ, Jose Luis, *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo (una visión práctica)*..., *op. cit.*, p. 4630 la comparto plenamente, puesto que considero que el presupuesto de apariencia de buen derecho de la cuestión principal es requisito necesario para poder adoptar las medidas cautelares. Y además, sin irnos más lejos, lo contempla la Ley de enjuiciamiento Civil en su art. 728.2.

(48) STC de 29 de abril de 1993 y la STS de 17 de julio de 2003.

pero el mismo se deduce de su regulación porque el art. 721.1 LEC habla de «medidas necesarias» y el art. 726.1.2.<sup>a</sup> LEC alude a las medidas «menos gravosas o perjudiciales para el demandado».

La LJCA tampoco menciona este principio a la hora de aplicar las medidas cautelares aunque sí lo hace cuando regula la figura de la contracautela (art. 133 LJCA). Cuando el principio de proporcionalidad se aplica a las medidas cautelares exige no sólo que la medida cautelar que se pide se justifique objetivamente, sino que sea la más adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión y la menos restrictiva del interés público y de terceros en atención a los principios de necesidad y de motivación, respectivamente, que se recogen en el art. 130 LJCA(49).

Por lo expuesto, el principio de proporcionalidad se aplica en el proceso contencioso-administrativo tanto por su regulación implícita como por aplicación supletoria de la LEC (50).

### **IV.3. Los presupuestos procesales para adoptar las medidas cautelares de régimen especial**

Cuando hablamos de medidas cautelares de régimen especial estamos aludiendo a los supuestos de inactividad de la administración o de vía de hecho. Estos supuestos los recoge la LJCA en los arts. 29 y 30 y se trata de los supuestos en los que la administración tiene que realizar una prestación a favor de alguna persona porque así se lo ordena una disposición general. En este caso, cuando la administración no realice la prestación ordenada (supuesto de inactividad) o realice una actuación indebida (supuesto de vía de hecho) se podrá adoptar la medida cautelar que se pide por la parte demandante.

De esta manera, el art. 136.1 LJCA establece que «En los supuestos de los arts. 29 y 30 (LJCA), la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará de forma circunstanciada». La redacción de este artículo nos revela que la regla general es la suspensión del acto administrativo, puesto que si nos encontramos ante un supuesto de inactividad o vía de hecho se adoptará la medida cautelar solicitada. En este caso la suspensión de la ejecución del acto se otorga de manera automática.

Además, el art. 136.2 LJCA permite adoptar las medidas cautelares antes de que se interponga el recurso contencioso-administrativo. Para lo cual se debe de acreditar que nos encontramos ante un caso de inactividad de la Administración o de vía de hecho. A sensu contrario, no se puede adoptar la medida cautelar si no se trata de un supuesto de inactividad o vía de hecho. En este caso tampoco procedería el propio recurso contencioso-administrativo, que se debería de declarar inadmisibile al amparo del art. 51.3 LJCA.

---

(49) Lo que acabo de exponer lo recoge la STS de 17 de junio de 2002. Esta sentencia la recoge GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Vicente, SALA SÁNCHEZ, Pascual, *Derecho Procesal Administrativo*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 2004, p. 238.

(50) Así lo establece la STS de 14 de octubre de 2004.

Existe otro límite que establece el art. 136 LJCA a la hora de adoptar la medida cautelar y es que se cause una perturbación grave a los intereses generales o de tercero. La diferencia respecto del límite establecido con carácter general para la adopción de las medidas cautelares, en relación con los actos administrativos y disposiciones generales, es que el art. 130.2 LJCA utiliza el verbo «podrá» (51). Por lo tanto, en este caso la medida cautelar se puede adoptar incluso si existe perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

Efectivamente, comprobamos que el régimen de medidas cautelares es diferente según se trate del sistema general que se contempla en el art. 129 LJCA o si se trata del sistema especial del art. 136 LJCA. En el primero lo que importa es garantizar la efectividad de la sentencia (es decir, que la sentencia que se dicte se pueda cumplir) para que no se frustre la finalidad del recurso («periculum in mora») y en el segundo sistema lo que se exige es que se den los requisitos que se contienen en los arts. 29 y 30 LJCA («fumus boni iuris»).

Vemos que las principales diferencias entre ambos sistemas, general y especial, las encontramos en los presupuestos procesales que se establecen para adoptar las medidas cautelares y también, en la posibilidad de que se soliciten y adopten antes de iniciar el proceso contencioso-administrativo. Parece que los supuestos de inactividad o vía de hecho tienen reforzada la tutela cautelar no sólo con la automaticidad de sus adopción, sino también con la posibilidad de que se soliciten antes del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo. De esta manera podemos entender que el legislador considera que la supuesta ilegalidad en la que incurre la administración es tal que no merece la prerrogativa de la ejecutividad.

La pregunta es si no hubiera sido más oportuno establecer un régimen jurídico único y común para todas las medidas cautelares y dejar a los órganos judiciales el establecer las diferencias que las circunstancias del recurso jurisdiccional reclamen en cada caso.

## V. El proceso cautelar

### V.1. Naturaleza jurídica

Se trata de un proceso de naturaleza instrumental y accesorio de un proceso principal. Su tramitación se contiene en el art. 131 LJCA. Esta disposición establece que el proceso cautelar se sustancia en pieza separada del procedimiento principal. De acuerdo con el art. 129.1 LJCA se trata de un proceso cuyo objeto es garantizar la efectividad de la sentencia que se dicte, para lo cual se adoptaran las medidas cautelares que correspondan (52).

---

(51) El art. 130.2 LJCA de 1998 dispone que «La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el juez o tribunal ponderará en forma circunstanciada»

(52) Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, op. cit., p. 542. También, MESTRE DELGADO, Juan Francisco, «Comentario al art. 131 LJCA», en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998* en REDA, núm. 100, 1998, pp. 876 y 877.

Esta naturaleza accesoria del proceso principal se confirma en los supuestos de inactividad o vía de hecho en los que se pueden solicitar medidas cautelares antes de interponer el recurso contencioso-administrativo, pero la vigencia de las mismas se condiciona a la interposición del mismo. Por lo que si no se interpone el recurso se deberán indemnizar los daños y perjuicios que haya ocasionado la adopción de las medidas cautelares.

## V.2. La competencia en el proceso cautelar

El órgano jurisdiccional que tiene competencia para conocer de la solicitud de las medidas cautelares es aquél que conoce del proceso principal. El art. 7.1 LJCA establece que, de forma general, los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de un asunto también lo son para conocer de todas sus incidencias. Si las medidas cautelares se solicitan en segunda instancia la competencia la tienen los órganos jurisdiccionales de segunda instancia, esto es, las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional y si se solicitan en el recurso de casación, la competencia la tiene el Tribunal Supremo.

Cuando lo que se solicita es que se adopten medidas cautelares antes de que comience el proceso principal, el solicitante tiene que acudir al órgano jurisdiccional que será competente para conocer el proceso principal. Puede ocurrir, en los casos en los que exista urgencia, que se adopte la decisión cautelar con carácter provisional por otro órgano diferente, en prevención de lo que posteriormente resuelva el órgano jurisdiccional al que se le atribuya la competencia(53). Se trata de los supuestos en los que si se retrasa la resolución de las medidas cautelares se puede perder la efectividad de la sentencia.

## V.3. La legitimación en el proceso cautelar

Las medidas cautelares se deben acordar a instancia de parte, por lo que el juez o tribunal no tiene potestad para acordarlas de oficio (art. 129.1 LJCA)(54), puesto que en el proceso contencioso-administrativo rige el «principio dispositivo» o «principio de justicia rogada», igual que ocurre en el proceso civil.

La LJCA de 1998 recoge que están legitimados para solicitar las medidas cautelares «los interesados» y no menciona a los «actores» o «demandantes». Aunque se ha criticado la utilización de este concepto, se puede justificar en la posibilidad de que la solicitud de medidas cautelares se puede realizar en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo o incluso antes de presentar este escrito (art. 136.2

---

(53) Esto lo establece el art. 725.2 LEC: «En los casos a que se refiere el apartado anterior, si el tribunal se considerara territorialmente incompetente, podrá, no obstante, cuando las circunstancias del caso lo aconsejaren, ordenar en prevención aquellas medidas cautelares que resulten más urgentes, remitiendo posteriormente los autos al Tribunal que resulte competente».

(54) En cambio, en los recursos administrativos, el órgano administrativo que es competente para resolver el recurso puede acordar de oficio la suspensión de la ejecutividad del acto recurrido (art. 111.2 LRJPAC). En el caso del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional también puede acordar de oficio la suspensión del acto que se ha recurrido (art. 56.1 LOTC).

LJCA). Comparto la idea del autor GIL IBÁÑEZ, Jose Luis sobre que los «interesados» no pueden ser otros que los que están «legitimados» para poder ser parte en el proceso contencioso-administrativo (art. 19 LJCA), incluida la propia administración (55).

La cuestión de la legitimación no se puede plantear en la pieza de medidas cautelares. Si se aprecia falta de legitimación, se debe cuestionar, con carácter previo, en el proceso principal y dejar en suspenso la resolución de la pieza cautelar. Es decir, si la administración o alguno de los codemandados alega falta de legitimación del solicitante de las medidas cautelares, la cuestión se debe resolver en el proceso principal, conforme lo establece el art. 51 LJCA (56).

En los litigios entre administraciones públicas, la adopción de las medidas cautelares tiene los mismos presupuestos, requisitos y efectos que cuando las solicitan los ciudadanos. Únicamente se les exige el presupuesto del requerimiento previo para poder interponer el recurso. En materia de medidas cautelares se da la peculiaridad de que tanto la administración demandante como la demandada tienen la obligación de defender el interés público (57).

#### V.4. La tramitación del proceso cautelar

##### V.4.1. LA PIEZA SEPARADA DE MEDIDAS CAUTELARES

El proceso cautelar se inicia una vez que se han solicitado las medidas cautelares. Se tramita en pieza separada del proceso principal y no suspende el curso de éste (arts. 131 y 137 LJCA) (58). En la pieza separada de medidas cautelares y una vez que se da audiencia a la parte contraria el incidente se resuelve por medio de Auto (59). Si bien la pieza separada de medidas cautelares no se tramita de forma preferente, puesto que sólo tienen tramitación preferente los recursos directos contra disposiciones generales (60) y los recursos del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de

---

(55) GIL IBÁÑEZ, Jose Luis critica la utilización del término «interesados» y considera que la referencia se debe entender hecha a quien se constituye como parte procesal, en su obra *Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Una visión práctica*, Ed. Colex, Madrid 2001 p. 4633.

(56) GIL IBÁÑEZ, Jose Luis, *Las medidas cautelares en el proceso...*, op. cit. p. 4633.

(57) A este respecto, en un supuesto de licencia de construcción de apartamentos turísticos, el TS en su sentencia de 7 de abril de 2004 manifestaba que sólo una de las Administraciones tenía el interés general.

(58) El art. 128.3 LJCA habla de «incidente de suspensión o de adopción de otras medidas cautelares» y, por lo tanto, CHINCHILLA MARÍN, Carmen entiende que la LJCA trata la petición de medidas cautelares como si se tratara de dos procedimientos distintos (CHINCHILLA MARÍN, Carmen, «La regulación de las medidas cautelares» en *Justicia Administrativa* núm. Extraordinario, 1999, p. 869, nota 15). A pesar de esta apreciación considero que la LJCA se refiere a un único procedimiento incidental en el que se puede acordar la suspensión u otras medidas cautelares. Lo que pasa es que el legislador señala la que ha sido, y está siendo, la medida cautelar más comúnmente utilizada en el proceso contencioso-administrativo, cual es, la suspensión de la ejecutividad del acto impugnado.

El art. 128.3 LJCA no es el único supuesto en que la LJCA se refiere a la medida cautelar de la suspensión. También lo hace el art. 87.1 b) LJCA cuando hace referencia al recurso de casación.

(59) El art. 131 LJCA dispone que «El incidente cautelar se sustanciará en pieza separada, con audiencia de la parte contraria, en el plazo que no excederá de diez días, y será resuelto por auto dentro de los cinco días siguientes».

(60) Art. 66 LJCA.

la persona(61). Cuando la LJCA está haciendo alusión a la expresión «pieza separada» lo que se está es refiriendo al conjunto de actuaciones independientes del proceso principal. A la pieza separada se unen los documentos que presentan las partes y las resoluciones que se dicten atinentes a las medidas cautelares solicitadas(62)

La tramitación del proceso de medidas cautelares es sencilla. En el plazo de diez días se da, de modo preceptivo, trámite de audiencia a la parte contraria.

#### V.4.2. LA AUDIENCIA A LA PARTE CONTRARIA

Después de que se ha presentado la solicitud de medidas cautelares se acuerda iniciar la pieza separada de medidas cautelares. Posteriormente, se le da traslado a la parte contraria por un plazo de diez días. También se emplaza y da audiencia al titular de los derechos o intereses legítimos que puedan resultar afectados por la resolución que se dicte, para evitar que se produzca indefensión a causa de la resolución del proceso cautelar (63).

La notificación de la celebración de la audiencia a la administración demandada se debe hacer a través de su representante legal. Pero, en estos casos, como la administración demandada aún no ha comparecido, la notificación de la celebración de la audiencia se realiza al órgano autor del acto(64). La administración se persona en el momento en el que remite al órgano jurisdiccional el expediente administrativo (65).

La regulación del proceso de medidas cautelares en la actual LJCA es muy escueta. El art. 131 LJCA no dice nada sobre la prueba por lo que surge la duda sobre si se puede plantear en el proceso cautelar. Para resolver este problema aplicaremos de forma supletoria la LEC(66). De esta manera y fijándonos en el art. 734.2 LEC, éste admite la práctica de la prueba en la vista que tiene lugar en la sustanciación del proceso cautelar. En la práctica nos encontramos que, en ocasiones, no es frecuente acordar el recibimiento a prueba en la pieza separada debido a la importancia que tiene la rapidez en la tutela cautelar; en otras ocasiones lo que ocurre es que no se discuten los hechos de la pretensión cautelar y otras veces, el expediente administrativo ya contiene los hechos para poder adoptar las medidas cautelares sin necesidad de practicar prueba alguna.

#### V.4.3. LA RESOLUCIÓN DEL PROCESO CAUTELAR

La resolución de la solicitud de medidas cautelares se tiene que dictar en el plazo de los cinco días siguientes al que se ha evacuado el trámite de audiencia. La solicitud de medidas cautelares adopta la forma de Auto y, por lo tanto, dicha resolución tiene

---

(61) Art. 114 LJCA.

(62) Así lo define TESO GAMELLA, Pilar, *Medidas cautelares en la Justicia Administrativa...*, op. cit., p. 143.

(63) Art. 21.1 b) LJCA.

(64) Art. 131 LJCA.

(65) Art. 50.2 LJCA.

(66) Por mor de la Disposición Final Primera de la vigente LJCA.

que motivarse(67); es decir, tiene que expresar la razones por las que se adoptan o deniegan las medidas cautelares. En lo que se refiere a la motivación y al igual que ocurre con el resto de resoluciones que se adoptan en los diferentes procesos, la misma no puede ser genérica, aunque tampoco es preciso que sea pormenorizada(68). En ocasiones, el TS ha anulado por falta de motivación Autos que resolvían medidas cautelares porque recogían la doctrina general sobre las medidas cautelares, pero sin aplicarla al caso concreto y no se explicaban las razones por las que se adoptaba la decisión cautelar(69).

La resolución cautelar debe ser congruente, es decir, no puede contener unas medidas cautelares que las partes no han pedido. Sólo existe un supuesto en el que se puede acordar una medida cautelar que no haya solicitado la parte y es acudir al planteamiento de la tesis que recoge el art. 33.2 LJCA. Este artículo establece que «Si el juez o tribunal, al dictar sentencia, estimare que la cuestión sometida a su conocimiento pudiera no haber sido apreciada debidamente por las partes, por existir en apariencia otros motivos susceptibles de fundar el recurso o la oposición, lo someterá a aquéllas mediante providencia en que, advirtiendo que no se prejuzga el fallo definitivo, lo expondrá y concederá a los interesados un plazo común de diez días para que formulen las alegaciones que estimen oportunas, con suspensión del plazo para pronunciar el fallo...»

Una vez que se ha dictado el Auto que resuelve la adopción de las medidas cautelares se comunica al órgano administrativo para que proceda a su cumplimiento, a través de los trámites previstos para la ejecución de las sentencias (art. 134.1 LJCA).

Si la medida cautelar que se ha adoptado consiste en suspender la vigencia de los preceptos impugnados de una disposición general, o de un acto administrativo que afecte a una pluralidad indeterminada de personas, el órgano jurisdiccional ordenará que se publique el Auto que acuerda la suspensión en los diarios oficiales en los que se hubiera publicado la disposición general o el acto recurrido (art. 134.2 LJCA)(70).

#### V.4.4. LA MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. LA CLÁUSULA «REBUS SIC STANTIBUS»

Mediante la cláusula «rebus sic stantibus» las medidas cautelares que se hayan adoptado en un determinado proceso se pueden modificar o, incluso, revocar, siempre que exista un cambio de circunstancias o desaparezcan los presupuestos y requisitos que justifican su adopción.

Conviene que recordemos que la decisión cautelar es una decisión sumaria, esto es, que el juez la adopta con un conocimiento limitado del asunto y, por lo tanto,

---

(67) Art. 131 LJCA.

(68) Así lo expresa la conocida doctrina sobre la motivación de las resoluciones en sentencias del TS 175/92 y 122/94.

(69) Ver la STS de 11 de diciembre de 2001.

(70) Aunque la LJCA no diga nada LOSADA GONZÁLEZ, Herminio, *Tratado de Derecho Administrativo Vol. I. Parte general*. Ed. Tecnos. Madrid, 2005, p. 459 entiende que se puede acordar la publicación del Auto, aplicando analógicamente el art. 107.1 LJCA, en periódicos privados, a petición del interesado y a su costa, si el órgano jurisdiccional considera que se acredita la existencia de interés público que lo justifique.

esta decisión se podrá modificar para el caso en que cambien las circunstancias. También es preciso señalar, como lo hace la jurisprudencia del TS (71), que las medidas cautelares no producen efectos de cosa juzgada, se pueden adoptar a lo largo de todo el proceso y, como consecuencia de su provisionalidad, se pueden modificar o suprimir.

La cláusula «rebus sic stantibus» se reconoce en todos los ordenamientos jurídicos europeos. En Alemania el juez del asunto principal puede modificar o revocar las resoluciones de las medidas cautelares sobre la suspensión de la ejecutividad del acto administrativo; también los interesados tienen la facultad de pedir que se modifiquen o revoquen si se han modificado las circunstancias que dieron lugar a su adopción. En Francia, el juez del «référé» puede, a instancia del interesado, modificar o revocar las medidas cautelares si aparece un elemento nuevo (72).

Nuestro ordenamiento jurídico recoge esta cláusula en el art. 132.1 de la vigente LJCA que expresa que las medidas cautelares «... podrán ser modificadas o revocadas durante el curso del procedimiento si cambiaran las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran adoptado». No obstante, el apartado segundo del mismo artículo recuerda que «no podrán modificarse o revocarse las medidas cautelares en razón de los distintos avances que se vayan haciendo durante el proceso respecto al análisis de las cuestiones formales o de fondo que configuren el debate, y tampoco, en razón de la modificación de los criterios de valoración que el Juez o tribunal aplicó a los hechos al decidir el incidente cautelar». La redacción de este apartado deja claro que el juicio inicial de las medidas cautelares no se puede modificar en función de la aplicación del «fumus boni iuris» o apariencia de buen derecho. Es decir, aunque aumente el conocimiento que tenga el órgano jurisdiccional sobre la cuestión principal no se pueden modificar las medidas cautelares adoptadas.

La doctrina ha criticado la «incomunicabilidad» entre los dos procesos: el de medidas cautelares y el proceso principal; sobre todo, si se tiene en cuenta el carácter instrumental de la pieza de medidas cautelares. Además, una vez que se han realizado algunos trámites en el proceso principal se puede adoptar una decisión más adecuada sobre la tutela cautelar que al inicio del proceso (73). En el caso de que se haya solicitado una medida cautelar y se haya denegado, el avance en el proceso permite que se vuelva a pedir, y, en su caso, conceder. De esta manera, el cambio de circunstancias a que alude el art. 132.1 LJCA ha de referirse exclusivamente a cuestiones fácticas y no a las jurídicas.

En cuanto a la legitimación para solicitar que se aplique esta cláusula («rebus sic stantibus») la actual LJCA no dice nada, pero si aplicamos de forma analógica lo que la misma establece sobre la legitimación para solicitar las medidas cautelares diremos que dicha legitimación la tienen «los interesados». Aunque lo habitual es que la intro-

---

(71) Por todas, *vid.* la STS de 7 de marzo de 2003.

(72) TESO GAMELLA, Pilar recoge estos ejemplos de los ordenamientos europeos en su libro *Medidas cautelares en la Justicia Administrativa...*, *op. cit.*, p. 150.

(73) Opinión de TESO GAMELLA, Pilar que comparto, *Medidas cautelares en la Justicia Administrativa...*, *op. cit.*, p. 151.



ducción de los nuevos hechos la efectúe la parte interesada la jurisprudencia admite que la modificación, también, se produzca de oficio (74).

## **VI. Conclusiones: las medidas cautelares contencioso-administrativas, garantes de la tutela judicial efectiva e instrumento procesal necesario para conseguir la eficiencia en el proceso**

El papel del juez en el orden contencioso-administrativo es fundamental, incluso podríamos decir que implica una doble garantía, dado que no solamente dirime el conflicto existente entre las partes sino que sirve para equilibrar las relaciones entre el poder (administración) y los ciudadanos. Esta jurisdicción debe actuar como garante de la libertad. La utilización de las medidas cautelares contencioso-administrativas debe entenderse como instrumento procesal de aplicación general a emplear siempre que sea necesario y no como medidas excepcionales de utilización aislada. Precisamente uno de los fundamentos que legitiman la existencia de las medidas cautelares reside en la lentitud en la resolución de las cuestiones litigiosas, más grave en esta jurisdicción por el privilegio de ejecutividad de los actos administrativos, lo cual efectivamente conculca el mandato constitucional del art. 24.2 que proclama para los ciudadanos un proceso sin dilaciones indebidas.

Este instrumento procesal está pensado para dar agilidad al proceso contencioso-administrativo; la lentitud del sistema convierte a la justicia en mala o ineficaz y a ello se une, en esta jurisdicción, el privilegio que tiene la administración de ejecutar sus propios actos administrativos. Es evidente que es necesario conjugar éste con el respeto al derecho de los ciudadanos. Efectivamente, la ejecución del acto administrativo puede conllevar que el derecho del ciudadano se vacíe de contenido; frente a ello deben actuar las medidas cautelares protegiendo el objeto del proceso para asegurar su resultado final, i.e., la sentencia definitiva.

Aunque la regulación de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo es generosa puesto que el legislador dota a esta institución de la mayor configuración posible incluida la posibilidad de adopción de medidas cautelares positivas, lo cierto es que su aplicación judicial es, a veces, estereotipada, a veces, escasa o poco creativa. Se utiliza demasiado la suspensión del acto administrativo, la única medida cautelar posible en la legislación anterior, quizá por el volumen de trabajo que acarrear los juzgados o quizá por la formación iuspositivista de los órganos jurisdiccionales, a quienes se les exige una resolución rápida del conflicto, con lo que se falla a la hora de utilizar el método de ponderación de los intereses. Como contrapartida a lo expuesto y en lo que se refiere a su adopción hemos de decir que, en ocasiones, el problema lo encontramos en la petición, pues la parte no alega el «interés legítimo» a proteger o la prueba del mismo resulta insuficiente. No obstante, en este caso quizá debiéramos plantearnos si el escaso interés de la motivación de la petición cautelar viene condicionada por la aplicación práctica de las mismas.

---

(74) Vid. ATS de 18 de mayo de 1993.

Sólo un tratamiento eficaz de los instrumentos procesales consigue una tutela judicial efectiva. Y sólo una aplicación eficiente de las medidas cautelares logra reducir el tiempo de duración del proceso, puesto que las partes, en muchos supuestos, se verán abocadas a buscar una solución negociada al conflicto. Por lo expuesto, podemos concluir que este instrumento procesal de las medidas cautelares resulta productivo, sino a corto, a medio plazo, brindándole, así, al ciudadano la oportunidad de una justicia rápida y eficaz.

Trabajo recibido el 26 de marzo de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Administrazioarekiko auzien prozesuko kautelazko justizia aztertzen da. Azken urteotan izan duen hazkundera eta haren oinarri konstituzionala azaltzen dira. Kautelazko tutoretzak jurisdikzio honetan duen tratamendu berezia aztertzen da, administrazioaren auto-tutoretza exekutiboaren pribilegioaren muga gisa erabiltzen baita. Gure tresna prozesalak hobetzea eta herritarrei benetako justizia bat eskaintza da xedea, tutoretza judicial eraginkorrerako oinarrizko eskubidetik hurbilago.

**HITZ GAKOAK:** Kautelazko tutoretza, administrazioarekiko auzien prozesua, kautelazko neurriak, administrazioaren auto-tutoretza exekutiboa, tutoretza judicial eraginkorra.

**RESUMEN:** Se analiza la justicia cautelar en el proceso contencioso-administrativo. Se explica su crecimiento en los últimos años y su fundamento constitucional. Se aborda el tratamiento especial que tiene la tutela cautelar en esta jurisdicción como límite del privilegio de la autotutela ejecutiva de la administración. Se trata de ayudar a mejorar nuestros instrumentos procesales y acercar al ciudadano a una justicia real, más cerca del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

**PALABRAS CLAVE:** Justicia cautelar, proceso contencioso-administrativo, medidas cautelares, autotutela ejecutiva de la administración, tutela judicial efectiva.

**ABSTRACT:** Precautionary justice within the administrative contentious procedure is analyzed. Its last years' development and its constitutional foundations are explained. It deals with the special approach given to precautionary protection within this jurisdiction as a limit to the privilege of executive self-protection owned by the Administration. It purports to promote our procedural tools and to make real justice closer to the citizen, closer to the fundamental right to effective judicial protection.

**KEYWORDS:** Precautionary justice, Administrative contentious procedure. Interim measures, Executive self-protection by the Administration. Effective judicial protection



# Obras complementarias e instalaciones accesorias en la zona de servidumbre de protección

Juan Francisco Pérez Gálvez(1)(2)

**Sumario:** I. Costas y servidumbre de protección: la ausencia de un modelo consensuado.—II. La Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de Costas: luces y sombras.—III. El proyecto de reglamento de la Ley de Costas.—IV. Obras complementarias e instalaciones accesorias.

## I. Costas y servidumbre de protección: la ausencia de un modelo consensuado

Las leyes del suelo de 1956 y 1975, no prestaron atención preferente al litoral. La Ley 197/1963, de centros y zonas de interés turístico nacional tuvo un efecto devastador sobre la costa. La Ley de Costas de 1969 no abordó su posible conexión material con la planificación urbanística. La doctrina ha manifestado en más de una ocasión la distorsión existente entre la protección del ámbito de la Ley de Costas, y los intereses de las Corporaciones Locales:

«Así por ejemplo, R.R. Fernández Rodríguez (1992, p. 392) nos dice que “hay que reconocer también que el Gobierno, la Administración del Estado, tiene razón, en función de la experiencia pasada, para desconfiar, como desconfía la Ley, de las autoridades locales y de la técnica del planeamiento como técnica de ordenación del espacio litoral”; I. Bilbao Eizagirre (1993, p. 265) ha expresado que “los Ayuntamientos no se han distinguido, como el resto de las administraciones públicas, en los últimos años, en la defensa del litoral, aunque ahora algunos se rasgan las vestiduras en publicaciones especializadas, del ámbito especial local”; A. Menéndez Rexach (2004, p. 1122) llama la atención sobre la pretensión de clasificar la rivera del mar como suelo urbano, que en ocasiones han hecho valer las Administraciones urbanísticas. [...]. Más recientemente,

---

(1) En recuerdo y homenaje al prof. Demetrio Loperena Rota, con afecto y admiración.

(2) Este trabajo ha sido elaborado en el seno del proyecto de investigación: PO9-SEJ-4770-Ordenación y gestión integradas del litoral de Andalucía, proyecto de investigación de excelencia de la Junta de Andalucía, dirigido por la profesora María del Carmen Núñez Lozano. Este artículo ha sido elaborado en el seno del Campus de Excelencia Internacional del Mar-CEIMAR (Universidad de Almería).

las *Directrices para el tratamiento del borde costero* (2008, p. 8) han reconocido que la mayor parte de los planes urbanísticos en la costa se han conformado con aceptar más o menos resignadamente y de forma indefinida el régimen de fuera de ordenación de las fachadas litorales urbanas, sin acometer soluciones conjuntas (de la Administración General del Estado, de la Comunidad Autónoma y del municipio) para mejorar las características de los espacios afectados» (3).

Dicho de otro modo, la paz social, no ha llegado a este entorno tan sensible y vulnerable. Además, se hecha en falta la participación de los ciudadanos. La vía ideal sería la actuación caso por caso, propiciando que los vicios generados se reconvirtan en virtud, y el planeamiento, sea un arma eficaz que permita no comprometer más las costas españolas, y resolver la situación de todos aquellos inmuebles declarados fuera de ordenación.

La Administración está obligada a armonizar la protección del medio ambiente con el desarrollo. Y lo tiene que hacer, de un modo que posibilite el encaje jerárquico en tramos sensibles de la costa, actuando de modo puntual y artesano, si fuese posible, pero sin desvirtuar los valores que la ley matriz está obligada a proteger. No existe sintonía entre una práctica administrativa proclive a la promoción de nuevas actuaciones urbanísticas en el entorno inmediato del dominio público marítimo-terrestre y la legalidad de dichas actuaciones (SAN de 3 de noviembre del 2000, F.J. 8): «[...] Las dos certificaciones emitidas por el Ayuntamiento de [...] sobre la situación urbanística de los terrenos según la normativa urbanística vigente cuando entró en vigor la Ley 22/88 se refieren a su calificación como residencial, pero guardan un significativo silencio sobre la clasificación urbanística de tales terrenos siendo así que éste es el dato primordial [...]. Por lo demás, resulta inverosímil que a tales terrenos pudiese corresponder entonces la consideración de suelo urbano, pues, dado el carácter reglado propio de esta clase de suelo, si hubiesen reunido realmente a mediados de 1988 las características propias del suelo urbano no podrían haber sido clasificados luego como suelo no urbanizable en las Normas Subsidiarias de Planeamiento Municipal aprobadas en 1990 por la Diputación Foral de Vizcaya. Y de esta ulterior clasificación como suelo urbanizable si hay cumplida constancia en virtud de certificación emitida con fecha 25/09/1998 por el propio Ayuntamiento [...]». La sostenibilidad de los recursos naturales es más compleja cuanto más presionado o escaso sean los sometidos a transformación, aprovechamiento o utilización.

La presión sobre el litoral es muy elevada, y a lo largo del tiempo ha ido desarrollándose la noción de que no sólo mantener lo núcleos existentes, sino ampliarlos, era una opción que, llegado su momento, se podría imponer. Las valoraciones son múltiples, pero deseo destacar una especialmente cualificada:

«Al referirse a las tensiones a que está sometido el litoral por la necesidad de conciliar las exigencias de su protección con la presión urbanística orientada a su ocupación indiscriminada, la autora afirma en la Introducción que "A grandes rasgos, la partida la ha ganado, sobre el tablero

(3) Vid. María del Carmen NUÑEZ LOZANO, *Legislación de costas y planificación urbanística*, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2009, p. 248, nota 390.

normativo, la tutela ambiental; sin embargo, el campo de batalla, la realidad de la costa, revela la victoria de los intereses económicos de todo tipo". Esto equivale a decir que la legislación de costas es proteccionista, pero que su eficacia ha sido bastante más limitada de lo que hubiera sido deseable. Si interpreto bien a la autora, ese resultado responde a una doble causa: a) la potencialidad del articulado de la LC se neutralizó en buena medida con las Transitorias 3.<sup>a</sup> y 4.<sup>a</sup> que mantuvieron el *statu quo*, renunciando a aplicar las disposiciones legales a las zonas del litoral ya urbanizadas; b) la falta de colaboración de las Administraciones urbanísticas que han mirado para otro lado, cuando no han obstaculizado abiertamente la aplicación de la Ley. Quien suscribe este prólogo comparte plenamente este diagnóstico, con la obligada puntualización de que sólo a él es imputable esa afirmación tan crítica para las Administraciones urbanísticas» (4).

En la exposición de los motivos que avalan la reforma de la Ley de Costas, el ministro del ramo (Arias Cañete) justifica esta opción legislativa, del siguiente modo:

«Se acoge también la posibilidad, largo tiempo demandada desde distintos territorios, de que a aquellos núcleos de población que no teniendo la calificación legal de urbanos en 1988 reunieran entonces los requisitos para ser urbanos se les pudiera aplicar la servidumbre de 20 metros en lugar de la de 100. En este supuesto será necesario que el ministerio informe favorablemente sobre la compatibilidad de la reducción de la servidumbre con la integridad y defensa del dominio público» (5).

La contestación recibida en el parlamento evidencia una toma en consideración radicalmente opuesta.

Hay un aspecto de la reforma que no ha sido cuestionado por los grupos parlamentarios, y que a mi juicio, no supone un tema menor. Me refiero a la pretensión, con la materialización de la misma, de mantener abierta la aplicación de un régimen consustancialmente intertemporal, por tratarse de derecho transitorio, aunque se limite a los dos años posteriores a su aprobación. Se justifica la adopción de la medida para intentar paliar efectos nocivos de una determinación legislativa que dejaba asuntos sin resolver. Pero la interpretación que podemos hacer es bien distinta. Y sobre todo, supone abrir de nuevo una espita, que beneficiará a pocos, generará un número de controversias extraordinario (con el consiguiente desembolso económico necesario para su gestión, dinero público y privado), y que no supone incidir positivamente

---

(4) Vid. A. MENÉNDEZ REXACH, «Prólogo», en María del Carmen NUÑEZ LOZANO, *Legislación de costas y planificación urbanística*, Cuadernos Universitarios de Derecho Administrativo, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2009, p. 17.

(5) Vid. Debate de totalidad de iniciativas legislativas, Proyecto de Ley de protección y uso sostenible del litoral y modificación de la ley 22/1988, de 28 de julio, de costas (número de expediente 121/000029), intervención del señor Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente (Arias Cañete), Sesión plenaria núm. 77, celebrada el jueves 13 de diciembre de 2012.

en el mantenimiento de un hábitat o una mejora económica cualitativa o cuantitativamente sustanciosa. Además, los intentos de asimilación, a efectos de la aplicación de la Ley de Costas, entre suelo urbano definido conforme al artículo 78.a) del texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril (vigente a la entrada en vigor de la Ley de Costas), y el suelo de otra tipología, contemplado en disposiciones autonómicas [ej. Ley canaria 7/2009, de 6 de mayo, de modificación del texto refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias sobre declaración y ordenación de áreas urbanas en el litoral canario, art. 55.c).1, suelo rústico de asentamiento rural], a partir de la consideración de que «la realidad demuestra que son muchos los asentamientos rurales que cuentan con la urbanización primaria propia del suelo urbano o bien están consolidados por la edificación en la misma superficie exigida para dicha clase de suelo», pueden suponer un «fraude de ley» en toda regla. A todo ello se acompañarán distintas medidas que propiciarán sortear los requisitos legales. La Ley canaria mencionada, plantea formular un censo de edificaciones que, ubicadas en el demanio marítimo-terrestre y en sus zonas de servidumbre de tránsito y servidumbre de protección, tengan un valor etnográfico, arquitectónico o pintoresco, debiendo valorarse su antigüedad, integración en el litoral y finalidad social para la consecución de los derechos amparados en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Costas. La reforma alentarán a solicitar un régimen mucho más favorable, como el que se articula para la aplicación de la Disposición Transitoria Tercera.<sup>3</sup> del mismo texto legal.

El principio de legalidad, seguridad jurídica, igualdad o función social de la propiedad, pueden verse comprometidos, ante una reforma legislativa que incita a rebasar límites. Quizás es conveniente recordar en que consiste la competencia sobre urbanismo [STC 61/1997, de 20 de marzo, F.J. Sexto.a)]: «Sin perjuicio de ulteriores concreciones, el urbanismo como sector material susceptible de atribución competencial, alude a la disciplina jurídica del hecho social o colectivo de los asentamientos de población en el espacio físico, lo que, en el plano jurídico, se traduce en la «ordenación urbanística», como objeto normativo de las Leyes urbanísticas (recogida en la primera Ley del Suelo de 1956, art. 1.º). Sin propósito definitorio, el contenido del urbanismo se traduce en concretas potestades (en cuanto atribuidas o controladas por Entes públicos), tales como las referidas al planeamiento, la gestión o ejecución de instrumentos planificadores y la intervención administrativa en las facultades dominicales sobre el uso del suelo y edificación, a cuyo servicio se arbitran técnicas jurídicas concretas; a lo que ha de añadirse la determinación, en lo pertinente del régimen jurídico del suelo en tanto que soporte de la actividad transformadora que implica la urbanización y edificación».

Y también que la misma supone la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación (art. 47 CE, párrafo primero), la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística de los Entes públicos (art. 47 CE, párrafo segundo), y que el reconocimiento, el respeto y la protección de tales contenidos «informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos» (art. 53.3, inciso primero, CE).

Es cierto, que en materia de derecho urbanístico, más en concreto en materia de clasificación de suelo, estamos ante categorías regladas y no discrecionales. De manera que si concurren las circunstancias que prevén los textos legales, la clasificación



o determinación que corresponda se impone, de modo reglado, sin que el planificador pueda alterar dicha consideración pues está obligado por tanto, a su clasificación conforme a la verdadera naturaleza de los terrenos. No debería haber dilema, o mejor dicho, falso dilema. Pero, la presencia de intereses locales y superiores al ámbito local en materias conexas con el litoral, nos hace creer lo contrario(6), y pueden atentar contra el espíritu y finalidad del régimen jurídico de la servidumbre de protección.

El modelo urbanístico ante la crisis económica nos sigue dejando perplejos. Será necesario valorar la incidencia del tamaño de los municipios, las necesidades de asesoramiento, las presiones de promotores, constructores, etc y también la necesidad de generar ingresos. Todas estas circunstancias pueden condicionar la solución que se adopte. Las Comunidades Autónomas tienen un papel relevante que jugar.

Un ejemplo de lo que sucede lo representa el siguiente caso. La Unión Europea ha admitido a trámite una denuncia presentada por el colectivo ecologista Verdemar en la que se alerta acerca del riesgo medioambiental que, a su juicio, representa el plan parcial de Valdevaqueros, en el municipio gaditano de Tarifa (7).

Por todo ello no es de extrañar que en la tramitación parlamentaria de la reforma de la Ley de Costas, se hayan presentado enmiendas, de contenido dispar. La valoración conjunta de todas ellas evidencia la falta de un modelo asumible y asumido, por todos los grupos políticos, que pueda perdurar en el tiempo.

## II. La Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de Costas: luces y sombras(8)

La reforma de la Ley de Costas aún como pocos proyectos legislativos una visión antagónica de una realidad que es relevante para la sociedad y economía española. Esta antítesis, no es nueva: «La Constitución, en cuanto texto promulgado, tiene un indiscutible valor institucional que le hace estar por encima de sus concretos orígenes. Pero tampoco es fácil, ni oportuno, olvidar los esfuerzos que representó dar cabida a cada una de las reglas, a cada uno de los imperativos, que al final tuvieron acceso al texto definitivo. Y en esa trabajosa tensión de las diversas fuerzas por conseguir que algo se hiciera Constitución —lo que, con frecuencia, implicaba renuncias, el amortiguamiento de otras aspiraciones, pues al fin y al cabo se trataba de lo-

(6) Vid. STS: 21 de junio de 2012 (Recurso de Casación núm. 881/2009).

(7) Vid. EFE, «La UE admite a trámite la denuncia ecologista sobre al playa de Valdevaqueros», *El Mundo (versión digital)*, 29 de junio de 2010. Vid. Manuel PLANELLES, «Salvar la playa o salir del paro», *El País (versión digital)*, 30 de mayo de 2012. Vid.: Manuel PLANELLES, «Castillos en el aire en Valdevaqueros», *El País (versión digital)*, 2 de junio de 2012; Pedro ESPINOSA y Cándido ROMAGUERA, «Tarifa aprueba urbanizar una de sus últimas playas vírgenes», *El País (versión digital)*, 30 de mayo de 2012: «El líder nacional de EQUO, [...], ha reclamado la paralización del proyecto y lo sitúa como un ejemplo de que la crisis no ha cerrado del todo las amenazas del ladrillo sobre la costa. A esta movilización se ha sumado Greenpeace. «El cordón dunar de Valdevaqueros es una de las últimas joyas vírgenes de España y se encuentra en una zona conocida mundialmente por su modelo turístico sostenible», defiende la responsable de la campaña de Costas de esta organización ecologista, [...]. "Reavivar el ladrillazo no es modo de solucionar la crisis!" [...].»

(8) Vid. Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ (Dir.), *Costas y urbanismo (El litoral tras la Ley 2/2013, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley de Costas)*, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2013.

gar un acuerdo de conjunto—, yo recordaba, también, cómo el imperativo del artículo 132 —la regla de la demanialidad, sin excepciones, de las playas y de la zona marítimo-terrestre—, era una de las exigencias por las que luchó y logró introducir el Partido Comunista, con su innegable representatividad de sectores populares. La asunción del precepto consagraba, por tanto, el esfuerzo y las aspiraciones de un importante bloque de la izquierda, de una parta cualificada de la sociedad española, por más que luego se convirtiera en regla general y uniforme, del mismo valor que todo el conjunto. La constitucionalización de la regla no había sido, por supuesto, gratuita, había tenido su coste, había implicado sus cesiones, sus renunciaciones. Del mismo modo que había servido para comprometer en el apoyo de otros aspectos de la propia Constitución al importante colectivo que patrocinaba aquella» (9). Pero, en el texto de la Constitución Española de 1978 se consiguió alcanzar un acuerdo, que no ha sido posible en la tramitación de la reforma de la Ley de Costas de 1988, ni en su desarrollo reglamentario.

En la costa española hay una gran distancia entre la Ley y la realidad. No es algo nuevo, ni exclusivo del ámbito litoral(10). Además, los molinos de la historia muelen muy despacio, y esto parece suceder en lo relativo al régimen jurídico de las costas en España: «Recuerdo que en la lectura de mi tesis doctoral, hace muchos años, y tras la exposición y defensa que realicé sobre la voluntad de la Ley de Costas de recuperar para el dominio y uso público los enclaves privados, pese a la demora de 30 años en mantener los usos existentes, mi maestro Alfonso Pérez Moreno señaló, con la perspicacia que le caracteriza, que era un tiempo suficiente para que se produjese una modificación legal en sentido contrario. Tengo que reconocer, no sin cierta tristeza, que el tiempo le ha dado la razón» (11).

Y es que las visiones o perspectivas doctrinales eran inicialmente muy distintas, tal y como demuestran las palabras de LEGUINA VILLA: «[...] es obligado decir que la nueva legislación de costas responde cumplidamente en sus líneas maestras a las necesidades, expectativas y requerimientos de defensa del *litus maris* que la sociedad española ha venido planteando con renovada insistencia en los últimos años. Se trata, en efecto, de un nuevo cuerpo normativo que, además de incorporar urgentes medidas de choque con que hacer frente a los abusos más nocivos e irreversibles, contempla y regula al tiempo con unidad de criterio y vocación de futuro los múltiples aspectos que concurren en la definición, conservación, utilización y protección del dominio público marítimo-terrestre. Estamos, pues, ante un auténtico código del litoral que, de un lado, engarza con lo mejor de nuestra tradición legislativa [...] y, de otro, elimina uno por uno los notorios efectos de la legislación más reciente, proponiendo en su lugar con excelente factura un vasto repertorio de técnicas y medidas protectoras que merecen ser aplaudidas sin reservas porque responden rigurosamente a la gravedad y magnitud de los problemas que aquejan a las costas españolas» (12), o

(9) Vid. L. MARTÍN-RETORTILLO, «¿Propiedad privada de playas y zona marítimo-terrestre?», *REDA*, 34, (1982). Consulto la versión electrónica que me remite la propia editorial (Número marginal: BIB/1982/368), la cita se encuentra en la p. 4.

(10) Vid. Alejandro NIETO, *Crítica de la razón jurídica*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 81-103.

(11) Vid. Concepción Horgué Baena, «La nueva regulación de las costas: concusiones», IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Febrero 2014, promanuscrito, p. 9.

(12) Vid. Jesús LEGUINA VILLA, «Prólogo», *Legislación de costas*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 14.

PÉREZ MORENO: «[...] que tuvo la oportunidad de aparecer cuando la mayoría de españoles poblaban el litoral en vacaciones estivales, entró en el conjunto del Derecho español como el trasplante de un órgano extraño. Desde la redefinición de los conceptos geográficos de «ribera del mar» y la radical mutación del *iter* y la naturaleza del deslinde, hasta los efectos de las sentencias firmes, la vinculación de los actos propios de la Administración y las funciones del Registro de la Propiedad en relación con los bienes marítimos, entre otros muchos aspectos, la Ley de Costas ha tenido que excepcionar muchas instituciones jurídicas comunes» (13).

Transcurridos más de 25 años desde la publicación de la Ley de Costas de 1988, y ante la reforma emprendida por la Ley 2/2013, la inmensa mayoría de la doctrina enjuicia la mayoría de las novedades de la última reforma legislativa emprendida de un modo claramente negativo. Y es necesario destacar este dato, porque la Ley de Costas de 1988 (en adelante LC 88) no ha sido un fracaso, pues la situación del litoral y de la costa, con todas las deficiencias que se pueden detectar, sería mucho peor sin esta ley. Y debo destacar este dato, por tratarse de un ámbito donde competencialmente concurren la Administración de la Unión Europea (medio ambiente, art. 174 TUE), la Administración General del Estado (en adelante AGE, legislación básica en materia de medioambiente y determinación de las condiciones básicas de la propiedad sobre los terrenos colindantes con la zona marítimo-terrestre, arts. 149.1.23 y 149.1.1, respectivamente), Administración autonómica (medio ambiente, ordenación del territorio, incluyendo el litoral y urbanismo) y las Corporaciones locales (urbanismo). Tal y como determina la SAN de 16 de mayo de 2013 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), recurso contencioso-administrativo 352/2011, F.D. 3.º: «La finalidad de la Ley de Costas 22/88, de 28 de julio, no fue sólo la de conformar hacia el futuro una regulación eficaz para la protección del dominio público marítimo-terrestre sino la de imponer un remedio activo frente a las situaciones consumadas del pasado, consolidadas previamente a su entrada en vigor, en defensa de unos bienes constitucionalmente protegidos (art. 132 CE)».

Hay un problema fundamental que es la falta de interiorización por parte de la sociedad y de las Administraciones públicas en todos los niveles, de los valores que sustenta el art. 132 CE y la LC 88. Las Administraciones, por acción u omisión, permiten la consolidación de situaciones *contra legem*, aplicando con posterioridad la aceptación de la fuerza normativa de lo fáctico. Y la experiencia constatable es lúgubre y sombría si miramos con detenimiento y objetividad lo que ha sucedido en España ante el fenómeno denominado «burbuja inmobiliaria», y sus antecedentes, no tan inmediatos, con secuelas trascendentes sobre el litoral:

«Desde 1986, podemos considerar un modelo de crecimiento estable con varias constantes reconocibles. Se produce un fenomenal incremento del PIB (17 puntos por encima de la media europea) seguido por unos gobiernos desesperados por ofrecer una imagen exterior de solvencia y convencer a nuestros socios de que se trata de un mérito propio y no del resultado de sus ayudas. Todo mientras se mantiene la dependencia económica de su turismo, lo que se llama estar al pan y a las tajadas.

(13) Vid. Alfonso PÉREZ MORENO, «Prólogo», en Concepción HORGUÉ BAENA, *El deslinde de costas*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 17.

En estas décadas de crecimiento, la construcción multiplica su peso sobre el PIB a medida que este aumenta. De un 6.4% en 1985 a un 17,9% en 2007, es decir, se triplica. En el mismo período, la industria y la agricultura se estrellan: de un 28% a un 13,4 y de un 6% a un 2.8%, respectivamente. En 2007, último año de bonanza, la construcción alcanza mayor volumen sobre el PIB que ambos sectores juntos, eso sin añadir su repercusión indirecta sobre industria y servicios, con la que, según algunos analistas, superaría el 30%. Ese mismo año, el valor del otro sector bajo sospecha por su influencia, el turismo, significa poca más de la mitad del suyo, un 10,7%.

En pocas palabras, entre un quinto y un tercio del PIB español en 2007 depende directamente de la construcción, que sustituye por sí sola a la agricultura y la industria. Pero ¿porqué la construcción?. Volviendo al inicio en 1986, el catedrático de economía Ricardo Vergés lo expresa así en el artículo de 2009 titulado "Cómo sobrevivir a 20 años de política económica: La historia explicará algún día por qué, ante las existencias prescritas desde 1986 para la entrada en la Unión Europea solicitada por los gobiernos de Felipe González y Mario Soares, estos respondieron con ambivalencia con el fin de embolsar las ayudas prometidas de cara al desarrollo tecnológico y, acto seguido, sustituirlo por algo más facilón y con más glamour como podía ser lo residencial, lo turístico o los servicios. [...]. Ahora toca encaramos con el retraso tecnológico acumulado que ha hundido nuestras exportaciones y que nos impide conseguir lo necesario para poner de nuevo en marcha el contador de nuestro futuro desarrollo".

El profesor de economía, Gonzalo Bernardo Domínguez, en su libro ¿Cómo invertir con éxito en el mercado inmobiliario?, resulta más concreto y algo menos polémico: "En 1985, una vez finalizada la reconversión industrial [...] el gobierno instauró un nuevo modelo de crecimiento [...]. Debido a su intensiva utilización del factor trabajo y a su relativamente elevada ponderación en el PIB, el sector de la construcción fue considerado el idóneo para capitanear el proceso de recuperación económica. Para conseguir dicho objetivo, el gobierno programó un ambicioso plan de nuevas infraestructuras y una serie de medidas liberalizadoras y de apoyo a la industria de la edificación residencial".

Así pues, la situación en 1986 era óptima para el sector: una red de comunicaciones paupérrima en relación con Europa y un mercado residencial con un recorrido tan largo como la década que llevaba congelado, todo ello sazonado con la necesidad de reubicar a los trabajadores no especializados que perdían la industria y la agricultura. La construcción ofrecía una respuesta rápida y agradecida: crecimiento económico y empleo instantáneos, incremento de la actividad empresarial a expensas de la promoción privada (residencial) y pública (obra civil), y la mejora constante de las infraestructuras sufragada por la CEE y palpable por los votantes. Un sueño político» (14).

(14) Vid. Guillermo VALCÁRCEL, *La ola que arrasó España (Ascenso y caída de la cultura del ladrillo)*, RBA, Barcelona, 2013, pp. 28 y 29.

Y el modus operando ha continuado:

«Muy por delante de La Sagra, el Corredor del Henares, los cincuenta y cinco kilómetros que separan Madrid de Guadalajara, con un inmenso desarrollo industrial y grandes poblaciones intermedias, se había convertido en una de las regiones de mayor crecimiento de toda la Península a pesar de su ya elevada densidad de ocupación. A medida que se agotaban los desarrollos urbanos intermedios, estos se alejaron hasta alcanzar a la misma Guadalajara, que, merced a la asignación de la primera parada del futuro AVE hasta Barcelona, quedó convertida en aspirante a ciudad-dormitorio de Madrid. Sin embargo, la infraestructura sufrió una modificación que resulta en el mejor de los casos, pintoresca. Mientras el desarrollo del AVE trataba de enlazar las capitales en su mismo centro, el desembarco en Guadalajara se fue a colocar a ocho kilómetros de la ciudad, levantando una estación con pretensiones de albergar una lanzadera directa a la capital en un baldío en mitad de ninguna parte en una de las provincias más despobladas del país.

Inmediatamente, se planificó una nueva ciudad en torno al apeadero bajo la consigna de encontrarse a quince minutos de Madrid, los mismos que en realidad la separaban de Guadalajara, a la que se accedía a través de una carretera de montaña de un solo carril y semiabandonada. A cuenta del nuevo núcleo, los terrenos rústicos colindantes conocieron el proceso explicado [...] para convertirse en urbanizables, multiplicando su valor y enriqueciendo a sus propietarios que ganaron bastante más que si les hubiera tocado la lotería. En 2003 la promotora Reyal anunciaba el proyecto “Ciudad Valdeluz”, que comenzaría a ejecutarse un año más tarde, cumpliendo unos plazos desconocidos para el sector, sobre un espacio de cinco millones de metros cuadrados, estimados en ese momento en un valor de 50 millones de euros. Siguiendo de nuevo nuestros cálculos, dichos terrenos podían haber valido diez veces menos cinco años antes y venderse en otros tres por cien veces más. Ese septiembre, la revista *Interviú* sacaba a la luz la relación directa de varios familiares de la presidenta de la Comunidad de [...] con dichos terrenos, de los que eran propietarios y para cuya edificación habían formado una sociedad con Reyal» (15).

Es cierto que la LC 88 generó daños que se pueden resumir del siguiente modo: ciudadanos que perdieron sus propiedades privadas y obtuvieron a cambio una concesión con limitaciones respecto del uso de terrenos ocupados, sin pago de canon, por un determinado período de tiempo; propietarios colindantes con el dominio público marítimo terrestre (en adelante dpmt), a los que se les impusieron servidumbres de tránsito o protección, etc. Pero la propia jurisprudencia, ha amparado estas soluciones.

No sólo me refiero al TC en España, sino también al TEDH que el 29 de marzo de 2010 (Gran Sala DEPALLE v. FRANCE) falló a favor de Francia «en dos demandas presentadas contra este país por ordenar la demolición de viviendas al borde del mar, en

---

(15) *Ibidem*, pp. 314-315. *Vid.* Ana María PASCUAL, «El pelotazo viaja en AVE», *Interviú*, 29 de septiembre de 2003, pp. 18-23.

terrenos de dominio público, según la llamada Ley litoral de 1986. La Gran Sala decidió por 13 votos a 4 que los derribos sin indemnización no vulneran el derecho a la propiedad recogido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pese a ser viviendas compradas antes de la ley, al entender que estos derribos persiguen un fin de interés general, fomentar el libre acceso a la orilla, interés que ocupa un lugar preeminente, especialmente ante la necesidad creciente de proteger la costa. Sentencia que, a mayor abundamiento, pone como ejemplo a la Ley 22/1988, de costas, de regulación razonable para solucionar los problemas de los enclaves privados e el litoral» (16). Y la doctrina entiende «después de los dos fallos del TEDH que hemos examinado en este trabajo, no parece existir fundamento jurídico para que se dé un vuelco a la doctrina fijada por el TC en su vieja sentencia de 1991. Los concesionarios bajo el régimen de la Ley de costas de 1988 o los propietarios de terrenos que con el deslinde final aparezcan situados en zona de dominio público no pueden albergar ninguna confianza legítima basada en la buena fe o en el largo tiempo poseyendo el bien a que la Administración aplique otra solución. Y es que el marco legal español es bien claro y conforme con el derecho de propiedad desde la óptica constitucional y del TEDH que el apartado 90 de la sentencia Depalle cita como ejemplo a España de solución razonable de este problema tan generalizado en Europa. Vista esta jurisprudencia del TEDH pocas o ninguna posibilidades tienen de prosperar los intentos de plantear posibles litigios futuros tendentes a remover nuestro marco legal. La ignorancia de ley no exime de su cumplimiento y quien compra una casa en la costa tiene el deber de estar asesorado sobre el marco jurídico que se le aplica» (17).

La doctrina lo ha explicado gráficamente: «Es paradójico, en este sentido, el diferente valor que tiene a los ojos del redactor de este Proyecto de Ley las sentencias judiciales que proporcionan validez a los títulos de propiedad contra el dominio público (cuya máxima efectividad pretende garantizar, pasando por encima de una solución compensatoria admitida por el Tribunal Constitucional como suficiente a los efectos de expropiación) frente al prácticamente nulo valor que se les da a aquéllas que dan preponderancia al dominio público frente a las titularidades dominicales, como ocurre muy gráficamente con las urbanizaciones marinas o el deslinde de Formentera; resoluciones cuyos efectos quedan totalmente borrados» (18).

Las propias Administraciones territoriales permiten, o favorecen solapadamente, la consolidación de situaciones contra legem en una nueva aplicación resolutoria de la fuerza normativa de lo fáctico. «Incluso espacios anteriormente protegidos como Lanzarote van sucumbiendo al crecimiento urbano; esa es la parte más triste de la historia: las zonas del interior edificadas en exceso probablemente acaben ruinosas y demolidas por abandono en un plazo medio; sin embargo, por la misma cualidad del valor de la localización del suelo, la sobreexplotación de la costa es inevitable, a no ser que

(16) Vid. Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, «Cuestiones problemáticas de protección del litoral en el proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Costas», *Revista de Urbanismo y Edificación*, 26, (2012), pp. 54 y 55.

(17) Vid. F. GONZÁLEZ BOTIJA, «De las órdenes de demolición de viviendas residenciales construidas en el demanio marítimo: a propósito de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Brosset-Triboulet c. Francia y Depalle C. Francia de 29 de marzo de 2010», *Revista de Urbanismo y Edificación*, 22, (2010), pp. 239-268.

(18) Vid. Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, «Cuestiones problemáticas de protección del litoral en el proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Costas», *Revista de Urbanismo y Edificación*, 26, (2012), p. 57.

se sometiese a una protección tan exhaustiva como los parques naturales —aun así, también dañados—, una política tan restrictiva que posiblemente ningún Gobierno se atreviera a acometerla. El actual proceso a escala mundial de desplazamiento poblacional hacia las costas, unido a la privilegiada situación de España, hace que la ocupación completa de cualquier costa sea inevitable. Aunque se hayan paralizado las actuales urbanizaciones, se retomarán en el corto o medio plazo. Toda edificación en la costa acabará por encontrar salida. Cualquier destrucción, por ser justificada» (19). Y todo ello aderezado con una razonable hipocresía de las Administraciones públicas [ej. Algarrobito. STSJ de Andalucía, Granada (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª) Sentencia num. 3510/2013 de 10 diciembre, F.D]:

«SÉPTIMO. [...] A mayor abundamiento, ha de destacarse el hecho de que esta sala —por sentencia de 11 de junio de 2012— haya estimado el recurso contencioso administrativo interpuesto por Greenpeace España contra el Decreto 37/2008, de 5 de febrero, por el cual se aprobaba el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales y el Plan Rector de Usos y Gestión del Parque Natural cabo de Gata-Níjar; decreto éste que calificó la zona donde se encuentran las fincas objeto del retracto como C3, definida como “núcleos habitados preexistentes y otras zonas transformados” y en relación a la cual era factible la realización de nuevas edificaciones o rehabilitación de las existentes para realización de actividades ligadas al turismo rural. Como se ha señalado, la sentencia estimó el recurso por entender precisamente que la nueva zonificación suponía una rebaja en el nivel de protección de la zona sin que se hubiera acreditado en el Expediente Administrativo que el valor medioambiental del sector en cuestión se hubiera reducido».

Sobre la Ley 2/2013, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley de Costas, debo comentar con brevedad varias cuestiones. La denominación de la Ley 2/2013, es bastante equívoca. Desde el punto de vista estructural, porque se modifican 38 artículos y 2 disposiciones transitorias (la 1.ª y la 4.ª) y a la que se incorporan 3 disposiciones adicionales (10.ª, 11.ª y 12.ª) (art. 1.º), añadiendo otro conjunto de preceptos que permanecen extramuros de aquella, sin que se entienda ni se justifique esa extraña opción sistemática, porque casi todos se podrían haber incorporado al articulado, con la salvedad de la adicional 2.ª (revisión de los deslindes) y las disposiciones finales. Al menos, la prórroga de las concesiones (art. 2.º), el régimen singular de Formentera (adicional 4.ª), el derecho de reintegro (adicionales 5.ª y 6.ª) y la exclusión de determinados núcleos (adicional 7.ª), deberían haberse integrado en la LC. Al no haberlo hecho así, habrá que manejar dos cuerpos legales: el texto consolidado de la LC y los «retales» de la Ley 2/2013 (20). Desde el punto de vista sustantivo, el título de la Ley transmite un mensaje erróneo, pues su preocupación principal no es la protección del dpmt, sino la tutela de determinados grupos de intereses privados que

(19) Vid. Guillermo VALCÁRCEL, *La ola que arrasó España*, RBA, Barcelona, 2013, p. 290.

(20) Vid. Ángel MENÉNDEZ REXACH, «La nueva regulación de las costas: un giro hacia el dominio privado marítimo-terrestre», Conferencia pronunciada en el IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Febrero 2014, promanuscrito, p. 10.

el legislador no tiene inconveniente alguno en identificar. Al servicio de ese objetivo se han establecido algunos regímenes singulares de dudosa constitucionalidad(21). La LC 2013, es técnicamente mejorable.

La clave de la reforma 2013, es el efecto 2018. O dicho de otro modo, la insuficiencia del mecanismo estrella de la LC 88, la compensación, como fórmula para resarcir la expropiación legislativa operada y que afecta al interés general de todos los ciudadanos.

La Ley 2/2013 consolida realidades que la LC 88 no ha podido solucionar, y proclama seguridad jurídica, pero quizás se refiera a la de los concesionarios que van a prolongar ampliamente su ocupación y a los propietarios colindantes, en virtud del nuevo derecho de reintegro. De hecho, ante una situación ya consolidada, la nueva reforma afectará a un gran número de personas y situaciones, y generará por tanto, una inseguridad jurídica, más que razonable. Por ejemplo, la reforma legal propicia un proceso generalizado de revisión de los deslindes, en el momento en el que parecía culminada una ingente labor, después de más de veinticinco años. El coste económico de esta opción es altísimo. Se ha puesto en marcha la «operación redeslinde». Y el éxito de su aplicación (ej. DT 3.<sup>a</sup>.3) dependerá más de la elasticidad con que se aplique que del tenor literal de la redacción normativa, aunque establece claramente una dulcificación del régimen de las edificaciones toleradas en servidumbre de protección favoreciendo su perpetuación.

Esta reforma no es la esperada, o al menos, la que necesita la sociedad española. La Ley 2/2013, opta por la defensa de intereses económicos, pero se olvida del litoral. En algunos supuestos, las soluciones arbitradas no tienen carácter abstracto o general, sino que son respuestas ad hoc, para destinatarios e intereses muy concretos y determinados. Por todo ello, la LC 2013 puede ser calificada como arbitraria: exclusión del dominio público marítimo-terrestre de terrenos destinados a cultivos marinos y salinas, cuando son naturalmente inundables; deslinde especial de Formentera; exclusión de doce núcleos del dominio público marítimo-terrestre. Pero, además, la LC 2013, puede vulnerar el principio de igualdad, consagrado en el art. 14 CE.

En determinados aspectos, la Ley 2/2013 actúa como una ley singular: «aquellas dictadas en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agotan su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la Ley singular y no comunicable con ningún otro» (STC 166/1986, de 19 de diciembre, F.J. 10). Y estas leyes singulares, que no constituyen un ejercicio normal de la potestad legislativa, están sujetas a una serie de límites contenidos en la propia Constitución, entre los que se encuentra el principio de igualdad, pues exige que la ley singular responda a una situación excepcional igualmente singular: «Esto equivale a decir que la prohibición de desigualdad arbitraria o injustificada no se refiere al alcance subjetivo de la norma, sino a su contenido y, en su virtud, que la ley singular [...] debe responder a una situación excepcional igualmente singular. [...] la adopción de Leyes singulares debe estar circunscrita a aquellos casos excepcionales que, por su extraordinaria trascendencia y complejidad, no son remediados por los instrumentos normales de que dispone la Administración, constreñida a actuar con sujeción al principio de legalidad, ni por los instrumentos normativos ordi-

---

(21) Ídem.



narios, haciéndose por ello necesario que el legislador intervenga singularmente, al objeto exclusivo de arbitrar una solución adecuada a una situación singular. [...] No es posible condicionar o impedir por una ley singular el ejercicio de derechos fundamentales que son materia reservada a leyes generales» (STC 166/1986, de 19 de diciembre, F.J. 11). Todos estos contenidos son objeto de consideración y análisis en la STC 129/2013, de 4 de junio, donde en relación con esta materia enfatiza (F.J. 4): «[...] el análisis de la repercusión de la ley singular cuestionada sobre el derecho a la tutela judicial efectiva no puede quedar limitado a las leyes autoaplicativas expropiatorias, pues aunque éstas ostentan la peculiaridad de ir dirigidas directamente a la privación de un derecho constitucional, las autoaplicativas no expropiatorias son también susceptibles de lesionar derechos e intereses legítimos. Y es que, como ya anticipamos en el fundamento jurídico 11 de la STC 166/1998, de 19 de diciembre, el art. 24.1 CE protege todos los derechos e intereses legítimos que reconoce el ordenamiento jurídico y no sólo aquellos expresamente consagrados por la Constitución. Así pues, el canon de constitucionalidad del art. 24 CE debe necesariamente operar cuando la ley singular que encierra una actividad materialmente administrativa de aplicación de la norma al caso concreto, afecte a los derechos e intereses legítimos a los que el precepto constitucional antes citado presta cobertura».

En algunos aspectos, la Ley 2/2013 hace un «ajuste de cuentas» con la LC 88, en todos aquellos aspectos que supusieron una pérdida de derechos de propiedad o asimilados. Y esta concepción olvida la pretensión de la reforma de 1988.

Entre la claudicación de los fines de la Ley de Costas de 1988 y el necesario ajuste o adaptación a la realidad que propicia la Ley de Costas de 2013, que mantienen detractores y defensores de la reforma, quizás haya que tomar equidistancia. Aunque es indudable, el vuelco a favor de intereses privados, y en ocasiones, con una determinación tan singular e injustificada, que atenta gravemente contra el sentido común, que normalmente se califica, como el menos común de los sentidos. Hubiese sido aconsejable diseñar primero una estrategia, y luego abordar la reforma del grupo normativo regulador.

La última palabra la tendrá el Tribunal Constitucional, pues frente a la Ley 2/2013 se han presentado varios recursos de inconstitucionalidad. Las Resoluciones del Pleno del TC dan cuenta de los mismos y aparecen publicados en el *BOE* número 250 y 262 de 2013. El recurso de Andalucía impugna los artículos primero, apartados 2, 11, 12, 18, 38 y la disposición transitoria primera. El recurso de Asturias impugna el artículo primero apartados 8.3, 39.5, 40.3 y 41. El recurso de Canarias cuestiona el artículo primero, 2, 8, 12, 16, 38, 40 y las disposiciones adicionales 4.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup>, 8.<sup>a</sup> y 9.<sup>a</sup>, y la disposición transitoria primera, la disposición final segunda y el anexo. El recurso de Cataluña se alza contra el artículo primero, 12, 16, 38, 41, y la disposición adicional 8.<sup>a</sup>,2. El grupo parlamentario socialista recurre contra el artículo primero, 2, 3, 10, 11, 12, 39, 40, 41, el artículo segundo y las disposiciones adicionales 2.<sup>a</sup>, 4.<sup>a</sup>.1, 5.<sup>a</sup>, 6.<sup>a</sup>, 7.<sup>a</sup>, 9.<sup>a</sup>, así como la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> y el anexo de la Ley 2/2013.

### III. El proyecto de reglamento de la Ley de Costas

En las fechas en las que redacto esta colaboración, aún no se ha publicado el Dictamen del Consejo de Estado sobre esta iniciativa reglamentaria (en adelante PRC

2014). El proyecto de Real Decreto se ha dictado conforme a los títulos competenciales prevalentes que derivan de la titularidad estatal del dominio público marítimo terrestre (art. 132 CE), y por tanto, corresponde al Estado la determinación de su régimen jurídico, así como del artículo 149.1.1.<sup>º</sup> y 23.<sup>º</sup> CE que atribuyen al Estado competencias en la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y en materia de legislación básica sobre protección del medio ambiente.

Entre los trámites e informes recabados en la tramitación del anteproyecto de Real Decreto, destacan:

Se ha elaborado la preceptiva Memoria del análisis de impacto normativo según la cual la norma proyectada tendrá efectos beneficiosos sobre la economía general al facilitar la actividad económica que se desarrolla sobre las costas y hacerla compatible con su conservación. La norma proyectada, que no tiene efectos significativos sobre la competencia y no afecta a las cargas administrativas, producirá un incremento de los ingresos públicos como consecuencia de la recaudación de los cánones de las legalizaciones y otorgamientos de las concesiones.

Con fecha 20 de marzo de 2014, se remitió copia para que formulen observaciones, a las Secretarías de Estado de Energía, de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información y de Turismo, así como a la Secretaría General de Industria y de la PYME. Sólo ha informado desfavorablemente la Secretaría de Estado de Energía, en informe que fue recepcionado el 21 de abril de 2014.

Se llevó a cabo el preceptivo trámite de audiencia con todos los sectores afectados por la norma proyectada.

Se ha sometido a informe previo de todos los Departamentos ministeriales afectados, así como de todas las Comunidades Autónomas con litoral y, a través de la entidad más representativa de los entes locales o de la Comisión Nacional de Administración Local, de las Entidades Locales afectadas.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18.1.1) de la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, se debía realizar el trámite de participación pública de la norma proyectada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16 de dicha Ley 27/2006. Según consta en la Memoria, este trámite se ha desarrollado en la sede electrónica de MAGRAMA hasta el pasado 2 de abril de 2014.

En virtud de lo establecido en el artículo 19.2.a) de la Ley 27/2006, como se trata de un proyecto normativo sobre cuestiones medioambientales que tiene la condición de normativa básica, era preceptivo el informe del Consejo Asesor de Medio Ambiente (CAMA). Según la Memoria, el CAMA se reunió el pasado 19 de marzo de 2014 con esta finalidad.

Es razonable someter el proyecto a informe del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas sobre la afectación o no por el mismo a las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia, previsto en el artículo 24.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Además, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 67.4 de la LOFAGE, antes de su aprobación, debe recabarse la aprobación previa del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas por el contenido procedimental y orgánico de la norma proyectada.

Como la disposición modifica el desarrollo reglamentario de normas con rango de ley, es preceptivo el dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, en

virtud de lo dispuesto en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

El proyecto de Reglamento resulta un texto muy extenso en el que muchos de sus artículos son reproducción literal del contenido de la LC. Sin embargo, a diferencia del Reglamento que sustituye, no se identifican los preceptos que reproducen la Ley y los que la desarrollan. Sobre el particular resulta de interés dar noticia del contenido parcial del Dictamen del Consejo de Estado 41/2012, de 8 de marzo [en este mismo sentido se pronunció ya en su momento el Consejo de Estado con motivo de la reforma operada en el Reglamento de Costas de 1989 (Dictamen 505/1992, de 21 de julio)]: «La técnica de llevar al Reglamento los preceptos de las Leyes sin duda elogiable en cuanto permite tener en un solo texto la totalidad de los que afectan a una misma materia, evitando continuas remisiones a aquellas. Pero conviene que en todo momento se mantenga la distinción entre las disposiciones legales y las reglamentarias, a cuyo efecto los artículos de la Ley que se incorporen al Reglamento deberán ser reproducción fiel del texto legal haciendo constar en la transcripción, entre paréntesis, el número del artículo de la Ley cuyo texto se reproduce. De esta forma aparecerán, con inequívoca claridad y separación, los preceptos que, sin invadir atribuciones propias del legislador, sean efectivamente reglamentarios y sirvan para el desarrollo, interpretación y aplicación de la Ley».

Entre las observaciones formales debo señalar las siguientes: el apartado 10 de las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005, aconseja la inserción de un índice antes de la parte expositiva en las disposiciones de gran complejidad y amplitud. Este proyecto de Real Decreto debería contar con un índice, el cual por tratarse de un Real Decreto aprobatorio de un reglamento, debería situarse inmediatamente después del título de la disposición aprobada, esto es, después de «Reglamento General de Costas»; debe completarse el preámbulo, que en la redacción del anteproyecto tiene sólo cuatro párrafos, con la finalidad de dar cuenta de los fines perseguidos por el texto de la norma proyectada; las disposiciones transitorias deben ir después de las adicionales; en el real decreto aprobatorio debería añadirse una nueva disposición final que contenga los títulos competenciales y determine que partes del proyecto tienen carácter básico y cuales son de competencia estatal exclusiva. De este modo se respetaría el apartado 1, letra g), epígrafes 42 y 43 de las Directrices de técnica normativa aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 (Resolución del Ministerio de la Presidencia de 28 de julio de 2005, *BOE* de 29 de julio, núm. 180), donde se indica que debe figurar en el texto del proyecto una disposición final en la que se invoque el título competencial para la aprobación de la norma proyectada. Más en concreto, la Directriz 42.b).2<sup>ª</sup>, establece que en dicha disposición final deberá citarse: «de forma concreta, en lo que se refiere a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el título competencial habilitante; cuando se produzca una concurrencia de títulos competenciales que fundamenten la norma, deberá especificarse a cuál de ellos responde cada uno de los artículos; deberá citarse el artículo 149.1 (más el ordinal correspondiente) de la Constitución que atribuye la competencia de que se trate y cuando éste comprenda varias materias de diferente alcance, deben especificarse los preceptos concretos que se dictan al amparo de una u otra competencia estatal».

#### IV. Obras complementarias e instalaciones accesorias

La Ley 2/2013, modifica el art. 25.2 y determina en su nueva redacción que en la zona de servidumbre de protección, con carácter ordinario «sólo se permitirán [...], las obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación, como los establecimientos de cultivo marino o las salinas marítimas, o aquellos que presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre, así como las instalaciones deportivas descubiertas». Sin embargo, la realidad es más compleja, y el nuevo desarrollo reglamentario, lo complica aun más.

El proyecto de reglamento de la Ley de Costas, D.T. 25.<sup>a</sup>, apartado 9, primer párrafo precisa el mandato legal: «No obstante, en los núcleos o áreas a los que se refiere la presente disposición, no se podrán autorizar nuevas construcciones de las prohibidas en el artículo 25 de la Ley 22/1988, de 28 de julio». Debo recordar que el PRC 2014, art. 195.2.g determina que: «Se considerarán infracciones graves conforme a la Ley 22/1988, de 28 de julio, las siguientes: [...]. g) La realización de construcciones no autorizadas en las zonas de servidumbre de protección y tránsito y acceso al mar», e infracciones leves (PRC 2014, art. 196): «Tendrán el carácter de infracciones leves las acciones u omisiones, además de las que no estén comprendidas en los artículos 90 de la Ley 22/1988, de 28 de julio y 195 de este reglamento, las siguientes: [...]. d) El incumplimiento de lo establecido en materia de servidumbres y de las determinaciones contenidas en las normas aprobadas conforme a la Ley 22/1988, de 28 de julio. [...]».

Pero, en el párrafo segundo (D.T. 25.<sup>a</sup>, apartado 9) incluye un texto adicional que podría desvirtuar el mandato legal: «Respetando el límite a que se refiere el párrafo anterior, *podrán autorizarse obras complementarias e instalaciones accesorias respecto a las edificaciones preexistentes*. Estas obras complementarias e instalaciones accesorias podrán ser autorizadas siempre y cuando se encuentren vinculadas directamente a las edificaciones preexistentes y cumplan la normativa urbanística en vigor».

El término «obras e instalaciones(22)» aparece en varios preceptos de la Ley de Costas y en su reforma. En relación con la servidumbre de protección, es objeto de tratamiento, además de en los citados anteriormente, en el art. 13.bis.3: «Los titulares de las *obras* e instalaciones que tras la revisión del deslinde se incorporen a la zona de servidumbre de protección podrán realizar obras de reparación, mejora, consolidación y modernización siempre que no impliquen aumento de volumen, altura ni superficie». En este supuesto, estamos ante el régimen jurídico aplicable acaecido tras el segundo o ulterior deslinde.

Debo recordar que estos usos están sujetos a autorización. La redacción inicial del art. 26.1 LC 88, fue declarada inconstitucional por la STC 149/1991, de 4 de julio, al atribuir a la Administración del Estado el otorgamiento de autorizaciones en la zona de servidumbre de protección, pues se trata de una competencia ejecutiva ajena a las reservadas constitucionalmente a aquél, «que se engloba, por su contenido, en la ejecución de la normativa sobre protección del medio ambiente o en la ordenación del territorio y/o urbanismo de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas»

(22) *Vid.* Ley 9/2014, de 31 de julio, de la seguridad industrial de los establecimientos, las instalaciones y los productos (BOE de 25 de agosto), art. 3: «Definiciones. [...]. C) Instalación: el conjunto de aparatos, equipos, elementos y componentes [...]».

[F.D. 3 D). d)]. Por tanto, la autorización corresponderá a «las Comunidades Autónomas o, en su caso, a los Ayuntamientos, que, como es obvio, deberán ajustarse a la normativa estatal, incluida la que se dicte para la protección de determinado tramos de costa prevista en el art. 22, así como a la que, en su caso, resulte de la legislación autonómica y de los correspondientes instrumentos de ordenación, cuya infracción podrá ser eventualmente corregida por la jurisdicción correspondiente» [F.D. 3 D) d)]. Es decir, el control de los usos corresponde a la Administración autonómica, sin perjuicio de la exigibilidad de licencia urbanística municipal.

En la Ley 2/2013, se opta por que el interesado presente una declaración responsable con carácter previo a la autorización urbanística que proceda. Es decir, no se modifica el art. 26.1 LC y se sustituye o mediatiza la autorización autonómica. Como acertadamente apunta MENÉNDEZ REXACH: «Una posible interpretación para salvar la aparente antinomia sería entender que se requiere autorización para implantar un uso (o modificarlo), pero, una vez implantado, las obras que se lleven a cabo sin alterar el uso, sólo están sujetas a declaración responsable ante la Comunidad Autónoma, y, en todo caso, a licencia urbanística municipal» (23).

Ahora el desarrollo reglamentario —que figura en el proyecto— da una vuelta de tuerca más, al permitir «obras complementarias e instalaciones accesorias respecto de las edificaciones preexistentes», es decir, con un uso implantado y previamente autorizado, si, a tenor de la declaración responsable, se «encuentren vinculadas directamente a las edificaciones preexistentes» y cumplen la normativa urbanística en vigor (obtengan licencia). En este sentido cabe interpretar la calificación de «complementarias» y «accesorias», en el sentido de que adicionan la «obra» e «instalación» real, es decir, en una edificación que ya existe. Quizás está visualizando por anticipado situaciones como la que refleja la STSJ de Andalucía de 29 de julio de 2014 —aunque en este supuesto, en principio, no sería de aplicación—, pero sí, en otros similares (F.D. OCTAVO):

«[...] Es cierto que el planeamiento urbanístico de Carboneras delimita una franja de protección de 50 metros a contar desde la línea exterior de la zona marítimo-terrestre, y así consta en el documento de aprobación definitiva del Plan Parcial del Sector R-5, adoptado por el Ayuntamiento de Carboneras el día 28 de mayo de 1987. En el citado acuerdo se dispuso, con la aprobación del Plano P-I del Plan Parcial Sector R-5, que los usos “serán los permitidos por el Art. 15 del documento de síntesis del PEPFMA publicada en el *BOJA* de 18 de mayo de 1987”.

Ahora bien, no cabe olvidar que los “espacios libres” a los que se refiere el Plan Parcial citado no son espacios libres de titularidad pública, antes bien, son espacios libres privados, es decir de propiedad en este caso de la mercantil Azata del Sol, por lo que al autorizar la licencia determinadas construcciones (piscinas, pasarelas del hotel y al parecer restau-

---

(23) Vid. Ángel MENÉNDEZ REXACH, «La nueva regulación de las costas. Un giro hacia el dominio privado marítimo-terrestre», conferencia pronunciada en el IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, 2014. El texto que manejo es el enviado por la organización, y la referencia concreta a esta cuestión se encuentra en la página 36.

rante), no puede afirmarse que se incurra en el vicio de nulidad de pleno derecho que define en el Art. 62.1.f) de la Ley 30/1992, que califica como nulos de pleno derecho “Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”.

Y no concurre este motivo de nulidad porque, en primer lugar, los terrenos en que se sitúan las instalaciones autorizadas por la licencia son propiedad del titular de la licencia y contrariamente a lo que afirma la Junta no tienen la calificación de espacio libre público ni zona verde pública, antes bien son completamente de titularidad privada, como resulta del proyecto de compensación del Sector obrante en el expediente administrativo, y por tanto se cumple el primer requisito esencial para adquirir el derecho a lo construido, que es la titularidad del terreno en que se sitúa la construcción (Art. 13 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana 6/1998, de 13 de abril, en adelante LS y Art. 50.F de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, Ley 7/2002 de 17 de diciembre, en adelante LOUA). Por consiguiente tampoco se puede entender vulnerado el art. 225 del Real Decreto legislativo 1/1992, de 26 de Junio, Texto Refundido de la Ley del Suelo, que es la norma de referencia invocada por la Junta de Andalucía, que reputa nulas de pleno derecho las licencias que se otorgaren con infracción de la zonificación o uso urbanístico de zonas verdes o espacios libres pues ya se ha dicho que estos terrenos son de titularidad privada y no tienen un uso residencial.

En segundo lugar al no tener la condición de construcciones residenciales —y sobre este extremo la demanda no ha practicado prueba de ninguna clase y de los planes obrantes en el expediente no se desprende existencia de construcciones de uso residencial en esta franja— no se incumple lo dispuesto en Art. 21 del PEPMFA que precisamente autoriza determinadas construcciones no residenciales.

En tercer lugar, si lo que se afirma es que las piscinas y pasarelas y, en su caso, restaurante contravienen esas construcciones autorizables por el PEPMFA es evidente que ello no afecta a un elemento esencial y no hay una contradicción frontal con el plan, pues es preciso acudir a una interpretación normativa que delimita, de forma negativa y excluyendo tan solo los residenciales, aquellos usos y construcciones autorizables, pero no impide todo uso y construcción. Luego no se trata de un vicio de nulidad de pleno derecho que justifique la revisión de oficio de un acto que fue firme y consentido por la propia Junta de Andalucía, que no lo recurrió en su momento habiendo tenido plena información del mismo, pues no se discute que se le notificó la licencia al tiempo de ser otorgada. [...]».

Debo recordar los requisitos legales vigentes para la declaración de obra nueva y su inscripción, a saber:

- Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley del Suelo, art. 20:

«Declaración de obra nueva.

1. Para autorizar escrituras de declaración de obra nueva en construcción, los notarios exigirán para su testimonio, la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística, así como certificación expedida por el técnico competente y acreditativa del ajuste de la descripción de la obra al proyecto que haya sido objeto de dicho acto administrativo.

Tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, exigirán, además de la certificación expedida por técnico competente acreditativa de la finalización de ésta conforme a la descripción del proyecto, los documentos que acrediten los siguientes extremos:

- a) el cumplimiento de todos los requisitos impuestos por la legislación reguladora de la edificación para la entrega de ésta a sus usuarios y
- b) el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan en la normativa vigente, salvo que la legislación urbanística sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable, en cuyo caso aquellas autorizaciones se sustituirán por los documentos que acrediten que la comunicación ha sido realizada y que ha transcurrido el plazo establecido para que pueda iniciarse la correspondiente actividad, sin que el Registro de la Propiedad resulte la existencia de resolución obstativa alguna.

2. Para practicar las correspondientes inscripciones de las escrituras de declaración de obra nueva, los Registradores de la Propiedad exigirán el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior.

3. En aquellos casos en los que la descripción de la obra terminada no coincida con la que conste en el Registro de la Propiedad por haberse producido modificaciones en el proyecto, la constancia registral de la terminación de obra se producirá mediante un asiendo de inscripción, cuya extensión quedará sujeta a lo previsto en el apartado 1 en relación con los requisitos para la inscripción de las obras nuevas terminadas.

4. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, en el caso de construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes, la constancia registral de la terminación de la obra se regirá por el siguiente procedimiento:

- a) Se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva que se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por el técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su

- descripción coincidente con e título. A tales efectos, el Registrador comprobará la inexistencia de anotación preventiva por incoación de expediente de disciplina urbanística sobre la finca objeto de la construcción, edificación e instalación de que se trate y que el suelo no tiene carácter demanial o está afectado por servidumbres de uso público general.
- b) Los Registradores de la Propiedad darán cuenta al Ayuntamiento respectivo de las inscripciones realizadas en los supuestos comprendidos en los números anteriores y harán constar en la inscripción, en la nota de despacho, y en la publicidad formal que expidan, la práctica de dicha notificación.
- c) Cuando la obra nueva hubiere sido inscrita sin certificación expedida por el correspondiente Ayuntamiento, éste, una vez recibida la información a que se refiere la letra anterior, estará obligado a dictar la resolución necesaria para hacer constar en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción de la declaración de obra nueva, la concreta situación urbanística de la misma, con la delimitación de su contenido e indicación expresa de las limitaciones que imponga al propietario.

La omisión de la resolución por la que se acuerde la práctica de la referida nota marginal dará lugar a la responsabilidad de la Administración competente en el caso de que se produzcan perjuicios económicos al adquirente de buena fe de la finca afectada por el expediente. En tal caso, la citada Administración deberá indemnizar al adquirente de buena fe de los daños y perjuicios causados» (24).

—PRC 2014, art. 28:

«Para la inscripción de las declaraciones de obra nueva y sus modificaciones en la zona de servidumbre de protección habrá de acreditarse la presentación de la declaración responsable recogida en el artículo anterior, salvo que tal extremo resulte de la licencia urbanística que autorice la construcción o la adecuación del uso al destino previsto en la norma de planeamiento. Tratándose de edificaciones o construcciones ubicadas en la servidumbre de tránsito será exigible el informe favorable a que se refiere el artículo anterior, salvo que se acredite su obtención por silencio o resulte de la propia licencia de edificación».

*Pero, —siguiendo la literalidad de la regulación legal (art. 13.bis.3)— si las declaraciones responsables se limitan a actuaciones consistentes en obras de reparación, mejora, consolidación y modernización, la consecuencia inmediata es que no podrían versar sobre obra nueva y, en consecuencia, no podrían ser objeto de inscripción. Si se tratase de una declaración de «obra nueva» vieja, es*

(24) La redacción de este artículo procede de la Disposición final 12.12 de la Ley 8/2013, de 26 de junio. Es llamativo, que el apartado 1.b) posibilita la sustitución de la licencia de obra nueva por una declaración responsable, a tenor de lo establecido en el texto, autorización «salvo que la legislación urbanística sujetase tales autorizaciones aun régimen de comunicación previa o declaración responsable».



*decir, dotar de dicha declaración a una obra antigua que no dispone de la misma, deberemos tener en cuenta lo establecido en el art. 20.4 del TRLS, en la nueva redacción otorgada por la Disposición Adicional de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbana.*

La declaración responsable es la contemplada para los supuestos establecidos en el PRC 2014, art. 27.3:

«Los titulares de las obras e instalaciones que tras la revisión del deslinde se incorporen a la zona de servidumbre de protección podrán realizar obras de reparación, mejora, consolidación y modernización siempre que no impliquen aumento de volumen, altura ni superficie.

A estos efectos se entenderá por obras de reparación, mejora, consolidación y modernización aquellas que se definen en la disposición transitoria decimocuarta.2 de este reglamento (25).

---

(25) *Vid.* PRC 2014, Disposición Transitoria Decimocuarta.2: «Desarrollo del apartado 2 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 22/1988, de 28 de julio. [...]».

2. A los efectos previstos en el apartado segundo de la disposición transitoria cuarta de la Ley 22/1988, de 28 de julio, se entenderá por:

a) Obras de reparación: intervenciones que, siendo su finalidad la conservación y el mantenimiento del inmueble o construcción, conlleven la sustitución o transformación de materiales, elementos o partes de los mismos, sin alterar su estructura y volumetría ni incidir en la estabilidad.

b) Obras de modernización y mejora: todas las que, sin modificar elementos estructurales, puedan realizarse dentro y fuera de una construcción, instalación o edificación y que incrementen la calidad y accesibilidad de la misma.

c) Obras de consolidación: obras de carácter estructural que tengan por objeto el afianzamiento, refuerzo o sustitución de elementos dañados de la estructura portante del edificio por otros iguales o de características similares que permitan mantener la estabilidad del inmueble.

d) Volumen: espacio delimitado por los parámetros exteriores de una construcción, edificación o instalación, independientemente de que estén construidas por encima o por debajo de la rasante, y de que su interior pueda estar vinculado a un uso determinado o sea un espacio no utilizable.

A estos efectos, no computará como aumento de volumen:

1) Los cierres de los parámetros frontales de terrazas y balcones que no se realicen con elementos opacos o de fábrica. (Sin duda —la observación es mía— la no inclusión en el cómputo de aumento de volumen de estos parámetros frontales de terrazas y balcones, supone un retroceso, pudiendo dar lugar o facilitando innecesarias ocupaciones).

2) La instalación de toldos sobre el terreno, las terrazas o en fachadas, cuando se realice mediante estructuras ligeras desmontables y sin cerramientos laterales.

3) Cuando quede suficientemente acreditada su necesidad, y con la menor incidencia posible:

La ejecución de obras e instalaciones tendentes a la adecuación a la normativa de accesibilidad, incluyendo la instalación de nuevos ascensores y sus casetas de operaciones en las azoteas de los edificios.

Las obras e instalaciones que garanticen el cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa sismo-resistente y de protección de incendios.

Las actuaciones necesarias para el cumplimiento de los requerimientos básicos relacionados con la Ley de Ordenación de la Edificación.

e) Altura: dimensión vertical medida desde la rasante de cada punto del perímetro de la protección horizontal de las construcciones, edificaciones e instalaciones existentes hasta su punto más alto, excluidos los elementos técnicos de las instalaciones.

f) Superficie: proyección horizontal de todos y cada uno de los planos que constituyen las diferentes plantas de las construcciones, edificaciones o instalaciones existentes sobre la parcela, incluyendo los cuerpos volados, buhardillas, altillos, porches, trasteros, garajes y demás construcciones, edificaciones e instalaciones complementarias que estén cubiertas, ya sea mediante forjados fijos o desmontables e independientemente de que estén construidos por encima o por debajo de la rasante.

g) Demolición: derribo o desaparición total o parcial de una construcción existente por cualquier causa.

En todo caso, de llegar a producirse por cualquier causa, una disminución del volumen de las construcciones, edificaciones e instalaciones existentes reguladas en el apartado 2 de la disposición transitoria cuarta de la Ley, su restablecimiento computará como nueva construcción, por lo que deberá estar a lo establecido en las disposiciones de la Ley 22/1988, de 28 de julio, y de este reglamento».

Estas obras deberán suponer una mejora en la eficiencia energética. A tal efecto y cuando les resulte aplicable, tendrán que obtener una calificación energética final que alcance una mejora de dos letras o una letra B, lo que se acreditará mediante la certificación de eficiencia energética, de acuerdo con lo previsto en el Real Decreto 235/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el procedimiento básico para la certificación de eficiencia energética de edificios de nueva construcción o con renovaciones importantes.

Asimismo, en estas obras, cuando proceda, se emplearán los mecanismos, sistemas, instalaciones y equipamientos individuales y/o colectivos que supongan un ahorro efectivo en el consumo de agua. En el caso de que afecten a jardines y espacios verdes, para su riego fomentarán el uso de recursos hídricos marginales, tales como aguas regeneradas o aguas de lluvia almacenadas».

Y detallada en el PRC 2014, art. 27.4:

«Las circunstancias a las que se refiere este apartado deberán acreditarse ante la Administración Autonómica, mediante una declaración responsable, de acuerdo con lo previsto en el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, con carácter previo a la autorización urbanística que proceda. En caso de que las obras o instalaciones afecte a la servidumbre de tránsito se requerirá que, con carácter previo, la Administración General del Estado emita un informe favorable en el que conste que la servidumbre de tránsito queda garantizada. Este informe deberá emitirse en el plazo de dos meses desde su solicitud, sin en dicho plazo no se emitiera se entenderá que tiene carácter favorable.

La declaración responsable deberá contener, al menos, la documentación acreditativa de la personalidad del peticionario, la declaración expresa de que las obras a realizar cumplen lo establecido en la Ley 22/1988, de 28 de julio y en este reglamento».

Además, nunca podría adquirirse por silencio administrativo facultades o derechos contrarios a la ley. Y efectúo esta afirmación, por el contenido del art. 9 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley del Suelo:

«7. Todo acto de edificación requerirá del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que sea preceptivo, según la legislación de ordenación territorial y urbanística, debiendo ser motivada su denegación. En ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística.

8. Con independencia de lo establecido en el apartado anterior, serán expresos, con silencio administrativo negativo, los actos que autoricen: [...]. b) Las obras de edificación, construcción e implantación de instalaciones de nueva planta.

9. Cuando la legislación de ordenación territorial y urbanística aplicable sujete la primera ocupación o utilización de las edificaciones a un régimen de comunicación previa o de declaración responsable, y de dichos procedimientos no resulte que la edificación cumple los requisitos necesarios para el destino al uso previsto, la Administración a la que se realice la comunicación deberá adoptar las medidas necesarias para el cese de la ocupación o utilización comunicada. Si no adopta dichas medidas en el plazo de seis meses, será responsable de los perjuicios que puedan ocasionarse a terceros de buena fe por la omisión de tales medidas. La Administración podrá repercutir en el sujeto obligado a la presentación de la comunicación previa o declaración responsable el importe de tales perjuicios. [...]» (26).

La consecuencia inmediata es la validez limitada de la declaración responsable, pues no sirve si contravienen las disposiciones legales vigentes. No se pueden adquirir facultades urbanísticas de este modo.

La experiencia contrastada demuestra que en materia de urbanismo esta opción legislativa es arriesgada. No hay más que recordar la inoperatividad cotidiana en materia de disciplina urbanística/restablecimiento de legalidad urbanística, en buena parte de los municipios españoles. Dicho con más claridad, lo usual, a tenor de lo que acontece de modo cotidiano, es que a pesar de vulnerar el contenido de esa declaración

---

(26) La redacción actual procede de la Ley 8/2013, de 26 de junio, Disposición Final 12.5. Tiene especial interés, respecto de los apartados 7 a 9, la jurisprudencia del TS (SSTS de 28 de enero de 2009, en recurso de casación en interés de la Ley, que ratifica que no se pueden obtener por silencio positivo facultades en contra de lo establecido por la Ley. Se trata de una excepción admitida al art. 43 LRJPAC. *Vid.* Luís MARTÍN REBOLLO, *Leyes Administrativas*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, pp. 2401-2402: «El apartado 8 de este artículo mantiene el carácter negativo o desestimatorio del silencio, como en el RD-Ley 8/2011, aunque la nueva redacción no es del todo idéntica y plantea algunos problemas. En primer lugar, el apartado 7 parece que exige autorización formal en al menos los actos de edificación (o sea, la licencia urbanística), bien que «según la legislación de ordenación territorial y urbanística». Aunque podría haber alguna duda desde la óptica competencial, entiendo que a partir de esa redacción (amparada en el art. 149.1.1.<sup>ª</sup> y 18.<sup>ª</sup> CE) la legislación urbanística a la que remite el precepto no puede sustituir la licencia por la comunicación previa, por ejemplo. La remisión parece ser a efectos exclusivamente procedimentales considerando, como digo, los títulos competenciales que el legislador alega para fundamentar su decisión.

Pero el apartado 8, en relación con el 7, genera también alguna confusión de carácter sistemático. Recuérdese que el inciso final del apartado 7 dice que «en ningún caso podrán entenderse adquiridas por silencio administrativo facultades o derechos que contravengan la ordenación territorial o urbanística»; una redacción coherente con el presupuesto antes señalado, esto es, el del silencio positivo. Pero si ahora se necesita autorización «expresa» y «con silencio administrativo negativo», va de suyo que no se pueden adquirir facultades «por silencio administrativo».

Por lo demás, como puede comprobarse comparando el apartado 8 del precepto y el art. 23 del RD-Ley 8/2011 del que trae causa, la equiparación no es completa. Ahora no se menciona la licencia de primera ocupación [apartado e) del art. 23 citado]. Esta ausencia parece que hay que analizarla desde la lectura de la letra g) [a salvo de una rectificación de errores dicha letra debería ser la e) puesto que el precepto salta de la letra d) a la f)] porque allí se posibilita que esa licencia puede excluirse y ser sustituida por un régimen de comunicación previa o declaración responsable «cuando la legislación de ordenación territorial y urbanística» así lo disponga. Previsión que, por cierto, avalaría la interpretación a que me he referido en el sentido de que en los demás casos, la legislación autonómica no podría prescindir de la licencia. Pero ¿y si no hay legislación autonómica que prevea la sustitución de la licencia por la comunicación previa?. En tales supuestos, a mi juicio, hay que estar al silencio negativo a que se refiere todo el apartado 8 y no a la regla común del art. 43 de la Ley 30/1992, precisamente porque la excepción se ubica formalmente como una letra más de un apartado del art. 9 TR, el 8, que parte del silencio negativo».

responsable, la Administración competente opte por la inactividad más absoluta, salvo causa de fuerza mayor.

En este contexto, se permite aumentar lo existente, en materia de obras e instalaciones, con el incremento urbanístico que esto supone de facto. También debo mencionar que, a las obras complementarias e instalaciones accesorias respecto de las edificaciones preexistentes, se pueden adicionar cerramientos (27), pues, aunque se prohíben, «no se considerarán cerramientos las paredes de las edificaciones debidamente autorizadas», sin necesidad de autorización (art. 45.3, PRC 2014). Y continúa la redacción de este precepto «sólo se podrán autorizar cerramientos opacos (en general) hasta una altura máxima de un metro y debiendo ser diáfanos por encima de dicha altura con, al menos, un 80 por 100 de huecos, salvo que se empleen elementos vegetales vivos». Y todo ello en un artículo (art. 45 PRC 2014), que regula las actuaciones no sujetas a autorización. Es decir, una redacción desafortunada y controvertida, donde las haya.

La conclusión es la posibilidad, permitida, de ampliar sine die, en el caso de edificaciones preexistentes, con obras complementarias e instalaciones accesorias, con paredes edificadas (pues no se consideran cerramientos), su superficie. Todo ello a pesar de las prohibiciones de aumento de volumen, altura ni superficie de las construcciones existentes. Y tanto en las preexistentes como en las autorizadas, la posibilidad de instalar cerramientos, más allá de las paredes de las edificaciones, que cumplan las disposiciones reglamentarias expuestas, a saber, hasta un metro de altura, y a partir de ese parámetro, con huecos o dejarlo tupido a través de elementos vegetales vivos.

Entre las prohibiciones en la zona de servidumbre de protección se incluyen las «edificaciones destinadas a residencia o habitación, incluyendo las hoteleras» (art. 46 PRC 2014), pero esta prohibición en nada afecta a las edificaciones preexistentes y a las autorizadas, y sus posibilidades ampliatorias en los términos expuestos. Además, es posible excepcionarla, a través de la autorización del Consejo de Ministros. Lo dicho, un auténtico galimatías de consecuencias incalculables.

Pero este análisis implica intuir que hay detrás de la literalidad de la regulación normativa y de sus consecuencias. Y efectúo esta afirmación, porque si se prohíben las edificaciones destinadas a residencia o habitación, incluyendo las hoteleras, ¿en que supuesto está pensando el legislador?. ¿En los restaurantes?. ¿En cualquier otro tipo de obra o instalación distinto del destinado a alojamiento: discotecas, actividad comercial, deportivas, cines, auditorios, centros escolares, polideportivos, iglesias, establecimientos bancarios, centros de día, equipamientos generales, piscinas, pasarelas, zona de vigilancia, zona de atención médica (Cruz Roja), sanitarios, duchas, fuentes, locutorios telefónicos, oficinas para uso común como zona administrativa de las obras e instalaciones, toboganes acuáticos, bares, zonas de juegos recreativos, zona de hamacas y parasoles, parking, etc?. ¿Se está refiriendo a la ejecución de obras o instalaciones tendentes a la adecuación normativa de accesibilidad, incluyendo la instalación de ascensores y sus casetas de operaciones en las azoteas de los edificios (incluidos

---

(27) *Vid.* RC 89, art. 44.3: «Sólo se podrán autorizar cerramientos opacos hasta una altura máxima de un metro y debiendo ser diáfanos por encima de dicha altura con, al menos, un 80 por 100 de huecos, salvo que se empleen elementos vegetales vivos. Asimismo podrán autorizarse cerramientos vinculados a los de concesiones en el dominio público marítimo-terrestre con las características que se determinen en el título concesional». Sobre esta cuestión, la STC 189/1991, F.J. 3.e) indica que las características de los cerramientos que puede autorizarse tienen el carácter de norma mínima de protección ambiental susceptible de ser complementada.

en la D.T. 14.ª.2)?). Porque excluyendo los usos residenciales, no impide todo uso y construcción. Y en cuanto a las dimensiones de lo construido no establece el art. 25 LC, ninguna limitación. Así lo determina, entre otras, la STSJ de Andalucía de 29 de julio de 2014, F D OCTAVO (ya citada y reproducida).

Sería posible pensar que desea rebasar el límite establecido por la STSJ de Murcia, de 25 de abril de 2011 (Recurso 1714/2003). Destaca el hecho de que si una actividad no está expresamente prohibida, no significa que este permitida, sino que habrá que estudiar el caso concreto. Si las playas son hoy día zonas de descanso o esparcimiento en las que se concentran gran cantidad de personas durante una determinada época del año, parece lógico que, justamente como complemento que permita un mejor disfrute del uso común al que las playas están naturalmente avocadas, cuenten con servicios. Naturalmente, éstos no pueden estar situados sobre el dominio público marítimo-terrestre, pero sí en la zona de servidumbre de protección. Esto implica tener en cuenta las obras complementarias e instalaciones accesorias sobre las existentes:

«TERCERO. [...] El quid de la cuestión consiste en determinar si las obras autorizadas tienen encaje en el Régimen específico establecido para la servidumbre de protección, que en lo que aquí interesa se contiene en el art. 25.2 de la Ley de Costas y en el art.46 de su Reglamento , que permiten la realización de “obras, instalaciones y actividades que por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación o presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio publico marítimo-terrestre, así como las instalaciones deportivas descubiertas.” A este respecto es obligado acudir a la jurisprudencia para conocer los criterios con los que se deben aplicar tales preceptos. Y así la STS 19 julio 2000 (Sala 3.ª Sección 5.ª) da luz suficiente para la resolución del tema debatido, al indicarnos lo siguiente: “En los otros dos motivos se alega infracción de preceptos estatales, y, en concreto, de la Ley de Costas y de su Reglamento; motivos que ya anunciamos no pueden prosperar.

A) En primer lugar, se alega infracción del artículo 25.2 de la Ley de Costas de 28 Jul. 1988 , a cuyo tenor en la zona de «servidumbre» de «protección» «solo se permitirán las obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación o presten servicios necesario o convenientes para el “uso” del dominio público marítimo terrestre [...]», no siendo, en opinión de los recurrentes, una cafetería una de esas obras autorizables. Pero no aceptaremos este motivo”.

El Tribunal de instancia estudia perfectamente esta cuestión y llega a la conclusión de que la edificación autorizada es de las permitidas en el artículo 25.2 de la Ley de Costas. Sus razones (que reproducimos por su claridad y acierto) son las siguientes:

«A la vista de ello, y no tratándose la edificación litigiosa de una instalación hotelera o de otra clase de edificación prohibida, solo podemos deducir que su eventual compatibilidad con lo dispuesto en el artículo 25.2 de la Ley de Costas ha de venir determinada por la interpretación que racionalmente hagamos de lo que debe entenderse por “obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no pueden tener otra ubi-

cación o presten servicios necesarios o convenientes para el «uso» del dominio público marítimo terrestre”».

CUARTO. El artículo 25.1 de la Ley de Costas establece que en la zona de servidumbre de protección estarán prohibidas: “a) Las edificaciones destinadas a residencia o habitación.” Y en el apartado 2 añade que “Con carácter ordinario sólo se permitirán en esta zona, las obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación o presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre, así como las instalaciones deportivas descubiertas...” Es evidente que la obra autorizada en el caso que nos ocupa no se encuentra entre las prohibiciones de la letra a) del apartado 1 del artículo 25 de la Ley de Costas, ni entre los restantes supuestos de prohibición de dicho artículo. Ahora bien, frente a lo que mantiene la Comunidad Autónoma, lo anterior no significa que todo lo que no está prohibido esté permitido. Y ello por cuanto el artículo 25.2 dispone expresamente que “sólo se permitirán” es decir, que las obras, instalaciones o actividades autorizables son únicamente las que reúnan los requisitos establecidos en dicho precepto y no cualesquiera otras que no estén prohibidas. La misma interpretación se obtiene si se atiende a la Disposición Transitoria Tercera. 3 de la Ley de Costas, en su redacción vigente en la fecha en que se dictó la resolución autorizando las obras:

“Los terrenos clasificados como suelo urbano a la entrada en vigor de la presente Ley estarán sujetos a las servidumbres establecidas en ella, con la salvedad de que la anchura de la servidumbre de protección será de 20 metros. No obstante, se respetarán los usos y construcciones existentes, así como las autorizaciones ya otorgadas, en los términos previstos en la disposición transitoria cuarta. Asimismo, se podrán autorizar nuevos usos y construcciones de conformidad con los planes de ordenación en vigor, siempre que se garantice la efectividad de la servidumbre y no se perjudique el dominio público marítimo-terrestre. [...].

Para la autorización de nuevos usos y construcciones, de acuerdo con los instrumentos de ordenación, se aplicarán las siguientes reglas:

1.º. Cuando se trate de usos y construcciones no prohibidas en el artículo 25 de la Ley y reúnan los requisitos establecidos en el apartado 2.º del mismo, se estará al régimen general en ella establecido y a las determinaciones del planeamiento urbanístico.”

Por tanto, no basta con que se trate de una construcción no prohibida por el artículo 25, sino que es necesario además que se reúnan los requisitos establecidos en su apartado 2.º. Y dicho apartado, como se ha señalado, exige que se trate de obras, instalaciones o actividades que por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación o presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre, así como las instalaciones deportivas descubiertas.

La expresión “obras [...] que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación”, ha de ser entendida en el sentido que se establece por el Tribunal Supremo, Sala Tercera, en sentencia, entre otras, de 31 de mayo de 2006. Si bien ésta jurisprudencia se refiere a actividades en dominio

público marítimo terrestre la interpretación de la frase en cuestión es aplicable, salvadas las distancias y teniendo en cuenta el distinto régimen jurídico del demanio público y de la zona de servidumbre de protección, a las obras realizadas en ésta. Así, declara el Alto Tribunal:

«Como hemos señalado, la infracción concreta se sitúa en los artículos 25 y 32 de la citada LC . Este último, reza así:

“Únicamente se podrá permitir la ocupación del dominio público marítimo-terrestre para aquellas actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación”.

En síntesis, considera la recurrente que sus instalaciones no se encuentran entre las expresamente prohibidas por los artículos 32.2 y 25.1 de la misma Ley , dada la interpretación restrictiva que se realiza.

Por lo que hace referencia al concepto de “actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación”, en nuestra STS de 17 de julio de 2003 nos hemos ocupado del mismo (y lo hemos reiterado en la STS de 26 de octubre de 2005):

“Cuando el artículo 32-1 de la Ley de Costas 22/1988 dispone que «únicamente se podrá permitir la ocupación del dominio público marítimo-terrestre para aquellas actividades o instalaciones que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación», no se está refiriendo a las actividades o instalaciones, cualquiera que sea su naturaleza, que por motivos legales (v.g., determinaciones urbanísticas) o por motivos materiales (v.g. configuración de los terrenos) no puedan instalarse en otro sitio, sino, para empezar, a actividades o instalaciones de una naturaleza determinada, es decir, no a cualquiera. Y esa naturaleza determinada es aquella que impone su ubicación en el dominio público marítimo terrestre, y no en cualquier otro lugar. Esta es la única interpretación posible a la vista de la utilización por la norma del concepto de «naturaleza» de la actividad, que sobraría en otro caso.

Por eso, cuando el Reglamento de la Ley de Costas aprobado por Real Decreto 1471/89, de 1 de diciembre, dispone en su artículo 60 que estas actividades o instalaciones son, primero, las que por sus características requieran la ocupación del dominio público marítimo terrestre, y, segundo, las de servicio público o al público que, por la configuración física del tramo de costa en que resulte necesario su emplazamiento no puedan ubicarse en los terrenos colindantes con dicho dominio, está partiendo siempre de la base de que se trata de actividades que, por su naturaleza, requieren o bien la ocupación del dominio público o bien su emplazamiento en un tramo de costas determinado».

De acuerdo con esta doctrina es evidente que para que pueda autorizarse una construcción o instalación nueva es preciso que con su ubicación en la zona de servidumbre de protección se trate de dar un servicio público o al público, y que dicho servicio sea conveniente para el uso del dominio público marítimo-terrestre. En este sentido, esa relación entre ambos elementos se destaca en la sentencia antes citada de esta Sala que invoca la de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2000 , en la que se declara lo siguiente:

«A este propósito, señalemos que las playas, a cuyo servicio dice estar la edificación litigiosa, son bienes cuya utilización, leemos en el artículo 31 de la Ley de Costas, es pública y gratuita para los usos comunes y acordes con su naturaleza, tales como pasear, estar, bañarse, etc. Usos comunes y acordes con la naturaleza de las playas cuya dimensión colectiva es notoria en la temporada estival y cuyo componente lúdico o de esparcimiento no podemos olvidar. Si las playas son hoy día zonas de descanso o esparcimiento en las que se concentran gran cantidad de personas durante una determinada época del año, parece lógico que, justamente como complemento que permita un mejor disfrute del uso común al que las playas están naturalmente avocadas, cuenten con servicios de hostelería, zona de vigilancia, de atención médica (Cruz Roja), sanitarios, duchas, fuentes y locutorios telefónicos, no siendo otros a los que responden las instalaciones litigiosas. Naturalmente, éstas no pueden estar situadas sobre el dominio público marítimo-terrestre, pero sí en la zona de servidumbre de protección puesto que prestan servicios necesarios o convenientes para el uso de la playa, que es lo que la normativa sobre costas exige. Por ello, no tratándose de una edificación prohibida sobre la zona de servidumbre de protección, la controvertida en el presente proceso no incumple con lo dispuesto en la Ley y Reglamento de Costas, y es coherente con la idea de servicio necesario o conveniente al uso común propio de las playas».

Se trata, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, de una cuestión casuística y que ha de atender a las circunstancias concretas del supuesto planteado, de lo que resulta la irrelevancia de la prueba documental practicada en autos, que además tampoco podría vincular en cuanto a actuaciones precedentes de la Administración puesto que, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo, no cabe la igualdad en la ilegalidad.

Partiendo de la anterior, y centrándonos en el presente caso, lo autorizado es la instalación de un restaurante, y es evidente que para el "uso" de la playa, en términos generales, es conveniente la existencia de este tipo de instalaciones pues con ello se da un servicio de restauración a las personas que acuden a la misma. Por tanto, no se trata sólo de una instalación no prohibida, cuestión que no admite duda alguna, sino que entiende esta Sala que cumple además los requisitos exigidos por el artículo 25.2, es decir, que por su naturaleza (dar un servicio al público que acude a la playa y a la servidumbre de tránsito) requiere su ubicación en zona de servidumbre de protección y además presta un uso conveniente para la utilización del dominio público marítimo terrestre. Ese fue el criterio mantenido por este tribunal en la sentencia antes citada, en la que se trataba de unas instalaciones de camping, que incluían un taller y un almacén para el mantenimiento de tales instalaciones. En el presente caso en la planta baja de la edificación se encontraría un restaurante y en la alta se habla de "oficinas," pero frente a lo que entiende la Administración demandante no se trata de un "edificio de oficinas" sino de una zona administrativa que responde a las necesidades de la propia instala-



ción, y que comprende según el proyecto técnico presentado un despacho, una zona común y una terraza. Por tanto, la instalación autorizada no es la de oficina, sino la de restaurante con una planta destinada a las tareas administrativas derivadas de la propia actividad de restaurante. Y en cuanto a las dimensiones de lo construido, no procede aplicar en este extremo analógicamente lo establecido para las edificaciones de servicio de playa en el dominio público marítimo terrestre, como son los establecimientos expendedores de comidas y bebidas, pues el artículo 25 de la Ley de Costas no establece limitación alguna en tal sentido, ni superficies máximas de las construcciones.

Por último, es de señalar que el error en que incurre la resolución de 8 de enero de 2003 al señalar que las obras se encuentran en parcela sita en el término municipal de San Javier, es expresamente subsanado en la Orden resolutoria de 29 de abril de 2003, que claramente señala que se trata del municipio de Cartagena. La propia Demarcación de Costas incurrió en tal error en el informe emitido en el expediente».

Y de modo indirecto se penaliza a los que no han construido nada, favoreciendo a todos los que construyeron con anterioridad a la entrada en vigor de la LC con autorización, o sin autorización, pero que posteriormente esas edificaciones fueron legalizadas. O los propietarios de las construcciones autorizadas con anterioridad a la entrada en vigor de la LC pero construidas con posterioridad a la misma y que igualmente resultaron contrarias a la legislación vigente en su momento. Evidentemente, en estos supuestos, se trataría de obras e instalaciones ubicadas en terrenos que tras el primer deslinde efectuado tras la entrada en vigor de la LC quedaron incluidos en la zona de servidumbre de protección, y ahora se ven favorecidos por la reforma legal y reglamentaria que estoy analizando. *Es decir, las edificaciones existentes en el ámbito de la servidumbre de protección reducida en vigor, por aplicación de la D.T. primera, se podrán legalizar, y por tanto, habrá zonas con servidumbre de protección reducida con distintos regímenes. En unas se podrá edificar y en otras no.*

Respecto de la legalización de obras e instalaciones construidas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 22/1988, de 28 de julio, sin licencia municipal, en tramos de costa deslindados, la Ley 2/2013, de 29 de mayo, en el art. 1.40, otorga una nueva redacción a la letra c) del apartado 2 de la Disposición Transitoria 4.<sup>a</sup>, y queda redactada del siguiente modo:

«2. En las obras e instalaciones legalizadas conforme a lo previsto en el apartado anterior («1. Las obras e instalaciones construidas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, sin la autorización o concesión exigible con arreglo a la legislación de costas entonces vigente, serán demolidas cuando no proceda su legalización por razones de interés público»), así como en las construidas o que puedan construirse al amparo de licencia municipal y, cuando fuera exigible, autorización de la Administración del Estado otorgada con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, que resulten contrarias a lo establecido en la misma, se aplicarán las siguientes reglas: [...]. c) En el resto de la zona

de servidumbre de protección y en los términos en que la misma se aplica a las diferentes clases de suelo conforme a lo establecido en la disposición transitoria tercera, podrán realizarse obras de reparación, mejora, consolidación y modernización siempre que no impliquen aumento de volumen, altura ni superficie de las construcciones existentes y sin que el incremento de valor que aquellas comporten pueda ser tenido en cuenta a efectos expropiatorios. En caso de demolición total o parcial, las nuevas construcciones deberán ajustarse íntegramente a las disposiciones de esta Ley».

El PRC 2014, en la D.T. 13.<sup>a</sup>, que desarrolla el apartado 1 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 22/1988, de 28 de julio, en su apartado 3 establece: «Cuando se trate de obras o instalaciones construidas sin licencia municipal en la franja comprendida entre los 20 y 100 metros de la zona de protección, el procedimiento de legalización se tramitará por la Corporación o autoridad correspondiente, conforme a lo establecido en la legislación urbanística y se iniciará de oficio o a instancia del órgano competente de la Comunidad Autónoma o del Servicio Periférico de Costas».

El desarrollo del apartado 2 de la disposición transitoria cuarta de la Ley 22/1988, de 28 de julio, se aborda en el PRC 2014, D.T. 14.<sup>a</sup>, estableciendo que «1. En las obras e instalaciones legalizadas conforme a lo previsto en la disposición transitoria anterior, así como en las construidas o que puedan construirse al amparo de licencia municipal y, cuando fuera exigible, autorización de la Administración General del Estado otorgada con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, que resulten contrarias a lo establecido en la misma, se aplicarán las siguientes reglas: [...]. c) En el resto de la zona de servidumbre de protección y en los términos en que la misma se aplica a las diferentes clases de suelo conforme a lo establecido en la disposición transitoria tercera, podrán realizarse obras de reparación y mejora, consolidación y modernización, siempre que no impliquen aumento de volumen, altura ni superficie de las construcciones existentes y sin que el incremento de valor que aquéllas comporten pueda ser tenido en cuenta a efectos expropiatorios. En caso de demolición total o parcial, las nuevas construcciones deberán ajustarse íntegramente a las disposiciones de esta Ley» (28). Cuestión distinta debería ser —y no se ha contemplado en el proyecto— el tratamiento de aquellos supuestos de recuperación de edificaciones en el caso de catástrofes naturales, estragos u otros

---

(28) Un estudio pormenorizado de esta cuestión lo podemos encontrar en: Ángel Manuel MORENO MOLINA, «Disposiciones sobre la servidumbre de protección», en Juan Francisco PÉREZ GÁLVEZ (Dir.), *Costas y urbanismo. El litoral tras la Ley 2/2013, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley de Costas*, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 2013, pp. 566-580.

Vid. PRC 2014, D.T.14.<sup>a</sup>.3: «La prohibición de aumento de volumen, altura y superficie de las construcciones existentes, contenida en el apartado segundo de la disposición transitoria cuarta de la Ley 22/1988, de 28 de julio, es de aplicación a la totalidad de la unidad edificatoria, independientemente de la parte de la construcción sobre la que se pretenda actuar. La actuación sobre una parte no implicará el reconocimiento de la legalidad del resto de la unidad parcelaria. Se entenderá por unidad edificatoria el conjunto de elementos arquitectónicos, estructural y funcionamiento relacionados, que forman un cuerpo constructivo independiente. Se entenderá por unidad parcelaria la finca o superficie de terreno que constituye una unidad física e inscrita como tal en Registro público».

supuestos análogos de fuerza mayor suficientemente acreditados, que quedan sin cobertura jurídica.

El Servicio Periférico de Costas podrá solicitar del Registrador de la Propiedad toma de nota marginal expresiva de las circunstancias que concurren en los inmuebles afectados por lo previsto en la disposición transitoria cuarta de la Ley (PRC 2014, D.T. 14.<sup>a</sup>.6).

La Ley de Costas de 1988, en su redacción originaria, estableció respecto de las edificaciones existentes disconformes con la legislación aprobada, la posibilidad de mantenerlas hasta la extinción de la concesión si estaban ubicadas en el dominio público, o indefinidamente, si se encontraban en terrenos afectados por la servidumbre de protección. Dicho de otro modo, si el régimen desarrollado por el RC 89 estableció un régimen de fuera de ordenación atenuado, salvo para las obras que implicasen un aumento de volumen de la edificación existente en la zona de servidumbre de protección, y un régimen estricto de fuera de ordenación en la zona de servidumbre de tránsito, con la modificación legal y reglamentaria expuesta (Ley 2/2013 y PRC 2014) se ha modificado el régimen jurídico de la dimensión de la servidumbre de protección, se posibilita la legalización de aquellas que ahora quedan reubicadas, y el de las obras que se pueden realizar legalmente, haciendo más permisivo el régimen de las reformas disconformes en el dominio público y en la zona de tránsito.

En los supuestos de obras, instalaciones o actividades en zona de servidumbre de protección en tramos de costa no deslindados, la Administración del Estado debe exigir la autorización prevista en el art. 26 para las servidumbres legales respecto de los usos permitidos en la zona de servidumbre de protección, cuyo otorgamiento corresponde a las Comunidades Autónomas o los Ayuntamientos (LC 88, D.T. 7.<sup>a</sup>.1). Así lo estableció la STC 149/1991, de 4 de julio, al establecer en el F.3.D) d): «[...] las Comunidades Autónomas o, en su caso, a los Ayuntamientos, que, como es obvio, deberán ajustarse a la normativa estatal, incluida la que se dicte para la protección de determinados tramos de costa previstos en el art. 22, así como a la que, en su caso, resulte de la legislación autonómica y de los correspondientes instrumentos de ordenación, cuya infracción podrá ser eventualmente corregida por la jurisdicción correspondiente».

Para conseguirlo será preciso que defina provisionalmente y haga pública, acompañada del correspondiente plano, la línea probable de deslinde y la extensión de la zona de servidumbre en el plazo máximo de un mes, a contar desde la fecha de solicitud de la autorización o del requerimiento para que ésta se solicite. En caso de discrepancia, el otorgamiento de la autorización quedará condicionado a la aprobación previa o simultánea del deslinde, que se tramitará con carácter preferente.

En estos términos, el PRC 2014, en la D.T. 21.<sup>a</sup>, desarrolla el apartado 1 de la disposición transitoria séptima de la LC 88: «1. En los supuestos de obras, instalaciones o actividades en zona de servidumbre de protección en tramos de costa no deslindados conforme a lo previsto en la Ley 22/1988, de 28 de julio, la Comunidad Autónoma correspondiente exigirá la autorización a que se refiere el artículo 49 de este reglamento, a cuyo efecto solicitará, previamente, del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente que facilite, en el plazo de un mes, la definición provisional de la Línea probable de deslinde y la extensión de la zona de servidumbre. No

obstante, en caso de discrepancia, el otorgamiento de la autorización quedará condicionado a la aprobación previa o simultánea del deslinde, que se tramitará con carácter preferente» (29).

También es razonable pensar que la disposición reglamentaria estaría vulnerando la ley, y por tanto, sería ilegal, en virtud de la aplicación de la doctrina del complemento indispensable, como ha sido admitido por la jurisprudencia (STS de 1 de junio de 1973): «[...] las normas reglamentarias de desarrollo de un texto legal no pueden, en ningún caso, limitar los derechos, las facultades ni las posibilidades de actuación contenidas en la ley misma (sentencias entre otras, de 5 y 14 de mayo, 6 de julio de 1972, y 19 de junio de 1967, etc), dado que de acuerdo con su naturaleza deben limitarse a establecer las reglas o normas precisas para la explicación, aclaración y puesta en práctica de los preceptos de la ley, pero no contener mandatos normativos nuevos y menos restrictivos de los contenidos en el texto legal; tesis ya mantenida en la sentencia de la sala de 23 de junio de 1979», o en la STS de 19 de diciembre de 2000, y en disposiciones legales más recientes (Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de organización, competencia y funcionamiento del gobierno, art. 23): «2. Los reglamentos no podrán regular materias objeto de reserva de ley, ni infringir normas con dicho rango. [...]».

Otro supuesto nada desdeñable es el de aquellos terrenos, propiedades o inmuebles situados parcialmente en la zona de servidumbre de protección. Es decir, que intersectan entre la misma y el dominio público. Su estudio desbordaría con creces las dimensiones requeridas en este trabajo por parte de los editores.

La finalidad originaria de las disposiciones transitorias era establecer la regulación legal de todas aquellas situaciones generadas tras el primer deslinde. Ahora, se va más allá, al retrotraer el nuevo régimen jurídico, con independencia, de que ese primer deslinde ya hubiera sido efectuado.

El proyecto de reglamento de la Ley de Costas en este apartado —obras complementarias e instalaciones accesorias— dista de ser claro y respetuoso con el espíritu y finalidad del grupo normativo regulador al que pertenece. Y desde luego el carácter de norma mínima de protección medioambiental, susceptible de ser complementada, al que aludía la STC 198/1991, queda desvirtuado.

Trabajo recibido el 6 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(29) *Vid.* PRC 2014, D.T. 20.º:

«2. A efectos de lo previsto en el apartado anterior, el Servicio Periférico de Costas anunciará en el «Boletín Oficial» de la provincia, en un diario de los de mayor circulación y en su propio tablón de anuncios, que el plano de definición provisional de la línea probable de deslinde, correspondiente al expediente de autorización incoado por la Comunidad Autónoma, se encuentra a disposición de cualquier persona que quiera consultarlo y formular alegaciones durante un período de quince días. Cuando el promotor de la actuación no sea el propietario del terreno, se dará audiencia a éste por el mismo plazo. Todo ello sin perjuicio de lo que pueda resultar en el correspondiente expediente de deslinde.

3. Simultáneamente con las actuaciones previstas en el apartado anterior, el Servicio Periférico de Costas informará sobre los otros extremos a que se refiere el artículo 50.1 de este reglamento».

**LABURPENA:** Itsasertza, kostaldea eta babes-zorgunea eremu eztabaidagarriak dira aspaldi-aspalditik. 2/2013 Legea dela-eta —itsasbazterraren babes eta erabilera jasangarriari buruzkoa eta Kostaldeeii buruzko Legea aldatzen duena—, kontrako sentimendu eta iritziak sortu dira. Kostaldeeii buruzko legearen erregelamendu-proiektua lege hori garatzekoa da eta bereziki eztabaidagarriak diren alderdiak jorratzen ditu. Horien artean, obra eta instalazio osagarriei buruzko arau berriak daude. Arau horiek idazketa berriaren arabera duten eraginarekin azterketa xehatua da lan honen helburu nagusia. Agian, alderdi horretan, erregelamendu-proiektua ez da batere argia, eta urruti dago dagokion arau-multzoaren espiritu eta xedetik.

**HITZ GAKOAK:** Kostaldea. Babes-zorgunea. Obra osagarriak. Instalazio osagarriak. Debekuak.

**RESUMEN:** El litoral, la costa y la servidumbre de protección han sido secularmente espacios controvertidos. La Ley 2/2013, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley de Costas ha venido a sumar sentimientos y opiniones encontradas. El Proyecto de Reglamento de la Ley de Costas, en desarrollo del mandato legal, aborda aspectos especialmente sugerentes. Entre ellos se encuentra la nueva regulación de las obras complementarias e instalaciones accesorias. El análisis detallado de su alcance en esta redacción preliminar y los límites del mismo, son el objeto fundamental de este trabajo. Quizás el proyecto de Reglamento, en este apartado, dista de ser claro y respetuoso con el espíritu y finalidad del grupo normativo regulador al que pertenece.

**PALABRAS CLAVE:** Costa. Servidumbre de protección. Obras complementarias. Instalaciones accesorias. Prohibiciones.

**ABSTRACT:** The litoral, the coast and the protection easement have secularly been controversial spaces. Act 2/2013 on protection and sustainable use of litoral and of modification of Act of Coasts has come to add feelings and mixed opinions. The bill of Regulation's draft of the Act of Coasts in implementation of the legal mandate deals with specially controversial facets. Among them the new regulation of complementary works and secondary facilities. The detailed analysis of its scope in this preliminary drafting and its limits are the fundamental aim of this work. Perhaps the Regulation's draft, regarding this paragraph is far from being clear and respectful with the spirit and purpose of the regulatory normative set of rules to which it belongs.

**KEYWORDS:** Coast. Protection easement. Complementary works. Secondary facilities. Prohibitions.



# Obligaciones de los Estados miembros en materia de gestión de los Espacios Natura 2000 derivadas de los apartados 1 y 2 del artículo 6 de la *Directiva Hábitats*

Juan José Pérez Pérez

**Sumario:** I. Introducción.—II. Las medidas de conservación. El artículo 6.1 De la *Directiva Hábitats*. II.1. Alcance del apartado 1 del art. 6 De la *directiva hábitats* y contenido de las «medidas de conservación necesarias»: el concepto de conservación, el estado de conservación favorable y las «exigencias ecológicas». II.2. Forma de las «medidas de conservación necesarias»: los «planes de gestión» y las medidas reglamentarias, administrativas o contractuales. II.2.A. Los «planes de gestión» en los espacios de la red natura 2000. A) Breves consideraciones en torno a la planificación de los recursos naturales como técnica de protección ambiental. B) Caracterización de los planes relativos a espacios y recursos naturales como normas jurídicas o como meros acuerdos programáticos. C) Planes de gestión «adecuados»: una opción útil pero no obligada para la adopción de las medidas de conservación. Los objetivos de conservación del lugar y los conocimientos científicos como parámetro de control de los incumplimientos estatales. II.2.B. Las medidas reglamentarias, administrativas o contractuales: la obligatoriedad de adoptar medidas de conservación adecuadas a través de la opción por alguna de estas tres categorías. II.2.C. El contrato territorial: algunos argumentos para la defensa de su validez como medio para la implantación de las apropiadas medidas de conservación exigidas por la *Directiva Hábitats*.—III. Las medidas apropiadas para evitar el deterioro de los hábitats y las alteraciones en las especies. III.1. Alcance del art. 6.2 De la *Directiva Hábitats*: los límites de una disposición «preventiva» de deterioros de hábitats y alteraciones de especies. III.2. Deterioro de hábitats y alteración de especies como conceptos ligados a los objetivos de la *Directiva Hábitats*.—IV. Conclusiones.

## I. Introducción

La Directiva 92/43 CEE del Consejo, de 21 de mayo 1992 relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, conocida como *Directiva Hábitats*, crea en su artículo 3.1 una Red ecológica europea coherente de Zonas Especiales de Conservación (Red Natura 2000).

En esa red ecológica creada en la Unión para la conservación de especies de fauna y flora silvestres y de hábitats naturales de importancia comunitaria, se inte-

gran los parajes designados conforme a la citada Directiva y, además, los designados conforme a la Directiva 2009/147/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la conservación de las aves silvestres, *Directiva Aves*.

El objetivo general de la *Directiva Hábitats* es el de contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres en el territorio europeo de los Estados miembros al que se aplica el Tratado.

Los hábitats y especies contemplados por ambas Directivas forman parte del patrimonio natural de la Unión y las amenazas que pesan sobre ellos tienen a menudo un carácter transfronterizo, de manera que la adopción de medidas de conservación constituye una responsabilidad común de todos los Estados miembros.

Para salvaguardar los intereses de conservación de los espacios naturales, los Estados miembros tienen que acometer una serie de tareas que se contemplan en el artículo 6 de la *Directiva Hábitats*, precepto que desempeña un papel fundamental en la gestión de los espacios que conforman la Red Natura 2000.

Así, tal y como explicábamos en un trabajo anterior(1), los Estados miembros debían designar los Lugares de Importancia Comunitaria (LICs) como Zonas Especiales de Conservación (ZECs) lo antes posible y como máximo en un plazo de seis años(2). Igualmente, conforme a la *Directiva Aves*, tienen la obligación de declarar los territorios correspondientes como Zonas de Especial Protección de Aves (ZEPAs o ZPE), incurriendo en incumplimiento de sus obligaciones en caso contrario(3).

Tras esa designación de las ZECs existen otras obligaciones de los Estados miembros puesto que éstos deben fijar las medidas de conservación necesarias que respondan a las exigencias ecológicas de los tipos de hábitats naturales del Anexo I y de las especies del Anexo II presentes en los lugares (art. 6.1. *Directiva Hábitats*). Además, incluso con anterioridad a su designación, deben otorgar a esas ZECs un régimen jurídico adaptado al Derecho europeo que evite el deterioro de los hábitats y las alteraciones de las especies a proteger (Artículo 6.2 *Directiva Hábitats*)(4). Estas obligaciones derivadas de los apartados 1 y 2 del artículo 6 de la *Directiva Hábitats* constituyen el objeto de estudio del presente trabajo.

Por otra parte, conforme a los apartados 3 y 4 del artículo 6 de la indicada Directiva, existe una obligación de evaluar planes y proyectos que puedan afectar a estos espacios protegidos. No obstante, debido a la especificidad y extensión de esta cuestión, no se abordará en el presente trabajo su análisis.

(1) PÉREZ PÉREZ, J.J., «Red Natura 2000: margen de apreciación estatal, evaluación de la importancia comunitaria de los lugares y situación actual de la red en Gipuzkoa», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 97, 2013, pp. 379 a 420.

(2) Artículo 4.4 de la *Directiva Hábitats*. El plazo se cuenta desde que la Comisión mediante Decisión aprueba la lista de lugares seleccionados como LICs de una concreta región biogeográfica en la que un lugar concreto fue incluido como tal por vez primera.

(3) Sentencia de 7 de diciembre de 2000, *Comisión c. Francia*, C-374/98, ap. 17.

(4) Así lo ha exigido el TJ, por ejemplo, en la Sentencia de 14 de octubre de 2010, C-535/07, ap.48. En cuanto al momento desde que es obligada la protección de los espacios, Sentencia del TJUE de 13 de enero de 2005 —Sentencia *Dragaggi*—, C-117/03, ap. 25 a 29.



Para la interpretación del artículo 6 de la *Directiva Hábitats*, la Comisión ha elaborado varios documentos de referencia(5). En este trabajo, para abordar el estudio de esta materia, nos vamos a basar, en gran parte, en esos documentos, ofreciendo explicaciones que ayuden a comprender el alcance y contenido de las obligaciones que de este artículo se derivan. Igualmente haremos referencia a la jurisprudencia en la materia emanada del TJ y a diversas opiniones doctrinales en torno a esta disposición de la *Directiva Hábitats*.

## II. Las medidas de conservación. El artículo 6.1 De la *Directiva Hábitats*

El artículo 6.1 de la *Directiva Hábitats* indica que, con respecto a las ZECs, los Estados miembros fijarán «las medidas de conservación necesarias(6) que implicarán, en su caso, adecuados planes de gestión, específicos a los lugares o integrados en otros planes de desarrollo, y las apropiadas medidas reglamentarias, administrativas o contractuales, que respondan a las exigencias ecológicas de los tipos de hábitats naturales del Anexo I y de las especies del Anexo II presentes en los lugares»(7). Para la comprensión de las medidas de conservación que deben adoptar los Estados miembros, es necesario explicar los diversos conceptos contenidos en este precepto.

---

(5) En el año 2000, la Comisión elaboró el documento *Gestión de espacios NATURA 2000. Disposiciones del artículo 6 de la Directiva 92/43/CEE sobre hábitats*. Se trata de una guía de interpretación del artículo 6 de la Directiva sobre los hábitats y tiene por objeto «proporcionar a los Estados miembros una serie de orientaciones sobre la interpretación de algunos conceptos básicos que se emplean en el artículo 6 de la Directiva sobre Hábitats», así como plasmar la intención de la Comisión «de facilitar la interpretación del artículo 6 a las autoridades competentes de los Estados miembros». Es a dichas autoridades nacionales, y no a organismos o ciudadanos, a quienes fundamentalmente se dirige. No obstante, el documento también tiene el propósito de servir «para aclarar a las distintas entidades y agrupaciones interesadas los aspectos prácticos de la Directiva sobre Hábitats, sobre todo si los Estados miembros completan esta guía con recomendaciones más pormenorizadas». La propia guía indica que la misma refleja la opinión de los servicios de la Comisión y no es vinculante, puesto que, en última instancia, es al TJUE a quien compete la labor de interpretar las Directivas. Pese a que la versión que vio la luz en el año 2000 afirma no ser «definitiva», no se han publicado posteriores versiones. El documento, de «carácter interpretativo», es mencionado en diversas Conclusiones de los Abogados Generales, e incluso alguna Sentencia el TJ se vale de él (Sentencia de 7 de septiembre de 2004, C-127/02, ap. 41). La guía se encuentra disponible en: [http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/provision\\_of\\_art6\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/provision_of_art6_es.pdf) y se complementa con otras posteriores acerca de los apartados 3 y 4 del artículo 6.

(6) La Sentencia de 10 de mayo de 2007, C-508/04, ap. 73 a 81, recuerda que la *Directiva Hábitats* establece normas complejas y técnicas en el ámbito del Derecho del medio ambiente y que los Estados miembros están especialmente obligados a velar por que su legislación, destinada a adaptar el ordenamiento interno a dicha Directiva, sea clara y precisa.

(7) Por su parte, para los Espacios Protegidos de la Red Natura 2000, el artículo 45 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (LPNB), en consonancia con el artículo 6.1 de la *Directiva Hábitats*, establece que respecto de las ZECs y ZEPAs, las CC.AA. fijarán las medidas de conservación necesarias, que respondan a las exigencias ecológicas de los tipos de hábitats naturales y de las especies presentes en tales áreas, que implicarán: a) Adecuados planes o instrumentos de gestión, específicos a los lugares o integrados en otros planes de desarrollo que incluyan, al menos, los objetivos de conservación del lugar y las medidas apropiadas para mantener los espacios en un estado de conservación favorable. Estos planes deberán tener en especial consideración las necesidades de aquellos municipios incluidos en su totalidad o en un gran porcentaje de su territorio en estos lugares. b) Apropriadas medidas reglamentarias, administrativas o contractuales.

## II.1. Alcance del apartado 1 del art. 6 de la Directiva Hábitats y contenido de las «medidas de conservación necesarias»: El concepto de conservación, el estado de conservación favorable y las «exigencias ecológicas»

La obligación establecida en el apartado 1 del artículo 6 de la *Directiva Hábitats* se diferencia de la establecida en el apartado 2 en que ésta se encuentra destinada a evitar el deterioro de hábitats y especies, mientras que en el artículo 6.1 se prevén medidas positivas como planes de gestión y medidas reglamentarias, administrativas o contractuales, para alcanzar el objetivo general de la Directiva.

La razón de ser de su establecimiento es la necesidad de «reestablecer un equilibrio ecológico ya perdido o en trance de serlo» (8), por lo que va más allá de la mera obligación de evitar el deterioro de hábitats y especies, pudiendo requerir medidas activas, puesto que, al fin y al cabo, conforme al artículo 3.1 de la Directiva, las ZECs deben garantizar el mantenimiento o el restablecimiento, en un estado de conservación favorable, de los tipos de hábitats naturales y de los hábitats de especies en cuestión en su área de distribución natural.

Este apartado establece un régimen de conservación general que se aplica a todas las ZECs de la Red Natura 2000, sin excepción, y a todos los tipos de hábitats naturales del Anexo I y a las especies del Anexo II presentes en esos espacios (con alguna excepción, relativa a los que se considere que su presencia no es significativa) (9) de acuerdo con el formulario normalizado de datos —FND (10)— que los Estados deben enviar a la Comisión). De hecho, debe señalarse que la obligación del artículo 6.1 de la *Directiva Hábitats* sólo se aplica tras la designación de un espacio como ZEC.

Por otra parte, al contrario de lo que ocurre con los apartados 2, 3 y 4 del artículo 6 de la *Directiva Hábitats*, este régimen de medidas de conservación para las ZEC no se aplica a las zonas de protección especial (ZEPA) declaradas con arreglo a la *Directiva Aves*, las cuales gozan de un régimen de medidas especiales de conservación establecido en esa norma específica.

En cuanto al contenido de las «medidas de conservación necesarias», el concepto de conservación aparece en los considerandos sexto y octavo de la Directiva, estableciendo este último que «conviene aplicar, en cada zona designada, las medidas necesarias habida cuenta de los objetivos de conservación establecidos». El concepto de conservación se define en la letra a) del artículo 1 de la Directiva (11).

En cualquier caso, a los efectos que aquí interesan, debe destacarse que, la *Directiva Hábitats* obliga al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado a conseguir. Y ese resultado en este caso no es otro que la obligación de alcanzar el obje-

---

(8) LAZCANO BROTONS, I., «Los Espacios Naturales Protegidos», en *Derecho Ambiental*. Parte Especial I. Lete. Bilbao, 2010. p. 141.

(9) Cuando sólo haya formas de un hábitat del Anexo I con poco valor desde el punto de vista de la conservación (por ejemplo, una zona boscosa muy degradada en la que están ausentes muchas de las especies habituales) debería categorizarse como de presencia no significativa.

(10) En relación al FND nos remitimos a nuestro anterior trabajo: PÉREZ PÉREZ, J.J., *op. cit.*, núm. 97, 2013, pp. 388 y ss.

(11) Conservación: «un conjunto de medidas necesarias para mantener o restablecer los hábitats naturales y las poblaciones de especies de fauna y de flora silvestres en un estado favorable con arreglo a las letras e) e i)».

tivo general enunciado en su artículo 2.1 (12): garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

La consecución de ese objetivo general depende, en gran medida, de las medidas de conservación que tienen que adoptar los Estados miembros para mantener o restaurar los tipos de hábitats naturales y las especies en un estado de conservación favorable. Ese es el fin de las medidas de conservación (13) que se aplican por medio de la Red prevista en el artículo 3.1, considerando las necesidades de índole económica, social y cultural y las características regionales y locales (14).

El estado de conservación favorable de un hábitat natural o de una especie tiene que considerarse en toda su área de distribución natural, en virtud de las letras e) e i) del artículo 1, es decir, a escala biogeográfica y, por lo tanto, a nivel de la Red Natura 2000. En este sentido, la evaluación del estado de conservación se realiza a escala de la red, de forma que el término «estado de conservación» describe la situación general de un tipo de hábitat o de una especie en una región biogeográfica. No obstante, como la coherencia ecológica de la Red va a depender de la contribución de cada uno de los espacios que la conforman y, por tanto, del estado de conservación de los tipos de hábitats y especies presentes en ellos, el estado de conservación favorable tendrá que evaluarse siempre a nivel de lugar (es decir, a escala del espacio de la Red Natura 2000 concreto), en relación con el FND, documento que guarda correspondencia con la evaluación de la conservación de un hábitat o especie presente en un lugar concreto. Esta evaluación es a su vez diferente a la del artículo 17 de la *Directiva Hábitats*, la cual viene referida a ese estado a lo largo de toda una región biogeográfica en un Estado miembro.

En el artículo 6.1 se indica que las medidas de conservación necesarias deben responder a «las exigencias ecológicas de los tipos de hábitats naturales del Anexo I y de las especies del Anexo II presentes en los lugares». Los Estados miembros deben así fijar las medidas de conservación en relación con las necesidades ecológicas de los tipos de hábitats naturales y de las especies. En la Directiva no figura ninguna definición de ese concepto —exigencias ecológicas—, pero la Comisión entiende en él «se incluyen todas las necesidades ecológicas de factores bióticos y abióticos para garantizar el estado de conservación favorable de los tipos de hábitats y especies, incluidas sus relaciones con el entorno (aire, agua, suelo, vegetación, etc.)» (15).

---

(12) Art. 2.1. *Directiva Hábitats*: «La presente Directiva tiene por objeto contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres en el territorio europeo de los Estados miembros al que se aplica el Tratado».

(13) Art. 2.2. *Directiva Hábitats*: «Las medidas que se adopten en virtud de la presente Directiva tendrán como finalidad el mantenimiento o el restablecimiento, en un estado de conservación favorable, de los hábitats naturales y de las especies silvestres de la fauna y de la flora de interés comunitario». Así, en definitiva, la Red Natura 2000 debe garantizar el logro del objetivo establecido en este artículo (hábitats y especies en un estado de conservación favorable), de forma que se cumpla con el objetivo general del artículo 2.1 de garantizar la biodiversidad.

(14) Art. 2.3. *Directiva Hábitats*: «Las medidas que se adopten con arreglo a la presente Directiva tendrán en cuenta las exigencias económicas, sociales y culturales, así como las particularidades regionales y locales».

(15) COMISIÓN EUROPEA, *Gestión de espacios NATURA 2000*, cit., p. 21. Las exigencias ecológicas pueden variar de una especie a otra y, en el caso de una misma especie, también de un espacio a otro. Esas necesidades se basan en conocimientos científicos y sólo pueden determinarse en función de cada caso, según los tipos de hábitats naturales del Anexo I, las especies del Anexo II y los espacios que los albergan. Esos conocimientos científicos son determinantes para poder elaborar las medidas de conservación en función de cada caso. Es responsabilidad de los Estados miembros determinar las exigencias ecológicas de los tipos de hábitats naturales del Anexo I y de las especies del Anexo II presentes en los espacios.

## II.2. Forma de las «medidas de conservación necesarias»:

### Los «planes de gestión» y las medidas reglamentarias, administrativas o contractuales

En cuanto a la forma que pueden adoptar las medidas de conservación necesarias, se prevén, como mínimo, dos tipos: los «planes de gestión» y las «apropiadas medidas reglamentarias, administrativas o contractuales».

#### II.2.A. LOS «PLANES DE GESTIÓN» EN LOS ESPACIOS DE LA RED NATURA 2000

##### A. Breves consideraciones en torno a la planificación de los recursos naturales como técnica de protección ambiental

La planificación es una técnica muy empleada en distintas materias medioambientales debido a su gran eficacia para una protección global del medioambiente, pero si en algún ámbito tiene una utilización más intensa, ese viene constituido por la planificación de los espacios naturales protegidos —denominada «planificación ecológica»—, modalidad de planificación de especial relevancia (16).

Los objetivos prioritarios y las líneas directrices de la actuación europea para la protección del medioambiente se han ejecutado a través de Programas de acción ambiental (17). El primero se aprobó para el periodo 1973-1977, encontrándose actualmente vigente el Séptimo Programa (18). Por lo tanto, el empleo de la técnica de la planificación en materia ambiental tiene apoyo en el Derecho de la Unión.

En concreto, la *Directiva Hábitats* permite a los Estados miembros la utilización de la planificación ambiental para racionalizar el uso de los recursos y espacios naturales cuando establece en su artículo 6, tal como hemos indicado, que con respecto a las ZECs, «los Estados miembros fijarán las medidas de conservación necesarias que implicarán, en su caso, adecuados planes de gestión, específicos a los lugares o integrados en otros planes de desarrollo...».

##### B. Caracterización de los planes relativos a espacios y recursos naturales como normas jurídicas o como meros acuerdos programáticos

En general, a la hora de analizar la naturaleza jurídica de los planes o programas deberá examinarse su contenido para determinar si estamos ante normas jurídicas o

(16) Así, la LPNB, en su artículo 15, dedicado a la planificación de los recursos y espacios naturales a proteger, establece que «Los recursos naturales y, en especial, los espacios naturales a proteger, serán objeto de planificación con la finalidad de adecuar su gestión a los principios inspiradores» de la Ley, añadiendo el apartado segundo de dicho artículo que «Los instrumentos de esta planificación, con independencia de su denominación, tendrán los objetivos y contenidos establecidos en esta Ley».

(17) El artículo 192.3 TFUE señala que el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán «programas de acción de carácter general que fijen los objetivos prioritarios» a alcanzar.

(18) Decisión n.º 1386/2013/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de noviembre de 2013 relativa al Programa General de Acción de la Unión en materia de Medio Ambiente hasta 2020 «Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta».

no. Frecuentemente los planes tienen un carácter normativo, ya que en ellos se suelen contener determinaciones vinculantes (19).

No obstante, en ocasiones nos encontramos ante programas que simplemente establecen directrices u objetivos sin gran concreción o líneas de actuación muy generales, que deben ser desarrolladas o concretadas en otros instrumentos normativos o de planificación. En este caso estaríamos ante planes sin una naturaleza normativa, meramente comprensivos de directrices no vinculantes definidoras de objetivos de política ambiental, con la finalidad de guiar la actividad administrativa y la producción normativa futura (20).

Así, más que al procedimiento de aprobación de un plan, debe atenderse a su contenido real para dilucidar si el instrumento tiene o no carácter de norma jurídica.

En la Sentencia de 4 de octubre de 2007, C-179/06, dentro de un análisis de las obligaciones que incumben a los Estados miembros en virtud de los artículos 6, apartado 3, y 7 de la *Directiva Hábitats*, relativas a la evaluación de planes y proyectos que puedan afectar de forma apreciable a las ZECs, el Tribunal de Justicia distingue entre los planes con naturaleza de norma jurídica y los que suponen meros acuerdos programáticos, los cuales «no revisten las características jurídicas de un plan o proyecto en el sentido del artículo 6, apartado 3 de la Directiva», puesto que no «superan la fase de una reflexión administrativa preliminar» (ap. 41).

Los planes o instrumentos de gestión relativos a las distintas ZECs designadas en la CAPV (21), junto a determinaciones sin carácter normativo (22), contienen otras que sí tienen naturaleza jurídica (23) y que han sido extraídas de los distintos documentos de objetivos y medidas de conservación para la designación de las distintas ZECs en la CAPV publicados durante la fase de información pública del procedimiento de apro-

---

(19) Así, por ejemplo, en el plano interno, resulta indiscutible que los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PORN) gozan de naturaleza normativa (STC 102/1995, de 26 de junio y más recientemente la STC 194/2004 de 4 de Noviembre de 2004).

(20) También a nivel interno, sobre la naturaleza de los planes, la Sentencia de 9 de junio de 2008 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco (Ponente: Murgoitio Estefanía, Luis Javier, N.º de Recurso: 1350/2006) señala: «En principio, los planes, al igual que los programas y directrices gubernamentales, no son disposiciones reglamentarias, siquiera de carácter orgánico, ni normas jurídicas objetivas, sino meros instrumentos o enunciaciones de bases y medios para lograr determinados fines y políticas públicas. Su mención en el ordenamiento jurídico es discreta y secundaria como corresponde a su naturaleza principalmente prejurídica, —así, artículo 5.1.j) de la Ley del Gobierno 50/1997, de 27 de Noviembre—, que sólo se materializará como tal disposición jurídico-administrativa en la medida en que sea preciso para su imperatividad y eficacia ad extra».

(21) Disponibles en la dirección de internet [http://www.ingurumena.ejgv.euskadi.net/r49-3074/es/contenidos/informacion/natura\\_2000/es\\_10989/participacion.html](http://www.ingurumena.ejgv.euskadi.net/r49-3074/es/contenidos/informacion/natura_2000/es_10989/participacion.html)

(22) En este sentido, los instrumentos de gestión de los espacios de la Red Natura 2000 de la CAPV contienen una serie de «Directrices». En el artículo 22.5 del Decreto Legislativo 1/2014, de 15 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Conservación de la Naturaleza del País Vasco (TRLRNPV), se establece que corresponderá a los Órganos Forales la elaboración y aprobación de las Directrices de Gestión de estos lugares, debiendo publicarse como Anexo a los Decretos de declaración de ZECs y ZEPAs.

(23) Los instrumentos de gestión de los espacios Natura 2000 de la CAPV contemplan unas normas de conservación, cuya elaboración corresponde al Gobierno Vasco, tal y como se dispone en el artículo 22.5 TRLRNPV. De esta forma, la legislación autonómica reseñada contempla para estos instrumentos una doble inclusión —tanto de determinaciones normativas como otras que no lo son— que se ha visto reflejada en los distintos Decretos de designación de ZECs que, incumpliendo los plazos exigidos en la Directiva, se han publicado en la CAPV.

bación. No obstante, ni la LPNB (24) ni el propio artículo 6 de la *Directiva Hábitats* parecen exigir que estos planes de gestión tengan naturaleza jurídica (25) sino que sugieren que será en el futuro cuando deban desarrollarse las actuaciones correspondientes para cumplir con lo que en ellos se establece. Es más, en atención a la *Directiva Hábitats*, mientras que la adopción de «medidas reglamentarias, administrativas o contractuales» es en todo caso obligatoria, tal y como se explicará, los planes de gestión no son ni tan siquiera de existencia obligada, sin perjuicio de cuanto se prevé en la legislación estatal y autonómica (26).

(24) El artículo 45.1.a) de la LPNB únicamente exige que los planes o instrumentos de gestión contengan «al menos» los objetivos de conservación del lugar y las medidas apropiadas para mantener los espacios en un estado de conservación favorable.

(25) En mi opinión, los planes de gestión, tal y como aparecen configurados en la *Directiva Hábitats* y en la propia LPNB, deben ser documentos técnicos. En puridad, conforme a esta ley únicamente resulta obligada la inclusión de dos aspectos: los objetivos de conservación del lugar y las medidas para mantener los espacios en un estado de conservación. Respecto a los primeros, en el Anexo II del documento, *Gestión de espacios NATURA 2000*, cit., se contienen unas «Consideraciones sobre los planes de gestión» acerca de la metodología y los objetivos de dichos planes, indicándose que «Los objetivos del plan de gestión del lugar deben responder a las necesidades ecológicas de los hábitats naturales y especies que tienen una presencia significativa en ese espacio para que su estado de conservación sea favorable. Tienen que ser lo más claros posible, realistas, cuantificados y manejables. Debe utilizarse un lenguaje claro y expresiones concretas que todo el mundo pueda comprender». En relación con las medidas apropiadas para mantener los espacios en un estado de conservación favorable, tienen que ser forzosamente unas medidas distintas de las reglamentarias, puesto que éstas se contemplan en el apartado b) del art. 45 LPNB, debiendo tratarse de las «medidas de conservación necesarias» aludidas en el art. 45.1 y art. 6.1. de la *Directiva Hábitats*. El apartado 2.3. del documento elaborado por la Comisión se refiere a cuál debe ser el contenido de las «medidas de conservación necesarias», señalándose que se trata de medidas que «tienen que adoptar los Estados miembros para mantener o restaurar los tipos de hábitats naturales y las especies en un estado de conservación favorable».

(26) La LPNB, con carácter de norma básica, sí exige que obligatoriamente se tengan que adoptar estos instrumentos, comprendiendo objetivos de conservación y medidas apropiadas para mantener los espacios en un estado de conservación favorable. Respecto a los objetivos de conservación, si se analizan los Anexos a los Decretos por los que se designan las Zonas Especiales de Conservación y se aprueban sus medidas de conservación, puede comprobarse que en los instrumentos aprobados en la CAPV se habla de objetivos o «metas» que permitan alcanzar el estado favorable de conservación para cada uno de los elementos clave u objeto de gestión (por ejemplo, *BOPV* de 6 de abril de 2013, en el que se publica el Decreto de designación como ZEC de Izarraitz o de 22 de abril del mismo en el que se publica el Decreto de designación de Arno que contempla como «meta» la conservación y aumento de la superficie de los alcornocales en el espacio). También se incluyen en estos instrumentos unas «medidas», redactadas de forma independiente a las «Directrices» a las que anteriormente nos hemos referido. Como ejemplo de medidas contenidas en los documentos en tramitación en la CAPV se pueden citar las relativas a identificar zonas de restauración ecológica o cartografiar pinares. En definitiva, considero que ni los objetivos (o metas) ni tampoco las medidas o las directrices revisten, en principio, carácter normativo, a diferencia de las disposiciones que los propios instrumentos denominan «normas», las cuales sí revisten naturaleza jurídica (prohibir la corta de encinas o la quema de matorrales). Estas normas jurídicas serían las medidas reglamentarias a las que alude el artículo 6.1 de la *Directiva Hábitats* y 45.1.b) LPNB, y estarían incluidas en los propios instrumentos de gestión con apoyo en la legislación autonómica, pese a que la norma europea, per se, no exija esa inclusión en los mismos. En definitiva, en cuanto al valor jurídico de estos instrumentos, estaríamos, como acertadamente se ha indicado, ante «instrumentos de gestión con valor normativo» (LAZCANO BROTONS, I., «La aplicación de la *Directiva de Hábitats* en el Estado español y en la Comunidad Autónoma del País Vasco», en la obra *La Directiva de Hábitats de la Unión Europea: Balance de 20 años*. Aranzadi. 2012, p. 174). Las Directrices de conservación de la Red Natura 2000 (DCRN) elaboradas en 2011 en cumplimiento del artículo 41.3 LPNB ya recomendaban que estos instrumentos tuvieran ese valor normativo. No obstante, esa naturaleza jurídica no sería predicable del conjunto del documento, sino únicamente de las partes del mismo que contengan las denominadas «normas» incluidas en atención a lo previsto en el artículo 22.5 TRLCNPV.

***C. Planes de gestión «adecuados»: una opción útil pero no obligada para la adopción de las medidas de conservación. Los objetivos de conservación del lugar y los conocimientos científicos como parámetro de control de los incumplimientos estatales***

En primer lugar, las medidas del artículo 6.1. *Directiva Hábitats* pueden consistir en «adecuados planes de gestión, específicos a los lugares o integrados en otros planes de desarrollo». Si bien los planes de gestión pueden no ser siempre necesarios, tal y como indica la expresión «en su caso», esos planes pueden ser un medio eficaz para cumplir las obligaciones establecidas en esta Directiva.

La expresión «en su caso» llevó a algún Estado miembro a defender que la obligación impuesta en el artículo 6, apartado 1, de la Directiva no consiste en adoptar medidas de conservación en todos los supuestos contemplados, sino solamente las medidas de conservación «necesarias». Así ocurrió en el Asunto C-508/04 (27). La Comisión sostuvo que, del artículo 6, apartado 1, de la Directiva, se desprende que las «medidas de conservación necesarias» deben adoptarse en todos los casos contemplados, y no sólo «en su caso», ya que esta expresión sólo se refiere a los planes de gestión y no puede interpretarse en el sentido de que constituye una restricción general a la obligación de adoptar las medidas reglamentarias, administrativas o contractuales necesarias. Por lo tanto, la adopción de esas medidas es obligatoria, a diferencia de lo que ocurre con la elaboración de planes de gestión. El TJUE acogió las tesis de la Comisión, estableciendo que la indicada expresión —«en su caso»— sólo se refiere a supuestos teóricos particulares, en concreto, determinados medios y opciones técnicas de conservación que se definen como «planes de gestión, específicos a los lugares o integrados en otros planes de desarrollo».

En definitiva, el artículo 6. 1 de la Directiva obliga a adoptar medidas de conservación siempre que sean necesarias. Sólo existe margen de discrecionalidad en la elección de las medidas que deban adoptarse. Por ello el TJ, en el Asunto C-508/04 citado, consideró que «la Directiva impone la adopción de medidas de conservación necesarias, lo que excluye cualquier margen de apreciación a este respecto por parte de los Estados miembros y limita las eventuales facultades reglamentarias o decisorias de las autoridades nacionales a los medios que deben emplearse y a las opciones técnicas que deban realizarse en el marco de dichas medidas» (ap. 75 y 76). Así, estima el Tribunal que no puede considerarse que el Derecho interno adapte de manera suficiente a la obligación de adoptar, en todo caso, las medidas de conservación necesarias para las ZECs, si la legislación nacional de un Estado miembro confiere un margen de apreciación a sus autoridades respecto a si se impone la adopción de «medidas de conservación necesarias» o no, puesto que «tal análisis no forma parte de la competencia facultativa de los Estados miembros» (ap. 89). Disposiciones de Derecho interno de esta naturaleza son incompatibles con la Directiva, la cual deja cierto margen de discrecionalidad en la elección de la forma de la medida, pero no hasta el punto de poder optar entre adoptar medidas de conservación o no adoptarlas. Eso es algo que los Estados miembros no pueden decidir por sí mismos.

Ante la falta de adopción de una legislación interna que sea «clara y precisa» en materia de medidas de conservación de estos espacios, no será suficiente invocar por

---

(27) Sentencia de 10 de mayo de 2007. *Comisión c. Austria*, C-508/04.

el Estado miembro incumplidor la interpretación conforme de las disposiciones de Derecho interno con la Directiva. Es decir, no cabe simplemente defender que las normas internas deben ser siempre interpretadas de conformidad con el Derecho de la Unión de forma que, siempre que sean necesarias medidas de conservación, la disposición nacional se interpreta en un sentido conforme con la Directiva. Tal interpretación conforme de las disposiciones internas «no puede, por sí sola, tener la claridad y la precisión necesarias para cumplir la exigencia de seguridad jurídica» (28). Además, no puede considerarse que simples prácticas administrativas, por naturaleza modificables a discreción de la Administración y desprovistas de una publicidad adecuada, constituyan la ejecución de las obligaciones que incumben a los Estados miembros en el marco de la adaptación a una Directiva (29). Y ello es así con más motivo en el caso de la *Directiva Hábitats*, la cual exige una adaptación especialmente exacta.

En los planes de gestión, que deberán elaborarse teniendo en cuenta las características específicas de cada espacio, se deben abordar todas las actividades previstas para las ZECs (30). Para las nuevas actividades que no estén previstas, serán de aplicación los apartados 3 y 4 del artículo 6 de la Directiva, relativos a la evaluación de las repercusiones de los planes y proyectos sobre el lugar (31).

(28) Véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de septiembre de 1996, *Comisión c. Grecia*, C-236/95, ap. 13, y de 10 de mayo de 2001, *Comisión c. Países Bajos*, C-144/99, ap. 21.

(29) Sentencia de 10 de mayo de 2007, *Comisión c. Austria*, C-508/04, ap. 79 y 80; de 13 de marzo de 1997, *Comisión c. Francia*, C-197/96, ap. 14; de 7 de marzo de 2002, *Comisión c. Italia*, C-145/99, ap. 30, y de 10 de marzo de 2005, *Comisión c. Reino Unido*, C-33/03, ap. 25.

(30) Actividades sujetas a autorización o no. La Comisión no señala que, en cuanto a las actividades abarcadas, el apartado 2 del artículo 6 tenga un alcance mayor que el apartado 1. Respecto al apartado 3, sí se señala su alcance más reducido, referido sólo a planes y proyectos sujetos a autorización (Gestión de espacios NATURA 2000, *cit.*, pp. 21 y 24). Así, los planes de gestión suelen incluir medidas referidas a actividades no sujetas a autorización (determinadas prácticas ganaderas o agropecuarias) que han originado valiosos hábitats.

(31) La Comisión considera que una misma actividad que requiera autorización, dependiendo simplemente de si es anterior o posterior a la designación de la ZEC, deberá o bien «abordarse» en el plan de gestión o, por el contrario, ser objeto de evaluación conforme a los apartados 3 y 4 del artículo 6 de la Directiva Hábitats. Las actividades que no requieren autorización quedan sometidas a los límites del apartado 2 (Gestión de espacios NATURA 2000, *cit.*, pp. 21 y 24). Siguiendo el razonamiento de la Abogada General JULIANE KOKOTT (Conclusiones presentadas el 29 de enero de 2004 en el Asunto C-127/02, ap. 117 a 120) debe considerarse que los apartados 2 y 3 tienen un mismo nivel de protección material que garantiza que no se cause perjuicio a la integridad de un lugar Natura 2000. Simultáneamente ello excluye la posibilidad de que se produzcan deterioros y alteraciones apreciables con arreglo a ese apartado 2. Si ello es así, creo que también ése será el nivel de protección exigible a la hora de «abordar» en el plan de gestión una actividad que, simplemente en atención al momento de su inicio —anterior a la designación de la ZEC— no será evaluada conforme los apartados 3 y 4. Lo contrario sería asumir que el nivel de protección exigible a una misma actividad sería diferente en función del momento de su inicio y del apartado que se aplique en cada caso, lo cual resulta inaceptable. Con ello parece que, dejando al margen la naturaleza preventiva del apartado 2 del artículo, podrían equipararse en cuanto a nivel material de protección el concepto de integridad del lugar (artículo 6.3), el de deterioro de hábitats y alteración de especies con «un efecto apreciable» en los objetivos de la Directiva (artículo 6.2) y el relativo a las exigencias ecológicas de hábitats y especies (artículo 6.1). Entiendo que el TJ apunta a ello al señalar que las disposiciones del artículo 6 forman un «conjunto coherente a la luz de los objetivos de conservación perseguidos por esta Directiva» y que los apartados 2 y 3 del artículo garantizan el mismo nivel de protección (Sentencia de 15 de mayo de 2014, T.C. Briels y otros, C-521/12, ap. 19 y Sentencia Sweetman y otros, Asunto C-258/11, ap. 32). También la Comisión considera que el apartado 1 tiene valor de referencia para la comprensión global del artículo 6 (Gestión de espacios NATURA 2000, *cit.*, p. 16). La citada Abogada General señala además que, al contrario del apartado 3, el apartado 2 no contiene «ninguna norma específica sobre cómo debe materializarse la protección de la zona» por lo que estima que es posible adoptar «otras medidas diferentes» —no menos eficaces— a las de ese apartado 3 para lograr el objetivo de protección, lo cual impide otorgar una autorización conforme al artículo 6.2 si existen



Los planes deben ser «adecuados» y «específicos a los lugares», esto es, deben ir referidos a los espacios de la Red Natura 2000, si bien también pueden estar «integrados en otros planes de desarrollo». Es decir, los planes de gestión pueden adquirir la forma de documentos independientes o incluirse en otros planes de desarrollo, si los hay. La Comisión considera que la posibilidad de que los planes de gestión estén «integrados en otros planes de desarrollo» está en consonancia con el principio de integración<sup>(32)</sup> de las consideraciones medioambientales en las demás políticas comunitarias. Tal integración tiene que contribuir a la coherencia de la Red a que se refiere el apartado 1 del artículo 3 de la *Directiva Hábitats*.

La Comisión considera que, si un Estado miembro opta por los planes de gestión, en muchos casos será conveniente elaborarlos antes de concluir las demás medidas mencionadas en el apartado 1 del artículo 6, en especial las contractuales, que implicarán, con frecuencia, una relación entre las autoridades competentes y propietarios particulares y que estarán limitadas a terrenos que, en general, son más pequeños que el espacio. En tales circunstancias, un plan de gestión centrado en el espacio proporcionará un marco más amplio y su contenido constituirá un punto de partida de gran valor para desarrollar los pormenores de las medidas contractuales.

Se indica en el sexto Considerando de la *Directiva Hábitats* que conviene aplicar, en cada zona designada, las medidas necesarias habida cuenta de los objetivos de conservación establecidos. La determinación de los objetivos de conservación del lugar requiere de importantes conocimientos científicos. Los FND proporcionan información sobre la contribución inicial del lugar al estado de conservación de las espe-

---

dudas sobre la inexistencia de un perjuicio de la actividad para la integridad de la zona. Considero que esa referencia de la «integridad» del lugar será también la que deba tener en cuenta un plan de gestión al «abordar» una actividad preexistente a la ZEC. Pero el apartado 1 no alude a cuestiones que sí son aludidas en el apartado 4 (soluciones alternativas, razones imperiosas de interés público de primer orden o medidas compensatorias para garantizar la coherencia de la Red). Refiriéndose al apartado 2, indica la Abogada General que, en su caso, también deberían aplicarse los criterios del apartado 4 para autorizar «iniciativas que puedan causar perjuicio a la integridad de una zona». Parece así, en mi opinión, que ante una actividad preexistente a la ZEC, un plan de gestión podría no sólo considerar que la misma afecta a la integridad del lugar y prohibirla o imponer medidas correctoras —algo expresamente admitido por la Comisión (Gestión de espacios NATURA 2000, *cit.*, p. 24)—, sino incluso directamente considerar la falta de soluciones alternativas, las concurrencia de razones imperiosas de interés público de primer orden o la imposición de medidas compensatorias. Pero no parece sencillo «abordar» todas estas cuestiones en unos documentos ya de por sí complejos. De hecho, las DGRN únicamente contemplan, a modo de recomendación, que estos instrumentos puedan «incluir» un régimen de evaluación basado en los apartados 3 y 4 (Recomendación 6.2.1), aunque ello no está sucediendo en la práctica. En los planes de gestión se suelen mencionar las actividades preexistentes (por ejemplo, tendidos eléctricos) con remisión a futuras propuestas de actividades correctoras y a la elaboración de calendarios de ejecución de las mismas. La Comisión cree que si las actividades se integran en los planes es más difícil afectar «negativamente a la integridad del espacio» (COMISIÓN EUROPEA, Aplicación de las Directivas de Hábitats y de Aves en estuarios y zonas costeras, p. 25, <http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/Estuaries-ES.pdf>). Si bien no es conforme con la planificación integrada propuesta por la Comisión, ante las dificultades expuestas, una solución alternativa podría ser la de obligar a todos los promotores de actividades —preexistentes a la ZEC— que requieran autorización a efectuar la evaluación adecuada del apartado 3. Cualquier otra actividad quedaría siempre sometida a los límites del apartado 2, el cual impediría otorgar autorizaciones para actividades que afecten a la Red en la medida prevista en ese precepto y también el desarrollo de una actividad no sujeta a autorización si afecta al espacio en esa misma medida. Si esas actividades no sujetas a autorización se abordaran en el plan de gestión, éste debería suprimirlas o corregirlas. Si no figuran en ese instrumento, sería el apartado 2 el que obligaría a su supresión o corrección.

(32) Principio recogido hoy en el artículo 11 TFUE, el cual establece que «Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible».

cies y hábitats por los que se les ha designado. Así, debe recordarse que todos los tipos de hábitats del Anexo I presentes en el lugar y todas las especies del Anexo II que alberga tienen que mencionarse, de forma obligatoria en el apartado correspondiente del formulario de datos. Esa información constituye la base para que los Estados miembros establezcan los objetivos de conservación de dicho lugar, por ejemplo, mediante un plan de gestión (33), instrumento que, como se ha indicado, no resulta obligatorio conforme al Derecho de la Unión. Pero, además de la información reseñada en los FND, resultan necesarios otros conocimientos científicos sobre las exigencias ecológicas de las especies y hábitats de interés comunitario.

Todos estos datos científicos proporcionarán al juez un elemento de control para juzgar, por ejemplo, el carácter adecuado de las evaluaciones de planes y proyectos a los que se refiere el artículo 6.3 y 4 de la *Directiva Hábitats*, así como para controlar las decisiones adoptadas basándose en ellos. También servirán estos datos para controlar «la legalidad de los propios objetivos de conservación si se definen en un plan de gestión de manera manifiestamente laxa» (34), es decir, para saber si verdaderamente existen «adecuados planes de gestión». Igualmente, entiendo que podrían servir para que el juez nacional controle si las efectivas medidas reglamentarias, administrativas o contractuales adoptadas son «apropiadas», pues únicamente podrán serlo en aquella medida que respondan a las exigencias ecológicas de los hábitats y especies a proteger y sirvan para alcanzar la obligación de cumplir los objetivos generales de la Directiva (mantener o restablecer, en un estado de conservación favorable, los hábitats naturales y las especies de fauna y flora de interés comunitario), independientemente del tipo concreto de medida elegido. Será esa también la información a utilizar en el ámbito del contencioso comunitario para evaluar los posibles incumplimientos por parte de los Estados miembros, con independencia de que el TJ haya recurrido a otros informes científicos que le han sido presentados para condenar a los Estados por vulnerar las Directivas *Aves* y *Hábitats*.

## II.2.B. LAS MEDIDAS REGLAMENTARIAS, ADMINISTRATIVAS O CONTRACTUALES: LA OBLIGATORIEDAD DE ADOPTAR MEDIDAS DE CONSERVACIÓN ADECUADAS A TRAVÉS DE LA OPCIÓN POR ALGUNA DE ESTAS TRES CATEGORÍAS

En cuanto a las medidas reglamentarias, administrativas o contractuales, los Estados miembros deberán adoptar, en todos los casos, este tipo de medidas, puesto que, tal y como ha quedado dicho, la expresión «en su caso» se refiere sólo a los planes de gestión y no a las medidas «reglamentarias, administrativas o contractuales». Así, un Estado podrá considerar innecesario un plan de gestión, pero no este tipo de medidas. La Comisión considera que la división en estas tres categorías de medidas debe considerarse en un sentido amplio. Son varias las medidas que pueden conside-

(33) Art. 45.1.a) LPNB. El Derecho español establece expresamente la obligación de que los planes de gestión deben incluir al menos «los objetivos de conservación del lugar y las medidas apropiadas para mantener los espacios en un estado de conservación favorable».

(34) BORN, C., «Algunas reflexiones sobre el mecanismo de protección de los lugares NATURA 2000 frente a las repercusiones de planes y proyectos», *Ingurumena eta Zuzenbidea*, 2006, <http://www.eitelkartea.com/dokumentuak/Born-2005.pdf>. p. 21.

rarse adecuadas para lograr el objetivo de la Directiva. En principio, se trata de medidas con un efecto positivo pero, en casos excepcionales, pueden ser medidas que no exigen ninguna acción(35). Por otra parte, no tienen por qué ser nuevas medidas: si las medidas existentes son adecuadas, pueden considerarse suficientes.

Debe tenerse en cuenta que un «Estado miembro no puede tomar en consideración exigencias económicas, sociales y culturales, así como particularidades regionales y locales... a la hora de elegir y delimitar los lugares que deben proponerse a la Comisión como lugares que pueden calificarse de importancia comunitaria» (36). Ni en el momento en que cada Estado miembro propone una lista de lugares, ni tampoco en el momento de la redacción por la Comisión de un proyecto de lista de lugares, de común acuerdo con cada uno de los Estados miembros, pueden éstos «denegar su conformidad por razones económicas, sociales y culturales, así como por las particularidades regionales y locales» (37). Otro tanto ocurre respecto a la posibilidad de tener en cuenta intereses ajenos a la protección del medio ambiente a la hora de elegir las zonas de protección con arreglo al artículo 4 de la Directiva de Aves. Al realizar esta elección y al delimitar las zonas de protección especial, no deben tomarse en consideración otros intereses que se mencionen en otro lugar de las Directivas, estimándose que intereses ajenos a la protección del medio ambiente no deben ser tenidos en cuenta, en principio, en aquellos aspectos en los que la Directiva no lo prevea expresamente como, por ejemplo, en el marco del artículo 6, apartado 1, de la Directiva, tal y como expone la Abogada General Juliane Kokott (38).

Sin embargo, el Abogado General Fenelly consideró que los Estados miembros, al fijar las medidas de conservación necesarias con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva, deben encontrar el equilibrio entre los intereses ecológicos y «las exigencias económicas, sociales y culturales, así como las particularidades regionales y locales» en el sentido del artículo 2, apartado 3, de la Directiva (39). La propia Abogada General Juliane Kokott, indicó que a favor de esta tesis «cabe alegar, en particular, la necesidad de tener en cuenta, al fijar las medidas de conservación, el principio de proporcionalidad (40) que, conforme a la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia,

---

(35) La no intervención como medida de gestión también está contemplada por la Comisión y figura como una posibilidad en algunos documentos técnicos siempre que se justifique su adopción. Así aparece, por ejemplo, en el borrador del documento EUROPARC. Estándar de calidad para los instrumentos de gestión de la Red Natura 2000. 2013. <http://rednatura2000.wikispaces.com/Estandar%20de%20calidad>

(36) Sentencia de 7 de noviembre de 2000, C-371/98, ap. 25.

(37) Sentencia de 14 de enero de 2010, C-226/08, ap. 32.

(38) Conclusiones presentadas el 11 de enero de 2007 en el Asunto C-508/04, ap 39.

(39) Conclusiones presentadas el 16 de septiembre de 1999 en el Asunto *Comisión c. Francia*, C-256/98, ap. 22.

(40) Al igual que sucede con el principio de subsidiariedad, el principio de proporcionalidad regula el ejercicio de las competencias de la Unión Europea. Su finalidad es limitar y enmarcar la acción de las instituciones de la Unión. En virtud de esta norma, la acción de las instituciones debe limitarse a lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. La intensidad de la acción debe guardar proporción con la finalidad que se persigue. Por lo tanto, cuando la Unión tiene a su disposición varios modos de intervención, debe seleccionar el que, a igual eficacia, deja más libertad a los Estados miembros y a los particulares. El principio de proporcionalidad está consagrado en el Derecho originario, en el artículo 5, párrafo cuarto, del Tratado de la Unión Europea (TUE). Un Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, Anexo al TUE por el Tratado de Ámsterdam, determina los criterios de aplicación de estos dos principios. Igualmente, el protocolo n.º 2 del Tratado de Lisboa recoge las reglas operativas del principio de proporcionalidad.

forma parte de los principios generales del Derecho Comunitario» (ap. 41). Por ello, consideró que deben aplicarse, en el marco del artículo 6, apartado 1, de la Directiva, los correspondientes criterios del apartado 4 del mismo artículo. De este modo, al fijar las medidas de conservación necesarias, también podrían tenerse en cuenta las exigencias económicas y otras exigencias —las sociales y culturales— aludidas en el artículo 2, apartado 3, de la Directiva, y las particularidades regionales y locales (41). La Comisión también considera que las medidas reglamentarias, administrativas o contractuales tienen que tener en cuenta las necesidades socioeconómicas de acuerdo con el artículo 2.3 de la *Directiva Hábitats* (42), si bien sobre esta cuestión el TJ hasta ahora no se ha pronunciado (43).

La Comisión considera que, de conformidad con el principio de subsidiariedad (44), queda en manos de los Estados miembros la elección entre medidas reglamentarias, administrativas o contractuales, e incluso de los planes de gestión. En cualquier caso, los Estados miembros tienen que elegir por lo menos una de las tres categorías de medidas: reglamentarias, administrativas o contractuales, entre las cuales no hay jerarquía alguna, pudiendo un Estado miembro decidir si en un espacio de Natura 2000 aplica sólo una categoría de medidas (por ejemplo, únicamente medidas contractuales) o una combinación de medidas (por ejemplo, medidas reglamentarias y contractuales en función de los problemas de conservación de los tipos de hábitats del Anexo I y de las especies del Anexo II presentes en el lugar).

Las tres categorías de medidas deben ser «adecuadas». Y lo serán siempre que respondan a las exigencias ecológicas de los hábitats y especies a proteger y sirvan a los Estados miembros para cumplir los objetivos generales de la Directiva (mantener o restablecer, en un estado de conservación favorable, los hábitats naturales y las especies de interés comunitario), sea cual fuere el tipo concreto de medida de conservación —reglamentaria, administrativa o contractual— por el que se opte.

Hemos señalado que, conforme al Derecho de la Unión, además de las medidas obligatorias que hayan seleccionado, los Estados miembros pueden —con carácter facultativo— elaborar y realizar planes de gestión. En un ámbito ya interno, la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad (LPNB) sí

(41) Conclusiones presentadas el 11 de enero de 2007 en el Asunto C-508/04, ap 41.

(42) COMISIÓN EUROPEA, *Gestión de espacios NATURA 2000*, cit., p. 23.

(43) Conclusiones presentadas en el Asunto C-508/04, ap 39 por la Abogado General Kokott.

(44) El principio de subsidiariedad se define en el artículo 5.3 del TUE. Tiene por objeto garantizar que las decisiones se tomen lo más cerca posible del ciudadano, comprobándose constantemente que la acción que vaya a emprenderse a escala comunitaria se justifica en relación con las posibilidades que ofrece el nivel nacional, regional o local. Concretamente, es un principio según el cual la Unión, salvo en sus ámbitos de competencia exclusiva, sólo interviene en la medida en que su acción sea más eficaz que una intervención a nivel nacional, regional o local. El principio opera, por tanto, en ámbitos de competencia compartida. A tenor de lo dispuesto en el artículo 4.1 TFUE, «La Unión dispondrá de competencia compartida con los Estados miembros cuando los Tratados le atribuyan una competencia que no corresponda a los ámbitos mencionados en los artículos 3 y 6», estableciendo el apartado 2.e) del mismo artículo que «Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán» al ámbito del medio ambiente. El principio de subsidiariedad está vinculado a los principios de proporcionalidad y de necesidad, en virtud de los cuales la acción de la Unión no debe exceder de lo necesario para alcanzar los objetivos del Tratado. El Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad anejo al TUE introduce el análisis sistemático del impacto de las propuestas legislativas sobre el principio de subsidiariedad, y la utilización, en lo posible, de las medidas comunitarias menos gravosas.

exige la aprobación de dichos instrumentos cuando, en su artículo 42.3, establece que los LICs serán declarados por las CC.AA. correspondientes como ZECs «lo antes posible y como máximo en un plazo de seis años, junto con la aprobación del correspondiente plan o instrumento de gestión». Para cumplir con esa exigencia de dotar a los espacios de instrumentos de gestión, algunos autores sugieren la posibilidad de utilizar la figura de los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales (PORNs) contemplados en la LPNB (45). Por lo tanto, en el Derecho interno español, sí será obligatoria la aprobación de un plan o instrumento de gestión, además de las apropiadas medidas reglamentarias, administrativas (46), o contractuales.

---

(45) Así, LAZCANO BROTONS, I., «Los Espacios Naturales...», *cit.*, p. 141. Entiendo que lo primero a tener en cuenta será qué tipo de plan resulta de existencia obligatoria para un determinado espacio conforme a la LPNB o a la legislación autonómica, puesto que dicha existencia obligatoria no se verá en nada afectada por la circunstancia de que el espacio natural protegido en cuestión se solape con una ZEC. En ese instrumento obligatorio y el plan de gestión relativo a la ZEC deberán integrarse en un documento. Eso deberá ser así de forma forzosa, a la vista de la redacción del artículo 28.2 LPNB tras la reforma operada mediante el Real Decreto-ley 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, el cual establece que «Si se solapan en un mismo lugar distintas figuras de espacios protegidos, las normas reguladoras de los mismos así como los mecanismos de planificación deberán ser coordinados para unificarse en un único documento integrado, al objeto de que los diferentes regímenes aplicables en función de cada categoría conformen un todo coherente». De esta forma, para aquellas ZECs que coincidan geográficamente con parques naturales o reservas naturales, el correspondiente plan de gestión deberá unificarse con el PORN, documento de existencia obligatoria en dichos espacios en atención al artículo 35.1 LPNB. Ello planteará la cuestión del «valor jurídico del documento planificador en su conjunto y el de cada una de sus partes» (LAZCANO BROTONS, I., «La aplicación de la Directiva...», *cit.*, p. 191). Para otros espacios, deberá atenderse a lo establecido en la legislación autonómica, debiendo integrarse los planes de gestión de las ZECs y aquellos documentos cuya existencia obligatoria establezca dicha legislación. Así, por ejemplo, en la CAPV, en el caso de coincidencia geográfica de una ZEC con alguna clase de biotopos protegidos —en concreto, los que no serían reservas naturales conforme a la legislación básica—, dado que en su declaración debe contenerse la normativa de regulación de los usos y actividades que incidan sobre los mismos (artículo 19 TRLCNPV), esta normativa deberá estar integrada en un único documento junto con el correspondiente plan de gestión de la ZEC.

(46) Entre la variedad de medidas reglamentarias y administrativas que pudieran adoptarse estarán incluidos instrumentos como los Planes de Ordenación de Recursos Forestales (PORF), u otros instrumentos similares que, con independencia de su denominación, las Comunidades Autónomas pueden elaborar conforme al artículo 31.1 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (LM), cuyo contenido será «será obligatorio y ejecutivo» en las materias reguladas en la misma (artículo 31.2 LM). Otro tanto ocurrirá con los proyectos de ordenación de montes, planes dasocráticos u otros instrumentos de gestión equivalentes con los que deben contar los montes públicos y privados. La elaboración de estos documentos deberá tener como referencia, en su caso, el PORF en cuyo ámbito se encuentre el monte (artículo 32.2 LM) y su contenido mínimo se determinará en las directrices básicas comunes para la ordenación y el aprovechamiento de montes establecidas en el artículo 32 de esta ley, las cuales se aprobarán en relación con aspectos tales como «La adaptación a los montes españoles de los criterios e indicadores de sostenibilidad, su evaluación y seguimiento, de conformidad con los criterios establecidos en resoluciones internacionales y convenios en los que España sea parte y, en particular, los requeridos para los montes incluidos en la Red Natura 2000» (artículo 32.2.a LM). De los instrumentos existentes, algunos (directrices básicas comunes de ordenación y aprovechamiento de montes o instrucciones de ordenación y aprovechamiento de montes que deben aprobar las Comunidades Autónomas), tienen naturaleza jurídica normativa, por lo que podrán constituir adecuadas medidas reglamentarias en el sentido establecido por el artículo 6.1 de la *Directiva Hábitats*. Otros instrumentos, como los proyectos de ordenación de montes o los planes dasocráticos, no tendrían naturaleza normativa sino de meros actos administrativos (GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, F., «La ordenación de los montes: gestión sostenible, instrumentos de ordenación y certificación forestal», en la obra colectiva *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003 de 21 de noviembre, de Montes. Estudios de Derecho Forestal Estatal y Autonómico*, Civitas, 2005, p. 835). En el mismo sentido STC 131/2003, de 30 de junio, en la que se establece que «Los planes de aprovechamiento no son, en rigor, normas donde se viene a establecer el régimen jurídico del disfrute de los montes», por lo que estaríamos ante medidas administrativas. En esta línea, el documento EUROPARC. *Los Proyectos de Ordenación de Montes como herramientas para la conservación en los espacios protegidos. 2012*, elaborado con la colaboración del Ministerio de Agricultura

En relación con las medidas de conservación, LAZCANO BROTONS indica que «de la LPNB se puede deducir que la mera declaración de ZEC no es suficiente si no va acompañada de un régimen jurídico propio que sirva para alcanzar tales fines y sea adecuado a la situación específica del lugar. La duda que puede plantearse es si la declaración de un lugar como ZEC y la remisión de su régimen jurídico a la normativa común (esto es, sin un régimen jurídico ad hoc para esa Zona de Especial Conservación) cumpliría las exigencias legales. Desde luego, no puede considerarse que remitir a simples prácticas administrativas, por naturaleza modificables a discreción de la administración y desprovistas de una publicidad adecuada, constituya un modo idóneo de ejecutar esta obligación impuesta por la Directiva de Hábitats» (47).

En torno a lo planteado, considero que la validez del régimen jurídico establecido previamente a la declaración de una ZEC conforme a la normativa común —esto es, a la normativa interna—, desde la perspectiva de si dicho régimen jurídico cumple con el Derecho de la Unión, dependerá exclusivamente de si, tras el análisis del mismo, se concluye que es suficiente para cumplir con los objetivos de conservación que de la normativa europea se derivan para una ZEC (48).

---

ra, Alimentación y Medio Ambiente, tiene como objetivo establecer unas directrices para que los proyectos de ordenación de montes en espacios protegidos sirvan como una herramienta para alcanzar los objetivos de conservación de éstos. El documento explica que la superficie terrestre protegida del Estado español es hoy del 12%, cifra que asciende al 28% si consideramos la Red Natura 2000. El 64% de esta superficie protegida es terreno forestal (bosques, matorrales o pastizales), susceptible por tanto de contar con proyectos de ordenación forestal. Este documento, disponible en la dirección de Internet <http://www.redeuroparc.org/img/Conservacion/Planificacion-forestal.pdf> intenta exponer que estos instrumentos «pueden ser una herramienta fundamental para los gestores de áreas protegidas, para planificar y ejecutar el uso múltiple del monte, pero también las acciones de conservación que emanan de los Proyectos de Ordenación de Montes como herramientas para la conservación en los espacios protegidos», por lo que podrían constituir adecuadas medidas administrativas en el sentido del artículo 6.1 de la *Directiva Hábitats*. En definitiva, medidas reglamentarias serían las constituidas por las diferentes normativas reguladoras de usos y actividades en el espacio, y administrativas, además de las citadas, lo serían, por ejemplo, los actos de concesión de subvenciones o las diferentes autorizaciones para realizar actividades.

(47) LAZCANO BROTONS, I., «Los Espacios Naturales...», *cit.*, pp. 141 y 142.

(48) PEREZ PEREZ, J.J., *op. cit.*, núm. 97, 2013, pp. 410 y ss. Resulta relativamente frecuente que, en un mismo lugar, se solapen distintas figuras de espacios naturales protegidos, unas con origen en el derecho interno de los Estados y otras derivadas del Derecho de la Unión (LICs, ZECs y ZEPAs). De hecho, todos los Parques Naturales y Biotopos protegidos existentes en Gipuzkoa son LICs o ZECs, excepto el Biotopo Protegido del tramo litoral Deba-Zumaia. La doctrina ha advertido de la necesidad de coordinar las normas reguladoras y los mecanismos de planificación, vista la gran diversidad existente de figuras de protección de espacios naturales, estatales, autonómicas y de la Red Natura 2000, puesto que los solapamientos pueden dificultar la gestión de los LICs (POVEDA GÓMEZ, P. y LOZANO CUTANDA, B., «Medidas urgentes en materia de medio ambiente (Real Decreto-Ley 17/2012)», en *Diario La Ley*, N.º 7858, Sección Tribuna, Ref. D-200). Como es lógico, el hecho de que se produzca la superposición descrita no excluye la obligación de los Estados miembros de cumplir con las obligaciones derivadas de las *Directivas Hábitats* y *Aves*, dado que, en todo caso, las ZECs y las ZEPAs deberán gozar de una protección jurídica ajustada al Derecho de la Unión. En ocasiones, los Estados miembros, frente a incumplimientos de sus obligaciones relativas a la declaración y protección de ZECs, han solido alegar que los espacios en cuestión ya contaban con regímenes de protección, nacionales o regionales, preexistentes. Por ello, cabe plantearse en qué medida las figuras de protección nacionales pueden servir para cumplir con el Derecho de la Unión. Así, ante la postura de la Comisión acerca de que el estatuto jurídico de protección de las ZPE resulta insuficiente cuando la clasificación de una ZPE «se vincula a una reserva natural o a otro tipo de lugar clasificado existentes y protegidos mediante medidas nacionales o regionales», el TJ ha establecido que «no se desprende que los lugares de ese tipo sólo puedan ser protegidos eficazmente mediante un régimen jurídico específicamente definido y aplicado para cada ZPE» (Sentencia de 14 de octubre de 2010, *Comi-*

Por otro lado, en relación con la interpretación efectuada por el autor indicado, considero que, en un contexto de análisis de las distintas medidas de conservación que pueden adoptar los Estados miembros, no es exacto afirmar que «simples prácticas administrativas» no sean idóneas para ejecutar la obligación derivada del artículo 6.1 de la *Directiva Hábitats*. Las medidas de conservación contempladas en ese artículo sí pueden revestir la forma de medida «administrativa», entendida como actos o prácticas ejecutivas de la administración adoptados para la ejecución normativa comunitaria (49).

---

sión c. *Austria*, C-535/07, ap. 66). En estos casos, habrá, en definitiva, que analizar en cada caso si los mecanismos de ordenación de los que, conforme al derecho interno, gocen esos espacios, constituyen o no un «régimen de conservación adecuado» para las ZECs (Sentencia de 22 de septiembre de 2011, C-90/10, *Comisión c. España*, ap. 50). Lo decisivo será determinar si esos regímenes jurídicos internos cumplen con los objetivos específicos de conservación de las Directivas que el legislador comunitario ha querido imponer a los Estados miembros. Con esos parámetros, el TJ sí ha admitido esta suficiencia en el caso de diversos instrumentos como pudieran ser las Reservas Naturales, planes forestales, sistemas de protección de parques naturales o zonas de protección del paisaje (Sentencia citada de 14 de octubre de 2010, *Comisión c. Austria*, C-535/07, ap. 89, 96, 109 y 111). Si los lugares Natura 2000 no coinciden totalmente con los espacios protegidos a nivel interno, el instrumento nacional o regional de ordenación nunca será «apropiado, ya que no se aplica a una parte» del espacio a proteger, tal y como defendió la Comisión en el Asunto C-90/10.

(49) Establece el artículo 192.4 TFUE que «...los Estados miembros tendrán a su cargo la financiación y la ejecución de la política en materia de medio ambiente», de forma que, al igual que en otros ámbitos de la actuación de la Unión, también en materia de protección medioambiental corresponde a los Estados miembros la ejecución del Derecho Europeo. Esta ejecución presenta tres posibles vertientes —la normativa, la administrativa y la judicial— y en la misma, por tanto, debe distinguirse el desarrollo normativo de la ejecución administrativa. El desarrollo normativo sólo es necesario en las normas que no son completas en sí mismas. Esto es, básicamente la Directiva y la Decisión Marco. El Reglamento y la Decisión en principio no requieren desarrollo normativo porque son normas con vocación de regular completamente una determinada cuestión. Si bien la transposición no es necesaria en los Reglamentos, al ser directamente aplicables en todo Estado miembro sin necesidad de ninguna normativa de incorporación a su ordenamiento jurídico, en casos excepcionales pueden los Estados dictar normas nacionales para facilitar su aplicación, «adecuándola a sus propias peculiaridades» (LOZANO CUTANDA, B., *Administración y legislación...*, cit, p. 174). La ejecución implica además, tanto en el caso de las Directivas como en el de los Reglamentos, la denominada aplicación o ejecución «práctica», estando los Estados obligados a adoptar cuantas medidas administrativas sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las normas comunitarias. En el caso de los Reglamentos y las Decisiones lo único que hay que hacer internamente es proceder a la ejecución administrativa. En el de las Directivas, además de esa ejecución administrativa hace falta el desarrollo normativo complementario de la norma comunitaria. Se trata de la denominada ejecución «formal» (LOZANO CUTANDA, B., *Administración y legislación...*, cit, p. 174), adecuando el ordenamiento interno a la norma europea mediante la adopción de normas internas o su modificación, puesto que las Directivas son normas base o finalistas no directamente aplicables. Se trata de completar en lo que sea necesario la norma comunitaria y a este complemento es al que se refiere la jurisprudencia comunitaria citada por LAZCANO BROTONS. Es un complemento normativo sustantivo y por tanto no son suficientes puras prácticas administrativas. Requiere bien normas con rango de ley, bien normas con rango reglamentario. No estaríamos en presencia de reglamentos de organización sino de reglamentos de ejecución. Tanto las leyes como los reglamentos de ejecución (sea cual sea la forma que adopten en Derecho español o autonómico —incluso local—) tendrán los requisitos de publicidad y de seguridad jurídica exigidos por el TJUE. Pero los concretos actos de ejecución administrativa (o los reglamentos organizativos internos de la Administración) no tendrán que cumplir esos requisitos. Estimo que la jurisprudencia que cita LAZCANO BROTONS se refiere a la «ejecución normativa gubernamental del Derecho Comunitario, incluyendo tanto la transposición en sentido estricto, como la emanación de toda la normativa necesaria para garantizar la plena eficacia y el completo desarrollo del Derecho Comunitario» (BUSTOS GISBERT, R., «La transposición del Derecho Comunitario por el Gobierno». *RVAP*, núm. 67, 2003, pp. 163-186), pero no a los concretos actos, administrativos o judiciales, de aplicación de la misma.

Evidentemente, hay una exigencia de «seguridad jurídica respecto de las normas internas de transposición, al ser éstas el origen de los efectos jurídicos» (50), pero el concreto «régimen jurídico» de una ZEC será el que, una vez procedida a la incorporación al Derecho interno de la *Directiva Hábitats* o a la adaptación del mismo, en ejecución de esas normas internas de transposición, se instaure para el lugar, lo cual, en lo que a las obligaciones de adoptar medidas de conservación derivadas del artículo 6.1 de la *Directiva Hábitats* concierne, se podrá llevar a cabo reglamentaria, administrativa o contractualmente, tal y como ha reconocido la propia Comisión (51).

En definitiva, una cuestión es la relativa a la obligación de incorporación de la *Directiva Hábitats* a su ordenamiento interno (o la obligación de la adaptación del mismo a la Directiva) por parte de los Estados y otra negar que las «simples prácticas administrativas» puedan constituir «un modo idóneo de ejecutar esta obligación impuesta por la Directiva de Hábitats», si nos referimos, lógicamente, a las obligaciones derivadas del artículo 6.1 de la misma. Así, en cumplimiento de la obligación de incor-

(50) MANGAS MARTÍN, A., y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Tecnos, Madrid, 7ª ed., 2012, p.374. Respecto a la Sentencia citada por LAZCANO BROTONS (Sentencia de 10 de mayo de 2007, C-508/04), debemos señalar que la misma se refiere a un supuesto en que Austria no había adaptado «el Derecho interno de manera suficiente a la obligación de adoptar, en todo caso, las medidas de conservación necesarias para las Zonas Especiales de Conservación» (ap.77). En aquel caso, el TJUE indicó —ap 73— que «la *Directiva Hábitats* establece normas complejas y técnicas en el ámbito del Derecho del medio ambiente y que, por consiguiente, los Estados miembros están especialmente obligados a velar por que su legislación, destinada a efectuar la adaptación del ordenamiento jurídico interno a dicha Directiva, sea clara y precisa». En el mismo sentido, puede verse la sentencia de 20 de octubre de 2005, *Comisión c. Reino Unido*, C-6/04, ap. 26. En ese contexto, el TJUE recordó al Estado miembro que «no puede considerarse que simples prácticas administrativas, por naturaleza modificables a discreción de la Administración y desprovistas de una publicidad adecuada, constituyan la ejecución de las obligaciones que incumben a los Estados miembros en el marco de la adaptación a una Directiva» (ap. 80). El TJUE citó la abundante jurisprudencia existente al respecto (sentencias de 13 de marzo de 1997, *Comisión c. Francia*, C-197/96, ap. 14; de 7 de marzo de 2002, *Comisión c. Italia*, C 145/99, ap. 30, y de 10 de marzo de 2005, *Comisión c. Reino Unido*, C-33/03, ap. 25). De la misma forma, en el Asunto C-6/04, el Reino Unido consideraba que la manera más adecuada para ejecutar la Directiva sobre los hábitats era conferir facultades específicas a los organismos de conservación de la naturaleza e imponerles la obligación general de ejercer sus funciones de tal manera que se cumplan las exigencias de dicha Directiva, lo cual fue rechazado por el Tribunal de Justicia exigiendo una ejecución —normativa, entiendo yo— «de las disposiciones de la Directiva sobre los hábitats con la precisión y la claridad requeridas para cumplir plenamente la exigencia de seguridad jurídica», de forma que se instaure «un marco legal preciso en el ámbito de que se trata, que pueda garantizar la aplicación de dicha Directiva de manera plena y completa, así como permitir una ejecución armonizada y eficaz de las normas que ésta establece» (Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de octubre de 2005, C-6/04, ap. 27), ejecución —administrativa— en la que sí cabrán meras prácticas administrativas. En la misma línea, en el Asunto C-75/01, *Comisión c. Luxemburgo*, la Comisión denunciaba la falta de «una medida general, oponible a terceros, que permita evitar en las ZEC» ciertas alteraciones. A la legislación luxemburguesa se le sumaba una circular ministerial que, según el Gobierno Luxemburgués, tenía precisamente por objeto adaptar el Derecho interno a la Directiva, la cual indicaba que debía efectuarse una aplicación rigurosa de dicha ley. El TJUE consideró que las disposiciones legales luxemburguesas no tenían «entidad suficiente como para adaptar completamente el Derecho interno a la citada norma de la Directiva». Por lo tanto, no se había efectuado una correcta ejecución normativa, sin que ello pudiera ser suplido por la circular ministerial a la que había aludido el Gobierno luxemburgués, la cual «no tiene entidad suficiente como para garantizar una adaptación correcta del Derecho interno a la disposición de que se trata» (ap. 43 y 44), con apoyo, precisamente, en «una reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a las obligaciones que incumben a los Estados miembros cuando adaptan sus Derechos internos a las Directivas comunitarias» que establece que «las simples prácticas administrativas, por naturaleza modificables a discreción de la Administración y desprovistas de una publicidad adecuada, no pueden ser consideradas como constitutivas de un cumplimiento válido de las obligaciones del Tratado CE» (sentencias de 17 de mayo de 2001, *Comisión c. Italia*, C-159/99, ap. 32, y de 17 de enero de 2002, *Comisión c. Irlanda*, C-394/00, ap. 11).

(51) COMISIÓN EUROPEA, *Gestión de espacios NATURA 2000*, cit., p. 20.



poración, el ordenamiento interno deberá garantizar, de manera suficiente, la obligación de adoptar, en todo caso, las medidas de conservación necesarias para las ZECs. Esa ejecución normativa debe efectuarse además con «la claridad y la precisión necesarias para cumplir la exigencia de seguridad jurídica» (52), exigencia que viene referida a la fase de adaptación del Derecho interno que debe existir en un proceso adecuado de ejecución de toda Directiva (53). Algo bien distinto es que una simple práctica administrativa no sea un medio suficientemente idóneo para adoptar las medidas de conservación necesarias, ya que las mismas pueden adoptar forma reglamentaria, administrativa (puros actos o prácticas administrativas adoptados para la correcta ejecución administrativa de la norma comunitaria) o contractual, dentro ya de la fase operativa de la ejecución de la Directiva (54), tal como ha quedado indicado.

---

(52) Ap. 79 de la Sentencia citada de 10 de mayo de 2007, C-508/04.

(53) El Abogado General L.A. GEELHOED, en sus conclusiones presentadas el 23 de septiembre de 2004, en el Asunto C-494/0, ap. 23 a 30, analiza los requisitos generales de una adecuada ejecución de las Directivas, utilizando el término «ejecución» como un término general que engloba la adaptación del Derecho interno a una Directiva y la aplicación y la exigencia del cumplimiento de dichas disposiciones por las autoridades nacionales. Así repasa la jurisprudencia del TJUE en la que se formulan una serie de criterios con el fin de apreciar la idoneidad de las medidas adoptadas por los Estados miembros para la ejecución de las Directivas. El Abogado General establece una distinción entre dos fases en el proceso de ejecución: la fase de adaptación del Derecho interno y la fase operativa. La fase de adaptación del Derecho interno está compuesta, a su vez, por dos aspectos principales: el aspecto normativo y el aspecto organizativo. «El aspecto normativo consiste en que el Derecho interno adopte el contenido sustantivo de la Directiva en términos lo suficientemente claros y precisos dentro del plazo fijado en la Directiva. Las disposiciones nacionales controvertidas deben tener un carácter vinculante con el mismo rango jurídico que las que deben modificarse. Garantizar la claridad y la precisión de las disposiciones mediante las que se ejecuta una Directiva es especialmente importante cuando la Directiva tenga como fin crear derechos y obligaciones a favor de los particulares. Es un requisito de seguridad jurídica que las medidas de adaptación del Derecho interno sean lo suficientemente transparentes para que los particulares puedan conocer todos sus derechos derivados de la Directiva. Sin embargo, el requisito de precisión también se aplica cuando una Directiva no está destinada expresamente a crear derechos para los particulares. En tal caso, existe un interés en garantizar que todas las autoridades competentes aplican correctamente las disposiciones de la Directiva en el ordenamiento jurídico nacional. Además, debe quedar claro que las disposiciones nacionales adaptadas tienen un origen comunitario, de modo que, de ser necesario, puedan interpretarse a la luz de los objetivos de la Directiva y que puedan ejercitarse los recursos comunitarios contra las decisiones adoptadas en virtud de dichas disposiciones. El aspecto organizativo de la ejecución tiene por objeto crear el marco jurídico y administrativo para la correcta aplicación y exigencia del cumplimiento de las disposiciones nacionales que incorporan las normas contenidas en la Directiva. Ello implica designar a las autoridades competentes para aplicar dichas disposiciones, garantizar que dichas autoridades están dotadas de facultades suficientes, crear medios para supervisar el cumplimiento de dichas disposiciones, facilitar garantías de protección jurídica, garantizar la posibilidad de interponer recursos jurisdiccionales, establecer sanciones en caso de infracciones de dichas disposiciones y crear estructuras para exigir el cumplimiento en caso de infracciones».

(54) Conclusiones del Abogado General L.A. GEELHOED en el Asunto C-494/0, ap. 27. «La fase operativa de la ejecución es el proceso continuo en que deben garantizarse los objetivos de la Directiva a través de la aplicación plena y activa por parte de las autoridades nacionales competentes de las disposiciones nacionales que adaptan el Derecho interno a la Directiva y la exigencia efectiva del cumplimiento de dichas disposiciones cuando éstas se incumplen. En otras palabras, el proceso de ejecución no concluye con la correcta adaptación del Derecho interno a las disposiciones de la Directiva y el establecimiento de un marco organizativo para la aplicación de dichas disposiciones, sino que también debe garantizarse que dichos dos aspectos funcionen de modo que se consiga en la práctica el resultado perseguido por la Directiva». El TJ confirma que la ejecución, en el sentido más amplio de la palabra, es un proceso continuo que conlleva que los Estados miembros deban soportar una serie de obligaciones. Aplicado a la cuestión que se trata de analizar, ello implica que la *Directiva Hábitats*, en el aspecto normativo de la fase de adaptación del Derecho interno, exige que éste adopte el contenido sustantivo de la misma en términos lo suficientemente claros y precisos. En la fase operativa, las autoridades nacionales podrán adoptar las medidas de conservación del artículo 6.1 a través de medidas «reglamentarias, administrativas o contractuales».

### II.2.C. EL CONTRATO TERRITORIAL: ALGUNOS ARGUMENTOS PARA LA DEFENSA DE SU VALIDEZ COMO MEDIO PARA LA IMPLANTACIÓN DE LAS APROPIADAS MEDIDAS DE CONSERVACIÓN EXIGIDAS POR LA *DIRECTIVA HÁBITATS*

Las medidas contractuales, mediante la firma de contratos administrativos de gestión del espacio entre particulares y administración, son las empleadas habitualmente en algunos países de la Unión (por ejemplo Bélgica o Francia (55)) para fijar las medidas de conservación.

LAZCANO BROTONS expone que en esos contratos se suelen fijar los objetivos de conservación en cada área concreta, pero manifiesta que la vía contractual puede plantear problemas jurídicos «por su carácter de norma inter partes, por la difícil participación del público en su procedimiento de discusión y elaboración, por la admisión de una amplia autonomía contractual en una materia que —en principio— debería estar en gran medida unilateralmente reglamentada, por las posibles consecuencias de resolución del acuerdo y responsabilidad patrimonial de la administración en el caso de que ésta incumpla las obligaciones contraídas (con el previsible efecto desprotector de la zona que ello pudiera suponer)» (56).

Sin embargo, estas dificultades pueden quedar resueltas con apoyo en la normativa reguladora del Contrato Territorial (57), la cual prevé como una finalidad de estos contratos la de contribuir a la «consecución de los objetivos de conservación de los espacios de la Red Natura 2000 u otros espacios o áreas protegidas» (58).

Del análisis de los distintos documentos de objetivos y medidas de conservación para la designación de las distintas Zonas Especiales de Conservación de la CAPV, se comprueba que las metas (objetivos finales) son similares en muchos espacios, consistiendo, por citar alguno, en que un determinado tipo de hábitat natural de interés comunitario de los contemplados en el Anexo I de la *Directiva Hábitats* presente en la ZEC (por ejemplo, el encinar cantábrico en la ZEC de Arno, u otro tipo de bosques autóctonos en las ZECs de Ernio-Gatzume o de Izarraitz), incremente su superficie hasta alcanzar un determinado porcentaje sobre su superficie potencial.

Para conseguir esos objetivos resulta necesario la implantación de una serie de medidas (por ejemplo, acuerdos de reversión de plantaciones forestales privadas previamente existentes en la ZEC a encinar —Arno— o arbolado autóctono —Izarraitz—; empleo en los proyectos de restauración de determinadas especies típicas del hábitat

(55) Con referencia a este país, en la Sentencia de 4 de marzo de 2010, C-241/08, ap 6, se indica que «El contrato Natura 2000 comprende un conjunto de compromisos de conformidad con las directrices y medidas definidas en el documento de objetivos, referidas al mantenimiento y, en su caso, al restablecimiento de los hábitats naturales y las especies que han motivado la creación del espacio Natura 2000.»

(56) LAZCANO BROTONS, I., «Los Espacios Naturales...», *cit.*, p. 141.

(57) Real Decreto 1336/2011, de 3 de octubre, por el que se regulan el contrato territorial y el contrato territorial de zona rural como instrumentos para promover el desarrollo sostenible del medio rural. El artículo 2.1 de la norma define el Contrato Territorial como «un instrumento formal que establece el conjunto de compromisos suscritos entre una Administración Pública y el titular de una explotación agraria para orientar e incentivar su actividad en beneficio de un desarrollo sostenible del medio rural». Dado que se permite su suscripción a los titulares de las explotaciones agrarias, a los titulares de la gestión y aprovechamiento de montes o terrenos forestales y a los titulares de terrenos cinegéticos (art.5.1), el ámbito territorial que podría cubrirse por este tipo de contratos resulta muy amplio.

(58) Apartado 3.f del Real Decreto 1336/2011.

concreto; o acuerdos para que la madera cortada quede sobre el terreno como madera muerta cumpliendo con los requerimientos de determinadas especies de interés comunitario) (59). Este tipo de actividades mediante las que se implanten las medidas de conservación deberían ser los compromisos a cumplir por el beneficiario, constituyendo el objeto del contrato, cuya duración podría acomodarse al plazo de vigencia de los correspondientes documentos o planes de gestión (60).

No parece especialmente dificultoso, desde un punto de vista jurídico, el establecimiento de las medidas de conservación utilizando esta figura contractual. Resulta ajustado al Derecho de la Unión y no estimo que sea problemático por su carácter de norma *inter partes*, si se establece un adecuado régimen relativo a prórrogas, modificaciones, subrogaciones, resolución y extinción del contrato, así como a las consecuencias en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas.

Tampoco puede considerarse, en mi opinión, que sea un instrumento inconveniente «por la difícil participación del público en su procedimiento de discusión y elaboración», ya que el público sí tiene la posibilidad de participar en la elaboración de los diferentes documentos de objetivos y medidas de conservación de cada espacio y en su incorporación al Instrumento de Gestión (61), el cual determinará forzosamente el tipo de obligaciones y compromisos del beneficiario del Contrato Territorial.

Igualmente, puede rebatirse el argumento relativo a «la admisión de una amplia autonomía contractual en una materia que —en principio— debería estar en gran medida unilateralmente reglamentada», puesto que, al estar referidos los contratos a los correspondientes documentos de objetivos y medidas de conservación e instrumentos de gestión, la autonomía, en mi opinión, quedaría muy reducida, en cuanto que no existiría gran margen en cuanto a la determinación de las obligaciones y compromisos del beneficiario, siempre referidos, insistimos, al contenido de esos documentos.

Y en cuanto al obstáculo relativo a «las posibles consecuencias de resolución del acuerdo» y al «previsible efecto desprotector de la zona que ello pudiera suponer»,

---

(59) En este sentido, resulta destacable que algunas de las medidas o vías para alcanzar esas metas también son coincidentes para muchas ZECs de naturaleza forestal, como las mencionadas Ernio-Gatzume, Arno e Izarraitz, entre otras, dado que los documentos apuntan que para alcanzar tales metas deberá producirse la reversión de las actuales plantaciones forestales de especies alóctonas de crecimiento rápido en hábitats naturales de interés comunitario. En definitiva, los documentos de gestión coinciden en que, los tipos de hábitats forestales de interés natural y bosques autóctonos deberán incrementar su superficie, a costa, entre otras, de las plantaciones forestales de especies alóctonas de crecimiento rápido presentes en la ZEC. Los acuerdos de reversión de plantaciones forestales alóctonas en hábitats de interés comunitario se podrían instrumentalizar a través de la figura del Contrato Territorial, en el que el beneficiario adquiera el compromiso de proceder a la reversión indicada.

(60) En general, los instrumentos de gestión aprobados en la CAPV prevén un plazo de vigencia de seis años, si bien en ellos se reconoce que los objetivos finales de la gestión, en ocasiones, son inalcanzables en ese plazo. Esa dificultad temporal existirá cualquiera que sea la modalidad de las medidas empleadas.

(61) Debe aceptarse que, cuando se elaboraron en la CAPV las listas de lugares a proponer a la Comisión para que ésta los seleccionara como LICs, la LPNB no estaba en vigor. No obstante, actualmente esa ley obliga expresamente a someter al trámite de información pública tanto las citadas propuestas (art. 42.2) como las propias declaraciones de ZECs (art. 44). También el TRLCNPV (art. 22.2) garantiza en los procedimientos de declaración de los lugares Natura 2000 la participación real y efectiva de las administraciones públicas y «del público interesado». En cualquier caso, en los distintos procesos de designación de ZECs de la CAPV figuran documentos específicos relativos a los procesos de participación social, en los que el público sí ha podido realizar aportaciones y comentarios relativos a las concretas medidas, directrices y normas con carácter previo a su inclusión en los correspondientes instrumentos de gestión.

sería otra de las cuestiones a prever en materia de régimen jurídico del contrato y de su resolución y extinción.

El Contrato Territorial tiene carácter voluntario(62) y además puede ser complementario de otros mecanismos de protección habitualmente utilizados —instrumentos de planificación o gestión en los que se hayan concretado los objetivos a conseguir y normativas de usos de los espacios protegidos— que han sido insuficientes (63).

(62) Artículo 2.2. del Real Decreto 1336/2011. En esa nota de la voluntariedad esta figura contractual se asemeja a la Custodia del Territorio, si bien en ésta los acuerdos se celebran entre entidades de custodia y propietarios de fincas, mientras que el Contrato Territorial se suscribe directamente por la Administración. La Custodia del Territorio es el «conjunto de estrategias o técnicas jurídicas a través de las cuales se implican a los propietarios y usuarios del territorio en la conservación y uso de los valores y los recursos naturales, culturales y paisajísticos» (artículo 3.9 LPNB). A través de la Custodia del Territorio se consigue una implicación activa y real de los actores privados en la protección del Patrimonio natural y Biodiversidad, plasmando una idea que subyace en la normativa europea ambiental, desde que en 2003 se aprobaron dos Directivas que tienen su origen en el Convenio de Aarhus, de 25 de junio de 1998 —del que también España es Parte— (Directiva 2003/5/CE por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y por la que se modifican, en lo que se refiere a la participación del público y el acceso a la justicia, las Directivas 85/337/CEE y 96/61/CEE, y Directiva 2003/4/CE relativa al acceso del público a la información medioambiental, ambas incorporadas a través de la Ley 27/2006, reguladora de los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente). Esta implicación también se evidencia en el caso del beneficiario del Contrato Territorial. En la declaración ministerial «El Teide» (*«NATURA 2000: todos juntos por la naturaleza»*, 9 de mayo de 2002.) se expone que «el éxito de Natura 2000 requerirá el apoyo de los ciudadanos europeos, especialmente de la población y de los propietarios locales, así como de su participación en las decisiones sobre la puesta en práctica de medidas de conservación y de gestión de los espacios implicados». Se afirma asimismo la importancia de presencia antrópica en esos espacios, ya que «muchos de nuestros hábitats valiosos son el resultado del uso tradicional y que su conservación depende de prácticas y saberes tradicionales». La declaración fue redactada durante el seminario realizado en Tenerife en Abril de 2002 y firmada por los Ministros de Medio Ambiente ([http://www.redeuroparc.org/Guia\\_Natura\\_2000\\_doc/declaracion\\_del\\_teide.pdf](http://www.redeuroparc.org/Guia_Natura_2000_doc/declaracion_del_teide.pdf)). La Comisión también considera que para alcanzar los objetivos europeos y mundiales previstos para 2020 en relación con la biodiversidad, es necesario el pleno compromiso de numerosos interesados, para lo cual se «fomentará la participación activa de la sociedad civil en todos los niveles de aplicación», considerándose positivo «movilizar a los ciudadanos para que participen en las actividades de conservación de la biodiversidad» (COMISIÓN EUROPEA: *Estrategia de la UE sobre la biodiversidad hasta 2020: nuestro seguro de vida y capital natural*. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, Bruselas, 3.5.2011. [http://ec.europa.eu/environment/nature/biodiversity/comm2006/pdf/2020/comm\\_2011\\_244/1\\_ES\\_ACT\\_part1\\_v2.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/biodiversity/comm2006/pdf/2020/comm_2011_244/1_ES_ACT_part1_v2.pdf)). El Plan estratégico del patrimonio natural y de la biodiversidad 2011-2017 (R.D. 1274/2011, de 16 de septiembre) también prevé, entre otras acciones, la de «Impulsar la caracterización y reconocimiento jurídico del contrato territorial, incluyendo entre sus finalidades la conservación de la biodiversidad y de los espacios de la Red Natura 2000».

(63) MUÑOZ AMOR, M., en «La Custodia del Territorio como paradigma de la administración concertada». *Práctica Urbanística*, N.º 108, Sección Perspectivas sectoriales, Octubre 2011, p. 50. Parte la autora de que «parece demostrado que el Estado, por sí solo, a través de sus Administraciones, no puede alcanzar y conseguir los objetivos de conservación impuestos tanto por la legislación europea, como por los Tratados Internacionales de los que España forma parte. Es por ello que se pone de manifiesto la necesidad de, quizá, ir más allá de la tradicional intervención administrativa, que es la que, sin duda, mayor peso ha tenido entre las distintas técnicas o medidas de protección utilizadas por nuestras leyes ambientales hasta fechas muy recientes aprobadas. La pregunta que nos hacemos es la de si sería este el momento de empezar a aplicar algunos otros instrumentos, técnicas, mecanismos o herramientas que pudieran reforzar las políticas públicas de conservación y de protección, a la vez que hacer más eficaces la planificación y la gestión ambiental (fundamentalmente, las referidas a la protección del Patrimonio Natural y Biodiversidad)». Siguiendo a la autora, se podría decir que la Custodia del Territorio es un conjunto de estrategias o técnicas jurídicas, cuya finalidad es la de implicar a los propietarios/usuarios de un determinado territorio, con el objetivo último y común de conservar el patrimonio natural y la biodiversidad, teniendo carácter de voluntariedad y de complementariedad respecto a otro tipo de medidas hasta ahora más utilizadas. En el artículo 72.1 de la citada ley se establece que «Las Administraciones Públicas fomentarán la Custodia del Territorio mediante acuerdos entre entidades de custodia y propietarios de fincas privadas o públicas que tengan por objetivo principal la conservación del patrimo-

Así, evidentemente, ante un particular que ocasione daños en un hábitat de interés comunitario comprendido en una ZEC, siempre será posible aplicarle el régimen sancionador correspondiente (64) si ha cometido una infracción.

El Contrato Territorial dentro la gestión de la Red Natura puede servir para lograr el cumplimiento de los objetivos de la *Directiva Hábitats*, considerando siempre, como se ha indicado, su carácter voluntario y complementario. Los instrumentos de gestión de los lugares Natura 2000 facilitarán la implantación de los futuros acuerdos contractuales con los propietarios. En la medida en que esta modalidad contractual sirva para lograr el cumplimiento de esos objetivos, se podrá reducir el frecuente incumplimiento de la normativa medioambiental denunciado por la doctrina (65).

Por lo tanto, el empleo del Contrato Territorial resulta ajustado al Derecho de la Unión y tiene las ventajas descritas (66) relativas a la implicación del propietario en la gestión destinada a lograr los objetivos de conservación que se establezcan.

---

nio natural y la biodiversidad». Por otra parte, hay que señalar que la Custodia del Territorio es un instrumento relativamente nuevo. Se trata de un mecanismo «de gran flexibilidad que está generando especificidades en cada país y se está imponiendo en todo el mundo en atención a la demanda de la sociedad moderna, como mecanismo de mayor eficacia ante los crecientes retos ambientales. Con la participación de los administrados se obtiene un nuevo consenso con los poderes públicos cuyo resultado es no sólo la disminución de las disfunciones organizativas y burocráticas, sino que canaliza la conciencia ciudadana del interés común ambiental. Y en ese camino hacia una Administración concertada o participada, como técnica de eficiencia elemental, se encuentra la Custodia del Territorio». (FUNDACIÓN BIODIVERSIDAD. Estudio jurídico sobre la Custodia del Territorio, Madrid, 2010. pp. 20-21. El estudio expresa que debe tenerse en cuenta que «el interés del propietario en la preservación de su finca resulta a veces más eficaz que la actuación imperativa de los poderes públicos; en este sentido, una política ambiental inteligente deberá dirigirse a estimular y compensar al propietario por la custodia sostenible de su finca. Precisamente en esta función promotora de la Administración pública se enmarca la incorporación de las estrategias de Custodia del Territorio» en la LPNB).

(64) Por ejemplo, el establecido en el TRLCNPV, al tratarse de espacios naturales protegidos.

(65) LOZANO CUTANDA, B., *Administración y legislación...*, cit., p. 175, citando a Kråmer: «existen pocos sectores del Derecho Comunitario en los que la diferencia entre el derecho escrito y la práctica sea tan grande como en el derecho ambiental».

(66) Los resultados positivos logrados mediante la técnica de la Custodia del Territorio que se avalan desde otras disciplinas no tienen por qué ser distintos a los que resulten del Contrato Territorial, instrumento que se aplicará en un territorio del que su titular espera, fundamentalmente, un rendimiento. Al respecto, puede verse el siguiente trabajo: DONADA MAYA, L., «Custodia del Territorio. Un modelo de Gestión dentro de la Red Natura 2000», Proyecto fin de Máster en Espacios Naturales Protegidos, promovido por la Universidad Autónoma de Madrid, la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad de Alcalá, junto con Fundación Fernando González Bernáldez y EUROPARC-España, pp. 8. «La Custodia del Territorio es especialmente útil como un mecanismo de conservación en aquellos lugares donde el objetivo, más que la preservación absoluta y estricta de los valores naturales y/o culturales, es la gestión «meditada» de los recursos existentes. Así, se trata de un modelo perfectamente viable en zonas donde la tierra, las aguas y sus recursos se trabajen, exploten y comercialicen y de los cuales los propietarios, o usuarios, esperen un rendimiento. La idea es, simplemente, hacer un uso racional y planificado de las propiedades rurales que prevea también la conservación a largo plazo de sus otros recursos: los valores naturales, paisajísticos y culturales». ([http://www.redeuparc.org/Guia\\_Natura\\_2000\\_doc/custodia.pdf](http://www.redeuparc.org/Guia_Natura_2000_doc/custodia.pdf)). Pueden consultarse también las siguientes direcciones de Internet: <http://www.custodia-territorio.es/> o <http://www.fundacion-biodiversidad.es/es/inicio/proyectos/buscador/103437-desarrollo-de-la-tercera-fase-de-la-plataforma-de-custodia-del-territorio>. Además, el sistema goza de otras ventajas. Así, permite suplir la carencia de recursos humanos de la Administración, puesto que los beneficiarios de los Contratos Territoriales constituyen en muchos casos personal técnico cualificado y voluntario con el que contar. También puede suponer una disminución de costes de gestión que serán interiorizados por los particulares. La eficacia de la Custodia del Territorio es reconocida por la Administración. Puede verse, por ejemplo, la Orden de 30 de junio de 2010, de la Consejera de Medio Ambiente, Planificación Territorial, Agricultura y Pesca, por la que se convocan, para 2010, ayudas para acuerdos de Custodia del Territorio para actividades de conservación, restauración e integración ambiental y paisajística en el ámbito del suelo no urbanizable de la Reserva de la Biosfera de Urdaibai. «Ante la imposibilidad de las

Esta herramienta contractual podría ser de especial utilidad en un territorio como Gipuzkoa, con ZECs en las que el uso principal es el forestal y la mayoría de la superficie es terreno de propiedad privada (en la ZEC de Arno, por ejemplo, menos del 10% de la superficie es de propiedad pública y en la ZEC de Izarraitz únicamente el 7%) (67). Para una ZEC concreta podrán establecerse contratos de un mismo tipo con contenidos comunes, sin perjuicio de que cada uno pueda incorporar los elementos precisos de ajuste a la situación y potencialidades propias de cada explotación (68).

---

Administraciones Públicas de poder abarcar en su actividad todos los extremos necesarios para una gestión medioambiental adecuada, surgen nuevas estrategias e instrumentos para la conservación de la naturaleza y el desarrollo sostenible, entre los que se encuentra el mecanismo de los acuerdos de Custodia del Territorio». Señala la citada Orden que esta figura tiene su origen en los países anglosajones, pero su eficacia ha llevado «a su extensión en Europa». Los propietarios asumen un compromiso de conservar y hacer un uso correcto de los terrenos conforme a las condiciones de gestión y protección que se les indiquen. Se establece además el plazo de vigencia, los mecanismos de seguimiento y asesoramiento y el apoyo técnico y financiero. En caso de incumplimiento del beneficiario y de resolución de la concesión surge la obligación de reintegrar las cantidades percibidas y los intereses legales, sin perjuicio de otras acciones que procedan conforme a la normativa reguladora del reintegro de subvenciones. La Orden contempla una variada tipología de acuerdos: con mantenimiento de la propiedad y asunción del propietario de compromisos de gestión, o la adquisición de derechos reales por parte de la entidad de custodia (bien transmisión de la propiedad o traspaso de la gestión a la entidad de custodia mediante cesión de uso o arrendamiento). Efectivamente, para materializar los acuerdos de Custodia del Territorio las posibilidades son múltiples: FUNDACIÓN BIODIVERSIDAD. *Estudio jurídico sobre la Custodia del Territorio*, cit. El Estudio jurídico sobre la Custodia del Territorio distingue entre acuerdos de Custodia del Territorio sin transmisión de propiedad [Contrato o convenio de colaboración, Cesión de usos, Arrendamiento, Usufructo, Títulos de conservación, Servidumbres —constitución de servidumbres ambientales— y acuerdos con transmisión de la propiedad —Donación, Adquisición directa, Permuta, Herencia o legado—. (<http://www.fundacion-biodiversidad.es/images/stories/recursos/noticias/2010/EstudioCustodiaTerritorio.pdf>).

(67) El art. 23.3 TRLCNPV establece que «De conformidad con lo previsto en la legislación de expropiación forzosa, la privación singular de la propiedad privada o de derechos e intereses patrimoniales legítimos, cualquiera que fuere la forma en que se produjera, conllevará para sus titulares el derecho a obtener la pertinente indemnización». En este sentido, se señala en las DCRN elaboradas en 2011 que «Las medidas de gestión a emplear serán reglamentarias, administrativas o contractuales. En todo caso debe entenderse que en su aplicación por parte de la Administración, será indemnizable cualquier limitación a derechos reales consolidados que pudieran existir con anterioridad a la aprobación del instrumento de gestión, de acuerdo a lo que prescriba la legalidad vigente». En relación con las limitaciones que se pudieran imponer a los propietarios, la más habitual podría consistir en la prohibición de plantar ciertas especies forestales de rápido crecimiento y rendimiento mayor, por ser contraria a los objetivos de conservación del lugar. Se permitiría únicamente la plantación de otras especies que proporcionan un menor rendimiento económico, pero que ayudan a conseguir los objetivos de conservación en cuestión. Aunque la distinción entre la privación de un derecho patrimonial y la simple incidencia o delimitación legal no es siempre fácil de determinar, existen ciertos límites a partir de los cuales se considera que sí existe privación de derechos. Así, se puede considerar que los límites fijados no serán indemnizables salvo que los vínculos que se impongan «no resulten compatibles con la utilización tradicional y consolidada de los predios», técnica ésta que tiende precisamente a permitir la identificación del contenido esencial de los derechos, tal y como, por ejemplo, establece la Sentencia de 2 de noviembre de 2010 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Madrid. De la misma forma que en esa sentencia se consideran indemnizables las limitaciones en lo relativo a la actividad cinegética en cotos de caza, puesto que atendiendo a la utilización tradicional y consolidada de los predios excede de la simple configuración del derecho de propiedad, también serían indemnizables las limitaciones relativas a la prohibición de plantación de ciertas especies forestales para las que los predios de propiedad privada se han venido utilizando de manera tradicional y consolidada.

(68) El Real Decreto 1336/2011 permite que los contratos territoriales sean de carácter individual si sus finalidades específicas y los compromisos y contraprestaciones se determinan caso por caso, pero también permite tipos homogéneos si persiguen unas mismas finalidades específicas o están dirigidos a explotaciones agrarias que compartan una zona (art. 4.1).

Respecto a su naturaleza jurídica, el Contrato Territorial no se encuentra sometido al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF) (69), regulándose, según indica el artículo 4.2 de la norma, por sus normas especiales.

Por otra parte, no existiría obstáculo alguno para que se impusieran cláusulas penales que operaran en supuestos de resolución de los acuerdos o de incumplimiento de los mismos que funcionaran a modo de sanción, o para aplicar el régimen sancionador establecido en la legislación de subvenciones, teniendo en cuenta la consideración de la contraprestación del beneficiario como subvención. Igualmente se podría establecer en un contrato privado la obligación de reparación de daños causados al medioambiente a consecuencia de la conducta incumplidora del beneficiario. Los compromisos del beneficiario están condicionados por los objetivos de conservación pero, en relación a estos aspectos relativos a la resolución del contrato o sus incumplimientos y las obligaciones que de ello se derivarían para los particulares, sí se dispondría de una mayor autonomía y libertad de pactos (70).

De esta forma, existirían mecanismos coercitivos para evitar la desprotección de los espacios a proteger similares a los previstos en la legislación medioambiental (sanciones y obligaciones de reparar) que podrían ser aplicables si las conductas de los beneficiarios no fueran constitutivas de infracción administrativa alguna. Así, el régimen que se instaure a través del Contrato Territorial no tiene por qué tener una eficacia menor que la ofrecida mediante los sistemas tradicionales consistentes en la simple regulación normativa de una serie de conductas prohibidas y sanciones asociadas a las mismas.

Por último hay que señalar que la Comisión considera que, si un Estado miembro elige las medidas contractuales, siempre tendrá la obligación de determinar con carácter permanente las medidas de conservación necesarias que respondan a «las exigencias ecológicas de los tipos de hábitats naturales del Anexo I y de las especies del Anexo II presentes en los lugares» y cumplir el objetivo general de la Directiva establecido en el apartado 1 de su artículo 2. La existencia de un instrumento de gestión puede servir de marco tanto para las medidas contractuales indicadas como para las administrativas o reglamentarias.

---

(69) LOZANO CUTANDA, B., «Los contratos territoriales: una fórmula de financiación de actividades agrarias con gran potencial de futuro». *Diario La Ley*, N.º 7760, Sección Tribuna, 22 Dic. 2011, Ref. D-475. Este tipo de contrato se adscribe al supuesto de exclusión del art. 4.d) de esta norma: «Los Convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulen, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales». Expone la autora que en cuanto a «la contraprestación que el beneficiario percibe de la Administración, siempre que suponga un plus respecto del coste que entraña el cumplimiento de los compromisos aceptados, habrá de considerarse como un tipo de las subvenciones denominadas «de resultado». Se trata de subvenciones puesto que se persigue un interés público y no hay una contraprestación directa del beneficiario, pero sí hay una contraprestación indirecta, en la medida en que el beneficiario está obligado a destinar los fondos públicos recibidos a la consecución de un fin concreto», y advierte de «la importancia que reviste una adecuada configuración y cálculo de los incentivos aplicados, con el fin de evitar incentivos con efectos perversos o que puedan reputarse como ayudas de Estado contrarias a las normas de competencia».

(70) HUERGO LÓRA, A., «Figuras afines: penalidades en la contratación administrativa», en la obra colectiva *Diccionario de sanciones administrativas*. Iustel. Madrid, 2010, pág. 477. Según el autor es evidente que las penalidades, en la contratación pública, pueden ser incorporadas al contenido del contrato aun sin habilitación alguna «en virtud del principio de libertad de pactos, y que por esa misma razón pueden preverse también en los contratos de Derecho Privado».

### III. Las medidas apropiadas para evitar el deterioro de los hábitats y las alteraciones en las especies

Establece el artículo 6.2 de la *Directiva Hábitats* que «Los Estados miembros adoptarán las medidas apropiadas para evitar, en las Zonas Especiales de Conservación, el deterioro de los hábitats naturales y de los hábitats de especies, así como las alteraciones que repercutan en las especies que hayan motivado la designación de las zonas, en la medida en que dichas alteraciones puedan tener un efecto apreciable en lo que respecta a los objetivos de la presente Directiva». El artículo 45.2 LPNB incorpora este precepto al ordenamiento español (71). Resulta necesario un análisis de este apartado segundo del artículo 6 de la *Directiva Hábitats* para comprender en qué consisten las medidas de protección en él mencionadas y sus diferencias con las medidas de conservación derivadas del primer apartado.

#### III.1. Alcance del art. 6.2 de la *Directiva Hábitats*: los límites de una disposición «preventiva» de deterioros de hábitats y alteraciones de especies

Hemos visto que la *Directiva Hábitats* no impone que, de forma forzosa, se deban elaborar planes o instrumentos de gestión, pero sí lo hace la LPNB, la cual establece además que la adopción de estas medidas apropiadas se lleve a cabo en los propios planes o instrumentos de gestión (art. 42.2 LPNB).

Se exigirían, por tanto, conforme al artículo 6.2 de la *Directiva Hábitats*, medidas de «protección» apropiadas (72), es decir, «un régimen de protección que evite el deterioro de los hábitats y las alteraciones significativas de las especies, garantizando así la protección jurídica de las Zonas Especiales de Conservación» (73).

Como se ha indicado anteriormente, la obligación que ahora analizamos se diferencia de la establecida en el artículo 6.1 de la Directiva. Ese apartado primero va más allá de la evitación del deterioro de hábitats y especies, obligando incluso a restablecer los equilibrios ecológicos ya perdidos. En cambio, la obligación recogida en el artículo 6.2 de la Directiva es una «obligación hacia el futuro» (74), puesto que se trata de una disposición «esencialmente preventiva» (75) destinada a evitar el deterioro de hábitats y especies, la cual se aplica desde que un espacio se ha declarado LIC y antes de que obtenga la declaración de ZEC.

(71) Señala ese precepto que «Igualmente las administraciones competentes tomarán las medidas apropiadas, en especial en dichos planes o instrumentos de gestión, para evitar en los espacios de la Red Natura 2000 el deterioro de los hábitats naturales y de los hábitats de las especies, así como las alteraciones que repercutan en las especies que hayan motivado la designación de estas áreas, en la medida en que dichas alteraciones puedan tener un efecto apreciable en lo que respecta a los objetivos de la presente ley».

(72) Sentencia de 22 de septiembre de 2011, *Comisión c. España*, C-90/10, ap.32. La Sentencia de 4 de marzo de 2010, C-241/08 utiliza la terminología de «medidas de conservación apropiadas», en lugar de la más frecuente de «medidas de protección apropiadas» empleada por el TJ para referirse a las medidas derivadas del artículo 6.2 de la *Directiva Hábitats*.

(73) Sentencia de 22 de septiembre de 2011, *Comisión c. España*, C-90/10, ap.64.

(74) LAZCANO BROTONS, I., «Los Espacios Naturales...», *cit.*, p. 143.

(75) Conclusiones del Abogado General en el Asunto C-362/06 P, ap. 19.



El artículo 6.2 de la *Directiva Hábitats* parte del principio de prevención, no considerando la Comisión aceptable esperar a que se produzca un deterioro o una alteración para tomar medidas. Éstas van más allá de las simples medidas de gestión necesarias para garantizar la conservación que ya están cubiertas por el apartado 1 del artículo 6. Las expresiones «evitar» y «puedan tener un efecto apreciable» ponen de manifiesto el carácter preventivo de las medidas que deben adoptarse. Este artículo debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros tienen la obligación de tomar todas las medidas apropiadas que puede razonablemente esperarse de su parte para que no se produzca ningún deterioro o alteración importante.

Este apartado es aplicable también a los resultados de actividades que no requieren necesariamente una autorización previa (76), como la agricultura o la pesca, por lo que tiene un alcance mayor que el de los apartados 3 y 4, que sólo se refieren a planes y proyectos que requieren autorización.

El apartado 2 del artículo 6 se aplica de forma permanente en las ZECs. En síntesis, puede afirmarse que los Estados miembros tienen la obligación de tomar medidas preventivas para evitar el deterioro y la alteración por causa de un hecho previsible. Puede referirse a actividades o acontecimientos pasados, presentes o futuros. Así, si existía una actividad con anterioridad a la declaración de una ZEC cuyos efectos nocivos se manifiestan transcurrido un amplio lapso temporal, cuando la misma ya ha cesado, también sería aplicable este apartado 2 del artículo 6. Y entiendo que lo mismo ocurriría con una actividad presente, es decir, desarrollada una vez declarada la ZEC, que produzca los deterioros o alteraciones de forma inesperada, una vez aprobado el plan de gestión correspondiente, de forma que no haya sido inicialmente objeto de las medidas de conservación del artículo 6.1. de la Directiva. Esa es la solución que debe adoptarse también para el supuesto de que un plan o proyecto cause efectivamente deterioros y alteraciones inesperadas, pese a haber sido evaluado y autorizado con arreglo al artículo 6, apartado 3, de la *Directiva Hábitats*, circunstancias en las que «la aplicación del artículo 6, apartado 2, de la Directiva sobre los hábitats permite responder al objetivo esencial de la conservación y protección de la calidad del medio ambiente, incluida la conservación de los hábitats naturales, así como de la fauna y flora silvestres» (77).

Por el contrario, como se ha indicado, si una actividad ya existente en una ZEC es causa —conocida o probable— de deterioro de hábitats naturales o de alteración de las especies que motivan la declaración del espacio, deben aplicarse las medidas de

---

(76) Conclusiones de la Abogada General JULIANE KOKOTT presentadas el 29 de enero de 2004, en el Asunto C-127/02, al analizar la relación entre el artículo 6, apartado 2, y el artículo 6, apartado 3, de la Directiva sobre los hábitats, explicó que la Comisión sostenía la tesis de que el apartado 3 reviste una importancia autónoma en la medida en que dicha disposición se refiere a planes y proyectos, mientras que el apartado 2 contiene una obligación general de evitar el deterioro y las alteraciones apreciables de los lugares, y de que ese apartado 2 se aplica también a las actividades que no requieren de autorización previa (ap. 47). La Abogada General consideró que el artículo 6, apartado 2, de la *Directiva Hábitats* crea obligaciones permanentes, con independencia de la autorización de planes y proyectos, de evitar el deterioro y las alteraciones que puedan afectar a los lugares de forma apreciable por lo que respecta a los objetivos de la Directiva. El TJUE confirmó que «el artículo 6, apartado 2, de esta Directiva contiene una obligación de protección general, consistente en evitar deterioros y alteraciones que puedan tener efectos apreciables en lo que respecta a los objetivos de la Directiva, y no puede ser aplicado simultáneamente con el apartado 3 del mismo artículo.»

(77) Sentencia de 7 de septiembre de 2004, *Waddenvereniging y Vogelbeschermingsvereniging*, C-127/02 (Sentencia *mar de Wadden*), ap. 34 a 37.

conservación necesarias del artículo 6.1 (por ejemplo, deteniendo el impacto negativo de la actividad mediante su supresión o tomando medidas correctoras).

La obligación del artículo 6.2 no se limita a los actos deliberados, sino que puede aplicarse a cualquier hecho casual (tales como catástrofes, incendios o inundaciones) siempre que sea previsible (78), debiendo en ese caso adoptarse medidas (relativas) de precaución para limitar el riesgo de que se produzcan en la medida en que puedan comprometer la consecución del objetivo de la Directiva.

Por otra parte, la *Directiva Hábitats* recoge ciertos límites a la responsabilidad de los Estados miembros. Así, aunque puede ser necesario poner en práctica medidas fuera de las ZECs, las medidas vienen referidas únicamente a especies y hábitats situados dentro de ellas. Existe pues, con diversas matizaciones (79), un límite espacial en la Directiva para esta obligación. Por ello, a mi entender, el precepto, más que ser aplicable a las «alteraciones que se produzcan fuera de las zonas» (80), lo es a las que se producen dentro de las mismas pese a que se hayan originado fuera de ellas.

Un segundo límite previsto en la *Directiva Hábitats* es el relativo a que las medidas apropiadas se refieren únicamente a los hábitats y especies «que hayan motivado la designación de las zonas» (límite con respecto a los hábitats y especies). Ya hemos señalado que la información relativa a los lugares debe proporcionarse por los Estados miembros de acuerdo con un formulario —FND— aprobado por la Comisión con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 21 de la Directiva. Pues bien, este límite con respecto a los hábitats y especies implica que, en concreto, los hábitats y especies con respecto a los cuales hay que tomar las medidas son los indicados en los FND de Natura 2000. La limitación supone, por tanto, que las medidas de conservación deben estar centradas en las especies y hábitats que justificaron la selección de las ZECs, no tratándose de medidas de conservación en general (81). De esta forma,

(78) La Comisión sostenía que los lugares deben protegerse de «toda actividad susceptible de causar perturbaciones», evitando también «todo deterioro causado por negligencia u omisión». El Reino Unido sostenía que «únicamente deben evitarse los deterioros que no sean naturales». El TJ acogió las tesis de la Comisión, entendiendo que el artículo 6, apartado 2, de la *Directiva Hábitats* exige adoptar tanto medidas destinadas a evitar daños y perturbaciones externos causados por el hombre como medidas cuyo objeto sea detener los procesos naturales que puedan alterar el estado de conservación de las especies y de los hábitats naturales en las ZECs (Sentencia de 20 de octubre de 2005, *Comisión c. Reino Unido*, C-6/04, ap. 34).

(79) El artículo no especifica que las medidas tengan que adoptarse en las ZECs sino lo que se debe evitar en esos espacios. Así, hechos externos, como por ejemplo, un vertido, pueden tener un impacto sobre las especies y hábitats que se encuentran dentro de una ZEC, lo cual obligaría a instaurar medidas fuera de las ZECs. A diferencia de la *Directiva Aves*, la cual contempla expresamente la obligación también fuera de las «zonas de protección» de los Estados miembros de esforzarse en evitar la contaminación o el deterioro de los hábitats (artículo 4.4), no hay una previsión similar en la *Directiva Hábitats*. Por su parte, la LPNB, en su artículo 45.3 sí recoge la obligación de la administración de «adoptar las medidas necesarias para evitar el deterioro o la contaminación de los hábitats fuera de la Red Natura 2000».

(80) GARCÍA URETA, A., *Derecho Europeo de la Biodiversidad*. Iustel, Madrid, 2010, p. 520.

(81) En cuanto a la segunda obligación resultante del artículo 6, apartado 2, de la Directiva, que obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas apropiadas para evitar las alteraciones que repercutan en las especies que hayan motivado la designación, en la Sentencia de 10 de mayo de 2007, *Comisión c. Austria*, C-508/04 (ap. 100 y 101), se constató que la legislación austríaca no adaptaba en absoluto el Derecho interno a esta obligación, puesto que no se refería a las especies cuya conservación requiere la designación de dichas zonas, es decir, las especies enumeradas en el Anexo II de la Directiva, sino a las especies enumeradas en su Anexo IV, letra a), cuya protección es objeto del artículo 12 de la Directiva, considerando el TJUE que la protección de las especies que hayan motivado la designación de las ZECs debe garantizarse de manera completa. Por su parte, la sentencia de 13 de febrero de 2003, *Comisión c. Luxemburgo*, C-75/01, ap. 43, exige que para adaptar

para determinar la alteración o el deterioro hay que referirse a la información comunicada por los Estados miembros que se utiliza para garantizar la coherencia de la Red en relación con las especies y hábitats correspondientes. Por ello, la afirmación de que el apartado 2 del artículo 6 «pretende que cualquier tipo de hábitat o especie quede cubierto por las medidas a adoptar» me parece que no resulta ajustada a lo exigido por la *Directiva Hábitats* y no puedo compartirla(82). Los instrumentos de ges-

---

completamente el Derecho interno a la citada norma de la Directiva las disposiciones nacionales deben cubrir todas las alteraciones significativas de las especies para las que se hayan designado las ZECs, habida cuenta de los objetivos de la Directiva. En este último asunto (*Comisión c. Luxemburgo*, C-75/01), la Comisión alegaba que la legislación de Luxemburgo prohibía «reducir, destruir o modificar determinados tipos de biotopos» —en concreto, las charcas, las ciénagas, los pantanos, las cubiertas vegetales constituidas por cañas o juncos, los setos, los matorrales o los bosquecillos—, denunciando la falta de «una medida general, oponible a terceros, que permita evitar en las ZECs las alteraciones de las especies que puedan tener un efecto significativo sobre éstas». A la legislación luxemburguesa se le sumaba una circular ministerial que, según el Gobierno Luxemburgués, tenía precisamente por objeto adaptar el Derecho interno a la Directiva, en la que se indica que había de evitarse cualquier deterioro de los hábitats y toda alteración de las especies protegidas mediante una aplicación rigurosa de dicha ley. El TJUE consideró que el artículo 6, apartado 2, de la Directiva, exige que «todos los hábitats naturales y todos los hábitats de especies que formen parte de una ZEC estén protegidos contra los actos que puedan deteriorarlos», y en la medida en que la legislación de Luxemburgo sólo contemplaba expresamente «algunos tipos de biotopos», no se adaptaba al citado artículo de la *Directiva Hábitats* en cuanto a la obligación de evitar el deterioro de los hábitats (ap. 42). Por otra parte, y ya en cuanto a la protección contra las alteraciones de las especies, el Tribunal de Justicia estimó que las disposiciones legales luxemburguesas no tenían «entidad suficiente como para adaptar completamente el Derecho interno a la citada norma de la Directiva ya que no cubren todas las alteraciones significativas de las especies para las que se hayan designado las ZECs, habida cuenta de los objetivos de la Directiva», sin que ello pudiera ser suplido por la circular ministerial a la que había aludido el Gobierno luxemburgués, la cual «no tiene entidad suficiente como para garantizar una adaptación correcta del Derecho interno a la disposición de que se trata» (ap. 43 y 44), por tratarse de «simples prácticas administrativas, por naturaleza modificables a discreción de la Administración y desprovistas de una publicidad adecuada» a las que ya nos hemos referido.

(82) GARCÍA URETA. A., *op. cit.*, pp. 519-520. Estima el autor que cualquier tipo de hábitat o especie debe quedar cubierto por las medidas a adoptar, con independencia de que sean de interés comunitario o no. A su entender, la disposición no protege únicamente los hábitats naturales y las especies a los que se refiere la *Directiva Hábitats*. Sin embargo, en cuanto a las alteraciones de las especies, en una explicación posterior, sí considera que la norma se refiere exclusivamente a aquellas que hayan motivado la designación de las zonas. En mi opinión, no es correcto afirmar que la protección debe referirse a cualquier hábitat, sea de interés comunitario o no. La Comisión considera que las medidas de conservación deben estar centradas en las especies y hábitats que justificaron la selección de la ZEC, no tratándose de medidas de conservación en general, y por ello menciona que existe un límite con respecto a los hábitats y especies, (COMISIÓN EUROPEA, *Gestión de espacios NATURA 2000*, *cit.*, p. 24). La jurisprudencia que se contiene en el Asunto C-75/01 relativa a que «todos los hábitats naturales y todos los hábitats de especies que formen parte de una ZEC estén protegidos contra los actos que puedan deteriorarlos», no debe entenderse con carácter absoluto. Se refiere a un supuesto en que la legislación interna de un Estado miembro, con carácter excepcional, posibilitaba que los ministros permitieran la destrucción de determinados biotopos (charcas, las ciénagas, los pantanos, las cubiertas vegetales constituidas por cañas o juncos, los setos, los matorrales o los bosquecillos). Si uno de esos biotopos hubiera motivado la designación de una ZEC, la legislación interna habría permitido su destrucción, aunque fuera en casos excepcionales. Por ello, el TJ considera que existe un incumplimiento, en la medida en que la legislación nacional tiene que asegurar que todos los hábitats que motiven la designación de una ZEC deben estar protegidos, sin que el derecho interno pueda permitir que algunos de esos hábitats puedan ser destruidos, como ocurría con determinados biotopos en Luxemburgo. Pero ello no implica que todos los hábitats existentes en la ZEC, sean objeto de protección por el apartado 2 del artículo 6 de la *Directiva Hábitats*. Este apartado únicamente protege a aquellos hábitats y especies que han motivado la designación del lugar. Para su concreción deberá atenderse al FND de cada lugar Natura 2000, documento en el que esos hábitats y especies deberán figurar de forma obligatoria. No creo que la norma obligue a extender la protección que dispensa a otros hábitats o especies presentes sin ningún «interés comunitario» ni relación alguna con los objetivos de conservación del lugar establecidos en atención al FND y a conocimientos científicos. El TJ se ha mostrado contrario a considerar que se deben «prohibir todos los deterioros, aun cuando no tengan efectos apreciables» sobre el mantenimiento o el restablecimiento de un estado de conservación favorable de los hábitats o las especies a

ción aprobados hasta la fecha en la CAPV tampoco avalan esta idea relativa a que la protección derivada de la *Directiva Hábitats* es extensible a todos los hábitats y especies existentes en los lugares de la Red (83). Las circunstancias de que la *Directiva Aves* no contenga listado alguno de hábitats cuya presencia pueda motivar la designación de un lugar como ZEPA y la aplicación a estos espacios de lo establecido en el párrafo 2 del artículo 6 de la *Directiva Hábitats* en nada empecen la solución apuntada (84).

los que se refiere la Directiva (Sentencia de 4 de marzo de 2010, C-241/08, ap. 23), y parece que resulta admisible el deterioro de un hábitat que no sea de interés comunitario, pese a estar situado en una ZEC, si el deterioro en cuestión no afecta a los objetivos de conservación del lugar. Esos objetivos son también los que deben tenerse en cuenta en las evaluaciones de planes y proyectos conforme al apartado 3 del artículo 6. Así, si un plan o proyecto afecta negativamente a la integridad de un espacio sólo desde el punto de vista visual o únicamente con respecto a tipos de hábitats no incluidos en el Anexo I o especies no incluidas en el Anexo II, los efectos no se consideran negativos con arreglo al apartado 3 del artículo 6 (siempre que no resulte comprometida la coherencia de la red), puesto que la «integridad del lugar» está vinculada a los objetivos de conservación de dicho lugar, tal y como se desprende del contexto y el propósito de la Directiva. Los objetivos de conservación también constituyen el parámetro para determinar si las efectivas medidas reglamentarias, administrativas o contractuales que se adopten en virtud del artículo 6.1 de la *Directiva Hábitats* son «apropiadas», pues únicamente podrán serlo aquellas medidas que respondan a las exigencias ecológicas de los hábitats y especies a proteger y sirvan a los Estados miembros para alcanzar la obligación de cumplir los objetivos generales de la Directiva (mantener o restablecer, en un estado de conservación favorable, los hábitats naturales y las especies de fauna y flora de interés comunitario). Al fin y al cabo, señala el TJ que tanto el apartado 2 como el apartado 3 del artículo 6 garantizan el mismo nivel de protección, debiendo impedirse en ambos casos que se cause perjuicio a la integridad de un lugar Natura 2000. Una medida que perjudicara la integridad del lugar también constituiría simultáneamente un deterioro de sus hábitats o una alteración apreciable de las especies que en él se encuentran. Si para determinar si un plan o proyecto puede afectar de forma apreciable a la integridad del lugar debe atenderse a los objetivos conservación, y por tanto a los hábitats y especies de interés comunitario, ésa será la referencia para apreciar si existe deterioro de un hábitat. Así se desprende de las citadas Sentencias *T.C. Briels y otros*, C-521/12, ap. 19 y *Sweetman y otros*, C-258/11, ap. 32. Cabe concluir que ese deterioro se refiere a los mismos hábitats.

(83) En este sentido, los propios documentos de gestión de las ZECs, frecuentemente, establecen que determinados tipos de hábitats forestales de interés comunitario deberán incrementar su superficie, a costa, entre otras, de las plantaciones forestales de especies autóctonas de crecimiento rápido presentes en la ZEC, las cuales no son protegidas por no tener ese interés comunitario. En otras palabras, se eliminan unos hábitats que no tienen interés comunitario, y se sustituyen por otros que sí lo tienen y que han motivado la designación de la ZEC, aumentando la superficie de estos últimos. Esto es necesario para alcanzar un estado de conservación favorable de ese hábitat de interés comunitario, que es, en definitiva, lo que debe garantizar la Red Natura 2000 (art. 3.1. *Directiva Hábitats*). Por ello, no parece que, en virtud de la norma europea cualquier tipo de hábitat o especie presente en ese espacio deba quedar cubierto por las medidas a adoptar. Entiendo que, de existir una obligación de protección general de cualquier hábitat presente en el lugar así entendida, no sería posible que los hábitats de interés comunitario alcanzaran el deseado estado de conservación favorable. Además, resulta frecuente en los lugares Natura 2000 —principalmente en los de gran extensión— la existencia de zonas sin interés de conservación incluidas en su delimitación inicial. En esos casos, tal y como recomiendan las DCRN, la zonificación del espacio resulta de gran utilidad. La posibilidad figura en algunos documentos técnicos como, por ejemplo, en el borrador del documento EUROPARC. *Estándar de calidad para los instrumentos de gestión...* cit., pág. 10. Se diferencian con esta técnica las zonas en función de los objetivos a perseguir o de la intensidad de las medidas a adoptar y se delimitan espacios sin interés alguno. Estas zonas sin interés, siguiendo recomendaciones de la propia Comisión, no son excluidas del espacio pero, tras esa zonificación, tampoco deben ser objeto de protección, evidenciándose también así que no todos los hábitats existentes en estos espacios quedan cubiertos por las medidas a adoptar en atención al artículo 6.2 de la *Directiva Hábitats*.

(84) En las ZECs se protegen hábitats naturales así como hábitats de especies. La definición de los hábitats naturales comprende también los seminaturales —un pasto de montaña, por ejemplo— (artículo 1.b de la *Directiva Hábitats*). Sí quedarían excluidos del ámbito de aplicación de la *Directiva Hábitats* los hábitats totalmente artificiales (por ejemplo, una cantera o una infraestructura creada por el hombre). En cualquier caso, los hábitats y especies a proteger serán únicamente los que figuran en los anexos correspondientes de la norma europea y motivan la designación de las zonas concretas a proteger. Ello excluye a todos los hábitats

### III.2. Deterioro de Hábitats y alteración de especies como conceptos ligados a los objetivos de la *Directiva Hábitats*

Por otra parte, las alteraciones y el deterioro deben evaluarse en relación con los objetivos de la Directiva. Por lo que se refiere a las alteraciones que repercutan en las especies, el apartado 2 del artículo 6 especifica que deben tomarse las medidas adecuadas para evitarlas «en la medida en que dichas alteraciones puedan tener un efecto apreciable en lo que respecta a los objetivos de la presente Directiva». Las alteraciones tienen que afectar al estado de conservación de la especie en lo que respecta a los objetivos de la Directiva. Así pues, los Estados miembros tienen que determinar en relación con esos objetivos si las alteraciones son o no apreciables.

En relación con el deterioro de los hábitats, sin embargo, en el texto no se habla del efecto en relación con los objetivos de la Directiva. Simplemente se dice que tiene que evitarse el deterioro de los hábitats (85). No obstante, debe tenerse en cuenta que la finalidad de todas las medidas que se adopten con arreglo a esta Directiva debe responder a los objetivos de la misma y que debe atenerse al principio de proporcionalidad. Por ello, hay que afirmar que el deterioro de hábitats debe evaluarse

---

y especies que no tengan ese interés comunitario en el que se centra la *Directiva Hábitats*. El hecho de que el artículo 6.2 de la *Directiva Hábitats* sea de aplicación también en las ZEPAs y la circunstancia de que la *Directiva Aves* no contenga un listado de hábitats que puedan o deban motivar la designación de esos espacios destinados a proteger a las aves, no es óbice para la conclusión que expongo. Estimo que en las ZEPAs la protección que dispensan las *Directivas Aves* y *Hábitats* se cenirá a aquellos elementos naturales que motiven que el territorio sea uno de los «más adecuados» (artículo 4.1, último párrafo, de la *Directiva Aves*) para la conservación de las aves que se protejan en el espacio concreto, es decir, a aquellos elementos que sean la razón por la cual en ese espacio se han asentado y conviven el conjunto de poblaciones de especies de aves a proteger. No debe protegerse un hábitat que pudiera tener presencia en ese espacio pero que en nada es útil a la protección perseguida para las aves del Anexo I de la *Directiva Aves*. Los ejemplos en este sentido pueden ser numerosísimos. Podría ser el caso de una ZEPA forestal en el País Vasco que albergue una parcela con una plantación de eucaliptos o con un rodal de acacias de cierta edad. No se puede concluir que la *Directiva Aves* persiga proteger estos tipos de hábitat por su mera presencia en esos espacios, pues nada aportan a las comunidades biológicas (aves) a proteger. El eucaliptal no es un hábitat a proteger en la ZEPA de Sierra Salvada, ni lo es la mancha de *Bacharis halimifolia* en Urdaibai. Para ilustrar lo expuesto valdría pensar, por ejemplo, en un supuesto en que la presencia en un espacio del aguilucho pálido (*Circus cyaneus*), especie que figura en el Anexo I de la *Directiva Aves*, motiva la designación del lugar como ZEPA. En ese caso, habrá que considerar exclusivamente los hábitats que son necesarios para completar su ciclo reproductivo (manchas continuas de arbustos y matorrales) a los que la especie está adaptada. Otros hábitats distintos a esos —de los que la especie no dependa, y menos aún los que puedan perjudicar su presencia— no merecerán protección alguna en aplicación de la norma europea por su mera existencia en el lugar. En mi opinión, se tratará en cada caso, en definitiva, de una cuestión que deberá dilucidarse en atención a los conocimientos científicos existentes, los cuales constituirán el parámetro bajo el que habrá que decidir qué elementos del entorno merecen protección y cuáles no.

(85) Por lo que se refiere a la primera obligación, prevista en el artículo 6, apartado 2, de la Directiva, que obliga a los Estados a adoptar las medidas apropiadas para evitar, en las ZECs, el deterioro de los hábitats naturales y de los hábitats de especies, el TJ consideró motivo de incumplimiento la existencia de un régimen que no contenía ninguna disposición con precisión jurídica necesaria que impusiera a las autoridades competentes la obligación de evitar el deterioro de dichos hábitats (Sentencia de 10 de mayo de 2007, C-508/04, ap. 98). En el mismo sentido, «en la medida en que el Derecho interno no contiene ninguna disposición expresa que obligue a las autoridades competentes a evitar el deterioro de los hábitats naturales y de los hábitats de especies, implica un elemento de inseguridad jurídica en cuanto a las obligaciones que deben cumplir dichas autoridades», lo cual conlleva que el ordenamiento jurídico nacional no ha sido objeto de una adaptación clara, precisa y completa al artículo 6, apartado 2, de la *Directiva Hábitats* (Sentencia de 20 de octubre de 2005, C-6/04, ap. 37).

también en función de los objetivos de la Directiva (86). De hecho, resultaría difícil evaluar el deterioro en términos absolutos sin referirse a límites mensurables. Vincular el deterioro con los objetivos de la Directiva permite utilizar el artículo 1 para interpretar los límites de lo que puede considerarse deterioro. Por deterioro debe entenderse la degradación física de un hábitat, existiendo también cierto margen para establecer el límite entre un deterioro aceptable y uno apreciable (87). Puede evaluarse directamente por medio de una serie de indicadores, por ejemplo, la reducción de la superficie (88) —contemplado expresamente como una circunstancia que determinará que el hábitat pase a tener un «estado de conservación» desfavorable, conforme al artículo 1.e) de la *Directiva Hábitats*— o las características del hábitat (89).

(86) Sin embargo, aunque tanto las alteraciones que repercutan en las especies como el deterioro de los hábitats deben evaluarse en función de los objetivos de la Directiva, para lo que entiendo que será fundamental determinar si se afecta al estado de conservación de especies y hábitats definido en el artículo 1 de la *Directiva Hábitats*, la Comisión, en alguna ocasión, ha sostenido que la legislación interna de un Estado miembro debía prohibir todos los deterioros de los hábitats, aun cuando no tengan efectos apreciables. De esta forma ha estimado que las alteraciones de las especies que muy a menudo están limitadas en el tiempo podrían tolerarse hasta un cierto nivel, a diferencia del deterioro de los hábitats, que puede definirse como una degradación física que afecta a tales hábitats y que está rigurosamente prohibida, ya que la perturbación de un hábitat es más grave que la de una especie. Así se ha mostrado contraria a aplicar el criterio del «efecto apreciable» de una forma indiferenciada tanto al deterioro de los hábitats como a las alteraciones que repercutan en las especies estimando que resulta impreciso y menos riguroso que el artículo 6, apartado 2, de la *Directiva Hábitats*. Así, en la Sentencia de 4 de marzo de 2010, *Comisión c. Francia*, C-241/08, la Comisión sostenía que para adaptar correctamente el Derecho interno a ese artículo 6, apartado 2 de la Directiva, el Código del medio ambiente vigente en Francia debía prohibir todos los deterioros, aun cuando no tengan efectos apreciables. Francia alegaba que, en virtud de su legislación interna conviene evitar, en todos los casos, el deterioro de los hábitats, conforme a las exigencias establecidas en el reseñado artículo 6, apartado 2. Sin embargo, la indicada legislación nacional permitía algunas actividades humanas cuando no tuvieran efectos apreciables para la conservación de los hábitats, de forma que no existía una prohibición pura y simple de las mismas, sino que las actividades en cuestión podían ser objeto de medidas apropiadas para evitar el deterioro de los hábitats, de la misma forma que en el caso de las alteraciones que pudieran afectar a las especies. Según la República Francesa, así se conciliaban las exigencias de protección de los hábitats y especies con el mantenimiento de las actividades humanas que cumplan dicha exigencia, ajustándose la legislación interna a los objetivos de la *Directiva Hábitats* y al artículo 2, apartado 3, de ésta, que dispone que las medidas que se adopten tendrán en cuenta las exigencias económicas, sociales y culturales, así como las particularidades regionales y locales. El TJUE desestimó el planteamiento de la Comisión de prohibir todos los deterioros, aun cuando no tengan efectos apreciables (ap. 23).

(87) Sentencia de 4 de marzo de 2010, *Comisión c. Francia*, C 241/08, citada anteriormente.

(88) KRÄMER, L., «El papel de la Directiva Hábitats en la protección de la Biodiversidad en la Unión Europea», en la obra *La Directiva de Hábitats de la Unión Europea: Balance de 20 años*. Aranzadi. 2012, pp. 41 y ss. El autor señala que la continua reducción de los hábitats es una de las principales amenazas para la conservación de la biodiversidad.

(89) Tal y como se ha explicado, conforme al artículo 1.e) de la *Directiva Hábitats* por «estado de conservación de un hábitat» se entiende el conjunto de las influencias que actúan sobre el hábitat natural de que se trate y sobre las especies típicas asentadas en el mismo y que pueden afectar a largo plazo a su distribución natural, su estructura y funciones, así como a la supervivencia de sus especies típicas en el territorio a que se refiere el artículo 2. Por deterioro se entiende la degradación física de un hábitat. Según la definición de estado de conservación [letra e) del artículo 1], los Estados miembros tienen que considerar todas las influencias que actúan sobre el medio que alberga los hábitats (espacio, agua, aire, suelo, etc.). Si esas influencias han provocado que el estado de conservación del hábitat sea menos favorable que antes, existiría deterioro. Al evaluar ese deterioro en función de los objetivos de la Directiva, pueden utilizarse las tres condiciones establecidas en la letra e) del artículo 1 para considerar que el estado de conservación de un hábitat es favorable —únicamente lo será si concurren simultáneamente esas tres condiciones—, a saber que: 1.ª) «Su área de distribución natural y las superficies comprendidas dentro de dicha área sean estables o se amplíen». Cualquier hecho que contribuya a la reducción de las superficies ocupadas por un hábitat natural que motivó la declaración del lugar puede considerarse deterioro. Por ejemplo, la magnitud de una reducción de la superficie del hábitat debe

Igualmente, también existe un límite entre lo que puede considerarse una alteración de las especies aceptable y una apreciable, tolerándose cierto grado de alteración. No obstante, no es necesario demostrar que hay un efecto real apreciable, sino que basta con que haya una probabilidad («puedan») para justificar la adopción de medidas correctivas, de conformidad con los principios de prevención y cautela. Las alteraciones pueden ser suficientemente apreciables para provocar cambios en los parámetros o condiciones físicas (90) y en ese caso pueden evaluarse de la misma manera que el deterioro, utilizando indicadores del estado de conservación.

---

evaluarse en relación con la superficie total ocupada en el lugar según el estado de conservación de ese hábitat. Evidentemente, en el supuesto de que se produzca un deterioro de una hectárea de un hábitat de una conservación excelente, su magnitud es mayor que si se hubiera deteriorado la misma superficie del mismo hábitat, pero éste estuviera ya previamente en un estado de conservación degradado. 2.º) «La estructura y las funciones específicas necesarias para su mantenimiento a largo plazo existan y puedan seguir existiendo en un futuro previsible». Cualquier empeoramiento de los factores necesarios para el mantenimiento a largo plazo de los hábitats puede considerarse deterioro. Las funciones necesarias para el mantenimiento a largo plazo dependen, evidentemente, de cada hábitat. La Comisión señala que «convendría disponer de indicadores comunes que permitieran evaluar esos elementos con respecto a cada tipo de hábitat». Evidentemente, se trata de un parámetro de más difícil evaluación que la mera reducción de la superficie del hábitat, que requiere unos indicadores para su evaluación. Los Estados tienen que conocer esas necesidades (mediante estudios, recogida de datos, etc.), ya que el apartado 1 del artículo 6 les obliga a tomar medidas «que respondan a las exigencias ecológicas de los tipos de hábitats naturales del Anexo I y de las especies del Anexo II». 3.º) «El estado de conservación de sus especies típicas sea favorable con arreglo a la letra i)». En definitiva, un hábitat sufre deterioro en un lugar si la superficie que ocupa en él se ha reducido o si la estructura y las funciones específicas necesarias para su mantenimiento a largo plazo o el buen estado de conservación de las especies típicas asociadas a ese hábitat se han reducido en comparación con su estado inicial. Esa evaluación se realiza en función de la contribución del lugar a la coherencia de la Red. El término coherencia figura mencionado en los artículos 3.3 y 10 de la *Directiva Hábitats*, mientras que en el artículo 6.4 se hace referencia a la «coherencia global». La Comisión explica que la coherencia ecológica de la Red va a depender de la contribución de cada uno de los espacios que la conforman y del estado de conservación de los tipos de hábitats y especies presentes en ellos. El estado de conservación favorable de un hábitat natural o de una especie tiene que considerarse en toda su área de distribución natural, en virtud de las letras e) e i) del artículo 1, es decir, a escala biogeográfica y, por lo tanto, a nivel de la Red Natura 2000.

(90) Las alteraciones a las especies suelen estar limitadas en el tiempo (ruido, fuente de luz, etc.) y no afectan directamente a las condiciones físicas de un espacio, a diferencia del deterioro de los hábitats. La intensidad, duración y frecuencia de la repetición de las alteraciones son, por tanto, parámetros importantes. Para que una alteración sea apreciable tiene que afectar al estado de conservación. La definición de estado de conservación de una especie figura en el artículo 1.i) de la *Directiva Hábitats*, y a la hora de evaluar si una alteración es apreciable en relación con los objetivos de la misma, pueden utilizarse las condiciones establecidas en dicho artículo para considerar si el estado de conservación de una especie es favorable, a saber que: 1.º. «Los datos sobre la dinámica de las poblaciones de la especie en cuestión indiquen que la misma sigue y puede seguir constituyendo a largo plazo un elemento vital de los hábitats naturales a los que pertenezca.» Todo aquello que contribuya a la reducción a largo plazo de la población de la especie en el lugar puede considerarse alteración apreciable. 2.º. «El área de distribución natural de la especie no se esté reduciendo ni amenace con reducirse en un futuro previsible.» Cualquier hecho que contribuya a la reducción o amenaza de reducción del área de distribución de la especie dentro del lugar puede considerarse alteración apreciable. 3.º. «Exista y probablemente siga existiendo un hábitat de extensión suficiente para mantener sus poblaciones a largo plazo.» Todo lo que contribuya a la reducción del tamaño del hábitat de la especie en el lugar puede considerarse alteración apreciable, sin perjuicio, a mi entender, de que también pueda constituir deterioro de un hábitat. En definitiva, una especie sufre alteraciones en un lugar cuando los datos sobre la dinámica de las poblaciones de esa especie en ese espacio indican que la especie puede dejar de constituir un elemento viable en el mismo en comparación con la situación inicial. Esa evaluación se realiza a la vista de la contribución del lugar a la coherencia de la Red. En la Sentencia de 24 de noviembre de 2011, *Comisión c. España*, C-404/09, la Comisión sostenía que las explotaciones mineras controvertidas, debido a los ruidos y vibraciones que producían y que eran perceptibles dentro de la ZEPA del Alto Sil, podían perturbar de forma significativa a la población de urogallos protegida a raíz de la creación de dicha ZEPA. Habida cuenta de las distancias relativamente reducidas existentes entre diversas áreas críticas para el urogallo y las minas a cielo abierto, los ruidos y vibraciones provocados por ta-

Entiendo que la Comisión quiere señalar con estas observaciones que la alteración de las especies (por ejemplo, ruidos o emanaciones de gases incompatibles con la presencia de una especie protegida) y el deterioro de los hábitats (por ejemplo, un incendio de una masa forestal) se evalúan de la misma manera cuando provocan cambios en los indicadores del estado de conservación de especies protegidas que afectan a ese estado de conservación. Así, un indicador para medir el estado de conservación de la especie puede ser el número de ejemplares de la misma, el cual puede disminuir tanto con la alteración de la especie mencionada como con el deterioro del hábitat, de forma que tanto alteración como deterioro se evalúan de la misma manera, con referencia a los mismos indicadores, puesto que los cambios que producen en esos indicadores son los mismos.

Debe insistirse en que las medidas preventivas de alteraciones y deterioros han de ser apropiadas. Para ello deberán servir al objetivo principal de la Directiva y contribuir al estado de conservación de los hábitats y especies afectados, pero también, al mismo tiempo, tener en cuenta las exigencias económicas, sociales y culturales y las particularidades regionales y locales. Para poder concretar qué medidas apropiadas se deben adoptar, las autoridades nacionales deben tener en cuenta la relación entre los artículos y los considerandos —especialmente el sexto y el octavo— de la norma. La evaluación del deterioro y las alteraciones que puedan sufrir esos hábitats y especies se efectuará siempre en función del concepto de conservación. Además, deberá tenerse en cuenta que la Red está compuesta por lugares y que la misma debe garantizar el mantenimiento de los tipos de hábitats naturales y de las especies que alberga en un estado de conservación favorable en su área de distribución natural, conforme establece el artículo 3.1 de la *Directiva Hábitats*(91).

Por lo tanto, para fijar el límite de lo aceptable con respecto al deterioro y las alteraciones en relación con los objetivos de la Directiva y determinar si las medidas apro-

---

les explotaciones podían percibirse en esas áreas, por lo que la Comisión sostuvo que esas molestias podían originar perturbaciones que afecten de forma significativa a los objetivos de la Directiva, y en particular a los objetivos de conservación del urogallo, especie sensible y particularmente exigente en cuanto a ciertos factores ambientales —tranquilidad, aislamiento y calidad de los hábitats— que repercuten en su capacidad reproductiva. El TJ consideró (ap. 142) que la Comisión no tenía que probar la existencia de una relación de causalidad entre una explotación minera y una perturbación significativa para el urogallo. Dado que el apartado 2 del artículo 6 de la *Directiva Hábitats* y el apartado 3 de ese mismo artículo tienen por objeto garantizar el mismo nivel de protección, «basta que la Comisión demuestre la existencia de una probabilidad o un riesgo de que dicha explotación ocasione perturbaciones significativas para esa especie» (sentencias *Comisión c. Francia*, antes citada, ap. 32, y de 21 de julio de 2011, Azienda Agro-Zootecnica Franchini y Eolica di Altamura, C-2/10, ap. 41), estimando el TJ que la explotación de las minas de que se trataba —especialmente los ruidos y vibraciones que ocasionan— podía provocar perturbaciones significativas para dicha especie, por lo que consideró que las actividades de explotación de las minas a cielo abierto en cuestión eran «contrarias al artículo 6, apartado 2, de la Directiva sobre los hábitats debido a los ruidos y vibraciones que producen y que pueden afectar de forma significativa a la conservación del urogallo» y además contribuían al aislamiento de subpoblaciones de urogallos, al bloquear corredores de comunicación con otras poblaciones.

(91) Para la determinación de las medidas específicas de conservación del artículo 6.1 de la *Directiva Hábitats* en lugares Natura 2000 sitios en estuarios y zonas costeras, la Comisión explica que cada lugar de la Red realiza una función específica en la coherencia global del sistema. Pese a que al determinar esas medidas deban considerarse las exigencias económicas, sociales y culturales y las particularidades regionales y locales (art. 3.2 *Directiva Hábitats*), no debe olvidarse que todos los lugares han de contribuir específicamente, aunque no de forma equivalente, al objetivo del artículo 3.1 de la Directiva. COMISIÓN EUROPEA, *Aplicación de las Directivas*, cit., pp 23 y 24, (<http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/Estuaries-ES.pdf>). Ello sería también aplicable a la adopción de las medidas preventivas de alteraciones y deterioros aludidas en el artículo 6.2 de la *Directiva Hábitats*.



piadas se están aplicando correctamente, la expresión estado de conservación favorable, definida en el artículo 1 de la Directiva, puede servir de referencia.

Más concretamente, si el estado de conservación de un hábitat o una especie en un lugar es favorable se evaluará teniendo en cuenta la contribución de ese lugar a la coherencia ecológica de la Red en función de su estado inicial en el momento en que se comunicó la información sobre el espacio por medio del FND Natura 2000.

Pero un Estado miembro tiene la obligación de proponer la declaración de hábitats aunque presenten un estado de conservación desfavorable. En este caso debe tenerse en cuenta que la Red Natura 2000, conforme al artículo 3.1 de la *Directiva Hábitats*, deberá garantizar el mantenimiento o, en su caso, el restablecimiento, en un estado de conservación favorable, de los tipos de hábitats naturales y de los hábitats de las especies de que se trate en su área de distribución natural. Por ello, lo natural es que se fije una meta de restauración de esos hábitats de modo que se pueda garantizar su sostenibilidad. En este contexto, el estado de conservación de un hábitat o una especie en un lugar se evaluará teniendo en cuenta el objetivo de mejora del estado de conservación anunciado en el momento de la creación de la Red. El TJUE exige para estos casos no sólo medidas positivas para conservar, sino también para «mejorar el estado del lugar» (92). La adopción de medidas positivas tendentes a conservar y a mejorar el estado de un espacio no tiene carácter sistemático, sino que depende de la situación concreta del lugar (93).

Así, en definitiva, en virtud del artículo 6.2 de la *Directiva Hábitats*, el estatuto jurídico de protección de un lugar Natura 2000 debe garantizar asimismo que se eviten, en éstos, el deterioro de los hábitats naturales y de los hábitats de las especies y las perturbaciones significativas que afecten a aquellas especies para las que se hayan designado las referidas zonas (94). Esta protección de los espacios no debe limitarse a medidas destinadas a evitar los atentados y las perturbaciones externas causadas por las personas, sino que, según la situación que se presente, debe también incluir medidas positivas cuyo objetivo sea conservar y mejorar el estado del lugar (95), o medidas cuyo objeto sea detener los procesos naturales que puedan alterar el estado de conservación de las especies y de los hábitats naturales en las ZECs (96).

Tiene gran entidad la vigilancia del estado de conservación de hábitats y especies (artículo 11 *Directiva Hábitats*). El estado de conservación de un espacio concreto refleja la naturaleza dinámica de los hábitats y especies que alberga (97). Al estar en evolución la referencia para fijar el límite de lo aceptable con respecto al deterioro y las alteraciones, esto es, ese estado de conservación del hábitat o la especie, las nociones de deterioro y alteración también tendrán que interpretarse de forma dinámica.

---

(92) Sentencia de 13 de diciembre de 2007, *Comisión c. Irlanda*, C-418/04, ap. 154.

(93) Sentencia de 14 de octubre de 2010, C-535-07, ap. 62. La sentencia se refiere a una ZEPA, pero la doctrina establecida es igualmente aplicable a las ZECs.

(94) Sentencias de 27 de febrero de 2003, *Comisión c. Bélgica*, C-415/01, ap. 16, y de 11 de diciembre de 2008, *Comisión c. Grecia*, antes citada, ap. 24.

(95) En ese sentido, pueden verse la Sentencia de 14 de octubre de 2010, C-535-07, ap.59, antes citada y la sentencia de 13 de diciembre de 2007, *Comisión c. Irlanda*, C-418/04, ap. 154.

(96) Sentencia de 20 de octubre de 2005, *Comisión c. Reino Unido*, C-6/04, ap. 34.

(97) Sentencia de 20 de octubre de 2005, *Comisión c. Reino Unido*, C-6/04, ap. 26 y 61 a 69.

Un deterioro puede ser inaceptable en un momento concreto y aceptable en otro, en función de la evolución del estado de conservación de un hábitat. La evaluación de los conceptos de alteración y deterioro compete a los Estados, por un lado, a la vista del estado de conservación general de especies o hábitats (a nivel biogeográfico) y, por otro, en función de las condiciones locales (a nivel de espacio) (98). La evaluación se efectúa caso por caso utilizando indicadores para apreciar la importancia de su modificación con respecto al estado de conservación de hábitats o especies presentes y a la contribución del lugar a la coherencia ecológica de la Red.

Si bien la Comisión ha solido defender que las obligaciones y prohibiciones que resultan del art. 6, apartado 2, de la *Directiva Hábitats*, en relación con el art. 7 de la misma Directiva y del artículo 4, apartado 1 o 2, de la *Directiva Aves*, han de estar contenidas en el mismo acto jurídico obligatorio que el que establece, para cada lugar Natura 2000, las especies y los hábitats protegidos así como los objetivos de conservación, el Tribunal de Justicia ha declarado que, tratándose de Directivas, éstas obligan «al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios». De ello se deduce que los Estados miembros pueden elegir la forma y los medios para dar cumplimiento a estas Directivas, sin que sea posible imponer a éstos que incluyan las obligaciones y las prohibiciones derivadas de estos artículos en el acto jurídico que establece, para cada espacio, las especies y los hábitats protegidos, así como los objetivos de conservación (99). No obstante, según la jurisprudencia del TJ, la adaptación del Derecho interno a una Directiva debe garantizar efectivamente la plena aplicación de la misma de manera suficientemente clara y precisa (100).

En todo caso, tanto si no se adoptan estas medidas de protección apropiadas derivadas del artículo 6.2 de la Directiva como si no se establecen las medidas de conservación necesarias resultantes del artículo 6.1. de la *Directiva Hábitats*, se incumple el Derecho de la Unión, y así lo ha declarado el TJ (101). También es motivo de incumplimiento la adopción de disposiciones internas que establezcan, con carácter general, que determinadas actividades (por ejemplo, la caza o la pesca) «practicadas en las condiciones y en los territorios autorizados por las leyes y los reglamentos en vigor no constituyen actividades perturbadoras» ni tienen tales efectos apreciables en lo que

(98) Cuando un Estado miembro evalúa el estado de conservación de una especie o de un hábitat, la zona de referencia para la evaluación no es su territorio, sino las partes correspondientes de las regiones biogeográficas de dicho Estado (Informe de síntesis sobre el estado de conservación de los tipos de hábitats y especies de conformidad con el artículo 17 de la *Directiva Hábitats* elaborado por la Comisión en 2009). Pero, por otro lado, tiene que efectuarse una evaluación en función de las condiciones locales (a nivel de espacio). Entiendo que se trata, por tanto, de una evaluación a nivel del lugar concreto de la Red Natura 2000.

(99) Sentencias de 13 de diciembre de 2007, *Comisión c. Irlanda*, C-418/04, antes citada, ap. 64, 157 y 159 y de 14 de octubre de 2010, *Comisión c. Austria*, C-535/07, ap. 60, 61 y 65. En el ámbito interno, debe recordarse que, según el ordenamiento español, a la declaración de las ZECs debe acompañar «la aprobación del correspondiente plan o instrumento de gestión» (art. 42.3 LPNB.), y que, en virtud del artículo 6.1 de la *Directiva Hábitats* y 45.1.a LPNB, es en estos documentos donde se deberán contener los objetivos de conservación del lugar y las medidas apropiadas para mantener los espacios en un estado de conservación favorable. Por ello, si existe una vinculación entre la declaración de las ZECs y el establecimiento de los objetivos de conservación en el plan o instrumento de gestión que, aunque sea en un acto jurídico distinto, debe aprobarse preceptivamente junto con la declaración.

(100) Sentencia de 30 de mayo de 1991, *Comisión c. Alemania*, C-361/88, ap. 15.

(101) Sentencia de 22 de septiembre de 2011, *Comisión c. España*, C-90/10.

respecta a los objetivos de la *Directiva Hábitats*, sino que debe garantizarse en todo caso que las actividades de que se trate no provoquen alteraciones que puedan afectar significativamente a dichos objetivos de conservación (102).

Por otra parte, ya se ha señalado que el artículo 6, apartado 2, de la *Directiva Hábitats*, es de aplicación en las ZEPAs. Las obligaciones de este apartado sustituyen a las que resultan del artículo 4, apartado 4, primera frase, de la *Directiva Aves* en lo relativo a las zonas clasificadas, en las que el estatuto jurídico de protección debe garantizar asimismo que se eviten, en éstas, el deterioro de los hábitats naturales y de los hábitats de las especies, así como las perturbaciones significativas que afecten a aquellas especies para las que se hayan designado las referidas zonas (103).

No se aborda en el presente trabajo la materia relativa a evaluación de planes y proyectos requerida por el apartado 3 del artículo 6 de la *Directiva Hábitats*. No obstante, es preciso recordar que la cuestión de la naturaleza de la relación existente entre los apartados 2 y 3 del artículo 6 de la Directiva se abordó con detalle en la Sentencia de 7 de septiembre de 2004, C-127/02 (104). Baste aquí señalar que, según la jurisprudencia del TJ, tanto el apartado 2 del artículo 6 de la *Directiva Hábitats* como el apartado 3 del citado artículo pretenden garantizar el mismo nivel de protección material, debiendo impedirse en ambos casos que se cause perjuicio a la integridad de una zona de la Red Natura 2000, considerando que una medida que perjudicara la integridad del lugar también constituiría simultáneamente un deterioro de sus hábitats o una alteración apreciable de las especies que en él se encuentran.

#### IV. Conclusiones

Del análisis de las obligaciones de los Estados miembros en materia de gestión de los espacios Natura 2000 derivadas de los dos primeros apartados del artículo 6 de la *Directiva Hábitats* se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. La *Directiva Hábitats* es la principal norma en el ámbito de la Unión que afronta la pérdida de diversidad de especies o «biodiversidad», fenómeno que constituye un problema ambiental de gran magnitud. Para responder a la progresiva destruc-

---

(102) Sentencia de 4 de marzo de 2010, C-241/08, ap. 36 y 39.

(103) Sentencias de 27 de febrero de 2003, *Comisión c. Bélgica*, C-415/01, ap. 16; de 11 de diciembre de 2008, *Comisión c. Grecia*, ap. 24; y de 14 de octubre de 2010, C-535/07, ap. 58.

(104) Sentencia mar de Wadden, *cit.*, ap. 34 a 37. El TJ consideró que el artículo 6, apartado 3, de la Directiva Hábitats establece un procedimiento destinado a garantizar, con la ayuda de un control previo, que únicamente se autorice un plan o proyecto que «pueda afectar de forma apreciable a este último, en la medida en que no cause perjuicio a la integridad de dicho lugar, mientras que el artículo 6, apartado 2, de esta Directiva contiene una obligación de protección general, consistente en evitar deterioros y alteraciones que puedan tener efectos apreciables en lo que respecta a los objetivos de la Directiva, y no puede ser aplicado simultáneamente con el apartado 3 del mismo artículo». No obstante, pese a dejar clara la innecesariedad de aplicar simultáneamente ambas normas, aclara el TJ que la concesión de una autorización de un plan o proyecto, con arreglo al artículo 6.3, de la Directiva Hábitats, «presupone necesariamente que se ha considerado que dicho plan o proyecto no puede perjudicar a la integridad del lugar de que se trate ni, por consiguiente, causar deterioros o alteraciones apreciables en el sentido del apartado 2 de dicho artículo. Sin embargo, no cabe excluir que, a continuación, dicho plan o proyecto se revele capaz de producir tales deterioros o alteraciones, incluso a falta de todo error imputable a las autoridades nacionales competentes». En ese caso, la aplicación del artículo 6.2, de la Directiva «permite responder al objetivo esencial de la conservación y protección de la calidad del medio ambiente, incluida la conservación de los hábitats naturales, así como de la fauna y flora silvestres».

ción y fragmentación de los hábitats naturales de los Estados miembros durante las últimas décadas y a la merma de biodiversidad señalada, y considerando que las amenazas que pesan sobre ellos tienen a menudo un carácter transfronterizo, la *Directiva Hábitats* ofrece amparo a las especies y los hábitats donde éstas viven.

Esta norma, que forma parte del acervo legislativo en materia de medio ambiente creado por la Unión, contempla una serie de hábitats naturales y de especies silvestres, animales y vegetales, de interés comunitario y señala cuáles se consideran prioritarios debido a su mayor grado de amenaza. Las medidas que deben adoptarse en virtud de la misma tienen como finalidad el mantenimiento o restablecimiento de un estado de conservación favorable de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestre que ostenten ese mencionado interés comunitario.

2. El instrumento principal creado por la *Directiva Hábitats* es la Red Natura 2000, en la que, junto con las ZECs designadas conforme a la misma, también se incluyen las ZEPAs designadas por los Estados con arreglo a la *Directiva Aves*.

Si el objetivo perseguido por la *Directiva Hábitats* es el de contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la flora y fauna silvestres en el territorio europeo, el instrumento que se diseña para alcanzarlo es esta Red Europea de Espacios Naturales, la cual engloba a un conjunto de lugares que albergan los hábitats y especies a proteger. La creación de esa Red evidencia que la Unión considera que la conservación de esos hábitats y especies no puede asegurarse a largo plazo si se actúa protegiendo espacios naturales aislados.

3. La extrema concisión de alguno de los apartados del artículo 6 de la *Directiva Hábitats* ha dificultado el entendimiento de las obligaciones de gestión de los lugares Natura 2000 que a las autoridades nacionales competen. Se echa en falta en ese artículo 6 la presencia de definiciones de sus términos, algo que hubiera ayudado a la comprensión de esta importante disposición. La carencia ha sido suplida *a posteriori* mediante los diferentes documentos publicados por la Comisión y por la jurisprudencia del TJ, fijando el auténtico alcance de las disposiciones de ese artículo.

En cualquier caso, la existencia de una ZEC conlleva la necesidad de gestionar ese territorio para conservar las especies y lugares que han motivado la declaración de ese espacio. En este sentido, la designación de un lugar Natura 2000 conforme a la *Directiva Hábitats* o *Aves*, implica que existe una obligación de mantener en un estado de conservación favorable los hábitats y las especies indicados, para lo que las autoridades nacionales deben aprobar unas medidas de conservación para cada lugar.

De la misma forma, las *Directivas Hábitats* y *Aves* prohíben en los lugares Natura 2000 el deterioro de los hábitats y las alteraciones de las especies que hayan motivado la designación de las zonas, en la medida en que dichas alteraciones puedan tener un efecto apreciable (*Directiva Hábitats*) o significativo (*Directiva Aves*) en lo que respecta a los objetivos de las Directivas.

4. En lo que a la gestión de los espacios se refiere, debe considerarse que para solucionar las dificultades con los propietarios y usuarios de los lugares Natura 2000, el Contrato Territorial previsto en la legislación interna puede resultar un medio adecuado que permita la implantación de las apropiadas medidas de conservación. No debe olvidarse que los lugares de la Red Natura 2000, en general, constituyen las áreas mejor conservadas y, en ocasiones han llegado a ese estado de conservación gracias a ciertas actividades tradicionales en los terrenos desarrolladas precisamente por los propietarios y usuarios de los mismos.

Las medidas «contractuales» constituyen una de las alternativas ofrecidas por el artículo 6, apartado 1, de la *Directiva Hábitats* para fijar estas medidas de conservación destinadas a mantener o restablecer los hábitats naturales y las poblaciones de especies de fauna y de flora silvestres en un estado de conservación favorable. Estas medidas contractuales son las empleadas habitualmente en algunos países de la Unión y su validez ha sido confirmada por el TJ. La utilidad del Contrato Territorial no debe perderse de vista, máxime considerando que en las ZECs y LICs de Gipuzkoa la inmensa mayoría de la superficie es terreno de propiedad privada.

Su utilización dentro la gestión de la Red puede servir para alcanzar los objetivos de la *Directiva Hábitats*, teniendo además en cuenta su carácter voluntario y complementario respecto a otros mecanismos de protección habitualmente utilizados que se han mostrado insuficientes. Así ha sucedido con las normativas de usos de los espacios o los instrumentos de planificación o gestión. Y ello sin perjuicio de reconocer la conveniencia de estos instrumentos como marco —superior al contrato— en el que la Administración puede fijar los objetivos a conseguir, facilitando así la posterior implantación de los futuros acuerdos contractuales con los propietarios.

En la línea expuesta se encuentra el mandato del artículo 2.3 de la *Directiva Hábitats*, relativo a que las medidas que se adopten con arreglo a la misma tendrán en cuenta las exigencias económicas, sociales y culturales, y las particularidades regionales y locales, buscando alcanzar un desarrollo duradero que, en algunos casos, requerirá el mantenimiento, e incluso el estímulo de esas actividades humanas tradicionales. Al fin y al cabo, se trata de asegurar un equilibrio entre el ser humano y el medio natural en esas áreas, garantizándose el estado de conservación favorable de los hábitats y especies que motivaron su designación.

Trabajo recibido el 9 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** *Habitaten Zuzentaruaren* bidez, Natura 2000 Sarea sortu zen. Europar Batasuneko kontserbazio-eremu berezien sare ekologiko koherentea da, fauna- eta flora-espezie basatien zein Europar Batasunerako garrantzitsuak diren habitat naturalen kontserbaziorako. Estatu kideek zuzentaruaren 6. artikuluan xedatutako lan batzuk egin behar dituzte. Arau hori funtsezkoa da, Natura 2000 Sareko eremuen kudeaketari dagokionez. Lan honetan, ez zaio heltzen eremu horietan eragina izan dezaketen planen eta proiektuen ebaluazioa egiteko betebeharrak aztertzeari, oso espezifikoak baita. Hain zuzen ere, Batzordeko erreferentziako dokumentazioaren eta Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren jurisprudentziaren azterketa oinarri hartuta, honako hauek azaltzen saiatuko da lan honetan: zer jasotzen den babestu beharreko habitaten eta espezieen eskakizun ekologikoak betetzeko neurrietan, eta zein diren hartu beharreko neurri egokiak habitat eta espezie horiek hondamendi edo aldaketa nabarmenik ez izateko, eta zuzentaruaren helburuak betetzeko.

**HITZ GAKOAK:** Natura 2000 Sarea. Babestutako eremuen kudeaketa. Kontserbazio-neurriak. Habitatakat hondatzea eta espezieen aldaketak eragozteak.

**RESUMEN:** La *Directiva Hábitats* crea la Red Natura 2000, una red ecológica europea coherente de Zonas Especiales de Conservación existente en la Unión para la conservación de especies de fauna y flora silvestres y de hábitats naturales de importancia comunitaria. Los Estados miembros tienen que acometer unas tareas contempladas en el artículo 6 de la Directiva, precepto fundamental en cuanto a la gestión de los lugares Natura 2000 concierne. En este trabajo, sin abordar, por su especificidad, la obligación de evaluar planes y proyectos que puedan afectar a estos lugares, y analizando documentación de referencia de la Comisión y la jurisprudencia del TJUE, se intenta explicar en qué consisten esas medidas de conservación necesarias que respondan a las exigencias ecológicas de los hábitats y especies a proteger, así como las medidas apropiadas para evitar, en esos hábitats y especies, deterioros y alteraciones con efectos apreciables en los objetivos de la Directiva.

**PALABRAS CLAVE:** Red Natura 2000. Gestión de espacios protegidos. Medidas de conservación. Evitación de deterioros de hábitats y alteraciones de especies.

**ABSTRACT:** The Habitats Directive established the Natura 2000 network, a coherent European ecological network of special areas of conservation that exists in the European Union for the conservation of species of wild fauna and flora and natural habitats of Community interest. Member states have to undertake some tasks contemplated in article 6 of the Directive, an essential provision as far as the management of Natura 2000 sites is concerned. This work, without tackling the duty to assess plans and projects that might affect these sites because of their specificity, and analyzing the documentation of reference of Commission and the caselaw of the European Court of Justice, tries to explain those necessary measures of conservation that meet the ecological requirements of habitats and species to protect together with the appropriate measures to avoid in those habitats and species, deteriorations and alterations in so far as such disturbance could be significant in relation to the objectives of the Directive.

**KEYWORDS:** Natura network 2000. Management of protected sites. Measures of conservation. Prevention of deterioration of habitats and alterations of species.

# Segurtasun pribatuaren arloko azken berritasunak (1)

Eunate Prieto Etxano

**Aurkibidea:** I. Sarrera.—II. Segurtasun pribatuaren 5/2014 legea. II.1. Segurtasun pribatuari buruzko arau-esparruaren bilakaera 5/2014 legea onartu bitartean. II.2. Segurtasun pribatuari buruz gaur egun indarrean den legedia: 5/2014 legea. II.2.1. Segurtasun pribatuaren lege berriaren alderdi esanguratsuenak, oro har. II.2.2. Bereziki, segurtasun pribatuaren nozioa eta segurtasun pribatuak segurtasun publikoarekin duen harremana.—III. Konstituzio auzitegiaren 86/2014 epaiaren arabera, segurtasun-zerbitzu pribatueta nola gauzatzen den segurtasun publikoaren arloko eskuduntzen banaketa. III.1. Euskadiko segurtasun publikoaren sistema antolatzen duen 15/2012 legean segurtasun pribatuaren arauketa: 50 artikulua eta 55 artikuluen lehenengo lerroaldea konstituzio kontraktotzat jotzea. III.2. Segurtasun publikoaren arloko konstituzio auzitegiaren doktrinaren arabera, estatuaren eta autonomia erki-degoen eskuduntzak segurtasun-zerbitzu pribatueta.—IV. Azken hausnarke-tak segurtasun pribatuari buruzko europar batasuneko justizia auzitegiaren jurisprudentziaren argitan.

## I. Sarrera

Segurtasuna balio juridikoa, araukoa eta politikoa da, baita soziala ere, gizarte-bizikidetzaren ezinbesteko euskarrietako bat delako.

Mendeetan zehar gizarte ereduak aldatzen joan diren heinean, segurtasunaren beharrak, agertokiak eta erronkak aldatzen joan dira eta hortaz, segurtasun sistemek ere bilakaera izan dute. XXI. mendean, hainbat fenomenoren ondorioz —hala nola, globalizazioa, munduan barna pertsonen zein ondasunen mugikortasunaren areagotzea, konplexutasun maila handiko delitu modu berrien sorrera, handituz doan segurtasun premiari erantzun ahal izateko segurtasun pribatua eskaintzen duten enpresak nabarmenki zabaltzea, ...— estatuaren segurtasun politikek berebiziko garrantzia izateaz gain, segurtasunaren erronkak anitzak dira eta segurtasun-ereduak askotarikoak.

Gaur egungo espainiar segurtasun-ereduari edo sistemari erreparatzen badiogu, bertan segurtasun publikoak —segurtasun-indar eta kidegoek, monopolio erregimean burutzen dutena— eta segurtasun pribatuak —agente pribatuek burutzen du-

---

(1) Lan hau euskal unibertsitate sistemako ikertaldeek jarduerak bultzatzeko diru-laguntzei buruzko Eusko Jaurlaritzako Hezkuntza, Unibertsitate eta Ikerketa Sailaren IT800-13 ikerketa-proiektuaren zati da.

tena— bat egiten dute. Hau da, espainiar segurtasun-ereduan segurtasun publikoa eta pribatua ez dira segurtasuna eskaintzeko zerbitzu kontrajarriak. Segurtasun-enpresa nahiz langile pribatuek burutzen dituzten jarduerak berriazko izaera eduki arren, segurtasun pribatuaren lege berriak(2) azpimarratzen du, segurtasun-zerbitzu pribatuak segurtasun publikoaren zatitzat jotzen direla eta hortaz, segurtasun publikoa bermatzea eta osatzea dutela helburu.

Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren jurisprudentziak zalantzan jartzen dituen ideia hauen oinarrian espainiar Konstituzioaren 149.1.29 artikulua dago. Izan ere, xedapen honek soilik segurtasun publikoari aipamena egiten dio —eta ez segurtasun pribatuari—, gizakiek euren eskubide zein askatasunak libreki egikari ditzaten ezinbesteko berme bezala. Eta Konstituzio Auzitegiak, ildo beretik, espainiar Konstituzioaren 149.1.29 artikulua ezartzen duenari jarraiki, zera ulertzen du: aipatu artikulua segurtasun publikoaren arloan Estatuari esleitzen dion eskuduntza eskusiboaren funtsezko edukiaren zati baino ez dela segurtasun pribatua. Honek ez du esan nahi Autonomia Erkidegoek segurtasun pribatuaren arloan inolako eskuduntzarik ez dutenik; baina Konstituzio Auzitegiaren arabera, euren eskuduntzen oinarria espainiar Konstituzioaren 149.1.29 artikuluan dago.

Nolanahi ere, espainiar Konstituzioak segurtasun pribatuari aipamenik egiten ez dioen arren —litekeena da, Konstituzioa onartu zenean, segurtasun pribatuak egun duen garrantzia ez zuelako—, agerikoa da segurtasun pribatuak azken bi hamarkadetan batik bat izan duen hazkunde nabarmena eta geldiezina. Segurtasun pribatua egungo gizartean, ekonomian eta esparru juridikoan guztiz errotuta dagoen errealitate atzeraezina dela ematen duenez, segurtasun publikoak zein pribatuak elkarrekin bizi behar dutela esaten da; izan ere, badirudi egungo segurtasun beharrei botere publikoen jardunarekin soilik ezin zaiela erantzun. Halaber, segurtasun pribatuaren sektoreak bere jarduera profesionalizatuz zilegitasuna eta onarpena lortu nahi du, tradizioz segurtasun-indar eta kidegoek berriazkotzat jo duten eremu batean.

Bada, hiritarren eskubide zein askatasunetan eragina izango duten segurtasun-jarduera pribatuak mugatzearen, baita jarduera horiek behar adina bermerekin gauza daitezen galdatzeko ere, segurtasun pribatua legez arautzea erabaki zuen legegileak lehen aldiz 1992an. Eta berriki, aipatu legearen hutsune edo gabeziei irtenbidea eman ahal izateko, segurtasun pribatua arautzen duen lege berria onartu du, 1992koa indargabetuz.

Horrenbestez, lan honen helburua xumea da: bi hamarkada beranduago segurtasun pribatuaren arloko azken berritasunak aztertzea, hain zuzen ere. Honetara, sarreraren ostean, bigarren atalean, segurtasun pribatuaren 5/2014 Legearen alderdi esanguratsueni oro har erreparatuko diegu, eta bereziki segurtasun pribatuaren nozioari eta segurtasun pribatuak segurtasun publikoarekin duen harremanari. Hirugarren atalean berriz, Konstituzio Auzitegiaren azken jurisprudentzian jarriko dugu arreta; hots, Konstituzio Auzitegiaren 86/2014 Epaiaren arabera, segurtasun-zerbitzu pribatuetan, segurtasun publikoaren arloko eskuduntzen banaketa nola gauzatzen den izango dugu aztergai. Eta amaitzeko, laugarren atalean, azken hausnarketa moduan, segurtasun

(2) 5/2014 Legea, apirilaren 4koa (apirilaren 5eko BOEn argitara emana).



pribatuari buruzko Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren jurisprudentziari egingo diogu aipamen.

## II. Segurtasun pribatuaren 5/2014 legea

### II.1. Segurtasun pribatuari buruzko arau-esparruaren bilakaera 5/2014 Legea onartu bitartean

Segurtasun pribatuaren 23/1992 Legea (3) onartu arte, segurtasun pribatuaren arloko araudia Espainian zatikatua eta sakabanatua egoteaz gain, erregelamendu mailakoa zen; izan ere, ez zegoen gaia legez arautzeko gaikuntza espezifikorik. Araudiaren hutsuneak bada, orokorrakoak ziren arauen bidez osatu ohi ziren eta bereziki, segurtasun-zerbitzu pribatuetan ziharduten langileen hitzarmen kolektiboen bitartez (4).

23/1992 Legea izan zen segurtasun pribatuaren gaia Espainian lege-mailarekin lehenengoz erregulatu zuen araua. Bere xede nagusietako bat ordura arteko araudiaren gabeziei behin betiko erantzuna ematea zen. Halaber, arauketa orokor bat eskaintzea zuen helburu, gaiari buruzko araudia lege-testu bakarrean bateratuz. 23/1992 Legeak bere gain hartu zuen erregulartasun osoz funtzionatzen zuen eta etengabe hedatzen eta hazten ari zen errealitate bat. Segurtasun pribatuaren sektorearen hazkunde horrek ordea, hainbat arazoren sorrera zekarren —hala nola, segurtasun zaindari pribatuen trebakuntza eskasa, euren jardunean irregulartasunak, arauhauste ugari burutzeta, ...—. Bada, 23/1992 Legea arazo horiei guztiei irtenbidea ematen saiatu zen.

1992ko legeak segurtasun pribatuaren bilakaeran aurrerapauso handiak eman zituen arren, gerora, 2364/1994 Errege Dekretuak —segurtasun pribatuaren legea garatzen zuen erregelamendua onartzen zuenak, alegia— (5), 1992ko legearen gabeziak osatzeari ekin zion, besteak beste, ondoko gaiak zehaztuz: segurtasun-enpresa pribatuen ezaugarriak eta baldintzak; segurtasun-zerbitzu pribatuak emateko eta jarduerak burutzeko betekizunak; segurtasun-langile pribatuen zereginak, betebeharrak eta erantzukizuna; segurtasun-langile pribatuen gaikuntza; ... .

Segurtasun pribatuaren erregelamenduak, beste hainbat arau apalagoek eta ebazpen arruntek 23/1992 Legearen iraunaldia gaur egundaino luzatzea ahalbideratu zuten; jakina, 2014ko segurtasun pribatuaren lege berria onartu bitartean, 1992ko legea sarritan aldatu behar izan zen. Hain zuzen, Europar Batasuneko araudiarekin bat

(3) 23/1992 Legea, uztailaren 30ekoa (abuztuaren 4ko BOEn argitara emana).

(4) Segurtasun pribatuaren arazuko aurrekari historikoak eta euren bilakaera 23/1992 Legea onartu arte, ñabarki aztertzen dira ondoko lanean: PACHECO MARTÍN, P., *Régimen jurídico administrativo de la seguridad privada en España*, Málaga, 2006, 43-106 orr. . Aipatu lana interneteko ondoko helbidean eskura daiteke: [http://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/4723/TDR\\_PACHECO\\_MARTIN.pdf?sequence=6](http://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/4723/TDR_PACHECO_MARTIN.pdf?sequence=6). Ikus halaber ondoko lanak: AGUADO i CUDOLÁ, V., *Derecho de la Seguridad pública y privada*, Thomson-Aranzadi, 2007, 171-177 orriak; AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., «Perfiles y problemática planteadas por las policías privadas en el actual ordenamiento jurídico español», Egile Ugari, *Policía y Seguridad: análisis jurídico-público* lanaren baitan, IVAP, Oñati 1990, ISBN: 978-84-7777-050-3; 84-7777-050-6; eta, «Perfiles y problemática de la seguridad privada en el Ordenamiento jurídico español», *Revista de Administración Pública* 118 zkia., 1989, 103-135 orriak.

(5) 2364/1994 Errege Dekretua, abenduaren 9koa (1995eko urtarrilaren 10eko BOEn argitara emana).

etortzeko —eta hortaz, irekiagoa eta globalizatuagoa den inguru batera moldatzearen—, zerbitzuetako jardueretara libreki sartzeari eta horietan aritzeari buruzko 17/2009 Legea (6) egokitu behar izan zuen 1992ko segurtasun pribatuaren legeak, gai horiek oso zeharka ukitzen baitzituen.

## II.2. Segurtasun pribatuari buruz gaur egun indarrean den legedia: 5/2014 Legea

23/1992 Legea onartu zenetik dagoneko bi hamarkada igaro direnean, zeharo ezberdina den errealitate baten aurrean egonik, hiritarren eguneroko bizitzaren ia esparru orotan presente dagoen segurtasun pribatuaren sektorea —heldua eta guztiz profesionalizatua— arautzen duen lege berri bat onartzeko beharra ikusi du legegileak.

Bada, berriki, segurtasun pribatuaren 5/2014 Legea onartu du (aurrerantzean SPribL), hutsune ugari zituen ordura arteko araudiak eragindako arazoak bideratu ahal izateko. Gaur egun segurtasun pribatuaren sektorea erregulatzen duen arau nagusia da eta 23/1992 Legea guztiz indargabetzen du. Gobernuak 5/2014 Legea garatzen duen erregelamendua onartu arte (SPribL hirugarren azken xedapena), gaiari buruzko oinarriko araudia osatuko du berebat, arestian aipatu 2364/1994 Errege Dekretuak; eta bien bitartean indarrean jarraituko du, 5/2014 Legeak xedatutakoa kontraesaten ez duen heinean (SPribL xedapen indargabetzaile bakarra).

5/2014 Legeak zioen azalpenean bere asmoak adierazten ditu: segurtasun pribatuaren gaia osotasunean arautzen duen lege orokorra izan nahi du; honetara, zazpi titulu antolaturik, segurtasun pribatuaren sektorea taxutzen duten gai oro besarkatzea du helburu. Jarraian bada, segurtasun pribatuaren lege berriaren alderdi esanguratsuenak, oro har, azpimarratzeari ekingo diogu.

### II.2.1. SEGURTASUN PRIBATUAREN LEGE BERRIAREN ALDERDI ESANGURATSUENAK, ORO HAR

Legearen aurre tituluari dagokionez, aipagarria da segurtasun pribatuaren lege berria onartu arte juridikoki zehaztu gabekotzat jotzen ziren hainbat kontzeptu definitzen direla lehenengo aldiz; besteak beste: segurtasun pribatua, segurtasun-jarduerak, segurtasun-zerbitzuak, segurtasun-funtzioak, segurtasun-neurriak, detektibe pribatuen bulegoak, ... (SPribL 2 art.). Orobat, Legeak lehenengo aldiz finkatzen du bere eremu materiala, baita segurtasun pribatuaren xedea ere; hau da, bere jardun profesionalaren bitartez, segurtasun publikoa osatzea helburu duela, bere zati baita (SPribL 1,3 eta 4 art.ak). Bestalde, segurtasun-jarduera pribatuen eremua eguneratzen da, aipatu jarduerak osatuz eta zehaztuz; honetara, segurtasun-jardueren zerrendan barneratzen du ikerketa pribatua (SPribL 5 art.). Halaber, jarduera bateragarriak edo segurtasun pribatuan eragin zuzena dutenak arautzen dira (SPribL 6 art.); jarduera hauen artean lehenengo aldiz zerrendatzen du Legeak informazioen

---

(6) 17/2009 Legeak, azaroaren 23koak (azaroaren 24ko BOEn argitara emana), barne merkatuko zerbitzuei buruzko 2006ko abenduaren 12ko Europako Parlamentuaren eta Batzordearen 2006/123/CE Zuzentarauaren transposizioa egiten du (Zerbitzuen zuzentarauarena, alegia, 2006ko abenduaren 27ko DOUEn argitara emana). Aipatu Legea egokitzearen, 23/1992 Legea ondoko arauen bitartez aldatu behar izan zen: 2/1999 eta 8/2007 Errege Dekretu Legeak, baita 25/2009 Legea ere.

zein komunikazioen segurtasuna, segurtasun-enpresa pribatuak direnak eta ez direnak burutu dezaketena, alegia. Horrenbestez, Legeak Segurtasun Pribatuaren Errolda Nazional berria eta Autonomia Erkidegoetako erroldak arautzen ditu (SPribL 11 art.).

Legearen lehen tituluan ostera, garrantzia handia eman nahi izan zaion gai bat arautzen da: segurtasun-zerbitzu pribatuen eta segurtasun-indar eta kidegoen arteko koordinazioa, hain zuzen ere. Honetara, koordinazioaren printzipioak segurtasun publikoa hobetzea du helburu, segurtasun pribatuaren eta publikoaren artean informazioa trukatzuz, beti ere legezko bermeekin eta zenbait topagune-organo sortuz (SPribL 14-16 art. ak).

Bigarren tituluarri dagokionez, bertan segurtasun-enpresa pribatuak eta detektibe pribatuen bulegoak arautzen dira (SPribL 17-25 art.ak). Hain zuzen, enpresa zein bulego horiek zabaltzeko baldintzak, baita dagokien erroldatan —nazionala ala autonomikoa— izena ematekoak ere zehazten dira. Bestalde, jarduera ekonomikoa sustatzearren, administrazio-baimena lortu behar izatearen izapide neketsua ardurapeko adierazpenak edo aitortpenak ordezkaturako du, ondoko establezimenduak abian jarri nahi direnean: langileen heziketa zentroak, detektibe pribatuen bulegoak eta instalazio zein mantentze enpresak.

Legearen hirugarren tituluarri berriz, segurtasun-langile pribatuak arautzea du helburu (SPribL 26-37 art.ak). Eurei zuzendutako xedapen orokorrak jasotzeaz gain —hala nola, sartzeko baldintzak, gaikuntza zein trebakuntza, jarduteko printzipioak, babes juridikoa,...— aipagarria da bereziki, ordura arte erregelamenduz arautzen zen hainbat gai, lehenengo aldiz legez arautuko dela. Hots, 1992ko segurtasun pribatuaren legeak soilik segurtasun-zaindariak eta detektibe pribatuen eginkizunak arautzen zituen; segurtasun pribatuaren lege berriak halaber, bizkartzain pribatuenak, landazainenak, segurtasun-buruenak, eta segurtasun-zuzendariak arautzen ditu. Azpimarragarria da berebat, segurtasun-lanbideetara sarrera zabaltzen zaiela hirugarren Estatuetakoko nazioarteko hitzarmen bat sinatu badute—; ordura arte, espainiar nazioarteko Batasuneko estatu kide batetakoa edo Europako Esparru Ekonomikoari buruzko Akordioa sinatutako estatu kide batetakoa zutenek soilik jardun zezaketen segurtasun-lanbideetan. Horrenbestez, segurtasun-langileen babes-maila hedatzen du lege berriak, agintaritzaren agenteen berdintsua ematen baitie, segurtasun-indar eta kidegoekin lankidetzan eta euren menpe segurtasun-jarduera pribatuak burutzen dituztenean jasan ditzaketen erasoaren aurrean.

Laugarren tituluarri dagokionez, lege-mailarekin eta bateratuta arautzen dira lehenengo, segurtasun-neurriak baita segurtasun-zerbitzu nagusiak —zaintza eta babesa, pertsonen babesa, segurtasun gordetegi zein garraioak eta ikerketa pribatua— betetzeari buruzko xehetasunak ere (SPribL 38-52 art.ak). Legeak orobat arreta berezia eskaintzen dio atal honetan hiritarren intimitatearen esparruan izatez zuzenean eragin dezaketen zerbitzuen arauketari: bideo-zaintza eta ikerketa pribatua, hain zuzen ere.

Bosgarren tituluan ostera, administrazio-kontrola arautzen da; honetara, lehen aldiz lege-mailarekin arautzen dira segurtasun-enpresa, langile nahiz neurrien gaineko kontrol eta ikuskatze-jarduerak (SPribL 53-55 art.ak).

Horrenbestez, seigarren tituluan segurtasun pribatuaren arloan zehatzeko erregimena arautzen du legeak —hots, arau-hausteak, zehapenak eta zehatzeko prozedura—, aurreko legediaren zenbait hutsune osatuz (SPribL 65-72 art.ak). Hain zuzen,

legeak behar bezala banantzen ditu segurtasun-enpresa, langile eta erabiltzeek egin ditzaketan arau-hausteak, arreta berezia eskainiz bidegabe sartzea edo intrusismoa ekiditea helburu dutenen erregulazioari.

## II.2.2. BEREZIKI, SEGURTASUN PRIBATUAREN NOZIOA ETA SEGURTASUN PRIBATUAK SEGURTASUN PUBLIKOAREKIN DUEN HARREMANA

### II.2.2.1. Segurtasun pribatuaren nozioa

Arestian aurreratu bezala, segurtasun pribatuaren 5/2014 Legea onartu arte, segurtasun pribatuaren arloko hainbat kontzeptu garrantzitsu ez zegoen juridikoki zehaztuta. Bada, segurtasun pribatuaren lege berriak aipatu gabezia beteko du, besteak beste, segurtasun pribatuaren kontzeptua lehen aldiz lege-mailarekin definituz.

5/2014 Legearen arabera (2.1 art.), segurtasun pribatua, segurtasun-jarduera, zerbitzu, funtzio edo neurri pribatu bat da (7):

- Pertsona pribatuek, fisikoek zein juridikoek —hots, segurtasun-enpresek, segurtasun-langileek eta detektibe pribatuen bulegoek— burutu, eskaini edo har dezaketena.
- Pertsona fisikoek, juridikoek, publikoek edo pribatuek borondatez edo derrigorez kontratatu dezaketena.
- Pertsonak edo ondasunak babestea xede duena; hau da, segurtasun pribatuaren helburua nahita egindako ekintzei edo ustekabeko arriskuei aurre egitea da, baita pertsoneri edo ondasunei buruzko miaketak edo ikerketak egitea ere, pertsonen segurtasuna bermatzeko, euren ondarea babesteko eta euren jarduerak normaltasunez burutzen dituztela zaintzearen.

Hortaz, definizio honen arabera, 5/2014 Legeak segurtasun pribatuaren nozio murrizta ematen darraielba baieztatu genezake; izan ere, funtsean bi ezaugarri irerparatzen dio: batetik, pertsonak eta euren ondasuna babesteko helburuari; eta bestetik, segurtasun zerbitzu pribatua eskaintzen duten agenteei —segurtasun-enpresak, segurtasun-langileak eta detektibe pribatuen bulegoak, alegia—. Haatik, segurtasun pribatuaren kontzeptua zabalagoa izan liteke, segurtasun pribatuaren balizko jokaera ildoek beste hainbat arlo —esaterako, finantza segurtasuna, informazioaren segurtasuna, segurtasun informatikoa, kriminologia,... bezalakoak—, bere baitan sartzea ahalbideratuko luketelako (8).

(7) 5/2014 Legearen 2 art. ak segurtasun pribatuaren arloko hainbat termino definitzen du. Segurtasun pribatuari buruz zehazki, ondokoa xedatzen du: «A los efectos de esta ley se entiende por: 1. Seguridad privada: el conjunto de actividades, servicios, funciones y medidas de seguridad adoptadas, de forma voluntaria u obligatoria, por personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, realizadas o prestadas por empresas de seguridad, despachos de detectives privados y personal de seguridad privada para hacer frente a actos deliberados o riesgos accidentales, o para realizar averiguaciones sobre personas y bienes, con la finalidad de garantizar la seguridad de las personas, proteger su patrimonio y velar por el normal desarrollo de sus actividades.»

(8) Indargabetu berri den 23/1992 Legearen 1 art.ak ematen zuen segurtasun pribatuaren nozioari buruz, ikus IZQUIERDO CARRASCO, M., *La seguridad privada. Régimen jurídico-administrativo*, Lex Nova, 2004, 39-41 orriak.

Nolanahi ere, segurtasun pribatuaren nozioaren irismena alde batera utzirik, goga ekarri behar dugu lan honen sarreran aurreratu duguna: gaur egun, Espainiako segurtasun-ereduan edo sisteman, segurtasun publikoa eta pribatua ez direla segurtasuna eskaintzeko zerbitzu kontrajarriak. Honetara, segurtasun-enpresa nahiz langile pribatuek burutzen dituzten jarduerak berariazko izaera eduki arren, 5/2014 Legeak nabarmentzen du segurtasun-zerbitzu pribatuak segurtasun publikoaren nozio zabalaren zatitza jotzen direla.

Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak zalantzan jartzen dituen ideia horien oinarrian —izan ere, segurtasun pribatua eta publikoa eremu ezberdintzat jotzen ditu eta hortaz, segurtasun pribatua ez du segurtasun publikoaren zatitza jotzen— (9) espainiar Konstituzioaren 149.1.29 artikulua dago. Xedapen honek soilik segurtasun publikoari aipamena egiten dio —eta ez segurtasun pribatuari—, gizakiek euren eskubide zein askatasunak libreki egikari ahal izateko ezinbesteko berme bezala. Eta Konstituzio Auzitegiak, ildo beretik, espainiar Konstituzioaren 149.1.29 artikulua ezartzen duenaren arabera, zera ulertzen du: aipatu artikulua segurtasun publikoaren arloan Estatuari esleitzen dion eskuduntza eksklusiboaren funtsezko edukia zati baina ez dela segurtasun pribatua.

### ***II.2.2.2. Segurtasun pribatuak segurtasun publikoarekin duen harremana.***

Espainiako Konstituzioak segurtasun-indar eta kidegoei esleitzen die pertsonen eta euren ondasunen babesa, baita hiri-segurtasuna mantentzea ere (104, 148.1.22 eta 149.1.29 art.ak). Hau da, arestian esan bezala, Konstituzioak segurtasun publikoa eta hiri-segurtasuna jotzen ditu gizakien eskubideen zein askatasunen egikaritzea librea berme bakartzat eta hortaz, segurtasun pribatuari buruzko aipamenik ez dago. Honek, jakina, segurtasun pribatuak segurtasun publikoarekin duen harremana zein edo nolakoa ote den galdetzeraz garrantzitsua, baita bere irismenari buruz hausnartzera ere.

a) Osagarritasuna eta bere irismena.

Segurtasun pribatuak segurtasun publikoarekin duen harremanari buruzko itaunaren erantzunetako bat 5/2014 Legearen zioen azalpenean eta bere artikuluan zehar topa daiteke, aipatu harremana menpekotasun printzipioan eta, bereziki, osagarritasun oinarritzen dela azpimarratzen denean (10). Honetara, Legeak osagarritasun printzipioa garatzea helburu duela azaltzen du —koordinazioa, lankidetzaz, parte hartzea, erantzukizun partekatua, ... bezalako printzipioen bitartez, alegia—, eduki aldetik eraginkorragoa izan dadin. Orobat, segurtasun pribatuak berariazko izaera duela dio, baina segurtasun publikoaren zatitza jotzen den heinean, bere xedea segurtasun publikoa bermatzea eta osatzea dela segurtasun publikoaren kanpo bitarteko bezala; azken ba-

---

(9) Ikus honetara, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren 2006ko urtarrilaren 26ko Epaia (Europako Batzordea vs. Espainia, C-514/03 arazoan). Azken hausnarketa moduan, segurtasun pribatuari buruzko Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren jurisprudentziari lan honetako 4. atalean egingo diogu aipamen.

(10) 23/1992 Legearen arabera, segurtasun pribatuaren eta publikoaren arteko harremanaren oinarritza jotzen diren printzipioei buruz ikus IZQUIERDO CARRASCO, M., *La seguridad privada. Régimen jurídico-administrativo*, Lex Nova, 2004, 56-63 orriak.

tean, segurtasun publikoaren menpe egonik, segurtasun publikoak kontrolatzen duela-ko(11).

Bada, menpekotasun printzipioari jarraiki, segurtasun pribatua segurtasun publikoaren administrazio-antolakuntzaren menpe egongo litzateke —betebehar, murrizketa, debeku edo kontrol multzo batek osatzen duena, hain zuzen—; halaber, segurtasun-enpresek eta langileek segurtasun-ingar eta kidegoek ezarritako jarraibideei men egin beharko liekete batera aritzen diren zereginetan. Osagarritasun printzipioaren arabera bestalde, segurtasun pribatuak segurtasun publikoa osatzeko eta hobetzeko balioko luke, bere bitarteko zein gaitasunak segurtasun publikoaren baitan funtzionalki integraz-tuz (SPribL 4 art.). Izan ere, osagarritasunaren formulak ez du segurtasun pribatuak se-gurtasun publikoa ordezkatzeko helburu; bere xedea ordea, segurtasun-ingar eta ki-degoek tradizioz berariazkotzat jo dituzten eremuetan segurtasun pribatuak jardun dezala ahalbideratzea da.

Funtsean, bi kontzepturen esanahiari buruzko eztabaidagaia izan arren, gogora eka-rrri behar dugu 1992ko segurtasun pribatuaren legeak menpekotasun printzipioan batik bat jartzen zuela arreta; eta osagarritasun printzipioa formalki bederen agertu arren, hainbat zehaztasun behar izaten zuela eta sarritan bere eraginkortasuna ezbaian jar-zea zekarrela.

Segurtasun pribatuak segurtasun publikoarekin duen harremana aztertzen dugu-nean alabaina, legeak formalki adierazten duenaz haratago joan behar dugu. Honetara, egiaztatu beharra dago, edukiaren ikuspuntutik ere arestian aipatu bi printzipioetan oi-narrizten ote den euren arteko harremana, gerora hainbat gai zehazteko: hala nola, ha-rreman osagarriaren irismena zein ote den —alegia, zein eremutan gertatzen den—, segurtasun-zerbitzu pribatuen integrazioa segurtasun publikoaren baitan nola gauza-tzen den, zeintzuk diren segurtasun pribatuak burutu ditzakeen zereginak, zein muge-kin,....

Hain zuzen, segurtasun pribatuaren eta segurtasun publikoaren arteko harrema-nean osagarritasuna gauzatzen den eremuei erreparatzen badiegu, lehenik eta behin adierazi behar dugu, 5/2014 Legearen arabera segurtasun pribatuak segurtasun publi-koa osatzen duela pertsona pribatuen arteko harremanetan baita Administrazioaren harreman publikoetan ere. Hauxe ondoriozta daiteke, esaterako, segurtasun pribatua-ren legeak aurreikusten duenean pertsona publikoek segurtasun zerbitzu pribatuak

(11) Legearen zioen azalpenak zera dio zehazki: «La consideración de la seguridad privada como una actividad con entidad propia, pero a la vez como parte integrante de la seguridad pública, es hoy un hecho innegable. (...) La proyección de la Administración del Estado sobre la prestación de servicios de seguridad por entidades privadas y sobre su personal se basa en el hecho de que los servicios que prestan forman parte del núcleo esencial de la competencia exclusiva en materia de seguridad pública atribuida al Estado por el artículo 149.1.29.ª de la Constitución (...) La ley pasa de poner el acento en *el principio de* la subordinación a desarrollar más eficazmente el principio de complementariedad a través de otros que lo desarrollan, como los de cooperación o de corresponsabilidad (...) el conjunto de los cambios propuestos en la nueva ley (...) profundiza decididamente en el actual modelo español de seguridad privada (complementaria, subordinada, colaboradora y controlada por la seguridad pública) (...) por primera vez se fija el ámbito material y la finalidad a la que sirve la propia seguridad privada, que no puede ser otra que contribuir, con su acción profesional, a completar la seguridad pública de la que forma parte (...)». Illo beretik, adierazgarria da Legearen 1 art.ak xedatzen duena: «1. Esta ley tiene por objeto regular la realización y la prestación (...) de actividades y servicios de seguridad privada (...) Igualmente regula las investigaciones privadas (...) Todas estas actividades tienen la consideración de complementarias y subordinadas respecto de la seguridad pública. 2. Asimismo, esta ley, en beneficio de la seguridad pública, establece el marco para la más eficiente coordinación de los servicios de seguridad privada con los de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de los que son complementarios.»

edo ikerketa pribatuko zerbitzuak kontratatu ditzaketela (SPribL 1 art.); edo eraikin publikoen nahiz agintarien zaintza eta babes pribatuari legeak aipamen egiten dienean (SPribL 5 eta 41 art.ak) —hau da, administrazio-jardueratzat edo zerbitzutzat jo ohi direnak—. Izan ere, ezin dugu ahaztu Administrazioa segurtasun pribatuaren sektorean dagoen kontratistatik garrantzitsuenetakoa dela, azken hamarkadetan administrazio zerbitzu zehatzak eskaini ahal izateko, etengabe segurtasun-zerbitzu pribatuak kontratatzen darraielako bere bitartekoak erabili ordez (12).

Berebat, 5/2014 Legearen arabera, segurtasun pribatuak segurtasun publikoa osatzen du bide edo espazio publikoetan edo erabilera komunekoetan. Egia da segurtasun-jarduera pribatu jakin batzuk —hots, publikoak zein pribatuak diren ondasunen zaintza eta babesa, establezimenduena, leku nahiz gertakizunena, baita bertan egon litezkeen pertsonena ere (SPribL 5.1.a art.)— segurtasun-langile pribatuek burutu ohi dituztela —beti ere segurtasun-indar eta kidegoek eduki ditzaketen eskuduntzen kalterik gabe (SPribL 5.2)—, eta langile horiek euren zereginak, oro har, zaindu edo babestu beharreko eraikin, instalazio, jabego edo tokien barruan gauzatu ohi dituztela.

Haatik, segurtasun pribatuaren legea haratago doa; arestian azaldu bezala, zaintza eta babes zerbitzu pribatuak bide edo espazio publikoetan edo erabilera komunekoetan ere eskaintzeko aukera aurreikusten du —behar izanez gero, eskumena duen organoak aurretiaz emaniko baimenarekin eta segurtasun-indar eta kidegoekin koordinatuz— besteak beste, ondoko kasuetan: kutzazain automatikoetatik fondoak kendu eta berriro jartzean edo kutzazainen matxurak konpondu bitartean; dirua eta bestelako baliozko objektuak garraiatzean; garraibideetan nahiz euren azpiegituretan; industrialde-tan edo mugatutako urbanizazioetan; kirol zein kultura gertakarietan;... (13).

Eta aipatu bide edo espazio publikoetan edo erabilera komunekoetan pertsonak eta ibilgailuak askatasun osoz mugi daitezkeela kontutan hartuta, legeak halaber aurreikusten du, behar izanez gero, egiaztapenak, miaketak, nortasun kontrolak, baita objektu, merkantzia, ibilgailuena eta abarrena ere burutu dezaketela zaintza eta babes zerbitzu pribatuek (SPribL 32 eta 41 art.ak).

Horrenbestez, orain arte azaldutakoaren arabera, badirudi segurtasun pribatuaren eta publikoaren arteko harreman osagarria atzeraezina dela eta segurtasun-indar eta

(12) 23/1992 Legea indarrean sartu aurretik eta ostean, hausnarketa berberak egiten ziren ondoko lanetan: AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I. «Perfiles y problemática de la seguridad privada en el Ordenamiento jurídico español», *Revista de Administración Pública* 118 zkia., 1989, 132-133 orriak («El uso y abuso de la Seguridad Privada por la Administración» atalari dagozkionak); eta «Nuevas coordenadas jurídicas en materia de Seguridad Privada», *Revista Vasca de Administración Pública/Herri-Arduralaritzazko Euskal Aldizkaria*, 43 zkia., 1995, 9-22 orriak. Azken lan honetan orobat, ildo bereko gogoetok jasotzen dira: «(...) la importancia de la seguridad privada gana cada vez más terreno, llegando incluso a producirse, lo que implícitamente puede llamarse, una verdadera delegación de funciones públicas en el sector privado. Así, por ejemplo, en el art. 11.1 .c, de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, se establece entre las competencias de la Policía Nacional y de la Guardia Civil el desempeño de la función de vigilancia y protección «de los edificios e instalaciones públicos que lo requieran». Sin embargo para ello hasta el propio Ministerio del Interior utiliza seguridad privada en la protección de diversos de sus edificios públicos». Aipatu lana interneteko ondoko helbidean eskura daiteke: <https://www6.euskadi.net/t59aWar/revistaJSP/t59aVerEjemplar.do?R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aNumEjemplar=43>

(13) Ohartarazi beharra dago ordea, ondasunen edo jabegoen zaintza edo eraikinetako sarrera kontrolatzea, adibidez, ez dela segurtasun-langile pribatuen zeregin eskusiboa. Izan ere, antzeko egitekoak burutzeko, esaterako, atezainak kontratatu ohi dira sarritan. Langile hauek ez daude segurtasun pribatuaren legearen ezarpen-eremuaren baitan eta kasu bakoitzean dagozkien sektore-arauen menpe egongo dira (SPribL 6.2 art.).

kidegoek eta segurtasun-langile pribatuek elkarrekin bizi behar dutela; izan ere, antza, egungo segurtasun beharrei botere publikoen jardunarekin soilik ezin zaie erantzun. Orobat, agerikoa da segurtasun pribatuaren irismen eremua zein autonomia maila etengabe hedatzen ari dela eta dirudenez, makina bat funtzio publiko sektore pribatuari eskuordetzen ari zaio. Noski, aldi berean, segurtasun pribatuaren legeak segurtasun-jarduera pribatuari kontrolak ezartzen dizkio —gogoratu, bideo-zaintzaren eta ikerketa pribatuaren arauketari lege berriak arreta berezia eskaintzen diola—, kontutan izanik edukiaren arabera bederen, sarritan funtzio polizialtzat jo daitekeela eta hainbat oinarritzko eskubidetan eragina eduki dezakeela —askatasun pertsonalean, intimitate eskubidean,... esaterako—.

b) Koordinazioa, osagarritasunaren garapen gisa.

Arestian aurreratu bezala, 5/2014 Legearen xedea osagarritasun printzipioa garatzea da —hala nola, koordinazioa, lankidetzatza, parte hartzea, erantzukizun partekatua,... bezalako printzipioen bitartez—, eduki aldetik eraginkorragoa izan dadin. Hain zuzen, legearen lehen tituluan (14-16 art.ak), «koordinazioa» izenburupean, ideia hori islatzen da, lankidetzatza profesionala, informaziora sartzea eta koordinazioa nahiz parte hartzea arautuz. Printzipio horiek guztien helburua segurtasun publikoa hobetzea da, segurtasun-zerbitzu pribatuen eta segurtasun-endar eta kidegoen artean informazioa elkartrukatzearen bitartez.

Honetara, 5/2014 Legeak, segurtasun-enpresa eta langile pribatuei baita detektibe pribatuen bulegoiei ere, une oro eta legezketasun printzipioari menpekotuta, segurtasun-endar eta kidegoekin profesionalki lankidetzatza aritzeko eginbehar orokorra esleitzen die; segurtasun publikoa bermatzera zuzenduta dauden jarduerak gauzatu daitezela du helburu aipatu betekizunak, beti ere dagokion zuhurtasunarekin eta konfidentzialtasunarekin.

Bada, lankidetzatza profesionalaren betebeharrak orokorra zehaztearren, segurtasun-endar eta kidegoei ondokoa komunikatzeko betebeharrak zehatza ezartzen die legeak segurtasun-jarduera pribatuak burutzen dituzten agenteei: hiri-segurtasuna mantentzeko edo berrezartzeko edozein inguruabar nahiz informazio garrantzitsu jakinaraztekoa, baita euren lana dela-eta jakitun diren delituen berri ematekoa ere, aipatu segurtasun-endar eta kidegoen eskuetan jarriz ustezko gaizkilea eta delituetan atzemandako tresnak, gauzak eta abarrak (SPribL 14.1-2 art.ak). Arau-hauste oso larritzat jotzen du legeak profesionalki lankidetzatza aritzeko betebeharrak urratu izana (SPribL 57.1.h eta 58.1.d art.ak) eta hortaz, dagokion administrazio-zehapena ezartzea ekar lezake (SPribL 61-62 art.ak). Eta segurtasun-endar eta kidegoei dagokienez, ostera, lankidetzatza profesionala gauzatzearren, legeak aurreikusten du segurtasun-langile pribatuei informazioa eman diezaieketela arriskuak balioztatuta eta hala badagokio, babes-neurriak ezar ditza ten (SPribL 14.3 art.).

Osagarritasun printzipioa garatzeko bestalde, informaziora sartzea arautzen du legeak. Honela, hiri-segurtasuna babesteko beharrezkotzat jotako datuak lagatzea baimentzen du; halaber, segurtasun-endar eta kidegoei segurtasun-enpresa pribatuetan kokatuta dauden sistemetara sartzeko baimena ematen die, denbora errealean informazioak egiaztatuta ahal izateko, beti ere segurtasun publikoarentzat arrisku bat ekiditeko edo delituak erreprimitzeko beharrezkoa denean. Segurtasun pribatuaren legearen babesean sortutako fitxategiak eta datu pertsonalen trataera, gai honi buruzko araudiaren menpe egongo da (SPribL 15 art.).



Azkenik, 5/2014 Legeak koordinazioa eta parte hartzea arautzen ditu. Hain zuzen, segurtasun-zerbitzu pribatuaren eta segurtasun-indar eta kidegoen arteko koordinazioa bermatzearen, egokitzat jotako antolakuntza-neurriak hartzeko aukera aurreikusten du; hau da, lankidetzaz izaera eta aholkularitzakoa duten segurtasun pribatuaren arloko batzorde mistoak sortzekoa —nazionala, autonomikoak zein probintzialak— (SPribL 16 art.).

### **III. Konstituzio auzitegiaren 86/2014 epaiaren arabera, segurtasun-zerbitzu pribatuaren nola gauzatzen den segurtasun publikoaren arloko eskuduntzen banaketa**

Konstituzio Auzitegiak segurtasun publikoaren eskuduntza-titulua epai anitzetan aztertu du; guztien artean berriki eman duen 86/2014 Epaiaren izango dugu aztergai (14).

Epai honetan, alde batetik, Estatuaren eta Autonomia Erkidegoen artean segurtasun publikoaren arloan eskuduntzak nola banatzen diren finkatzen duen Konstituzio Auzitegiaren doktrina laburbiltzen da. Bestalde, aipatu eskuduntzen banaketa hori segurtasun-zerbitzu pribatuaren nola gauzatzen den aztertzen du Konstituzioaren interpretatzaile gorenak, gaiari buruzko jurisprudentzia gogora ekarri eta hortaz, kontutan izanik, segurtasun publikoaren zatitza jotzen dela bertan segurtasun pribatua. Atal honetan azken alderdi honi erreparatuko diogu bereziki.

#### **III.1. Euskadiko segurtasun publikoaren sistema antolatzen duen 15/2012 Legearen segurtasun pribatuaren arauaketa: 50 artikulua eta 55 artikuluen lehenengo lerroaldea konstituzio kontratatzat jotzea**

Konstituzio Auzitegiak berriki eman duen 86/2014 Epaiaren Espainiako Konstituzioaren aurkakotzat eta deuseztat jo ditu, Euskadiko segurtasun publikoaren sistema antolatzen duen 15/2012 Legearen baitan segurtasun pribatuari buruzko gai batzuk arautzen zituzten ondoko xedapenak (15): 50 artikulua osorik eta 55 artikuluen lehenengo lerroaldean «eta Euskal Autonomia Erkidegoaren» dioen koma-artea (16). Izan ere, Konstituzio Auzitegiak ulertzen du eskuduntzen banaketa ordena urratzen dutela xedapen horiek; hots, Estatuak segurtasun publikoaren arloan arautzeko duen eskuduntza eskusiboa eta beraz, segurtasun publikoaren zati den heinean, segurtasun pribatuaren gaia eskusiboki arautzekoa ere urratzen dutela (17).

---

(14) Konstituzio Auzitegiaren osoko bilkuraren 86/2014 Epaiaren, maiatzaren 29koa (ekainaren 24ko BOEn argitaratua).

(15) Legearen arau-oinarriari dagokionez zera xedatzen du zioen azalpenak: «Autonomia Estatuaren 17. artikuluen aginduz, Euskal Autonomia Erkidegoak badu ordena eta segurtasun publikoaren inguruko eskumenik, eta horri jarraiki oso-osorik kudeatzen du Euskadiko segurtasun publikoa, salbu eta Estatuak berak zehazten dituen erkidegoz gaindiko eta kanpoko gaiak.»

(16) Konstituzio Auzitegiaren 86/2014 Epaiaren 7. eta 8. oinarri juridikoetan, hurrenez hurren.

(17) Estatuak 15/2012 Legeko hainbat artikuluen aurka jarritako helegitea zati batean bakarrik onesten du Konstituzio Auzitegiak 86/2014 Epaiaren. Aipatutako xedapenez gain, 49.1 art.ko koma-artea bat Konstituzioaren kontrakoa eta deuseza dela ere erabakitzen du 6. oinarri juridikoan. Eta 8.3.b art.ri dagokionez berriz, zera ulertzen du: Epaiaren 5. oinarri juridikoan zehaztutako moduan interpretatuz gero, Estatuaren eskuduntzarik ez duela urratzen.

Zein da 15/2012 Legearen helburua? Bada, bere zioen azalpenak beharrezkotzat jotzen du Euskadiko segurtasun publikoaren arau-sistema berriro antolatzea, segurtasun publikoa «ikuspegi sistematiko eta integral» baten arabera hartuz. Izan ere, segurtasun publikoa ikuspuntu horretatik ulertzen duten «politika publikoek herritarra dute ardatz», —eta ez ordea, Estatuaren segurtasuna eta ordena publiko materiala soilik zaindu behar izatea, garai batean gertatzen zen bezala—. Orobat, 15/2012 Legearen xedea da «gure ordenamendu juridikoan (...) arau-ildo ezberdinetan bilduta ageri ziren hainbat azpisistema sistema komun batean egituratzea (...) guztiek azken helburu bera eta hartarako gaitzen duen bide bera baitituzte: segurtasun publikoa». Hain zuzen, azpisistema horien artean legoke segurtasun publikoari loturik edo segurtasun publikoaren osagarri diren segurtasun-jarduera pribatuen araubidea.

Bada, 15/2012 Legeak «Jarduera osagarriak poliziarekin eta herritarren segurtasunarekin integratzea» izenburupean (III. Tituluko 5. Kapituluan), segurtasun pribatuari buruzko gai batzuk arautzen zituen; besteak beste, osorik edo zati batean, Konstituzio Auzitegiaren 86/2014 Epaiak konstituzio kontraktotzat jo dituen 50 eta 55 artikuluetan. Ikus dezagun jarraian, zer xedatzen zuten hitzez hitz.

Alde batetik, 50. artikulua:

«Arautzea. Eusko Jaurilaritzak erregelamendu bidez garatuko du, segurtasun publikoari eta pribatuari buruzko estatu-legediak eta honako lege honetan xedatutakoak zehazten duten esparruan, pertsonak eta enpresa pribatuak Euskadin segurtasuneko eta ikerketetako eginkizunak betetzeko galda daitezkeen eskakizun eta baldintzak, bai eta, delitu-egintzak prebenitzeko enpresek edo establezimenduek hartu behar dituzten segurtasuneko neurriak ere.»

Eta bestalde, 55. artikulua:

«Segurtasun pribatua. Segurtasun publikoaren eskumena duen sailari dagokio segurtasun pribatuaren arloko Estatuaren eta Euskal Autonomia Erkidegoaren legedia betearaztea, eta horretarako, eskuduntza hauetaz baliatzen da: a) Egoitza soziala Euskadin dutela, beren jarduerak Euskadiko lurraldea gaintzen ez duten segurtasun pribatuko enpresei baimena ematea. b) Euskadin segurtasun pribatuaren arloan egiten diren jardunak ikuskatzea eta zehatzea. c) Segurtasun pribatuaren arloko langileak prestatzeko zentroak baimentzea. d) Segurtasuneko eta ikerketako zerbitzu pribatuak Ertzaintzarekin eta udaltzaingoekin koordinatzea.»

Arestian esan bezala, Konstituzio Auzitegiaren 86/2014 Epaiak, 50 artikuluari dago-kionez, osorik konstituzio kontraktotzat jotzea erabakitzen du; izan ere, Konstituzioaren interpretatzaile gorenaren aburuz, bertan arautzen ziren bi alderdietan —erregelamenduz garatzeko ahalmena segurtasun-enpresa zein langile pribatuak segurtasun eta ikerketa funtzioak egikaritu ahal izateko galdatzen zitzaizkien betekizunak nahiz baldintzak, baita delituak ekiditearren segurtasun-enpresa edo establezimendu pribatuak hartu beharreko segurtasun neurriak ere— Estatuari dagozkio arautzeko ahalmen guztiak, eta beraz Eusko Jaurilaritzak ezin ditu gai horiek arautu, erregelamenduz egin nahi bazen ere. Honetara, Konstituzio Auzitegiak gogora arazten du segurtasun pribatuaren esparruan, Autonomia Erkidegoek betearazteko eskuduntzak dituzte soilik; hau da, euren ahalmenak soilik administrazio edo tresna izaeratakoak izan daitezke, polizia-funtzio edo zereginei lotutakoak edo eurekiko osagarriak diren heinean.

55. artikulua lehengo lerroaldean «eta Euskal Autonomia Erkidegoaren» dioen koma-arteari dagokionean ostera, aipatu koma-arteak konstituzio kontraktotzat jotzeko arrazoi berberak ematen ditu.

Horrenbestez, nabarmena da Konstituzio Auzitegiaren jurisprudentziak segurtasun pribatua segurtasun publikoaren zatitzat jotzen darraielara Konstituzioaren 149.1.29 art. ren interpretazio hertsia edo zurruna eginez —5/2014 Legearen modu berean, aurreko atalean egiaztatuta ahal izan dugun bezala—.

### **III.2. Segurtasun publikoaren arloko Konstituzio Auzitegiaren doktrinaren arabera, Estatuaren eta Autonomia Erkidegoen eskuduntzak segurtasun-zerbitzu pribatuetan**

Lehenik eta behin gogora ekarri behar dugu segurtasun publikoaren nozioa azterzerakoan aipatu dugun Espainiako Konstituzioaren 149.1.29 artikulua. Izan ere, xedapen honek segurtasun publikoaren eskuduntza-titulua arautzen du, Estuari eskusiboki esleitzu segurtasun publikoaren arloan arautzeko zein betearazteko eskuduntza —Autonomia Erkidegoek euren polizia sortzeko duten aukeraren kalterik gabe, beti ere beraien Autonomia Estatuetan ezartzen den moduan eta lege organiko batek xedaturikoaren esparruan—(18).

Bada, arestian aurreratuta bezala, Konstituzio Auzitegiak segurtasun publikoaren eskuduntza-titulua makina bat epaietan aztertu du; azkenekoz, 86/2014 Epaietan. Bertan, alde batetik, segurtasun publikoaren arloko eskuduntzen lurralde-banaketari buruzko Konstituzio Auzitegiaren doktrinaren alderdirik esanguratsuenak laburbiltzen dira; honatx: (19)

- Segurtasun publikoa, pertsonak eta ondasunak babestea helburu duen jarduera da, lasaitasuna eta hiri-segurtasuna bermatzearen. Babes hori, hain zuzen, polizia-ekintzaren bitartez burutzen da; orobat, poliziarenak izan ez arren, segurtasun publikoari atxikitako edo segurtasun publikoa osatzen duten ekintzen bitartez gauzatzen da.
- Segurtasun publikoaren funtsezko edukitzat jotzen da segurtasun-poliziaren zeregina —segurtasun publikoaren arloko azpi gaitzat jotzen dena, alegia—. Segurtasun-poliziaren funtzioak bada, polizia-ekintza eta bere antolakuntza berrantolatzen ditu; berebat, administrazio-ahalmenak berrantolatzen ditu, polizia-funtzionarioi atxikitakoak edo polizia-funtzioa osatzen dutenak —esaterako, segurtasun-zerbitzu eta jarduera pribatuaren ikuskapena eta zehapena—.
- Autonomia Erkidegoek segurtasun publikoaren arloan Konstituzioaren 149.1.29 artikulua arabera bereganatutako eskuduntzak, soilik betearazteko funtzioarekin lotura dutenak dira. Honetara, dagokion Autonomia Erkidegoaren eremuan segurtasun publikoa bermatzearen, polizia antolakuntza autonomo bat sortzeko ahalmena aitortzen die Konstituzioak Autonomia Erkidegoei, polizia-funtzio auto-

(18) Euskal Autonomia Erkidegoak zehazki, Estatuaren 17 art. an aurreikusitako polizia autonomikoaren bitartez berezko polizia sortzeko eskuduntza bereganatu zuen.

(19) Ikus 86/2014 Epaiaren 4. oinarri juridikoa. Ikus halaber, jurisprudentzia-doktrina hori jasota dagoen aurreko epaiak, besteak beste, ondokoak: 33/1982, ekainaren 8koa (3. oinarri juridikoa); 104/1989, ekainaren 8koa (3., 4. eta 6. oinarri juridikoak); 175/1999, irailaren 30ekoa (3., 5. y 7. oinarri juridikoak); 148/2000, ekainaren 1ekoa (6. eta 7. oinarri juridikoak); 235/2001, abenduaren 13koa (8. oinarri juridikoa); 154/2005, ekainaren 9koa (5. oinarri juridikoa);...

nomikoak burutzeko; orobat, aipatu zereginiei atxikitako edo aipatu zereginak osatzeko administrazio-ahalmenak aitortzen dizkie. Hortaz, Autonomia Erkidegoek segurtasun publikoaren arloan Konstituzioaren 149.1.29 artikuluari jarraiki bereganatutako eskuduntzak ez dira segurtasun publikoa arautzeko funtzioarekin harremana dutenak —hain zuzen, berezko segurtasun-sistema orokor bat sortzeko—.

Nolanahi ere, Konstituzio Auzitegiaren errotutako doktrina honekin ez gatozela bat esan behar dugu, zera ulertzen baitugu: «kalterik gabe» klausulak edo adierazpenak, Konstituzioak Estatuari eskusibotasunez esleitutako segurtasun publikoaren arloko eskuduntza modulatu egiten duela. Alegia, Konstituzioari eta Euskal Herriko Autonomia Estatutuari jarraiki behintzat, eztabaidagarria izan daiteke Estatuari eskusibotasunez esleitutako eskuduntza baten aurrean gaudela. Hain zuzen, polizia autonomikoak sortzeko aukerak, Autonomia Erkidegoei arautzeko funtzioak bereganatzea dakarzkia uste dugulako —eta ez soilik betearazteko zereginak, Konstituzio Auzitegiak 86/2014 Epaian xedatzen duen bezala—(20), segurtasun publikoaren arloa elkarturiko eskuduntzat jotzen dugu, eta ez Estatuaren eskuduntza eskusibotzat (21).

Bestalde, segurtasun publikoaren arloko eskuduntzen banaketa segurtasun-zerbitzu pribatueta nola gauzatzen den aztertzen du Konstituzioaren interprete gorenak 86/2014 Epaian; hain zuzen, Estatuaren eta Autonomia Erkidegoen eskuduntzak —Euskal Autonomia Erkidegoarenak, zehazki— segurtasun-zerbitzu pribatueta zeintzuk diren zehazten du (22).

Konstituzio Auzitegiak bada, espainiar Konstituzioaren 149.1.29 artikulua ezartzen duenaren arabera, zera ulertzen du lehenik eta behin: aipatu xedapenak segurtasun publikoaren arloan Estatuari esleitzen dion eskuduntza eskusiboaren funtsezko edukiaran zati baino ez dela segurtasun pribatua (23). Eta hori ondoko arrazoiengatik izango litzateke: batetik, segurtasun-zerbitzu pribatuek ondasunak eta pertsonak babestea dutelako helburu; bestetik, segurtasun-zerbitzu pribatuek segurtasun-indar eta kidegoen jardueretik tresna izaera dutelako —hots, jarduera horiei menpekotuta daude eta jarduera horiek osatzen dituzte—.

Hortaz, Konstituzio Auzitegiak segurtasun pribatuaren gaia segurtasun publikoaren zatitzat jotzen duen heinean, arestian azaldu dugun Konstituzio Auzitegiaren doktrinari jarraiki —segurtasun publikoaren eremuari buruzkoa—, segurtasun pribatuaren arloan berebat, arautzeko eta betearazteko ahalmenak Estatuarenak lirateke eskusiboki.

(20) Honetara, Konstituzio Auzitegiaren 86/2014 Epaia, beste hauetan esandakoa gogora arazten du: 104/1989 (3. oinarri juridikoa), 175/1999 (3. oinarri juridikoa), 148/2000 (7. oinarri juridikoa) eta 154/2005 (5. oinarri juridikoa) Epaia, alegia.

(21) Zentzu honetan ikus ondokoa lanak: AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., «Nuevas coordenadas jurídicas en materia de Seguridad Privada», *Revista Vasca de Administración Pública/Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 43 zkia., 1995, 18 orria.  
<https://www6.euskadi.net/t59aWar/revista.JSP/t59aVerEjemplar.do?R01HNoPortal=true&t59aTipoEjemplar=R&t59aNumEjemplar=43>. AGUADO i CUDOLÁ, V., *Derecho de la Seguridad pública y privada*, Thomson-Aranzadi, 2007, 72 orria.

(22) Ikus 86/2014 Epaia 7. eta 8. oinarri juridikoak.

(23) Hain zuzen, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak zalantzan jartzen duen ideia. Ikus honetara, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren 2006ko urtarrilaren 26ko Epaia (Europako Batzordea vs. Espainia, C-514/03 arazoan). Azken hausnarketa moduan, segurtasun pribatuari buruzko Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren jurisprudentziari lan honetako 4. atalean egingo diogu aipamen.

Nolanahi ere, honek ez du esan nahi Autonomia Erkidegoek segurtasun pribatuaren arloan inolako eskuduntzarik ez dutenik; badute noski, baina Konstituzio Auzitegiak euren eskuduntzen oinarria espainiar Konstituzioaren 149.1.29 artikuluan dagoela dio. Horregatik, Konstituzio Auzitegiak ulertzen du Autonomia Erkidegoek betearazteko ahalmenak bakarrik beregana ditzaketela; hots, administrazio izaera soilak duten ahalmenak eskura ditzaketela, polizia autonomikoari atxikitakoak edo polizia autonomikoarekiko osagarriak direnak eta beraz, tresna izaera dutenak.

Konstituzio Auzitegiaren interpretazio honekin bat ez gatozen arren —arestian azaldutako arrazoiengatik—, hauxe gertatuko litzateke 86/2014 Epaiaren arabera, esaterako, dagokion Autonomia Erkidegoan —Epaian aztertzen den kasuan, Euskal Autonomia Erkidegoan zehazki— gauzatuko liritekeen segurtasun-zerbitzu zein jardueren ikuskapen eta zehapenarekin; edo halaber, dagokion Autonomia Erkidegoan —Epaian aztertzen den kasuan, Euskal Autonomia Erkidegoan, alegia— egoitza duten segurtasun-langile pribatuen heziketa zentroen baimenarekin (edo ardua aitortzea jasotzeko egintzarekin) (24). Gaur egun, gainera, segurtasun pribatuaren lege berriak onartzen du Autonomia Erkidegoek Estatuko legedia betearazteko duten eskuduntza aipatu eremuetan (25).

Alabaina, segurtasun-langile pribatuen gaikuntzarekin ez da berbera gertatzen; izan ere, Konstituzio Auzitegiaren jurisprudentziari jarraiki, segurtasun publikoaren arloan Estatuari eskusiboki esleitutako eskuduntzaren ondorio litzateke (26).

Bada, Konstituzio Auzitegiaren doktrina honekin guztiz bat (27), 5/2014 Legeak zerrendatzen ditu Estatuko Administrazio orokorrari dagozkion eskuduntzak (28). Halaber,

---

(24) Horregatik hain zuzen, Konstituzio Auzitegiak 86/2014 Epaian (8. oinarri juridikoa), 15/2012 Legearen 55 art.ko b) hizkia Konstituzioarekin bat datorrela aitortzen du, zera ulertzen baitu «(...) en este caso es posible entender que el precepto no vulnera las competencias del Estado pues refiere la inspección y sanción autonómicas no a cualquier actuación de las empresas y personal de seguridad, sino a las «actividades de seguridad privada», es decir a actuaciones materiales relacionadas con la seguridad de personas y bienes y que, por ello, resultan inherentes o complementarias a las potestades derivadas de la existencia de una policía propia». Eta 15/2012 Legearen 55. art.ko c) hizkiari dagokionez ere iritzi berekoa da Konstituzio Auzitegia. Honetara, zera xedatzen du —31/2010 Epaian (103. oinarri juridikoa) ezarritakoa gogora ekarri—: «(...) corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de autorización de los centros de formación del personal de seguridad privada que tengan su sede en la misma».

(25) Ikus 5/2014 Legea, 13.1.c) eta d) art.ak.

(26) Ikus honetara Konstituzio Auzitegiaren 86/2014 Epaiaren 8. oinarri juridikoa. Bertan gogora ekartzen du berriro 31/2010 Epaian xedatu zuena, alegia: «Allí afirmamos que «cabe recordar que en dicha STC 154/2005 consideramos que la fijación de las pruebas dirigidas a la habilitación del personal de seguridad privada y la autorización de los centros de impartición de enseñanzas en materia de seguridad privada se situaban dentro de la competencia estatal de seguridad pública (art. 149.1.29 CE). Ahora bien, debemos aclarar ahora que es posible separar ambos aspectos (habilitación del personal y autorización de los centros de enseñanza). Siendo de la competencia estatal establecer y regular las enseñanzas dirigidas a la habilitación de este personal, ello no tiene como consecuencia necesaria la competencia del propio Estado para autorizar los centros concretos de enseñanza que las impartan, pues puede regular, con el máximo de concreción que decida, los requisitos que han de reunir dichos centros, de manera que las Comunidades Autónomas los autoricen cuando cumplan tales requisitos».

(27) Izan ere, 5/2014 Legearen zioen azalpenak zera dio: «Al objeto de evitar interferencias y duplicidades (...) se clarifica el reparto de competencias estatales y autonómicas, se afianza la competencia exclusiva del Estado en materia normativa y se sitúan en la órbita ejecutiva las competencias de las comunidades autónomas.»

(28) 5/2014 Legearen 12.1 art.ak zera xedatzen du hitzez hitz: «Corresponde a la Administración General del Estado, a través del Ministerio del Interior y, en su caso, de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, el ejercicio de las siguientes facultades: a) La autorización o recepción de la declaración responsable, inspección y sanción de las empresas de seguridad privada y de sus delegaciones cuya competencia

Autonomia Erkidegoei dagokienez, 5/2014 Legeak zera xedatzen du: euren Autonomia Estatutuen arabera pertsonak nahiz ondasunak babesteko eta ordena publikoa mantentzeko eskuduntzak dituztenek —Euskal Autonomia Erkidegoak esaterako—, halaber gai jakinetan Estatuko legedia betearazteko eskuduntza izango dutela. Hortaz, batetik, Autonomia Erkidego horien eskuduntzak zerrendatzen ditu (13.1 art. ) (29); eta bestetik, euren Autonomia Estatutuei jarraiki eta Estatuko Legediak hala ezartzen duenean, segurtasun pribatuaren arloan betearazteko eskuduntza bereganatu duten Autonomia Erkidegoenak (13.2 art.) (30).

no haya sido asumida por las comunidades autónomas. b) La recepción de la declaración responsable para la apertura de los despachos de detectives privados y de sus sucursales, así como su inspección y sanción, cuando el ejercicio de estas facultades no sea competencia de las comunidades autónomas. c) La habilitación e inhabilitación del personal de seguridad privada, y la determinación del armamento, documentación, uniformidad, distintivos y medios de defensa de dicho personal, así como la acreditación, en todo caso, de los ingenieros y técnicos de las empresas de seguridad y de los operadores de seguridad. d) La aprobación, modificación y cancelación de los programas y cursos específicos de formación del personal de seguridad privada que no sean de la competencia de los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte o de Empleo y Seguridad Social. e) La recepción de la declaración responsable, inspección y sanción de los centros de formación del personal de seguridad privada cuya competencia no haya sido asumida por las comunidades autónomas, así como la acreditación, en todo caso, de su profesorado. f) La autorización, inspección y sanción de los servicios de protección personal, cuando no sea competencia de las comunidades autónomas, y de aquellas actividades y servicios transfronterizos de seguridad que puedan prestarse por las empresas y el personal de seguridad privada. g) La autorización de los servicios de seguridad privada y de centrales de alarma de uso propio que se presten en un ámbito territorial superior al de una comunidad autónoma con competencia en materia de seguridad privada, así como la inspección y sanción de estos servicios en aquella parte de los mismos que se realice fuera del territorio de dichas comunidades autónomas. h) La determinación reglamentaria de las características técnicas y de homologación que resulten exigibles a los productos, sistemas, dispositivos, equipos, medidas y servicios de seguridad privada. i) La determinación reglamentaria de los establecimientos obligados a disponer de medidas de seguridad privada, así como la fijación del tipo y alcance de las medidas obligatorias que ha de cumplir cada tipo de establecimiento. j) La autorización, inspección y sanción de los establecimientos e instalaciones industriales, comerciales y de servicios que estén obligados a adoptar medidas de seguridad, cuando el ejercicio de esas facultades no sea competencia de las comunidades autónomas. k) La coordinación de los servicios de seguridad e investigación privadas con los de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.»

(29) 5/2014 Legearen 13.1 art.ak zera xedatzen du literalki: «Las comunidades autónomas que, con arreglo a sus estatutos de autonomía, tengan competencia para la protección de personas y bienes y para el mantenimiento del orden público, ejecutarán la legislación del Estado sobre las siguientes materias: a) La autorización de las empresas de seguridad privada y de sus delegaciones, así como la recepción de la declaración responsable para la apertura de los despachos de detectives privados y de sus sucursales, cuando, en ambos casos, tengan su domicilio en la comunidad autónoma y su ámbito de actuación esté limitado a su territorio. b) La autorización de las actividades y servicios de seguridad privada que se realicen en la comunidad autónoma cuando requieran de la misma o de control previo. c) La inspección y sanción de las actividades y servicios de seguridad privada que se realicen en la comunidad autónoma, así como de quienes los presten o utilicen y la inspección y sanción de los despachos de detectives privados y de sus sucursales que realicen su actividad en la comunidad autónoma. d) La recepción de la declaración responsable, inspección y sanción de los centros de formación del personal de seguridad privada que tengan su sede en la comunidad autónoma. e) La coordinación de los servicios de seguridad e investigación privadas prestados en la comunidad autónoma con los de la policía autonómica y las policías locales. f) La autorización, inspección y sanción de los establecimientos e instalaciones industriales, comerciales y de servicios sitios en la comunidad autónoma que estén obligados a adoptar medidas de seguridad».

(30) 5/2014 Legearen 13.2 art.ak zera xedatzen du hitzez hitz: «Las comunidades autónomas que, en virtud de sus estatutos de autonomía, hayan asumido competencia ejecutiva en materia de seguridad privada cuando así lo establezca la legislación del Estado, la ejercerán si disponen de cuerpo de policía propia o establecen fórmulas de colaboración con el Cuerpo Nacional de Policía previstas en la legislación de fuerzas y cuerpos de seguridad, sobre las siguientes materias: a) La autorización, inspección y sanción de las empresas de seguridad privada que tengan su domicilio en la comunidad autónoma y cuyo ámbito de actuación esté limitado a su territorio. b) La de-

Horrenbestez, dagokion Autonomia Erkidegoan egoitza duten segurtasun-langile pribatuen heziketa zentroen baimenari (edo ardura aitortpena jasotzeko egintzari) 5/2014 Legean egiten zaion aipamena salbu, azpimarratu behar dugu, segurtasunaren lege berriak ez duela deus ere esaten Autonomia Erkidegoek segurtasun-langileei dagokienez eduki ditzaketan eskuduntzei buruz (31). Halaber, amaitzeko, zera nabarmendu behar dugu berriro: 5/2014 Legeak eta Konstituzio Auzitegiaren jurisprudentziak segurtasun pribatua segurtasun publikoaren zatitza jotzen darraitela.

#### **IV. Azken hausnarketak segurtasun pribatuari buruzko europar batasuneko justizia auzitegiaren jurisprudentziaren argitan**

Arestian esan dugu, segurtasun pribatuaren arloan gaur egun indarrean dagoen legediari jarraiki, baita segurtasun publikoari buruzko Konstituzio Auzitegiaren interpretazio-jurisprudentziaren arabera ere, zalantzarik ez dagoela segurtasun pribatua segurtasun publikoaren arloaren baitan dagoela edo bere zati dela. Hau da, segurtasun publikoaren arloan Konstituzioak Estatuari esleitzen dion eskuduntza eksklusiboaren funtsezko edukia zati baina ez da segurtasun pribatua.

Alabaina, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak zalantza jartzen ditu ideia horiek. Hots, segurtasun publikoa eta segurtasun pribatua eremu ezberdintzat jotzen ditu eta hortaz, segurtasun pribatua ez du segurtasun publikoaren zatitza jotzen.

Hain zuzen, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren 2006ko urtarrilaren 26ko Epaiak (Europako Batzordea vs. Espainia, C-514/03 arazoan), Europar Batasuneko araudiaren aurkakotzat jo zituen segurtasun pribatuari buruzko 23/1992 Legearen xedapen ugari, baita garatzen zuen 2364/1994 Errege Dekretuarenak ere. Halaber, espainiar Gobernuak eginiko alegazioen aurrean —funtsean, segurtasun pribatua segurtasun publikoaren zati dela zioen— (32), zera ulertzen zuen Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak: Europar Erkidegoko Hitzarmen Eratzailearen 46.1 art.ak aurreikusitako salbuespena —alegia, segurtasun publikoko arrazoiek bidezkoturik, kide Estatuari baimentzen zaie atzeritarrentzat erregimen bereziak mantentzea— segurtasun-enpresa pribatua,

---

nuncia, y puesta en conocimiento de las autoridades competentes, de las infracciones cometidas por las empresas de seguridad que no se encuentren incluidas en el párrafo anterior».

(31) 23/1992 Legea indarrean zenean, hutsune berbera (orduan 4. xedapen gehigarrian) kritikatzan zen ondoko lanean: IZQUIERDO CARRASCO, M, *La seguridad privada: régimen jurídico-administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 2004, 47-49 orriak.

(32) Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren aurrean aurkeztutako alegazioetan, Espainiako Gobernuak ondoko argudioak ematen zituen, hitzez hitz: «la seguridad privada está íntimamente vinculada a la seguridad pública, de la que constituye una prolongación. Así, una gran parte de las actividades correspondientes a este sector implica la utilización de medios no autorizados con carácter general (como las armas). Dichas actividades pueden tener también una seria incidencia sobre el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos. En consecuencia, el Gobierno español estima que un Estado miembro puede legítimamente establecer una intervención y control en este sector que no estarían justificadas en otros ámbitos. Ahora bien, al tratarse de una actividad no armonizada a escala comunitaria, puede suceder que la normativa de otros Estados miembros sea radicalmente distinta de la española, por lo que el citado Gobierno afirma que es necesario exigir el cumplimiento de los requisitos específicos que existen en España, y en particular de los que están ligados al problema del terrorismo». Ikus honetara, AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA, I., «Las competencias estatales y autonómicas en materia de seguridad pública y privada. ¿Se opera algún cambio con el nuevo Estatuto para Cataluña?» *Revista Catalana de Seguretat Pública* 16 zkia., 2006, 68-69 orriak. Aipatu lana interneteko ondoko helbidean eskura daiteke: <http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/view/130216/179654>.

tuei buruzko arau orokorre ezi zitzaiela ezarri(33). Izan ere, segurtasun pribatuari buruzko espainiar legediak jaso nahi zituen salbuespenak ezin ziren segurtasun publikoko neurri bezala justifikatu, segurtasun publikoaren zati ez baita segurtasun pribatua(34).

Ildo beretik mintzatu izan da Europar Batasuneko Justizia Auzitegia, beste herrialde batzuetan azaldutako antzeko arazoei buruzko Epaietan; besteak beste, ondokoak dira aipagarriak:

- 2000ko martxoaren 9ko Epai (C-355/1998 arazoa): afera honetan, segurtasun pribatuari buruzko Belgikako legediak jaso nahi zituen salbuespenak, segurtasun publikoko neurritzat justifikatu nahi ziren. Eta Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak erabaki zuen aipatu salbuespenek oinarririk ez zutela(35).
- 2004ko apirilaren 29ko Epai (C-171/02 arazoa): kasu honetan berriz, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak erabaki zuen, Portugaleko Errepublikak ez zituela bete segurtasun pribatuari zegokionez, Europar Erkidegoko araudiak ezarritako obligazioak. Izan ere, Portugalen, segurtasun pribatuaren sektorean jardun ahal izateko, atzerriko operadoreei ezarritako baldintzak ez zetozen bat aipatu araudiarekin(36).

(33) Honetara, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak ondoko Epai e giten die aipamen: 1998ko urriaren 29koari (Europako Batzordea vs. Espainia, C-114/97 arazoa); eta 2000ko martxoaren 9koari (Europako Batzordea vs. Belgika, C-355/98 arazoa), alegia.

(34) Orobat, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren 2006ko urtarrilaren 26ko Epaiak zera erabaki zuen: Espainiako Erreinuak dagozkion obligazioak ez zituela bete (hain zuzen, Europar Erkidegoko ondoko arauak ezarritakoak: Europar Erkidegoko Hitzarmen Eratzaileko 43 eta 49 art.ak; 89/48/CEE Europar Kontseiluaren Zuzentaraua, 1988ko abenduaren 21ekoa; eta 92/51/CEE Europar Kontseiluaren Zuzentaraua, 1992ko ekainaren 18koa). Izan ere, 1992ko segurtasun pribatuaren 23/1992 Legearen eta garatzen duen 2364/1994 Errege Dekretuaren hainbat xedapen indarrean zirauten (alegia, atzerriko segurtasun-entresa pribatuek euren jarduerak Espainian burutu ahal izateko bete beharreko zenbait baldintza arautzen zituzten xedapenak). Ikus honetara, AGIRREA-ZKUENAGA ZIGORRAGA, I., «Las competencias estatales y autonómicas en materia de seguridad pública y privada. ¿Se opera algún cambio con el nuevo Estatuto para Cataluña?» *Revista Catalana de Seguretat Pública* 16 zkia., 2006, 68-69 orriak.

(35) Izan ere, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak ondokoa xedatu zuen: «En cuanto a las razones de orden público y seguridad pública invocadas para justificar dicha exigencia, debe recordarse, por una parte, que el concepto de orden público implica una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. Por otra parte, la facultad de los Estados miembros de limitar la libre circulación de las personas por motivos de orden público, de seguridad pública y de salud pública no tiene por objeto dejar sectores económicos como el de la seguridad privada fuera del ámbito de aplicación de este principio, desde el punto de vista del acceso al empleo, sino permitir al Estado que deniegue el acceso o la estancia en su territorio a personas cuyo acceso o estancia en dicho territorio constituiría, como tal, un peligro para el orden público, la seguridad pública o la salud pública. Dado que la alegación del Gobierno belga según la cual toda empresa de vigilancia puede constituir una amenaza real y suficientemente grave para el orden público y la seguridad pública carece manifiestamente de fundamento y que, en cualquier caso, no ha sido demostrada, tal alegación no sirve para justificar la restricción a la libre prestación de servicios resultante de la obligación, impuesta a las sociedades que explotan una empresa de este tipo, de tener su establecimiento de explotación en Bélgica.»

(36) Zera erabaki zuen zehazki Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak: «(...) la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 39 CE, 43 CE y 49 CE al exigir como requisitos para que los operadores extranjeros puedan ejercer en Portugal, en el sector de los servicios de seguridad privada, actividades de vigilancia de las personas y bienes, que dichos operadores: tengan su domicilio o un establecimiento de explotación permanente en el territorio portugués; revistan la forma de persona jurídica; posean un capital social mínimo; obtengan una autorización expedida por las autoridades portuguesas sin que se tengan en cuenta ni las justificaciones ni las garantías ya presentadas en el Estado miembro de origen, y que los miembros de su personal se hallen en posesión de una tarjeta de identidad profesional expedida por las citadas autoridades, sin que se tengan en cuenta ni los controles ni las comprobaciones ya efectuados en el Estado miembro de origen.»



- 2004ko urriaren 7ko Epaia ( C-189/03 arazoa): kasu honetan ostera, Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak erabaki zuen, Herbeheretako Erreinuak Europar Erkidegoko Hitzarmen Eratzailearen 49. artikulua ezarritako obligazioak ez zituela bete; izan ere, segurtasun-entresa pribatuaren eta detektibe-agentziei buruzko Legearen esparruan (1997ko urriaren 24koa) xedapen batzuk onartu zituen, entresa zein agentzia horiek segurtasun publikokotzat hartzeko edo aitortzeko (37).
- 2001ko maiatzaren 31ko Epaia (283/99 arazoa) eta 2007ko abenduaren 13ko Epaia (465/05 arazoa): afera hauetan, Europar Batzordeak jarritako helegiteak ebatzi zituen Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak; hain zuzen, Batzordearen aburuz, segurtasun pribatuaren arloan bateraezinak diren murrizketak jasotzen zituen Italiako araudiak, segurtasun publikoaren baitako funtzioak bailira justifikatuz. Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak bada, zera erabaki zuen: Italiako Errepublikak ez zituela bete Europar Erkidegoko Hitzarmen Eratzaileak ezarritako obligazioak (38).

---

(37) Ondokoa erabaki zuen zehazki Europar Batasuneko Justizia Auzitegiak: «El Reino de los Países Bajos ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE ( LCEur 1991, 770) al haber aprobado, en el marco de la Ley sobre empresas privadas de seguridad y agencias de detectives, de 24 de octubre de 1997, unas disposiciones: que exigen que las empresas que pretendan prestar servicios en el territorio neerlandés así como sus directivos se hallen en posesión de una autorización, cuya obtención requiere afectar algunos gastos, sin tener en cuenta las obligaciones a las que el prestador de servicios extranjero esté ya sujeto en el Estado miembro de establecimiento; y que exigen que los miembros del personal de las citadas empresas que sean destinados a los Países Bajos desde el Estado de establecimiento se hallen en posesión de una tarjeta de legitimación expedida por las autoridades neerlandesas, en la medida en que no se tienen en cuenta, para la referida exigencia, los controles a los que los prestadores de servicios transfronterizos se hallan ya sujetos en su Estado miembro de origen.»

(38) 2001eko Epaian, hain zuzen, Italiako Gobernuak zera aitortu zuen Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren aurrean: «(...) las cláusulas de nacionalidad que figuran en los artículos 134 y 138 del Texto Refundido pueden crear restricciones a la libre circulación de los trabajadores, a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, alega que los elementos característicos de las actividades de que se trata, en particular las de los guardias jurados de seguridad privada, permiten afirmar que las citadas actividades suponen el ejercicio del poder público». Haatik, Auzitegia ez zetorren argudio horiekin bat eta hortaz, ez zituen onetsi. Eta berbera errepikatu zuen 2007ko Epaian, ondokoa ebatziz: «(...) la actividad de guarda privado únicamente puede ejercerse previa prestación de un juramento de fidelidad a la República Italiana, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 49 CE; la actividad de seguridad privada únicamente puede ser ejercida por los prestadores de servicios domiciliados en otro Estado miembro previa concesión de una autorización del Prefetto de alcance territorial, sin que se tengan en cuenta las obligaciones a las que dichos prestadores están sujetos ya en el Estado miembro de origen, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE; dicha autorización tiene una validez territorial limitada y que su concesión está supeditada a que se tengan en cuenta el número y la importancia de las empresas de seguridad privada que operan ya en el territorio de que se trate, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 49 CE; las empresas de seguridad privada deben tener un establecimiento de explotación en cada provincia en la que ejerzan su actividad, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE; el personal de las empresas debe ser autorizado individualmente para ejercer la actividad de seguridad privada, sin que se tengan en cuenta los controles y las verificaciones ya realizados en el Estado miembro de origen, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE; las empresas de seguridad privada deben disponer de una plantilla mínima y/o máxima para ser autorizadas, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 49 CE; las mismas empresas deben depositar una fianza en la Caja de Depósitos y Préstamos, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 49 CE; los precios de los servicios de seguridad privada se fijan en la autorización del Prefetto con relación a un margen de variación previamente establecido, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE.»

Horrenbestez, azkenik, agerikoa da aztertu dugun gaia ikuspegiaren araberakoa bihurtzen dela. Izan ere, barne Zuzenbidearen ala Europar Zuzenbidearen ikusmiratik aztertuz gero, gaiari buruzko ulerkera ezberdinak lortuko ditugu. Dena den, gure barne ordenamenduan segurtasunaren arloan gertatzen dena arrazoizkoa ez dela iritzi dugu, arlo publikoak arlo pribatua barne hartzen duela esaten delako, alegia. Jakina, arlo pribatua eremu publikoaren osagarria izan edo bere menpe egon liteke, baina beti ere, eremu bakoitzak bere logika mantenduz, publikoa ala pribatua, beste gaiekin gertatzen den bezalaxe —hala nola osasungintza, komunikabideak (irradi zein telebista),... —. Horregatik hain zuzen, Konstituzioak behartuta edo baldintzaturik, Konstituzio Auzitegiak segurtasun publikoaren zatizat segurtasun pribatua hertsiki jotzeak, ez du zentzurik gure aburuz. Akaso, Konstituzioak segurtasun pribatuari buruzko titulu autonomo bat jasoko balu, Konstituzio Auzitegiak ebatziko al luke segurtasun publikoak segurtasun pribatua barne hartzen duela? Ezetzean gaude... .

Trabajo recibido el 28 de agosto de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Gaur egungo espainiar segurtasun-ereduan, segurtasun publikoak eta pribatuak bat egiten dute; hau da, ez dira segurtasuna eskaintzeko zerbitzu kontrajarriak. Segurtasun-enpresa nahiz langile pribatuek burutzen dituzten jarduerak berariazko izaera eduki arren, segurtasun pribatuaren 5/2014 Legeak azpimarratzen du, segurtasun-zerbitzu pribatuak segurtasun publikoaren zatitzat jotzen direla eta hortaz, segurtasun publikoa bermatzea eta osatzea dutela helburu. Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren jurisprudentziak zalantzan jartzen dituen ideia hauen oinarrian espainiar Konstituzioaren 149.1.29 artikulua dago. Izan ere, xedapen honek soilik segurtasun publikoari aipamena egiten dio, gizakiek euren eskubide zein askatasunak libreki egikari ditzaten ezinbesteko berme bezala. Eta Konstituzio Auzitegiak, ildo beretik, espainiar Konstituzioaren 149.1.29 artikulua ezartzen duenari jarraiki, zera ulertzen du: aipatu artikulua segurtasun publikoaren arloan Estatuari esleitzen dion eskuduntza eskusiboaren funtsezko edukia zati baino ez dela segurtasun pribatua.

**HITZ GAKOAK:** Segurtasun pribatua. Segurtasun publikoa. Eskuduntzak. Konstituzio Auzitegia. Europar Batasuneko Justizia Auzitegia.

**RESUMEN:** En el actual modelo español de seguridad no existe una seguridad privada versus una seguridad pública. La Ley 5/2014 considera a la seguridad privada como una actividad con entidad propia, pero a la vez como parte integrante de la seguridad pública; afirma que su relación se sustenta en los principios de subordinación y de complementariedad. Ahora bien, en el art. 149.1.29 CE sólo se hace mención a la seguridad pública como garantía necesaria para el libre ejercicio de los derechos y libertades de las personas. Por tanto, el TC al interpretar la materia seguridad privada se encuentra condicionado por la CE y entiende que los servicios de seguridad privada forman parte del núcleo esencial de la competencia exclusiva en materia de seguridad pública, que el art. 149.1.29 CE atribuye al Estado. Todo ello, sin perjuicio de la que a la luz de la jurisprudencia del TJUE la seguridad privada y la seguridad pública constituyen ámbitos distintos.

**PALABRAS CLAVE:** Seguridad privada. Seguridad pública. Competencias. Tribunal Constitucional. Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**ABSTRACT:** There does not exist private security versus public security within the current Spanish model of security. Act 5/2014 considers private security as an activity with its own entity but at the same time part of public security: it states that its relationship is grounded on the principles of subordination and complementarity. However, article 149.1.29 of the Constitution does only mention public security as a necessary guarantee for the free exercise of rights and freedoms of individuals. Therefore, when interpreting the issue of private security the Constitutional Court finds itself subjected to the Constitution and it understands that private security services are part of the core of the exclusive competence in public security which article 149.1.29 gives to the State. All of this without prejudice that in the light of the case law by Court of Justice of the European Union private and public security are different fields.

**KEYWORDS:** Private security. Public security. Competences. Constitutional Court. Court of Justice of the European Union.



# Los derechos de realojo y retorno. Antecedentes y regulación estatal en el modelo de urbanismo sostenible (1)

Tomás Quintana López

**Sumario:** I. Primeros pasos en la configuración legal de los derechos de realojo y retorno. I.1. Primero fue el derecho de retorno. I.2. Después el derecho al realojamiento.—II. La STC 61/1997, de 20 de marzo: su influencia en la configuración legal del derecho de realojo y la persistente falta de decisión del legislador estatal derivada de la sentencia.—III. Realojo y retorno en el nuevo modelo de urbanismo sostenible. III.1. Competencias del Estado. III.2. Sobre el contenido del artículo 14 LRRR. III.2.A. En relación con el derecho de retorno. III.2.B. En relación con el derecho al realojamiento. III.2.B.1. La cuestión de los ocupantes legales de viviendas como residencia habitual. A) La condición de ocupante legal. B) La ocupación de la vivienda como residencia habitual. III.2.B.2. Ámbito subjetivo del derecho de realojo. A) Titulares del derecho. B) los obligados a garantizar la satisfacción del derecho. III.2.B.3. Ámbito objetivo del derecho de realojo. La vivienda de sustitución. III.2.B.4. Reglas procedimentales.

## I. Primeros pasos en la configuración legal de los derechos de realojo y retorno

### I.1. Primero fue el derecho de retorno

A los efectos de la presente indagación tomamos como punto de partida el Decreto de 5 de septiembre de 1952, que fue dictado para aclarar lo establecido por la Ley de Solares de 15 de mayo de 1945 y su Reglamento de desarrollo de 23 de mayo de 1947, en el cual se reconocía el derecho de retorno a los arrendatarios de viviendas que hubieran sido demolidas. Sin embargo, ese derecho resultó notablemente limitado como consecuencia de la modernización del Derecho urbanístico que supuso la aprobación de la Ley de 12 de mayo de 1956, sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (2), pues probablemente su redactor llegara a considerar que el reconocimiento del derecho de retorno de los arrendatarios podría ser un obstáculo a la

---

(1) El presente estudio ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación DER2013-48006-C2-1-P, del Ministerio de Economía y Competitividad.

(2) En este sentido, *vid.* la esclarecedora sentencia de la sala de lo civil del Tribunal Supremo de 26 de enero de 1966 (Ar. 96).

transformación urbanística que se pretendía produjera la ejecución de los instrumentos de planeamiento previstos en el marco de la, entonces, nueva legislación urbanística. En este sentido, en apoyo de esa idea, también cabe recordar que en esa misma legislación la inclusión de las fincas en el registro municipal de solares suponía en algunas circunstancias y, en particular, cuando se pretendiera construir sobre el solar, «la definitiva extinción de los arrendamientos, y demás derechos personales constituidos por cualquier título en relación con la misma, sin que repercutan de ningún modo sobre la nueva construcción ni hayan de reservarse en ella locales o habitaciones a los antiguos ocupantes»(art. 149)(3).

Un segundo paso a considerar en relación con el régimen del derecho de retorno lo dio el legislador desde la normativa de arrendamientos urbanos de 1964 ((Decreto 4.104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos), concretamente en el marco de la regulación de la segunda causa de excepción a la prórroga legal del arrendamiento que la citada norma de 1964 contemplaba, causa de excepción a la prórroga legal motivada en el derribo de la edificación que viniera soportando el arrendamiento previa autorización gubernativa, en general para la construcción de un número mayor de viviendas que las existentes con anterioridad; previsión que ha venido haciendo posible durante décadas el retorno de los inquilinos a las viviendas de la nueva construcción(4).

Sin embargo, como contrapunto al reconocimiento del derecho de retorno en la legislación arrendaticia en los casos a que se ha hecho referencia, el Real Decreto 1.346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, y después las normas reglamentarias de desarrollo, especialmente el Reglamento Gestión Urbanística, no lo incorporaron al marco normativo llamado a regular la transformación urbanística del suelo y, en particular, de nuestras ciudades, quedando dicho derecho anclado, por lo tanto, en la legislación de arrendamientos urbanos y vinculado al derribo gubernativo, instrumento que estaba concebido al margen de las técnicas propias del Derecho urbanístico, mediante un procedimiento cuya decisión se ponía en manos de la autoridad gubernativa del Estado en la provincia, decisión en principio ajena al ejercicio de competencias en lo correspondiente a los usos del suelo, aunque, andando el tiempo, a la decisión positiva que el entonces Gobernador Civil pudiera adoptar, se iría acumulando la necesidad de contar también con la autorización o licencia urbanística de competencia municipal.

---

(3) Para una visión completa de las distintas posibilidades que ofrecía la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1956 para consumir la extinción de los arrendamientos existentes a consecuencia de actuaciones de construcción, *vid.*, J. MARTÍN BLANCO: *La construcción como causa extintiva del arrendamiento urbano*, Montecorvo, Madrid, 1963.

(4) Artículos 78 a 94 de la Decreto 4.104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos, cuya aplicación sigue vigente para las relaciones arrendaticias aun sometidas al texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, al amparo de la disposición transitoria segunda de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos; *vid.* en este sentido, la STS de 17 de mayo de 2012 (núm. rec. 1185/2010), la STSJ de la Comunidad de Madrid, de 20 de noviembre de 2013 (núm. rec. 39/2013) y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de abril de 2014 (núm. rec. 7/2011), basada esta última en la doctrina mantenida por el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia que cita. El denominado derribo gubernativo ha sido estudiado por F. LÓPEZ RAMÓN: *La potestad gubernativa de derribo en la legislación gubernativa urbana*, Civitas, Madrid, 1981; y más recientemente, con una obra cuyo título pone de manifiesto que se mantiene operativo, por A. BOTO ÁLVAREZ: *La pervivencia del derribo gubernativo*, Universidad de Oviedo, 2006.

Fue la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo, uno de cuyos aspectos más destacables consistió en tratar de incorporar al suelo urbano las técnicas de redistribución de beneficios y cargas, señaladamente el llamado aprovechamiento tipo, con apoyo en la reparcelación y las transferencias de aprovechamiento urbanístico, y que, incluso, trato de incorporar la rehabilitación a la legislación estatal del suelo, la que en su disposición adicional quinta pretendió conectar las actuaciones urbanísticas con los intereses de los ocupantes de viviendas normalmente radicadas en aquella clase de suelo que, como consecuencia de la ejecución de dichas actuaciones, tuvieran que ser desalojadas. Esto se llevó a cabo, por un lado y como importante novedad, mediante el reconocimiento a los ocupantes legales de inmuebles, a título de residencia habitual, de la garantía de realojo —de lo que nos ocuparemos más adelante—; así como, por otro, reconociendo el derecho de retorno a los arrendatarios cuyas viviendas tuvieran que ser demolidas como consecuencia de la ejecución de actuaciones aisladas no expropiatorias; es decir, de actuaciones de ejecución del planeamiento<sup>(5)</sup>, lo que supuso un intento de poner en relación por vez primera este derecho de retorno de los arrendatarios con el urbanismo y, en particular, con la ejecución del planeamiento, pues hasta ese momento el ejercicio del mismo se vinculaba exclusivamente, como se ha señalado, a la segunda causa de excepción a la prórroga forzosa del arrendamiento cuando el propietario hubiera obtenido la autorización gubernativa para derribar el inmueble con objeto de construir más viviendas, en aplicación de la legislación de arrendamientos urbanos de 1964.

La idea vino a ser corroborada por la disposición adicional octava de la posterior Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en la medida en que sometía el ejercicio del derecho de retorno de los arrendatarios, entonces ya previsto en la regla 3.ª de la disposición adicional cuarta del texto refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, a lo establecido en la disposición adicional octava de la propia Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994, a cuyo tenor, «cuando en las actuaciones urbanísticas aisladas no expropiatorias exigidas por el planeamiento urbanístico, fuera necesario proceder a la demolición total o a la rehabilitación integral con conservación de fachada o de estructura de un edificio, en el que existan viviendas urbanas arrendadas sea cualquiera la fecha del arrendamiento, el arrendatario tendrá derecho a que el arrendador de la citada finca le proporcione una nueva vivienda de una superficie no inferior al 50 por 100 de la anterior, siempre que tenga al menos 90 metros cuadrados, o no inferior a la que tuviere, si no alcanzaba dicha superficie, de características análogas a aquélla y que esté ubicada en el mismo solar o en el entorno del edificio demolido o rehabilitado»; por lo que, según puede apreciarse, el ejercicio del derecho de retorno por los arrendatarios queda vinculado a la ejecución del planeamiento urbanístico consistente en actuaciones urbanísticas aisladas no expropiatorias; sin perjuicio de que en los contratos que se hallen sometidos a la legislación de arrendamientos urbanos de 1964 también pueda seguir operando la segunda causa de excepción a la prórroga legal y, consecuentemente, el derecho de retorno de los arrendatarios en el caso de demolición del inmueble, previa autorización gubernativa, para la construcción de nuevas viviendas, contando siempre con que la demolición y construcción proyectadas sean conformes con el ordenamiento

(5) *Vid.*, la STS de 25 de enero de 1999 (núm. rec. 2437/1999).

urbanístico y así quede acreditado mediante el control administrativo municipal, tradicionalmente a través del otorgamiento de la correspondiente licencia.

El citado texto refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana en 1992, en la línea de lo establecido por la norma refundida, acogió en su disposición adicional cuarta ambos derechos, el de retorno y el de realojo, disposición a la que, además, se remitía el artículo 137.5 del mismo texto legal para reconocer también el derecho de retorno a los arrendatarios de viviendas cuando el edificio se hallara fuera de ordenación y ello no impidiera la edificación del solar resultante de la demolición de la construcción existente conforme al planeamiento.

## **I.2. Después el derecho al realojamiento**

La garantía del derecho de realojo a los ocupantes legales de inmuebles en los casos que constituyan su residencia habitual entra en el ordenamiento jurídico, como se ha indicado, mediante la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo, cuya disposición adicional quinta lo reconocía cuando el desalojo se produjera en el marco de alguna actuación urbanística llevada a cabo mediante el sistema de expropiación e, incluso, en algunos supuestos, aunque se actuara mediante unidades de ejecución sin expropiación, pasando de allí a la disposición adicional cuarta del texto refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, aunque con algunas variaciones, una de las cuales fundadamente podía haber suscitado dudas de *ultra vires* atribuible a la labor refundidora del Gobierno<sup>(6)</sup>. Con todo, con referencia a la garantía del derecho de realojo, del contenido de la disposición adicional cuarta del mencionado texto refundido, más allá de los supuestos que contemplaba, resulta de interés a nuestros efectos recordar el resultado del control de constitucionalidad que, por motivos competenciales, realizó el Tribunal Constitucional y sus consecuencias, de lo cual nos ocuparemos seguidamente.

## **II. La STC 61/1997, de 20 de marzo: su influencia en la configuración legal del derecho de realojo y la persistente falta de decisión del legislador estatal derivada de la sentencia**

De la disposición adicional cuarta del texto refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992 resulta relevante su sometimiento, al igual que gran parte del contenido del texto refundido del que formaba parte, a control de constitucionalidad con un resultado que, en la práctica, ha limitado considerablemente la operatividad del derecho de realojo. En efecto, con la STC 61/1997, de 20 de marzo, el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad de la regla segunda, mediante la cual, recuérdese, se negaba o reconocía, según los casos, la garantía de realojo a los ocupantes legales de viviendas que tuvieran que ser desalojadas como consecuencia de actuaciones urbanísticas ejecutadas por sistemas de actuación no expropiatoria.

---

(6) Se trataba del inciso final del párrafo segundo de la regla segunda, en la medida en que ordenaba computar como gastos de la actuación urbanística los de traslado y otros accesorios que recayesen sobre los ocupantes de la finca afectada por la actuación urbanística.



Los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional en apoyo del fallo fueron de índole competencial, pues, a su juicio, así como las reglas primera (derecho de realojo de los ocupantes legales de viviendas en actuaciones expropiatorias) y tercera (derecho de retorno de los arrendatarios) encontraban sus fundamentos, respectivamente, en las competencias del Estado para legislar en materia de expropiación forzosa (art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE) y legislación civil (artículo 149.1.8.<sup>a</sup> CE), la regla segunda, relativa al derecho de realojo en actuaciones no expropiatorias, «ya no encaja en el concepto de norma básica, habida cuenta de que incide en un terreno material —la ejecución del planeamiento— sobre el que, en principio, el Estado carece de competencias, a no ser que concurra otro título competencial distinto, lo que no es el caso», argumento que, sin embargo, no impidió al propio Tribunal Constitucional mantener que «el Estado podría, en su caso, establecer como norma básica una garantía básica de carácter compensatorio, para aquellos supuestos en que, si bien no se actúa por expropiación, los ocupantes legales se ven privados de sus viviendas».

Tan débil argumentación ha suscitado fundadas críticas(7), pues, en definitiva, el Tribunal Constitucional solo tuvo en cuenta para resolver la controversia la competencia autonómica en materia de urbanismo, sin plantearse, ni reparar siquiera en que la garantía de realojamiento para los ocupantes legales de viviendas en los procesos de ejecución del planeamiento, con independencia de que estos se lleven a cabo en unidades de ejecución mediante sistemas de actuación diferentes al de expropiación, podría formar parte de la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos como desalojados de sus viviendas y el cumplimiento de los deberes por parte de quien haya de hacer posible que el derecho al realojo pueda ser satisfecho, sea por la Administración actuante o por el promotor de la actuación.

La declarada inconstitucionalidad de la regla segunda ha supuesto en la práctica, además, la amputación de la garantía del derecho de realojo de los ocupantes de viviendas que hayan tenido que ser desalojadas como consecuencia de actuaciones sistemáticas no expropiatorias en aquellas Comunidades Autónomas que con posterioridad a la STC 61/1997 no han regulado mediante ley ese supuesto o, al menos, hasta que no lo hayan hecho, pues la garantía del derecho al realojo supone de contrario el cumplimiento de un deber, que no puede preverse mediante instrumento de planeamiento alguno ni ser exigido sino goza de cobertura legal(8); o, en otros

---

(7) A. FEIJÓO MIRANDA: «Protección de los ocupantes de viviendas ante la insuficiente y heterogénea regulación del derecho de realojamiento en el Derecho español», *Anales de la Facultad de Derecho* (Universidad de La Laguna), n.º 28, 2011.

(8) En este sentido, además de los pronunciamientos, entre otros, de las salas de lo contencioso administrativo de algunos Tribunales Superiores de Justicia, como la STSJ de Cataluña de 30 de marzo de 2002 (núm. rec. 1.504/1997), las SSTSJ del País Vasco de 29 de octubre de 2003 (núm. rec. 1.000/2002) y de 20 de febrero de 2004 (núm. rec. 14/2002); la STSJ de Galicia de 26 de junio de 2008 (núm. rec. 4.034/2004); la STSJ de las Islas Baleares de 19 de abril de 2010 (núm. rec. 293/2010); y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de octubre de 2012 (núm. rec. 1.153/2012), en las que se ha apreciado la ausencia de disposición legal que diera soporte a la previsión del derecho de realojo en la ejecución instrumentos de gestión urbanística sin expropiación, el propio Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de febrero de 2011 (núm. rec. 644/2006) respaldó la anulación de las normas urbanísticas que obligaban al realojo de los propietarios de viviendas afectados por una actuación urbanística que se iba a realizar por el sistema de compensación ante la falta de presupuesto legal, debido a la declaración de inconstitucionalidad de la regla 2.<sup>a</sup> de la disposición adicional cuarta del texto refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, sin que en el momento de aprobación de la modificación del plan general que albergaba las normas urbanísticas controvertidas existiera legislación autonómica que las diera cobertura.

casos, ha permitido que esa garantía haya podido tener una regulación diferente, incluso en aspectos fundamentales, en aquellos casos en que las Comunidades Autónomas han regulado el realojo en los tipos de actuaciones urbanísticas no expropiatorias(9).

Sin embargo, pese a las circunstancias indicadas, cuando el legislador estatal, a raíz de la STC 61/1997, en ejercicio de las competencias que la Constitución le reserva, aprobó la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones, simplemente se limitó a excepcionar de la derogación las reglas 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la disposición adicional del texto refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, y ello pese a que la propia STC 61/1997, como se ha dejado anotado y conviene recordar ahora, expresamente abrió la posibilidad a que el Estado pudiera establecer, como norma básica, una garantía mínima de carácter compensatorio, precisamente para aquellos casos en que la actuación urbanística sistemática no se realizara por expropiación.

Tampoco el redactor de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, tuvo en cuenta la merma que la sentencia constitucional había provocado en la regulación estatal de las condiciones básicas llamadas a garantizar a los españoles la igualdad en el ejercicio del derecho de realojo, pese a que este puede ser un instrumento adecuado para contribuir a satisfacer el derecho a una vivienda digna que reconoce el artículo 47 CE(10), máxime cuando la exposición de motivos de la Ley de Suelo de 2007 anuncia la voluntad de apostar por la regeneración de la ciudad existente; lo cual, sin duda, de haber sido impulsadas las políticas adecuadas para ello desde el momento de ser aprobada esa ley, hubiera exigido el desalojo de miles de moradores de viviendas afectadas por las correspondientes actuaciones de rehabilitación y renovación urbanas.

Sin embargo, en el legislador estatal seguramente volvió a pesar en exceso la parcial declaración de inconstitucionalidad de la regla 2.<sup>a</sup> de la disposición adicional cuarta del texto refundido de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, ya que la Ley de Suelo de 2007 se limitó a mantener la vigencia de las reglas 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de dicho texto refundido, que habían sido expresamente declaradas compatibles con la Constitución, sin hacer más referencia al realojo que la contenida en el artículo 16.1 e) de la Ley de Suelo 2007, para disponer que se trata de un deber de los promotores de las actuaciones de transformación urbanística consistente en «garantizar el realojamiento de los ocupantes legales que se precise desalojar de inmuebles situados dentro del área de la actuación y que constituyan su residencia habitual, así como el retorno cuando tengan derecho a él, en los términos establecidos en la legislación vigente», previsión

---

(9) Vid., D. MARTÍNEZ BOROBIO: *Derechos de realojo y retorno en la gestión urbanística. Especial referencia a realojo en las expropiaciones urbanísticas*, Montecorvo, Madrid, 2006, pp. 40 y ss. Como ejemplos de normas autonómicas que contemplan el derecho de realojo en actuaciones no expropiatorias, *vid.*, la disposición adicional primera de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo, de Castilla y León, y artículo 209 del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León, aprobado por Decreto 22/2004, de 29 de enero; disposición adicional segunda de la Ley 2/2006, 30 de junio, del Suelo y Urbanismo, del País Vasco; artículo 120 del texto refundido de la Ley de Urbanismo de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, y artículos 219 bis y ss. del Reglamento de la Ley de Urbanismo, aprobado por Decreto 305/2006, de 18 de julio; y artículo 77 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, de Ordenación y Usos del Suelo, de las Islas Baleares.

(10) Relacionan el derecho de realojo y el derecho a una vivienda digna, J. GIFREU FONT y R. FERNÁNDEZ BAUTISTA: «El derecho de realojo por razones urbanísticas», en *El Derecho Urbanístico del siglo XXI, Libro Homenaje al profesor Martín Bassols Coma*, Reus, Madrid, 2008, p. 255.

que nada añadía al contenido de las reglas del citado texto refundido de 1992, pues no se trataba sino de una mera remisión a la normativa vigente, que en el caso del eventual derecho de realojo como consecuencia de actuaciones urbanísticas realizadas en unidades de ejecución por medio de algún sistema diferente a la expropiación, la remisión lo era a la normativa autonómica en el caso de que existiera, sin que el resto de la ley permitiera deducir otra cosa (11), y sin que la previsión en cuestión pudiera dar soporte a ninguna exigencia de realojo más allá de los limitados casos previstos legalmente (12).

El Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, dentro de los límites a que debe ajustarse la labor refundidora del Gobierno, aunque no llega a producir alteraciones sustanciales en la normativa refundida, aporta dos novedades. Una evidente, derivada de la derogación del texto refundido de la Ley sobre Régimen de Suelo y Ordenación Urbana de 1992, que supuso la eliminación del ordenamiento estatal del derecho de retorno de los arrendatarios de edificios situados fuera de ordenación que hubieran sido demolidos y reconstruidos, pues el contenido del artículo 137.5 del mismo no fue incorporado al texto refundido de la Ley de Suelo de 2008. La segunda, aunque menos evidente e, incluso, discutible, a nuestro juicio merece ser considerada, pues si se compara la dicción de la regla 1.<sup>a</sup> de la disposición adicional cuarta del texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992 con el apartado primero de la disposición adicional undécima del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008, disposición que fue la que acogió los preceptos sobre realojo y retorno que se hallaban vigentes, se podrá comprobar que diferían en un aspecto importante. En efecto, mientras la primera vinculaba la garantía del derecho de realojo a la ejecución de actuaciones urbanísticas por el sistema de expropiación, aludiendo expresamente a «*cuando se actúe por expropiación*» —en contraste, por lo tanto, con la (inconstitucional) regla segunda de la misma disposición, que aludía a «*cuando se actúe por otro sistema*»—, por lo que parecía indiscutible la voluntad del legislador de garantizar la posibilidad del retorno cuando la actuación urbanística se llevara a cabo mediante el sistema de expropiación; sin embargo, el apartado 1 de la disposición adicional undécima del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008 ligaba el derecho de retorno a la situación de desalojo de viviendas motivado por expropiaciones, con remisión al artículo 29.2 del mismo texto legal para determinar los tipos de expropiaciones a los efectos del reconocimiento del derecho de realojo, remisión que puede entenderse

---

(11) Estamos, por tanto, de acuerdo con A. FEIJÓO MIRANDA: «Protección de los ocupantes...», *cit.*, cuando termina afirmando que «la conclusión de lo expuesto en torno al art. 16.1 e) de la LS 2007 no puede ser otra que la de cuestionar decididamente su falta de operatividad o de efectividad práctica, por falta de una adecuada concreción del deber legal que configura, sin duda muy lejos del régimen instaurado por la Disp. Adicional 4.<sup>a</sup>, regla 2.<sup>a</sup>, del TRLS de 1992, que atribuía con nitidez a la Administración actuante la obligación de hacer efectivo el derecho de realojo de los ocupantes legales de viviendas afectadas por el desarrollo de actuaciones sistemáticas...»

(12) A estos efectos es importante destacar que, a nuestro juicio, con razón, la STS 2 de febrero de 2011 (núm. rec. 644/2006) rechazó que el encabezamiento de la disposición adicional cuarta del texto refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, en la medida en que establecía, mientras estuvo en vigor, que «en la ejecución de actuaciones urbanísticas que requieran el desalojo de los ocupantes legales de inmuebles que constituyan su residencia habitual, se deberá garantizar el derecho de aquellos al realojamiento», supusiera una suerte de «obligación general de garantizar el realojo», más allá de los supuestos que la propia disposición contemplaba expresamente; STS 2 de febrero de 2011 (núm. rec. 644/2006).

que conduce a la reiterada previsión legal que vienen repitiendo las leyes urbanísticas a lo largo del tiempo en el sentido de que la aprobación de los instrumentos de ordenación y planeamiento suponen la declaración de utilidad pública e interés social de las expropiaciones necesarias para la ejecución de sus determinaciones, con independencia, podría seguirse deduciendo, de que la ejecución del plan se lleve a cabo por el sistema de expropiación o por otros diferentes, siempre que tuviera que recurrirse al ejercicio de la potestad expropiatoria, aunque no se actuara propiamente por el sistema de expropiación, sino en el marco de alguno de los otros sistemas previstos por las normas urbanísticas, en los cuales, como es evidente, también cabe el ejercicio de la potestad expropiatoria. En consecuencia, mediante esa interpretación podría mantenerse que el texto refundido de la Ley de Suelo de 2008 habría ampliado la garantía del derecho de realojo a cualquier supuesto en que el desalojo del ocupante legal de la vivienda fuera precedido del ejercicio de la potestad expropiatoria, con independencia de que el sistema de actuación no fuera propiamente el de expropiación; interpretación del apartado primero de la disposición adicional undécima del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008 que, sin ser contraria al reparto constitucional de competencias, pues estaría amparada por la competencia estatal ex artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución para legislar en materia de expropiación forzosa, podría llevar en cambio a apreciar que el redactor de dicho texto refundido había ido más allá de lo que, en puridad, permite la técnica refundidora (13).

Tampoco el impulso que, en la línea anunciada algunos años antes por la exposición de motivos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, se quiso dar a la renovación de la ciudad mediante la aprobación de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, y, poco después, a través del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios, de control del gasto público y cancelación de deudas con empresas y autónomos contraídas por las entidades locales, de fomento de la actividad empresarial e impulso de la rehabilitación y de simplificación administrativa, estuvo acompañado de nuevas previsiones sobre el derecho de realojo, pese a que, como se ha recordado, la STC 61/1997 dejaba señalado el camino para que el legislador estatal pudiera «establecer como norma básica una garantía mínima de carácter compensatorio para aquellos supuestos en los que, si bien no se actúa por expropiación, los ocupantes legales se ven privados de sus viviendas», aun en aquellos casos en que el sistema de actuación no fuera la expropiación forzosa; sin que el redactor de estas normas diera mayor trascendencia, por lo tanto, a las dificultades reales que presenta la realización de operaciones urbanísticas dirigidas a la regeneración del espacio cuando este se halle ocupado por edificaciones que estén sirviendo de residencia habitual, como ocurre frecuentemente (14).

---

(13) No se plantea esta cuestión la STSJ de Cantabria, de 18 de septiembre de 2013 (núm. rec. 127/2013), la cual niega el derecho de realojo a un arrendatario de una vivienda que resultó expropiada como consecuencia de la ejecución de un proyecto de compensación al no haberse adherido al mismo su propietario, sobre la base de que la normativa autonómica no contemplaba el derecho de realojo en las actuaciones urbanísticas ejecutadas por un sistema diferente al de expropiación, aunque en el caso de autos el sistema de compensación hubiera precisado la expropiación de, al menos, un propietario no adherido al proyecto de compensación.

(14) R. RAMOS RODRÍGUEZ: «Los derechos de realojo de los ocupantes de inmuebles», en *El agente rehabilitador. Notas sobre gestión de suelo urbano consolidado* (coord. S. González-Varas Ibáñez), Aranzadi, 2005, pp. 101 y ss.; y J. GIFREU FONT y R. FERNÁNDEZ BAUTISTA: «El derecho de realojo por razones urbanísticas...», *cit.*, p. 254.

### III. Realojo y retorno en el nuevo modelo de urbanismo sostenible

En la nueva dirección del urbanismo que apuntaba la Ley de Suelo aprobada en 2007 y trataban de precisar las previsiones que contenían la Ley de Economía Sostenible y el Real Decreto-ley 8/2011, relativas a la rehabilitación urbanística, a que se ha hecho somera referencia, ahonda la más reciente Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas (LRRR) (15), cuya exposición de motivos es suficientemente elocuente sobre el diferente rumbo que se quiere imprimir al urbanismo, orientando las actuaciones en la materia hacia los tejidos urbanos existentes (16); lo cual requiere, sin duda, como expresa el propio preámbulo de la ley, la realización de intervenciones mucho más complejas desde el punto de vista social y económico que las actuaciones dirigidas a la creación de nueva ciudad, que son las que han dominado el urbanismo español desde la modernización de su ordenamiento regulador a mediados de pasado siglo. En esas dificultades de carácter social, aunque el redactor de la exposición de motivos no las cita expresamente, sin duda están presentes los problemas que pueden generarse a los moradores de las viviendas que han ser desalojadas, incluso demolidas, para consumir las actuaciones de rehabilitación de edificios y la renovación de la ciudad construida, problemas que son los que con mejor o peor fortuna han tratado de ser solventados desde tiempo atrás mediante la limitada garantía del derecho de realojo y el reconocimiento del derecho de retorno, incluso en un modelo de urbanístico que desde mediados del pasado siglo y hasta hace pocos años ha estado, como se viene reconociendo por parte del propio legislador desde la Ley de Suelo de 2007, volcado casi exclusivamente en la producción de nueva ciudad.

Es más, buena prueba de que el realojo y el retorno de los ocupantes legales de viviendas que hubieren de ser afectadas por las actuaciones de rehabilitación edificatoria y de regeneración y renovación urbanas se considera esencial en el nuevo urbanismo que proyecta la LRRR, son dos previsiones generales de la misma que, culminando el proceso de inserción de ambos derechos de los ocupantes legales de las viviendas en el Derecho urbanístico, se superponen a la regulación de que la propia ley les dota. Así, el artículo 10.2 b) de la misma dispone que el acuerdo administrativo mediante el cual se delimiten los ámbitos de actuación conjunta o se autoricen las actuaciones que deban ejecutarse de manera aislada, garantizará, en todo caso, el plan de realojo temporal y definitivo, y de retorno a que dé lugar, en su caso; y su disposición final duodécima introduce un apartado cuatro en el artículo 16 del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008 con la pretensión de facilitar las operaciones de realojo y retorno de los ocupantes

---

(15) J. TEJEDOR BIELSA: «Nuevos instrumentos de planificación y gestión de la rehabilitación y la regeneración urbana», en *Rehabilitación y regeneración urbana en España. Situación y perspectivas*. Gobierno de Aragón, 2013, p. 30.

(16) Con esa misma trayectoria se ha aprobado el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016, el cual, frente a los objetivos de los planes precedentemente aprobados desde el inicial de 1983, como manifiesta en su exposición de motivos, en una nueva realidad económica, financiera y social, se pretende «abordar la difícil problemática actual, acotando las ayudas a los fines que se consideran prioritarios y de imprescindible atención, e incentivando al sector privado para que en términos de sostenibilidad y competitividad, y con soluciones y líneas de ayuda innovadoras, puedan reactivar el sector de la construcción a través de la rehabilitación, la regeneración y la renovación urbanas y contribuir a la creación de un mercado del alquiler más amplio que el actual» .

legales de infraviviendas en aquellas actuaciones urbanísticas que supongan aumentos de la densidad o edificabilidad precisamente para la sustitución de aquellas, al prever la posibilidad de que en esos casos los instrumentos de urbanísticos puedan eximir del deber de entregar suelo a la Administración que correspondiese conforme a las previsiones del artículo 16.2 para las actuaciones de dotación.

En ese nuevo contexto marcado por la voluntad de superar un tipo de desarrollo urbanístico que ya desde hace años resulta inviable en España, se sitúa la reciente regulación de esos derechos en la citada Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Recuperación Urbanas, cuya garantía resulta más necesaria cuando el nuevo urbanismo se proyecta principalmente sobre el suelo consolidado por la edificación. A esa necesidad pretende responder dicha ley fundamentalmente mediante su artículo 14, que viene a sustituir a la disposición adicional undécima del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008, ampliando su contenido un poco más allá de lo que ha dispuesto la legislación estatal después de la STC 61/1997, por lo que, antes de reparar en el contenido sustantivo del artículo 14 LRRR, aunque sea someramente, parece oportuno referirse al mismo desde la perspectiva competencial.

### III.1. Competencias del Estado

La oportunidad de abordar la cuestión competencial en relación con las disposiciones que contiene el artículo 14 LRRR deriva, como es evidente, de que el legislador estatal de 2013 ha dotado al realojo de los ocupantes legales de inmuebles que constituyan su residencia habitual y al retorno de los arrendatarios de viviendas demolidas de una regulación mas amplia que la que superó el control de constitucionalidad en 1997; a cuyos efectos se podría distinguir entre las previsiones del citado artículo 14 LRRR que, a nuestro juicio, encajan en las competencias del Estado identificadas por la STC 61/1997 como fundamento de las reglas 1.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la disposición adicional cuarta del texto refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, de aquellas otras previsiones del mismo artículo 14 LRRR que son novedad, por lo que desde la perspectiva competencial requieren de alguna reflexión adicional(17).

No obstante, antes de referirnos individualmente a cada uno de las diferentes disposiciones que integran el mencionado artículo de la LRRR y a los distintos soportes competenciales que utiliza el legislador estatal, hay que tener en cuenta el giro que dicha ley pretende dar al urbanismo español mediante la intervención sobre los tejidos urbanos existentes, así como su trascendencia en orden a hacer efectivo el derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada; todo lo cual ofrece una indudable proyección económica que resulta de especial importancia en momentos en que

---

(17) Además, téngase en cuenta que frente el artículo 14 y otros de la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas, ha sido interpuesto recurso de inconstitucionalidad por la Generalidad de Cataluña, admitido a trámite por providencia de 5 de noviembre de 2013 (BOE de 14 de noviembre); y que sobre el mismo y otros artículos de dicha ley, aunque se abrió el procedimiento previsto legamente por las discrepancias manifestadas por la Comunidad de Madrid en términos de constitucionalidad (Resolución de 4 de octubre de 2013, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publica el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad de Madrid en relación con la Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas), finalmente esta Comunidad no recurrió frente al artículo 14 LRRR, sino frente a otros, recurso admitido a trámite por providencia de 6 de mayo de 2014 (BOE de 13 de mayo de 2014).

existe un consenso en que el modelo de urbanismo expansivo que ha predominado en España durante décadas se encuentra agotado; resultando, además, de estricta necesidad la superación de la deteriorada situación económica del país.

Pues bien, seguramente sea difícil poner en duda la trascendencia que para la economía tienen en términos generales las actuaciones de desarrollo urbano, como lo tiene, desde luego, la implantación del modelo urbanístico que promueve la LRRR debido al impulso que está llamado a generar sobre un particular tipo de actividad constructiva; máxime cuando el sector de la construcción en general viene siendo tradicionalmente considerado como uno de los máximos impulsores del crecimiento de la economía, hasta el punto de que así ha sido reconocido por el propio Tribunal Constitucional, del que afirma ser «factor de desarrollo económico y, en especial, (como elemento) generador de empleo» (18). Consecuentemente, a nuestro juicio, resulta ajustado a las competencias estatales que el redactor de la dicha ley haya esgrimido el artículo 149.1.13.<sup>a</sup> de la Constitución como fundamento competencial general de la misma, es decir, la competencia para establecer las bases y coordinación de la planificación de la actividad económica (19), título competencial sobre el que el propio Tribunal Constitucional, como recordaba en su STC 235/1999, de 16 de diciembre, en repetidas ocasiones ha precisado que «dentro de la competencia de «ordenación general de la economía» tienen cabida las normas estatales que fijan las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, así como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector». Con el límite general, como también recuerda la sentencia citada, de que «dicha competencia estatal no puede extenderse hasta incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general, pues de lo contrario se produciría el vaciamiento de títulos competenciales autonómicos más específicos», algo que, sobre la base del argumento anterior, a nuestro juicio, hay que descartar en el caso de la Ley 8/2013; y con el límite particular impuesto expresamente por el máximo intérprete de la Constitución en el caso de que la regulación estatal dictada con el apoyo competencial que le proporciona el artículo 149.1 13.<sup>a</sup> de la Carta Magna estuviera llamada a incidir en materia urbanística, como ocurre con la ley de referencia, limitación competencial del Estado consistente en no poder recurrir a la «utilización de técnicas e instrumentos urbanísticos para la consecución de objetivos que se dicen vinculados a las competencias estatales pues, en estos casos, no nos encontramos en el ejercicio de dichas competencias sino en el ámbito propio del ur-

---

(18) STC 152/1998, de 20 de julio, y STC 112/2013, de 9 de mayo.

(19) En todo caso, las dudas que pudiera haber seguramente hubieran podido ser despejadas en un sentido u otro si el Tribunal Constitucional finalmente se hubiera pronunciado sobre la totalidad de los preceptos de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, impugnados por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña, en particular sobre los artículos 110.4 y 116.6 de la misma, en su STC 174/2013, de 10 de octubre, pues justamente uno de los argumentos controvertidos por la recurrente fue la invocación por el Estado del artículo 149.1.13.<sup>a</sup> de la Constitución, para reactivar el sector de la construcción mediante la regulación de actuaciones de renovación y rehabilitación de la ciudad, pronunciamiento constitucional sobre la competencia del Estado para dictar estos preceptos que no se produjo, al entender el Tribunal que la controversia suscitada y que aquí interesa había desaparecido sobrevenidamente al haber sido derogados los mencionados artículos de la Ley de Economía Sostenible sobre los que versaba el conflicto y haber sido sustituidos por otros de la LRRR, en los que ya no aparecían los aspectos controvertidos por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña.

banismo de competencia exclusiva autonómica y que no puede verse aquí desplazada» (20).

A todo ello hay que añadir, con referencia al contenido del artículo 14 LRRR que nos ocupa, la importancia que, para el desarrollo de las intervenciones en los tejidos urbanos habitados que consistan en la rehabilitación de las edificaciones y la regeneración y renovación de los espacios urbanos en general, tienen las soluciones que puedan darse a los residentes en inmuebles afectados por las actuaciones urbanísticas, hasta el punto de que para la realización efectiva de aquellas puede llegar a ser determinante que sean resueltas previamente la situaciones de los moradores; por ello se halla plenamente justificado, incluso al amparo del artículo 149.1.13.<sup>a</sup> de la Constitución, que el artículo 10 de la LRRR, al establecer las reglas básicas para la ordenación de las actuaciones de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, contemple en su apartado 2 que el acuerdo administrativo mediante el que se delimiten los ámbitos de actuación o se autoricen las actuaciones, haya de contener, entre otros extremos, un plan de realojo temporal y definitivo, y, en su caso, de retorno de los ocupantes de las viviendas que hubieren de ser desalojadas para la ejecución de la actuación en los términos contemplados legalmente.

Ahora, ya con referencia a las diferentes previsiones que contiene el artículo 14 LRRR, primeramente nos ocuparemos de aquellas que tienen un claro antecedente en las que integraban la disposición adicional cuarta del texto refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, en la medida en que estas, como nos consta, fueron sometidas a control de constitucionalidad desde la perspectiva competencial y algunas de ellas revalidadas mediante el mismo, para después referirnos al resto de previsiones que contiene el mencionado artículo 14 LRRR.

Pues bien, en primer lugar, hay que recordar que el apartado 1 a) de dicho artículo 14 garantiza el derecho al realojamiento de los ocupantes legales de viviendas que constituyan su residencia habitual en el caso de que el desalojo se deba a la ejecución de una actuación urbanística que se haya llevado a cabo mediante el sistema de expropiación, previsión que, sin ninguna dificultad, el Estado puede dictar con base en la competencia que le atribuye el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución en materia de expropiación forzosa, conforme mantuvo en relación a similar previsión la STC 61/1997.

Siguiendo con el análisis propuesto, la lectura de la letra b) del mismo artículo 14, nos sitúa frente a la garantía del derecho de realojo a favor de los ocupantes legales de viviendas de las que se vean privados sus ocupantes como consecuencia de la ejecución de actuaciones urbanísticas conjuntas realizadas mediante sistemas no expropiatorios, en relación con las cuales se establece que «el promotor de la actuación deberá garantizar el realojamiento, en las condiciones que establezca la legislación aplicable», disposición que no supone más que el reconocimiento de una «garantía mínima» para los afectados, en la línea de lo que el propio Tribunal Constitucional ha reconocido como competencia del Estado según nos consta, con expresa remisión en cuanto a la configuración de dicha garantía, a lo que disponga la legislación aplicable; legislación que, al tratarse de la garantía del realojamiento a los ocupantes de viviendas situadas en ámbitos de actuación urbanística gestionados mediante sistemas de ejecución no expropiatorios, razonablemente ha de ser la que dicten las Comunidades Autónomas,

(20) STC 170/2012, de 4 de octubre.



según mantuvo el máximo intérprete de la Constitución en la citada STC 61/1997, mediante la que fue desautorizado el legislador estatal para dictar la regla segunda de la disposición adicional cuarta del texto refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, como ha quedado anotado en páginas precedentes.

Por último, el contenido del párrafo primero del artículo 14.2 LRRR, relativo al derecho de retorno de los arrendatarios de viviendas que resulten inutilizadas como consecuencia de la rehabilitación o demolición realizadas en el marco de actuaciones urbanísticas aisladas que no hayan requerido expropiación, permite que sea apreciada la competencia del Estado para dictarlo, en este caso con apoyo en el título que le proporciona el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución. En efecto, aquel artículo de la LRRR reconoce el derecho de retorno en unos términos casi idénticos a los que el Tribunal Constitucional, en su sentencia de 20 de marzo de 1997, aceptó que hubiesen sido fijados por el legislador sobre la base de la competencia que le atribuye al Estado el artículo 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución en materia civil, es decir, la competencia que le habilita para regular el ordenamiento civil, excepción hecha de la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales y especiales. Título que también dota de cobertura al párrafo segundo del mismo artículo de la LRRR, cuyo contenido no constituye sino una casi fiel reproducción del párrafo segundo de la disposición adicional octava de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, la cual fue dictada por el Estado en su integridad, según establece su disposición adicional primera, en ejercicio de la misma habilitación competencial, es decir, en materia de legislación civil.

Mención aparte merecen desde la perspectiva competencial los contenidos de los apartados siguientes del mismo artículo 14 LRRR de que nos estamos ocupando, en los cuales, respectivamente, se declara que el derecho de realojamiento, como regla general, es personal e intransferible (apdo. 3); se prescriben unas reglas procedimentales comunes para la efectividad de la garantía (apdo. 4); se establecen algunas pautas para la satisfacción del derecho (apdo. 5); y, finalmente, se reconoce el derecho de los afectados a ser indemnizados sin perjuicio de que haya sido ejercido el derecho de realojo, es decir, como algo independiente de este (apdo. 6).

Pues bien, como punto de partida de la reflexión hay que recordar que el Tribunal Constitucional negó que el legislador estatal dispusiera de competencias para delimitar la garantía del derecho de realojo en los términos que lo hacía la regla 2.<sup>a</sup> de la disposición adicional cuarta del texto refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, sobre la base de que más que establecer la garantía del derecho, lo que hacía era negarla en un caso y, por referencia a dicho supuesto, la reconocía en los demás, con lo que, a juicio del máximo intérprete constitucional, invadía el ámbito competencial autonómico en materia urbanística, apreciación que parece ajustada pues dicha regla hacía uso de categorías propias de los sistema de actuación urbanística, cuya regulación es competencia autonómica. La vulneración competencial, pues, en que incurrió el legislador estatal se limitó al contenido de la citada regla segunda al apreciar que, con ella, invadía competencias de las Comunidades Autónomas en materia urbanística, sin perjuicio de que, como parte de la escueta argumentación en que basó el fallo, el propio Tribunal Constitucional se planteó la posibilidad de que pudiera concurrir otro título competencial distinto que la diera cobertura, posibilidad que el propio Tribunal descartó haciendo uso de la locución adverbial «*lo que no es el caso*».

Si se ha insistido en el argumento esgrimido por el máximo intérprete de la Constitución es porque resulta de interés poner de manifiesto los límites del mismo,

para afirmar a continuación que el contenido de los apartados 3, 4, 5 y 6 LRRR son ajenos al urbanismo y, por lo tanto, al ámbito competencial autonómico referente a ese sector material, lo cual, como es evidente, no presupone que el legislador estatal necesariamente disponga de las competencias para dictarlos, cuestión de la que, con ese punto de partida, nos ocupamos seguidamente.

La siguiente consideración a realizar viene dada por la cobertura competencial que el propio redactor de la LRRR manifiesta que tiene, entre otros, su artículo 14, en los términos que establece la disposición adicional decimonovena 2, ordinal 2.º, citando expresamente la legislación civil (art. 149.1.8.ª CE), el procedimiento administrativo común, la legislación sobre expropiación forzosa y el sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas (art.149.1.18.º CE). Pues bien, con independencia de que sean varios los artículos y disposiciones de la LRRR que, según su disposición adicional decimonovena 2, 2.º, encuentran cobertura competencial en las reglas constitucionales atributivas de competencia al Estado que hemos anotado (21), sin que el redactor de dicha ley haya llegado a relacionar con mayor precisión cada regla constitucional de atribución de competencias al Estado con un artículo o disposición concretos de la propia LRRR, y que ello pueda ser técnicamente discutible, lo cierto es que, por lo que a nuestros efectos interesa, las citadas reglas de la Constitución, como se acaba de señalar, proporcionan cobertura al Estado para legislar en materia civil (art. 149.1.8.ª) y en materia de expropiación forzosa, procedimiento administrativo común y sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (art. 149.1.18.ª), reglas a las que hay que añadir la general del artículo 149.1.13.ª de la Constitución, para establecer las bases y coordinación general de la planificación económica, por lo que, más allá de los apartados 1 y 2 del artículo 14 LRRR a que nos hemos referido anteriormente y cuya validez desde la perspectiva competencial, a nuestro juicio y sobre la base de lo argumentado *ut supra*, no ofrecen ninguna duda, se trata ahora de encontrar en los títulos competenciales citados o en algunos de ellos, la cobertura del legislador estatal para dictar, con el contenido que lo ha hecho, los apartados 3, 4, 5 y 6 del mencionado artículo 14.

Con ese objeto, parece oportuno reparar primero en los apartados 3 y 5, pues en ellos existe, en nuestra opinión, unidad de razón, para después referirnos a los apartados 4 y 6.

Pues bien, como se puede advertir de la lectura de los apartados 3 y 5 del artículo 14 LRRR, con ellos no se pretende sino dotar de una mínima regulación sustantiva al derecho de realojamiento, declarándolo personal e intransferible, salvo excepciones, y estableciendo algunas reglas para la satisfacción del derecho, lo que, en definitiva, contribuye a la delimitación legal del mismo (22). Desde la perspectiva competencial los mencionados apartados gozan de la cobertura que proporciona al Estado el artículo 149.1.13.ª de la Constitución, pues, en la línea de lo que hemos mantenido anteriormente, la garantía del derecho de realojo, y también el derecho de retorno, son instrumentos esenciales en la lógica de la LRRR, en la medida en que sin ellos la realización de intervenciones urbanísti-

---

(21) Se trata de los artículos y disposiciones de la LRRR que cita expresamente la disposición adicional novena 2, 2.º LRR; concretamente, los artículos 5, 11, 12 y 14, las disposiciones finales primera y tercera, y los apartados once y doce y catorce a diecisiete de la disposición final duodécima.

(22) También contribuye a delimitar el derecho de realojo (también el de retorno) la nueva redacción del artículo 8.3 d) del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008, en la redacción que le da la disposición final duodécima, apartado cuatro LRRR, al negar el derecho al realojamiento (y al retorno) en relación con los usos y obras provisionales que se autoricen en el suelo en situación rural para el que los instrumentos de ordenación territorial y urbanística prevean o permitan su paso a la situación de suelo urbanizado.

cas en suelo urbano, al estar ocupado por edificaciones que están sirviendo de vivienda habitual a sus ocupantes, se encontraría con dificultades a veces insuperables que podrían frustrar la consecución de los objetivos económicos vinculados a la rehabilitación y regeneración de la ciudad construida perseguidos por el legislador estatal.

El apartado 4 del artículo 14 contiene, según expresa el propio precepto, una serie de normas procedimentales comunes dirigidas a garantizar el derecho de realojo de los ocupantes de las viviendas; las cuales resultan aplicables con independencia del sistema de actuación por el que se haya optado para realizar la intervención urbanística. Desde el punto de vista competencial, en nuestra opinión, no ofrece duda que el legislador estatal se halla habilitado por el artículo 149.1.18.<sup>ª</sup> de la Constitución para incorporar a la regulación del realojamiento estas normas procedimentales comunes, sin que pueda apreciarse colisión alguna con las competencias autonómicas en materia urbanística, en cuyos procedimientos, en su caso, se habrán de integrar dichas reglas procedimentales comunes para garantizar el derecho. Consecuentemente, entendemos que la referencia de la disposición adicional novena 2, 2.º LRRR a la competencia del Estado para establecer el procedimiento administrativo común, ex artículo 149.1.18.<sup>ª</sup> de la Constitución, es ajustada para expresar el apoyo competencial de que goza el Estado para dictar el apartado en cuestión.

El apartado 6 pone fin a las previsiones que el artículo 14 LRRR dedica a la garantía del derecho de realojamiento con una doble disposición que afecta de manera diferente al resarcimiento de los ocupantes de viviendas que hubieran tenido que ser desalojadas según el sistema de actuación que haya servido para realizar la intervención urbanística. Cuando se hubiera actuado mediante expropiación la puesta a disposición de la vivienda de replazo en favor del expropiado, sea cual fuere el título con el que se haga la entrega, equivale al abono del justiprecio expropiatorio, previsión que forma parte de la regulación de la expropiación forzosa, para lo que el Estado ostenta la competencia que le reconoce el artículo 149.1.18.<sup>ª</sup> de la Constitución. Pero el citado apartado 6 LRRR, además de lo señalado mediante la remisión al apartado 1 a) del mismo artículo, establece una regla diferente para el caso de que el realojamiento se deba a la ejecución de actuaciones urbanísticas mediante sistema diferentes a la expropiación, en cuyo caso, «*el reconocimiento del derecho de realojamiento es independiente del derecho a percibir la indemnización que corresponda, cuando se extingan derechos preexistentes*», dispone textualmente el apartado de referencia; lo que a nuestro juicio constituye, desde la perspectiva de que nos ocupamos, expresión de las competencias que ostenta el Estado para establecer el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración (artículo 149.1.18.<sup>ª</sup> CE) o el régimen de responsabilidad civil por daños (artículo 149.1.8.<sup>ª</sup> CE), sistema o régimen que resultarán aplicables en función de quién sea el sujeto promotor de la actuación sobre el que recaiga la obligación de satisfacer «la indemnización que corresponda cuando se extingan derechos preexistentes» a favor del ocupante legal de la vivienda desalojada.

### III.2. Sobre el contenido del artículo 14 LRRR

La aprobación de la LRRR y, con ella, la derogación de la disposición adicional undécima del texto refundido de la Ley de Suelo de 2008, sobre realojamiento y retorno, ha incidido en la regulación de ambos derechos desde el punto de vista sustantivo, a

cuyos aspectos fundamentales nos referiremos a continuación. Sin perjuicio de ello, dado que se trata de una regulación estatal y, en nuestra opinión, ajustada al orden competencial, queda abierta la posibilidad de que las Comunidades Autónomas aporten sus propias disposiciones en la materia o, en su caso, si fuera necesario, aquellas que ya las hayan establecido, las adapten a las normas estatales.

### III.2.A. EN RELACIÓN CON EL DERECHO DE RETORNO

Como se ha recordado anteriormente, el derecho de retorno ha estado vinculado a la segunda causa de excepción a la prórroga forzosa de arrendamientos urbanos como consecuencia del derribo de los edificios para la construcción de un número mayor de viviendas, cuya vigencia se mantiene en las relaciones arrendaticias sometidas al texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, incluso después de la derogación de este, al amparo de la disposición transitoria segunda de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos. Pero más allá de los límites señalados en que ha venido siendo operativo el derecho de retorno desde hace décadas en el marco de la legislación arrendaticia, la legislación estatal de suelo lo ha ampliado notablemente desde el año 1990, como nos consta, en favor de los arrendatarios cuando, como consecuencia de la realización de actuaciones urbanísticas no sistemáticas o aisladas, sin expropiación, aquellos no puedan seguir haciendo uso de las viviendas arrendadas por causa de la demolición —o rehabilitación integral con conservación de fachada, habría que entender también— del edificio; en cuyo caso, los inquilinos han podido ejercer el derecho a que les fuera proporcionado un alojamiento provisional, así como a retornar conforme prevé la legislación de arrendamientos urbanos, sobre la base de la remisión a la disposición adicional octava de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 que efectuaba la legislación estatal de suelo desde la entrada en vigor de la Ley 8/1990, sobre reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo.

La aprobación de la LRRR no ha supuesto grandes cambios en relación con la regulación estatal precedente del derecho de retorno que se ha venido manteniendo a través de los textos refundidos estatales en materia urbanística y de suelo, respectivamente de 1992 y 2008, pues el cambio más importante que supuso la ubicación del mismo en el Derecho urbanístico, con la consiguiente ampliación del derecho, ya lo hizo, como se ha dejado anotado, la citada Ley 8/1990, sobre reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo.

En efecto, el artículo 14.2 LRRR mantiene el derecho de los arrendatarios que, como consecuencia de obras de rehabilitación o demolición que formen parte de actuaciones urbanísticas aisladas —ejecutadas sin recurrir a la expropiación— no puedan seguir haciendo uso de las viviendas arrendadas, a un alojamiento provisional y a retornar cuando sea posible a la nueva vivienda; expresión esta última que hay que entender en el sentido del momento en que las obras hayan concluido y la vivienda pueda, material y jurídicamente, ser ocupada; estableciéndose como límite temporal para disfrutar del derecho, en su doble consideración de alojamiento provisional y definitivo, el tiempo que reste para la finalización del contrato, prescripción del párrafo primero del citado artículo 14.2 LRRR que remite a las estipulaciones acordadas por las partes y al régimen del contrato mismo, con independencia del momento en que fuera acordado el arrendamiento.

miento; lógicamente, en la medida en que aquel no se haya visto afectado por alguna de las causas de resolución previstas en la legislación arrendaticia.

Precisamente la limitación temporal que impone el párrafo primero del artículo 14.2 LRRR al disfrute del derecho de retorno, desde otra perspectiva sirve para excluir de los titulares de este derecho a quienes ocupen la vivienda a título gratuito por el mero consentimiento del propietario, es decir, a los precaristas, en la medida en que estos no tienen garantizada la ocupación de la vivienda sino hasta que el propietario libremente decida, por lo que con base en la regulación del mencionado párrafo del artículo 14.2 LRRR, no se les puede reconocer el derecho a exigir el retorno «por el tiempo que reste hasta la finalización del contrato», pues la ocupación de la vivienda que venga realizando no se basa en ninguna relación contractual, razón por la que tampoco parece que su privación a causa de la actuación urbanística aislada no expropiatoria tenga que ir acompañada de compensación económica, máxime cuando el que tendría que hacer frente a ella, directa o, en su caso, indirectamente, sería el propietario de la vivienda desalojada, coincida o no con el propietario de la nueva edificación (23).

Para hacer efectivo el derecho del arrendatario, el párrafo segundo del artículo 14.2 LRRR dispone que el propietario de la nueva edificación deberá proporcionar una nueva vivienda, cuya superficie no sea inferior al cincuenta por ciento de la anterior y siempre que tenga, al menos, noventa metros cuadrados, o no inferior a la que tuviera, si esta no alcanzaba dicha superficie, de características análogas a aquella y que se halle ubicada en el mismo solar o en el entorno del edificio demolido o rehabilitado, características que hay que entender son comunes tanto a la vivienda que sirva para satisfacer el derecho de realojo, como a la destinada al alojamiento provisional, aunque en relación con este último la exigencia se podría interpretar de forma más flexible. En todo caso, con ello, mediante las especificaciones anteriores, como puede advertirse, el legislador pretende objetivar el contenido material del derecho de retorno de los arrendatarios, aunque en nuestra opinión no resulten evidentes las razones por las que difieren las características de las viviendas que han de servir, en un caso para el retorno del arrendatario y en otro para el realojamiento del titular de este derecho, características que en este último caso se hallan especificadas en el párrafo segundo del artículo 14.5 LRRR, máxime cuando el titular del derecho de realojo también puede ser arrendatario de la vivienda desalojada.

### III.2.B. EN RELACIÓN CON EL DERECHO AL REALOJAMIENTO

#### *III.2.B.1. La cuestión de los ocupantes legales de viviendas como residencia habitual*

Se trata de un exigencia que viene imponiendo la legislación estatal básica como requisito para la garantía del derecho de realojo desde la primera redacción que contenía la Ley 8/1990, sobre reforma del Régimen Urbanístico y de Valoraciones del Suelo,

---

(23) Contrariamente al fundamento de la posición que aquí se mantiene, como es sabido, la jurisprudencia, en aplicación de la legislación expropiatoria reconoce, por asimilación con los arrendatarios, el derecho de los precaristas a ser indemnizados, indemnización que determina la minoración del quantum indemnizatorio a recibir por el propietario de la vivienda expropiada, algo que, a nuestro juicio, tampoco tiene una explicación razonable en la medida en que lo recibido por el precarista reduce el montante indemnizatorio que ha de percibir el propietario del inmueble expropiado.

hasta el vigente artículo 14 LRRR, exigencia que antes, conforma a la legislación básica del Estado, se puede mantener que solo resultaba aplicable a los desalojos impuestos por actuaciones urbanísticas realizadas mediante el sistema de expropiación, y ahora, meced al contenido del citado artículo 14 LRRR, resulta aplicable también aunque la actuación urbanística conjunta —no aislada— se realice sin recurrir al sistema de expropiación; en esos casos en las condiciones que establezca la legislación aplicable, según dispone el artículo 14 1.b) LRRR in fine, en clara remisión a la legislación urbanística autonómica.

En realidad, la exigencia de la legislación básica para tener derecho a ser realojado resulta de la acumulación de dos diferentes; es decir, ser ocupante legal, por un lado, y que el inmueble que se venga ocupando lo sea como residencia habitual, por otro, aspectos que requieren una atención particularizada.

La garantía del derecho al realojamiento se hace depender, en primer lugar, de que la ocupación del inmueble sea legal, aspecto que es determinante no solo para el reconocimiento del derecho sino también para precisar el título con el que se ha de hacer la entrega de la vivienda de reemplazo, pues, como dispone el apartado 1 a) del mencionado artículo 14 LRRR, en particular cuando la actuación urbanística se realice mediante el sistema de expropiación, «*la entrega de la vivienda de reemplazo (se realizará) en el régimen en que se viniera ocupando la expropiada*», prescripción que, pese a no vincular al legislador autonómico en el desarrollo de la garantía del derecho de realojo prevista en la letra b) del mismo apartado en los casos en que la actuación urbanística se lleve a cabo a través de un sistema diferente a la expropiación, parece razonable que aquel siga el mismo criterio.

### A) La condición de ocupante legal

El derecho de realojo se vincula a la condición de ser ocupante legal de la vivienda desalojada, situación que viene determinada por la disposición de un título jurídico que acredite suficientemente la legalidad de la ocupación.

En este sentido, debe resultar admisible la titularidad de cualquier derecho, real o personal, que habilite para ocupar la vivienda, sean por ejemplo, la propiedad, el usufructo o el que proporciona el simple arrendamiento, algo que implícitamente contempla el artículo 14. 1 a) LRRR al establecer, como se ha señalado, que «*la entrega de la vivienda de reemplazo en el régimen en que se viniera ocupando la expropiada, equivaldrá al abono del justiprecio expropiatorio, salvo que el expropiado opte por percibirlo en metálico, en cuyo caso no tendrá derecho de realojo*». Consecuentemente, no deberá ser reconocido el derecho de realojo a quienes ocupen una vivienda de forma clandestina o por la vía de los hechos, incluido en estos supuestos la ocupación de infraviviendas construidas sobre suelo sobre el que se carece de título para construir; a no ser que el paso del tiempo, en los términos legalmente previstos para la prescripción, convierta la situación de simple posesión de hecho en título de propiedad; todo ello, sin perjuicio, como es evidente, de que el ordenamiento disponga de otras formas de facilitar una vivienda u otro tipo de ayudas sociales a quienes siendo ocupantes de hecho, se hubieren visto privado de la vivienda que vinieran ocupando (24). Ni tampoco se reconocerá el

(24) *Vid.*, la STSJ de la Comunidad de Madrid, de 24 de mayo de 2012 (núm. rec. 75/2011).

derecho de realojo a quienes utilicen como vivienda, aunque sea como residencia habitual, el local que hubiera sido arrendado para ejercer una actividad profesional (25).

Cuestión aparte plantea la ocupación de la vivienda en precario, pues, por la misma razón que ha quedado indicada antes en relación con el derecho de retorno, entendemos que el precarista no tendrá derecho al realojo, pues la ocupación de la vivienda se realiza por la mera voluntad del propietario, sin contraprestación y por ello sin referencia alguna a una fecha de finalización ni sometida a un régimen jurídico que vincule al propietario y al precarista; además, en esas circunstancias cabría preguntarse por la duración del realojo que hipotéticamente habría de ser garantizado, toda vez que la situación se originó por la voluntad del propietario de la vivienda desalojada sin compromiso de duración de la cesión y por mera liberalidad. Sin embargo, curiosamente, en el caso de expropiación forzosa del inmueble sobre el que su propietario tolera la ocupación de la vivienda, si este opta por percibir el justiprecio de la vivienda expropiada, en ese caso, el precarista tendría el derecho, jurisprudencialmente reconocido en aplicación de la legislación expropiatoria, a percibir la indemnización correspondiente, incluso al margen de la percibida por el propietario, aunque lógicamente con ello se haya de producir una reducción de la cuantía indemnizatoria a recibir por el propietario; lo cual, partiendo del hecho de que la ocupación de la vivienda se basa en la voluntad de este sin que a cambio reciba ninguna compensación económica, a nuestro juicio, carece de un fundamento convincente, por lo que, consecuentemente, entendemos que de la consolidada doctrina jurisprudencial que reconoce el derecho de los precaristas que hubieran sido privados de la vivienda que vinieran ocupando a ser indemnizados en concepto de justiprecio, no debiera deducirse que al precarista también ha de garantizársele el derecho de realojo (26).

## B) La ocupación de la vivienda como residencia habitual

El derecho de realojo se hace depender de que los ocupantes legales de la vivienda residan efectivamente en la misma; es decir, que esta sea, en definitiva, su residencia habitual.

Se trata de una situación de hecho que el artículo 2.1 de la LRRR identifica con la ocupación de la vivienda durante un periodo superior a 183 días al año, aunque no se

---

(25) Así, la STSJ de Castilla y León, sede en Burgos, de 23 de enero de 2004 (núm. rec. 337/2002), en la que se argumenta que «(...) se establece un derecho de realojo para garantizar el derecho a una vivienda digna a los ocupantes legales de inmuebles, de forma que sin solución de continuidad, estos ocupantes legales dispongan de una vivienda, por lo que efectivamente la garantía establecida en este precepto opera de forma que no puede llevarse a cabo un desalojo, en las expropiaciones urbanísticas, sin que previamente se ponga disposición de los ocupantes legales una vivienda que reemplace la expropiada, mas para ello se precisa que el ocupante tenga la consideración de legal, consideración que no concurre en la parte recurrente ya que como se deduce expresamente del contrato de arrendamiento, se trataba de un contrato de arrendamiento de local de negocio cuyo uso era el de bar, restaurante y pensión pero no se decía ni especificaba que se trataba de la vivienda del arrendatario y tampoco cabe deducir que el uso de pensión conllevará el de vivienda, sino que si el arrendatario utilizó el local para tal fin no lo fue con la cobertura legal del contrato, sino en su caso por la mera tolerancia o desconocimiento del arrendador por lo que no procede reconocimiento del derecho de realojo invocado».

(26) Contrariamente a lo que aquí se mantiene, del reconocimiento de indemnización que la jurisprudencia viene realizando en favor del precarista en caso de expropiación de la vivienda que ocupa, algún autor deduce que también ha de reconocérsele el derecho de realojo; así, J. ABEL FABRÉ: «Gestión urbanística», *Comentarios a La Ley de Urbanismo de Cataluña* (dir. J.M. Trayter Jiménez), Thomson/Aranzadi, 2005, pp. 235 y 236.

exige que aquella sea continua, ocupación cuya constatación ha de ser objeto de prueba mediante la aportación por parte de quien considere que tiene derecho al realojo de todas las admisibles en derecho. En este sentido, la jurisprudencia viene considerando la necesidad de que sean valoradas, en su caso, todas las pruebas presentadas en conjunto(27), sin que el hecho de tener o no el domicilio fiscal y ni siquiera, lo que es más habitual, el hecho de estar o no empadronado, sea determinante a los efectos de apreciar la condición de residencia habitual, pues en relación con el empadronamiento, el carácter de documento público que tiene no impide apreciar otras pruebas que se hubieren aportado en sentido contrario con objeto de desvirtuar el hecho de hallarse empadronado a efectos de acreditar la residencia habitual(28); incluso, en alguna ocasión, con motivo de la pretensión de que le fuera reconocido al actor el derecho de retorno, judicialmente se ha llegado a afirmar que «*el empadronamiento de la actora no significa que esta residiera habitualmente en la vivienda, sino únicamente que hizo la manifestación en su día, de que allí residía*», entendiéndose que lo reflejado en el padrón municipal debió completarse con otras pruebas(29).

### III.2.B.2. *Ámbito subjetivo del derecho de realojo*

Participan de la regulación de este derecho el titular al que el ordenamiento garantiza su disfrute y el sujeto que está llamado a satisfacerlo, de cada uno de los cuales nos ocupamos a continuación en los aspectos básicos que regula la legislación del Estado.

#### A) Titulares del Derecho

El derecho de realojo en la precedente legislación básica del Estado se reconocía a los ocupantes legales de las viviendas, sin mayores concreciones, por lo que el ejercicio del derecho correspondía exclusivamente a quienes reunían la condición a que nos hemos referido con anterioridad, esto es, haber acreditado que la ocupación de la vivienda como residencia habitual se realiza con un título jurídico. A partir de esa delimitación subjetiva del derecho de realojo, se ha planteado la cuestión relativa a los herederos de quien tenía reconocido legalmente el derecho de realojo en atención a las circunstancias señaladas; es decir, si aquellos podían ejercerlo por el hecho de ser herederos, cuestión que la jurisprudencia ha venido resolviendo negativamente sobre la base del carácter personal e intransferible del derecho(30).

Frente a la limitación subjetiva que imponía la legislación estatal anterior, el artículo 14.3 LRRR establece que «el derecho de realojamiento es personal e intransfe-

(27) STSJ de Cataluña de 25 de octubre de 2001 (núm. rec. 603/1997).

(28) *A contrario sensu*, vid, la STS de 11 de julio de 2006 (núm. rec. 10117/2003).

(29) STS de 19 de septiembre de 2006 (núm. rec. 2496/2003), en la que se acepta el argumento de la sentencia de instancia transcrito.

(30) STSJ del País Vasco de 15 de marzo de 2002 (núm. rec. 6414/1997), en la que se puede leer lo siguiente: «El interrogante que se traslada es si el derecho inicialmente reconocido a Doña Isabel puede considerarse consolidado y transmisible a sus herederos; la Sala ha de concluir que no, dado que ha de reconocerse como un derecho vinculado a la persona afectada, a Doña Isabel, y que como tal derecho personal cuando no se ha llegado a consolidarse por no haberse materializado no puede considerarse trasladable a sus herederos y en lo que aquí interesa en relación con la recurrente Doña María Jesús C.»



rible, salvo en el caso de los herederos forzosos o del cónyuge supérstite, siempre y cuando acrediten que comparten con el titular en términos de residencia habitual la vivienda objeto del realojo», lo que supone, más que una aclaración, una notable ampliación, por asimilación, de los titulares del derecho, pues si con anterioridad, conforme a la interpretación de la normativa precedente que se venía haciendo, nadie más que el titular del derecho sobre la vivienda podía ejercerlo, de manera que a su fallecimiento nadie podía exigir el realojamiento; en la nueva regulación estatal, razonablemente los herederos forzosos y el cónyuge supérstite también pueden ejercer el derecho cuando estuvieran compartiendo con el titular del derecho la vivienda objeto del desalojo, como residencia habitual, derecho cuya satisfacción podrá ser exigida, hay que entender, desde el momento en que se produce el hecho expropiatorio o urbanístico que habilita para solicitar el realojo, con independencia de que el fallecimiento del inicial titular del derecho sobre la vivienda se hubiera producido con anterioridad, siempre que la vivienda ininterrumpidamente hubiera servido de residencia habitual al heredero forzoso o al cónyuge supérstite.

## B) Los obligados a garantizar la satisfacción del derecho

A los sujetos que han de satisfacer el derecho el artículo 14 LRRR les dedica una mínima atención al distinguir los tipos de actuaciones urbanísticas en las que se reconoce el derecho de realojo en caso de que impliquen el desalojo de los ocupantes legales de viviendas que constituyan residencia habitual. Teniendo en cuenta que, a los efectos de reconocer el derecho de realojo de los ocupantes legales de viviendas que hubieran de ser desalojadas por causa de actuaciones urbanísticas, el legislador establece una *summa divisio* entre las actuaciones urbanísticas ejecutadas mediante expropiación y las que se realicen haciendo uso del resto de sistemas de actuación que puedan regular las Comunidades Autónomas, las letras a) y b) del propio artículo 14.1 distinguen uno y otro caso con objeto de determinar el sujeto obligado a garantizar la satisfacción del derecho de la persona desalojada de su vivienda.

En el primer caso, es decir, cuando se actúa mediante expropiación, corresponderá a la Administración expropiante o, en su caso, al beneficiario de la expropiación cuando no concurra en aquella la condición de beneficiario; siendo en este caso a este último a quien corresponde entregar la vivienda de reemplazo al titular del derecho de realojamiento o, en su caso, resarcir a todos los que, como consecuencia de la expropiación, tengan la consideración de expropiados, resarcimiento que, si se trata del ocupante de la vivienda con derecho a ser realojado, como establece el propio artículo 14.1 a) LRRR, «la entrega de la vivienda de reemplazo, en el régimen en que se viniera ocupando, equivaldrá al abono del justiprecio expropiatorio, salvo que el expropiado opte por percibirlo en metálico, en cuyo caso no tendrá derecho de realojo».

Cuando la actuación urbanística se realice mediante procedimientos no expropiatorios, el mismo artículo 14 LRRR, en su apartado 1 b), atribuye el deber de garantizar el realojamiento al promotor de la actuación, sin más especificaciones, por lo que la identificación del mismo vendrá determinada por la legislación urbanística autonómica o, eventualmente, por la supletoria estatal, reguladora del sistema de ejecución del planeamiento mediante el que se realice la actuación urbanística.

### *III.2.B.3. Ámbito objetivo del derecho de realojamiento. La vivienda de sustitución*

Con independencia de que el derecho de realojamiento se ejercite en el caso de desalojo como consecuencia de una actuación urbanística expropiatoria o de otra naturaleza, la lectura del artículo 14.5 LRRR pone de manifiesto que el legislador estatal también ha pretendido objetivar la satisfacción del derecho del ocupante legal desalojado mediante la fijación de unas reglas sobre la vivienda que ha de entregar el sujeto obligado, reglas relativas a la ubicación de la vivienda de reemplazo y a las características de la misma.

En relación con lo primero, partiendo de la base de que «será preciso ofrecer una vivienda por cada una de las viviendas afectadas», ello supone, por una lado, que sin perjuicio de las personas que residan en la misma vivienda que ha de ser desalojada y de los vínculos que tengan entre ellos, el derecho al realojo se satisface proporcionando una sola vivienda; y, por otro, en el supuesto de que sean varias las viviendas que se vinieran ocupando, aunque sean por personas de una misma familia, deben ser ofrecidas tantas viviendas como las que hubieran sido necesario desalojar.

En cuanto a la ubicación de la vivienda de sustitución, se precisa que se sitúe en el mismo ámbito de actuación que propició el desalojo o, si no fuera posible, en uno próximo al mismo. La pretensión del legislador es que el realojo no suponga para las personas desalojadas tener que iniciar necesariamente «una nueva vida» en un lugar alejado del que han residido hasta el desalojo y, con ello, sufrir desarraigo y otras incomodidades, lo que resulta siempre molesto, especialmente cuando las personas desalojadas sean de edad avanzada. En esa línea, el inciso final del citado artículo 14.5, establece que «cuando no sea materialmente posible ofrecer dicha vivienda, los titulares del derecho de realojamiento tendrán derecho a su equivalente económico», previsión que debe ser interpretada con un doble sentido, en la medida en que no impide el ofrecimiento por parte del sujeto obligado de una vivienda en la que no concurren las circunstancias antes señaladas, cuya aceptación será voluntaria para el titular del derecho de realojo; como la habilitación al titular del derecho para que pueda exigir el resarcimiento patrimonial si no hubiera podido obtener la vivienda de reemplazo en las condiciones anteriormente señaladas. Con el añadido de que el sujeto obligado solamente queda liberado de la específica obligación de ofrecer al titular del derecho de realojo una vivienda en el mismo ámbito de actuación o, en su caso, en uno próximo, cuando ello no sea materialmente posible, situación que, como se ha señalado, abre el camino a la indemnización.

Más precisamente en relación con las vivienda de reemplazo, la lectura de los párrafos segundo y tercero del mismo artículo 14.5 permite advertir la clara voluntad del legislador de desvincular las características de aquella de las que hubiera tenido la desalojada, de manera que se establecen como parámetro de la vivienda de sustitución aquellas características que permitan satisfacer las necesidades reales del titular del derecho de realojamiento, «y, en el caso de este fuera una persona con discapacidad, será una vivienda accesible o acorde a las necesidades derivadas de la discapacidad», dispone textualmente un inciso del mismo apartado, lo que habrá de ser interpretado en el sentido de que la exigencia legal será también aplicable en el caso de que las necesidades las presente cualquier persona distinta del titular del derecho de realojamiento, siempre que acredite tener la residencia habitual en la vivienda desalojada.

Con independencia de esta exigencia y de las demás inherentes a la satisfacción del derecho de realojo, siempre será posible que el titular del mismo y el sujeto obligado a satisfacerlo lleguen a un acuerdo indemnizatorio, sin perjuicio del resarcimiento que, en su caso, pueda corresponder al titular del derecho por la extinción de otros derechos preexistentes que se extinguieran con motivo del desalojo, según se advierte de la lectura de lo dispuesto en el artículo 14.6 de la misma ley.

El derecho de realojamiento se ha de materializar, además, sobre una vivienda sometida a régimen legal de protección, según impone expresamente el artículo 14.1 a) LRRR para el caso de que se actúe mediante el sistema de expropiación [la Administración expropiante o, en su caso, el beneficiario de la expropiación, cuando se actúe por expropiación (...) deberán poner a disposición de aquéllos, viviendas en las condiciones de venta o alquiler vigentes para las viviendas sometidas a algún régimen de protección pública y superficie adecuada a sus necesidades, dentro de los límites establecidos por la legislación protectora], o, incluso, a través de otros sistemas, según se deduce de lo establecido por el último párrafo del artículo 14.5 del mismo texto legal, al disponer, sin referencia al sistema de actuación que se utilice que «el derecho de realojamiento respetará en todo caso los límites establecidos por la legislación sobre vivienda protegida que resulte aplicable» (31).

#### **III.2.B.4. Reglas procedimentales**

Suscitada y aclarada precedentemente la cuestión competencial sobre las reglas procedimentales que contiene el artículo 14.4 LRRR en relación con el contenido del derecho de realojamiento, y habiendo sido apreciado que el legislador estatal se halla habilitado para dictarlas, según se expuso en el lugar correspondiente, ha de indicarse ahora que aquellas no constituyen, como es evidente, un procedimiento, sino unas pautas procedimentales básicas llamadas integrarse en los procedimientos que establezca el legislador competente, sea el estatal o el autonómico, en función de a quién corresponda regular el tipo de actuación urbanística en la que ha de ser garantizado el derecho de realojo de los ocupantes legales de las viviendas que han de ser desalojadas a causa de la ejecución de la actuación, pues el citado apartado 4 comienza ordenando que «todo procedimiento de realojamiento respetará, al menos, las siguientes normas procedimentales comunes», normas que, como veremos seguidamente, tienen por objeto establecer la forma de determinar quiénes son los titulares del derecho de realojamiento, como paso previo necesario para que puedan ejercerlo.

Para ello, se establece que «la Administración actuante identificará a los ocupantes legales a que hace referencia el apartado 1, mediante cualquier medio admitido en derecho y les notificará la inclusión del inmueble en la correspondiente actuación, otorgándoles un trámite de audiencia que, en el caso de que exista también un plazo de información pública, coincidirá con este». De la dicción transcrita, resulta destacable la obligación que se impone a la Administración actuante de que identifique a los ocupantes legales de inmuebles que constituyan su residencia habitual mediante cualquiera de los medios admitidos en derecho que tenga a su alcance, con objeto de que aquellos, una vez que hayan sido debidamente notificados puedan, durante el precep-

---

(31) *Vid.*, SSTSJ del País Vasco de 21 de junio de 2013 (núms. recs. 215/2011 y 216/2011).

tivo trámite de audiencia, además de acreditar que cumplen los requisitos legales necesarios para ser titulares del derecho de realojamiento, solicitar el reconocimiento de dicho derecho o renunciar a su ejercicio.

Es importante señalar la voluntad del redactor de esta disposición de relacionar el trámite de audiencia subsiguiente a la identificación de los ocupantes legales de viviendas por parte de la Administración actuante con el eventual trámite de información pública que, de existir, habrá de coincidir con el de audiencia a los ocupantes legales identificados por la Administración, pues mediante ello se abre la posibilidad de que cualquier otro sujeto, aunque no hubiera sido notificado por la Administración actuante, pueda solicitar que se le tenga por titular del derecho de realojamiento siempre que acredite la situación que le habilita para ello. Consecuentemente, parece razonable que el legislador competente facilite la posibilidad de que otros sujetos que inicialmente no hubieran sido identificados por la Administración puedan solicitar, a través de un trámite de información pública, ser tenidos por ocupantes legales de viviendas afectadas por el desalojo a los efectos de poder ejercer el derecho de realojamiento; todo ello con independencia de que con posterioridad a todo lo actuado y de que, como consecuencia de ello, la Administración ya hubiera aprobado el listado definitivo de las personas que tiene derecho al realojamiento, se pueda reconocer este derecho a otras personas siempre que acrediten reunir las condiciones legales para ello, según establece el mismo artículo 14.4 LRRR, en su letra d).

La falta de participación de los sujetos inicialmente identificados por la Administración actuante en el trámite de audiencia o, en su caso, de otros posibles interesados en el trámite de información pública siempre que estuviera previsto en el procedimiento correspondiente, no impedirá a la Administración continuar el procedimiento, sin que pueda entenderse en este caso que la relación de ocupantes legales identificados por la Administración sea definitiva, pues frente a ella podrán oponerse los sujetos obligados a satisfacer el derecho en el caso de que estos sean diferentes a la Administración actuante, si consideran que no concurren en todas o algunas de las personas que hubieran sido identificadas las circunstancias que habilitan para ejercer el derecho de realojamiento, sin perjuicio de que dicha relación pueda ser ampliada por quienes, sin haber sido identificados por la Administración como ocupantes legales de viviendas con derecho a ser realojados, acrediten posteriormente que reúnen los requisitos legales para ello. La cuestión que se plantea en este caso y que el artículo 14.4 LRRR no resuelve, es la relativa al momento en que la relación de personas que pueden ejercer el derecho de realojamiento se ha de considerar firme, cuestión sobre la que cabría entender que aquella podría alcanzar firmeza transcurridos los plazos para impugnarla a partir de la publicación de la misma en el periódico oficial que corresponda.

Trabajo recibido el 15 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Ostatu emateko eta itzultzeko eskubideek badute tradizioz Espainiako ordenamendu juridikoan, baina dimentsio berri bat eman die lurzoruari buruzko maiatzaren 28ko 8/2007 Legeak, eta batik bat ekainaren 26ko 8/2013 Lege berriagoak, hirien birgaitze, biziberritze etaberrikuntzari buruzkoak. Azken horrek hirigintza berri batean txertatu du eskubide horien araubidea, hiriaren kontserbazioari eta berrikuntzari arreta handiagoa eskainiz hirien hedapenari, hirigintzari eta eraikuntzari baino, oso sustraituak lurzoruaren legegin-tzan, joan den mendearen erdialdera onartutako lehen hirigintza-legetik hona. Ostatu emateko eta itzultzeko eskubideei buruzko estatu-arauak aztertzen dira lan honetan.

**HITZ GAKOAK:** Ostatu ematea. Itzultzea. Eskumenak. Legezko bizilaguna. Ohiko bizilekua. Ordezko etxebizitza. Prozedura.

**RESUMEN:** Los derechos de realojo y retorno, que cuentan con alguna tradición en el ordenamiento jurídico español, han adquirido una nueva dimensión en el marco de la renovada legislación de suelo que se pretende iniciar con la aprobación de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, de la que constituye un hito fundamental la más reciente Ley 8/2013, de 26 de junio, de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbanas, ley ésta última que contribuye a insertar el régimen de los mencionados derechos en un urbanismo más atento a la conservación y renovación de la ciudad construida que a la expansión de la misma y, con ella, a los fenómenos urbanizador y edificatorio, que tan arraigados han estado en la legislación del suelo desde la primera ley urbanística española aprobada a mediados del siglo pasado. Las actuales normas estatales reguladoras de los derechos de realojo y retorno son objeto de atención en el presente estudio.

**PALABRAS CLAVES:** Realojo. Retorno. Cuestión competencial. Ocupante legal. Residencia habitual. Vivienda de sustitución. Procedimiento.

**ABSTRACT:** Rights to rehousing and return, which enjoy some tradition in Spanish legal order, have assumed a new dimension within the updated legislation on land that tries to begin with the enactment of Act 8/2007 of May 28<sup>th</sup> on Land, a crucial milestone to the more recent Act 8/2013 of June 26<sup>th</sup> of Urban Restoration, Regeneration and Renovation, act that contributes to include the regime of the aforementioned rights onto a more focused urbanism on conservation and renovation of the built city than on its extension itself, and with it, on the urban and constructing phenomena, which have been so ingrained in the land legislation from the first spanish urban act enacted halfway the past century. The current State provisions that regulate rights to rehousing and return are object of attention by this study.

**KEYWORDS:** Rehousing. Return. Issue of competences. Legal occupant. Permanent residence. House of substitution. Procedure.



# La reforma local en la Comunidad Autónoma del País Vasco: la necesidad perentoria de una Ley municipal de Euskadi (1)

Martín María Razquin Lizarraga

**Sumario:** I. Las competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre Administración Local.—II. El punto de partida: la regulación antes vigente.—III. La reforma local de 2013.—IV. La singularidad de los territorios históricos.—V. La aplicación de la reforma local en la Comunidad Autónoma del País Vasco. V.1. Las disposiciones de la Lrsal relativas a la Comunidad Autónoma del País Vasco. V.2. Nuevas cláusulas generales de salvedad: la disposición adicional 1.ª de la LRSAL y la disposición adicional 8.ª del TRLHL. V.3. Actualización de denominaciones de los territorios históricos. V.4. Las competencias de los municipios. V.5. La estructura local: otras entidades locales, regímenes especiales y concejos. V.6. Tutela financiera. V.7. Funcionarios con habilitación de carácter nacional. V.8. Retribuciones de cargos, personal eventual y funcionarios.—VI. Papel de las instituciones comunes y de los territorios históricos en el desarrollo de la reforma local.—VII. ¿Por fin, una Ley municipal de Euskadi?

## I. Las competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre Administración Local

Las competencias de la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre Administración Local se encuentran recogidas en su Estatuto de Autonomía de 1979 (en adelante EAPV). El EAPV diseña un singular modelo de articulación competencial interna, puesto que nos encontramos, por un lado, con las Instituciones comunes de la Comunidad Autónoma (Parlamento Vasco y Gobierno Vasco) y, por otro, con los Territorios Históricos (Juntas Generales y Diputaciones Forales). Es un sistema singular, que se enraiza en la disposición adicional 1.ª CE, garantía de la foralidad.

El artículo 10 EAPV establece una competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma del País Vasco de carácter general sobre el régimen local en los siguientes términos:

---

(1) Este homenaje a mi queridísimo amigo, colega y paisano, Demetrio Loperena Rota, no podía rehuir el análisis de la materia de la Administración Local. Nuestra última colaboración escrita se manifestó en el libro colectivo sobre Derecho Local de Navarra, editado por Lustel en el año 2013. Es, por ello, que ahora en recuerdo a su asentamiento en Donostia-San Sebastián he tomado como objeto de estudio el régimen local vasco.

«Régimen Local y Estatuto de los Funcionarios del País Vasco y de su Administración Local, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución» (apartado 4).

Como puede verse, se trata de una competencia que se define como exclusiva y que alcanza a toda la materia «régimen local», aunque debe respetar el marco general establecido en el artículo 149.1.18.<sup>a</sup>, que alberga la materia de régimen jurídico de la Administración Local. Es, por ello, que le es aplicable la legislación básica del Estado, pero sin perjuicio de las competencias derivadas de sus derechos históricos, en virtud de la garantía institucional del régimen foral vasco reconocida en la disposición adicional 1.<sup>a</sup> CE.

Por otra parte, el artículo 10 EAPV contiene otro apartado 1, referido a un aspecto parcial del régimen local, las «demarcaciones territoriales municipales».

Asimismo, el EAPV al referirse a las instituciones de los Territorios Históricos especifica sus competencias en una triple clasificación:

- a) Expresas, recogidas en el Estatuto de Autonomía: entre las que se encuentran las establecidas en el artículo 37, letras c) «Demarcaciones territoriales de ámbito supramunicipal que no excedan los límites provinciales», d) «Régimen de los bienes provinciales y municipales, tanto de dominio público como patrimoniales o de propios y comunales», y e) «Régimen electoral municipal».
- b) Competencias que les sean transferidas.
- c) Competencias de desarrollo normativo y ejecución en las materias que señale el Parlamento Vasco.

Finalmente, debe tenerse en cuenta el artículo 41 EAPV que consagra el sistema foral tradicional de Concierto Económico para las relaciones de orden tributario y financiero entre el Estado y el País Vasco, plasmadas en la Ley 12/2012, de 23 de mayo.

## II. El punto de partida: la regulación antes vigente (2)

La regulación vigente con anterioridad a la reforma introducida en 2013 se fundaba en dos cuerpos normativos diferenciados. Por un lado, la Ley reguladora de las Bases de Régimen Local de 1985 (en adelante LRBRL) que contenía la regulación básica estatal y además se refería en dos preceptos de forma específica a la Comunidad Autónoma Vasca. El artículo 39(3) salvaba el régimen «peculiar» de los Territorios Históricos, lo que venía ratificado por lo dispuesto en la disposición adicional 2.<sup>a</sup> (4).

Pero, además, esta disposición adicional 2.<sup>a</sup> se refería a algunos aspectos de índole municipal. En concreto, la salvedad de la aplicación de la LRBRL se centraba en dos materias:

(2) Véase J. M. ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, «El municipio en la Comunidad Autónoma Vasca», en *Iura Vasconiae*, núm. 2/2005, 125-148, quien examina la regulación estatal y ofrece datos sobre la situación municipal en Euskadi.

(3) Véase el comentario a este artículo 39 efectuado por E. COBREROS MENDAZONA, en el libro colectivo dirigido por M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 2006, pp. 907-920.

(4) Véase el comentario a esta disposición adicional de E. COBREROS MENDAZONA, en el libro colectivo ya citado, *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, pp. 3778-3790.



- a) El régimen económico-financiero de los municipios: que se aplicará en los términos previstos en el Concierto Económico y sin que el nivel de autonomía de los municipios de los Territorios Históricos sea inferior al de los municipios del resto del Estado (apartado 6).
- b) La regulación de los funcionarios de habilitación de carácter nacional: determinadas competencias se sustraen al régimen general, tales como convocatoria de concursos, nombramiento de funcionarios, fijación de méritos del baremo en un 10 por ciento por la Comunidad Autónoma y en un 25 por ciento por la corporación local interesada, y formación de estos funcionarios (apartados 7 (5), 8 y 9) (6).

La singularidad de la disposición adicional 2.<sup>a</sup> LRBRL fue declarada por el Tribunal Constitucional en su STC 214/1989, de 21 de diciembre, con motivo del examen de los preceptos relativos a los funcionarios con habilitación de carácter nacional (F. J. 26). El Tribunal Constitucional afirmó que «la L. R. B. R. L., en la Disposición adicional 2.<sup>a</sup>, no ha hecho, pues, sino atender al propio mandato constitucional, preservando la singularidad misma de ese régimen foral en los aspectos organizativos, en unos términos y con un alcance perfectamente compatible con la propia Constitución». Añadió también que la garantía institucional del régimen foral comporta un tratamiento normativo singular propio de ese régimen local y ello aun frente a los poderes centrales del Estado, como ocurre en las competencias sobre los funcionarios con habilitación de carácter nacional.

La reforma efectuada por la Ley 7/2007, de 12 de abril (EBEP), recoge la regulación de los funcionarios con habilitación estatal en su disposición adicional 2.<sup>a</sup>. A dicha Ley se incorporó una disposición adicional 3.<sup>a</sup> cuyo segundo párrafo contenía la salvedad de la Comunidad Autónoma del País Vasco, y además de forma más precisa la relativa a los funcionarios con habilitación de carácter estatal (7).

El segundo bloque normativo se encuentra en la Ley de Haciendas Locales 39/1988, de 28 de diciembre y su posterior Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales de 2004 (en adelante TRLHL). Su artículo 1.2 dispone que la Ley de Haciendas Locales «se aplicará en todo el territorio nacional, sin perjuicio de los regímenes financieros forales de los Territorios Históricos del País Vasco y Navarra». Este artículo 1.2 ha mantenido su redacción desde la aprobación inicial de la Ley en 1988, luego se recogió en el texto refundido y sigue inalterado en la actualidad, no habiendo sido reformado por la LRSAL.

---

(5) Este apartado 7 es el único que ha sufrido modificación desde 1985. Fue modificado por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, con el único efecto de cambiar la referencia del «artículo 99.2 párrafo primero» por la del «artículo 99.1».

(6) Debe tenerse en cuenta que los artículos 92, 98 y 99 LRBRL fueron derogados por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que dio nueva regulación a los en ella denominados funcionarios con habilitación de carácter estatal (disposición adicional 2.<sup>a</sup>). Ahora la LRSAL ha derogado tanto esta disposición adicional 2.<sup>a</sup> como la disposición transitoria 7.<sup>a</sup> EBEP.

(7) En concreto el párrafo 2.<sup>o</sup> del apartado 2 de esta disposición adicional 3.<sup>a</sup> del EBEP dice así: «En el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco el presente Estatuto se aplicará de conformidad con la disposición adicional primera de la Constitución, con el artículo 149.1.18.<sup>o</sup> de la Constitución y con la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para el País Vasco. Las facultades previstas en la disposición adicional segunda respecto a los funcionarios con habilitación de carácter estatal serán ostentadas por las Instituciones Forales de sus territorios históricos o por las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma, en los términos que establezca la normativa autonómica».

Pero, además, la LHL de 1988 incorporó una disposición adicional 18.<sup>a</sup> referida a los Territorios Históricos del País Vasco en relación con el régimen económico financiero en materia municipal, que constituye la copia en esta sede legal del apartado 6 de la disposición adicional 2.<sup>a</sup> de la LRBRL. El TRLHL la renumeró como disposición adicional 8.<sup>a</sup>.

Por su parte, la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en adelante LOEPSF), recoge en su disposición final 3.<sup>a</sup>, relativa a las Haciendas Forales, la salvedad del régimen especial de la Comunidad Autónoma del País Vasco. Así el apartado 2 de esta disposición dice: «En virtud de su régimen foral, la aplicación a la Comunidad Autónoma del País Vasco de lo dispuesto en esta Ley, se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley del Concierto Económico» (8).

En desarrollo de esta LOEPSF se ha dictado la Orden HAP/2105/2012, de 1 de octubre, sobre obligaciones de información, en cuya disposición adicional única se señala que su aplicación en la Comunidad Autónoma del País Vasco lo será de conformidad con la disposición adicional 3.<sup>a</sup> de la LOEPSF y sin perjuicio de las especialidades derivadas del régimen foral.

En desarrollo de esta previsión, el Territorio Histórico de Gipuzkoa ha aprobado la Norma Foral 1/2013, de 8 de febrero, por la que se desarrolla la competencia de tutela financiera en materia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de las entidades locales de Gipuzkoa (publicada en el *BOG* de 12 de febrero de 2013).

Así pues, el punto de partida era muy claro: a) singularidad absoluta del régimen jurídico de los Territorios Históricos; b) algunas salvedades (muy pocas) sobre el régimen municipal; y c) una gran salvedad en materia económico-financiera y presupuestaria, en especial, en la tutela financiera sobre los municipios.

### III. La reforma local de 2013

El Boletín Oficial del Estado del día 30 de diciembre de 2013 publica la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (en adelante LRSAL).

Se trata de una Ley que introduce una profunda reforma en el régimen local español, seguramente la más relevante desde la aprobación de la LRBRL. La LRSAL modifica un importante número de preceptos de la LRBRL, así como algunos del TRLHL. Incide en aspectos sustanciales de la Administración Local, aunque no supone una reforma directa del mapa local, sí lo hace de forma indirecta al modificar el sistema de competencias municipales y provinciales.

La LRSAL se funda en la reforma del artículo 135 CE y su desarrollo por la LOEPSF, disposiciones todas ellas que se insertan asimismo dentro de las relevan-

(8) B. PÉREZ DE LAS HERAS y S. LARRAZÁBAL BASAÑEZ recomiendan la modificación del Capítulo II de la Ley 12/2002 del Concierto Económico para desarrollar su parte financiera y adecuarla a la nueva regulación de la LOEPSF («Control presupuestario en la Unión Europea, reforma constitucional, ajuste de los presupuestos de las Administraciones Públicas y su impacto en el autogobierno vasco en el marco del Concierto Económico», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 94/2012, p. 174).

tes reformas acaecidas en el Derecho de la Unión Europea y principalmente en la aprobación del Tratado de Estabilidad, Coordinación y Gobernanza de la Unión Económica y Monetaria de 2 de marzo de 2012, que ha entrado en vigor el día 1 de enero de 2013 (9).

La reforma local que se efectúa es de gran calado y profundidad (10) por más que una ligera lectura pudiera hacer pensar, erróneamente, que se trata de una nueva modificación de las leyes sobre Administración Local, de corte similar a las realizadas con anterioridad. De forma indirecta, constituye una reconstrucción del Estado, principalmente del nivel local (municipios y provincias), pero también con afecciones a las Comunidades Autónomas.

Los principios que mueven la reforma son los constitucionales, el de autonomía local, al que se añade ahora la exigencia de equilibrio presupuestario del artículo 135 CE.

La relevancia de la reforma ha provocado una nueva intervención desde los territorios forales, en defensa de sus derechos históricos sobre régimen local. Desde el primer momento se ha estado atento a las modificaciones que se pretendían introducir, defendiendo la inclusión, frente a ellas, de nuevas excepciones fundadas en los derechos históricos.

El Anteproyecto de LRSAL, en su versión de 24 de mayo de 2013 sometida al Consejo de Estado, incluía una disposición adicional 1.ª referida a los «Regímenes y Haciendas forales», que pretendía salvaguardar los derechos históricos. Esta disposición pasó luego al proyecto de ley publicado en el *BOCG*, Congreso de los Diputados, de 6 de septiembre de 2013. Su primer apartado se refería a la Comunidad Foral de Navarra y el segundo a la Comunidad Autónoma del País Vasco, y ambos tenían una redacción muy similar, prácticamente equivalente.

Sin embargo, en el texto definitivo de la LRSAL aparecen grandes cambios puesto que se separa la regulación en dos disposiciones adicionales (una para Navarra y otra para el País Vasco) con contenido bien diferente y, además, se modifican la disposición adicional 2.ª de la LRRL y la disposición adicional 8.ª del TRLHL en relación con la Comunidad Autónoma Vasca (11).

---

(9) F. J. VILLAR ROJAS ha advertido que las razones alegadas para la reforma local hacen referencia a la crisis económico-financiera, pero la regulación aprobada obedece más bien a otros objetivos, porque «ni la deuda ni el déficit público locales tienen suficiente peso como para imponer la reforma puesta en marcha» («Razones y contradicciones de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 46/2014, p. 44).

(10) Tan es así que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas ha emitido una «Nota explicativa de la Reforma Local», de fecha 5 de marzo de 2014, ante las numerosas dudas surgidas con motivo de la aplicación de la LRSAL.

(11) Es significativa la manifestación efectuada por del Senador del Grupo Parlamentario Vasco Sr. Caza-lis Eiguren recogida en el Diario de Sesiones del Senado, Pleno, de 16 de diciembre de 2013. Afirma que se acepta y vota favorablemente el proyecto de ley dado que se han incluido en el trámite parlamentario las necesarias disposiciones para garantizar un mínimo del cumplimiento de su objetivo de preservar el peculiar sistema foral de régimen local, afirmando que el proyecto de ley remitido a las Cortes Generales no tiene demasiado en común con el texto que se aprueba en el Senado en lo que se refiere a la preservación del régimen foral, aunque enumera algunas cuestiones que han quedado aún sin resolver (pp. 8890-8891).

#### IV. La singularidad de los territorios históricos (12)

El EAPV establece una organización territorial singular dentro de la Comunidad Autónoma. Dicha organización territorial se deriva del respeto de los derechos históricos de los territorios forales(13), que no son simples provincias dirigidas por Diputaciones locales, sino que constituyen un elemento esencial de la propia Comunidad Autónoma.

Ya el Título Preliminar del EAPV se refiere a los Territorios Históricos para reconocer su singularidad (artículo 3). El artículo 24.2 EAPV los configura como poderes del País Vasco, y como tales les corresponde mantener sus instituciones forales y autoorganizarse, a cuyo efecto se rigen por su respectivo régimen jurídico privativo (artículo 37.1 EAPV). Y se les atribuye competencia exclusiva en ciertas materias expresamente citadas, así como el desarrollo normativo y ejecución en otras a determinar por ley del Parlamento Vasco (artículo 37, apartados 3 y 4). Además son los actores principales en el sistema foral tradicional de Concierto Económico, como se desprende claramente del artículo 41 EAPV.

En desarrollo de lo dispuesto en el EAPV, el Parlamento Vasco aprobó la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, conocida como «Ley de Territorios Históricos» (en adelante, LTH), donde se articula el sistema de distribución de competencias a nivel interno entre las Instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de los Territorios Históricos y que fue examinada en la STC 76/1988, de 26 de abril.

Por otra parte, las Normas Institucionales de cada Territorio Histórico disciplinan, con absoluta autonomía, su organización propia y el funcionamiento de los órganos forales.

En definitiva, la singularidad de los Territorios Históricos, que tiene su entronque en la disposición adicional 1.<sup>a</sup> CE, aparece diseñada en el EAPV y luego desarrollada en la LTH y en las Normas institucionales de cada uno de ellos. Ninguna duda se presenta a nivel interno, sobre su posición singular y sustancial dentro del ámbito autonómico vasco, creándose como cierre del sistema la Comisión Arbitral, órgano de resolución de conflictos entre ambos niveles territoriales (artículo 39 EAPV)(14).

La LRRL de 1985 reconocía la singularidad de los Territorios Históricos de forma patente. Su artículo 39 es muy ilustrativo al efecto al afirmar que éstos conservan su régimen peculiar, aunque sean de aplicación supletoria las disposiciones de la LRRL. Cabe advertir que este precepto no ha sufrido modificación alguna en la reforma de 2013.

Como ya he adelantado en otro lugar (15), los Territorios Históricos han ido dejando cada vez más de ser provincias para convertirse en partes estructurantes de la

(12) Para un examen más amplio de esta cuestión me remito a J. M. CASTELLS ARTECHE, «Los regímenes especiales de la Comunidad Autónoma del País Vasco», en *Tratado de Derecho Municipal*, cit., en especial, pp. 4379-4417.

(13) Dentro de la abundante bibliografía sobre esta cuestión, es de obligada cita T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los derechos históricos de los territorios forales*, Ed. CEC-Civitas, Madrid, 1985.

(14) Vid. al respecto los estudios de J. LÉGUINA VILLA, «Los Territorios Históricos vascos: poderes normativos y conflictos de competencias», en *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 3/1981, pp. 63-92; y «La Ley 13/1994, de 30 de junio, reguladora de la Comisión Arbitral y el artículo 39 del Estatuto», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 41/1995, pp. 251-260; y el libro de E. COBREROS MENDAZONA, *Escritos sobre la Comisión Arbitral*, Ed. IVAP, Oñati, 2009.

(15) Me remito a mis trabajos «La preeminencia del carácter de Territorio Foral en la naturaleza dual de los Territorios Históricos. A propósito de la STS de 19 de mayo de 1997», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 49/1997, pp. 275-300; y «Organización Foral y Hecho Diferencial», en el volumen *Estado Autonómico y Hecho Diferencial de Vasconia*, ed. IVAP y Eusko Ikaskuntza, San Sebastián, 2000, pp. 247-270.

Comunidad Autónoma. Es, por ello, que el régimen previsto en la LRBRL no les es aplicable ni siquiera con carácter supletorio (16), como puede verse en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2013 (RJ 2013/4685) que no admite la aplicación supletoria del artículo 63.1.b) LRBRL a favor de unos junteros que pretendían impugnar una Norma Foral de Bizkaia en vía contencioso-administrativa, y además rectifica su anterior doctrina de la sentencia de 12 de febrero de 2009.

Esta singularidad aparece asimismo plasmada en la disposición adicional 2.<sup>a</sup> LRBRL, que establece importantes salvedades para su aplicación a los Territorios Históricos, con base en lo dispuesto en la disposición adicional 1.<sup>a</sup> CE, tal como afirmó el Tribunal Constitucional en su Sentencia 214/1989, de 21 de diciembre.

Estas singularidades pueden agruparse en tres aspectos fundamentales:

1. Estructura y organización autónoma y propia de los Territorios Históricos, sin vinculación alguna a las disposiciones establecidas para los entes locales provinciales.
2. Reconocimiento de dos tipos de competencias bien diferenciadas: unas competencias como Territorios Históricos y otras derivadas de la asunción en su organización de las competencias de las Diputaciones provinciales (apartados 2, 3 y 4).
3. Reconocimiento del sistema financiero y tributario foral de Concierto Económico, así como el presupuestario y contable, manteniendo la exclusión expresa de la aplicación del artículo 92 bis LRBRL (funcionarios con habilitación de carácter nacional).

De todo ello se deriva que los Territorios Históricos cuentan con una potestad «normativa» también singular (17). Esta singularidad ha sido elevada al mayor rango mediante la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, que somete las Normas Forales fiscales al exclusivo control del Tribunal Constitucional (18).

---

(16) COBREROS MENDAZONA considera incorrecto que se hable de aplicación supletoria, toda vez que muchas de sus disposiciones son excluidas radicalmente de su posible aplicación a los órganos forales de los Territorios Históricos (*Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, cit., p. 919).

(17) Al efecto es clarificador el estudio de R. JIMÉNEZ ASENSIO, «El sistema de fuentes del Derecho de la Comunidad Autónoma del País Vasco como «ordenamiento asimétrico»», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 47/1997, v. II, pp. 127-171. Véase asimismo el estudio de L.I. GORDILLO PÉREZ y R. MÚGICA AL-CORTA, «Introducción al sistema normativo foral de los Territorios Históricos: consideraciones y propuestas», en la obra coordinada por L. I. GORDILLO PÉREZ, *El poder normativo de Bizkaia en un contexto multinivel y transnacional: retos y desafíos*, 2012, pp. 15-66.

(18) Esta Ley Orgánica no ha estado exenta de críticas en la doctrina. Véanse los estudios de S. MUÑOZ MACHADO, «Crítica de la exclusión de las normas fiscales de los Territorios Históricos vascos del control jurisdiccional contencioso-administrativo», en *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 29/1981; J. J. SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, «El blindaje foral en su hora. Comentario a la Ley Orgánica 1/2010», en *Revista española de Derecho Constitucional* núm. 30/2010, pp. 11-28; J. C. DUQUE VILLANUEVA, «Los procesos constitucionales de control de las normas fiscales vascas», en la misma *Revista* y número, pp. 29-71; y L. M. DÍEZ PICAZO, «Notas sobre el blindaje de las normas forales fiscales vascas», en Indret: *Revista para el Análisis del Derecho* núm. 3/2010, pp. 1-14. Por el contrario, se pronuncian sobre su constitucionalidad, E. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, «La reserva al Tribunal Constitucional del control de las normas fiscales vascas y la creación del conflicto en defensa de la autonomía local frente a leyes del Estado», en la obra colectiva dirigida por E. ALVÁREZ CONDE, *El privilegio jurisdiccional de las normas forales fiscales vascas*, Ed. Instituto de Derecho Público (Universidad Rey Juan Carlos I), Madrid, 2010, pp. 93 y ss; y C. PALAO TABOADA, «La constitucionalidad del régimen de control jurisdiccional de las normas forales fiscales», en *Estudios Financieros. Revista de Contabilidad y Tributación*, núm. 370/2014, pp. 51-96.

Los apartados antes comentados de la disposición adicional 2.<sup>a</sup> LRBRL han sido confirmados en la reforma de 2013, por lo que la «singularidad» de los Territorios Históricos queda mantenida. Más aun, como se verá más adelante, los Territorios Históricos van a ver salvadas algunas competencias, en virtud de las nuevas disposiciones introducidas por las modificaciones efectuadas por la LRSAL.

Así pues, no hay más que una «reafirmación» foral.

Aparecen, asimismo, acrecentadas las competencias de los Territorios Históricos pertenecientes al «bloque provincial», que, como veremos, van a estar absolutamente teñidas por las salvedades reconocidas e incorporadas así, al menos parcialmente, al «bloque foral». Y ello porque las diputaciones provinciales quedan reafirmadas en la nueva LRSAL, pero siempre con el control autonómico y/o estatal, lo que provoca que, en el caso del País Vasco, los Territorios Históricos van a hacer «suyas» estas competencias sin dicho control externo por lo que las incorporan a su bloque competencial.

Basta comparar el nuevo contenido del artículo 36 LRBRL con el de su precedente para observar la ampliación de competencias a favor de las diputaciones provinciales. A lo que debe añadirse lo dispuesto en el artículo 26.2 LRBRL. Como señala el apartado 2 de la disposición adicional 2.<sup>a</sup> LRBRL, los Territorios Históricos ejercerán las competencias asignadas a las diputaciones provinciales. No obstante, como luego se verá, algunas de ellas van a quedar «foralizadas» (incorporadas al «bloque foral») en virtud de lo dispuesto en las salvedades contenidas en la LRSAL así como por su relación con el Concierto Económico.

## **V. La aplicación de la reforma local en la Comunidad Autónoma del País Vasco**

### **V.1. Las disposiciones de la LRSAL relativas a la Comunidad Autónoma del País Vasco**

La LRSAL recoge las modificaciones relativas a la Comunidad Autónoma del País Vasco en diversas disposiciones. Por un lado, modifica la disposición adicional 2.<sup>a</sup> LRBRL. Por otro, modifica asimismo la disposición adicional 8.<sup>a</sup> TRLHL. Y en tercer lugar, añade una nueva disposición adicional 1.<sup>a</sup> a la propia LRSAL. No se explica muy bien esta abundancia de disposiciones y menos el entrecruzamiento que se observa entre ellas, pero en todo caso persiguen un mismo objetivo: establecer las singularidades de la Comunidad Autónoma Vasca tanto en el nivel de los Territorios Históricos como en el municipal, y tanto respecto de la regulación general del régimen local como en la relativa a las haciendas locales.

Por ejemplo, la modificación de la disposición adicional 8.<sup>a</sup> del TRLHL no se limita al Texto Refundido sino que persigue tres objetivos: por un lado completar las salvedades a la LRBRL; por otro, introducir en el lugar adecuado las excepciones a dos artículos del TRLHL reformados por la LRSAL; y, finalmente, recoger una cláusula general competencial a favor de los Territorios Históricos de colaboración con las entidades locales en materia presupuestaria y financiera.

De estas tres disposiciones únicamente la disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la propia Ley reformadora estaba prevista desde el inicio del procedimiento legislativo.

Así en el origen de la reforma (anteproyecto y proyecto de ley) sólo se preveía una única disposición adicional 1.<sup>a</sup> de forma conjunta para Navarra y el País Vasco, en orden a garantizar la salvaguarda de sus competencias históricas sobre régimen local. El proyecto de ley decía así en lo relativo al País Vasco:

«Esta Ley se aplicará a la Comunidad Autónoma del País Vasco en los términos establecidos en el artículo 149.1.14.<sup>a</sup> y 18.<sup>a</sup> y disposición adicional primera de la Constitución, sin perjuicio de las particularidades que resultan de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para el País Vasco, y de la disposición final tercera de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera» (apartado 2).

Las adiciones efectuadas durante la tramitación legislativa consisten en la adición de la frase «y de las demás normas que actualicen los derechos históricos de los territorios forales» dentro del párrafo 1.º; en la adición de una segunda parte al párrafo 1.º; y la adición de un nuevo párrafo 2.º.

Más adelante en su trámite en el Senado, la Ponencia de la Comisión procedió a efectuar una modificación de este párrafo 2.º convirtiéndolo en un apartado 3 independiente con el único objeto de extender su aplicación también a Navarra.

El Pleno del Senado aprobó la división de la disposición adicional en dos diferentes, lo que supuso que el apartado 2 con sus dos párrafos se convirtiera en la nueva disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la LRSAL, pasando el párrafo 1.º a ser el apartado 1 y el párrafo 2.º el apartado 2.

Por el contrario, la modificación de la disposición adicional 2.<sup>a</sup> de la LRBRL, sobre régimen aplicable a la Comunidad Autónoma del País Vasco, no se encontraba prevista en el proyecto de ley y fue introducida en el trámite de la Comisión con competencia legislativa plena del Congreso de los Diputados. Lo mismo ocurrió con la modificación de la disposición adicional 8.<sup>a</sup> de la LRBRL. Asimismo se incluyó una disposición adicional 16.<sup>a</sup> de la LRSAL sobre suministro de información por la Comunidad Foral de Navarra y las Diputaciones Forales del País Vasco, que finalmente no se incorporó a la Ley.

De forma general, cabe destacar que la LRSAL introduce las siguientes novedades:

1. Nuevas salvedades a la aplicación de las nuevas disposiciones de la LRBRL, en especial, en lo que se refiere al sistema competencial impuesto por la LRSAL.
2. Atribución de funciones de tutela financiera a la Comunidad Autónoma del País Vasco, excluyendo o dejando en segundo término la intervención estatal.
3. En algunos casos se establece el órgano interno de la Comunidad Autónoma Vasca competente, en especial, respecto de las Diputaciones Forales y en otros se deja su fijación a la normativa interna de la Comunidad Autónoma Vasca.

Un análisis de las modificaciones introducidas debiera tener en cuenta el conjunto de las tres disposiciones adicionales modificadas o introducidas (D.A. 2.<sup>a</sup> LRBRL, D.A. 8.<sup>a</sup> LHL y D.A. 1.<sup>a</sup> LRSAL). Por ello, sin perjuicio de que se irá advirtiendo cuál es la disposición referida, el examen de las modificaciones efectuadas en lo que respecta a la Comunidad Autónoma del País Vasco se va a realizar de forma conjunta.

## **V.2. Nuevas cláusulas generales de salvedad: la disposición adicional 1.<sup>a</sup> de la LRSAL y la disposición adicional 8.<sup>a</sup> del TRLHL**

La LRSAL contiene, en primer lugar, una nueva cláusula de salvaguarda del régimen foral y local vasco, que se adiciona a las ya existentes en el propio texto de la LRBRL y del TRLHL. De esta cláusula cabe destacar su amplitud y generalidad, dado que no se contemplaba en los mismos términos en la LRBRL. Así también hace referencia a la existencia de singularidades que van más allá de las previsiones expresas contenidas en la LRBRL y en el TRLHL, lo que admite una interpretación más amplia. Y, por último, persigue dotar a estas particularidades de permanencia puesto que se contempla su actualización.

En concreto se afirma que «esta Ley se aplicará a la Comunidad Autónoma del País Vasco en los términos establecidos en el artículo 149.1.14.<sup>a</sup> y 18.<sup>a</sup> y disposición adicional primera de la Constitución, sin perjuicio de las particularidades que resultan de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para el País Vasco, de la disposición final tercera de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y de las demás normas que actualicen los derechos históricos de los territorios forales».

La disposición adicional 8.<sup>a</sup> del TRLHL mantiene la cláusula general de salvaguarda contenida en el anterior texto legal vigente, que aparece copiada en el párrafo 1.<sup>o</sup> de este apartado 1: «Los Territorios Históricos del País Vasco continuarán conservando su régimen especial en materia municipal en lo que afecta al régimen económico-financiero en los términos de la Ley del Concierto Económico, sin que ello pueda significar un nivel de autonomía de las corporaciones locales vascas inferior al que tengan las demás corporaciones locales, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y de las competencias que a este respecto puedan corresponder a la Comunidad Autónoma».

La Circular de 11 de marzo de 2014 de la Directora de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros Administrativos del Gobierno Vasco afirma, con acierto, que la disposición adicional primera.1 de la LRSAL supone «el reconocimiento de un régimen singular» para su aplicabilidad en la Comunidad Autónoma del País Vasco (p. 6).

## **V.3. Actualización de denominaciones de los Territorios Históricos**

La disposición adicional 2.<sup>a</sup> LRBRL actualiza la denominación de los Territorios Históricos a la oficial de Araba/Álava, Gipuzkoa y Bizkaia.

## **V.4. Las competencias de los municipios**

Una de las cuestiones nucleares de la LRSAL es la competencial, dado que incide de forma muy relevante en las competencias de las entidades locales. De forma muy resumida la LRSAL modifica los artículos 7.4, 25, 26, y 27 LRBRL y suprime el conte-



nido de su artículo 28. La nueva Ley adopta una triple clasificación de las competencias de los municipios: competencias propias, por delegación e impropias (19).

Ello significa que establece un primer nivel de competencias propias de los municipios, más limitado que el contenido en la normativa modificada toda vez que ya no se consagra una cláusula general de competencias (artículo 25.1), sino que se ofrece un listado más reducido del que además se desgajan algunas de ellas a favor de otros niveles superiores (Comunidades Autónomas y Provincias) (artículo 25.2). El artículo 26 reitera el sistema de fijación de servicios mínimos a prestar de forma obligada por los municipios en función de su población, introduciendo una de las novedades más trascendentes cual es que los municipios de menos de 20.000 habitantes pueden ver que la prestación de algunos servicios mínimos sea coordinada por las Diputaciones provinciales, a cuyo efecto éstas elevarán, de conformidad con los municipios afectados, una propuesta de forma de prestación de los servicios coordinados, para su decisión por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Así pues hay dos tipos de municipios, los municipios «independientes» y los municipios bajo la coordinación de las Diputaciones provinciales. El criterio para fijar esta coordinación se encuentra en el concepto de coste efectivo de los servicios, que se convierte por tanto en el elemento determinante y aparece regulado en el nuevo artículo 116 ter LRRL.

En segundo lugar, se potencia la posible delegación de competencias por parte de las Comunidades Autónomas o de las provincias en los municipios, asegurándose que la delegación se efectúa con el pago efectivo del coste de dichos servicios.

Finalmente, se limita la intervención de las entidades locales en el ámbito de las denominadas competencias impropias (20). Por un lado, el artículo 7.4 LRRL indica que las entidades locales «sólo» podrán ejercer estas competencias impropias cuando tengan recursos para ello y además no incurran en duplicidades administrativas, requiriendo para ello de informes favorables de la Administración competente sobre la materia y de la Administración que tenga la tutela financiera. Por otro, desaparecen las «actividades complementarias» del anterior artículo 28 LRRL, ahora suprimido. A ello se unen los límites impuestos por el artículo 86 LRRL a la iniciativa pública local en materia de actividades económicas.

No procede entrar aquí en el examen de la posible inconstitucionalidad de algunas de las nuevas disposiciones. No obstante, es preciso advertir que el Consejo de Estado ha entendido que los artículos 26.2 y 116 ter pueden ser inconstitucionales por vulnerar el principio de autonomía local (dictamen de 22 de mayo de 2014).

No obstante, la reforma local aprobada queda «desvirtuada» (21) para la Comunidad Autónoma Vasca, como puede verse del juego conjunto de las diversas excepciones introducidas:

---

(19) Para una visión más general me remito a J. CUESTA REVILLA, «Las competencias municipales. Una aproximación a su nuevo régimen jurídico», en el número monográfico de *Cuadernos de Derecho Local* sobre «La revisión del Gobierno y la Administración local en la Ley 27/2013», febrero 2014, pp. 98-125.

(20) Ahora incluye también las competencias complementarias del artículo 28 LRRL suprimido.

(21) Es importante resaltar que de no ser por las disposiciones amparadas en los derechos históricos, la reforma sería plenamente aplicable en la Comunidad Autónoma Vasca. Por tanto no coincide con la afirmación de la Circular de 11 de marzo de 2014 de la Directora de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros Administrativos del Gobierno Vasco en la que se afirma que la normativa básica de régimen local no puede desconocer o menoscabar las competencias correspondientes a la Comunidad Autónoma de Euskadi en las materias relacionadas con los diferentes sectores de actuación pública (p. 3). Basta ver, asimismo, las consideraciones al respecto

1. Competencias propias: La disposición adicional 8.<sup>a</sup> del TRLHL incluye una salvedad a la aplicación del artículo 25 de la LRBRL. Se exceptiona la aplicación del nuevo régimen competencial municipal, puesto que la fijación de las competencias propias queda en manos de las instituciones vascas. Ello significa que los municipios vascos podrán tener un ámbito competencial diferente de los municipios de régimen común. El límite que se impone es el respeto de los criterios establecidos en los apartados 3, 4 y 5 del citado artículo 25 LRBRL.
2. La asignación del ejercicio de competencias a un nivel provincial: la disposición adicional primera de la LRSAL incide en el elemento crucial y determinante de la coordinación de servicios por el nivel superior (de los municipios de menos de 20.000 habitantes a las Diputaciones provinciales) que se fundamenta en la fijación del coste efectivo de los servicios. Si el coste efectivo es mayor, la competencia será objeto de coordinación, y la Diputación repercutirá a los municipios el coste efectivo del servicio en función de su uso (artículo 26.2 LRBRL). Si es menor, la competencia puede quedar en manos del municipio. Y es por ello que el nuevo artículo 116 ter de la LRBRL regula cómo se efectúa el cálculo del coste efectivo de los servicios, para lo que se seguirán los criterios fijados por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Por un lado, se atribuye a los Territorios Históricos la decisión sobre la forma de prestación de los servicios coordinados, sustrayéndola del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (artículo 26.2 LRBRL). Por otro, se advierte que las facultades de coordinación y tutela corresponden (con carácter general) a los Territorios Históricos. Y, en tercer lugar, se recoge la precisión del artículo 26.2 LRBRL de la conformidad de los municipios afectados a la propuesta sobre la forma de prestación de los servicios.
3. El coste efectivo: asimismo se atribuye a la Comunidad Autónoma del País Vasco la aprobación de la metodología de valoración del coste de los servicios transferidos en las materias de las disposiciones adicional 15.<sup>a</sup> (educación) y transitorias 1.<sup>a</sup> (salud), 2.<sup>a</sup> (Servicios sociales) y 3.<sup>a</sup> (inspección sanitaria). No obstante, se trata de una competencia limitada porque debe atender las directrices y principios que establezca el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

Por otra parte, la nueva redacción de la disposición adicional 2.<sup>a</sup> da respuesta a diversos elementos relevantes de la LRBRL, como el traspaso de competencias (o la coordinación, que es el término ahora empleado por la LRBRL) desde los municipios menores a 20.000 habitantes a las Diputaciones provinciales y la minusvaloración de las entidades locales inferiores al municipio. Por un lado, las competencias establecidas en el artículo 26.2 de tutela financiera y control sobre el traspaso competencial referido se atribuyen a las instituciones de la Comunidad Autónoma del País Vasco, dejándose al ámbito interno la determinación de si será competente la Administración autonómica o las Diputaciones forales.

Asimismo la implantación de la coordinación tiene en cuenta como elemento fundamental el coste efectivo de los servicios que se regula en el artículo 116 ter de la

---

del Dictamen del Consejo de Estado de 22 de mayo de 2014. Es por ello que la disposición adicional octava.1 del TRLHL (en su nueva redacción) no refrenda nada sino que salva lo establecido por la LRSAL.

LRBRL. Pues bien, también respecto de este precepto, se atribuye a las Diputaciones forales el desarrollo de los criterios de cálculo de dicho coste efectivo, así como la recepción de la comunicación que deben remitir las entidades locales. Debe advertirse que se refiere al desarrollo de los criterios establecidos en el artículo 116 ter, cuando resulta que este precepto indica que la determinación de estos criterios se efectuará por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

En relación con las transferencias de competencias al nivel autonómico previstas en las disposiciones adicional 15.<sup>a</sup> y transitorias 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup> de la LRSAL, la disposición adicional 1.<sup>a</sup>.2 LRSAL señala que la metodología para valorar su coste corresponde a las instituciones de la Comunidad Autónoma, «atendiendo las directrices y principios que establezca el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas».

En definitiva, el nuevo panorama legislativo general sobre competencias locales queda exceptuado en la Comunidad Autónoma Vasca, precisando para ello de una nueva regulación autonómica que afiance este «avance» competencial respecto de la situación anterior en relación con la aplicación de la LRBRL y del TRLHL en Euskadi. Si a ello añadimos el principio de continuidad de la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> de la LRBRL, invocado por la Circular de 11 de marzo de 2014 de la Directora de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros Administrativos del Gobierno Vasco, las novedades son bien pocas, aunque precisan de inmediato amparo legal a nivel autonómico. Entiendo que el problema principal es salvar el nuevo ámbito competencial del artículo 25.2 de la LRBRL mediante una ley municipal que haga uso de las competencias de salvedad que le reconoce ahora la nueva redacción de la ley estatal.

La Circular distingue entre competencias «antiguas» y «nuevas» a los efectos de lo dispuesto en los artículos 7.4 y 25.2 LRBRL (22). Sin embargo, a mi juicio, lo relevante es la posibilidad que se brinda a la Comunidad Autónoma Vasca de articular un sistema propio y diferente y, además, dotándole de una autonomía interna dado que las decisiones se dejan en el ámbito autonómico vasco (me refiero a los informes del art. 7.4 LRBRL).

## **V.5. La estructura local: otras entidades locales, regímenes especiales y concejos**

La LRSAL contempla diversas medidas sobre la estructura local, en especial sobre las diversas entidades locales diferentes del municipio. Por un lado, se refiere a las entidades locales menores (artículo 24 bis, supresión del artículo 45, disposición transitoria 4.<sup>a</sup> todos ellos de la LRBRL), y por otro, a otro tipo de entidades como los consorcios, que reciben una gran atención (disposiciones adicionales 13.<sup>a</sup> y 14.<sup>a</sup>, transitoria 6.<sup>a</sup>, final 2.<sup>a</sup> LRSAL), o las mancomunidades (disposición transitoria 11.<sup>a</sup> LRSAL). También se persigue el redimensionamiento del sector público local (disposición adicional 9.<sup>a</sup> LRBRL).

---

(22) La Circular adopta aquí el criterio seguido por gran parte de las normas o circulares autonómicas respecto de la aplicación de la LRSAL. Así por ejemplo pueden verse los artículos 1 y 2 del Decreto-Ley 1/2014, de 20 de mayo, de la Junta de Andalucía, los artículos 3.2 y 6.1 de la Ley 1/2014, de 25 de julio, de la Comunidad de Madrid o la Circular 1/2014, de 28 de abril, de la Dirección General de Administración Local del Gobierno de Aragón.

Sin embargo, las salvedades introducidas se limitan en la práctica solamente a las entidades locales inferiores al municipio. Así, aunque se configure como una medida de tutela financiera, es obligado incluir aquí la referencia a las entidades locales inferiores al municipio o concejos. Se trata de una figura denostada por la LRSAL, pero que tiene una gran relevancia en el País Vasco, sobre todo, en el Territorio Histórico de Álava (23).

La LRSAL persigue la reconversión de las entidades locales menores en órganos desconcentrados (artículo 24 bis LRBRL y supresión del artículo 45 LRBRL), aunque se ve obligada a mantener la personalidad jurídica de aquellas ya existentes (disposición transitoria 4.ª LRBRL).

Desde el ámbito de la Comunidad Autónoma Vasca, se pretende excluir esta posición y sobre todo, que su posible aplicación se mantenga en la órbita foral. Por ello se introduce una salvedad competencial a favor de las Instituciones Forales:

«Igualmente, de acuerdo con lo previsto en la disposición transitoria cuarta de la Ley 27/2013 de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, las entidades de ámbito territorial inferior al municipio comunicarán a las Instituciones Forales sus cuentas y serán estas Instituciones Forales quienes acuerden su disolución si así procede en aplicación de la mencionada disposición» (D. A. 2.ª .6 LRBRL).

Por consiguiente, la supresión de concejos, por esta vía de disolución-sanción por la no presentación de las cuentas en plazo, queda en manos de la Diputación Foral. Pero, incluso, la competencia general a favor de la Comunidad Autónoma Vasca permite concluir que la estructura de los Concejos se mantiene dentro de la órbita competencial de los Territorios Históricos, fuera de la aplicación de las normas generales modificadas, suprimidas o adicionadas por la LRSAL respecto de las entidades locales inferiores al municipio.

Por otra parte, el apartado 1 de la disposición adicional 2.ª LRBRL mantiene el texto original en cuanto a la singularidad de los Territorios Históricos que se encuentra en íntima relación con lo dispuesto en su artículo 39 (no modificado). Ahora en este apartado 1 se incluye una frase «amparando y garantizando, asimismo, las peculiaridades históricas de las Entidades Locales de sus territorios», que hace referencia a un mandato a los Territorios Históricos que deberán respetar dichas peculiaridades de los entes locales.

## V.6. Tutela financiera

Ya se ha advertido más arriba de la inescindible unidad entre régimen local y haciendas locales y, en especial, la vinculación de la LRSAL con el artículo 135 CE y con la LOEPSF. Se persigue la reducción del gasto público, no sólo el equilibrio presupuestario que exige la CE. Por eso la LRSAL está plagada de medidas tendentes a reducir el gasto público local, desde la perspectiva de una gran desconfianza en la actuación local. Ello provoca que se prevean nuevas medidas de tutela financiera, en ratificación y adición de las ya establecidas por la LOEPSF.

---

(23) El Territorio Histórico de Álava aprobó la Norma Foral 11/1995, de 20 de marzo, de Concejos. Véase la obra colectiva *El Concejo alavés ante el siglo XXI*, ed. Juntas Generales de Álava, Vitoria-Gasteiz 2003.

Y evidentemente al hablarse de medidas financieras, aparece aquí la posición singular de la Comunidad Autónoma Vasca en relación con el Estado que se asienta en el Concierto Económico. Ya así lo preveía con anterioridad la LOEPSF, tal como se ha indicado más arriba.

Por eso cabe dudar, como hace la Circular de 11 de marzo de 2014 de la Directora de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros Administrativos del Gobierno Vasco (24), de su aplicación en la Comunidad Autónoma Vasca.

El apartado 5 de la disposición adicional 2.<sup>a</sup> LRBRL recoge la cita expresa de la Ley del Concierto Económico (Ley 12/2002, de 23 de mayo) (25), que se convierte en el paraguas protector frente a la entrada de la Administración estatal en las entidades locales vascas. Este nuevo precepto se refiere a las competencias en materia de tutela financiera establecidas en los artículos 7.4 y 26.2 de la LRBRL que se atribuyen a la Comunidad Autónoma Vasca, dejando la fijación del órgano competente para ello a la regulación interna (26). El criterio determinante para establecer la Administración competente en el ámbito interno es el artículo 48.5 de la Ley del Concierto Económico citado expresamente, que dice así: «Las facultades de tutela financiera que, en cada momento, desempeñe el Estado en materia de Entidades locales, corresponderán a las instituciones competentes del País Vasco, sin que ello pueda significar, en modo alguno, un nivel de autonomía de las Entidades locales vascas inferior al que tengan las de régimen común».

Se trata, nuevamente, de una combinación entre competencia foral y respeto de la autonomía local.

Además se introducen cuatro salvedades concretas:

1. Control del plan económico y financiero. El artículo 116 bis de la LRBRL introduce unas reglas específicas respecto del plan económico y financiero que deben aprobar y seguir las entidades locales que incumplan el objetivo de estabilidad presupuestaria, conforme establece la LOEPSF, concediendo a las diputaciones provinciales un papel colaborador en las decisiones que corres-

---

(24) La circular afirma lo siguiente: «Las peculiaridades del sistema de financiación propio del Concierto Económico, unido a las previsiones contenidas en la disposición adicional octava del TRLHL, así como las singularidades competenciales e institucionales existentes en la Comunidad Autónoma de Euskadi, ponen en duda la aplicabilidad de dichos mandatos en el sistema vasco. Aun así, y en aras de dotar de seguridad a nuestro marco jurídico, se considera pertinente un expreso pronunciamiento normativo que detalle la distribución competencial en dichas materias, entre los distintos niveles de Administración de la Comunidad Autónoma Vasca, pronunciamiento que deberá ser contenido en la Ley Municipal de Euskadi» (p. 6).

(25) Véase F. DE LA HUCHA CELADOR, *El régimen jurídico del Concierto Económico*, Ed. Ad Concordiam, Bilbao, 2006, en especial, pp. 95-101, en las que explica las potestades armonizadoras del País Vasco en relación con las Haciendas locales.

(26) Téngase en cuenta la posición diversa que ha mantenido la Comisión Arbitral respecto de la asignación de las competencias sobre tutela financiera en el nivel interno, es decir, sobre si éstas corresponden a las Instituciones Comunes o a los Territorios Históricos.

En un primer momento se pronunció a favor de la competencia de los Territorios Históricos para la regulación del régimen presupuestario y de contabilidad de las entidades locales (Decisión 2/2003, de 17 de marzo, sobre el Proyecto de Norma Foral Presupuestaria de las Entidades Locales del Territorio Histórico de Bizkaia, publicada en el BOPV de 20 de octubre de 2003). Más adelante, por el contrario, reconoció la competencia de las Instituciones Comunes sobre el régimen financiero de las entidades locales, limitando el ámbito de intervención de los Territorios Históricos de forma muy significativa (Decisión 3/2012, de 19 de abril, sobre el Proyecto de Ley Municipal de Euskadi, publicada en el BOPV de 13 de junio de 2012). Debe advertirse que ambas resoluciones contaron con varios votos particulares en su contra.

ponde adoptar a la Administración que ejerza la tutela financiera. Pues bien, lo que se trata ahora es de reconocer a las Diputaciones Forales el papel de Administración decisoria atribuyéndoles la tutela financiera. Es por ello que las Diputaciones Forales aprobarán los planes económico-financieros y supervisarán su cumplimiento. Únicamente se les impone que esta aprobación, que les permite concretar las reglas necesarias para la formulación de estos planes, se efectúe «de conformidad con la normativa dictada al efecto por el Estado» (disposición adicional 2.ª.6, párrafo 3.º LRBRL).

2. Información sobre derechos de difícil o imposible recaudación. La disposición adicional 8.ª del TRLHL en su apartado 2 pretende obviar la competencia del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas recogida en el nuevo artículo 193 bis TRLHL. Así pues las entidades locales vascas deberán informar a los Territorios Históricos del resultado de aplicación de los criterios determinantes de los derechos de difícil o imposible recaudación (disposición adicional 8.ª.2 TRLHL).
3. Los controles de intervención: se remitirán a las Diputaciones Forales las discrepancias entre los órganos municipales y el interventor municipal. Los municipios vascos deberán enviar a las Diputaciones forales tanto los informes de los órganos interventores como los informes justificativos del Alcalde sobre su actuación. Seguidamente se fija al Tribunal Vasco de Cuentas Públicas como primer estadio de control de la actuación en el caso de resoluciones y acuerdos locales discrepantes sobre los informes de intervención, al que deben remitirse los informes del artículo 218 TRLHL, aunque se advierta que lo será sin perjuicio de las competencias del Tribunal de Cuentas (disposición adicional 8.ª.2 TRLHL).
4. Convenios de colaboración: el nuevo apartado 3 de la disposición adicional 8.ª del TRLHL atribuye a las Diputaciones Forales la competencia para «formalizar convenios con las Entidades Locales para reforzar la autonomía y eficacia de los órganos responsables del control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera, contable y presupuestaria de las citadas Entidades Locales». En definitiva, se recupera la competencia prevista en la disposición adicional 7.ª LRSAL.

Habida cuenta de estas salvedades, parece correcto concluir que la información en materia de tutela financiera (disposición adicional 12.ª LRSAL) habrá de ser ofrecida por las Diputaciones Forales.

Por el contrario, no hay previsiones sobre una posible aplicación específica de la modificación introducida en el artículo 36.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (disposición final 3.ª LRSAL) en caso de incumplimiento de remisión de información al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas y al Tribunal de Cuentas.

## V.7. Funcionarios con habilitación de carácter nacional

Desde su origen, la LRBRL recogía las competencias de la Comunidad Autónoma Vasca en materia de funcionarios con habilitación de carácter nacional que posterior-

mente se había introducido en el EBEP, al derogar éste los preceptos de la LRBRL. Ahora con motivo de la vuelta desde el EBEP a la LRBRL en su nuevo artículo 92 bis, se actualiza la disposición adicional 2.<sup>a</sup> LRBRL con la cita del nuevo precepto ahora vigente. La regulación había salvaguardado siempre la competencia sobre convocatoria de concursos, nombramientos, formación y baremo de los concursos de estos funcionarios.

Las competencias para la fijación del baremo aparecen distribuidas entre el Estado (80%), la Comunidad Autónoma (15%) y la entidad local (5%). La modificación consiste en que el porcentaje atribuido a las instituciones competentes de la Comunidad Autónoma Vasca es ahora del 15% (antes el 10), y el de la corporación local interesada el 5% (igual que el resto de las entidades locales, aunque antes era el 25%).

No obstante, el nuevo apartado 7 parece contener un alcance mayor que el del texto anterior. La nueva redacción de este apartado ya no se limita a los concursos y nombramientos, que pasan a ser una competencia mínima que siempre les ha correspondido, sino que contiene una referencia más general a «todas las facultades previstas» en «la normativa reguladora» de los funcionarios con habilitación de carácter nacional.

Así pues, todas estas facultades se conceden a las instituciones de la Comunidad Autónoma Vasca, que luego deslindará su atribución en el ámbito interno (así se dice, «en los términos que establezca la legislación autonómica»).

## **V.8. Retribuciones de cargos, personal eventual y funcionarios**

El objetivo de reducción del gasto público que imbuye a la LRSAL se presenta asimismo en relación con los gastos de los cargos públicos locales y el personal al servicio de las entidades locales. Se parte de que las entidades locales constituyen una organización «sobredimensionada» y que por tanto es preciso recortar.

La LRSAL modifica diversos preceptos de la LRBRL para lograr dicho objetivo. Por un lado, se fijan límites retributivos para los miembros de las entidades locales en el nuevo artículo 75 bis. Por otro, se introducen límites al número de miembros con dedicación exclusiva (nuevo artículo 75 ter). En tercer lugar, se retocan asimismo las normas sobre el personal eventual y directivo de las entidades locales (artículo 104 bis).

Se deja en manos de los Territorios Históricos la fijación de los «límites máximos totales del conjunto de las retribuciones y asistencias de los miembros de las Corporaciones Locales, del personal eventual y del resto de personal al servicio de las Corporaciones Locales y su sector público y de los funcionarios con habilitación de carácter nacional» (apartado 11 de la disposición adicional 2.<sup>a</sup> LRBRL).

El límite para esta competencia se encuentra en que «la determinación de tales retribuciones atenderá a los principios y estructura establecidos, en su caso, por la legislación estatal».

Téngase en cuenta la aprobación del Real Decreto Ley 1/2014, de 24 de enero, que establece el régimen retributivo de los miembros de las Corporaciones Locales (artículo 11.3 del Real Decreto Ley).

## VI. Papel de las instituciones comunes y de los territorios históricos en el desarrollo de la reforma local

Como se ha resaltado más arriba, el marco general de distribución competencial en el nivel interno de la Comunidad Autónoma Vasca se encuentra en el EAPV, en la LTH y en la Ley del Concierto Económico (27).

Conviene ahora detenerse en las disposiciones de la LRSAL que definen las competencias del nivel interno de la Comunidad Autónoma Vasca o bien dejan para su posterior distribución por la normativa propia de la Comunidad Autónoma. La reforma local de 2013 deja pendientes algunas cuestiones de orden interno, aunque asimismo resuelve otras generalmente a favor de los Territorios Históricos. Así lo destaca la Circular de 11 de marzo de 2014 de la Directora de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros Administrativos del Gobierno Vasco al indicar que las nuevas disposiciones derivadas de la LRSAL «establecen un complejo sistema de atribuciones puntuales de determinadas facultades o competencias sobre ámbitos materiales o espacios de intervención específicos a diferentes instituciones vascas» (p. 7).

Así en primer término deja en poder de los Territorios Históricos todo lo relativo a su autoorganización y funcionamiento, así como lo relativo a su régimen económico financiero. Cabe referirse a los siguientes supuestos previstos expresamente en la LRSAL:

- Funcionamiento y ejercicio de las competencias por el Territorio Histórico (disposición adicional 2.<sup>a</sup> LRBRL, apartados 1, 2, 3, 4 y 5, primer párrafo).
- Gestión económico-financiera y presupuestaria del propio Territorio Histórico (disposición adicional 2.<sup>a</sup> LRBRL, apartado 10).

Asimismo se atribuyen de forma expresa a los Territorios Históricos (o a las Diputaciones Forales) las siguientes competencias:

- Determinación de la forma de prestación de los servicios del artículo 26. 2 LRBRL (disposición adicional 1.<sup>a</sup>.1 LRSAL).
- Régimen económico-financiero de las entidades locales, que incluye el contenido del artículo 116 ter (coste efectivo), del artículo 116 bis (tutela financiera) y de la disposición transitoria 4.<sup>a</sup> de la LRBRL (disolución de los concejos), previsiones realizadas por la Disposición adicional 2.<sup>a</sup> .2 LRBRL.
- Funciones de tutela financiera y recepción de informes de los artículos 193 bis y 218 TRLHL (disposición adicional 2.<sup>a</sup>.11 LRBRL).
- Fijación de límites máximos de retribuciones y asistencias (disposición adicional 8.<sup>a</sup>.3 TRLHL).
- Celebración de convenios con municipios (disposición adicional 8.<sup>a</sup>.3 TRLHL).

Por otra parte, la atribución de competencias propias a los municipios (art. 25 LRBRL) se deja en manos bien de la CAPV o de los TTHH en función de sus respectivas competencias (disposición adicional 8.<sup>a</sup>.1 párrafo 2.º TRLHL).

(27) Sobre las competencias de los Territorios Históricos y su regulación en la LTH véase S. LARRAZABAL BASAÑEZ, «¿26 años no es nada...? Luces y sombras en la distribución de competencias entre las instituciones comunes de la Comunidad Autónoma del País Vasco y las de sus Territorios Históricos», en *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 87-88/2010, pp. 707-742.



Por el contrario quedan indeterminadas («las instituciones competentes»), dejándose su atribución al ordenamiento interno del País Vasco, las siguientes competencias:

- Fijación del coste de los servicios transferidos (disposición adicional 1.ª.2 LRSAL).
- Las funciones de los artículos 7.4 y 26.2 atribuidas a la Administración (disposición adicional 2.ª.5 LRBRL).
- Las competencias sobre funcionarios con habilitación de carácter nacional (disposición adicional 2.ª.7 y 8 LRBRL).

Finalmente, a favor de las Instituciones Comunes solamente se deja la realización del Convenio del IVAP (disposición adicional 2.ª.9 LRBRL).

## **VII. ¿Por fin, una Ley municipal de Euskadi?**

Es evidente que la reforma introducida por la LRSAL para nada afecta a los Territorios Históricos, en cuanto instituciones propias de la Comunidad Autónoma del País Vasco y diferentes de las provincias. Y ello, a pesar de que les correspondan por defecto las competencias propias de las Diputaciones provinciales. Se trata de una cuestión hoy manifiestamente clara y que no tiene discusión, y que ha recibido confirmaciones rotundas tanto a nivel legislativo como a nivel jurisprudencial, tal como se ha expuesto más arriba. Se trata de un camino que ya ha culminado y que no tiene vuelta atrás: las Diputaciones Forales (y mucho menos las Juntas Generales) no son entes locales. Así pues, lisa y llanamente, cabe concluir que se encuentran fuera del ámbito de la reforma local efectuada por la LRSAL.

Simplemente puede decirse que los Territorios Históricos han visto ampliadas sus competencias de una forma indirecta, por la ampliación competencial efectuada a favor de las diputaciones provinciales. Además, aumentarán sus competencias por la vía del control sobre los municipios. Ya se ha resaltado la gran desconfianza que la LRSAL muestra respecto de los municipios, lo que le hace diseñar nuevos instrumentos de control, sobre todo de tutela financiera, o cuando menos profundizar en los ya existentes. Por esta vía se produce una ampliación competencial de los Territorios Históricos que reciben un nuevo conjunto de funciones bien de colaboración (por ejemplo en los amplios términos el apartado 3 de la disposición adicional 8.ª TRLHL) como de control (recepción de informes, informes preceptivos e incluso vinculantes a emitir, etc.).

Fuera de ello, la reforma local de 2013 se centra en el nivel estrictamente municipal, así como en el inframunicipal (concejos) o supramunicipal (mancomunidades, agrupaciones y consorcios). Y, como he referido más arriba introduce nuevas salvedades a favor de la Comunidad Autónoma Vasca que es preciso consolidar cuanto antes, dado que ha quedado perfilado, a partir de 2013, un régimen diferencial más acusado.

Los Territorios Históricos han venido aprobando diversas Normas Forales y reglamentos en materia local. Por ejemplo, cabe resaltar las Normas Forales del Territorio Histórico de Álava que afectan a su régimen local: Concejos, Elección de Regidores y Vocales de los Concejos, Hermandades, Cuadrillas, Haciendas locales, Fondo Foral de Financiación de las Entidades locales, presupuestaria de las entidades locales y de-

marcaciones territoriales. El de Bizkaia ha aprobado Normas forales sobre demarcaciones territoriales, haciendas locales, entidades de ámbito supramunicipal y presupuestaria. Y el de Gipuzkoa cuenta asimismo con Normas forales sobre demarcaciones territoriales, haciendas locales, Fondo foral de financiación municipal, entidades de ámbito supramunicipal, presupuestaria e, incluso, la ya citada Norma Foral 1/2013, de 8 de febrero, sobre tutela financiera de los municipios.

Sin embargo hasta el momento no se ha aprobado la Ley municipal de Euskadi, a pesar de que han existido varios intentos que no han tenido éxito (28) y de que se considera una ley imprescindible (29). El carácter necesario de esta Ley municipal viene ahora resaltado por la Circular de 11 de marzo de 2014 de la Directora de Relaciones con las Administraciones Locales y Registros Administrativos del Gobierno Vasco, cuya conclusión 7.<sup>a</sup> afirma que «el elemento de cierre de este modelo será la futura Ley Municipal de Euskadi», resaltando la provisionalidad de las medidas que se adopten hasta su aprobación.

Acaba de aparecer publicado un Anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi, de fecha 1 de julio de 2014, que se somete a información pública. Y en el mismo se califica su aprobación como inaplazable, tanto para desterrar la precariedad del marco normativo institucional como para desarrollar el «notable catálogo de especialidades para el caso vasco» derivadas de la reforma de 2013.

Sólo una regulación legal permite adoptar un modelo local vasco propio y diferenciado del común. Más aún, cabe decir si se quiere redireccionar el timón para que los municipios vascos puedan salir de la atonía y limitaciones en que la reforma de 2013 ha sumido a los municipios españoles.

Y, entiendo, que éste es el espíritu del Anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi, iniciar una vía nueva caracterizada por tres líneas maestras:

1. Integrar al municipio dentro del entramado institucional autonómico como una parte más, en iguales condiciones, que las Instituciones comunes y los Territorios Históricos. Es, por ello, que se afirme que esta Ley municipal supone el cierre del proceso de institucionalización interna de Euskadi.
2. Reforzamiento del municipio, afirmando su posición central, dotándole de poderes y competencias, articulando canales de participación, y dotándole de visibilidad institucional.
3. Para la efectividad de la autonomía local, se garantiza la sostenibilidad financiera, a fin de que el municipio pueda actuar autónomamente y además prestar servicios de calidad a los ciudadanos.

El Anteproyecto hace «uso» de las salvedades de la aplicabilidad de la LRBRL, del TRLHL y de la LRSAL a la Comunidad Autónoma del País Vasco. Basta para ello observar algunos aspectos destacados del Anteproyecto, más allá de los objetivos y principios tan ambiciosos que enuncia. Son los siguientes:

(28) Para una visión más amplia, me remito a J. M. ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, «La regulación del régimen local en la Comunidad Autónoma del País Vasco. Una cuestión pendiente», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 96/2013, pp. 111-152.

(29) Así la califica CASTELLS ARTECHE, ofreciendo algunas ideas al respecto («Los regímenes especiales de la Comunidad Autónoma del País Vasco», *cit.*, pp. 4417-4423).

- a) El sistema de competencias se separa totalmente de lo dispuesto en la LRBRL. Por un lado se posiciona a favor de un amplio número de competencias propias, considerando las competencias transferidas o delegadas como una vía excepcional. Así, por un lado, su artículo 16 consagra la cláusula universal de competencias municipales; por otro, su artículo 17 recoge nada menos que 37 ámbitos materiales para el establecimiento de competencias municipales; y admite las competencias impropias con total amplitud en su artículo 14.4 y también la iniciativa local en el ejercicio de actividades económicas en su artículo 87.
- b) La estructura local se sostiene sobre el municipio (artículo 8). Pero también se reconocen como entidades locales a los Concejos, Hermandades y Cuadrillas de Álava e, incluso, se prevé la existencia de entidades locales menores, con atribución del control a los Territorios Históricos (artículos 12 y 13). Por otra parte, se produce un renacimiento del principio de autoorganización municipal, que se plasma tanto en el modo de gestión de los servicios públicos locales como en el sistema de entidades locales intermedias.
- c) No se dejan de lado dos principios básicos: la racionalidad administrativa y la sostenibilidad financiera. El primero se concreta en diversas disposiciones que tratan de evitar la duplicidad (incluso se hace referencia a la triplicidad) de estructuras administrativas, así como la relación directa con los ciudadanos por el ámbito más cercano a ellos o en el que el servicio se preste de forma más eficiente. Y la sostenibilidad financiera aparece como agua subterránea que brota en los diversos títulos del Anteproyecto para culminar con su último Título, el IX, sobre financiación municipal.

Además, el Anteproyecto no olvida los elementos de detalle que aparecen en las salvedades arriba enunciadas. Simplemente ahora estos elementos de detalle, sobre todo de intervención de las Instituciones Comunes o de los Territorios Históricos, cobran un nuevo sentido diluidos en una música bien diferente.

Finalmente, debo advertir que me he limitado a exponer los aspectos del Anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi más relacionados con la reforma local general de 2013. El Anteproyecto es más ambicioso y aborda muchas otras cuestiones de gran relevancia e interés, pero no es éste el lugar de su examen. Y asimismo el Anteproyecto da por hecho que sólo debe limitarse a las competencias autonómicas sobre régimen local, que son completadas por las que corresponden a los Territorios Históricos.

Trabajo recibido el 8 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Lan honetan, 2013ko abenduan Espainian egindako tokiko erreforma azaltzen da. Erreforma hori sakona izan da, eta toki-araubideko funtsezko alderdietan eragin du; esaterako, eskumenetan eta toki-jardueren kontrolean. Azterketa toki-erregimenarekin lotutako eskubide historikoen ondoriozko salbuespenen azterketa du ardatz. Kontzertu ekonomikoa da salbuespen horien oinarria; hori dela-eta, are bereziagoak dira eta Euskal Autonomia Erkidegoak aukera du toki-araubideko eredu propioa sortzeko. Ondorio gisa, adierazten da Euskadiko udal-legea berehala onartu behar dela eredu hori lortzeko.

**HITZ GAKOAK:** Tokiko erreforma. Udal-autonomia Eskubide historikoak. Udal-legea. Udal-eskumenak.

**RESUMEN:** El estudio expone la reforma local efectuada en España en diciembre de 2013, que ha sido de gran calado, afectando a aspectos nucleares del régimen local como son las competencias y el control de las actuaciones locales. Y se centra en el análisis de las excepciones derivadas de los derechos históricos relativos al régimen local, articuladas también en torno al Concierto Económico, lo que acrecienta su singularidad y permite a la Comunidad Autónoma Vasca diseñar un modelo local propio. Se concluye que para ello es necesario que se proceda a la inmediata aprobación de la Ley municipal de Euskadi.

**PALABRAS CLAVE:** Reforma local. Autonomía municipal. Derechos históricos. Ley municipal. Competencias municipales.

**ABSTRACT:** The study sets forth the local reform carried out in Spain in December 2012, which was a major one, affecting some core aspects of the regime of local entities as competences and the monitoring of local actions. And it focuses on the analysis of the exceptions that derive from the historical laws regarding the local regime, articulated also around the Economic Concert, which makes its singularity bigger and it allows the Basque Autonomous Community to design its own model of local entities. It concludes that in order to do so it is necessary to immediately pass an Act on municipalities for Euskadi.

**KEYWORDS:** Local reform. Municipal autonomy. Historical Laws. Municipal Act. Municipal competences.

# Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes

Manuel Rebollo Puig (1)

**Sumario:** I. Objeto y presupuestos de este estudio.—II. Siempre son responsables los autores y, en principio, sólo ellos. Concepto de autor.—III. Supuestos de responsabilidad por participar en la infracción de la que es autor otro sujeto.—IV. Preceptos legales específicos sobre responsables de las infracciones.—V. Presunciones legales de autoría o de participación.

## I. Objeto y presupuestos de este estudio

Se pretende aquí abordar un aspecto crucial de todo el Derecho Administrativo sancionador: cometida una infracción administrativa, ¿hay que sancionar sólo a los autores? ¿También a los partícipes? ¿Quiénes son autores? ¿Quiénes partícipes? ¿Se puede sancionar a otros sujetos?

Tales cuestiones sólo se pueden abordar partiendo de ciertos presupuestos que aquí no se desarrollarán pero que, al menos, conviene explicitar.

Se parte aquí, en primer lugar, de que estas cuestiones están necesariamente enmarcadas, además de por el principio de legalidad, por los de personalidad de las sanciones (o principio de responsabilidad personal) y de culpabilidad, principios constitucionales estos últimos que no admiten excepciones de ningún género (2).

Por otra parte, damos aquí por presupuesto que pueden ser por igual responsables (como autores o como partícipes) las personas físicas y las jurídicas (art. 130.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo sucesivo, LRJAP); incluso, en los casos en que así esté previsto, ciertos entes sin personalidad jurídica (3). No es del todo pacífica la explicación de esta responsabilidad sancionadora de sujetos distintos de las personas físicas. Aunque ello merece un estudio específico, aquí bastará con afirmar que se parte de que estos otros sujetos pueden ser responsables porque tienen capacidad de ac-

---

(1) Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196. Proyecto de Investigación del Ministerio de Educación y Ciencia DER-2012/3569.

(2) Sobre ellos, *vid.* M. REBOLLO PUIG, «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones», en la obra colectiva *Estudios sobre régimen jurídico básico de las Administraciones públicas en homenaje al Profesor Cosculluela*, que publicará en breve la editorial Iustel.

(3) El ejemplo más destacado es el que establece el art. 181.1 de la Ley General Tributaria, en relación con el art. 35.4 de la misma Ley.

ción y de culpa, porque pueden cometer las acciones tipificadas (como infracción o como forma de participación punible) con dolo o culpa propia; o sea, que también para estas entidades rigen sin fisuras los principios de personalidad y de culpabilidad.

Por último, conviene igualmente apuntar que lo que nos ocupará aquí es la determinación de los responsables de las infracciones, es decir, de los sujetos a los que se debe imponer la sanción o sanciones correspondientes, y que ello es distinto de la determinación de los sujetos que pueden sufrir las consecuencias de las sanciones impuestas a otros, como es el caso, destacada pero no exclusivamente, de los responsables solidarios y subsidiarios del pago de las sanciones en caso de que no lo haga el sancionado(4).

## **II. Siempre son responsables los autores y, en principio, sólo ellos. Concepto de autor**

Salvo que una ley disponga otra cosa, sólo son responsables de las infracciones sus autores(5). En Derecho Penal son también responsables otros sujetos que participen en el delito sin ser sus autores (art. 27 CPen). Se castiga a los inductores y a los cooperadores necesarios (que el art. 28.2.º CPen asimila a los autores) y a los otros cooperadores o simples cómplices (art. 29). Incluso en algunos casos se castigan las formas de participación intentada, como la proposición, la conspiración o la provocación (arts. 17 y 18) y hasta el encubrimiento (arts. 451 a 454 CPen). Todo ello es así porque está expresamente previsto en el Código. Pero no hay preceptos similares en el Derecho Administrativo sancionador(6) ni de ninguna forma está justificada la aplicación de esos artículos del Código a este otro ámbito.

(4) Esta distinción es imprescindible para enfocar correctamente las cuestiones que nos ocuparán aquí porque la determinación de esos meros responsables solidarios y subsidiarios del pago de las sanciones no tiene que estar presidida —sostengo— por los principios de personalidad y culpabilidad. Pero debe advertirse que reina a este respecto una gran confusión terminológica y conceptual porque con esos mismos nombres —sobre todo con el de responsabilidad solidaria— se habla muchas veces de otra cosa. Y ello en las leyes, en la jurisprudencia y en la doctrina. En concreto, se habla en ocasiones de responsables solidarios para referirse a personas realmente castigadas, aunque conjuntamente, con una única y común sanción. Estos otros responsables solidarios sí que son realmente responsables de la infracción y no sólo del pago de la sanción impuesta a otro. Y por tanto su determinación debe estar presidida por los principios de personalidad y culpabilidad. Todo esto requiere un análisis detenido que no puede acometerse ahora y que remito a un estudio posterior.

(5) R. PARADA, *Derecho Administrativo, I, Parte general*, 16.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 437; M. IZQUIERDO CARRASCO, «La determinación de la sanción administrativa», *Justicia Administrativa*, número extraordinario de 2001, p. 229; G. QUINTERO OLIVARES, «La autotutela. Los límites al poder sancionador de la Administración pública y los principios inspiradores del Derecho Penal», *RAP*, n.º 126 (1991), pp. 275-276; M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, Aranzadi, 2.ª ed., 2010, pp. 555-556; y R. PIZARRO NEVADO, «La responsabilidad personal por infracciones administrativas», en J. J. GONZÁLEZ RUS (Coord.), *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996, pp. 612-613.

(6) En el Derecho español sólo hay una regulación de los responsables de las infracciones con similares pretensiones de generalidad en los arts. 8 a 10 de la Ley vasca 2/1998 de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas de esa Comunidad. Aunque no prevé la responsabilidad única de los autores de las infracciones, tampoco el ámbito de los sujetos responsables es tan amplio como el del CPen. *Vid.* los comentarios a esos artículos de I. LÓPEZ CÁRCAMO e I. LASAGABASTER HERRARTE, en la obra colectiva dirigida por el mismo I. LASAGABASTER HERRARTE, *Ley de la Potestad Sancionadora. Comentario sistemático*, IVAP, Bilbao, 2006, pp. 181 a 200.

Forzoso es, además, acoger un concepto estricto de autor como aquél que realiza la acción tipificada como infracción (7).

Lo que llevamos dicho está, incluso, proclamado por algunas leyes sectoriales. A veces se limitan a decir que «de las diferentes infracciones será responsable su autor» (así, Ley de Investigación Biomédica de 2007) pero sin aclarar quien es autor. Otras dan ese paso: «De las infracciones será responsable su autor, entendiendo por tal la persona física o jurídica que cometa los hechos tipificados como tales» (art. 21.1 de la Ley antitabaco de 2005). Y otras muchas ofrecen directamente la conclusión: «Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley» (art. 61.1 de la Ley de Defensa de la Competencia de 2007) (8). En suma, responsables son sólo los autores; responsables son sólo los que realizan la acción típica; autores son sólo los que realizan la acción típica.

Aunque las leyes no incluyan preceptos como estos, la conclusión tiene que ser idéntica. O sea, que las muchas leyes que se limitan a tipificar infracciones y a establecer las sanciones correspondientes sin incluir ninguna regla sobre los responsables deben entenderse en el sentido de que sólo son tales los autores; y de que sólo son autores los que realizan la acción típica. Lo impone el principio de legalidad pues, a falta de norma legal que amplíe el círculo de responsables, sancionar a alguien que no sea el que realizó la acción típica sería sancionar una conducta sin la correspondiente previsión legal clara y expresa (9).

Si autor es quien realiza la acción típica, para completar esta noción hay que, primero, concretar qué se entiende por «realizar» la acción; y, segundo, ponerlo en relación con las distintas infracciones.

En cuanto a lo primero, digamos que el autor puede realizar la acción por sí sólo; pero también conjuntamente con otros o sirviéndose de otro como mero instrumento. Por tanto, junto con la autoría individual y directa, cabe la coautoría y la autoría

---

(7) Vid. M. REBOLLO PUIG, *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1989, pp. 760-761; M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo sancionador...*, cit., pp. 555-556; M. IZQUIERDO CARRASCO, «La culpabilidad y los sujetos responsables», en la obra del mismo IZQUIERDO con M. REBOLLO PUIG, L. ALARCÓN SOTOMAYOR y A. BUENO ARMIJO, *Derecho Administrativo sancionador*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 260.

La solución es sólo aparentemente distinta en la Ley vasca 2/1998 de la Potestad Sancionadora. En realidad, también esta Ley acoge un concepto estricto de autor en su art. 9.1, al que nos referiremos en otra nota. Cosa distinta es que, además de la responsabilidad de los autores, establezca en el siguiente apartado, art. 9.2, la responsabilidad de otros sujetos para los que, además, prevé las mismas sanciones que para los verdaderos autores. Vid. I. LÓPEZ CÁRCAMO e I. LASAGABASTER HERRARTE, «Artículo 9. Autoría», en la obra colectiva dirigida por LASAGABASTER, *Ley de la Potestad sancionadora...*, cit., pp. 188 a 194. Volvemos sobre ello.

(8) Ésta es la fórmula más frecuente. Así, la Ley de Potestades Administrativa en materia de Espectáculos Taurinos de 1991 dice: «Serán sujetos responsables de las correspondientes infracciones las personas físicas o jurídicas que incurran en las mismas». La Ley de Control de Precursores de Drogas de 2009 dispone: «Serán responsables de las infracciones... las personas físicas o jurídicas que por acción u omisión incurran en ellas» (art. 5.2). Según la Ley de Calidad del Aire y Protección de la Atmósfera de 2007, «incurrirán en responsabilidad, a los efectos del presente capítulo (el de «régimen sancionador»), las personas físicas o jurídicas que realicen por acción u omisión hechos constitutivos de infracción conforme a esta Ley» (art. 29). Etc.

(9) Vid. M. REBOLLO PUIG, «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones», en la obra colectiva *Estudios sobre régimen jurídico básico de las Administraciones públicas en homenaje al Profesor Cosculluela*, que publicará en breve la editorial Iustel.

mediata(10). Tanto porque «realizar» no tiene que consistir en ejecutar materialmente todos los elementos del tipo como porque hay que diferenciar al coautor del cooperador y al autor mediato del inductor, la doctrina penal completa el concepto de autor señalando que es quien tiene el «dominio del hecho» o el protagonismo del hecho. Así, será autor (o coautor o autor mediato) quien o quienes han podido decidir si se comete o no la infracción, cuándo y cómo(11). Los demás no serán autores aunque hayan propuesto, provocado, inducido o cooperado a la infracción, incluso con actos sin los cuales no se habría llevado a cabo. Tampoco son autores los que pudieron evitar que otro realizara una infracción y, por no vigilarlo adecuadamente o por la razón que sea, no lo consiguieron(12).

Pasemos ahora revista al segundo aspecto anunciado, el de la relación de la autoría con las distintas infracciones. Como para ser autor el sujeto tiene que haber realizado —en las modalidades y en el sentido dicho— la acción típica, para determinar quién puede serlo en abstracto y para señalar quién lo ha sido en el caso habrá que estar a la concreta descripción de la conducta que contenga la norma sancionadora. Con ello se resolverán fácilmente muchos supuestos: si la infracción consiste en fumar en lugar prohibido, autor será el fumador y no cabrá sancionar a quien le dio el cigarro, a quien se lo encendió, a quien le animó a fumar, a quien se lo consintió; si consiste en conducir con exceso de velocidad, autor será el conductor, no el que dio el coche ni el que le insta o le incita a correr ni el que no se lo impide; y si se tipifica «la alteración» o «la adulteración» de productos, sólo será autor el que realice esa alteración o adulteración, no quien venda ese producto; pero si se tipifica «la elaboración, distribución, suministro o venta ...» de ese mismo producto, entonces podrá ser autor no sólo fabricante sino también el importador, el mayorista, el minorista...

(10) Es lo mismo que establece el art. 28.1.º CPen que se suele considerar de aplicación en el Derecho Administrativo sancionador. Vid. A. NIETO, *Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 5.ª ed., 2012, p. 419. Pero lo aceptamos para las infracciones administrativas, no en aplicación de ese precepto, sino porque es adecuado a un concepto lógico de autor que ese artículo simplemente plasma. Por eso, los penalistas afirman que las del art. 28.1.º CPen son «auténticas formas de autoría» y que ese precepto es «meramente declarativo», a diferencia de lo que sucede con la segunda parte de ese artículo. Vid. por todos F. MUÑOZ CONDE y M. GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 4.ª ed., 2000, p. 495. Siendo así, está justificado trasladarlo a las infracciones administrativas aunque no haya ley que lo diga. Vid. A. CARRETERO PÉREZ y A. CARRETERO SÁNCHEZ, *Derecho Administrativo sancionador*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 2.ª ed., 1995, pp. 146-147; y M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo sancionador...*, cit., pp. 557-558.

El art. 9.1 de la Ley vasca 2/1998 de la Potestad Sancionadora plasma fielmente esta idea y las distintas modalidades de autoría. Con ello, según lo que venimos diciendo, no hace realmente ninguna ampliación. Vid. I. LÓPEZ CÁRCAMO e I. LASAGABASTER HERRARTE, «Artículo 9. Autoría», cit., pp. 187-188.

(11) Vid. M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo sancionador...*, cit., pp. 559 y ss., y para las infracciones imprudentes pp. 587 y ss. En alguna ley hay retazos claros de esta idea; así cuando se hace responsables a cuantas «personas tengan atribuidas facultades decisorias sobre la ejecución o desarrollo de los actos» [art. 193.1.a) de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía]. Vid. en M. IZQUIERDO CARRASCO, «La culpabilidad y los sujetos responsables», cit., pp. 261 y ss. diversas sentencias que aplican estos conceptos a las infracciones administrativas.

(12) En el fondo, no se aparta de ello la Ley vasca 2/1998 de la Potestad Sancionadora pese a que su art. 9.2 prevé sanciones para los mismos sujetos a los que acabamos de excluir en el texto. Lo que hace es darles el mismo tratamiento punitivo que a los autores, pese a que no son autores y pese a que esa misma ley reconoce que no lo son. De hecho, el art. 9.1 comienza diciendo «son autores», mientras que el apartado 2 dice «serán considerados autores». Vid. I. LÓPEZ CÁRCAMO e I. LASAGABASTER HERRARTE, «Artículo 9. Autoría», cit., pp. 188 a 194.



Esto será bastante para acotar quienes pueden ser autores de las infracciones de mera acción o, más aún, de omisión pura, infracciones que no exigen la causación de un daño efectivo y, normalmente, ni siquiera la producción de un peligro concreto: sólo podrá serlo aquél al que precisamente el ordenamiento imponía el deber de hacer algo (13); y será su responsable como autor en el caso concreto si, pudiendo cumplirlo, no lo hizo (14). Por la proclividad general del Derecho Administrativo sancionador a las normas sancionadoras en blanco, de ordinario habrá que poner en relación la norma que tipifica la infracción con aquellas otras no sancionadoras que establecen los deberes positivos o negativos o las limitaciones que se han de respetar y en cuya inobservancia consiste la infracción. Serán muchas veces estas otras las que permitirán saber quiénes son los sujetos a los que se imponen estos o aquellos deberes, prohibiciones o limitaciones y, por ende, quienes pueden incurrir en la infracción que consista en la transgresión de tales deberes, prohibiciones y limitaciones. Cometida la infracción, ellos y sólo ellos podrán ser responsables como autores. Y seguirán siendo ellos quienes realizan la acción u omisión típica —y, por tanto, quienes pueden ser autores— aunque encomienden a otro (sea un empleado o un colaborador externo), que no las hace o no las hace bien, las tareas para el cumplimiento de su deber; eso quizás permita afirmar, si acaso, que no incurrir en culpa (si actúan con la diligencia debida a elegir a ese tercero, al controlar que cumplía lo que le encomendó...), pero no desvirtúa que son ellos los que han realizado la acción u omisión típica; tal vez permita, incluso, en algún caso, afirmar que ese tercero incurrió en alguna responsabilidad, pero sin cuestionar la autoría del sujeto al que el ordenamiento impone el deber incumplido. Asimismo seguirán siendo ellos quienes realizan la acción u omisión típica aunque hubiera otro sujeto que debía vigilarlos e impedir que cometieran la infracción y no lo hizo; esto tal vez plantee si ese otro incurre en alguna clase de responsabilidad pero no permite dudar que son aquéllos los autores de la infracción. Y algo parecido cabe decir cuando haya un tercero que de cualquier forma les impida cumplir correctamente con su deber: esto, en su caso, excluirá la culpabilidad, pero no desmiente el hecho de que es quien ha incumplido el deber impuesto a él quien ha realizado la acción típica y quien, por tanto, puede ser autor de la infracción. En suma, sólo podrá ser autor aquél al que el ordenamiento imponía el deber cuya desatención está tipificada, ello al margen de que eventualmente no deba ser sancionado por falta de culpabilidad a causa de la intervención de un tercero y de que ese tercero pueda haber incurrido en otra responsabilidad (15).

---

(13) M. IZQUIERDO CARRASCO, «La culpabilidad y los sujetos responsables», *cit.*, pp. 276-277.

(14) Lo expresan con rigor algunas leyes. Es lo que hace el art. 52.1.a) de la Ley de Seguridad Aérea de 2003: de las infracciones contra la seguridad de la aviación civil serán responsables «las personas físicas o jurídicas sujetas al cumplimiento de la obligación infringida».

(15) Esa responsabilidad del tercero puede ser de muy diversas clases. Cabe que también él sea autor de otra infracción distinta por la que deba ser sancionado; o que pueda o hasta deba ser sancionado como partícipe de la infracción de la que es autor aquél al que el ordenamiento imponía el deber conculcado; o puede que sea sólo declarado responsable solidario o subsidiario del pago de la sanción impuesta al autor; o, finalmente, que tenga sólo una responsabilidad civil respecto al autor de la infracción por el incumplimiento de sus obligaciones para con él. No nos importa ahora determinarlo. Lo que ahora afirmamos es sólo que ese tercero no es el que realiza la acción típica que consiste en violar un deber que no es suyo, que él no puede ser autor de tal infracción y que su intervención no desmiente que quien realiza la acción u omisión típica es el sujeto al que el ordenamiento imponía el deber desatendido.

En cuanto a las infracciones de resultado (v. gr., causar daños a bienes de dominio público, producir interferencias en las telecomunicaciones, producir «daños efectivos» a la salud, dar muerte a especies protegidas, deteriorar hábitats ...), autor será el que realice la acción causante. Cuestión distinta es la de cómo se determine cuál es esa acción, lo que remite al problema de la relación de causalidad que no nos ocupa aquí. Pero estas infracciones pueden también cometerse por omisión (comisión por omisión) y para determinar su autor no hay respuesta más razonable que la del «garante» que ahora refleja el art. 11 CPen: así, de entre todos los que pudieron evitar el resultado, sólo será autor de la infracción aquél que tuviera un especial deber jurídico de evitarlo y lo transgreda. Acogemos esta idea del garante que trasladamos al Derecho Administrativo sancionador porque hasta sin consagración legal es conforme al principio de legalidad (de hecho, en Derecho Penal se admitía antes de que se plasmara en el CPen) y a los de personalidad y de culpabilidad, siempre, claro está, que el sujeto garante haya incumplido su específico deber, que hubiera podido cumplirlo y que, haciéndolo, hubiera podido evitar el resultado(16). En las infracciones consistentes en la producción de un peligro o riesgo concreto (p. ej., poner en peligro grave la salud de las personas o un entorno natural o la seguridad de los espectadores, originar desórdenes en espacios públicos con peligro para las personas o bienes...) también será autor el que realice la acción que lo causa; y, cuando puedan cometerse por omisión, cabe aceptar asimismo la figura del garante de modo que, producido el riesgo concreto, será autor quien tenía un deber específico de evitarlo. Creo que eso es teóricamente posible en Derecho Penal y lo es, desde luego, en Derecho Administrativo sancionador(17). Naturalmente respecto a estas infracciones de resultado o de peligro concreto cabe hacer las mismas observaciones que hemos hecho respecto a la intervención de terceros en las infracciones de acción u omisión pura. Esto es: que, sin perjuicio de que esos terceros puedan haber incurrido en alguna otra responsabilidad, no son ellos los autores de la infracción en cuestión; y que tal intervención no desmiente que es autor quien realizó la acción causante del resultado o riesgo prohibido o quien incumplió el deber impuesto a él de evitarlo, aunque eventualmente sí pudiera eximirles de responsabilidad por falta de culpa.

Reconozcamos que las ideas expuestas, aunque teóricamente claras, no son siempre de fácil aplicación y que, si no dejan de suscitarse dudas en el Derecho Penal para determinación del autor, la dificultad sube de grado en Derecho Administrativo al aceptarse con más normalidad la capacidad infractora de las personas jurídicas y hasta de entes sin personalidad. También la más defectuosa tipificación de muchas infracciones, la admisión más amplia de infracciones de peligro abstracto, de las infrac-

---

(16) Más restrictivamente, I. LÓPEZ CÁRCAMO e I. LASAGABASTER HERRARTE, «Artículo 9. Autoría», *cit.*, p. 193, parecen descartar la responsabilidad del garante salvo que esté expresamente prevista en las leyes sectoriales atendiendo a las singularidades y necesidades específicas de la materia regulada.

(17) Por tanto, aceptamos para el Derecho Administrativo sancionador la noción de garante que late en el art. 11 CPen y la aceptamos con la misma función que en Derecho Penal, esto es, para considerarlo autor de ciertas infracciones de resultado cometidas por omisión (a lo sumo, también para las infracciones de peligro concreto cuando se produce ese peligro por omisión). Lo aceptamos incluso sin necesidad de que una ley lo prevea expresamente. Pero importa aclarar ya, aunque sobre ello volveremos de inmediato, que lo que no es admisible (ni siquiera cabe que lo establezca una ley, que sería inconstitucional por contraria al principio de personalidad) es convertirlo en autor de infracciones cometidas por otras personas. Y ello sin perjuicio y al margen de que las leyes sí pueden atribuir al garante otro género de responsabilidades respecto de infracciones ajenas (por ejemplo, para hacerlo responsable solidario o subsidiario del pago de las sanciones; arg. art. 130.3.2.º LRJAP).

ciones de omisión y de las culposas hace que los problemas sean muchas veces más intrincados. Y ello pese a que aquí tiene una relevancia que no tiene en Derecho Penal porque las modalidades de participación en delitos son punibles, y hasta frecuentemente con la misma pena que la del autor, mientras que respecto a las infracciones administrativas el deslinde entre autor y partícipe marca, de ordinario, la frontera entre lo sancionable y lo impune(18).

Pero confesado esto, insistamos en que autores de las infracciones son los que hemos dicho y nadie más. Y para explicitar lo que esto significa y no puede dejar de significar hagamos unas observaciones complementarias que, aunque parezcan perogrulladas reiterativas, combaten confusiones extendidas.

- Si alguien comete una infracción, él es el autor, y no lo es otro aunque tenga el deber de evitar que aquél cometa infracciones, incluso aunque tenga un cierto poder sobre él para evitar que las cometa. No lo es porque de ningún modo realizó la acción típica: ni la ejecutó directamente ni se sirvió de aquél como mero instrumento ni tuvo el dominio del hecho. Es muy posible que tenga responsabilidades no punitivas (de restablecimiento de la legalidad, de indemnización de daños, etc.). Cabe también que el mismo Derecho Administrativo sancionador le atribuya alguna responsabilidad en ese orden; por ejemplo, puede que, si una ley lo establece, sea responsable solidario o subsidiarios del pago de la sanción impuesta al autor (art. 130.3.2.º LRJAP(19)); o, yendo algo más lejos, puede que la ley prevea para ese sujeto alguna sanción(20). Pero él no es autor ni coautor y no cabe sancionarle como tal: si se hace así, además de que normalmente se estará vulnerando el principio de le-

---

(18) Lo ponen de relieve M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo sancionador...*, cit., p. 577.

(19) Sobre este precepto, *vid.* A. DE PALMA DEL TESO, *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 103 a 108; P. TESO GAMELLA, en el comentario a ese art. 130 en M. SÁNCHEZ MORÓN y N. MAURANDI GUILLÉN (Dirs.), *Comentarios a la Ley 30/92*, Lex Nova, Valladolid, 2013, pp. 793-794; M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo sancionador...*, cit., pp. 332 a 340; A. NIETO, *Derecho Administrativo sancionador*, cit., pp. 384 a 387. Pero lo único que nos importa aquí destacar es que este art. 130.3.2.º LRJAP no convierte en autor al garante ni a quien de cualquier forma incurre en *culpa in vigilando*. Lo que con toda evidencia hace es otra cosa por completo distinta como es simplemente permitir que esos sujetos, que no son autores ni son considerados ni asimilados a los autores, puedan ser declarados responsables solidarios o subsidiarios del pago de la sanción impuesta al autor.

(20) Es lo que hace el art. 9.2.b) de la Ley 2/1998 de la Potestad Sancionadora del País Vasco que, con algunas condiciones, prevé para estos sujetos sanciones iguales a la que estén establecidas por la respectiva ley sectorial vasca para los autores. La existencia misma de este precepto salva el principio de legalidad. Pero, no habiendo un precepto igual en el ordenamiento estatal ni en el de las restantes Comunidades Autónomas, nada permite aceptar esta responsabilidad fuera de su ámbito de aplicación que es el de las leyes sancionadoras del País Vasco. Fuera de ese ámbito, salvo que una ley sectorial acoja una solución similar, sancionar a estos sujetos sería contrario al principio de legalidad. Además, este art. 9.2.b) no es contrario al principio de personalidad en tanto que prevé sancionar a este otro sujeto por su propia conducta, no por la del autor (aunque su conducta consista precisamente en no haber evitado la infracción del autor y aunque se le imponga una sanción igual a la establecida para el autor). Y tampoco es necesariamente contrario al principio de culpabilidad siempre que no se aplique mecánicamente y se exima de responsabilidad cuando se demuestre que el sujeto, pese a emplear la diligencia a la que esté obligado, no pudo evitar la comisión de la infracción por el otro. En este sentido, muy acertadamente, I. LÓPEZ CÁRCAMO e I. LASAGABASTER HERRARTE, «Artículo 9. Autoría», cit., pp. 190-191. En cualquier caso, este precepto no convierte en autor a quien ha incurrido en culpa in vigilando sino que, como dicen I. LÓPEZ CÁRCAMO e I. LASAGABASTER HERRARTE, *ídem*, p. 189, sanciona «una forma de participación en la infracción de un tercero».

galidad, se estará sin duda violando el principio de personalidad. Esto, desde luego, vale para los padres respecto de las infracciones cometidas por sus hijos; pero lo mismo hay que decir del empresario respecto a las infracciones de sus empleados o colaboradores, del propietario respecto de las que cometan quienes utilicen su bien, de quienes organicen cualquier actividad respecto de las infracciones de los usuarios... Ni el concepto de garante, cuya aceptación en Derecho Administrativo sancionador ya hemos justificado y limitado, ni los de *culpa in eligendo* o *in vigilando*, que son modalidades de culpa pero no títulos de imputación de actividades ajenas, sirven ni pueden servir para amparar esta operación y convertir, por arte de birlibirloque, en autor a quien con toda evidencia no lo es (21). Hay que prevenir contra el abuso de tales conceptos de garante y *culpa in eligendo* o *in vigilando* al que tan proclives son algunas exposiciones doctrinales y algunas sentencias (22). Cosa distinta, claro está, es que sea el padre o el empresario o el propietario o el gestor de una actividad quien realiza la acción típica, aunque sea como consecuencia de las actuaciones de su hijo, empleado, usuario...

- En concreto, el propietario no es autor de las infracciones que alguien haya cometido en su bien (sea una finca o un establecimiento de ocio o un comercio o un centro sanitario o de investigación o un estadio de fútbol...) o con su bien (sea un coche o un barco o un arma...), aunque haya usado el bien con el consentimiento del propietario. En general, los tribunales respetan este límite (23). Pero existe cierta propensión a traspasarlo. Además de por un empleo desorbitado del concepto de garante o de la *culpa in eligendo* o *in vigilando*, que ya he criticado, tal vez lata otra confusión que también importa deshacer. El mero hecho de ser propietario comporta deberes de Derecho público, más o menos rigurosos según la clase de bien de que se trate («la

(21) Con más detalle, M. REBOLLO PUIG, «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad...», *cit.* Por ello me parecen cuestionables soluciones como las que se han propuesto para las infracciones de tráfico en los casos en que no se identifique al conductor, soluciones que consistirían en atribuir la infracción al titular del vehículo por su posición de garante. Ni eso es lo que acoge el art. 9.2.b) de la Ley vasca de la Potestad Sancionadora ni es compatible con el principio de personalidad. *Vid.* T. CANO CAMPOS, *Las sanciones de tráfico*, Aranzadi, Cizur Menor, 2.ª ed., 2014, p. 317; y M. CASINO RUBIO, CASINO, «Yo tampoco he sido (a propósito de la STC 29/2014, de 24 de febrero, sobre el deber de identificar al conductor)», *REDA*, n.º 163 (2014), p. 266. Cosa distinta, que ya no choca con el principio de personalidad, es que se esté dispuesto a admitir una especie de presunción *iuris tantum* de autoría del propietario del vehículo. Esto, si acaso —y yo no lo creo— sería contrario a la presunción de inocencia. Lo que sí ocurre es que tanto la solución de imputarle la infracción como garante o por culpa *in vigilando* como esta otra de presumir *iuris tantum* su autoría chocan con el hecho de que muchas veces los titulares de los vehículos son personas jurídicas o personas físicas sin permiso de conducir por lo que atribuirles la autoría de la infracción es absurdo.

(22) Es ejemplo ilustrativo de ese abuso desbocado de las nociones de *culpa in eligendo* e *in vigilando* y de garante el ATC 237/2012, cuyas conclusiones estremecen. A. NIETO, *Derecho Administrativo sancionador*, *cit.*, p. 326, apunta con acierto que la figura del garante es una de las «fórmulas de compromiso, más o menos ingeniosa, con la que los juristas retuercen su ingenio» para «justificar lo injustificable»; y que «la culpa *in vigilando*, laxamente interpretada, vale para todo». Aunque a él le lleva más bien a dudar o a negar del principio de culpabilidad, aquí pretendemos, por el contrario, acotar la función de estos conceptos para que de ninguna forma justifiquen lo injustificable sino lo que es perfectamente razonable y concorde con los principios constitucionales.

(23) Véanse las sentencias que recoge M. IZQUIERDO CARRASCO, «La culpabilidad y los sujetos responsables», *cit.*, pp. 261-262: no se puede sancionar al propietario de una estación de servicios sino a la arrendataria que la explota; ni al propietario de un vehículo de transporte arrendado sino al transportista...

propiedad obliga»). Además, el propietario no se libera de sus deberes confiándolos a otros. El incumplimiento de esos deberes está muchas veces tipificado como infracción y esa infracción se puede cometer por mera omisión culposa. Otras veces, se prohíbe un resultado (sea un daño efectivo o un peligro concreto) y la producción del resultado está tipificada como infracción que se puede cometer por acción o por omisión (comisión por omisión, basada en un especial deber de evitar el resultado por parte del propietario). Todo esto puede dar la impresión de que, cometida una infracción en o con su bien se puede sancionar al propietario por serlo. Pero, claro está, no es así y lo que sucede en las infracciones aludidas es perfectamente admisible y plenamente adecuado a los principios de personalidad y culpabilidad: se sanciona al propietario por transgredir culpablemente un deber (de hacer o de no hacer) impuesto a él; es decir, por una acción o por una omisión propia tipificada como infracción y cometida con culpa propia. Ahora bien, no cabe pasar de ahí y sancionar al propietario como autor por la infracción que haya cometido otro, aunque lo haya hecho con o en su bien. Si acaso, pero es algo por completo diferente, podrá ser declarado responsable solidario o subsidiario del pago de la sanción impuesta al autor si así lo ha establecido una ley (24).

- Tampoco quienes realizan ciertas actividades, aunque sean especialmente peligrosas para los intereses generales (el medio ambiente, la seguridad colectiva, la estabilidad del sistema financiero, la salud pública, etc.), se convierten en autores de las infracciones que otro cometa en su ámbito o con ocasión de su actividad. Es cierto que, por la actividad que realizan, sus deberes públicos son extensos y que su transgresión puede ser constitutiva de las más variadas infracciones. Es cierto asimismo que tales deberes se les exigen severamente imponiéndoles un elevado nivel de diligencia (de cuidado, de saber, de informarse, de elegir bien a sus empleados y colaboradores, de controlarlos, incluso de formarlos...). Hasta es posible que se les reconozcan poderes sobre esos sujetos (por ejemplo, sobre los que asisten al espectáculo que organizan o sobre los usuarios del servicio que prestan) para evitar que generen riesgos. Todo eso es muy cierto y da lugar a que puedan cometer múltiples infracciones con culpa leve. Hasta se acepta que no se desembarazan de sus deberes para con los intereses generales y la Administración confiándolos a otro. Pero, reconocido así, nada de esto los convierte en autores de las infracciones de sus empleados ni de sus colaboradores ni de los usuarios de sus establecimientos o servicios. Ni permite presumir su culpa sin forma alguna de desvirtuarla. Si acaso cabrá, pero eso es distinto, que tengan responsabilidades no punitivas o, incluso, si una ley lo establece, que sean responsables solidarios o subsidiarios del pago de la sanción impuesta al autor, pero no convertirlos en autores de la infracción cometida por esos otros sujetos.
- Nada de lo dicho se altera por el hecho de que el propietario o el empresario que realiza una actividad sea titular de una autorización administrativa o cuenta con una concesión. Eso supondrá quizás que tenga más deberes o que se le

---

(24) Así está establecido, por ejemplo, en el art. 91.1 del Texto Articulado de la Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial: «Los titulares de los vehículos con los que se haya cometido una infracción serán responsables subsidiarios en caso de impago de la multa impuesta al conductor, salvo...».

exija mayor diligencia. Pero no deroga los principios de personalidad ni de culpabilidad. En concreto, no permite hacerlo autor de las infracciones que comen-  
tan otros (25).

### III. Supuestos de responsabilidad por participar en la infracción de la que es autor otro sujeto

Como hemos anticipado, la regla de que sólo son responsables de las infracciones sus autores admite excepciones legales. Y lo cierto es que, aunque minoritarias, hay leyes que sí que prevén la responsabilidad de los partícipes en una infracción ajena y, a veces, hasta de los encubridores. Ello de modo similar a como lo hace el Cpen, es decir, previendo que, además de la sanción que corresponda al autor, se impondrá otra a esos otros sujetos que, sin realizar la acción típica, hayan contribuido a su comisión o a su aprovechamiento. Decía, por ejemplo, el art. 69.6 de la Ley del Deporte de 1990: «De las infracciones a que se refiere el presente artículo serán administrativamente responsables sus autores y *quienes colaboren con ellos como cómplices o encubridores*. En estos dos últimos casos las sanciones económicas que correspondan se reducirán en un 15 y un 25 por 100 respectivamente» (26). El ejemplo más conocido y claro es el establecido en el art. 93.2 y 3 del Estatuto Básico del Empleado Público, desarrollado en el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de 1986: su art. 12 establece que «los funcionarios que indujeran a otros a la realización de actos o conductas constitutivos de falta disciplinaria incurrirán en la misma responsabilidad de estos»; y según su art. 13 «igualmente incurrirán en responsabilidad los funcionarios que encubrieren las faltas consumadas muy graves y graves cuando de dichos actos se deriven graves daños para la Administración o los ciudadanos» (27). Pero hay otros

(25) En contra, por ejemplo, para el ATC 193/2007 parece bastar el hecho de que el sancionado fuese «titular de la licencia de apertura y explotación de actividad», unido al hecho de tratarse de una persona jurídica, para hacerle responsable de una infracción por incumplimiento de horarios que había cometido otra persona a la que tenía arrendado el negocio, aunque sin perjuicio de la responsabilidad también de la arrendadora. Aunque no se cite, late aquí la misma idea que plasmaba el art. 13.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales y que también subyace en sentencias, como la STS de 19 de diciembre de 2001 (Ar. 1534 de 2002) que hace responsable al titular originario de licencias municipales transmitidas sin comunicación al Ayuntamiento de las infracciones cometidas por el adquirente, jurisprudencia que he criticado en «Infracciones y sanciones urbanísticas en Andalucía», M. A. TORRES LÓPEZ y E. ARANA GARCÍA (Coords.), *La disciplina urbanística en Andalucía*, Tirant lo blanch, Valencia, 2011, pp. 435-436.

Con invocación de aquel desafortunado Auto, también el ATC 237/2012 juega con el dato de ser titular de la licencia de taxi para, junto con otros elementos igualmente erróneos y ya apuntados (garante y culpa *in eligendo* e *in vigilando*), aceptar su responsabilidad como autor de las infracciones cometidas por sus taxistas asalariados.

(26) Algo menos expresiva es la Ley contra la Violencia en el Deporte de 2007: «De las infracciones a que se refiere el presente título serán administrativamente responsables las personas físicas y jurídicas que actúen como autores y *sus colaboradores*. En este último caso las sanciones... se impondrán, en su caso, atendiendo al grado de participación» (art. 26.1). *Vid.* E. GAMERO CASADO, *Las sanciones deportivas*, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 251-252.

(27) *Vid.* M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho de la función pública*, Tecnos, Madrid, 7.ª ed., 2013, p. 326; y T. QUINTANA LÓPEZ, «La potestad disciplinaria de las Administraciones sobre los empleados públicos», *Documentación Administrativa*, n.º 282-283 (2008-2009), II, pp. 333-334. Además, está tipificada como infracción grave la tolerancia de los superiores con las infracciones de sus subordinados, lo que, en cierto modo, también es una forma de participación. *Vid.* B. MARINA JALVO, *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos*, Lex Nova, Valladolid, 3.ª ed., 2006, pp. 353 a 355.

muchos preceptos que, con fórmulas variadas, acotan las concretas formas de participación punibles (28).

Nada hay que objetar a estas previsiones de responsabilidad de los partícipes siempre que respeten las exigencias del principio de legalidad; esto es, si se establecen en norma con rango de ley, no en un reglamento (29), y con una cierta precisión sobre las conductas de participación punibles (30). Son respetuosas con el principio de personalidad de las sanciones pues se basan en la conducta propia del partícipe, aunque no consista en la realización de un tipo sino en su contribución a que otro, el autor, lo realice (31). También tienen que acomodarse al principio de culpabilidad de forma que, lo digan o no las leyes, esos sujetos que se declaran en abstracto responsables de una infracción sólo podrán ser sancionados en el caso concreto si actuaron al menos con culpa (32). Y, por último, deben establecer para los partícipes una sanción proporcionada a su contribución (33).

---

(28) Un ejemplo ilustrativo y sugerente ofrece la Ley 13/2011 del Juego: «Art. 38. Sujetos infractores. 1. Son sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta ley, les den soporte, publiciten, promocionen u obtengan beneficios de las mismas». Ese beneficio, según el apartado 2, ha de ser «relevante» y «vinculado directamente al desarrollo de las actividades de juego». Y, por citar una ley autonómica, ofrece otro ejemplo la Ley extremeña de Fomento de la Vivienda según la cual «serán sancionados los autores, cómplices y encubridores» de las infracciones; y «las sanciones a los cómplices y encubridores serán impuestas en razón de la mitad de la correspondiente a los autores o cooperadores necesarios». Consideración aparte merece el art. 9.2.a) de la Ley vasca 2/1998 de la potestad sancionadora que, al igual que el CPen, establece como regla general que un tipo concreto de partícipe, el cooperador necesario, debe ser sancionado. Vid. I. LÓPEZ CÁRCAMO e I. LASAGABASTER HERRARTE, «Artículo 9. Autoría», *cit.*, pp. 188-189.

(29) Por eso, es más que cuestionable el art. 318.2 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico de 1986 que hace responsables de las infracciones a los cómplices y encubridores sin que en la Ley de Aguas haya, según creo, ninguna previsión que le dé sustento. Vid. M. IZQUIERDO CARRASCO, «La determinación de la sanción administrativa», *cit.*, nota 50.

(30) Algunas leyes se ajustan difícilmente a estas exigencias porque declaran punibles todas las formas de participación sin ninguna precisión. Así, v. gr., la Ley de Derechos y Libertades de los Extranjeros: «Incurrirán en responsabilidad administrativa quienes sean autores o participen en cualquiera de las infracciones tipificadas en los artículos siguientes» (art. 51.1). Igualmente, Ley de Semillas y Plantas de Vivero y de Recursos Fitogenéticos de 2006: «Son responsables de los hechos constitutivos de las infracciones tipificadas en esa Ley las personas físicas o jurídicas que los cometan aun a título de simple negligencia, así como las que por acción u omisión hayan participado en ellos...» (art. 58.1).

(31) Vid. R. PIZARRO NEVADO, «La responsabilidad personal por infracciones administrativas», en J. J. GONZÁLEZ RUS (Coord.), *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Córdoba, 1996, pp. 611-612.

(32) En Derecho Penal se discute si para penar a los partícipes es necesario, no ya culpa, sino dolo; ello, sobre todo, porque el art. 12 CPen sólo permite castigar las conductas imprudentes cuando expresamente lo disponga la ley. Como no existe una norma similar para el Derecho Administrativo sancionador y puede admitirse que la comisión imprudente de infracciones es por regla general sancionable, cabe concluir que cuando esté prevista la responsabilidad de los partícipes se les puede sancionar por mera negligencia.

(33) La sanción del partícipe deberá adecuarse a todas las circunstancias personales de éste. Lo que nos interesa aquí destacar es que, en concreto, por lo general deberá establecerse para ellos una sanción inferior a la del autor. Algunas leyes, sin embargo, prevén las sanciones correspondientes a cada infracción sin establecer en abstracto otra diferente para el partícipe. Pero con frecuencia, al menos, establecen que, para elegir su concreta extensión dentro del máximo y mínimo legal, se tenga en cuenta su participación. Así, entre otras muchas, la Ley de Industria de 1992 [art. 34.2.b)]. Si tampoco hacen esto, la aplicación directa del principio de proporcionalidad llevará de ordinario a imponer al partícipe una sanción menor que al autor. Vid. M. IZQUIERDO CARRASCO, «La determinación...», *cit.*, p. 230.

Estas normas legales sobre responsabilidad de los partícipes, que admitimos sin reparos, suscitan, eso sí, la duda de si el partícipe en la infracción ajena puede ser sancionado incluso aunque no lo sea el autor o, más aún, incluso cuando no pueda serlo. El mismo problema se plantea en Derecho Penal y, adaptando la solución que allí es mayoritaria, aunque no unánime (a la que se alude como de la «accesoriedad limitada de la participación»), puede afirmarse lo siguiente: si el autor realizó un hecho que, aunque típico, no era antijurídico por concurrir una causa de justificación, no podrá ser sancionado ni éste ni el partícipe pues no tendría sentido castigar a alguien por inducir o cooperar a un acto lícito; pero en los demás casos (falta de culpa del autor, fallecimiento de éste, etc.) el partícipe, que sí actuó culpablemente, debe sufrir la sanción (34).

Al margen de este modelo clásico de responsabilidad de los partícipes que hemos expuesto, expurgando las leyes encontramos otras formas de responsabilizarlos, aunque, en realidad, ya no los tratan como partícipes sino que los convierten en algo diferente.

En primer lugar, la forma más simple y clara consiste en tipificar como infracción autónoma la misma participación. Arquetipo de ello es la Ley del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud de 2003. Según su art. 72, es infracción muy grave «la inducción directa a otro u otros a la comisión de una falta muy grave, así como la cooperación con un acto sin el cual una falta muy grave no se habría cometido»; es grave «el encubrimiento, consentimiento o cooperación con cualquier acto a la comisión de faltas muy graves, así como la inducción directa, a otro u otros, a la comisión de una falta muy grave y la cooperación con un acto sin el cual una falta grave no se habría cometido»; y es leve «el encubrimiento, consentimiento o cooperación con cualquier acto a la comisión de faltas graves». Ésta conversión en infracción autónoma de la participación en un ilícito ajeno es una solución obligada cuando el titular de la potestad sancionadora no tiene competencia respecto del sujeto que realiza la conducta principal; así sucede sobre todo en el caso de los Colegios Profesionales (35). Pero hay otros supuestos de tipificación de la participación en los que no se da esa circunstancia (36).

(34) En parte, esta solución está plasmada en el art. 9.2 *in fine* de la Ley vasca 2/1998 de la Potestad Sancionadora: los partícipes a que se refiere «responderán aunque el autor material no sea declarado culpable por aplicación de una causa de exclusión de la imputabilidad o la culpabilidad». Pero, aunque el precepto no lo dice, las causas de justificación del autor sí que benefician al partícipe, como explican I. LÓPEZ CÁRCAMO e I. LASAGABASTER HERRARTE, «Artículo 9. Autoría», *cit.*, p. 190. Parcialmente en contra, para el supuesto concreto de la responsabilidad de los administradores de personas jurídicas, se ha pronunciado M. IZQUIERDO CARRASCO, «La incidencia del régimen sobre protección de consumidores en la responsabilidad de los administradores», en G. GUERRA MARÍN (Coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 780-781: se inclina en estos casos por la «accesoriedad máxima» que exigiría para sancionar al administrador que la autora —la persona jurídica— sea efectivamente castigada.

(35) Lo ejemplifican los Estatutos Generales de la Organización Colegial Veterinaria Española (RD 1840/2000) que califican como infracción grave «el encubrimiento del intrusismo profesional o la colaboración al ejercicio de actividades propias de la profesión de veterinario por quien no ostente el título correspondiente o no reúna la debida actitud legal para ello, previo pronunciamiento judicial firme» (art. 106.1.f); así como «amparar el ejercicio de la profesión sin la preceptiva colegiación o permitir el uso de la clínica o consultorio veterinario a personas que no se hallen debidamente colegiadas» (art. 106.1.ñ). Y es que el Colegio no puede sancionar a los que incurrir en intrusismo que, por hipótesis, no están colegiados.

(36) Así, según el art. 22.1.d) de la Ley antidopaje de 2013 es infracción muy grave «la colaboración o participación en la utilización de sustancias o métodos prohibidos», como ya lo era en la anterior Ley de 2006. *Vid.* A. MILLÁN GARRIDO, «El régimen sancionador del dopaje: infracciones y sanciones», en la obra colectiva coordinada por el



En el fondo, algo similar se esconde en otras muchas normas sancionadoras que, aunque sin hablar de cooperación ni de participación ni de nada similar, describen conductas que materialmente son de colaboración previa, simultánea o hasta posterior en otra infracción, que podría considerarse principal, cometida por otro sujeto (37).

En todos estos casos, incluso aunque explícitamente se hable de cooperación o de inducción o de encubrimiento, y más todavía si ni siquiera se desvela formalmente en el tipo esa relación con otra infracción principal, ya hay que considerar al partícipe no como tal sino como autor de esta otra infracción. Y con esa premisa desaparece su accesoriidad de manera que podrá ser sancionado al margen de lo que ocurra con el autor de la infracción principal. Sea lo que fuere materialmente, estamos ante una infracción autónoma a todos los efectos.

Hay, en segundo lugar, otra forma de responsabilizar a los partícipes muy diferente de las anteriores. No consiste, como en lo visto hasta aquí, en establecer para ellos una sanción específica distinta de la impuesta al autor sino en convertirlos en responsables solidarios. Ello, a su vez, con dos modalidades muy distintas. En la primera se prevé que los partícipes sean sólo declarados responsables solidarios del pago de la sanción impuesta al autor, de modo que únicamente se verán obligados a pagarla si no lo hace el autor. Ejemplo eminente es el del art. 42.1.a) de la Ley General Tributaria: «Serán responsables solidarios de la deuda tributaria», incluida la sanción, quienes «colaboren activamente en la realización de una infracción tributaria» (38). En esta hipótesis, si el autor de la infracción paga voluntariamente la sanción o si en la fase ejecutiva la Administración decide dirigirse sólo contra éste, el partícipe no será declarado como tal ni como responsable y, por tanto, no sufrirá de ninguna forma la sanción. Quedará sólo como un responsable latente, potencial. Y si efectivamente es declarado responsable y paga la sanción tendrá acción de regreso contra el autor. En la segunda modalidad,

---

mismo, *Comentarios a la Ley Orgánica de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte*», Bosch, Barcelona, 2007, pp. 174-175. Hasta se tipifica lo que en Derecho Penal se llaman formas intentadas de participación. En concreto es infracción muy grave, según el apartado 1.h) del mismo art. 22, «la promoción, incitación, contribución, instigación o facilitación de las condiciones para la utilización de sustancias prohibidas o métodos prohibidos».

(37) *Vid.* M. IZQUIERDO CARRASCO, «La determinación...», *cit.*, p. 230, y R. PIZARRO NEVADO, «La responsabilidad personal por infracciones administrativas», *cit.*, pp. 613-614. Entre numerosísimas normas de esta clase, citemos algunos ejemplos. La Ley de Seguridad Ciudadana tipifica la «provocación de reacciones en el público que alteren o puedan alterar la seguridad ciudadana», así como «la tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas» (art. 23). La Ley de medidas contra el tabaquismo de 2005 tipifica como infracción «permitir fumar en los lugares en los que existe prohibición de hacerlo» [art. 19.3.b)]: luego comete una infracción el que fuma y otra distinta el que lo permite. La Ley de Seguridad Privada de 2014 incluye entre las infracciones de las empresas la consistente en «la prestación de servicios de seguridad privada a terceros careciendo de autorización...» [57.1.a)]; pero, además, considera infracción de los usuarios «la contratación o utilización a sabiendas de los servicios de empresas de seguridad...carentes de la autorización...» [59.1.a)]. Ejemplos similares ofrece, entre otras, la legislación turística: se tipifica como infracción realizar actividades turísticas sin autorización pero, por otra parte, suele aparecer también la infracción, que por ejemplo podría cometer una agencia de viajes, consistente en contratar con establecimientos que no dispongan de autorización. *Vid.* M. REBOLLO PUIG, *Vid.* M. REBOLLO PUIG, «Legislación autonómica de disciplina turística», *Revista Andaluza de Administración Pública*, n.º 8 (1991), p. 75.

(38) *Vid.* M. A. MARTÍNEZ LAGO, «La extensión de la responsabilidad a las sanciones tributarias», en G. GUERRA MARÍN (Coord.), *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, La Ley, Madrid, 2011, pp. 643 a 649.

se declara al partícipe verdadero responsable de la infracción, junto con el autor y en el mismo plano que éste. Es lo previsto, por ejemplo, en el del art. 75 de la Ley del Patrimonio Histórico Español: «Serán responsables solidarios de la infracción ... cuantas personas haya intervenido ... y aquellas otras que por su actuación u omisión, dolosa o negligente, la hubieran facilitado o hecho posible». En esta otra hipótesis, estos sujetos que han facilitado o hecho posible la infracción, o sea, los cómplices o partícipes en sus diversas formas, serán realmente castigados, aunque se les castigue con una sanción común y conjunta junto con el autor. No es que todos los supuestos legales de responsables solidarios —sean sólo del pago de la sanción o sean de la infracción— se refieran a partícipes en una infracción ajena. Estas responsabilidades se pueden utilizar, y se utilizan de hecho, con mayor amplitud y para supuestos muy distintos. Pero sí que es cierto que a veces se prevén precisamente para partícipes. Son, por tanto, una peculiar forma de abordar la participación en infracciones desconocida en el Derecho Penal y sólo adecuada cuando la sanción sea de multa.

Por último, en tercer lugar, las leyes responsabilizan de las infracciones a quienes han participado en ellas mediante preceptos que simplemente enumeran una serie de sujetos o de posiciones subjetivas (la de director de obras, la de propietario, la de arquitecto, etc.) a los que habrá que sancionar sin que aclaren si se les considera autores o coautores o colaboradores. Pero esto ya requiere un análisis específico al que de inmediato nos dedicaremos. Antes añadamos sólo que entre los partícipes responsables pueden estar singularmente los administradores de personas jurídicas y, en menor medida, los empleados de cualquier empresa. Y, en efecto, algunas leyes prevén la responsabilidad de esos administradores o de esos empleados como partícipes en la infracción de la que sería autora la persona jurídica o la empresa. Requiere ello un estudio general de la posición de los administradores de personas jurídicas y de los empleados que abordaremos en otro lugar.

#### IV. Preceptos legales específicos sobre responsables de las infracciones

Más que declaraciones genéricas sobre la responsabilidad de los autores o la de los partícipes, hay frecuentemente en las leyes normas específicas que enumeran una serie de sujetos —o, mejor, de posiciones subjetivas— a los que se declara responsables de las infracciones. Aparentemente son de lo más heterogéneo. Demos una idea aproximada de esta realidad por simple muestreo para después tratar de buscarles un sentido conjunto y de valorar su acierto y constitucionalidad.

Unas se refieren a los responsables de infracciones por obras. Precedente es el Reglamento de Disciplina Urbanística de 1978 que estableció que por las infracciones consistentes en realizar obras sin licencia «serán sancionados ... el promotor, el empresario de las obras y el técnico director de las mismas» (art. 57.1). De ahí pasó a las Leyes estatales del Suelo posteriores y, después, con unas u otras variantes, a las diversas leyes autonómicas de urbanismo (39). Y finalmente la misma o similar solución

---

(39) El más reciente ejemplo está en el art. 250.2 de la Ley valenciana 5/2014 de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje.

ha sido acogida en otros sectores como puertos, aguas o costas(40), pero no en otros que plantean idéntico problema(41).

Otras se ocupan de los responsables de infracciones por productos. Abordan el singular problema de las infracciones en cadena porque, una vez que uno de los que interviene en el ciclo de producción y distribución comete una infracción (p. ej., elabora un producto ilegalmente o lo etiqueta indebidamente), aquéllos que le siguen también actúan ilícitamente y, a veces, la ley también quiere sancionarlos. En ocasiones se consigue ese propósito tipificando como específica infracción su conducta(42). Pero otras veces se aborda esta misma situación mediante fórmulas de otro género que son las que ahora nos interesan. Aunque con antecedentes en la regulación de la llamada disciplina de mercado, tales reglas se plasmaron en el vigente art. 9 del RD 1945/1983 sobre «responsabilidad por infracciones» de consumo. En ellas se asigna la responsabilidad al fabricante o al marquista o al envasador o al tenedor actual o al anterior en función de la previa distinción entre «infracciones en productos envasados» e «infracciones en productos a granel»(43). Esta distinción no tiene sentido para muchos de los bienes de consumo y tampoco son razonables todas las consecuencias que de su tenor literal se derivan. Pero lo cierto es que reglas similares han incorporado las leyes autonómicas de protección del consumidor que, si acaso, las completan(44). Por otra parte, ya al margen de la defensa del consumidor, diversas leyes estatales han recogido la misma distinción entre infracciones relativas a productos envasados y a granel a efectos de señalar a los responsables de las infracciones; así, art. 57.2 de la Ley de Sanidad Vegetal de 2002, art. 41.1 y 2 de la Ley de la Viña y el Vino de 2003, art. 86 de la Ley de Sanidad Animal de 2003, art. 58.5 de la Ley de Semillas y Plantas de Vivero de 2006, etc.

---

(40) Según el art. 310.1.h) del TR de la Ley de Puertos, «en el caso de la realización de obras sin título administrativo suficiente» son responsables «el promotor de la actividad, el empresario que la ejecuta y el técnico director de las mismas». Parecidos pero no idénticos son el art. 116.3 del TR de la Ley de Aguas y el art. 93.1.b) de la Ley de Costas. Además de que estos dos últimos amplían los sujetos responsables con acierto más que discutible, tampoco prevén idénticas consecuencias: en la Ley de Costas, en vez de prever una sanción para cada uno de esos sujetos, establece que «en el caso de existir más de un sujeto responsable de la infracción, las consecuencias derivadas de ésta se exigirán con carácter solidario» (art. 93.2).

(41) Por ejemplo, la Ley de Carreteras también tipifica como infracción la realización de obras sin autorización [art. 31.2.a), 3.a) y 4.a)] pero sin hacer ninguna precisión sobre quiénes serán los responsables. Y lo mismo puede decirse de la Ley de Vías Pecuarias [art. 21.2.b) y 3.e)], de la Ley de Minas, de la Ley de Montes, etc.

(42) *Vid.* M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, «Responsabilidad por infracciones administrativas de los intervinientes en la puesta en el mercado de bienes y servicios a disposición del consumidor y usuarios final», *Estudios sobre Consumo*, n.º 56 (2001), p. 75

(43) Dice el apartado 2 de ese art. 9: «De las infracciones en productos envasados será responsable la firma o razón social cuyo nombre figure en la etiqueta, salvo que se demuestre su falsificación o mala conservación del producto por el tenedor siempre que se especifiquen en el envase original las condiciones de conservación. También será responsable el envasador cuando se pruebe su connivencia con el marquista». Y el apartado 3 reza así: «De las infracciones cometidas en productos a granel, será responsable el tenedor de los mismos, excepto cuando se pueda identificar la responsabilidad de manera cierta de un tenedor anterior».

(44) El más reciente ejemplo está en el complejo art. 78 de la Ley balear 7/2014 de Protección de las Personas Consumidoras y Usuarías. De sus doce apartados, cada uno de ellos sugerente y problemático, citemos al menos estos: «3. En los productos envasados, identificados, etiquetados o cerrados con cierre íntegro, responde la firma o razón social que figure en la etiqueta, la presentación o la publicidad... Asimismo, también será responsable quien distribuya, comercialice y envase dichos productos... 6. De los productos a granel será responsable el tenedor de los mismos, sin perjuicio de que se pueda identificar y probar la responsabilidad del anterior tenedor o proveedor».

A otro modelo obedecen preceptos como éste del art. 61 de la Ley General de la Comunicación Audiovisual: «Responsabilidad por la comisión de infracciones. 1. La responsabilidad administrativa por las infracciones de la presente Ley es exigible al prestador de servicios de comunicación audiovisual. También será aplicable ....a los prestadores del servicio radiofónico y a los prestadores de los servicios de comunicación electrónica y de catálogo de programas». Otras leyes, aunque no lo expresen tan terminantemente, reflejan la misma idea. Así, sólo consideran responsables de las infracciones en ellas tipificadas a las entidades de crédito o asimiladas, a las entidades aseguradoras, a las entidades de dinero electrónico, a las auditoras de cuentas, etc. (45); o, con más matizaciones, a las empresas de transportes (46) o a las turísticas (47)... Y algunas van en la misma línea algo más lejos y concentran las responsabilidades por todas o muchas de sus infracciones en los sujetos que cuenten con el título administrativo habilitante exigido para acometer la actividad regulada por esa ley.

Traigamos, por último, dos ejemplos más concretos. Por un lado, el del art. 69.1.a) de la Ley de Tráfico: «El conductor de una motocicleta... o de cualquier otro vehículo para el que se exija el uso del casco por conductor y pasajero será responsable por la no utilización del casco de protección por el pasajero...». Por otro, el del art. 23.c) de la Ley de Seguridad Ciudadana: de las infracciones por manifestaciones ilegales hace responsables sólo a «los organizadores o promotores»; si se han comunicado previamente a la autoridad considera tales a «las personas físicas o jurídicas que suscriban el correspondiente escrito de comunicación»; y «también ... a quienes de hecho las presidan, dirijan o ejerzan actos semejantes» y a quienes por otros indicios que enumera pueda «determinarse razonablemente que son los inspiradores».

Sin seguir con este muestreo, que podría hacerse interminable, hemos de decir que tal género de preceptos legales no pueden admitirse ni ser entendidos como una enumeración de quienes, por ser lo que son —y no por lo que hagan (o dejen de hacer, estando obligados a hacerlo)— serán sancionados. Ninguno puede leerse como una atribución *ex lege* y definitiva de responsabilidad de quienes, aunque no hayan contribuido culpablemente a la infracción, deban ser sancionados (48). Para sancionar a los sujetos que esos preceptos citan será necesario que efectivamente en el caso concreto pueda achacárseles una conducta propia y culpable de contribución a la infracción. La inmensa mayoría de estas normas permite esa interpretación que es obligada para hacerlas conformes a la Constitución. Y si no consienten esa interpretación constituyen una intolerable vulneración de los principios de personalidad y de culpabilidad y, antes que ello, una pura arbitrariedad. Desde luego, partiendo de esa interpretación, que muchas de esas normas consiente sin dificultad, cualquier aplicación mecánica que lleve a sancionar a quien no ha cometido una acción de contribución culpable a la infracción por el mero hecho de aparecer allí citado será asimismo inconstitucional.

(45) Si acaso, al margen de sus listas de infracciones, establecen separadamente otra para quienes realicen la actividad o utilicen la denominación reservada a esa clase de entidades sin título para ello. Así, art. 29 de la Ley de Entidades de Crédito y art. 2.3 de la Ley 21/2011 de Dinero Electrónico.

(46) *Vid.* E. CARBONELL PORRAS, *Régimen jurídico-administrativo del transporte interurbano por carretera*, Universidad Complutense/Univesidad de Córdoba, Madrid, 1993, p. 439.

(47) *Vid.* M. REBOLLO PUIG, «Legislación autonómica de disciplina turística», *cit.*, pp. 74 a 77.

(48) Igualmente M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo sancionador...*, *cit.*, p. 573.

Dicho lo que esas normas no pueden ser, expliquemos ahora positivamente su significado general: todas ellas tienen un sentido reductor, no ampliatorio, del círculo de responsables. Así deben ser interpretadas. Por tanto, delimitan quiénes pueden ser considerados responsables de entre aquéllos que intervengan culpablemente en la infracción; de entre aquéllos que materialmente pudieran ser considerados autores o partícipes como colaboradores (49). Así, más que un peligro para los principios de culpabilidad y personalidad, deben ser vistas como una contribución a la tipicidad puesto que acotan, entre las conductas de contribución a una infracción, las únicas punibles. Y, claro está, deben ser completadas con la exigencia de culpabilidad de modo que los sujetos a que se refieren sólo podrán ser sancionados en el caso concreto si actuaron con dolo o culpa. Con ese sentido general, su significado concreto es variable. Señalemos los más comunes.

Algunas de esas normas tienen el sentido de concentrar la responsabilidad en una serie de sujetos que son los destinatarios por antonomasia de un sector del ordenamiento y que son asimismo los que mantienen ordinariamente relaciones con el órgano regulador (y sancionador) del sector. Casi cabría decir, aunque no siempre es exacto, que convierten de un plumazo todo un grupo de infracciones en infracciones especiales, esto es, aquellas que, como los delitos especiales, sólo pueden ser cometidas por quienes de antemano reúnen cierta cualidad subjetiva (ser entidad de crédito, ser empresa turística... o tener un determinado título administrativo habilitante) de suerte que incluso la realización plena de la acción tipificada por otro sujeto no podrá ser sancionada, a menos que lo sea en virtud de otra ley o que pueda sancionarse al sujeto cualificado (el *intra-neus*) por su implicación en esa infracción mediante una conducta propia y culpable. El ejemplo de la Ley de lo Audiovisual que hemos citado sirve para ilustrarlo (50).

En otras de esas normas específicas sobre responsables subyace alguna concreción del concepto de autor aplicada al sector regulado o a alguna de sus infracciones. Así, traslucen ideas similares a las del dominio del hecho o a la del protagonismo o a la del garante. O simplemente señalan al autor, de entre los que realizan la acción típica, en función de los especiales deberes de cuidado, de conocimiento o de control que otras normas les imponen (51). En realidad, no cabe distinguir estas normas de

---

(49) Vid. M. GÓMEZ TOMILLO e I. SANZ RUBIALES, *Derecho Administrativo sancionador...*, cit., p. 574.

(50) Así, esa Ley, que sólo hace responsable de sus infracciones al prestador del servicio audiovisual, como hemos visto, no permitirá sancionar al anunciante ni a la agencia publicitaria pese a que tipifica infracciones por anuncios que vulneren la dignidad humana o sean discriminatorios para la mujer (art. 57.2) o fomenten comportamientos lesivos para el medio ambiente o la seguridad de las personas (art. 58.8). Al margen de esta ley, la regla general en relación con las infracciones publicitarias es la contraria: se tiende a hacer responsable único de las infracciones publicitarias al anunciante; si acaso, en algunas leyes se proclama la responsabilidad de éste, de la agencia publicitaria y del titular del medio de difusión. Vid. M. REBOLLO PUIG, «En especial, la infracción por incumplimiento de las normas relativas a la publicidad de bienes y servicios», en M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, *La defensa de los Consumidores y Usuarios*, Lustel, Madrid, 2011, pp. 776 a 779. Pero la Ley a que nos referimos en el texto concentra la responsabilidad por las infracciones que tipifica en el prestador del servicio audiovisual; ídem, pp. 767 a 775.

(51) Son muchos los que intervienen en una manifestación ilegal y muchos los que podrían ser sancionados sin vulnerar los principios de culpabilidad y personalidad. Pero la ley elige a los protagonistas, a los que tienen en dominio del hecho... Ése es el sentido del citado art. 23.c) de la Ley de Seguridad Ciudadana. Y el mismo sentido cabe atribuir al art. 69.1 de la Ley de tráfico sobre pasajero sin casco. T. CANO CAMPOS, «La culpabilidad y los sujetos responsables en las infracciones de tráfico», *Documentación Administrativa*, n.º 284-285 (2009), cit., p. 98, entendiendo que se coloca al conductor de la moto en la posición de garante. Poco proclive como soy a utilizar esa figura más allá de las infracciones de comisión por omisión, me parece mejor, incluso conforme a las explicaciones de CANO, afirmar simplemente que se considera responsable al conductor porque, con toda razón, se entiende que tiene el dominio del hecho.

aquéllas que entre los responsables incluyen lo que más bien podrían ser considerados cómplices de la infracción (52). Lo cierto es que, en uno y otro caso, tienen el sentido de excluir de la sanción a cualquier otro sujeto (53).

Y algunas otras de estas normas tienen un significado más modesto: dando por hecho que serán responsables como autores de la infracción los que hayan realizado la acción típica, establecen quienes, además de aquéllos, deben ser sancionados por su participación en la infracción ajena. Esta otra clase de normas no impide sancionar a sujetos no expresamente mencionados si, pese a ello, han realizado culpablemente los hechos constitutivos de la infracción. Pero sí impiden sancionar a otros partícipes, esto es, a otros que hayan colaborado también a la infracción sin realizar la acción típica. Lo que hacen es enumerar concretamente a los partícipes que, si actuaren con culpa, deberán ser considerados, además de los autores, responsables (54).

## V. Presunciones legales de autoría o de participación

Diversas de todas las anteriores son algunas normas que más bien incorporan una presunción *iuris tantum* de autoría o de participación; o sea, presuponen que si se ha cometido tal infracción es que determinados sujetos la han realizado o han intervenido decisivamente y que, por ello, en principio, deberán ser sancionados. Sirvámonos para ejemplificarlo, otra vez, de la legislación de urbanismo y de tráfico. En la primera encontramos leyes autonómicas con normas como ésta: «En el caso de infracciones relativas a actos de ejecución de obras y construcciones ... serán responsables el promotor... Será considerado también como promotor el propietario del suelo en el cual se cometa la infracción, salvo prueba en contrario» (55). En la Ley de Tráfico, baste la cita

(52) Es lo que sucede, según entiendo con la mayoría de las normas sobre responsables de obras. *Vid.* M. REBOLLO PUIG, «Infracciones y sanciones urbanísticas en Andalucía», *cit.*, pp. 434-435 y 438 a 440. No se puede determinar si el promotor, el contratista y el director de las obras son coautores o si aquél es autor y los otros cómplices. Lo cierto es que las leyes les dan el mismo trato. Aun así, podría tener importancia para decidir si cabe sancionar a unos aunque no se pueda sancionar a los otros (doctrina de la accesoriedad de la participación; *vid.* supra). Además, desde el punto de vista teórico sí importa destacar que no cabe deducir de estas enumeraciones un concepto de autor pues bien podrían estar incluyendo a partícipes.

(53) En realidad, no siempre es así. Hay que estar a la concreta redacción de la norma. Por ejemplo, según el art. 93.1.b) de la Ley de Costas son responsables «el promotor de la actividad, el empresario que la ejecutare y el técnico director de las misma, así como cualquier otro sujeto que intervenga por acción u omisión en la comisión del hecho constitutivo de infracción». Aquí la enumeración no tiene carácter excluyente. Como tampoco podemos entender que los sí mencionados expresamente hayan de ser siempre considerados responsables, el precepto pierde sentido.

(54) Este es el sentido que normalmente hay que dar a las normas sobre responsables de infracciones en productos a que antes nos hemos referido, como se explica detenidamente en M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, «Responsabilidad por infracciones administrativas de los intervinientes en la puesta en el mercado de bienes y servicios a disposición del consumidor...», *cit.*, sobre todo pp. 76 a 79; y M. IZQUIERDO CARRASCO, «Los sujetos responsables de las infracciones», en M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO (Dir.), *La defensa de los consumidores. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 666 a 673. Pero no siempre es así. Por ejemplo, el 572 de la Ley de Sanidad Vegetal de 2002 tiene una regla de contenido aparentemente igual pero encabezada con este enunciado: «... se presumirán responsables...». Así, este art. 572 establece una presunción legal de autoría, de lo que ahora nos ocuparemos.

(55) Es el tenor literal del art. 250.2 de la Ley Valenciana 5/2014, la más reciente de las leyes autonómicas de urbanismo. Pero reglas similares recogen otras normas autonómicas; p. ej., art. 72.2 del Reglamento de Disciplina Urbanística de Galicia.

de su art. 69.1.c): «En los supuestos en que no tenga lugar la detención del vehículo y éste tuviese designado un conductor habitual, la responsabilidad por la infracción recaerá sobre éste, salvo en el supuesto de que se acreditase que era otro el conductor o la sustracción del vehículo» (56). En preceptos de este género no hay nada contrario al principio de personalidad puesto que no se atribuye la responsabilidad a cualquiera por el mero hecho de ser propietario del suelo o conductor habitual del vehículo; se les atribuye la responsabilidad por ser autores, por presumirse que son los autores: en un caso como promotor de la obra y en el otro como conductor en el momento de la infracción. Además, incluso aunque no se destruya tal presunción, quedarán eximidos de responsabilidad sin en el caso se comprueba que no actuarán culpablemente (el propietario era inimputable o pudo creer que tenía licencia por silencio positivo, el conductor no pudo saber que la velocidad estaba limitada a 60 km/hora, pese a emplear toda la diligencia exigible); por tanto, tampoco se vulnera el principio de culpabilidad. Lo único que cabría discutir es si así se vulnera la presunción de inocencia. No es eso lo que nos ocupa aquí pero apuntemos que en tanto que estas normas se basen en criterios lógicos, en cuanto se asemejen a pruebas indiciarias razonables y admitan prueba en contrario, no son necesariamente contrarias a la presunción de inocencia.

Trabajo recibido el 24 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

---

(56) Vid T. CANO CAMPOS, *Las sanciones de tráfico*, cit., pp. 315 a 317; M. CASINO RUBIO, *La increíble historia del deber de identificar al conductor infractor*, Civitas, Cizur Menor, 2010, pp. 230 a 234.

**LABURPENA:** Legeren batek besterik xedatu ezean, zentzu hertsian arau-haustea egin dituztenak bakarrik dira erantzule. Mugatu egiten da egiletza-aukera *in eligendo* edo *in vigilando* errua dela-eta, bai eta bermatzailearen figura zabal erabiltzea ere. Erantzule izan daitezke beste parte-hartzaile batzuk, legeak ezarritakoa betez, eta, horri dagokionez, «eransgarritasun mugatuaren» irizpidea bete behar da. Subjektu jakin batzuk arau-hausteen erantzuletzat zerrendatzen dituzten lege-arauak onargarriak dira soilik baldin eta murriztu egiten badute erantzuleen esparrua arau-haustea egiten laguntzeko erruzko portaera izan dutenen artean.

**HITZ GAKOAK:** Arau-hauste eta zigor administratiboak. Erantzuleak. Arau-hausteen egileak eta konplizeak.

**RESUMEN:** Salvo que una ley disponga otra cosa, sólo son responsables de las infracciones sus autores en sentido estricto. Se restringe la posibilidad de autoría por culpa in eligendo o in vigilando, así como la utilización amplia de la figura del garante. Pueden ser responsables otros partícipes en virtud de previsión legal; y debe acogerse a este respecto el criterio de la «accesoriedad limitada». Las normas legales que enumeran una serie de sujetos como responsables de infracciones sólo son admisibles en la medida en que reduzcan el ámbito de responsables de entre los que hayan incurrido en una conducta culpable de contribución a la infracción.

**PALABRAS CLAVE:** Infracciones y sanciones administrativas. Responsables. Autores y cómplices de infracciones.

**ABSTRACT:** Save as otherwise provided by one Act, the responsables of the infractions are only their authors. The authorship for blame in eligendo or in vigilando is restricted, together with the broad use of the institution of the guarantor. They can be responsables other participants under legal provision and it had to be admitted in this regard the criteria of "limited accessory". The legal norms that list series of subjects as responsables of the infractions can only be acceptable to the extent that they reduce the ambit of responsables among those that had engaged in a fault that contributed to the infraction.

**KEYWORDS:** Administrative infractions and sanctions. Responsables. Authors and accomplices of infraction



# La poderosa y alargada sombra de la STC 103/2008 sobre la Ley vasca de consulta en el ejercicio del «derecho a decidir» un nuevo marco político para Cataluña

Joan Ridao i Martín

**Sumario:** I. Introducción.—II. Las valoraciones jurídicas del «Plan Ibarretxe».—III. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la Ley del Parlamento Vasco 9/2008 en la STC 103/2008.—IV. Las consultas populares en el Estatuto de Autonomía de Catalunya (EAC). IV.1. El art. 122 EAC. IV.2. La STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y su pronunciamiento sobre el art. 122 EAC.—V. La Ley de Catalunya 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum. V.1. El contenido de la Ley. V.2. El Dictamen 15/2010, del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña. V.3. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno del Estado.—VI. El proceso catalán para el ejercicio del «derecho a decidir». VI.1. La declaración de soberanía del pueblo de Catalunya. VI.2. Un incierto *tertium genus*: las consultas populares no referendarias. VI.3. La propuesta de delegación específica en el Gobierno de la Generalitat de la competencia para realizar un referéndum para el ejercicio del «derecho a decidir».—VII. Conclusiones.

## I. Introducción

La iniciativa política conocida popularmente como «Plan Ibarretxe» se desarrolló temporalmente en dos tramos diferenciados. En el primero, el Gobierno vasco adoptó un Acuerdo denominado «Propuesta de Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi» (PEPCE), luego concretado por la mayoría absoluta del Parlamento(1), en forma de propuesta de «reforma» del Estatuto de Autonomía del País Vasco (EAPV) (2). Trasladada al Congreso de los Diputados y defendida por el mismo *Lehendakari*, Juan José Ibarretxe, no superó el trámite de la toma en consideración, en sesión de 1 de febrero de 2005. Tras este rechazo, el *Lehendakari* convocó anticipadamente elecciones, el resultado de las cuales le permitió componer una mayoría

---

(1) *Diario de Sesiones del Parlamento Vasco* (DSPV), VII Legislatura, núm. 114, de 30.12.2004.

(2) Si bien el texto no mencionaba explícitamente que se tratara formalmente de una «reforma», la iniciativa se verificó por el trámite previsto para esta finalidad en el artículo art. 46.1 a) EAPV. El 4 de noviembre de 2003, la Mesa de la cámara vasca acordó su admisión, para su tramitación conforme al procedimiento legislativo, y ordenó su remisión a la Comisión Parlamentaria de Instituciones e Interior, así como su publicación en el *Boletín Oficial del Parlamento Vasco* (BOPV), núm. 115, 7.11.2003.

suficiente no sólo para gobernar sino también para reeditar su «Plan», a fines de 2007, con una nueva instrumentación.

Así pues, el llamado «Plan Ibarretxe 2» se materializó en la aprobación, por parte del Parlamento de Vitoria a instancia del Ejecutivo, de la Ley vasca 9/2008, de 27 de junio, «de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política» (3). En este caso, el planteamiento de una consulta habilitante para el inicio de negociaciones se presentó con carácter supletorio, en ausencia de acuerdo tras una oferta de diálogo político al Gobierno del Estado (4), para exigir a ETA el fin de la violencia y posibilitar un proceso de diálogo y negociación, entre todos los partidos políticos, con el propósito de conseguir un «[A]cuerdo de normalización política» en que se estableciesen las bases de una nueva relación entre la Comunidad Autónoma del País Vasco (CAV) y el Estado. La consulta pretendía constituir un «instrumento legal y democrático para que el pueblo vasco pudiese ejercer libremente el derecho fundamental de participación ciudadana en los asuntos de trascendencia que son de su incumbencia».

Este segundo tramo del «Plan Ibarretxe» concluyó con la declaración de inconstitucionalidad de la Ley, mediante la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 103/2008, de 11 de septiembre, con unas importantes implicaciones en el inmediato devenir político de Euskadi. En efecto, el debate en sede institucional sobre la modificación de la relación política de Euskadi con el Estado español no ha vuelto a recuperarse, si bien con una carga política mucho menor, hasta la reciente propuesta de creación en el Parlamento Vasco de «una Ponencia específica que analice el estado actual del autogobierno y que sienta las bases para su actualización» (5).

## II. Las valoraciones jurídicas del «Plan Ibarretxe»

El «Plan Ibarretxe» suscitó, desde sus inicios, un fuerte rechazo en algunos sectores políticos e institucionales, que intentaron impedir su evolución mediante obstácu-

(3) BOPV, núm. 134, 15.07.2008. La Ley resultó aprobada por 34 votos a favor y 33 en contra, además de 7 abstenciones.

(4) En la exposición de motivos de la Ley 9/2008 se afirmaba que con ocasión del debate sobre política general celebrado en el Parlamento Vasco (28 de septiembre de 2007) el *Lehendakari* había realizado «una oferta institucional de Pacto Político al Presidente del Gobierno español sustentada sobre el principio ético de rechazo a la violencia y el principio democrático de respecto a la voluntad de la sociedad vasca. Esta oferta se extendía hasta el mes de junio de 2008, con el fin de que Pleno del Parlamento Vasco, antes de finalizar el periodo de sesiones, pudiera ratificar, si procediese, el Pacto Político con el Presidente del Gobierno español, o, en caso contrario, autorizar la realización de una consulta no vinculante con el fin de desbloquear la situación política y abrir un proceso de negociación». El proceso previsto contemplaba, pues, la posibilidad de intimar políticamente al Gobierno del Estado a negociar una salida política en caso de que el resultado de la consulta fuera afirmativo y existiera un acuerdo de los partidos vascos para someter la cuestión a referéndum «vinculante» durante el año 2010.

(5) Entrada en el registro del Parlamento el 26.12.2013, la proposición se enmarcaba, a decir de su exposición de motivos, en el «debate sobre la arquitectura institucional y la protección jurídica de las comunidades políticas naturales» en el ámbito europeo y de la «intensa discusión» entorno a la utilidad del modelo autonómico vigente en España «en relación con los territorios cuya ciudadanía más clara e insistentemente ha expresado y expresa su aspiración a autogobernarse», en clara alusión al proceso catalán de reivindicación del ejercicio del «derecho a decidir».

los jurídicos de signo diverso(6). En concreto, el acuerdo aprobatorio de la PEPCE por parte del Ejecutivo vasco fue objeto de diversos recursos que tenían como finalidad evitar su debate en la Cámara autonómica y en el Congreso de los Diputados(7). La primera intervención del TC se produjo con el Auto (ATC) 135/2004, de 20 de abril de 2004, con motivo de la impugnación formulada por el Gobierno del Estado contra el acuerdo del Gobierno Vasco(8) y contra el acuerdo de la Mesa del Parlamento(9), que admitió su tramitación. En su escrito de alegaciones, de fecha 30 de octubre de 2003, el Abogado del Estado afirmó que la propuesta impugnada significaba «una consciente ruptura con la Constitución»(10). En su Resolución desestimatoria, el Alto Tribunal razonó que, una vez eliminado el control previo de inconstitucionalidad(11), no era posible acudir al recurso de inconstitucionalidad para impugnar una iniciativa legislativa admitida a trámite, pues esta despliega sus efectos exclusivamente en el ámbito parlamentario y adquiere relevancia *ad extra* sólo en caso de que el procedimiento legislativo culmine con la aprobación de la ley(12).

En la STC 42/2014 de 25 de marzo, emitida en relación a la declaración de soberanía aprobada por el Parlament en enero de 2013 (Resolución 5/X), a la cual nos referiremos posteriormente, el Alto Tribunal introdujo matizaciones relevantes en la doctrina del ATC 135/2004. Efectivamente, en dicha sentencia el TC remarca que en el mencio-

---

(6) Entre los cuales estuvo, en las primeras etapas del «Plan», la tipificación penal del delito de convocatoria ilegal de referéndum (LO 20/2003), que fue derogada al poco tiempo (LO 2/2005).

(7) Recuérdese que fue recurrido en primera instancia por la Diputación Foral de Álava, ante la jurisdicción contenciosa-administrativa del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV), que, insólitamente, admitió su competencia argumentando que no podía generar «indefensión» y que se amparaba en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución Española (CE), a pesar de no tratarse, como es obvio, de un acto enmarcado dentro de las potestades administrativas o reglamentarias, sino fruto de una potestad legislativa de un órgano político como la cámara vasca.

(8) El Consejo de Ministros, en su reunión del 7 de noviembre de 2004 acordó impugnar ante el TC tanto el acuerdo del gobierno vasco del 25 de octubre de 2003 como el acuerdo de la Mesa del Parlamento vasco de 4 de noviembre de 2003, en base al art. 161.2 CE. En este sentido, son varias las sentencias del TC que resuelven procesos constitucionales contra acuerdos de Mesas de cámaras legislativas en los que éstas ejercitan su poder de calificación y admisión a trámite (por todas, SSTC 205/1990, 225/1992, 95/1994, 41/1995, 38/1999 o 40/2003).

(9) La Mesa calificó la iniciativa como propuesta de reforma del estatuto, de acuerdo con el art. 46 EAPV. Respecto a la tramitación, se propuso la aplicación del procedimiento legislativo ordinario, junto con el requisito de mayoría absoluta para su aprobación. La admisión a trámite fue publicada en el *BOPV*, VII legislatura, núm. 115, 7.11.2003.

(10) Según la representación del gobierno español, el acuerdo del gobierno vasco «representaba un ataque deliberado al fundamento último y esencial de la Constitución, la soberanía del pueblo español de la que emanan todos los poderes del Estado (art. 1.2 CE) (...). (E)s por eso, todos los poderes autonómicos no son nada más que una forma de organización territorial del Estado (art. 137 CE) basada en el derecho a la autonomía reconocido y garantizado por la Nación española a las «nacionalidades y regiones que la integran». Pero (...) la propuesta parte de que el conjunto del pueblo de estos territorios o provincias (Álava, Guipúzcoa y Vizcaya) (el pueblo de la Comunidad Autónoma del País Vasco) poseen el atributo de «soberano», que la Constitución atribuye sólo y únicamente al pueblo español (art. 1.2 CE), del que —está claro— forman parte, desde el mismo momento en que hay que hablar de «pueblo español», los alaveses, guipuzcoanos y vizcaínos. Todo el resto de violaciones constitucionales tienen su fuente o raíz en esta infracción capital y deliberadamente intentada por el Gobierno vasco autor del PEPCE».

(11) Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

(12) ATC 135/2004, de 20 de abril de 2004 (FJ 7).

nado auto no se preserva de la impugnabilidad la totalidad de los actos parlamentarios sin fuerza de ley, sino sólo aquellos que formen parte, como tracto o secuencia, en un procedimiento jurídico reglado (FJ 4); siendo necesario, para la impugnación, que concurra en dicho acto la capacidad, «siquiera indiciariamente», para producir efectos jurídicos. En relación al primer aspecto, el TC imputa a la Resolución 5/X el carácter de «acto perfecto o definitivo», una expresión acabada de la voluntad del *Parlament de Catalunya*, sin que quepa atribuirle la condición de punto de inicio de ningún proceso jurídico reglado. Por lo que respecta al segundo aspecto, el Alto Tribunal enuncia el criterio de que «lo jurídico no se agota en lo vinculante» e identifica, en el punto primero de la Resolución impugnada, algunos elementos susceptibles de generar efectos jurídicos (13) que se deducen, de forma un tanto sorprendente, no de la naturaleza de la Resolución 5/X sino de su contenido, del cual se reconoce, sin embargo, su naturaleza estrictamente política.

La Ley del Parlamento Vasco 9/2008 se fundamentaba, según su Preámbulo, en dos principios (el «principio ético» y «el principio democrático») y en dos compromisos (abordar el final dialogado de la violencia e impulsar un proceso de negociación entre todos los partidos vascos, sin exclusiones, sobre el ejercicio del derecho a decidir). Su contenido formal se componía de un artículo único en el que, primero, se autoriza la consulta y se detallan las preguntas a formular (14); y, segundo, se habilita la fecha de realización (25.10.2008), además de una disposición adicional, tres finales y dos anexos en los que se detalla el procedimiento de la consulta.

La Ley atribuía carácter no vinculante a la consulta, con el propósito de que los partidos políticos negociaran los términos del ejercicio del «derecho a decidir», en base al principio democrático y al art. 9.2 e EAPV, que prevé que los poderes públicos faciliten «la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural [...]». Fue ésta precisamente la razón que empujó al legislador vasco a considerar innecesaria aplicar la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, Reguladora de las distintas modalidades de referéndum (LOMR), como instar la autorización del Estado ex art. 149.1.32 CE, haciendo, para todo aquello no previsto en la Ley, una expresa remisión a las disposiciones reguladoras de los procesos electorales de Euskadi (Ley 5/1990, de 15 de junio, de elecciones al Parlamento Vasco) (15).

(13) En concreto, el TC señala dos elementos. En primer lugar, la declaración de soberanía puede ser interpretada por los actores del proceso del «derecho a decidir» (especialmente el Parlamento de Cataluña y el Gobierno de la Generalitat) como un reconocimiento de atribuciones de las que, en el plano constitucional, carecen. Por otro lado, el TC considera que el planteamiento asertivo de la Resolución 5/X, dando inicio al proceso para hacer efectivo el ejercicio del derecho a decidir, «reclama el cumplimiento de unas actuaciones concretas y este cumplimiento es susceptible del control parlamentario».

(14) Las preguntas eran las siguientes: «a) ¿Está Usted de acuerdo con apoyar un proceso de final dialogado de la violencia, si previamente ETA manifiesta de forma inequívoca su voluntad de poner fin a la misma de una vez y para siempre jamás?» y «b) ¿Está Usted de acuerdo en que los partidos vascos, sin exclusiones, inicien un proceso de negociación para lograr un Acuerdo Democrático sobre el ejercicio del derecho a decidir del Pueblo Vasco, y que este Acuerdo sea sometido a referéndum antes de que finalice el 2010?».

(15) Sin duda, este diseño estratégico se inspiraba en el contenido de la Opinión Consultiva de la Corte Suprema de Canadá sobre la secesión del Quebec (*Renvoi relatif à la sécession du Québec*. N.º du greffe: 25506. 1998: 16, 17, 18, 19 février; 1998: 20 août. 1998), que disponía que, de la ponderación de los cuatro «principios» fundamentales del sistema constitucional canadiense (democrático, de constitucionalidad, federal y de protección de las minorías) se podía inferir una obligación jurídica de la Federación del Canadá de «negociar de buena fe» la secesión del Quebec si una «clara mayoría» de quebequenses así lo deseara, respondiendo a una «pregunta clara».

La *ratio decidendi* del Dictamen 96/2008, de la Comisión Jurídica Asesora de Euskadi (CJAE) sobre el anteproyecto de Ley descansaba en que no era necesario que el EAPV contemplase explícitamente la competencia en materia de consultas populares para poder legislar sobre ellas, al tratarse de una «competencia implícita» en toda estructura democrática representativa (16), además de que el anclaje competencial de la Comunidad Autónoma del País Vasco se derivaba del título sobre autoorganización y funcionamiento de sus instituciones de autogobierno (art. 10.2 EAPV). La CJAE refería, en apoyo de su argumento, que si las Comunidades Autónomas (CA) no habían necesitado ninguna norma competencial para regular la Iniciativa Legislativa Popular (ILP), ni estaban obligadas a hacerlo, ello debería ser también aplicable a «otras formas de intervención como la participación mediante encuestas públicas, foros o consultas populares». En otro orden de cosas, el dictamen de la CJAE definió una consulta referendaria en unos términos muy similares a los que, posteriormente, establecería la STC 103/2008 (17), pero tipificó la consulta prevista en el anteproyecto de ley como un referéndum autonómico, el cual, al no estar considerado dentro de la LOMR, quedaba exento, en opinión de la CJAE (18), de la autorización establecida por el art. 149.1.32 CE.

Por su parte, la Comisión Permanente del Consejo de Estado emitió, por unanimidad, el Dictamen 1119/2008, en sesión celebrada el día 3 de julio de 2008, apreciando «falta de adecuación de la consulta regulada por la Ley 9/2008 a los artículos 92 y 149.1.32 CE y a la Ley orgánica 2/1980», pues «[S]e convoca (...) sin la autorización previa estatal, con la sola autorización del Parlamento Vasco, de forma que ni siquiera se aplican las previsiones del EAPV para otros referéndums (artículos 46.2 y 47.1)» (19), a instancia del *Lehendakari*, «que no tiene competencias para ello, puesto que no se ha efectuado ninguna delegación expresa del Estado como la prevista en el artículo 46.2 del Estatuto de Autonomía». En cuanto al objeto de la consulta, según el Alto Órgano Consultivo «trasciende el ámbito de interés y de competencias de la Comunidad Autónoma, afecta el interés del Estado y de los otros territorios de España [...]» y «pondría en riesgo el orden constitucional del Estado y las bases mismas en que se asienta (artículos 1.2 CE, que afirma la soberanía nacional del pueblo español y no de fracciones del mismo, y 2 CE, que fundamenta la Constitución en la unidad de la Nación española», además de «[...] romper la Constitución en cuanto a su reforma

---

(16) «[L]as consultas populares se sitúan indudablemente en el marco de las relaciones políticas que se establecen entre las instituciones autonómicas dentro del «juego democrático»» (Dictamen CJAE 96/2008, párrafo 38) [...] y expresan «un esquema democrático representativo en el cual hay que integrar, sin duda, un mecanismo de democracia directa o semidirecta, sin que haya ningún fundamento constitucional para excluir a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de que puedan celebrar consultas de ámbito autonómico mediante las cuales sus instituciones de autogobierno recaben la opinión de los ciudadanos vascos en asuntos que inciden en su autonomía» (párrafo 56).

(17) Esto es, consulta al cuerpo electoral con un procedimiento y garantías del mismo nivel que un proceso electoral (Dictamen CJAE 96/2008, párrafos 121-122).

(18) Dictamen CJAE 96/2008, párrafos 131 y ss.

(19) En efecto, las únicas referencias del EAPV están contenidas en los art. 8 (agregación de otros territorios o municipios enclavados totalmente en su territorio, y que establece como requisito el acuerdo de sus habitantes mediante «referéndum expresamente convocado, previa la autorización competente a tal efecto y aprobado por mayoría de los votos válidos emitidos»), y arts. 46 y 47, relativos al procedimiento de reforma del Estatuto.

con vulneración del artículo 168, que prevé, para tal reforma, un referéndum de ratificación con participación de todo el cuerpo electoral». En puridad, según el Consejo, «[L]a consulta es una manifestación encuadrable en las formas de democracia directa y no, en palabras de la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/1995, de 17 de julio, «un *tertium genus* que se ha denominado democracia participativa [...]», concluyendo que, pese a su carácter «no vinculante» (fundamento de la no aplicación de la LOMR y de no instar la autorización del Estado), se trataba de una «consulta por vía de referéndum», con llamamiento al electorado, sujeción al régimen electoral e idéntico objetivo que el previsto en el art. 92 CE. Al examinar el orden constitucional de competencias en la materia, el Consejo de Estado advirtió que «la Constitución regula varias modalidades de referéndum [...] y el artículo 149.1.32 CE atribuye a la competencia exclusiva del Estado la «autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum».

### III. El pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre la Ley del Parlamento Vasco 9/2008 en la STC 103/2008

Como es sabido, la STC 103/2008 apreció la existencia de tres vicios de inconstitucionalidad en la Ley 9/2008: competencial, procedimental y sustantivo, fallando su inconstitucionalidad. Lo relevante, más allá de este desenlace es que en la referida Sentencia, el Alto Tribunal realizó, por vez primera, un desarrollo doctrinal prolijo de la figura del referéndum (FJ 2). En particular, el TC ubica este instituto en el marco de los instrumentos de participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos (art. 23.1 CE), descartando que se trate de una participación en sentido genérico (arts. 9.2 y 48 CE), configurándose como una forma de democracia directa.

En efecto, aprovechando la relevancia de su pronunciamiento, el TC enalteció los instrumentos de democracia directa como mecanismos de refuerzo de la democracia representativa, anclando los referéndums en cualquiera de los dos cauces constitucionalmente admitidos para la «conformación y expresión de la voluntad general», además de subrayar el carácter «especial o extraordinario [de la vía referendaria] por oposición al ordinario o común de la representación política» y la naturaleza de la arquitectura institucional del sistema político español como eminentemente representativa, en la que las instituciones de democracia directa (o semi-directa) adquieren una función complementaria (20).

A partir de ahí, como se ha dicho, la Sentencia realiza una definición precisa de la figura del referéndum que parte de la relación especie-género entre referéndums y

(20) Esta preeminencia de la democracia representativa no es nueva en la doctrina constitucional (entre otras, STC 76/1994) y tiene su origen, como es sabido, en la prevención, cuando no desconfianza, con que fue tratada la fórmula del referéndum en el debate constituyente (para una referencia de los términos de los mencionados debates pueden consultarse la aportación del profesor Oliver Araujo en Cascajo Castro, José Luis et al. «Encuesta sobre el referéndum», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 30, 2012, pp. 21-24, y Martín, Esther. «El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 94, septiembre-diciembre 2012, pp. 98-102. Todo ello contrasta, vivamente, con el relieve y frecuencia que adquiere la fórmula referendaria en el ordenamiento jurídico de otras democracias consolidadas, así como con las recientes reivindicaciones, de amplios sectores sociales, por ejemplo, de una mayor participación directa de la ciudadanía en las decisiones públicas.

consultas populares, de modo que atribuye la condición referendaria a aquella consulta popular que reúna tres requisitos: (1) el sujeto consultado debe ser el cuerpo electoral; (2) ha de conformarse y exteriorizarse como un procedimiento electoral; y (3) contar con garantías jurisdiccionales específicas. El TC establece, además, que el carácter vinculante o consultivo de la consulta carece de la más mínima relevancia a los efectos clasificatorios. Toda consulta popular que reúna estos elementos descritos, concluye el TC, deberá entenderse como realizada por vía referendaria y su convocatoria requerirá, por tanto, la autorización del Estado *ex art.* 149.1.32 CE.

Aunque esta jurisprudencia, como no podía ser de otra manera, ha sido incorporada por la gran mayoría de la doctrina, IBÁÑEZ MACÍAS (21), en una contundente y sugerente revisión crítica de los fundamentos jurídicos de la STC 103/2008, juzga erróneo el criterio de definición empleado por el TC y propone un criterio alternativo: «[...] lo relevante para concluir que una consulta popular determinada es un referéndum no es el voto en la urna [...]; ni que se use el censo (aunque se use el padrón municipal, seguirá siendo un referéndum, aunque ilegal); ni que se utilicen las garantías previstas en la LOMR o en la LOREG [...]. Lo importante es que se esté ante una forma de participación política incluida en el artículo 23.1 CE. Una forma de participación es política [...] porque en ella se participa *uti cives*, es decir, como miembro de una colectividad territorial. No lo es cuando se participa a título individual (como interesado en un procedimiento administrativo, *uti singulis*) o como miembro de una asociación o de una categoría social o profesional (*uti socius*)».

Situando la cuestión en la esfera autonómica, contra uno de los principales argumentos invocados por la defensa del Parlamento y Gobierno vascos, la STC 103/2008 exige para la validez de una convocatoria de referéndum la existencia de una competencia explícita (no implícita, o basada en el principio democrático) (22). Dado que el texto de la argumentación del TC no entra en la discusión detallada ni del principio democrático (art. 1.1 CE y art. 9.2 CE) (23) ni de la potestad de autoorganización institucional de las autonomías, que también ampararían la Ley 9/2008, como hemos visto en la exposición del dictamen CJAE 96/2008, la exigencia del TC parece anclarse, exclusivamente, en la negación del título competencial implícito frente a la existencia de uno explícito (art. 149.1.32) (24).

---

(21) IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio. «Los referendos regional y local en el Estado Autonómico. Sus bases y límites constitucionales», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 97, septiembre-diciembre 2013, p. 104.

(22) Para el Tribunal Constitucional, «... tal convocatoria no puede ampararse en genéricas potestades implícitas vinculadas al principio democrático, al entrar estas en conflicto con competencias expresamente atribuidas a otro ente, como pasa en este caso con la que atribuye el art. 149.1.32 CE». En cuanto al art. 9.2.e) EAPV, el Alto Tribunal reitera en sus términos la STC 25/1981, de 14 de julio (FJ 5), de forma que no se puede desprender ninguna competencia sino una obligación genérica de todos los poderes en el ejercicio de sus atribuciones (FJ 3).

(23) En este sentido, el profesor LASAGABASTER HERRARTE, IÑAKI. *Consulta o referéndum: la necesidad de una nueva reflexión jurídica sobre la idea de democracia*. Lete Argitaletxea, Bilbao, 2008, ha reprochado a la STC 103/2008 la carencia de alusiones a este principio democrático, que, según él, no deja de ser un «valor constitucional supremo positivado en el art. 1 CE» y no obviado en el marco de sistemas políticos liberal-democráticos y pluralistas, y compuestos desde el punto de vista territorial, como Canadá.

(24) Ver, en este sentido, BOSSACOMA I BUSQUETS, PAU. «Competències de la Generalitat de Catalunya sobre regulació i convocatòria de consultes populars», en *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 15, abril 2012, p. 264,

Considerando, pues, que en la Ley 9/2008 «se llama a consulta sobre un asunto de manifiesta naturaleza política [...] al cuerpo electoral de la Comunidad Autónoma del País Vasco, pretendiendo conocer la voluntad de una parte del Pueblo español a través de la voluntad del cuerpo electoral de esta Comunidad Autónoma, de acuerdo con el procedimiento disciplinado por la Ley de Elecciones al Parlamento Vasco [...]», la apreciación de la incompetencia de las instituciones vascas para la convocatoria de la consulta era, prácticamente, directa.

Dejando a un lado el detalle de la valoración de la STC 103/2008 sobre el vicio procedimental de la Ley, en su razonamiento sobre el defecto substantivo o material de la misma, el Alto Tribunal consideró, además, que la ley enjuiciada constituía el ejercicio inconstitucional de un presunto «derecho a decidir» del Pueblo Vasco, «derecho» que no estaría en manos del electorado vasco sino del electorado español en general (25). De ahí que el TC entendió que la Ley en cuestión, más allá de incurrir en inconstitucionalidad competencial, incurría en inconstitucionalidad material, al vulnerar los art. 1 y 2 CE, en conjunción con el art. 168 CE (el procedimiento de reforma constitucionalmente tasado), acogiendo la argumentación del precedente dictamen del Consejo de Estado.

Con todo, es evidente que en su análisis del contenido de la ley, especialmente a la luz de algunas de las aseveraciones contenidas en el preámbulo de la norma enjuiciada, el TC realizase un juicio plenamente preventivo (26), presuponiendo (*voluntas legislatoris*) que el objeto de la misma era iniciar, con efectos jurídicos inmediatos, un procedimiento de reconsideración del orden constituido (27). Es precisamente a partir de esa deducción que el TC concluye que la ley constituía una reforma constitucional encubierta, es decir, fuera de los cauces establecidos y al margen del ámbito de decisión de los poderes constituidos (FJ 4).

Por el contrario, una mera lectura de la Ley 9/2008 evidencia que ésta proponía textualmente (*voluntas legis*), aunque de forma un tanto alambicada, pulsar la opinión del cuerpo electoral vasco sobre la conveniencia o no de abrir un proceso de debate entre los partidos vascos para lograr un «Acuerdo Democrático sobre el ejercicio del

(25) «La Ley recurrida presupone la existencia de un sujeto, el «pueblo vasco», titular de un «derecho a decidir» susceptible de ser «ejercitado», equivalente al titular de la soberanía, el pueblo español, y capaz de negociar con el Estado constituido por la Nación española los términos de una nueva relación entre éste y una de las Comunidades Autónomas en las que se organiza. La identificación de un sujeto institucional dotado de tales cualidades y competencias resulta, sin embargo, imposible sin una reforma previa de la Constitución vigente.» (STC 103/2008, FJ 4)

(26) LÓPEZ BASAGUREN, Alberto. «Sobre referéndum y Comunidades Autónomas. La ley vasca de la «consulta» ante el Tribunal Constitucional (consideraciones con motivo de la STC 103/2008)», en *Revista d'Estudis Autònòmics i Federals*, núm. 9, octubre 2009, p. 225, expresa una opinión similar a la aquí expuesta cuando, después de subscribir todos los argumentos de la Sentencia, afirma que «[e]l TC, por tanto, tendría que haberse limitado a enjuiciar la constitucionalidad del contenido efectivo de la Ley y, muy especialmente, la cuestión de la incompetencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco para establecer y convocar una consulta como la referida. Pero no tendría que haberse adentrado en las pretensiones de futuro de los impulsores de la Ley, en cuyo conjunto se inscribía la consulta allí regulada. Ese enjuiciamiento solo puede realizarse en el momento futuro en el que aquellas pretensiones se materializasen a través de los correspondientes actos susceptibles de control de constitucionalidad, cuando esos actos se materializasen y si el TC fuese requerido para ello a través del oportuno recurso».

(27) El carácter especulativo de una parte de los fundamentos jurídicos de la impugnación de la Ley 9/2008 ya había sido señalado por la argumentación del Gobierno Vasco en defensa de la misma (STC 103/2008, Antecedentes 6.a).



derecho a decidir del Pueblo Vasco». En este sentido, nada debería haber impedido un referéndum consultivo con objeto de ponderar la voluntad de los ciudadanos como acto previo para legitimar, en su caso, el inicio del descrito proceso de negociación política dentro del marco de las reglas previstas para la reforma constitucional (28). Más aún cuando, precisamente, lo distintivo del objeto del referéndum consultivo es que «lo que se somete a consulta popular es una determinada opción política al margen del proceso de creación, modificación y derogación de normas, al margen del proceso legislativo» (29).

Huelga decir, por lo demás, que difícilmente un referéndum consultivo puede cuestionar la titularidad de la soberanía, residenciada en el conjunto del pueblo español, porque la eventual celebración de una consulta no hubiera llevado aparejada, *per se* y como efecto necesario, ni la proclamación de un nuevo sujeto político dotado de soberanía ni la fractura de la unidad del Estado. Se trataba, en propiedad, de un procedimiento participativo amparado en el principio democrático y no condicionado por ningún límite material en la reforma constitucional. Además, la congruencia con la doctrina de la carencia de límites materiales a la reforma constitucional, incluso sobre los límites territoriales, niega la existencia de cláusulas de intangibilidad, y esto no es una cuestión menor (30).

La *ratio decidendi* que parece apuntar el TC en el fundamento jurídico cuarto de su sentencia se basa, pues, en el criterio de que el límite de las decisiones políticas que pueden someterse a referéndum consultivo (art. 92 CE) se encuentra en cualquier cuestión que comporte iniciar un proceso de reforma constitucional, dado que la pregunta en sí ya supone una reforma de hecho de la Constitución. En esta lógica, como señala VIVER Y PI-SUNYER (31), «ni el Estado ni las comunidades pueden consultar a los ciudadanos sobre la posibilidad de iniciar procesos de reforma y, más concretamente, no pueden consultar sobre cuestiones que, en la hipótesis de que obtuviesen el voto favorable de los ciudadanos, requiriesen iniciar un proceso de reforma de la Constitución».

Sin embargo, en la mencionada STC 42/2014, esta doctrina constitucional tuvo una modificación substancial, ya que en ella el «derecho a decidir» no se limita, únicamente, a la posibilidad de impulsar un proceso de reforma constitucional. Es más, se declara, de forma explícita, que los poderes públicos de una comunidad autónoma pueden legítimamente realizar actividades dirigidas a «preparar o defender» el objetivo político que estimen conveniente (32), sin excluir explícitamente ningún instru-

---

(28) En este mismo sentido, en relación al proceso catalán, se pronunció RUBIO LLORENTE en su artículo «Un referéndum para Catalunya», *El País*, 8.10.2012.

(29) MARTÍN, Esther. «El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios», *Op. cit.*, p. 102

(30) La ausencia de límites materiales en la reforma constitucional ha sido avalada por una sólida línea jurisprudencial del TC, por ejemplo en las SSTC 48/2003 (FJ 7), 103/2008 (FJ 3), 31/2010 (FJ 12). La STC 42/2014 (FJ 4) reiteró que el ordenamiento constitucional español no responde a un modelo de «democracia militante» y que, en consecuencia, tienen cabida todo tipo de concepciones «que pretendan modificar el fundamento mismo del orden constitucional» como, por ejemplo, «la voluntad de alterar (el) status jurídico» de una Comunidad Autónoma.

(31) VIVER I PI-SUNYER, Carles. «El reconeixement de la plurinacionalitat de l'Estat en l'ordenament jurídic espanyol», en REQUEJO, F. Y GAGNON, A., (ED.). *Nacions a la recerca de reconeixement. Catalunya i el Quebec davant el seu futur*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2010, pp. 222-223.

(32) Siempre que estas actividades se realicen sin vulnerar «los Principios democráticos, los Derechos Fundamentales o el resto de los mandatos constitucionales».

mento, lo cual podría entenderse como una aceptación tácita de la posibilidad de una consulta previa a la de ratificación de una reforma constitucional. En este nuevo esquema, la obligatoriedad de la reforma constitucional se pospone a la fase del ejercicio efectivo del «derecho a decidir».

#### **IV. Las consultas populares en el Estatuto de Autonomía de Catalunya (EAC)**

##### **IV.1. El art. 122 EAC**

Si bien es cierto que algunos estatutos de autonomía de primera generación aluden a las «consultas populares» (33), no fue hasta la siguiente generación de estatutos cuando se incidió ampliamente en la regulación de las consultas y de las distintas fórmulas de democracia participativa. En este sentido, podemos establecer una taxonomía con tres grandes modelos: uno, preconizado por el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (34), que no va mucho más allá de las regulaciones estatutarias originarias, que eleva a categoría de ley autonómica lo que en gran medida ya estaba en distintos reglamentos de participación ciudadana. Otro modelo parte del EAC (35) de 2006 y prevé la competencia exclusiva en materia de «consultas populares», pero sin mencionar expresamente los «referéndums». Este fue precisamente el canon seguido genéricamente por los Estatutos de Autonomía de Andalucía (36) y de Aragón (37). Y, finalmente, un tercer esquema es el seguido por los Estatutos de Castilla y León (38) y de Illes Balears (39), que adoptan soluciones intermedias, en cuanto que no excluyen el referéndum pero invocan la competencia exclusiva del Estado de los art. 93.2 y 149.1.32 CE.

Conviene recordar aquí que, durante la redacción constitucional, se excluyó explícitamente la incorporación al texto del instituto del referendo autonómico (40), más allá de los casos expresamente establecidos en la CE, si bien tampoco se contiene una prohibición explícita, ni de la literalidad del artículo 92 CE puede inferirse que el ámbito de los referéndums deba ser todo el territorio estatal. Por otro lado, tanto la mera previsión de autorización estatal previa (art. 149.1.32 CE) como la ubicación de la misma en la norma constitucional (precisamente en el artículo que deslinda las competencias entre el Estado y las CA) carecerían de sentido si no se pretendiese remarcar que el requisito de la autorización tiene como objeto preferente

(33) Al igual que algunas leyes específicas sobre este instituto, como las de Andalucía, de 13 de mayo de 2001, o Navarra, de 28 de octubre de 2002.

(34) LO 1/2006, de 10 de abril, art. 50.8.

(35) LO 6/2006, de 19 de julio, art. 122.

(36) LO 2/2007, de 19 de marzo, art. 78.

(37) LO 5/2007, de 20 de abril, art. 71.27.

(38) LO 14/2007, de 30 de noviembre, art. 71.1.15.

(39) LO 1/2007, de 28 de febrero, art. 31.10.

(40) Este era el sentido de la enmienda núm. 999 presentada en el Senado por el Grupo de Socialistas Vascos y rechazada en la votación. Ver Diario de Sesiones del Senado, 5 de septiembre de 1978, pp. 3708-3709.

las consultas populares por vía de referéndum que, eventualmente, puedan proponer las Comunidades Autónomas dentro de su ámbito territorial (41).

El EAC arranca, primeramente, de la configuración, como derecho estatutario, del derecho de participación que se atribuye a los ciudadanos, y dentro de éste, del derecho a elaborar, participar y promover la convocatoria de consultas populares en el ámbito de las competencias de la Generalitat y de los ayuntamientos (art. 29); para asumir, posteriormente, la competencia exclusiva en materia de «consultas populares» (art. 122), en despliegue del derecho fundamental del artículo 23 CE. A estos efectos, el legislador estatutario distingue por un lado entre «consultas populares», entendidas como instrumentos de participación ciudadana dirigidos a conocer la opinión de la ciudadanía en relación con cualquier aspecto de la vida política, que se materializan a través de varias modalidades invocadas de forma expresa e inequívoca por el precepto (encuestas, foros de debate y participación, audiencias públicas, etc.); y por otro, los «referéndums», los cuales identifica con la modalidad de consulta popular que requiere la autorización del Estado (art. 149.1.32 CE) (42).

Así pues, la previsión estatutaria partió de la convicción de que la recepción del referéndum en el ordenamiento jurídico español no queda circunscrita al marco estatal, sino que constituye un elemento vinculado al Estado autonómico, interpretando que la competencia estatal para autorizar la convocatoria debía permitir a la Generalitat de Cataluña regular tanto la iniciativa como el procedimiento previo a la convocatoria (43). Esta posibilidad, venía reforzada, además de por la existencia previa de consultas de ámbito local (cuya autorización por parte del Estado está incluida en el propio art. 149.1.32 CE), por una interpretación amplia del principio democrático (art. 1.1 CE) y del derecho fundamental de participación política de la ciudadanía (art. 23 CE), con objeto de estimular la participación en la vida política y acercar los centros de decisión a la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones de particular trascendencia política. En apoyo de esta argumentación, cabe citar las potestades sobre regulación de la iniciativa legislativa popular y legislación electoral propia desplegadas de forma constitucionalmente aproblemática por distintas Comunidades Autónomas, un elemento esgrimido también por el dictamen CJAE 96/2008, como hemos visto.

En segundo término, cabe entender que la regulación estatutaria parte también del hecho de que el referéndum autonómico constituye una concreción de la forma institucional de gobierno representativo diseñada para las CA (art. 147 y 152 CE) y pueden incluirse en la potestad de autoorganización (art. 148.1.1 CE). En efecto, el art. 152 CE permite inferir que las consultas populares se integran en el ámbito de la organización de las instituciones de autogobierno porque el modelo de organización territorial del Estado posibilita no sólo la distribución territorial del poder político, sino

---

(41) MARTÍN, Esther. «El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios», *Op. cit.*, pp. 109-110).

(42) Todo esto, independientemente de que la técnica de distribución competencial que utiliza el precepto constitucional no se corresponda muy bien con las categorías generales que rigen el reparto competencial, en cuanto que opera, más bien, como un mecanismo de garantía de la unidad política que permite a las CA desplegar la potestad legislativa y ejecutiva, con expresa reserva de la decisión última sobre la realización del referéndum al Estado.

(43) *Vid.* MARTÍN, Esther. «Comentari a la Sentència sobre l'Estatut. Competència en matèria de consultes populars (art. 122)», en *Revista catalana de dret públic*, número especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, 2010, p. 321.

también la instauración de un nuevo ámbito de relaciones entre la sociedad y éste. Idéntico criterio fue utilizado por la CJAE en la valoración de los aspectos competenciales relativos al anteproyecto de la posterior Ley 9/2008 (44).

En particular, los antecedentes constitucionales y el carácter «paccionado» del Estatuto, permite deducir que el pueblo de Cataluña ostenta la condición de sujeto político a los efectos de adoptar las decisiones que afecten el marco constitucional y estatutario de su autogobierno, como por otra parte prevé constitucionalmente para el caso de las iniciativas legislativas a nivel estatal, incluida la reforma constitucional [arts. 166 y 87.2 CE y 61.b) EAC]. Incluso podría decirse que este supuesto, constitucionalmente previsto, aconsejaría la obertura de un proceso previo de consulta, pues, tautológicamente, parece lógico que si el cuerpo electoral catalán elige y legitima al Parlamento de Cataluña en todas sus funciones, incluida la iniciativa de reforma constitucional, el mismo cuerpo electoral debería posicionarse sobre el mismo objeto a través de un referéndum, cuando menos como parámetro para evaluar la existencia de suficiente apoyo ciudadano. Aunque, como hemos visto, la STC 103/2008 parece retirar cualquier amparo constitucional a este razonamiento, que también fue aducido por la defensa del gobierno vasco con motivo de la impugnación de la Ley 9/2008 (45), la posterior STC 42/2014 parece devolverle, en la lectura que hemos apuntado antes, una cierta posibilidad en este sentido.

El Derecho comparado nos muestra, además, cómo en los Estados descentralizados los acuerdos o pactos federales o de autogobierno, y sus eventuales modificaciones, constituyen, por su naturaleza, asuntos objeto de consulta a los ciudadanos. En particular, como se constata al examinar la distribución territorial del poder en los Estados políticamente descentralizados, estos mecanismos de democracia directa o semi-directa son incluso más habituales que en el nivel federal (Estados Unidos, Canadá, Reino Unido o Alemania) (46).

#### **IV.2. La STC 31/2010 sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y su pronunciamiento sobre el art. 122 EAC**

Antes de nada, conviene significar que el TC realiza una interpretación estricta del artículo 122 EAC, partiendo a su vez de una también rigurosísima interpretación de la voluntad del constituyente a la hora de regular el instituto del referéndum, juzgándola de extremadamente cautelosa con objeto de garantizar la lealtad constitucional ante eventuales convocatorias de referendums territoriales, reservando para ello al Estado, no sólo la potestad exclusiva de autorización (art. 149.1.32 CE), sino también la capaci-

(44) Ver los párrafos 50-51 del Dictamen CJAE 96/2008. En el mismo sentido, el párrafo 56 remarca que dicha interpretación «[s]e trata de un esquema democrático representativo en el que cabe integrar, sin duda alguna, un mecanismo de democracia directa o semidirecta, sin que exista ningún fundamento constitucional para excluir a la Comunidad Autónoma de la posibilidad de que puedan celebrarse consultas de ámbito autonómico mediante las que sus instituciones de autogobierno recaben la opinión de los ciudadanos vascos en asuntos que inciden en su autonomía.»

(45) STC 103/2008, Antecedentes 6.

(46) Vid. ARGULLOL, Enric y VELASCO, Clara Isabel (dir.). *Instituciones y competencias en los estados descentralizados*. Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2011, y BOSSACOMA I BUSQUETS, Pau. «Competències de la Generalitat de Catalunya sobre regulació i convocatòria de consultes populars», *Op. cit.*, pp. 249-251.

dad de establecer el régimen jurídico de las mismas, a través de una ley orgánica *ad hoc*(47).

Invirtiendo los argumentos, la STC 31/2010 no cierra el paso totalmente al referéndum autonómico, ni al hecho que los estatutos puedan reconocer competencias en esta materia, si bien *prima facie*, la interpretación de la Sentencia deja hoy por hoy sin cobertura competencial a cualquier ley autonómica sobre la materia(48). Como veremos, la sentencia reforzó los fundamentos para una impugnación de la anterior(49) Ley catalana 4/2010 sobre consultas referendarias y, adicionalmente, alentó los argumentos a favor de la necesidad de instrumentar una vía de consulta popular mediante votación alternativa no sometida a tan rígido corsé constitucional, que posteriormente se concretarían, en el caso catalán, en los proyectos de ley sobre consultas populares no referendarias.

No obstante, la carencia de previsión constitucional específica y, más concretamente, en la LOMR sobre referéndums de alcance autonómico no obsta para que estos puedan regularse, siempre que exista base competencial, del mismo modo que, como hemos referido en diversas ocasiones, se ha realizado con la ILP, considerada también un mecanismo de participación política directa de los ciudadanos conectando con el artículo 23.1 CE. Profundizando en los argumentos derivados de los límites de la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE), junto a la previsión del artículo 92.3 CE, que exige una ley orgánica para regular las diversas modalidades de referéndum, el Tribunal razona que, aunque ninguno de estos dos preceptos atribuya título competencial al Estado, «en virtud del art. 81.1 CE, sólo el Estado puede dictar esta forma de leyes en desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas», de acuerdo con la STC 173/1998, de 23 de julio (FJ 7). Esto es, la única norma constitucionalmente adecuada para regular referéndums es la LOMR, además de que la calificación de sus preceptos como normativa básica, al menos materialmente, debería comportar su aplicación a todo tipo de referéndums.

---

(47) La STC 31/2010 afirma «[Que] la exclusividad del art. 122 EAC tiene que serlo [...] sin perjuicio de la competencia estatal relativa a las bases del régimen jurídico de las administraciones públicas» (art. 149.1.18 CE); que la cláusula residual de este precepto («cualquier otro instrumento de consulta popular») no se tiene que entender como un referéndum; y que la autorización estatal para la convocatoria de la consulta (art. 149.1.32 CE), no es la única facultad que tiene el Estado en esta materia sino que alcanza «la entera disciplina de esta institución, esto es, su establecimiento y regulación». Para el profesor CASTELLÀ ANDREU, Josep Maria. «La competència en matèria de consultes populars per la via de referèndum a la Sentència 31/2010 sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya», en *Revista Catalana de Dret Públic*, número especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006, 2010, pp. 306-313, lo determinante para que el TC hiciese esta estricta interpretación fue que el precepto estatutario no menciona expresamente el «referéndum», fruto de la negociación política de que fue objeto; así como no aparece tampoco ninguna cláusula de sometimiento a la reserva de ley orgánica del art. 92.3 y/o a los títulos competenciales del Estado implicados en la materia (art. 149.1.18 para los locales y art. 149.1.1 para los de ámbito catalán, título que aun así no se menciona en el FJ 69). En cambio, según CASTELLÀ, no parece que hubiese sido decisivo para el Tribunal Constitucional la calificación como «exclusiva» de la competencia sobre consultas (art. 122 EAC), puesto que la misma sentencia resta valor a esta calificación (FJ 69 remitiendo a otros FFJJ).

(48) Parecería, pues, acertada la afirmación del magistrado Rodríguez-Zapata en el sentido que la STC en relación al art. 122 EAC «[...] interpreta esta norma hasta vaciarla de contenido».

(49) Puede ser útil, para el entendimiento del encadenamiento de actos, tener una relación cronológica de los mismos: la Ley 4/2010 fue aprobada por el Parlament el 17.03.2010; la STC 31/2010 sobre el EAC fue aprobada por el Alto Tribunal en su sesión de 28.06.2010 y, finalmente, el Consejo de Ministros acordó interponer el recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley 4/2010 en su reunión del 23.12.2010, siendo emitido el dictamen del Consejo de Estado que avaló este recurso con fecha 16.09.2010.

En este sentido, no deja de ser paradójico el citado ejemplo de la ILP (art. 87.3 CE), sobre el que la Constitución establece una reserva de ley orgánica y no por ello la mayor parte de CA han dejado de desarrollarlo. Aunque más paradójico resulta el examen de la disposición adicional (DA) de la vigente LOMR, que excluye de su ámbito de aplicación las consultas que puedan celebrar los ayuntamientos, salvo la competencia exclusiva del Estado para su autorización (50). Además, la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, de 2 de abril (LBRL), sin tener rango de orgánica, y respetando las competencias autonómicas, ya regula los referéndums consultivos de los ayuntamientos para los asuntos de su competencia y de carácter municipal. Estirando el hilo de este argumento, no hay duda de que una reforma de la LOMR para incorporar las consultas autonómicas por vía de referéndum permitiría eludir la interpretación restrictiva de la STC 31/2010.

Por otro lado, no hay que perder de vista que, según el Alto Tribunal, la reserva del art. 92.3 CE se relaciona con los tipos de referéndum «previstas en esta Constitución», y entre ellos los de reforma estatutaria (art. 152.2 CE). En relación con estos, la misma STC 31/2010, al juzgar la constitucionalidad de los preceptos relativos al procedimiento de reforma estatutaria (incluido el referéndum de ratificación del art. 222 y 223 EAC), menciona el supuesto de las CA que prevén esta modalidad de referéndum ratificatorio, caso de la Comunidad Valenciana y Aragón, y afirma que en ese caso se trata de:

«[...] una modalidad de referéndum diferente de las previstas en la Constitución y, por lo tanto, a pesar de que no podría celebrarse sin sujeción a los procedimientos y formalidades más elementales de todos los que regulan en la Ley Orgánica 2/1980, sí se podría exceptuar la aplicación a ella de los procedimientos y formalidades menos necesarios a los fines de la identificación de la consulta como un verdadero referéndum» (FJ 147) (51).

En este argumento abundó, también, la CJAE (52), así como otras interpretaciones doctrinales (53) que limitarían la competencia estatal sobre la regulación de los referéndums a aquellos previstos expresamente en la Constitución.

Finalmente, y ahondando aún más en las contradicciones, tenemos que la severa reserva a ley orgánica apreciada por el Tribunal, para regular la entera institución del referéndum, colisiona frontalmente con la praxis de la legislación electoral, que nunca ha sido interpretada en el sentido de prever una regulación exclusiva por parte del

(50) Vid. MARTÍN, Esther. «Comentari a la Sentència sobre l'Estatut. Competència en matèria de consultes populars (art. 122)», *Op. cit.*, pp 320-321.

(51) A partir de ahí, el profesor CASTELLÀ ANDREU, Josep Maria. «La competència en matèria de consultes populars...», *Op. cit.*, p.314, se interroga acertadamente sobre el por qué este argumento no es válido en relación con el resto de referéndums no previstos en la Constitución. Efectivamente, no parece congruente que el TC afirme en un lugar que la única ley competente para regular íntegramente el referéndum sea la LOMR (FJ 69) y, en otro, admita la posibilidad de excepcionar la aplicación de los elementos menos relevantes del régimen jurídico del referéndum (FJ 147).

(52) Dictamen 96/2008, párrafo 99.

(53) Vid. Dictamen Consell Consultiu de Catalunya 269/2005 (FJ 12) y LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. *Consulta o referéndum...*, *Op. cit.*, p. 90.

Estado de todos los procesos electorales y de todas las partes del proceso electoral. Llevada a sus últimas consecuencias, la tesis de la STC 31/2010 conduciría al absurdo de considerar inconstitucionales las leyes electorales autonómicas.

## **V. La Ley de Catalunya 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum**

### **V.1. El contenido de la Ley**

En desarrollo del artículo 122 EAC, el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 4/2010 de consultas populares por vía de referéndum de Cataluña, de aplicación tanto a las consultas promovidas por las instituciones públicas (Parlamento, Gobierno o municipios), como a las de iniciativa ciudadana, en ejercicio del derecho estatutario de participación (art. 29 EAC).

Entrando en su contenido general, la Ley define las consultas populares por vía de referéndum como «un instrumento de participación directa para determinar la voluntad del cuerpo electoral(54) sobre cuestiones políticas de trascendencia especial con las garantías propias del procedimiento electoral» (art. 3), esto es, se utilizan de forma bastante literal las notas definitorias del referéndum establecidas por la STC 103/2008. Se diferencian dos grandes tipos de consultas: las que tienen como ámbito el territorio de Catalunya (título II) y las de ámbito municipal (título III). Respecto a las primeras, se les asigna como objeto las cuestiones en el marco de las competencias de la Generalitat (art. 10), con carácter «consultivo» (art. 12.1)(55), y pueden ser de iniciativa institucional (Gobierno, Parlament o municipios, art. 15) o popular. En ambas modalidades se prevé, además, un posible control de la adecuación constitucional y estatutaria del objeto de la consulta a cargo del Consejo de Garantías Estatutarias, y una aprobación final, por mayoría absoluta del Parlament, como trámite previo a la solicitud de autorización de la consulta al Estado (arts. 16-20 y 24-29). Por su parte, y con las debidas adaptaciones a su ámbito institucional, las consultas municipales se estructuran en términos muy similares.

Como hemos mencionado, la Ley 4/2010 reconoce el sometimiento de las consultas populares por vía referendaria (tanto autonómicas como municipales), cuya celebración se apruebe en el marco de sus determinaciones, a la autorización estatal previa a la convocatoria. Respecto a la naturaleza y el alcance del control que supone dicha autorización, existe una potente línea doctrinal que la delimita de forma bastante estricta. Así por ejemplo, el Consejo de Estado (dictamen 943/1994), en referencia a las consultas populares municipales, aboga por un escrupuloso respeto a la autonomía local y considera la mencionada autorización un acto administrativo, limitado a un

---

(54) Definido de forma coincidente con el conjunto de personas con derecho a voto en las elecciones municipales (art. 4).

(55) Sobre el hecho de que no sea vinculante y no se pida un determinado quórum de participación, hay que decir que la opción de la EAC y de la Ley 4/2010 constituye cuando menos un paso adelante, pues, a pesar de no romper con el esquema consultivo del art. 92.3 CE, obliga al menos a una comparecencia posterior del Gobierno (a pesar de que inexplicablemente, éste no tenga que estar representado necesariamente por el Presidente de la Generalitat como responsable de la dirección política, como sí que están obligados a hacer los alcaldes en el ámbito municipal).

control de legalidad (nunca de oportunidad) y revisable judicialmente. BOSSACOMA(56) realiza una transposición analógica de la doctrina del Consejo de Estado al ámbito de los referéndums autonómicos, inspirándose también en los argumentos que utilizó el Gobierno Vasco en la defensa de la Ley 9/2008 ante el TC (57), donde defendió que el control de legalidad que debía aplicar el Gobierno del Estado no podía ser un control ordinario sino que debía ser estrictamente constitucional. Sin embargo, en el ATC 87/2011 (FJ 4), al que luego nos referiremos, el Alto Tribunal discrepa de esta interpretación y atribuye «plena libertad» a la deliberación del Gobierno estatal en la autorización de los referéndums autonómicos.

En cuanto a su inserción en el bloque normativo, la Ley invoca la competencia exclusiva del artículo 122 EAC, sin hacer mención expresa al artículo 92.3 CE (58), pese a que parte de la doctrina y el propio Tribunal Constitucional consideran, desde el punto de vista competencial, que, cuando concurre una competencia exclusiva del Estado (en este caso la del art. 149.1.32 CE), ésta puede verse afectada por el ejercicio igualitario de los derechos (art. 149.1.1 CE). Precisamente, esta última garantía, en combinación con la competencia genérica para el desarrollo de los derechos fundamentales (art. 81 CE), en relación aquí al derecho de participación política (art. 23 CE), era el argumento utilizado por la STC 103/2008 para sustentar que la única ley constitucionalmente idónea para el cumplimiento de la reserva del art. 92.3 CE es la LOMR.

Por diversas razones, la tramitación del proyecto de ley no estuvo exenta de polémica. El principal grupo parlamentario de la oposición (a la sazón, CiU) presentó un conjunto de enmiendas, la mayoría de las cuales dirigidas a introducir en el articulado el reconocimiento alternativo de las consultas populares «no referendarias», con objeto de eludir la autorización estatal del art. 149.1.32 CE. Invirtiendo los términos con los que la STC 103/2008 definió la consulta referendaria, este grupo político presentó distintas enmiendas que incorporaban una regulación de esta modalidad de consulta que obviaba los tres elementos que el TC había fijado como determinantes para calificarla como referéndum: el censo electoral, el procedimiento electoral y las garantías específicas (59). Dado que estas enmiendas no prosperaron, en la siguiente legislatura (2010-2012) el gobierno de CiU aprobó un proyecto de ley de consultas populares no referendarias al que luego nos referiremos.

---

(56) BOSSACOMA I BUSQUETS, Pau. «Competències de la Generalitat de Catalunya sobre regulació i convocatòria de consultes populars», *Op. cit.*, pp. 270-271.

(57) STC 103/2008, Antecedentes 6.b.3.

(58) A diferencia de otras regulaciones estatutarias similares (EACL y EAIB), en que no sólo se hace remisión al art. 92.3 CE sino que se refieren a una competencia de bases-desarrollo, pese a que no debe ser un ejercicio precisamente fácil averiguar los preceptos considerados básicos en la LOMR.

(59) Ver *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya* (BOPC) VIII legislatura, núm. 540, 28.09.2009. Concretamente, las enmiendas del grupo parlamentario de CiU proponían la creación de un registro de consultas ciudadanas, como instrumento de participación directa de los ciudadanos, formado por los mayores de edad con vecindad civil en Cataluña, de acuerdo con los artículos 14 y 15 del Código Civil; los mayores de edad de nacionalidad española que tienen dos años de residencia en el país, y los mayores de edad extranjeros que acrediten cinco años de residencia consecutiva en Cataluña. Estas enmiendas fueron aun así rechazadas, si bien en el trámite de ponencia los grupos que apoyaban al Gobierno (PSC, ERC e ICV-EUiA) ofrecieron una transacción, consistente en la inclusión de una disposición adicional en la que se estableciera un mandato genérico al legislador para regular en otra ley las consultas no referendarias.



## V.2. El Dictamen 3/2010, del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña

El Consejo de Garantías Estatutarias (CGE) emitió uno de sus primeros dictámenes pronunciándose sobre el contenido de la Ley 4/2010, en fase de proyecto (DCGE 3/2010, de 1 de marzo), caracterizando el instituto referendario como «una proyección del derecho a la participación, justamente porque implica la toma de decisiones políticas de manera directa y por medios diferentes a los representativos» y señalando que, de acuerdo con la doctrina constitucional, el conjunto de las instituciones descansa básicamente sobre el sistema representativo (STC 119/1995, FJ 3), si bien deja espacio a la democracia participativa de acuerdo con las técnicas constitucionales más modernas, que también encuentran cobertura constitucional y estatutaria (9.2 CE y 4.2 EAC).

Para el CGE, el referéndum ostenta, además, una dimensión institucional que lo inserta en el marco de la potestad de autoorganización autonómica, como hemos detallado en la sección 4.1 de este artículo, que abraza no sólo la configuración del Parlamento o el Gobierno (art. 152 CE), sino también la creación, organización y regulación de otras instituciones autónomas, destinadas a servir la acción política de la Comunidad (60). Para el Consejo, eso hace que estas instituciones a veces presenten un paralelismo con las estatales (61) (Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas, Consejo de Estado, etc.), si bien han sido avaladas por el Tribunal Constitucional (62). Precisamente, las facultades de autoorganización como fundamento para el desarrollo de la figura del referéndum en los ámbitos regionales y local habían sido una piedra angular en la argumentación del dictamen CJAE 96/2008 (63) y también han encontrado apoyo en una parte de la doctrina (64).

---

(60) En la STC 247/2007, de 12 de diciembre, el Tribunal afirma que: «[...] los estatutos de autonomía pueden incluir con normalidad en su contenido, no sólo las determinaciones expresamente previstas en el texto constitucional [...] sino también otras cuestiones, [...] relativas a las funciones de los poderes e instituciones autonómicas, tanto en su dimensión material como organizativa, y a las relaciones de estos poderes e instituciones con el resto de poderes públicos estatales y autonómicos, por un lado, y, con los ciudadanos, de otro» (FJ 12), tal y como recoge en el Dictamen 288, de 5 de agosto de 2008, del Consejo Consultivo, sobre la Ley de la Presidencia de la Generalitat.

(61) Esta analogía configurativa afecta el objeto de la Ley 4/2010, de referéndums de Cataluña: sólo hay que ver la mención que hace el art. 122 EAC a las cuestiones políticas de especial trascendencia, la referencia al marco de las competencias propias, al procedimiento electoral, el carácter consultivo e, incluso, ciertos límites temporales y materiales previstos en los arts. 6 y 14 de la Ley. Las diferencias principales, aun así, serían la pluralidad de sujetos legitimados para emprender la iniciativa (Gobierno, Parlament, municipios e iniciativa popular), así como la mayor densidad participativa, que se justifica por la mayor proximidad de la CA a los ciudadanos, que tiene su habilitación estatutaria en el art. 29.5 EAC. En todo caso, observa el CGE, el rasgo esencial común entre el referéndum estatal y el de la Ley 4/2010 es la aprobación de la convocatoria por mayoría del Parlament, ya sea el Congreso de los Diputados o el Parlament de Cataluña, respectivamente.

(62) Esta similitud institucional opera en los EEUU (cláusula de garantía) y en Alemania (principio de homogeneidad del artículo 28.1 de la Ley Fundamental de Bonn), porque se parte —como España— de la competencia exclusiva de los estados y los Länder para configurar sus instituciones, al mismo tiempo que existe la aspiración de que presenten unas estructuras generales que respondan a unos mismos principios (Estado de derecho, democracia, principio social) o equivalentes (republicanas, federativas). En estos casos, no se trata de exigir uniformidad ni concordancia entre las instituciones federales y las estatales sino que las instituciones de las dos esferas de poder presenten unas características que permitan su actuación congruente.

(63) *Vid.* especialmente los párrafos 54 a 61 del dictamen.

(64) *Vid.* BOSSACOMA I BUSQUETS, Pau. «Competències de la Generalitat de Catalunya sobre regulació i convocatòria de consultes populars», *Op. cit.*, pp. 265-267 e IBÁÑEZ MACÍAS, ANTONIO. «Los referendos regional y local en el Estado Autonómico. Sus bases y límites constitucionales», *Op. cit.*, p. 111.

En cuanto al marco competencial, según el CGE, el art. 122 EAC enumera de forma abierta los diferentes instrumentos participativos —encuestas, audiencias públicas, foros de participación—; y, por otro, asume todas las funciones y potestades que les son inherentes (régimen jurídico, modalidades, procedimientos, desempeño, convocatoria). Esto es así, según el Consejo, porque cada CA puede establecer modalidades diferentes para recabar la opinión de sus ciudadanos en cuestiones de interés general, pese que, en último extremo, corresponde al Estado valorar si su materialización colisiona o no con otras finalidades del ordenamiento que también merecen protección. Esta condición, sin embargo, es resuelta adecuadamente en la Ley al prever la autorización estatal (art. 13) (65).

Por lo que respecta a la reserva constitucional genérica de ley orgánica del art. 81.1 CE, y en concreto, el ensamblaje del referéndum autonómico con la LOMR (66), el CGE recuerda que la STC 103/2008 hace referencia a la referida Ley orgánica como la única Ley constitucionalmente adecuada para el cumplimiento de la mencionada reserva. Pero en este punto, recuerda el CGE, la LOMR regula las modalidades de referéndum previstas en la Constitución, excluyendo expresamente de su regulación las consultas populares municipales, remitiendo para ello a la legislación de régimen local, salvando en todo caso la competencia exclusiva del Estado para su autorización. Este reenvío tuvo, como hemos referido aquí en diversas ocasiones, concreción en la LBRL (art. 71), sin tener rango de ley orgánica, respetando las competencias autonómicas.

Refiriéndose a la LOMR, que el TC entiende como la ley orgánica que responde a la reserva del mencionado art. 92.3 CE, el CGE distingue entre los límites a las competencias autonómicas que provienen de los títulos competenciales estatales y los que derivan de la reserva a ley orgánica ex artículo 81.1 CE, puesto que el ámbito de los títulos materiales no coincide con el de la mencionada reserva. Dado el contexto histórico en el que fue elaborada la LOMR, el CGE entiende que no se pretendía un desarrollo completo de esta institución de democracia directa, y menos todavía un régimen exhaustivo del ejercicio del derecho fundamental a la participación. El CGE concluye que la LOMR regula esencialmente las diversas modalidades de referéndum previstas en la Constitución y sólo algunas de sus previsiones, contenidas en el capítulo II («Del procedimiento para la celebración del referéndum»), constituyen un desarrollo directo del artículo 23 CE, como también lo son algunas de la Ley orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General (LOREG), a las cuales remite la misma LOMR (art. 19) (67). De hecho, dado que el art. 81 CE no actúa propiamente como un título competencial, no excluye necesariamente la intervención autonómica, como se ejem-

(65) Según el CGE no había obstáculos para que el artículo 13 del Proyecto de ley mantenga al Gobierno del Estado como interlocutor y destinatario de la remisión de la solicitud de autorización, pero la determinación de qué órgano concreto tiene que resolver esta autorización corresponde al legislador estatal. Por lo tanto, los artículos 13 y 43.2 del Proyecto suponían una invasión competencial, según el órgano consultivo, en la esfera de la decisión de las instituciones estatales (ex art. 149.1.32 CE), al mismo tiempo que comportaban una extralimitación de las competencias autonómicas contempladas en el artículo 122 EAC.

(66) La solicitud de dictamen dirigida al Consejo planteaba la posible contradicción del Proyecto con el artículo 92 CE, el cual, en su apartado 3, dispone que «una ley orgánica regulará las condiciones y el procedimiento de las diversas modalidades de referéndum previstas por la presente Constitución».

(67) MARTÍN, Esther. «El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 94, septiembre-diciembre 2012, p. 111.

plifica en los casos que hemos señalado, reiteradamente, de la iniciativa legislativa popular y del régimen electoral, dos ámbitos del derecho de participación política, desarrollados mediante legislación orgánica, en los que existe una abundante legislación autonómica. CORCUERA ATIENZA (68) considera plenamente pacífico con la doctrina constitucional el hecho de que las lagunas de la LOMR puedan llenarse mediante legislación autonómica que perfile el régimen jurídico de los referéndums, «[...] respetando el contenido fundamental del derecho tal y como se deduce de la Constitución y de la citada Ley Orgánica [...]»; según este autor, se precisan tres requisitos para ello: la habilitación competencial expresa en el correspondiente Estatuto de Autonomía, el reconocimiento de la preceptiva autorización estatal para cada consulta y el respeto a los aspectos básicos de la LOMR.

### V.3. El recurso de inconstitucionalidad del Gobierno del Estado

El Gobierno del Estado recurrió ante el TC los art. 1 a 30, 43 y 45 de la Ley 4/2010, es decir, todos los no referidos exclusivamente a las consultas locales, en diciembre de 2010. La administración del Estado, pese a constatar el ajuste del texto de la ley catalana a la definición del instituto referendario contenida en la STC 103/2008, incluido el sometimiento a la preceptiva y previa autorización estatal, reprochaba, entre otros extremos, el hecho de que «[l]a Ley entroniza nuevas modalidades de referendos al margen de los determinados en la Ley Orgánica 3/1980 y sin fundamento competencial en el artículo 122 EAC» (69).

Con anterioridad, el dictamen del Consejo de Estado 1618/2010 había apreciado categóricamente la existencia de fundamentos para la interposición del recurso, al interpretar que el pronunciamiento del FJ 69 de la STC 31/2010

«[...] es inequívoco y se basa además en las mismas razones recogidas en la Sentencia precedente 103/2008: la naturaleza del referéndum como institución diferente al resto de las fórmulas posibles de consulta popular por cuanto que, a través de ella, se articula un ejercicio de la participación política de los ciudadanos como cuerpo electoral y no meramente se recaba una opinión de un colectivo, está sujeta a la doble reserva de ley orgánica de los artículos 81 y 92 CE y queda sustraída, por tanto, a las competencias normativas de las Comunidades Autónomas».

El Consejo de Estado, además, entró en la regulación de las consultas municipales hecha por la Ley 4/2010, aun cuando quedaban fuera del grupo de artículos que el gobierno del Estado consideraba recurribles. En especial, el dictamen objeta la inclusión de dichas consultas dentro del grupo «consultas populares por vía de referéndum», por considerar que

---

(68) CORCUERA ATIENZA, Javier. «Soberanía y autonomía. Los límites del «derecho a decidir» (comentario de la STC 103/2008)», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, mayo-agosto 2009, pp. 321-322.

(69) Informe de la Dirección General de Desarrollo Autonómico del Ministerio de Política Territorial de 25 de junio de 2010.

«esta identificación, lejos de limitarse a la nomenclatura, implica la pretensión de instalar en el ámbito municipal una institución de índole constitucional que constituye un cauce de ejercicio directo de la participación política [...]. La Ley catalana objeto de consideración parece buscar una identificación plena de las consultas populares «por vía de referéndum» en el ámbito de la Generalidad y en el de los municipios mediante una denominación común y unas disposiciones generales comunes [...]» (70).

El 15 de febrero de 2011, el Alto Tribunal admitió a trámite el recurso y accedió a la petición de suspensión de la norma impugnada (ex art. 161.2 CE). Al término del plazo inicial de suspensión, el TC acordó, mediante el Auto 87/2011, de 9 de junio, levantar la suspensión. Si bien, como es conocido, en este tipo de incidentes el TC no entra a valorar el fondo del recurso, sino que se limita a argumentar sobre los «los perjuicios que originarían las situaciones de hecho que, previsiblemente, se producirían en caso de que se levantara o se mantuviera la suspensión» (FJ 2 ATC 88/2008, entre otros muchos), en el presente caso (ATC 87/2011), el Tribunal vino a apreciar los argumentos de la Generalitat de Catalunya (71) por encima de los expuestos por la Abogacía del Estado, cuya fundamentación se basaba en argumentos preventivos relacionados con la coyuntura política catalana y la situación de la economía española en relación a los mercados internacionales (72). En cualquier caso,

(70) Con esta objeción, el Consejo de Estado no pretendía destacar tanto las razones de coherencia terminológica como la íntima vinculación del instituto del referéndum con el bloque constitucional y la exclusiva competencia estatal sobre todos los aspectos relacionados con él. Además, la exclusión de las consultas locales de la categoría de referéndum se argumenta a partir de la negación de su carácter de cauce de la «participación política» de los ciudadanos (art. 23 CE), lo que implicaría su limitación a instrumento de la participación administrativa, ver BOSSACOMA I BUSQUETS, Pau. «Competències de la Generalitat de Catalunya sobre regulació i convocatòria de consultes populars», pp. 253-254. CASTELLÀ ANDREU, Josep Maria. «Consultas populares no referendarias en Catalunya ¿Es admisible constitucionalmente un *tertium genus* entre referéndum e instituciones de participación ciudadana?», en *Monografías de la Revista Aragonesa de Derecho Público*, XIV, 2013, pp. 137-138, considera injustificada esta opinión del Consejo de Estado, mientras que IBÁÑEZ MACÍAS, ANTONIO. «Los referendos regional y local en el Estado Autonomico. Sus bases y límites constitucionales», *Op. cit.*, p. 106, la descarta, directamente, a partir del criterio de participación *uti cives*.

(71) Uno de los argumentos principales de la defensa de la Generalitat residía en que, conforme a la propia norma impugnada, como en la dicción literal del art. 149.1.32 CE, la tramitación de todo procedimiento de consulta en el ámbito de Cataluña se exigirá la autorización expresa del Gobierno del Estado, al que corresponderá el control pleno de la celebración o no de la consulta así como la valoración de las repercusiones sociales y políticas que pueda comportar su realización (Antecedentes del ATC 87/2011).

(72) «Así, por su marcado carácter hipotético, hemos de descartar los alegados perjuicios vinculados a la promoción de eventuales consultas relacionadas con lo que el Abogado del Estado ha calificado como pacto fiscal o sobre el denominado derecho a decidir pues el hecho de que tales consultas lleguen efectivamente a ser convocadas no puede ser entendido como una directa consecuencia de la vigencia de los preceptos impugnados y ahora suspendidos de la Ley 4/2010, en tanto los mismos se limitan a establecer la normativa aplicable a las que denomina consultas populares por vía de referéndum de ámbito de Cataluña sin hacer alusión alguna a las cuestiones concretas que, eventualmente, pudieran ser objeto de las consultas reguladas por los preceptos ahora suspendidos. Lo mismo sucede con el alegato relacionado con las difíciles circunstancias económicas que vive nuestro país, extremo del que no se alcanza a apreciar la relación que guarda con lo aquí discutido, máxime cuando se vincula directamente a la celebración de una previa consulta sobre un supuesto pacto fiscal, que se dice determinante de un nuevo sistema de financiación para la Comunidad Autónoma de Cataluña, acerca de cuya existencia y términos nada puede afirmarse en este momento.» (FJ 4 ATC 87/2011)

lo substantivo del pronunciamiento del TC es que la Ley 4/2010 está plenamente vigente en el momento de la realización del presente trabajo, motivo por el cual el CONSELL ASSESSOR PER A LA TRANSICIÓ NACIONAL (73) la incluyó entre los cinco vehículos legales que son posibles, en su opinión, para instrumentar una eventual consulta sobre el futuro político de Catalunya.

## VI. El proceso catalán para el ejercicio del «derecho a decidir»

Durante el Debate de política general de 2012 (25-27 de septiembre), el Presidente de la Generalitat, Artur Mas, anunció el fin anticipado de la IX legislatura (iniciada a finales de 2010) y la convocatoria de elecciones al Parlamento de Cataluña para el mes de noviembre (74). En la base de dicha decisión estaba el profundo impacto en el escenario sociopolítico catalán causado por la multitudinaria manifestación del anterior 11 de septiembre, bajo el lema «Catalunya, nuevo Estado de Europa».

En sintonía con la voluntad expresada por el *President* en el mencionado debate, el Parlamento aprobó la Resolución 742/IX, de 27 de septiembre, que afirmaba «la necesidad de que el pueblo de Catalunya pueda determinar libre y democráticamente su futuro colectivo» (75), y se instaba al gobierno resultante de las inminentes elecciones a convocar «una consulta, prioritariamente dentro de la próxima legislatura» (76).

Aunque el resultado electoral del 25 de noviembre de 2012 supuso un inesperado revés para la candidatura encabezada por Artur Mas (50 diputados, 12 menos que la anterior legislatura), el *President* mantuvo su determinación de convocar la consulta y obtuvo el apoyo parlamentario de Esquerra Republicana de Catalunya (ERC), segundo partido de la cámara autonómica, que le permitió renovar su investidura y formar gobierno en solitario (diciembre de 2012). El Acuerdo de gobernabilidad suscrito entre CiU y ERC (77) trazó una «hoja de ruta» detallada de las actuaciones, en los ámbitos parlamentario y gubernamental, que debían conducir a la celebración de una consulta «para que el pueblo de Catalunya se pueda pronunciar sobre la posibilidad de que Catalunya se convierta en un Estado en el marco europeo».

### VI.1. La declaración de soberanía del pueblo de Catalunya

En coherencia con el mencionado Acuerdo de gobernabilidad CiU-ERC, el 23 de enero de 2013, durante el primer pleno del Parlamento catalán de la X legislatura, se aprobó la Resolución 5/X bajo la rúbrica «Declaración de soberanía y del derecho a de-

---

(73) CONSELL ASSESSOR PER A LA TRANSICIÓ NACIONAL. *La consulta sobre el futur polític de Catalunya*. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2013, p. 55.

(74) *Diari de Sessions del Parlament de Catalunya* (DSPC) IX legislatura, núm. 67, de 25.09.2102.

(75) Palabras que eran un claro eco de las pronunciadas por Ibarretxe, en un debate equivalente, cinco años antes, *vid.* DSPV. VIII Legislatura, núm. 68, sesión de 28.09.2007, pp. 38 y ss.

(76) BOPC, IX Legislatura, núm. 390, 2.10.2012.

(77) «Acord per a la transició nacional i per garantir l'estabilitat parlamentària del Govern de Catalunya» de 19 de diciembre de 2012, anexo núm. 1. Disponible en <http://file01.lavanguardia.com/2012/12/19/54358119611-url.pdf> [consulta 28.02.2014].

cidir del pueblo de Catalunya», en la cual se afirmaba, en esencia, que «[E]l pueblo de Catalunya tiene, por razones de legitimidad democrática, carácter de sujeto político y jurídico soberano», como fundamento para «iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del «derecho a decidir» (78).

No era la primera vez, sin embargo, que el Parlamento de Catalunya adoptaba una resolución de naturaleza parecida. En efecto, el primer precedente hay que buscarlo en la Resolución 98/III de 1989 (79), que fue seguida de otra media docena de resoluciones (80), en las cuales se afirmaba, con diferentes formulaciones, el derecho de Catalunya a su «autodeterminación»; ninguno de estos pronunciamientos fueron objeto de impugnación jurídica. No obstante, la Resolución 5/X contenía rasgos diferentes en relación a otros pronunciamientos similares.

En primer lugar, no se limitaba a la afirmación de unos derechos genéricos y de incierta concreción temporal, sino que proponía el ejercicio del «derecho a decidir» como desenlace natural de un proceso iniciado, precisamente, con la propia Resolución, si bien no establecía ningún calendario ni límite temporal concreto para dicho proceso (81). Por otro lado, la Resolución 5/X abandonaba la clásica invocación del «derecho a la autodeterminación», consciente de que no era de aplicación, de acuerdo con el derecho internacional y las resoluciones de Naciones Unidas (1514-XV de 1960 i 2625-XXV de 1970), al no considerar la posibilidad de constituir un Estado independiente, *ex novo* o por secesión, por parte de un pueblo sometido colonialmente, ocupado militarmente o perteneciente a un Estado represivo que vulnera los derechos humanos (82).

Por el contrario, la Resolución 5/X se fundamentaba en el «principio democrático», de acuerdo con el cual la expresión colectiva, mediante una consulta no vinculante, de la voluntad favorable a la secesión territorial de Catalunya es plenamente constitucional, dado que la Constitución no impone, como hemos repetido aquí, ninguna cláusula de intangibilidad en la reforma de sus contenidos, incluido el principio de unidad. La resolución se apoya, en suma, en una interpretación doctrinal substancialmente análoga a la utilizada por la CJAE en su dictamen 96/2008.

Expresada en sus términos estrictos, la Resolución 5/X era una inequívoca declaración «política» de signo soberanista, sin que ello implicase el ejercicio de la «soberanía del pueblo catalán» en un acto concreto y concluyente, con efectos jurídicos; es más, la Resolución «tampoco prejuzga en ningún momento que el objetivo de la proclamación del derecho a decidir sea la constitución de un estado propio o la independencia de Catalunya» (83). No fueron de este parecer, sin embargo, algunos sectores

(78) DSPC, X legislatura, núm. 4, 23.01.2013 i BOPC, X legislatura, núm. 13, 24.01.2013. La citada resolución fue aprobada por 85 votos a favor (50 CiU, 21 ERC, 13 ICV-EUiA y 1 CUP), 41 en contra (17 PP, 15 PSC y 9 Ciutadans) y 2 abstenciones (CUP).

(79) Aprobada en el contexto histórico del acceso a la independencia por parte de las repúblicas bálticas.

(80) En concreto, en los años 1991, 1998, 1999, 2010, 2011 y 2012, las últimas ya con la nueva referencia al «derecho a decidir».

(81) A diferencia, por ejemplo, de la resolución de 27 de septiembre de 2012, subsiguiente al Debate de Política General de la IX legislatura, donde el proceso se inscribía en el marco de la siguiente legislatura.

(82) Art. 1.2 de la Carta de 1945 y art. 1.1 de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o Pactos de Nueva York.

(83) VINTRÓ, Joan. «La Declaració de sobirania i del Dret a decidir del poble de Catalunya: un Apunt Jurídic», 7 de febrer de 2013, en el blog de la *Revista Catalana de Dret Públic*, <http://blocs.gencat.cat/blocs/AppPHP/>

jurídicos (84), y tampoco el Gobierno del Estado, que decidió impugnar la mencionada Resolución el 1.03.2013, avalado por el dictamen 147/2013 del Consejo de Estado, «por tratarse de una resolución dictada por un Parlamento autonómico que resuelve un procedimiento no legislativo y que se considera inconstitucional (85)».

El acuerdo de impugnación hacía referencia a que la Resolución del Parlamento Catalán reconocía un nuevo sujeto soberano, el pueblo catalán, lo cual sólo podía conseguirse mediante una previa decisión constituyente que únicamente puede impu- tarse al pueblo español, titular de la soberanía nacional (art. 1.2 CE), y adoptarse en el marco del procedimiento de reforma previsto en la Constitución (art. 168). Mantener que una decisión semejante, proseguía el acuerdo, podía ser adoptada sólo por una parte de los ciudadanos, los ciudadanos de Cataluña, supondría, además, una vulneración del derecho a la participación política del resto de los ciudadanos españoles (art. 23 CE).

En ejercicio de su función consultiva, el Consejo de Estado apreció algunas similitudes entre el contenido material de la 5/X y las iniciativas del «Plan Ibarretxe», por lo cual entiende de aplicación plena la jurisprudencia constitucional de la STC 103/2008. Esencialmente, el Consejo de Estado establece dos paralelismos claros entre el contenido de la resolución del Parlamento de Catalunya y la Ley vasca 9/2008: 1) la pre- sunción de la existencia de un sujeto atribuido de una soberanía distinta de la que emana del pueblo español y titular de un «derecho a decidir» susceptible de ser ejer- citado, y 2) el planteamiento de una consulta en este sentido implica la reconsidera- ción del orden constituido que habría de concluir, eventualmente, en «una nueva rela- ción» entre el Estado y las correspondientes Comunidades Autónomas.

En sentido opuesto, el Consejo de Estado identifica también unas diferencias, en relación específicamente a los acuerdos del gobierno y el parlamento Vascos relativos al PEPCE, que en opinión del órgano consultivo hacen que no resulte de aplicación la doctrina del ATC 135/2004:

«[E]l Parlamento de Cataluña, a través de la Resolución objetada, no ha adoptado ninguna iniciativa para poner en marcha los procedimien- tos que considere procedentes a fin de que la soberanía pretendida del pueblo de Cataluña quede reconocida. La Resolución ha establecido que tal soberanía existe de manera actual y efectiva. Es decir, parece a este Consejo de Estado que se ha producido este reconocimiento sin atender a las reglas que el ordenamiento constitucional contiene para su reforma y que habría resultado necesario cumplimentar para que

---

eapc-rcdp/2013/02/07/la-declaracio-de-sobirania-i-del-dret-a-decidir-del-poble-de-catalunya-un-apunt-juridic-joan- vintro/. [Consultado el 28.02.2014].

(84) FRANCESC DE CARRERAS: «És recurrente la declaració?», en *La Vanguardia*, 6 de febrero de 2013.

(85) A través del cauce previsto en el título V de la Ley Orgánica 2/1979 [LOT] para la impugnación de disposi- ciones autonómicas sin fuerza de ley (artículos 76 y 77). El dictamen, aprobado por mayoría de los consejeros, con dos votos particulares, a los cuales se hará referencia en otro momento, calificó el alcance del contenido de la 5/X en los siguientes términos: «[E]n esta Resolución el Parlamento de Cataluña manifiesta su voluntad insti- tucional cierta y plenamente conformada acordando «iniciar el proceso para hacer efectivo el ejercicio del dere- cho a decidir para que los ciudadanos y ciudadanas de Cataluña puedan decidir su futuro político colectivo [...] La Declaración de soberanía y la decisión de iniciar el proceso para hacer efectivo el derecho a decidir del pueblo de Cataluña quedan establecidas [...] en términos de efectividad actual e incondicionada por lo que no cabe consi- derarlas formulaciones de iniciativa, de proposición o de mero trámite [...]».

una innovación de esta índole pudiera verificarse dentro de la legalidad constitucional».

De esta opinión del dictamen mayoritario, discreparon los consejeros Fernando Ledesma y Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, en sendos votos particulares, reivindicando la eficacia de la doctrina contenida en el ATC 135/2004 para el enjuiciamiento de la Resolución 5/X, al entender la identidad de naturaleza en los propósitos y efectividad jurídica de la resolución catalana y de las iniciativas que configuraron inicialmente el «Plan Ibarretxe 1».

Adicionalmente, debería tenerse en cuenta el fundamento normativo mediante el cual se presentó el texto de la propuesta que después se convertiría en la Resolución 5/X, esto es, el artículo 145.1 del Reglamento del Parlament de Catalunya, que habilita a la cámara para la aprobación de propuestas de impulso de la acción política y de gobierno, actos parlamentarios que han sido considerados en la jurisprudencia constitucional como carentes de efectos jurídicos vinculantes (entre otras, STC 40/2003 FJ 3) (86).

Con la admisión a trámite la impugnación estatal (87), el Alto Tribunal acordó acceder a la suspensión cautelar de la Resolución ex art. 161.2 CE (88). Mediante el ATC 1389/2013, de 11.07.2013, el Alto Tribunal mantuvo la suspensión cautelar, con una fundamentación extraordinariamente parca en razonamientos, ya que sólo invocó, en apoyo de su decisión, el «gran relieve constitucional» de la cuestión suscitada por la Resolución 5/X, siguiendo en esto a la argumentación de la Abogacía del Estado (89).

Finalmente, el TC emitió el 25 de marzo de 2014 la sentencia 42/2014 sobre la Resolución 5/X del *Parlament*, en la que declaró inconstitucional y nula la cláusula primera de la Declaración, por entender que el reconocimiento que en ella se realizaba del pueblo de Cataluña como «sujeto político y jurídico soberano» resultaba contrario

(86) En este sentido *vid.* el voto particular de Miguel HERRERO y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN en el dictamen 147/2013 del Consejo de Estado y, también, VINTRÓ, Joan. «La Declaració de sobirania i del Dret a decidir del poble de Catalunya: un Apunt Jurídic», *Op. cit.*

(87) Con carácter previo a la admisión a trámite, el TC dictó una Providencia mediante la cual solicitaba al Parlamento de Catalunya que manifestase si consideraba que la Resolución 17/X, de 13 de marzo substituía a la 5/X. Dicha resolución, que había sido adoptada por el *Parlament* a instancia del Grupo Socialista (BOPC, X legislatura, núm. 43 de 18.03.2013), instaba al Gobierno de la Generalitat «a iniciar un diálogo con el Gobierno del Estado para hacer posible la celebración de una consulta a los ciudadanos de Catalunya para decidir sobre su futuro». La cámara catalana respondió a dicha solicitud afirmando que ambas resoluciones, aún cuando carecían de efectos jurídicos vinculantes, reflejaban «la voluntad política del pueblo de Catalunya y eran complementarias».

(88) Cabe recordar que esta era la tercera ocasión en la que el TC suspendía la resolución de una cámara autonómica. La primera fue en 1983, cuando el presidente de las Cortes de Navarra designó al Presidente del Gobierno Foral, después de dos meses de plazo legal sin que ningún candidato consiguiera ser escogido. La segunda, en 1999, fue la decisión del Parlamento Vasco de ceder su sede a un grupo de kurdos.

(89) El *Parlament* solicitó el levantamiento de la suspensión (7.06.2013) argumentando que, por la propia naturaleza del acto suspendido, no comportaba «un daño real y efectivo a la Constitución y a los intereses generales» y, en cambio, su prórroga «sí que afecta a principios básicos del sistema democrático y parlamentario [...] y de la función parlamentaria a la que responde», en este caso la de impulso de la acción política y de gobierno. Por su parte, el Estado se oponía a la petición catalana apelando a «la trascendencia constitucional de la controversia suscitada», por considerar la resolución suspendida un «verdadero desafío» a los principios nucleares de la CE, argumentando, además, que, con el levantamiento de la suspensión «el Gobierno catalán debería seguir la hoja de ruta señalada por dicha Resolución, pudiendo el Parlamento de Cataluña controlar al Gobierno en el grado de cumplimiento de la citada Resolución».



a los arts. 1.2 y 2 CE y a los arts. 1 y 2.4 EAC (90), así como en relación con ellos a los arts. 9.1 y 168 CE.

Sin embargo, al propio tiempo, la STC 42/2014 incorpora un reconocimiento, novedoso y trascendente, del encaje constitucional del derecho a decidir, como un derecho que puede amparar la realización de actividades dirigidas a «preparar» o «defender» la separación de Cataluña e incluso a instar la «consecución efectiva» de ese objetivo en el marco de los procedimientos de reforma de la Constitución (91), amparándose en la doctrina de plena tangibilidad de las disposiciones constitucionales y distinguiendo, de forma novedosa y algo heterodoxa, entre el derecho a la autodeterminación y el derecho a decidir. El TC entiende el primero como la capacidad para decidir de manera directa y jurídicamente efectiva la integración territorial de España, lo cual, como tal, no está reconocido en la Constitución española para los territorios integrantes del Estado. Y, por el otro, concibe el derecho a decidir como la capacidad para manifestar «una aspiración política» que, si es canalizada «mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional», se estima que tiene cabida en el marco de la Constitución. En la STC 42/2014 se realizó, en concordancia con estas conclusiones, una revisión y matización relevante de la jurisprudencia establecida en relación a las dos etapas del «Plan Ibarretxe», como hemos detallado en los apartados correspondientes de este artículo.

## VI.2. Un incierto *tertium genus*: las consultas populares no referendarias

Siguiendo los planteamientos que ya realizó su grupo parlamentario durante la tramitación de la Ley 4/2010, y a los cuales nos hemos referido en el apartado correspondiente, el gobierno de CiU aprobó, durante la IX legislatura catalana, un Proyecto de ley de consultas populares no referendarias (92), que decayó por la disolución anticipada de la cámara. Después de las elecciones, el programa contenido en el Acuerdo de Gobernabilidad CiU-ERC retomó la iniciativa, tramitada ahora como «Proposición de ley de consultas populares no referendarias y de otras formas de participación ciudadana» (93). Dicha Proposición, bajo los principios del artículo 1.1 CE y en desarrollo de los artículos 29.6 y 122 EAC, «estableció el régimen jurídico y el procedimiento

---

(90) En particular, la Sentencia señaló que «el reconocimiento al pueblo de Cataluña de la calidad de soberano, no prevista en nuestra Constitución para las nacionalidades y regiones que integran el Estado, resulta incompatible con el art. 2 CE, ya que supone conferir al sujeto parcial del que se predica esta calidad el poder de romper, por su sola voluntad, lo que la Constitución declara como su propio fundamento en el citado precepto: «la indisoluble unidad de la Nación española». Como realidad sociohistórica, Cataluña (y España toda) —aduce el TC— es anterior a la Constitución de 1978. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico-constitucional, el pueblo de Cataluña invocado por la Declaración es «un sujeto que se constituye en el mundo jurídico en virtud del reconocimiento constitucional (al igual que sucede con el conjunto del «pueblo español» del que, según el art. 1.2 CE, emanan todos los poderes del Estado)».

(91) El TC argumenta en su Sentencia una lectura constitucional del «derecho a decidir», entendido como «una aspiración política a la que se llegue mediante un proceso ajustado a la legalidad constitucional», con respeto a los principios de «legitimidad democrática», «pluralismo» y «legalidad», principios que el texto reconoce expresamente proclamados en la Resolución 5/X del *Parlament*.

(92) BOPC, IX legislatura, núm. 222 de 11.01.2012.

(93) El dictamen de la Comisión de Asuntos Institucionales del Parlamento de Cataluña, adoptado en sesión de 16 de julio de 2014, puede consultarse en el BOP núm. 366, de 17 de julio de 2014.

de la convocatoria de consultas populares y de otros mecanismos de participación, como instrumentos dirigidos a conocer la posición o las opiniones de la ciudadanía en relación con cualquier aspecto de la vida pública en el ámbito de Cataluña y en el ámbito competencial de la Generalitat y de los entes locales». (94)

Aun que el nuevo texto se plantea con un objeto más amplio que el anterior (95), su contenido literal continúa orientándose, principalmente, a regular, tanto en el ámbito autonómico como en el local, las consultas populares mediante votación de carácter no referendario (96). Dicho de otro modo, el principal objetivo de la norma continúa siendo configurar jurídicamente un *tertium genus* entre lo que el TC define como cauces de participación política directa o semidirecta de la ciudadanía (art. 23 CE) y el resto de instituciones de participación ciudadana, una figura que las Administraciones catalanas podrían utilizar para recabar, mediante sufragio, la opinión de la población sobre una determinada decisión política, sin necesidad de autorización previa del Estado (art. 149.1.32 CE) (97). Se intentaría, así, una estrategia alternativa a la seguida en el «Plan Ibarretxe 2», definiendo el vehículo jurídico con carácter previo a su aplicación concreta.

Sin embargo, una parte de la doctrina, que después detallaremos, rechaza que cualquier forma de consulta popular mediante el voto o que implique el ejercicio del derecho de participación política *utis civie* pueda ser considerada al margen del instituto referendario, entendiendo que cualquier intento de configurar un instrumento semejante, mediante el sorteo de los límites literales establecidos en la STC 103/2008, constituye una utilización inapropiada del mismo. En efecto, en su versión actualmente en trámite en el Parlament, la proposición de ley realiza una transposición *a sensu contrario* de los criterios enunciados en la STC 103/2008 para la identificación de una consulta referendaria de una forma bastante directa. Así, por ejemplo, el cuerpo electoral es substituido por el concepto de «personas legitimadas» (art. 5) que consiste, básicamente, en el conjunto de personas que integrarían el censo electoral en unas elecciones municipales, ampliado con las cohortes de edad de 16 y 17 años; el sistema de garantías procedimentales y jurisdiccionales del proceso (arts. 10-16) se estructura de una forma paralela, con órganos diferentes, a los del procedimiento electoral, etc.

Para CASTELLÀ ANDREU (98), la STC 103/2008 contenía implícito el argumento de que el elemento distintivo del referéndum es *la consulta mediante el voto*, si bien re-

(94) Al amparo de este mismo precepto estatuario, se dictó la ya examinada Ley 4/2010, de 17 de marzo, de consultas populares vía referéndum, mediante la cual, según expresa su propio preámbulo, se regula esta modalidad de consulta, en el ámbito de Cataluña y en el ámbito municipal.

(95) «El objeto de esta Ley es regular el establecimiento del régimen jurídico, las modalidades, el procedimiento, el cumplimiento y la convocatoria de los mecanismos de participación democrática, de audiencia, de diálogo y de consultas populares no referendarias, respecto a actuaciones políticas de transcendencia especial, en el ámbito competencial de la Generalitat, mediante votación, fóruns de participación, debates públicos y cualquier otro instrumento de consulta popular no referendaria a la ciudadanía» (art. 1.1). Por su parte, el texto de la IX legislatura describía un objeto más genérico: en el art. 2 *a* vinculaba claramente la consulta popular no referendaria a la realizada mediante el voto.

(96) Este sentido puede constatar, claramente, en la dicción del art. 5 de la proposición, en el cual se delimitan las personas legitimadas para participar en los diversos tipos de consultas, referido únicamente a las personas físicas, ignorando pues la participación *uti socius*.

(97) Vid. MARTÍN, Esther. «El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios». *Op. cit.*, p. 106.

(98) Vid. CASTELLÀ ANDREU, Josep Maria. «Consultas populares no referendarias en Catalunya ¿Es admisible constitucionalmente un *tertium genus* entre referéndum e instituciones de participación ciudadana?», *Op. cit.*, pp. 132-133.

conoce que ello hubiese podido expresarse de mejor forma; a su parecer, el rasgo distintivo de las consultas populares no referendarias es que en ellas «[...] se recaba la «opinión», y para ello no hay ni sujetos —pueden ser individuos o colectivos—, ni procedimiento ni objeto formalizado de forma predeterminada. [...] Lo que importa es que la opinión *se expresa a través de mecanismos distintos del voto* (deliberación, encuesta)». Más severo en su apreciación es IBÁÑEZ MACÍAS (99), al entender que unas consultas populares de este tipo se regularían en fraude de ley, aunque imputa la responsabilidad de la misma al TC por ser quien «[...] ha abierto esta posibilidad y tendrá que ser él quien la cierre, afinando la distinción entre consulta popular y referéndum». BUENO ARMIJO, por su parte, en una reflexión inmediatamente anterior a la STC 103/2008 (100), subrayaba el carácter político de la esencia del referéndum, dado que en él se recaba, básicamente, la opinión directa y legítima de un sujeto político (el cuerpo electoral) (101), algo que sólo puede hacerse con un proceso que observe los trámites y rituales equivalente al electoral. Esto no ocurriría en el resto de consultas populares, dado que en ellas se manifiesta la opinión de «ciudadanos concretos, más o menos representativos del resto de sus conciudadanos o de específicos intereses de grupo o clase» (102).

En relación al supuesto específico de la utilización de este cauce para vehicular el ejercicio del «derecho a decidir» (103), el INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS (104) reiteró su opinión de que, existiendo título competencial expreso (art. 122 EAC), es suficiente para garantizar la constitucionalidad del mismo con que la regulación de las consultas populares no referendarias presente una diferenciación de la literalidad de los criterios enunciados en la STC 103/2008, manteniendo unas garantías equivalentes de transparencia y seguridad de la consulta.

Junto a estas interpretaciones doctrinales más categóricas, se encuentran otras más ambiguas. Así, por ejemplo, MARTÍN (105) caracteriza el referéndum como una llamada al cuerpo electoral en unos términos semejantes al ejercicio del derecho del sufragio, por lo que deduce que si esa llamada se realiza a un censo poblacional diferente del electoral sería posible la figura de una consulta no referendaria mediante el voto, pero excluye de estas eventuales consultas la expresión del derecho de partici-

---

(99) IBÁÑEZ MACÍAS, Antonio. «Los referendos regional y local en el Estado Autonómico. Sus bases y límites constitucionales», *Op. cit.*, p. 103.

(100) BUENO ARMIJO, Antonio. ««Consultas populares» y «referéndum consultivo»: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial», en *Revista de Administración Pública*, núm. 177, septiembre-diciembre 2008, p. 208-210.

(101) Una nota que también se encuentra en la STC 119/1995 (FJ 6), cuando se atribuye al referéndum la función de «conocer la voluntad de la generalidad de los ciudadanos (...) precisamente en lo que tiene de general».

(102) BUENO ARMIJO, Antonio. ««Consultas populares» y «referéndum consultivo»: una propuesta de delimitación conceptual y de distribución competencial», *Op. cit.*, p. 209.

(103) Esta es una de las opciones planteadas al efecto en el informe del Consell Assessor per a la Transició Nacional, *Op. cit.*, p. 56.

(104) Institut d'Estudis Autonòmics. «Informe sobre els procediments legals a través dels quals els ciutadans i les ciutadanes de Catalunya poden ser consultats sobre llur futur polític», en *Tres informes de l'Institut d'Estudis Autonòmics sobre el Pacte Fiscal, les duplicitats i les consultes populars*. Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2013, p. 431.

(105) MARTÍN, Esther. «El referéndum y las consultas populares en las comunidades autónomas y municipios», *Op. cit.*, pp. 107-108 y también p. 117.

pación directa del art. 23 CE, limitadas a la canalización de fórmulas de democracia participativa. En esta línea de ambigüedad se encuentra, curiosamente, la doctrina del dictamen CJAЕ 96/2008 a la hora de delimitar las consultas no referendarias (párrafos 116 a 122). La CJAЕ aborda este ejercicio por la vía inversa, razonando que el referéndum se distingue por el aspecto formal, no tanto material, al tratarse de un canal en el que la participación en una consulta se encuentra «solemnizada» o «ritualizada», sin más precisiones.

En relación a la referida Proposición de Ley, el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya (CGE) tuvo ocasión de pronunciarse. En su fundamentación jurídica, el DCGE 19/2014 (FJ 2)(106) recuerda que el artículo 122 EAC conecta con el mandato estatutario del artículo 29.1 y .6 EAC (derecho de participación de configuración estatutaria), así como, en sede constitucional, con el artículo 9.2 CE (articulación de la participación ciudadana en los asuntos públicos). A partir de ahí, el EAC 2006 introduce según el CGE una facultad que deriva del concepto mismo de la autonomía política. Y, para posibilitarlo, acoge un catálogo no exhaustivo de modalidades participativas (encuestas, audiencias públicas y foros de participación), completado con una cláusula abierta («cualquier otro instrumento de consulta popular»). Así, concluye, dentro de la mencionada tipología tiene cabida tanto el referéndum de ámbito territorial autonómico y local (como especie del género consulta popular que es, según la STC 103/2008), como las llamadas consultas populares de carácter no referendario caracterizadas por la STC 103/2008 y, en parte, por la STC 31/2010.

Según el CGE la jurisprudencia constitucional ha aceptado la existencia de otras vías de participación que permiten a los ciudadanos pronunciarse sobre numerosos aspectos de la vida pública, con el sólo límite de ser aptos para consultar y articular «voluntades particulares o colectivas» y no para identificar las que son «generales» en el sentido de «imputables al cuerpo electoral» (volviendo nuevamente a la STC 103/2008, FJ 2), además de ir referidas al ámbito competencial propio de las instituciones que la formulan. Y, en cuanto a una de las cuestiones clave, la existencia de una eventual reserva material sobre el objeto de la consulta, por razón del asunto sometido a consideración, el DCGE 19/2014 estima que esa interpretación no es la única posible: en su opinión, se trataría de una interpretación restrictiva del principio democrático y contraria a una concepción amplia de la autonomía política. La existencia del referéndum no debe suponer una *vis atractiva* absoluta que sustraiga las materias más relevantes de la obtención de la opinión pública por otras vías, como sucede habitualmente con las encuestas. Y remacha que esta concepción no sólo conecta con el principio democrático sino también con la doctrina de «los actos preparatorios» emanada de la aludida STC 42/2014. Y por lo que se refiere al alcance de la locución «en el ámbito de sus competencias» del artículo 122 EAC, el Consejo se inclina por una interpretación amplia, en el sentido de que una consulta no referendaria puede abarcar no sólo las competencias estatutarias *strictu sensu*, sino también el conjunto de funciones y facultades de iniciativa e impulso político que les son propias.

---

(106) El 23 de julio de 2014, de acuerdo con el art. 16.2 b y 23 b de la Ley catalana 2/2009, de 12 de febrero, del CGE, fueron admitidas hasta tres solicitudes de dictamen (Reg. Núm. 4168 y 4173, respectivamente): una por parte de 4 grupos parlamentarios (CiU, ERC, ICV-EUiA y Mixto); y, las otras dos, las mencionadas del grupo socialista y del grupo del Partido Popular de Catalunya.

### VI.3. La propuesta de delegación específica en el Gobierno de la Generalitat de la competencia para realizar un referéndum para el ejercicio del «derecho a decidir»

El 16 de enero de 2014, el Parlamento de Catalunya aprobó la Resolución 479/X en la cual se acuerda presentar a la Mesa del Congreso de los Diputados la «Proposición de ley orgánica de delegación a la Generalitat de Catalunya de la competencia para autorizar, convocar y celebrar un referéndum sobre el futuro político de Catalunya» (107).

La prolija exposición de motivos de la resolución acoge la propuesta al uso del artículo 150.2 CE (108), en concreto a una fórmula de delegación *ad casum*, y lo fundamenta en el derecho a la participación política directa de los ciudadanos en los asuntos públicos (art. 23.1 CE i 29.1 EAC). No se hace, pues, referencia alguna a anteriores actos del *Parlament* en materia del «derecho a decidir» objeto de controversia constitucional, ni tampoco al artículo 122 EAC. También se intenta, en esta exposición, delimitar los efectos que se espera obtener de la celebración del referéndum consultivo, afirmando que en ningún caso serán «definir en sí mismo una realidad jurídica, que dependerá de la negociación política posterior y de la implementación de los resultados del referéndum, de acuerdo con el principio de legalidad y sin excluir, naturalmente, los procesos de reforma constitucional».

Los grupos parlamentarios promotores (109) de esta iniciativa la concebían como una oferta institucional al Estado para el diálogo sobre una posibilidad concreta de instrumentación legal del ejercicio del «derecho a decidir», guardando, en este sentido, un cierto paralelismo con la oferta de diálogo político previa a la aprobación de la Ley vasca 9/2008 que se integraba en el «Plan Ibarretxe 2» y, desde el punto de vista procedimental, una cierta semejanza con el «Plan Ibarretxe 1» (aprobación de la iniciativa en la cámara autonómica y posterior defensa de la misma en el Congreso de los Diputados).

El primer informe entregado al *President* por el CONSELL ASSESSOR PER A LA TRANSICIÓ NACIONAL (CATN) establecía cinco posibles estrategias jurídicas para una realización legal de la consulta en Catalunya (110), entre ellas la de la delegación que plantea la Resolución 479/X, si bien el CATN (111) priorizaba, en el orden de aplicación, otras posibilidades antes que la delegación. Sin embargo, el cambio de orden nos parece lógico, por tres razones. En primer lugar, el *Parlament* ya cuenta con un precedente de solicitud de transferencia de la competencia en materia de autorización de referén-

---

(107) BOPC, X legislatura, núm. 221 de 17.12.2013. El debate de la misma, en lectura única, se puede consultar en el DSPC, X legislatura, serie P, núm. 44 de 16.01.2014.

(108) Basado en los artículos 87.2 CE y 61.b) EAC.

(109) Firmaron como proponentes CiU, ERC, ICV-EUiA y el grupo mixto (CUP), aunque en la votación final se abstuvieron los tres diputados de la CUP, pero simultáneamente tres diputados del PSC votaron a favor de la resolución, en discrepancia con el voto negativo mayoritario de su grupo.

(110) En esta materia concreta, el CATN hacía suyo el informe previo y más detallado del INSTITUT D'ESTUDIS AUTONÒMICS. «Informe sobre els procediments legals a través dels quals els ciutadans i les ciutadanes de Catalunya poden ser consultats sobre llur futur polític», *Op. cit.*

(111) CONSELL ASSESSOR PER A LA TRANSICIÓ NACIONAL. *La consulta sobre el futur polític de Catalunya, Op. Cit.*, pp. 59-61.

dums(112) que, aunque fue derrotada en la votación en el Congreso, tuvo una tramitación pacífica desde el punto de vista constitucional(113). En segundo lugar, porque aunque puede tener cierta coherencia solicitar al Estado que autorice (en su caso, por aplicación de la Ley catalana 10/2010) lo que ha denegado delegar, lo que no tienen ninguna lógica es pedirle que delegue lo que, previamente, no ha querido autorizar. Finalmente, el procedimiento propuesto guarda notables similitudes con la configuración del proceso, más o menos paralelo, que tiene lugar en Escocia en relación a la misma cuestión del «derecho a decidir» (114).

Por otro lado, la iniciativa de delegación no realiza ninguna precisión concreta sobre la cuestión a plantear, que se remite a una negociación bilateral Estado-Generalitat, es decir, no excluye, por ejemplo, la posibilidad de que la cuestión planteada finalmente sea una reforma constitucional. Como señala VINTRÓ(115), esta es una diferencia importante respecto al «Plan Ibarretxe 2» dado que las preguntas que planteó la Ley 9/2008 no hacía mención expresa de este extremo. Dado que la STC 103/2008 parece establecer una identidad entre cualquier consulta sobre la unidad del titular de la soberanía y el referéndum de reforma constitucional, con la participación del conjunto de los ciudadanos españoles, una oferta de diálogo como la realizada en la propuesta catalana no debería contar, en opinión del autor citado, con ninguna objeción de orden constitucional.

El planteamiento completamente abierto al diálogo con el Estado central, respecto a los contenidos y plazo de la consulta, entre otras materias, que planteaba la Resolución 479/X contaba, sin embargo, con un elemento contradictorio. Casi un mes antes de la aprobación en el *Parlament* de dicha resolución, el 12.12.2013, el *President* Artur Mas había pactado, con los representantes de CDC, UDC, ERC, ICV-EUiA y la CUP, y publicitado la que debía ser la fecha de la consulta(116) y la pregunta-árbol, en dos fases, a plantear(117). Aunque este acuerdo político, dado que hasta el momento

(112) «Proposición de Ley 125/000012 Orgánica por vía del artículo 150.2 de la Constitución de transferencia a la Generalitat de Catalunya de las competencias en materia de autorización para la convocatoria de referéndum», *BOCG*, Congreso de los Diputados, serie B, núm. 12-1 de 16.04.2004.

(113) La única controversia que, hasta el momento, ha planteado la doctrina sobre la constitucionalidad de la aplicación del art. 150.2 CE está relacionada con el contenido de las materias «de titularidad estatal que por su propia naturaleza sean susceptibles de transferencia o delegación» a las que se limita. Concretamente, un sector de la doctrina ha considerado excluidas de las mismas las materias relacionadas con la soberanía nacional, entre las cuales se incluiría la garantía de la unidad estatal (i.e. CASTELLÀ ANDREU, JOSEP MARIA. «Consultas populares no referendarias en Catalunya ¿Es admisible constitucionalmente un *tertium genus* entre referéndum e instituciones de participación ciudadana?», *Op. cit.*, p. 140. En cualquier caso, a la finalización de este artículo, la proposición de ley ha sido admitida a tramite por acuerdo de la Mesa del Congreso (BOCG, Congreso de los Diputados, serie B, núm. 158-1 de 24.01.2014).

(114) El Memorando del «Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido y el Gobierno de Escocia para un referéndum sobre la independencia de Escocia», de 15 de octubre de 2012, se configura como una detallada delegación *ad casum* al Gobierno escocés (con la pertinente modificación específica del *Scotland Act 1998 Schedule 5*, aprobada por el Parlamento del Reino Unido en 12.03.2013). Aunque el Gobierno del Reino Unido mantiene importes puntos de control, la iniciativa y ejecución del proceso (incluida la convocatoria, como propone la Resolución 479/X) estará en manos de las instituciones escocesas.

(115) VINTRÓ, JOAN. «La Declaració de sobirania i del Dret a decidir del poble de Catalunya: un Apunt Jurídic», *Op. cit.*

(116) 9 de noviembre de 2014.

(117) La pregunta acordada, inspirada en la de la consulta independentista celebrada en Puerto Rico en 2012, es: «1) ¿Quiere que Catalunya se convierta en un Estado? (Si/No) 2) En caso de respuesta afirmativa, ¿quiere que este Estado sea independiente? (Si/No)».

no se ha llegado a formalizar institucionalmente, no tenía fuerza para interferir, por sí mismo, en la vía legislativa que sigue la proposición a las Cortes, era evidente que suponía una declaración de voluntad política de complicada conciliación con el solicitado procedimiento paccionado. Finalmente, presentada y discutida la proposición de ley orgánica en el Congreso de los Diputados el 8 de abril de 2014, está fue rechazada por un amplio margen (118) como había sucedido con la PEPCE del «Plan Ibarretxe 1».

## VII. Conclusiones

Las consultas por vía referendaria constituyen un instrumento que no sólo concreta, junto a otros, el ejercicio de forma directa de un derecho fundamental como el de participación política, sino que se integran en la arquitectura institucional propia de cada administración. Por este motivo, la imposibilidad de realizar referéndums en el ámbito autonómico comportaría no sólo una amputación de aquel derecho fundamental y de la potestad autoorganizativa de estas administraciones, sino también la interdicción innecesaria de un vehículo esencial de relación institucional que, en determinadas coyunturas políticas, puede contribuir a reconducir determinados debates políticos de especial trascendencia por la vía del acuerdo y la negociación.

Ciertamente, la propuesta de consulta popular planteada por el Parlamento Vasco con la Ley 9/2008, de 27 de junio, proyectaba algunas dudas sobre su constitucionalidad, si bien debe admitirse que se trataba de un referéndum atípico, como señalaba implícitamente la Exposición de Motivos de la Ley. A partir de ahí, el TC procedió desde el punto de vista formal a identificar el «referéndum» exclusivamente con la modalidad de consulta popular dirigida al cuerpo electoral y realizado con una serie de garantías jurisdiccionales. Cosa distinta, y discutible, es que de dicha doctrina emane la conclusión de que no resulta admisible ninguna otra forma de referéndum que no esté prevista en la Constitución o regulada íntegramente en las leyes estatales. Dicha conclusión podría derivarse de dos tipos de argumentos: primero, que el sistema político español privilegia los mecanismos de democracia representativa por encima de los de democracia directa; y segundo, que el texto constitucional, al regular los instrumentos de participación directa, restringe severamente su alcance y condiciones de ejercicio. Este determinio constitucional es el que restaría posibilidades al legislador autonómico a la hora de decidir la puesta en práctica de estos instrumentos y su intensidad.

Siendo cierto que la Constitución regula expresamente determinadas modalidades de referéndums vinculantes y, sobre todo, el referéndum consultivo de ámbito estatal sin hacer ninguna referencia al ámbito autonómico, no es menos cierto que esto también sucede con otro instituto de democracia participativa como la ILP, y ello no ha sido obstáculo para su regulación en el ámbito autonómico. Parece desproporcionado afirmar, pues, como hace el TC, que no existe ningún tipo de competencia implícita en el ordenamiento español y que sólo pueden convocarse, y celebrar, los referéndums expresamente previstos en las normas del Estado, incluidos los Estatutos. Al contrario, estaríamos ante una manifestación vinculada al principio democrático y a la potestad de autoorganización de las CA. Además de que, en defecto de regulación autonó-

---

(118) La votación de la proposición de ley orgánica de delegación contó con 47 votos a favor, 299 en contra y 1 abstención (DSCD, X Legislatura, núm. 192, 8.04.2014).

mica, nada tendría que impedir una aplicación subsidiaria del referéndum consultivo de ámbito estatal del art. 92.3, regulado en la LOMR.

En el caso de la Ley de Cataluña 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum de Cataluña, no pueden obviarse algunos extremos relevantes para su ponderación, al margen de cualquier consideración de oportunidad política. Así, la Ley prevé que el posible objeto del referéndum quede circunscrito al ámbito de competencias de la Generalitat, y que su eventual celebración quede supeditada a la obtención de la previa autorización del Estado, a quien, por cierto, corresponde también decidir libremente sobre la conveniencia o no de otorgar la mencionada autorización en función de las repercusiones sociales y políticas que pueda comportar. Es decir, dejando de lado el núcleo del conflicto competencial suscitado, similar al que planteaba la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, parece evidente que la viabilidad de una consulta referendaria catalana dependería, en todo caso, de la decisión directa del Estado en base a su competencia autorizadora. Por este motivo, no parece lógica una interdicción tan severa en base a razones de marcado carácter preventivo o de oportunidad política, vinculadas al ejercicio del «derecho a decidir» el futuro colectivo de Cataluña o con fundamento en el temor a la implantación de un modelo de democracia referendaria que pudiera debilitar el vigente modelo de democracia representativa.

De ahí que no debería haber obstáculos para contemplar convocatorias de ámbito subestatal o mediante la delegación en las CCAA de las funciones ejecutivas estatales del artículo 149.1.32 CE. De hecho, la Constitución no contiene ninguna interdicción para que una Comunidad autónoma pueda consultar directamente a la ciudadanía sobre cuestiones de su interés y competencia, mediante un procedimiento distinto al del referéndum. Y todo ello con objeto de pulsar la opinión ciudadana sobre una cuestión de relevancia política. Y, para el concreto caso de que esa cuestión se refiera al eventual futuro político de un territorio, huelga decir que ello no tiene necesariamente ninguna afectación inmediata sobre la unidad e identidad del sujeto de la soberanía (art. 1.2 CE). En ese sentido, las llamadas consultas populares no referendarias constituyen un instrumento adecuado, alternativo al referéndum, en la medida que no apela al cuerpo electoral ni tiene sus mismas garantías.

Trabajo recibido el 24 de abril de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.



**LABURPENA:** 2003an prozesu politiko bat hasi zen Euskal Autonomia Erkidegoan, antolaketarako eta estatu espainiarrarekiko harreman politikoaren esparri berri bat lortze aldera, «erabakitze eskubidea» gauzatuz. Lehenbizi, Autonomia Estatutuaren erreforma modura aurkeztu zen proposamena, eta, jarraian, herri-konsulta ez lotesle bat deitzeko eta arautzeko lege baten bidez; herri-konsulta hori egin nahi zen herritarrek parte hartzeko tresna gisa, printzipio demokratikoan oinarrituta eta estatuko legeditik eta haren baime-netik kanpo. Proposamen horrek horrelako kontsulten onargarritasunari buruzko eztabaida sartu zuen Espainiako agenda politikoan, konstituzionaltasunari zein aukera politikoari zegokienean. Bere aldetik, 2006ko Autonomia Estatutuan jasotako aurreikuspena garatuz, Kataluniako Parlamentuak 4/2010 Legea onartu zuen, erreferendum bidez herri-konsultak egitekoa. Euskal proposamena eta Kataluniakoa desberdinak diren arren, mota guztietako erreferendum autonomikoetara zabaldu dira, bereizketarik gabe, Konstituzio Auzitegiak (KA) eta Espainiako konstituzio-eta konsulta-doktrinak «Ibarretxe Planari» azaldutako eragozpen eta akats guztiak, batez ere KAren 103/2008 Epaian jasotakoak eta KAren 31/2010 Epaian finkatutakoak, parte-hartze zuzeneko tresnak mesfidantzaz ikusten baitira, eta horiek «erabakitze eskubidea» gauzatzeko erabiltzearen kontrako jarrera politikoa dagoelako.

**HITZ GAKOAK:** Herri-konsulta. Erreferenduma. Demokrazia zuzena. Erabakitze eskubidea. Konstituzio Auzitegia.

**RESUMEN:** En 2003 se inició un proceso político en el País Vasco, con el objetivo de lograr un nuevo marco de organización y de relaciones políticas con el Estado español, a través del ejercicio del «derecho a decidir» en forma, primero, de propuesta de «reforma» del Estatuto de Autonomía, seguida después de una Ley de convocatoria y regulación de una consulta popular no vinculante, donde se contemplaba la realización de ésta como un instrumento de participación ciudadana fundamentado en el principio democrático, al margen de la legislación y autorización estatal. Esta propuesta introdujo en la agenda política española el debate sobre la admisibilidad de este tipo de consultas, tanto en términos de constitucionalidad como de oportunidad política. Por su parte, en desarrollo de la previsión contenida en el Estatuto de Autonomía de 2006, el Parlamento de Cataluña aprobó la Ley 4/2010, de consultas populares por vía de referéndum. Aunque los planteamientos vasco y catalán son distintos, la mayoría de objeciones y tachas planteadas por el Tribunal Constitucional (TC) y la doctrina constitucionalista y consultiva española al «Plan Ibarretxe», recogidas sobre todo en la STC 103/2008 y reforzadas en la STC 31/2010, se han hecho extensivas de forma indiscriminada a cualquier tipo de referéndum autonómico, en base a la desconfianza con que se contemplan los instrumentos de participación directa y por la prevención política que supone su utilización como vía para ejercer el «derecho a decidir».

**PALABRAS CLAVE:** Consulta popular. Referéndum. Democracia directa. Derecho a decidir. Tribunal Constitucional.

**ABSTRACT:** In 2003 it started a political process in the Basque Country with the aim of reaching a new organizational framework and political relations with Spain, through the exercise of the «right to decide» in shape, first, the proposed «reform» of the Statute of Autonomy, immediately after a Bill and regulation of a non-binding referendum, which aims to develop an instrument that based citizen participation in the democratic principle, regardless of state law and approval. The proposal introduced in the Spanish political agenda debate on the admissibility of such consultations, both in terms of constitutional

and political opportunity. On the other hand, developing the Statute of Autonomy 2006 provision, the Parliament of Catalonia approved the Law 4/2010, popular consultations via referendum. The Basque and Catalan cases are different, however the majority of objections raised by the Constitutional Court studs and constitutional doctrine and the Spanish advisory «Ibarretxe Plan», collected mainly in STC 103/2008 and strengthened in STC 31/2010, have been extended indiscriminately to any regional referendum in based on the distrust that includes instruments direct and political prevention for its use as a way to exercise the «right to decide».

**KEYWORDS:** Popular consultation. Referendum. Direct democracy. Right to decide. Constitutional Court.

# Fomento de las energías renovables en Colombia. Entre contradicciones e iniciativas fallidas

Mariana Rodríguez-Patarroyo

**Sumario:** I. Introducción.—II. Tímida aparición de las energías renovables a través del tiempo en la planificación energética. II.1. Débil avance de las energías renovables ante la fuerte promoción del carbón en la planificación energética. II.2. Planificación colombiana en energías renovables. Iniciativas fallidas.—III. Marco jurídico-económico establecido por la Ley de Energías Renovables. III.1. Argumentos que sostienen la promoción de las energías renovables en Colombia. III.2. Las energías renovables no siempre son ambientalmente sostenibles. III.3. Régimen económico de las renovables.—IV. Participación de las energías renovables en el mercado energético colombiano.—V. Conclusión.

## I. Introducción

Es una tendencia internacional el apoyo a las energías renovables gracias a que a estas fuentes se le conceden beneficios sociales, económicos y ambientales. Por otra parte, la política energética de todo Estado moderno se cimienta en tres pilares: la competitividad, la seguridad en el abastecimiento energético a través de la diversificación de las fuentes y la sostenibilidad ambiental. Las energías renovables pueden contribuir a este modelo. Sin embargo, las tecnologías que aprovechan este tipo de fuentes, a excepción de ciertos casos, requieren apoyo estatal en tanto no son competitivas frente a las energías convencionales. Este fomento se otorga hasta que los costos de generación disminuyan por economías de escala y se supere la curva de aprendizaje a través del desarrollo tecnológico (1).

La promoción de las energías renovables en Colombia tiene una historia que supera los veinte años. El Gobierno Nacional mostró por primera vez interés en estas fuentes a través del plan *Políticas en fuentes alternativas de energía: presente y futuro*, en 1992. Sin embargo, la Ley de Energías Renovables solo vio la luz este año. Dicha norma regula la integración de las renovables al mercado eléctrico, su participación en las Zonas No Interconectadas (ZNI) y en otros usos energéticos.

Este artículo presentará al lector(a) las contradicciones del Gobierno Nacional y el legislador, así como las iniciativas fallidas en el fomento de las renovables en los últi-

---

(1) CADENA, Ángela, BOTERO, Sergio, et al. «Regulación para incentivar las energías alternativas y la generación distribuida en Colombia», en Revista de Ingeniería. Universidad de los Andes, núm. 28, 2008, p. 93. Disponible en <http://revistaing.uniandes.edu.co/pdf/a10%2028.pdf>, «7 de noviembre de 2011».

mos 20 años. Este análisis aborda la planificación energética y el marco jurídico-económico de las energías renovables, así como la participación de dichas fuentes en el mercado del sistema eléctrico nacional.

En atención a que la promoción de las energías renovables involucra su integración en el sistema eléctrico, cabe explicar que éste se encuentra dividido entre el Sistema Interconectado Nacional (SIN) y en las ZNI. La Ley del Sector Eléctrico (Ley 143/1994), por su parte, define ZNI como «área geográfica en donde no se presta el servicio público de electricidad a través del Sistema Interconectado Nacional» e incluye municipios, corregimientos, localidades y caseríos no conectados al SIN (Art. 1 Ley 855/2003). Se define SIN como «el sistema compuesto por los siguientes elementos conectados entre sí: las plantas y equipos de generación, la red de interconexión, las redes regionales e interregionales de transmisión, las redes de distribución, y las cargas eléctricas de los usuarios» (Art. 11 Ley 143/1994 en concordancia con el Art. 1 de Resolución 86/1996).

## **II. Timida aparición de las energías renovables a través del tiempo en la planificación energética**

### **II.1. Débil avance de las energías renovables ante la fuerte promoción del carbón en la planificación energética**

Como a continuación se presentará, las iniciativas que pretenden la incursión de las energías renovables en Colombia no son un tema nuevo en la política energética nacional. Un recuento de los planes energéticos nacionales recientes y cómo dichos planes han previsto la penetración de estas fuentes de energía muestran que su promoción no ha tenido éxito. Cabe mencionar que en observancia del principio constitucional de la libre iniciativa empresarial, la planeación energética colombiana es de naturaleza indicativa tal y como consta en la Ley del Sector Eléctrico (Ley 143/1994). El objetivo de la planificación en este sector es el de asegurar el abastecimiento confiable y al menor costo con sujeción a la normativa ambiental (Art. 12 Ley 143/1994), con lo cual, desde su concepción misma, el sector energético tiende a favorecer las tecnologías que representen una menor inversión económica y que a su vez atiendan la demanda energética.

El primer Plan Energético Nacional (PEN) fue elaborado por la desaparecida Comisión Nacional de Energía (CNE) en 1994 en el que se propuso un Plan indicativo y flexible. Dentro de las propuestas políticas se contó la gestión de la demanda y uso racional de la energía, incremento de las exportaciones, calidad ambiental en el sector en términos de prevención y control de la contaminación, la investigación y desarrollo en complemento al Plan de investigaciones en energía y minería presentado en 1993. Dentro de los objetivos a corto plazo en materia de electricidad para las ZNI, este PEN estableció el «implementar los esquemas de gestión con operadores especializados donde se incorporen incentivos para: introducir costos de eficiencia, mejor prestación del servicio en cuanto a calidad y cobertura, y reemplazo de los combustibles fósiles»(2). Es decir, en esta ver-

(2) Unidad de Planeación Minero Energética, UPME. *Plan Energético Nacional: Contexto y estrategias 2006-2025*, 2006, p. 22. Disponible en [http://www.upme.gov.co/Docs/PLAN\\_ENERGETICO\\_NACIONAL\\_2007.pdf](http://www.upme.gov.co/Docs/PLAN_ENERGETICO_NACIONAL_2007.pdf), «5 de octubre de 2011».

sión del PEN se propuso como una de las políticas esenciales y estratégicas del sector, el desarrollo regional y energización rural a través de energías renovables.

Luego entró en vigencia el PEN 1997-2010 denominado en *Autosuficiencia Energética Sostenible*. Esta política energética se centró en lograr la autosuficiencia y el aumento de las exportaciones energéticas bajo los principios de eficiencia, competitividad y sostenibilidad ambiental. Este PEN se refirió en términos vagos a las fuentes renovables de energía.

El tercer PEN fue presentado en 2003 bajo el eslogan *Estrategia Energética Integral: Visión 2003-2020*. En este Plan mantuvo los objetivos de política establecido por el anterior PEN, sin embargo, éste incursionó en la promoción del Uso Racional de Energía (URE) prestando atención a la investigación y desarrollo del sector energético, planteando objetivos de política energética bajo parámetros ambientales. En materia de energías renovables este PEN propuso elevar la participación de las energías alternativas en ZNI.

Con la cuarta versión del PEN, titulada *Contextos y Estrategias 2006-2025*, la promoción de las energías renovables fue asumida como eje transversal. Este Plan reconoció que es «necesario evaluar detalladamente la inclusión de las fuentes no convencionales de energía para la generación de electricidad, empleando tecnologías que tomen en cuenta las condiciones de las zonas donde se van a instalar y buscando apoyo financiero de recursos de cooperación internacional o del mercado internacional del carbono para la implementación de estos proyectos» (3).

Las estrategias propuestas por este PEN para la implementación de las renovables fueron: fortalecer el esquema institucional, establecer incentivos a través de gestores o concesiones para las ZNI, así como subsidios directos para la energización rural asumidos por el presupuesto nacional, y una reestructuración de los subsidios a los combustibles fósiles en zonas rurales, en donde en lugar de otorgar subsidios a gastos de combustible, se haga una inversión de capital inicial(4) en tecnologías que aprovechen fuentes renovables. A pesar de las buenas intenciones de este Plan, cuando se presentaron las estrategias para el fomento de las renovables solo tuvo en cuenta la promoción de los biocarburantes(5). Dentro del sector energético, dicho Plan solo hizo mención de la eólica y la geotermia para el sector eléctrico.

Dentro de las críticas que recibió este PEN 2006-2015 fue el de no haber hecho referencia al papel que deberían tomar las energías renovables en el sistema energético del país, ni tampoco hizo mención a las políticas ni los mecanismos para lograr la incursión de estas fuentes(6). A pesar de que el Departamento Nacional de Planeación

---

(3) *Ibidem*, p. 197.

(4) *Ibidem*, pp. 206 y 207.

(5) «Las estrategias para un mayor uso de las fuentes no convencionales de energía en lo relacionado con la producción de energéticos son:

Adelantar estudios que permitan verificar resultados positivos en el desempeño de los vehículos, con incrementos de las mezclas de etanol y biodiesel definidos en la regulación.

Iniciar investigaciones para la producción de alcohol a partir de celulosa.

Iniciar los análisis económicos y financieros de la importación de materias primas para la producción de biocombustibles y evaluar su incidencia en los precios finales.» *Ibidem*, p. 207.

(6) Consorcio Energético CORPOEMA. *Formulación de un Plan de Desarrollo para las Fuentes no Convencionales de Energía en Colombia (PDFNCE)*. Vol. 1, 2010, p. 52. Disponible en [http://www.upme.gov.co/Sigic/DocumentosF/Vol\\_1\\_Plan\\_Desarrollo.pdf](http://www.upme.gov.co/Sigic/DocumentosF/Vol_1_Plan_Desarrollo.pdf), «18 de diciembre de 2011».

(DNP) recomendó al Ministerio de Minas y Energía (MME), en coordinación con el Instituto de Planificación y Promoción del Soluciones Energéticas (IPSE) y el propio DNP, diseñar un esquema de gestión, en relación con los Esquemas de Gestión para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica en las Zonas No Interconectadas, que permitiese, entre otros aspectos, «reemplazar la generación que utiliza combustibles fósiles por tecnologías basadas en energías renovables, donde sea posible» (CONPES 3453/2006(7)). Esta recomendación no se vio reflejada en este PEN.

Por otra parte, el apoyo previsto por este Plan para el sector del carbón pudo en cierta medida acaparar recursos económicos marginando así a las energías renovables. En el PEN 2006-2025 se resaltan las bondades del carbón cuando afirmó que este es el recurso que más aporta a la producción de electricidad a nivel global, y continúa diciendo «[e]ste protagonismo viene creciendo más rápido, debido a que los países en desarrollo están buscando las opciones menos caras para dotar de energía a sus economías» (8).

En un comunicado presentado por la Unidad de Planeación Minero Energética (UPME) dice, refiriéndose al uso del carbón, que «los nuevos desarrollos en tecnologías limpias y los progresos tecnológicos permiten la captura y almacenamiento de CO<sub>2</sub>», como dando alivio a los efectos ambientales de su aprovechamiento. Bajo estos términos el PEN pareciera tener una visión restringida del desarrollo sostenible en el largo plazo. Colombia no cuenta con la capacidad económica ni la infraestructura para captar las emisiones de CO<sub>2</sub> producto de la combustión del carbón, por lo que es una falacia sustentar el uso de este recurso fósil amparándose en la posibilidad de captura este GEI. La UPME cuando se hizo referencia a las energías renovables, indicó que las tecnologías que aprovechan fuentes renovables siguen siendo muy costosas y requieren de subsidios para que sean competitivos en el mercado colombiano (9). Consideramos que hacen falta presentar a carta abierta las ventajas y desventajas de cada fuente para promover un sistema energético fiable, competitivo y sostenible, no solo atender al aspecto económico.

A pesar de contar de forma parcializada la información, según las proyecciones del PEN 2006-2025, se espera que en Colombia el consumo del carbón aumente. Por ejemplo, en el sector industrial se prevé que el consumo del carbón tendrá una tasa de crecimiento interanual del 3,7%, pasando de una participación en la cesta energética del 18,9% en 2006 a 21,8% en 2025 (10), aunque con ello, como lo dice un estudio de Colombia para el Banco Mundial se traduzca en el incremento de la huella de carbono del sistema energético nacional (11).

---

(7) Departamento Nacional de Planeación, DNP. CONPES 3453. *Esquemas de Gestión para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica en las Zonas No Interconectadas*, 2006, p. 6. Disponible en <http://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/Subdireccion/Conpes/3453.pdf>, «23 de marzo de 2012».

(8) Unidad de Planeación Minero Energética, UPME. *Plan Energético Nacional: Contexto y estrategias 2006-2025...*, op. cit., p. 34.

(9) Unidad de Planeación Minero Energética, UPME. «Entorno energético en Colombia», en Revista Javeriana. Energía paradójicas y futuro, núm. 761, 2010, p. 21.

(10) Unidad de Planeación Minero Energética, UPME. *Plan Energético Nacional: Contexto y estrategias 2006-2025...*, op. cit., p. 79.

(11) World Bank, VERGARA, Walter, DEEB, Alejandro, TOBA, Natsuko, CRAMTON, Peter y LEINO, Irene. *Wind Energy in Colombia a Framework for Market Entry*, 2010, p. xiv. Disponible en <http://www-wds.worldbank.org/>

Según las perspectivas del Plan, las renovables, como la biomasa y la eólica tendrán una tasa de crecimiento baja en los próximos años de alrededor del 10% de la estructura energética primaria (12).

El quinto y último plan energético, se trata del PEN 2010-2030. Pero antes de presentar las directrices marcadas por este PEN, es pertinente estudiar el PND 2010-2014 en tanto ambos instrumentos de planificación deben cumplir con el principio de coordinación de la actividad administrativa. En el PND 2010-2014 el Gobierno Nacional propuso diseñar e implementar una política nacional de fomento de las energías renovables a través de estrategias encaminadas a la investigación, desarrollo e innovación y el adelanto de una política nacional para «valorar el impacto del carbono en los diferentes sectores y a establecer estímulos y alternativas para reducir su huella en nuestro país» (Art. 105 Ley 1450/2011) (13). De este precepto podemos deducir varios aspectos: Primero, que el impulso que da el Gobierno en materia de energías renovables se limita a la investigación y no avanza hacia su implementación; segundo, se evidencia una vez más la estrecha relación entre las energías renovables y la reducción de la emisión de CO<sub>2</sub> en cuanto se prevé el estudio del impacto del consumo de carbono; y tercero, una franca y clara contradicción por parte del Gobierno. Esta afirmación surge ante la pretensión de incentivar dos objetivos opuestos. Por una parte el de convertir a Colombia en un país minero a nivel mundial, con un mayor uso del carbón de nuestro país, y por otra parte, y a la vez, establecer programas para reducir la huella de carbono como se pretende en este PND.

Conocido el PND, estudiemos ahora el PEN 2010-2030. De acuerdo con el PEN 2010-2030 «informe final», se visualiza las energías renovables como parte de la solución a la diversificación de las fuentes para enfrentar el impacto del cambio climático, pero le da un papel que no deja de ser un mero enunciado general (14).

Ante la prelación de la expansión de las energías renovables en la ZNI. Este informe indica que las estrategias relacionadas con las energías renovables se podrán financiar «siempre que sea favorable financieramente para la Nación» (15). Consideramos que un planteamiento como éste está anteponiendo el interés económico sobre el social y el ambiental, lo que va en perjuicio del desarrollo sostenible que se pregona como objetivo nacional.

---

external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2010/07/23/000334955\_20100723054756/Rendered/PDF/558420PUB0wind1IC0dislosed071221101.pdf, «20 de abril de 2011».

(12) Unidad de Planeación Minero Energética, UPME. *Plan Energético Nacional: Contexto y estrategias 2006-2025...*, op. cit., pp. 99 y 100.

(13) La Ley del Plan establece: «El gobierno Nacional diseñará e implementará una política nacional encargada de fomentar la investigación, el desarrollo y la innovación en las energías solar, eólica, geotérmica, mareomotriz, hidráulica, unidimotriz y demás alternativas ambientalmente sostenibles». Ley 1450/2011, Congreso de la República de Colombia. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014, de 16 de junio de 2011, DO núm. 48102, Art. 105. Disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley\\_1450\\_2011.html#1](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1450_2011.html#1), «12 de enero de 2012».

(14) Consorcio Energético CORPOEMA. *Formulación de un Plan de Desarrollo para las Fuentes no Convencionales de Energía en Colombia (PDFNCE)*. Vol. 1..., op. cit., p. 53.

(15) Unión temporal Universidad Nacional y Fundación Bariloche Política Energética. *Análisis y Revisión de los Objetivos de Política Energética Colombiana de Largo Plazo y Actualización de sus Estrategias de Desarrollo, PEN 2010-2030 Informe Final*, 2010, p. 144. Disponible en <http://www.upme.gov.co/Docs/PEN/PEN%202010%20VERSION%20FINAL.pdf>, «27 de octubre de 2011».

Por otra parte, en cuanto a la participación de las hidroeléctricas en la cesta energética, el Plan indica: «De modo preliminar y estimado, se considera que la participación de la hidroelectricidad en el total del parque de generación debería pasar del 72% previsto en 2018 a un máximo a definir en el rango 60-65% para 2030» (16). Este Plan alerta que si las hidroeléctricas continúan aumentando su cuota dentro de la matriz eléctrica nacional podría conllevar a un alto riesgo en tanto en periodos de sequía habría una sobrecapacidad y en periodos de hidraulicidad media o alta podría haber un exceso de oferta con consecuencias en el precio de la electricidad y la capacidad de retorno de las inversiones (17).

Ante el objetivo de propender hacia la seguridad en el abastecimientos energético, el PEN 2010-2030 «informe final» se refiere a la conveniencia de que el parque térmico, instalaciones de respaldo cuando las hidroeléctricas no dan abasto, no se apoye única y principalmente en el gas natural como fuente de energía, ya que esta medida ha afectado en forma negativa el propio mercado del gas natural en términos de oferta, transporte, modalidades de contratación y formación de precios. Para contrarrestar estas incidencias se propone como objetivo que a partir del 2018 se promueva la instalación de plantas térmicas a carbón (18). Consideramos que esta medida contradice otras iniciativas del Gobierno. Por ejemplo, la Resolución 180609/2006 (19), por la que se definieron los subprogramas que hacían parte del Programa de Uso Racional de Energía PROURE. Dentro de los subprogramas se cuentan los «[p]royectos de sustitución de combustibles tradicionales (carbón) por otros combustibles más limpios (gas natural)» (Art. 2.8 Resolución 180609/2006). Si bien esta Resolución fue derogada por la Resolución 180919/2010, los subprogramas y proyectos por la primera definidos se entienden incluidos dentro de los subprogramas de la Resolución vigente (Arts. 10 y 11 Resolución 180919/2010).

La crítica que recibe este documento preliminar para el PEN 2010-2030 es que las políticas y acciones para promover las energías renovables resultan ser generales, perpetuando las vagas intenciones de promoción de estas fuentes en Colombia que han sido promulgadas por años (20).

Una vez conocidos el PND 2010-2014, el PEN 2010-2030, ahora conozcamos el Plan de Expansión energética 2010-2024 el cual expresa que para lograr una seguridad energética más robusta en el mediano y largo plazo, Colombia debe construir una matriz con una «adecuada complementariedad e implementación de todas las tecnologías y fuentes de energía con que cuenta. Es decir, además de incluir los recursos energéticos convencionales (...) debe incluir las Fuentes No Convencionales de Energía, FNCE (...) en la medida que sean considerados sus verdaderos aportes bajo

---

(16) *Ibidem*, p. 234.

(17) *Ibidem*, p. 234.

(18) *Ibidem*, p. 235.

(19) Derogada Resolución 180609/2006, Ministerio de Minas y Energía. Por la cual se definen los subprogramas que hacen parte del programa de Uso Racional y Eficiente de la Energía y demás formas de energía no convencionales, PROURE, y se adoptan otras disposiciones, de 26 de mayo de 2006, DO núm. 46.286. Disponible en [http://www.si3ea.gov.co/si3ea/Documentos/Ciure/Documentos/Juridico/RES\\_180609\\_MME\\_2006.pdf](http://www.si3ea.gov.co/si3ea/Documentos/Ciure/Documentos/Juridico/RES_180609_MME_2006.pdf), «28 de octubre de 2011».

(20) Consorcio Energético CORPOEMA. *Formulación de un Plan de Desarrollo para las Fuentes no Convencionales de Energía en Colombia (PDFNCE). Vol. 2. Diagnóstico de las FNCE en Colombia*, 2010, p. 49. Disponible en [http://www.upme.gov.co/Sigic/DocumentosF/Vol\\_2\\_Diagnostico\\_FNCE.pdf](http://www.upme.gov.co/Sigic/DocumentosF/Vol_2_Diagnostico_FNCE.pdf), «31 de octubre de 2011».



*condiciones de competencia*» (21) —cursiva fuera de texto—. Sin embargo, este Plan hace un llamamiento a que sean consideradas los verdaderos aportes de cada fuente de energía, y en tal sentido, se abre la posibilidad de que el Estado intervenga en el mercado para internalizar los beneficios de las energías renovables al desarrollo sostenible del sector, y por consiguiente del país.

A pesar de los tenues visos de apoyo a las renovables, una vez más se comprueba que Colombia le apuesta claramente al carbón como fuente energética de respaldo a las hidroeléctricas. Según las previsiones presentadas en este Plan de Expansión, hasta el 2018, en un escenario de demanda alta, no habrían requerimientos de capacidad instalada de generación mayores a la capacidad definida a través del mecanismo de subasta del Cargo por Confiabilidad. En cambio en el largo plazo, es decir a partir del 2021, se requeriría la instalación de 1.900 MW adicionales a la expansión establecida por el Cargo, y 2050 MW si se da el retiro de algunas plantas de generación instaladas hace más de treinta años. Frente a esta posibilidad el Plan señala «que pueden ser sustituidas o repotenciadas, es decir, se requerirían 150 MW térmicos, preferiblemente a carbón, para compensar dicho retiro. Dentro de lo que sería el plan candidato de expansión en generación, resalta la importancia de considerar la entrada de al menos 600 MW en proyectos térmicos a partir del 2021, esto con el fin de disminuir la vulnerabilidad del sistema y diversificar la matriz energética, lo que se podría lograr con uno de los recursos más abundantes en Colombia como lo es el carbón» (22).

Así las cosas, este Plan analiza los impactos del sector eléctrico en la emisión de GEI y también traza la *Visión Ambiental Estratégica* para la formulación y actualización del Plan. Este Plan hace un claro y expreso apoyo al carbón como fuente de energía para atender la demanda de electricidad del país, y por otra parte no hace referencia sobre la vulnerabilidad del SIN frente al cambio climático y en este sentido no presenta ninguna propuesta al respecto (23).

En conclusión, con la presentación de los planes del sector energético, los pasados y vigentes, en los que se evidencia que el fomento de la participación de las energías renovables en Colombia son realmente meros enunciados y que se presagia un promisorio auge del carbón como fuente dentro de la cesta energética nacional, nos preguntamos entonces ¿en dónde queda la política colombiana de ser una economía baja en carbono?

## II.2. Planificación colombiana en energías renovables. Iniciativas fallidas

En 1992 vio la luz lo más parecido a un plan de desarrollo de fuentes no convencionales. Este fue presentado por la desaparecida CNE llamado *Políticas en fuentes alternativas de energía: presente y futuro*, con el fin de promover el interés en las energías renova-

---

(21) Unidad de Planeación Minero Energética, UPME. *Plan de Expansión de Referencia. Generación – Transmisión 2010-2024*, 2010, p. 61. Disponible en [http://www.upme.gov.co/Docs/Plan\\_Expansion/2010/Plan\\_Expansion\\_2010-2024\\_Definitivo.pdf](http://www.upme.gov.co/Docs/Plan_Expansion/2010/Plan_Expansion_2010-2024_Definitivo.pdf), «8 de marzo de 2012».

(22) *Ibidem*, pp. 4 y 85.

(23) Consorcio Energético CORPOEMA. *Formulación de un Plan de Desarrollo para las Fuentes no Convencionales de Energía en Colombia (PDFNCE)*. Vol. 1..., op. cit., p. 55.

bles. En 1993, el desaparecido Instituto de Ciencias Nucleares y Energías Alternativas (INEA), junto con la CNE, elaboraron un documento titulado *Bases para la Formulación de un Plan de Energía no Convencional*, el cual no fue adoptado ni difundido formalmente aunque sí está en poder de la UPME. Dicho documento señalaba que las FNCE no habían sido parte de la matriz energética de una forma importante por la falta de políticas claras en ese sentido, una tecnología inapropiada, por obstáculos de mercado, entre otros. Aunque dicho documento no era preciso, sí fue un esfuerzo importante para el fomento de las FNCE que no contó con el apoyo institucional suficiente (24). Luego, a principios de 1995, el INEA publica el *Plan de Desarrollo de Energías Alternativas 1996-1998* que en la práctica consistió en la acumulación de proyectos en energías renovables más que un programa de acciones para implementar estas fuentes de energía (25).

Como antecedente a la Ley de Energías Renovables en Colombia se promulgó la hoy también vigente Ley 697/2001, Ley URE, fomenta las energías no convencionales. Esta Ley exigió la elaboración y puesta en marcha de un plan o programa para la promoción del URE por parte del MME, más conocido como PROURE. Esta norma se dirigió hacia el fomento de las renovables para todos los usos energéticos, entendiéndose generación de electricidad, biocarburantes y fuentes de calor.

En consecuencia, para desarrollar el PROURE, el MME adoptó el Plan de Acción PROURE 2010-2015 (26), con un énfasis en producción más limpia, la cogeneración y autogeneración (Art 5. 4 y 5.5 Resolución 180919/2010). Este Plan de Acción está dividido en seis subprogramas estratégicos de carácter transversal y cuatro subprogramas prioritarios en los sectores de consumo (27). El subprograma propuesto frente a

(24) Consorcio Energético CORPOEMA. *Formulación de un Plan de Desarrollo para las Fuentes no Convencionales de Energía en Colombia (PDFNCE)*. Vol. 2. *Diagnóstico de las FNCE en Colombia...*, op. cit., p. 36.

(25) *Ibidem*, p. 40.

(26) Véase el documento elaborado por PRIAS para encontrar los estudios de referencia para estructurar el PROURE. PRIAS, Omar. *Consultoría para la Recopilación de Información, Definición de Lineamientos y Prioridades como Apoyo a la Formulación del PROURE*, 2009, p. 24. Disponible en <http://www.minminas.gov.co/minminas/downloads/UserFiles/File/ENERGIA/URE/Informe%20lineamientos%20PROURE%202009.pdf>, «30 de octubre de 2011».

(27) Como Subprogramas estratégicos de carácter transversal del Plan se consideraron: Fortalecimiento institucional, Educación y fortalecimiento de capacidades en Investigación, Desarrollo tecnológico e innovación- I+D+i y gestión del conocimiento, Estrategia financiera e impulso al mercado, Protección al consumidor y derecho a la información, Gestión y seguimiento de metas e indicadores, Promoción del uso de Fuentes No Convencionales de Energía.

Como Subprogramas prioritarios en los sectores de consumo del Plan se consideraron:

a) En el sector residencial (Sustitución de bombillas incandescentes, Uso eficiente de energía en equipos de refrigeración, aire acondicionado y demás electrodomésticos, Hornillas eficientes, Diseño, construcción y uso eficiente y sostenible de viviendas, Gas Licuado del Petróleo - GLP en el sector rural y zonas marginales).

b) En el sector industrial (Optimización del uso de la energía eléctrica para fuerza motriz, Optimización del uso de calderas, Eficiencia en iluminación, Gestión integral de la energía en la industria con énfasis en producción más limpia, Cogeneración y autogeneración, Uso racional y eficiente de energía en Pequeñas y Medianas Empresas PYMES, Optimización de procesos de combustión, Optimización de la cadena de frío).

c) En el sector comercial, público y servicios (Difusión, promoción y aplicación de tecnologías y buenas prácticas en sistemas de iluminación, refrigeración y aire acondicionado, Diseño, construcción, Reconversión energética y uso eficiente y sostenible de edificaciones, Caracterización, gestión de indicadores y asistencia técnica, Actualización o reconversión tecnológica del alumbrado público,

d) En el sector transporte (Reconversión tecnológica del parque automotor, Modos de transporte, Buenas prácticas en el transporte). Resolución 180919/2010, Ministerio de Minas y Energía. Por la cual se adopta el Plan de Acción Indicativo 2010-2015 para desarrollar el Programa de Uso Racional y Eficiente de la Energía y demás Formas de Energía No Convencionales, PROURE, se definen sus objetivos, subprogramas y

la promoción de las energías renovables tiene como principios rectores la diversificación, la complementariedad y la seguridad en coherencia con la disponibilidad y factibilidad de explotación de los recursos y la utilización de tecnologías de acuerdo con las condiciones económicas, sociales, productivas y ambientales del país.

Este Plan contiene metas para las FNCE, metas que se traducen para las energías renovables (Art. 7 Resolución 180919/2010, objetivos adoptados por el Art. 2 Resolución 186/2012). Para el 2015 se propone como objetivo global un aumento de la participación de las renovables en la matriz energética total del 5%, el 1% del cual para generación eléctrica y el 4% restante a partir de biomasa y biocarburantes para aplicaciones térmicas y de transporte(28). Las metas propuestas dentro del SIN es que a 2015 se espera que la participación de las energías renovables alcance un 3,5% y a 2020 un 6,5% (Art. 7.1 Resolución 180919/2010). Estos objetivos en el SIN se traducen que a 2015 se cuente con una instalación total de 560 MW energías renovables. A 2008 la capacidad instalada en estas fuentes era de 192,4 MW lo que implica un incremento de 367,6 MW. El objetivo a 2020 es de 1170 MW en capacidad total instalada, es decir un incremento de 977,6 MW en comparación con las cifras de 2008. En cuanto a las metas para ZNI es que a 2015 se logre un 20% en la participación de las renovables, en dicho 20% se cuenta el 8% de la capacidad actual más 12% provenientes de desarrollos con energía eólica, biomasa, Pequeñas centrales hidroeléctricas (PCH's), y energía solar. A 2020 espera que dicha participación llegue al 30% en las ZNI (Art. 7.2 Resolución 180919/2010).

El PROURE prevé la revisión anual de estas metas (Art. 8 Resolución 180919/2010), que como se dijo anteriormente son objetivos indicativos. Se echa de menos objetivos vinculantes para las energías renovables distintas de los biocarburantes líquidos, como sí sucede con el biodiesel y bioetanol.

La crítica que recibe este Plan de Acción URE 2010-2015 es que se queda en un mero enunciado sin trascender a acciones claras y determinadas para los actores involucrados(29). Aunque dicho Plan establece metas para el SIN y las ZNI, no prevé mecanismo alguno para el alcance de estos objetivos(30). De los 118 MW instalados en las ZNI, solo el 8% son generados a partir de energías renovables, el Plan de Acción ha establecido como meta una participación de las renovables del 30% en estas zonas, sin embargo no se establece cómo se lograría este objetivo, y lo que es peor, su notoria flexibilidad: en los pliegos de contratos de áreas exclusivas de los departamentos de Amazonas y Vaupés, cuando se refiere al «concesionario» el Plan indica que éste «deberá procurar instalar el aprovechamiento de fuentes de energías renovables» y a más tardar al culminar el quinto año, mínimo el 10% de la generación

---

se adoptan otras disposiciones al respecto, de 1 de junio de 2010, DO núm. 47728, Arts. 4 y 5. Disponible en [http://www.minminas.gov.co/minminas/kernel/usuario\\_externo\\_normatividad/form\\_consultar\\_normas.jsp?parametro=2245&site=18](http://www.minminas.gov.co/minminas/kernel/usuario_externo_normatividad/form_consultar_normas.jsp?parametro=2245&site=18), «29 de octubre de 2011».

(28) Ministerio de Minas y Energía y PRIAS, Omar. *Programa de Uso Racional y Eficiente de Energía y Fuentes no Convencionales-PROURE. Informe Plan de Acción 2010-2015*, 2010, p. 24. Disponible en [http://www.andesco.org.co/site/assets/media/camara/energia/Documentos/Informe\\_Final\\_PROURE\\_Plan\\_de\\_accion\\_2010-2015.pdf](http://www.andesco.org.co/site/assets/media/camara/energia/Documentos/Informe_Final_PROURE_Plan_de_accion_2010-2015.pdf), «19 de diciembre de 2011».

(29) Consorcio Energético CORPOEMA. *Formulación de un Plan de Desarrollo para las Fuentes no Convencionales de Energía en Colombia (PDFNCE)*. Vol. 1..., op. cit., p. 13.

(30) *Ibidem*, p. 53.

en las localidades tipo 2, 3 y 4 debe ser a partir de renovables. Se trata de un tercio de la meta propuesta en el PROURE generando una inconsistencia entre el Plan y lo que se pide al concesionario(31) .

Por otra parte, aun cuando se cuenta con el Plan de Acción URE 2010-2015, es necesaria la formulación de un plan dedicado exclusivamente a las energías renovables. Para ello la UPME contrató una investigación exhaustiva sobre esta materia de la que se obtuvo tres informes titulados *Formulación de un Plan de Desarrollo de las FNCE*, volúmenes 1, 2 y 3, en los que se diagnostica que las energías renovables en el sistema energético colombiano están en una etapa naciente, excepto para las PCH's. En estos documentos se establece que para el éxito de un Plan de Fomento de energías renovables es necesaria la concreción de las políticas en lo que se refiere a la identificación y valoración de los resultados esperados, así como diseñar las acciones en cada campo para lograr los objetivos propuestos. Así las cosas, el diagnóstico señala que primero se deben tomar las decisiones de política y luego se definen los mecanismos para alcanzar los logros propuestos(32). Es necesario así mismo que se tenga en cuenta que por cada tipo de fuente de energía renovable existen diferentes tecnologías con distinto grado de madurez(33), lo que debe ser reflejado en su marco de apoyo. Al momento de escribir estas líneas el Plan de Desarrollo de las FNCE no ha sido aprobado.

### III. Marco jurídico-económico establecido por la Ley de Energías Renovables

Con los compromisos adquiridos a través de la aprobación del Estatuto de la Agencia Internacional de Energías Renovables (IRENA), a través de la Ley 1665/2013(34), se abrió paso a la expedición de la Ley 1715/2014(35), por la cual se regula la integración de las energías renovables no convencionales al Sistema Energético Nacional, en adelante Ley de Energías Renovables. Con esta norma, el legislador define las FNCE como aquellas que no son ampliamente utilizadas en la cesta energética colombiana, es decir, la energía nuclear y las Fuentes No Convencionales de Energía Renovable (FNCR), distintas de la hidroeléctrica (Art. 5.16 y 5.17 Ley 1715/2014). Las energías renovables en las que la Ley ha puesto mayor interés como

(31) *Ibidem*, p. 54.

(32) *Ibidem*, p. 47.

(33) International Energy Agency- IEA. *Deploying Renewables, Principles for Effective Policies*, 2008, p. 24. Disponible en <http://www.iea.org/textbase/nppdf/free/2008/DeployingRenewables2008.pdf>, «27 de octubre de 2011».

(34) Ley 1665/2013, Congreso de la República de Colombia. Por medio de la cual se aprueba el «Estatuto de la Agencia Internacional de Energías Renovables (Irena)», hecho en Bonn, Alemania, el 26 de enero de 2009, de 16 de julio de 2013, DO núm. 48.853 Disponible en <http://basedoc.superservicios.gov.co/ark-legal/SSPD/details;jsessionid=EA97FB41EB971A25209F733958B8F624?docId=1b0f2b18-104d-48e1-8658-9afdaf83a674&channel=%2fLeyes%2fLeyes%2f2013&subEspacio=>, «18 de septiembre de 2014».

(35) Ley 1715/2014, Congreso de la República de Colombia. Por medio de la cual se regula la integración de las energías renovables no convencionales al sistema energético nacional, de 13 de mayo de 2014, DO núm. 49150 Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=57353>, «17 de septiembre de 2014».

FNCER son la biomasa, los residuos, energía solar, la eólica, geotérmica, pequeños aprovechamientos hidroeléctricos (Art. 5.17 Ley 1715/2014). En cuanto a los residuos como fuente de energía renovable, la Ley da cabida a su incineración (Art. 18 Ley 1715/2014). La definición de FNCE sin embargo deja abierta la posibilidad de considerar nuevas fuentes de energía no contempladas actualmente, según lo determine la UPME. La Ley entiende estas fuentes como *ambientalmente sostenibles* (Art. 5.17 Ley 1715/2014).

La finalidad de esta Ley es incentivar la integración de las renovables en el mercado eléctrico, su participación en las ZNI y en otros usos energéticos, por ejemplo como biocarburante (Art. 1 Ley 1715/2014). Esta finalidad tendrá como medidas el fomento de la inversión, investigación y desarrollo de tecnologías limpias para producción de energía, la eficiencia energética y la respuesta de la demanda (Art. 2 Ley 1715/2014). Aun cuando la eficiencia no es una fuente de energía renovable, también es considerada como prioridad en la política energética nacional (Art. 1 Ley 1715/2014). Las medias de fomento que establece la Ley de Energías Renovables parece que previera el establecimiento de objetivos obligatorios dentro de los planes energéticos en tanto expresa «los planes de fomento de la investigación, desarrollo e inversión elaborados por el Gobierno Nacional o de innovación elaborados por el resto de administraciones públicas, cuando afecten el ámbito de las FNCE o al de la gestión eficiente de la energía, deberán inscribirse dentro de los *marcos vinculantes* sobre política energética que se establezcan en planes o programas nacionales.» —cursivas fuera de texto— (Art. 42.2 Ley 1715/2014). Por el momento el único marco vinculante en materia energética se refiere a los biocarburantes. Sin embargo, ante un marco de libre iniciativa empresarial como el colombiano, es incompatible el establecimiento planes y programas energéticos de carácter vinculante, por lo que es poco probable la aprobación de estos bajo términos de obligatoriedad, y en consecuencia su incidencia en el fomento de las energías renovables es escasa.

En cuanto a los estímulos que el Estado pretende implantar, estos se sustentan en los tres factores propios de toda política energética moderna: la competitividad, la seguridad en el abastecimiento energético y su sostenibilidad en términos ambientales. Cuando la Ley de Energías Renovables se refiere a la integración de estas fuentes al sistema energético colombiano indica que su integración son un medio necesario para «el desarrollo económico sostenible, la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y la seguridad del abastecimiento energético» (Art. 1 Ley 1715/2014). Para lograrlo la Ley crea el Fondo de Energías No Convencionales y Gestión Eficiente de la Energía (FENOGE) con el cual se financiarán los programas de FNCE y gestión eficiente de la energía (Art. 10 Ley 1715/2014).

Dentro de las medidas previstas por la Ley se cuenta la autorización para que los autogeneradores entreguen sus excedentes a la red de distribución y/o transporte eléctrico que utilicen FNCER. Estos excedentes se reconocerán como créditos de energía, los cuales se podrán negociar con terceros (Art. 8 lits. a; d Ley 1715/2014).

Otra de las medidas previstas por la Ley de Energías Renovables es el desarrollo de incentivos para que empresas eléctricas que prestan sus servicios en ZNI replacen total o parcialmente la generación de energía con diésel para ser sustituido por energías renovables (Art. 9 lit. b Ley 1715/2014).



es un factor estrella para establecer una política de fomento de las energías renovables en Colombia (40).

Argumento sobre la seguridad en el abastecimiento energético. En Colombia existe un importante potencial de recursos para abastecer la demanda energética, cuenta con un gran número de hidroeléctricas y carbón de buena calidad, así como reservas de petróleo y gas. Por lo tanto, no se considera que este país sea vulnerable en términos de dependencia de importaciones de energía en el mediano y largo plazo. Así, este factor realmente tampoco es un argumento sólido para que se establezca un marco regulatorio y de incentivos para las fuentes de energía renovables (41). Sin embargo, cabe mencionar que en Colombia se está presentado la necesidad de reducir la vulnerabilidad frente a los efectos del cambio climático. El cambio climático puede alterar el régimen de lluvias y de evapotranspiración ocasionando posibles cambios en escorrentías y la disponibilidad del agua, lo que afectaría negativamente la producción hidroeléctrica nacional ante situaciones de sequía (42). En años secos, la generación de electricidad está distribuida en un 55% hidroeléctricas, 40% térmica y 5% menores, cogeneración y el parque eólico de Jepirachi. Mientras que en años húmedos, hay una mayor participación de las hidroeléctricas alcanzando una cuota del 80%, térmica 15% y el resto 5%. Bajo estos términos se evidencia que frente a las condiciones hídricas, la generación de electricidad es fuertemente sensible (43). Según un estudio realizado frente a los objetivos de la política energética colombiana, los aportes hídricos podrían reducirse de forma drástica en distintas zonas del país para finales del siglo (44). El país es potencialmente dependiente de los efectos adversos producto de los eventos extremos del cambio climático (45). Dentro del sector energético, el mayor impacto se daría en la generación hidroeléctrica y la producción de biocombustibles (46). A pesar de ello, hay una gran dificultad para predecir el com-

---

(40) Consorcio Energético CORPOEMA. *Formulación de un Plan de Desarrollo para las Fuentes no Convencionales de Energía en Colombia (PDFNCE)*. Vol. 1..., op. cit., p. 58.

(41) *Ibidem*, p. 58.

(42) Aunque Colombia aporta poco en la emisión de GEI en la balanza global, es muy posible que los efectos del cambio climático estén desencadenado desordenes en factores clave del sistema energético como la hidrología media. Recuérdese que la mayor fuente de electricidad en este país es a partir de hidroeléctricas. Este estudio instaba a que el PEN 2010-2030 considerara como punto importante la diversificación de las fuentes y un énfasis en la seguridad en el suministro energético. Unión temporal Universidad Nacional y Fundación Bariloche Política Energética. *Análisis y Revisión de los Objetivos de Política Energética Colombiana de Largo Plazo y Actualización de sus Estrategias de Desarrollo, PEN 2010-2030 Informe Final...*, op. cit., p. 155.

(43) Consorcio Energético CORPOEMA. *Formulación de un Plan de Desarrollo para las Fuentes no Convencionales de Energía en Colombia (PDFNCE)*. Vol. 3, 2010, p. 54. Disponible en <http://www.corpoema.com/pdf/Vol%203%20Tecnologia%20y%20Costos%20FNCE.pdf>, «22 de diciembre de 2011».

(44) Consorcio Energético CORPOEMA. *Formulación de un Plan de Desarrollo para las Fuentes no Convencionales de Energía en Colombia (PDFNCE)*. Vol. 1..., op. cit., p. 59.

(45) BARBA, Diana; GARAVITO, Sandra, et al. «Mitigación», Segunda Comunicación Nacional ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, dirigido por Instituto de Hidrología, Meteorologías y Estudios Ambientales, IDEAM, Edit. Scripto Ltda, Bogotá, 2010, p. 186. Disponible en [http://www.pnud.org.co/img\\_upload/36353463616361636163616361636163/2%20AA\\_Comunicaci%C3%B3n\\_Cap\\_3.pdf](http://www.pnud.org.co/img_upload/36353463616361636163616361636163/2%20AA_Comunicaci%C3%B3n_Cap_3.pdf), «19 de enero de 2012».

(46) Unión temporal Universidad Nacional y Fundación Bariloche Política Energética. *Análisis y Revisión de los Objetivos de Política Energética Colombiana de Largo Plazo y Actualización de sus Estrategias de Desarrollo, PEN 2010-2030 Informe Final...*, op. cit., p. 160.

portamiento de variables climatológicas y sus efectos locales (47) lo que deja sin elementos para desincentivar la generación hidroeléctrica (48). Ante las incertidumbres futuras, pero con evidencias de cambio, es que se justifica la diversificación de la canasta energética y abre espacio para la participación de las renovables si el precio de la electricidad aumenta como consecuencia de la escasez de generación hidroeléctrica, lo que haría más competitivas las tecnologías que aprovechan fuentes renovables (49). Sería pertinente evaluar los efectos, positivos o negativos, del cambio climático frente a las energías renovables, en otras palabras, conocer si las energías renovables o cuáles de estas fuentes resultarían complementarias o no al sistema hidroeléctrico (50).

Tercer argumento, desarrollo económico sostenible. Colombia participa en la estrategia contra el cambio climático y un argumento a favor del fomento de las energías renovables es la obtención de beneficios económicos a través de proyectos de mecanismo de desarrollo limpio (MDL). Mediante la Ley 164/1994 Colombia aprueba la CMCC para atender la problemática que trae este fenómeno (51), cumple con sus compromisos adquiridos bajo el principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas así como las prioridades nacionales de desarrollo (52). Luego, en el 2000 Colombia aprobó el Protocolo de Kyoto (53) con la Ley 629/2000 lo que permitió su ac-

(47) En Colombia hay un reconocimiento de las amenazas que conlleva el cambio climático sobre el régimen hidrológico y a la vez la incertidumbre de sus efectos sobre el SIN. Consorcio Energético CORPOEMA. *Formulación de un Plan de Desarrollo para las Fuentes no Convencionales de Energía en Colombia (PDFNCE)*. Vol. 3..., op. cit., p. 47.

(48) Consorcio Energético CORPOEMA. *Formulación de un Plan de Desarrollo para las Fuentes no Convencionales de Energía en Colombia (PDFNCE)*. Vol. 1..., op. cit., p. 59.

(49) Un Plan que tenga como objetivo el fomento de las energías renovables en Colombia debe crear las condiciones para que se diversifique la cesta energética y reduzca la vulnerabilidad ante el cambio climático manteniendo el bajo nivel de emisiones de GEI. *Ibidem*, p. 21.

(50) Véase la matriz de amenazas y posibles implicaciones del cambio climático de cada una de las energías renovables elaborada por CORPOEMA. Esta constituye una primera aproximación de los efectos que el cambio climático podría tener sobre dichas fuentes, cabe anotar que los autores invitan a mejorar el sistema de captura y análisis de información sobre el viento y el recurso solar para reducir la incertidumbre sobre estos impactos. Consorcio Energético CORPOEMA. *Formulación de un Plan de Desarrollo para las Fuentes no Convencionales de Energía en Colombia (PDFNCE)*. Vol. 3..., op. cit., pp. 65-69.

(51) La CMNUCC tiene como objetivo lograr la estabilización de las concentraciones de GEI en la atmósfera «a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático». Resolución 551/2009, Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial. Por la cual se adoptan los requisitos y evidencias de contribución al desarrollo sostenible del país y se establece el procedimiento para la aprobación nacional de proyectos de reducción de emisiones de gases efecto invernadero que optan al Mecanismo de Desarrollo Limpio – MDL y se dictan otras disposiciones, de 19 de marzo de 2009, DO núm. 47302, Art. 1.

(52) CABRERA LEAL, Mauricio; DUARTE ORTEGA, Martha, et al. «Circunstancias Nacionales», Segunda Comunicación Nacional ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, dirigido por Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, dirigido por Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales, IDEAM, Edit. Scripto Ltda, Bogotá, 2010, p. 84. Disponible en [http://www.pnud.org.co/img\\_upload/36353463616361636163616361636163/2%20AA\\_Comunicaci%C3%B3n\\_Cap\\_1.pdf](http://www.pnud.org.co/img_upload/36353463616361636163616361636163/2%20AA_Comunicaci%C3%B3n_Cap_1.pdf), «19 de enero de 2012».

(53) Este Protocolo se constituye un hito en la lucha contra el cambio climático que permitió que la cooperación internacional se consolidara para este fin. IBARRA SARLAT, Rosalía. *El mecanismo de desarrollo limpio : estudio crítico de su régimen jurídico a la luz del imperativo de sostenibilidad*, Edit. Thomson Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 433.



ceso a los mecanismos flexibles de cumplimiento de reducción de emisiones y por lo tanto participar en el mercado de carbono, en especial a través del instrumento de mitigación MDL, que trajo de la mano el incentivo de proyectos con fuentes de energías renovables.

En la formulación presentada por el *Plan Visión Colombia II Centenario 2019*, el *Plan Energético Nacional* y el *Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014* se incluyen objetivos que expresamente relatan medidas hacia el desarrollo sostenible. Sin embargo en la práctica, en las estrategias de desarrollo económico y social en Colombia no se ha tenido en cuenta el cambio climático y por lo tanto no se ha incluido dicha cuestión en los procesos de planificación e inversión de los sectores productivos y los territorios. En consecuencia, esta falta de integración ha provocado pérdidas económicas, falta de competitividad y la vulnerabilidad del país (54). Ante estas circunstancias el CONPES presentó en 2011 el documento *Estrategia Institucional para la Articulación de Políticas y Acciones en materia de cambio climático en Colombia*, documento en el que se hace un llamado a la inclusión de la lucha contra el cambio climático en la planificación nacional y como parte del desarrollo social y económico del país. Se espera que la atención a esta problemática se vea reflejada en la toma de decisiones tanto en el sector público como en el privado. Además, y en aumento a la emisión de GEI, para atender la demanda energética, la balanza se está inclinando hacia la explotación de carbón nacional atendiendo a los beneficios a corto plazo, como ya se había hecho mención. Así las cosas, frente a los efectos del cambio climático las energías renovables parecen tener más un sustento de carácter externo a través de proyectos MDL, que por necesidades energéticas nacionales.

### III.2. Las energías renovables no siempre son ambientalmente sostenibles

La expansión de las tecnologías que aprovechan fuentes renovables no son *per se* ambientalmente amigables. Las ventajas de carácter social, económico y ambiental de la generación de energía a partir de fuentes renovables depende de su viabilidad en términos económico, social y ambiental. Por lo tanto declarar, como lo hizo la Ley de Energías Renovables, que la utilización de estas fuentes son de *utilidad pública e interés social* (Art.4 Ley 1715/2014) conllevando así efectos jurídicos como la posibilidad de expropiar un terreno (55) porque allí los vientos sean los adecuados para instalar un parque eólico o que si en un terreno compite la agricultura para alimentos versus cultivos con fines energéticos, recibirá apoyo estatal el de cultivos energéticos. Esta declaración no es afortunada. Asumir que el uso de las energías renovables es fundamental para la preservación y conservación de los recursos naturales renovables no es una afirmación del todo cierta. Es necesario regu-

---

(54) Departamento Nacional de Planeación, DNP. CONPES 3700. *Estrategia institucional para la articulación de políticas y acciones en materia de cambio climático en Colombia*, 2011, p. 5. Disponible en <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=2yrDLdRTUKY%3d&tabid=1260>, «2 de octubre de 2011».

(55) «Esta calificación de utilidad pública o interés social tendrá los efectos oportunos para su primacía en todo lo referente a ordenamiento del territorio, urbanismo, planificación ambiental, fomento económico, valoración positiva en los procedimientos administrativos de concurrencia y selección, así como a efectos de expropiación forzosa» (Art. 4 Ley 1715/2014)

lar la actividad de los promotores, por ejemplo, que en materia de biocombustibles, su producción se ciña a criterios de sostenibilidad. Un ejemplo es el de los criterios de sostenibilidad establecidos en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Sin embargo, cabe aclarar que la Ley de Energías Renovables establece que las autoridades competentes, MME, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y CREG según el caso, deben determinar los parámetros ambientales que han de cumplir los proyectos con energías renovables. Así esperamos que las instituciones ejecuten su deber y compromiso de protección del medio ambiente, en concordancia con el desarrollo social y económico.

Por otra parte, según el informe presentado por el Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), acerca de los indicadores de seguimiento a Colombia para el desarrollo sostenible, la participación de las energías renovables en la cesta energética colombiana ha crecido cerca del 50%. Se debe ser cautos con esta cifra en tanto el informe expresa que «[l]a leña es la fuente que más ha decrecido su participación al disminuir del 20% al 6,4%. En cuanto a la hidroenergía, se destaca que en promedio ha participado en un 9,4% del total de la energía primaria y, observa una tendencia creciente de 5,8% a 13,5%» (56). Es de resaltar que el uso de una fuente renovable de energía no siempre significa estar acorde con el desarrollo sostenible, por ejemplo, una familia puede usar como fuente de calor la leña, la cual pudo haber sido obtenida de forma sostenible o a través de la tala indiscriminada. Aunque el uso de los términos *renovable* y *desarrollo sostenible* tienden a conducir a error en tanto no son conceptos concurrentes. Por ejemplo en informes como el presentado por el PNUMA acerca de los indicadores de desarrollo sostenible de Colombia se expresa que como fuentes renovables se incluye la hidroenergía pero no hace distinción entre las megaestructuras y las PCH's (57). Este informe presenta la estimación del indicador de energía renovable como porcentaje de energía primaria, datos dentro del periodo 1975-2006, a la hidroenergía, la leña, el bagazo y los residuos. Suponemos que no tiene en cuenta otras formas de energía primero porque se trata de la contabilización de energía primaria, esto es, fuente energética que para su obtención no es necesario un centro de transformación sino que se obtiene de la naturaleza de forma directa, como la hidroenergía; por extracción, como el petróleo o por residuo de otros procesos de producción como el bagazo (58) y segundo porque en Colombia las tecnologías que aprovechan fuentes renovables para generar energía son escasas.

(56) El suministro de energía renovable como porcentaje de la energía suministrada total es definido como el cociente entre la oferta primaria de energía con fuentes renovables y la oferta total de energía primaria en un año determinado Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, PNUMA. *Iniciativa Latinoamericana y Caribeña para el Desarrollo Sostenible: Indicadores de Seguimiento Colombia 2007*, 2007, p. 77. Disponible en [http://geodatos.org/geodatos/ILAC/PUBLICACIONES/ES/informe%20de%20pais%201819\\_INDICADOR\\_ILAC.pdf](http://geodatos.org/geodatos/ILAC/PUBLICACIONES/ES/informe%20de%20pais%201819_INDICADOR_ILAC.pdf), «15 de febrero de 2012».

(57) Aunque el MERCOSUR, en sus *Directrices de Fuentes Renovables de Energía en el Ámbito del MERCOSUR*, 2009, entiende como fuente renovable incluso las hidroeléctricas de gran tamaño, Recomendación 2/2009. *Directrices de Fuentes Renovables de Energía en el Ámbito del MERCOSUR...*, op. cit., cd.), aunque el Consejo de Mercado Común recomienda acordar la instrumentación para la promoción de las hidroeléctricas de pequeño tamaño. *Ibidem*, Art. 1.

(58) Unidad de Planeación Minero Energética, UPME. *Balances Energéticos 1975-2006*, 2007, p. 8. Disponible en [http://www.upme.gov.co/Docs/balance\\_energetico\\_2006.pdf](http://www.upme.gov.co/Docs/balance_energetico_2006.pdf), «15 de febrero de 2012».

La Ley de Energías Renovables también recibe críticas en relación con el desarrollo sostenible, especialmente la protección del medio ambiente: En materia competencial, a la ANLA le corresponde «establecer un ciclo de evaluación rápido para proyectos relativos a la ampliación, mejora y adaptación de las redes e instalaciones eléctricas y de hidrocarburos, proyectos de FNCE ...» —subrayado fuera de texto— lo propio se indica a las Corporaciones Autónomas Regionales (Arts. 6 lit. a; 7 lit. b Ley 1715/2014). En este punto cabe mencionar, cuál es el trasfondo de establecer «ciclos de evaluación rápido», ¿cuáles son los efectos ambientales que puede conllevar una evaluación rápida ante un sistema institucional, especialmente en términos de control y vigilancia, tan débil como el que padece Colombia? Solo a la hora de reglamentar esta Ley nos podremos plantear las posibles consecuencias ambientales, sociales y económicas que ha sido catalogado por ciertos expertos como procedimiento exprés.

Por otra parte, cuando la Ley de Energías Renovables se refiere al establecimiento de los límites de las emisiones y vertidos de las instalaciones de FNCE indica que éstos «en ningún caso podrán ser más rigurosos que los límites establecidos en el caso menos exigente aplicado a fuentes de energía convencionales» (Art. 44 Ley 1715/2014). En otras palabras este precepto autoriza que una instalación que aproveche fuentes renovables genere emisiones en los límites menos restrictivos de la normativa vigente. No sería el caso de las tecnologías que aprovechan la energía solar o la eólica sino por ejemplo las tecnologías de incineración de residuos. Así, una incineradora podría emitir el mismo nivel de contaminantes que una instalación de energía fósil, aun cuando el legislador indique que las primeras son ambientalmente sostenibles y por ello acreedoras de fomento. Es un contrasentido.

Y refiriéndonos a las emisiones. No es cierto que con los biocombustibles siempre se consiga una emisión neta de CO<sub>2</sub>, para saberlo, es necesario realizar un estudio al detalle del ciclo de vida por el que se aprovecha la energía renovable. Un típico ejemplo es el de los cultivos energéticos de los que se obtienen los biocarburantes, en estos cabría tener en cuenta que el carbono fijado durante la fotosíntesis es el mismo carbono liberado durante su combustión, siendo en este sentido un sistema neutro de CO<sub>2</sub>. También debe tenerse en cuenta las cantidades de CO<sub>2</sub> que han sido liberadas para obtener los fertilizantes usados en el cultivo, así como el liberado para su transporte si se usan combustibles fósiles, datos que luego se relacionarían con el CO<sub>2</sub> que dejó de emitirse por la sustitución de combustibles fósiles.

### III.3. Régimen económico de las renovables

Atendiendo a la situación fiscal de Colombia, nos recuerda ZAPATA *et al*, es muy poco probable la aplicación de subsidios directos para la promoción de energía no convencional. No es viable actualmente establecer como incentivo el pago preestablecido por parte del Estado a los generadores de energía a partir de renovables, siendo más factible, tal y como ocurre actualmente, establecer incentivos indirectos, por ejemplo a través de la reducción de impuestos o créditos blandos. Sería interesante explorar las medidas para establecer un sistema que sancione a las a las energías fósiles por los

daños medioambientales causados en lugar de subvencionar las energías renovables, aunque, en la realidad este mecanismo está lejos de ser adoptado (59).

La Ley de Energías Renovables prevé incentivos para la inversión en proyectos de FNCE en términos de renta, exención de IVA y exención del pago de los derechos arancelarios de importación. En cuanto a la renta esta Ley indica que los obligados a declarar que realicen inversiones en estas fuentes tendrán derecho a reducir anualmente de su renta, por los 5 años siguientes al año gravable en que hayan realizado la inversión, el cincuenta por ciento del valor total de la inversión realizada. En cuanto a la exención del IVA, los equipos, elementos, maquinaria y servicios nacionales o importados que se destinen a la preinversión e inversión, para la producción y utilización de energía a partir de las fuentes no convencionales, así como para la medición y evaluación de los potenciales recursos estarán excluidos del pago de este impuesto, así como el de pagar los Derechos Arancelarios de Importación. También se cobija a la generación de energía a partir de renovables con el régimen de depreciación acelerada en la que la tasa anual de depreciación será no mayor de veinte por ciento como tasa global anual (Arts. 11-14 Ley 1715/2014).

#### IV. Participación de las energías renovables en el mercado energético colombiano

Para el 2008, la capacidad instalada en el SIN era de 13.400 MW (60) con una potencia de 56.833 GWh/año, aproximadamente (61), siendo la generación hidráulica la que tiene una mayor participación con un 81,2%, seguido por las instalaciones térmicas a gas con un 9,9%, térmica a carbón con un 4,4%, 0,1% eólica y 4,4% autoproducidos (62). En este orden de ideas, las energías renovables tuvieron una participación del 1,4% del total de capacidad instalada con 192,4 MW conectados al SIN, de los cuales 146 MW se trató de aprovechamientos hidroeléctricos menores a 10

(59) ZAPATA, Carlos Mario, ZULUAGA, Mónica Marcela, et al. «Fuentes alternativas de generación de energía, incentivos y mandatos regulatorios: Una aproximación teórica al caso colombiano», en *Energética*, 2005, p. 61. Disponible en <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/energetica/articulo/viewFile/24043/24691>, «2 de diciembre de 2011».

(60) Consorcio Energético CORPOEMA. *Formulación de un Plan de Desarrollo para las Fuentes no Convencionales de Energía en Colombia (PDFNCE)*. Vol. 2. *Diagnóstico de las FNCE en Colombia...*, op. cit., p. 51. Hay datos que hablan de una cifra de 13.540 MW de capacidad instalada para el 2008 en Colombia. Ministerio de Minas y Energía y PRIAS, Omar. *Programa de Uso Racional y Eficiente de Energía y Fuentes no Convencionales-PROURE. Informe Plan de Acción 2010-2015...*, op. cit., p. 10.

(61) En términos de potencia instalada, el aporte de las energías renovables para la generación de electricidad en Colombia asciende a los 761 MW. De los que 268,22 MW provienen de ocho instalaciones térmicas, plantas de cogeneración, a partir de biomasa de ingenios. En las ZNI, el IPSE está apoyando varios sistemas demostrativos entre los que se cuenta una planta de procesamiento de residuos sólidos y generación con una capacidad de 1 MW en San Andrés. Consorcio Energético CORPOEMA. *Formulación de un Plan de Desarrollo para las Fuentes no Convencionales de Energía en Colombia (PDFNCE)*. Vol. 1..., op. cit., p. 72.

(62) Ministerio de Minas y Energía y PRIAS, Omar. *Programa de Uso Racional y Eficiente de Energía y Fuentes no Convencionales-PROURE. Informe Plan de Acción 2010-2015...*, op. cit., p. 20.

MW(63) (75,9%), 26,9 MW a partir de residuos de biomasa (14%) y 19,5 MW de eólica (10,1%) (64).

Por su parte, en las ZNI, las cuales ocupan el 66% del territorio nacional, la cobertura del servicio de energía eléctrica es del 34% (65) y su capacidad instalada representa cerca del 1% del total instalado en el país, con alrededor de 118 MW, 92% de los cuales aproximadamente son generados con plantas de diesel, es decir 108,5MW, y el 8% son generados por energías renovables principalmente PCH's, sistemas fotovoltaicos y generación con biomasa (66). En las ZNI los sistemas de generación eléctrica son a través de sistemas individuales o sistemas en mini-redes. La complementariedad es una vía para la participación de las renovables a través del uso de varios sistemas de generación o poligeneración integrados en un sistema híbrido (67).

Ya conocidas las cuotas actuales de participación de las energías renovables en la cesta energética nacional, pasamos a explicar una de las mayores barreras del mercado eléctrico para estas fuentes: el cargo por confiabilidad.

La formación de precios y los planes de expansión de generación de electricidad se fundamenta en el esquema de Cargo por Confiabilidad. El mercado de la electricidad se organiza en una Bolsa de Energía en donde se comercializa la electricidad generada por instalaciones de capacidad mayor a 20 MW. Estas instalaciones ofertan su disponibilidad horaria y precios por día, en esta oferta se reflejan sus costos variables y su percepción del riesgo. El Precio de Bolsa para cada hora lo establece la planta marginal requerida para el despacho. El Mercado Mayorista (68) incluye transacciones de Cargo por Confiabilidad, el cual es un mecanismo en el que se remunera la disponibilidad de activos de generación para suministrar electricidad en firme bajo condicio-

---

(63) *Ibidem*, p. 10.

(64) Consorcio Energético CORPOEMA. *Formulación de un Plan de Desarrollo para las Fuentes no Convencionales de Energía en Colombia (PDFNCE)*. Vol. 2. Diagnóstico de las FNCE en Colombia..., *op. cit.*, p. 50.

(65) Unidad de Planeación Minero Energética, UPME. *Plan Energético Nacional: Contexto y estrategias 2006-2025...*, *op. cit.*, p. 240.

(66) Ministerio de Minas y Energía y PRIAS, Omar. *Programa de Uso Racional y Eficiente de Energía y Fuentes no Convencionales-PROURE. Informe Plan de Acción 2010-2015...*, *op. cit.*, p. 12. y Consorcio Energético CORPOEMA. *Formulación de un Plan de Desarrollo para las Fuentes no Convencionales de Energía en Colombia (PDFNCE)*. Vol. 2. Diagnóstico de las FNCE en Colombia..., *op. cit.*, p. 51.

(67) Consorcio Energético CORPOEMA. *Formulación de un Plan de Desarrollo para las Fuentes no Convencionales de Energía en Colombia (PDFNCE)*. Vol. 3..., *op. cit.*, p. 73.

(68) El mercado mayorista es el mercado de grandes bloques de energía eléctrica en donde se comercializa energía y potencia en el SIN, el cual está sujeto al reglamento de operación, Ley 143/1994, Congreso de la República de Colombia. Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética, de 11 de julio de 1994, DO 41434 Disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1994/ley\\_0143\\_1994.html?bcsi\\_scan\\_AEF13F8F510EE8AE=0&bcsi\\_scan\\_filename=ley\\_0143\\_1994.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1994/ley_0143_1994.html?bcsi_scan_AEF13F8F510EE8AE=0&bcsi_scan_filename=ley_0143_1994.html), «12 de enero de 2012». La CREG lo ha definido el Mercado Mayorista como el «[c]onjunto de sistemas de intercambio de información entre generadores y comercializadores de grandes bloques de energía eléctrica en el sistema interconectado nacional, para realizar contratos sobre cantidades y precios definidos, con sujeción al Reglamento de Operación y demás normas aplicables». Resolución 86/1996, Comisión Regulación de Energía y Gas. Por la cual se reglamenta la actividad de generación con plantas menores de 20 MW que se encuentra conectado al Sistema Interconectado Nacional (SIN), de 15 de octubre de 1996, DO 42906, Art.1. Disponible en [http://www.creg.gov.co/html/compila/docs/resolucion\\_creg\\_0086\\_1996.htm](http://www.creg.gov.co/html/compila/docs/resolucion_creg_0086_1996.htm), «12 de enero de 2012».

nes críticas (69) y los contratos de largo plazo de naturaleza financiera. Las reglas comerciales difieren si se trata de plantas despachadas centralmente, es decir, de 20 MW o más, o se trata de plantas menores o se considera como cogeneración (70). Las instalaciones no despachadas centralmente y los cogeneradores no perciben ingresos por Cargo por Confiabilidad, pero tampoco son recaudadores del componente del Costo Equivalente Real de Energía, CERÉ (71). Bajo este esquema, las instalaciones en renovables que sean intermitentes se viabilizan con capacidades menores de 20 MW. El costo del servicio de electricidad y las tarifas al usuario final están establecidas por el costo eficiente en el que ha incurrido el prestador del servicio. En el SIN, el costo de generación es el resultado de las fuerzas del mercado y actualmente no se privilegia ninguna tecnología (72) ni siquiera si es a partir de renovables.

## V. Conclusión

A propósito de la entrada en vigencia de la Ley de Energías Renovables en Colombia (Ley 1715/2014), este artículo puso en evidencia la debilidad de los argumentos que sustentan esta norma y algunos contrasentidos del legislador en la promoción de estas fuentes respecto a su sostenibilidad ambiental. Si bien la Ley aprobada le otorga un impulso de alto rango jurídico a las energías renovables, además de constituir un avance de la política energética nacional hacia la tendencia mundial de incursionar en estas fuentes de energía, también es cierto que para que el fomento de las energías renovables en Colombia sea una realidad no solo formal, sino material, es indispensable que su desarrollo reglamentario otorgue los elementos necesarios para dar operatividad a las iniciativas de promoción de las renovables con la tarea de adecuarlo al contexto colombiano. Como se demostró, el argumento que más solidez ostenta el fomento de las energías renovables en Colombia es el de la mitigación y adaptación al cambio climático, que se traduciría en términos de seguridad en el abastecimiento energético, más que los otros dos argumentos utilizados por la Ley: reducción de GEI y desarrollo económico sostenible.

Por otra parte, no es posible afirmar que la Ley de Energías Renovables genere certidumbre y estabilidad a la incursión de estas fuentes en la cesta energética nacional. La Ley no establece objetivos vinculantes y los incentivos económicos propuestos son de carácter indirecto.

En cuanto a si la Ley de Energías Renovables permite superar las barreras jurídicas, económicas y de mercado a las que se encuentran sometidas estas fuentes de energía en Colombia, es prematuro indicar si esto se logra o no. Hace falta conocer el

(69) Un generador específico tiene que hacer efectivo su compromiso a las Obligaciones de Energía Firme OEF cuando el precio de bolsa supera el umbral del Precio de Escasez, éste es determinado en función de la generación menos eficiente del sistema. Luego, el Cargo por Confiabilidad es remunerado a través de la tarifa por el usuario. Unidad de Planeación Minero Energética, UPME. *Plan de Expansión de Referencia. Generación-Transmisión 2010-2024...*, op. cit., p. 63.

(70) Consorcio Energético CORPOEMA. *Formulación de un Plan de Desarrollo para las Fuentes no Convencionales de Energía en Colombia (PDFNCE). Vol. 1...*, op. cit., pp. 55 y 56.

(71) *Ibidem*, p. 56.

(72) *Ibidem*, p. 58.

desarrollo reglamentario de esta Ley y la respuesta social y de mercado a los mensajes que tal reglamentación ofrezca.

## VI. Bibliografía

### Normas jurídicas

- Departamento Nacional de Planeación, DNP. CONPES 3700. *Estrategia institucional para la articulación de políticas y acciones en materia de cambio climático en Colombia*, 2011. Disponible en <http://www.dnp.gov.co/LinkClick.aspx?fileticket=2yrDLdRTUKY%3d&tabid=1260>, «2 de octubre de 2011»
- CONPES 3453. *Esquemas de Gestión para la Prestación del Servicio de Energía Eléctrica en las Zonas No Interconectadas*, 2006. Disponible en <http://www.dnp.gov.co/Portals/0/archivos/documentos/Subdirección/Conpes/3453.pdf>, «23 de marzo de 2012».
- Derogada Resolución 180609/2006, Ministerio de Minas y Energía. Por la cual se definen los subprogramas que hacen parte del programa de Uso Racional y Eficiente de la Energía y demás formas de energía no convencionales, PROURE, y se adoptan otras disposiciones, de 26 de mayo de 2006, DO núm. 46.286. Disponible en [http://www.si3ea.gov.co/si3ea/Documentos/Ciure/Documentos/Juridico/RES\\_180609\\_MME\\_2006.pdf](http://www.si3ea.gov.co/si3ea/Documentos/Ciure/Documentos/Juridico/RES_180609_MME_2006.pdf), «28 de octubre de 2011».
- Ley 143/1994, Congreso de la República de Colombia. Por la cual se establece el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad en el territorio nacional, se conceden unas autorizaciones y se dictan otras disposiciones en materia energética, de 11 de julio de 1994, DO 41434. Disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1994/ley\\_0143\\_1994.html?bcsi\\_scan\\_AEF13F8F510EE8AE=0&bcsi\\_scan\\_filename=ley\\_0143\\_1994.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/1994/ley_0143_1994.html?bcsi_scan_AEF13F8F510EE8AE=0&bcsi_scan_filename=ley_0143_1994.html), «12 de enero de 2012».
- Ley 1450/2011, Congreso de la República de Colombia. Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014, de 16 de junio de 2011, DO núm. 48102. Disponible en [http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley\\_1450\\_2011.html#1](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley/2011/ley_1450_2011.html#1), «12 de enero de 2012».
- Ley 1665/2013, Congreso de la República de Colombia. Por medio de la cual se aprueba el «Estatuto de la Agencia Internacional de Energías Renovables (Irena)», hecho en Bonn, Alemania, el 26 de enero de 2009, de 16 de julio de 2013, DO núm. 48.853. Disponible en <http://basedoc.superservicios.gov.co/ark-legal/SSPD/details;jsessionid=EA97FB41EB971A25209F733958B8F624?docId=1b0f2b18-104d-48e1-8658-9afdaf83a674&channel=%2fLeyes%2fLeyes%2f2013&subEspacio=>, «18 de septiembre de 2014».
- Ley 1715/2014, Congreso de la República de Colombia. Por medio de la cual se regula la integración de las energías renovables no convencionales al sistema energético nacional, de 13 de mayo de 2014, DO núm. 49150. Disponible en <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=57353>, «17 de septiembre de 2014».
- Recomendación 2/2009, Consejo del Mercado Común. Directrices de Fuentes Renovables de Energía en el Ámbito del MERCOSUR, del 23 de julio de 2009, CMC —XXXVII— Ordinaria, Anexo III. Disponible en [http://www.mercosur.int/innovaportal/v/1480/1/secretaria/recomendaciones\\_2009](http://www.mercosur.int/innovaportal/v/1480/1/secretaria/recomendaciones_2009), «15 de febrero de 2012».
- Resolución 180919/2010, Ministerio de Minas y Energía. Por la cual se adopta el Plan de Acción Indicativo 2010-2015 para desarrollar el Programa de Uso Racional y Eficiente de la Energía y demás Formas de Energía No Convencionales, PROURE, se definen sus objetivos, subprogramas y se adoptan otras disposiciones al respecto, de 1 de junio de 2010, DO núm. 47728. Disponible en [http://www.minminas.gov.co/minminas/kernel/usuario\\_externo\\_normatividad/form\\_consultar\\_normas.jsp?parametro=2245&site=18](http://www.minminas.gov.co/minminas/kernel/usuario_externo_normatividad/form_consultar_normas.jsp?parametro=2245&site=18), «29 de octubre de 2011».





- PRIAS, Omar. *Consultoría para la Recopilación de Información, Definición de Lineamientos y Prioridades como Apoyo a la Formulación del PROURE*, 2009. Disponible en <http://www.minminas.gov.co/minminas/downloads/UserFiles/File/ENERGIA/URE/Informe%20lineamientos%20PROURE%202009.pdf>, «30 de octubre de 2011».
- Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente, PNUMA. *Iniciativa Latinoamericana y Caribeña para el Desarrollo Sostenible: Indicadores de Seguimiento Colombia 2007*, 2007. Disponible en [http://geodatos.org/geodatos/ILAC/PUBLICACIONES/ES/informe%20de%20pais%201819\\_INDICADOR\\_ILAC.pdf](http://geodatos.org/geodatos/ILAC/PUBLICACIONES/ES/informe%20de%20pais%201819_INDICADOR_ILAC.pdf), «15 de febrero de 2012».
- Unidad de Planeación Minero Energética, UPME. «Entorno energético en Colombia», en *Revista Javeriana. Energía paradojas y futuro*, núm. 761, 2010, pp. 14-21.
- , *Plan de Expansión de Referencia. Generación – Transmisión 2010-2024*, 2010. Disponible en [http://www.upme.gov.co/Docs/Plan\\_Expansion/2010/Plan\\_Expansion\\_2010-2024\\_Definitivo.pdf](http://www.upme.gov.co/Docs/Plan_Expansion/2010/Plan_Expansion_2010-2024_Definitivo.pdf), «8 de marzo de 2012».
- , *Balances Energéticos 1975-2006*, 2007. Disponible en [http://www.upme.gov.co/Docs/balance\\_energetico\\_2006.pdf](http://www.upme.gov.co/Docs/balance_energetico_2006.pdf), «15 de febrero de 2012».
- Unidad de Planeación Minero Energética, UPME. *Plan Energético Nacional: Contexto y estrategias 2006-2025*, 2006. Disponible en [http://www.upme.gov.co/Docs/PLAN\\_ENERGETICO\\_NACIONAL\\_2007.pdf](http://www.upme.gov.co/Docs/PLAN_ENERGETICO_NACIONAL_2007.pdf), «5 de octubre de 2011».
- Unión temporal Universidad Nacional y Fundación Bariloche Política Energética. *Análisis y Revisión de los Objetivos de Política Energética Colombiana de Largo Plazo y Actualización de sus Estrategias de Desarrollo, PEN 2010-2030 Informe Final*, 2010. Disponible en <http://www.upme.gov.co/Docs/PEN/PEN%202010%20VERSION%20FINAL.pdf>, «27 de octubre de 2011».
- World Bank, Vergara, Walter, Deeb, Alejandro, Toba, Natsuko, Cramton, Peter y Leino, Irene. *Wind Energy in Colombia a Framework for Market Entry*, 2010. Disponible en [http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2010/07/23/000334955\\_20100723054756/Rendered/PDF/558420PUB0wind1IC0dislosed071221101.pdf](http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2010/07/23/000334955_20100723054756/Rendered/PDF/558420PUB0wind1IC0dislosed071221101.pdf), «20 de abril de 2011».
- ZAPATA, Carlos Mario, ZULUAGA, Mónica Marcela, *et al.* «Fuentes alternativas de generación de energía, incentivos y mandatos regulatorios: Una aproximación teórica al caso colombiano», en *Energética*, 2005, pp. 55-63. Disponible en <http://www.revistas.unal.edu.co/index.php/energetica/article/viewFile/24043/24691>, «2 de diciembre de 2011».

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Energia Berriztagarriei buruzko 1715/2014 Lege onartu berria dela eta, artikulu honetan aipatzen da energia-iturri horiek sustatzeko alferrikako zenbat ahalegin egin diren Kolonbian azken hogeitun urteotan, eta agerian jartzen da berriztagarriak sustatzeko gaur egungo argudioen ahultasuna, eta legegilearen eta Gobernu Nazionalaren kontraesanak arlo horretan. Ez dago esaterik arautegi horrek energia berriztagarriak sartzeko ziurtasuna eta egonkortasuna sortzen duenik energiaren otarrean, ez baitu finkatzen helburu loteslerik, eta proposatutako diru-pizgarriak zeharkakoak dira. Arautegi horren garapenerari itxaron behar zaio.

**HITZ GAKOAK:** Energia berriztagarriak. Ingurumenaren jasangarritasuna. Energia-plan-gintza. Energia-politika.

**RESUMEN:** A propósito de la recientemente aprobada Ley de Energías Renovables (Ley 1715/2014), este artículo hace un recuento de los intentos fallidos de fomentar estas fuentes de energía en los últimos veinte años en Colombia, también se evidencia la debilidad de los argumentos que hoy sustentan la promoción de las renovables y las contradicciones del legislador y el Gobierno Nacional en esta materia. No es posible afirmar que la norma aludida genere certidumbre y estabilidad a la incursión de las energías renovables en la cesta energética nacional ya que no establece objetivos vinculantes y los incentivos económicos propuestos son de carácter indirecto. Aún queda por esperar el desarrollo reglamentario de esta norma.

**PALABRAS CLAVE:** Energías renovables. Sostenibilidad ambiental. Planificación energética. Política energética.

**ABSTRACT:** Concerning the recently enacted Act on Renewable Energies (Act 1715/2014), this article counts the unsuccessful attempts to promote these power sources during last twenty years in Colombia, it is also shown the weakness of the arguments that sustain the promotion of renewables and the contradictions of the legislator and the national government in this area. It cannot be stated that the aforementioned norm creates certainty and stability to the incursion of the renewable energies in the national energy mix since it does not establish binding objectives and the proposed economic incentives are indirect. It remains to wait for a regulatory development of this norm.

**KEYWORDS:** Renewable energies. Environmental sustainability. Energy planning. Energy policy

# El permiso de explotación de la central nuclear de Garoña y su continua incertidumbre a la luz del ordenamiento jurídico nuclear español

Ángel Ruiz de Apodaca Espinosa

*A Demetrio Loperena Rota le debo agradecimiento. En su día aceptó formar parte del tribunal que enjuició mi tesis doctoral en la Universidad de Navarra, en la que él también se formó. De aquel Tribunal también formó parte D. Ramón Martín Mateo, al que también perdimos este pasado curso académico 2013-14, habiendo quedado huérfanos los iusambientalistas españoles.*

*Gracias a una de las posteriores invitaciones de Demetrio a la Universidad del País Vasco, debo mi interés por el régimen jurídico nuclear y en particular por el de las instalaciones de generación de energía a partir de esta fuente.*

*Iniciado el verano de 2009, cuatro días antes de que se dictase la orden ministerial que prorrogaba el permiso de explotación de la central nuclear de Santa M.<sup>a</sup> de Garoña, participé en el Seminario de Conflicto ambiental al que Demetrio nuevamente me había invitado meses antes animándome a participar. Recuerdo nuestra conversación y cómo me insistió con su estilo directo en que era un tema que debía abordar.*

*De esto hace más de cinco años y ni Demetrio ni yo podíamos siquiera prever, todo lo que ha acontecido posteriormente en el ámbito del Derecho nuclear a nivel internacional, comunitario y también de nuestra legislación estatal, todo ello impulsado por el incidente de Fukushima y también por los cambios políticos.*

**Sumario:** I. Introducción. I.1. El Derecho nuclear y su opción. I.2. La reciente renovación del ordenamiento jurídico nuclear a nivel europeo y estatal.— II. El caso de la central nuclear de Garoña y su permiso de explotación. II.1. Antecedentes. II.2. Devenir reciente tras el cambio político de diciembre de 2011. II.2.1. La Orden Ministerial IET/1453/2012, de 29 de junio. II.2.2 La Ley 15/2012, de sostenibilidad energética y su efecto inesperado por el Gobierno. II.2.3. Cese de actividad por motivos económicos de elusión tributaria, posterior Orden Ministerial IET 1302/2013 y sus consecuencias sancionadoras para Nuclenor. II.2.4. La modificación del artículo 28 del Reglamento de Instalaciones Nucleares y Radiactivas. «Traje a medida» para la central nuclear de Santa M.<sup>a</sup> de Garoña. II.3. La nueva solicitud de ¿renovación? del permiso de explotación. II.3.1. La Instrucción Técnica Complementaria sobre la nueva solicitud y el debate en el seno del CSN. II.3.2. El cuestionamiento de la nueva solicitud ante instancias comunitarias. II.3.3. La oposición política de la CAPV.—III. La autorización de explotación. Procedimiento y requisitos a tener en cuenta en

este caso. III.1. Concepto y previsión normativa. III.2. Algunas cuestiones relevantes en relación al procedimiento de autorización iniciado. III.2.1. La cuestión de los 17 años de vigencia del nuevo permiso de explotación solicitado. III.2.2. La cuestión de los 60 años de funcionamiento de la central nuclear en 2031. III.2.3. Cuestiones procedimentales. A) El Informe del Consejo de Seguridad Nuclear. B) Necesaria evaluación ambiental. C) Necesaria participación pública en el procedimiento de renovación iniciado. III.2.4. Cuestión de fondo. El permiso de explotación como acto autorizatorio de naturaleza reglada o discrecional tras el posible informe favorable del CSN.—IV. Conclusión.

## I. Introducción

En 2009, el Gobierno anterior decidió otorgar una prórroga al permiso de explotación de la central de Garoña hasta 2013 pese al informe favorable del Consejo de Seguridad Nuclear en el sentido de prorrogarla hasta 2019. Esta decisión recurrida por todos, fue resuelta por la sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional mediante sentencia de 30 de junio de 2011. Con el cambio de Gobierno, todo parecía indicar que seguiría en funcionamiento hasta 2019, pero las nuevas exigencias del CSN y sobre todo la Ley 15/2012, que grava la generación de residuos de alta actividad pusieron fin momentáneo al funcionamiento de la central de Garoña. Una nueva solicitud de la empresa titular de la central de renovación de su permiso de explotación hasta 2031, ha vuelto a poner de actualidad el debate político, social y también jurídico sobre esta fuente de energía.

También en 2009, el Gobierno anterior abrió el procedimiento selectivo del emplazamiento del Almacén Temporal Centralizado (ATC) de residuos radiactivos de alta actividad y combustible gastado. Un procedimiento no exento de polémica y sobre el que también tuvo que pronunciarse la sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional mediante sentencia de 1 de febrero de 2012, casi en paralelo a la decisión del Gobierno actual de 30 de diciembre de 2011, de decidir ubicar el citado almacén en Villar de Cañas, provincia de Cuenca. Sendas sentencias recientes del Tribunal Supremo han vuelto sobre este asunto, ambas de 28 de octubre de 2013, una desestimando el recurso contra el acuerdo del Consejo de Ministros relativo al emplazamiento y la otra desestimando el recurso de casación contra la SAN de 1 de febrero de 2012, antes citada.

Todo este debate nacional sobre la energía nuclear y la gestión de sus residuos, se ha producido en el marco de un replanteamiento internacional y europeo como consecuencia del accidente de la central nuclear de Fukushima en 2011 (1), que ha determinado a algunos estados a abandonar definitivamente esta fuente de energía como el caso de Alemania. A su vez, este suceso ha supuesto la elaboración de nuevas normas, de nuevas pruebas denominadas de estrés para todas las centrales en aras a alcanzar un imposible, el riesgo cero.

En esta aceleración de acontecimientos y de decisiones políticas, el Derecho nuclear ha experimentado una evolución no antes conocida así como la percepción so-

---

(1) El incidente derivado del terremoto y posterior tsunami en Japón sobre la central nuclear de Fukushima calificado con un nivel 7 en la escala INES, ha supuesto una vuelta más de tuerca sobre la cuestión de la energía nuclear en un momento en que parecía surgir una nueva apuesta por ella. Ya se habla claramente del «efecto Fukushima» en el replanteamiento de la política nuclear de todos los Estados.

cial y política de la energía nuclear, dando lugar a lo que se ha dado en llamar «efecto Fukushima» que en Europa ha generado un auténtico «divorcio nuclear europeo» (2).

España cuenta en la actualidad con un parque de cinco centrales nucleares (7 reactores) en operación, con una potencia instalada de 7268 MW que durante 2013 según datos de Red Eléctrica aportó el 21,2% de la energía eléctrica consumida en España.

Tras la denominada moratoria nuclear de los años ochenta, confirmada mediante la Ley 40/1994, de sistema eléctrico nacional, se produjo la extinción de las autorizaciones otorgadas en España, no habiéndose proyectado ninguna nueva central nuclear, si bien el artículo 2.1 de la reciente LSE 21/2013, al igual que preveía la ahora derogada LSE 54/1997, reconoce «la libre iniciativa empresarial para el ejercicio de las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica reguladas en la presente ley sin perjuicio de las limitaciones que se pudieron establecer para las actividades que tengan carácter de monopolio natural».

Abordo nuevamente cuestiones relacionadas con la energía nuclear a las que ya me he referido en los últimos años y sobre los que la evolución de los acontecimientos, las nuevas normas, las nuevas derivas políticas y las nuevas decisiones hacen que siga de plena actualidad (3).

### I.1. El Derecho Nuclear y su opción

El Derecho actual no impone ninguna de las opciones energéticas en liza, la decisión sobre la energía nuclear es puramente política, los poderes públicos gozan de entera libertad para configurar la política nuclear que estimen más conveniente en

---

(2) Así lo califica CODERCH COLLELL, M. «La imprudencia temeraria nuclear», *El futuro de la energía nuclear en España, Perspectivas (no solo) jurídicas*, (DOMÉNECH PASCUAL, G. Director), Tirant lo Blanch, 2013, pp.51-53. Alemania ha fijado 2022 como fecha límite para decir definitivamente adiós a esta forma de generación de energía y Bélgica en 2015 parará sus siete reactores nucleares en funcionamiento. En Italia un nuevo referéndum celebrado en junio de 2011 sobre derogación de las nuevas normas que permitían la producción de energía nuclear ha supuesto el abandono de cualquier posibilidad de vuelta a la energía nuclear en el país transalpino. Otros países como Luxemburgo, Dinamarca, Noruega, Austria ya rechazaban la energía nuclear. En sentido contrario, el Reino Unido prevé construir nuevos reactores nucleares a través de su *Nuclear Policy Statement*. Polonia, Bulgaria, Eslovaquia, Rumania y Lituania también tienen planes de construcción en distinto grado de desarrollo y en Finlandia se ha concluido la construcción de una nueva central.

(3) Sobre esta y otras cuestiones relacionadas con el Derecho nuclear me he ocupado de manera similar con anterioridad en RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., «Régimen jurídico de los residuos nucleares», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 16, 2009; «Gobernanza y Riesgo Ambiental en los procedimientos autorizatorios de instalaciones nucleares», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010; «Régimen de la energía nuclear a la luz del Derecho Comunitario: competencia, seguridad, aceptación y perspectivas», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 322, 2011; «Nuevas perspectivas del Derecho Nuclear en España y en Europa» *Revista electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm.9, 2011; «Los derechos de los ciudadanos ante las decisiones públicas de riesgo: el caso de la energía nuclear» en *Persona, Tolerancia y Libertad: Estudios jurídicos*, UDC, 2011; «Transparencia en los procedimientos administrativos relativos a instalaciones nucleares», *Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, 2011; «El marco jurídico actual de la energía nuclear en España», dentro de la obra colectiva *El futuro de la energía nuclear en España, Perspectivas (no solo) jurídicas*, (DOMÉNECH PASCUAL, G. Director), Tirant lo Blanch, 2013; «La reciente evolución del ordenamiento nuclear español» en *La responsabilidad por daños nucleares o radiactivos. Comentarios a la Ley 12/2011, de 27 de mayo*, (RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. Director), Aranzadi, 2013.

cada momento. Como señala Santamaría Arinas(4), el Derecho juega un papel secundario e instrumental aunque a mi juicio fundamental una vez adoptada la previa decisión sobre todo a efectos de idoneidad de la ubicación y, sobre todo, exigencia de seguridad y responsabilidad. El Derecho, por tanto, condiciona muy poco las grandes decisiones de política nuclear. Sin embargo, la asunción del riesgo nuclear sí condiciona el Derecho y en particular el Derecho Administrativo lo que contribuye a explicar algunas de las transformaciones que esta rama del Derecho viene experimentando en los últimos tiempos y que principalmente ha puesto de manifiesto el profesor Esteve Pardo(5).

Adelanto ya que el régimen jurídico de la energía nuclear es un régimen de gestión de riesgos. Ante esta situación la decisión sobre tal asunción es política, es previa y se debe plasmar en la respectiva legislación en la que se establecerá qué riesgos son o no asumibles por una determinada comunidad política. La decisión sobre una determinada instalación nuclear se basará en opciones, en la necesaria ponderación de riesgos, tanto la decisión primaria o política, como la ulterior de carácter jurídico re- sidenciada en un procedimiento autorizador de gestión del riesgo(6).

No es objeto de este trabajo abordar el régimen jurídico de la energía nuclear, de claro derecho público-administrativo(7), pero sí algunos de los aspectos relacionados con el procedimiento administrativo de renovación de los permisos de explotación y más concretamente centrado en la central de Santa M.<sup>a</sup> de Garoña, ubicada en el Valle de Tobalina, en la provincia de Burgos.

Lo que persigue el Derecho Nuclear es el control de los riesgos derivados de esta forma de generación de energía. Estamos ante unos riesgos inaccesibles al conocimiento medio, por lo que en muchas ocasiones los poderes públicos se ven obligados a trasladar a los expertos en la materia los poderes decisorios sobre qué riesgos sean asumibles y cuales no(8). Evidentemente, cuanto mayores son los riesgos y los beneficios de una actividad determinada, más elaborado deberá ser el marco legal y la estructura administrativa que regule su actuación.

Como señalaba Demetrio Loperena, refiriéndose al principio de precaución, es el poder público quien tiene que intervenir «para determinar donde se ubica el fiel de la

---

(4) SANTAMARÍA ARINAS, R.J. «La reaparición del debate nuclear y el Derecho», *Derecho y Política en la Sociedad de Riesgo* (SAN MARTÍN SEGURA, D. y SUSÍN BETRÁN, R., Coords.), Universidad de La Rioja, 2009, p.108.

(5) ESTEVE PARDO, J., *Técnica, Riesgo y Derecho. Tratamiento del riesgo tecnológico en el Derecho ambiental*, Ariel, Barcelona, 1999.

(6) RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. «Gobernanza y riesgo ambiental en los procedimientos autorizatorios de instalaciones nucleares», *Revista General de Derecho Administrativo* núm. 25, 2010.

(7) Sobre el régimen jurídico de la energía nuclear, es necesario destacar los siguientes estudios, algunos muy tempranos pero actuales en sus consideraciones como los de MARTÍN-RETORTILLO, L. *Energía nuclear y Derecho: problemas jurídico-administrativos*, IEP, Madrid, 1964; TOCINO BISCAROLASAGA, I. *Riesgo y daño nuclear de las centrales nucleares*, JEN, Madrid, 1975; y más recientemente AYLLÓN DÍAZ-GONZÁLEZ, J.M. *Derecho Nuclear*, Comares, Granada, 1999; BARCELÓ, A. *Instalaciones nucleares, autorización y conflicto*, Ariel, Barcelona, 2002; MORALES PLAZA, A. «El marco regulatorio de la energía nuclear» en *Tratado de la regulación del sector eléctrico* Tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2009; y BELLO PAREDES, S.A. «Las autorizaciones administrativas en el ámbito de la energía nuclear: a vueltas con el tema del futuro de la central nuclear de Santa M.<sup>a</sup> Garoña», *Actualidad Administrativa*, núm. 19, 2009; *Las claves del debate nuclear*, Aranzadi, 2013.

(8) Cfr. VILLARINO SAMALEA, G. «Derecho, residuos radiactivos y medio ambiente», *Documentación Administrativa*, núm. 256, 2000, p.210.

balanza, asumiendo riesgos políticos descomunales ya que en ocasiones se ha demostrado que lo calificado oficialmente como inocuo no lo es tanto» (9).

No obstante, el recurso al principio de precaución a cualquier coste para evitar incluso el peligro remoto en cualquier circunstancia llevaría a la paralización del desarrollo y el progreso humano (10). Ahora bien hay que saber ponderar no ya solo los riesgos y sus probabilidades de materializarse, sino también valorar cuáles pueden ser las funestas consecuencias en caso de que ese remoto riesgo se materialice en un resultado dañoso de consecuencias catastróficas e imprevisibles. El caso de la central de Fukushima ha puesto de manifiesto que lo impensable puede acabar sucediendo.

Una vez más no encontramos ante una situación de análisis de riesgo en el que ponderar la necesidad y beneficios de la generación de energía por un lado, y por otro los riesgos que de ello se derivan y en qué medida una sociedad desarrollada e informada está dispuesta a asumir (11).

Para muchos en esta ponderación, las no demostradas ventajas de la energía nuclear son incapaces de compensar los riesgos que conllevan para la población.

Por todo ello, es absolutamente necesaria la información y la transparencia por parte de los gobiernos, de los organismos reguladores y de las propias empresas sobre las ventajas e inconvenientes de la energía nuclear (12). Por una parte podrían colocarse como ventajas evidentes las de ser una fuente barata de generación de energía (13), la existencia de reservas de uranio y el ser una forma de generación de energía con escasa emisión de gases de efecto invernadero lo que puede coadyuvar a lograr el objetivo fijado por la Unión Europea de reducir un 20% las emisiones. El aliciente de la energía nuclear es el cambio climático, la falta de seguridad en el suministro eléctrico y la variabilidad de los precios. Más en estados en los que como España la dependencia energética es casi total.

---

(9) LOPERENA ROTA, D. «El Servicio Público Ambiental», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 57, 2000, p. 105.

(10) Sobre el principio de precaución en la doctrina española, por todos, CIERCO SEIRA, C. «El principio de precaución: Reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español», *RAP* núm. 163, 2004; EMBID TELLO, A. *Precaución y Derecho. El caso de los campos electromagnéticos*, Iustel, Madrid, 2010.

(11) En el ámbito del Derecho Administrativo en relación con la ponderación de intereses y, porqué no decirlo, también de riesgos en las decisiones que tomas las diferentes Administraciones Públicas en estos ámbitos, merecen destacarse como guía ORTEGA, L. y DE LA SIERRA, S. (Coords.) *Ponderación y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009; y antes RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M. *La ponderación de bienes y derechos en el Derecho administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

(12) Sobre las ventajas de la energía nuclear pueden consultarse los interesantes libros de GÓMEZ CADENAS, J.J. *El ecologista nuclear*, Espasa, Barcelona, 2009; LOZANO LEYVA, M. *Nucleares, ¿por qué no?*, Debate, Barcelona, 2009. En sentido contrario CALDICOTT, H. *Nuclear power is not the answer*, New York, News Press, 2006 y CODERCH, M. y ALMIRÓN, N. *El espejismo nuclear, por qué la energía nuclear no es la solución sino parte del problema*, Los Libros del Lince, Barcelona, 2008.

(13) Algo también puesto en duda ya que sin duda uno de los aspectos que determinan la toma de decisiones además de la seguridad de suministro y la seguridad de las instalaciones, es el coste derivado de la apuesta por una determinada forma de generación de energía. Los costes son de inversión, de capital empleado, del combustible nuclear (variable), costes de operación, costes de desmantelamiento, coste de tratamiento y almacenamiento del combustible gastado.

Entre los inconvenientes, el evidente rechazo que genera la energía nuclear entre los ciudadanos por su riesgo (14), la gestión de los residuos nucleares que permanecen activos durante cientos o miles de años, peligroso legado para las generaciones venideras (15), y la gestión del desmantelamiento de las centrales nucleares al final de su vida útil (16), o que de apostarse decididamente por ella «todos, públicos y privados, se lanzarían a la carrera de enriquecer uranio, lo cual sí está aceptado como peligro internacional» (17).

## I.2. La reciente renovación del ordenamiento jurídico nuclear a nivel europeo y estatal

Debido a los acontecimientos citados y al hecho de ser una materia que no es ajena a los vaivenes políticos y a la percepción del riesgo por nuestra sociedad, la normativa en materia de instalaciones nucleares ha experimentado numerosas modificaciones en estos dos últimos años.

A esta renovación del régimen jurídico nuclear han contribuido las Directivas comunitarias (18). En primer lugar la Directiva 2009/71/Euratom, del Consejo de 25 de junio, por la que se establece un marco comunitario para la seguridad nuclear de las instalaciones nucleares, (19) para mantener y promover la mejora continua de la seguridad nuclear, garantizando que los Estados miembros adopten disposiciones nacionales adecuadas para un alto nivel de seguridad nuclear, modificada tras el accidente de Fukushima por la Directiva 2014/87/Euratom, a la que nos referiremos más adelante. Por otro lado, la Directiva 2011/70/Euratom, de 19 de julio, relativa a los residuos radiactivos y combustible gastado, que refuerza el principio de responsabilidad nacional y evidentemente el principio de responsabilidad primordial del titular de la licencia para la seguridad de la gestión del combustible nuclear gastado.

(14) En España, según el estudio epidemiológico (1975-2003) realizado por el CSN y el Instituto de Salud Carlos III, sobre 1000 municipios y ocho millones de personas en un radio de treinta kilómetros respecto de las instalaciones nucleares existentes en España, éstas no entrañan riesgo alguno para la salud de las personas desde el punto de vista de las radiaciones emitidas. Según los autores del informe, éste ha sido realizado con transparencia e independencia y los resultados arrojan la ausencia de evidencias de riesgo para la salud de las personas por la actividad de estas instalaciones.

(15) Sobre esta cuestión me he referido en RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. «Régimen jurídico de los residuos radiactivos» *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 17, 2009.

(16) En cuanto a la crítica a la energía nuclear, a sus riesgos y posibles consecuencias CALDICOTT, H. *Nuclear power is not the answer*, 2006.

(17) LOPERENA ROTA, D. «Las oportunidades de la crisis», en «Medio ambiente, desarrollo y cooperación internacional» PERNAS GARCÍA, J. (coord.), Aranzadi, 2010, p. 20.

(18) Sobre este particular me ocupé en RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. «Régimen de la energía nuclear a la luz del Derecho comunitario: competencia, seguridad, aceptación y perspectivas», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 322, pp.47-59.

(19) Sobre esta Directiva, entre otros, TROMANS, S. *Nuclear Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010, pp.72-74; GARRIBBA, M.; CHIRTES, A.; NAUDUZAITE, M., «The Directive establishing a community Framework for the nuclear safety of nuclear instalations: The EU approach to nuclear safety», *Nuclear Law Bulletin*, núm. 84, 2009, pp.24-32; POULEUR, Y. y KRS, P., «The momentum of the European Directive on Nuclear Safety», *Nuclear Law Bulletin*, núm. 85, 2010, pp.5-31.



En España, además de los requisitos adicionales de los «*stress test*» posteriores a Fukushima que han obligado a adoptar nuevas instrucciones al CSN, el proceso de renovación de las autorizaciones de explotación de las centrales nucleares, el compromiso político del Gobierno en relación con la energía nuclear y la permanente búsqueda de garantías económicas, de suministro y de seguridad han puesto sobre la mesa en los últimos años varias propuestas y ahora realidades de modificación normativa en materia nuclear. Entre ellas, la Ley 2/2011, de economía sostenible, criticada por parte de la doctrina por su deficiente técnica legislativa (20), introdujo importantes referencias a la legislación nuclear al hilo de la planificación energética; la Ley 8/2011, de infraestructuras críticas; la Ley 12/2011, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos (21); el Real Decreto 1308/2011, sobre protección física de instalaciones y materiales nucleares; la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética y el Real Decreto 102/2014, para la gestión responsable y segura del combustible nuclear gastado y los residuos radiactivos. Estas normas citadas han operado además diversas modificaciones de la Ley de Energía Nuclear de 1964 y del Reglamento de Instalaciones Nucleares y Radiactivas de 1999.

Estas modificaciones derivan en unos casos de la inmediata transposición de las Directivas citadas, de exigencias de transparencia e información y en otros de Acuerdos y Tratados internacionales.

## II. El caso de la central nuclear de Garoña y su permiso de explotación

### II.1. Antecedentes

La central nuclear de Santa M.<sup>a</sup> de Garoña, que cuenta con una potencia instalada de 460 MW obtuvo su primer permiso provisional de explotación el 30 de octubre de 1970 y comenzó su funcionamiento en 1971 siendo en la actualidad la más antigua de España, si bien es cierto que en Estados Unidos hay reactores similares en funcionamiento con licencia de explotación de hasta 60 años.

La titularidad de la central corresponde a Nuclenor, participada por Iberdrola (50%) y Endesa (50%).

La Central vino funcionando con permisos de explotación y prórrogas anuales de la autorización de explotación provisional hasta el año 1999. En este año, mediante Orden de 5 de julio de 1999, fue otorgada la renovación del permiso de explotación por diez años, con la posibilidad de renovación por otros diez, a solicitud de su titular.

Formulada dicha solicitud con la antelación de tres años prevista en la Orden de 5 de julio de 1999, y previos informes del Consejo de Seguridad Nuclear de fechas 5 de junio de 2009 y 24 de junio de 2009, se publicó la Orden ITC1785/2009, de 3 de julio, por la

---

(20) Sobre la denominada «*Better Regulation*», de inexcusable y recomendable lectura BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Mejorar la regulación. Una guía de razones y medios*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2009.

(21) Sobre esta Ley véase, *La responsabilidad por daños nucleares o radiactivos. Comentario a la Ley 12/2011, de 27 de mayo*, (RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. Director) Aranzadi, 2013. Sobre la responsabilidad ante el riesgo nuclear, EZEIZABARRENA SÁENZ, X. «Responsabilidad civil ambiental y energía nuclear», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 20, 2011.

que se dispuso como fecha de cese definitivo de explotación de la central nuclear de Garoña el 6 de julio de 2013, otorgando a la empresa Nuclenor la renovación de la autorización de explotación de la central nuclear, hasta tal fecha.

A partir de esta Orden, el régimen jurídico nuclear y los permisos de explotación y control de las centrales nucleares en España han sido objeto de debate y de actualidad constante. Esta Orden judicializó el Derecho nuclear dando lugar a ulteriores recursos tanto de Nuclenor como de organizaciones ecologistas ante la sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional que se fueron desestimados mediante sentencia de 30 de junio de 2011, si bien con anterioridad al hilo del permiso de explotación de 1999 también hubo recursos contra la concesión de tal permiso que dieron lugar a la sentencia de la Audiencia Nacional de 18 de enero de 2001. A ambas sentencias haremos referencia más adelante.

## II.2. Devenir reciente tras el cambio político de diciembre de 2011

Como ya se ha señalado, la decisión política condiciona el Derecho nuclear de manera clara y determinante. Es evidente que la energía requiere planificación, que la planificación indicativa es la que determina las inversiones de la patronal energética, y para que estas inversiones se produzcan es necesario asimismo un marco legal estable, regulatorio, fiscal y de apuesta clara por un determinado mix energético. Lo que ha acontecido en España en los últimos años es precisamente ejemplo de lo que no debe ser, tanto en el ámbito de las renovables y su recorte como incluso en el ámbito de la generación de energía a través de fuentes nucleares.

La política condiciona el Derecho nuclear pero no debe suponer la inexistencia de un marco legal estable en un sentido o en otro, ni la continua modificación de las normas para posibilitar o imposibilitar que una determinada explotación salga adelante o no. De ser así, estaríamos en un continuo mundo de leyes o reglamentos singulares que pueden repugnar desde la seguridad jurídica o el propio principio de legalidad.

El caso de Garoña es un claro ejemplo de lo descrito con las numerosas modificaciones normativas realizadas *ad hoc* en los últimos meses por parte del Gobierno, que han culminado con la reciente modificación del artículo 28.1 del Reglamento de Instalaciones Nucleares y Radiactivas (RINR).

### II.2.1. LA ORDEN MINISTERIAL IET/1453/2012, DE 29 DE JUNIO

Tras el cambio de gobierno estatal resultante de las elecciones de noviembre de 2011, a resultas de una consulta del Gobierno, el CSN en su pleno extraordinario de 17 de febrero de 2012, informó que no veía impedimento alguno respecto a la posibilidad de que el Gobierno modificase la orden ministerial de 2009, revisándose nuevamente las condiciones de seguridad caso de que la Central de Garoña quisiera proseguir su funcionamiento más allá de 2013.

Consecuencia de ello, se aprobó en 2012 la Orden ministerial IET/1453/2012, de 29 de junio que estableció la posibilidad de que, con anterioridad al 6 de septiembre de 2012, Nuclenor pudiera solicitar una renovación de la autorización de explotación por un nuevo periodo no superior a seis años, estableciéndose determinados requisi-

tos que debería cumplir tal solicitud relativos a la actualización y garantía del cumplimiento de las condiciones de seguridad de la central.

Esta Orden ministerial claramente tenía por finalidad, que Nuclenor solicitase e implementase las medidas necesarias que en su día exigió el CSN para poder continuar en explotación hasta 2019.

Nuclenor no formuló solicitud de renovación alguna con base en la citada Orden en la fecha límite prevista tras habersele denegado desde el Ministerio prórrogas a ese plazo en dos ocasiones.

Aun así, la citada Orden fue recurrida ante la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, dando lugar a sendas sentencias desestimatorias del recurso. En concreto la SAN de 29 de enero de 2014, cuyo recurrente fue nada menos que el Ayuntamiento de Zaragoza (22) y la SAN de 5 de febrero habiendo sido recurrente la ONG ecologista *Greenpeace*.

En ambas sentencias la Audiencia Nacional no entra en el fondo del asunto ni en estimar o desestimar las pretensiones de los recurrentes basadas en la falta de motivación de la Orden recurrida, la improcedencia del procedimiento o en la omisión del trámite de información y participación públicas. Ambas sentencias resultan desestimatorias por la pérdida sobrevenida del objeto del recurso con base en la posterior Orden ministerial IET/1302/2013, de 5 de julio, por la que se declara el cese definitivo de la explotación de la central nuclear, al haber denegado el Ministerio la solicitud de Nuclenor de ampliación de plazo para la solicitud de renovación y no haberla realizado.

## II.2.2. LA LEY 15/2012, DE SOSTENIBILIDAD ENERGÉTICA Y SU EFECTO INESPERADO POR EL GOBIERNO

En diciembre de 2012, se produce la aprobación de la Ley 15/2012, ley tributaria con una finalidad marcadamente recaudatoria que conllevó un resultado no querido por el legislador, la parada de funcionamiento de la central nuclear de Garoña.

Esta ley crea dos nuevos impuestos a nivel estatal, por un lado el impuesto sobre la producción de combustible nuclear gastado y residuos radiactivos resultantes de la generación de energía nuclear, y por otro el impuesto sobre la actividad de almacenamiento de tales residuos en instalaciones centralizadas. Se grava por un lado su generación y por otro su almacenamiento centralizado.

A la vista de la inminente entrada en vigor de la Ley, el 17 de diciembre de 2012, Nuclenor procedió a efectuar la parada efectiva de la central e iniciar el proceso de descarga del combustible del reactor a la piscina de almacenamiento. Esta parada no estaba prevista ni por razones de seguridad, ni de recarga. El 28 de diciembre de 2012, Nuclenor, comunicó al MINER su decisión de proceder al cese definitivo de la

---

(22) El Abogado del Estado planteó la excepción de falta de legitimación en la que tampoco entra la Audiencia Nacional. El recurrente, Ayuntamiento de Zaragoza, justifica su legitimación en los riesgos y consecuencias que entrañaría un posible accidente, un atentado terrorista o un simple terremoto en la central para todo el Valle del Ebro y, en especial para grandes poblaciones como Zaragoza.

Es de esperar, digo yo, que el Ayuntamiento de Zaragoza impugne las sucesivas órdenes de prórroga de los permisos de explotación de las centrales nucleares de Ascó y Vandellós con los mismos argumentos, no en vano la ciudad de Zaragoza dista de ambas centrales tan solo 173 kilómetros, mientras que de la de Garoña dista casi 100 kilómetros más, en concreto, 265 kilómetros.

explotación de la central con base en los perjuicios económicos que para la misma suponía la recién publicada Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética (23). La creación de este impuesto junto con las inversiones que hubiese requerido la central por las exigencias del CSN, llevó a la empresa titular a paralizar la explotación de la misma a la vista de la dudosa rentabilidad económica caso de seguir en funcionamiento.

### II.2.3. CESE DE ACTIVIDAD POR MOTIVOS ECONÓMICOS DE ELUSIÓN TRIBUTARIA, POSTERIOR ORDEN MINISTERIAL IET 1302/2013 Y SUS CONSECUENCIAS SANCIONADORAS PARA NUCLENOR

A resultas de tal parada y descarga, se aprueba en julio de 2013, la citada Orden ministerial IET 1302/2013, de 5 de julio, por la que se declara el cese definitivo de la central nuclear de Santa M.<sup>a</sup> de Garoña, algo que parecía definitivo pero que los escépticos no creyeron, el tiempo inmediato posterior parece haberles dado la razón.

Esta decisión de cese la actividad por motivos claramente económicos, ha tenido consecuencias sancionadoras para la titular de la central.

Para rizar más aún la cuestión con su vertiente jurídica compleja, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) mediante Resolución de 25 de julio de 2014, impone una sanción de 18,4 millones de euros a Nuclenor por haber cesado la actividad de la central en diciembre de 2012 sin previa autorización de industria, como productor de energía eléctrica. En concreto, se le imputa la infracción del artículo 60.a) 20.º de la entonces vigente LSE 54/1997, que califica como muy grave «La reducción sin autorización de la capacidad de producción o de suministro de energía eléctrica».

En breve, tendremos ocasión de ver una nueva sentencia de la Audiencia Nacional resultante del anunciado recurso contra esta resolución sancionadora de elevadísima cuantía económica.

### II.2.4. LA MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 28 DEL REGLAMENTO DE INSTALACIONES NUCLEARES Y RADIATIVAS. «TRAJE A MEDIDA» PARA LA CENTRAL NUCLEAR DE SANTA M.<sup>a</sup> DE GAROÑA

Como ya se ha reiterado por activa y por pasiva, la opción nuclear es una opción política a la cual el Derecho nuclear se moldea. Ejemplo claro ha sido la modificación del Reglamento de Instalaciones Nucleares y Radiativas (RINR) una vez más, en este caso con carácter *ad hoc* para Garoña, operada por el Real Decreto 102/2014, de 21 de febrero, que ofrece al titular de la instalación la posibilidad de solicitar la renovación de la autorización de explotación dentro del plazo de un año contado a partir de la fecha en que surta efectos la declaración de cese, cuando dicho cese de actividad se hayan producido por razones que no sean de seguridad nuclear.

En concreto el citado precepto establece:

---

(23) BELLO PAREDES, S. «Derecho nuclear y funcionamiento a largo plazo de las centrales nucleares», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 30, 2013, p.2.

«1. El titular de una autorización de explotación comunicará al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, al menos con un año de antelación a la fecha prevista, su intención de cesar la actividad para la que fue concebida la instalación. Tanto en este supuesto, como cuando el cese de la actividad se deba a alguna otra circunstancia, el Ministro de Industria, Energía y Turismo, previo informe del Consejo de Seguridad Nuclear, declarará el cese de dicha actividad, estableciendo en la autorización de explotación las condiciones a las que deban ajustarse las actividades a realizar en la instalación a partir de ese momento y el plazo en que se deberá solicitar la autorización de desmantelamiento, o de desmantelamiento y cierre.

Dicho cese de actividad tendrá, desde la propia fecha en la que surta efectos su declaración, carácter definitivo cuando haya estado motivado por razones de seguridad nuclear o de protección radiológica. Cuando dicho cese de actividad se haya producido por otras razones, el titular podrá solicitar la renovación de la autorización de explotación dentro del plazo de un año contado a partir de la fecha en que surta efectos la declaración de cese. El procedimiento a seguir en este caso será el establecido para solicitar una renovación de la autorización de explotación, adjuntando la actualización de los correspondientes documentos, a lo que se añadirá la documentación o requisitos adicionales que se determinen en cada caso, teniendo en cuenta la situación concreta de la instalación, los avances científicos y tecnológicos, la normativa aplicable y la experiencia operativa propia y ajena acumulada durante el periodo de explotación de la instalación, así como otros aspectos relevantes para la seguridad. Transcurrido el citado plazo de un año sin que haya tenido lugar la solicitud, la declaración de cese adquirirá, igualmente, carácter definitivo.»

Pero además este 28.1 *in fine* del RINR se ve reiterado con la inclusión por parte del Real Decreto 102/2014, de una nueva Disposición Transitoria Sexta que reitera lo mismo «Todas aquellas instalaciones que, a la entrada en vigor del Real Decreto 102/2014, de 21 de febrero, para la gestión responsable y segura del combustible nuclear gastado y los residuos radiactivos, hubieran obtenido la declaración de cese definitivo de la explotación por razones distintas a las de seguridad nuclear o protección radiológica, podrán solicitar, mediante el procedimiento establecido, la renovación de la autorización de explotación, en los términos previstos en la nueva redacción dada al apartado 1 del artículo 28 de este Reglamento, y siempre que no hubiera llegado a transcurrir el plazo de un año desde la obtención de la declaración de cese.»

Esta es la que podría denominarse «*Cláusula Garoña*», sin duda, y con base en la misma se ha presentado la solicitud en plazo por parte de Nuclenor, de un nuevo permiso de explotación hasta el año 2031. A mi juicio, norma singular clara, con los problemas que este tipo de normas plantean desde el punto de vista jurídico, (24) porque ¿qué otras instalaciones se encontraban en la situación que plantean los nuevos 28.1 RINR y la citada DT 6.ª?, la respuesta es ninguna. Quizá el pudor del Gobierno al redactar el Real Decreto de modificación le impidió poner nombres y apellidos a los citados preceptos. Sin duda.

---

(24) Sobre la cuestión de las normas singulares y en particular las leyes singulares, véase las interesantes reflexiones sobre este tipo de normas en el reciente trabajo de SANTAMARÍA ARINAS, R.J., «Leyes singulares, tutela judicial efectiva y recepción de la doctrina *Boxus* por el Tribunal Constitucional español», *Revista de Administración Pública*, 193, 2014.

De acuerdo con este precepto, Nuclenor disponía hasta el 6 de julio de 2014 para solicitar la renovación del permiso de explotación extinto el 6 de julio de 2013. Esta vez Nuclenor no ha dejado transcurrir el plazo establecido para presentar la solicitud.

### II.3. La nueva solicitud de ¿renovación? del permiso de explotación

Tras esta sucesión de hechos y de órdenes ministeriales, el 27 de mayo de 2014, Nuclenor presentó al Ministerio de Industria nueva solicitud para continuar con su explotación hasta 2031, hasta los 60 años de vida útil.

Tal solicitud se realizó con arreglo a lo establecido en el artículo 28.1 RINR, solicitud que ya fue remitida al CSN para su evaluación y correspondiente informe preceptivo y vinculante caso de ser obstativo.

#### II.3.1. LA INSTRUCCIÓN TÉCNICA COMPLEMENTARIA SOBRE LA NUEVA SOLICITUD Y EL DEBATE EN EL SENO DEL CSN

De momento el CSN ha aprobado una Instrucción Técnica Complementaria (ITC) en relación con este proceso en el que se determinan la documentación y los requisitos adicionales asociados a la solicitud de renovación de la autorización de explotación de la central nuclear de Santa M.<sup>a</sup> de Garoña. Se trata de una ITC prolija y detallada (25) que

---

(25) Tal y como señala la propia nota de prensa del CSN, ([www.csn.es](http://www.csn.es)) esta instrucción técnica establece una serie de requisitos, que pueden agruparse en las siguientes áreas temáticas:

- a) Los asociados a la actual situación de cese de operación.
- b) Los relacionados con la operación a largo plazo.
- c) Las inspecciones o pruebas para verificar aspectos funcionales o de integridad estructural de la vasija del reactor.
- d) Las modificaciones de diseño derivadas de las lecciones aprendidas del accidente de Fukushima y de los resultados de las pruebas de resistencia europeas ante sucesos extremos mas allá de las bases de diseño, así como de las acciones para mitigar las consecuencias ante la pérdida de grandes áreas de la central como consecuencia de actos malintencionados.
- e) El análisis de seguridad de temas puntuales relacionados con el cumplimiento de la normativa técnica del CSN.
- f) Aquellos relativos a factores humanos y organizativos.
- g) Las verificaciones previas a la carga de combustible nuclear en el reactor, incluyendo las pruebas de arranque y las modificaciones de diseño identificadas por el CSN en 2009 pero no requeridas por el cese definitivo de explotación.
- h) Más temas específicos relativos al cumplimiento de otras instrucciones técnicas del CSN de ámbito general para todas las centrales nucleares en operación.

Los requisitos más relevantes, que conllevan la necesidad de un análisis de los resultados de las inspecciones o la implantación de modificaciones de diseño antes de la carga de combustible, y que requieren apreciación favorable previa del CSN, son los siguientes:

- La verificación del estado funcional y la integridad estructural de la vasija del reactor y de sus componentes.
- Las mejoras para reforzar las capacidades frente a accidentes severos, extraídas de las lecciones aprendidas en el marco del accidente de Fukushima y de las consiguientes pruebas de resistencia realizadas a nivel europeo.
- Las modificaciones identificadas por el CSN en 2009 en el marco de la revisión periódica de seguridad y del análisis de la normativa de aplicación condicionada, que finalmente no fueron requeridas al titular debido al cese de explotación.

Los restantes requisitos se refieren a:

- Actualizaciones asociadas a la operación a largo plazo, entre ellas el denominado Plan Integrado de Evaluación y Gestión del Envejecimiento (PIEGE).
- Análisis de seguridad de temas específicos relacionados con el cumplimiento de diversas Instrucciones de Seguridad del CSN, en particular, la IS-30 (revisión 1 de 2013) sobre protección contra incendios.

además establece un plazo para Nuclenor, el 30 de septiembre de 2014, para que presente ante el CSN una previsión de fechas para el cumplimiento de todos los requisitos adicionales solicitados.

No obstante, como señalaba, la cuestión de aprobar una ITC como la descrita no ha sido pacífica en el seno del CSN.

#### **A) El voto particular de la Consejera Cristina Narbona**

El voto discrepante desgrana todo un argumentario político pero también técnico y jurídico por el que entiende que la ITC del CSN debía haber sido otra. Funda principalmente su voto particular en lo inédito de la solicitud debido a la duración de la solicitud, 17 años frente a los 10 que siempre ha regido en las solicitudes de renovación de los permisos de explotación, y en el hecho de que la central de Garoña llegará nada menos que a los 60 años de vida útil si se llega a conceder tal permiso.

Con ello entiende que se adiciona un riesgo más al de por sí importante riesgo que conlleva la generación de energía por fuentes nucleares y que cualquier interpretación que se haga del ordenamiento jurídico nuclear y del 5.1 del RINR, debe hacerse por el CSN tendiendo siempre al mejor cumplimiento de la seguridad nuclear y radiológica, y que si para otras centrales se ha establecido el plazo de 10 años para las autorizaciones de explotación, este plazo debiera mantenerse para cualquier solicitud, no admitiendo solicitudes que superen los citados 10 años, como el caso de la presente que llega hasta los 17 años.

Finalmente, en la propuesta de resolución alternativa, la Consejera discrepante propone que tal solicitud sea por un plazo de 10 años, que tal solicitud se someta al procedimiento de información y participación del Convenio de Aarhus y, por último que tal proceso se lleve a cabo de acuerdo con lo establecido en la reciente Directiva 2014/87/EURATOM, de 8 de julio, en materia de transparencia.

#### **B) El voto explicativo del CSN sobre la ITC aprobada**

Al voto particular citado de la Consejera Narbona, le sucedió al día siguiente 31 de julio, la explicación del voto del resto de los vocales del CSN con su presidente a la cabeza (26), explicando el sentido la ITC aprobada respecto de la solicitud de permiso de explotación de Nuclenor. En respuesta al voto disidente y en particular en lo que se refiere al plazo solicitado, se señala que «El asunto que nos ocupa, como ya se ha explicitado anteriormente, es solicitar más información al titular, en ningún caso corresponde en este momento manifestar criterios sobre la temporalidad de la autoriza-

---

—Otros temas técnicos específicos solicitados recientemente por el CSN a las centrales nucleares españolas en operación y que no resultaban de aplicación a la central de Garoña, por su situación de cese.

—Otras actuaciones frente a accidentes severos para el almacenamiento de agua contaminada, así como el refuerzo de la capacidad de extracción de calor residual en caso de pérdida de refrigeración total del río Ebro.

—Plan de conservación de estructuras, sistemas y componentes durante el cese de explotación.

—Plan de formación del personal de explotación y Plan de restablecimiento de la capacidad técnica, en el marco de los factores humanos y organizativos.

—Verificaciones previas a la carga de combustible, correspondientes al programa de pruebas prenucleares y las pruebas de arranque.

(26) Fernando Martí Scharfausen, Rosario Velasco García, Antonio Gurguí Ferrer y Fernando Castelló Boronat.

ción solicitada y revisar o mantener la práctica regulatoria que tiene relación con dicha temporalidad. No lo es desde el punto de vista regulatorio ni siquiera jurídicamente adecuado hacerlo al encontrarnos en un momento del procedimiento en el que, como ya se ha dicho, se ha analizado, la documentación aportada, no se descartan requerimientos posteriores y aún se debe elaborar la Guía de evaluación y proceder a la evaluación de detalle.», para seguir afirmando más adelante que «no es el momento de introducir en el proceso abierto como consecuencia de la solicitud de informe requerido por el MINETUR, debates sobre práctica regulatoria, que siendo muy convenientes y necesarios deben producirse en otro momento y que no tienen cabida en el motivo de la resolución adoptada. Y, mucho menos, condicionar la posición favorable o contraria a la resolución adoptada en la necesidad de manifestar o difundir un mensaje sobre cuestiones de práctica regulatoria».

En resumen, los vocales del CSN manifiestan que la ITC aprobada no plantea sino una serie de requisitos y documentación que tendrán que ser aportados por el solicitante y no más, una fase previa del posterior procedimiento que determinará el informe final del CSN sobre la seguridad, los requisitos y caso de ser favorable, sobre el plazo que no tendrá que ser necesariamente el que el solicitante determine.

### II.3.2. EL CUESTIONAMIENTO DE LA NUEVA SOLICITUD ANTE INSTANCIAS COMUNITARIAS

A esta sucesión cronológica de acontecimientos, se suma el hecho de que no parece haberse enviado aún notificación alguna a la Comisión Europea sobre la posible renovación de la central nuclear para 2031, ni el plan de inversión, ni información sobre tal procedimiento. Esta información es exigida por el artículo 41 del Tratado Euratom.

Este extremo se desprende la respuesta dada por el comisario de energía Oettinger a resultas de la pregunta parlamentaria realizada por la eurodiputada Iratxe García Pérez (27), en relación con la situación de la central de Garoña. En concreto las cuestiones planteadas versaron sobre el conocimiento la Comisión del proceso relativo a los intentos de prolongación en España de la actividad de la central nuclear de Garoña hasta 2032 y si la Comisión estaba realizando algún tipo de supervisión con la finalidad de garantizar el cumplimiento de la legislación europea en materia de seguridad nuclear.

Con anterioridad, la eurodiputada Izaskun Bilbao Barandika (28) ya había planteado cuestiones similares al comisario sobre si había sido informada la Comisión del proceso emprendido para permitir la reapertura de Garoña, sobre si conocía los planes de inversión establecidos para adaptar esta instalación a las exigencias técnicas establecidas tras la catástrofe de Fukushima y sobre si la Comisión consideraba prudente, a la vista de los datos disponibles y las repercusiones no locales de un posible accidente, la reapertura de esta central.

---

(27) P-006023/2014, realizada el 24 de julio de 2014. Pregunta con solicitud de respuesta escrita a la Comisión al amparo del artículo 130 del Reglamento.

(28) P-000370-14, realizada el 15 de enero de 2014. Pregunta con solicitud de respuesta escrita a la Comisión al amparo del artículo 130 del Reglamento.



La respuesta del Comisario Oettinger (29), a ambas preguntas deja a las claras en primer lugar el conocimiento de la Comisión sobre el proceso de renovación de los permisos de explotación de las centrales nucleares y que el Gobierno español sí que comunicó las modificaciones legislativas llevadas a cabo recientemente por el Real Decreto 102/2014, de 21 de febrero, si bien no se ha recibido notificación alguna en relación con los artículos 41 (30) y 37 (31) del Tratado Euratom.

Evidentemente, la UE nunca se ha pronunciado sobre qué fuentes de energía deben emplear los Estados miembros para garantizar el abastecimiento, cabiendo perfectamente que en unos Estados se emplee la energía nuclear y en otros no. Cada Estado es soberano en cuanto a la configuración de su propio mix de generación de energía (32).

El Derecho comunitario en materia de seguridad nuclear establece unas normas de obligada transposición, aplicación y cumplimiento por parte de cada uno de los Estados, pero la decisión sobre si una determinada instalación debe o no seguir en funcionamiento corresponde a cada uno de los Estados miembros en ejercicio de su soberanía. Si no hay incumplimiento de Estado sobre una norma comunitaria, la Comisión no puede entrar a valorar la oportunidad política o de naturaleza económica, energética o estratégica que puede llevar a un Estado miembro a autorizar este tipo de instalaciones. Así lo recuerda el propio comisario europeo de energía señalando que «a pesar de las Directivas en materia de seguridad nuclear y del Tratado Euratom, las decisiones son estrictamente nacionales. El control de las instalaciones nucleares y las decisiones sobre la posible renovación de la licencia de explotación de una central nuclear, es un asunto de competencia nacional, siendo responsabilidad de los Estados el asegurar que las instalaciones se exploten de manera segura en consonancia con la Directiva de seguridad nuclear» (33).

### II.3.3. LA OPOSICIÓN POLÍTICA DE LA CAPV

Del mismo modo, particularmente activa ha sido la movilización política en la Comunidad Autónoma Vasca en relación con la posible prórroga de la vida útil de la Central de Garoña.

---

(29) Respuesta de 13.08.2014

(30) En concreto el artículo 41 del Tratado Euratom establece que «Las personas y empresas que realicen actividades relacionadas con los sectores industriales enumerados en el Anexo II del presente Tratado deberán comunicar a la Comisión los proyectos de inversión relativos a las instalaciones nuevas, así como a las sustituciones o transformaciones que respondan a los criterios que, sobre su naturaleza e importancia, haya definido el Consejo, a propuesta de la Comisión»

(31) Por su parte el artículo 37 del Tratado Euratom establece que «Cada Estado miembro deberá suministrar a la Comisión los datos generales sobre todo proyecto de evacuación, cualquiera que sea su forma, de los residuos radiactivos, que permitan determinar si la ejecución de dicho proyecto puede dar lugar a una contaminación radiactiva de las aguas, del suelo o del espacio aéreo de otro Estado miembro.

La Comisión, previa consulta al grupo de expertos previsto en el artículo 31, emitirá su dictamen en un plazo de seis meses.»

(32) La Directiva 2009/71/Euratom, en materia de seguridad, en su considerando 9.º, señala que «Cada Estado miembro podrá decidir respecto a la combinación de energías con arreglo a las políticas nacionales pertinentes».

(33) Respuesta del Comisario Oettinger a preguntas del Parlamento Europeo E-000370/2014 y E-00023/2014.

No solo por el hecho ya visto de que en el Parlamento Europeo las preguntas dirigidas al comisario de Energía procedieran de eurodiputadas vascas de distinta filiación política.

Igualmente merecen destacarse las declaraciones del Parlamento Vasco, en relación con la solicitud de Nuclenor de continuar con su actividad en la central nuclear de Garoña (34), siendo la más reciente la del Pleno de 5 de junio de 2014 (35) que se suman a las manifestaciones políticas de alcaldes del Territorio Histórico de Álava y de su propia Diputación Foral.

El efecto *NIMBY (Not in my back yard)* se manifiesta claramente por la cercanía de la instalación al Territorio Histórico de Álava (36).

### III. La autorización de explotación. Procedimiento y requisitos a tener en cuenta en este caso

#### III.1. Concepto y previsión normativa

La autorización es la técnica de intervención y control previo a la instalación de centrales nucleares y está sujeta a posterior renovación. Técnica a través de la que se plasma el principio de prevención tan fundamental en materia de Derecho Ambiental.

La LEN no dedicaba más que un simple artículo a la autorización de instalaciones nucleares, en concreto, el artículo 28 cuya brevísima redacción inicial fue extendida sustancialmente por la modificación llevada a cabo por la Ley 12/2011, de responsabilidad por daños nucleares. En este sentido, el nuevo artículo 28 LEN (redactado según la Disposición Adicional Tercera de la Ley 12/2011) es más extenso habiéndose añadido tres nuevos apartados referidos a la titularidad de las instalaciones por una sola persona jurídica. En lo que al caso concierne, el 28.1 LEN establece:

«1. Las instalaciones nucleares y radiactivas estarán sometidas a un régimen de autorizaciones emitidas por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, previo informe preceptivo del Consejo de Seguridad Nuclear, oídas en materia de ordenación del territorio y medio ambiente las Comunidades Autónomas en cuyo territorio se ubique la instalación o la zona de planificación prevista en la normativa básica sobre planificación de emergencias nucleares y radiológicas.»

(34) Moción del Parlamento Vasco de 6 de junio de 2013 (Boletín del Parlamento Vasco, núm. 31 de 14.06.2013), por la que el Parlamento Vasco exige al Gobierno de España de su pretensión de facilitar a Nuclenor una nueva fecha para solicitar una renovación de la autorización de explotación de la central nuclear de Santa M.<sup>ª</sup> de Garoña, y por tanto, se proceda al cese inmediato de la actividad y se inicien los trabajos del desmantelamiento de la infraestructura nuclear, para la fecha prevista del 6 de julio de 2013.

(35) Según esta proposición no de ley, «El Parlamento Vasco, en coherencia con los reiterativos pronunciamientos de las instituciones vascas, y especialmente alavesas, contrarios a la continuidad de la vida útil de la central nuclear de Santa M.<sup>ª</sup> de Garoña, insta al Gobierno de España a no autorizar una nueva licencia para la reapertura de estas instalaciones. El Parlamento Vasco solicitará el amparo de la Comisión Europea ante una posible reapertura de la central nuclear de Garoña, para que supervise el procedimiento de concesión de una hipotética licencia de apertura de la mencionada central y para que se asegure del cumplimiento de las exigencias de seguridad impuestas después del accidente de Fukushima ante la posibilidad de concesión de una nueva licencia».

(36) Sobre estas cuestiones en relación con instalaciones nucleares, GARCÍA HOMM, A., *Negociar el riesgo*, Ariel, Barcelona, 2005.

El régimen jurídico de las autorizaciones se establecerá reglamentariamente y definirá las autorizaciones aplicables a cada una de las fases de vida de dichas instalaciones, que se referirán al menos a la selección de emplazamientos, a la construcción, a la puesta en marcha y el funcionamiento, y a su desmantelamiento y clausura, según corresponda.

El desarrollo reglamentario al que hace referencia el 28.1 *in fine* se cubre en la actualidad por el Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre, de instalaciones nucleares y radiactivas que desarrolla los principios contenidos en la LEN regulando el régimen de autorizaciones administrativas, pruebas, puesta en marcha y operación de las centrales nucleares. La autorización corresponde al Ministerio de Industria y Energía previo informe favorable del organismo regulador e independiente, el Consejo de Seguridad Nuclear. A juicio de Doménech Pascual, la LEN vulnera el principio de legalidad que rige la materia nuclear, dado que en la misma no se establece criterio alguno con arreglo al cual deban o no otorgarse las autorizaciones de explotación de centrales nucleares, efectuándose una remisión en blanco cubierta por normas reglamentarias (37), en concreto por el RINR que establece el régimen jurídico de la autorización de explotación de las centrales nucleares. La autorización de explotación es la que faculta para cargar el combustible nuclear o introducir sustancias nucleares en la instalación una vez construida, a realizar el programa de pruebas y a operar la instalación de acuerdo con las condiciones establecidas. Se concede con carácter provisional hasta la finalización satisfactoria de las pruebas nucleares, para pasar a ser definitiva.

Teniendo en cuenta que la Central nuclear de Garoña está parada desde diciembre de 2012, que desde julio de 2013 hay una Orden que habla de parada definitiva de la misma, quizá no fuese propio hablar de renovación de un permiso sino de la concesión de un nuevo permiso de explotación, es decir, no estaríamos ante una prórroga de un permiso de explotación existente, sino ante la solicitud de un nuevo permiso de explotación distinto del extinto en julio de 2013 lo que pudiera haber hecho pensar que el procedimiento exigido fuese otro, más exigente, más transparente y más participativo del que se ha seguido en renovaciones anteriores de los permisos de explotación. Nada de eso, la modificación del 28.1 RINR antes citada remite expresamente al procedimiento de renovación.

Señalo este planteamiento excluido expresamente porque podía haber servido para exigir más requisitos procedimentales y sustantivos similares que los que cupiera exigir a una central nuclear de nueva construcción, tanto ambientales como participativos. Dos cuestiones que ya fueron abordadas y resueltas en procedimientos de renovación de los permisos de explotación anteriores por la SAN de 18 de enero de 2001 pero que quizá ahora cabría replantearse al encontrarnos ante una situación claramente distinta y no de simple renovación del permiso de explotación de una central en funcionamiento.

---

(37) «La energía nuclear en un Estado Democrático y de Derecho» en *El futuro de la energía nuclear en España, Perspectivas (no solo) jurídicas*, (DOMÉNECH PASCUAL, G. Director), Tirant lo Blanch, 2013, pp.99-100.

### III.2. Algunas cuestiones relevantes en relación al procedimiento de autorización iniciado

#### III.2.1. LA CUESTIÓN DE LOS 17 AÑOS DE VIGENCIA DEL NUEVO PERMISO DE EXPLOTACIÓN SOLICITADO

Primera cuestión polémica y sin precedente en los procedimientos de autorización de explotación de las centrales. Cabe destacar que ni la LEN ni el RINR establecen plazo alguno de vigencia de la autorización de explotación, y se remite al que establezca el Ministerio de Industria y Energía (artículo 23) (38), si bien se ha venido renovando por un plazo de diez años prorrogables, previo informe preceptivo y vinculante en sentido obstativo del Consejo de Seguridad Nuclear.

A juicio de Barceló este plazo no tiene soporte técnico (39), pero la práctica administrativa seguida por el CSN de acuerdo con las prácticas habituales y las solicitudes de los operadores ha sido la de otorgar estos permisos por plazo de 10 años tras el incidente de Vandellós I, siguiendo una práctica internacional. Así, desde el año 2000 las autorizaciones de explotación concedidas a las centrales nucleares, y con una vigencia de diez años, requieren la presentación de una revisión periódica de la seguridad, una práctica administrativa asentada e introducida por el CSN (40).

En cualquier caso, se trata de un plazo discrecional que, en todo caso, debiera haberse fijado en sede reglamentaria y que hubiera debido tener en cuenta las previsiones razonables de vida útil (no vida de diseño), sin perjuicio de las facultades inspectoras y revisoras del CSN y del Ministerio de Industria y Energía.

De lo contrario nos encontramos ante situaciones de cierta incertidumbre, de cierta inseguridad jurídica para los operadores que estarán al socaire de lo que en cada caso decida el Gobierno de turno.

Para complicar más esto, la recientemente aprobada Directiva 2014/87/Euratom, de 8 de julio, que modifica la Directiva sobre seguridad nuclear fija en 6 años en lugar de 10 la evaluación completa de las centrales nucleares. La transposición exigirá obviamente cambiar la práctica llevada a cabo hasta ahora en España.

#### III.2.2. LA CUESTIÓN DE LOS 60 AÑOS DE FUNCIONAMIENTO DE LA CENTRAL NUCLEAR EN 2031

La solicitud se presenta para un plazo de explotación que finalizaría el 2 de marzo de 2031, es decir, por unos 17 años más, llegando exactamente a los 60 años de funcionamiento, siguiendo la practica regulatoria reciente de los Estados Unidos, país de origen

---

(38) El Consejo de Seguridad Nuclear remitirá informe al Ministerio de Industria y Energía, tanto sobre los resultados de las pruebas y las modificaciones que, en su caso, fuera necesario introducir, como sobre las condiciones de la renovación de la autorización de explotación por el plazo que se establezca. El Ministerio de Industria y Energía emitirá entonces la nueva autorización de explotación por el plazo que corresponda.

(39) BARCELÓ, A., *Instalaciones nucleares, autorización y conflicto*, Ariel, Barcelona, 2002, p.249.

(40) Así lo destaca BELLO PAREDES, S. «Las autorizaciones administrativas en el ámbito de la energía nuclear; a vueltas con el tema del futuro de la central nuclear de Santa M.<sup>a</sup> de Garoña, *Actualidad Administrativa*, núm. 19, 2009.

tecnológico de esta planta, donde centrales similares se ha prorrogado por tal número de años.

Esta cuestión sobre la renovación de las autorizaciones de explotación de las centrales nucleares se puso de manifiesto con el caso de la Central Nuclear de Santa M.<sup>a</sup> de Garoña, al haber cumplido cuarenta años, su vida de diseño, si bien nuestro Ordenamiento no define el concepto de vida útil (41).

En este punto es necesario poner de manifiesto dos conceptos radicalmente distintos la vida de diseño y la vida útil de una central. La vida de diseño de acuerdo con la técnica existente en ese momento y partiendo de tales conocimientos puede ser una pero a medida que avanza la vida de la central, de las mejoras que sobre la misma se realicen y de la propia evolución de la técnica, la vida útil de la citada central podrá superar con creces las previsiones de vida de diseño que en el momento de su diseño se realizaron (42). Todo ello evidentemente sin merma alguna para la seguridad, aspecto fundamental. La instrucción del CSN IS-10 sobre «Revisión Periódica de Seguridad de las CCNN» define la vida útil como período durante el cual una central puede ser operada cumpliendo las exigencias de seguridad impuestas en su autorización.

La vida útil puede ser mayor que la vida de diseño, siempre que las condiciones reales de operación hayan sido menos severas que las supuestas en el diseño. Mediante la comparación entre las condiciones de diseño y las condiciones reales de operación puede determinarse el margen de vida remanente que le queda a un sistema, equipo o componente. Y lo cierto es que el CSN nunca se ha pronunciado en el sentido de que la vida útil de una central nuclear tenga que ser de 40 años (43).

Sobre este extremo es el CSN y los técnicos quienes haciendo un juicio prospectivo claro basado en el principio de precaución, deben determinar si la prolongación de la vida útil es un riesgo asumible o no (44).

### III.2.3. CUESTIONES PROCEDIMENTALES

#### A) El Informe del Consejo de Seguridad Nuclear

Estamos una vez más ante la espera de un informe preceptivo y vinculante caso de ser obstativo, del CSN sobre la seguridad de la explotación de una central nuclear. Obviamente, la concesión de un nuevo permiso de explotación quedará condicionada

---

(41) BELLO PAREDES, S. *Las claves del debate nuclear*, Aranzadi, 2012, p.161.

(42) La Agencia estadounidense encargada de la vigilancia nuclear (NRC) ha prolongado hasta los 60 años hasta 52 centrales. De las centrales hermanas o similares a la de Garoña han sido renovadas las de *Dresden 2* en 2004, como la de *Monticello* (Minnesota) en 2006 y en 2009 *Oyster Creek* (Nueva Jersey).

(43) BELLO PAREDES, S. «Derecho nuclear y funcionamiento a largo plazo de las centrales nucleares», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 30, 2013, p.6. Sobre esta misma cuestión el mismo autor, «El Derecho nuclear y el falso mito de los 40 años como límite de funcionamiento de las centrales nucleares», *Actualidad Administrativa*, núm. 19, 2011 y más recientemente en *Las claves del debate nuclear*, Aranzadi, 2013, pp.117-136, en donde vuelve a afirmar el falso mito de los 40 años a la luz de la experiencia norteamericana.

(44) MELLADO JIMÉNEZ, I. «Renovación de las autorizaciones de explotación de las centrales nucleares» en *El futuro de la energía nuclear en España, Perspectivas (no solo) jurídicas*, (DOMÉNECH PASCUAL, G. Director), Tirant lo Blanch, 2013, p.64 afirma que «dado los márgenes conservadores que se incluyen en el diseño y en los procesos de fabricación (...) los componentes pueden mantenerse en condiciones aceptables, cumpliendo todos los requisitos de seguridad, más allá del periodo considerado en el diseño inicial».

al visto bueno del CSN, un informe para cuya emisión no se establece plazo legal ni reglamentario.

Sobre el informe del CSN, hay que señalar que este órgano es el competente, no otro, para determinar las cuestiones relativas a la seguridad de una central, no otras, y que es el que tiene la capacidad técnica, la solvencia y la independencia necesarias para determinar si una instalación nuclear puede estar o no en explotación.

La decisión normativa material sobre si se autoriza o no se autoriza una determinada instalación nuclear es una decisión que descansa sobre la idea de si ese riesgo, que se plantea y se analiza a través del oportuno procedimiento autorizatorio, es un riesgo permitido y asumible o no lo es.

### **B) ¿Es necesaria evaluación ambiental?**

Desde el punto de vista de los requerimientos ambientales que deben reunir las centrales nucleares, estos son *a priori* escasos habida cuenta de que tales instalaciones están con carácter general excluidas de la regulación ambiental, remitiéndose siempre a su regulación propia que, como hemos señalado, es de seguridad.

No obstante, tanto la Directiva como las normas estatales que han desarrollado la regulación de la evaluación de impacto ambiental, incluida la reciente Ley 21/2013, de evaluación ambiental (45), incluyen entre los proyectos sometidos a EIA obligatoria las centrales nucleares. Esta inclusión supone que en su proceso de autorización deberán someterse al trámite de EIA con los requisitos que esta normativa establece y garantizando la información y participación del público en la toma de tal decisión.

Es necesario recordar que las centrales española no fueron en su día sometidas a EIA pero que desde que entraron en funcionamiento han sufrido importantes y sustanciales modificaciones como el aumento de potencia instalada, incorporación de nueva tecnología para alargar su vida útil y el almacenamiento de residuos por un plazo y cantidad superior al previsto inicialmente para el enfriamiento de los mismos en sus respectivas piscinas. Aunque sólo hubiera sido por estas importantes modificaciones sustanciales, quizá hubiera sido bueno haber previsto un trámite de información pública antes de haber otorgado las respectivas autorizaciones como las de explotación definitiva, dentro del plan de regularización de la Disposición Adicional Tercera del RINR de 1999 (46). Esto desde un punto de vista formal ha sido un poco sangrante porque estas nuevas autorizaciones se otorgaron sin EIA, sin nueva información pública, sin participación por tanto y sin requerimiento de informes a las CCAA y EELL, lo que sin duda, resta cierta legitimidad democrática a este tipo de decisiones.

En este nuevo caso que, como he señalado, más que una prórroga se trata de una nueva autorización de funcionamiento en toda regla, no estaría de más su sometimiento

---

(45) Sobre esta Ley, véase el reciente análisis de GARCÍA URETA, A. «Comentarios sobre la Ley 21/2013, de evaluación ambiental», *RAP*, núm. 194, 2014, pp. 317-371.

(46) Así lo destaca BARCELO, A. cit, p.249. Esta Disposición Adicional Tercera señala que 1. Se mantendrá la validez de las autorizaciones vigentes a la entrada en vigor de este Reglamento hasta su expiración. 2. Durante el plazo de dos años a partir de la entrada en vigor de este Reglamento, los titulares de instalaciones radiactivas cuya categoría pudiera verse modificada por las previsiones del mismo, regularizarán su situación ante el Ministerio de Industria y Energía, conforme a las determinaciones que en aplicación de este Reglamento se adopten.

miento a evaluación ambiental, si bien la evaluación se exige respecto de proyectos e instalaciones y ésta ya lo está.

Nada parece que vaya a cambiar por tanto y no se someterá a EIA su nuevo funcionamiento porque sobre estas cuestiones ya se pronunció la Audiencia Nacional en Sentencia de 18 de enero de 2001, respecto de un recurso planteado por la ONG ecologista AEDENAT frente a la renovación del permiso de explotación de la central nuclear de Garoña por diez años. En este caso, la Audiencia Nacional estableció la innecesidad de evaluación de impacto ambiental, de información pública y de audiencia en el citado procedimiento de renovación.

«(...) para la tramitación de la concesión de la prórroga o renovación del permiso de explotación provisional de la Central nuclear aquí impugnado, sujeto a su propio régimen jurídico, en el que no se contemplan los trámites que prevén aquellas disposiciones para la concesión de licencias municipales de actividad. Sin que tampoco resulte exigible en aquella tramitación la elaboración de un estudio de evaluación de impacto medioambiental de la actividad correspondiente, no contemplado en la normativa aplicable, pues, en definitiva, corresponde al Consejo de Seguridad Nuclear informar sobre el cumplimiento por la Central Nuclear correspondiente de las condiciones aplicables sobre seguridad nuclear y protección radiológica tal y como prevé la Ley 15/1980., de 22 de abril, de creación del Consejo de Seguridad Nuclear (...) Tampoco el vigente Real Decreto 1836/1999, de 3 de diciembre, que aprueba el Reglamento sobre instalaciones nucleares y radiactivas prevé el trámite de audiencia exigido por la actora en la tramitación de la concesión de las autorizaciones de explotación, reguladas en los arts. 20 a 24 de dicha disposición (...)»

### **C) Necesaria participación pública en el procedimiento de renovación iniciado**

El riesgo ínsito de esta forma de generación de energía hace que la transparencia, la información al público en general e incluso la participación pública en la toma de decisiones aparejadas a estas instalaciones deba ser garantizada. Todo ello deriva, de la necesaria democracia participativa, del diálogo con los posibles sectores afectados y responde, sin duda alguna, a los criterios establecidos en la Gobernanza Europea (47). Los conceptos de transparencia, información y participación de los interesados han llegado al ámbito de la energía nuclear a través de la legislación ambiental (48). Los ciudadanos tienen derecho a saber cuáles son los riesgos reales, y cómo se gestionan por parte de las empresas y gobiernos, así como quién asume las responsabilidades y quién sufre los costes en el caso de incidentes en las centrales nucleares.

En materia de instalaciones nucleares en las que en todo caso el Consejo de Seguridad Nuclear (49) tiene que informar sobre su autorización o no y sobre su idoneidad, el artículo 12 de la Ley 15/1980, del CSN establece que «*El derecho de acceso a la*

---

(47) Así lo destaca también en materia de instalaciones nucleares MORALES PLAZA, A. (2009), *cit.* p. 526. Sobre la aplicación de la gobernanza a las políticas públicas en España, CERRILLO i MARTÍNEZ, A. en la introducción a la obra que coordina *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, INAP, Madrid, 2005.

(48) EMMERECHTS, S. «Environmental Law and Nuclear Law: A Growing Symbiosis», *Nuclear Law Bulletin*, núm. 82, 2008, p.94.

(49) Sobre la naturaleza y funciones del Consejo de Seguridad Nuclear, véase por todos LÓPEZ RAMÓN, F. «El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de Administración independiente», *RAP*, núm. 126, 1991.

*información y participación del público en relación a las competencias del Consejo referidas a la seguridad nuclear y protección radiológica, se regirán por lo previsto en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (50).»*

Por consiguiente en todo procedimiento en que se tramite ante el CSN deben garantizarse el acceso a la información y el derecho de participación de los ciudadanos respecto de la toma de decisiones que se adopten. No obstante, estamos ante una remisión genérica a Ley 27/2006, de información participación y acceso a la justicia en materia de medio ambiente(51), sin que se plasme en una participación concreta en los procedimientos de renovación de autorizaciones de instalaciones nucleares ya que el artículo 14 LCSN parece circunscribir estos derechos a:

1. Informar a los ciudadanos sobre todos los hechos relevantes y las medidas correctoras implantadas para evitar la reiteración de los sucesos.
2. Informar de todos los acuerdos del Consejo.
3. Someter a comentarios públicos las instrucciones y guías técnicas.
4. Impulsar foros de información en los entornos de las instalaciones nucleares.

Todo esto, si bien supone un paso importante en cuanto a transparencia en nada habilita la participación efectiva del público en los procedimientos decisorios de este tipo.

La visión de un Estado, de una Administración o de un Consejo de Seguridad Nuclear de carácter exclusivamente técnico-decisor tiene que evolucionar necesariamente hacia una gobernanza en la que la participación social en políticas y decisiones de riesgo sea real. La participación tiene tal importancia que la STS de 17 de diciembre de 2008, anuló los Planes de Emergencia de las Centrales Nucleares aprobados mediante Acuerdo de Consejo de Ministros de 9 de junio de 2006, por no haber dado audiencia a la Asociación de Municipios afectados por centrales nucleares, reconociendo el derecho de la Asociación de municipios demandante a ser oída en el procedimiento de elaboración de los indicados Planes.

Si los principios citados no se garantizan el abismo ya existente entre las decisiones técnico/políticas y la sociedad será cada vez mayor(52), con independencia de que en muchos casos la participación en la toma de decisiones sea una mera retórica o coartada de autolegitimación de los sistemas respecto de decisiones ya tomadas con carácter previo.

Corroborra todo lo señalado sobre la necesaria participación del público en general en las renovaciones de autorización de las centrales en España, el voto particular del Magistrado Guerrero Zaplana a la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de

(50) Modificación introducida por la Ley 33/2007, de 7 de noviembre. Con esto ya no se producirán situaciones como las denunciadas en 2001 al hilo de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de febrero de 2000 por ENTRENA RUIZ, D. «El cercenamiento del derecho de acceso de los ciudadanos a la información ambiental, esta vez por el Consejo de Seguridad Nuclear: ¿deben proporcionarse copias de las actas de inspección?, *Revista interdisciplinar de gestión ambiental*, num. 35, 2001.

(51) Sobre esta Ley, RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. *Información, participación y acceso a la justicia en materia ambiental. Comentario a la Ley 27/2006, de información, participación y acceso a la justicia*, Aranzadi, 2007.

(52) Sobre la posible brecha entre la decisión y la población DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp.367-368.



junio de 2011, en relación con la Orden ministerial relativa a la prórroga del permiso de explotación de la central nuclear de Garoña. En este voto particular el magistrado disiente exclusivamente del contenido de la sentencia en la desestimación de uno de los argumentos de los recurrentes contrarios a la prórroga que se fundamentaba en la falta de participación en el procedimiento, alegando la vulneración de la Ley 27/2006 y el propio Convenio de Aarhus de 1998. En concreto en el citado voto particular con el que estoy de acuerdo en su totalidad, señala el magistrado discrepante:

«El derecho a la participación no solo lo reclaman los interesados sino que se configura como un derecho que debe promover la propia administración, que tiene obligación de fomentar que esta participación sea efectiva por lo que cualquier duda interpretativa sobre el alcance de este derecho debe resolverse a favor de una mayor participación lo que es incompatible con tramitar el procedimiento sin que conste ninguna forma de participación pública. (...) El espíritu de la Ley 27/2006 es claramente expansivo y trata de que sea de aplicación general a cuantos mas actos sea posible con trascendencia para el medio ambiente.»

«En este caso no consta que se haya realizado ninguna información al público; es decir, se ha omitido completamente una exigencia de participación que permite al Gobierno adoptar la decisión que considere mas conveniente pero siempre después de oír a los tengan algo que decir en un tema de extraordinaria trascendencia como es la renovación de la autorización ó el cierre de la Central Nuclear de Santa M.<sup>a</sup> de Garoña. Los artículos 16 de la Ley y del Convenio de Aarhus hablan de participación real y efectiva: no se trata de cumplir un formalismo, ni de solventar un simple tramite obstativo para adoptar una decisión; lo que la ley pretende es que, de verdad, se pueda participar. Dicha participación ha sido obviada en este caso y la sentencia de la que discrepo considere adecuada a derecho ese olvido del derecho de participación por considerar que no es aplicable. Por el contrario, considero que en pocos actos será mas útil la participación de los ciudadanos que viene contemplada como un derecho reconocido no solo en la ley, sino en un Convenio Internacional y que también viene contemplado en diversas Directivas Europeas (...)»

Para finalmente concluir tal voto particular:

«La esencia de mi respetuosa discrepancia con la sentencia mayoritaria se centra en que considero que no debe confirmarse una Orden, impugnada jurisdiccionalmente por personas legitimadas para ello, que ha sido dictada con desatención a algunas cuestiones procedimentales (omisión del tramite de audiencia de la Comunidad Autónoma en relación al cierre de la central y efectividad del derecho de participación) y ello independientemente de que, desde el punto de vista del contenido de fondo de la resolución, no tengo duda en la posibilidad del Gobierno de adoptar la decisión que considere mas conveniente.

Cuando se cuestiona la regularidad del procedimiento en relación a actuaciones administrativas (la Orden Ministerial recurrida) se debe tratar de salvaguardar, preferentemente, los derechos de los que tienen mas difícil acceso a la toma de decisiones, sin que eso suponga obstaculizar la acción política del gobierno.»

Todo lo señalado *supra* y el voto particular citado del Magistrado Guerrero Zaplana viene reafirmado por la reciente Directiva 2014/87/Euratom. Sin duda la aprobación de la reciente Directiva 2014/87/Euratom, por la que se modifica la Directiva 2009/71/Euratom, de seguridad nuclear, debe también tenerse en cuenta en el proceso a través del cual se tramitará la solicitud de Nuclenor. A pesar de que la fecha de transposición de la citada Directiva termina en 15 de agosto de 2017, un mínimo de visión lógica y de prospectiva aconseja que algunas de sus previsiones deban ser tenidas en cuenta, especialmente en lo que se refiere a las previsiones que afectan al procedimiento en materia de información, transparencia y participación.

Esta nueva Directiva amén de aprovechar la experiencia derivada de los test de estrés posteriores al accidente de Fukushima, hace hincapié en dos aspectos. Por un lado la necesidad de una autoridad reguladora competente con independencia real en la toma de decisiones reguladoras y con prevención a los conflictos de intereses en que pudieran incurrir sus miembros, por otro lado la necesidad de la transparencia en materia de seguridad nuclear coadyuvante de la independencia de la autoridad reguladora.

En lo que concierne a la necesaria transparencia e información, se contiene en el nuevo artículo 8 de la Directiva, la obligación de los estados de velar por la puesta a disposición de trabajadores y del público en general con consideración especial a las autoridades locales, la población y los grupos de interés próximos a la instalación, toda la información necesaria relativa a la seguridad nuclear de las instalaciones y su regulación.

En el artículo 8.4 se contiene una novedosa previsión que debe implementarse lo antes posible para hacer efectivos precisamente los principios de información y participación en la toma de decisiones. En concreto, se señala que «Los Estados miembros se asegurarán de que se proporcionen al público en general las oportunidades adecuadas para que pueda participar de una manera efectiva en el proceso de toma de decisiones relativas a la concesión de licencias a las instalaciones nucleares, de conformidad con la legislación y los instrumentos internacionales aplicables».

Nótese que se hace referencia a una «participación efectiva en la toma de decisiones» y no solo del público interesado sino del «público en general», ello supone que todo proceso decisorio como puede serlo un procedimiento de renovación de un permiso de explotación de una central nuclear como Garoña, debiera estar expuesta a información pública, ser tenidas en cuenta las alegaciones y dar respuesta motivada las mismas, algo que hasta ahora no se preveía en nuestra legislación nuclear (53).

Con base en todo lo señalado, el CSN y el MINETUR debieran articular los trámites de audiencia y participación pública en relación con este nuevo procedimiento autorizatorio.

---

(53) Así lo destacué ya en «Gobernanza y Riesgo Ambiental en los procedimientos autorizatorios de instalaciones nucleares», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010.

### III.2.4. Cuestión de fondo. El permiso de explotación como acto autorizador de naturaleza reglada o discrecional tras el posible informe favorable del CSN

Se vuelve a plantear una vez más el carácter de la autorización de explotación de la central nuclear como autorización de naturaleza reglada o discrecional.

Es evidente que el contenido del informe del CSN tiene carácter preceptivo y vinculante en sentido obstativo y en cuanto se refiere a las condiciones de seguridad e instrucciones que en todo caso debe respetar la instalación, caso de ser favorable el informe.

Ahora bien, sobre esa base el Gobierno puede otorgar o denegar el permiso, o bien puede acortar su duración, nunca extenderla más allá de lo establecido por el CSN.

Cabe recordar que la Orden Ministerial ITC/1785/2009, de 3 de julio, acordó como fecha de cese definitivo de la explotación de la citada central el día 6 de julio de 2013, pese al informe favorable del CSN para prorrogarla hasta 2019.

En este caso la Orden justificó tal reducción de 10 a 4 años con base en la central cumplía su vida de diseño estimada en 40 años, que no aportaba más de 1,3% de la producción eléctrica nacional, que su inmovilizado estaba amortizado y sobre todo la apuesta del Gobierno anterior por el desarrollo de las energías renovables.

En el caso de las autorizaciones de explotación de las centrales nucleares no es claro si su concesión debiera ser reglada al cumplir la central con los requisitos técnicos de acuerdo con el informe del CSN, o si bien es discrecional pudiendo el Gobierno de manera motivada rebajar ese plazo. La cuestión sobre esta central fue resuelta por la sentencia de 30 de junio de 2011, de la sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional. Lo cierto es que argumentos sólidos los hay en ambos sentidos. A favor de la discrecionalidad del Ministerio pudo señalarse que no ha habido norma alguna anterior al actual artículo 79.3 de la Ley 2/2011, de economía sostenible, que estableciera qué criterios debe seguir la Administración. Por otro lado, si el legislador hubiese querido que la autorización fuese reglada hubiera establecido carácter vinculante *in totum* al dictamen del CSN.

A favor del carácter reglado pueden argumentarse las previsiones de los artículos 7 y 5 del RINR de 1999. En estos artículos se establece que en la renovación del permiso de explotación se establecerán las condiciones de la renovación próxima (artículo 7) y por otro lado el artículo 5 remite en cuanto al procedimiento al de concesión inicial y en el que sí que puede afirmarse que estamos ante una autorización reglada una vez obtenida la autorización de emplazamiento, de construcción y el informe favorable del CSN para la explotación(54). Obviamente, estos dos supuestos no son al caso, luego estaremos ante una autorización discrecional.

La Audiencia Nacional, en su sentencia de 30 de junio de 2011, no deja lugar a dudas sobre el carácter discrecional de la prórroga del permiso de explotación de la central nuclear, si bien afirma que en ella concurren numerosos elementos reglados. Así, sobre la discrecionalidad o no de las renovaciones de autorización de explotación de centrales nucleares, señala en su FJ 17.º

---

(54) En este sentido BELLO PAREDES, S. *Las claves del debate nuclear*, Aranzadi, 2012, p.161.

«(...) el que los repetidos elementos reglados operen como contenido mínimo e ineludible de la renovación de la autorización de explotación de la central nuclear, no significa que sean los únicos que puedan tenerse en cuenta en la concesión y/o renovación de tal autorización, pues junto a ese mínimo imprescindible, y que se concreta esencialmente en la garantía de seguridad concurren, en la decisión adoptada en el presente caso, otra serie de circunstancias, ajenas a las materias de seguridad nuclear y emisiones radiológicas, que han de ser valoradas a efectos de pronunciarnos sobre la adecuación o no a Derecho de la Orden Ministerial recurrida. Se trata, por tanto, de resolver si dadas las especialidades existentes en la materia y por los motivos que a continuación se exponen, pueden operar otros motivos que exceden de dicho ámbito reglado.»

«Por otra parte, y tal y como pone de manifiesto la Abogada del Estado en la contestación, son evidentes las especificidades que concurren en la generación de energía nuclear, que demandan ciertas especialidades normativas y que giran en torno a dos pilares sobre los que se construye la misma: a) la seguridad nuclear y protección radiológica de un lado y b) la gestión de residuos radiactivos. Ha de tenerse en cuenta que en la valoración del coste total de la gestión futura de dichos residuos existe un alto grado de incertidumbre, pues aunque hoy existen soluciones de gestión de carácter temporal (ATC y ATI), la gestión definitiva de combustible nuclear gastado y de residuos de alta actividad no cuenta con soluciones probadas, por lo que el coste total de actividad industrial de generación de energía eléctrica mediante energía nuclear mantiene un incuestionable grado de incertidumbre, máxime a tenor de la permanencia de características de radiotoxicidad en muchos de los residuos durante un periodo de tiempo de miles de años.»

Para continuar afirmando, en su FJ 18.º:

«Pero además, y sobre todo, existe una última y poderosa justificación que legitima el pronunciamiento no reglado de la Orden Ministerial recurrida, y que consiste en que la misma ha sido dictada en un ámbito, el de la energía nuclear, que no solo es muy específico, como se ha indicado, sino también controvertido, generador de un gran debate popular, debido sobre todo a los riesgos inherentes a tal clase de energía (emisiones radiológicas, residuos radioactivos...), ámbito en el que sin duda, y dada dicha especificidad y controversia, puede intervenir una determinada dirección u orientación de la política del Gobierno, en cuanto órgano constitucional supremo»

Esta sentencia tiene un indudable valor y constituye una perfecta clase de Derecho administrativo sobre la naturaleza reglada o discrecional de determinadas autorizaciones así como una perfecta explicación sobre el carácter vinculante en sentido sólo obstativo de determinados informes preceptivos.

Nadie sabe qué deparará el futuro inmediato respecto de la decisión sobre la central de Garoña, primero será necesario el informe del CSN y ver qué condiciones con-

cretas establece y por qué período caso de no ser el informe obstativo. A partir de ahí, la decisión corresponderá al Gobierno que en ejercicio de su potestad discrecional podrá aminorar tal plazo, nunca ampliarlo y siempre cualquier decisión que adopte deberá adoptarla de manera motivada.

En cualquier caso, la incertidumbre continúa y la más que previsible litigiosidad como ha ocurrido en el pasado sobre la autorización de explotación de la central de Garoña, también.

#### **IV. Conclusión**

Las decisiones técnico-jurídicas como una autorización de explotación de una central nuclear, se deben tomar sobre bases contrastadas, sobre certezas técnicas en materia de seguridad que proporciona el organismo regulador, el organismo técnico, el Consejo de Seguridad Nuclear. Estamos ante procedimientos administrativos de gestión del riesgo, de ponderación, en el que la opinión técnica experta es determinante pero en los que la información y la participación públicas deben garantizarse como exigencia democrática de una sociedad que debe saber y opinar sobre qué riesgos está dispuesta a asumir, de lo contrario estaríamos en clara contradicción con las exigencias de la gobernanza y de la normativa más reciente no solo en materia de información y participación, sino también de seguridad nuclear.

No existe el riesgo cero. Evidentemente, en la sociedad de riesgo en la que vivimos no podemos pretender alcanzar una certeza absoluta ni de los efectos ni de las probabilidades de que vaya a ocurrir algo. Es la sociedad la que debe admitir o no los riesgos derivados de una actividad sopesando los que se pueden producir como consecuencia de esa falta de actividad.

En resumen, toda sociedad desarrollada debe preguntarse qué coste está dispuesta a pagar por la energía, por la seguridad y continuidad del suministro, qué costes ambientales está dispuesta a asumir y también qué riesgos incluso ante eventos casi imposibles, pero de efectos apocalípticos caso de materializarse.

Una muestra de la afirmación de que la política condiciona el Derecho nuclear son algunas de las disposiciones y ejemplos vistos, de cómo un cambio en el gobierno político de un país caso de España, o un incidente como el de Fukushima, caso de Alemania, puede hacer cambiar radicalmente el ordenamiento jurídico nuclear de un Estado sobre la base de la previa decisión política, pero siempre respetando los estándares máximos de seguridad establecidos por el ordenamiento nuclear y por los organismos reguladores independientes e imparciales, en España el CSN.

Trabajo recibido el 8 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Lan honetan, honako hauek aztertzen dira: zentral nuklearren ustiatze-baimenak, Espainiako araubideari erreparatuta, baimenak berritzeko administrazio-prozedura-rekin lotutako alderdiak, bai eta hobetu daitezkeen alderdiak ere, azken gertaerak, jurisprudentzia eta izandako legedi-aldaketak kontuan hartuta. Azterketak Garoñako zentral nuklearraren gorabeherak hartzen ditu ardatz, bai eta 2031. urtera arte ustiatzeko baimen-eskaera ere (duela gutxi eskatu da baimen hori, 2012an itxuraz zentrala betirako itxi ondoren). Aurrekaririk gabeko eskaera horrek berpiztu egin du gai hauen inguruko eztabaida (Segurtasun Nuklearrereko Kontseiluan ere): arrisku nuklearraren pertzepzioa, eskaera horren egokitasuna, eta eskaera izapidetzeko prozedura.

**HITZ GAKOAK:** Energia nuklearra. Ustiatzeko baimena. Baimentze-prozedura. Diskre-zionalitatea. Arriskuaren pertzepzioa eta parte-hartze publikoa.

**RESUMEN:** El presente trabajo aborda el análisis de los permisos de explotación de las centrales nucleares a la luz del ordenamiento jurídico español, los aspectos relacionados con su procedimiento administrativo de renovación y sus aspectos mejorables a la vista de los últimos acontecimientos, jurisprudencia y reformas normativas acaecidas. El estudio se centra en el devenir de la central nuclear de Garoña y su reciente solicitud de explotación hasta 2031, tras su aparente cese definitivo a finales de 2012. Una solicitud sin precedentes que ha vuelto a reavivar la percepción del riesgo nuclear, la conveniencia de tal solicitud y el procedimiento a seguir en su tramitación incluso dentro del propio Consejo de Seguridad Nuclear.

**PALABRAS CLAVE:** Energía nuclear. Permiso de explotación. Procedimiento autorizatorio. Discrecionalidad. Percepción del riesgo y participación pública.

**ABSTRACT:** This current work deals with the analysis of the operation permits of nuclear power plants in the light of the Spanish legal order, the aspects related to its administrative procedure for renovation and the facets to be improved considering the last events, case law and normative reforms that have happened. The study focus itself on the future of the nuclear power plant of Garoña and its recent petition of operation until 2031 after its apparent final stoppage at the end of 2012. An unprecedented petition which has revived the perception of nuclear risk, the advantage of that petition and the procedure to be followed even within the own Council for Nuclear Security.

**KEYWORDS:** Nuclear power. Permit of Operation. Procedure to authorize. Discretionality. Perception of risks and public participation.

# Secreto profesional e instrumentos electrónicos en el ejercicio de la Abogacía

Ángel Sánchez Blanco

**Sumario:** I. Presentación.—II. Marco social e institucional de la administración electrónica.—III. Marco jurídico e implicaciones conceptuales e institucionales que condicionan la entrada y el registro de Despacho de Abogado.—IV. La Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre acceso y registro al Despacho de Abogado.—V. Conclusiones.

## I. Presentación

La tramitación de la Ley Foral 11/2007, de 4 de abril, para la implantación de la Administración electrónica en la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, me permitió una distendida conversación con el profesor Demetrio Loperena Rota, sobre las desviaciones en las que podrían incurrir en su gestión electrónica, unas Administraciones aún caracterizadas por privilegios heredados del absolutismo y con un Poder Judicial en precaria situación organizativa y operativa. En recuerdo de Demetrio, recupero el contenido de aquella conversación, aprecio la efectiva materialización de uno de los peligros que el ciudadano ha tenido que asumir con la incorporación por las Administraciones de la gestión electrónica, singularizado en que la Administración actuante, pretenda utilizar las bases de datos electrónicas de los ciudadanos. La Agencia Estatal de la Administración Tributaria avala esta recuperación de memoria al requerir a sus Inspectores de Hacienda la entrada en los Despachos de Abogados y recabar información directa de los ordenadores(1).

## II. Marco social e institucional de la administración electrónica

Significativo es el contraste entre unos ciudadanos identificados con las técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas, en oportuno parafraseo del artículo 45 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas, y la gestión diaria de las Administraciones aún predeterminada por el soporte de papel, con la singular excepción del tríptico de las actividades administrativas recaudatorias: Agencia Tributaria-Tesorería de la Seguridad Social-Sanciones de Tráfico, y gráfico es el contraste entre la coherente organización y gestión informatizada de los Despachos de Abogados y la necesaria con-

---

(1) <http://www.expansion.com/2014/04/10/economia/1397156914.html>

versión en papel de los archivos informatizados para su tramitación judicial. La intencionada neutralización de la Ley 30/1992, en su objetivo de informatizar el procedimiento administrativo, como único modo de supeditar a plazo cierto la tramitación de los procedimientos y soslayar el ominoso «silencio administrativo», ha tenido continuidad en la inoperancia de la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, con la excepción del mencionado tríptico, que obliga a recordar que el ciudadano está aún en el estadio de administrado-contribuyente. En este contexto social e institucional, que muestra la superioridad social en la organización y uso de los medios de gestión, incide la metodología recaudatoria del Estado con la pretensión de aprovecharse, de modo indiscriminado, de los medios de gestión privados, con exclusión de la posible perfectibilidad de los medios organizativos y operativos de las Administraciones.

### **III. Marco jurídico e implicaciones conceptuales e institucionales que condicionan la entrada y el registro de despacho de abogado**

El deterioro institucional que afecta en estos momentos al Estado Español o Reino de España, en el que la dinámica privada y pública parece haber perdido los puntos de referencia vinculados a los principios jurídicos e institucionales, obliga al ejercicio metodológico de referenciar el marco jurídico vigente, relativo a la preservación, en el sistema jurídico español, del registro de Despacho de Abogado, con y desde la premisa, de que, en cualquier situación jurídica, es exigible expresar la conformidad a Derecho de cualquier acción administrativa, desde una actividad administrativa en el ámbito universitario a un acto de inspección tributaria por cualquiera de las dependencias hacendísticas de las Administraciones del Estado descentralizado. La consideración del marco jurídico y de las implicaciones conceptuales e institucionales que condiciona el registro de Despacho de Abogado tiene síntesis en las previsiones constitucionales y legales que se relacionan:

#### **III.1. Las determinaciones constitucionales que reconocen el «secreto profesional y la ubicación del secreto en el domicilio o despacho con la condición de inviolable e inaccesible al registro salvo conformidad, flagrante delito o previa autorización judicial**

El inicial reconocimiento del secreto profesional en el artículo 20.1 d) de la Constitución, con referencia en el «derecho a comunicar o recibir información veraz» y que determina la previsión de la regulación, por ley, del:

«derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades»,

tiene concreción, en el artículo 24.2.2, al reconocer el «derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales», con remisión a regulación por ley de:

«los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».



El reconocimiento en el artículo 18.2 de la Constitución de la inviolabilidad del domicilio:

«El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito»,

precisa las correlaciones profesionales del abogado con el secreto profesional de su actividad de defensa y asesoramiento en Derecho que tiene como marco físico de las relaciones profesionales con sus clientes su domicilio profesional, o despacho de abogado, que, en simultáneo, es el referente conceptual y espacial que materializa el depósito documental de su actividad profesional en la defensa y asesoramiento en Derecho. En el marco constitucional se inscriben, por obra del artículo 93 de la Constitución y la habilitación al Gobierno para formalizar Tratados que impliquen el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, el Tratado de la Unión Europea y la incorporación de las instituciones jurídicas españolas al «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia», Tít. V, Arts. 67-89 TUE, que proyectan en el específico ámbito de la cooperación policial y de la cooperación judicial civil y penal, la premisa del secreto profesional en el ejercicio de la profesión de abogado, desde el específico sistema jurídico español al sistema europeo, con el reconocimiento generalizado del secreto profesional, como atestigua la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

### **III.2. Las determinaciones legislativas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y su recepción por el Código Civil**

El secreto del abogado es el referente basilar para su independencia y la legislación de enjuiciamiento le exime, en simultáneo, de la obligación de declarar por los hechos que conozcan como consecuencia de las informaciones de sus clientes y de testificar sobre aquellos hechos que por concurrir la condición de imputado haya confiado a su letrado en calidad de defensor.

La previsión del artículo 262.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, al disponer:

«Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio si se tratare de un delito flagrante»,

incorpora la específica excepción del artículo 263 para los abogados y procuradores:

«La obligación impuesta en el párrafo primero del artículo anterior no comprenderá a los Abogados ni a los Procuradores respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes. Tampoco comprenderá a los eclesiásticos y ministros de cultos disidentes respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio».

Como complemento, garantizador de la función profesional del abogado en el sistema jurídico procesal, el artículo 416 de la misma Ley de Enjuiciamiento Criminal, incorpora la excepción de la condición de testigo al abogado defensor:

«Están dispensados de la obligación de declarar: ...

2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor. Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido».

En las relaciones civiles, el artículo 1247.5 del Código Civil, reproduce el esquema precedente, y declara inhábiles como testigos a

«Los que están obligados a guardar secreto, por su estado o profesión, en los asuntos relativos a su profesión o estado».

### III.3. Las determinaciones legislativas de la Ley Orgánica del Poder Judicial

La Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, con las modificaciones incorporadas por la reforma de 2003, incorpora la oportuna determinación conceptual del ámbito cubierto por el secreto profesional del abogado. El artículo 542.1 es muy preciso, primero, en la concreción del contenido del ejercicio profesional de abogado y, en secuencia, en la determinación de las garantías institucionales que requiere el ejercicio de la abogacía, con proyección última en el contenido del secreto profesional del abogado:

«Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico».

En su apartado segundo, expresa la trascendencia institucional del ejercicio profesional del abogado mediante la previsión legal de las garantías para el desempeño de su función:

«En su actuación ante los juzgados y tribunales, los abogados son libres e independientes, se sujetarán al principio de buena fe, gozarán de los derechos inherentes a la dignidad de su función y serán amparados por aquéllos en su libertad de expresión y defensa».

En coherencia con el contenido profesional de la función de abogado, el tercer párrafo del mismo precepto, determina, en un claro sentido omnicompreensivo, el contenido del secreto profesional del abogado:

«Los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias de que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos».

Las trascendencia institucional de la función de abogado tiene secuencia en la integración en el correspondiente Colegio, en el que, en correspondencia con la trascendencia pública de su ejercicio profesional y, en similitud con el régimen de ejercicio de funciones públicas, se le requiere, conforme al tenor del artículo 544 de la misma ley Orgánica del Poder Judicial, como premisa para iniciar el ejercicio profesional de abogado, el juramento o promesa de cumplir fielmente la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico:

«1. Los abogados y procuradores, antes de iniciar su ejercicio profesional, prestarán juramento o promesa de acatamiento a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. 2. La colegiación de los abogados y procuradores será obligatoria para actuar ante los juzgados y tribunales en los términos previstos en esta Ley y por la legislación general sobre Colegios profesionales, salvo que actúen al servicio de las Administraciones públicas o entidades públicas por razón de dependencia funcional o laboral».

El control del ejercicio profesional del abogado mediante la exigencia, en su caso, de responsabilidades civiles, penales y disciplinaria, se establece por el artículo 546 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en desarrollo de la previa cláusula de garantía de la función de defensa y asistencia de abogado, con la referencia exclusiva de los juzgado y tribunales ante los que desarrolla su ejercicio profesional y el Colegio de Abogados de que forma parte con su estructura institucional de Consejos territoriales:

«1. Es obligación de los poderes públicos garantizar la defensa y la asistencia de abogado, en los términos establecidos en la Constitución y en las leyes.

2. Los abogados y procuradores están sujetos en el ejercicio de su profesión a responsabilidad civil, penal y disciplinaria, según proceda.

3. Las correcciones disciplinarias por su actuación ante los juzgados y tribunales se registrarán por lo establecido en esta Ley y en las leyes procesales. La responsabilidad disciplinaria por su conducta profesional compete declararla a los correspondientes Colegios y Consejos conforme a sus estatutos, que deberán respetar en todo caso las garantías de la defensa de todo el procedimiento sancionador».

### **III.4. La garantía penal del secreto profesional**

El secreto profesional del abogado se integra en la garantía penal, establecida por el Artículo 199 del Código Penal de 1995, de revelación de secreto, tipificado en función de conocimientos adquiridos por oficio o relación laboral:

«1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años».

### **III.5. La recepción del secreto profesional en el ejercicio de la abogacía en el marco de una relación laboral**

El régimen jurídico del ejercicio profesional de abogado en régimen de relación laboral, Real Decreto 1.331/2.006 de 17 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos, incorpora, en su artículo 24.2, la específica previsión de respeto al secreto profesional:

«Los abogados incurrirán en responsabilidad disciplinaria laboral en los supuestos previstos en el art.54 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en caso de incumplimiento de las obligaciones que hubieran asumido en el contrato de trabajo. Se consideran incluidas entre las infracciones laborales a que se refiere el párrafo anterior los siguientes comportamientos o conductas de los abogados:

a) el incumplimiento de los deberes de confidencialidad, secreto profesional y fidelidad...»

### **III.6. Las determinaciones del Estatuto de la Abogacía y del régimen disciplinario establecido por el Código Deontológico Europeo y el Código Deontológico de la Abogacía Española**

El Estatuto General de la Abogacía Española, aprobado por el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, realiza una detallada regulación del secreto profesional del abogado, con la autoridad inherente a su condición de norma que trasciende el carácter de texto reglamentario del Gobierno y que agrega el valor de norma estatutaria de la Corporación Pública de la Abogacía, como reconoce la jurisprudencia, en directa correlación con la indubitada actividad de interés público de sus miembros:

«No nos encontramos ante una disposición general fundada directamente en la potestad reglamentaria del poder ejecutivo, sino ante la manifestación de una potestad normativa reconocida por la Ley a las Corporaciones colegiales y en este caso concreto a los Consejos Generales de los Colegios, a los que por mandato del artículo sexto de la Ley de Colegios Profesionales compete la elaboración de los Estatutos generales, correspondiendo al Gobierno solamente su aprobación, de modo que el criterio orientador primordial sobre el procedimiento a seguir en aquella elaboración no ha de ser el regulado con carácter general para las disposiciones que se originan en la Administración del Estado, sino que el factor esencial de dicho procedimiento habrá de ser el

recogido en la propia Ley reguladora de los Colegios, que en este caso establece como única exigencia que en la elaboración del Estatuto sean oídos los Colegios» (Sentencia de 3 julio de 2003 RJ 2003\543, Pte. Mg. Sr. Sieira Míguez).

El artículo 6 del Estatuto, en correspondencia con el artículo 542.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, precisa el contenido de la denominación y función de abogado:

«Corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en Derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en todas clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico».

La regulación del secreto profesional por el Estatuto General de la Abogacía Española, incorpora previsiones determinantes de prohibiciones en el ejercicio, normas deontológicas, condicionantes para el ejercicio colectivo de la abogacía, procedimiento de registro del despacho profesional de abogado y obligaciones con la parte defendida. En el ámbito de las prohibiciones en el ejercicio de la abogacía, el Estatuto establece, en su artículo 21.b), la prohibición de:

«Compartir locales o servicios con profesionales incompatibles, si ello afectare a la salvaguarda del secreto profesional».

El Estatuto tipifica, en el artículo 25.2,a), como conductas contrarias a las normas deontológicas la publicidad que suponga:

«Revelar directa o indirectamente hechos, datos o situaciones amparados por el secreto profesional».

En la regulación del ejercicio colectivo de la abogacía, el artículo 28.2, establece incompatibilidades vinculadas a la preservación del secreto profesional:

«La agrupación habrá de tener como objeto exclusivo el ejercicio profesional de la abogacía y estar integrada exclusivamente por abogados en ejercicio, sin limitación de número. No podrá compartir locales o servicios con profesionales incompatibles, si ello afectare a la salvaguarda del secreto profesional. Tanto el capital como los derechos políticos y económicos habrán de estar atribuidos únicamente a los abogados que integren el despacho colectivo».

El párrafo 6 del mismo precepto, establece previsiones sobre disciplina colegial, la proyección sobre todos los miembros del despacho en ejercicio colectivo, del deber de secreto profesional y de la prohibición de actuar en interés contrapuesto:

«La actuación profesional de los integrantes del despacho colectivo estará sometida a la disciplina colegial del Colegio en cuyo ámbito se efectúa, respondiendo personalmente el abogado que la haya efectuado. No obstante, se extenderán a todos los miembros del despacho colectivo el deber de secreto profesional, las incompatibilidades que afecten a cualquiera de sus integrantes y las situaciones de prohibición de actuar en defensa de intereses contrapuestos con los patrocinados por cualquiera de ellos».

En el mismo artículo 28, en su apartado 8, se establece el arbitraje colegial como fórmula para dirimir las discrepancias entre los miembros de despacho colectivo de abogados cuando afecten al secreto profesional:

«Para la mejor salvaguarda del secreto profesional y de las relaciones de compañerismo, las normas reguladoras del despacho colectivo podrán someter a arbitraje colegial las discrepancias que pudieran surgir entre sus miembros a causa del funcionamiento, separación o liquidación de dicho despacho».

El registro del despacho profesional del abogado, en estricta garantía de la inexcusable premisa profesional del abogado, expresada en el secreto profesional, tiene, en el artículo 32 del Estatuto de la Abogacía, precisas previsiones, en desarrollo reglamentario de la ley Orgánica del Poder Judicial, que sitúan, en el Decano del Colegio, la preservación de las garantías profesionales vinculadas a la función de relevancia institucional del ejercicio profesional de abogado y con el exclusivo y excluyente referente de las «diligencias», concepto que, de modo unívoco, remite a previa orden judicial :

«1. De conformidad con lo establecido por el artículo 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los abogados deberán guardar secreto de todos los hechos o noticias que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional, no pudiendo ser obligados a declarar sobre los mismos.

2. En el caso de que el Decano de un Colegio, o quien estatutariamente le sustituya, fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, competente para la práctica de un registro en el despacho profesional de un abogado, deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional.

Cierra las previsiones del Estatuto de la Abogacía, la concreción, por el artículo 42.1, de las obligaciones del abogado para con la parte por él defendida, con el vínculo de celo y diligencia para con el secreto profesional, proyectado sobre el concepto omnicomprendido de la actividad profesional abogado, en correspondencia con el artículo 542.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 6 del Estatuto de la Abogacía, ejercicio profesional de la dirección y defensa de las partes en todas clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico:

«Son obligaciones del abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de sus relaciones contractuales, el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional.

El Código Deontológico Europeo, aprobado por el Consejo de los Colegios de Abogados de la Comunidad Europea, vigente desde 28 de octubre de 1988, justifica en el punto 1.3.1 de su Exposición de Motivos su estricta funcionalidad:

«La puesta en marcha de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, así como la intensificación de la actividad transfronteriza del Abogado en el interior del Espacio Económico Europeo, han hecho necesario definir, en aras del interés general, normas uniformes aplicables a cualquier Abogado del Espacio Económico Europeo en su actividad transfronteriza, con independencia de cuál sea el Colegio al que pertenezca. La definición de tales normas tiene como fin atenuar las dificultades inherentes a la aplicación de una doble deontología como la prevista en el artículo 4 de la Directiva 77/249 de 22 de marzo de 1977»

En el punto 2.3 aporta los contenidos del derecho y del deber del Secreto Profesional del Abogado:

«1. El Abogado es depositario, en razón de su misión, de secretos de su cliente y destinatario de comunicaciones confidenciales. Sin garantía de confidencialidad no puede haber confianza de forma que el secreto profesional es considerado como el derecho y la obligación fundamental y primordial del Abogado.

2. El Abogado debe respetar el secreto de cualquier información confidencial de la que tenga conocimiento en el marco de su actividad profesional.

3. Esta obligación no está limitada en el tiempo.

4. El Abogado debe hacer respetar el secreto profesional por su personal y por cualquier persona que colabore con él en su actividad profesional».

El Código Deontológico de la Abogacía Española, aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía Española en los plenos de 27 de noviembre de 2002 y 10 de diciembre de 2002, disecciona, en su art.5, el alcance del secreto profesional. proyecta la obligación de secreto a lo conocido, en el ejercicio de su cargo, de los clientes contrarios y de sus letrados, y, en atención a los intereses implicados, dificulta, incluso aunque el mantenimiento del secreto pueda ocasionar una situación de injusticia, que se pueda levantar la obligación de no revelar lo conocido en el ejercicio profesional, y en el marco del mandato del artículo 542.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala:

«1. El deber y derecho al secreto profesional del abogado comprende las confidencias y propuestas del cliente, las del adversario, las de los compañeros y todos los hechos y documentos de que haya tenido noticia o haya recibido por razón de cualquiera de las modalidades de la actuación profesional.

2. El abogado no podrá aportar a los Tribunales, ni facilitarle a su cliente, las cartas, comunicaciones o notas que reciba del abogado de la otra parte, salvo expresa autorización del mismo.

3. Las conversaciones con los clientes, los contrarios o sus letrados, además de no poder ser grabadas sin consentimiento, están protegidas por el secreto profesional.

4. En los despachos colectivos el secreto afecta a todo el colectivo.
5. Asimismo, el secreto afecta al personal al servicio del letrado.
6. El deber de secreto permanece aún después de haber cesado en la prestación del servicio al cliente.
7. El consentimiento del cliente, por sí solo, no excusa al abogado de preservar el secreto».
8. En el supuesto de que el mantenimiento del secreto cause perjuicios irreparables o flagrantes injusticias, se podrán buscar procedimientos alternativos para la mejor solución del problema planteado, ponderando los bienes jurídicos en conflicto».

### **III.7. Las determinaciones de la legislación tributaria y su remisión a las previsiones de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de Jurisdicción Contencioso Administrativa, para el cumplimiento de la exigencia de autorización judicial para la entrada, en el domicilio de los obligados tributarios, en garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio**

El análisis de la legislación tributaria a efectos de apreciar el ámbito competencial de la Inspección Tributaria requiere el análisis de las previsiones de la Ley 58/2003, General Tributaria, y el vínculo que establece, su artículo 113, en el ámbito estricto del procedimiento tributario, entre autorización judicial y entrada en el domicilio de los obligados tributarios, en el supuesto de que fuera necesaria la entrada en domicilio y con la excepción de que se produzca el consentimiento del obligado tributario:

«Cuando en los procedimientos de aplicación de los tributos sea necesario entrar en el domicilio constitucionalmente protegido de un obligado tributario o efectuar registros en el mismo, la Administración tributaria deberá obtener el consentimiento de aquél o la oportuna autorización judicial».

En este marco, las «Potestades y funciones de comprobación e investigación», configuradas por el artículo 115 de la Ley, las «Facultades de Inspección de los tributos», determinadas por el artículo 142 de la Ley, y las correlativas previsiones contenidas en el Real Decreto 1065/2007, por el que se aprueba el Reglamento General de Actuaciones y los Procedimientos de Gestión e Inspección Tributarios y de Desarrollo de las Normas Comunes de los Procedimientos de Aplicación de los Tributos, están precondicionadas por la delimitación del derecho fundamental de la inviolabilidad del domicilio, proclamado por el considerado artículo 18.2 de la Constitución, al establecer el carácter inviolable del domicilio y disponer, como requisito previo para el acceso o registro, si no concurre consentimiento o situación de flagrante delito, el requisito de resolución judicial. La delimitación, en el contenido del derecho de inviolabilidad de domicilio, de la previa exigencia de «resolución» o «autorización judicial», incorporada por el transcrito artículo 113, es el inevitable corolario exigido por el artículo 550 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882:



«Podrá asimismo el Juez instructor ordenar en los casos indicados en el artículo 546 la entrada y registro, de día o de noche, si la urgencia lo hiciere necesario, en cualquier edificio o lugar cerrado o parte de él, que constituya domicilio de cualquier español o extranjero residente en España, pero precediendo siempre el consentimiento del interesado conforme se previene en el artículo 6.º de la Constitución, o a falta de consentimiento, en virtud de auto motivado, que se notificará a la persona interesada inmediatamente, o lo más tarde dentro de las veinticuatro horas de haberse dictado».

El artículo 87.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial incorporó similar contenido, que ha sido asimilado por la Ley 29/1998, de Jurisdicción Contencioso Administrativo, al atribuir en su artículo 8.6, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la competencia para conocer de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública, referente jurisdiccional, integrado en el artículo 91.2 de la LOPJ, en su redacción dada por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, al disponer:

«Corresponde también a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo autorizar, mediante auto, la entrada en los domicilios y en los restantes edificios o lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, cuando ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración».

Este precepto modifica, con fortuna, la distribución de competencia jurisdiccionales, que estableció el citado artículo 87,2 de la LOPJ y la atribución que realizó a los Juzgados de Instrucción, de tal modo que un órgano jurisdiccional conocía de determinadas actuaciones de las Administraciones Públicas sujetas a Derecho administrativo, cuando, por disponerse la ejecución de un acto administrativo, es más coherente que el órgano judicial al que corresponde la competencia para otorgar la autorización sea del propio orden Contencioso-Administrativo.

### **III.8. Las determinaciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el reconocimiento del «Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial», a la «Presunción de inocencia y derechos de la defensa» y del «Derecho a una buena administración»**

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, en el ámbito de los Derechos de la Ciudadanía Europea, reconoce al ciudadano europeo, históricos y no relativizables Derechos: a la tutela judicial efectiva, a juez parcial y a la presunción de inocencia, artículo 47, que, por sí, fundamentan la funcionalidad del abogado como referente estructural de la Justicia. Agrega a efectos de la función profesional de abogado el reconocimiento de «los derechos de la defensa», artículo 48, que hace explícita la correlación abogado-cliente, bien sea en condición de abogado-cliente imputado, en el ámbito procesal penal, bien implique la correlación abogado-

cliente con el contenido de consultor de su situación jurídica en las muy diversas situaciones jurídico privadas o jurídico públicas.

El reconocimiento institucional que la Carta de los Derechos Fundamentales aporta a la función de abogado, tiene especial trascendencia, por el hecho de que, como muy significativo complemento al enunciado de los Derechos, perfila los contenidos de la función profesional de abogado, con las precisiones, que realiza el párrafo segundo del artículo 47, del derecho de toda persona a que «su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley», y con un significativo agregado en secuencia con el literal transcrito:

«Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar».

En la función profesional de «aconsejar, defender y representar» se expresa la función institucional de abogado, avalada por los estudios reglados, que permiten la obtención del correspondiente título nacional de Licenciado o Graduado en Derecho, y por la colegiación obligatoria en el correspondiente Colegio de Abogados, con el cumplimiento del significativo requisito de juramento o promesa de cumplir fielmente las obligaciones del cargo de abogado con respeto a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico y con los vínculos de derechos y deberes que están contenidos en el Estatuto de la Abogacía y en los Códigos Deontológicos de la Abogacía Europea y Española.

En la función profesional del abogado de «aconsejar, defender y representar», con la cobertura del derecho fundamental de la intimidad del aconsejado, defendido o representado, está la esencia «del respeto de los derechos de la defensa» explicitado por el segundo párrafo del artículo 48, y en la intimidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio, proyectada en el despacho del abogado, se sitúa la intimidad del cliente con la garantía de la inviolabilidad del despacho profesional, referente material preservador del «secreto profesional» acuñado por la Constitución y garantizado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, mediante la tutela judicial de las órdenes que preservan el registro del despacho de abogado de la intervención administrativa.

En el marco expuesto incide la acuñación del «Derecho a la buena administración», con intencionales minúsculas, en lógica correspondencia con la asimilación de este derecho, por el artículo 41.2, con los específicos contenidos del procedimiento administrativo:

«Este derecho incluye en particular:

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,
- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial
- la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones».

El derecho a una buena administración contribuye a significar, que la actividad de la Inspección de Hacienda que pretendiera proyectarse sobre el secreto profesional de despacho de abogado con la posible ignorancia de la reserva legal al Juzgado correspondiente para habilitar su posible registro, incurriría en la vulneración del derecho

a la buena administración, con la posible demanda del Estado Español o Reino de España ante la instancia jurisdiccional europea.

### **III.9. La doctrina del Tribunal Constitucional en garantía del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio**

Las garantías jurídicas que permiten materializar el derecho a la inviolabilidad del domicilio disponen de una consolidada doctrina constitucional:

«Muy específicamente, desde la STC 290/1994 (antes en el ATC 349/1988 y después en las más recientes SSTC 309/1994, 133/1995 y 182/1995, que de la primera pueden considerarse secuela), hemos expresado que «la entrada en el domicilio sin el permiso de quien lo ocupa, ni estado de necesidad, sólo puede hacerse si lo autoriza o manda el Juez competente y en tal autorización descansa, a su vez, el registro domiciliario, según refleja el grupo de normas pertinentes (arts. 18.2 C.E., 87.2 L.O.P.J. y 546 L.E.Crim.)», (Sentencia Tribunal Constitucional 94/1999, de 31 de mayo de 1999, Pte. Mg. Sr. Vives Antón.

Doctrina que se proyecta desde el derecho de las personas físicas a las personas jurídicas:

«... nuestro Texto Constitucional, al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente en cuanto a las personas jurídicas, del mismo modo que este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse respecto de otros derechos fundamentales, como pueden ser los fijados en el artículo 24 de la CE.

En suma, la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezcan o sean incompatibles con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo» (S.T.C. 137/1985 de 17 de octubre, Pte. Mg. Sr. Pera Verdaguer, F.Jco. 3)

La preservación de los documentos societarios al conocimiento de terceros, es objeto de la incorporación por el Tribunal Constitucional al ámbito cubierto por el derecho a la inviolabilidad del domicilio:

«...se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan re-

servados al conocimiento de terceros» (S.T.C. 69/1999, de 26 de abril de 1999. Pte. Mg. Sr. González Campos, F.Jco, 2, in fine).

Particular transcendencia ha tenido y tiene la paradigmática Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero, de la que fue ponente el Magistrado Sr Díez-Picazo y Ponce de León, que neutralizó la práctica preconstitucional — amparada en el privilegio de autotutela administrativa— en el específico ámbito de la inviolabilidad del domicilio, aportando fehaciente materialidad a este derecho fundamental y, cuya ejemplar secuencia de fundamentos jurídicos permite apreciar la más afortunada síntesis jurídico constitucional sobre la inviolabilidad de domicilio y, por efecto inducido, de despacho de abogado.

Precisa el ámbito conceptual del domicilio y, por inducción, del despacho profesional:

«... la idea de domicilio que utiliza el artículo 18 de la Constitución no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado, y en especial en el artículo 40 del Código Civil, como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones. Como se ha dicho acertadamente en los alegatos que en este proceso se han realizado, la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona. Por ello existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y el registro en un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de privacidad (art. 18.1 de la Constitución). Todo ello obliga a mantener, por lo menos «prima facie», un concepto constitucional de domicilio en mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo...» (F.Jco. 2).

Establece los específicos instrumentos que contribuyen a la protección del domicilio o despacho profesional:

«El párrafo segundo del artículo 18 concreta la inviolabilidad del domicilio en la interdicción de entrada en él y en la interdicción del registro. Estos términos, no obstante su aparente concreción, deben considerarse comprensivos de toda invasión que rompa el bien jurídico protegido.

En el texto constitucional, la norma de interdicción de entrada y de registro sólo admite unas excepciones muy determinadas: el consentimiento del titular, que según el texto del precepto no necesita ser expreso; la existencia de una resolución judicial que la autorice y la producción de un delito flagrante, caso en el cual los perseguidores pueden continuar la persecución del domicilio de la persona afectada» (F. Jco. 3).

Neutraliza las alegaciones de la Fiscalía al pretender hacer valer el privilegio de decisión ejecutiva y ejecutoria, amparado en fines sociales configurados en clave administrativa:

«El carácter taxativo de las excepciones hace que no se puedan compartir algunas de las afirmaciones que en el presente proceso han sido hechas por el Fiscal General del Estado y las que en el previo proceso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales hizo la Audiencia Territorial de Albacete. Es la primera la de que, según el artículo 546 de la LECr., sólo el Juez que conoce de una causa criminal puede expedir un mandamiento de entrada y registro, y que el artículo 117, apartados 3 y 4, de la Constitución impide al Poder Judicial ejercitar otras funciones que no sean las de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado. Por ello se entiende que fuera de los casos del artículo 546 de la LECr y de aquellos otros en que tal medida se encuentre expresamente establecida por una Ley, como es el caso del artículo 130 de la Ley Tributaria para que el recaudador pueda entrar en el domicilio del contribuyente moroso, el Juez no puede expedir un mandamiento de entrada y registro. Esta tesis no puede ser compartida. De conformidad con una larga y ya tradicional doctrina de este Tribunal, la Constitución no es sólo la norma que fundamenta la organización política de la comunidad y el ordenamiento jurídico entero, sino que es también una norma de ejecución y efectos inmediatos. Ello es, además, indiscutible respecto de los preceptos contenidos en los artículos 14-30, por ser objeto del proceso de amparo. Por consiguiente, la autoridad judicial está investida de la suficiente potestad para otorgar las autorizaciones de entrada y registro, de la misma manera que ocurre en el apartado 3.º del artículo 18, donde se inviste a los jueces de potestad para permitir el levantamiento parcial del secreto de las comunicaciones.

La segunda de las razones que esgrime el Fiscal General del Estado es la idea de que «el ejercicio de un derecho fundamental no puede alegarse para entorpecer un fin social, que, como general, es de rango superior». Una afirmación como la anterior, realizada sin ningún tipo de matizaciones, conduce ineludiblemente al entero sacrificio de todos los derechos fundamentales de la persona y de todas las libertades públicas a los fines sociales, lo que es inconciliable con los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama. Existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución. Así, por ejemplo, el artículo 33 delimita el derecho de propiedad de acuerdo con su función social. No ocurre esto en materia de inviolabilidad del domicilio, donde la Constitución no dice que deba sacrificarse a cualquier fin social, que, en general, será de rango superior por serlo, y únicamente menciona de modo expreso la presunción de un delito flagrante como causa bastante para el sacrificio del derecho, aunque esta norma sea susceptible de desarrollos diferentes» (F.Jco. 3).

El Tribunal Constitucional corrige a la Sala de instancia y neutraliza desviaciones de los mandatos constitucionales, mediante la afirmación, obvia, del obligado ajuste de la legalidad ordinaria al orden constitucional:

«Tampoco podemos compartir, como hemos dicho, algunas de las afirmaciones hechas en el proceso previo de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. La sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de Justicia de fecha 7 de diciembre de 1982, recaída en la apelación del recurso contencioso-administrativo tramitado ante la Audiencia Territorial de Albacete, desestima el recurso de doña María Dolores T. P. señalando, entre otras cosas, que la interpretación del precepto de la Constitución que se había adoptado es la «acorde con el conjunto del ordenamiento jurídico», que ha de ser —en opinión del Tribunal— «armónico entre sus normas» para posibilitar el «juego de todas sus respectivas esferas de actuación sin interferencias esterilizantes». En el razonamiento que se acaba de mencionar se produce una inversión en el orden de utilización de los cánones hermenéuticos y en los resultados de los mismos, pues no se impone —como sería lógico— un reajuste en la interpretación de los preceptos de la legalidad ordinaria para acordarlos con los preceptos de la Constitución, sin que, por el contrario, según entiende dicha sentencia, es la Constitución la que debe ser interpretada de acuerdo con el resto del ordenamiento jurídico. Sin negar que en algunas ocasiones esta vía interpretativa pueda ser útil, no es la que primeramente debe seguirse. Por el contrario, es la legalidad ordinaria la que debe ajustarse en su inteligencia y en su aplicación al orden constitucional. (F. Jco. 3).

El Tribunal Constitucional se anticipa a la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial por la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, al reconocer la competencia de los Juzgados de lo Contencioso y desautoriza el argumento de pretender desautorizar la entonces necesaria intervención del juez penal cuando se trataba de un asunto administrativo:

«La segunda de las afirmaciones que la sentencia referida hace se encuentra próxima a los alegatos del fiscal, que antes hemos estudiado. Se dice que si en el ejercicio de la facultad ejecutiva reconocida a la Administración en la Ley de Procedimiento Administrativo, relacionada en el presente caso con la observancia del artículo 184 de la Ley del Suelo y el artículo 51 del Reglamento de Disciplina Urbanística, se requiere autorización judicial para la entrada de la Policía Municipal en el domicilio de una persona, sería tanto como someter la valoración normativa a un Juez carente de jurisdicción para ello. La sentencia dice que repugna la actuación judicial, porque se convertiría en un automatismo formal que, además, tampoco serviría para la finalidad de garantizar los derechos individuales afectados y que ello significaría desplazar al Juez de su natural campo de indagación sumarial con las facultades que le conceden a tal fin los artículos 546 y siguientes de la LECr. Esta argumentación recogida parcialmente por el Fiscal general del Estado, la hemos examinado ya, pero merece algún comentario adicional. Ante todo, hay que dejar claro que el Juez a quien se confiere la protección del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio no es necesariamente el Juez penal encar-

gado de una instrucción sumarial, el cual sólo tiene que intervenir cuando la entrada en un domicilio guarde relación directa con la investigación sumarial que llevan a cabo. Nada permite inferir que ningún orden jurisdiccional —fuera del Juez penal— puede intervenir cuando se le solicite la autorización para la entrada en el domicilio de una persona. Pensar que el Juez carece de jurisdicción es hacer supuesto de la cuestión debatida, que es precisamente ésta. Y nada autoriza, finalmente, a pensar que el Juez a quien el permiso se pide y competente para darlo debe funcionar con un «automatismo formal». No se somete a su juicio, ciertamente, una valoración de la acción de la Administración, pero sí la necesidad justificada de la penetración en el domicilio de una persona» (F.Jco. 3).

La doctrina constitucional determina el preciso contenido de la autotutela administrativa, en todo caso, supeditada al respeto a los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución y al preceptivo control jurisdiccional:

«La potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución. Es verdad que el artículo 117.3 de la Constitución atribuye al monopolio de la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los Jueces y Tribunales establecidos en las Leyes, pero no es menos cierto que el artículo 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración Pública ha de atenerse el de eficacia «con sometimiento pleno de la Ley y al Derecho», significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración Pública con arreglo al artículo 103 de la Constitución y, por ende, puede ser ejercida por las autoridades municipales, pues aun cuando el artículo 140 de la Constitución establece la autonomía de los municipios, la Administración municipal es una Administración pública en el sentido del antes referido artículo 103.

Una vez admitida la conformidad con la Constitución de la potestad administrativa de autotutela, en virtud de la cual se permite que la Administración emane actos declaratorios de la existencia y límites de sus propios derechos con eficacia ejecutiva inmediata, hay en seguida que señalar que la Administración, que a través de sus órganos competentes procede a la ejecución forzosa de actos administrativos, tiene en los actos de ejecución que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución. La vigente Ley de Procedimiento Administrativo lo establece así en el artículo 108, al ordenar al respecto de la dignidad de la persona humana y de los derechos fundamentales de la persona cuando se trata de ejecutar una obligación personalísima de no hacer o de soportar, que se ejecuta por compulsión directa sobre la persona. No es éste claramente el caso que a nosotros nos ocupa, pues los actos de

compulsión directa sobre la persona de la demandante del amparo, si existieron, no han sido traídos a este proceso como objeto del mismo. Sin embargo, la regla del respeto de los derechos fundamentales del artículo 108 de la Ley de Procedimiento Administrativo, anterior a la Constitución debe generalizarse a todos los casos de ejecución forzosa por la Administración con mayor motivo después de la entrada en vigor de la Constitución. De esta manera, el objeto central de nuestro asunto se reduce a constatar si cuando la ejecución forzosa realizada en un procedimiento administrativo por la Administración, en virtud de la llamada autotutela de ejecutar sus propias decisiones, requiere la entrada o el registro en el domicilio de una persona, para llevarlo a cabo basta el título que ordena la ejecución o es preciso dar cumplimiento a los requisitos del artículo 18 de la Constitución (F. Jco. 4).

La doctrina constitucional garantiza la intangibilidad del domicilio o despacho profesional mediante la inexcusable autorización judicial previa en el control de las actuaciones administrativas que afecten a la inviolabilidad de domicilio y, por lógica secuencia, al despacho de abogado, con la protección que, conforme ya ha sido apreciado, la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Estatuto de la Abogacía aportan:

«El artículo 18, apartado 2, de la Constitución contiene dos reglas distintas; una tiene carácter genérico o principal, mientras la otra supone una aplicación concreta de la primera y su contenido es por ello más reducido. La regla primera define la inviolabilidad del domicilio, que constituye un auténtico derecho fundamental de la persona establecido, según hemos dicho, para garantizar el ámbito de privacidad de ésta dentro del espacio limitado que la propia persona elige y que tiene que caracterizarse precisamente por quedar exento o inmune a las invasiones o agresiones exteriores de otras personas o de la autoridad pública. Como se ha dicho acertadamente, el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella. Interpretada en este sentido, la regla de la inviolabilidad del domicilio es de contenido amplio e impone una extensa serie de garantías y de facultades, en las que se comprenden las de vedar toda clase de invasiones, incluidas las que puedan realizarse sin penetración directa por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos.

La regla segunda establece un doble condicionamiento a la entrada y al registro, que consiste en el consentimiento del titular o en la resolución judicial. La interdicción fundamental de este precepto es la del registro domiciliario, entendido como inquisición o pesquisa, para lo cual la entrada no es más que un trámite de carácter instrumental. Contempladas desde esta perspectiva las cosas, puede extraerse la conclusión de que en toda actividad de ejecución de sentencias o decisiones lleva-



da a cabo por los órganos públicos en que se produce, bien que necesariamente, el ingreso de los órganos ejecutores en un domicilio privado se realiza en mayor o menor medida una inquisición de éste. De la facultad que el titular del derecho sobre el domicilio tiene de impedir la entrada en él es consecuencia que la resolución judicial o la resolución administrativa que ordenan una ejecución que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado, por sí solas no conllevan el mandato y la autorización del ingreso, de suerte que cuando éste es negado por el titular debe obtenerse una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas. La regla anterior no es aplicable únicamente a los casos en que se trata de una resolución tomada por la Administración en virtud de un principio de autotutela administrativa, como ocurre en el presente caso. A la misma conclusión se puede llegar cuando la decisión que se ejecuta es una resolución de la Jurisdicción ordinaria en materia civil. Si los agentes judiciales encargados de llevar, por ejemplo, a cabo un desahucio o un embargo encuentran cerrada la puerta o el acceso de un domicilio, sólo en virtud de una específica resolución judicial pueden entrar. Por consiguiente, el hecho de encontrarse ejecutando una decisión, judicial o administrativa, legalmente adoptada, no permite la entrada y el registro en un domicilio particular. Sin consentimiento del titular o resolución judicial, el acto es ilícito y constituye violación del derecho, salvo el caso de flagrante delito y salvo, naturalmente, las hipótesis que generan causas de justificación, como puede ocurrir con el estado de necesidad» (F. Jco. 5)

En el marco de la racionalidad en la exacción de los tributos y de la funcionalidad requerida en el ejercicio de las competencias de la Inspección Tributaria, el Tribunal Constitucional constata su trascendencia:

«A este respecto es indiscutible que la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria (SSTC 79/1990, de 26 de abril, FJ 3; 46/2000, de 17 de febrero, FJ 6; 194/2000, de 19 de julio, FJ 5; y 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 5), razón por la cual este Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de declarar que para el efectivo cumplimiento del deber que impone el art. 31.1 CE es imprescindible la actividad inspectora y comprobatoria de la Administración tributaria, ya que de otro modo se produciría una distribución injusta en la carga fiscal (SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; y 76/1990, de 26 de abril, FJ 3). De lo anterior se sigue que el legislador ha de habilitar las potestades o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 3)». (Sentencia 233/2005, de 26 de septiembre de 2005, Pte. Mg. Sr. Jiménez Sánchez, F.Jco. 5).

No obstante, el límite de los derechos fundamentales, y la precisión de reserva legal, con la puntualización por el Tribunal Constitucional de reserva de ley en sentido estricto, preconditiona la actividad administrativa en su posible incidencia sobre sus efectivos contenidos:

«Con carácter general hemos declarado que la previsión legal de una medida limitativa de derechos fundamentales es condición de su legitimidad constitucional. En la STC 49/1999, de 5 de abril, sostuvimos que «por mandato expreso de la Constitución, toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas, ora incida directamente en su desarrollo (art. 81.1 CE), o limite o condicione su ejercicio (art. 53.1 CE), precisa una habilitación legal. Esa reserva de ley a que, con carácter general, somete la Constitución española la regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en su título I, desempeña una doble función, a saber: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un ordenamiento jurídico como el nuestro, en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos 'únicamente al imperio de la Ley' y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996), constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho (STC 27/1981, FJ 10)» [STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4; y en el mismo sentido, SSTC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6; y 184/2003, de 23 de octubre, FJ 6 a)]. Por consiguiente la injerencia en los derechos fundamentales sólo puede ser habilitada por la ley en sentido estricto, lo que implica condicionamientos en el rango de la fuente creadora de la norma y en el contenido de toda previsión normativa de limitación de los derechos fundamentales [STC 169/2001, FJ 6; y 184/2003, FJ 6 a)].» (F.Jco.6.2)

#### **IV. La Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre acceso y registro al Despacho de Abogado**

La solvente, acreditada, y vinculante, doctrina en Derecho, contenida en la sólida doctrina jurisdiccional consolidada, con ejemplar firmeza, por las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ratifica el marco jurídico español. El Tribunal ha realizado, desde la década de los años noventa del pasado siglo, una interpretación unívoca, del artículo 8 del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en el control de las desviaciones, que los Estados que han suscrito el Convenio, han provocado en el específico punto del registro de Despacho de Abogado por las autoridades.

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tiene síntesis en los fundamentos en Derecho que transcribo, extraídos de las más recientes Sentencias del

Tribunal, con la referencia por el propio Tribunal a las Sentencias precedentes, en aplicación del artículo 8 del Convenio:

«1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

#### **IV.1. El Caso Golovan contra Ucrania. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5.<sup>a</sup>), Sentencia de 5 julio 2012, JUR/2012/236476**

Es un elocuente testimonio que agrega su proximidad temporal, con síntesis de las precedentes Sentencias.

El tribunal aprecia en relación con las pretensiones del demandante, abogado en ejercicio, que formalizó contrato de servicios legales con una empresa a la que la Agencia Tributaria denuncia por actuaciones de carácter penal de los titulares de la empresa y genera una orden de registro de la documentación empresarial depositada en el despacho del abogado:

«51. El registro del despacho de un abogado requiere pedir al Tribunal que considere la cuestión desde el punto de vista de la interferencia con la «vida privada», «casa» y «correspondencia» (ver Niemietz contra Alemania, 16 de diciembre de 1992, § § 29-33, Serie A no B 251; Sallinen y otros contra Finlandia, no 50882/99, § § 70 72, 27 de septiembre de 2005; y Wieser y Bicos Beteiligungen GmbH contra Austria, no 74336/01, § § 43-45, TEDH 2007 IV).

52. En el presente caso, los oficiales de policía entraron en el despacho del abogado demandante, y en su búsqueda se apoderaron de una serie de documentos contractuales, financieros y fiscales que habían sido confiados por el cliente.

53. Las medidas denunciadas han interferido en la vida profesional del abogado demandante: han tenido repercusiones para su reputación como abogado y han afectado al conjunto de relaciones personales que desarrolla en su actividad profesional. En consecuencia, las medidas tuvieron un serio impacto en la vida privada del abogado demandante en el sentido de la Convención (véase Özpınar contra Turquía, No 20999/04, § § 45 y 46, 19 de octubre de 2010, y la jurisprudencia citada). Además de eso, las medidas impugnadas ocurrieron en el despacho del abogado, que estaba cubierto por el concepto de «hogar» (véase, por ejemplo, Heino contra Finlandia, No 56720/09, § 33, 15 de febrero de 2011).

54. Por tanto, el Tribunal considera que estas acciones de las autoridades estatales interfirieron con el derecho del abogado demandante afectando a su «vida privada» y «casa» en el sentido del artículo 8 de la Convención.

(ii) Justificación de la injerencia

55. El Tribunal debe examinar si la interferencia cumplía los requisitos del párrafo 2 del artículo 8.

56. La expresión «de conformidad con la ley» requiere, en primer lugar, que la medida impugnada deba tener alguna base en el Derecho interno, en segundo lugar, se refiera a la aplicación de la Ley en cuestión, comprensible para los afectados, y sea compatible con el Estado de Derecho (véase, entre otras autoridades, Kopp contra Suiza, 25 de marzo de 1998, § 55, Repertorio de sentencias y resoluciones 1998 II).

57. La frase implica por lo tanto, entre otras cosas, que la legislación interna debe ser lo suficientemente previsible en sus términos para dar a los individuos una información adecuada sobre las circunstancias en que se aplica así como las condiciones en que las autoridades tienen derecho a recurrir a medidas que afecten a sus derechos en virtud de la Convención (ver CG y otros contra Bulgaria, n.º 1365/07, § 39, 24 de abril de 2008). La ley debe permitir, además, un grado de protección legal contra las injerencias arbitrarias de las autoridades. La existencia de garantías procesales específicas es pertinente en este contexto. Lo que se requiere a través de esta salvaguardia dependerá, en cierta medida, al menos, de la naturaleza y el alcance de la intervención de que se trate (véase el PG y JH contra Reino Unido, no. 44787/98, § 46, ECHR 2001 IX) .

58. Volviendo al caso que nos ocupa, la primera pregunta es si la injerencia en cuestión tenía alguna base en el derecho interno. A este respecto el Tribunal observa que, de acuerdo con el artículo 30 de la Constitución y el artículo 177 del Código de Procedimiento Penal, el registro de una vivienda o de otra posesión de una persona debe llevarse a cabo con la autorización previa de un Tribunal, salvo en los casos urgentes relacionados con el rescate de la vida humana y la preservación de la propiedad o con el ejercicio directo de presuntos delincuentes.

59. La Corte no encuentra ninguna indicación en cuanto a por qué estos requisitos de las leyes nacionales no deberían haberse aplicado en el caso del abogado demandante. En particular, las autoridades no dicen que ha habido un caso urgente en el sentido del artículo 30 de la Constitución o del artículo 177 del Código de Procedimiento Penal. Ni tampoco se refieren a cualquier otra razón plausible para justificar la desviación de los requisitos de la legislación nacional. En concurrencia, los Tribunales nacionales, basándose, entre otras cosas, en las disposiciones antes mencionadas de la legislación nacional, resolvieron que la búsqueda no había sido legal.

60. En cuanto al cumplimiento de la Ley de la abogacía, el artículo 10 declara una prohibición general de examen, divulgación y utilización de los documentos encomendados a un abogado o que estén relacionados con su actividad profesional sin su consentimiento. No está claro sin embargo,

cómo esta disposición se corresponde con las actividades legales de otros actores de la vida social. En particular, ni esta sección, ni ninguna otra disposición de derecho interno se ocupan específicamente de las excepciones legítimas que autoricen la interferencia con el secreto profesional del abogado de los órganos de investigación. En efecto, la Convención no prohíbe la imposición de ciertas obligaciones a los abogados que pueden afectar a sus relaciones con sus clientes (ver André y otros contra Francia, no 18603/03, § 42, 24 de julio de 2008; Jacquier contra Francia (dec.), no 45827/07, 1 de septiembre de 2009; y Xavier Da Silveira contra Francia, no 43757/05, § 37, 21 de enero de 2010). En consecuencia, la prohibición legal absoluta, encaminadas a proteger la inviolabilidad de la profesión de abogado, no podía aplicarse de manera coherente y sin la introducción de nuevas normas vinculantes en materia de injerencia justificada con material privilegiado. En el estado actual de la legislación nacional las autoridades intervinientes operaron plena discrecionalidad en la determinación de qué manera el artículo 10 de la Ley de la abogacía se correspondía con el Código de Procedimiento Penal y otras disposiciones legislativas en cada caso particular. En estas circunstancias, el Tribunal considera que la aplicación de la legislación nacional no cumplió con el estándar de previsibilidad consagrados en la Convención (ver Narinen contra Finlandia, No 45027/98, § § 35 y 36, 1 de junio de 2004).

61. La autorización de registro debe basarse en una sospecha razonable y estar redactada con suficiente precisión y detalle. La compatibilidad de una orden de registro con estos requisitos ha sido siempre un motivo de preocupación para el Tribunal (ver, entre muchas otras, Niemietz, antes citada, § 37; Van Rossem contra Bélgica, no 41872/98, § 45, 09 de diciembre 2004; Smirnov contra Rusia, no 71362/01, § 47, 7 de junio de 2007. Iliya Stefanov contra Bulgaria, n.º 65755/01, § § 40 y 41, 22 de mayo de 2008, y Mancevschi v Moldova, n.º 33066/04, § § 47 y 48, 7 de octubre de 2008). Como resultado de ello, la orden de allanamiento en el presente caso no especifica ni justifica las razones que llevaron al Inspector a la conclusión de que la evidencia se puede identificar en la oficina del abogado demandante.

62. A continuación, el Tribunal recuerda que la prosecución de las garantías de ejercicio de los profesionales del derecho está el corazón mismo del sistema de la Convención (véase Elci y otros contra Turquía, núms. 23145/93 y 25091/94, § 669, 13 de noviembre de 2003). Una invasión de secreto profesional puede tener repercusiones en la administración de la justicia y por lo tanto de los derechos garantizados por el artículo 6 de la Convención (Niemietz, antes citada, § 37). Por tanto, el registro de los locales de abogados debe ser objeto de especial cautela y motivación. Salvaguardias apropiadas, tales como la presencia y la participación efectiva de un testigo independiente, siempre deben estar disponibles en el curso del registro del despacho de un abogado para asegurarse que no afecte al material sujeto a secreto profesional (ver André y otros, antes citada, § § 43 y 44, 24 de julio de 2008, y Aleksanyan contra Rusia, no. 46468/06, § 214, 22 de diciembre de 2008).

63. El Tribunal ha sostenido que tal observador debe tener cualificación jurídica necesaria para poder participar efectivamente en el procedimiento (véase, por ejemplo, *Iliya Stefanov contra Bulgaria*, antes citada, § 43, y *Kolesnichenko contra Rusia*, No 19856/04, § 34, 9 de abril de 2009). Por otra parte, debe ser también obligado en la relación abogado-cliente garantizar la protección de los contenidos reservados y los derechos de los terceros. Por último, el testigo debe estar provisto con los poderes necesarios para ser capaz de evitar que, en el curso del procedimiento de selección se produzca cualquier posible interferencia con el secreto profesional del abogado (véase, por ejemplo, *Wieser y Bicos Beiteiligungen GmbH*, antes citada, § 62).

64. En opinión del Tribunal, la legislación nacional no prevé garantías adecuadas para la supervisión de la búsqueda de un testigo independiente capaz de evitar injerencias arbitrarias en la labor de un abogado. Ni el Código de Procedimiento Penal (artículo 127), ni la Ley de la abogacía exigen ninguna cualificación (educación, experiencia, lugar de trabajo, etc.) para los testigos instrumentales para la garantía del registro en el despacho de un abogado. Los testigos tampoco disponen los medios adecuados para prevenir la arbitrariedad en el curso de la búsqueda. En consideración al contenido de la regulación legislativa, no es de extrañar que en el presente caso, los testigos instrumentales, invitados por la policía, resultaron ser dos jóvenes estudiantes de una academia de la construcción de maquinaria sin ninguna experiencia relevante ni la calificación jurídica que les haya permitido desempeñar un papel de garante significativo contra la interferencia arbitraria para el material cubierto por el privilegio abogado-cliente. Ni siquiera han podido establecer que las autoridades incautaron en realidad, documentos que no habían sido incluidos en los límites cronológicos fijados en la orden de registro.

65. En vista de lo anterior, el Tribunal concluye que la interferencia en cuestión no era «conforme a la ley»: las medidas impugnadas contravienen las disposiciones de la legislación nacional, por otra parte, la legislación nacional aplicable no era suficientemente previsible y no proporcionó un apropiado grado de protección contra las arbitrariedades. Por estos motivos ha sido infringido el Artículo 8 de la Convención».

#### **IV.2. Sentencia, Caso Mancevschi contra Moldavia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4.ª), Sentencia de 7 octubre 2008, TEDH200876**

El criterio del Tribunal no relativiza la firmeza de los fundamentos jurídicos, al enjuiciar la citación del abogado demandante por un Inspector de Policía para declarar como testigo en el caso de su cliente con sucesivo registro de su despacho de abogado:

«39... El Tribunal reitera que el registro del despacho de un abogado ha sido considerado una injerencia en la «vida privada» y la «correspon-

dencia» y, potencialmente, hogar, en el sentido amplio implícito en el texto francés que utiliza el término «domicile» (ver Niemietz contra Alemania, de 16 diciembre 1992 [ TEDH 1992, 77 ] , aps. 29-33, series A núm. 251-B, y Tamosius contra el Reino Unido (dec.), núm. 62002/00, ECHR 2002-VIII; ver también Sallinen y otros contra Finlandia [ TEDH 2005, 97], núm. 59882/99, ap. 71, de 27 septiembre 2005, que confirma que el registro del local de trabajo de un abogado también interfiere en su derecho al respeto de su «hogar», y Wieser y Bicos Beteiligungen GmbH contra Austria [ PROV 2007, 306045] , núm. 74336/01, ap. 43, ECHR 2007-...).

El Tribunal está de acuerdo con las partes, en el caso que nos ocupa, en que el registro del despacho y el apartamento del demandante equivale a una injerencia en sus derechos garantizados en virtud del artículo 8 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572).

46. En relación con las garantías contra el abuso expuestas en la legislación Moldava, el Tribunal observa que el registro del despacho y del apartamento del demandante estaba autorizado por el Juez de Instrucción. La potestad del instructor para llevar a cabo un registro se limitaba sólo a acciones autorizadas por un funcionario judicial independiente, procedimiento que se siguió en el presente caso.

47. El Tribunal señala que la orden de registro emitida por el Juez Instructor, repitiendo prácticamente por completo la orden dictada por el inspector (ver apartados 11 y 14 supra), no proporcionaba detalles sobre qué se estaba buscando. Más bien, la orden estaba formulada en términos totalmente generales, simplemente autorizando «un registro en la oficina (del demandante) de Lex Consulting S.R.L sita en (dirección)»

48. El Tribunal estaba desconcertado por este formulario que permitía la total discreción del inspector para buscar cualquier cosa que quisiera tanto en el apartamento como en el despacho del demandante. La orden no contenía ninguna información sobre las razones por las que pensaba que el registro del apartamento o el despacho del demandante proporcionaría alguna prueba sobre cualquier delito cometido (comparar Niemietz [ TEDH 1992, 77 ] , citada anteriormente, ap. 37; Ernst y otros contra Bélgica [ PROV 2003, 162863] ,núm. 33400/96, ap. 116, de 15 julio 2003; y Smirnov, citada anteriormente, ap. 47). Únicamente tras haber entrado la policía al apartamento del demandante se le invitó a entregar «un teléfono móvil y documentos relacionados con Rusman Ltd» (ver apartado 20 supra).

49 Asimismo, el Tribunal observa que el demandante no estaba acusado ni era sospechoso de ningún delito criminal o actividades ilegales. Por otro lado, su despacho contenía expedientes de sus clientes. Teniendo en cuenta el hecho de que el registro fue realizado en el despacho de abogados del demandante, el Tribunal habría esperado que el Juez Instructor hubiera dado razones detalladas y convincentes para autorizar el transcurso de esta acción y para poner en práctica medidas concretas para garantizar las informaciones privilegiadas protegidas por el secreto profesional. Asimismo, antes de ser retirado del caso en cuestión por el

inspector, el demandante había representado a una persona en el asunto criminal en relación con la cual el registro había sido ordenado. El registro podría, por tanto, haber llevado a encontrar objetos o documentos obtenidos por el demandante como representante del acusado, con las obvias repercusiones para los derechos de este acusado garantizadas por el artículo 6 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572). Por tanto, un mayor grado de cautela era requerido antes de que un registro pudiera ser autorizado en la casa y el despacho del demandante. Sin embargo, ningún análisis sobre estas consideraciones fue hecho por el Juez de Instrucción en sus decisiones de 26 mayo 2004.

50. En estas circunstancias, y en concreto, en vista de la genérica redacción de la orden de registro y en ausencia de cualquier garantía especial para proteger la confidencialidad abogado-cliente, el Tribunal considera que las autoridades internas no llevaron a cabo su deber de dar razones «pertinentes y suficientes» para emitir órdenes de registro. Por consiguiente, ha habido violación del artículo 8 del Convenio ( RCL 1999, 1190, 1572).

### **IV.3. Caso Robathin contra AUSTRIA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1.ª), Sentencia de 3 julio 2012, JUR\2012\222487**

En un ámbito jurídico institucional más próximo, el Tribunal no es menos contundente ante el registro del despacho del abogado demandante por la policía del Ministerio Federal de Interior, en presencia del abogado demandante, su abogado y un representante del Colegio de Abogados de Viena y, en una acción de los funcionarios de policía, que se materializó en el registro del sistema informático del demandante con copia de todos los archivos en un disco:

«46...el Tribunal considera que, a la sazón, el auto de registro se sustentaba en indicios razonables de sospecha. El hecho de que el demandante fuera absuelto años después no modifica tal apreciación.

47. Volviendo a la cuestión de si se delimitaba razonablemente el alcance de la orden de registro, el Tribunal estima que tal orden estaba redactada en términos muy amplios. Si bien restringía la búsqueda e incautación de archivos a aquellos referentes a R. Y G., autorizaba de forma general e ilimitada la búsqueda e incautación de documentos, ordenadores personales y discos, libretas de ahorro, documentos bancarios y escrituras de donación y testamentos a favor del demandante. En consecuencia, el Tribunal analizará si las deficiencias de la orden de registro, en lo referente a su alcance, se vieron compensadas por unas garantías procesales suficientes capaces de proteger al demandante frente a cualquier abuso o acto arbitrario.

48. Tal y como señaló el Tribunal en el asunto Wieser y Bicos Beteiligungen GmbH (PROV 2007, 306045) (anteriormente citado, ap. 60), el Código de Enjuiciamiento Criminal austríaco establece las siguientes ga-



rantías procesales en lo referente a la búsqueda e incautación de documentos y datos electrónicos:

- a) El ocupante del local deberá estar presente;
- b) Se levantará acta al concluir el registro y se procederá al listado de los efectos o instrumentos incautados;
- c) Si el propietario se opone a la incautación de documentos o de los medios de almacenamiento de datos, éstos se precintarán y serán puestos a disposición del Juez para que se decida si se van a utilizar o no para la investigación; y
- d) Además, en la medida en que se refiera al registro del despacho profesional de un abogado, se requiere la presencia de un representante del Colegio de Abogados.

49. En el presente caso, el registro se practicó en presencia del demandante, su abogado y un representante del Colegio de Abogados de Viena. Si bien se copiaron en discos todos los datos electrónicos, los funcionarios de policía siguieron la propuesta del representante del Colegio de Abogados y copiaron todos los datos que contenían los nombres «R.» y «G.» en un disco aparte. Se precintaron todos los discos. Al concluir el registro se redactó la consiguiente acta, en la que se establecía un listado de todos los efectos incautados.

50. ...El Tribunal ya ha señalado que la orden de registro en el caso de autos estaba redactada en términos muy amplios, mientras que la descripción de las supuestas actividades criminales se refería exclusivamente a «R.» y «G.» (apartado 9 supra). Sin embargo, todos los datos electrónicos del demandante se copiaron en discos.

51. En estas circunstancias, la manera en que la Sala de Revisión ejerció su función supervisora es de especial importancia. El Tribunal señala que la Sala de Revisión esgrimió pocos y más bien generales motivos cuando autorizó la búsqueda de todos los datos electrónicos en el despacho jurídico del demandante. En particular no aludió a la cuestión de si sería suficiente buscar solamente aquellos discos que contuviesen datos relativos a «R.» y «G.». Tampoco esgrimió razones específicas para su conclusión de la necesidad para la investigación de todos los datos del demandante. En consecuencia, la manera en que la Sala de Revisión llevó a cabo su supervisión en el presente caso no permite al Tribunal establecer que, en las circunstancias concretas del caso, la búsqueda de todos los datos electrónicos del demandante fuera proporcionada.

52. Sin embargo, los hechos de la causa muestran que las presuntas actividades criminales que requerían una orden de registro, se referían únicamente a la relación entre el demandante y «R.» y «G.». Por tanto, el Tribunal considera que deben existir razones especiales que autoricen la búsqueda de los demás datos, habida cuenta de las circunstancias específicas que prevalecen en un despacho de abogados. Sin embargo, en el caso de autos, no existían tales razones ni en la propia orden de registro ni en ningún otro documento. En estas circunstancias, el Tribunal considera que la incautación y el examen de todos los datos fue más allá de lo

necesario para la consecución del fin legítimo. En consecuencia, ha habido violación del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572)».

#### **IV.4. Caso Xavier da Silveira contra Francia, Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5.ª) de 21 enero 2010, TEDH2010\15**

Aporta el interés de valorar con similares garantías para el ejercicio de la Abogacía, cuando concurre la condición de abogado de un país miembro de la Unión Europea en otro país de la Unión, condición de Abogado Comunitario o de la Unión Europea que fue relativizada por las autoridades francesas al hacer objeto de registro el despacho de un abogado portugués, con prestación de servicios en Oporto y París:

«36. En efecto, el Tribunal recuerda que los registros e incautaciones en el domicilio de un abogado son susceptibles de vulnerar el secreto profesional, que es la base de la relación de confianza que existe entre su cliente y él André y otro contra Francia [ PROV 2008, 237296], núm. 18603/2003, ap. 41, 2008.

37. Por tanto, aunque el derecho interno puede prever la posibilidad de registros o de visitas domiciliarias en el despacho de un abogado, éstas deben ir imperativamente acompañadas de «garantías especiales de proceso» (ver, principalmente, Niemietz [ TEDH 1992, 77] , previamente citada, ap. 37, Roemen y Schmit [ TEDH 2003, 11] , citada, ap. 69, y André [ PROV 2008, 37296], citada igualmente, ap. 42). Así mismo, el Convenio ( RCL 1999, 1190 y 1572) no prohíbe imponer a los abogados alguna obligación susceptible de concernir a las relaciones con sus clientes. Esto ocurre en caso de que se constate la existencia de indicios razonables de participación de un abogado en un delito, o incluso en el marco de la lucha contra ciertas prácticas, pero es obligatorio regular estrictamente dichas medidas, al ocupar los abogados una situación primordial en la administración de la justicia y su condición de intermediarios entre los justiciables y los tribunales permitiendo calificarlos de auxiliares de justicia (André, citada).

38. En las circunstancias del caso, el Tribunal no apoya los argumentos del Gobierno. Señala que las disposiciones del Decreto núm. 91-1197 de 27 de noviembre de 1991 que regula la profesión de abogado, modificado por el Decreto núm. 2004-1123 de 14 de octubre de 2004 (apartado 20 supra) permiten a los abogados ciudadanos de uno de los Estados miembros de la Comunidad europea cumplir de forma permanente u ocasional, bajo el título profesional de origen, su actividad profesional en Francia (artículo 200). Los que deciden ejercerla de forma ocasional dependen de «la libre prestación de servicios». El artículo 202 del Decreto únicamente les impone hacer uso de uno de los títulos mencionados en el artículo 201, expresado en la o una de las lenguas del Estado en el que están establecidos, acompañado del nombre del organismo profesional del que dependen o del de la jurisdicción ante la que están habilitados para ejercer en aplicación de la legislación de este Estado, justificando el

abogado su condición frente a la autoridad ante la que se presenta cuando presta su servicio.

39. Así, contrariamente a lo que afirma el Gobierno, el abogado que ejerce de forma profesional, no está, por tanto, obligado a inscribirse en un Colegio nacional, a diferencia de un abogado que ejerce de forma permanente.

40. Por otro lado, el Tribunal constata que, desde el comienzo del registro, el demandante fue requerido como testigo y su condición de abogado era conocida, lo que resulta expresamente del acta levantada por el oficial de policía judicial durante el registro. Resulta igualmente de este acta que una vez en el apartamento del demandante, éste último declinó expresamente su condición de abogado colegiado en Oporto, presentó una tarjeta de visita redactada en lengua portuguesa, así como otros documentos que atestiguaban su condición y el hecho de que tenía alquilado el local —lo que el Gobierno no discute— y se opuso al registro. Parece igualmente que fue interrogado sobre su inscripción en un Colegio francés y que, al aun no estándolo, el registro continuó a pesar de su oposición. El Tribunal constata además que, en una carta oficial, el Decano del Colegio de Abogados de Chartres confirmó que fue contactado por el abogado del demandante en dos ocasiones el 15 de junio de 2005 acerca del registro, quejándose de no haber sido oficialmente informado de dicho registro, «contrariamente al artículo 56-1 de la Ley de Enjuiciamiento penal». El Tribunal señala que el Gobierno no discute tampoco las alegaciones del demandante según las cuales alertó en vano a los Jueces de que el Decano estaba a su disposición.

41. En consecuencia, el Tribunal señala que el demandante, aunque cumplía las condiciones previstas por el derecho interno para ejercer libremente la profesión de abogado en Francia ocasionalmente y hacía uso de su título, no pudo beneficiarse de las disposiciones del artículo 56-1 de la Ley de Enjuiciamiento penal a las que podía pretender. El Tribunal constata que las disposiciones del artículo 56-1 de la Ley de Enjuiciamiento Penal no distinguen entre los abogados que ejercen su actividad temporalmente o los que lo hacen ocasionalmente. Por otro lado, en opinión del Tribunal, dicha distinción no se justifica de acuerdo con el artículo 8 del Convenio: teniendo en cuenta que los registros o las visitas domiciliarias afectan al domicilio o el despacho de un abogado que ejercer legalmente su profesión, permanentemente en calidad de abogado inscrito en un Colegio u ocasionalmente en otro Estado miembro de la Unión Europea, deben imperativamente ir acompañados de «garantías especiales de proceso» (apartado 37 *supra*), que es el caso cuando se ejecutan en presencia del Decano del Colegio de abogados (Roemen y Schmit [TEDH 2003, 11], citado, ap. 69, y André, citado, ap. 43).

42. En opinión del Tribunal, suponiendo incluso que los Jueces pudieran dudar sobre su condición de abogado, el conjunto de circunstancias del caso debe, al menos, conducirles a una cierta prudencia e incitarles a controlar sin plazos las acusaciones, y esto antes de proceder

al registro y a las incautaciones en su domicilio. Sin embargo, éste no fue el caso.

43. Además del hecho de que el demandante no se beneficiara de una «garantía especial de proceso» de la que deben beneficiarse los abogados, el Tribunal constata que el registro en litigio concernía a hechos totalmente ajenos al demandante, al no haber sido este último en ningún momento acusado o sospechoso de haber cometido un delito o participado en un fraude vinculado con la instrucción.

44. Así mismo, el Tribunal debe constatar si el señor Xavier Da Silveira dispuso de un «control eficaz» para recurrir el registro y las incautaciones de las que fue objeto (ver principalmente, *mutatis mutandis*, Klass y otros [TEDH 1978, 1], citado, *aps.* 50, 54 y 55, y Matheron contra Francia [PROV 2005, 102244], previamente citado, *aps.* 35 y 43).

45. El Tribunal señala que aunque el demandante no planteó expresamente la violación del Convenio ante las jurisdicciones internas, no paró de invocar el beneficio de las disposiciones del artículo 56-1 de la Ley de Enjuiciamiento penal, que trata precisamente de garantizar una protección concreta del despacho y del domicilio de un abogado, así como a sus bienes, protección cuya importancia ha recordado el Tribunal en varias ocasiones en sus sentencias (Niemietz [TEDH 1992, 77], citada, *ap.* 37, Roemen y Schmit [TEDH 2003,11], citada, *aps.* 69-72, y André y otro, previamente citado, *ap.* 42). En estas condiciones, y teniendo en cuenta que los abogados ocupan una situación central en la administración de la justicia y su condición de intermediarios entre los justiciables y los Tribunales permitiendo calificarlos de auxiliares de justicia (André, citada), el Tribunal considera que el derecho al respeto del domicilio del demandante estaba en causa, de formar subyacente y que los argumentos jurídicos avanzados por el demandante ante las jurisdicciones internas contenían una reclamación vinculada con el artículo 8 del Convenio (*cf.*, *mutatis mutandis*, Fressoz y Roire contra Francia [GC] [TEDH 1999, 3],n.ºm. 29183/1995, *ap.* 39, CEDH 1999-I)».

## V. Conclusiones

La recapitulación que permite realizar la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional Español, recepcionada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como fehacientemente acredita la Sentencia de la Sala de los Penal, Sección 1.ª, de 5 de diciembre de 2012, Pte. Mg. Sr. Berdugo y Gómez de la Torre RJ\2013\217, tiene síntesis en la secuencia argumental que se expone:

1. «...los registros e incautaciones en el domicilio de un abogado son susceptibles de vulnerar el secreto profesional, que es la base de la relación de confianza que existe entre su cliente y él (André y otro contra Francia [PROV 2008, 237296], n.ºm. 18603/2003, *ap.* 41, 2008-...), *vid.* Punto 36, Caso Robathin

- contra AUSTRIA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1.<sup>ª</sup>), Sentencia de 3 julio 2012, JUR\2012\222487.
2. «...el derecho interno puede prever la posibilidad de registros o de visitas domiciliarias en el despacho de un abogado, éstas deben ir imperativamente acompañadas de «garantías especiales de proceso» (ver, principalmente, Niemietz [ TEDH 1992, 77] , , Roemen y Schmit [ TEDH 2003, 11] , citada, ap. 69, y André [ PROV 2008, 237296] previamente citada, ap. 37», *vid.* Punto 37, Caso Robathin contra AUSTRIA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1.<sup>ª</sup>), Sentencia de 3 julio 2012, JUR\2012\222487.
  3. «... es obligatorio regular estrictamente dichas medidas, al ocupar los abogados una situación primordial en la administración de la justicia y su condición de intermediarios entre los justiciables y los tribunales permitiendo calificarlos de auxiliares de justicia (André, citada)», *vid.* Punto 37, Caso Robathin contra AUSTRIA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1.<sup>ª</sup>), Sentencia de 3 julio 2012, JUR\2012\222487.
  4. «la entrada en el domicilio sin el permiso de quien lo ocupa, ni estado de necesidad, sólo puede hacerse si lo autoriza o manda el Juez competente y en tal autorización descansa, a su vez, el registro domiciliario, según refleja el grupo de normas pertinentes (arts. 18.2 C.E., 87.2 L.O.P.J. y 546 L.E.Crim.)», (Sentencia Tribunal Constitucional 94/1999, de 31 de mayo de 1999, Pte. Mg. Sr. Vives Antón, con aval en STC 290/1994 (antes en el ATC 349/1988 y después en SSTC 309/1994, 133/1995 y 182/1995, que de la primera pueden considerarse secuela conforme dicción STC 94/1999).
  5. «...la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezcan o sean incompatibles con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo» (S.T.C. 137/1985 de 17 de octubre, Pte. Mg. Sr. Pera Verdguer, F.Jco. 3)
  6. «...se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros» (S.T.C. 69/1999, de 26 de abril de 1999. Pte. Mg. Sr. González Campos, F.Jco. 2, in fine).
  7. El Tribunal Constitucional neutraliza la autotutela administrativa en el ámbito del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y afirma: «la Constitución no es sólo la norma que fundamenta la organización política de la comunidad y el ordenamiento jurídico entero, sino que es también una norma de ejecución y efectos inmediatos. Ello es, además, indiscutible respecto de los preceptos contenidos en los artículos 14-30, por ser objeto del proceso de amparo. Por consiguiente, la autoridad judicial está investida de la suficiente potestad para otorgar las autorizaciones de entrada y registro, de la misma manera que ocurre en el apartado 3.º del artículo 18, donde se inviste a los jueces de potestad

- para permitir el levantamiento parcial del secreto de las comunicaciones» (STC 22/1984, de 17 de febrero, Pte. Mag Sr Díez-Picazo y Ponce de León, F. Jco. 3).
8. El Tribunal Constitucional reafirma las competencias jurisdiccionales por directa aplicación de la Constitución frente a los fines sociales que puedan avalar el ejercicio de competencias administrativas: «... Existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución. Así, por ejemplo, el artículo 33 delimita el derecho de propiedad de acuerdo con su función social. No ocurre esto en materia de inviolabilidad del domicilio, donde la Constitución no dice que deba sacrificarse a cualquier fin social, que, en general, será de rango superior por serlo, y únicamente menciona de modo expreso la presunción de un delito flagrante como causa bastante para el sacrificio del derecho...» (STC 22/1984, de 17 de febrero, Pte. Mag Sr Díez-Picazo y Ponce de León F.Jco. 3).
  9. «... admitida la conformidad con la Constitución de la potestad administrativa de autotutela, en virtud de la cual se permite que la Administración emane actos declaratorios de la existencia y límites de sus propios derechos con eficacia ejecutiva inmediata, hay en seguida que señalar que la Administración, que a través de sus órganos competentes procede a la ejecución forzosa de actos administrativos, tiene en los actos de ejecución que respetar los derechos fundamentales de los sujetos pasivos de la ejecución. La vigente Ley de Procedimiento Administrativo lo establece así en el artículo 108, al ordenar al respecto de la dignidad de la persona humana y de los derechos fundamentales de la persona cuando se trata de ejecutar una obligación personalísima de no hacer o de soportar, que se ejecuta por compulsión directa sobre la persona. ... la regla del respeto de los derechos fundamentales del artículo 108 de la Ley de Procedimiento Administrativo, anterior a la Constitución debe generalizarse a todos los casos de ejecución forzosa por la Administración con mayor motivo después de la entrada en vigor de la Constitución (STC 22/1984, de 17 de febrero, Pte. Mag Sr Díez-Picazo y Ponce de León F.Jco. 4).
  10. La actividad inquisitorial, en terminología del propio Tribunal Constitucional, que implica la entrada en un domicilio, remite a autorización judicial previa no solo los actos de ejecución administrativa sino que también comprende los actos de ejecución de las sentencias de los propios Tribunales: «en toda actividad de ejecución de sentencias o decisiones llevada a cabo por los órganos públicos en que se produce, bien que necesariamente, el ingreso de los órganos ejecutores en un domicilio privado se realiza en mayor o menor medida una inquisición de éste. De la facultad que el titular del derecho sobre el domicilio tiene de impedir la entrada en él es consecuencia que la resolución judicial o la resolución administrativa que ordenan una ejecución que sólo puede llevarse a cabo ingresando en un domicilio privado, por sí solas no conllevan el mandato y la autorización del ingreso, de suerte que cuando éste es negado por el titular debe obtenerse una nueva resolución judicial que autorice la entrada y las actividades que una vez dentro del domicilio pueden ser realizadas. La regla anterior no es aplicable únicamente a los casos en que se trata de una resolución

tomada por la Administración en virtud de un principio de autotutela administrativa... A la misma conclusión se puede llegar cuando la decisión que se ejecuta es una resolución de la Jurisdicción ordinaria en materia civil. Si los agentes judiciales encargados de llevar, por ejemplo, a cabo un desahucio o un embargo encuentran cerrada la puerta o el acceso de un domicilio, sólo en virtud de una específica resolución judicial pueden entrar. Por consiguiente, el hecho de encontrarse ejecutando una decisión, judicial o administrativa, legalmente adoptada, no permite la entrada y el registro en un domicilio particular. Sin consentimiento del titular o resolución judicial, el acto es ilícito y constituye violación del derecho, salvo el caso de flagrante delito y salvo, naturalmente, las hipótesis que generan causas de justificación, como puede ocurrir con el estado de necesidad» (STC 22/1984, de 17 de febrero, Pte. Mag Sr Díez-Picazo y Ponce de León, F. Jco. 5)

11. «La autorización de registro debe basarse en una sospecha razonable y estar redactada con suficiente precisión y detalle. La compatibilidad de una orden de registro con estos requisitos ha sido siempre un motivo de preocupación para el Tribunal (ver, entre muchas otras, Niemietz, antes citada, § 37; Van Rossem contra Bélgica, no 41872/98, § 45, 09 de diciembre 2004; Smirnov contra Rusia, no 71362/01, § 47, 7 de junio de 2007. Iliya Stefanov contra Bulgaria, n.º 65755/01, § § 40 y 41, 22 de mayo de 2008, y Mancevschi v Moldova, n.º 33066/04, § § 47 y 48, 7 de octubre de 2008)» *Vid.* Punto 61, Caso Golovan contra Ucrania. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5.<sup>a</sup>), Sentencia de 5 julio 2012, JUR\2012\236476.
12. «la prosecución de las garantía de ejercicio de los profesionales del derecho está el corazón mismo del sistema de la Convención (véase Elci y otros contra Turquía, núms. 23145/93 y 25091/94, § 669, 13 de noviembre de 2003). Una invasión de secreto profesional puede tener repercusiones en la administración de la justicia y por lo tanto de los derechos garantizados por el artículo 6 de la Convención (Niemietz, antes citada, § 37). Por tanto, el registro de los locales de abogados debe ser objeto de especial cautela y motivación. Salvaguardias apropiadas, tales como la presencia y la participación efectiva de un testigo independiente, siempre deben estar disponibles en el curso del registro del despacho de un abogado para asegurarse que no afecte al material sujeto a secreto profesional (ver André y otros, antes citada, § § 43 y 44, 24 de julio de 2008, y Aleksanyan contra Rusia, no. 46468/06, § 214, 22 de diciembre de 2008)», *Vid.* Punto 62, Caso Golovan contra Ucrania. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5.<sup>a</sup>), Sentencia de 5 julio 2012, JUR\2012\236476.
13. «63. El Tribunal ha sostenido que tal observador debe tener cualificación jurídica necesaria para poder participar efectivamente en el procedimiento (véase, por ejemplo, Iliya Stefanov contra Bulgaria, antes citada, § 43, y Kolesnichenko contra Rusia, No 19856/04, § 34, 9 de abril de 2009). Por otra parte, debe ser también obligado en la relación abogado-cliente garantizar la protección de los contenidos reservados y los derechos de los terceros. Por último, el testigo debe estar provisto con los poderes necesarios para ser capaz de evitar que, en el curso del procedimiento de selección se produzca cualquier posible interferencia con el secreto profesional del abogado (véase, por ejemplo, Wieser y Bicos Beteiligungen GmbH, antes citada, § 62)». *Vid.* Punto 63, Caso Golovan

- contra Ucrania. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5.<sup>a</sup>), Sentencia de 5 julio 2012, JUR\2012\236476.
14. «El Tribunal señala que la orden de registro emitida por el Juez Instructor, repitiendo prácticamente por completo la orden dictada por el inspector (ver apartados 11 y 14 supra), no proporcionaba detalles sobre qué se estaba buscando. Más bien, la orden estaba formulada en términos totalmente generales, simplemente autorizando «un registro en la oficina (del demandante) de Lex Consulting S.R.L sita en (dirección). El Tribunal estaba desconcertado por este formulario que permitía la total discreción del inspector para buscar cualquier cosa que quisiera tanto en el apartamento como en el despacho del demandante. La orden no contenía ninguna información sobre las razones por las que se pensaba que el registro del apartamento o el despacho del demandante proporcionaría alguna prueba sobre cualquier delito cometido (comparar Niemietz [ TEDH 1992, 77] , citada anteriormente, ap. 37; Ernst y otros contra Bélgica [ PROV 2003, 162863] , núm. 33400/96, ap. 116, de 15 julio 2003; y Smirnov, citada anteriormente, ap. 47). Únicamente tras haber entrado la policía al apartamento del demandante se le invitó a entregar «un teléfono móvil y documentos relacionados con Rusman Ltd» (ver apartado 20 supra). ...el Tribunal habría esperado que el Juez Instructor hubiera dado razones detalladas y convincentes para autorizar el transcurso de esta acción y para poner en práctica medidas concretas para garantizar las informaciones privilegiadas protegidas por el secreto profesional» *Vid.* puntos 47-49 Sentencia, Caso Mancevschi contra Moldavia, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4.<sup>a</sup>), Sentencia de 7 octubre 2008, TEDH\2008\76.
15. «El Tribunal señala que la Sala de Revisión esgrimió pocos y más bien generales motivos cuando autorizó la búsqueda de todos los datos electrónicos en el despacho jurídico del demandante. En particular no aludió a la cuestión de si sería suficiente buscar solamente aquellos discos que contuviesen datos relativos a «R.» y «G.». Tampoco esgrimió razones específicas para su conclusión de la necesidad para la investigación de todos los datos del demandante. En consecuencia, la manera en que la Sala de Revisión llevó a cabo su supervisión en el presente caso no permite al Tribunal establecer que, en las circunstancias concretas del caso, la búsqueda de todos los datos electrónicos del demandante fuera proporcionada. Sin embargo, los hechos de la causa muestran que las presuntas actividades criminales que requerían una orden de registro, se referían únicamente a la relación entre el demandante y «R.» y «G.». Por tanto, el Tribunal considera que deben existir razones especiales que autoricen la búsqueda de los demás datos, habida cuenta de las circunstancias específicas que prevalecen en un despacho de abogados. Sin embargo, en el caso de autos, no existían tales razones ni en la propia orden de registro ni en ningún otro documento. En estas circunstancias, el Tribunal considera que la incautación y el examen de todos los datos fue más allá de lo necesario para la consecución del fin legítimo. En consecuencia, ha habido violación del artículo 8 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572)». *Vid.* puntos 51 y 52, Caso Robathin contra AUSTRIA, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1.<sup>a</sup>), Sentencia de 3 julio 2012, JUR\2012\222487.



16. «Se trata, por consiguiente, de determinar si en el momento de pedir y adoptar la medida de intervención se pusieron de manifiesto ante el Juez, y se tomaron en consideración por éste elementos de convicción que constituyan algo más que meras suposiciones o conjeturas de la existencia del delito o de su posible comisión ... . En consecuencia, la mención de los datos objetivos que permitieran precisar que las personas sospechosas de su comisión o de quienes con ella se relacionaban, y que, por lo tanto, no se trataba de una investigación meramente prospectiva, ... para satisfacer la necesidad genérica de prevenir o descubrir delitos o para despejar las sospechas sin base objetiva que surjan de los encargados de la investigación, ya que de otro modo se desvanecería la garantía constitucional (SSTC 49/1999, de 5 de abril, FJ 8; 166/1999, de 27 de septiembre, FJ 8; 171/1999, de 27 de septiembre, FJ 8). Será necesario establecer, por lo tanto, para determinar si se ha vulnerado o no el derecho ..., la relación entre el delito investigado y los usuarios de los teléfonos intervenidos, individualizar los datos que hayan llevado a centrar las sospechas en ellos y analizar, finalmente, si éstos tenían algún fundamento objetivo que justificara la adopción de la medida limitativa (SSTC 14/2001, de 29 de enero, FJ 5; 202/2001, de 15 de octubre, FJ 4)». STC 167/2002, de 18 de septiembre, Pte. Mag. Sr. Conde Martín de Hijas, F.Jco.2.
17. El marco constitucional español y su desarrollo legislativo aportan al ejercicio de la profesión de abogado y a la preservación del secreto profesional en el despacho, un perfilado marco institucional, coherente con la actividad de defensa procesal y asesoramiento en Derecho de la profesión de abogado, y con la primordial situación del abogado en la administración de justicia y su condición de intermediarios imprescindibles entre los justiciables y los Tribunales, que justifica el mandato legislativo de la Ley Orgánica del Poder Judicial que impone la obligación, al conjunto institucional de los Poderes Públicos, de «garantizar la defensa y la asistencia de abogado, en los términos establecidos en la Constitución y en las leyes» (art. 546.1)
18. La atribución por la Ley Orgánica del Poder Judicial de las competencias disciplinarias del abogado sobre su conducta profesional a los correspondientes Colegios y Consejos conforme a sus Estatutos (art. 546.3), se proyecta, en la previsión del Estatuto General de la Abogacía, de la obligada y determinante presencia del Decano del Colegio en el caso de la práctica de un registro en el despacho profesional de un abogado (art. 32.2), el imperativo mandato al Decano o colegiado que estatutariamente le sustituya: «deberá personarse en dicho despacho y asistir a las diligencias que en el mismo se practiquen, velando por la salvaguarda del secreto profesional» es el lógico corolario con la atribución a los Colegios y a los Consejos en que se integran , de las competencias disciplinaria
19. El cortés condicional, utilizado por el artículo 32 del referido Estatuto de la Abogacía, que vincula la presencia del Decano o del colegiado que estatutariamente le sustituya en la práctica de registro de despacho profesional de abogado, al caso o situación de que «fuere requerido en virtud de norma legal o avisado por la autoridad judicial, o en su caso gubernativa», requiere la integración normativa de los principios de lealtad y cooperación legítima, en las relaciones procedimentales entre los responsables del ejercicio de competencias

públicas, demandado por el artículo 4 de la Ley 30/1992 - 4/1999, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, integración normativa de principios que impide a la autoridad judicial, o en su caso gubernativa, no comunicar al Decano del Colegio de Abogados las actuaciones que determinan la realización de registro en despacho profesional de abogado, ausencia de comunicación que produciría el efecto de sustraer del conocimiento y de la acción del Decanato datos determinantes para el coherente ejercicio, en su caso, de las competencias disciplinarias que el ordenamiento jurídico le atribuye sobre los colegiados.

20. La referencia del mismo artículo 32 del Estatuto de la Abogacía a la intervención «en su caso gubernativa», se integra en el obligado contenido subsidiario de «en su caso», supeditado al ejercicio de la exclusiva competencia jurisdiccional, penal o contencioso administrativa, determinado por la exclusiva habilitación judicial para el registro de despacho profesional de abogado, conforme a las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 550), Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 91.2) y de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 8.6), sin que, en obligada consecuencia, exista el menor atisbo para la menor interferencia autónoma de autoridad o funcionario administrativo en el registro de despacho profesional de abogado.

Trabajo recibido el 18 de junio de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Abokatu-lanbidearen esparruko sekretu profesionalaren printzipioaren azterketa legala eta jurisprudenziala.

**HITZ GAKOAK:** Abokatua. Sekretu profesionala. Herritarren eskubideak. Administrazio-jarduera.

**RESUMEN:** Análisis legal y jurisprudencial del principio de secreto profesional en el ejercicio de la profesión de Abogado.

**PALABRAS CLAVE:** Abogado. Secreto Profesional. Derechos ciudadanos. Actividad administrativa.

**ABSTRACT:** Analysis of legal and jurisprudential principle of professional secrecy in the exercise of the legal profession.

**KEY WORDS:** Attorney. Professional Secrecy. Citizen Rights. Administrative Activity.



# ¿Hacia la economía circular europea sin los municipios? Una crítica sectorial de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local

René Javier Santamaría Arinas(1)

**Sumario:** I. Introducción.—II. Premisas metodológicas. II.1. Condicionantes específicos del sector. II.1.1. Las trampas terminológicas de la jerga del residuo. II.1.2. Las pautas de la política (comunitaria) europea: el concepto de «economía circular». II.2. Presupuestos de la reforma del régimen local. II.2.1. El enfoque político: el principio de sostenibilidad financiera y los objetivos de la LRSAL. II.2.2. El dispositivo técnico: «materias», «competencias», «servicios» y «duplicidades».—III. Las competencias propias de los municipios. III.1. La delimitación de la «materia». III.2. La indeterminación por el legislador sectorial estatal de las competencias propias de los municipios. III.3. Las potestades municipales en la materia tras la LRSAL.—IV. Los servicios públicos locales de gestión de residuos. IV.1. Servicios esenciales reservados para su posible prestación en régimen de monopolio. IV.2. Los servicios municipales obligatorios.—V. Consideraciones finales.

## I. Introducción

En recuerdo de Demetrio Loperena, el viejo lema ecologista «pensar global, actuar local» inspira este trabajo que, ante la magnitud de los retos planteados por la ambiciosa política de residuos de la Unión Europea, se propone revisar críticamente las normas básicas que determinan las responsabilidades y las posibilidades de actuación de los municipios en la materia. En el contexto constitucional vigente, se supone que tales normas deberían configurar un sistema estable pero en apenas dos años se han registrado novedades cuyo alcance no es fácil valorar. En un primer nivel, figura, como es obvio, la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (LBRL), en la redacción que le ha dado la reciente Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (LRSAL). Completando esas previsiones, en un segundo nivel figura la legislación sectorial del Estado que,

---

(1) Este trabajo se ha realizado en la Universidad de La Rioja al amparo del Proyecto de Investigación DER2012-38346-C02-02, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

prescindiendo de otros precedentes (2), desde la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos (LR) (3) se vertebró en torno a una norma central que hoy es la Ley 22/2011, de 28 de julio, de residuos y suelos contaminados (LRSC) (4) pero que, en realidad, se completa con decenas de disposiciones específicas (para determinadas tipologías de residuos (5)) y complementarias (para ciertas operaciones o instalaciones de gestión) (6); disposiciones reglamentarias estatales con amplísimo contenido básico y pendientes, por cierto, de adaptación a las nuevas exigencias de la LRSC (7). Por último, y dado el carácter bifronte del régimen local, habría un tercer nivel que aquí no se va a poder considerar pero que es necesario tener presente. Se trata, por supuesto, de la legislación de las Comunidades Autónomas que no sólo tienen competencia para dictar, respetando las bases estatales, el desarrollo normativo sectorial —o, si se prefiere, las normas adicionales de protección ambiental— sino también para acabar de determinar las competencias propias de sus respectivos municipios.

En el concreto sector al que se hace referencia, el sistema, ya de por sí complejo, se enfrenta a importantes dificultades añadidas. La articulación de la LBRL con la LR,

(2) Con anterioridad regían dos normas de muy distinta procedencia como eran la Ley 42/1975, de 19 de noviembre, de recogida y tratamiento de los desechos y residuos sólidos urbanos (LRSU) y la Ley 20/1986, de 14 de mayo, básica de residuos tóxicos y peligrosos (LBRTTP) que fueron expresa e íntegramente derogadas por la LR, a las que había que añadir la Ley 11/1997, de 24 de abril, de envases y residuos de envases (LERE) que resultó sólo parcialmente derogada. Sobre estos precedentes, además de los numerosos e influyentes trabajos de Ramón MARTÍN MATEO, pueden verse las monografías de R.J. SANTAMARÍA ARINAS, *Administración pública y prevención ambiental. El régimen jurídico de la producción de residuos tóxicos y peligrosos*, IVAP, Oñati, 1996; J.F. ALENZA GARCÍA, *El sistema de la gestión de residuos sólidos urbanos en el Derecho español*, MAP, Madrid, 1997 y P. POVEDA GÓMEZ, *Envases y residuos de envases. Nueva legislación. (Comentarios a la Ley 11/1997, de 24 de abril)*, Exlibris, Madrid, 1997.

(3) Al respecto R. MARTÍN MATEO y J. ROSA MORENO, *Nuevo ordenamiento de la basura*, Trivium, Madrid, 1998; P. POVEDA GÓMEZ, *Comentarios a la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos*, Comares, Granada, 1998; S. FERNÁNDEZ RAMOS, «Regulación, gestión y control de residuos», en *Estudios de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, núm. 56 (2005), pp. 121-259; y R.J. SANTAMARÍA ARINAS, *Régimen jurídico de la producción y gestión de residuos*, Monografías de la Revista Aranzadi de Derecho Ambiental, núm. 11, 2007.

(4) E. BLASCO AHEDO (coord.), *La nueva Ley de residuos y suelos contaminados*, CIEDA-CIEMAT, Madrid, 2013; R. SERRANO LOZANO, «La nueva regulación marco de los residuos», en L. Ortega y C. Alonso (coords.), *Tratado de Derecho Ambiental*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 732-787.

(5) Además de la LERE, que ha sido objeto de deslegalización por la LRSC, se incluyen aquí, entre otros, su Reglamento de ejecución, aprobado por Real Decreto 728/1998, de 30 de abril; el Real Decreto 833/1988, de 20 de julio, que aprobó el Reglamento de la Ley básica de residuos tóxicos y peligrosos (RRTP), el Real Decreto 1383/2002, de 20 de diciembre, sobre gestión de vehículos al final de su vida útil (RVFU); el Real Decreto 208/2005, de 25 de febrero, sobre aparatos eléctricos y electrónicos y la gestión de sus residuos (RAEE); el Real Decreto 1619/2005, de 30 de diciembre, sobre gestión de neumáticos fuera de uso (RNFU); el Real Decreto 679/2006, de 2 de junio, por el que se regula la gestión de los aceites industriales usados (RAU); el Real Decreto 106/2008, de 1 de febrero, sobre pilas y acumuladores y la gestión ambiental de sus residuos (RPA) y el Real Decreto 105/2008, de 1 de febrero, por el que se regula la producción y gestión de los residuos de construcción y demolición (RCD).

(6) Por lo que aquí más importa, Real Decreto 1481/2001, de 27 de diciembre, por el que se regula la eliminación de residuos mediante depósito en vertedero (RV) y Capítulo IV del Reglamento de emisiones industriales y de desarrollo de la LPCIC, aprobado por Real Decreto 815/2013, de 18 de octubre (REI), que contiene ahora las «disposiciones especiales para las instalaciones de incineración y coincineración de residuos».

(7) Para la «adecuación» de esta normativa a la nueva Ley, la DA 8.<sup>a</sup> LRSC daba un generoso plazo de tres años que ha vencido el 30 de julio de 2014. El incumplimiento de esta previsión es particularmente preocupante en relación con el RRTP.

que ya se prestaba a diferentes lecturas (8), resultó afectada por la LRSC y, sin tiempo para asentarse, por efecto de la LRSAL requiere un nuevo esfuerzo de reconstrucción sobre unas nuevas premisas metodológicas (II) tanto por lo que se refiere a las competencias propias de los municipios (III) como por lo que respecta a los servicios públicos de su titularidad (IV). El análisis crítico de la evolución de cada una de estas cuestiones concluye sugiriendo algunas ideas que tal vez podrían servir para mejorar el acoplamiento entre ambas normativas (V).

## II. Premisas metodológicas

### II.1. Condicionantes específicos del sector

#### II.1.1. LAS TRAMPAS TERMINOLÓGICAS DE LA JERGA DEL RESIDUO

El legislador sectorial ha ido asumiendo una avalancha de tecnicismos que imponen una determinada ortodoxia terminológica que, paradójicamente, complica la asignación de tareas entre diferentes sujetos. Parece que nadie se libra de las trampas que tiende la jerga del residuo, ni siquiera el legislador de régimen local. Para comprender el problema bastará saber que todo ese vocabulario puede ordenarse en torno a dos principales planos: material y funcional.

El plano *material* hace referencia a las sustancias u objetos que se incluyen en el ámbito de este sector normativo. Aparecen ahí los problemas relativos al concepto jurídico de residuo así como los también vinculados con su clasificación y con la caracterización de cada una de las tipologías resultantes:

- El concepto jurídico de residuo ha ido evolucionando con el tiempo y hoy tiene definiciones normativas, tanto en el ordenamiento (comunitario) europeo como interno [artículo 3.a) LRSC] que, pese a todo, no consiguen evitar que éste siga siendo en cierta medida un concepto jurisprudencial. En todo caso, el «residuo» propiamente dicho debe diferenciarse de los conceptos de «subproducto» y de «materia prima secundaria (9)».
- La clasificación de los residuos en sentido estricto admite muy diversos criterios y el planteamiento jurídico es completamente abierto puesto que la normativa (comunitaria) europea no impone una solución única. El modo en que tales criterios se apliquen tiene relevancia jurídica porque, de un lado, las clasificaciones sirven para operar exclusiones (sustancias u objetos que, aún siendo residuos, no se someten a este sector normativo ex artículo 2 LRSC) y, de otro, sir-

---

(8) Sobre esta cuestión, que ya había sido estudiada por ALENZA, vuelve SANTAMARÍA ARINAS, *Administración local y servicio público esencial de gestión de residuos*, Cedecs, Barcelona, 2000 y, más tarde, J. ORTEGA BERNARDO, *Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones locales ante la gestión de los residuos urbanos*, Marcial Pons, Madrid, 2003. Últimamente, A. MENÉNDEZ REXACH y J. ORTEGA BERNARDO (dirs.), *Competencias y coordinación en la gestión de residuos por las distintas administraciones públicas*, CES, Madrid, 2010.

(9) Artículos 4 y 5 LRSC. Sobre estas cuestiones, SANTAMARÍA ARINAS, «La intervención administrativa en el uso industrial de subproductos y materias primas secundarias», en *Medio ambiente y Derecho/Environment & Law. Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, núm. 22, 2011.

ven también para atender las especialidades que puedan presentar ciertas tipologías de ellos. La propia LRSC define «residuos domésticos(10)», «residuos comerciales», «residuos industriales», «residuo peligroso», «aceites usados», «biorresiduo» y «compost(11)». Pero las disposiciones específicas alargan la lista con las definiciones de «envases y residuos de envases», «lodos de depuración», «policlorobifenilos», «pilas o acumuladores usados», «vehículo al final de su vida útil», «residuos de aparatos eléctricos y electrónicos», «neumáticos fuera de uso», «residuos de la construcción y demolición», «residuos sanitarios», «residuos inertes», etc..

- Alguna de esas tipologías cuenta con métodos de caracterización objetivos (por ejemplo, los residuos peligrosos por referencia a las características de peligrosidad H del Reglamento REACH(12)). Pero muchas otras se basan en definiciones puramente descriptivas que no acaban de garantizar una caracterización reglada.

Por su parte, el plano *funcional* hace referencia a las operaciones de las que son susceptibles los residuos:

- Desde la proclamación ya en 1991 del principio de jerarquía de opciones, que da prioridad a la «prevención» frente a la «gestión» y, dentro de esta última, a la «valorización» frente a la «eliminación», el glosario se abre aquí necesariamente con la definición del concepto de «prevención» que engloba cuantas medidas sirvan para evitar la generación de residuos y reducir su cantidad o nocividad [hoy, artículo 3.h) LRSC]. De ahí se deduce que la «reutilización» no es gestión pues ni siquiera opera sobre residuos [artículo 3.p) LRSC]. Las exigencias preventivas van referidas no solo al «productor del residuo» [artículo 3.i) LRSC] sino también a los «productores de productos» en el ámbito de la denominada «responsabilidad ampliada del productor» (artículos 31 y 32 LRSC).
- Subordinado a la prevención, se define también, naturalmente, el concepto de «gestión de residuos»; expresión genérica que engloba la «recogida», la «recogida separada», el «traslado(13)» y el «tratamiento» que, a su vez, incluye la «valorización» y la «eliminación». Siempre según la LRSC, operaciones específicas de valorización son la «preparación para la reutilización», el «reciclado» y la «regeneración de aceites usados». Pero otras disposiciones reglamentarias

(10) Artículo 3.b) LRSC. Más recientemente se ha dado relevancia normativa al concepto de «residuos domésticos mezclados» (artículo 2.26 REI). Esta norma también define «residuos de la incineración» (artículo 2.27 REI).

(11) Véanse las definiciones de los conceptos entrecomillados en los apartados c), d), e), f), g) e y) del artículo 3 LRSC.

(12) Reglamento (CE) n.º 1907/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, relativo al registro, la evaluación, la autorización y la restricción de las sustancias y preparados químicos. Explica su contenido I. LASAGABASTER HERRARTE, «Régimen jurídico de los productos químicos», en la obra colectiva de la que es director, *Derecho Ambiental. Parte Especial II*, Lete, Bilbao, 2010, pp. 29-113. Sobre su incidencia en este sector, L.A. HERNÁNDEZ LOZANO, «El concepto jurídico de residuo, subproducto y materia prima secundaria (fin de la condición de residuo) y su relación con el REACH», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 3 de febrero de 2014.

(13) Artículo 25.1 LRSC. La definición del resto de los conceptos mencionados en este párrafo se encuentra en los apartados m), ñ), o), q), r), s), t), u) y v) del artículo 3 LRSC.



completan la lista de posibles operaciones e, incluso, de instalaciones de gestión (vertederos, incineradoras, etc...). El régimen jurídico de todas estas nociones se proyecta, lógicamente, sobre el «poseedor de los residuos» y sobre el «gestor de residuos» pero también sobre el «negociante» e incluso sobre el «agente(14)».

## II.1.2. LAS PAUTAS DE LA POLÍTICA (COMUNITARIA) EUROPEA: EL CONCEPTO DE «ECONOMÍA CIRCULAR»

Presentado el muestrario, a los efectos que aquí interesan bastará retener que la combinación de esas piezas materiales y funcionales admite múltiples resultados a los más variados efectos y, desde luego, a la hora de repartir tareas entre las diferentes Administraciones Públicas que es lo que ahora importa. Pero hay un segundo factor singular que condiciona este tipo de decisiones y consiste en que la política en la materia viene marcada por pautas que, tras una larga evolución, son de origen (comunitario) europeo. También en esto hay que ser sintético así que bastará remitir al progresivo perfeccionamiento que muestra el enfoque de la cuestión en los sucesivos Programas de Acción aprobados desde 1972. Así es como, a partir de los principios comunes de la política ambiental (comunitaria) europea se han ido decantando una serie de principios específicos del sector(15). Son los principios de vocación armonizadora, sostenibilidad, el ya citado de jerarquía de opciones, autosuficiencia y proximidad en la gestión, quien contamina paga, responsabilidad compartida y responsabilidad ampliada del productor, recuperación de costes y otros que hoy se hallan recogidos en la Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008(16). Esta nueva Directiva marco (NDM, en adelante) introdujo cambios importantes al señalar los «objetivos de la política de residuos» resaltando el de «reducir el uso de recursos y favorecer la aplicación práctica de la jerarquía de residuos». Y lo hizo con la finalidad explícita de «transformar la UE en una sociedad del reciclado» que trate, por una parte, de «evitar la generación de residuos» y que, por otra, «utilice los residuos como un recurso» (énfasis añadido). Para lo primero se propone «reforzar las medidas de prevención» e «introducir un enfoque ciclo de vida de los productos». Para lo segundo, «reforzar el valor económico de los residuos y favorecer la valorización y la utilización de materiales valorizados».

En el marco más general de la Estrategia Europa 2020, estos planteamientos se encuentran ampliamente desarrollados en la Iniciativa Emblemática «Una Europa que utilice eficazmente los recursos» [COM (2011) 21] y en su «Hoja de ruta hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos» [COM (2011) 571]. En ella se describen «las actuaciones necesarias a corto plazo» para «poner en marcha un proceso» al final del cual habrán «desaparecido prácticamente los desechos residuales». En línea con

---

(14) Apartados j), k), l) y n) del artículo 3 LRSC.

(15) ALENZA GARCÍA, «Los principios de la política de residuos», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 23 (2012), pp. 215-258.

(16) Recoge las novedades por ella introducidas SANTAMARÍA ARINAS, «Residuos», en I. Lasagabaster Herrarte (dir.), *Derecho ambiental. Parte Especial II*, LETE, Bilbao, 2010, pp. 399-545.

ello, el VII Programa (17) viene a sintetizar los avances registrados en la convicción de que los residuos son recursos y da carta de naturaleza al concepto de «economía circular», donde nada se desperdicia (18). En efecto; con carácter general, «el presente programa refleja el compromiso de la Unión por transformarse en una economía verde e integradora que garantice el crecimiento y el desarrollo, proteja la salud y el bienestar, cree empleos dignos, reduzca las desigualdades, invierta en capital natural y lo preserve». A tal efecto, señala nueve «objetivos prioritarios». Es significativo que a los residuos no se aluda expresamente en la denominación de ninguno de ellos. Están muy presentes, por supuesto, a lo largo del texto pero son objeto de atención principal en el «Objetivo prioritario n.º 2: convertir a la UE en una economía hipocarbónica, eficiente en el uso de los recursos, ecológica y competitiva». Es ahí donde «se requiere un marco que aporte las señales apropiadas a los productores y consumidores a fin de promover la eficiencia en el uso de los recursos y la *economía circular*» (§ 35, énfasis añadido).

A falta de una definición expresa, el significado de este concepto puede deducirse de otros párrafos inmediatos que llevan a pensar que en realidad se trata de una novedad relativa. Así, a renglón seguido se lee que «el marco político de la Unión debe garantizar que los productos prioritarios comercializados en su mercado hayan sido objeto de un «ecodiseño» que permita optimizar la eficiencia en el uso de recursos y materiales. Se ha de tener en cuenta, entre otras cosas, su durabilidad, reparabilidad, posibilidad de reutilización, reciclabilidad, el contenido reciclado y el ciclo de vida del producto (19)» (§ 36). Más precisamente, la vinculación de estas ideas con la tradicional política de residuos es evidente a la vista de que «[S]olo se prepara para su reutilización o se recicla una media del 40 % de los residuos sólidos, si bien algunos Estados miembros alcanzan un porcentaje del 70 %, lo que demuestra que los residuos sólidos podrían llegar a ser un recurso clave de la Unión». En otras palabras, existe, además, un potencial considerable para perfeccionar la prevención y gestión de residuos en la Unión y aprovechar mejor los recursos, crear nuevos mercados y empleos y *reducir la dependencia de las importaciones de materias primas*, limitando, al mismo tiempo, los impactos sobre el medio ambiente (§ 39, énfasis añadido). Esta orientación se concreta del siguiente modo:

«Para que los residuos puedan utilizarse como recurso, como se solicita en la Hoja de ruta hacia una Europa eficiente en el uso de los recursos, debe aplicarse completamente en todo su territorio la legislación de residuos de la Unión, basándose en la estricta ejecución de la jerarquía

(17) El Sexto Programa de Acción Ambiental ha sido sustituido por el Programa General de Medio Ambiente de la Unión hasta 2020 («Vivir bien, respetando los límites de nuestro planeta»), aprobado por Decisión 1386/2013, de 20 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo.

(18) Sobre las bases teóricas de esta noción, W. McDONOUGH y M. BRAUNGART, *Cradle to cradle=de la cuna a la cuna: rediseñando la forma en que hacemos las cosas*, McGraw-Hill, Madrid, 2005.

(19) El enfoque ciclo de vida ya estaba presente en las Directivas específicas más modernas pero con su recepción en la NDM adquiere un alcance general. En efecto, en el marco del principio de «responsabilidad ampliada del productor», se apuntan «medidas que podrán adoptar los Estados para, entre otras cosas, incentivar el diseño de productos duraderos y polivalentes» (artículo 8.2 NDM). Sobre todo ello vuelven los artículos 9 («prevención de residuos»), 29 («programas de prevención de residuos») y el Anexo IV («ejemplos de medidas de prevención de residuos»).

de residuos y abarcando distintos tipos de residuos. Es preciso realizar esfuerzos adicionales para reducir la generación de residuos per cápita y la generación de residuos en términos absolutos. Limitar la recuperación de energía a materiales no reciclables, eliminar progresivamente el depósito de residuos reciclables o recuperables en vertederos, garantizar un reciclado de alta calidad cuando la utilización del material reciclado no tenga consecuencias generales adversas para el medio ambiente o la salud de las personas, y desarrollar mercados para materias primas secundarias también son medidas necesarias para lograr objetivos de eficiencia en el uso de los recursos. Los residuos peligrosos tendrán que gestionarse de tal manera que se reduzcan al mínimo los efectos negativos significativos para la salud humana y el medio ambiente, como se acordó en Río + 20 (20). Para alcanzar ese objetivo, deben aplicarse de una manera mucho más sistemática en toda la Unión instrumentos de mercado y otras medidas que privilegien la prevención, el reciclado y la reutilización, incluida la extensión de la responsabilidad del productor, a la vez que debe prestarse apoyo al desarrollo de ciclos de materiales no tóxicos. Deben suprimirse los obstáculos que dificultan las actividades de reciclado en el mercado interior de la Unión, y deben revisarse los objetivos actuales en materia de prevención, reutilización, reciclado, valorización y desvío de residuos de los vertederos *para avanzar hacia una economía «circular» regida por el ciclo de vida y en la que los recursos se utilicen en cascada y se eliminen casi por completo los residuos remanentes»* (§ 40, énfasis añadido).

«Se garantizará que para 2020» todo ello se cumple [§ 43.d)]. Pero, a tal fin, no se consideran necesarias innovaciones normativas sino que basta con «ejecutar íntegramente la legislación de residuos de la Unión. Dicha ejecución implica la aplicación de la jerarquía de residuos de conformidad con la Directiva marco de Residuos y el recurso efectivo a instrumentos y otras medidas de mercado» (§ 43.viii).

No está demás advertir con qué facilidad se acuñan en este tipo de documentos políticos nociones que desde una concepción positivista del Derecho podrían considerarse, más que *soft law*, «gaseosa jurídica», si se permite la expresión, incapaz de influir lo más mínimo en el quehacer diario de los guardianes de la ortodoxia que impone la, al parecer, única economía verdadera; papel que en España habría asumido el Ministerio de Hacienda (más incluso que el de Economía). Pero estas pautas políticas relativas a la «economía circular» estaban ya en normas jurídicas de ámbito (comunitario) europeo. Pese a su voluntad de simplificación regulatoria, la NDM de 2008 sigue contando con su amplia cohorte de disposiciones específicas y de disposiciones complementarias. Formalmente, el Estado español está al día en el cumplimiento de sus obligaciones de transposición de las directivas del sector. Materialmente, la incorporación efectuada por la LRSC no ha sido cuestionada: aun-

---

(20) Se refiere a la Declaración de la Asamblea General de la ONU adoptada en Río de Janeiro el 27 de julio de 2012. En ella se lee que «[A]poyamos la gestión de los desechos mediante la aplicación del concepto de las 3 erres (reducción, reutilización y reciclado)» [apartado V.a) 135]. Pueden verse también sobre esta misma temática sus apartados 213-223.

que sea con una redacción un tanto alambicada, ya al establecer su «objeto» asume la necesidad de mejorar «la eficiencia en el uso de los recursos» (artículo 1 LRSC) y acoge el nuevo orden de prioridad de la jerarquía de opciones, que ahora se desglosa en cinco niveles (artículo 8.1 LRSC (21)). Podría decirse, pues, que la economía circular está presente, bien que de forma implícita, en la cúspide de la legislación sectorial interna y ha de inspirar todos sus desarrollos reglamentarios y autonómicos. Bien es verdad que, formalmente, la LRSC no vincula al legislador estatal posterior. Pero el Derecho (comunitario) europeo sí y a este respecto no hay que llamarse a engaño: el VII Programa no hace más que poner música a la letra que la Directiva de 2008 ya había repartido entre los Estados miembros para su transposición antes de 2010 y para su ejecución efectiva que, eso sí, ahora habrá de evaluarse, al menos en términos políticos, para el año 2020.

## II.2. Presupuestos generales de la reforma del régimen local

### II.2.1. EL ENFOQUE POLÍTICO: EL PRINCIPIO DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA Y LOS OBJETIVOS DE LA LRSAL

Es obvio que la LRSAL responde a otros postulados que se ponen de manifiesto en su preámbulo y que han sido suficientemente analizados por la doctrina especializada (22). Bastará aquí, por tanto con indicar que tales postulados, en principio, no tendrían que resultar necesariamente incompatibles con los que animan la evolución de la normativa sectorial. El punto de conexión entre ambos podría situarse en el concepto de sostenibilidad que, como se ha dicho hasta la saciedad, engloba los «tres pilares» del desarrollo (económico, social y ambiental (23)). Sucede, sin embargo, que en la LRSAL su significado queda reducido exclusivamente a «sostenibilidad financiera»; noción que, como derivación del principio de estabilidad presupuestaria (artículo 135 CE en la redacción dada por la reforma constitucional operada en 2011) se define hoy como la «capacidad para financiar compromisos de gastos presentes y futuros dentro de los límites de déficit, deuda pública y morosidad de deuda comercial, conforme a lo establecido en esta Ley, la normativa sobre morosidad y en la normativa europea (24)». Y sucede, además, que, a diferencia de lo que ocurre con otros sectores como los de sanidad, educación y servicios sociales, el preámbulo de la LRSAL no menciona expresamente en ningún momento a los residuos ni siquiera

(21) Prevención, preparación para la reutilización, reciclado, otro tipo de valorización, incluida la valorización energética y eliminación.

(22) «No estamos ante una Reforma del régimen local sino ante una específica aplicación del Derecho de Crisis a las Administraciones locales»; ha dicho, recogiendo un sentir generalizado, J.L. RIVERO YSERN, «La crisis económica y la reforma del régimen jurídico de la Administración local», en J.A. Carrillo Donaire y P. Navarro Rodríguez (coords.), *La reforma del régimen jurídico de la Administración local*, La Ley-EI Consultor, 2014, p. 25.

(23) Se esforzó por atribuir al concepto un significado útil Demetrio LOPERENA ROTA, *Desarrollo sostenible y globalización*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

(24) Artículo 4.2 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, en la redacción resultante de la modificación operada por Ley Orgánica 9/2013, de 20 de diciembre, de control de la deuda comercial en el sector público.

desde el punto de vista de su régimen económico-financiero. Y eso que, de conformidad con el principio «quien contamina, paga», en él concurren particularidades muy dignas de mención (25).

Al menos desde 1975 existen figuras tributarias específicas para la financiación de estos servicios (26). Más aún, desde 2001, para el cálculo de los costes a cubrir por las tasas del típico servicio de eliminación de residuos en vertedero existen criterios que obligan a computar no sólo los «que ocasionen su establecimiento y explotación» sino también otros como los «gastos estimados de la clausura y el mantenimiento posterior de la instalación y el emplazamiento durante el plazo que fije la autorización, que en ningún caso será inferior a treinta años (27)». Y, en fin, las tarifas de dicha tasa habían de tener «un carácter progresivo en función de la cantidad de residuos depositada en vertedero por cada generador, y desincentivará la eliminación del residuo frente a otras alternativas prioritarias de reutilización, reciclaje o valorización» (DA2.<sup>a</sup> RV). Estas previsiones tendrían que haber llevado a preguntarse qué es lo que ha podido fallar, si es que ha fallado algo, para no estar garantizada la «sostenibilidad financiera» del generalizado servicio de recogida y transporte a vertedero; si acaso la praxis desplegada desde entonces ha aprovechado el componente extrafiscal disuasorio ofrecido para una transformación progresiva de aquellos rudimentarios servicios que hoy permitiera encarar en mejores condiciones los retos de la economía circular y, en fin, hasta qué punto está garantizada también la financiación del «coste real» (artículo 11.3 LRSC) del conjunto de los servicios necesarios. Unos servicios que hoy deberían diseñarse teniendo en cuenta no sólo que la eliminación quedó hace tiempo relegada frente a la valorización sino también que, dentro de ésta, tienen ya prioridad la preparación para la reutilización y el reciclaje frente a otras formas de aprovechamiento (incluso energético). Y sin desconocer que estos servicios prioritarios, en teoría, pueden reportar ingresos patrimoniales asociados al «cierre del ciclo» (28).

Se dirá que bastantes líos tenían los redactores de la LRSAL como para ocuparse de las peculiaridades de cada sector. Pero el caso es que, a falta de expresa justificación en su preámbulo, los residuos viajarían en el convoy de la reforma por pura ca-

---

(25) Artículos 11 y 42 LRSC. Desde esta óptica, I. JIMÉNEZ COMPAIRED, «El papel de las Corporaciones Locales en el régimen económico-financiero de la gestión de los residuos sólidos», *Tributos Locales*, 74 (2007), pp. 59-74; G.M. LUCHENA MOZO y G. PATÓN GARCÍA, *Fiscalidad de los residuos en el ámbito autonómico. Análisis y propuestas*, Barcelona, Bosch, 2008; J. ROZAS VALDÉS, «El régimen financiero de la gestión de los residuos en Cataluña», *NUE*, 2008, pp. 55 y ss. y J. CONDE ANTEQUERA, «Un ejemplo práctico de relación entre sostenibilidad y justicia tributaria: la configuración de la tasa de basura desde postulados ambientales», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 276 (2012), pp. 69-92.

(26) Hoy, artículo 20.4.s) del Texto Refundido de la Ley de Haciendas Locales. Entre la abundante jurisprudencia existente al respecto pueden verse las SSTs de 27 de noviembre de 2012 y 4 de enero de 2013, que desestiman sendos recursos contra la Ordenanza Fiscal del servicio de gestión de residuos del Ayuntamiento de Madrid.

(27) Artículo 11 RV; que, en cierto modo, se anticipa más de una década y con carácter general a «medidas de crisis» como las que, exclusivamente para entidades locales acogidas al mecanismo de financiación para el pago a proveedores, ha venido a establecer el Real Decreto-ley 8/2013, de 28 de junio. En general, sobre estas cuestiones, I. VALENZUELA VILLARRUBIA, «Financiación de los servicios públicos locales», en Carrillo Donaire, *op. cit.*, pp. 121-183.

(28) Cosa que podría reavivar el debate colateral sobre la naturaleza jurídica de la propiedad pública de los residuos y su posible calificación demanial por afectación a la riqueza nacional. Al respecto, SANTAMARÍA ARINAS, *Administración local...*, p. 51.

sualidad o, a lo sumo, en condición de sospechosos junto con otros muchos que tampoco se han declarado formalmente culpables directos del déficit, de la deuda o de la morosidad de las entidades locales españolas (29). Esta falta de explicaciones podría interpretarse en el sentido de que el legislador de régimen local no ha pretendido alterar el marco básico preexistente en este sector. Abonaría esta impresión el hecho de que la LRSC de 2011 ya había venido a «clarificar» unas competencias que sólo dos años después sería innecesario volver a «clarificar». Sin embargo, la comparación de los textos normativos implicados depara diferencias en sus respectivas redacciones. Y determinar si esas diferencias terminológicas entrañan verdaderos cambios jurídicos constituye una operación muy compleja para la que, sin embargo, el preámbulo de la LRSAL, ya de por sí engañoso (30), no presta ni la menor ayuda.

El esfuerzo intelectual requerido para aclarar esta cuestión tendría poco sentido práctico si se acepta que, como sugieren voces muy autorizadas, la LRSAL ya ha cumplido su verdadero objetivo, oculto pero real, de tranquilizar a «los mercados» con su mera publicación oficial independientemente del grado de ejecución que puedan llegar a alcanzar muchas de sus previsiones (31). Pero, en términos estrictamente jurídicos, es absolutamente necesario, dada la posición ordinamental de la LBRL, comprobar si la LRSAL ha introducido, consciente o inconscientemente, cambios en este sector para poder valorar si tales cambios son compatibles con los requerimientos estructurales de la economía circular. Por cierto, entre éstos no figura expresamente la exigencia de participación de los municipios pero, mientras éstos existan (32), no se puede prescindir de ellos en la transición hacia «la sociedad europea del reciclado». Y ello no tanto en virtud de principios clásicos del régimen local como el de «máxima proximidad» (que la reforma deja en «proximidad» a secas, artículo 2.1 LBRL). Sino en virtud de principios específicos del sector que, por ser de origen (comunitario) europeo, no pueden ser desplazados por este precepto. En efecto, los principios de sostenibilidad en su acepción genuina, amplia pero útil, de integración o de prevención apuntan en esta dirección sin olvidar el principio de autosuficiencia en la gestión que, en última instancia, apela a la responsabilidad de quien genera residuos pero también de quien permite generarlos. Esto es algo que hay que subrayar porque desautoriza cualquier pretensión de establecer una separación tajante entre prevención y gestión en materia de residuos. Y porque, por otra parte, evidencia que el trasfondo del debate no se reduce sólo al eventual impacto de la reforma sobre la autonomía local

---

(29) En general, sobre estas cuestiones, R. FERNÁNDEZ LLERA, «No culpable: veredicto sobre el endeudamiento local en España», *Revista General de Derecho Público Comparado*, 15 (2014).

(30) Como demuestra, desde una perspectiva general, F.J. VILLAR ROJAS, «Razones y contradicciones de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local», *El Cronista*, núm. 46, 2014.

(31) En esta línea, entre otros muchos, resulta particularmente esclarecedor el trabajo de A. EMBID IRUJO, «Informe general sobre el gobierno local en 2013», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2013*, 5, 2014, pp. 11-48.

(32) El debate sobre la supresión de pequeños municipios ha estado muy presente en los trabajos preparatorios de la reforma, como prueban varias de las ponencias y comunicaciones recogidas en J.J. DÍEZ SÁNCHEZ (coord.), *La planta del gobierno local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2013. El resultado final, que canaliza la «racionalización» por vías voluntarias (artículo 13 LBRL), suscita valoraciones contrapuestas. Entre los muchos estudios dedicados al asunto pueden compararse los de M. REBOLLO PUIG, «La crisis económica y la oportunidad de reducir el número de municipios», en L. Cosculluela Montaner y L. Medina Alcoz (dirs.), *Crisis económica y reforma del régimen local*, Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 195-222 y DE DIEGO GÓMEZ, «Las fusiones de ayuntamientos», en Carrillo Donaire, *op. cit.*, pp. 301-347.

sino también sobre la integridad del estatuto jurídico del usuario de los servicios públicos municipales; es decir, sobre los derechos (y los deberes) de los «vecinos» (artículo 18 LBRL).

## II.2.2. EL DISPOSITIVO TÉCNICO: «MATERIAS», «COMPETENCIAS», «SERVICIOS» Y «DUPLICIDADES»

La cuestión, en efecto, no es meramente especulativa. La normativa sectorial pone al servicio de la economía circular técnicas jurídicas muy diversas que reclaman actuaciones tanto de los administrados como de los poderes públicos. En España, al Estado corresponde, en principio, dictar la legislación básica (artículo 149.1.23 CE). En virtud de sus poderes inherentes de coordinación se le han reconocido además potestades de planificación (33). Y también retiene potestades ejecutivas para el control de traslados extra-transfronterizos (artículo 12.3 LRSC). Suele decirse que a las Comunidades Autónomas les corresponden todas las demás potestades en esta materia. En realidad, esta afirmación no es exacta. Suyas son, sin discusión, las competencias para el desarrollo normativo de las bases estatales mediante normas adicionales de protección (en los términos de su respectivo Estatuto de Autonomía). Y también el grueso de las potestades de ejecución ordinaria de la legislación concurrente (artículo 12.4 LRSC). Sin embargo, tanto las potestades reguladoras como ejecutivas de las Comunidades Autónomas encuentran un límite, por abajo, que viene impuesto por la legislación de régimen local cuando sitúa esta materia entre las que necesariamente han de compartirse con los municipios y con las provincias. Aunque en teoría podían prestar servicios de interés supramunicipal, en la práctica las diputaciones se limitaban por lo general a funciones de asistencia (técnica, jurídica y financiera) a los ayuntamientos.

Se recordará que, haciéndose eco del tradicional protagonismo local en el sector, la LBRL de 1985 contenía tres expresos títulos diferentes de intervención de los entes locales en materia los residuos que, por orden de aparición, son los artículos 25 («materia»), 26 (servicios municipales obligatorios) y 86 LBRL (servicios locales reservados). Aquí se ha registrado una evolución que será objeto de análisis detallado en los apartados siguientes. Pero este análisis no puede abordarse sin tener en cuenta el alcance global de la reforma en multitud de aspectos que ahora no es posible detallar pero que, sin nombrarlos, podrían haber influido colateralmente en la regulación de los residuos. Por señalar los que desde un punto de vista metodológico pudieran ser más relevantes, hay que empezar advirtiendo que los tres preceptos citados subsisten y que, además, conservan intacta su respectiva función institucional, que no ha cambiado. Cuestión distinta es que los retoques en ellos introducidos hayan podido incurrir en defectos técnicos como la confusión entre los conceptos de «materia», «competencia» y «servicio (34)» y que con el resultado final, interpretado de confor-

(33) Subsiste, sin su anunciada adaptación a la LRSC, el Plan Nacional Integrado de Residuos 2008-2015 (PNIR), aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de diciembre de 2008 (BOE de 26 de febrero de 2009).

(34) Defecto ya advertido en el anteproyecto por el DCE 567/2013, de 26 de junio pero que la redacción final no ha corregido completamente como recuerda, entre otros, F. TOSCANO GIL, «Las competencias municipales», en Carrillo Donaire, *op. cit.* p. 117.

midad con la Constitución (35), se logre el objetivo perseguido de «evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio «una Administración una competencia»».

Por «materia» se entiende el resultado de una parcelación convencional de la realidad que en este sector es particularmente sensible a manipulaciones conceptuales. La «competencia» es el conjunto de potestades que un ente ostenta sobre una determinada materia. Tradicionalmente se venía distinguiendo entre competencias propias y delegadas a las que la LRSAL ha venido a añadir las «competencias impropias» o «distintas» de las anteriores que, pese a la polémica suscitada, no parecen de interés a los efectos de este trabajo (36). En el concepto amplio de competencia se engloban tanto «potestades» reguladoras (incluso de planificación, en su caso) como ejecutivas para cualquier modalidad de intervención (policía, fomento y actividad prestacional de la Administración). La noción de «servicio», en cambio, es más restrictiva pues se identifica, precisamente, con la titularidad de actividades de carácter prestacional.

Hay que reconocer que esta distinción, fundada y útil no sólo en términos analíticos, ya venía quedando oscurecida en la legislación de un sector como el de los residuos particularmente necesitado de claridad en cuanto a la asignación de funciones entre las Administraciones con capacidad para ostentar competencias ejecutivas y la titularidad de servicios que son los municipios, las provincias y las Comunidades Autónomas. No, por cierto, la Administración estatal que, no obstante, creó la empresa pública EMGRISA; un magnífico ejemplo de auténtica «duplicidad» inversa; es decir, no imputable precisamente a los entes locales sino más bien a una cierta inercia centralista del propio Ministerio del ramo (37). La falta de rigor conceptual del legislador no es ajena en absoluto a las supuestas «duplicidades» que pudieran existir en este sector. Pero, sin la menor autocritica, nada razona tampoco al respecto de forma expresa el preámbulo de la LRSAL. No parece que existieran «duplicidades», tal y como ahora se entienden, en cuanto a las competencias de policía; es decir, las potestades mediante las que las Administraciones públicas controlan, incluso preventivamente, las actividades privadas de producción y gestión de residuos. Pero, puesto que ésta última no es una actividad liberalizada, las Administraciones Públicas también prestan servicios de gestión pública de residuos. Ahí es donde pudiera plantearse la duda de si existe realmente una «duplicidad de servicios» autonómicos, provinciales y municipales en este sector (38).

Sin olvidar que las prestaciones pueden llegar a ser muy diversas y específicas debido a las posibilidades, aparentemente infinitas, de combinación de elementos mate-

---

(35) Es obligado hacerlo, debido a la supremacía material de la CE, sin esperar al pronunciamiento del Tribunal Constitucional que, a finales de mayo de 2014, había admitido a trámite 9 recursos de inconstitucionalidad contra la LRSAL. Por esas mismas fechas se anunciaba que cerca de 3.000 ayuntamientos interpondrían conflicto en defensa de la autonomía local. En relación con éste último, puede verse el DCE 338/2014, de 22 de mayo.

(36) Por todos, A. GALÁN GALÁN, *La reordenación de las competencias locales: duplicidad de Administraciones y competencias impropias*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2012.

(37) Más detalles sobre esta Empresa Nacional de Gestión de Residuos Industriales en SANTAMARÍA ARINAS, *Administración local...*, p. 73.

(38) Téngase en cuenta que desde 1955 el artículo 31.2 RSCL establece que «se evitará la duplicidad de servicios prestados por otros Organismos públicos con competencias especialmente instituidas para el desarrollo de los mismos». En aplicación al sector de esta escondida regla puede verse la STS de 28 de enero de 2004 (Azpeitia).



riales y funcionales, la respuesta a esta pregunta tendría que partir no sólo de los datos normativos sino también del conocimiento de la realidad. Los municipios vienen prestando los servicios públicos de gestión de residuos de su titularidad desde hace decenios mediante fórmulas de cooperación voluntarias como las mancomunidades y los consorcios prácticamente sin excepción. Las mancomunidades son figuras que todavía no hace mucho se querían fomentar a estos efectos (39) pero, en general, la LRSAL les trata con recelo: aunque el artículo 44 LBRL no ha experimentado ninguna variación, la DT11.<sup>a</sup> LRSAL les da un plazo de seis meses para adaptar a él sus estatutos «para no incurrir en causa de disolución». En realidad, la única novedad sustantiva consiste en que esa misma disposición limita el ámbito de sus competencias «exclusivamente a la realización de obras y la prestación de los servicios públicos que sean necesarios para que los municipios puedan ejercer las competencias o prestar los servicios enumerados en los artículos 25 y 26» LBRL. Limitación que, en principio, no debería afectar a la subsistencia de las mancomunidades del sector (40) pero que sí podría suponer una reducción de sus actuales fines estatutarios, como se verá. Frente a los consorcios, el recelo de la reforma alcanza el grado de aversión: el artículo 57.3 LBRL da preferencia sobre ellos a los convenios, la DT6.<sup>a</sup> LRSAL impone la adaptación de sus estatutos en el plazo de un año y la DF2.<sup>a</sup> LRSAL introduce una nueva DA20.<sup>a</sup> en la LPC ofreciendo discutibles criterios para su «adscripción» (41). Eso sí, los consorcios preexistentes que, pese a todo, consigan subsistir y «presten servicios mínimos» como los aquí considerados podrán seguir contando con personal integrado «por quienes no sean personal funcionario o laboral procedente de una reasignación de puestos de trabajo de las Administraciones participantes en el consorcio». El acorralamiento de mancomunidades y consorcios resulta incomprensible desde la óptica del sector aquí considerado. En estos entes se acumula casi todo el conocimiento y la experiencia existente en la gestión pública de residuos. Un *know how* que no tienen ni las Administraciones autonómicas ni tampoco necesariamente las provinciales para poder afrontar con garantías los desafíos que plantea la transformación de las prestaciones que exige el objetivo de avanzar hacia la economía circular (42).

En cuanto a los datos normativos, cierto es que las piezas del puzzle no encajaban herméticamente pero se ofrecían al menos dos vías para eludir «duplicidades de servicios» autonómicos y locales. Una, realmente poco afortunada, llevó a dar excesivo

(39) El artículo 23.d) de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural, contempla que el Programa de Desarrollo Rural Sostenible podrá establecer medidas orientadas, entre otras cosas, a «implantar servicios mancomunados o por zona rural» de gestión de residuos.

(40) Aunque nunca se sabe qué puede deparar el proceso de adaptación en marcha: *vid.* J.A. CHINCHILLA PEINADO, «Las mancomunidades de municipios tras la LRSAL», en Carrillo Donaire, *op. cit.*, pp. 266-300.

(41) En general, E. NIETO GARRIDO, «La LRSAL y los consorcios administrativos», en Carrillo Donaire, *op. cit.*, pp. 349-382; M.A. GONZÁLEZ BUSTOS, «El nuevo reto de los consorcios», en T. Quintana López (dir.), *La reforma del régimen local*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014, pp. 519-544; A. KONINCKX FRASQUET, «De nuevo sobre los consorcios», en M.J. Domingo Zaballos (coord.), *Reforma del régimen local. Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local: veintitrés estudios*, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 563-602.

(42) Razón ésta que en absoluto es exclusiva de este sector y que lleva a desconfiar, en general, de los verdaderos motivos que animan la asignación por la reforma de nuevos cometidos a las Diputaciones provinciales: A. BOIX PALOP, «Tres notas explicativas sobre el sentido y orientación de la Ley 27/2013: limitación de la autonomía local, recentralización y redefinición de los mercados de servicios locales», *Diario del Derecho Municipal*, 3 de enero de 2014.

peso en el deslinde a un criterio conceptualista, basado en la clasificación de los residuos, con los riesgos de superposición que entraña. Otra, mejor encaminada, llevaba a reconocer que la ley carece de la flexibilidad y el dinamismo que requiere la determinación de los concretos servicios necesarios en cada zona del país. De ahí que esta tarea se remitiera a los instrumentos de planificación sectorial que, por cierto, son un elemento estructural pues vienen impuestos por el Derecho (comunitario) europeo (43). Aunque suele pasar desapercibido a estos efectos, los planes de gestión de residuos, y particularmente los de ámbito autonómico, son, en efecto, y aunque la praxis resulte muy desigual, los instrumentos más adecuados de coordinación de los intereses concurrentes puesto que, aparte de otras ventajas como las que se presumen de la preceptiva participación ciudadana, ofrecen la flexibilidad requerida para poder atender las circunstancias específicas, tan heterogéneas, de los territorios que ordenen y de la cantidad y variedad de residuos que en ellos se generen (44).

Ésta parece seguir siendo la solución óptima para afrontar los retos de la economía circular sin que los pequeños municipios queden excluidos de la ingente tarea pendiente en el frente de la gestión. Menos aún cuando es probable que las famosas «economías de escala» que motivaron la proliferación de instalaciones de carácter supramunicipal, aún sin llegar a desaparecer, vayan cediendo el protagonismo a soluciones técnicas de escala más reducida, especialmente para la reutilización de alimentos o para la gestión requerida por los biorresiduos. En tales circunstancias, no sólo habrá qué ver si la reforma aporta otro método mejor para acabar con las duplicidades que tanto le preocupan sino también si esto se hace sin que el legislador de régimen local cercene las posibilidades del legislador y del planificador sectorial para decidir sobre la titularidad de unos u otros servicios, atendiendo singularidades locales y nuevas necesidades de adaptación, como las señaladas, facilitando (y, llegado el caso, obligando) a los ayuntamientos a devolver al ciclo económico los recursos contenidos en los residuos que permitan generar en su término municipal.

Expuestas las premisas metodológicas en que se basa, procede iniciar ya el análisis prometido que, como se verá, se ve obligado a afrontar numerosos problemas interpretativos de difícil solución.

### III. Las competencias propias de los municipios en materia de residuos

#### III.1. La delimitación de la «materia»

La legislación histórica de régimen local sólo citaba los residuos desde la perspectiva (prestacional) de los servicios que se verán luego. A partir de la Constitución de 1978, con el reconocimiento de la autonomía local, esta aproximación se completa con la nueva dimensión que supone la atribución de un mínimo de competencias pro-

(43) ORTEGA BERNARDO, «Los planes de residuos autonómicos ante los nuevos requerimientos del Derecho comunitario», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 145 (2010), pp. 133-159.

(44) De hecho, al establecer el «contenido de los planes autonómicos de gestión de residuos», el apartado 2.a) del Anexo V LRSC sugiere que contengan «los aspectos organizativos relacionados con la gestión de residuos, incluida una descripción del *reparto de responsabilidades entre los operadores públicos y privados* que se ocupan de la gestión de residuos» (énfasis añadido).

pías que se concreta a partir de los artículos 2, 7 y 25 LBRL. De ello resulta que el artículo 25.2 LBRL no enumera «competencias» sino las «materias» en las que el legislador sectorial competente ha de reconocer necesariamente competencias a los municipios para no vulnerar la garantía institucional de la autonomía local (45). Completamente distinto, conviene advertirlo desde ya, es el caso de las provincias porque «son competencias propias de la Diputación las que les atribuyan, en este concepto, las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas en los diferentes sectores de la acción pública, y en todo caso» las que directamente les atribuye el artículo 36.1 de la propia LBRL que, en su redacción original, no incluía mención alguna a los residuos aunque sí, genéricamente, a la prestación de servicios de carácter supramunicipal.

Pues bien; en cuanto a los municipios, en 1985, la materia que aquí importa se recogía conjuntamente con otras que eran las de «suministro de agua y alumbrado público; servicios de limpieza viaria, de *recogida y tratamiento de residuos*, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales» [artículo 25.2.1) LBRL; énfasis añadido]. Así pues, el legislador sectorial quedaba obligado a reconocer a los municipios «competencias» en materia de «servicios de recogida y tratamiento de residuos». Esta fórmula debe interpretarse a la luz del estado de la cuestión en el contexto histórico en que aparece; un momento en el que todavía el Reino de España no se había incorporado a las Comunidades Europeas y en el que en éstas tampoco se había acuñado el principio de jerarquía de opciones. En el plano material, se utiliza la expresión más amplia posible («residuos»), dejando las concreciones para el legislador (estatal o autonómico) sectorial (46). En el plano funcional, en cambio, las expresiones utilizadas son más precisas («recogida» y «tratamiento»). Pero hay que tener en cuenta que la «recogida» puede requerir competencias no meramente prestacionales (regulación de la fase previa a la entrega mediante ordenanzas, por ejemplo (47)) y que, en aquel momento, la noción de «tratamiento» comprendía «el conjunto de operaciones encaminadas a la eliminación de los desechos y residuos o al aprovechamiento de los recursos contenidos en ellos» (artículo 1.2 LRSU).

Tras la reforma de 2013 se aprecian varias diferencias. Para empezar, el encabezamiento del artículo 25.2 LBRL dice ahora que «[E]l Municipio ejercerá en todo caso como competencias propias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias» (sic). Esta redacción es gramaticalmente incorrecta. Muy probablemente el lapsus tenga relación con el intento inicial de alterar el sentido institucional del precepto que, dadas las críticas suscitadas, no prosperó. Así, aunque la Exposición de motivos mantiene que «el sistema competencial de los Municipios españoles se configura en la praxis como un modelo excesivamente complejo», la verdad es que en sustancia lo mantiene: no es el legislador del régimen local el que concreta las competencias de los municipios sino el legislador

---

(45) «El Municipio», decía la redacción original del artículo 25.2 LBRL, «ejercerá en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, en las siguientes materias».

(46) En línea con ello, el artículo 42.3.a) de la Ley General de Sanidad atribuyó a los Ayuntamientos el control sanitario del medio ambiente tanto respecto de «residuos urbanos» como «industriales».

(47) ORTEGA BERNARDO, «El espacio que corresponde a las entidades locales para la configuración del moderno servicio público de gestión de residuos y las ordenanzas», en *Revista Electrónica de Derecho Ambiental*, 19 (2009).

sectorial. Y, habida cuenta de la jurisprudencia constitucional recaída al respecto, no puede ser otra manera. Sin duda, el legislador de régimen local puede poner o quitar de esta lista «materias» sin vulnerar la autonomía local mientras no desfigure la imagen de los municipios hasta hacerla irreconocible. Pero no puede suplantar al legislador sectorial competente cuando éste sea, en función de la materia, autonómico (48). Pues bien, con la LRSAL la materia aquí analizada permanece en la lista si bien cambia de ubicación pues se incluye ahora en la rúbrica «medio ambiente urbano» donde se identifican, «*en particular*», las siguientes submaterias: «parques y jardines públicos, *gestión de los residuos sólidos urbanos* y protección contra la contaminación acústica, lumínica y atmosférica en las zonas urbanas» [artículo 25.2.b) LBRL; énfasis añadidos]. De este precepto resulta que el legislador sectorial sólo está obligado a reconocer a los municipios «competencias» en materia de «gestión de los residuos sólidos urbanos». Esta fórmula debe censurarse a la luz del estado de la cuestión en el contexto actual por varias razones:

- En el plano material, ya no utiliza la expresión más amplia posible («residuos»), ni deja las concreciones para el legislador (estatal o autonómico) sectorial. Se supone que en este cambio anida una voluntad restrictiva acorde con la inspiración inicial del anteproyecto que, en la práctica, resulta inane. Pero, técnicamente, es censurable porque recupera un concepto («residuos sólidos urbanos») cuya única definición legal a escala estatal era la del artículo 2.1 LRSU; un precepto que está derogado desde 1998.
- En el plano funcional, en cambio, sí se adapta a los avances terminológicos del sector remitiendo al concepto global de «gestión». Ahora bien, la interpretación literal conduce a entender que el legislador sectorial sigue sin estar obligado a reconocer a los municipios competencias en materia de prevención (ni tampoco, por tanto, de reutilización). Este resultado, que hace treinta años podía ser comprensible, no es coherente con la evolución ni con los nuevos fines del sector.

### III.2. La indeterminación por el legislador sectorial estatal de las competencias propias de los municipios

En líneas generales, puede decirse que el mandato del artículo 25.2.l) LBRL no ha sido debidamente atendido ni por el legislador sectorial estatal ni tampoco por todos los autonómicos. El primero se ha venido limitando a reconfigurar los servicios obligatorios y lo ha hecho mediante preceptos que no invocan el título que habilita al Estado para dictar la legislación básica de protección del medio ambiente (artículo 149.1.23 CE) sino el relativo a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (artículo 149.1.18 CE), lo que acrecienta la confusión.

En efecto; en 1998 el artículo 4.3 LR vino a disponer que «las *Entidades locales* serán competentes para la *gestión de los residuos urbanos*, en los términos estable-

(48) Explica perfectamente esta posición, condensando sus numerosos y oportunos trabajos previos, F. VELASCO CABALLERO, «La ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local en el sistema de derecho local», en Domingo Zaballos (coord.), *op. cit.*, p. 56-67.

cidos en esta Ley y en las que, en su caso, dicten las Comunidades Autónomas» (énfasis añadidos). Como se ve, se refiere globalmente a las «entidades locales» mientras que a los municipios sólo se les cita desde la óptica del «servicio obligatorio» que se analizará luego. Así pues, no se concretaron las competencias de los municipios en una «materia» que seguía delimitada en los términos del artículo 25.2.l) LBRL. Más bien parece que aquí el legislador sectorial eludió su función y pretendió asumir el papel de legislador de régimen local. Abona esta impresión el hecho de que el artículo 4.3 LR se dictara al amparo del artículo 149.1.18 CE (DF2.<sup>a</sup> LR). Y que un cualificado comentarista afirmara que el artículo 25.2.l) LBRL debía «entenderse modificado» (49). De ser así, respecto de la fórmula inicial se aprecia que en el plano material se opera una limitación [sólo «residuos urbanos», tal como se definieron en el artículo 3.b) LR(50)]. En el plano funcional, las expresiones «recogida» y «tratamiento» se sustituyen por el nuevo concepto de «gestión» omnicomprendivo de «la recogida, el almacenamiento, el transporte, la valorización y la eliminación de los residuos, incluida la vigilancia de estas actividades» [artículo 3.h) LR]. Ha de reconocerse que por oposición a la gestión, y esto es muy importante a esas alturas, esta fórmula seguía dejando fuera de esta «materia» cualquier forma de intervención local en la producción de residuos.

Ya en 2011, el preámbulo de la LRSC dice que «se clarifica la distribución de competencias existente en la anterior Ley, especialmente en lo relativo a las Entidades Locales». Derogada la LR en su integridad, se ocupa de este asunto el artículo 12.5 LRSC, que también se dicta al amparo del artículo 149.1.18 CE (DF1.<sup>a</sup> LRSC). Se trata de un precepto enrevesado que se refiere a las «Entidades Locales, o las Diputaciones Forales cuando proceda» y que consta de tres subapartados identificados con letras, el último de los cuales, a su vez, se divide en cuatro párrafos numerados con ordinales que eluden la expresión «competencias» y mezclan las de «servicios» y «potestades». A los municipios solo se les menciona en el apartado a), que se refiere al «servicio obligatorio» que se analizará luego. En lo demás, el legislador sectorial estatal sigue sin concretar las competencias propias de los municipios en la materia delimitada por el artículo 25.2.l) LBRL, que tampoco resulta afectado por la derogación expresa operada por la LRSC.

Eso sí, el resto del precepto atribuye de forma indiferenciada a las entidades locales competencias de ordenación, programación, gestión, inspección y sanción que tanto pueden corresponder originariamente a las Diputaciones como a los Ayuntamientos. El criterio de reparto no parece radicar en el tipo de residuos sobre el que el ejercicio de la competencia haya de recaer. A estos efectos, la comparación con los precedentes se ve dificultada, además, por la novedad general que supone, en el plano material, la sustitución de la expresión «residuos urbanos» por la de «residuos domésticos», en la que se ha visto un significado más restringido (51). Por lo demás, en el plano funcional, las actividades de «gestión» no se predicán exclusivamente de ese tipo de residuos sino también de otros («residuos comerciales no

(49) POVEDA GÓMEZ, *Comentarios...*, p. 64 y ss. Con todo, ha de resaltarse que el artículo 25.2.l) LBRL no fue derogado de forma expresa por la LR si bien, supuesta su vigencia, para su interpretación surge una dificultad añadida porque con la derogación de la LRSU desaparece la definición de «tratamiento».

(50) Encabezó la crítica de esta definición MARTÍN MATEO, *Nuevo régimen de la basura*, p. 69.

(51) ALENZA GARCÍA, «Características, novedades y carencias en el proyecto de (nueva) ley de residuos y suelos contaminados», *Actualidad Jurídica Ambiental*, 11 de julio de 2011.

peligrosos» o «residuos domésticos generados en las industrias», por ejemplo). Pero estas precisiones rigen para toda entidad local por lo que el deslinde entre competencias provinciales y municipales habría que buscarlo en otro lugar; tal vez en el ámbito territorial de los servicios de gestión de esos residuos conforme al artículo 36.1.c) LBRL, que es el único título que en aquel momento habilitaba a las diputaciones para tareas propias distintas de las genéricas funciones de cooperación, asistencia y coordinación. Así, todas aquellas competencias de ordenación, programación, gestión, inspección y sanción podrían entenderse implícitamente asignadas por la LRSC a los municipios siempre que no versaran sobre servicios que tuvieran declarado «carácter supramunicipal y, en su caso, supracomarcal» de titularidad provincial.

En fin, pese a que el legislador sectorial no estaba obligado a reconocer competencias en el frente de la prevención, obviamente, podía hacerlo y, en efecto, se habilitó por primera vez de forma expresa y directa a las «entidades locales» para «elaborar programas de prevención» de «los residuos de su competencia» [artículo 12.5.c).1.º LRSC].

### III.3. Las potestades municipales en la materia tras la LRSAL

Sobre el impacto que la LRSAL haya podido tener en las relaciones entre la LBRL y la legislación sectorial se ha discutido mucho. Sin ánimo de terciar en una polémica que ya parece apagarse convendría distinguir dos planos. El primero se proyecta hacia el futuro y ahí no hay duda de que el legislador sectorial queda vinculado por los nuevos requisitos que se incorporan en el artículo 25.3, 4 y 5 LBRL para la atribución de «competencias propias» (otra cosa será el control, necesariamente constitucional, del cumplimiento de tales requisitos por las leyes venideras (52)). El otro, que es el que aquí y ahora más importa, se proyecta hacia el pasado e indaga acerca del acoplamiento de la legislación sectorial preexistente con la nueva de régimen local. A este respecto, la inicial sensación de pequeño cataclismo se ha ido superando hasta el punto de que ya parece imponerse la impresión de que, en líneas generales, todo sigue igual (53). Asumiendo de buen grado tan sensato punto de partida, en el sector aquí considerado hay al menos dos particularidades que requieren atención específica: de un lado, la «materia» no ha desaparecido del artículo 25.2 LBRL pero sí se ha redelimitado en los términos arriba expuestos; de otro, las «competencias» que se examinan no han sido atribuidas por el legislador autonómico sino por el estatal; que además había invocado para ello el artículo 149.1.18 CE. Quiere esto decir que, de ha-

(52) Como siempre ha sucedido, la atribución de estas competencias ha de operarse mediante ley que, a partir de ahora, ha de evaluar previamente «la conveniencia de la implantación de servicios locales conforme a los principios de descentralización, eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera» (artículo 25.3 LBRL), acompañarse de una «memoria económica» y prever la dotación de recursos económicos sin conllevar mayor gasto público (artículo 25.4 LBRL), además de garantizar «que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública» (artículo 25.5 LBRL).

(53) Así lo vienen entendiendo las leyes autonómicas dictadas tras la reforma; puede verse, por todas, la más reciente que es la Ley gallega 5/2014, de 27 de mayo, de medidas urgentes derivadas de la entrada en vigor de la LRSAL. Con anterioridad, y aun con matices, en la doctrina pueden verse las posiciones al respecto de M. MEDINA GUERRERO, *La reforma del régimen local*, Tirant lo blanch, Valencia, 2014; M.J. ALONSO MÁS, «El nuevo régimen de las competencias municipales», en Domingo Zaballos, *op. cit.*, pp. 163-165 y J.I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, «Las competencias de las Entidades locales», en Quintana López, *op. cit.*, p. 86.

ber incurrido en contradicción sobrevenida con la LRSAL, el artículo 12.5 LRSC habría podido quedar derogado, bien que tácitamente, por norma posterior de igual rango. Claro que para valorar si tal contradicción existe es preciso tener presente la función institucional del artículo 25.2 LBRL que, incluso en su nueva redacción y pese al espíritu y finalidad restrictivos de la reforma, no deja de ser la de asegurar a los municipios un mínimo de atribuciones que el legislador sectorial no puede ignorar pero que, si quiere, puede mejorar. Pues bien, el resultado que arroja la aplicación de este método analítico a las potestades reconocidas por la LRSC se puede exponer del siguiente modo:

- Todas las Entidades Locales ostentan potestades reguladoras que han de ejercitar mediante *Ordenanzas*(54). Respecto del ámbito de estas Ordenanzas, el artículo 12.5.a) LRSC las menciona al establecer el nuevo alcance del servicio obligatorio(55). Y también lo hace el artículo 12.5.c).2.º LRSC en relación con otros servicios de gestión no obligatorios. Pero no había por qué entender que eso limitara necesariamente el contenido de las Ordenanzas locales a la reglamentación de los servicios de su titularidad(56). De hecho, el Tribunal Supremo había admitido Ordenanzas reguladoras de residuos porcinos. Bien es verdad que se basó para ello en el artículo 28 LBRL que, sin expresa mención a los residuos, habilitaba también a los municipios para realizar «actividades complementarias» en una serie de materias que incluye «medio ambiente» (SSTS de 19 de noviembre de 2009). El caso es que la reforma de 2013 ha suprimido aquel artículo 28 LBRL. Pero no parece que tal supresión afecte a la vigencia del artículo 12.5.c).3.º LRSC que permite imponer obligaciones a poseedores de «residuos peligrosos domésticos o de residuos cuyas características dificultan su gestión».
- En materia de *planificación*, el artículo 12.5.c).1.º LRSC dice que las «Entidades Locales podrán» elaborar «programas de prevención y de gestión de los residuos de su competencia». El artículo 14.3 LRSC reitera que las «Entidades Locales en el marco de sus competencias, podrán elaborar programas de gestión de residuos». Pero el artículo 15 LRSC obliga a todas las Administraciones Públicas, «en el ámbito de sus competencias» a aprobar «programas de prevención de residuos» antes del 12 de diciembre de 2013. Es claro, por tanto, que la elaboración de programas de gestión es potestativa pero la de programas de prevención sólo tendría ese carácter si en la interpretación prima la norma especial frente a la más general. En cuanto a su respectivo contenido, también parece claro que el de los programas de gestión vendrá delimitado por el ámbito de los servicios de los que el municipio sea titular. En cambio, el de los programas de prevención podría ser mucho más amplio pues toma como

---

(54) Por cierto, la DT2 LRSC daba un plazo de 2 años para que se aprobaran tales Ordenanzas y agregaba que «en ausencia de las mismas se aplicarán las normas que aprueben las CCAA».

(55) Que es donde en principio se ubica la ya célebre STS de 7 de noviembre de 2012 que confirma la validez de la Ordenanza de Limpieza de los Espacios Públicos y Gestión de Residuos del Ayuntamiento de Madrid incluso en lo que respecta a sus previsiones más conflictivas (obligaciones colectivas y facultades de inspección).

(56) Que las competencias reguladoras del municipio no se limitan a lo estrictamente prestacional ya lo había advertido A. PEÑALVER CABRÉ, *La regulación municipal de los residuos*, Cedecs, Barcelona, 1997.

referencia los «ejemplos» de «medidas» que propone el Anexo IV LRSC (57). Desde luego, en sus programas de prevención los entes locales incluirían medidas a adoptar en su condición de productores de residuos pero no tendrían por qué limitarse a eso. Este entendimiento no se puede ver perturbado por el artículo 25.2.b) LBRL pese a que para delimitar las posibles competencias locales se sirve ahora del concepto de «gestión». Evidentemente, la «prevención» no es «gestión», pero eso no significa que la posibilidad de elaborar programas de prevención haya quedado derogada por la LRSAL. Más bien evidencia la estrechez de miras en que ha incurrido la reforma al redelimitar la materia sin aludir a la prevención.

- En cuanto a las *potestades ejecutivas*, y dejando para más adelante las relativas a la *gestión*, la LRSC no atribuye a las Entidades Locales expresamente ninguna en el frente de la *prevención*. Sin embargo, es claro que alguna habrían de tener para la ejecución de sus propios programas de prevención. Es más, el Programa Estatal de Prevención de Residuos 2014-2020, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de diciembre de 2013 (58), incluye a las «EELL» entre los «agentes» encargados de realizar gran parte de las «medidas» en él propuestas. En verdad, es mucho lo que los municipios pueden hacer para evitar la producción innecesaria de residuos a través de otras técnicas como las que brindan la planificación y la disciplina urbanística (repárese, sin ir más lejos, en las vinculaciones con la licencia de obras ya establecidas en la normativa de residuos de la construcción y demolición (59)) o el control de las actividades clasificadas (60). Cabe entender que esto no cambia con la reforma de 2013 porque, aunque sea sin conciencia de ello, son competencias que encajan en otras materias listadas como, por ejemplo, «urbanismo» [artículo 25.2.a) LBRL] y, tal vez, el resto del «medio ambiente urbano» [artículo 25.2.b) LBRL].
- Finalmente, respecto de la actividad de *policía*, no hay un tratamiento sistemático. No obstante, el artículo 12.5.b) LRSC dice que a las Entidades locales corresponde «el ejercicio de la potestad de vigilancia e inspección, y la potestad sancionadora en el ámbito de sus competencias». Con esta fórmula, todo depende de algo que, como se ha visto, no está en absoluto claro y que es, precisamente «el ámbito de sus competencias». Parece, eso sí, conforme a lo hasta

(57) Que distingue entre «medidas que pueden afectar a las condiciones marco de la generación de residuos» (1-3), «medidas que pueden afectar a la fase de diseño, producción y distribución» (4-10) y «medidas que pueden afectar a la fase de consumo y uso» (11-24).

(58) BOE de 23 de enero de 2014.

(59) Sobre este particular, J.M. ALCÁZAR AVELLANEDA, «Menciones a la licencia urbanística en el Real Decreto 105/2008, de 1 de febrero, por el que se regula la producción y gestión de residuos de la construcción y demolición», *Práctica urbanística*, 91 (2010), pp. 57-60 y también F.J. ARENAS CABELLO, «Valorización de los residuos de construcción y demolición», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 2010, pp. 331-342. Sobre las conexiones del urbanismo también con la gestión pueden verse las SSTs de 2 de octubre de 2012 y de 14 de febrero de 2013, que desestiman sendos recursos contra una Ordenanza de Avilés que contempla recogida de residuos mediante sistemas automatizados o neumáticos, con remisión al planeamiento urbanístico, imputando a los promotores, en concepto de cargas de la urbanización, los costes de su instalación.

(60) Con apoyo sectorial en la «medida» 7 del Anexo IV LRSC que, tras abogar por la «formación» de las autoridades competentes en lo que se refiere a la inserción de requisitos de prevención de residuos» en las autorizaciones ambientales integradas, propugna también «la inclusión de medidas para evitar la producción de residuos en las instalaciones a las que no se aplica la Ley 16/2002» (énfasis añadido).



aquí expuesto, que dicho «ámbito» es más amplio que el de los servicios públicos de titularidad local. A efectos de exigencia de responsabilidades administrativas, en su redacción inicial el artículo 49.3 LRSC no operaba ninguna restricción material pues atribuía siempre a los «titulares de las Entidades Locales» la potestad sancionadora «en el supuesto de abandono, vertido o eliminación incontrolados de residuos» así como en el de «su entrega sin cumplir las condiciones previstas en las ordenanzas locales». Las reformas sufridas por la LRSC en 2012 precisaron que la potestad sancionadora local «en el supuesto de abandono, vertido o eliminación incontrolados» versaría exclusivamente sobre «residuos cuya recogida y gestión corresponda a las Entidades Locales». Residuos que, como se ha visto, no tienen por qué ser sólo los domésticos integrados en los servicios obligatorios. Y régimen que siempre podrá completarse, desde la perspectiva de los bienes jurídicos protegidos afectados por esos u otros residuos, con la habilitación general que para la tipificación de infracciones y sanciones en sus Ordenanzas les confieren los artículos 139 y 140 LBRL (61).

Así pues, llegado el caso, la contribución de los entes locales en el frente de la prevención puede basarse en las potestades de autorización, inspección y sanción que les atribuyen otras normas sectoriales en materias como urbanismo o actividades clasificadas. Desde este punto de vista, es preocupante que esta conexión haya pasado completamente desapercibida para el legislador de régimen local. Pero así ha sido y lo demuestra el nuevo apartado 2 del artículo 84 bis LBRL que, al enumerar los supuestos en los que las «instalaciones o infraestructuras físicas para el ejercicio de actividades económicas» pueden someterse a «un régimen de autorización», remite a una «evaluación» del riesgo para el «medioambiente y el entorno urbano, la seguridad o la salud públicas y el patrimonio histórico». Riesgo que «se determinará en función de las características de las instalaciones», entre las que cita expresamente la potencia energética, la capacidad o aforo, la contaminación acústica, la composición de las aguas residuales que emita la instalación y su capacidad de depuración, la existencia de materiales inflamables o contaminantes. Aunque ésta no sea una lista cerrada, es muy revelador que no se haga expresa referencia entre estos factores ni al tipo ni a la cantidad de los residuos que la instalación va a generar ni al modo en que afrontará su gestión. Esta despreocupada omisión se relaciona con otro de los objetivos de la LRSAL que es el de «favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas». Pero la libertad de empresa no presupone en absoluto un inexistente derecho a generar cualquier tipo de residuo en cualquier cantidad. Sí existen, en cambio, prohibiciones y limitaciones sectoriales que han de respetar los productores de residuos y por tanto no hay por qué presumir que siempre y en todo caso sea desproporcionado denegar permisos para actividades económicas que no se ajusten a las exigencias del principio de prevención u otorgarlos condicionados a la capacidad de gestión de los residuos que vayan a generar, conforme a los principios de autosuficiencia y proximidad.

---

(61) SSTS de 30 de noviembre de 2010, en relación la Ordenanza Municipal reguladora de la aplicación de purines y fangos de depuración del Ayuntamiento de Pira (Tarragona).

## IV. Los servicios públicos locales de gestión de residuos

### IV.1. Servicios esenciales reservados para su posible prestación en régimen de monopolio

Prescindiendo de otros antecedentes(62), en 1985 el artículo 86.3 LBRL declaró «la reserva a favor de las Entidades locales» de una serie de «actividades o servicios esenciales» entre los que se incluyó la «recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos». Esto significa, según la interpretación más plausible, que los entes locales pueden llegar a prestar los servicios públicos de los que sean titulares —tanto los obligatorios como los facultativos— en régimen de monopolio. Para ello, y supuesta su compatibilidad con las exigencias sustantivas del Derecho (comunitario) europeo de la libre competencia, ha de instruirse un determinado expediente que debe culminar con la preceptiva autorización autonómica y cuya resolución tiene como principal efecto el desplazamiento de la iniciativa privada en el ámbito de la prestación municipalizada o provincializada. El Estado y las Comunidades Autónomas pueden establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios. En la práctica, las tendencias liberalizadoras hicieron que, desde 1996, leyes estatales suprimieran algunas de las inicialmente reservadas; posibilidad que, se entiende, no está al alcance de los legisladores autonómicos. En cualquier caso, la reserva que ahora importa se formulaba en los términos más amplios posibles tanto en el plano material («residuos») como funcional (dicho sea sin dejar de señalar la redundancia en que incurría con la noción de «tratamiento» —que en el contexto de la LRSU incluía el «aprovechamiento»— pero que con la derogación de aquella por la LR quedaría sin definición legal). Así pues, en el sector aquí considerado se da la circunstancia de que los servicios locales de gestión de residuos, sean obligatorios o no, son siempre esenciales en el sentido indicado.

A partir de 1998 se discutió si el alcance de la reserva se pudo ver afectado por el artículo 12.3 LR. En su virtud, «sin perjuicio de lo establecido en el artículo 4.3, las Comunidades Autónomas podrán declarar servicio público, de titularidad autonómica o local, todas o algunas de las operaciones de gestión de determinados residuos». La mención del artículo 4.3 LR salvaba los servicios municipales obligatorios pero el resto, hasta completar el contenido prestacional reservado por el artículo 86.3 LBRL, podía dejar de ser local para pasar a ser de titularidad autonómica. En este caso, no se aclaraba si eso determinaba automáticamente la prestación de los servicios autonómicos en régimen de monopolio(63). Ya en 2011, vuelve sobre el asunto el artículo 12.6 LRSC que ahora dice lo siguiente: «[L]as administraciones públicas en sus respectivos ámbitos competenciales podrán declarar servicio público todas o algunas de las operaciones de gestión de determinados residuos cuando motivadamente se justi-

(62) El artículo 170 del Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924 disponía que «sólo podrán municipalizarse con carácter de monopolio los servicios de ... recogida y aprovechamiento de residuos domiciliarios». Casi un cuarto de siglo más tarde, el artículo 166.1 de la Ley de Régimen Local de 1955 estableció que «podrán ser municipalizados con monopolio los servicios de ... recogida y aprovechamiento de basuras».

(63) Suscitando así problemas como los que analiza SANTAMARÍA ARINAS, «Monopolio, autosuficiencia y proximidad en servicios públicos autonómicos de gestión de residuos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 159 (2013), pp. 245-268. Con posterioridad, ha aparecido la STJUE de 12 de diciembre de 2013 (C-292/12, *Ragn-Sells y Sillamäe*).

fique por razones de adecuada protección de la salud humana y del medio ambiente». En la nueva situación, por tanto, el problema apuntado no se afronta pero desaparece la cláusula de salvaguardia local (el «sin perjuicio» de la regulación anterior). Además, aparentemente ya no son sólo las Comunidades Autónomas sino las «administraciones públicas» quienes están habilitadas para proceder a una *publicatio* que, por lo demás, ya había sido efectuada en su máxima extensión posible por el legislador de régimen local en el artículo 86.3 LBRL que en esta ocasión tampoco se derogó expresamente. Se entiende que la habilitación no solo resulta innecesaria para los entes locales sino también técnicamente incorrecta porque, en rigor, las «administraciones públicas» carecen de potestad legislativa y no pueden, por tanto, satisfacer la reserva de ley que en este punto impone el artículo 128.2 CE (STS de 30 de octubre de 2012). Por lo demás, el artículo 12.5.c).2.º LRSC confirma, por si hubiera alguna duda, que también pueden prestarse en régimen de monopolio los servicios públicos locales no obligatorios (64).

En 2013, las modificaciones introducidas por la LRSAL en el artículo 86 LBRL son un tanto aparatosas pero, en realidad, marginales a los efectos de este trabajo. En sustancia, y a pesar de todos los pesares, incluso en un contexto ideológico, institucional y socio-económico que nada tiene que ver con el de hace treinta años, la posibilidad misma de servicios públicos locales en régimen de monopolio se mantiene. Ciertamente la relación de actividades reservadas se ha reducido a su mínima expresión («abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros») pero sigue siendo posible su ampliación por ley estatal o autonómica (artículo 86.2 LRBL). El caso es que en la selecta lista de los servicios esenciales figuran todavía la «recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos». La fórmula es exactamente la misma que entonces. Ni siquiera se ha retocado, y es de reprochar, para actualizar la terminología relativa al plano funcional (el «aprovechamiento» se denomina hoy en la LRSC «valorización» y ésta, a su vez, carece de autonomía conceptual frente al «tratamiento», que la engloba en su contenido semántico junto con la «eliminación»). Aún así, y esto es lo que importa, se entiende que el legislador de régimen local mantiene la declaración como servicio público esencial del conjunto de operaciones de gestión de residuos. Ese carácter esencial conlleva una consecuencia nueva y es que en las previsiones de «redimensionamiento del sector público local», las «entidades» afectadas que estén prestando alguno de los servicios en cuestión ven ampliados los plazos previstos para su eventual disolución si no consiguen superar su «situación de desequilibrio financiero» (Disposición Adicional Novena LBRL (65)). Novedad es también la exigencia de «informe de la autoridad de competencia correspondiente» en el procedimiento de monopolización (artículo 97.2 TRRL en la nueva redacción dada por la DF1.ª LRSAL).

---

(64) Dice este precepto que «las Entidades Locales podrán», entre otras cosas, «gestionar los residuos comerciales no peligrosos y los residuos domésticos generados en las industrias en los términos que establezcan sus respectivas ordenanzas, sin perjuicio de que los productores de estos residuos puedan gestionarlos por sí mismos en los términos previstos en el artículo 17.3. Cuando la entidad local establezca su propio sistema de gestión podrá imponer, de manera motivada y basándose en criterios de mayor eficiencia y eficacia en la gestión de los residuos, la incorporación obligatoria de los productores de residuos a dicho sistema en determinados supuestos» [artículo 12.5.c).2.º LRSC].

(65) Un lúcido comentario de esta disposición ofrece A. BOTO ÁLVAREZ, «Redimensionamiento del sector público local», en Quintana López, *op. cit.*, pp. 465-518.

Pero cabe preguntarse si esta reafirmación de la reserva local no reabre el debate sobre la compatibilidad con ella del artículo 12.6 LRSC. La posibilidad misma de desdualizar material y funcionalmente el contenido prestacional del servicio integral de gestión de residuos conduce a delimitar sus contornos no sólo respecto de los gestores privados que en determinadas porciones pueden operar en régimen de libre competencia sino también respecto de otros gestores públicos que, en la práctica, sólo pueden ser las Comunidades Autónomas pluriprovinciales. Esto es así porque, diga lo que diga aquel desafortunado precepto, el Estado carece de potestades ejecutivas en esta materia y porque las demás Comunidades Autónomas se subrogaron a todos los efectos en la posición de las Diputaciones provinciales a las que sustituyeron. Ciertamente, no parece que la reforma pretenda impedir la creación de monopolios autonómicos ni tampoco que, con cláusula de salvaguarda o sin ella, las leyes autonómicas puedan alterar la titularidad de los servicios asignados a los municipios por la LRSC. Pero, mientras tales declaraciones no se produzcan, la reserva sigue amparando, incluso tras la reforma de 2013 —«de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable» (artículo 86.2 LBRL)—, cualesquiera servicios locales de gestión de «determinados residuos»; sean tales servicios provinciales o municipales y sean, también, obligatorios o no.

## IV.2. Los servicios municipales obligatorios

Ya el artículo 102.g) de la Ley de Régimen Local de 1955 había establecido que «en todo municipio será obligatoria la prestación de los servicios» de «destrucción o tratamiento técnico sanitario de basuras y residuos». Sin embargo, en 1985, para la determinación de los servicios públicos que obligatoriamente habían de prestar los municipios, «por sí o asociados», se estableció la conocida escala en función de su población. Así, «en todos los municipios» sería obligatorio el servicio de «recogida de residuos» [artículo 26.1.a) LBRL] y «en los municipios con población superior a 5.000 habitantes, además», sería obligatorio también el servicio de «tratamiento de residuos» [artículo 26.1.b) LBRL]. En el plano material, en ambos casos se utiliza la expresión más amplia posible («residuos»), dejando también las concreciones para el legislador (estatal o autonómico) sectorial. En el plano funcional, en cambio, las expresiones utilizadas parecen más precisas («recogida» y «tratamiento») pero hay que recordar que en aquel momento ésta última noción englobaba tanto el «aprovechamiento» como la «eliminación» aunque, en la práctica, sólo había «basureros» (66).

En 1998, el artículo 4.3 LR vino a establecer que «corresponde a los municipios, como servicio obligatorio, *la recogida, el transporte y, al menos, la eliminación de los residuos urbanos*, en la forma en que establezcan las respectivas Ordenanzas» (énfasis añadido). Por su parte, el artículo 20.3 LR añadió que «[L]os municipios con una población superior a 5.000 habitantes estarán obligados a implantar sistemas de *recogida selectiva de residuos urbanos* que posibiliten su reciclado y otras formas de valorización. No obstante, en materia de residuos de envases se estará a lo dispuesto en la normativa específica correspondiente». Respecto de la fórmula anterior se aprecia

(66) Sobre la progresión en este campo, SANTAMARÍA ARINAS, *Régimen jurídico de los vertederos de residuos*. Estudio jurisprudencial, Civitas, Madrid, 1998.

que en el plano material se opera una limitación común a ambos supuestos [sólo «residuos urbanos», tal como se definieron en el artículo 3.b) LR]. En el plano funcional, en cambio, suceden varias cosas. El servicio mínimo obligatorio en todos los municipios pasa a englobar no sólo la «recogida» sino también el «transporte» (que, en la práctica, siempre se había entendido implícito) «y, al menos, la eliminación» (excluyendo, pues, la valorización). El servicio obligatorio en los municipios con población superior a 5.000 habitantes presenta la novedad de incluir la «recogida selectiva»; previsión que suscita controversia tanto por no especificar el grado de selección requerido como por permitir que aquella no resultara necesaria en la totalidad de los municipios cuando para entonces existían disposiciones específicas —no sólo la LERE— que habían generalizado exigencias de este tipo (67). En cualquier caso, ha de remarcarse que la LR nada en absoluto dijo sobre el servicio municipal obligatorio de «tratamiento». A falta de expresa definición de tal concepto en la propia LR, este silencio abría distintas posibilidades de acoplamiento con el artículo 26.1.b) LBRL que, por lo demás, nunca fue expresamente derogado.

En 2011, el deslavazado artículo 12.5 LRSC se abre diciendo que «corresponde a las Entidades Locales, o a las Diputaciones Forales cuando proceda» y entre otras cosas «como servicio obligatorio, la recogida, el transporte y el tratamiento de los residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios en la forma en que establezcan sus respectivas ordenanzas en el marco jurídico de lo establecido en esta Ley, de las que en su caso dicten las Comunidades Autónomas y de la normativa sectorial en materia de responsabilidad ampliada del productor. La prestación de este servicio corresponde a los municipios que podrán llevarla a cabo de forma independiente o asociada» [artículo 12.5.a) LRSC]. Como se ve, esta fórmula prescinde del número de habitantes por lo que resulta aplicable a cualquier tipo de municipio. En el plano material, que es donde se centra el interés de la reforma, el servicio obligatorio tiene ahora un ámbito aparentemente más preciso: «los residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios». En el plano funcional, si se compara con la LR, se produce una ampliación evidente puesto que la noción de «tratamiento» vuelve a englobar tanto la eliminación como la valorización. Además se registra otra novedad no por escondida menos relevante puesto que de otros preceptos legales se deduce que la recogida es ya siempre selectiva. En efecto, tras ocuparse del régimen general de la ahora denominada «recogida separada» [artículos 3.o) y 21.3 LRSC], el artículo 21.2 LRSC impone que «antes de 2015 deberá estar establecida una recogida separada para, al menos, papel, metales, plástico y vidrio». Y el artículo 21.3 LRSC agrega que «las entidades locales habilitarán espacios, establecerán instrumentos o medidas para la recogida separada de residuos domésticos y en su caso, comerciales a los que es preciso dar una gestión diferenciada bien por su peligrosidad, para facilitar su reciclado o para preparar los residuos para su reutilización». Se entiende que, de este modo, como «entidades locales» que obviamente son, el servicio de recogida separada pasa a ser obligatorio en todos los municipios. Eso sí, la cautela prevista en el derogado artículo 20.3 LR ya no hay que entenderla referida sólo a la LERE sino a cuantas disposiciones

---

(67) Por ejemplo, ya con anterioridad se había establecido reglamentariamente la necesidad de la recogida selectiva de pilas y acumuladores usados responsabilizando de ella a las Comunidades Autónomas y a las «entidades locales» sin ningún límite de población (artículo 5 del Real Decreto 45/1996, ya derogado).

específicas habiliten la creación de sistemas integrados de gestión para el cumplimiento de las obligaciones impuestas en virtud del principio de responsabilidad ampliada del productor (68). Pero resta comparar este nuevo régimen, común a todos los municipios, con el tenor literal del artículo 26.1.b) LBRL que seguía considerando servicio obligatorio el tratamiento de residuos en municipios de más de 5.000 habitantes. Y puesto que no fue expresamente derogado, cabía entender que en ellos seguía siendo obligatorio el servicio de «tratamiento» (es decir, eliminación y valorización) de otros residuos que, eso sí, sin ser «domésticos», la LRSC no había precisado pero que sus desarrollos estatales o autonómicos podrían concretar.

En 2013, el modo en que la reforma aborda este punto ha causado asombro (69). La redacción inicial de los artículos 26.1.a) y 26.1.b) LBRL se mantiene, por lo que aquí importa, en sus términos originales pero este inmovilismo resulta censurable y perturbador. Censurable, por regresivo, al volver a discriminar entre municipios por su tamaño y renunciar a imponer a todos obligaciones más acordes con los tiempos como, por ejemplo, la recogida selectiva de biorresiduos o la valorización de todo residuo recogido selectivamente (70). Y perturbador porque, acumulado con las novedades que sobre el «tratamiento» se introducen en los artículos 26.2.a) y 36.1.c) LBRL, podría pensarse que acarrea la derogación tácita y probablemente parcial del artículo 12.5.a) LRSC. El atento análisis de las tres situaciones diferentes que ahora pueden plantearse depara las siguientes apreciaciones que, dadas las dificultades hermenéuticas, no resultan del todo concluyentes:

- a) *En los municipios de más de 20.000 habitantes* puede entenderse perfectamente en vigor el artículo 12.5.a) LRSC en lo que respecta a la obligación común de «recogida (71), transporte (72) y tratamiento de los residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios»; bien entendido que la

(68) En estos sistemas, los operadores económicos se agrupan para hacerse cargo de la gestión de los residuos que genera su sector de actividad. Normas específicas habían implantado sistemas integrados de este tipo para los envases, para los vehículos y neumáticos fuera de uso, para los aparatos eléctricos y electrónicos, para los aceites usados o para las pilas y acumuladores. La adaptación, todavía pendiente, de estos SIGS quedó retardada por la DT4.<sup>a</sup> LRSC puesto que el plazo de un año allí previsto empezaría a computarse «desde que entren en vigor las normas que adapten [a su vez] las citadas disposiciones reguladoras».

(69) «Sorprende que la LRSAL haya mantenido la redacción previa de la Ley de bases; sin tener en cuenta la incidencia que en este punto ha tenido la LRSC», dice ALONSO MÁS, *op. cit.*, p. 171.

(70) Dando así sentido práctico a las vaguedades que al respecto establecen los artículos 21.5 y 24.a) LRSC, eludiendo éste último compromisos no sólo requeridos por el artículo 22.a) NMD sino incluso con reglas precedentes que ya imponían la progresiva reducción de la presencia de residuos biodegradables en vertedero (artículo 5.1 RV). La STJUE de 14 de abril de 2005 admitió que los Estados Miembros podían establecer objetivos de reducción más exigentes.

(71) En cuanto a la recogida, no hay mayor problema de acoplamiento. El alcance de la genérica obligación impuesta por la LBRL se concreta sectorialmente de modo que sólo es obligatoria en todos los municipios la recogida de «los residuos domésticos generados en los hogares, comercios y servicios». Bien es verdad, y no hubiera estado de más recogerlo así en el artículo 26.1.a) LBRL, que la recogida es ya siempre selectiva (dicho sea al margen del grado de especificación sectorial de las fracciones que hayan de recogerse de forma separada por los municipios o por otros sujetos, incluso privados, conforme a la evolución del nuevo régimen de responsabilidad ampliada del productor).

(72) En cuanto a la obligación del «transporte» de estos residuos, hay que reconocer que no se mencionaba expresamente en la LBRL y, pese a ello, el legislador sectorial lo impuso para todos los municipios. La reforma de 2013 mantiene su omisión por lo que cabe preguntarse si el legislador local considera que el transporte va implícito en la recogida o pretende alterar el estado de la cuestión.

eliminación y la valorización requeridas no alcanzan, en el plano material, a ningún otro residuo. Pero con la reforma de 2013 se insiste en que persiste la obligación de «tratamiento» para los municipios de más de 5.000 habitantes; obligación que, por supuesto, sólo tiene sentido si se predica respecto de residuos distintos de los del artículo 12.5.a) LRSC.

- b) *En los municipios de entre 5.000 y 20.000 habitantes* esta situación se puede ver alterada por la novedad que supone el artículo 26.2.a) LBRL y que consiste en que por debajo de ese umbral la Diputación provincial o entidad equivalente «coordinará» la prestación del servicio de recogida y tratamiento de residuos. Hay que recordar que en materia de coordinación no se partía de la nada. La normativa sectorial ya venía ofreciendo sus propios mecanismos de coordinación: hasta ese momento se confiaba a la zonificación y demás determinaciones del conjunto de los preceptivos planes de gestión de residuos (*supra* II.2.2). Pero ahora el legislador de régimen local impone al sectorial un determinado modelo de coordinación que acaba con la flexibilidad del existente al menos en lo que se refiere a la mayoría de los municipios del país (73). Los comentaristas han señalado que este «discutible sistema de coordinación (74)» se construye mediante «una fórmula de difícil conceptualización dogmática» que, además, «presenta recios problemas de constitucionalidad (75)». Su aplicación, que no va a ser fácil, depende de un único factor que es el «coste efectivo (76)» de los servicios y da como resultado, en su caso, su «gestión integrada». Habrá que ver como se plasma este sistema en un sector como el aquí estudiado, donde la planificación específica permite una visión más amplia de los factores concurrentes en servicios que, por otra parte, ya son objeto de «gestión integrada» prácticamente en su totalidad. Sea como fuere, se entiende que esta «coordinación» provincial no afecta a la titularidad de los servicios obligatorios que, en principio, sigue siendo municipal (77).
- c) *En los municipios de menos de 5.000 habitantes* interfiere el artículo 36.1.c) LBRL que, al atribuir «competencias» a «la Diputación o entidad equivalente», dice ahora lo siguiente:

«En particular, asumirá la prestación de los servicios de tratamiento de residuos en los municipios de menos de 5.000 habitantes, y de prevención y extinción de incendios en los de menos de 20.000 habitantes, cuando éstos no procedan a su prestación».

(73) De 8.117 municipios, 7.714 son menores de 20.000 habitantes (93%) y 6.799 son menores de 5.000 habitantes (85%) (Real Decreto 1016/2013, de 20 de diciembre, por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del padrón municipal referidas al 1 de enero de 2013).

(74) «Una vuelta de tuerca más en la confusión» para M. ZAFRA VÍCTOR, «La crisis económica y la reforma del régimen jurídico de la Administración local», en Carrillo Donaire, *op. cit.* p. 67 y ss.

(75) VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, p. 71.

(76) Sobre las dificultades metodológicas existentes para la implantación y aplicación de este parámetro, G. ÁLVAREZ ROPERO, «La gestión coordinada o integrada de servicios a cargo de las diputaciones: una visión económica», en Domingo Zaballo, *op. cit.*, pp. 875-901.

(77) En el mismo sentido, con alcance general, ALONSO MAS, *op. cit.* p. 177.

La comprensión de esta oración suscita enormes quebraderos de cabeza. Gramaticalmente, están claros el sujeto (diputación o equivalente) y el núcleo del predicado («asumirá» —otra cosa es la traducción jurídica de este verbo que evoca, aquí sí, cambio de titularidad, con todos los problemas prácticos que entrañaría un proceso de transferencias de semejante magnitud—). También están claros sus dos complementos directos (determinados servicios). Pero el análisis sintáctico no consigue aclarar si el sintagma «cuando éstos no procedan a su prestación» se subordina sólo al servicio de prevención y extinción de incendios o también al servicio de tratamiento de residuos (78).

Sistemáticamente, la perplejidad es aún mayor. Si se entiende que en estos municipios la diputación «asumirá», aunque no se sabe cuándo ni cómo, el servicio de tratamiento en todo caso, la previsión es coherente con el artículo 26.1.a) y b) LBRL pero incompatible con el artículo 12.5.a) LRSC que habría de considerarse tácitamente derogado a estos efectos. Consecuentemente, estos municipios habrían quedado liberados de su obligación de prestar el servicio de tratamiento de esos concretos residuos y, simultáneamente, los «vecinos» habrían quedado desprovistos de los derechos que sólo a ellos confiere el artículo 18.g) LBRL exclusivamente sobre servicios municipales. En cambio, si se entiende que solo lo asumirá si los municipios no lo prestan, la previsión casa mal con el artículo 26.1 de la propia LBRL [que no impone la obligatoria prestación de ninguno de ambos servicios en los municipios por debajo de las cifras de población del artículo 36.1.c) LBRL]. Pero casa bien, sorprendentemente, con el artículo 12.5.a) LRSC que salva la aparente antinomia si se interpreta que en estos municipios es obligatorio el tratamiento de los residuos domésticos allí especificados y que, como sustituto de la antigua «dispensa», solo lo «asumirán» las diputaciones cuando, en efecto, se incumpla la obligación impuesta por la LRSC. Claro que, en esta hipótesis, también cabe otra interpretación según la cual, dada la ausencia de precisiones materiales en el artículo 36.1.c) LBRL, lo que asumirán las diputaciones provinciales es el tratamiento de otros residuos distintos. Sea como fuere, y a falta de cualquier indicio sobre la *voluntas legislatoris*, suponiendo que en esta franja de población subsistan servicios municipales obligatorios de tratamiento, quedan sometidos a la «coordinación» arriba aludida.

De cómo se despejen estas incógnitas va a depender la respuesta que haya de darse a otra cuestión no menos cargada de incertidumbres como es la determinación de la suerte que hayan podido correr los demás servicios que, sin ser obligatorios, los ayuntamientos podían asumir voluntariamente (79). Desde el punto de vista sectorial, el interés de esta cuestión es innegable tanto por la especialización requerida para superar la «solución» única del vertedero como por el dinamismo que anima la adaptación de las muy diversas prestaciones a los continuos avances tecnológicos. Dadas las limitaciones de espacio, no es posible abordar aquí este problema en toda su amplitud. Baste indicar, por tanto, que al separar la titularidad de los servicios de recogida, por una parte, y de tratamiento, por otra, el propio legislador abona el terreno

(78) Sin reparar en los problemas apuntados en el texto, dan por supuesto esto último ALONSO MAS, *op. cit.*, p. 171 y 172 y MORENO DE MOLINA Y VILLANUEVA CUEVAS, «El régimen de los servicios mínimos locales tras la reforma efectuada por la LRSAL», en Domingo Zaballo, *op. cit.*, p. 206.

(79) Desde 2011 la importancia práctica de esta distinción entre servicios obligatorios y facultativos se acrecienta porque, sin ir más lejos, está presente en el artículo 12.5 LRSC.



para que, ignorando la función de los planes del sector, crezcan sus denostadas «duplicidades» (80).

## V. Consideraciones finales

Tras el estudio realizado se pone de manifiesto que la reforma de la LRSAL no ayuda a superar los problemas que viene planteando la exacta determinación de las competencias de los municipios en materia de residuos. Se comprueba también que son muchas y dispares las interpretaciones posibles de la regulación resultante (81). Sería de desear que en la práctica se acabe imponiendo la que, sin menoscabo de su mejor sostenibilidad financiera, más facilite la participación de los municipios en la consecución de la «sociedad europea del reciclado». Esto es algo que, sin venir expresamente impuesto por el VII Programa, resulta indispensable en virtud de los principios específicos del sector que, en última instancia, apelan a la responsabilidad de quien genera residuos pero también de quien permite generarlos. Dada la importancia que la prevención tiene en el avance hacia la economía circular, esta clave interpretativa salva gran parte de los temores iniciales suscitados por la reforma. Pero con ello no se quiere decir que la regulación local y sectorial vigente no esté necesitada de una profunda y urgente reconsideración también en el frente de la gestión.

En ese sentido convendría delimitar la materia del artículo 25.2.b) LBRL en términos amplios («prevención y gestión de residuos» o, simplemente «residuos»). Las concreciones quedarían para el legislador sectorial y, si se ajustara el ámbito de lo básico como requiere la imposibilidad de recetas uniformes ante la diversidad y dinamismo del sector, para el legislador sectorial autonómico. Se sugiere también buscar un criterio no conceptualista para deslindar las competencias y servicios de titularidad local respecto de los de titularidad autonómica. Puestos a reconstruir el sistema desde unas nuevas bases, no parece mal punto de partida considerar, con apoyo en el juego conjunto de los principios de integración y autosuficiencia, que las competencias de los municipios han de abarcar la prevención y la gestión de todos los residuos que cada Ayuntamiento permita producir en su respectivo término municipal. Por regla general, quien, pensando en las rosas del «crecimiento» en términos de PIB, autoriza la generación de un residuo mediante, por ejemplo, una licencia de actividad o de obras, no debería ignorar las espinas que pueda llegar a suponer la responsabilidad de su gestión.

---

(80) Un ejemplo: tras la reforma, aparte de los que se vayan declarando de titularidad autonómica (artículo 12.6 LRSC) y, con matices, de los asignados a los SIGs, las Diputaciones no podrían asumir servicios de recogida en ningún caso ni tampoco los de tratamiento en municipios con más de 5.000 habitantes. Dicho de otro modo: las Diputaciones tratarían residuos que no recogen por sus propios medios. Lo harían municipios que podrían haber transferido sus competencias a mancomunidades que con la asunción provincial podrían ver limitados a la recogida sus fines estatutarios pero que también, y pese a todo, podrían seguir prestando servicios de tratamiento si entre los municipios asociados hubiera alguno de más de 5.000 habitantes.

(81) A la vista de este rasgo que impregna toda la reforma, apela a la «prudencia» y al «sentido común» R. JLMÉNEZ ASENSIO, «La reforma local: primer análisis de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. Contexto, elementos estructurales y algunas pautas interpretativas para la aplicación de un marco normativo complejo», en *Anuario Aragonés del Gobierno Local 2013*, 5, 2014, pp. 281-328.

En cuanto a los servicios, por una parte, la reserva del artículo 86.3 LBRL requeriría, por razones técnicas, actualizar su redacción («gestión de residuos») y aclarar su conexión con las «declaraciones» previstas en el artículo 12.6 LRSC. Por otra, la función institucional del artículo 26.1 LBRL debería mantenerse pensando en los derechos (y en los deberes) de los vecinos (artículo 18 LBRL). A este respecto, la evolución de la normativa sectorial niega que el tamaño de la población sea un criterio idóneo de asignación de responsabilidades. Habida cuenta de la multiplicidad de factores que inciden en la toma de decisiones de este tipo y de la necesidad de instrumentos de coordinación flexible y dinámica, sería preferible una fórmula que imponga en todos los municipios como servicio obligatorio la «gestión de residuos en los términos de la planificación del sector».

Podrían, desde luego, lanzarse propuestas más ambiciosas también para la legislación sectorial cosa que, sin duda, reivindicarán las propias autoridades locales cuando hayan asumido que los residuos son recursos; es decir, riqueza para quien quiera, pueda y sepa obtener los beneficios de su reintegración en los ciclos económicos.

Trabajo recibido el 8 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** 2013ko abenduaren 27an, Gorte Nagusiek Toki-administrazioaren arrazionalizazio eta iraunkortasunerako Legea onetsi zuten. Egun batzuk lehenago, Europako Parlamentuak eta Kontseiluak Europar Batasunaren 2020ra arteko Ingurumen Arloko Programa Orokorra onetsi zuten. Itxuraz, bi testu horiek ez dute inolako lotura elkarren artean. Hala ere, lan honetan, bien arteko konexio-puntua azaltzen da (bi tresna horietan hondakinei buruzko politikarekin lotuta egiten diren erreferentziak, hain zuzen), eta toki-araubidearen erreforman gai horri buruz egiten diren aipamenak aztertzen dira, ebaluatzeko zenbateraino errazten duten aipamen horiek Espainiako udalerriek parte hartzea europar helburua lortzeko behar diren eraldaketetan; hau da, ekonomia zirkularra lortzeko helburuan aurrera egiteko, ezer alferrik ez xahutzeko.

**HITZ GAKOAK:** Garapen iraunkorra. Ekonomia zirkularra. Hondakinen ekoizpena eta kudeaketa. Tokiko eskumenak eta zerbitzuak.

**RESUMEN:** El 27 de diciembre de 2013 las Cortes Generales aprobaron la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local. Pocos días antes, el Parlamento Europeo y el Consejo habían aprobado el Programa General de Medio Ambiente de la Unión hasta 2020. Aparentemente, estos dos textos no tienen ninguna relación entre sí. Sin embargo, este trabajo descubre su punto de conexión en las referencias que ambos contienen a la política de residuos y analiza las menciones que al asunto dedica la reforma del régimen local para evaluar hasta qué punto facilitan que los municipios españoles participen en las transformaciones requeridas por el objetivo europeo de avanzar hacia una «economía circular», en la que nada se desperdicia.

**PALABRAS CLAVE:** Desarrollo sostenible. Economía circular. Producción y gestión de residuos. Competencias y servicios locales.

**ABSTRACT:** On 27th of December 2012, the Parliament passed the Act on rationalization and sustainability within the Local Entities Administration. Few days before, the European Parliament and the Council had passed the General Programme of Environment of the European Union until 2020. Apparently, those two texts do not have any relationship. However, this work finds out one point of connection in the references they both make to the waste policy and it analyzes the mentions that the issue devotes to the reform of the local regime in order to assess to what extent they make easier that the Spanish municipalities participate in the transformations required by the european objective of advancing towards a «circular economy» where nothing is wasted.

**KEYWORDS:** Sustainable development. Circular economy. Production and management of waste. Local competences and services.



# Ante la conflictividad ambiental que viene del mar: el caso de los sondeos petrolíferos en Canarias

Francisco Javier Sanz Larruga

**Sumario:** I. Preliminar.—II. Breve historia del conflicto.—III. Las razones y los argumentos jurídicos de las partes enfrentadas. Las decisiones judiciales sobre el asunto.—IV. Posibles vías de pacificación. Nuevas normas comunitarias para el buen gobierno del mar y de las zonas costeras.—V. Reflexión final.—VI. Bibliografía citada.

## I. Preliminar

Con los sentimientos a flor de piel escribo esta humilde —pero emotiva— colaboración a un Homenaje tan merecido a nuestro colega, compañero y, ante todo, amigo. Puesto a elegir mi contribución, no he dudado en dedicarla a esa apasionante parcela del Derecho Público que es el Derecho Ambiental, en la que Demetrio y yo hemos compartido —y disfrutado— en diversos Congresos, Cursos y Seminarios, con tantos miembros de la gran familia «iusambientalista», horas y horas. Él supo aportar a esta joven rama del Derecho algunas de las obras más cimeras de nuestro país(1). Otros tratamos de seguir su brillante estela y su incansable entusiasmo.

En el marco del Proyecto plurianual que, con el título de «Conflicto Ambiental», inició el Prof. LOPERENA en 2007, en el seno de la *Corte Internacional y Arbitraje y Conciliación Ambiental* (institución en la que depositó tanta ilusión y esfuerzos), tuve el privilegio de haber sido invitado por él a participar en el Seminario del Conflicto Ambiental 2009(2), celebrado, en julio de 2009, en la Facultad de Derecho de San Sebastián para hablar de: «La gestión integrada del litoral como respuesta a los conflictos ambientales en las zonas costeras». En una dirección semejante, me parecía oportuno aprovechar esta ocasión para tratar, aunque sea de manera aproximativa, de uno de los temas de mayor conflictividad ambiental en las zonas costeras y marinas de España, en el momento presente, como es el caso de los sondeos petrolíferos en las Islas Canarias(3).

---

(1) Me quiero referir aquí, de modo especial, a las tres siguientes monografías: *El derecho al medio ambiente adecuado*, Civitas, Madrid, 1996; *Los principios del Derecho Ambiental*, Civitas-IVAP, Madrid, 1998, que está prologada por el querido e inolvidable «maestro de maestros», Ramón MARTÍN MATEO; y *Desarrollo Sostenible y Globalización*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

(2) Fruto de estos Seminarios y, en particular, del celebrado en el verano de 2008, fue la publicación dirigida por Demetrio LOPERENA: *Conflicto Ambiental*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

(3) No ha sido único conflicto ambiental que se ha producido en nuestras costas. Así, por ejemplo, en septiembre de 2013 los trabajos de almacenamiento de gas en depósitos submarinos frente a las costas de Vina-

En estos «Seminarios del Conflicto Ambiental» —tal como se indicaba en sus bases organizativas— se trataba de estudiar un concreto conflicto ambiental sobre el que se pretendía generar —entre los expertos y representantes de las partes implicadas— un debate social y jurídico, para reflexionar sobre la efectiva aplicación al mismo de los diferentes principios y normas ambientales, y, al final de todo, llegar a su objetivo fundamental que no era otro que el de poder enunciar posibles soluciones pacíficas (preferentemente jurídicas) al conflicto.

Inspirando bajo esta filosofía tan constructiva, deseo ofrecer aquí, resumidamente, las ideas y posiciones básicas de este enconado conflicto que viene aconteciendo, en el momento actual, entre el Gobierno de España de una parte —que ha autorizado, a propuesta de su Ministerio de Industria, Energía y Turismo, la realización de los sondeos petrolíferos— y, de otra, el Gobierno autonómico de las Islas Canarias, así como diversos representantes públicos y colectivos del Archipiélago, que han opuesto y se han manifestado contrarios al proyecto promovido por la empresa REPSOL para la exploración y potencial explotación de los recursos petrolíferos existentes al sur de las Islas, en el subsuelo marino. Al final, modestamente, deseo aportar algunas soluciones que, a mi juicio, podrían «pacificar» o aminorar, al menos, el citado conflicto.

## II. Breve historia del conflicto (4)

En realidad, la historia de este conflicto viene de muy atrás, hace casi quince años, cuando el Gobierno de España concedió a la empresa REPSOL INVESTIGACIONES PETROLÍFERAS S. A., en virtud del Real Decreto 1462/2001, de 21 de diciembre, los permisos de exploración de hidrocarburos en las aguas de Canarias, denominados «Canarias 1» a «Canarias 9», para un periodo de seis años. Poco después, en marzo de 2002, la Agrupación Insular del Partido Socialista Canario en Lanzarote y el Cabildo Insular de Lanzarote interpusieron sendos recursos contra el citado permiso solicitando la suspensión del mismo.

Los trabajos de exploración comenzaron a realizarse en lo correspondiente a los dos primeros años del proyecto, consistentes fundamentalmente en trabajos sísmicos, aunque la empresa REPSOL cedió parte de los permisos a dos compañías multinacionales: una treinta por ciento a la australiana «Woodside» y un veinte por ciento a la alemana «RWE» (cfr. la Orden ECO/845/2003, de 21 de marzo).

Por la sentencia del Tribunal Supremo 1178/2004, de 24 de febrero (ponente: M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA) se admitieron parcialmente los recursos contenciosos presentados por el Cabildo Insular de Lanzarote y la ya citada agrupación insular del Partido Socialista, y se anularon las labores de investigación por no haber determinado suficientemente las medidas de protección ambiental que debían de regir du-

---

roz (Castellón), un proyecto denominado «Castor» dio lugar a un importante conflicto por la producción de microseísmos en algunos municipios del litoral que llevó a la paralización del proyecto.

(4) Parte de los hechos se describen por el Profesor LÓPEZ RAMÓN en la «introducción general» al estudio colectivo del Observatorio de Políticas Ambientales 2013, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 49-51, en su subepígrafe 6.º titulado «¿un ejemplo de politización de decisiones ambientales? Los permisos de investigación de hidrocarburos Canarias». Asimismo, muchos de los actos jurídicos y documentos implicados en este conflicto pueden encontrarse en la web de la plataforma ciudadana «Canarias dice no a Repsol»: <http://www.canariasdicensorepsol.com/expedienterepsol.html>

rante la vida del permiso. La anulación se derivaba de la infracción del régimen de protección ambiental previsto en la Ley de Hidrocarburos (art. 16,2 y 18,3) y sólo afectaba a las labores de investigación proyectadas correspondientes a los años 3.º a 6.º de su programa.

Tras un largo lapso de tiempo —que coincide con Gobiernos del Partido Socialista—, se dictó el Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo, por el que se procedía a subsanar los defectos formales del permiso concedido por el RD 1462/2001 y se autoriza la ejecución de las investigaciones, retomándose los trabajos previstos en el proyecto para los años tercero a sexto.

El Gobierno de Canarias y el Cabildo Insular de Lanzarote plantearon un incidente de ejecución de sentencia al considerar que el Real Decreto 547/2012 era contrario a la Sentencia del Tribunal Supremo 1178/2004, pero tales pretensiones fueron desestimadas por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en el Auto 5628/2012, de 4 de junio, conformado en reposición por Auto 7630/2012, de 17 de julio (ponente de ambos autos: M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA) (5).

En septiembre de 2012, el Presidente de la Comunidad Autónoma de Canarias presentó ante la Comisión Europea una queja «por incumplimiento del derecho de la Unión Europea por parte del Gobierno de España» con relación a la concesión de los permisos de exploración de hidrocarburos en las aguas de Canarias. Como fundamentos jurídicos de esta denuncia se alega el incumplimiento por el Estado español de varias Directivas comunitarias (la Directiva 2001/42/CE de evaluación estratégica, la Directiva 92/43/CEE de conservación de hábitats, la Directiva 2008/56/CE de Estrategia Marina, etc.).

En diciembre de 2012 la empresa REPSOL solicita la realización de los sondeos. En marzo de 2013, la Dirección General de Política Energética permite que la petrolera lleve a cabo un estudio de la zona submarina donde se llevarán a cabo las prospecciones y en julio de 2013 el Gobierno somete a información pública hasta el mes de septiembre el proyecto presentando por la empresa.

Por Resolución de 29 de mayo de 2014, la Secretaría de Estado de Medio Ambiente publica la declaración de impacto ambiental favorable a «la realización de los sondeos denominados en el proyecto Sandía, Chirimoya y Zanahoria, al concluirse que no producirá impactos adversos significativos siempre y cuando se realicen en las condiciones señaladas en la presente propuesta» (6). Se permite a la empresa REPSOL perforar tres pozos de hasta 5.000 metros de profundidad a unos 60 Kms. de la costa.

Fechadas en junio de 2014, el Tribunal Supremo dictó siete sentencias, todas ellas desestimatorias de los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra el Real Decreto 547/2012, de 16 de marzo de convalidación del Real Decreto

---

(5) El órgano judicial considera que el Real Decreto 547/2012 es simplemente el vehículo de subsanación de los defectos ambientales puestos de relieve por la Sentencia 1178/2004, pues «tiene como objeto y designio precisamente el de incorporar al proyecto de investigación y al programa de trabajos las medidas ambientales cuya falta pusimos de relieve».

(6) En este documento sobre la evaluación de impacto se distinguen entre los «impactos ambientales del proyecto» (apartado A) —relativos a la información del proyecto mismo, a los elementos ambientales significativos del entorno del proyecto, del proceso de evaluación, de la integración de la evaluación (justificación y alternativas), de las condiciones del proyecto y de las recomendaciones para el control de la sismicidad— y los «sucesos accidentales» (apartado B).

1462/2001 (por el que se otorgan los permisos de investigación de hidrocarburos «Canarias 1» a «Canarias 9»), por el Cabildo Insular de Fuerteventura (STS 2462/2014), por el Gobierno de Canarias (STS 2512/2014), por la Asociación WWF-Adena (STS 2532/2014), por la Federación BEN MEGEC - Ecologistas en Acción (STS 2539/2014), por Izquierda Unida (STS 2544/2014), por el Cabildo de Lanzarote (STS 2746/2014) y por la Fundación CÉSAR MANRIQUE (STS 2747/2014) (7). Todas estas Sentencias incluyen el Voto Particular formulado por el Magistrado J. M. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT al que se adhiere la Magistrada M. I. PERELLÓ DOMENECH.

Por Resolución de 11 de agosto de 2014, la Dirección General de Política Energética y Minas del Gobierno de España se autoriza a la empresa REPSOL para la ejecución de los sondeos exploratorios en los permisos de investigación de hidrocarburos «Canarias 1» a «Canarias 9». En esta resolución se establecen las condiciones para la ejecución de los sondeos: las fases y localizaciones de las exploraciones, el seguro de responsabilidad que debe constituirse y demás garantías financieras para cubrir sus responsabilidades medioambientales, la vigencia de tres años de la autorización, las medidas para la seguridad y salud de las personas que deben adoptarse, las comunicaciones que deben de efectuarse a la Administración concedente, los planes de verificación y los sistemas de monitorización de la sismicidad de la zona que son de obligado cumplimiento, el plazo de ejecución de cada sondeo, etc.

En un pleno extraordinario y monográfico sobre las prospecciones petrolíferas, celebrado a comienzos de septiembre de 2014, el Parlamento Canario aprobó una Resolución en la que se reprueba el silencio del Gobierno español ante la petición —formulada por el Presidente Canario al mismo, en el mes de febrero— para que se convoque un referéndum en las Islas sobre dichas exploraciones.

El 10 de septiembre de 2014, el Comisario de Medio Ambiente de la Unión Europea, Janez POTOČNIK, en respuesta a una pregunta formulada por el eurodiputado Ramón TREMOSA (CiU) a la Unión Europea, ha señalado que el procedimiento seguido por el Gobierno español para valorar el impacto de las prospecciones que pretende realizar REPSOL a 50 kilómetros de las Islas Canarias «se ha llevado de conformidad con las disposiciones de la Directiva 2011/92/UE de Evaluación de Impacto Ambiental de proyectos públicos y privados».

### **III. Las razones y los argumentos jurídicos de las partes enfrentadas. Las decisiones judiciales sobre el asunto**

Antes de exponer las razones y argumentos esgrimidos por ambas partes en el conflicto ambiental que nos ocupa, conviene advertir que las actividades de exploración y explotación de los recursos minerales del lecho del mar y del subsuelo marino padecen, como señala JUSTE RUIZ, de una «clara falta de normas y métodos de go-

---

(7) Una jurisprudencia bastante semejante es la que se encuentra en las sentencias del TS: 1284/2013, de 27 de marzo y 1725/2013, de 4 de abril, en las que se desestiman los recursos contencioso-administrativos interpuestos por el Ayuntamiento de Gandía y la Generalidad Valenciana, respectivamente contra varios RRDD de concesión de permisos de investigación de hidrocarburos en las aguas del litoral valenciano.



bernanza (...) a escala universal» (8), pese a que, como el mismo autor dice, dichas actividades han aumentado considerablemente en los últimos años, hasta alcanzar en el caso de la extracción de hidrocarburos de procedencia marina de «un 30% de los aprovisionamientos globales y su tasa de desarrollo continúa en aumento» (9). Desde el punto de vista del Derecho Internacional la regulación de dichas actividades tiene «un carácter incompleto, fragmentario y lacunar» (10), sin que exista hasta el momento presente Convenio internacional alguno de ámbito mundial que las contemple. Sólo a nivel regional existe un instrumento jurídico «ad hoc» como es el Protocolo para la protección del mar Mediterráneo contra la contaminación resultante de la exploración y explotación de la plataforma continental, del fondo del mar y de su subsuelo de 1994.

En este desolador panorama normativo destaca la aprobación en el seno de la Unión Europea de la Directiva 2013/30/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013 sobre la seguridad de las operaciones relativas al petróleo y el gas mar adentro, a la que nos referiremos en el siguiente apartado. Además, el catastrófico accidente de la plataforma petrolífera «Deepwater Horizon», situada en el golfo de México, que se hundió el 22 de abril de 2010 como resultado de una explosión, provocando uno de los más importantes vertidos de petróleo de la historia (cerca de 780.000 de toneladas de crudo) (11), es muy posible que haya servido de revulsivo para la preparación y aprobación de nuevas normas (12).

Para quienes se oponen a la exploración/explotación de los recursos petroleros de las aguas del Archipiélago —y en realidad, para todo el mundo— es indiscutible la enorme riqueza de las Islas Canarias que constituye uno de los destinos turísticos más importantes del mundo (más de 12 millones de turistas cada año), actividad de la que depende la mayor parte de su economía. Desde el punto de vista de su biodiversidad, este archipiélago de 7.000 km<sup>2</sup> alberga más de 19.000 especies de fauna y flora, de las cuales 5.000 son exclusivas del Planeta y viven solo en estas Islas; además Canarias tiene cuatro Parques Nacionales y más del 47% de su territorio y buena parte de sus zonas marítimas circundantes está protegido por Convenios internacionales, normas comunitarias y españolas. En particular, pueden destacarse los siguientes

---

(8) «Nuevos riesgos de la seguridad marítima: la explotación de los recursos minerales de los fondos marinos», en *Nuevos escenarios de la seguridad marítima en Europa. Reflexiones tras los casos del Erika y el Prestige*, F. J. SANZ LARRUGA y M. GARCÍA PÉREZ (Dirs.), Bubok Publishing, 2014 (en prensa).

(9) *Ibidem*.

(10) *Ibidem*.

(11) Pocos meses antes, en septiembre de 2009 perforó el pozo petrolero más profundo de la historia.

(12) A partir de esta catástrofe, la doctrina anglosajona se ha mostrado muy interesada en abrir nuevos caminos jurídicos. Así, por ejemplo en los trabajos de SCHOENBAUM, T. J.: «The USA deepwater horizon oil spill in the context of the public international law regimes for the protection of the marine environment», *University of San Francisco Maritime Law Journal*, 25 U.S.F. Mar. L.J.1; HUNT BROGDON, L.: «A New Horizon? The Need for Improved Regulation of Deepwater Drilling», in *Columbia Journal of Environmental Law*, 2012, pp. 291 y ss; CHABASON, L. *Offshore Oil Exploitation: a New Frontier for International Environmental Law* (IDDRI Working Paper no. 11/11, November 2011; ROCHETTE, J, et al. «Seeing Beyond the Horizon: Strengthening the International Regulation of Offshore Exploration and Exploitation», IDDRI, Study n.º 01/14 February 2014 (accessible en [www.iddri.org](http://www.iddri.org)). No obstante, no puede olvidarse que este tipo de accidentes se habían sucedido con anterioridad: los de las plataformas Santa Bárbara en California (1969), Ixtoc I en el Golfo de Méjico (1979), Bravo en el Mar del Norte (1997), Montara en las costas de Australia (2009), etc. (citados por JUSTE RUIZ en su trabajo «Nuevos riesgos de la seguridad marítima», *cit. y loc. Cit.*

tes datos, muchos de los cuáles se encuentran inventariados en la Declaración de Impacto Ambiental de 29 de mayo de 2014:

1. A propuesta del Gobierno español, el Comité de Protección del Medio Marino de la Organización Marítima Internacional, el 22 de julio de 2005, mediante la Resolución MEPC 134 (53), designó las Islas Canarias como «zona marina especialmente sensible», con el fin de proteger sus reconocidos valores ecológicos, científicos y socioeconómicos de los potenciales daños causados por las actividades marítimas.
2. En Canarias existen espacios naturales protegidos a nivel internacional, comunitario, estatal y autonómico, un total de 146 espacios de diferentes categorías(13). Y donde se van a producir los primeros sondeos de REPSOL se encuentran entre 11 y 16 Kms de algunos de dichos espacios, en el entorno de las Islas de Lanzarote y Fuerteventura(14).
3. En las aguas de Canarias se ha registrado una gran riqueza de y diversidad de cetáceos donde coexisten con otras especies típicamente oceánicas como costeras.
4. La flota pesquera que existe en las aguas de Canarias y que podría faenar en las zonas de prospección es la flota artesanal, siendo la más importante por volumen de capturas.

Son estas algunas de las más relevantes razones esgrimidas por el Gobierno autonómico, los Cabildos Insulares de Fuerteventura y Lanzarote, grupos políticos implantados en el Archipiélago, grupos ecologistas, plataformas ciudadanas y asociaciones insulares, científicos, etc., que ponen de manifiesto que, en caso de vertidos accidentales o incluso operacionales, se pondría en peligro tan importante patrimonio natural y gran parte de la actividad turística que sustenta la economía de las Islas(15).

Las autoridades gubernativas de la Administración General del Estado que han autorizado las exploraciones (y, por lo tanto, todavía no la explotación de los pozos) se basan en la necesidad que tiene España de reducir su dependencia energética exterior que, en el caso de los hidrocarburos, es del 99% (16). Incluso de existir ver-

(13) La Red Canaria de Espacios Naturales Protegidos cuenta en su Red Natura 2000 con 177 Zonas de Especial Conservación (ZEC) y 43 Zonas de Especial Protección para las Aves (ZEPA); también existen 10 Áreas Importantes para las Aves (IBA) y una zona RAMSAR. Asimismo, la legislación canaria contempla áreas marinas protegidas de interés pesquero incluyendo tres reservas marinas y seis arrecifes artificiales. Por último, seis de la siete Islas forman parte de la Red Mundial de Reservas de las Biosfera y, entre ellas Lanzarote y Fuerteventura.

(14) Se trata, en particular, de «Espacio Marino del Oriente y Sur de Lanzarote-Fuerteventura, propuesto como Lugar de Importancia Comunitaria (LIC) como resultado del proyecto LIFE+INDEMARES.

(15) Cfr. la web «Save Canarias. No a las explotaciones petrolíferas de alto riesgo en Canarias» que reúne a la mayor parte de los colectivos contrarios a las prospecciones: <http://www.savecanarias.org/> A las razones antes señaladas se añade la de quienes opinan que el proyecto que promueve REPSOL resulta incompatible con el cuidado del medio ambiente y con los modelos energéticos que deben de impulsarse para cuidar de nuestro Planeta en la llamada senda de la «descarbonización».

(16) Sobre el volumen total de petróleo que España importa al año (58,8 millones de Tns.) REPSOL sostiene que, de tener éxito, los yacimientos de Canarias podría aportar 5,5 millones de Tns/año, en un tiempo de vida útil de unos veinte años, lo cual supondría aproximadamente un total de 838 millones de barriles de petróleo. Cerca de 30.000 millones de euros se estima que sería el monto total en que podrían reducirse las importaciones de España de cumplirse las expectativas de la compañía. No obstante, todo lo anterior, 19% es el porcentaje de éxito que estima REPSOL para el emplazamiento más prometedor.

daderamente reservas de petróleo en las costas de Canarias, su explotación podría beneficiar la propia economía del Archipiélago y, de hecho se habla de la aplicación de un tributo que gravaría dicha extracción y que se podrían transferir a los ingresos fiscales de Canarias. Desde el punto de vista ambiental, por parte del órgano ambiental de la misma Administración General del Estado que ha emitido la favorable declaración de impacto ambiental, afirma que el riesgo de que se produzca un derrame masivo es muy pequeño (17); que ya se han realizado en España más de 260 sondeos similares sin que se haya producido ningún accidente; que ninguno de los pozos de sondeo autorizados «se encuentra en espacio protegido» (aunque reconoce que están cerca de uno de los LICs, a poco más de 10 kms.); que la peligrosidad sísmica natural de la zona de sondeo es muy baja; que en la evaluación han participado más de cien expertos...

Entrando ahora en la argumentación jurídica que se utilizado por los recursos contencioso-administrativos de impugnación del Real Decreto 547/2012 de convalidación del Real Decreto 1462/2001 de otorgamiento de los permisos de investigación de hidrocarburos «Canarias 1» a «Canarias 9», podríamos sintetizar, al menos lo más relevantes, —añadiendo la respuesta del Tribunal Supremo— del siguiente modo:

1. Sobre la alegación de que el RD 547/2012 es ilegal, desde la perspectiva del Derecho Interno, en cuanto resulta jurídicamente imposible la convalidación, porque los permisos de investigación se habían otorgado por un periodo de tiempo limitado —de conformidad a lo previsto en la Ley de Hidrocarburos— y tras la impugnación del RD 1462/2001 —por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2014— habían pasado muchos años sin que se ejecutaran los permisos. Frente a esta alegación el Tribunal Supremo defiende la validez parcial del RD 1462/2001 y el no agotamiento de los efectos de los permisos otorgados. Además el hecho de que, en este periodo de tiempo de inactividad, se hayan producido avances en la investigación científica sobre especies protegidas en el ámbito marítimo o la mejora en los medios de exploración, no impide que los títulos habilitantes surtan sus efectos, si bien habrán de someterse en su ejecución a la evaluación ambiental oportuna.
2. En cuanto a la insuficiencia de las medidas de protección ambiental —que incorpora el RD 547/2012, subsanando así al precedente RD 1462/2001— alegadas por algunos de los recurrentes, el Tribunal entiende que de la documentación aportada por la empresa concesionaria no cabe deducir su falta de concreción que además han sido sometidos al control pericial de los servicios del Ministerio de Industria y Energía. Para el Tribunal los documentos aportados bastan para satisfacer la exigencia mínima del art. 16,2 de la Ley 34/1988 (de Hidrocarburos).
3. Sobre el motivo de impugnación del RD 547/2012 basada en la infracción de la Directiva 2001/42/CE sobre evaluación estratégica de planes y programas, el Tribunal rechaza que el citado RD se refiera a «planes o programas» en el sen-

---

(17) Es de un 0,003, o lo que es lo mismo, 1 entre 333. Aunque la empresa defiende que todavía es menor el riesgo (de 0,0000282).

- tido técnico-jurídico y que, por lo tanto, no es obligatorio someter al mismo a dicha modalidad de evaluación estratégica.
4. Sobre el motivo de impugnación del RD 547/2012, fundado en la infracción de la Directiva 2000/60/CE («Directiva marco del agua»), el Tribunal interpreta que tal norma, aunque afecte a la protección de las aguas costeras, no se aplica a las aguas marinas mar adentro donde se van a ejercitar los permisos de investigación.
  5. Sobre la impugnación del RD 547/2012 sustentado en la infracción de la Directiva 2008/56/CE («Directiva sobre Estrategia Marina»)(18), el Tribunal afirma que el contenido de dicha norma comunitario, dirigido a lograr el buen estado del medio marino, no impide la realización de prospecciones de los fondos marinos en búsqueda de yacimientos de hidrocarburos, si bien las autorizaciones de las labores extractivas deberán someterse a la evaluación de impacto.
  6. Sobre la impugnación del repetido RD 547/2012 por infringir la Directiva 2009/147/CE relativa a la conservación de las aves y, en particular, por lo que se refiere a potenciales y futuras áreas de protección el Tribunal Supremo afirma que no pueden condicionar el otorgamiento de los permisos de investigación. E, incluso la inclusión de una zona de prospección —sigue diciendo el mismo Tribunal— en la Red Natura 2000 no implicaría «a priori» las prospecciones (e incluso la extracción) ya que, tras la evaluación de sus posibles efectos negativos se podría mantener si existen para ello «razones imperiosas de interés público de primer orden, incluidas razones de índole social y económica»; aunque, en este supuesto, el Estado miembro ha de tomar «cuantas medidas compensatorias sean necesarias para garantizar que la coherencia global de la Natura 2000 quede protegida».
  7. Sobre el motivo de impugnación del RD 547/2012 por infringir el art. 3 de la Ley 27/2006, en la que se regulan los derechos de acceso a la información, participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, el Tribunal Supremo defiende que la decisión de autorizar una actividad como la que es objeto del recurso no puede equipararse con otro tipo de actuaciones públicas generales relacionadas con el medio ambiente y que, en todo caso, en el procedimiento de evaluación de impacto ambiental está contemplada la participación del público (en la información pública).

En todo caso, como ya adelantamos, a las siete Sentencias del Tribunal Supremo de 2014 que coinciden en desestimar las pretensiones de anulación del RD 547/2012 por los diferentes recurrentes, acompañan el Voto Particular del magistrado Sr. J. M. BANDRÉS SANCHEZ-CRUZAT, al que se adhiere la Sra. Magistrada I. PERELLÓ DOMÉNECH. Sus argumentos discrepantes de la opinión mayoritaria del Tribunal Supremo se pueden sintetizar del siguiente modo:

---

(18) Sobre esta Directiva cfr. nuestro trabajo: SANZ LARRUGA, F.J.: «La Directiva 2008/56/CE sobre Estrategia Marina en el marco de la política ambiental y marítima de la Unión Europea», en ARANA GARCÍA, E. y SANZ LARRUGA, F. J. (Dir.): *La ordenación jurídica del medio marino en España. Estudios sobre la Ley 41/2010, de Protección del Medio Marino*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 109-168.

1. Sobre la base del principio de temporalidad de los títulos habilitantes contenidos en la Ley de Hidrocarburos (por afectar a bienes de carácter demanial), el Magistrado sostiene que el RD 547/2012 concluye definitivamente el procedimiento de concesión de los permisos de investigación de hidrocarburos Canarias 1 a 9, toda vez que el mismo Tribunal anuló en 2004, la autorización para realizar las labores de investigación proyectadas, correspondientes a los años 3.º a 6.º.
2. En aplicación del texto vigente sobre evaluación de impacto ambiental cuando se dicta el RD 547/2012 —que es el Texto Refundido de 2008— debería haberse exigido, conforme a aquélla, al titular de los permisos de investigación la inclusión de un estudio medioambiental pormenorizado, que recogiera un inventario de los bienes e intereses medioambientales afectados por la precisión de ejecutar las perforaciones en el subsuelo marino próximo a las Islas de Lanzarote y Fuerteventura, que identificara y clarificara los posibles impactos ambientales y que permitiera de esta forma al Consejo de Ministros adoptar su decisión sobre la procedencia de autorizar o denegar los permisos de investigación «con pleno conocimiento de los valores ambientales existentes». Por lo tanto, en su opinión la omisión de tal estudio, complementario de los estudios técnicos aportados, debería haber determinado la estimación parcial del recurso interpuesto contra el RD.
3. El Magistrado opina que el Tribunal debería haber planteado una «cuestión prejudicial» al Tribunal de Justicia de la Unión Europea para dilucidar si la legislación nacional —que difiere la evaluación de impacto ambiental de un programa de labores relativas a la investigación de hidrocarburos que comporta la ejecución de trabajos de perforación de pozos exploratorios en el lecho marino— es acorde con la protección ambiental contenida en las Directivas 2008/56/CE sobre Estrategia marina y 2011/92/UE de evaluación ambiental de proyectos.
4. Asimismo, el Magistrado discrepante propugnaba plantear una cuestión prejudicial sobre la sujeción al ámbito de aplicación de la citada Directiva 2011/92/UE sobre la extracción de petróleo y gas natural en determinada cantidad; sobre todo teniendo en cuenta que de la normativa española sobre hidrocarburos parece no supeditar el otorgamiento de los permisos de investigación a la realización de un estudio de impacto ambiental al que se refiere el Texto refundido de 2008, que sólo se impone como obligación cuando se pretenda ejecutar cada trabajo de perforación específico.
5. Por último, después de haber analizado extensamente los fundamentos en que se basa el procedimiento de evaluación ambiental comunitario, el Sr. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT defiende que el momento adecuado para proceder a la evaluación de impacto ambiental será el correspondiente a la determinación concreta de las labores singulares que en desarrollo del plan correspondiente determina en RD que otorga los permisos de investigación de hidrocarburos, en que sería posible apreciar si alguno de los lugares o zonas de especial protección de las Islas de Fuerteventura y Lanzarote pueden resultar afectados y, en ese caso, han de prevalecer otras consideraciones distintas a las que justificaron su «régimen especial de protección».

#### IV. Posibles vías de pacificación. Nuevas normas comunitarias para el buen gobierno del mar y de las zonas costeras

En primer lugar, conviene recordar aquí la importante doctrina del Tribunal Constitucional recogida en la su temprana Sentencia 64/1982, de 4 de noviembre, desestimando el recurso de inconstitucionalidad interpuesto con la Ley catalana 12/1981 sobre protección de espacios y recursos naturales alterados por actividades extractivas, donde el Alto Tribunal declara, sobre la base del art. 45 (derecho a un medio ambiente adecuado) que «no puede considerarse como objetivo primordial y excluyente la explotación al máximo de los recursos naturales, el aumento de la producción a toda costa, sino que se ha de armonizar la utilización racional de esos recursos con la protección de la naturaleza, todo ello para el mejor desarrollo de la persona y para asegurar una mejor calidad de la vida» y que por lo tanto del examen de los preceptos constitucionales se deduce la «necesidad de compaginar en la forma que en cada caso decida el legislador competente la protección de ambos bienes constitucionales: el medio ambiente y el desarrollo económico» (19). En la actualidad, como señala QUINTANA LÓPEZ, en la tensión entre la minería y el medio ambiente disponemos una doctrina el Tribunal Constitucional «empeñada en localizar un equilibrio entre dos polos cuya consecución resulta necesaria» y para ello, «el Supremo intérprete» «no ha dudado en recurrir a la ponderación en cada caso de los intereses en presencia, sin perjuicio de que la (...) Sentencia (del TC) de 4 de noviembre de 1982 quepa deducir el superior valor que reconoce a las actividades extractivas sobre el medio en los supuestos en que «el Estado en defensa de la economía nacional haya declarado o declare en cualquiera de las formas legales posibles la prioridad de determinadas actividades extractivas» (20).

Resulta indudable que uno de los instrumentos fundamentales para ponderar ambos bienes constitucionales es el procedimiento de evaluación de impacto ambiental, tanto la de los proyectos como la de los planes y programas (actualmente regulador por la Ley 21/2013, de 9 de diciembre de evaluación ambiental) que, como trámite esencial se añade al procedimiento sustantivo. Pero al final, la Administración concedente de los permisos está facultada, como sabemos, para apartarse incluso de una declaración ambiental negativa y la decisión sustantiva no deja tener de pertenecer al ámbito de la discrecionalidad si bien sometida al control jurisdiccional y a las técnicas de reducción de la discrecionalidad.

En el caso del conflicto que nos ocupa, el Tribunal Supremo, en una de las sentencias desestimatorias dictadas en el contencioso de las prospecciones petrolíferas en Canarias, la STS 2462/2014, deja claro cuáles son los límites del control jurisdiccional, sin que el juzgador pueda entrar a valorar la «mayor o menor oportunidad o aciertos de la decisión adoptada»:

---

(19) Sobre los desarrollos posteriores de esta jurisprudencia cfr. la monografía de QUINTANA LÓPEZ, T.: *Concesión de minas y protección del medio ambiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, en particular en sus pp. 105 a 117.

(20) *Concesión de minas y protección del medio ambiente*, cit. pp. 115-116.

«Dada la naturaleza de la función jurisdiccional, *la respuesta de esta Sala debe limitarse al control de la validez del acto impugnado en términos estrictamente jurídicos*, examen del que han de quedar excluidas otras cuestiones relativas a la mayor o menor oportunidad o acierto de la decisión adoptada.

Esta precisión, que debería darse por sobrentendida, es particularmente pertinente cuando, por un lado, el acto objeto de recurso ha dado lugar a una considerable controversia pública y, por otro, incorpora una determinada decisión por parte de quien ostenta la competencia para adoptarla —en este caso, el Consejo de Ministros— que compromete su propia responsabilidad en ella.

Al *autorizar una determinada actividad* (la investigación de hidrocarburos en las aguas marinas) condicionada a un complejo proceso de evaluación de su impacto sobre el medio ambiente, y *al aceptar los riesgos*, asimismo objeto de análisis pormenorizado, que aquella actividad pudiera tener en otros órdenes de la vida social y económica, como son los relativos al desarrollo turístico de las Islas Canarias, *el Consejo de Ministros, repetimos, hace uso de su propia capacidad de decisión que los tribunales sólo examinan desde el ángulo de la adecuación a las normas*, sin que puedan sustituirle ni en el fondo de su opción —por muy controvertida que sea— ni en su aceptación los riesgos asumidos. En cuanto a estos últimos, y a la eventual incidencia de los permisos de investigación sobre el medio ambiente, lo que las leyes exigen es que la decisión final se adopte tras una adecuada —y abierta al público— evaluación de sus repercusiones. Establecidas éstas conforme a los procedimientos reglados, la ponderación o preferencia de unos intereses sobre otros corresponde ya en exclusiva al titular de la competencia autorizatoria.

En efecto, lo que es obligado —según las normas que ulteriormente analizaremos— es que *los poderes públicos titulares de las facultades de autorización evalúen los impactos y riesgos de la actividad, los califiquen en función de su intensidad y, ponderando simultáneamente aquéllos y la utilidad general de dicha actividad, asuman la responsabilidad final de decidir acerca de su pertinencia*. Les es exigible, pues, el respeto debido a un proceso de evaluación de riesgos e impactos caracterizado por su transparencia y su apertura a todas las opiniones seriamente fundadas. Concluso éste, *la libertad de decisión inherente a la función administrativa de ponderar el conjunto de los factores, a los efectos autorizatorios, no puede ser desconocida*.

Siendo todo ello así, insistimos, *la mayor o menor oportunidad, conveniencia y acierto de autorizar las prospecciones de hidrocarburos en las aguas del Atlántico más o menos próximas a las Islas Canarias han de quedar fuera de la confrontación estrictamente jurisdiccional y pertenecen al legítimo campo del debate público en el que todas las opiniones son por principio admisibles y cada uno ha de asumir sus propias responsabilidades*. La Sala, pues, cuando resuelve sobre la validez del acto impugnado ni «respalda» la decisión adoptada, en un caso, ni

la «desautoriza», en el caso opuesto, sino desde la muy limitada perspectiva jurídica de su adecuación a las normas aplicables» (FJ 4.º *in fine*) (21).

Pero sin poner en tela de juicio esta tesis de la legítima discrecionalidad (incluso la técnica) de la Administración Pública en esta decisión, deben tenerse en cuenta el completo grupo normativo en el que el conflicto se desarrolla y las normas que inciden sobre el mismo.

Pues bien, resulta que como adelantamos anteriormente, la Comisión Europea, a la vista del accidente y subsiguiente catástrofe generada por el hundimiento de la plataforma petrolera «Deepwater Horizon» del Golfo de México en 2010, estimó oportuno revisar su normativa sobre este tipo de actividades extractivas, promoviendo la aprobación de la Directiva 2013/30/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, sobre seguridad de las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro. En el Preámbulo de esta Directiva se recogen interesantes ideas que pueden resultar de interés al objeto de nuestro estudio:

1. La reducción de los riesgos de accidentes graves relacionados con la extracción del petróleo o del gas a la que contribuye la nueva Directiva, «debe contribuir a garantizar la protección del medio ambiente marino y, en particular, la consecución y el mantenimiento de un buen estado ecológico a más tardar en 2020», en referencia a la Directiva 2008/56/CE de Estrategia Marina (Cdo. 6.º). Esta Directiva constituye el «pilar medioambiental de la Política Marítima Integrada» (22) y pertinente en lo que respecta a las operaciones de petróleo y gas mar adentro, ya que requiere la «conciliación de las preocupaciones propias de cada sector económico con el objetivo general de garantizar una concienciación global en torno a los océanos, los mares y las zonas costeras, con el fin de *instaurar un enfoque coherente de los mares que tenga en cuenta todos los aspectos económicos, sociales y medioambientales a través de instrumentos tales como la ordenación del espacio marítimo y el conocimiento del medio marino*» (Cdo. 7.º) (23)
2. Las operaciones relativas al petróleo y al gas mar adentro «deben ser objeto de una *vigilancia normativa constante por parte de los Estados miembros*, a fin de garantizar la presencia de controles efectivos destinados a prevenir accidentes graves y a limitar sus efectos sobre la población, el medio ambiente y la seguridad del abastecimiento energético» (Cdo. 12.º) (24).
3. Es «importante asegurar que se dé al público, de modo rápido y efectivo, la posibilidad de participar en la toma de decisiones relativas a las operaciones que puedan surtir efectos significativos sobre el medio ambiente» (y se cita la normativa correspondiente al Convenio de Aarhus) (Cdo. 15.ª).

(21) Los subrayados son nuestros.

(22) Sobre esta temática cfr. el trabajo de NÚÑEZ LOZANO, M. C.: «La política marítima integrada de la Unión Europea», en NÚÑEZ LOZANO, M. C. (Dir.): *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea. Estudios de política marítima*, Iustel, Madrid, 2010, pp. 17-38.

(23) El subrayado es mío.

(24) El subrayado es mío.



4. La nueva Directiva incide en la necesidad de garantizar la «independencia y la objetividad de la autoridad competente». «La experiencia adquirida con accidentes graves demuestra con claridad que la organización de competencias administrativas dentro de un Estado miembro *puede evitar los conflictos de intereses mediante una clara separación entre las funciones regulatorias y las decisiones asociadas relativas a la seguridad mar adentro y el medio ambiente, y las funciones relativas al desarrollo de los recursos*, entre ellas el otorgamiento de concesiones y la gestión de los ingresos» (Cdo. 20.<sup>º</sup>) (25).
5. de cara a la regulación de las operaciones realizadas en el mar es importante tener en cuenta las mejores prácticas disponibles que «se basan en un enfoque orientado a objetivos y en la consecución de resultados satisfactorios a través de una evaluación en profundidad de los riesgos y de instrumentos de gestión fiables» (Cdo. 26.<sup>º</sup>).
6. a fin de preservar la eficacia de las medidas de prevención de los riesgos graves en las aguas mar adentro de los Estados miembros, debe elaborarse el informe sobre los riesgos graves y, si es necesario, modificarlo en relación con todas las etapas determinantes del ciclo de la vida de una instalación de producción, incluido el diseño, la explotación, las operaciones cuando estás combinadas con otras instalaciones...» (Cdo. 27.<sup>º</sup>).
7. La aplicación de las mejores prácticas por los operadores y propietarios requiere «un mecanismo de verificación independiente de los elementos críticos para la seguridad y el medio ambiente...» (Cdo. 32.<sup>º</sup>).
8. A fin de garantizar una respuesta eficaz, «ante situaciones de emergencia, los operadores deben elaborar planes internos de respuesta de emergencia para cada ubicación específica, basados en las hipótesis de riesgos y de peligros que figuran en el informe sobre los riesgos graves...» (Cdo. 35.<sup>º</sup>).
9. La nueva Directiva incide igualmente en la importancia de facilitar la información y promover la transparencia de los resultados del sector de las actividades relativas al petróleo y gas mar adentro (Cdo. 43.<sup>º</sup>) y de esta manera «suscitar la confianza del público en la autoridad y la integridad de las actividades en el mar de toda la Unión» (Cdo. 45.<sup>º</sup>).

Todas estas directrices se reflejan, como es lógico, en el texto normativo que establece un plazo de transposición de la Directiva para los Estados miembros, a más tardar el 19 de julio de 2015. Y, como puede imaginarse, sin necesidad de analizar en profundidad el nuevo régimen jurídico comunitario de las llamadas «operaciones e instalaciones *offshore*», ésta regulación es sensiblemente más garantista de los intereses en juego —tanto de los interés públicos, ambientales o no, como de los intereses privados— que la que se ha aplicado en las operaciones de investigación de petróleo en las Costas de Canarias. Por consiguiente, resulta evidente que, cuando la Directiva 2013/30/UE se transponga al Derecho Español, contaremos con un régimen jurídico más avanzado a la hora de buscar la deseada ponderación de intereses que están en juego.

Además de esta novedad normativa —que incide directamente sobre el tema del conflicto que analizamos— me parece importante traer ahora a colación la muy reciente Directiva 2014/89/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de

---

(25) El subrayado es mío.

2014 por la que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo. La llamada «ordenación de los espacios marinos» (26) tuvo como punto de partida la ambiciosa propuesta de Directiva de 2013 «por la que se establece un marco para la ordenación del espacio marítimo y la gestión integrada de las costas» (27) —que, a su vez, tenía como precedente la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2002, relativa a la gestión integrada de las zonas costeras en Europa (28)— y que, finalmente, ha cristalizado en la norma mucho más restringida en cuanto a su alcance y objetivos como es la ya citada Directiva 2014/89/CE (29).

El objeto y las finalidades de esta Directiva —cuyo plazo de transposición a los Estados miembros concluye el 18 de septiembre de 2016— se recogen en su art. 1.º:

«1. La Directiva establece «un marco para la ordenación del espacio marítimo, con vistas a *fomentar el crecimiento sostenible de las economías marítimas, el desarrollo sostenible de los espacios marinos y el aprovechamiento sostenible de los recursos marinos*» (art. 1,2) y

2. En el contexto de la *política marítima integrada de la Unión*, el presente marco dispone que los Estados miembros determinen y apliquen una ordenación del espacio marítimo *con el fin de contribuir a los objetivos que se indican en el artículo 5, teniendo en cuenta las interacciones entre tierra y mar y la mejora de la cooperación transfronteriza*, de conformidad con las disposiciones pertinentes de la Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (CNUDM)» (30).

La «ordenación del espacio marítimo» se define en el art. 3,2 de la Directiva 2014/89/UE como «el proceso mediante el cual las autoridades competentes del Estado miembro analizan y organizan las actividades humanas en las zonas marinas con el fin de alcanzar objetivos ecológicos, económicos y sociales». Y para lograr tales objetivos, la nueva Directiva obliga a los Estados miembros al establecimiento de unos *planes de ordenación marítima* «en los que se determine la distribución espacial y temporal de las correspondientes actividades y usos, existentes y futuros, de sus aguas marinas, con el fin de contribuir a los objetivos enunciados en el art. 5.º» (art. 8, 1).

(26) Se trata de planificar los momentos y lugares en que se efectúan actividades humanas en el mar de manera que sean tan eficaces y sostenibles como sea posible. Cfr. el documento COM(2008) 791 final, sobre «hoja de ruta para la ordenación del espacio marítimo: creación de principios comunes en la Unión Europea».

(27) Cfr. el documento COM (2013) 133 final, de 12 de marzo de 2013.

(28) Cfr. el trabajo de NÚÑEZ LOZANO, M. C.: «La política marítima integrada de la Unión Europea y la estrategia comunitaria de gestión integrada de las zonas costeras», en ARANA GARCÍA, E. y SANZ LARRUGA, F. J.: *La ordenación jurídica del medio marino en España. Estudios sobre la Ley 41/2010, de Protección del Medio Marino*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 169-205; y también el trabajo de SANZ LARRUGA, F.J.: «La Unión Europea y la Estrategia europea de Gestión Integrada de las zonas costeras», en SANZ LARRUGA, F. J. (Dir.) y GARCÍA PÉREZ, M. (Coord.): *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un modelo integrado y sostenible*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, Coruña, 2009, pp. 29-54

(29) Un interesante estudio monográfico sobre los precedentes de esta iniciativa puede encontrarse en el trabajo de PAREJO NAVAJAS, T.: *La proyección de la ordenación física de usos sobre la costa y el mar próximo: la planificación del aquitorio*, Iustel, Madrid, 2011.

(30) Los subrayados son míos.

Los objetivos de la ordenación del espacio marino se determinan, en efecto, en el art. 5.º de la Directiva, estableciendo, de una parte que «Al determinar y aplicar la ordenación del espacio marítimo, los Estados miembros *tendrán en cuenta aspectos económicos, sociales y medioambientales para apoyar el desarrollo y el crecimiento sostenibles en el sector marítimo*, aplicando un enfoque ecosistémico, y promoverán la coexistencia de las actividades y usos pertinentes» (apartado 1.º)(31) y, de otra parte, que: «A través de sus planes de ordenación del espacio marítimo, los Estados miembros *procurarán contribuir al desarrollo sostenible de los sectores energéticos en el mar*, del transporte marítimo y de los sectores de la pesca y de la acuicultura, y a la conservación, protección y mejora del medio ambiente, incluida la resistencia a los efectos del cambio climático. Además, los Estados miembros podrán perseguir otros objetivos tales como la promoción del turismo sostenible y la *extracción sostenible de materias primas*» (apartado 2.º)(32).

Como se comprueba, las referencias al sector energético marino son explícitas y muy expresivas de que lo que se persigue es una gestión sostenible de los recursos energético marinos como es el caso del petróleo o del gas.

Además, para orientar la ordenación de los espacios marítimos, los instrumentos de planificación han de tener en cuenta «las interacciones entre tierra y mar» (art. 4, 2) y «se concebirán y elaborarán respetando los niveles institucionales y de gobernanza que determinen los Estados miembros» (cfr. art. 4, 3).

El art. 7 de la Directiva 2014/89/UE al referirse al referido criterio de la «interacción entre tierra y mar» dispone que «de no formar parte del proceso de ordenación del espacio marítimo como tal, los Estados miembros podrán recurrir a otros procesos formales e informales, como la gestión integrada de las costas». Lo cual permite hacer valer las muchas iniciativas autonómicas desarrolladas en España en esta materia (33).

Igualmente, en el diseño de la ordenación del espacio marítimo correspondiente, los Estados miembros tendrán en cuenta «las peculiaridades de las regiones marinas, las actividades y usos existentes y futuros pertinentes y sus repercusiones sobre el medio ambiente» (cfr. art. 4, 5), y al determinar y aplicar dicha ordenación deberán te-

---

(31) El subrayado es mío.

(32) Los subrayados son míos.

(33) La doctrina sobre este tema es muy abundante (no la recogemos en la bibliografía final): DOMÉNECH QUESADA, J. L. (Coord.): *Gestión Integrada de Zonas Costeras*, Aenor, Madrid, 2009; DOMÉNECH, J. L. y SANZ LARRUGA, F. J.: *Guía para la implementación de un sistema de gestión integrada de zonas costeras*, Netbiblo, Oleiros, 2010; MENÉNDEZ REXACH, A.: «La gestión integrada del litoral», en *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea. Estudios de política marítima*, NÚÑEZ LOZANO, M.C. (Dir.), Lustel, Madrid, 2010, pp. 135 y ss.; ORTIZ GARCÍA, M.: *La gestión eficiente de la zona costera. Los parques marinos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003; SANZ LARRUGA, F.J.: *Bases doctrinales y jurídicas para un modelo de gestión integrada y sostenible del litoral de Galicia*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2003; «La Unión Europea y la estrategia comunitaria sobre gestión integrada de las zonas costeras», en SANZ LARRUGA, F.J. (Dir.) y GARCÍA PÉREZ, M. (Coord.): *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión de litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, Fundación Pedro Barrié de la Maza y Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña, A Coruña, 2009, pp. 29-54.; SANZ LARRUGA, F.J. (Dir.) y GARCÍA PÉREZ, M. (Coord.): *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión de litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, Fundación Pedro Barrié de la Maza y Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña, A Coruña, 2009; SOCIAS CAMACHO, J. (2001): *La ordenación de las zonas turísticas litorales*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001; ZAMORANO WISNES, J.: *La ordenación del litoral. Una propuesta de gestión integrada*, La Ley, Madrid, 2013.

ner presentes en sus planes la «distribución espacial y temporal de las correspondientes actividades y usos, existentes y futuros de sus aguas marítima, con el fin de contribuir a los objetivos enunciados en el art. 5.º» (art. 8, 1) (34).

Por último, la Directiva 2014/89/UE dispone en su art. 9, 1: «Los Estados miembros establecerán los *medios para hacer posible la participación pública informando a todas las partes interesadas y consultando a los grupos de interés y autoridades pertinentes, así como al público afectado*, desde las fases iniciales de la elaboración de los planes de ordenación marítima, de conformidad con las disposiciones pertinentes establecidas en la normativa de la Unión» (35).

En definitiva que la Directiva sobre «ordenación del espacio marítimo» pone de manifiesto una nueva forma de gobernar los espacios marinos, donde bajo un criterio ecosistémico se haga una seria ponderación de todos los intereses en juego correspondientes a los usos y actividades que están implantados, o que lo estarán en el futuro.

Consciente de que las dos Directivas (2013/30/UE y 2014/89/UE) que acaban de exponerse aquí todavía no se han transpuesto a nuestro ordenamiento interno —y tampoco se ha agotado el plazo de transposición— me planteo aquí si se podría aplicar de forma analógica la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea respecto de las obligaciones de los Estados miembros de abstenerse de medidas que puedan poner en peligro los objetivos de una Directiva de la Unión Europea antes del fin de su plazo de transposición (36).

## V. Reflexión final

Como hemos visto en el apartado anterior, se abren nuevas vías jurídicas para abordar con mayor acierto la gobernanza de los mares y de las zonas costeras. Y para el conflicto que analizamos de las prospecciones en las Islas Canarias pueden aportar en el futuro nuevas soluciones en la ordenación de las actividades marítimas.

(34) Entre las actividades y usos que deben tenerse en cuenta en los planes de ordenación marítima se encuentran (cfr. art. 8,2):

- las zonas de acuicultura,
- las zonas de pesca,
- *las instalaciones e infraestructuras para la prospección, explotación y extracción de petróleo, gas y otros recursos energéticos, minerales y áridos minerales, y la producción de energía procedente de fuentes renovables,*
- las rutas de transporte marítimo y los flujos de tráfico,
- las zonas de entrenamiento militar,
- los lugares de conservación de la naturaleza y de las especies y las zonas protegidas,
- *las zonas de extracción de materias primas,*
- la investigación científica,
- los tendidos de cables y de tuberías submarinos,
- el turismo,
- el patrimonio cultural submarino

(35) Los subrayados son míos.

(36) Cfr. las Sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129/96, Rec. p. 1-7411, apartado 41; Sala Sexta, de 8 de mayo de 2003, *Atral*, C-14/02, Rec. I-4456, apartado 58; Sala Sexta, de 5 de febrero de 2004, *Rieser Internacional Transporte*, C-157/02, Rec. 1-1515, apartado 66; Gran Sala, de 4 de julio de 2006, *Adeneler y otros*, C-212/04, Rec. 1-6091, apartado 114; Sala Segunda, de 14 de septiembre de 2006, *Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie*, C-138/05, Rec. p. 1-8339, apartado 42; Sala Tercera, de 14 de junio de 2007, *Comisión contra Bélgica*, C-422/05, apartado 62; y el auto de la Sala Tercera, de 12 de junio de 2008, *Spyridon Vassilakis y otros*, C-364/07, apartado 62.

El Gobierno de las Islas Canarias, en su oposición a la decisión del Gobierno español para autorizar las prospecciones en las aguas del archipiélago ha intentado hacer valer sus competencias autonómicas sobre los espacios marinos. Pero, justo en uno de los momentos en que el conflicto estaba más enconado (¡qué casualidad!), se publicó la Sentencia 8/2013, de 17 de enero de 2013, desestimando el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Gobierno de Canarias contra una reforma parcial de la Ley del Sector de Hidrocarburos, en el que aquél defendía que la competencia del Estado para otorgar las autorizaciones de exploración y permisos de investigación en las zonas del subsuelo marino o cuando su ámbito comprenda, a la vez, zonas terrestres y subsuelo marino. El Alto Tribunal, siguiendo una doctrina reiterada, niega una vez más que el mar forme parte del territorio de las Comunidades Autónomas aunque reconoce que sobre el mar territorial pueden ejercerse ciertas competencias autonómicas, para acabar denegando la pretensión del ejecutivo canario de ejercitar dicha competencia ejecutiva.

Sin que podamos entrar ahora en este interesante debate sobre las competencias de las Comunidades Autónomas en los espacios marinos(37), soy de los que opinan que el futuro del buen gobierno de los espacios marinos ha de evolucionar hacia un modelo de concertación pública más estrecha y colaborativa (en particular, entre las Administraciones Públicas territoriales) y hacia una participación ciudadana más abierta e implicada en los procesos públicos que le atañen.

Se preguntaba hace pocos años el Prof. LÓPEZ RAMÓN en su agudo ensayo sobre *Política ecológica y pluralismo territorial*(38), «¿Es el mar territorial tan ajeno a Canarias o al resto de las Comunidades Autónomas ribereñas que ninguna participación ha de dárseles en la declaración y gestión de las áreas marinas protegidas? (39) . Y ahora me pregunto yo: ¿acaso la Comunidad Autónoma de las Islas Canarias, sus instituciones y sus gentes, no deberían tener una mayor implicación y capacidad de decisión en los usos de su entorno marino; en particular, cuando una actividad económica puede poner en riesgo el motor económico del Archipiélago?

Seguro que el Profesor LOPERENA ROTA terciaría muy a gusto en este debate, aportando muy juiciosos y sólidos argumentos, pero siempre con el ánimo de llegar a una solución la más amigable posible, la que pueda ofrecer el más ecuánime de los árbitros. En todo caso, la más sostenible de las soluciones.

---

(37) La bibliografía es muy abundante pero destacamos aquí algunos de los trabajos más recientes: así, en primer lugar los del Profesor canario LOBO RODRIGO, A.: «La ordenación del dominio público marítimo-terrestre. Especial referencia a su parte marítima», en SANZ LARRUGA, F.J. (Dir.) y GARCÍA PÉREZ, M. (Coord.): *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión de litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, Fundación Pedro Barrié de la Maza y Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña, A Coruña, 2009, pp. 229-246; «El régimen especial de las aguas archipelágicas en las Islas Canarias», en ARANA GARCÍA, E. y SANZ LARRUGA, F. J. (Dir.): *La ordenación jurídica del medio marino en España: estudios sobre la Ley 4/2010, de Protección del Medio Marino*, Thomson Reuters-Cívitas, 2012pp. 455-484. También el trabajo de GARCÍA PÉREZ, M. y SANZ LARRUGA, F. J.: «La distribución de competencias en el medio marino», en ARANA GARCÍA, E. y SANZ LARRUGA, F. J. (Dir.): *La ordenación jurídica del medio marino en España: estudios sobre la Ley 4/2010, de Protección del Medio Marino*, Thomson Reuters-Cívitas, 2012, pp. 279-331.

(38) Su título completo es el siguiente: *Política ecológica y pluralismo territorial. Ensayo sobre los problemas de articulación de los poderes públicos para la conservación de la biodiversidad*, Marcial Pons, Madrid, 2009.

(39) Ibidem. p. 274.

## VI. Bibliografía citada

- GARCÍA PÉREZ, M. y SANZ LARRUGA, F. J.: «La distribución de competencias en el medio marino», en ARANA GARCÍA, E. y SANZ LARRUGA, F. J. (Dir.): *La ordenación jurídica del medio marino en España: estudios sobre la Ley 4/2010, de Protección del Medio Marino*, Thomson Reuters-Cívitas, 2012, pp. 279-331.
- CHABASON, L.: *Offshore Oil Exploitation: a New Frontier for International Environmental Law* (IDDRI Working Paper no. 11/11, November 2011)
- HUNT BROGDON, L.: «A New Horizon? The Need for Improved Regulation of Deepwater Drilling», in *Columbia Journal of Environmental Law*, 2012, pp. 291 y ss;
- JUSTE RUIZ, J.: «Nuevos riesgos de la seguridad marítima: la explotación de los recursos minerales de los fondos marinos», en *Nuevos escenarios de la seguridad marítima en Europa. Reflexiones tras los casos del Erika y el Prestige*, F. J. SANZ LARRUGA y M. GARCÍA PÉREZ (Dir.), Bubok Publishing, 2014
- LOBO RODRIGO, A.: «La ordenación del dominio público marítimo-terrestre. Especial referencia a su parte marítima», en SANZ LARRUGA, F.J. (Dir.) y GARCÍA PÉREZ, M. (Coord.): *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión de litoral: Hacia un modelo integrado y sostenible*, Fundación Pedro Barrié de la Maza y Observatorio del Litoral de la Universidad de A Coruña, A Coruña, 2009, pp. 229-246;
- LOBO RODRIGO, A.: «El régimen especial de las aguas archipelágicas en las Islas Canarias», en ARANA GARCÍA, E. y SANZ LARRUGA, F. J. (Dir.): *La ordenación jurídica del medio marino en España: estudios sobre la Ley 4/2010, de Protección del Medio Marino*, Thomson Reuters-Cívitas, 2012pp. 455-484.
- LOPERENA ROTA, D.: *El derecho al medio ambiente adecuado*, Civitas, Madrid, 1996;
- LOPERENA ROTA, D.: *Los principios del Derecho Ambiental*, Civitas-IVAP, Madrid, 1998
- LOPERENA ROTA, D.: *Desarrollo Sostenible y Globalización*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- LOPERENA ROTA, D. (Dir.): *Conflicto Ambiental*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: «introducción general» en *Observatorio de Políticas Ambientales 2013*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 49-51
- LÓPEZ RAMÓN, F.: *Política ecológica y pluralismo territorial. Ensayo sobre los problemas de articulación de los poderes públicos para la conservación de la biodiversidad*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- NÚÑEZ LOZANO, M. C.: «La política marítima integrada de la Unión Europea», en NÚÑEZ LOZANO, M. C. (Dir.): *Hacia una política marítima integrada de la Unión Europea. Estudios de política marítima*, Lustel, Madrid, 2010, pp. 17-38
- NÚÑEZ LOZANO, M. C.: «La política marítima integrada de la Unión Europea y la estrategia comunitaria de gestión integrada de las zonas costeras», en ARANA GARCÍA, E. y SANZ LARRUGA, F. J.: *La ordenación jurídica del medio marino en España. Estudios sobre la Ley 41/2010, de Protección del Medio Marino*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 169-205;
- ROCHETTE, J, et al. «Seeing Beyond the Horizon: Strengthening the International Regulation of Offshore Exploration and Exploitation», IDDRI, Study n.º 01/14 February 2014 (accessible en [www.iddri.org](http://www.iddri.org)).
- SANZ LARRUGA, F.J.: «La Unión Europea y la Estrategia europea de Gestión Integrada de las zonas costeras», en SANZ LARRUGA, F. J. (Dir.) y GARCÍA PÉREZ, M. (Coord.): *Estudios sobre la ordenación, planificación y gestión del litoral: hacia un modelo integrado y sostenible*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, Coruña, 2009, pp. 29-54
- SANZ LARRUGA, F.J.: «La Directiva 2008/56/CE sobre Estrategia Marina n el marco de la política ambiental y marítima de la Unión Europea», en ARANA GARCÍA, E. y SANZ

LARRUGA, F. J. (Dirs.): *La ordenación jurídica del medio marino en España. Estudios sobre la Ley 41/2010, de Protección del Medio Marino*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 109-168.

SCHOENBAUM, T. J.: «The USA deepwater horizon oil spill in the context of the public international law regimes for the protection of the marine environment», *University of San Francisco Maritime Law Journal*, 25 U.S.F. Mar. L.J.1 (2012).

Trabajo recibido el 26 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Repsol SAK Estatuko Administrazio Nagusiari Kanariar Uharteak inguratzten dituzten uretan petrolio-prospekzioak egiteko eskaerak eragin duen administrazioarekiko auzian oinarriturik, petrolioaren jarduerak sortzen dituen ingurumen-gatazkak txikitzeko hainbat irtenbide juridiko eman nahi dira. Itsasoan petrolio eta gasa aurkitzeko eragiketei buruzko segurtasunari eta itsasoaren antolamenduari buruzko erkidego-arau berriek (2013/30/EB Zuzentaraua eta 2014/89/EB Zuzentaraua, hurrenez hurren) itsasoko baliabide energetikoak jasangarritasunez eta segurtasunez ustiatu ahal izateko hainbat irtenbide eman ditzakete.

**HITZ GAKOAK:** Ingurumen Zuzenbidea. Ingurumen-gatazkak. Itsasoko segurtasuna. Itsasoko espazioaren plangintza. Kostaldeen kudeaketa integratua.

**RESUMEN:** Sobre la base del contencioso-administrativo producido en las Islas Canarias con motivo de las prospecciones petrolíferas que se han solicitado por parte de la empresa REPSOL S.A. a la Administración General del Estado, en sus aguas circundantes, se trata de aportar algunas soluciones jurídicas que pueden reducir la conflictividad ambiental originada por tal actividad. Las nuevas normas comunitarias sobre la seguridad de las operaciones relativas al petróleo y el gas mar adentro (Directiva 2013/30/UE) y sobre ordenación del espacio marítimo (Directiva 2014/89/UE) pueden aportar algunas soluciones que permitan, en su caso, una explotación sostenible y segura de los recursos energéticos marinos.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho Ambiental. Conflictividad ambiental. Seguridad marítima. Planificación del espacio marítimo. Gestión integrada de las zonas costeras.

**ABSTRACT:** Based on the contentious-administrative conflict in the Canary Islands as a result of the oil explorations requested by the company REPSOL S.A, to the State General Administration in their surrounding waters, we try to provide with some legal solutions that can diminish environmental conflicts originated by that activity. The new Community provisions regarding the safety of offshore oil and gas operations (Directive 2013/30/UE) and on maritime spatial planning (Directive 2014/89/UE) can contribute with some solutions that allow, where relevant, one sustainable and safe exploitation of maritime energetic resources.

**KEYWORDS:** Environmental law. Environmental Conflicts. Maritime security. Maritime spatial planning. Integrated management the coastal areas.



# La confianza legítima en la recuperación de ayudas de Estado en el caso de las «vacaciones fiscales vascas»

Susana Serrano Gazteluurrutia (1)

**Sumario:** I. Antecedentes: medidas fiscales forales. I.1. Cuestionamiento de las Normas Forales por la Comisión. I.2. Recurso contra las Decisiones de la Comisión: TTHH/Comisión. I.3. Recurso por incumplimiento: Comisión/España (TTHH). I.4. El TJUE: STJUE 14 de diciembre de 2006. I.5. Ejecución de la Sentencia TJUE de 14 de diciembre de 2006. I.6. Sentencia TJUE de 13 de mayo de 2014. I.7. Ejecución de la Sentencia.—II. La confianza legítima: STS de 20 de junio de 2014. II.1. Concepto de confianza legítima. II.2. Contexto. II.3. Sentencia STS de 20 de junio de 2014.—III. A modo de conclusión.—IV. Bibliografía y jurisprudencia. IV.1. Jurisprudencia. IV.2. Normativa. IV.3. Bibliografía.

## I. Antecedentes: medidas fiscales forales

Todo comenzó en 1993, cuando haciendo uso de su capacidad normativa, los Territorios Históricos (en adelante, TTHH) de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa adoptaron una serie de medidas fiscales que se consideraron contrarias al ordenamiento jurídico comunitario(2). El propio Estado las recurrió ante el TSJPV, argumentando que dichas

---

(1) Este trabajo se circunscribe dentro de los Proyectos «La coordinación fiscal desde la perspectiva del ordenamiento foral del País Vasco», MICINN12/192, «Tributación de las actividades económicas en el País vasco: la incidencia del Derecho Comunitario», Gobierno Vasco, Cód. GIC12/198, y de la Unidad de Formación de Investigación (UFI), código de registro: UFI11/05.

(2) Las mencionadas Normas Forales de Incentivos Fiscales a la Inversión eran las promulgadas por las Juntas Generales de Álava (NF 18/1993, de 5 de julio), Bizkaia (NF 5/1993, de 24 de junio) y Gipuzkoa (NF 11/1993, de 26 de junio), relativas a medidas fiscales urgentes de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica. Dichas Normas Forales establecían, para el período comprendido entre su entrada en vigor y el 31 de diciembre de 1994, una serie de beneficios fiscales en materia de IS y de IRPF. Las medidas adoptadas conferían a las empresas y a las personas físicas sujetas al régimen fiscal foral algunas ventajas de las que no se beneficiaban las empresas y las personas físicas sujetas al régimen común. Por lo que se refiere a las personas jurídicas, se trataba más concretamente de exenciones, reducciones o deducciones de los impuestos por creación de nuevas empresas, realización de inversiones en activos fijos materiales, inversiones en investigación y desarrollo, inversiones para el fomento de las exportaciones, amortización de activos nuevos, capitalización de pequeñas empresas, y contratación y formación de personal. Los mismos beneficios fiscales eran de aplicación a los sujetos pasivos del IRPF que ejercieran actividades empresariales o profesionales y determinasen su rendimiento neto en régimen de estimación directa. En cuanto al ámbito de aplicación personal de los cuestionados beneficios fiscales, éste venía determinado a la luz de tres parámetros «en cascada». Las Normas de referencia se aplicaban, en primer lugar, a los sujetos pasivos que tributasen exclusivamente a la Diputación Foral autora de las Normas; en segundo lugar, a los sujetos pasivos que, tributando conjuntamente a la Diputación Foral autora

normas impugnadas, además de contravenir el Concierto Económico (cuestión interna), también chocaban con la normativa comunitaria. En esta tesitura, el TSJPV planteó la correspondiente cuestión prejudicial ante el TJCE (3), a pesar de que ambas partes no lo considerasen procedente (4) y posteriormente así lo manifestasen en la propia vista oral ante el TJCE (4 de mayo de 1999).

De hecho, unos años antes la Comisión se pronunció sobre las Normas Forales 28/1988 (Álava), 8/1988 (Bizkaia) y 6/1988 (Gipuzkoa), que incluían beneficios fiscales de contenido idéntico a las recogidas en las Normas Forales objeto de los procedimientos principales (5). La Comisión consideró en esa ocasión que las ayudas fiscales a la inversión eran, en lo que respecta a las medidas relativas al IS y al IRPF, incompatibles con el mercado común de conformidad con el entonces art. 87 TCE, (actual art. 107 TFUE) porque se concedieron en forma contraria al art. 43 TCE (actual art. 49 TFUE). Con todo, con el fin de eliminar las distorsiones, la Comisión solicitaba a España que modificase el sistema fiscal en cuestión, a más tardar el 31 de diciembre de 1993. Esta Decisión no fue impugnada por ninguna de las partes (6), y en cumplimiento de la misma, el Reino de España introdujo la Disposición Adicional Octava en la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de «Concesión de incentivos fiscales y subvenciones a los residentes en el resto de la Unión Europea que no lo sean en territorio español». En ella se modificaba el régimen precedente, estableciendo que las sociedades tendrían derecho al reembolso por la Administración Tributaria del Estado de las cantidades que hubieran pagado efectivamente en exceso con respecto al supuesto de haberse podido acoger a la legislación propia de dichas CCAA o TTHH. Como con-

---

de la Norma y a cualquier otra Diputación Foral, tuvieran su domicilio fiscal en el Territorio Histórico de la Diputación Foral que promulgó la Norma o, teniéndolo en Territorio común, realizasen en el territorio de la Diputación Foral autora de la Norma la proporción mayor del volumen de sus operaciones; por último, a los sujetos pasivos que, tributando conjuntamente a la Diputación Foral autora de la Norma y a la Administración del Estado, o a la Diputación Foral autora de la Norma, a cualquier otra Diputación Foral y a la Administración del Estado, tuviesen su domicilio fiscal en el Territorio Histórico de la Diputación Foral autora de la Norma y el volumen de sus operaciones realizado en el País Vasco en el ejercicio anterior fuese superior al 25% del volumen total de sus operaciones. Respecto al IRPF, los beneficios fiscales previstos en las Normas Forales serán de aplicación a los sujetos pasivos que tengan su residencia habitual en los territorios de las Diputaciones Forales de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa. En el auto de remisión para cuestión prejudicial, el TSJPV precisó que la aplicación de la normativa citada tenía como consecuencia que los sujetos pasivos que tuvieran la condición de no residentes en el territorio español quedaban sometidos al ordenamiento tributario del Estado y, por tanto, excluidos de la hipotética obtención de los beneficios fiscales que se contienen en las Normas Forales impugnadas. Sobre este procedimiento judicial, *vid.*, MUGURUZA ARRESE, J., «Los incentivos fiscales forales ante la Jurisdicción Comunitaria qué ha pasado y qué podría llegar a pasar», *Forum Fiscal de Bizkaia*, 1999, n.º julio, pp. 7-12. pp. 15-20; ALONSO ARCE, I., «Algunas reflexiones en torno a las limitaciones al poder normativo de los Territorios Forales en materia tributaria», en ALONSO ARCE, I. (Coord.) *Reflexiones en torno a la renovación del Concierto Económico vasco*, Ad Concordiam, Bilbao, 2003, pp. 154-159.

(3) Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), actual Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) desde el Tratado de Lisboa. En el texto se intercalan ambos, ya que en el tiempo de duración del litigio operaba primero uno y luego cambió a otro.

(4) El TSJPV preguntaba si el régimen de incentivos fiscales recogidos en las Normas recurridas resultaban incompatibles con la libertad de establecimiento y la prohibición de ayudas de Estado.

(5) Mediante Decisión 93/337/CEE de 10 de mayo de 1993, relativa a un sistema de ayudas fiscales a la inversión en el País Vasco (DO L 134, p. 25), dirigida al Reino de España.

(6) Ni por parte del destinatario (el Estado), ni por parte de las Instituciones forales que habían aprobado las Normas Forales (art. 230TCE).

secuencia de la adopción de esta Disposición, la Comisión estimó(7) que el régimen fiscal vasco ya no entrañaba discriminación alguna en el sentido del art. 43 TCE. Por eso, con este antecedente y con NNFF idénticas, los demandados entendían que no había lugar a la demanda.

En el caso de las NNFF de 1993, éstas fueron impugnadas por la Administración del Estado en junio y en octubre de 1994. Entre los motivos de impugnación, el Estado alegaba la infracción de los art. 43 y 87 TCE. A juicio del Gobierno central, dicha infracción se debía al hecho de que las Normas Forales excluían de los beneficios fiscales establecidos a los ciudadanos y a las sociedades de otros Estados miembros que, si bien ejercían una actividad económica en el territorio vasco, no eran al mismo tiempo residentes en territorio español. Mediante tres autos de fecha 30 de julio de 1997, de idéntico contenido, el TSJPV planteó al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial(8), procedimientos que fueron acumulados(9). Tras las vistas, el 1 de julio de ese año 1997 se hicieron públicas las Conclusiones del Abogado General Saggio, que recogían que se trataba, efectivamente, de medidas discriminatorias y que eran ayudas de Estado(10).

En primer lugar, el AG Saggio recordaba que según reiterada jurisprudencia del TJCE el concepto de ayuda es más amplio que el de subvención, dado que comprende «no sólo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones que, bajo formas diversas, alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos»(11).

Respecto a la imputabilidad al Estado de medidas adoptadas, el AG sostuvo que la circunstancia de que las medidas concretas de ayuda sean adoptadas o concedidas por entidades territoriales no excluye la imputabilidad al Estado de las mismas a efec-

---

(7) En escrito de 3 de febrero de 1995 enviado a la Representación Permanente de España ante la Unión Europea.

(8) El tenor literal de la misma era el siguiente: «Si el art. 52 TCE debe ser interpretado en el sentido de que se opone al mismo y, en su caso, al art. 92.1 de dicho Tratado, una reglamentación afectante a un Territorio perteneciente a una Comunidad Autónoma de un Estado miembro, relativa a medidas fiscales urgentes de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica, a las que pueden acogerse los sujetos pasivos que tributen exclusivamente a la Hacienda Foral de dicho Territorio o tengan su domicilio fiscal o realicen en él la proporción mayor del volumen de sus operaciones o tengan su domicilio fiscal en tal Territorio y el volumen de sus operaciones realizado en la Comunidad Autónoma en el ejercicio anterior sea superior al 25% del total volumen de sus operaciones, y no incluye entre los beneficiarios de dichas medidas a las demás personas físicas y jurídicas residentes en el propio Estado o en otro Estado miembro de la Comunidad Europea.»

(9) Según el art. 43 del Reglamento de Procedimiento, mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 18 de diciembre de 1997 se acordó la acumulación de los tres asuntos a efectos de las fases escrita y oral y de la sentencia. As. ac. C-400/9, Administración General del Estado / Juntas Generales de Guipúzcoa y Diputación Foral de Guipúzcoa, C-401/97, Juntas Generales de Álava y Diputación Foral de Álava y C-402/97, Juntas Generales de Bizkaia, Rec. 2000 p. I-01073.

(10) En el párrafo 29 de sus Conclusiones, recoge literalmente que «(...), creo que no puede ponerse en duda que las medidas adoptadas por las Juntas Forales en virtud de las competencias conferidas por la Ley n.º 12/1981, de 13 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico, constituyen una ayuda concedida en forma de beneficios fiscales y son imputables al Estado».

(11) STJCE Steenkolenmijnen/Alta Autoridad, de 23 de febrero de 1961, As. 30/59, Rec. p. 3; y como más recientes, las STJCE Banco Exterior, de 15 de marzo de 1994, As. C-387/92, Rec. p. I-877, y STJCE Ecotrade, de 1 de diciembre de 1998, As. C-200/97.

tos de la aplicación de las normas comunitarias sobre ayudas de Estado. Por consiguiente, defendió que las Normas objeto de controversia estaban comprendidas dentro del ámbito de aplicación del art. 87 TCE, para acabar afirmando que, en consecuencia, las Normas Forales cuestionadas constituían una ayuda, por cuanto tenían como resultado aliviar la carga fiscal soportada por las empresas comprendidas dentro del ámbito de aplicación subjetivo de las propias Normas. El AG Saggio consideraba los incentivos forales discriminatorios por cuanto que, a su entender, los requisitos exigidos en las Normas Forales cuestionadas para poder acceder a los beneficios contemplados en las mismas suponían una discriminación contraria a la libertad de establecimiento(12), puesto que cualquier otra empresa sita en otro Estado miembro no podría beneficiarse del marco de ayudas previstas en las mencionadas normas forales.

Por otro lado, consideraba las medidas ayudas de Estado incompatibles con el mercado único, al considerar que no se trataba de medidas generales de política económica. La doctrina achaca esta argumentación al desconocimiento del propio sistema concertado (único en el marco europeo), ya que consideró que las Normas Forales adoptadas por las Juntas Generales debían ser calificadas como «ayudas» en el sentido del art. 87 TCE, y no como medidas generales de política económica. Para el AG Saggio, dichas medidas presentaban la característica de la selectividad, tanto si se tenían en cuenta cuáles eran los destinatarios de las ayudas, como si se utilizaba el criterio del carácter excepcional de la medida normativa respecto al sistema general(13). Aquéllas estaban destinadas exclusivamente a empresas establecidas en una determinada región del Estado miembro en cuestión y constituyen para las mismas una ventaja de la que no pueden disfrutar empresas que lleven a cabo operaciones económicas análogas en otras zonas del mismo Estado(14).

Más aún, claramente posicionado en contra de admitir regímenes fiscales *subestatales*, sostuvo que el hecho de que las medidas examinadas sean adoptadas por colectividades territoriales dotadas de competencia exclusiva con arreglo al Derecho nacional parece, como ha señalado la Comisión, una circunstancia meramente formal que no es suficiente para justificar el trato preferencial dado a las empresas comprendidas dentro del ámbito de aplicación de las Normas Forales. De no ser así, el Estado podría fácilmente evitar la aplicación, en parte de su propio territorio, de las disposiciones comunitarias en materia de ayudas de Estado simplemente introduciendo modificaciones al reparto interno de competencias en determinadas materias, para poder invocar el carácter «general», para ese determinado territorio, de las medidas de

---

(12) Tomando como base jurídica la Decisión de la Comisión 93/337, de 10 de mayo. Con todo, al modificarse los puntos de conexión en el Concierto Económico, el argumento solo valía para ese caso concreto, y no para posteriores aún con medidas fiscales iguales a las impugnadas. Al respecto, *vid.* FALCÓN y TELLA, R., «Las exigencias de la libertad de establecimiento y el régimen de Concierto», en ALONSO ARCE, I. (coord.), *Reflexiones en torno a la renovación del Concierto Económico vasco*, Ad Concordiam, Bilbao, 2003, pp. 115-126.

(13) El AG Saggio examinó si, en concreto, las medidas aplicadas por las autoridades vascas estaban comprendidas dentro del concepto de ayuda recogido en el art. 871 TCE. Entendía que el análisis debía centrarse especialmente en tres elementos: la imputabilidad de las medidas de que se trata al Estado español; la existencia de una ventaja o beneficio perceptibles por las empresas, obtenidos a resultas de una intervención pública; la especificidad de las medidas estatales, por cuanto van destinadas a favorecer a algunas empresas o producciones. Conclusiones AG SAGGIO, parágrafo 28.

(14) Conclusiones AG SAGGIO, parágrafo 35.

referencia. Porque, en base a jurisprudencia del TJCE entendía que se desprende, en definitiva, que todas las medidas que implican una ventaja en términos de competencia, limitada a las empresas que invierten en una determinada zona del Estado miembro, son imputables al Estado de que se trate y, en consecuencia, por definición, no pueden considerarse, dentro del sistema del régimen tributario del Estado, medidas de carácter general(15).

En este caso, el TJCE no llegó a pronunciarse, ya que el TSJPV retiró la cuestión prejudicial presentada porque el Estado y las Haciendas vascas habían llegado a la llamada «paz fiscal», dejando sin sentido las causas *sub iudice* como la pendiente ante la jurisdicción comunitaria.

Otra cuestión era la posición de la Comisión, que, dentro del amplio margen de actuación en el marco de sus competencias puede dictar Decisiones, y en las adoptadas el 20 de diciembre de 2001 relativas al régimen de ayudas ejecutado por España en 1993 a favor de algunas empresas de reciente creación en Araba, Bizkaia y Gipuzkoa(16) declaraba ayuda estatal incompatible con el mercado común la exención del Impuesto sobre Sociedades aplicable a las empresas creadas desde la entrada en vigor de estas Normas forales y el 31 de diciembre de 1994, durante 10 años, cumplidos una serie de requisitos(17). Estas medidas son las famosas *vacaciones fiscales vascas* que la Comisión ha entendido que vulneraban principios del entonces TCE.

La Comisión dictó unas Decisiones(18) sobre las Normas forales de Incentivos Fiscales a la Inversión, afirmando algunas cuestiones trascendentes:

«Art. 1:

Primero.- Que las ayudas fiscales a la inversión en el País Vasco son, en lo que respecta al Impuesto sobre Sociedades y al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, incompatibles con el mercado común de conformidad con el artículo 92.1 del Tratado de Roma, habida cuenta de que se conceden de forma contraria al artículo 52 del Tratado<sup>(19)</sup>.

Segundo.- Que España deberá modificar el sistema fiscal de ayudas fiscales a la inversión en el País Vasco, a más tardar, el 31 de diciembre de 1993, con el fin de eliminar las distorsiones del artículo 52 del Tratado no pudiendo conceder, a partir de esa fecha, ninguna ayuda de este tipo.

Tercero.- Que en caso de no eliminar las distorsiones del artículo 52 las ayudas concedidas a partir del 31 de diciembre de 1993 serán incompatibles con el mercado común y deberán suprimirse por la vía del reembolso.»

---

(15) Conclusiones AG SAGGIO, parágrafo 37.

(16) Documentos C (2001) 4448 fin, C (2001) 4478 fin y C (2001) 4475 fin.

(17) Requisitos relativos a un cierto capital mínimo para su constitución, inversión y empleados.

(18) Decisión de la Comisión (93/337/CEE, de 10 de enero).

(19) El art. 92.1 del Tratado de Roma establecía que «(...) serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.» El art. 52 prohíbe «(...) las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro (...)». El equivalente actual es el art. 107.1 TFUE, que viene a tener similar contenido.

Puede entenderse, como entendieron las Instituciones vascas, que la Comisión no cuestionaba en ningún momento la capacidad de los TTHH para establecer incentivos fiscales diferentes a los existentes para el territorio de régimen común y que, al no obligar al reembolso de las ayudas o beneficios fiscales obtenidos durante el tiempo de su vigencia (1988 a 1993), consolidaba de forma indirecta pero clara su validez.

Prácticamente los contenidos de las Normas forales debatidas eran idénticos, por lo que los agrupamos por materias: crédito fiscal del 45% de las inversiones (20) y reducción de la base imponible (21).

### I.1. Cuestionamiento de las Normas forales por la Comisión

Entendiendo que las mencionadas medidas adoptadas por las Diputaciones Forales contravenían el mercado común, la Comisión de las entonces Comunidades Europeas adoptó una serie de Decisiones para «combatirlas» y a su entender restablecer la legalidad comunitaria (22). Notificó estas Decisiones a España (23), y pasado el plazo de cumplimiento establecido en las mismas (24) (2 meses) sin que España le hubiese informado de la adopción de ninguna medida de ejecución, la Comisión remitió unos escritos a la Representación Permanente de España ante la UE (25). En res-

(20) Álava, NF 22/1994, de 20 de diciembre de 1994, DA 5.ª NF 33/1995, de 20 de diciembre de 1995, DA 6.ª NF 31/1996, de 18 de diciembre de 1996, modificadas en virtud del párrafo 2.11 de la DD de la NF 24/1996, de 5 de julio de 1996, sobre el Impuesto sobre Sociedades, DA 11.ª NF 33/1997, de 19 de diciembre de 1997 y DA 7.ª NF 36/1998, de 17 de diciembre de 1998. Bizkaia: DA 4.ª NF 7/1996 de 26 de diciembre de 1996, prorrogada sin limitación en el tiempo por la disposición segunda de la NF 4/1998 de 2 de abril de 1998. Gipuzkoa: DA 10.ª NF 7/1997 de 22 de diciembre de 1997.

(21) Álava, art. 26 NF 24/1996 de 5 de julio; Bizkaia, art. 26 NF 3/1996, de 26 de junio y Gipuzkoa, art. 26 NF 7/1996 de 4 de julio de 1996.

(22) Las Decisiones, adoptadas el 11 de julio de 2001, eran seis, a saber: Decisión 2002/820/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España en favor de las empresas de Álava en forma de crédito fiscal del 45% de las inversiones (DO 2002, L 296, p. 1) (As. C-485/03); Decisión 2002/892/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España a algunas empresas de reciente creación de Álava (DO 2002, L 314, p. 1) (As. C-488/03); Decisión 2003/27/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España en favor de las empresas de Bizkaia en forma de crédito fiscal del 45% de las inversiones (DO 2003, L 17, p. 1) (As. C-487/03); Decisión 2002/806/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España en favor de algunas empresas de reciente creación en Bizkaia (DO 2002, L 279, p. 35) (As. C-490/03); Decisión 2002/894/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España en favor de las empresas de Gipuzkoa en forma de crédito fiscal del 45% de las inversiones (DO 2002, L 314, p. 26) (As. C-486/03), y Decisión 2002/540/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España a algunas empresas de reciente creación en Gipuzkoa (DO 2002, L 174, p. 31) (As. C-489/03).

(23) Mediante escrito de 12 de julio de 2001.

(24) Art. 4 de las Decisiones, que expiraba el 13 de septiembre de 2001.

(25) El tenor literal de estos escritos recordatorios, enviados el 12 de octubre de 2001, era el siguiente: «Mediante carta de 12 de julio de 2001, la Comisión informó a su Gobierno de su Decisión relativa al régimen de ayudas arriba citado. El artículo 4 de dicha Decisión establece que su Gobierno debe informar a la Comisión de las medidas adoptadas para ajustarse a la misma, en el plazo de dos meses a partir de la fecha de notificación de la Decisión. Hasta la fecha, la Comisión no ha recibido contestación a este respecto, por lo que les ruego tengan a bien recordar esta obligación a sus autoridades e informar a la Comisión de las medidas adoptadas para dar cumplimiento a la Decisión, en el plazo de 20 días laborables a partir de la fecha de la presente.»

puesta, España envió a la Comisión los escritos de las Diputaciones Forales (26) en las que éstas presentaban dos preguntas para la Comisión: por un lado, si era posible aplicar las *reglas de mínimis* y por otro si el crédito fiscal del 45% de las inversiones podrían encuadrarse en las directrices comunitarias sobre Ayudas de Estado de finalidad regional (27). El siguiente paso fue la propuesta de la Comisión de reunirse con las autoridades españolas, que éstas aceptaron (28).

Posteriormente, la Comisión informó a España sobre diversas modalidades de recuperar las ayudas (29), haciendo constar también que todavía no había recibido el informe sobre la recuperación de las ayudas y solicitando que en breve le comunicase las medidas adoptadas para ejecutar las Decisiones controvertidas. Ante el silencio desde España, la Comisión remitió nuevamente a la Representación Permanente del Reino de España ante la Unión Europea otro escrito (30) recordando la obligación establecida en el art 4 de cada una de las Decisiones controvertidas e instando a una respuesta antes de recurrir al Tribunal de Justicia (31). La Comisión accedió a ampliar el plazo solicitado por España (32), que alegó posteriormente que se había iniciado la ejecución de las Decisiones controvertidas de conformidad con el ordenamiento jurídico interno en materia de revisión de actos nulos, porque su ordenamiento no contenía ninguna disposición que estableciera expresamente un procedimiento de recuperación de las ayudas ilegales e incompatibles en caso de actos administrativos firmes. Reiteraba además su firme propósito de informar a la Comisión de la ejecución de las Decisiones controvertidas (33).

Ante el ulterior silencio desde España, la Comisión advirtió que el anterior escrito no suplía el informe que estaba esperando sobre la marcha de la recuperación de las ayudas (34) y que salvo respuesta satisfactoria a sus requerimientos interpondría recurso ante el Tribunal de Justicia.

---

(26) Escritos fechados a 3 y 23 de octubre de 2001.

(27) Directrices comunitarias sobre Ayudas de Estado de finalidad regional (DO 1998, C 74, p. 9).

(28) Escrito de 21 de enero de 2002. La reunión tuvo lugar el 18 de abril de 2002., donde se delimitaron las cuestiones a debate.

(29) Mediante escritos de 3 de julio de 2002, la Comisión ofreció información al Reino de España sobre la posibilidad de aplicar el Reglamento (CE) n.º 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas de mínimis (DO L 10, p. 30), con ocasión de la recuperación de las ayudas.

(30) Escrito de 27 de agosto de 2002.

(31) En virtud del art. 88.2 TCE.

(32) El 26 de septiembre de 2002, el Reino de España solicitó que se ampliara dicho plazo hasta el 8 de octubre de 2002, a lo que la Comisión accedió mediante escrito de 3 de octubre de 2002, en el que recalaba que no otorgaría más plazos adicionales después del 8 de octubre de 2002.

(33) Escrito de 25 de octubre de 2002, por el que se remitían a la Comisión los informes de las Diputaciones Forales afectadas.

(34) Escrito de 24 de febrero de 2003, en referencia al remitido por España el 25 octubre de 2002. la Comisión constataba que el mismo no mencionaba la recuperación efectiva de las ayudas declaradas ilegales e incompatibles y tampoco ofrecía datos precisos sobre la identidad de los beneficiarios, el comienzo de procedimiento de ejecución o las acciones que se estaban realizando o se realizarían para lograr la recuperación efectiva de las ayudas. La Comisión añadió que, a falta de información concreta sobre el proceso de recuperación, se veía en la obligación de proponer la interposición de un recurso ante el Tribunal de Justicia, en virtud del art. 88.2 TCE.

## I.2. Recurso contra las Decisiones de la Comisión: TTHH/Comisión

Frente a esas Decisiones de la Comisión, las Diputaciones Forales, el Gobierno Vasco(35) y Confebask(36) interpusieron los recursos de anulación pertinentes ante el Tribunal de Primera Instancia(37), alegando que la orden de recuperación de ayudas que contenía vulneraba el art. 14, apartado 1 *in fine* del Reglamento CE n.º 659/1999, por las circunstancias excepcionales que concurrían(38). El TPI los desestimó en sentencia de 9 de septiembre de 2009 (acumulando los Asuntos T-230/01, T-231/01, T-232/01, T-267/01, T-268/01 y T-269/01). Se presentó recurso de casación ante el Tribunal de Justicia (C-474/09 P), que en sentencia de de 28 de julio de 2011 los desestimó.

## I.3. Recurso por incumplimiento: Comisión/España (TTHH)

La advertencia de la Comisión se materializó en sendos recursos por incumplimiento (art. 88.2 TCE, actual 108.2 TFUE), cuando estimó que España continuaba sin informarle sobre la ejecución de las Decisiones adoptadas contra las medidas fiscales forales cuestionadas.

En sentencia de 20 de septiembre de 2007 el TJUE se pronunció, señalando que España, por no haber adoptado todas las medidas necesarias para cumplir las Decisiones de la Comisión (de 20 de diciembre de 2001)(39) en el plazo previsto, estaba incumpliendo las obligaciones de dichas Decisiones y del TCE.

## I.4. EITJUE: STJUE 14 diciembre 2006

En este caso se trataba de las Decisiones de la Comisión de 11 de julio de 2001, relativas a los regímenes de ayudas estatales ejecutado por cada uno de los Territorios Históricos en favor de las empresas sitas en los mismos, en forma de crédito fiscal del 45% de las inversiones y a algunas empresas de reciente creación(40). La demanda procedía de la propia Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España por incumplimiento del Derecho comunitario. La Comunidad Autónoma de

---

(35) Mediante demandas presentadas en la Secretaría del TPI el 25 de septiembre de 2001. 25 octubre de 2002

(36) Confebask presentó los recursos de anulación ante el TPI el 22 de octubre de 2001.

(37) 26 de marzo de 2002 (DOCE de 15 de junio de 2002).

(38) Señalaban como circunstancias excepcionales la duración de la fase preliminar de examen, que se alargó durante más de 6 años y medio (79 meses, más exactamente). Además, la Comisión examinó estas Normas forales en 1994, sin mostrar ninguna actitud desfavorable hacia las mismas, lo que generó una confianza fundada en su conformidad con la legalidad comunitaria. Sobre esta base los Territorios Históricos consideraban que le art. 3 de las Decisiones de la Comisión objeto de la impugnación vulneraba los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima.

(39) Decisiones 2003/192/CE de la Comisión, 2003/86/CE de la Comisión y 2003/28/CE de la Comisión, relativa a un régimen de ayudas ejecutado por España en 1993 en favor de algunas empresas de reciente creación en Álava, Bizkaia y Gipuzkoa, respectivamente.

(40) Decisión 2002/820/CE, Decisión 2002/892/CE, Decisión 2003/27/CE, Decisión 2002/806/CE, Decisión 2002/894/CE y Decisión 2002/540/CE en relación a Álava, Bizkaia y Gipuzkoa, respectivamente.



La Rioja intentó tomar parte como demandante, pero no se le admitió en el procedimiento(41).

La argumentación de la Comisión se basó en el incumplimiento de la obligación tanto en su contenido como en los plazos. Entendía que España había incumplido los plazos dados para corregir la situación creada con las Normas forales recurridas (cese de las ayudas y recuperación de las ayudas concedidas, intereses incluidos)(42), y que a pesar de sus reiterados requerimientos España se limitó a enviar tardíamente una información incompleta, genérica y totalmente ambigua. Respecto al contenido, la Comisión insistió en que se había incumplido la obligación de suprimir los regímenes de ayudas en la medida en que siguieran produciendo efectos, así como la obligación de suspender las ayudas pendientes de pago(43), y que las medidas que le fueron comunicadas(44) parecían tendentes a evitar que, en el futuro, otras empresas que no fuesen previamente beneficiarias del sistema pudieran acogerse a los beneficios fiscales en cuestión. Además, las autoridades españolas (entiéndase, forales) no indicaban si habían suspendido tales beneficios fiscales en relación con las empresas acogidas a las ayudas con anterioridad a la adopción de las Decisiones controvertidas, ni, en su caso, de qué forma lo habían hecho(45). Para la Comisión no se la había proporcionado ninguna información útil(46), ni se habían recuperado las ayudas reclamadas.

Como único motivo de defensa para España, la Comisión reconocía la imposibilidad absoluta de ejecutar correctamente las Decisiones, y esta condición no se cumple cuando el Gobierno demandado se limita a comunicar a la Comisión las dificultades jurídicas, políticas o prácticas que suscita la ejecución de la decisión. Pero la Comisión insistió en que España no había pretendido en ningún momento que la ejecución de las Decisiones controvertidas resultase absolutamente imposible, sino que

---

(41) Mediante sendos autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 2004 se declaró la inadmisibilidad de las demandas de intervención en apoyo de la parte demandante presentadas por la Comunidad Autónoma de La Rioja en los asuntos C-485/03 a C-490/03, en virtud de lo dispuesto en el art. 40.2 del Estatuto del Tribunal de Justicia.

(42) La Comisión estimaba que el plazo de dos meses establecido por las Decisiones controvertidas expiró el 13 de septiembre de 2001, sin que España hubiera adoptado ni comunicado a la Comisión las medidas adoptadas a fin de cumplir dichas Decisiones y sin que hubiera solicitado tampoco a la Comisión una prórroga de dicho plazo antes de su expiración. Además, resaltó que ninguno de sus escritos podía interpretarse como una modificación del plazo de ejecución de las Decisiones controvertidas (ya que el escrito de 3 de octubre de 2002 por el que se concedía una prolongación del plazo hasta del 8 de octubre de 2002 se refería únicamente a una solicitud en ese sentido presentada por España en respuesta al recordatorio de la Comisión en el que se le pedía información sobre las medidas adoptadas para la recuperación de las ayudas). La Comisión consideraba que, incluso a 8 de octubre de 2002, España continuaba sin adoptar ni comunicarle las medidas necesarias.

(43) Obligaciones establecidas en los arts. 2 y 3.1 de las Decisiones cuestionadas.

(44) Punto 3 de los escritos de las Diputaciones Forales, de 3 y 23 de octubre de 2001, en los que se formulaban a la Comisión dos preguntas sobre la posibilidad de aplicar la regla de minimis y, en el caso de los regímenes de crédito fiscal del 45 % de las inversiones, las Directrices comunitarias sobre Ayudas de Estado de finalidad regional (DO 1998, C 74, p. 9).

(45) Más aún, la Comisión consideraba que, en lo que respecta a dichas empresas, probablemente habría sido necesario proceder a una revisión de los actos de concesión de los beneficios fiscales.

(46) Enumeraba las cuestiones que debía conocer e ignoraba: qué tipo de acto pudo ponerse en conocimiento de las empresas que no podían continuar acogidos a las medidas fiscales, si las eventuales gestiones en ese sentido habían producido resultados concretos, si las empresas habían presentado recursos y si dichos recursos tenían efectos suspensivos, y la identidad de las empresas beneficiarias y el importe de las ayudas pendientes de pago.

se había limitado a invocar la complejidad derivada de diversas dificultades administrativas de orden interno, como el hecho de que el ordenamiento español no contempla un mecanismo de ejecución cuando existen actos administrativos firmes.

Como parte demandada concurría el Reino de España (recuérdese que ante la Unión Europea los Estados miembros son los únicos interlocutores válidos). En el lado del Estado se alinearon tanto las tres Diputaciones Forales como el Gobierno Vasco.

Desde el punto de vista procedimental, a la vista del paralelismo de las causas, el TJCE procedió a su acumulación(47). También decidió no aceptar la solicitud española de suspender el procedimiento en curso hasta la resolución de los asuntos pendientes ante el TPI(48). Frente al recurso por incumplimiento impuesto en su contra por la Comisión las alegaciones del Gobierno español fueron en dos líneas, una respecto a los plazos y otra sobre el inicio del cumplimiento de las Decisiones. En cuanto a los plazos, alegaba que para apreciar la existencia de un incumplimiento en los asuntos tratados el plazo a tenerse en cuenta no finalizaba el 13 de septiembre de 2001, como sostenía la Comisión, sino el 8 de octubre de 2002. Entendían los demandados que cuando la Comisión fija un nuevo plazo de información distinto del que figura en la Decisión por la que se declara la incompatibilidad de las ayudas, este nuevo plazo es el plazo pertinente. Argumentaba que hubo un intercambio de escritos entre las partes e incluso se mantuvo una reunión, el 18 de abril de 2002, que pretendía clarificar dos cuestiones planteadas en los escritos de las Diputaciones Forales sobre la posibilidad de aplicar, al ejecutar las Decisiones controvertidas, la regla de *minimis* y, en el caso de los regímenes de crédito fiscal del 45% de las inversiones, las Directrices. En esta línea opinaban que si en abril de 2002 se estaban aclarando aún cuestiones relativas a la ejecución de las Decisiones, el plazo establecido en ellas había dejado de ser pertinente, y que incluso la propia Comisión lo había entendido así cuando estableció como nuevo plazo el 8 de octubre de 2002.

Respecto al cumplimiento de las Decisiones pretendidamente incumplidas, España argüía que en el momento de presentarse el recurso no existía tal incumplimiento, ya que a esa fecha se habían iniciado ya las actuaciones necesarias para observar las Decisiones controvertidas, tal y como se lo había comunicado a la Comisión(49). Sobre las obligaciones de recuperar las ayudas(50), intereses incluidos, se estimaba que éstas

---

(47) Auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 22 de febrero de 2006, acordando la acumulación de los seis asuntos a efectos del procedimiento oral y de la sentencia, con arreglo al art. 43 del Reglamento de Procedimiento.

(48) Auto de 14 de marzo de 2006, del Tribunal de Justicia.

(49) Notificado a la Comisión mediante los escritos de las Diputaciones Forales y, posteriormente, mediante el escrito de 25 de octubre de 2002. España alegaba que la Comisión reconocía haber sido informada en octubre de 2001 de que en lo sucesivo no se aplicarían los regímenes de ayudas de que se trata. En cuanto a la imputación relativa a la suspensión de las ayudas concedidas con anterioridad a las Decisiones controvertidas y que todavía debían producir efectos posteriormente, el España subrayaba que las medidas fiscales calificadas de ayudas incompatibles con el mercado común no consistían en pagos efectuados por la Administración, en cuyo caso habría bastado con suspender pura y simplemente todos los pagos; y que en realidad se trataba de medidas por las que se autorizaba a las empresas a deducir la ayuda a la hora de cumplir sus obligaciones tributarias. Finalmente, en lo tocante a estas medidas, España entendía que la actuación adecuada y necesaria para dar cumplimiento a las Decisiones controvertidas consistía en comunicar inmediatamente a las empresas afectadas que ya no podrían seguir beneficiándose de las medidas fiscales a que se referían dichas Decisiones. Y que tal actuación informativa fue puesta en conocimiento de la Comisión en el punto 2 de cada uno de los escritos de las Diputaciones Forales.

(50) Obligaciones mencionadas en los arts. 2 y 3.1.º, parágrafo segundo, de cada una de las Decisiones controvertidas.

fueron respetadas, y que se planteaba una situación totalmente excepcional, debido al hecho de que en el ordenamiento jurídico interno español no se contempla ningún procedimiento para la ejecución de una decisión comunitaria que ordene la recuperación de ayudas estatales. España afirmó haber puesto remedio a esta situación al recurrir a los procedimientos nacionales de revisión de actos nulos, tal y como informó a la Comisión.

Por todo lo expuesto, España sostuvo que la Comisión no cumplió el compromiso que había asumido en la reunión de 18 de abril de 2002, en la que se trató esencialmente de la segunda pregunta formulada en los escritos de las Diputaciones Forales (aplicación de las Directrices), y donde la Comisión manifestó que, en el marco de la recuperación de las ayudas, podía tenerse en cuenta el hecho de que los proyectos de inversión cumplieran todos los requisitos de fondo establecidos en dichas Directrices, de forma que cabría la posibilidad de no recuperar de los beneficiarios todo o parte de las ayudas efectivamente recibidas. Como colofón a su argumentación para estimar que la Comisión no podía alegar la existencia de incumplimientos, España sostuvo que la Comisión se había comprometido a enviar una respuesta por escrito a esta segunda pregunta después de la reunión, sin llegar a hacerlo.

Ya hemos dicho que por decisión del Presidente del TJCE, en este caso se resolvió sin Conclusiones por parte del Abogado General. El TJCE, en sentencia de 14 de diciembre de 2006, declaró la ilegalidad de las ayudas fiscales concedidas a las empresas vascas por las respectivas administraciones forales(51). El TJCE declaraba que el Reino de España había incumplido las obligaciones derivadas de las Decisiones de la Comisión relativas a las normas en cuestión, al no haber adoptado en el plazo fijado todas las medidas necesarias para cumplir lo dispuesto en esas Decisiones ni haber comunicado esas medidas a la Comisión (52).

---

Art. 3 de las Decisiones: 1. España adoptará todas las medidas necesarias para obtener de sus beneficiarios la recuperación de las ayudas contempladas en el artículo 1, que han sido puestas a su disposición ilegalmente. En cuanto a las ayudas pendientes de pago, España deberá suprimir todos los pagos. 2. La recuperación se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional, siempre que éstos permitan la ejecución inmediata y efectiva de la presente Decisión. La ayuda recuperable devengará intereses [...] desde la fecha en que estuvo a disposición de los beneficiarios hasta la de su recuperación efectiva. Los intereses se calcularán sobre la base del tipo de referencia utilizado para el cálculo del equivalente de subvención de las ayudas regionales.

(51) Asuntos acumulados C-485/03 a C-490/03, que tenían por objeto sendos recursos por incumplimiento interpuestos por la Comisión (art. 88.2 TCE) el 19 de noviembre de 2003 contra el Reino de España. La vista se celebró el 11 de mayo de 2006. El Tribunal de Justicia dictó sentencia el 14 de diciembre de 2006. La sentencia se emitió sin que hubiese Conclusiones del Abogado General (recuérdese que no son obligatorias). El contexto y hechos que acompañan a la sentencia resultan esclarecedores: «Ayudas de Estado - Régimen de ayudas - Incompatibilidad con el mercado común - Plazo de ejecución de la decisión de la Comisión - Supresión del régimen de ayudas - Suspensión de las ayudas pendientes de pago - Recuperación de las ayudas puestas a disposición de los beneficiarios - Imposibilidad absoluta de ejecución».

(52) Los art. 2 de las Decisiones exigían al Reino de España que suprimiese el régimen de ayudas denunciadas, en la medida en que siguiesen produciendo efectos.

En el art. 3 de las Decisiones se establecían que España debía adoptar todas las medidas necesarias para obtener de sus beneficiarios la recuperación de las ayudas denunciadas, y que, en cuanto a las ayudas pendientes de pago, España debía suprimir todos los pagos. Se ordenaba así mismo que la recuperación se efectuase sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional, siempre que éstos permitiesen la ejecución inmediata y efectiva de las Decisiones. También mandaba la recaudación de los intereses de dichas ayudas desde la fecha en que estuvo a disposición de los beneficiarios hasta la de su recuperación efectiva (calculados sobre la base del tipo de referencia utilizado para el cálculo del equivalente de subvención de las ayudas regionales). Y el art. 4 de las Decisiones ordenaba a España a informar a la Comisión (en el plazo de dos meses desde la notificación de las respectivas Decisiones), de las medidas adoptadas en cumplimiento de las mismas.

El TJCE hizo varias apreciaciones. En primer lugar, respecto a los plazos, señaló que la fecha pertinente para apreciar el cumplimiento era el señalado en la Decisión cuyo cumplimiento se discute, o en su caso el señalado posteriormente por la Comisión (53). Tampoco entiende el Tribunal que la reunión entre Comisión y Estado español supusiese en sí misma, sin más indicios que probasen la intención de la Comisión en ese sentido, una prórroga del plazo dado. En tercer lugar, y sobre la existencia de incumplimientos a fecha de espirar el plazo, el TJCE entendió que España no había cumplido las disposiciones de las Decisiones en cuestión. En cuarto lugar, en lo tocante a las obligaciones de suprimir en lo sucesivo los efectos de los regímenes de ayudas y de suspender las ayudas pendientes de pago, el TJCE tampoco apreció que España lo hubiese hecho (54), ni que hubiese adoptado medidas adecuadas para impedir que las resoluciones anteriores de concesión de la ayuda siguieran produciendo efectos. Incluso considera no probada la afirmación española de que se había notificado a las empresas beneficiarias de las ayudas del cese de las mismas. Finalmente, acerca de las imputaciones relativas a la obligación de recuperar las ayudas ya puestas a disposición de las empresas, el TJCE recuerda el procedimiento a seguir para ello (55) y las excusas legales para invocar su incumplimiento (56), constatando que España no incurría en ninguno de los supuestos (57). Rechazó el argumento de impo-

---

(53) El TJCE argumenta diciendo que el art. 88.2 TCE no prevé una fase administrativa previa, a diferencia del art. 226 TCE, y que, por consiguiente, la Comisión no emite un dictamen motivado que imponga un plazo a los Estados miembros para cumplir su decisión. Fundamenta su decisión en su propia jurisprudencia: sentencias de 3 de julio de 2001, Comisión/Bélgica, C-378/98, Rec, p. I-5107, parágrafo 26, y de 1 de abril de 2004, Comisión/Italia, C-99/02, Rec, p. I-3353, parágrafo 24. en esta línea, entiende que los escritos cruzados de la Comisión son meros recordatorios de esos plazos anteriormente establecidos y no nuevos plazos.

(54) El TJCE deducía por un lado que la concesión de la ayuda requería una decisión administrativa. En segundo lugar, que el crédito fiscal del 45 % de las inversiones, deducible de la cuota del impuesto, podía dar lugar a deducciones durante varios años, y eventualmente con posterioridad a las Decisiones controvertidas, en el caso de que no hubiera podido aplicarse anteriormente la totalidad de deducción por ser insuficiente la cuota. Y en tercer lugar, que las ayudas para las empresas de reciente creación consistían en una reducción de un 99, 75, 50 y 25 %, respectivamente, de su base imponible positiva en cuatro períodos impositivos consecutivos, a partir del primero en que hubieran obtenido bases imponibles positivas dentro de los cuatro años siguientes al inicio de su actividad empresarial. Por consiguiente, el TJCE entendió que en función del régimen de ayudas de que se trate, las resoluciones administrativas de concesión de la ayuda efectivamente adoptadas podían o debían producir efectos con posterioridad a las Decisiones controvertidas, a falta de medidas nacionales concretas para la ejecución de estas últimas.

(55) Art. 14.3 del Reglamento (CE) n.º 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo [88] del Tratado CE (DO L 83, p. 1): «[...] la recuperación se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional del Estado miembro interesado, siempre que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión. Para ello y en caso de procedimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales, los Estados miembros de que se trate tomarán todas las medidas necesarias previstas en sus ordenamientos jurídicos nacionales, incluidas las medidas provisionales, sin perjuicio del Derecho comunitario.»

(56) Amparándose en su propia y reiterada jurisprudencia, el TJCE entendió que el único motivo que un Estado miembro puede invocar contra un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión con arreglo al art. 88.2 TCE es la imposibilidad absoluta de ejecutar correctamente la decisión en la que se ordena la recuperación. STJCE de 26 de junio de 2003, Comisión/España, C-404/00, Rec, p. I-6695, parágrafo 45; Comisión/Italia, parágrafo 16, y de 12 de mayo de 2005, Comisión/Grecia, C-415/03, Rec, p. I-3875, parágrafo 35.

(57) Porque España había invocado en primer lugar, «la complejidad de algunas cuestiones» relativas a la ejecución de las Decisiones controvertidas, complejidad que se derivaba en particular de la necesidad de revisar actos administrativos que habían adquirido firmeza con arreglo al Derecho interno, situación para la que, en su opinión, éste no había previsto solución alguna. Posteriormente alegó que la situación a la que se enfrentaba la Administración era «totalmente excepcional», puesto que el ordenamiento jurídico interno

sibilidad absoluta de ejecución porque esta condición no se cumple cuando el Gobierno demandado se limita a comunicar a la Comisión las dificultades jurídicas, políticas o prácticas que suscita la ejecución de la decisión, sin emprender actuación real alguna ante las empresas interesadas con el fin de recuperar la ayuda y sin proponer a la Comisión modalidades alternativas de ejecución de la decisión que permitan superar las dificultades (58).

Por todo ello, el TJCE (actual TJUE) consideró fundados los recursos presentados por la Comisión contra España, declaró que España había incumplido las obligaciones resultantes de las Decisiones dirimidas y lo condenó a costas.

### **1.5. Ejecución de la sentencia TJUE de 14 de diciembre de 2006**

Para verificar que se cumplía lo ordenado por el Tribunal, mediante escritos fechados el 21 de diciembre de 2006 y el 7 de marzo de 2007, la Comisión pidió al Reino de España que le facilitara información acerca de las medidas adoptadas a tal efecto. Ante la falta de respuesta, la Comisión incoó (mediante escrito de requerimiento de 11 de julio de 2007) el procedimiento previsto en el art. 228.2.º TCE, haciendo costar que no había recibido información sobre las medidas adoptadas por el Reino de España para dar cumplimiento a la citada sentencia. El demandado Reino de España (insistimos, los entes subestatales no son parte ante las instancias europeas, por lo que de momento no se puede demandar a un este subestatal, solo al Estado del que es parte, y luego el Estado adoptará las medidas pertinentes ya que, como señala el TFUE «dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal» (art. 260.1 TFUE, anterior 228.1 TCE) recabó la información de las Diputaciones Forales pertinentes y transmitió a la Comisión (escrito de 11 de septiembre de 2007) la información relativa a los beneficiarios de los regímenes de ayudas condenados (o «regímenes de ayuda en cuestión», como los llama el TJUE), a los importes que habían de ser recuperados a fin de garantizar la ejecución de esa misma sentencia y a las medidas adoptadas para proceder a la recuperación de tales importes. Más aún, a petición de las administraciones tributarias forales, a través del Reino de España, el 3 de octubre de 2007 se celebró una reunión con los servicios de la Comisión para precisar el método que sería conveniente aplicar para determinar el importe de las ayudas que debían recuperarse. Posteriormente, ambas partes procedieron a un intercambio de correspondencia en relación con la ejecución de las Decisiones controvertidas y con el método aplicado para garantizar tal ejecución.

---

no contenía ninguna disposición expresa que indicara o estableciera un procedimiento concreto para la ejecución de una decisión por la que se ordenase la recuperación de ayudas incompatibles con el mercado común. En este último escrito, España precisó que finalmente se había considerado pertinente a estos efectos la revisión de oficio de los actos individuales de concesión de la ayuda. Según apreció el Tribunal, ninguna de estas excusas eran válidas.

(58) Rechaza la alegación de que, en cualquier caso, en el momento de presentarse el recurso no existía incumplimiento alguno, puesto que ya se habían iniciado las actuaciones necesarias para dar cumplimiento a las Decisiones controvertidas y así se había comunicado a la Comisión mediante los escritos de las Diputaciones Forales y, posteriormente, mediante el escrito de 25 de octubre de 2002. Además, el TJCE señalaba que la existencia de incumplimiento debe apreciarse en la fecha de expiración del plazo fijado al Reino de España para cumplir las Decisiones controvertidas.

Considerando que ni aún con esas el Reino de España estaba cumpliendo lo ordenado en la STCE de 14 de diciembre de 2006, la Comisión le remitió un dictamen motivado (27 de junio de 2008) en el que estimaba que no había adoptado todas las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia. Se hacía especial hincapié en el hecho de que tan sólo se había recuperado una parte de las ayudas concedidas en el marco del régimen de ayudas en cuestión (medidas fiscales forales) y en el extremo de que la información recibida por la Comisión no permitía identificar a todos los beneficiarios de los regímenes de ayudas cuestionados, ni determinar de qué manera habían llegado las autoridades españolas (entiéndase, forales) a la conclusión de que no debía recuperarse una parte de las ayudas ilegales. Por otro lado, la Comisión conminaba al Reino de España a atenerse a lo dispuesto en el dictamen motivado dentro de un plazo de dos meses contado a partir de su notificación, adoptando las medidas necesarias para la ejecución de la citada sentencia. La respuesta de los demandantes (formalmente, Reino de España, materialmente Territorios Históricos) fue un escrito (28 de agosto de 2008) indicando que estimaban que la Comisión no había tenido en cuenta toda la información aportada con anterioridad y facilitando explicaciones acerca del método aplicado para determinar la cuantía de las ayudas ilegales que habían de ser objeto de recuperación. El resultado fue que se organizaron dos nuevas reuniones entre las autoridades españolas y la Comisión y se llevó a cabo un intercambio de correspondencia para precisar las medidas que debían adoptarse con vistas a dar ejecución a la sentencia Comisión/España. En estas circunstancias la Comisión interpuso el recurso por incumplimiento (18 de abril de 2011). Con todo, y dado que la parte demandada remitió sucesivas informaciones y diversos documentos en relación con la recuperación de las ayudas ilegales de que se trata, la Comisión consideró que se habían cumplido las obligaciones inherentes de la sentencia Comisión/España (el 30 de octubre de 2013), por lo que estimaba que ya no resultaba necesario imponer al Reino de España el pago de una multa coercitiva. No obstante, mantenía su pretensión de que se condenase al pago de una suma a tanto alzado.

La parte demandada (Reino de España, entendido como TTHH) sostuvo que debía desestimarse el recurso de la Comisión porque no especificaba los importes de las ayudas ilegales no recuperadas que corresponderían, respectivamente, a cada uno de los incumplimientos invocados, a cada una de las Decisiones controvertidas y a cada uno de los beneficiarios de los regímenes de ayudas en cuestión. La Comisión argumentaba que su recurso contenía suficientes indicaciones sobre los importes pendientes de recuperación y que el Reino de España estaba en condiciones de calcular con facilidad las correspondientes cantidades respecto a cada una de las Decisiones controvertidas.

A este respecto, el Tribunal apreció que, según la normativa aplicable en el momento de interposición de la demanda (59), la Comisión debía indicar las imputaciones específicas sobre las que el Tribunal de Justicia debía pronunciarse, así como, al menos en forma sumaria, las razones de hecho y de Derecho en que se basaban tales imputaciones (60). Hacía constar el tribunal que quedaba claro que el reproche de la

---

(59) Art. 21 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y art. 38.1.º del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia vigentes en ese momento.

(60) *Vid.* STJUE Comisión/Dinamarca, C-52/90, parágrafo 17, y STJUE Comisión/Polonia, C-281/11, parágrafo 53.

Comisión era que no se hubiese recuperado una parte considerable de las ayudas ilegales en cuestión, y que aunque la demanda no recogiese el desglose detallado del importe de las ayudas no recuperadas, había que tener en cuenta que cuando se trata de la ejecución de decisiones relacionadas con regímenes de ayudas incumbe a las autoridades del Estado miembro de que se trate, en la fase de recuperación de las ayudas, comprobar la situación individual de cada empresa afectada (61). Y ello porque las propias autoridades son las mejor situadas para determinar los importes exactos que han de restituirse (62). De lo expuesto deducía el Tribunal que, en el curso de un procedimiento de recuperación de ayudas ilegales, la Comisión puede limitarse a insistir en el cumplimiento de la obligación de restituir el importe de las ayudas de que se trate y dejar a cargo de las autoridades nacionales competentes la tarea de calcular el importe exacto de las cantidades que deban devolverse (63). Por tanto, no es la Comisión quien deba señalar los importes exactos de las ayudas que deban recuperarse en aplicación de una determinada decisión ni, *a fortiori*, el importe que haya de recuperarse de cada uno de los beneficiarios de un régimen de ayudas declarado ilegal e incompatible con el mercado interior.

Respecto al cumplimiento o no de la STJUE de 14 de diciembre de 2006, el Tribunal entendió que para determinar si el Reino de España había adoptado todas las medidas necesarias para dar cumplimiento a la sentencia procedía verificar si las empresas beneficiarias de las ayudas ilegales de que se trataba habían devuelto el importe de tales ayudas (64). Como en esa época se produjo el cambio de normativa europea en la materia (1 diciembre 2009), el tribunal entendió que si la Comisión emitió el dictamen motivado el 26 de junio de 2008, la fecha de referencia para apreciar la existencia de un incumplimiento era la del vencimiento del plazo señalado en ese dictamen motivado (a saber, el 27 de agosto de 2008). Y a todos constaba que en esa fecha las autoridades españolas no habían recuperado en su integridad las ayudas ilegales de que se trata que debieran ser objeto de restitución. Y como lo que restaba por recuperar era lo que tanto la Comisión como el propio Tribunal consideran una «parte sustancial» de las ayudas cuestionadas, la totalidad no se había recuperado en la fecha fijada por la Comisión y se había cometido el incumplimiento.

---

(61) En este sentido, STJUE Comitato «Venezia vuole vivere» y otros/Comisión, C-71/09 P, C-73/09 P y C-76/09 P, párrafos 63, 64 y 121, y STJUE Comisión/Italia, C-613/11, párrafo 40.

(62) Así, STJUE Comisión/Francia, C-441/06, EU:C:2007:616, párrafo 39

(63) *Vid.* TJUE Comisión/Grecia, C-369/07, párrafo 49.

(64) El propio Tribunal recuerda que según reiterada jurisprudencia del TJUE relativa al art. 228.2 TCE (actual 260.2 TFUE) la fecha de referencia para apreciar la existencia de un incumplimiento con arreglo a dicha disposición se sitúa al expirar el plazo señalado en el dictamen motivado emitido en virtud de esa misma disposición, STJUE Comisión/Francia, C-304/02, párrafo 30, y STJUE Comisión/Grecia, párrafo 43. (STUE 13 mayo 2014, apto 34). Tras la reforma de los Tratados (DOUE 30.03.2010), en el TFUE se suprimió la fase de emisión de un dictamen motivado en el procedimiento por incumplimiento regulado en el art. 260.2 TFUE, por lo que la fecha de referencia para apreciar la existencia de un incumplimiento con arreglo al art. 260.1 TFUE es la del vencimiento del plazo fijado en el escrito de requerimiento emitido en virtud de aquella disposición (sentencias Comisión/España, C-610/10, párrafo 67, y Comisión/Luxemburgo, C-576/11, párrafo 29). Por tanto, para estos casos en los que el procedimiento por incumplimiento se hubiese iniciado en virtud del art. 228.2 TCE, y se hubiese emitido un dictamen motivado antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (1 de diciembre de 2009), la fecha de referencia para apreciar la existencia de un incumplimiento es la del vencimiento del plazo señalado en dicho dictamen motivado (sentencia Comisión/Bélgica, C-533/11, apartado 32).

## I.6. Sentencia TJUE 13 mayo 2014

La cuestión de las (mal) llamadas «vacaciones fiscales vascas» puede darse ya por finalizada. El TJUE, en sentencia de 13 de mayo de 2014, falló condenando al Reino de España al pago de 30 millones de euros, a abonar a la Comisión (en la cuenta «Recursos propios de la Unión Europea»), como suma a tanto alzado. Además, se condena también al pago de las costas.

Se trata del último capítulo de esta serie que ya lleva muchos años de enredos. Se juzgaba la inexecución de la sentencia por incumplimiento de Estado, de la STJUE por la que se declara un incumplimiento o inexecución (art. 260.2 TFUE) en un caso de Ayudas de Estado, condenadas a su recuperación por constituir régimen de ayudas ilegal e incompatible con el mercado interior. Tratándose de ayudas individuales concedidas en el marco de dicho régimen, se establece la correspondiente sanción pecuniaria (65). La condena se produce por no haber recuperado a tiempo las ayudas ilegales concedidas a empresas en el marco de las denominadas «vacaciones fiscales vascas» (aprobadas por las diputaciones forales en los años noventa), y ello a pesar de que las haciendas de los tres Territorios Forales ya habían recuperado el 100% de estas ayudas (alrededor de 500 millones) antes de conocerse el fallo del TJUE. La sanción viene por el retraso (más de una década) en reembolsar dichas cantidades.

El asunto se conoció por el Tribunal de Justicia reunido en Gran Sala (66), en la vista celebrada el 10 de septiembre de 2013 y una vez oídas las conclusiones de la Abogada General Sra. E. Sharpston, presentadas en audiencia pública el 23 de enero de 2014.

Caben resaltar algunas cuestiones en esta sentencia, en torno al procedimiento por incumplimiento del art. 260 TFUE (antiguo 228 TCE): la individualización del grado de incumplimiento por cada una de las decisiones controvertidas y la suma a tanto alzado. Recordemos que este artículo recoge que si el TJUE declara que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud de los Tratados, dicho Estado estará obligado a adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal. Además, si la Comisión estima que el Estado miembro afectado no ha adoptado las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia del Tribunal, podrá someter el asunto al TJUE, después de haber ofrecido a dicho Estado la posibilidad de presentar sus observaciones. En este sentido, la Comisión debe indicar el importe de la suma a tanto alzado o de la multa coercitiva que deba ser pagada por el Estado miembro afectado y que considere adaptado a las circunstancias. Y si el Tribunal declarase que el Estado miembro afectado ha incumplido su sentencia, podrá imponerle el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva.

---

(65) Asunto C-184/11, cuyo objeto era un recurso por incumplimiento interpuesto con arreglo al art. 260.2 TFUE, y por el que el 18 de abril de 2011, la Comisión Europea demandaba al Reino de España.

(66) Para la ocasión, el Tribunal estaba integrado por el Sr. V. Skouris, Presidente, el Sr. K. Lenaerts, Vicepresidente, los Sres. A. Tizzano, L. Bay Larsen (Ponente), E. Juhász, A. Borg Barthet y C.G. Fernlund, Presidentes de Sala, y los Sres. A. Rosas, A. Prechal, E. Jarašiūnas y C. Vajda, Jueces.



### 1.6.1. INDIVIDUALIZACIÓN DEL GRADO DE INCUMPLIMIENTO POR CADA UNA DE LAS DECISIONES CONTROVERTIDAS

En el contexto del art. 260 TFUE, el demandado Reino de España sostenía que el TJUE debía precisar, respecto de cada una de las Decisiones controvertidas, las cantidades que no habían sido recuperadas todavía. Argumentaba que, en virtud de su Derecho interno, estaba obligado a repercutir sobre las entidades de ámbito territorial inferior al estatal (Territorios Históricos de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa) responsables de la infracción del Derecho de la Unión, las sanciones impuestas por el Tribunal de Justicia. Se pretendía, por tanto, que se individualizase el grado de incumplimiento por cada una de las decisiones controvertidas.

La respuesta del TJUE fue «subrayar que el reparto de competencias entre el poder central y el poder regional en el ámbito interno no afecta a la aplicación del art. 260 TFUE, en la medida en que el Estado miembro de que se trate es el único responsable, frente a la Unión Europea, del cumplimiento de las obligaciones que resultan del Derecho de la Unión» (67). El Tribunal deja claro que la declaración de incumplimiento que realiza el TJUE en el marco del procedimiento del art. 260.2 TFUE, no puede depender de las particularidades de la organización interna del Estado miembro de que se trate. E insiste en que le incumbe al Reino de España verificar la situación individual de cada una de las empresas afectadas y calcular el importe exacto de las ayudas que habrían debido recuperarse efectivamente en aplicación de las Decisiones controvertidas, teniendo en cuentas las indicaciones contenidas en tales Decisiones.

### 1.6.2. SUMA A TANTO ALZADO

Respecto a la suma a tanto alzado, la Comisión estimaba que el conjunto de los elementos jurídicos y fácticos que rodeaban el incumplimiento declarado constituían «un indicador de que la prevención efectiva de que en el futuro se repitan infracciones análogas del Derecho de la Unión requiere la adopción de una medida disuasoria, como la condena al pago de una suma a tanto alzado» (68). Y en tal concepto la Comisión considera que una suma a tanto alzado de 64.543.500 euros se adapta a las circunstancias del caso y es proporcionada al incumplimiento en cuestión y a la capacidad de pago del Estado miembro de que se trata (69).

---

(67) Parágrafo 43, recogiendo también jurisprudencia TJUE Comisión/España, parágrafo 132).

(68) Parágrafo 47. Más aún, basándose en su Comunicación de 13 de diciembre de 2005, titulada «Aplicación del artículo 228 del Tratado CE» [SEC(2005) 1658] (DO 2007, C 126, p. 12), en su versión actualizada por su Comunicación de 20 de julio de 2010, titulada «Aplicación del art. 260 TFUE: Actualización de datos utilizados para calcular las sumas a tanto alzado y las multas coercitivas que la Comisión propone al Tribunal de Justicia en los procedimientos de infracción» [SEC(2010) 923/3], la Comisión proponía que la cuantía de la suma a tanto alzado se calculase determinando, en un primer momento, un importe diario resultante de multiplicar un tanto alzado de base por un coeficiente de gravedad y un «factor n» que tuviese en cuenta a la vez la capacidad de pago del Estado miembro incumplidor y el número de votos de que éste dispone en el Consejo de la Unión Europea. En un segundo momento, el mencionado importe diario debía multiplicarse por el número de días de persistencia del incumplimiento, para obtener así la cuantía total de la suma a tanto alzado.

(69) Según la Comisión dicha suma se obtiene multiplicando la cantidad diaria de 25 817,40 euros (resultante de la operación de multiplicar un tanto alzado de base de 210 euros al día por un coeficiente de gravedad de 9, en una escala de 1 a 20, y por un factor «n» de 13,66) por el número de días de persistencia de la infracción, fijado en 2 500.

Respecto a la duración de la infracción, la Comisión consideraba que el incumplimiento constatado se prolongó durante 2 500 días a partir de la fecha del pronunciamiento de la sentencia Comisión/España, añadiendo que tal duración era el resultado de la voluntad del Reino de España de retrasar la recuperación de las ayudas ilegales de que se trataba, al no haberle comunicado la existencia de ciertas dificultades encontradas sino con posterioridad a la remisión del dictamen motivado, es decir, más de ocho años después de la adopción de las Decisiones controvertidas.

En cuanto a la gravedad de la infracción, la Comisión recuerda el carácter fundamental de las disposiciones del TFUE en materia de ayudas de Estado, poniendo asimismo de relieve que más de 100 empresas se beneficiaron de los regímenes de ayudas en cuestión y que la cuantía de las ayudas pendientes de recuperación (ascendentes a 569.041.135,75 euros; un 87 % del total a recuperar) revela la gravedad de la infracción comprobada. La Comisión precisaba que no se trata, por lo demás, del primer caso en que el Reino de España incumple sus obligaciones de recuperar de manera inmediata y efectiva ayudas ilegales e incompatibles con el mercado interior.

La parte demandada, el Reino de España, alegaba que el Tribunal de Justicia no está vinculado por la metodología que emplea la Comisión y elaborada por ella misma. En este sentido, el TJUE daba la razón a la parte demandada, recordando que corresponde al propio TJUE determinar en cada caso (en función de las circunstancias concretas del asunto del que conoce y del grado de persuasión y de disuasión que considere necesario) las sanciones pecuniarias que resulten apropiadas (tales como la condena al pago de una suma a tanto alzado, en particular, para evitar la repetición de infracciones análogas del Derecho de la Unión (70)).

Para el TJUE, la condena al pago de una suma a tanto alzado descansa esencialmente en la apreciación de las consecuencias que para los intereses privados y públicos tiene el incumplimiento de las obligaciones del Estado miembro de que se trate (en especial cuando el incumplimiento persiste durante un largo período de tiempo con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia que inicialmente declaró tal incumplimiento) (71). Por tanto, la condena al pago de una suma a tanto alzado y la fijación de la cuantía eventual de dicha suma deben depender, en cada caso concreto, del conjunto de los elementos pertinentes, relativos tanto a las características del incumplimiento constatado como al comportamiento propio del Estado miembro contra el que se siga el procedimiento incoado al amparo del art. 260 TFUE. Y, a este respecto, dicho artículo confiere al Tribunal de Justicia una amplia facultad de apreciación para decidir si procede o no imponer una sanción de este tipo y, en caso afirmativo, la cuantía de ésta (72).

Así, el Tribunal considera que las propuestas de la Comisión no pueden vincular al TJUE y sólo constituyen una referencia útil. Del mismo modo, establece que directrices como las contenidas en las Comunicaciones de la Comisión no vinculan al TJUE, pero contribuyen a garantizar la transparencia, la previsibilidad y la seguridad jurídica de la actuación de la Comisión (73).

---

(70) SSTJUE Comisión/Francia, C-121/07, párrafo 59, y Comisión/Irlanda, C-279/11, párrafo 66.

(71) SSTJUE Comisión/Francia, párrafo 58, y Comisión/República Checa, C-241/11, párrafo 40.

(72) SSTJUE Comisión/España, párrafo 141, y Comisión/Luxemburgo, C-576/11, párrafos 58 y 59.

(73) SSTJUE Comisión/Portugal, C-70/06, párrafo 34, y Comisión/Grecia, párrafo 112.

### I.6.3. RETRASO EN LA RECUPERACIÓN DE LAS AYUDAS DECLARADAS ILEGALES

Como demandado, el Reino de España argumentaba además que el retraso en la recuperación de determinadas cantidades no respondía a una falta de cumplimiento de la sentencia Comisión/España, sino a una discrepancia sobre los criterios aplicables en el procedimiento de recuperación de las ayudas, cuya perpetuación en el tiempo era, en parte, responsabilidad de la Comisión.

El Tribunal tenía claro que en lo que respecta a la duración del incumplimiento constatado, el procedimiento de recuperación de las ayudas ilegales se había prolongado durante más de cinco años con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia Comisión/España. Recordaba, así mismo, que el Estado miembro de que se trate debe obtener la recuperación efectiva de las cantidades adeudadas, ya que una recuperación tardía, posterior a los plazos señalados, incumple las exigencias del TFUE (74). Y rechazaba que el retraso producido esté justificado por la existencia de puntos de vista discrepantes con la Comisión, derivada de la falta de precedentes oportunos (75) (haciendo constar expresamente que las autoridades españolas no se pusieron en contacto con la Comisión antes de recibir el escrito de requerimiento y que sólo comenzaron a someter detalladamente a dicha institución los problemas con los que se habían encontrado unos dos años después de que se dictara la sentencia Comisión/España; y que el incumplimiento reprochado al Reino de España persistió durante un considerable período de tiempo y, en todo caso, independientemente de las dificultades relacionadas con la recuperación de las ayudas abonadas en aplicación de unos regímenes declarados ilegales e incompatibles con el mercado interior).

### I.6.4. GRAVEDAD DE LA INFRACCIÓN

También cuestionaba la gravedad de la infracción, alegando que en el presente caso la Comisión había ejercitado por primera vez sus competencias en materia de ayudas estatales en relación con medidas fiscales, lo que relativiza la importancia de las normas supuestamente infringidas en el caso, con lo que el coeficiente de gravedad debería ser igual a 1.

Más llamativo resulta el argumento (no atendido por el TJUE) de que había que tener en cuenta el hecho de que la infracción de que se trata afectaba a una única región (CAPV), que goza de una amplia autonomía y representa el 6,24 % del producto interior bruto (PIB) español, fijando el tanto alzado de base en 13 euros. Según el Reino de España, este rasgo específico implica una disminución de la gravedad del in-

---

(74) STJUE Comisión/Italia, C-496/09, párrafo 86 y jurisprudencia citada.

(75) Con todo, reconoce que si bien algunos de los problemas planteados por el Reino de España en el curso del procedimiento de recuperación de las ayudas ilegales en cuestión presentaban un carácter novedoso, no lo es menos que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un Estado miembro que, al ejecutar una decisión de la Comisión en materia de ayudas de Estado, se encuentre con dificultades imprevistas o imprevistas o tome conciencia de consecuencias que la Comisión no había contemplado, debe someter tales problemas a la consideración de esta última institución, proponiendo las modificaciones apropiadas de la decisión de que se trate (STJUE Comisión/Grecia, C-354/10, párrafo 70, y STJUE Comisión/Italia, C-411/12, párrafo 38).

cumplimiento, en la medida en que limita las consecuencias de éste para los intereses generales y particulares.

En cuanto a la gravedad de la infracción, el TJUE recordaba el carácter fundamental de las disposiciones comunitarias en materia de ayudas de Estado (76). En este sentido, el Tribunal consideraba que las normas en las que se basan tanto las Decisiones controvertidas como la propia sentencia Comisión/España constituyen la expresión de una de las misiones esenciales atribuidas a la Unión en virtud del art. 2 TCE (establecimiento de un mercado común), así como en virtud del art. 3.1 letra g) TCE (la acción de la Comunidad implicará un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior) (77). Más aún, para el Tribunal el hecho de que, con la devolución de las ayudas de Estado declaradas ilegales e incompatibles con el mercado interior, se elimine la distorsión de la competencia causada por la ventaja competitiva proporcionada por ellas y, por efecto de esta devolución, el beneficiario pierda la ventaja de la que había disfrutado ilegalmente en el mercado respecto a sus competidores revela la importancia de las disposiciones de la Unión infringidas en una situación como la examinada en este caso (78). Redundando, el Tribunal especifica que en el caso en cuestión las ayudas ilegales de que se trata resultan particularmente perjudiciales para la competencia debido a lo elevado de su cuantía, así como al gran número de beneficiarios de las mismas, con independencia del sector económico en el que éstos ejercen sus actividades (79). Y también constataba que las partes (Comisión y Reino de España) reconocían que la cuantía de las ayudas ilegales pendientes de recuperación era elevada (80).

### I.6.5. REINCIDENCIA

Finalmente, en cuanto a la «reincidencia», la parte demandada alegaba que era inoperante la circunstancia de que el Tribunal de Justicia hubiese declarado en otros dos asuntos un incumplimiento por parte del Reino de España de las normas en materia de ayudas estatales. Por tanto, la demandada deducía que el importe diario utilizado para el cálculo de la suma a tanto alzado debería limitarse a 177,58 euros.

Sobre la reincidencia, el Tribunal señalaba como importante que el Reino de España ha sido ya objeto de varias sentencias que declaran un incumplimiento de dicho Estado miembro por no haber recuperado de una manera inmediata y efectiva

(76) STJUE Comisión/Grecia, párrafo 118, y STJUE Comisión/España, párrafo 125.

(77) STJUE Comisión/Grecia, párrafo 119.

(78) STJUE Comisión/España, párrafo 127.

(79) STJUE Comisión/Italia, párrafo 63.

(80) Dice el Tribunal que, aun cuando al término del presente procedimiento subsisten importantes discrepancias entre las partes en lo que atañe al grado de incumplimiento de las Decisiones controvertidas en la fecha de expiración del plazo fijado en el dictamen motivado, y suponiendo incluso que se admita la alegación del Reino de España (presentada en respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal) según la cual la suma que debía recuperarse ascendía a 179,1 millones de euros en la fecha del pronunciamiento de la sentencia España/Comisión, y a 91 millones de euros en la fecha de la interposición del recurso, consta, por un lado, que, en términos absolutos, la cuantía de las ayudas ilegales pendientes de recuperación era elevada y había sido reconocida por dicho Estado miembro, y, por otro lado, que más de la mitad de dicha cuantía no se había recuperado aún en esta última fecha.

ayudas declaradas ilegales e incompatibles con el mercado interior (81). Para el Tribunal, tal repetición de comportamientos ilícitos de un Estado miembro, en un sector específico de la acción de la Unión, puede constituir un indicador de que para prevenir efectivamente la repetición en el futuro de infracciones análogas del Derecho de la Unión es preciso adoptar una medida disuasoria, como la condena al pago de una suma a tanto alzado (82).

#### 1.6.6. CUANTIFICACIÓN DE LA SANCIÓN

Habida cuenta de todo lo anterior, el Tribunal de Justicia consideró que, en el marco del presente procedimiento, estaba justificado condenar al Reino de España al pago de una suma a tanto alzado. Respecto a la cuantía de esa suma a tanto alzado, el TJUE considera que procede tener en cuenta, además de las consideraciones expuestas, la capacidad de pago del Reino de España (83), sin reducción posible en atención a que la infracción sólo afecta a una región autónoma y no a la totalidad de su territorio. En este sentido, para el Tribunal esta circunstancia no puede restar gravedad al incumplimiento, gravedad que resulta especialmente de la importancia de la distorsión de la competencia a que dio lugar el incumplimiento declarado (apreciada tomando en consideración la cuantía de las ayudas ilegales de que se trata, el número de beneficiarios de las mismas y el carácter multisectorial de los regímenes de ayudas en cuestión).

Sobre la base de todos los elementos mencionados, el Tribunal de Justicia consideró que una justa apreciación de las circunstancias del caso de autos llevaba a fijar en 30 millones de euros la cuantía de la suma a tanto alzado que debía pagar el Reino de España, con lo que condenaba al Reino de España a abonar a la Comisión, en la cuenta «Recursos propios de la Unión Europea», una suma a tanto alzado de 30 millones de euros.

La condena incluyó las costas procesales (art. 138.1 Reglamento de Procedimiento: la parte que haya visto desestimadas sus pretensiones será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte), ya que la Comisión había solicitado la condena en costas del Reino de España.

Por tanto, la STJUE de 13 de mayo de 2014 declaraba que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del art. 260.1.º TFUE, al no haber adoptado, en la fecha en la que expiró el plazo fijado en el dictamen motivado emitido por la Comisión Europea el 26 de junio de 2008, todas las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia Comisión/España, C-485/03 a C-490/03. Demás, condenaba al Reino de España a abonar a la Comisión, en la cuenta «Recursos propios de la Unión Europea», una suma a tanto alzado de 30 millones de euros, y condenaba en costas al Reino de España.

---

(81) Además de la declaración de la falta de cumplimiento inmediato y efectivo de las Decisiones controvertidas formulada en la sentencia Comisión/España cuya inexecución es la base del presente procedimiento, el Tribunal de Justicia había declarado en varias ocasiones el incumplimiento del Reino de España (en particular, en las STJUE Comisión/España, C-499/99,, STJUE Comisión/España, C-404/00, STJUE Comisión/España, C-177/06, STJUE Comisión/España, C-529/09).

(82) STJUE Comisión/Francia, parágrafo 69, y STJUE Comisión/Irlanda, parágrafo 70.

(83) STJUE Comisión/España, parágrafo 131.

### I.7. Ejecución de la Sentencia

Con el abono de los 30 millones de la multa impuesta por la sentencia de 13 de mayo de 2014, se da ya por terminado el asunto de las mal llamadas 'vacaciones fiscales'. Con fecha de 11 de septiembre de 2014 las Haciendas vascas ingresaron el importe de la sanción en el Ministerio de Hacienda, cerrándose así el expediente. Ahora, será el Estado quien deba ingresar esas cantidades en la cuenta señalada en la Sentencia (ya que, recordemos una vez más, solo los Estados pueden interaccionar con las Instituciones europeas, no los Entes sub-estatales; y fue al Estado a quien se condenó, por esa misma razón).

Tras la sentencia, reunido el Consejo Vasco de Finanzas (23 de julio de 2014) se establecieron las cantidades a abonar por cada una de las administraciones (autonómica y forales) hasta completar la cantidad fijada en la multa: el Ejecutivo autonómico asumía el 70% (21 millones) de la sanción (porque éste es el porcentaje que la CAPV gestiona del dinero recaudado por las Haciendas Forales), y el 30% restante recaería en las tres diputaciones de acuerdo con los coeficientes establecidos por la Ley de Aportaciones (Álava 16,6% (1,4 millones), Gipuzkoa 33% (casi 2,98 millones) y Bizkaia 50% (4,5 millones).

El 30 de julio se notificó oficialmente a la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local la decisión de las instituciones vascas de abonar el importe de la multa, que se hizo efectivo en la Hacienda estatal se realizó con fecha de 1 de agosto de 2014. Se considera que el pago se ha realizado en plazo voluntario, sin requerimiento, cerrándose el procedimiento.

Puede decirse, por tanto, que tras 15 años de pleitos en los Tribunales de la Unión Europea, y mucha doctrina de por medio, se puede dar por zanjada y superada definitivamente este asunto.

## II. La confianza legítima: STS de 20 junio 2014

Si bien con la STJUE de 13 de mayo de 2014 el litigio *ad extra* de las Haciendas Forales quedaba saldado respecto a la Unión Europea y el propio Reino de España, no así *ad intra* en cuanto a sus propios obligados tributarios, en este caso, las empresas que, habiéndose beneficiado en su día de las medidas fiscales declaradas con posterioridad ilegales, debieron devolver las cantidades beneficiadas.

Y es que, desde el punto de vista de los sujetos pasivos, dichas empresas obtuvieron el beneficio fiscal correspondiente a la aplicación de Normas Forales plenamente en vigor, confiando en su legalidad.

Por tanto, la parte recurrente es una de esas empresas que se beneficiaron de las medidas fiscales recurridas y catalogadas como ayudas de Estado ilegales, y por tanto obligadas de devolver por parte de los beneficiarios; es decir, por los obligados tributarios que, confiando en la normativa vigente actuaron convencidos de la legitimidad de las normas.

La resolución final en este caso proviene del Tribunal Supremo, última instancia interna en hacer cumplir el Derecho europeo.

## II.1. Concepto de confianza legítima

Sin adentrarnos en la materia, y a modo meramente recordatorio, el principio de confianza legítima tiene su origen en la jurisprudencia constitucional alemana y está estrechamente ligado con otros dos conceptos: el de la seguridad jurídica y el de la protección de los derechos adquiridos(84). Recordemos también que el ámbito del Derecho público limita la actividad del poder público para impedir que éste destruya sin razón suficiente la confianza que su actuación haya podido crear en los ciudadanos sobre la estabilidad de una determinada situación jurídica (85).

Si bien es cierto que en el ámbito de la Unión Europea no aparece mencionado como tal en los tratados constitutivos, el TJUE lo reconoce como principio del Derecho comunitario(86) y sostiene que en el ejercicio de las facultades que les confieren las Directivas comunitarias, las instituciones comunitarias deben respetarlo, pero también los Estados miembros(87).

Respecto al tema que nos ocupa, el principio de confianza legítima tiene especial relevancia en el ámbito económico(88) y es posible invocarlo por parte de cualquier operador económico en relación con el cual una autoridad nacional haya infundido fundadas esperanzas. Y con especial rigor cuando se trata de una normativa que puede implicar consecuencias financieras, para proteger el derecho de los interesados a conocer con exactitud el alcance de las obligaciones que les impone(89). Pero no puede invocarse este principio en los casos en los que un operador económico prudente y diligente puede prever la adopción de una medida que pueda afectar a sus intereses.

Respecto a la práctica de un Estado miembro (o un ente subestatal) contraria a la normativa de la Unión, el TJUE ha considerado que no podía infundir confianza legítima.

---

(84) PESCATORE, P., «Los principios Generales del Derecho como fuente del Derecho Comunitario», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 40, p. 47. También BARDIOLA PÉREZ, José Antonio, «El principio de protección de la confianza legítima en el ámbito tributario: jurisprudencia del TJUE», *Quincena Fiscal*, Aranzadi, N.º 22/2010, pp. 79-92. Para el caso concreto de las «vacaciones fiscales vascas», *vid.* MERINO JARA, Isaac, «Ayudas de estado y confianza legítima», *Quincena Fiscal*, Aranzadi, N.º 9, 2009, pp. 69-74.

(85) SANZ RUBIALES, I., «El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7/2000, p. 92. En el Derecho privado, en cambio, la confianza legítima se vincula al principio de buena fe. *Vid.* STJCE de 10 de septiembre de 2009, *Plantanol GMBH* (C-201/08), donde recoge que «procede recordar que los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima forman parte del ordenamiento jurídico comunitario» (parágrafo 43) y que «a este respecto, debe recordarse que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de seguridad jurídica, que tiene por corolario el principio de protección de la confianza legítima, exige, por una parte, que las normas de Derecho sean claras y precisas y, por otra, que su aplicación sea previsible para los justiciables» (parágrafo 46).

(86) La primera referencia al principio de confianza legítima se recoge en la STJUE de 13 de julio, *Lemmerz-Werke GMBH*, asunto 111/63, Rec. 1965, p. 836; invocado por la parte litigante alemana. Como tal principio lo hace suyo el TJUE en STJUE de 14 de mayo de 1975, *CNTA*, as. 74/74, Rec. p. 549; STJUE de 26 de febrero de 1986 (TJCE 1986, 47), *Marshall*, C-152/84; y STJUE de 3 de marzo de 1994 (TJCE 1994, 31), *Vaneetveld*, C-316/93, Rec. p. I-763.

(87) STJUE de 3 de diciembre de 1998 (TJCE 1998, 307), *Belgocodex*, C-381/97, Rec. p. I-8153, parágrafo 26; STJUE de 26 de abril de 2005 (TJCE 2009, 359), *Goed Wonen*, C-376/02, Rec. p. I-3445, parágrafo 32, así como STJUE de 21 de febrero de 2008 (TJCE 2008, 27), *Netto Supermarkt*, C-271/06, Rec. p. I-771, parágrafo 18.

(88) *Vid.* CASTILLO BLANCO, F., La protección de confianza en el derecho administrativo, Marcial Pons, 1998, pp. 97-98.

(89) STJUE de 29 de abril de 2004 (TJCE 2004, 109), *Sudholz*, C-17/01, Rec. p. I-4243, parágrafo 34.

tima en el operador económico que resultara favorecido por la situación originada de esta manera (90). Es decir, el principio de protección de la confianza legítima no puede invocarse en contra de un precepto preciso del Derecho de la Unión, y el comportamiento de una autoridad nacional encargada de aplicarlo, que está en contradicción con este último, no puede infundir en un operador económico la confianza legítima de que se podrá beneficiar de un trato contrario a dicho Derecho (91).

## II.2. Contexto

La parte recurrente es una empresa (Papresa, S.A) que recurre la Resolución 53/2007, de 16 de octubre, del Director General de Hacienda sobre ejecución relativa al régimen de ayudas de Estado ejecutado por España a favor de las empresas de Gipuzkoa en forma de crédito fiscal del 45% de las inversiones, así como de las liquidaciones practicadas por el Impuesto sobre Sociedades, ejercicios 1997 a 2006. El TEAF de Gipuzkoa en Acuerdo de 29 de abril de 2010 desestimó dicha reclamación, y este Acuerdo fue recurrido ante el TSJPV que en sentencia de 29 de febrero de 2012 desestimó el recurso contencioso administrativo ordinario.

Como decíamos al señalar el conflicto *ad extra*, las Decisiones de la Comisión son obligatorias y de inmediata ejecutividad (art. 288 TFUE, ex art. 249 TCE). Por ende, en este caso ya había recaído sentencia del TJUE de 14 de diciembre de 2006, por lo que el Estado Miembro (en este caso, la Diputación Foral de Gipuzkoa, en concreto el Director General de Hacienda) dictó la Resolución 53/2007 exigiendo a la sociedad afectada la devolución de las ayudas disfrutadas en forma de crédito fiscal, previo efectuar los cálculos pertinentes. A la empresa reclamante se le pidió el ingreso respecto de los ejercicios 1997 a 2006 por el Impuesto sobre Sociedades, ascendiente a 710.193,10 €, siendo 203.994,70 € los intereses de demora (pero el recurso se limita solo al ejercicio 2001).

El TSJPV desestimó el recurso, considerando que no se daban las circunstancias que justificarían la aplicación de los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, citando al respecto la STJCE de 9 de septiembre de 2009 (que recuerda que la Comisión, ya desde 1983, indicaba a cualquier beneficiario potencial de una ayuda declarada ilegal (sin comunicación) de su precariedad mientras la Comisión no se pronuncie) y reproduciendo parcialmente la STS de 12 de febrero de 2010.

La parte recurrente afirmaba que se había vulnerado el principio de confianza legítima que hace que no puede exigirse la recuperación de la ayuda (92). Entendía la recurrente que en la sentencia recurrida se analiza el principio de confianza legítima en cuanto a la Diputación de Gipuzkoa, pero no respecto de la recurrente, lo que supone una vulneración de los mencionados preceptos. Razones alegadas:

---

(90) STJUE de 15 de diciembre de 1982, *Maizena*, 5/82, Rec. p. 4601, parágrafo 22.

(91) STJUE de 26 de abril de 1988 (TJCE 1988, 141), *Kruecken*, 316/86, Rec. p. 2213, parágrafo 24.

(92) A tal efecto, se citan el art. 88.1, apartado d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate; también se invoca la infracción del art. 14 del Reglamento (CE) n.º 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo y del art.3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.



- a) La totalidad de las actuaciones seguidas por la Comisión Europea para la declaración del crédito fiscal del 45% como una ayuda ilegal son posteriores a la comunicación de la aplicación del crédito del 45% por el recurrente y a la resolución del la Diputación Foral que permite su aplicación.
- b) Existencia de precedentes en normas forales y estatales idénticas o similares que no se habían considerado ayudas de Estado (*i.e.* Norma Foral 11/1993, del Territorio Histórico de Gipuzkoa y la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo).  
En cuanto la Norma Foral 6/1998, afirma la recurrente que dado que se calificó como ayuda de Estado porque excluía de la misma a determinados sectores, se generó una confianza legítima en la validez del crédito fiscal del 45% de la inversión puesto que en la misma se excluía la causa que había llevado a que se considerase ayuda de Estado una normativa prácticamente idéntica previa.
- c) El hecho de que la ayuda se conceda a través de una disposición general publicada en boletín oficial, genera en el administrado una confianza legítima de validez y corrección, superior a si se concede a través de un expediente individual.
- d) El requisito de la notificación de la ayuda se entiende cumplido mediante la publicación en el Boletín Oficial del Territorio de Gipuzkoa de la ayuda del crédito del 45%.

### II.3. Sentencia STS de 20 junio 2014

Se trataba de una sentencia de la Sala de lo Contencioso del TS, en un recurso de casación(93) contra la sentencia dictada el 29 de febrero de 2012, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJPV(94). Dicha sentencia desestimaba el recurso en cuestión presentado por la empresa Papresa S.A. contra la Resolución de 29 de abril de 2010 del TEAF de Gipuzkoa que desestimaba la reclamación confirmada en esta sentencia, sin costas(95), que a su vez ratificaba la Resolución 53/2007 del Director General de Hacienda de Gipuzkoa, de 19 de octubre(96).

---

(93) STS 2552/2014 (Roj), Id Cendoj: 28079130022014100311. Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso, Sección 2. N.º de Recurso: 1806/2012, Procedimiento: Recurso de Casación, actuando como magistrado Ponente José Antonio Montero Fernández. Demandante: Papresa S.A. Parte recurrida: Diputación Foral de Gipuzkoa.

(94) En el recurso contencioso administrativo núm. 888/2010. Esta sentencia fue notificada al recurrente el 28 de marzo de 2012, que en escrito de preparación del recurso de casación (16 de abril de 2012) manifestó su intención de interponerlo con sucinta exposición del cumplimiento de los requisitos procesales de admisibilidad. Por Diligencia de Ordenación de 18 de abril de 2012 se acordó tener por preparado el recurso de casación, remitir los autos jurisdiccionales de instancia y el expediente administrativo a la Sala Tercera del TS y emplazar a las partes interesadas ante dicha Sala Tercera.

(95) Reclamación 2007/0646.

(96) Resolución 53/2007, de 16 de octubre, del Director General de Hacienda sobre ejecución relativa al régimen de ayudas de Estado ejecutado por España a favor de las empresas de Guipúzcoa en forma de crédito fiscal del 45% de las inversiones, así como de las liquidaciones practicadas por el Impuesto sobre Sociedades, ejercicios 1997 a 2006.

En oposición al recurso, como parte recurrida la DFG argumentaba que la impugnación casacional formulada de contrario se articulaba a través de un único motivo: la vulneración del marco legal referido a la confianza legítima como argumento para defender el derecho a la recuperación de las ayudas calificadas de ayudas de Estado. Basaba su argumentación de que no existe tal vulneración del principio de confianza legítima en jurisprudencia estatal (STS de 12 de febrero 2010) y europea (STJUE de 9 septiembre 2009).

### II.3.1. FUNDAMENTOS DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA ALEGADA

Respecto a la concurrencia de circunstancias excepcionales como el comportamiento de la propia Comisión con respecto a los regímenes de 1998 y de 1993, que podía justificar la confianza legítima en la regularidad de las ayudas otorgadas en aplicación de los regímenes fiscales controvertidos, se invocó en particular el hecho de que la Comisión no formuló ninguna objeción contra estos regímenes anteriores, que establecían medidas análogas a las que se discutían en el asunto.

La respuesta dada fue la misma que vienen usando la Comisión y el TJUE: recordar que un Estado miembro (o ente subestatal, como es el caso) cuyas autoridades hayan concedido una ayuda infringiendo las normas de procedimiento establecidas en el art. 88 TCE (hoy, art. 108 TFUE) no puede invocar, en principio, la confianza legítima de los beneficiarios para eludir su obligación de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la decisión de la Comisión en la que se le ordene recuperar la ayuda. Porque, si se admitiese esta posibilidad se privaría por completo de eficacia a las disposiciones de los art. 87 y 88 TCE, ya que las autoridades nacionales podrían así basarse en su propio comportamiento ilícito para dejar sin efecto las decisiones adoptadas por la Comisión en virtud de dichas disposiciones del Tratado CE (97).

Probablemente el *quid* de la cuestión sea lo que nadie cuestionó: que los regímenes fiscales controvertidos no fueron notificados a la Comisión, en contra de la obligación establecida en el art. 88.3 TCE. El TJUE entiende que la inacción de la Comisión con respecto a una ayuda estatal carece de significación en el caso de que dicha ayuda no le haya sido notificada (98), y rechaza la interpretación de confianza legítima esgrimida por la demandante (99).

El Tribunal Supremo apela a la propia STJUE de 28 de julio de 2011 para dar por resueltas el grueso de las cuestiones planteadas por la parte recurrente (100). Respecto a la recuperación, el TJUE sostiene que:

— El objetivo de la recuperación consiste en restablecer la situación que existía en el mercado antes de la concesión de la ayuda (necesario para garantizar que la competencia no será falseada en el mercado interior, art. 3, letra g), TCE).

---

(97) STJUE *Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión* [TJCE 2011, 165], párrafo 150 y jurisprudencia que allí se cita.

(98) STJUE *Demesa y Territorio Histórico de Álava/Comisión* [TJCE 2004, 326], párrafo 5.

(99) STJUE *Demesa y Territorio Histórico de Álava/Comisión* [TJCE 2004, 326], párrafos 50 y 51.

(100) Párrafos 72, 75 a 79 y 100 y Fundamento de Derecho Tercero.

- La recuperación de las ayudas ilegales e incompatibles no constituye una sanción (101) sino la consecuencia lógica de su ilegalidad (102). Por tanto, no puede considerarse desproporcionada en relación con los objetivos de las disposiciones del Tratado en materia de ayudas estatales (103).
- El restablecimiento de la situación anterior se logra una vez que el beneficiario devuelve la ayuda ilegal e incompatible, quien pierde así la ventaja de que había disfrutado sobre sus competidores en el mercado, y queda restablecida la situación anterior a la concesión de la ayuda (104).
- Yendo más allá de las cantidades beneficiadas, la jurisprudencia europea considera que para eliminar todas las ventajas financieras derivadas de la ayuda ilegal, se deben recuperar los intereses sobre las cantidades ilegalmente concedidas, y que dichos intereses deben ser equivalentes a las ventajas financieras resultantes de la entrega gratuita de los fondos en cuestión, durante un determinado período (105).
- Para que se ejecute plenamente una decisión de recuperación de la Comisión, las medidas adoptadas por un Estado miembro deben producir efectos concretos por lo que se refiere a la recuperación (106) y la recuperación debe ser inmediata (107).

Por tanto, para que la recuperación alcance su objetivo, es esencial que la devolución de la ayuda se lleve a cabo sin demora.

En cuanto al argumento de que la Comisión no requerirá la recuperación de la ayuda si ello es contrario a un principio general del Derecho comunitario (art. 14.1 Rgto de procedimiento; recordemos que los principios generales del Derecho comunitario más a menudo invocados en este contexto son los principios de la confianza legítima y seguridad jurídica), estos principios se interpretan restrictivamente en el contexto de la recuperación.

Apelando a su propia jurisprudencia (108) el Tribunal Supremo señala que «(...) La recuperación de las ayudas de Estado percibidas en contravención de las disposiciones comunitarias goza en todo caso de la cobertura normativa que le confiere la ejecución de los Tratados, los Reglamentos y las decisiones comunitarias aplicables en cada caso. De manera singular, el art. 14 del Reglamento (CE) 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 88 del TUE, dispone que, cuando se adopten decisiones negativas en casos de ayuda ilegal, la Comisión decidirá que el Estado miembro interesado tome todas las medidas

---

(101) STJUE *Bélgica/Comisión*, C-75/97, [1999] REC I-03671, parágrafo 65.

(102) STJUE *Comisión/Grecia*, C-183/91, [1993] REC I-3131, parágrafo 16.

(103) STJUE *España/Comisión*, Asuntos acumulados C-278/92, C-279/92 y C-280/92, [1994] REC I-04103, parágrafo 75.

(104) STJUE *Comisión/Italia*, Asunto C-348/93, [1995] REC I-673, parágrafo 27.

(105) STJUE *Siemens/Comisión*, Asunto-459/93, [1995] REC II-1675, parágrafo 97 a 101. Todo ello en aplicación del art. 14.2.º del Reglamento (CE) de procedimiento 659/1999, del Consejo, de 22 de marzo.

(106) STJUE *Comisión/Grecia*, Asunto C-415/03.

(107) STJUE *Comisión/Francia*, Asunto C-232/05.

(108) STS de 23 de septiembre de 2009, recurso de casación 183/2007, Fundamentos de Derecho Séptimo y Octavo, y STS de 8 de octubre de 2008, Fundamento Jurídico 4.º.

necesarias para obtener del beneficiario la recuperación de la ayuda. Conforme a una jurisprudencia del TJUE bien asentada, la recuperación es prácticamente una consecuencia automática de la ilicitud pues con ella se trata de restablecer las condiciones de competencia en el mercado interior, falseadas por la ayuda ilegal.

Recogiendo también la doctrina del Tribunal Constitucional (109), el Supremo recuerda que respecto al principio de confianza legítima y seguridad jurídica «ha de entenderse como la certeza sobre la regulación jurídica aplicable y los intereses jurídicamente tutelados, procurando «la claridad y no la confusión normativa» (110), de tal manera que «sólo si en el ordenamiento jurídico en que se insertan, y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica».

También recuerda el TS que el TJUE excluye que los Estados puedan alegar el anormal funcionamiento de sus órganos (en ese caso los jurisdiccionales) (111). Respecto al asunto concreto de la demanda, el TS señala que «en todo caso la confianza legítima nace del dictado de una norma que establece unos determinados beneficios fiscales. Lo que no es poco, desde luego, puesto que al destinatario de la norma, no puede por menos que crearle el firme convencimiento de su licitud, así lo expresa la propia parte recurrente cuando alega «el hecho de que la ayuda se conceda a través de una disposición general, publicada en el boletín oficial, genera en el administrado una confianza legítima de validez y corrección, superior a si se concede a través de un expediente individual».

La jurisprudencia europea sobre que la devolución por aquellos que se beneficiaron de la ayuda ilegal, no es más que «la consecuencia lógica de su ilegalidad» (112) y debe abarcar a los intereses porque «el restablecimiento de la situación anterior se logra una vez que el beneficiario devuelve la ayuda ilegal e incompatible, quien pierde así la ventaja de que había disfrutado sobre sus competidores en el mercado, y queda restablecida la situación anterior a la concesión de la ayuda» (113).

Porque también tiene su arraigo en la jurisprudencia española, ya que en las numerosas ocasiones en las que se ha declarado inconstitucional una ley y los efectos producidos, la reparación de los perjuicios sufridos por aquel que se limitó al cumplimiento de la disposición declarada inconstitucional no asienta en los principios invocados de confianza legítima y seguridad jurídica (114). Prevalece el principio de legalidad sobre los de confianza legítima y seguridad jurídica, por lo que no puede pretenderse que en base a la confianza legítima de la entidad recurrente se mantenga la ilegalidad consistente en el beneficiarse de unas ventajas contrarias a las normas europeas, sin perjuicio (si procede) de que en los supuestos en los que el sometimiento a la Ley o

(109) STC 248/2007, de 14 de diciembre, FJ 5.º

(110) STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4.º

(111) STJUE de 5 de mayo de 2011, *Comisión/Italia*, C-305/2009, párrafo 46.

(112) STJUE *Comisión/Grecia*, Asunto C-183/91, [1993] REC I-3131, párrafo 16.

(113) STJUE *Comisión/Italia*, Asunto C-348/93, [1995]

(114) STC de 16 de diciembre de 2010, rec.cas. 166/2007.

Norma declarada contraria a las normas europeas pudieran haber dado lugar a perjuicios susceptible de constituir una responsabilidad del Estado legislador (en este caso Diputación Foral de Gipuzkoa). Como señala el Tribunal, debe tenerse en cuenta que el «principio de protección de la confianza legítima del ciudadano» en el actuar de la Administración no se aplica a los supuestos de cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha «confianza» se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la «apariencia de legalidad» que la actuación administrativa a través de actos concretos revela (115).

### II.3.2. FALLO STS 20 JUNIO 2014

El TS desestimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de 29 de febrero de 2012 de la Sala lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, imponiendo las cosas a la parte recurrente (3000€).

## III. A modo de conclusión

Como se ha señalado al principio, parece que ya puede darse por concluido este episodio mal conocido como «vacaciones fiscales vascas» (en referencia a determinadas medidas fiscales que abarcaba). Más o menos, todas las partes se dan por satisfechas:

Para la Comisión, se han acabado cumpliendo sus Decisiones, con los recargos y sanciones correspondientes por el retraso o falta de diligencia.

Para el TJUE, se ha cumplido la legalidad comunitaria, estableciéndose jurisprudencia sobre cuestiones que de largo eran recurrentes: ayudas de *minimis*, confianza legítima, silencio de la Comisión, recuperación de ayudas de Estado declaradas ilegales...

Para las empresas beneficiadas en su día por las medidas cuestionadas, ya se ha terminado y la recuperación de las cantidades correspondientes la han tenido que realizar con su respectiva Hacienda Foral.

Para el Reino de España: zanjada la cuestión, ya no será demandado-intermediario en un asunto que se ha alargado durante décadas. Máxime, cuando no era quien había realizado esas normas cuestionadas, y en última instancia no le correspondiese abonar las sanciones establecidas. Pero ante las Instituciones de la Unión Europea, es, hasta la fecha, el único responsable.

Para las Instituciones forales y autonómicas vascas: crearon las normas controvertidas, en el ejercicio de su competencia normativa en materia tributaria. Materialmente, no chocaban con la normativa europea, siempre que pasasen por la autorización previa de la Comisión. Y esta es precisamente la cuestión. Recordemos que en la negociación del Concierto Económico vigente el tema más controvertido (y que la parte vasca tuvo que retirar *in extremis*, para desbloquear la negociación) fue

---

(115) STS 15 de noviembre de 1999, STS de 4 de junio de 2001 [RJ 2002\448 ] y STS de 15 de abril de 2002 [RJ 2002\6495].

precisamente «la cuestión europea». Teniendo competencia cuasi-soberana en materia tributaria, equiparable a la del Estado, se reclamaba poder defender los intereses forales en aquellos foros europeos de decisión que correspondiese. Entendiendo que eso supone «relaciones exteriores» (competencia exclusiva del Estado), el Estado negaba esta posibilidad, si bien ya se estaban habilitando instrumentos para dar salida a estas cuestiones. Así que, desde fuera de los ámbitos de decisión (estatal, autonómico y foral) podemos preguntarnos si todo este periplo no ha sido más que un pulso para acabar consiguiendo lo que se pedía y era lógico que se tuviera: presencia en los foros de debate y decisión. Recordemos que en 2010 se llegó a un acuerdo para que representantes vascos participasen activamente integrando la delegación del Estado español (con 9 años de retraso), en los Grupos de Trabajo del ECOFIN (en los que se tratan cuestiones relacionadas con las competencias fiscales de los TTHH). Y desde abril 2011 parte vasca también está.

## IV. Bibliografía y Jurisprudencia

### IV.1. Jurisprudencia

- STJUE de 13 mayo 2014, *Comisión/España*, C-184/11  
STJUE de 19 de diciembre de 2013, *Comisión/Polonia*, C-281/11  
STJUE de 12 de diciembre de 2013, *Comisión/Italia*, C-411/12  
STJUE de 28 de noviembre de 2013, *Comisión/Luxemburgo*, C-576/11  
STJUE de 17 de octubre de 2013, *Comisión/Bélgica*, C-533/11  
STJUE de 25 de junio de 2013, *Comisión/República Checa*, C-241/11  
STJUE de 21 de marzo de 2013, *Comisión/Italia*, C-613/11  
STJUE de 24 de enero de 2013, *Comisión/España*, C-529/09  
STJUE de 19 diciembre de 2012, *Comisión/Irlanda*, C-279/11  
STJUE de 11 de diciembre de 2012, *Comisión/España*, C-610/10  
STJUE de 1 de marzo de 2012, *Comisión/Grecia*, C-354/10  
STJUE de 17 de noviembre de 2011, *Comisión/Italia*, C-496/09  
STJUE de 28 de julio de 2011, Diputación Foral de Vizcaya y otros/Comisión  
STJUE de 9 de junio de 2011, Comitato «Venezia vuole vivere» y otros/Comisión, C-71/09 P, C-73/09 P y C-76/09 P  
STJUE de 5 de mayo de 2011, *Comisión/Italia*, C-305/2009  
STJCE de 10 de septiembre de 2009, *Plantanol GmbH*, C-201/08  
STJUE de 7 de julio de 2009, *Comisión/Grecia*, C-369/07  
STJUE de 9 de diciembre de 2008, *Comisión/Francia*, C-121/07  
STJUE de 21 de febrero de 2008, *Netto Supermarkt*, C-271/06  
STJUE de 10 de enero de 2008, *Comisión/Portugal*, C-70/06  
STJUE de 18 de octubre de 2007, *Comisión/Francia*, C-441/06  
STJUE de 20 de septiembre de 2007, *Comisión/España*, C-177/06  
STJUE de 14 de diciembre de 2006  
STJUE de 5 de octubre de 2006, *Comisión/Francia*, Asunto C-232/05  
STJUE de 12 de julio de 2005, *Comisión/Francia*, C-304/02  
STJUE de 12 de mayo de 2005, *Comisión/Grecia*, C-415/03  
STJUE de 26 de abril de 2005, *Goed Wonen*, C-376/02  
STJUE de 11 de noviembre de 2004, Demesa y Territorio Histórico de Álava/Comisión  
STJUE de 29 de abril de 2004 (TJCE 2004, 109), *Sudholz*, C-17/01  
STJUE de 1 de abril de 2004, *Comisión/Italia*, C-99/02

STJCE de 26 de junio de 2003, *Comisión/España*, C-404/00  
 STJUE de 2 de julio de 2002, *Comisión/España*, C-499/99  
 STJUE de 3 de julio de 2001, *Comisión/Bélgica*, C-378/98  
 STJUE de 17 de junio de 1999, *Bélgica/Comisión*, C-75/97  
 STJUE de 3 de diciembre de 1998, *Belgocodex*, C-381/97  
 STJCE de 1 de diciembre de 1998, *Ecotrade*, As. C-200/97  
 STJUE de 4 de abril de 1995, *Comisión/Italia*, Asunto C-348/93  
 STJUE de 14 de septiembre de 1994, *España/Comisión*, As.Ac.C-278/92, C-279/92 y C-280/92  
 STJCE de 15 de marzo de 1994, *Banco Exterior*, As. C-387/92  
 STJUE de 3 de marzo de 1994 (TJCE 1994, 31), *Vaneetveld*, C-316/93  
 STJUE de 10 de junio de 1993, *Comisión/Grecia*, C-183/91  
 STJUE de 10 de junio de 1993, *Comisión/Grecia*, Asunto C-183/91  
 STJUE de 31 de marzo de 1992, *Comisión/Dinamarca*, C-52/90  
 STJUE de 26 de abril de 1988, *Kruecken*, As. 316/86  
 STJUE de 26 de febrero de 1986, *Marshall*, C-152/84  
 STJUE de 15 de diciembre de 1982, *Maizena*, As. 5/82  
 STJUE de 14 de mayo de 1975, *CNTA*, as. 74/74  
 STJUE de 13 de julio de 1963, *Lemmerz-Werke GMBH*, Asunto 111/63  
 STJCE de 23 de febrero de 1961, *Steenkolenmijnen/Alta Autoridad*, As. 30/59  
 STPI de 8 de junio de 1995, *Siemens/Comisión*, Asunto T-459/93  
 STC de 16 de diciembre de 2010  
 STC 248/2007, de 14 de diciembre  
 STC 46/1990, de 15 de marzo  
 STS 2552/2014, de 20 de junio de 2014  
 STS 4670/2001, de 4 de junio de 2001  
 STS 6043/2009, de 23 de septiembre de 2009  
 STS 6615/2008, de 8 de octubre de 2008  
 STS 2654/2002 de 15 de abril de 2002  
 STS 7225/1999, 15 de noviembre de 1999

## IV.2. Normativa

### IV.2.1. CAPV

Ley n.º 12/1981, de 13 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico

### IV.2.2. FORAL (TERRITORIOS HISTÓRICOS DE ÁLAVA, BIZKAIA Y GIPUZKOA)

Normas forales de Incentivos Fiscales a la Inversión promulgadas por las Juntas Generales de Álava (NF 18/93, de 5 de julio), Bizkaia (NF 5/93, de 24 de junio) y Gipuzkoa (NF 11/93, de 26 de junio), relativas a medidas fiscales urgentes de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica.

Álava, NF 22/1994, de 20 de diciembre de 1994, DA 5.ª NF 33/1995, de 20 de diciembre de 1995, DA 6.ª NF 31/1996, de 18 de diciembre de 1996, modificadas en virtud del apdo 2.11 de la DD de la NF 24/1996, de 5 de julio de 1996, sobre el Impuesto sobre Sociedades, DA 11.ª NF 33/1997, de 19 de diciembre de 1997 y DA 7.ª NF 36/1998, de 17 de diciembre de 1998.

Bizkaia: DA 4.ª NF 7/1996 de 26 de diciembre de 1996, prorrogada sin limitación en el tiempo por la disposición segunda de la NF 4/1998 de 2 de abril de 1998.

Gipuzkoa: DA 10.ª NF 7/1997 de 22 de diciembre de 1997.

Álava, art. 26 NF 24/1996 de 5 de julio.

Bizkaia, art. 26 NF 3/1996, de 26 de junio.

Gipuzkoa, art. 26 NF 7/1996 de 4 de julio de 1996

Álava, art. 26 NF 24/1996 de 5 de julio.

Bizkaia, art. 26 NF 3/1996, de 26 de junio.

Gipuzkoa, art. 26 NF 7/1996 de 4 de julio de 1996.

### IV.2.3. EUROPEA

Decisión 93/337/CEE de 10 de mayo de 1993, relativa a un sistema de ayudas fiscales a la inversión en el País Vasco (DO L 134, p. 25), dirigida al Reino de España.

Decisión 2002/820/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España en favor de las empresas de Álava en forma de crédito fiscal del 45% de las inversiones (DO 2002, L 296, p. 1) (As. C-485/03).

Decisión 2002/892/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España a algunas empresas de reciente creación de Álava (DO 2002, L 314, p. 1) (As. C-488/03).

Decisión 2003/27/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España en favor de las empresas de Bizkaia en forma de crédito fiscal del 45% de las inversiones (DO 2003, L 17, p. 1) (As. C-487/03)

Decisión 2002/806/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España en favor de algunas empresas de reciente creación en Bizkaia (DO 2002, L 279, p. 35) (As. C-490/03)

Decisión 2002/894/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España en favor de las empresas de Gipuzkoa en forma de crédito fiscal del 45% de las inversiones (DO 2002, L 314, p. 26) (As. C-486/03)

Decisión 2002/540/CE de la Comisión, de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España a algunas empresas de reciente creación en Gipuzkoa (DO 2002, L 174, p. 31) (As. C-489/03).

Directrices comunitarias sobre Ayudas de Estado de finalidad regional (DO 1998, C 74, p. 9).

Reglamento (CE) n.º 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo [88] del Tratado CE (DO L 83, p. 1), (Art. 14.3)

Reglamento (CE) de procedimiento 659/1999, del Consejo, de 22 de marzo.

### IV.3. Bibliografía

ALONSO ARCE, I., «Algunas reflexiones en torno a las limitaciones al poder normativo de los Territorios Forales en materia tributaria», en ALONSO ARCE, I. (Coord.) *Reflexiones en torno a la renovación del Concierto Económico vasco*, Ad Concordiam, Bilbao, 2003, pp. 154-159.

BARCIELA PÉREZ, José Antonio, «El principio de protección de la confianza legítima en el ámbito tributario: jurisprudencia del TJUE», *Quincena Fiscal*, Aranzadi, N.º 22/2010, pp. 79-92.

CASTILLO BLANCO, F., *La protección de confianza en el derecho administrativo*, Marcial Pons, 1998, pp. 97-98.

FALCÓN y TELLA, R., «Las exigencias de la libertad de establecimiento y el régimen de Concierto», en ALONSO ARCE, I. (coord.), *Reflexiones en torno a la renovación del Concierto Económico vasco*, Ad Concordiam, Bilbao, 2003, pp. 115-126.

MERINO JARA, Isaac, «Ayudas de estado y confianza legítima», *Quincena Fiscal*, Aranzadi, N.º 9, 2009, pp. 69-74.



MUGURUZA ARRESE, J., «Los incentivos fiscales forales ante la Jurisdicción Comunitaria qué ha pasado y qué podría llegar a pasar», *Forum Fiscal de Bizkaia*, 1999, n.º julio, pp. 7-12. pp. 15-20;

PESCATORE, P., «Los principios Generales del Derecho como fuente del Derecho Comunitario», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 40, p. 47.

SANZ RUBIALES, I., «El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 7/2000.

Trabajo recibido el 30 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Lanak zergen arloko foru pizgarriak jorratzen ditu, «opor fiskalak» izenez (oker) izendatzen ditugunak, alegia. Zergen arloko gaitasun arautzailea erabiliz, Arabako, Bizkaiko eta Gipuzkoako lurralde historikoek hainbat neurri fiskal hartu izan dituzte lurraldeetan enpresen sarea babesteko. Baina arazo bat eragin zuten, Estatuak «baimendu ditzakeen» diru-laguntzen kategorian sartzen direlako (Europar Batasunaren Funtzionamendu Tratatuaren 107.3 artikulua, Europako Erkidegoa Eratzeko Tratatuaren 87.3 artikulua arabera), hau da, Kontseiluak baimendu ditzake Batzordeak proposatuta. Baimena eskatu ezenez, automatikoki legez kontrako laguntzat jo ziren (baimenik ez zegoelako; hau da, arazo formal batengatik, ez funtsaren arazo batengatik. Izan ere, Batzordeak emanak zituen baimenak antzeko neurrietarako).

Horrenbestez, Estatuaren eta/edo Batzordearen errekurtsioa duten zerga arloko foru-arauak, foru-arau horien aurkako Batzordearen erabakiak eta Batzordearen erabaki horiek bete ez direla egiaztatzen duten Europako epaiak izan ditugu denboran zehar, antzeko erreklamazio eta argudioekin. Europar Batasuneko Justizia Auzitegiaren 2014ko maiatzaren 13ko epaiak *ad extra* erabaki zuen gaiaz, eta EAeko administrazioak zigortu zituen, araua ez betetzeagatik. Auzitegi Gorenaren 2014ko ekainaren 20ko epaiak gaia *ad intra* ebatzi zuen, eta zalantzan jarritako neurrien onuradunek lortutako onurak itzultzea onartu zuen.

**HITZ GAKOAK:** Estatuaren laguntza. «Opor fiskalak». Legez kanpoko diru-laguntzak berreskuratzea. Foru-fiskalitatea. Zergei buruzko foru-arauak.

**RESUMEN:** El tema en cuestión se sitúa en el ámbito de los incentivos forales en materia fiscal, las (mal) llamadas «vacaciones fiscales vascas». Haciendo uso de su capacidad normativa en materia tributaria, los Territorios Históricos de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa han ido adoptando a los largo del tiempo una serie de medidas fiscales para apoyar el entramado empresarial en sus respectivos Territorios. La cuestión de fondo es que entraban en la categoría de ayudas de Estado «autorizable» (art. 107.3 TFUE, ex. 87.3 TCE), podían ser autorizadas por el Consejo a propuesta de la Comisión. Y no se solicitó esa autorización, por lo que automáticamente pasaron a ser consideradas ayudas ilegales (por falta de autorización, una cuestión meramente formal, no de fondo. De hecho, medidas aparecidas estaban siendo autorizadas por la Comisión).

Por tanto, en el tiempo se han venido cruzando normas forales fiscales recurridas por el propio Estado y/o por la Comisión, Decisiones de la Comisión contra esas normas forales y sentencias europeas constatando el incumplimiento de lo señalado en esas Decisiones de la Comisión, con similares reclamaciones y argumentos. La STJUE de 13 de mayo de 2014 zanjaba la cuestión *ad extra*, condenando a las administraciones vascas por el incumplimiento. Y la STS de 20 de junio de 2014 parece que cierra también la cuestión *ad intra*, haciendo que los beneficiados con las medidas cuestionadas devuelvan los beneficios obtenidos.

**PALABRAS CLAVE:** Ayudas de Estado. «Vacaciones fiscales». Recuperación ayudas ilegales. Fiscalidad foral. Normas forales tributarias.

**ABSTRACT:** The subject matter is placed on the field of the foral incentives in fiscal matters, the so (badly) called “basque tax holidays”. Using their regulatory capacity in taxation, Historical Territories of Álava, Bizkaia and Gipuzkoa adopted tax measures over time in order to support the entrepreneurial fabric of their respective Territories. The substantive issue is that they were considered under the category of “allowable” aids of

State (Art. 107.3 TFEU, ex 87.3 TEC), they could have been allowed by the Council on a proposal of the Commission. That authorization was not applied so they were automatically considered illegal aids (because of lacking of authorisation, a merely formal question, not substantive). Indeed, similar measures were being taken by the Commission).

Thus, tax foral norms contested by the State and/or the Commission, Decisions of the Commission against those foral norms and European judgments stating the failure to comply with what was stated in those Decisions of the Commission, with similar claims and reasons have intertwined over time. The judgment of the European Court of Justice from May 13<sup>th</sup> of 2014 settled the *ad extra* matter, condemning Basque administrations for the breach. And the judgment of the Supreme Court of 20<sup>th</sup> June of 2014 seems to close the *ad intra* issue making the beneficiaries with contested measures to return the obtained benefits.

**KEYWORDS:** State aids. "Tax holidays". Recovery of illegal aids. Foral taxation. Taxation Foral norms.



# Administrado y Administración. Administración y administrado. Un abecedario incompleto de reformas administrativas para convertirle en ciudadano

José Eugenio Soriano García

**Sumario:** I. Palabras introductorias.—II. Aspectos a modificar para una mejora en la relación con el ciudadano.

Estamos una situación de crisis institucional consecuencia de que el Derecho ha pasado a tener un papel menguante frente a la política, ya que abiertamente se incumplen leyes y sentencias de la Sala III y de los Tribunales contenciosos. La razón se encuentra en que el Poder Judicial no ha acabado de creer en su propia fuerza, pudiendo desde luego, en lo que hace a sus relaciones con el Poder, ir mucho más lejos, por ejemplo, ejecutando siempre sus propias Sentencias —desde luego cuando controle la discrecionalidad— cosa que hoy, increíblemente, es algo que no sucede cuando se tiene enfrente a un poder dispuesto a no atender las resoluciones judiciales. Esto es algo que el ciudadano no entiende, porque no aspira a una preciosa Sentencia sino a que se lleve efectivamente a la práctica.

De ahí que sea también necesario dar un paso previo: examinar la propia Ley 30/1992 de Procedimiento para, al menos, intentar llamar la atención —con ingenuidad académica— sobre la propia Administración, para que ésta, si de verdad algún día decide colaborar con una regeneración institucional, democrática y que recupere la regla de Derecho, sea no solamente expresión de una máquina de poder, sino atención ciudadana, que cuide al administrado, le permita sentirse efectivamente con derechos reales y efectivamente recupere una dignidad a cuya búsqueda está al menos desde el siglo XVIII.

La Ley de Transparencia, así denominada, ha sido un paso primero, leve, que es necesario potenciar. De ahí, que desde diferentes ángulos jurídicos, otras leyes, y muy singularmente la procedimental, que al igual que la contenciosa, constituyen, mejor, deberían constituir, eje sobre el que sostener la seguridad jurídica, la certeza, y la eliminación de la incertidumbre en que hoy nos movemos.

A ello nos dedicamos en un rápido repaso que necesariamente tendrá que ir acompañado de otros en los que logremos el objetivo de mejorar la relación de forma que la expresión constitucional de administrado, que efectivamente luce en nuestro texto primero, se convierta en sinónimo de ciudadano.

## I. Palabras introductorias

Colaboro con afecto al homenaje a Demetrio, recordando sus cualidades de bonhomía, compañerismo y cordialidad que derramó en derroche generoso sobre todos los que le conocimos.

Lo hago con un tema realmente necesitado de profunda reforma, si bien, inevitablemente, mi aportación será incompleta. Porque siempre será inconclusa la mejora en una legislación de procedimiento, dado que como columna vertebral de la relación entre el administrado y la Administración, al igual que en la aporía de Aquiles y la toruga, no habrá forma de escapar de la permanente huida del Poder de su vinculación a la regla de Derecho.

Basándose en el principio de eficacia, tal como por demás se ha entendido, esto es, actuación con resultados y exigencia de resultados de la actuación, el principio de legalidad no conoce ahora sus mejores momentos, lamentablemente. Y no es discutible que buena parte de la doctrina, apoya además esta solución, examinando no diré con desdén pero sí secundariamente, la regla de Derecho frente al resultado, al objetivo conseguido.

El principio de legalidad ha dejado de ser, en buena parte, el *Deus ex Machina* de la actuación de la Administración, independizándose así la Administración del Derecho. Y ello, sin que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa haya conseguido embridar el poder administrativo dentro del Derecho. Quizás acontezca esta situación por varias razones, a saber: a) la inmensa lentitud judicial, que abona una actuación administrativa que se seguirá ejecutando mientras se intenta lastimosamente discutir procesalmente el asunto, unido a la perennidad de la Administración —que nunca cesa frente a la dificultad del particular para sostener su pretensión por razones económicas, psicológicas, de resistencia— b) una clara comodidad para el Juez Contencioso a la hora de dar la razón a la Administración, frente a la incomodidad de tener que ejecutar una sentencia contraria (que además ejecuta un Juez distinto del que la puso) c) una actitud psicológica de entendimiento y comprensión siempre con la Administración ya que el Juez es un funcionario que depende del Estado, cobra mensualmente de los presupuestos y coincide así en que siempre la Administración defiende el generoso interés general frente al egoísta interés particular del sujeto privado.

De ahí, que «grosso modo», la experiencia indique que son pocos, muy pocos, los casos en que los juicios contenciosos son ganados frente a la Administración, quien apenas necesita hacer esfuerzo alguno para vencer en una buena parte de los asuntos. Ciertamente hay asuntos «bagatela» en los que se puede dar sin mucho esfuerzo la razón al administrado; o asuntos en los que el administrado tiene poder político, como el caso de los Sindicatos en temas de personal donde efectivamente son frecuentes los casos en los que hay vencimientos a favor de éstos; o asuntos políticamente correctos, en los que el Juez va a tener buena prensa y no cuesta dinero a la Administración, como son los asuntos de extranjería; o casos en que es el propio Juez quien está furibundo, con razón quizás, con esa Administración y tiene así con ocasión de algún pleito oportunidad de mostrar ese encrespamiento. Finalmente, también a veces se produce el milagro y en una bonanza perfecta el Juez se estudia totalmente la demanda, trabaja denodadamente y con esfuerzo en el litigio examinando en profundidad las pruebas y logra declarar la ilegalidad que se le somete. Lo cual, dicho sea de paso, tampoco significa que llegue a tiempo, ya que pese a que se de esa per-

fecta situación casual, luego la Sentencia no puede ejecutarse en muchas ocasiones (siendo relativamente frecuente en Urbanismo, Contratación y Medio Ambiente), entre otras potísimas razones porque no se otorgó medida cautelar (que exige implicarse el Juez en el fondo del asunto anticipadamente y asumir la responsabilidad de conducir el asunto y no dejar que éste tenga vida propia como suele ocurrir) luego la obra se ha construido, el contrato ha finalizado y el medio ambiente ya está irreparablemente destruido. (1)

Por eso, en cuanto han podido, los extranjeros cuando invierten en temas en los que realmente hay intereses económicos en juego muy altos, acuden al arbitraje internacional. Hoy España es el país europeo más demandado ante el CIADI, pero naturalmente por extranjeros, que nos han colocado al nivel de Argentina. Y lo hacen porque no se fían del juez local, ni siquiera en su más alta expresión, el Tribunal Supremo, quien siempre atento a la defensa del interés general, acuña conceptos no jurídicos para que la Administración siempre venza en su pretendida defensa del interés general. Un caso concreto: frente al principio de confianza legítima, se ha inventado el Tribunal Supremo el concepto de «riesgo regulatorio» (que no es un concepto jurídico, sino económico, y además contrario totalmente al principio de seguridad jurídica que sí es jurídico y además de primera importancia) con lo cual ha espantado a los inversores extranjeros, que van al CIADI, aunque ha conseguido que el inversor español quede atrapado entre los barrotes de esa jurisprudencia.

Si añadimos que la ley de tasas no se aplica a la Administración, aumentando así la distancia entre Administrado y Administración, o que las costas se imponen en no pocas ocasiones asimétricamente, o que los codemandados siguen siendo considerados meros coadyuvantes por obra y gracia de la Jurisprudencia y si ganan se les da un reconocimiento económico en costas muy inferior al que recibe el Letrado de la Administración, y así sucesivamente, nos encontramos con que el ubicuo «interés general», concepto plástico, expandible, genérico, vuelve siempre sobre sus fueros, determina inevitablemente la completa recuperación del carácter meramente revisor de la jurisdicción contenciosa y lleva a ésta a continuar siendo el fuero privilegiado de las Administraciones Públicas en completo detrimento del particular.

No podemos competir, en la «Marca España» en temas de seguridad jurídica, tal como lo hacen Reino Unido y Alemania (2) Y eso que hoy también compiten, en seguridad y fiabilidad, los propios sistemas jurídicos, algo que ni nuestros Jueces ni los Ministros de Justicia tienen ni por asomo entre sus ocupaciones.

No debe extrañar que en alguna ocasión, examinando el papel del Juez Contencioso, hayamos recordado la frase «The avoidance of reasoned justification often comes not from indignant protesters but from placid guardians of Order and Justice» Amartya Sen. (Premio Nobel de Economía 1998) «The Idea Of Justice». (3)

La idea que sigue predominando en la justicia administrativa es que la Administración es siempre portadora del interés general, y que ello tiene que tradu-

---

(1) SORIANO GARCÍA, José Eugenio, «Urbanismo y corrupción: medidas cautelares, única solución», *Revista Aragonesa de Administración Pública*. N.º 36, 2010, pp. 225-246

(2) *Vid.* a estos efectos la curiosa discusión entre los Ministros Británico y Alemán de Asuntos Exteriores, indicando que sus sistemas judiciales son los más predecibles y fiables, en «Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution» Hans. Eidenmuller. Pp. 1 y ss. 2013. Con referencias a la English Law Society.

(3) The Belknap Press. Harvard University Press. Cambridge.

cirse en el mantenimiento de los privilegios reales, más los ocultos que presiden, hoy, la relación entre el Administrado y la Administración.

Con algún resto de optimismo, pues, ofrecemos algunas pequeñas ideas, para, con alguna suerte, iniciar un debate que permita lograr ese tipo de mejoras. Son los detalles, no sólo las grandes construcciones, las que, cotidianamente, permiten actuar en la vida diaria, lograr objetivos, conseguir las pequeñas cosas que son las que conforman el día a día de la Administración, del administrado y de sus relaciones mutuas.

A estas pequeñas cosas nos dedicamos pues, en la seguridad de que de arreglarse en el sentido propuesto, se ganará un buen trecho de la distancia que separa hoy al administrado del poder administrativo.

*La Administración surge en el Estado por la misma razón que la empresa surge en el mercado: por aplicación del principio de división del trabajo y por ahorro de los costes de transacción.* La Administración es omnipresente y omnipotente, actúa con privilegios, en más, (lo de privilegios en menos sigue siendo un cierto misterio, salvo que por tales se trate del cumplimiento elemental del principio de legalidad lo cual realmente supone bajar mucho el listón de lo que debe entenderse por privilegio). Además dispone de una enormidad de apoyos basados en simpatías fundadas en la pura aplicación de la idea de que siempre responde al interés general, lo cual es algo que convendría examinar de cerca, caso por caso, para comprobar si no es más cierto, en algunos supuestos que, en realidad responden a supuestos de «captura» por parte de intereses concretos, de burócratas, de presiones económicas, o incluso, simplemente de modas, lejanas desde luego, de una aquilatada determinación y cálculo del interés general. Interés general que debe tener conexión inmediata con la Ley, la cual debe ser al final su apoyo; que debe exigirse con claridad que se aplique con transparencia, no bastando la mera motivación que apenas justifica nada que no sea una simple indicación «pro forma» realizada con el fin de tener una cierta excusa pero que no se corresponde con una genuina explicación técnica, precisa, que engarce directamente y de manera causal, con las verdaderas razones, argumentos y justificaciones que sostienen esa posición y que además permitan su contraste con otras.

De ahí que, en rápido repaso, ofrezcamos algunas ideas mínimas de lo que hemos llamado un «Abecedario incompleto» de reformas de la legislación de procedimiento administrativo en la seguridad de que servirán sin duda para mejorar la relación entre administrado y Administración.

## **II. Aspectos a modificar para una mejora en la relación con el ciudadano**

Modificación Ley de Procedimiento Administrativo. Ley 30/1992.

La Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LAP), regula las relaciones entre la Administración y los ciudadanos. Y lo hace en forma bastante aceptable, pero que hoy por hoy, exige por razones de atención al ciudadano, («pro cives»), eficacia, perfeccionamiento del estado de derecho, una serie de *retoques* que mejorarán la calidad de la función administrativa, y el servicio a los administrados, A coste cero. No costará prácticamente nada establecer esta reforma y al mismo tiempo, pro-



cede a ofrecer a los ciudadanos beneficios enormes en sus derechos. Beneficios intangibles, pero bien fácil de comprobar, uno a uno, ya que de todos ellos se logra, tanto la mejora y facilitación de tales derechos e intereses, como la mayor eficacia de las Administraciones Públicas.

Esto es, las reformas que se proponen, *no suponen coste alguno para la Administración* y al mismo tiempo, pueden satisfacer la calidad en el ejercicio de los derechos de los ciudadanos *y el prestigio de las Administraciones Públicas*.

Sabemos bien que en una época de crisis económica profunda y amplia, que va para muy largo, lo que no se puede hacer es proponer reforma alguna que suponga esfuerzo o deterioro en el erario público.

De otra parte, una propuesta de modificación de una Ley como la Ley 30/1992, que constituye el núcleo central de las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, tendrá impacto directo desde luego y, en lo que corresponda al desarrollo por las Comunidades Autónomas, servirá de espejo en el que mirarse.

Hay que partir en este conjunto de propuestas de que, la legislación de procedimiento, que junto con la jurisdicción contenciosa-administrativa, es el aspecto más esencial de las Administraciones Públicas en el ámbito general, no puede limitarse monótonamente a seguir constituyendo un fuero privilegiado, un conjunto de privilegios y un fuero especial en definitiva. Hay que nivelar el campo de juego, reconociendo al Poder Público lo que le corresponde, pero que lo haga siempre dentro del más estricto Estado de Derecho. En nuestra tradición, existe desde luego un «Estado de Derecho Administrativo» cuyo eje más primordial lo constituye esta Ley de Procedimiento.

Y para ello nada mejor que exigir cierta exigencia legal en la actuación superadora de los «privilegios porque sí» que carecen de toda comprensión ciudadana y que los administrados no soportan ya sin crítica acerba a las Administraciones Públicas.

Bien está que exista ese fuero especial, ya de por sí desnivelador de las relaciones con los administrados. El administrado, como concepto, está específicamente previsto en el artículo 149.1.18 lo cual supone con toda claridad que existe una visión iusadministrativa del ciudadano, porque «administrado» no es otra cosa ni otro concepto que un ciudadano cuando se relaciona con las Administraciones Públicas.

Son pues varios los puntos que se abordan en esta propuesta basadas en el principio «pro accione» y «pro cives», cuya lamentable falta de aplicación hoy, supone descrédito para nuestra Administración y pérdida de derechos para los ciudadanos. Y en estas propuestas hemos pretendido que sea el principio de veracidad o de realidad veraz, el que informe la propuesta que deseamos hacer con el fin de que se mejore la posición del administrado, mediante la eliminación del privilegio superfluo e injustificado, y también mediante la apelación a un examen de conciencia de los responsables de la mejora de la eficacia y eficiencia administrativa.

Veamos con la brevedad que requiere una propuesta inicial, este tema, abordándolo, como en algunas cosas realizaba el Profesor Loperena, examinando algunas pequeñas cosas (le recuerdo bien una vez ponderándome la importancia —vital según explicaba convincentemente— de los insectos, animales pequeños donde los haya).

Por eso, menudeando, yendo a esos pormenores y pinceladas, vamos a examinar brevemente algunos ámbitos que exigen modificación «in bonus», para mejorar la calidad de las relaciones entre la Administración y el administrado.

## A. Términos y plazos

- a) Adecuar la realidad de los plazos en su cómputo, de manera que *al igual que sucede en el ámbito judicial*, también en el ámbito administrativo se excluyan los sábados del cómputo de los plazos señalados por días.
- b) Clarificar en el cómputo de los plazos señalados por meses, que el último día del plazo será exactamente el correspondiente al día *siguiente* equivalente a aquel en que comienza el cómputo.
- c) Permitir que las *notificaciones en el mes de agosto*, puedan se computadas a partir del día primero de septiembre *de forma en todo punto semejante al ámbito judicial*.

## B. Integridad del expediente

Incluir en la LAP el principio de conservación íntegra del expediente (definiendo lo que es éste, cómo se forma, desglose de documentos y copias que permanecerán en el expediente, responsabilidad y medidas a adoptar cuando se pierdan documentos o se responda que se han desglosado sin retener copia). Debería utilizarse una fórmula semejante a la que se contiene en el ámbito local, pero actualizándola, exigiendo desde luego responsabilidad en su custodia y, ahora, muy claramente establecer copias electrónicas que garanticen perfectamente y con carácter fidedigno cuanto se haya incorporado al mismo. (163 y concordantes del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las corporaciones locales (RD 2568/1986 de 22 de diciembre)

Asimismo, tiene que existir transparencia, combinada adecuadamente con Protección de Datos, que permita el acceso público en términos mucho más apropiados de los que ahora tenemos en la Ley. Cuando se trate de procedimientos competitivos, incluidos los de personal, es imprescindible que todos los datos estén a disposición de los demás concursantes, sean contratistas, opositores, etc. Hoy el silencio y oscuridad reina en los despachos administrativos en términos que hacen del *viejo «arcano imperii»* (los secretos del soberano) un juego de niños. El administrado está fuera de acceso a la documentación, y a la decisión, y a la motivación. Los actos se motivan muy genéricamente, cuando no en términos inaceptables (el caso típico es el de las multas de tráfico en Ayuntamientos donde, miles de multas reciben ¡la misma motivación! la técnica consiste en tener por defecto en el ordenador de la Administración una plantilla-respuesta y enviarla automáticamente como respuesta). Esto no es en modo alguno una respuesta motivada. Y sobre este punto es necesario una rectificación de fondo y pronta. El hastío ciudadano es enorme y la respuesta es siempre la misma: la resignación, esto es, el sometimiento y la subordinación a los poderes administrativos en pleno siglo XXI. Y esto es malo para la formación de una sana y no enferma relación con las Administraciones. Porque si éstas son fraudulentas, queda plenamente justificado el fraude por todos los demás también en contra de las Administraciones. Con lo cual se entra en un perverso juego diabólico de fraudes y contra-fraudes que es dañino para todas las políticas públicas y para los administrados.

### C. Registros

Establecer modos de suplir los defectos de los Registros en caso, nada infrecuente, de caída informática. Regular el caso de cierre horario anticipado durante día de vencimiento, para evitar la angustia de haber llegado a tiempo al registro y que indiquen con frescor (quizás con algo peor) que no se puede registrar el asunto porque el sistema se ha caído y que vayan a correos, quizás ya cerrado, como única solución o perderán el recurso. Fórmulas como permitir el envío de un FAX a dirección en membrete, correo electrónico al jefe de la unidad administrativa o director del departamento, serían apropiadas a este menester.

Y ahora, dado la difusión del DNI electrónico (u otros instrumentos informáticos con certificados electrónicos) procede permitir que aún cerrado el Registro físico, se admita el documento entregado en la página virtual *a cualquier hora*. Esto es, si se remite un documento a la página virtual, que proceda su aceptación y que se entienda como válido el documento remitido a la hora en que efectivamente el reloj de tiempo del programa, verifique su remisión-entrega.

No tiene sentido que existiendo ya las sedes electrónicas, no pueda el administrado remitir cómodamente desde su ordenador, un sábado por la tarde o a última hora del día cualquiera del vencimiento, su escrito. Y que éste esté válidamente registrado con ese envío electrónico y surta todos los efectos. Mayor transparencia imposible.

Porque pese a una enormidad de disposiciones administrativas estableciendo sedes electrónicas, pese a una inmensidad de páginas del *BOE* fijando de cara a la galería la incorporación de datos técnicos; pese a que en España dispongamos del mejor DNI electrónico del mundo, tanto que vienen a estudiarlo desde fuera, con alguna empresa que, magníficamente ha logrado incorporar una maravilla electrónica al DNI, lo cierto es que, continuamente, cuando se quiere utilizar esta vía, incorporando documentos, resulta que es muy frecuente que salte la pantalla advirtiendo que hay «error». Con lo cual se inutiliza por completo la relación del administrado con la Administración electrónica y, al mismo tiempo, se frustra al ciudadano precisamente en un momento en que, confiando en tales medios electrónicos, apura el plazo.

Asimismo la fragmentación de los aspectos en los que el administrado puede actuar, de forma que unos aspectos sí se puedan resolver electrónicamente y otros no, plantea desde luego que esa atomización y dispersión impida tener un centro de gravedad permanente en la Administración electrónica. Lo cual inutiliza en realidad sus virtudes, porque en las rutinas administrativas, no se procederá a utilizar automáticamente los medios electrónicos si estos sirven para unas cosas sí y para otras no.

### D. Notificaciones postales

Un elemento capital es que el ciudadano tenga seguridad de cuando le han notificado carta certificada de la Administración y sus agentes. Hoy se le entrega sin matallos y ocurre que no tiene prueba alguna de cuando se le entregó el certificado. Aún más: en muchas ocasiones, ni siquiera sabe que se le ha entregado en fecha, porque

se entrega en el domicilio y si no está presente, el sobre no contiene indicación alguna que dé idea de su datación.

#### **E. 42.4 «A efectos informativos» ¿valor de la información?**

No tiene ningún sentido que la Ley 30/1992, continúe ofreciendo la redacción siguiente:

«Las Administraciones públicas deben publicar y mantener actualizadas, a efectos informativos, las relaciones de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos, así como de los efectos que produzca el silencio administrativo.»

Esto, insistimos, no tiene ningún sentido. Confía el administrado en tal publicación y luego encuentra que carece prácticamente de valor por completo. La indicación «a efectos informativos» parece más bien un «*flatus vocis*», un mero concepto intelectual, una forma de hablar, que produce un cierto fraude si se confía en él. Hay que proceder a un cambio completo y lograr que efectivamente exista una relación directa entre la información que se ofrece y el derecho del ciudadano. Que luego pueda volverse contra él la Administración argumentando que esa información era meramente tal sin producir consecuencias jurídicas es un puro dislate en nuestro tiempo, una fórmula de «*estoppel*» en que abusa la Administración de su propio mal hacer.

Nueva redacción que se propone: «Las Administraciones públicas deben publicar electrónicamente y mantener actualizadas las relaciones de procedimientos, con indicación de los plazos máximos de duración de los mismos y de los efectos que produzca el silencio administrativo. Vencido el plazo publicado, se entenderán caducados a todos los efectos los actos y procedimientos lesivos para los derechos o intereses de los ciudadanos.»

Es contradictorio que exista el principio de confianza legítima proclamado en el artículo 3 de la Ley y, luego, en sus aplicaciones concretas, se inutilice.

#### **F. Principios a incluir: menor lesión, facilitación derechos ciudadanos, estoppel**

Parece imprescindible establecer una serie de modificaciones puntuales que permitan fijar con claridad las técnicas que, recogidas dispersas en otros ámbitos del ordenamiento, consigan mejorar la posición del administrado.

Se propone pues, incorporar preceptos que respeten el siguiente tenor:

«En todas las relaciones administrativas con los ciudadanos, las Administraciones Públicas garantizarán el principio de menor lesión a sus bienes, derechos e intereses legítimos.

Las Administraciones Públicas, facilitarán en todo momento el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y serán responsables de los inconvenientes, retrasos, y perjuicios que ocasionen por sus actos o conductas que dificulten el ejercicio de los mismos.

En ningún caso, las Administraciones podrán obtener ventaja ni aprovecharse de los errores, retrasos, en que hayan incurrido. Tampoco podrán lograr beneficio alguno de las situaciones creadas por actos cuya ilicitud haya sido declarada administrativa o judicialmente.

## **G. Potenciar las encomiendas de gestión a profesionales**

Hay que desarrollar la representación y acreditación de las personas jurídicas, su voluntad. Dejar claro el ámbito, extensión y límites de la actuación de los representantes (transacciones, compromisos, impugnaciones) y que tengan efectos vinculantes sin problemas.

Asimismo, y con colectivos como los gestores administrativos, abogados, etc, *expandir la encomienda de gestión* y permitir técnicas de facilitación de la vida del ciudadano moderno, quien no tiene tiempo desde luego de realizar múltiples gestiones. Así, a modo de ejemplo, en el ámbito de la circulación, no tiene sentido que si se pierden los documentos de un vehículo, tenga hoy todavía que ser el propio ciudadano dueño del vehículo quien tenga que ir primero a comisaría... y después a la gestoría. Debería permitirse que, suficientemente acreditado (y sin necesidad alguna de Poder Notarial siquiera) este tipo de gestiones íntimamente vinculadas a la gestión principal pudieran realizarse íntegramente mediante una comunicación entre el Gestor, el Abogado, el profesional en definitiva y su cliente. Naturalmente, la contrapartida será una clara definición de la responsabilidad de estos profesionales en esta actividad concreta.

## **H. Conocimiento real del expediente e inexigibilidad de duplicación de trámites**

Hay que desarrollar de una vez lo establecido en los artículos 35.a) y f) de la LAP.

El primero se refiere a «conocer en cualquier momento el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados, y obtener copias de documentos contenidos en ellos».

Hoy es un martirio intentar siquiera la aplicación de este precepto. Depende mucho de cada Administración e inclusive de cada funcionario concreto. Y así, desde el coste de las copias, hasta el momento del acceso a la documentación, y la propia solicitud de acceso a la documentación, continúan siendo en muchos casos una barrera infranqueable para el ciudadano. También debería permitirse el acceso delegado, por ejemplo, un tercero profesional o simplemente acreditado, pudiera acceder en cualquier momento a tales documentos y obtener copia de los originales, con facilidad y economía. Y, asimismo, que la Administración electrónica funcionase correctamente a estos efectos.

Y en cuanto al apartado f), «Derecho a no presentar documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate o que ya se encuentren en poder de la Administración actuante», es otro derecho en la práctica inexistente.

Es imprescindible su desarrollo. Hoy este precepto es un brindis al sol. Y no puede ser que el administrado se desquicie buscando documentos que obran en poder de la propia Administración que los solicita y que por desidia o mala gestión le es mucho más cómodo a la misma exigirle una y otra vez sin parar al administrado.

## **I. Presentación de documentos hasta el día siguiente**

Al igual que en la Administración de Justicia, debería permitirse la presentación de documentos hasta las tres de la tarde (15 horas) del día siguiente al vencimiento. Esta

disposición que en la Justicia ha alcanzado una difusión extraordinaria, es enormemente útil, singularmente cuando hay plazos que vencen en fin de semana, o antes de fiestas. No se puede continuar con la técnica de exigir todo al administrado como si el ejercicio de su derecho fuera una actuación «en tierra hostil» administrativa, donde toda la maquinaria está pensada para parar sus derechos y sus intereses. Hay que cambiar la mentalidad de la burocracia.

#### **J. Posibilidad de pago mediante tarjeta de crédito**

No tiene sentido que en el artículo 39.7 se continúe pensando que los efectivos hayan de hacerse mediante giro postal o telegráfico o transferencia y no se permita el uso ágil de la tarjeta de crédito. Incluso ya existen medios electrónicos ligados al teléfono móvil (teléfonos inteligentes) y otros dispositivos (pulseras electrónicas de pago) que facilitarían enormemente el pago a las Administraciones, dejando constancia e inclusive, con toda probabilidad, el efecto facilitador supondría pagar más pronto y más efectivamente a las Administraciones.

#### **K. Suspensión para resolver. 42. 5. A)**

Sólo podría suspenderse cuando los documentos sean de los exigidos expresamente en las normas reguladoras del procedimiento, no cuando se trate de documentos solicitados por la Administración. Y debería limitarse la suspensión a los casos de procedimientos iniciados a instancia del interesado.

#### **L. Art. 43.4. Eficacia real del silencio positivo**

No se puede continuar con dudas permanentes que crean inseguridad jurídica. La Administración está para resolver y no para aprovecharse de su propio silencio.

Habría que precisar que la Administración no puede iniciar ninguna actuación contraria a los intereses de una persona si ésta alega silencio positivo, por lo que se impone la necesidad de una resolución expresa sobre el particular.

#### **LL. Informaciones previas**

Cuando existan informaciones previas, el plazo a computar de las actuaciones tiene que incluir dichas informaciones transcurridas de forma que no se prolongue

#### **M. Caducidad**

Debería producir la prescripción de las acciones contra el interesado. No puede ser que con toda frescura la Administración declare caducado un procedimiento y sin pudor alguno, como en un «*eterno ritornello*» abra inmediatamente a continuación el mismo procedimiento sancionador o limitativo por los mismos hechos. Este premio a

la pereza y desidia administrativa es una vergüenza. Y siempre, como todo en esta Ley, al final en la práctica en contra del administrado.

Hay que suprimir la referencia, pues, al artículo 92 en esta Ley y desde luego suprimir el apartado 3 de dicho artículo 92.

## **N. Sábados, festivos e inhábiles**

Ya comentado, en el artículo 48.1 deben incluirse, y aclarar de una vez el concepto de día festivo con el mayor ánimo «pro cives»

## **O. Ampliación de plazo**

ART. 49: Exigir que sea un derecho y no mero ruego. Para ello, establecer que procederá la ampliación salvo causas imperativas justificadas en concreto. Hoy es un mero recordatorio que la Administración maneja a su antojo y vuelve a colocar al administrado en situación claudicante. Tiene pues que decir «deberá» en vez de «podrá».

En ningún caso debe por el contrario ampliarse el plazo para resolver en los casos de la obligación de resolver de la propia Administración prevista en el artículo 42.

## **P. Notificaciones**

Suprimir el inciso «realice actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y alcance de la resolución o acto objeto de notificación o resolución»

Esta redacción actual, supone en la práctica la introducción de la «teoría de la sospecha contra el administrado» y una arbitraria interpretación por la Administración de si el administrado se da por notificado o no.

## **Q. Medidas cautelares**

111. 4. Aclararlo bien y desde luego actuar de forma que se garantice los derechos que estén en cuestión en el procedimiento administrativo. La «Batalla por las medidas cautelares» a la que se refiriera el Maestro García de Enterría, debería anticiparse al ámbito procedimental.

## **R. Recursos: convertirlos todos en potestativos**

Los recursos solamente son útiles cuando previamente se sabe la respuesta de la Administración. En los demás casos, por comodidad, empecinamiento o soberbia, la Administración entiende que resolver un recurso, casi siempre, es dar su brazo a torcer. Y en consecuencia no lo da.

Por tanto lo mejor es que no exista la menor obligación de interponer el recurso, sino que sea meramente potestativo.

## **S. Plazo unificado para resolver**

En todo caso, en el artículo 115.2., el plazo para resolver debe ser de *un mes*. No se puede retrasar hasta tres meses una resolución que, casi siempre, es negativa.

## **T. 138. No ejecutividad si se interpone en plazo recursocontencioso-administrativo y se pide suspensión**

Serán los Tribunales los que concedan la suspensión y, por tanto, la garantía de la eficacia de la Administración está salvaguardada. Pero lo que no puede ser ni continuar siendo es que mientras se va a los Tribunales, la Administración continúe ejecutando y finalmente sea inútil el proceso judicial, porque la situación ya es irreversible. O se cree en el Estado de Derecho o se cree en el Estado de policía administrativa (en el sentido técnico de la expresión).

## **U. Resurrección de derechos. Hacia un lázaro administrativo**

No puede ser que por dejar pasar los plazos los particulares pierdan definitivamente sus derechos. Así, especialmente en los de índole patrimonial, la recuperación de cantidades adeudadas por la Administración, con enriquecimiento injusto de la misma, puede ser el resultado obligado consecuencia de un descuido, una ausencia, una mala interpretación del administrado.

Por ello, si han transcurrido los plazos, tendría que permitirse que el particular iniciara un nuevo procedimiento sin perjuicio de que en caso de que resultase un abuso por su parte, tras la segunda denegación fuera obligada la condena en costas.

## **V. Aplicación obligada y obligatoria de esta ley a todas las demás leyes especiales**

Es frecuente que las leyes especiales, por ejemplo la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, tengan un procedimiento que atienda a sus especialidades. Pero los órganos encargados de aplicarla CNC en este caso, luego, pretendan eximirse de la ley 30/1992 en todo aquello que exija otorgar garantías al administrado.

De ahí que debe quedar muy claro que las garantías del administrado se aplican por encima de las especialidades.

## **W.**

En general, la ley 30/1992, ha cumplido un papel correcto. Pero está a falta de una idea conductora, ya que unas veces concede derechos pero lo hace de cara a la galería y, en el fondo, continúa en la visión de la ley de 1958, basada en la pura eficacia y en el aprecio limitado por el ciudadano tan tradicional de nuestras Administraciones.



**X.**

Es necesario introducir estas modificaciones para equilibrar un poco el campo de juego, para facilitar la vida al ciudadano. El ciudadano no ve a la Administración como una organización a su servicio y que le ayuda. Más bien la ve como un instrumento de poder del que conviene alejarse. Aunque curiosamente, administrados oportunistas, sí han sabido aprovecharse de la Administración, gracias a veces a Leyes que más que derechos han procedido a otorgarles privilegios.

Recuperar derechos y eludir privilegios debe ser una reforma que tenga claro el equilibrio de la relación jurídica administrativa entre un poder que debe ser eficaz, y un administrado que tiene garantías y que en definitiva es quien sostiene con sus tributos a la Administración.

**Y.**

El principio de legalidad está hoy bastante disminuido. O no se hace mucho caso de la Ley por operadores poderosos o por el contrario el principio de eficacia arrumba con la legalidad. Toda reforma tiene que partir de que no hay mayor eficacia que cumplir la ley escrupulosamente, con igualdad, y desde luego atendiendo al fin para el cual cada ley se ha dictado, y dentro de la realidad social del tiempo en que se aplique

**Z.**

Este es un ABECEDARIO INCOMPLETO de reformas. Quizás escribir todo un diccionario de modificaciones sea más perfecto. Pero ahora, las urgencias de nuestro tiempo, nos llevan a atender a lo que el administrado español necesita. Aunque no sea completo el propósito, sino una mejora suficiente para nuestro tiempo, y desde luego, sin coste alguno para el erario público, como demandan las urgencias de nuestros días. El administrado bastante soporta con una Administración Local, Autonómica, Estatal y Comunitaria, las cuales actúan sobre él, a veces incluso de forma tan invisible que ni siquiera sabe el administrado por qué le suceden ciertas cosas.

Facilitar la vida al ciudadano, tiene que ser tarea de la Administración. Y muchas rutinas y actitudes perversas se han enquistado para impedirselo. Facilitar la vida al administrado debe ser también cosa de todos.

En la Constitución americana, desde su Declaración, la búsqueda de la felicidad (pursuit of Happiness) se estimó un derecho, más precisamente un Derecho, con mayúscula.

Las Administraciones no han aceptado, ni entendido siquiera todavía que esa facilitación de la vida, también prevista en el Preámbulo de nuestra Constitución cuando habla de «asegurar a todos una digna calidad de vida» y «consolidar un Estado de Derecho».

Hay que ponerse a la tarea. Y creo que los profesores, profesionales de la Abogacía, pero sobre todo, los propios funcionarios, precisamente aquí, tienen mucho que decir, mucho que proponer y mucho que ofrecer.

Si algún día cambiara la mentalidad, y el burócrata, sobre todo los altos cargos, estuvieran dispuestos a reconocer con equidad los derechos ciudadanos, inclusive atender a los intereses cuando éstos fueran realmente apropiados para solventar lo que años más tarde, muchos años más tarde, acaban resolviendo los Tribunales, se habría dado un paso de gigante en la consideración del administrado como ciudadano.

Pero quizás eso sea soñar, soñar con una consideración más apropiada a lo que en muchos países, quizás de ética más protestante, o que aislados del continente por una bruma perpetua consideren que éste está aislado.

Quizás sea soñar. Como soñó Demetrio Loperena, y quizás siga haciéndolo allá donde está.

Trabajo recibido el 10 de julio de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Prozedura Legearen hainbat alderdi aldatzeko momentua da, hain zuzen ere, Administrazioako pribilejio bihurtu diren administratuaientzako bermeak, ageriko eta ezkutuko prerrogatibak. Ekintza publikoari ospea kentzen diote eta herritarrengan etsipena eta errefusa sortzen dute. Inertziaren ondorioz, administrazioaren prozeduraren hainbat hainbat alderdirekin ohitu gara, horienganako ia errefusik sentitu gabe, batzuk oinarritzkoak, esaterako larunbatak egun baliogabe izendatzea edota herritarren sarbide elektronikokoan administrazio-errekurtsoak ere sartzea, besteak beste. Administrazio modernoek ezin dute pribilejio zaharkitzeaz gozatu, eta jarduna zuzentasunarekin bateratzeko gai izan behar dute, ez indarrarekin edo utzikeriarekin. Horregatik administrazioaren oreka berrezartzeko ekintzen sorta proposatu da —amaitu gabea—. Hala, administrazio-prozedura formula huts bihurtuko da, non ekintza bakoitza aurrekoaren ondorio eta hurrengoaren kausa den, baina pribilejiotan oinarritutako lotura faltsurik gabe. Erreforma hori kosturik gabe egin daiteke, hau da, erreforma horrek ez luke kosturik ekarriko eta ez litzuke aurrekontu publikoak ukituko. Beraz, krisi-garairako erreforma da. Gardentasunean oinarrituta dago, baita pribilejioak kentzean eta administratuak berriz herritar izatera eramango dituen oreka berreskuratzean ere.

**HITZ GAKOAK:** Herritarra. Administratua. Prozedura. Baliabideak. Epeak. Egutegiak. Informatika. Gardentasuna. Eskumena. Neutraltasuna. Objektibotasuna. Inpartzialtasuna

**RESUMEN:** Hora es de modificar aspectos de la Ley de Procedimiento que de garantías al administrado se han convertido en privilegios de la Administración, prerrogativas tanto manifiestas como ocultas, que invariablemente se traducen en desprestigio de la acción pública al imponer al ciudadano resignación y rechazo en definitiva. Desde elementales aspectos como declarar inhábiles los sábados, hasta permitir que el acceso electrónico de los ciudadanos incluyan también los recursos administrativos, aparecen, entre muchos otros, como aspectos habituales del iter procedimental al que nos hemos venido acostumbrando sin apenas rechazo por ese mismo motivo de la fuerza de la inercia. Una Administración moderna es la que no tiene que abusar de privilegios obsoletos, y que es capaz de aunar la ejecutividad de sus actos con la razón y no con la pura fuerza o desidia. De ahí que se proponga un catálogo —necesariamente inacabado— de acciones que permitan reequilibrar el campo de juego y convertir el procedimiento administrativo en una genuina fórmula de lograr que cada acto sea causa del siguiente y consecuencia del anterior pero sin introducir falsos engarces basados en privilegios. Y esta reforma puede hacerse a coste cero, esto es, no costaría nada realizar esta reforma y los Presupuestos Públicos quedarían intactos; lo cual significa que es, resueltamente, una reforma para tiempos de crisis, basada en la transparencia, abatimiento de privilegios y logro de un reequilibrio que recupere para el administrado su condición de ciudadano.

**PALABRAS CLAVE:** Ciudadano. Administrado. Procedimiento. Recursos. Plazos. Calendarios. Informática. Transparencia. Competencia. Neutralidad. Objetividad. Imparcialidad.

**ABSTRACT:** It is time to modify facets of the Act of Procedure to provide the person affected or agrieved by the Administration with guarantees which have become privileges for the Administration, evident or hidden prerogatives that invariably turn into the discredit of public action by eventually imposing the citizen resignation and refusal. From basic facets as pronouncing Saturdays as non working days to allowing that electronic access to citizens includes administrative appeals are among others common aspects of the procedural iter we have got used to with almost not refusal due to pure idleness. A modern

administration does not need to abuse obsolete privileges and it is able to combine the executivity of its acts with reason and not with the force of habit. That is why we propose a catalogue —necessarily incomplete— of actions that allow to rebalance the field of play and that let the administrative procedure to become a genuine manner to attain that every act is cause for the next one and consequence of the former but without introducing false links based on privileges. And this reform can be carried out at zero cost, that is, it would not cost to make such reform and Public budgets would remain intact; which means that it is resolutely a reform for these crisis times, based on transparency, reduction of privileges and the attainment of a rebalancing that recovers the citizen condition for the person affected or agrieved by the Administration.

**KEYWORDS:** Citizen. Person affected or agrieved by the Administration. Procedure. Appeals. Deadlines. Calendars. Information Technology. Competition. Neutrality. Impartiality

# **La restauración y reparación del dominio público marítimo terrestre en el marco de la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley de costas**

Blanca Soro Mateo

**Sumario:** I. La amenaza constante de la integridad del DPMT y el alcance temporal de la obligación de restauración de los daños ambientales derivado de las distintas normas vigentes.—II. La acción de reparación y la obligación de restitución del DPMT en la Ley de costas: la regresiva modificación operada por la Ley 2/2013.—III. La imprescriptibilidad de la obligación de restitución de los bienes de dominio público natural y de los bienes ambientales. La aplicabilidad de la LRMA a la restitución del DPMT.—IV. Conclusiones.—V. Bibliografía.

## **I. La amenaza constante de la integridad del DPMT y el alcance temporal de la obligación de restauración de los daños ambientales derivado de las distintas normas vigentes**

Como es sabido, España cuenta con 7.880 kilómetros de costa que durante siglos ha sufrido los efectos de diversos usos, turístico, agrícola, industrial, pesquero, portuario y, sobre todo y más recientemente, urbanístico. Hasta el dictado de la Ley 22/1988, de Costas, el desarrollo de estos usos ha tenido lugar de manera inconexa y con un lamentable abandono de la conservación ambiental de esta parcela del DPMT, lo cual ha traído como resultado la actual desnaturalización de una parte importante de nuestro litoral. Con esta norma estatal se pretendió poner freno a la privatización de la costa, a su degradación física y a la dejación pública frente a la depredación urbanística, con el objetivo de defender su equilibrio y su progreso físico, la protección y conservación de sus valores y virtualidades naturales y culturales, el aprovechamiento racional de sus recursos, la garantía de su uso y disfrute abierto a todos, con excepciones plenamente justificadas por el interés colectivo y estrictamente limitadas en el tiempo y en el espacio. Esta Ley, además, vino a cumplir el mandato expreso en nuestra Constitución, que en su artículo 132.2 declaró que son bienes de dominio público estatal los que determine la Ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. Y constituye un desarrollo del art. 45 de la CE, que reconoce el derecho a disfrutar de un medio am-

biente adecuado para el desarrollo de la personalidad y simultáneamente el deber de todos de conservarlo(1).

Durante los últimos veinticinco años la Ley 22/1988 de Costas ha sufrido más de doce modificaciones, de mayor o menor calado, todas ellas con el fin de avanzar en la protección del litoral, pero sin duda la operada mediante la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley de Costas representa su modificación más sustancial desde su aprobación en 1988(2). De acuerdo con el preámbulo de la Ley 2/2013, el objetivo principal de la reforma consiste en proporcionar la necesaria seguridad jurídica para que «... las relaciones jurídicas en el litoral puedan tener continuidad a largo plazo» y garantizar el mantenimiento de la integridad del dominio público marítimo-terrestre «... a través de reglas claras que puedan ser aplicadas»(3). De este modo, y en el ejercicio de competencias normativas estatales en materia ambiental ex art. 149. 1. 23.ª CE(4), se pretende reforzar la posición de garante del Estado central en la protección y defensa del DPMT, en consonancia con lo estipulado en el art. 132. 2 CE(5). Ahora bien, una lectura detenida del Texto reformador definitivamente aprobado desmiente rotundamente la autenticidad de la supuesta modificación en sentido garantista y protector del DPMT. Por el contrario, la doctrina más acreditada ha denunciado con rigor el retroceso en el estándar de protección que suponen, entre otras, la modificación de la extensión del demanio o la prórroga de las concesiones, la ampliación del plazo de los títulos habilitantes

(1) Según el artículo 45 CE:

«1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.»

(2) Como señala MENÉNDEZ REXACH «en los veinticinco años transcurridos desde su promulgación, la LC ha tenido una gran estabilidad, lo que es bastante sorprendente en esta época de cambios legislativos continuos... En contraste con la proliferación legislativa en casi todos los ámbitos de la denominada legislación sectorial (y también la legislación administrativa general, renovada casi por completo en ese período), la LC se ha modificado en pocas ocasiones y con un alcance muy limitado» (MENÉNDEZ REXACH, A., «La nueva regulación de las Costas: un giro hacia el dominio privado marítimo-terrestre», *Ponencia presentada en el IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santiago de Compostela, 2014, p. 9).

(3) La seguridad jurídica como pretendido fundamento de la reforma parcial de la legislación de costas en CHINCHILLA PEINADO, J. A., «La incidencia de la Ley 2/2013 de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley 22/1988 de Costas sobre la figura del deslinde», *Curso sobre la reforma de la Ley de costas (Revista de Derecho Urbanístico)*, Madrid, 18 de junio de 2013.

(4) El artículo 149. 1. 23.ª CE atribuye en exclusiva al Estado la competencia para establecer las bases sobre protección del medio ambiente. Por su parte, las Comunidades Autónomas pueden desarrollar estas bases y establecer normas adicionales de protección.

(5) Un completo estudio de las competencias autonómicas sobre ordenación del litoral y la compleja evolución de su marco jurídico a partir de la titularidad estatal del dominio público marítimo-terrestre en AGUIRRE I FONT, J. M., *El Règim Jurídic del Litoral Català*, Tesis Doctoral, Universitat de Girona, 2013. Una referencia actualizada a las iniciativas y estrategias autonómicas sobre ordenación y gestión del litoral en aplicación de sus competencias estatutarias y de las facultades que se desprenden de la aplicación de la LC en PÉREZ GÁLVEZ, J. F., «Litoral y Costas en el Derecho español», en PÉREZ GÁLVEZ, J. F. (dir.), *Costas y Urbanismo. El litoral tras la Ley 2/2013, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley de Costas*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Las Rozas, 2013, pp. 111-130.

en general o la reducción de la servidumbre de protección, por señalar algunas de las más discutidas innovaciones (6).

Una muestra más de este señalado carácter regresivo de la reforma de la LC está representada por la sustancial modificación del régimen jurídico que dispensaban los arts. 92 y 95 LC a la reparación y consiguiente obligación de restitución de los daños producidos al DPMT, preceptos que garantizaban en todo caso la reparación, independientemente del tiempo transcurrido desde el deterioro, y que han constituido el ejemplo a seguir por parte de la más reciente normativa sobre responsabilidad ambiental, en el sentido de la ampliación de los plazos de prescripción o incluso de la instauración de la imprescriptibilidad de la obligación de reparar. Esta regulación, además, ha servido para reconocer la independencia de la acción de reparación y de la obligación de restitución respecto de las infracciones que, en su caso, hubieran constituido las acciones deteriorantes, como tendremos ocasión de señalar *infra*.

A todas luces es evidente y, por tanto, no resulta necesario abundar en ello, que cuando se trata de daños ambientales los plazos que suelen establecer los sistemas de responsabilidad clásicos han venido resultando manifiestamente insuficientes. En estos casos, además, el fundamento o justificación de su establecimiento, basado siempre en el importante principio de seguridad jurídica, desaparece en relación con este tipo de daños a elementos integrantes del medio ambiente, sobre todo cuando del hecho o del acto deteriorante no se derivan derechos a terceros. Ello ha aconsejado, además de reformas legales, interpretaciones jurisprudenciales en este sentido. Así, por un lado, los Tribunales, conscientes de la problemática derivada de la inadecuación del plazo de prescripción de un año de la acción de responsabilidad patrimonial ex arts. 139 y ss. de la LRJ y PAC, han entendido que cuando los daños se producen día a día, de manera acumulativa, esto es, en el caso de los denominados daños continuados, el plazo de prescripción de la acción no comienza a computarse hasta que no cesan todos los efectos lesivos; ello frente a lo que ocurre en los supuestos de daños permanentes, para los que el plazo de prescripción comienza a computarse en el momento en que se produce la actuación o el hecho dañoso. Por otra parte, cierta normativa ambiental sectorial se ha preocupado, en cambio, de adecuar el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad al propio carácter y naturaleza del daño ambiental, positivando sistemas de prescripción de las acciones de reparación y restitución distintos de los diseñados por el CC (art. 1902) y por la LRJAP y PAC (arts. 139 y ss.), cuyo ejemplo paradigmático fue precisamente el régimen instaurado en su día por los arts. 92 y 95 de la Ley 22/1988, de Costas.

Como hemos sostenido en otro lugar, la imprescriptibilidad de la acción de restitución de los bienes ambientales dañados encuentra su fundamento, no en el carácter demanial del bien en cuestión, sino precisamente en su carácter ambiental, independientemente de que integre patrimonios privados o forme parte del demanio público.

---

(6) *Vid.* en este sentido MENÉNDEZ REXACH cuando afirma de forma rotunda que la preocupación principal del legislador «no es la protección del dominio público, sino la tutela de determinados grupos de intereses privados...» (*op. cit.*, p. 10). Igualmente, sostienen GARCÍA PÉREZ y SANZ LARRUGA que «el leitmotiv de la Ley no es la sostenibilidad ambiental del litoral, sino una decidida puesta en valor económico de la costa, que puede llegar a romper el proclamado equilibrio entre la actividad económica y la protección ambiental» (GARCÍA PÉREZ, M./SANZ LARRUGA, F. J., «Reflexiones en torno a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas», *Ponencia presentada en el IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santiago de Compostela, 2014, p. 50). Una referencia a las valoraciones negativas que de modo absolutamente mayoritario ha expresado la doctrina en *Ibidem*, nota 83.

Por ello considerábamos conveniente el reconocimiento de la imprescriptibilidad de las acciones de resarcimiento de daños al medio ambiente, resultando indiferente el carácter público o privado de la propiedad que recae sobre el mismo(7). De este modo opera la esperada Ley 26/2007, de 23 de octubre, de Responsabilidad Medioambiental, que entre otras cosas venía a paliar, de la mano de la *Directiva 2004/35/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, sobre Responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales*, la inadecuación del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad por daños al medio ambiente heredada de los clásicos sistemas de responsabilidad, que se refirió a esta dimensión temporal del daño ambiental en su art. 4. En efecto, *la Ley no será de aplicación*, dispone el precepto, *si han transcurrido más de 30 años desde que tuvo lugar el hecho dañoso*. El *die a quo* se sitúa, como se desprende del precepto, en el día que haya terminado por completo o se haya producido por última vez la emisión, el suceso o incidente. Por otra parte, sobre la entrada en vigor y ámbito de aplicación de la Ley, su DT única señaló que *no se aplicará a los daños causados por una emisión, suceso o incidente producido antes del 30 de abril de 2007 o después cuando se deriven de una actividad específica realizada y concluida antes de dicha fecha*. No tiene en cuenta la norma el momento en que se conocen los daños o debieran haberse conocido, (así, por ejemplo, se establece en la LRJAP y PAC en relación con la acción de responsabilidad patrimonial) sino el momento de la producción del hecho dañoso, lo cual complica su aplicación en casos de contaminación difusa en los que desde la emisión o el vertido hasta la manifestación del daño puede transcurrir bastante tiempo. Puede afirmarse, pues, que el establecimiento del plazo de 30 años que efectúa la LRMA parece razonable para estos supuestos y puede resultar aplicable a los daños a la ribera del mar, como se verá *infra* al referirnos a la compatibilidad de sistemas de reparación del litoral vigentes.

En este sentido extensivo y ampliatorio del plazo de prescripción de la obligación de restaurar los elementos del medio ambiente dañados, el sistema más radical del que queremos dar cuenta en este lugar es, sin duda, el que en la actualidad regula la contaminación de suelos. Las razones que justifican la imprescriptibilidad de la obligación de reparación se refuerza hasta el punto de desconsiderar hasta el extremo los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y buena fe, en la medida en que junto al medio ambiente sobreviene como bien jurídico protegido la salud humana. Fue la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, la primera norma ambiental que estableció la obligación imprescriptible de descontaminar los suelos declarados contaminados(8). El problema en estos casos se encuentra en determinar si la obligación de restauración surge con independencia de la fecha en que se originó la contaminación, con lo que estaríamos reco-

---

(7) SORO MATEO, B. *La responsabilidad ambiental de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Medio ambiente, 2005, p. 87. Por ello, en relación con el sistema de responsabilidad patrimonial de las AAPP, decíamos, existen razones suficientes para sostener, de lege ferenda, la reforma de la LRJAP y PAC (Título X) o bien el establecimiento de un sistema especial de Responsabilidad de las Administraciones Públicas por daños al medio ambiente.

(8) Por Real Decreto 9/2005, de 14 de enero, se estableció la relación de actividades potencialmente contaminantes del suelo y los criterios y estándares para la declaración de suelos contaminados. Los suelos contaminados se definían como «todo aquel cuyas características físicas, químicas o biológicas hayan sido alteradas negativamente por la presencia de componentes de carácter peligroso de origen humano, en concentración tal que comporte un riesgo para la salud humana o el medio ambiente, de acuerdo con los criterios y estándares que se determinen por el Gobierno».



nociendo la imprescriptibilidad de la misma, o si por el contrario no es legítimo exigirla transcurrido algún concreto plazo o cuando expresamente se ha habilitado a ella, esto es, cuando es objeto de una concreta autorización o concesión. En la actualidad, el Título V de la Ley 22/2011, de 28 de julio, de Residuos y Suelos Contaminados viene a sistematizar y completar el contenido básico que sobre la materia se encontraba antes en la Ley 10/1998, de Residuos, parcialmente desarrollado por el RD 9/2005, de 14 de enero(9). A la declaración de suelos contaminados dedica la nueva norma su art. 34, según el cual, en similares términos que la derogada Ley 10/1998, «la obligación de limpieza de suelos recae en primer lugar sobre los causantes de su contaminación, sin supeditarse a plazo de prescripción alguno». Por otra parte, la responsabilidad subsidiaria se atribuye a los propietarios y a los poseedores del suelo contaminado, en ese orden (que podrán, lógicamente, repetir contra los causantes, salvo que haya habido pacto en contra). En estos casos el ordenamiento vincula la mera relación de dominio o uso con la obligación de limpieza, con independencia del momento en que se produjera la contaminación. Como se desprende de este esquema, el legislador estatal en este caso no ha tenido reparos para extender ilimitadamente la obligación de restitución, a pesar de resultar una cuestión controvertida sobre la que no podemos detenernos en este lugar. Se trata, pues, de una obligación imprescriptible de descontaminar suelos contaminados históricamente, independientemente de que dicha contaminación se encontrara amparada por una habilitación conforme con el derecho aplicable en el momento de la generación del daño o por una clásica licencia o autorización de tracto único que, como antaño, no implicara la obligación de adaptación a la normativa sobrevenida(10).

Hechas las anteriores precisiones, y efectuado un rapidísimo repaso sobre la regulación actual del alcance temporal de la obligación de restauración de los daños ambientales derivado de algunas importantes normas vigentes, a continuación se analiza la mencionada metamorfosis de la obligación de restauración que contemplaba el texto inicial de la Ley 22/1988, de Costas, que adelantamos, supone un evidente retroceso que en ningún caso puede encontrar fundamento en la pretendida sostenibilidad de la costa y, en general, del litoral español. Por el contrario, podemos avanzar desde este momento que a nuestro modo de ver se trata más bien de una contravención del principio de no regresión ambiental(11).

---

(9) Una cuestión importante, consiste en la obligación que impone el art. 33 de la nueva norma: «Los propietarios de las fincas en las que se haya realizado alguna de las actividades potencialmente contaminantes estarán obligados, con motivo de su transmisión, a declararlo en escritura pública. Este hecho será objeto de nota marginal en el Registro de la Propiedad». Este precepto tiene una finalidad clara: otorgar seguridad jurídica al tráfico jurídico. La obligación de hacer constar la previa existencia de actividades contaminantes únicamente sirve a la mayor publicidad y seguridad jurídica de las transacciones sobre dicho suelo. No se obliga a nadie a limpiar el suelo; pero al aportar transparencia a la información, permite que los precios del suelo se ajusten a la situación real de éste, tras (en su caso) el correspondiente estudio.

(10) Precisamente, es por este motivo por lo que la Directiva de responsabilidad ambiental no pudo retrotraer su aplicación a los daños causados por una emisión, suceso o incidente producido antes del 30 de abril de 2007 o después cuando se deriven de una actividad específica realizada y concluida antes de dicha fecha (disp. trans).

(11) Sobre la recepción de este principio en el derecho ambiental español *vid.* LÓPEZ RAMÓN, F., «Introducción general: regresiones del derecho ambiental», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2011*, Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2011, pp. 1 y ss. Del mismo autor, y en relación proceso de incorporación del principio al régimen de desclasificación de los espacios naturales protegidos en el ordenamiento jurídico español, *vid.* «El principio de no regresión en la desclasificación de espacios naturales protegidos en el Derecho español», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 20, 2011, pp. 13-27.

## II. La acción de reparación y la obligación de restitución del DPMT en la Ley de costas: la regresiva modificación operada por la Ley 2/2013

Uno de los mayores aciertos de la Ley 22/1988, de Costas, a la luz de las limitaciones en sede prescriptiva que para la reparación de los daños ambientales se derivaba de la aplicación de los clásicos sistemas de responsabilidad ambiental derivados de los arts. 1902 CC y 139 y ss. LRJPAC fue, sin lugar a dudas, la configuración de la acción de restitución que efectuó el art. 92 LC, el cual, después de regular el plazo de prescripción de las infracciones, estableció que «... No obstante, se exigirá la restitución de las cosas y su reposición a su estado anterior, cualquiera que sea el tiempo transcurrido» (12). Ello suponía reconocer la imprescriptibilidad de la acción de restitución y reposición del DPMT e implicaba, habida cuenta del reconocimiento de la acción pública para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo establecido en esta Ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación (art. 109 LC), la posibilidad de accionar en defensa del DPMT, independientemente de la eventual prescripción de las infracciones de las que, en su caso, derivaran los daños o de la también eventual caducidad del procedimiento sancionador por los hechos causantes del deterioro. En verdad no se trataba de una innovación de la LC, pues ya la Ley 7/1980, de 10 de marzo, de Protección de las marítimas españolas, que tuvo por objeto la protección del dominio público marítimo definido en el art. 1. de la Ley 28/1969, de 26 de abril, de Costas, reconocía como medida complementaria a la sanción la restitución y reposición de aquél en los plazos, forma y condiciones que fijara la Administración, so pena de ejecución forzosa con arreglo a la entonces Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (LPA) (13).

La doctrina de la sala Tercera del Tribunal Supremo en interpretación del art. 92 LC confirmaba la independencia de esta acción de restitución respecto de la sanción, al señalar que:

«cualquiera que sea el juicio definitivo sobre la existencia o inexistencia de prescripción de la infracción administrativa, y cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la comisión de ésta, la Administración ha de imponer preceptivamente («exigir») la restitución de las cosas y la reposición del terreno a su situación anterior. Exigencia que, como tantas veces hemos afirmado, es coherente con el carácter del dominio público

(12) Todavía hoy, el art. 176. 1 del RD 1471/1981, de 1 de diciembre, Reglamento General para desarrollo y ejecución de la Ley 22/1988, de 28 julio, de Costas (RLC) dispone que «El plazo de prescripción de las infracciones será de cuatro años para las graves y un año para las leves a partir de su total consumación. No obstante, se exigirá la restitución de las cosas y su reposición a su estado anterior, cualquiera que sea el tiempo transcurrido».

(13) En efecto, según el art. 5 de la Ley 7/1980 «Cuando proceda, y sin perjuicio de las sanciones impuestas con arreglo a lo establecido en el artículo anterior, se aplicarán a los infractores las medidas complementarias siguientes: 1.ª Obligación de restituir y reponer, a su cargo, las cosas a su primitivo estado, debiendo los infractores iniciar en el término de un año cuantos trabajos y obras sean precisos para tal fin y ejecutarlos conforme a los plazos, la forma y las condiciones que fijen los órganos competentes de la Administración, los cuales podrán acordar que se proceda, en caso de incumplimiento, a la ejecución forzosa, con arreglo a lo prevenido por la vigente Ley de Procedimiento Administrativo en sus artículos 102 y 104 a 108, pudiendo alcanzar las multas coercitivas la cuantía de hasta doscientas mil pesetas, que se reiterarán en plazos no inferiores a una semana, en tanto el interesado no haya cumplido las obligaciones que, conforme al presente artículo, hayan sido acordadas en virtud de resolución administrativa».

marítimo terrestre y con los principios que inspiran su existencia misma en cuanto tal categoría jurídica, principios que hoy gozan del respaldo expreso del antes transcrito art. 132 CE» (STS, de 7 octubre 2002, FJ 3.º. Ponente: Campos Sánchez-Bordona) (14).

Ha sido frecuente oponer a este entendimiento de la imprescriptibilidad de la acción de restitución el principio de confianza legítima, frente a lo que el TS ha considerado conforme a derecho la órdenes de restitución del DPMT, en aplicación del art 92 *in fine* LC, precisamente en razón del propio carácter demanial de los bienes en cuestión (15).

En segundo término, y por lo que se refiere a la obligación de restitución y reposición, el art. 95.1 LC establecía que «Sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior, con la indemnización de daños irreparables y perjuicios causados, en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente». La obligación de restitución, como veíamos ocurría en relación con la acción de reparación contemplada en el art. 92, no se sometía tampoco a plazo de prescripción alguno.

Si bien el Proyecto de Ley de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas inicialmente remitido al Congreso de los Diputados no contemplaba modificación alguna respecto de estos dos preceptos de la LC considerados (16), mediante la inclusión de una enmienda en el Senado (núm. 177 del Grupo Parlamentario Popular en el Senado) y sin justificación al respecto (17) se modifican sendos artículos que quedan redactados como señalamos a continuación.

En efecto, según la nueva redacción del art. 92.1: «1. El plazo de prescripción de las infracciones será de dos años para las graves y de 6 meses para las leves, contados a partir de su total consumación. Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de

---

(14) *Vid.* SsTS, de 19 de enero de 2000, de 21 de febrero de 2000 (dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina), de 29 de noviembre de 2001, de 2 de febrero de 2001 (FJ 3.º), de 22 de noviembre de 2004, de 16 de noviembre de 2005 y de 15 de octubre de 2009. Cfr. VALENCIA MARTÍN, G., «La responsabilidad medioambiental», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 25, 2010, pp. 56-58 y SANZ RUBIALES, I., «La exigencia administrativa de responsabilidad por daños ambientales», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 23, 2012, pp. 162-164.

(15) STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de 7 de octubre de 2002. En el mismo sentido, la Sentencia 83/2009, de 19 de enero, del TSJ de las Islas Canarias, sin perjuicio de declarar prescrita una infracción de la LC, declara la legalidad de la orden de restitución del DPMT en virtud de la independencia de la obligación de restitución respecto de las infracciones y de su naturaleza imprescriptible. *Vid.* la referencia jurisprudencial en RISQUETE FERNÁNDEZ, J. L., «Infracciones y sanciones», en DE FUENTES BARDAJÍ, J. (dir), *Manual de Dominio Público Marítimo-Terrestre y Puertos del Estado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001, p. 359.

(16) DO Cong. Diputados, Serie A, núm. 29, núm. exp. 121/000029.

(17) Se señala expresamente que «La enmienda propuesta pretende la modificación del régimen sancionador previsto en la LC vigente. Los objetivos fundamentales de esta regulación son dos: Por un lado, reforzar el cumplimiento de los principios constitucionales de legalidad y de tipicidad de la potestad sancionadora que exigen una regulación mediante ley formal de los elementos definitorios de las infracciones y sus sanciones. Por otro, la mejora de la técnica legislativa utilizada en la LC de 1988, así como su adaptación a las leyes aprobadas con posterioridad, en especial a la LRJAP y PAC y al Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora, con el fin de clarificar las conductas constitutivas de infracción administrativa y de las sanciones correspondientes, incluyendo las modificaciones realizadas en la Ley por el presente proyecto de ley». La falta de referencia expresa a las modificaciones que analizamos en la pretendida justificación de la enmienda, como se argumenta *infra*, resulta cuestionable a la luz de la doctrina mantenida por el TC sobre los límites del derecho de enmienda en el procedimiento legislativo.

prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de dos meses por causa no imputable al presunto responsable».

Como se desprende del texto inmediatamente transcrito, desaparece la referencia expresa a la imprescriptibilidad de la acción de reparación que contenía el texto inicial del art. 92.1 de la LC(18), que aunque lamentablemente no había sido lo suficientemente ejercitada por la Administración como hubiera sido deseable, garantizaba a un alto nivel la salvaguarda de la integridad del DPMT desde el punto de vista ambiental(19).

En consonancia con la modificación operada por el art. 92.1 LC, se reforma también el art. 95 LC, estableciéndose ahora la prescripción de la obligación de restitución en un plazo de quince años (art. 95.1 *in fine* LC). En efecto, el art. 95.1 LC, en su redacción dada por la Ley 2/2013 establece que: «1. Sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior, con la indemnización de daños irreparables y perjuicios causados, en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente. Esta obligación prescribirá a los quince años desde que la Administración acuerde su imposición, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10.2 de esta Ley». Recordemos que en su redacción anterior, el art. 95.1 LC establecía que: «1. Sin perjuicio de la sanción penal o administrativa que se imponga, el infractor estará obligado a la restitución de las cosas y reposición a su estado anterior, con la indemnización de daños irreparables y perjuicios causados, en el plazo que en cada caso se fije en la resolución correspondiente» (20).

Pues bien, por lo que hace a la primera de las modificaciones apuntadas, y que afecta al art. 92 de la LC, no se entiende el motivo de la supresión de la referencia expresa a la imprescriptibilidad de la acción de restitución en manos de la Administración, que como ya dijimos permitía a ésta exigir la restitución del DPMT independientemente de las vicisitudes del procedimiento sancionador y en cualquier momento, lo cual implicaba además que en el obligado a restituir podría no concurrir la condición de infractor(21).

En segundo término, al introducirse un plazo de prescripción de la obligación del infractor, se desplaza de un plumazo la doctrina jurisprudencial relativa a la aplicación del antiguo art. 92 LC —e incluso del régimen anterior a la propia LC—, que permitía a

---

(18) La anterior redacción del precepto establecía que: «El plazo de prescripción de las infracciones será de cuatro años para las graves y un año para las leves, a partir de su total consumación. No obstante, se exigirá la restitución de las cosas y su reposición a su estado anterior, cualquiera que sea el tiempo transcurrido».

(19) Nos referimos, señaladamente, a controvertidos casos como el conocido desastre ambiental de la Bahía de Portmán, que a día de hoy sigue planteando incógnitas sobre la efectividad del derecho ambiental y su aplicación. La imprescriptibilidad de esta acción antes de la reforma era la única esperanza para exigir la reparación a los causantes del daño. *Vid.* SORO MATEO, B./ÁLVAREZ CARREÑO, S. M./PEÑAS CASTEJÓN, J. M., «El laberinto jurídico-administrativo de la destrucción ambiental de Portmán», en BAÑOS-GONZÁLEZ, I./BAÑOS PÁEZ, P. (eds.), *Portmán: de «El Portus Magnus» del Mediterráneo Occidental a «La Bahía aterrada»*, Editum, Murcia, 2013, pp. 431-474.

(20) Nótese que lo que prescribe es la obligación del infractor de restituir y reponer. El cómputo de la misma comienza a contarse a partir del acuerdo de la Administración imponiendo dicha obligación.

(21) A pesar de la literalidad de los preceptos de la normativa sectorial que, al regular la obligación de reparación, aluden a la figura del infractor —como se verá *infra* en ese mismo estudio— la doctrina jurisprudencial (entre otras, las SSTS, de 16 de noviembre de 2005 y de 15 de octubre de 2009) sostiene que no es precisa la imposición de una sanción para reconocer la condición de infractor a efectos de la exigencia de la obligación de restitución (Cfr. SANZ RUBIALES, I., «La exigencia administrativa de responsabilidad por daños ambientales», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm 23, 2012, p. 169).

la Administración exigir la reparación del DPMT dañado independientemente de la prescripción de la infracción y de la propia existencia de la misma. De este modo, el nuevo texto del art. 95 LC parece querer vincular indisolublemente la obligación de restitución a la figura del «infractor», lo cual implica que la acción de restitución necesariamente pasa a prescribir en los mismos plazos que las infracciones a las que siempre debería ahora ir aparejada. Puede afirmarse, en consecuencia, que ahora ya no existe obligación de reparación sin infractor. Ello explica entonces que en el art. 92.1 *in fine* desaparezca la declaración de imprescriptibilidad de la acción de restitución, que resultaría incompatible con la nueva redacción del art. 95. 1 LC (22).

Y una última observación. Como consecuencia de la reforma operada a los arts. 92 y 95 de la LC, se ha interferido regresivamente en el alcance de la acción pública en este ámbito, imprescriptible por su propia naturaleza tal y como sigue reconociendo el art. 109 LC (23), al limitar el propio alcance de la acción y de la obligación de restitución.

### **III. La imprescriptibilidad de la obligación de restitución de los bienes de dominio público natural y de los bienes ambientales. La aplicabilidad de la Irma a la restitución del DPMT**

A pesar de las modificaciones que la Ley 2/1013 ha llevado a cabo de aquello que sea el DPMT, no cabe duda que el DPMT forma parte del dominio público natural y del concepto jurídico de medio ambiente acogido por nuestro ordenamiento jurídico (24). En este lugar procede que nos detengamos entonces en las consecuencias que esta

---

(22) En el mismo sentido, el art. 100.1 de la LC establece que «Cuando la restitución y reposición a que se refiere el artículo 95.1 no fueran posibles y, en todo caso, cuando subsistan daños irreparables y perjuicios, los responsables de la infracción deberán abonar las indemnizaciones que procedan, fijadas ejecutoriamente por la Administración».

(23) En virtud del art. 109.1 de la LC «Será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales la observancia de lo establecido en esta ley y en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y aplicación».

(24) MARTÍN MATEO define el medio ambiente como «integración de aquéllos elementos naturales de titularidad común y características dinámicas: en definitiva, el agua y el aire, vehículos básicos de transmisión, soporte y factores esenciales para la vida del hombre en la tierra». El autor prefiere excluir el suelo, por entender que se reconduce a la ordenación global del territorio y a la lucha contra la erosión (MARTÍN MATEO, R., *Derecho Ambiental*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977, p. 79). En el mismo sentido ARROLLO GÓMEZ, «La problemática del medio ambiente», *DA*, núm. 140, 1971, p. 46. Parte de la doctrina, no obstante, considera que el suelo también es una parte integrante del medio ambiente. Así, CÁRCABA FERNÁNDEZ, M., «El Código Civil, *cit.* pp. 108-109. Sobre el concepto amplio de medio ambiente, desde el punto de vista doctrinal, cfr. JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, 1995, pp. 56 y ss. La jurisprudencia se ha ocupado de definir aquello que sea el medio ambiente adoptándose mayoritariamente un concepto amplísimo del mismo que abarca los recursos naturales, el paisaje e incluso los bienes de interés cultural. Ya una Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de noviembre de 1974 efectuó la siguiente consideración: «[...] hoy la belleza del paisaje no parece previsible que pueda ser defendida por un interdicto privado de obra nueva, pero en el momento actual la pureza del ambiente, el silencio, el transitar sin agobiantes aglomeraciones (que hace años podía representar simple paz espiritual para el amante del campo y de la naturaleza) son bienes patrimoniales que a economía moderna tiene en cuenta y valora en dinero [...]».

La STC 102/1995, de 26 de junio, define «medio ambiente» como entorno vital del hombre en un régimen de armonía que aúna lo útil y lo grato ... es un concepto esencialmente antropocéntrico y relativo (f.j. 4.º) y como complejo entramado de las relaciones entre sí de los elementos que lo componen (f.j.6.º). Esta sentencia ilustrativamente se refiere también al medio ambiente como sazónador de todas las demás políticas.

doble consideración implica, para dar cuenta del distinto alcance que confiere la normativa sectorial y ambiental a la prescripción de la acción y a la obligación de restitución de los bienes de dominio público natural y de los bienes ambientales en general, independientemente de que integren o no patrimonios privados. Ello nos permitirá profundizar y valorar con mayores elementos de juicio la eventual justificación de la reforma de los arts. 92 y 95 de la LC, así como su verdadero alcance.

Ya hemos avanzado que nuestro ordenamiento jurídico integra normas que reconocen expresa (25) o implícitamente (26) la imprescriptibilidad de la acción y de la obligación de reparación, como lo hacía hasta ahora la LC, concretamente en materia de montes, puertos, atmósfera y suelos. También las normas ambientales de carácter horizontal, como la Ley de evaluación ambiental (27) y la LRMA (28). En segundo lugar, también algunas leyes establecen expresamente un plazo de prescripción de la obligación de restitución de quince años, como es el caso de la Ley de Aguas (29). Y, por último, se encontrarían aquellas otras normas que se remiten a la regulación que de la restitución y reparación lleva a cabo la LRMA, como es el caso de la más reciente Ley 42/2007, de Patrimonio natural y biodiversidad (30). En este sentido, recuérdese que la LRMA obliga a restaurar, salvo que hayan transcurrido más de treinta años desde que tuvo lugar la emisión, el suceso o el incidente que causó los daños ambientales, computado desde el día en el que haya terminado por completo o se hayan producido estos por última vez (art. 4 LRMA).

Las anteriores referencias resultan más que suficientes para afirmar nuevamente que la reforma de la LC, en esta sede que nos ocupa, además de romper la tendencia

(25) El art. 77. 1 de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes señala que «Sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que en cada caso procedan, el infractor deberá reparar el daño causado en la forma y condiciones fijadas por el órgano sancionador. Esta obligación es imprescriptible en el caso de daños al dominio público forestal». Por su parte, el art. 309. 3 del Texto Refundido que aprueba la Ley de Puertos y de la Marina Mercante (LPMM) aprobado por Real Decreto-Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, en relación con su art. 317.3, señala también expresamente que «No obstante, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde la comisión de la infracción, se exigirá la restitución de las cosas y su reposición a su estado anterior».

(26) Se trata de normas que guardan silencio al respecto, como el art. 36. 1 de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Protección del ambiente atmosférico o el art. 54 de la Ley 22/2011, de 28 de julio de Residuos y suelos contaminados. Recuérdese que de la misma manera operaba el art. 23 del derogado TRLEIA, aprobado por RDLeg. 1/2008, de 11 de enero, a este respecto al señalar que «cuando la ejecución de los proyectos a que se refiere el artículo anterior produjera una alteración de la realidad física, su titular deberá proceder a la reparación de la misma en la forma que disponga la Administración». Además no supeditaba la procedencia de la misma a la declaración de responsabilidad administrativa, frente a lo que, a día de hoy, establece la reciente Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental (LEA).

(27) Recuérdese que de la misma manera operaba el art. 23 del derogado TRLEIA, aprobado por RDLeg. 1/2008, de 11 de enero, a este respecto al señalar que «cuando la ejecución de los proyectos a que se refiere el artículo anterior produjera una alteración de la realidad física, su titular deberá proceder a la reparación de la misma en la forma que disponga la Administración». Además no supeditaba la procedencia de la misma a la declaración de responsabilidad administrativa, frente a lo que, a día de hoy, establece la reciente Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de Evaluación Ambiental (LEA).

(28) *Vid.* sus arts. 19-21 y arts. 6-19 del RD 2090/2008, de 22 de diciembre, de desarrollo parcial de la LRMA.

(29) *Vid.* art. 118 del TRLA, aprobado por RD-Leg. 1/2001 en relación con el art. 327 RDPH.

(30) Según el art. 75.2 de la Ley 42/2007, de Patrimonio Natural y Biodiversidad (LPNB) «sin perjuicio de las sanciones penales o administrativas que en cada caso procedan, el infractor deberá reparar el daño causado en la forma y condiciones fijadas en la LRMA...». También el art. 56. 4. a) LEA señala que «... cuando la comisión de una infracción de las previstas en esta norma produjera un daño medioambiental, se procederá de conformidad con lo establecido en la LRMA o la normativa que, en su caso, se dicte a tal fin».

de las normas a que se ha hecho referencia, resulta cuestionable desde la óptica de los principios de derecho ambiental y, lo que es más grave, colisiona con la regulación conferida a esta cuestión por la LRMA (31).

En efecto, transcurridos los quince años a los que se refiere el nuevo art. 95 LC, la Administración no podría exigir la reparación en aplicación de la LC. Ahora bien, si no hubiera transcurrido el plazo de prescripción de treinta años contemplado por el art. 4 LRMA, todavía sería posible acordar la reparación. Así lo ha entendido la STS, de 4 noviembre 2011 (Ponente: Peces Morate), al analizar la compatibilidad entre la LAg y la LRMA, quedando disipadas las divergencias de interpretación a partir de la entrada en vigor de la segunda, pues sostiene el TS que:

«con independencia del procedimiento sancionador, la Administración hidráulica está facultada para exigir la reparación de los daños y perjuicios causados al DPH con fundamento en el principio de que quien contamina paga» (FJ. 6.º) ..... «la reparación de los daños y perjuicios al DPH y la reposición de las cosas a su estado anterior, está facultada la Administración hidráulica para exigirlos (artículo 7.3 de la indicada Ley), cuando no deriven de la comisión de una infracción tipificada en el TRLA o aquélla hubiese prescrito, a través del procedimiento y en aplicación de lo establecido en los artículos 2.1. b. 7 y 22, 4, 19, 20, 21 y 41 a 49 de la mencionada LRMA... Compatibilidad que, asimismo, deriva del contenido del artículo 14 de la LA a cuyo tenor, el ejercicio de las funciones del Estado, en materia de aguas, se somete, entre otros, al siguiente principio: 3.º Compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, la conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza».

De este modo, la LRMA nos ofrece mayores garantías que la LC para asegurar la restitución del DPMT, independientemente del intento del legislador de dar por zanjada esta cuestión por el transcurso de los plazos de prescripción de las infracciones o del plazo de quince años que establece el nuevo art. 95.1 LC (32). Repárese en que la

---

(31) La posible aplicabilidad simultánea de la LC y de la LRMA se justifica por la definición que lleva a cabo esta última de su ámbito objetivo de aplicación, al extenderlo a los daños a la ribera del mar y de las rías (art. 2. 1. c). Por su parte, el artículo 2. 8 de la LRMA define «ribera del mar y de las rías» como los bienes de dominio público marítimo terrestre regulados en el art. 3.1 de la LC. En este orden de cosas dispone el art. 6 de la LRMA que «... Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 36. 3, la responsabilidad establecida en esta Ley será compatible con las penas o sanciones administrativas que proceda imponer por los mismos hechos que hubieran originado aquélla (art. 6. 1)». Repárese en que no se refiere a obligaciones de reparación. Continúa el precepto señalando que «Si por aplicación de otras leyes se hubiera conseguido la prevención, la evitación y la reparación de daños medioambientales a costa del responsable, no será necesario tramitar las actuaciones previstas en esta Ley (art. 6. 3)». Sensus contrario habrá que recurrir a la Ley de Responsabilidad por daños al medioambiente si, en aplicación de la LC, no se pudiera conseguir la reparación. A la misma conclusión se llega de la interpretación del art. 5 del Real Decreto 2090/2008, de 22 de diciembre, de desarrollo parcial de la LRMA. Cfr. SORO MATEO, B., *La responsabilidad ambiental de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2005, p. 87 y passim.

(32) Debe señalarse que la LRMA extiende su aplicación a los daños a la ribera del mar y de las rías, entendidos estos como cualquier daño que produzca efectos adversos significativos sobre su integridad física y adecuada conservación, así como también aquéllos otros que impliquen dificultad o imposibilidad de conseguir o mantener un adecuado nivel de calidad de aquélla (art. 2.1.c). Se trata de la innovación que más llama la atención en una primera aproximación al estudio comparado de la DRMA y de la LRMA, cuya finalidad atisbamos que puede concretarse en incorporar una nueva perspectiva a través de la cual garantizar el cumplimiento de la Ley 22/1988,

obligación de reparación del DPMT no prescribe según la LRMA, lo que prescribe es la acción para exigir las medidas de restitución si los daños se ocasionaron con anterioridad al 30 de abril de 2007 (art. 4 LRMA) (33).

En cuanto a la compatibilidad del sistema instaurado por la LRMA y las obligaciones de restitución y reposición previstas en la LC (34), cuando se realicen acciones u omisiones que causen daños o menoscabo a los bienes de DPMT, el art. 6 LRMA dispone expresamente que:

1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 36.3 (35), la responsabilidad establecida en esta ley será compatible con las penas o sanciones administrativas que proceda imponer por los mismos hechos que hubieran originado aquélla.

2. En los supuestos de concurrencia de responsabilidad medioambiental con procedimientos penales o sancionadores se aplicarán las siguientes reglas:

- a) Esta ley se aplicará, en todo caso, a la reparación de los daños medioambientales causados por los operadores de actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III, con independencia de la tramitación de los restantes procedimientos.

---

de Costas. No obstante, merece que nos detengamos en este asunto. El artículo 2.8 de la LRMA define «ribera del mar y de las rías» como los bienes de dominio público marítimo terrestre regulados en el art. 3.1 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. Queda claro que el precepto no se refiere a las rías, ni a las aguas de transición, ni a las aguas interiores, en la terminología de la DMA, masas de agua que quedarían comprendidas en el concepto de aguas (art. 2.7 LRMA), que abarca todas las aguas continentales, tanto superficiales como subterráneas —es decir, lo comúnmente conocido como dominio público hidráulico— las aguas costeras y de transición —integrantes del DPMT— y los demás elementos que integran el DPH en virtud del TRLA —las aguas desaladas, lo cual no tiene mucho sentido, los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas y los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos que a todas luces no conforman el concepto de aguas que manejamos como recurso natural, sino más bien de suelo—.

Pues bien, el art. 3.1. de la Ley 22/1988 de Costas define ribera del mar y de las rías como La zona marítimo-terrestre o espacio comprendido entre la línea de bajamar escorada o máxima viva equinoccial, y el límite hasta donde alcanzan las olas en los mayores temporales conocidos o, cuando lo supere, el de la línea de pleamar máxima viva equinoccial. Esta zona se extiende también por las márgenes de los ríos hasta el sitio donde se haga sensible el efecto de las mareas. Se considerarán incluidas en esta zona las marismas, albuferas, marjales, esteros y, en general, los terrenos bajos que se inundan como consecuencia del flujo y reflujos de las mareas, de las olas o de la filtración del agua del mar. Las playas o zonas de depósito de materiales sueltos, tales como arenas, gravas y guijarros, incluyendo escarpes, bermas y dunas, tengan o no vegetación, formadas por la acción del mar o del viento marino, u otras causas naturales o artificiales.

(33) Cfr. arts. 19-23 LRMA.

(34) Recuérdese, que además de las prescripciones contenidas en los arts. 92 y 95, según el art. 100 de la LC, cuando la restitución y reposición a que se refiere el art. 95.1. de la LC no fueran posibles y, en todo caso, cuando subsistan daños irreparables y perjuicios, los responsables de la infracción deberán abonar las indemnizaciones que procedan, fijadas ejecutoriamente por la Administración. En segundo término, cuando los daños fueren de difícil evaluación, se tendrán en cuenta los siguientes criterios: coste teórico de la restitución y reposición, valor de los bienes dañados, coste del proyecto o actividad causante del daño y beneficio obtenido con la actividad infractora. En tercer lugar, cuando el beneficio sea superior a la indemnización se tomará para ésta, como mínimo, la cuantía de aquél.

(35) No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en los que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento. En los supuestos en los que las infracciones pudieran ser constitutivas de delito o de falta, la autoridad competente pasará el tanto de la culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de proseguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado.



- b) Esta ley se aplicará, en todo caso, a la adopción de medidas de prevención y de evitación de nuevos daños, por parte de todos los operadores de actividades económicas o profesionales, con independencia de la tramitación de los restantes procedimientos.
- c) La adopción de las medidas de reparación de daños medioambientales causados por actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III será exigible únicamente cuando en el procedimiento administrativo o penal correspondiente se haya determinado el dolo, la culpa o la negligencia.

Se adoptarán, en todo caso, las medidas compensatorias que fueran necesarias para evitar la doble recuperación de costes.

3. Si por aplicación de otras leyes se hubiera conseguido la prevención, la evitación y la reparación de daños medioambientales a costa del responsable, no será necesario tramitar las actuaciones previstas en esta ley.

Este precepto de la LRMA contiene tres reglas fundamentales. En primer lugar, puede extraerse que respecto de actividades incluidas en el anexo III de la Ley se establece una compatibilidad absoluta con el procedimiento sancionador de la LC respecto de las medidas reparadoras. En relación con lo que la LRMA califica de *operadores de actividades económicas y profesionales* la compatibilidad también es absoluta, pero sólo respecto de las medidas de prevención y evitación, no de reparación. En tercer término, para determinar la aplicación de la LRMA a actividades distintas de Anexo III hay que esperar a la determinación de la existencia de dolo o culpa o negligencia en el correspondiente y previo procedimiento administrativo o penal. Se trataría, pues, de una compatibilidad condicionada.

#### IV. Conclusiones

La modificación normativa analizada merece, conforme a lo expuesto, un juicio negativo por varios motivos:

En primer término, porque la imprescriptibilidad de la acción de restitución de los bienes ambientales dañados, como es el caso del DPMT, ha de buscar su razón de ser, como hemos reiterado, además de en su carácter demanial (36) en su naturaleza ambiental. Y ello porque la facultad que ostenta la Administración para exigir la restitución del DPMT encuentra su fundamento en el principio «quien contamina paga», de-

---

(36) Como advierte la STC 149/1991, de 4 julio (Ponente: Leguina Villa) «Sí resulta necesario recordar que, en lo que toca al régimen jurídico de los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre, el legislador no sólo ha de inspirarse en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, sino que además ha de adoptar todas las medidas que crea necesarias para preservar sus características propias. Ciertamente esta inclusión, en la legislación reguladora del régimen jurídico de los bienes del dominio público natural cuya titularidad corresponde al Estado, de las medidas de protección necesarias para asegurar la integridad de esa titularidad se impone como necesidad lógica en todo caso, y así lo declaramos, en lo que concierne a las aguas, en la ya citada STC 227/1988 (FJ 18.º). En el caso del DPMT se trata, sin embargo, de una expresa necesidad jurídico-positiva, constitucional, pues como es obvio, el mandato del constituyente quedaría burlado si el legislador obrase de modo tal que, aun reteniendo físicamente en el dominio público del Estado la ZMT, tolerase que su naturaleza y sus características fueran destruidas o alteradas» (FJ 1.º, apdo. C, *in fine*).

ducible de la expresión «con independencia» de las sanciones administrativas y penales que utiliza la normativa ordenadora del dominio público ambiental a la hora de regular la restitución de dichos bienes (37).

En segundo término, porque de la nueva redacción de los preceptos analizados se deduce que la omisión del ejercicio de la potestad-deber de exigir la restitución del DPMT no podría imputarse a la Administración como un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración por omisión.

En fin, además de otros fundamentos de una u otra índole que podrían aducirse, como la indemnidad del principio «*ius suum cuique tribuere*» (38) o la problemática de la tardía manifestación de los daños que fundamenta unos laxos plazos de prescripción, puede concluirse que la reciente reforma de la LC contraviene de plano el principio de no regresión, que supone la prohibición del retroceso en la protección ambiental como consecuencia de la actual lucha de intereses, y que tiene su última justificación en el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado ex art. 45 CE. Es cierto que la formulación de este principio resulta incipiente en derecho español, pero sobre su importancia en sede ambiental la más acreditada doctrina ya ha dado la voz de alerta (39). Además, la viabilidad de este principio de no regresión encuentra a día de hoy una formulación positiva en el derecho comunitario ambiental (40). En este sentido, de modo suficientemente explícito, la Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de septiembre de 2011, que formula una posición común de la UE en la preparación de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el desarrollo sostenible (Río + 20), invoca la necesidad de reconocer el principio de no regresión en el contexto de la protección del medio ambiente como superador del concepto de desarrollo sostenible, al que apela —paradójicamente— la Exposición de Motivos de la Ley 2/2013 (41).

(37) Como advierte el TS en su Sentencia de 15 de octubre de 2009, en aplicación del art. 118 del TRLA.

(38) Vid. SANZ RUBIALES, op. cit., p. 160, según el cual la obligación de restitución constituye una derivación de este principio.

(39) Vid. LÓPEZ RAMÓN, F., «Introducción general: regresiones del derecho ambiental», en LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2011*, Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2011, pp. 1 y ss. y del mismo autor, «El principio de no regresión en la desclasificación de espacios naturales protegidos en el Derecho español», RADA, núm. 20, 2011, pp. 13-27. El autor, en este último estudio explica el proceso de incorporación del principio de no regresión al régimen de desclasificación de los espacios naturales protegidos en el ordenamiento jurídico español.

(40) Así, a nivel comunitario, aunque por el momento sólo en relación con el patrimonio natural, el Tratado de la Unión Europea consolidado tras el Tratado de Lisboa ya se refiere al mismo. En efecto, dispone el art. 3 TUE: «La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente... En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta...». Por su parte, el TFUE, consolidado tras el Tratado de Lisboa, advierte que el Medio Ambiente es una competencia compartida con los Estados Miembros, imponiéndose que «Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible» (art. 11).

(41) Dicha resolución puede consultarse en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0430+0+DOC+XML+V0//ES> (fecha de última consulta: 15 de septiembre de 2014). En el ámbito comunitario, y en relación con la protección de los derechos de los trabajadores, pueden consultarse la STJCE (Sala Segunda) de 14 de octubre de 2010 y Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 24 de abril de 2009 (Asunto C-519/08).

A nivel interno, el principio de no regresión puede ser deducido del art. 45 CE, al que apelan nuestros Tribunales al referirse al medio ambiente, el cual «presenta unas tan acusadas cualidades de esencialidad e importancia que hacen inexcusable aplicar la legislación protectora» (42). Todo lo contrario a lo que la reforma de los arts. 92 y 95 LC parecen perseguir. Asimismo, dicho principio debe actuar como límite al legislador básico estatal ex 149. 1. 23.<sup>a</sup> CE, dadas las consecuencias irreversibles de la eventual desprotección, e implica, exige e impone un plus de motivación razonada, pormenorizada y particularizada de aquellas soluciones legales que supongan un retroceso en la protección del litoral, como sucede de forma palmaria en el presente caso (43).

Finalmente, debe resaltarse que el procedimiento legislativo seguido para la aprobación de la reforma de los arts. 92. 1 y 95. 1 LC no ofrece ninguna motivación de la transformación operada en sede prescriptiva. En consecuencia, la introducción de una modificación de este calado de forma cuasi-subrepticia mediante una enmienda a su paso por el Senado podría ser analizada a la luz de doctrina que nuestro Tribunal Constitucional mantiene sobre los límites del ejercicio del derecho de enmienda en el procedimiento legislativo, según la cual «la enmienda, no puede servir de mecanismo para dar vida a una realidad nueva que debe nacer de una, también, nueva iniciativa» (STC 234/2012, de 13 de diciembre) (44).

## V. Bibliografía

- AZCÁRATE HERNÁNDEZ-PINZÓN, R., «Procedimiento sancionador administrativo en materia forestal en Andalucía; el instituto prescriptivo en relación con la acción de la administración para exigir la reparación del daño», *Noticias Jurídicas* (accesible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/15-Derecho%20Administrativo/201102-852179634.html>). Último acceso: 17/01/2014)
- AGUIRRE I FONT, J. M., *El Règim Jurídic del Litoral Català*, Tesis Doctoral, Universitat de Girona, 2013
- CALERO, J.R., *Régimen jurídico de las costas españolas*, Aranzadi, Pamplona, 1995
- CHINCHILLA PEINADO, J. A., «La incidencia de la Ley 2/2013 de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley 22/1988 de Costas sobre la figura del deslinde», Curso sobre la reforma de la Ley de costas, *Revista de Derecho Urbanístico*, Madrid, 18 de junio de 2013
- ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de derecho administrativo*, Marcial Pons, Barcelona, 2011
- GARCÍA PÉREZ, M./SANZ LARRUGA, F. J., «Reflexiones en torno a la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de Protección y Uso Sostenible del Litoral y de Modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas», *Ponencia presentada en el IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santiago de Compostela, 2014

---

(42) Así lo sostuvo hace años nuestro Alto Tribunal en, entre otras, en las SsTS, de 13 de abril de 1981 y de 6 de abril de 1992.

(43) A nivel jurisprudencial, el TS también ha hecho eco de este nuevo principio de no regresión, sosteniendo que el mismo implicaría la imposibilidad de no regresar —de no poder alterar— una protección especial del terreno... desde luego incompatible con su urbanización, pero también directamente dirigida a la protección y conservación, frente a las propias potestades de gestión de tales suelos tanto por aplicación de su legislación específica como por el planificador urbanístico. Este principio ha sido considerado como una «cláusula de statu quo»... con la finalidad, siempre, de proteger los avances de protección alcanzados en el contenido de las normas medioambientales, con base en razones vinculadas al carácter finalista del citado derecho medioambiental. Cfr. SsTS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 10 julio 2012 (f. j. 7 y 8), de 24 de febrero y de 20 de abril de 2012.

(44) *Vid.* en este mismo sentido, las SsTC 119/2011, de 5 de julio y 136/2011, de 13 de septiembre.

- JORDANO FRAGA, J., «Responsabilidad por daños al medio ambiente», en J. Esteve Pardo (Dir.), *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, Fundación Democracia y Gobierno Local, II edición, Civitas, 2006
- LÓPEZ RAMÓN, F. (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2011*, Aranzadi/Thomson, Cizur Menor, 2011
- , «El principio de no regresión en la desclasificación de espacios naturales protegidos en el Derecho español», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 20, 2011
- MENÉNDEZ REXACH, A., «La nueva regulación de las Costas: un giro hacia el dominio privado marítimo-terrestre», *Ponencia presentada en el IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Santiago de Compostela, 2014
- PÉREZ GÁLVEZ, J. F., «Litoral y Costas en el Derecho español», en Pérez Gálvez, J. F. (dir.), *Costas y Urbanismo. El litoral tras la Ley 2/2013, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley de Costas*, El Consultor de los Ayuntamientos (La Ley), Las Rozas, 2013
- RISQUETE FERNÁNDEZ, J. L., «Infracciones y sanciones», en De Fuentes Bardají, J. (dir), *Manual de Dominio Público Marítimo-Terrestre y Puertos del Estado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2001
- SANZ RUBIALES, I., «La exigencia administrativa de responsabilidad por daños ambientales», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, núm. 23, 2012
- SORO MATEO, B., *La responsabilidad ambiental de las Administraciones Públicas*, Ministerio de Medio Ambiente, Madrid, 2005
- SORO MATEO, B./ÁLVAREZ CARREÑO, S. M./PEÑAS CASTEJÓN, J. M., «El laberinto jurídico-administrativo de la destrucción ambiental de Portmán», en Banos-González, I./Baños Páez, P. (eds.), *Portmán: de «El Portus Magnus» del Mediterráneo Occidental a «La Bahía aterrada»*, EDITUM, Murcia, 2013
- TEROL BECERRA, M. J., «Sobre la vinculación entre la calidad de vida y el medio ambiente», en AAVV, *Derecho ambiental y transformaciones de la actividad de las Administraciones públicas*, Atelier, Barcelona
- VALENCIA MARTÍN, G., «La responsabilidad medioambiental», *RGD*, núm. 25, 2010

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Lan honetan aztertzen dira kostaldeei buruzko 22/1988 Legearen 92. eta 95. artikulua —itsasertzaren babesari eta erabilera jasangarriari buruzko maiatzaren 29ko 2/2013 Legeak osatu zuen—, itsaso eta lehorren arteko jabari publikoa berritzearen eta konpontzearen arloan, modu kritikoan jokatzuz gure ingurumen-zuzenbidearen ohiko joerarekin, hau da, ingurumen-ondasunak konpontzearen preskribaezintasuna eta ez-erregresioaren printzipioa onartzea. Ingurumen-erantzukizunari buruzko 26/2007 Legea itsasertzeko kalteei aplikatzeko modua ere aztertzen da.

**HITZ GAKOAK:** Kalteak. Jabari publikoa. Itsaso eta lehorren arteko jabari publikoa. Konpontzea. Lehengoratzea.

**RESUMEN:** El estudio analiza el alcance de la reforma de los arts. 92 y 95 de la Ley 22/1988, de costas —operada por la Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral— en sede de restauración y reparación del dominio público marítimo terrestre, desde una perspectiva crítica frente a la tendencia generalizada hacia el reconocimiento de la imprescriptibilidad de la acción de reparación de bienes ambientales y el reconocimiento del principio de no regresión en nuestro derecho ambiental. Asimismo, se aborda la aplicabilidad de la Ley 26/2007 de responsabilidad ambiental a los daños a la ribera del mar.

**PALABRAS CLAVE:** Daños. Dominio público marítimo-terrestre. Reparación. Restitución. Imprescriptibilidad.

**ABSTRACT:** This study analyzes the scope of the reform of articles 92 and 95 of Act 22/1988 about Coasts —operated by Act 2/2013 of May 29th about the protection and sustainable use of litoral— regarding the renovation and reparation of the maritime-terrestrial public domain from a critical perspective opposite the generalized tendency towards the acknowledgement of the imprescriptibility of the action for damages of environmental goods and the recognition of the principle of not retrogression in our environmental law. Likewise, the applicability of Act 26/2007 on environmental liability for damages to the seashore is studied.

**KEYWORDS:** Damages. Maritime-terrestrial public domain. Reparation. Restitution. Imprescriptibility.



# Online jokoan gaineko tributua Ekonomi Itunean

Irune Suberbiola Garbizu (1)

**Aurkibidea:** I. Sarrera.—II. Jokoaren gaineko eskuduntza banaketa.—III. Jokoaren gaineko tributua. III.1. Estatu eta Eraentza Orokorreko Autonomi Erkidegoek burututako araketa. III.2. Lurralde Historikoek burututako araketa.—IV. On line bidean bitartez egikaritutako jokoaren gaineko tributua.—V. Ondorioak.

## I. Sarrera

Eguno gizarte modernoetan, aisialdiko denborak irabazi duen garrantziarekin giza-kiak jokoarekiko duen joera izugarri garatu eta zabaldu egin da. Jokatzeko aukerak ugalduta eta dibertsifikatzearekin batera, jarduera honek gero eta garrantzi handiagoa irabazi du ekonomian.

Administrazioak arreta berezia jarri izan du jokoarengan, ez soilik ekonomian duen garrantziarengatik baizik eta, batez ere, gizartean bertan eduki dezakeenarengatik. Ildo honetan, jokoaren arautzen duen legedian nolabaiteko kutsu moralizatzaile bat agertzen da, aurrerago ikusiko dugun moduan, tributu ikuspuntu batetik ere jarduera honen egikaritzea saihesten edo zailtzen duena.

Otsailaren 25eko 16/1977 Errege Dekretu Legeak, jokoaren legezko praktika onartu zuen arte, joko publikoa osatzen zuten jokoetatik at, joko pribatua debekatua zegoen Espainiar Estatuan. Honela, Errege Dekretu Lege honen bitartez, zori jokoetako alderdi penal, administratibo nahiz fiskalak arautzen dira, eta, azken ikuspuntu honetatik tributu berri bat sortu, jokoaren gaineko «tasa» fiskala.

16/1977 Errege Dekretu Legearen hitzetan, «tasa» fiskal honen bitartez abenduaren 1eko 3059/1966ko Tasa Fiskalen Testu Bateratuak jasotzen duen egitate zergagarrria zabaldu egiten da, ordurarte debekatuta zeuden jolas makina eta kasino jokoetara hedatuz.

Araudi berri honekin, bi dira jokoaren inguruan dauden jarduerak zergapetzen dituzten tributua; batetik zozketa, tonbola, apustu eta ausazko konbinazioen gaineko tasa, eta, bestetik ausazko, enbido edo zorizko jokoaren gaineko «tasa» fiskala.

---

(1) Artikulu hau, Eusko Jaurlaritzaren IT604-13 «Tributación de las actividades económicas en el País Vasco: la incidencia del Derecho Comunitario», Ekonomia eta Kompetitibitate Ministerioaren, «La coordinación fiscal desde la perspectiva del ordenamiento foral del País Vasco (DER-2012-39342-CO-02) eta Euskal Herriko Unibertsitateko UF111/05, de la Universidad del País Vasco proiektuen barruan burututako ikerketaren fruitu da.

Aurrerago ikusiko dugun lez, denborarekin bi tasa hauen gaineko araudi, kudeaketa, dirubilketa eta ikuskaritza Eraentza Orokorreko Autonomi Erkidegoei lagatu egin zaie urtetan zehar garatutako prozesu baten bitartez. Eusko Autonomi Erkidegoan tributu boterea duten Lurralde Historikoei ere, tasa honekiko eskuduntza irabazi dute Ekonomi Ituneari burutu izan diren aldatetei esker.

Bestalde, komunikazioaren arloko teknologia berriak gizartearen eremu guztietara zabaltzeak aisian eduki izan duen eraginak jokoan ere zeresanik eduki du eta, teknologien eta gizartearen inguruabar horien guztien poderioz, ohiko jokoei beste era bateko joko nahiz jokatzeko kanal berriak batu zaizkie.

Guzti horiek antolatzeke, Estatu mailan, maiatzaren 27ko 13/2011 Legea onartzen da, Estatu osoan garatzen diren Internet bidezko jokoak arautzen dituen. Era berean, lege honek bi tributu berri sortzen ditu, Joko Jardueren Gaineko Zerga, eta joko enpresei Joko Batzorde Nazionalak emaniko zerbitzuengatikoa Tasa.

Zentzu honetan, bi tributu horien ituntzea da, Ekonomia Itunaren azken aldatetarako, apirilaren 21eko 7/2014 Legearen bidez egindakoak, burutzen duena.

Lerro hauetan, Ekonomia Ituneari egindako azken aldaketa honek dakartzan tributu efektu praktikoei jardungo dugu, Eusko Autonomi Erkidegoan beraien zerbitzuak Internet bidez eskaintzen dituzten enpresei dagozkionak hain zuzen.

Horretara ailegatu ahal izateko, aurretiaz Estatu mailako joko jarduerak bat arautzeko Estatuak duen eskuduntza zein den aztertuko dugu, ondoren ikuspuntu fiskal batetik kontzertatu berri diren tributuek aurretiaz existitzen zirenekiko suposatzen dutena ikasi eta, Eusko Autonomi Erkidegoan jarduten duten joko enpresei dakarzkieten efektuak azaltzen bukatzeko.

## II. Jokoaren gaineko eskuduntza banaketa

Arestian ikusi izan dugun lez, joko pribatuaren jarduerak ez zilegitzat jotzen zen trantsizio garaian onartutako 13/1977 Errege Dekretu Legeak onartu arte.

Bestalde, Konstituzioaren argitaratzeak, onartu berri den jokoaren araudiarengan badu zeresanik. Ikuspegi substantibo bati soil egiten badiogu jokoaren gaineko eskuduntza ez zaio zuzenean ez Estatuari ez eta Autonomia Erkidegoei esleitzen, 148 eta 149.1 artikuluek ez baitute horri buruz ezer jasotzen. Ildo honetan, Konstituzioko 149.3 artikulua da, hain zuzen, itxiera klausula bezala erabiliko dena, dagokion kasuan beren Autonomi Estatutuen bitartez Autonomi Erkidegoek jokoaren gaineko eskuduntza bere egiteko tresnatzat hartuko dutena.

Hortaz, jokoaren gaineko eskuduntzaren bereganatzea Autonomia bakoitzaren Estatutuetako berariazko aipamen baten baitan datza, eta hori da lehen momentu batean Kataluniako, Euskadiko, Galiziako eta Andaluziako Autonomia Erkidegoek, eta gero Nafarroako, Kanarietako eta Valentziako Foru Erkidegoak egiten dutena.

Jokoaren arauaketa substantibo honetan, hurrengo mugarrira, abenduaren 23ko 9/1992 Lege Organikoak markatzen du, zeinak bere 2.2. artikuluan, Konstituzioko 143 artikuluko bidetik Autonomia Erkidego izatera ailegatu ziren Erkidegoei jokoaren gaineko eskuduntza eskusibo(2) luzatzen dien. Prozesua, hortaz, materia honen gai-

(2) Elkarrekiko Kiroletako-Ongintzako Apustuak at utzita.



neko kompetentzia legegile eta betearazlearen nor bere Autonomia Estatutuetan sartzenean osatuko da.

Aipagarria da «eskuduntza eskusiboa» esamoldea Autonomi Estatutuetan barnebilduta egon arren, jokoaren gaineko eskumen banaketak ez duela ibilbide baketsurik eduki Estatuaren eskusartzea jasan ohi izan duelako.

Estatuak, abenduaren 30eko 50/1984 Legeak onartuta, Servicio Nacional de Loterías (3) delakoaren bitartez, Estatu eremuko zenbait jokoren gaineko monopolioa mantendu izan du. Zentzu honetan, loteriekin batera, Estatu mailan araututako ONCEren existentziak, jokoaren gain Autonomi Erkidegoek eduki zezaketen eskuduntza eskusiboa zalantzan jarri izan du.

Sortutako zalantza horiei erantzuna emateko, Auzitegi Konstituzionalak martxoaren 24ko 52/1988 sententzian Kataluniako Joko Katalogoan ONCEren kupoia barnebildu izana aztertzen du, hurrengo adieraziz:

«La competencia sobre el juego no permite a la Generalidad incluir o excluir del Catálogo de Juegos autorizados aquellos que se determinen no en función de sus características propias sino únicamente por referencia a sus organizadores, en cuanto que la identidad de éstos no puede implicar forzosamente una atribución competencial a la Generalitat. En Consecuencia, dado que la ONCE ha sido incluida en cuanto tal organización, su inserción dentro del Catálogo de Juegos excede de la competencia de la Comunidad catalana y es inconstitucional.»

Dakusagunez, arazoa lurralde elementuan datza, hots autonomia-gaineko eremu espazialean jorratzen den jokoan. Sortzen den galdera argia, joko baten jarduera eremuak Autonomi Erkidego bat baino gehiago gaintzea nahikoa da joko horren gaineko eskuduntza Estatuari esleitzeko? Estatuako araudiaren arabera bai, Estatuak dauka bere lurralde osoan zehar garatzen den jokoaren baimena, antolakuntza edo eta kudeaketa onartzeko aukera.

Auzitegi Konstituzionalaren maiatzaren 26ko 163/1994 eta 164/1994, nahiz uztailaren 14 eta 21eko 216/1994 eta 243/1994 sententziek ondorio horietara ailegatzeko hiru argudio erabiltzen dituzte 1) Estatuaren sarrera eskumena, 2) erkidego baten lurraldetasuna gaintzen duten interesak egotea eta 3) aldibereko eskumen tituluen esistentzia.

Lehenengoari dagokionez, betidanik ulertu izan da loteria Ogasun Publikoaren bitartez Estatuari erreserbatutako jarduera dela, hasiera batean Koroari zegokion eskubide bezala eta beranduago Estatuaren monopolio fiskal gisa. Arrazoi honengatik Auzitegi Konstituzionalak loteriaren eraentza Estatuaren eskuduntzapean babestu izan du Konstituzioko 149.1.14 artikulua aurrikusten duen Ogasun Orokorraren baitan, izan ere honek Estatuaren sarreren artean tributuez gain beste batzuk ere aurrikusten dituelako, besteak beste monopolioak.

Auzitegi Konstituzionalaren aburuz (4) Estatuak duen loteria monopolioaren ondorio da Estatu osoan ospatuko diren jokoaren baimena ematea Estuari egokitzea. (5)

(3) Beranduagoko Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado (ONLAE), nahiz Entidad Pública Empresarial Loterías y Apuestas del Estado (LAE)

(4) Uztailaren 21eko 243/1994 sententzian

(5) Berdin 171/1998 sententzian.

Bigarren arrazoia, Erkidego baten lurraldetasuna gainditzen duen interesa, Autonomi Erkidego guztiek jokoaren gaineko eskuduntza ez zuten momentuan, edo ez behintzat maila berdinean, agertzen da. Zentzu hertsia batean, interes hau ez da Autonomi Erkidego baten lurralde eremua gainditze soilarekin azaltzen, arau hutsune batek interes orokorra babestearren Estatu parte-hartzera bultzatzen duenean baizik.

Ildo honetan gaur egun, erkidego baten lurraldetasuna gainditze hutsak ez luke, bere kabuz Estatuaren eskuduntza babestuko, Estatu eta Autonomi Erkidegoen arteko kooperazio mekanismoak haintzat hartu beharko liratekeelako (6).

Azkenik, hirugarren argudiotzat aldibereko eskumen tituluen esistentzia genuke. Jokoa Autonomi Erkidegoen eskuduntza eskusiboa izan arren, ez da eskuduntza «es-tankoa», Estatuari erreserbarikotako eskuduntza eskusibo batzuekin (merkataritzakoa, penala, ...) erlazionatua baitago. Honela, parte hartzen duten interes ezberdinak haintzat hartuta, Estatuak zeharkako tituluetatik datorkion eskuduntza luke jokoarengan, K.E. 149.1.13 art. (jarduera ekonomikoaren plangintza orokorraren oinarriak eta koordinazioa), 149.1.14 (Ogasun Orokorra), 149.1.29 (segurtasun publikoa)...

13/2011 Legeak ere, aldibereko eskumen tituluen argudio hori erabiltzen du, interes orokorraren izenean, Estatu mailan jokatzen diren jokoaren eskuduntza Estatuari esleitzeko Konstituzioko 149.1 zenbakiaren 6, 11, 13,14, eta 21 puntuak aipatzen dituelako.

Estatuaren eremuko jokoetako erregulazioa irudikatzen duen 13/2011 Lege hau, Informazio Gizartearen Bultzada Neurrietako, abenduaren 28ko, 56/2007 Legearen Hogeigarren Xedapen Gehigarriaren Seigarren atalean jasotako aginduaren baitan sortzen da. Joko kontuetan Estatuaren kompetentzia, hala ere, Autonomia Erkidegoek jokoan duten eskuduntza osoari kalterik egin gabe egikaritu nahi da, horretarako, beharrezkoak diren prozedura eta koordinazio mekanismoak sortuz. Efektu hauetarako sortzen da Jokoaren Politika Batzordea, lizentziak ematerakoan Estatu nahiz Autonomi Erkidegoak koordinatzeko, jokoaren araudiaren printzipioak ezartzeko, adingabe eta menderako pertsonen babes neurriak ziurtatzeko... kide anitzeko erakunde gisa.

Lege honek, modu elektronikotako, informatikotako, telematikotako eta kanal interaktiboen bidez eskainitako jokoaren arauak burutzen du. Lege honetan oinarritzen diren joko presentzialak izaera akzesorioa eduki behar dute, erreserbara lotutako jarduerak (loteria eta ONCE) izan ezik, zeintzuek beti geratuko baitiren Estatuaren jurisdikzio pean.

Joko presentzialaren gainean Autonomia Erkidegoen kompetentziak errespetatzeko asmoz, Lege honek txosten bat igor dezatela galdatzen du bere lurraldeari eragin diezaioketen titulu habilitanteen eskaeren iritzia eman dezaten. Ildo honetan, lege honen baitan gauzatzen diren joko fisikoek, nahitaez dagokion Autonomi Erkidegoaren baitan beharko dute, bere araudi propioaren arabera emango dena.

Puntu honetara ailegatuta, esan beharra dago jokoaren inguruan Autonomia Erkidegoek eta Estatuak mantentzen duten eskuduntza orekan, azkeneko pausua abenduaren 9ko 20/2013 Merkatu Bateratua Bermatzeko legea dugula. Legearen zio azalpenetik ondorioztatzen denez, izaera hedakorra du eta enpresa sektore guztietara zabalduta nahi da, «Bolkenstein» Direktibak salbuetsitako zerbitzuak, joko zerbitzuak horien artean (7), barne.

(6) Hori honela izanda ere, abenduaren 27ko 24/2001 legeak, apostuen gaineko eskuduntzak esleitzen dizkio Estatuari erkidegoa gainditzen duten lurralde eremueta oinarrituz.

(7) Direktiba horrek Espainian ezagutu zuen trasposizioa 17/2009 legearen bitartez burutu zena, «bigarren mailako» joko zerbitzuetara mugatu zen, konbinazio aleatorio eta «A» motatako jolas makineta soilik.

Ildo honetan, ikusi beharrekoa litzateke (8) etorkizunean, batetik, 20/2013 legea ez ote den Estatuak jokoaren eskuduntza bere egiteko erabiliko duen tresna izango (9) eta, bestetik, Estatu eta Autonomi Erkidegoen koordinazio baliabideak, Joko Politika Kontseiluaren bitartez nola gauzatzen diren (10).

### **III. Jokoaren gaineko tributuek**

#### **III.1. Estatu eta Eraentza Orokorreko Autonomi Erkidegoek burututako arauketa**

Arestian aipatu moduan, Estatu mailan 13/2011 Legea argitaratu arte, jokoaren gaineko tributuek bi dira; zozketa, tonbola, apustu eta ausazko konbinazioen gaineko tasa batetik, eta, ausazko, enbido edo zorizko jokoaren gaineko «tasa» fiskala bestetik.

Jaiotzez, Estatuari dagokio tributu horien arauketa, kudeaketa, dirubilketa nahiz ikuskaritza eta erroten erabili izan du finantzaketa beharrak eduki ditunean. Estatu mailan, justizia printzipioetatik aztertu beharreko fenomenoak izan da jokoaren gaineko tributuek, eta hauen barruan bereziki jolas makinaren gainekoek, jasan duten igoera esponentziala.

Ildo honetan, autore ugari azperratu izan dute (11) jokoaren gaineko tributuek joko enpresei jasanarazten dieten tributu karga, Konstituzioko 31 artikuluan jasotako tributu justizia materialaren adierazgarri diren ekonomia gaitasun, (12) berdintasun (13), eta progresibitate printzipioen eta konfiskazio debekuaren kontrako (14) direla.

Honela, irailaren 26ko 9/1980 Errege Dekretu Legeak jolas makinaren gaineko «tasa», karga tasa kuota finko batez ordezkatu ondoren, ekainaren 29ko 5/1983 Legeko Xedapen Gehigarri Hirugarrenak (15) edo Konstituzioaren kontratatzat jotzen den ekainaren 29ko 5/1990 Legeak inposatutako grabamen osagarriek (16), Autonomi Erkidegoek ezarritako errekaragoak, urteetan zehar Estatuaren Aurrekontu legeen bitartez kuota finko horiek igo izanak... jokoaren gaineko zerga eta tasak tributu sistemaren barruan salbuespenezko egoera batetan kokatu izan dituzte.

Are eta gehiago salbuespenezko egoera hori azpimarratzeko, tributu justizia printzipioen aurkakotzat jo daitezkeen hauek, euren tributu izaera zein den argitu behar izan

(8) Eskuduntza banaketa aztertzeraz mugatzen den veste artikuluan batean noski.

(9) Katalunia eta Andaluziako Autonomi Erkidegoak tarteratu dituzte iada dagozkion helegiteak bereak diren eskuduntzak inbaditzen dituelakoan.

(10) Adibidez, gaur egun, jolas makinaren ezaugarri bateratu batzuk Estatu osorako adosteko edo eta Autonomi Erkidego ezberdinetan diharduten joko enpresen fidantzen, erregistroen ... nondik norakoak finkatzeko.

(11) Azkenekoz SÁNCHEZ GALIANAK, «La «tasa» que grava las máquinas recreativas. Configuración jurídica y problemas de inconstitucionalidad», *Crónica tributaria*, N.º 151, 2014, pp. 147-190.

(12) Jokoaren gaineko tributuek suposatzen duten tributu kargaz gain, joko enpresek Baltzuen gaineko Zerga edo Pertsona Fisikoen Gaineko Zerga, bere kasuan Jarduera Ekonomikoen Zerga eta Balio Erantsiaren gaineko Zergan kuota erreperkutitu ezin izana —salbuespenezko jarduera delako— jasan behar izaten dute.

(13) Adibidez, gainontzeko tributu obligatuek ez bezala, joko enpresek ez dute tributu honen zatikapena eskatzeko aukerik.

(14) Jasaten duten gain tributazioak askotan euren tributu obligazioak irabazien %60 arte kargatzen dituzte.

(15) Auzitegi Konstituzionalak Uztailaren 16ko 157/1986 sententzian konstituzionaltzat jotzen duena.

(16) Auzitegi Konstituzionalaren urriaren 31ko 173/1996 sententzia.

dute. Zergatik? Ba, «tasa» izena jaso izana ez datorrelako bat beraien benetako natura-ekin. Honela Auzitegi Konstituzioanalak, lehenengo zeharka bada ere, Uztailaren 16ko 157/1986 sententzian eta, zuzenago, Kataluniak Estatuaren tributua honetan ezarritako errekargoa aztertzen duen azaroaren 10eko 296/1994 sententzian bere zerga izaera arrezagutu du. (17)

Behin tributua hauen izaera argituta dagoela, Autonomi Erkidegoen Finantziario Lege Organikoaren (18) hurrenez hurreneko aldaketek, nahiz abenduaren 30eko 14/1996 Lagapen Legeari esker, jaiotzez Estatuaren tributua diren jokoaren gaineko tributua, Eraentza Orokorreko Autonomi Erkidegoei lagatzen zaizkie. Honela, 1997-2001 bosturtekoa ezgeroztik, Eraentza Orokorreko Autonomi Erkidegoei dagokie jokoan gaineko tributuen arauketa nagusia (egitate zergagarri eta subjektu pasiboak salbu), kudeaketa, dirubilketa eta ikuskaritza. Laburbilduz, zozketa, tonbola, apustu eta ausazko konbinazioen gaineko tasa, eta, ausazko, enbido edo zorizko jokoan gaineko «tasa» fiskala arautzen duten hamaika lege daude, Estatuak berak berariaz sortutako 16/1977 Errege Dekretu Legea eta 3059/1966ko Tasa Fiskalen Testu Bateratuaz gain

### III.2. Lurralde Historikoek burututako arauketa

Puntu honetan gaudela, oroitu behar dugu jokoaren gaineko eskumen sustantiboa, Gernikako Estatuak berak arrezagutzen duela, bere 10.35 artikulua, kirol-ongintzazko elkarrekiko apustuak izan ezik gai horretan soil- soilik, eratxeki dion eskumenari esker.

Eskumen eskusibo hori garatzeko, Euskal Autonomia Erkidegoak zenbait xedapen arautzaile eman ditu, besteak beste, Euskal Autonomia Erkidegoan joko arautzen duen azaroaren 8ko 4/1991 Legea; 600/2009 Dekretua, azaroaren 17koa, Joko-makina eta -sistemen Erregelamendua onartzen duena; 31/2004 Dekretua, otsailaren 10ekoa, Euskal Autonomia Erkidegoko bingo-jokoaren Araudia onesten duena; 380/1994 Dekretua, urriaren 4koa, Joko Aretoen eta Jolas Aretoen Araudia onartzen duena; 1991ko irailaren 2ko Agindua, Herrizaingo sailburuarena, ausazko konbinazioak deritzon joko-modalitatea arautzen duena; 39/2012 Dekretua, martxoaren 20koa, Joko-kasinoen Araudia onartzen duena edo eta 95/2005 Dekretua, apirilaren 19koa, Euskal Autonomia Erkidegoko Apustuen Araudia onartzen duena.

Tributu ikuspuntu batetik berriz, Maiatzaren 23ko 12/2002 Legeak Ekonomi Itunean burutzen dituen aldaketek esker, Eraentza Orokorreko Autonomi Erkidegoek Jokoaren gain Estatuak dituen tributuen lagapena jasotzen duten moduan, Eusko Autonomi Erkidegoa osatzen duten Lurralde Historikoek tributua hau arautzeko eskumena lortzen dute.

Burututako aldaketa honen ostean, Ekonomi Itunaren 36 artikulua arabera, jokoaren gaineko tributua autonomiadun arautegiko zerga itunduak dira, baldin eta Euskal Herrian baimendu behar badira, hots Joku Zuzendaritzak onestutako jokoak bada.

(17) Zentzu berdinean Auzitegi Gorena, besteak beste 1998ko azaroaren 28ko eta 2000 urteko azaroaren 25eko sententzietan.

(18) Aurrerantzean LOFCA

Puntu honetan, aipatu beharra dago, Eraentza Orokorreko Autonomietan gertatzen den lez, Lurralde Historikoek Estatuak ezartzen duen arautegi bera betearaziko dutela zerga-egitateari eta subjektu pasiboari dagokionez.

Baldin eta zerga-egitatea Euskal Herrian baimendu behar bada edo egitatea bertan burutzen bada, Ekonomi Itunaren 37 artikulua, joko-jarduera burutzen den lurraldearen arabera zerga horien ordainarazpenaren eskumena ezartzen du, dagokion Foru Aldundi eskudunari eratzekiz (19).

Gauzak honela, Lurralde Historiko bakoitzak jokoaren gainerako tributuak arautzen dituen foru araua argitaratzen du; Arabak otsailaren 14ko 5/2005 F.A., Bizkaia martxoaren 10eko 3/2005 F.A. eta Gipuzkoak otsailaren 1eko 1/2005 F.A. Hirurak daude 17 artikulutan banatua, hirurek dute xedapen indargabetzaile bat, xedapen gehigarri bat eta azken xedapen bi.

Hiru Foru Arauetan, ezarpen-eremua eta ordainarazpenerako eskumena Ekonomi Itunaren ildoetara jarraikiz ezartzen dira, tributuaren zeharkako izaera aitorturik. Zerga-egitateari dagokionez, Euskal Herrian onetsitako araupeketak nagusiaren katalogoak jasotzen dituen jokoak baimendu, antolatu edo egitea litzateke, joko hori burutzeko bidea, eta hemen dago estatuarekiko araudiarekiko desberdintasun nabarmen bat, edozein dela ere, fisikoa edo telematikoa (20).

Egitate zergagarria zein den aipatu ostean, salbuespen aplikagarriak aipatzen dira, batez ere, subjektiboak, eta subjektu pasibo eta erantzule solidariotzat jotzen diren pertsonak.

Jokoa baimendu, antolatu eta egiteko data, oro har, sortzapenarekin identifikatu ondoren, Foru Arauek subjektu pasiboaren betebeharrak ezartzen dituzte eta Probintzia bakoitzeko Tributu buruzko Foru Arau Orokorrean ezarritakoarekin bat, subjektu haiek zehapena jaso dezaketela azpimarratu.

Aipagarria da, dauden joko desberdinen arabera ezarritako zerga-oinarri eta zerga-tasa desberdinen arauketak, Foru Arauen zatirik handiena hartzen duela, eta joko bakoitzarentzat berdina izango dela, joko hori bideratu edo egikaritzeko erabiltzen den kanala zein den aintzat hartu gabe. Beste hitz batzuetan esanda, Euskal Herrian apostuak antolatzeke lizentzia lortu duen enpresak (21), beti ere sarrera garbier %10 ordainduko du, apostua fisikoki taberna batean, denda batean edo Internetez egikaritzen ote den kontutan hartu barik.

Ezarpen eremua eta ordainarazpenerako eskumenera itzulita, Lurralde Historikoen Foru Arau joko-jarduerari aplikatuko zaiela ikusi dugu, berorien baimena EAEn ematen bada eta dagokion Lurralde Historikoan egiten direnean. Zentzu honetan,

Zozketa, tonbola, apostu eta ausazko konbinazioen bitartez egiten diren jokoetan, EAEn baimendu baina eta jarduerak garatzen diren Lurralde Historikoari esleituko zaio zergaren ordainarazpena.

Apostuen kasuan, hauek fisikoak direnean, hots Jokoaren jarduera apustuarako lokaletan edo beste mota bateko aretoetan egiten bada, hauek kokatuta dauden Lurralde Historikoari egotziko zaio eskumen hori. Aldiz, gainontzekotan, hots, apostua

(19) Jokoa Bizkaian ospatzen bada, Bizkaio Foru Aldundiari...

(20) 2011 urtetik Aurrera, apostu, joko areto, bingo nahiz kasino enpresarietara —ez jolas makinekin lan egiten dutenek ordea— euren zerbitzuak on line eskaintzeko aukera ematen dute Eusko Jaurlaritzak honela harreza-gutzen duen kasutan.

(21) Egun Kirol Jokoa, Reta edo Codere-Apuestas izenekin ezagutzen direnak

telematikoa denean, on line egiten denean, apustuen ustiapena egiten duen pertsona fisikoak, juridikoak edo erakundeak zerga egoitza duen Lurralde Historikoak edukiko du. Beste hitzetan esanda, apostua Bizkaian dagoen apostu etxe batean egiten bada Bizkaia edukiko du eskumena, eta apostuak Internet bidez egiten bada, apostua antolatzen duen enpresaren egongu fiskala duen Lurraldeak (22).

#### IV. On line bidean bitartez egikaritutako jokoaren gainera tributuak

Arestian esan izan dugun moduan, Estatu mailan, maiatzaren 27ko 13/2011 Legeak Internet bidez jokoak eskeintzeko aukera zilegizko bihurtzeaz gain, joko horien gainera tributu berri batzuk sortzen ditu, Joko Jardueren gainera Zerga eta Joko Batzorde Nazionalak emaniko zerbitzuengatik Tasa. Gure kasuan, lehenengoa soilik aztertuko dugu, bigarrena Estatu zentralerako erakunde batek emaniko zerbitzu batengatik ordaintzen den tasa (23) izanik ez baitago Lurralde Historikoen galdatzerik.

Hortaz, Joko Jardueren gainera Zerga izango dugu aztergai. Dakigun lez, VII Tituluak abenduaren 28ko 56/2007 Legeak markatutakoari jarraiki Estatuan zehar on line moduan eskeini, antolatu eta ospatzen diren jokuei aplikagarri zaien zerga berri bat sortzen du.

Gure aburuz, 3059/1966 Dekretuak nahiz 16/1977 Errege Dekretu Legeak jasotako egitate zergagarria aplikagarri litzateke baita on line eskeinitako jokoei, Lurralde Historikoen Foru Arauek egiten duten moduan, azkenean egitate zergagarria jokoaren baimena edo ospakizuna bera baita, joko eskeintzeko dagoen bidea zein den aintzat hartu gabe. Hau da, hain zuzen, EAE edo Madril bezalako Autonomi Erkidegoek erabili izan duten irizpidea on line jokoaren euren lurralde eremuaren barruan egikaritzen denean on line moduan eskeintzen ez den jokuei aplikagarri zaizkien tributu berdina aplikatzea.

Hortaz, 13/2011 Legeak sortutako zergak zerbait berririk azaltzen badu, on line jokoaren Estatu mailan eskaintzearen betebeharra da, Estatuak jokoaren gainera litzuzkeen balizko eskuduntzak berreskuratzeko pausu bat baitlitzan.

Bestalde, eskuduntza berreskuratze prozesu horretaz gain, agerian jartzen da legegileak jokoaren gain dauden tributuak argitzeko aukera bat galdu duela. Arestian esan moduan, joko kargatzen duten tributuak tributu justizia printzipioen aurka doaz, beraien izaera tributarioarekin bat ez datorren izena daukate (24), Konstituzioaren aurretiazko arauditan oinarritzen dira... 13/2011 Legeak guzti horiekin bukatzeko aukera alde batera utzi du, aipatu lez, jokoaren gainera tributuak corpus bakar batean modu ordenatuan arautzeko aukera.

Honela, 13/2011 Legeak Joko Jardueren gainera Zerga berria sortzean, zozketa, tonbola, apustu eta ausazko konbinazioen gainera tasa, eta, ausazko, enbido edo zorizko jokoaren gainera «tasa» fiskalaren egitate zergagarria eraldatu egiten du, bati lotutako egitatea bestean supostu ez lotetsizat joz. Bere bitartean, aurretiaz existitzen zi-

---

(22) Reta balitz, Bizkaia, Kiroljokoa balitz Gipuzkoa...

(23) Bere kasuan aztertu beharrekoa litzateke tributu honen benetako izaera zein den, egun bere oinarri zergagarria eta zerga tasa araututa dauden moduan ez baitirudi galdatzen diren zenbatekoak zerbitzua eskaintzeko beharrezkoak diren kostuekin zerikusia dutenik.

(24) Tasa, zerga izan beharrean.

ren tributu horiek indarrean jarraituko dute lagatutako tributu gisa Autonomi Erkidego Bakoitzaren lurralde esparruaren barruan burututako jokoak grabatzeko.

Sortzen den zerga berriak berriz, Estatu mailan burututako jokoak eta konbinazio aleatorioak grabatuko ditu (25). Horrekin batera, Autonomi Erkidegoek zerga berriaren dirubilketan duten partehartzea arautzen da, Erkidego bakoitzean lortutako dirusarreen arabera Erkidegoari jasotakoaren hein bat lagatuz eta Estatuarentzat erreserbatuz ez egoiliarrek jokatutako kopuruak nahiz kirol eta ongintzako elkarrekiko apustuen eta Estatuko elkarrekiko zaldi-apustuetatik lortutakoa.

Inguruabar honetan, legea 2011 urtekoa izan arren, ez du Ekonomi Itunean islada berehalakorik eduki. Horrek darkarzkien balizko dirugaltzeak ekiditeko, Bizkaiako Foru Aldundiak otsailaren 26ko 2/2013 Foru Dekretu Araugilea argitaratzen du, besteak beste, Joko Jardueren gaineko Zerga bere lurralde eremuan jarduten duten enpresei kargatu ahal izateko. Estatuak Auzitegi Konstituzionalera daraman arau hau, egun baliogabetua dago, Joko Jardueren gaineko Zerga hori azkenik itundu den tributua baitugu.

Inguruabar honetan, 2014ko apirilaren 21eko 7/2014 Legearen bidez, Ekonomia-itunaren Batzorde Mistoak Ekonomia Ituna aldatzeko 2014ko urtarrilaren 16an hartu zuen erabakia onesten da. Ekonomia Itunaren aldaketa honekin, dagoeneko itunduta dauden tributu batzuen ituntze-baldintzak aldatzeaz gainera, orain arte gure zerga-sisteman ez dauden beste batzuk lehenengoz behar bezala jasotzen dira.

Joko-jardueren gaineko Zerga da ituntze berriko tributu horietako bat. Ildo honetan, eraldatu berri eta indarrean dagoen Ekonomia Ituneko 36. artikuluan xedatutakoarekin bat, Estatuak une bakoitzean ezarrita dituen funtsezko eta formazko arau berberak erabiliko dira hura eraentzeko.

Zergapetze mota berri honi buruzko arauketa gure antolamenduan sartzeko, Bizkaia eta Arabak dagozkion Foru Arauak onartu dituzte iada, ekainaren 11ko 7/2014 Foru Araua eta uztailaren 9ko 23/2014 Foru Arauen bitartez. (26) Era berean, arauketa horietan Ekonomia Itunean ezarritako lotura-puntuak jasotzen dira.

Honela, tributu honen zergadunek ekitaldian zehar egindako eragiketa-bolumenaren arabera tribututako diote dagokion Foru Foru Aldundiari, eta, bolumenaren proportzioa zehazteko, kontuan hartuko da Lurralde Historiko horretako egoiliarrek jokatutako zenbatekoek duten pisu erlatiboa ekitaldi horretan guztira jokatutako zenbatekoarekin alderatuta.

Esandakoarekin jarriatuz, Foru Arauen araudiaren 3. Artikuluaren arabera, zergadunek, zerga-egoitza edonon dutela ere, dagokion Foru Aldundiari ordainduko diote tributua, ekitaldian Lurralde Historiko horretan egindako eragiketen zenbatekoaren heinean. Ekitaldian egindako eragiketen zenbatekoaren proportzioa kalkulatzeko Lurralde Historikoko egoiliarrek jokatutako zenbatekoek duten pisu erlatiboa kontuan hartuko da zer. Proportzio bera aplikatuko zaie jokalarien egoitza identifikatu ezin den joko-modalitateen ondorioz likidatutako kuotei nahiz Espainiako lurraldeko ez-egoiliarrek jokatutako zenbatekoari dagozkien kuotei.

Arauak esaten duenari jarraiki, aurreko leerroaldean ezarritakoa gorabehera, kirol eta ongintzako elkarrekiko apustuen eta Estatuko elkarrekiko zaldi-apustuak egiten dituzte-

(25) Erreserbara lotutako jokoak salbu.

(26) Gipuzkoako Foru Aldundiak uztailaren 28ko 445/2014 Foru Aginduaren bidez Joku Jardueren gaineko Zerga likidatzeko eredia argitaratu du soilik, oinarri gisa zerga bera arautzen duen inongo foru arauri erreferentziarik egin gabe..

nen kasuan jokariaren egoitza identifikatzen ez denez gero, tokian tokiko Foru Aldundiari dagokio zergaren ordainarazpena, baldin eta salmenta-puntua Lurralde Historiko horretan badago.

Orain arte esandakoarekin, teoriarik hurrengo supostuak eman ahal dira:

- Estatu lizentzia duen operadore ez euskaldun batek, dagokion heinean Lurralde Historikoetan tributatu behar izatea euskaldunek bertan jokatu izan dituzten kopuruengatik (27). (Ekainaren 11ko 7/2014 Foru Araua eta uztailaren 9ko 23/2014 Foru Arauek galdatutako Joko Jardueren gainera Zergaren bitartez).
- Euskal lizentzia duen operadore batek dagokion heinean Lurralde Historikoetan tributatu behar izatea euskaldunek bertan jokatu izan dituzten kopuruengatik. Euskal on line lizentzia erabili ahal izateko sistemak erabiltzailearen IP-a erabili beharrean jokariak adierazitako helbide fiskala erabiltzen duenez (euskal herri-tarrek soilik joka dezaten) euskaldunek (edonon daudela ere) jokatzen dutenaren-gatik soilik tributatu dute 2005an Foru Aldundi bakoitzak onartutako Jokoaren gainera Tributua arautzen duten Foru Arauen baitan.
- Bi lizentziak (EAEkoa eta Estatukoa) eduki badituen enpresarik badagoen arren (28), praktikan biak batera martxan jarri ez dituzenez aurreko bi egoerak bazen dituen subjekturik ez da azaltzen.

Aitzitik, praktikan ematen ez den supostua izan arren, ikuspuntu teoriko batetik, eduki badu bere zeresanik. Arrazoa argia da, Estatu lizentzietara obligatutako operadoreek jasaten duten zerga tasa %25ekoa den bitartean (29), EAEko lizentzia dutenek jasandakoa %10 soilik da. Zerbitzu berdinegatik, merkatu berdinean (30) operadore ezberdinek zerga tasa ezberdina edukitzea, bere kasuan Europar Batasuneko Funtzionamendu Tratatu (31) 107 artikuluan jasotako Estatu laguntzat jo daitekeelako. Hori da behintzat, Europako Komisioak Danimarkako on line eta fisikoki ezarrita dauden kasinoetako zerga tasa ezberdinak ezartzeagatik beren araudia aztertzerako bultzatua (32) eta egun Batasuneko Justizia Auzitegiak auziperatzen duena (33).

Ildo honetan, bere garaian Komisioak kasu hau aztertzerakoan (34) egin zuen bezala, Estatu Laguntzak ote dauden aztertzeko, hurrengo puntuak aztertu beharko genituzke:

- Estatu baliabideak egotea.
- Abantaila suposatzea.
- Lehiaketa urratzeko aukera edo eta neurriak merkataritzan edukiko duen efektua.
- Neurri selektiboa ote den.
- Erreferentziako sistema zein den.

(27) Eta dagokion proportzioan ez egotiarrek jokatutakoarengatik.

(28) Kiroljokoa

(29) 13/2011 legeak nahiz Ekonomi Itunak aurrikusitako moduan Autonomi Erkidego edo Lurralde Historikoen %20ean gehitzen ez duten bitartean behintzat

(30) Eta hau hala ote den jakiteko ikerketa esklusibo bat merezi duen gaia da.

(31) Aurrerantzean EBFT

(32) C 35/2010 (ex N 302/2010)

(33) T-601/11, Dansk Automat BrancheForening

(34) Aurretiaz adierazi behar da ez zuela EBFTren kontraktat jo.



- Tributu sistema orokorretik aldentzen dena.
- Sistemaren logikak justifikatutako ote den.
- Neurriaren konpatibilitatea EBFT 107(3)(c) artikuluan oinarrituta.

EBFT 107(1) artikulua ezartzen duenaren arabera, *estatu kideek emandako laguntzak edo estatuko funtsen bidez emandakoak, edozein modutakoak izanda ere, barne-merkatuarekin bateraezinak izango dira estatu kideen arteko trukaketei eragiten dieten heinean, baldin eta, zenbait enpresa edo ekoizpenen alde eginez, lehia faltsutzen badute edo faltsutzeko modukoak badira*. Hortaz, lehenengo puntu honek galdetzen duena laguntza Estatu baliabideen bitartez burutzea da, eta, zentzu honetan, karga tasa gutxitzearen ondoriozko zerga dirubilketaren jeitsiera, Estatuko funtsen bidez emandakoa laguntza baten pareko litzazke. Honela, txikiagoa den zerga tasa bat ezartzeak betebeharrak osatuko luke.

EBFT 107(1) artikulua baita, neurriak Europar Batasunaren merkatu barruan efektua eduki behar du, eta lehia distorsionatu edo distorsionatzeko gaitasuna eduki. Gure kasuari egokitzuz Estatuko edo EAeko joko lizentzia duten on line eta enpresa «lurralde-tarrek» barne merkatuan parte hartzen dute, eta hortaz, nahitaez, halako tributu neurri batek merkatua distorsionatzeko aukera edukiko du.

Bestalde, neurria Estatu laguntza kontsideratzeko, zenbait operadore edo produktu edo zerbitzu faboratzen dituelako selektibotzat jo behar da. Justizia Auzitegiaren esanetan selektibitate ideia<sup>(35)</sup> dago baldin eta neurriak subjektu jakin batzuk tributu sistema orokorrak gainontzeko subjektuei inposatzen dizkien betebeharrak salbuesten dituenen. Beste hitzetan, neurria selektiboa da baldin eta sistema orokorretik aldentzen bada. Egoera honek konparazio galdeketa bat burutzera bultzatzen gaitu, eta ez hori bakarrik, neurria justifikatua ote dagoen galdetzera.

Danimarkako kasuan ez bezala, non tributu eraentza bakarria dagoen jokoarengain, gure kasuan eraentza bat baino gehiago dago joko on line, fisikoki, Autonomi Erkidego batean edo Estatu osoan burutzen denaren arabera. Ildo honetan, aurkitzen dugun lehenengo zailtasuna, erreferentziatzen hartu behar dugun sistema zein den finkatzea dugu, guztiek zerbitzu berdinak eskeintzen baitituzte eremu ezberdinetan.

Euren egoera alderagarritzat joko bagenu, neurriak tributu tratamendu ezberdin bat ezarriko luke joko operadore batzuren mesedetan, eta hortaz, neurria selektiboa litzazke. Selektiboa izanda, justifikatua ote dagoen aztertu beharko genuke, Danimarkako kasuan, Komisioak neurria justifikatua ez zegoela aldarrikatu zuen.

Edozein kasutan, oroitu behar dugu EBFT 107 artikuluko 2 eta 3 zenbakiek barne merkatuaren barruan egokitzen diren Estatu laguntzak zeintzu diren finkatzeko irizpideak jasotzen dituztela. Ekonomiako zenbait jardueraren garapena sustatzeko laguntzak egokitzen joaitezke, baldin eta trukaketen baldintzak interes erkidearen kontra jartzen ez badira. Hori betetzen ote den jakiteko, Estatu laguntza Jarduera Planaren arabera<sup>(36)</sup>, hiru mailako galdeketa burutu behar da:

1. Neurria ondo definitutako interes erkide bat lortzeko sustatu al da? Jokoak tributu karga ezberdinak jasateak merkatua liberalizatu egiten al du?, kontsumitzaileak hobeto babestu?.

(35) 173/73 Kasua, Italiako Errepublika v. Komisioa (1974)

(36) State Aid Action Plan – Less and better targeted State aid: a roadmap for State aid reform 2005-2009, COM(2005) 107 final.

2. Behar bezala diseinatutako laguntza al da interes hori lortzeko? Ba al dago bestelako neurririk helburu berdina lortu dezakeenik? Neurriak bere kabuz merkatuan parte hartzen dutenen jokabidea aldatu al dezake? Proporzionala al da, emaitza berdina lortuko al litzateke laguntza gutxiagorekin?...
3. Lehiaketan sortzen dituen distortsia mugatuak izanik, orohar neurria baikorra da? Galdera honi erantzuteko neurria estatu kideen artean nahiz Estatu barruko (edo gure kasuan Autonomi Erkidegoko) merkatuan distortsiorik sortzeko modukoa den aztertu beharko genuke. Araudi substantiboak honela aginduta zerbitzuaren erabiltzaileak lurralde eremu batetara mugatzen dituen jokoak(37) zergapetzen dituzten tributuek zerga tasa ezberdinak edukitzeak ez du Estatu kideen arteko merkataritza sahiesten? Berdina gertatzen al da Estatu barruan dauden joko merkatuekin?

Egia da Europar Batasunak nolabaiteko «askatasuna» eman izan diela Estatu kideei jokoan gainera araudi substantibo eta tributuzko arauetan nolabaiteko «babesak» ezartzeko aukerak ematerakoan arrazoi moral eta ongizate publikoan oinarrituta. Edozein kasutan ere, Justizia Auzitegiaren jurisprudentziaren eboluzioa nabari da. *Gambelli*(38) kasuan, ordena sozialaren izenean Italiak Estatu monopolio bat babesteko ezartzen zituen gainontzeko jokoan gainera mugak baztertu egiten ditu Estatuak berak joko monopolistiko hori sustatzen duenean. (Zentzu berdinean, *Placanica*(39) sententzian).

*Santa Casa*(40) eta *Sporting Exchange Ltd*(41) kasuetan, Auzitegiak Internet bidez eskeinitako jokoetan jardura ez zilegietatik babestu beharra azpimarratzen du Estatuak inposatutako baldintzak proportziozkoak direnentz adierazteko. Edozein kasutan *Ladbrokes Betting & Gaming Ltd*(42) sententzian benetako iruzurra dagoela justifikatzeko betekizuna galdatzen du, on line jokoarekiko Estatuaren artean egon daitezkeen arazko hesiak suntsitzeko asmoa duela erakutsiz.

*Dansk Automat Brancheforening* kasuan ebazten duenean, jokoan gainera tributuetan dagoen tratamendu ezberdinari dagokionez Estatu laguntza bat dagoenentz adieraztean hesi horiek suntsitzeko bidean darraien azalduko du Justizia Auzitegiak.

## V. Ondorioak

Laburbilduz, bide telematikoen bitartez garatzen diren jokoek gero eta garrantzia ekonomiko handiagoa dute. Garrantzia ekonomiko hau buruan edukita, eta balizko arrazoi ezberdinak direla medio, Estatuak ordurarte Autonomia Erkidegoei lagatutako jokoaren gainera eskuduntza material eta tributuzkoak berreskuratu egin ditu, tributua

(37) EAEko legedia online soilik euskal herritarrei aplikatu daiekie.

(38) 2003ko Azaroaren 6ko sententzia (C-243/01).

(39) 2007ko martxoaren 6ko sententzia (C-338/04, 359/04 y 360/04).

(40) *Santa Casa*, 2009ko irailaren 8ko sententzia (C-42/07).

(41) *Sporting Exchange Ltd*, 2010ko ekainaren 3ko sententzia (C-203/08).

(42) *Ladbrokes Betting & Gaming Ltd.*, ekainaren 3ko sententzia, 2010 (C-258/08).

ezartzeko beharrezkoak diren justizia printzipioak eta jokoaren gaineko tributuek ezinbestekoa duten sistematizazioa alde batera utziz.

Sortutako araudi berriak, aurrekoa bakundu eta argitu beharrean, arazo gehiago sortu ditzake, justifikatu ezineko Estatu laguntzat jotzen bada behintzat lizentzia edo eta kanal ezberdinen araberako karga tasa desberdinak ezartzea. Zentzu honetan, orain arte Estatu eta Autonomi Erkidego mailan gertatu ez dena, hots, desiragarri den sistematizazioa, tributu justizia printzipioen aplikazioa, ... agian Europatik dator, Justizia Auzitegiak ezarritako jurisprudentiaren bitartez. Galdera hauen erantzuna denborak emango digu, hemendik gutxira argitaratuko den Justizia Auzitegiaren *Dansk Automat Brancheforening* sententziak.

Trabajo recibido el 20 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Maitzaren 27ko13/2011 Legeak, Estatuari Estatu mailan garatutako on line jokoen eskuduntza emateaz gain, hauek kargatzen dituen zerga berri bat, Joko Jardueren gaineko Zerga, sortzen du. Zerga honen ituntzearen arira, artikulua honek Estatuaren berreskuduntza prozesua, tributu ikuspuntutik honek duen esanahia eta sortu ditzakeen arazoak aztertzen dira artikulua honetan.

**HITZ GAKOAK:** Jokoa. Ekonomi Ituna. Jokoaren gaineko tributuak.  
**ECONLIT:** K340, K390, H210

**RESUMEN:** La Ley 13/2011, de 27 de mayo, además de atribuir al Estado la competencia sobre los juegos on line, crea un nuevo impuesto que los grava, el Impuesto sobre actividades de juego. En este artículo se analizan el proceso competencial del Estado para pactar dicho impuesto, su significado desde la perspectiva tributaria y los problemas que pueda causar.

**PALABRAS CLAVE:** Juego. Concierto Económico. Tributos sobre el juego.  
**ECONLIT:** K340, K390, H210

**ABSTRACT:** Act 13/2011 of May 27th besides conferring the State with the power of on line gambling, it creates a new tax upon them, the tax on gambling activities. In this article we analyze the process of conferral of powers by the State to agree on that tax, its meaning from the taxation point of view and the problems that might cause.

**KEYWORDS:** Game. Economic concert. Levies on gambling.  
**ECONLIT:** K340, K390, H210

# El guardián de la Constitución en la obra de E. Sieyès: un precedente de la Justicia Constitucional en Europa (1)

Javier Tajadura Tejada

«Una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada. Ahora bien, si es un código de leyes obligatorias, resulta preciso preguntarse dónde residirá el guardián, la magistratura de ese código. (...) Todas las leyes, sea cual fuere su naturaleza, suponen la posibilidad de infracción y, consiguientemente, la necesidad imperiosa de hacerlas observar». E. Sieyès.

**Sumario:** I. Introducción.—II. Composición y funciones del Tribunal Constitucional. II.2.1. La protección de la Constitución. II.2.2. El tribunal constitucional y la reforma constitucional. II.2. 3. El Tribunal Constitucional como tribunal de derechos del hombre.—III. El debate sobre la naturaleza representativa o judicial de la institución.—IV. Las objeciones y el rechazo del proyecto.—V. El colegio de conservadores.—VI. Consideraciones finales.

## I. Introducción

Para que la distinción teórica entre Poder Constituyente y poderes constituidos despliegue sus efectos en la praxis jurídico-política del Estado es preciso establecer un procedimiento o mecanismo que garantice la supremacía de la Constitución —producto del Poder Constituyente— sobre la Ley —obra de los poderes constituidos—. Si la supremacía de la Constitución no está garantizada, no resulta posible configurarla como una norma jurídica de obligado cumplimiento por parte de todos los poderes constituidos, y especialmente, por el Parlamento. Ello exige, por un lado, establecer un procedimiento

---

(1) Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación «Historia conceptual, constitucionalismo y modernidad en el mundo iberoamericano. Lenguajes y conceptos político-jurídicos fundamentales», dirigido por Javier Fernández Sebastián, (Referencia HAR 2010-16095. Ministerio de Ciencia e Innovación, Gobierno de España) del que el autor forma parte como Investigador. Tiene su origen en una presentación realizada en el Seminario de Historia Intelectual de la Política Moderna —dirigido por el prof. Fernández Sebastián— en mayo de 2013. Al recibir la invitación del Consejo para participar en el merecido homenaje a nuestro colega, el profesor Loperena, he creído oportuno desarrollar, de forma sistemática y con el debido aparato crítico, el contenido de aquella exposición. El profesor Loperena fue un jurista comprometido con una concepción del Derecho Público como instrumento limitador del poder y al servicio de la libertad. E. Sieyès fue uno de los creadores de lo que el maestro García de Enterría denominó «la lengua de los derechos» y uno de los fundadores, por ello, del Estado Constitucional en el que se ha forjado el Derecho Administrativo que el profesor Loperena cultivó con rigor y brillantez.

especial para la reforma de la Constitución, distinto del procedimiento legislativo ordinario; y, por otro, la atribución a algún órgano, institución o poder del Estado de la función de velar por el respeto de dicho procedimiento, y de anular, en consecuencia, cualquier norma o acto que —sin cumplir los requisitos en él previstos— suponga una alteración del Texto Constitucional.

Esto es algo de lo que Sieyès —creador intelectual de la citada distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos, y uno de los fundadores, por tanto, del constitucionalismo contemporáneo— fue plenamente consciente y, en coherencia con ello no sólo defendió siempre la necesidad de establecer un procedimiento especial de reforma de la Constitución —aspecto este que fue destacado por otros autores— sino que llevó a cabo también el diseño de un órgano de defensa de la Constitución. Y aunque, como resulta hoy evidente, este segundo elemento es consecuencia obligada del anterior, en la medida que sin él, la rigidez constitucional deja de tener sentido, en el contexto revolucionario francés, el abate de Frejús fue el único en advertirlo.

Desde esta óptica, el órgano de defensa de la Constitución se configura como la clave de bóveda de su modelo político y el corolario lógico del concepto de Poder Constituyente, como fundamento del Estado Constitucional, por él alumbrado:

«Una idea fundamental fue establecida en 1788: la división del Poder constituyente y los poderes constituidos (...) Sin embargo, naturalizada rápidamente en los espíritus, ha dado pábulo, como tantas otras verdades de nuevo cuño, a verdaderas estupideces (...) Si deseamos dotar de garantías y salvaguardar a la Constitución mediante un freno saludable que contenga a cada acción representativa sin desbordar los límites de su procuración especial, debemos establecer un Tribunal Constitucional» (2).

Esta necesidad de configurar un órgano de defensa de la Constitución, esto es, del producto normativo o voluntad del Poder Constituyente, la advirtió por vez primera en un importante discurso pronunciado el 2 de Termidor. Dos semanas después desarrolló su idea con meridiana claridad en otro discurso proferido en la Convención Nacional,

---

(2) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre varios artículos de los Títulos IV y V del Proyecto de Constitución» en *Escritos y discursos de la Revolución* (edición, traducción y notas de Ramón Máiz), CEPC, Madrid, 2007. P. 406-407. En esta primera intervención aparece ya la idea de un Tribunal que proteja la Constitución de posibles agresiones por parte del Poder legislativo, y que, por tanto, se configure como un límite a este último y ello «porque los poderes ilimitados son un monstruo en política y un inmenso error por parte del pueblo francés, que no debe volver a cometer en lo sucesivo». En este sentido, su intervención puede y debe leerse como una réplica a la teoría de Rosbispierre sobre el gobierno revolucionario según la cual este es «el despotismo de la libertad contra la tiranía». Para Sieyès, tras la trágica experiencia del Terror, en la que a punto estuvo de perder la vida (lo salvó el testimonio de un zapatero que dijo que sólo se ocupaba de libros y no de política), la necesidad de limitar un despotismo que aunque se autoproclamase servidor de la libertad, no dejaba de ser despotismo, era evidente. Como lo era la necesidad de proteger a las minorías de la mayoría. Esta preocupación —que fue determinante en la experiencia constitucional norteamericana, está en la base de su concepto de Constitución, y explica el surgimiento del control judicial de la constitucionalidad de las leyes— es la que, en última instancia, subyace en la genial propuesta del abate de crear un Tribunal Constitucional. La primera intervención de Sieyès (2 de Termidor) causó una profunda sorpresa, y los convencionales acordaron, a propuesta de Thiebeaudeau, reenviar el proyecto del abate a la Comisión de los Once. De ahí que se produjera una segunda intervención el 18 de Termidor, seguido del debate que más tarde analizaremos.

concretamente el 18 de Thermidor del año III(3). En él, Sieyès se plantea la necesidad de crear un «guardián de la Constitución» para que esta pueda configurarse como una norma jurídica vinculante, y de obligatorio cumplimiento. El abate formuló con palabras claras y rotundas el problema básico de la normatividad constitucional(4):

«Una Constitución o es un cuerpo de leyes obligatorias o no es nada. Ahora bien, si es un código de leyes obligatorias, resulta preciso preguntarse dónde residirá el guardián, la magistratura de ese código. (...) Todas las leyes, sea cual fuere su naturaleza, suponen la posibilidad de infracción y, consiguientemente, la necesidad imperiosa de hacerlas observar» (5)

Con este razonamiento —que recuerda al que empleará una década más tarde, al otro lado del Océano, el juez Marshall en el celeberrimo caso *Marbury versus Madison*(6)— el abate defendió el establecimiento de un Tribunal Constitucional como órgano dotado de la función específica de resolver reclamaciones contra los incumplimientos de la Constitución:

«Se requiere ante todo de un Jury de Constitution o, a efectos de afrancesar el término 'jury', distinguiéndolo del de Jurado, un Tribunal Constitucional. Esto es, un verdadero cuerpo de representantes con la misión especial de juzgar las reclamaciones contra todo incumplimiento de la Constitución» (7).

Los grandes autores de la doctrina clásica del Derecho Público francés han destacado la decisiva importancia de las intervenciones del abate del 2 y del 18 de Termidor. Esmein describió la referida intervención del abate como «un discurso extraño, lleno de ideas generales profundas y de proposiciones sutiles y singulares» (8).

Como ha subrayado Blanco Valdés, la importancia de estos dos discursos «no reside tanto en la novedad de la inquietud que ponen de relieve, pues (...) el proceso

---

(3) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones y organización del Tribunal Constitucional» en *Escritos y discursos de la Revolución* (edición, traducción y notas de Ramón Máiz), CEPC, Madrid, 2007. Este discurso resulta fundamental porque en él, el abate incluye las dos garantías constitucionales: el órgano de defensa y el procedimiento de reforma constitucional.

(4) «Esa preocupación por la necesidad de defender la Constitución —escribe Blanco Valdés— llevará al abate, sin embargo, a una formulación que, verdaderamente, nunca hasta la fecha se había llegado a explicitar, por más que pudiese parecer el corolario lógico de algunos principios que gozaban de común aceptación, como el de la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos». BLANCO VALDES, R.: *El valor de la Constitución*, Alianza Editorial, Madrid, 1998. P. 340.

(5) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...ob. cit. P. 420.

(6) BLONDEL, A.: *Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Etude critique comparative: Etats Unis - France*. Sirey, Paris, 1928. P. 175.

(7) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre varios artículos...ob. cit. Pp. 406-407.

(8) ESMEIN, A.: *Elements de Droit Constitutionnel français et comparé*, Sirey, Paris, 1928, Vol. I, P. 242. Recogen también su intervención: LARNAUDE, F.: «L'inconstitutionnalité des lois et le droit public français» en *Revue de Droit Public et de la Science Politique*, núm. 126, 1926. Pp. 187-188; BARTHELEMY, J. y DUEZ, P.: *Traité de Droit Constitutionnel*, Economica, Paris, 1985 (reproducción de la edición de la Librairie Dalloz, Paris, 1933). P. 203.

constituyente del 93 estará marcado en gran medida por la preocupación relativa a cómo proteger la Constitución, cuanto en la depurada construcción del gran publicista galo que, avanzando más de lo que nadie había llegado en la multitud de proyectos constitucionales presentados con anterioridad, consigue decantar una propuesta verdaderamente singular en la historia del derecho público europeo continental» (9).

Por ello, aunque el abate no fuera estrictamente el primer autor francés en emplear el término de Tribunal Constitucional (10), sí que fue el primero en establecer con gran rigor técnico, y con un muy elevado nivel de detalle el diseño básico de esa magistratura, tanto en lo que se refiere a su composición como a sus funciones. Y lo hizo anticipándose a muchas ideas que son hoy patrimonio común del Derecho Constitucional europeo. Entre ellas cabe destacar la configuración de la Justicia Constitucional como una institución protectora de las minorías, como un órgano de integración política, como la suprema instancia jurídico-política para la resolución de los conflictos constitucionales, y como una jurisdicción de la libertad.

## II. Composición y funciones del tribunal constitucional

El órgano de defensa de la Constitución propugnado por Sieyès estaba integrado por 108 miembros, renovándose por secciones de 36. Sus integrantes eran nombrados por el propio Tribunal entre los ciento cincuenta miembros salientes anualmente del poder legislativo (11). Sieyès veía en la incorporación al Tribunal la culminación de una trayectoria de dedicación al servicio público, del *cursus honorum*. De lo que se trataba era de «que se considere la entrada en el Tribunal Constitucional, al finalizar la carrera legislativa, como objetivo de emulación, como un testimonio visible de los servicios prestados a la patria en ese puesto de confianza. ¿No veis cuántos diputados desearán secretamente esa recompensa, completamente republicana por lo demás (...)?» (12).

El método de selección basado en la cooptación lo justifica el abate en la necesidad de garantizar el debido respeto por parte de los dos Consejos titulares del poder legislativo:

«Si no concedéis el derecho de elección de sus miembros al propio Tribunal Constitucional, no alcanzo a ver cómo podréis fundamentar, en los dos consejos, el respeto profundo que sus miembros no deben ja-

(9) BLANCO VALDÉS, R.: El valor de la Constitución...*ob. cit.* P. 335.

(10) Durand de Maillame se atribuía la invención de un Tribunal llamado Constitucional, y de haber realizado propuestas en este sentido durante los trabajos preparatorios de la Constitución del año III. BASTID, P.: Sieyès et sa pensée, Slatkine, 1978. Pp. 417-418.

(11) «En cuanto a su primera constitución —escribe el abate— la Convención podrá elegir a los tres tercios en las Asambleas constituyente, legislativa y convencional». SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...*ob. cit.* P. 434.

(12) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...*ob. cit.* P. 434.



más perder a la Constitución, ni en sus opiniones, ni en sus discursos habituales» (13).

Las funciones que el abate atribuía al guardián de la Constitución eran básicamente las tres siguientes: «1.º Que vigile y guarde con fidelidad el depósito constitucional. 2.º Que atienda, al abrigo de las pasiones funestas, a las ideas que pueden servir para perfeccionar la Constitución. 3.º Que ofrezca a la libertad civil una tutela de equidad natural en aquellas ocasiones graves en las que la Ley halla olvidado su justa garantía» (14). Sieyès analiza con rigor y detalle cada una de estas funciones.

## II.1. La protección de la Constitución

El artículo I del proyecto defendido por el abate disponía lo siguiente: «Se creará un depositario conservador del acta constitucional bajo el nombre de Tribunal Constitucional».

La protección de la Constitución es, por tanto, en el esquema del abate, la primera de las funciones de un órgano al que expresamente considera «un tribunal de casación en el orden constitucional». La explicación y el desarrollo de esta función, que en buena medida se configura como la razón de ser de la institución, se inicia con una enumeración de los diversos individuos u órganos que pueden atentar contra la Constitución, así como de los remedios para prevenir y sancionar estos ataques:

«Permitidme una detallada, bien que rápida, enumeración de todas las clases de individuos que pueden atentar, de un modo u otro, contra la Constitución. Es deseable conocer todos los puntos con los que esta plaza fuerte puede ser atacada» (15).

Sieyès procede así a «una estricta depuración de los actos atentatorios contra la Constitución» (16). A estos efectos, distingue en primer lugar dos tipos de violaciones de la Constitución: las llevadas a cabo por actos responsables y las producidas mediante actos irresponsables. Las primeras, esto es aquellas infracciones de la Constitución llevadas a cabo por individuos particulares o por funcionarios públicos, deben ser sometidas a la jurisdicción ordinaria. El abate entiende que en ambos casos la magistratura ordinaria es ya garantía suficiente, porque se trataría de comportamientos delictivos. Por ello, el control de estos actos queda, en principio, fuera de la

---

(13) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...ob. cit. P. 435. «De este modo —continúa el abate— los diputados de uno y otro Consejo verán en los miembros del Tribunal Constitucional a hombres que han sido revestidos, como ellos mismos, por la confianza del pueblo y ocupan a la sazón un puesto que, sin ser superior, es altamente deseado por ellos y sus colegas más estimables».

(14) «Dicho en otros términos —continúa el abate su magistral exposición— considero al Tribunal Constitucional como: 1. Tribunal de casación en el orden constitucional. 2. Taller de proposiciones para las reformas que, con el tiempo, exigirá el texto de la Constitución. 3. Suplemento de jurisdicción natural a los vacíos de la jurisdicción positiva». SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones...ob. cit. P. 421.

(15) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 422.

(16) BLANCO VALDÉS, R.: *El valor de la Constitución...*ob.cit. P. 341.

competencia del Tribunal Constitucional. En este sentido, el artículo IX de su Proyecto establecía lo siguiente: «Si los actos denunciados como inconstitucionales fueren actos responsables, el Tribunal Constitucional podrá, antes o después de haber juzgado la inconstitucionalidad de los mismos, trasladar la denuncia a los tribunales competentes con orden de proseguir el procedimiento».

El Tribunal Constitucional diseñado por el abate tiene por objeto conocer de aquellas violaciones de la Constitución llevadas a cabo por actos irresponsables. En este sentido, la necesidad de un órgano ad hoc encargado de proteger el depósito constitucional la advierte Sieyès en relación a posibles actos extra o contraconstitucionales por parte de los titulares del poder legislativo, esto es el Consejo de los Quinientos y el de los Ancianos, así como de las diversas procuraciones electorales, incluidas las Asambleas primarias. En esto reside el indiscutible mérito del abate, en haber sido capaz de comprender que el Parlamento puede ser también una amenaza para la Constitución. Esto es, que el Poder Legislativo (como poder constituido) puede actuar en contra de lo establecido por el Poder Constituyente:

«Me resta, ahora proponer la atribución al Tribunal Constitucional sobre los actos inconstitucionales y personalmente irresponsables del Consejo de los Quinientos y el de los Ancianos. Y digo siempre personalmente irresponsables, porque todo lo que se salga de esa categoría, la traición, por ejemplo, por parte de un representante, tiene ya su juez y su pena». (17)

Sieyès enfatiza la necesidad de controlar y limitar a los titulares del Poder Legislativo, ante una Convención en la que, a pesar de la trágica experiencia del Terror, impera un fuerte prejuicio proparlamentario. Prejuicio que, en última instancia y como veremos después, provocará el rotundo rechazo de los planteamientos de Sieyès aquí expuestos:

«Los inconvenientes, o aún mejor, los peligros en exceso reales de los actos extra o contra-constitucionales por parte de los cuerpos que acabo de nombrar, no pueden, en modo alguno, ser rechazados por vosotros al reino de las puras quimeras. Estas instituciones, al fin y al cabo, se hallarán compuestas por hombres, y dado el alto puesto que ocuparán, se puede aguardar en general todo tipo de pasiones e intrigas» (18).

Por otro lado, y en relación con la posibilidad de que el Legislativo obre en contra de la Constitución, el abate distingue, con meridiana claridad, la inconstitucionalidad material de la formal. Incurren en inconstitucionalidad aquellos actos en los que sus autores «se exceden los límites del poder que les ha sido confiado» o «faltan a las formas impuestas» por la Constitución (19).

Finalmente, debemos señalar que, en relación a los actos de los jueces y jurados el abate no considera necesaria una garantía adicional siendo suficiente el control que sobre unos y otros ejerce el Tribunal de Casación. El Tribunal Constitucional únicamente es competente para conocer de posibles violaciones de la Constitución imputables al

(17) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 424.

(18) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 424.

(19) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 421-422.

máximo órgano de la magistratura ordinaria, esto es, al referido Tribunal de Casación(20).

Tras esta completa y detallada exposición de los actos sujetos a control por parte del Tribunal, Sieyès aborda, con idéntico rigor, la cuestión de la legitimación activa para recurrir ante el Tribunal(21):

«Ahora resulta preciso saber a quien concederemos el derecho de apelación o reclamación ante este Tribunal. Considero que la facultad general de reclamar debe otorgarse igualmente al Consejo de los Quinientos y al de los Ancianos. Deben poseerlo particularmente, el uno frente al otro, con ocasión de asuntos recíprocos si los hubiere. También será necesario en el interior de cada Cámara, para problemas importantes a dirimir entre la mayoría y la minoría. (...) así, dispondréis del recurso al Tribunal Constitucional para prevenir choques perjudiciales para el orden social o bien evitar una suerte de inercia mortal para los asuntos públicos»(22).

En el párrafo anterior se incluyen dos ideas fundamentales. En primer lugar, la configuración del Tribunal Constitucional como un protector de las minorías(23); y, en segundo lugar, su comprensión como un órgano arbitral, a quien atribuir la última palabra para la resolución de los conflictos: «Apresuraos pues a designar por anticipado en la Constitución la instancia de la que saldrá tan importante decisión si no queréis comprobar, con dolor, cómo el uso antisocial de la fuerza se ampara en el calor de la discusión»(24).

Sieyès excluye de la legitimación activa ante el Tribunal a los funcionarios, autoridades y miembros de las asambleas primarias. Si cualquiera de ellos tiene quejas que formular que se dirija a su representante natural, esto es, a cualquiera de los dos Consejos, quienes podrán ejercer ventajosamente ese derecho y deber de reclamación.

Ahora bien, los ciudadanos también tienen, en ciertos casos, acceso directo al Tribunal. Por esta razón, Sieyès puede considerarse precursor de la concepción del Tribunal Constitucional como Tribunal de los ciudadanos o como Jurisdicción de la libertad, en la medida en que defiende que se otorgue a estos el derecho de reclamación, y lo hace por considerar la libertad individual el fundamento del orden político:

---

(20) En coherencia con todo lo anterior el Artículo VI de su proyecto disponía lo siguiente: «El Tribunal Constitucional se pronunciará sobre las violaciones de la Constitución que sean denunciadas contra actos de: El Consejo de los Ancianos, el Consejo de los Quinientos, las Asambleas electorales, las Asambleas primarias, el Tribunal de Casación».

(21) Lo que se plasma en el mismo Artículo VI de su proyecto, párrafos segundo y tercero: «Cuando las denuncias, a su vez, sean interpuestas por el Consejo de los Ancianos, el Consejo de los Quinientos, los ciudadanos a título individual. Asimismo se pronunciará sobre similares denuncias planteadas por la minoría contra la mayoría de uno u otro de los antedichos cuerpos constituidos».

(22) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 425.

(23) Este aspecto ha sido subrayado por Blanco Valdés: «El gran publicista de Fréjus estaba planteando la cuestión que (...) resultó determinante en la concepción norteamericana sobre el valor de la Constitución: la cuestión de la necesaria protección de los derechos de las minorías». BLANCO VALDES, R.: *El valor de la Constitución...*ob. cit. P. 332.

(24) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 425

«En cuanto a los simples ciudadanos, idénticas razones y más plausibles aún parecen en un primer acercamiento, conducir a negarles el derecho de reclamación directa. En efecto, poseen el derecho de petición ante ambos Consejos, tienen libertad de prensa, etc. Ahora bien (...) cuando se trata de la libertad individual no basta con que un derecho resulte innecesario para rehusarlo, sino que además debe ser perjudicial. En cuestión de derechos, no otorguéis al funcionario público más que lo que es de estricta necesidad; estoy de acuerdo con ello, pero la libertad del ciudadano, lo repito, debe extenderse lo máximo posible y ha de ser respetada por doquier, siempre que no resulte perjudicial. Así pues, si el ciudadano se siente más libre disponiendo del derecho de reclamación, no preciso nada más para exigirlo. Rindamos este homenaje solemne a la libertad individual, que constituye la razón última del entero orden político» (25). Sobre este extremo volveremos después al examinar la tercera de las funciones que el abate atribuye al Tribunal.

En definitiva, para Sieyès, el Tribunal Constitucional como protector de la Constitución es un garante del orden político y de la paz social. Se trata, por tanto, de una institución absolutamente imprescindible. Sieyès se percató de esta necesidad política y la tradujo en términos institucionales y jurídicos: «Los que no consideran la necesidad de introducir en todas las relaciones políticas y constitucionales un medio de conciliación, desde hace tiempo en uso en las relaciones civiles, no se aperciben de que obstaculizan los progresos naturales del Estado y que, ante el temor de confundirlo con el orden civil, lo retienen de hecho en la bruta condición del estado de naturaleza» (26).

Por otro lado y en relación con su función protectora de la Constitución, Sieyès subraya la importancia del Tribunal para garantizar la unidad de la interpretación constitucional, y por ende, la unidad jurídica del Estado Constitucional. Por ello, a mayor abundamiento, y en defensa de la introducción en la Constitución de un Tribunal Constitucional, formula esta advertencia: «Acordaos del triste abigarramiento que ofrecía poco tiempo ha, las más de trescientas costumbres vigentes en el territorio francés y que habían pasado, sin razón a la jurisprudencia. ¿Desearíais acaso que los elementos primarios de la Gran Nación, una e indivisible, originaran, cada una por su lado, su pequeña jurisprudencia constitucional, por habernos negado a ver que la certeza y uniformidad de las leyes constitucionales afectan mucho más directamente a la estabilidad del orden social que la uniformidad de las leyes ordinarias?» (27).

(25) Esto podría ciertamente conducir a un colapso del Tribunal, y para evitarlo, Sieyès propone un sencillo expediente que podríamos aprovechar hoy en la jurisdicción de amparo. «No exijo sino una condición para la utilización del derecho que acabamos de atribuir a todo ciudadano francés, y ésta no tiene más objeto que el de prevenir abusos. No se trata tanto de aliviar la carga de los jueces cuanto impedir que la incontrolada utilización del mecanismo por algunos reclamantes de profesión perjudique la cabal utilización de la libertad de los otros. Tal condición, o más bien freno, consistiría en una multa impuesta por vía de policía, si el pronunciamiento del Tribunal fuere que no existe motivo de reclamación». SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. Pp. 426.-27.

(26) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 425.

(27) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 425-426.

El abate atribuye así al guardián de la Constitución la condición de garante último de los principios de unidad y centralización del Estado, que en última instancia no son sino el reflejo de la unidad del Poder Constituyente, esto es de la Nación que constituye el establecimiento público unitario.

Finalmente, el abate introduce en su esquema un importante límite a la actuación del Tribunal, ya que en otro caso podría él mismo convertirse en una amenaza para la Constitución y para la libertad. El Tribunal no puede actuar de oficio: según advierte expresamente el abate, «no debe disponer en modo alguno del derecho a tomar decisiones de propia iniciativa». Y ello para evitar que ocupase una posición de «supremacía excesiva» sobre el resto de las instituciones del Estado (28).

## II.2. El Tribunal Constitucional y la reforma constitucional

Sieyès fue siempre consciente de la necesidad de garantizar la estabilidad de la Constitución. Esta es la finalidad o propósito último de todo su pensamiento. Ahora bien, esta preocupación por la estabilidad no le impidió, al mismo tiempo, (y precisamente por ello) defender la conveniencia de permitir su adaptación al cambio histórico, y sobre todo de corregir las deficiencias que toda obra humana presenta:

«No existe Ley alguna más necesitada de una suerte de inmutabilidad que la Constitución misma. Se le atribuiría, incluso, ese gran y terrible carácter de necesidad, impreso en las normas que rigen el universo, si la industria humana pudiera mostrarse tan hábil y potente como la mano del mecánico eterno que ha organizado la naturaleza. Sin embargo una obra de la mano del hombre necesita permanecer abierta a los progresos de su razón y su experiencia» (29).

El problema reside, obviamente, en cómo hacer compatibles la necesaria apertura constitucional con la no menos indispensable estabilidad. Para el abate, la apertura de la Constitución no debe conducir en modo alguno a atribuir carácter permanente al Poder Constituyente. Ello supondría la destrucción del concepto de Constitución que siempre defendió:

«Os espantaríais, con razón, de un proyecto que tendiera a establecer la permanencia del Poder Constituyente; ello equivaldría a carecer de Constitución. Esta perdería, al tiempo que todo principio de estabilidad, esos sentimientos de amor y veneración que solo los pueblos libres pue-

---

(28) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 427. En este sentido, el artículo XVII de su proyecto es claro y rotundo: «El Tribunal Constitucional no puede emitir ninguna sentencia de propia iniciativa».

(29) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 429. «por otra parte —añade a mayor abundamiento el abate en defensa de la necesidad de establecer un procedimiento de reforma constitucional— si imposibilitarais las correcciones, se nos privaría del contingente de luces que el paso del tiempo nos aporta. Ello implicaría, en las circunstancias de una Constitución nueva, la desgracia de no poder reparar un olvido y al peligro, si faltara algo necesario, de no poder defender nuestra libertad contra las tramas de nuestros enemigos».

den consagrar, toda vez que tales sentimientos son incompatibles con la versatilidad que de ello necesariamente se derivaría» (30).

Con estas premisas, Sieyès concibe el Poder de Reforma constitucional como un expediente que permite el cambio constitucional de forma institucionalizada:

«La Constitución de un pueblo sería una obra imperfecta si no poseyera, en si misma, como todo ser organizado, su propio principio de conservación y vida» (31). El abate utiliza una sugerente imagen de la Constitución como un cuerpo vivo para explicar cómo el principio que le mantiene con vida es precisamente el procedimiento de reforma concebido, por tanto, como «un principio de perfeccionamiento ilimitado capaz de adecuarla y acomodarla a las necesidades de cada época» (32).

Por todo ello, el abate estableció el diseño básico del Poder de Reforma. Y en este esquema, el Tribunal Constitucional ocupa un lugar importante en la medida en que se le confiere el derecho de iniciativa, esto es, la facultad de activar el ejercicio del Poder de Reforma.

El Poder de Reforma como tal no puede ser atribuido al Tribunal y en esto, Sieyès es claro y contundente: «El Tribunal Constitucional no debe poseer el derecho de reformar por si mismo la Constitución; ello sería encomendarle, de hecho, el Poder Constituyente» (33). La intervención del tribunal en el procedimiento de reforma debe limitarse a la iniciativa, esto es, a la proposición de las modificaciones que se consideren necesarias y oportunas. Y esa intervención debe restringirse, incluso, a determinadas ocasiones: «Limitado a la simple proposición, debe carecer, incluso, de la facultad de ejercerlo cuándo y como le plazca (34). En este orden de cosas, han de fijarse épocas distintas y formas ciertas, y la acción constituyente debe compartirse entre las Asambleas primarias, el Tribunal Constitucional y la legislatura» (35).

Sieyès concibe así el Poder de Reforma como un Poder Constituyente constituido, que ejercen tres órganos siguiendo un procedimiento que consta, igualmente de tres fases:

(30) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 429. En esta frase, el abate esta haciendo referencia a un concepto fundamental «el sentimiento constitucional». Por todos, en nuestra doctrina, LUCAS VERDU, P.: El sentimiento constitucional, Editorial Reus, Madrid, 1985. Concepto que está en la base del «patriotismo constitucional» teorizado por Habermas.

(31) Por ello, continua el abate «es necesario que toda Constitución, como todo cuerpo organizado, disponga del arte de asimilar su justo desarrollo. Hemos de dotarla, en consecuencia, de la facultad de extraer sin cesar de su entorno las luces y experiencias del siglo, a fin de que se atenga siempre al nivel de necesidades contemporáneas. Es decir, frente al criterio de una reproducción periódica y total, se trata de establecer una facultad de perfeccionamiento indefinido». SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 427.

(32) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 428.

(33) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 428

(34) «Otorgar carácter de permanencia (...) —añade el abate en otro lugar del mismo discurso— al simple poder de proposición (de reformas constitucionales) nos parece conduciría a debilitar y liquidar todo el beneficio de una Constitución». SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 429.

(35) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 428.

- a) Al Tribunal Constitucional corresponde la fase de iniciativa o de proposición.
- b) A las Asambleas primarias les corresponde tomar la decisión de autorizar o no la activación del procedimiento sobre las bases de las propuestas de reforma formuladas por el Tribunal, delegando en su caso los poderes necesarios para ello.
- c) Finalmente, el Consejo de los Ancianos es el órgano competente para la aprobación de la reforma (36).

La atribución, en este ámbito, al Tribunal Constitucional de la facultad de proposición se configura, en el esquema del abate, como un límite indispensable al ejercicio de un Poder Constituyente, que a diferencia del originario, y como poder constituido debe concebirse como limitado:

«¿No existe, asimismo, un peligro al convocar Asambleas Constituyentes en épocas solemnes en una Nación inmensa, tan pronta, tan eléctrica, donde toda conmoción puede volverse contra ella misma? ¿No intentarán cambiar estas Convenciones, sea cual fuere el nombre que se les ponga, todo aquello que el Tribunal Constitucional trata, a su vez, de conservar? (...) ¿No sería abocar a Francia a un periódico retorno de incalculables agitaciones con todos sus desdichados efectos? (...) Comparad, sin embargo, estos expedientes extremos con el modo de revisión constitucional cuya iniciativa se atribuye, en nuestro modelo, al Tribunal Constitucional» (37).

Efectivamente, en el esquema de Sieyès, el Poder de Reforma al no poder actuar de oficio, ve limitada cualquier tentación de obrar de forma imprudente o precipitada. La atribución de la facultad de proposición al Tribunal Constitucional, resulta plenamente coherente con la función de defensa de la Constitución que le es propia.

El abate introduce además, un segundo límite al Poder de Reforma, un límite de naturaleza temporal que se impone a la función de proposición que estamos examinando. En virtud de ese límite temporal, la Constitución sólo podría ser revisada cada diez años:

---

(36) La proposición de reforma formulada por el tribunal —una vez cada diez años, como veremos a continuación— «Será presentada a las dos ramas del Poder Legislativo tres meses antes de las Asambleas primarias y recibirá la mayor publicidad posible. El Cuerpo legislativo, sin embargo, no deberá ocuparse de aquél, habida cuenta de que no posee el Poder Constituyente. Las Asambleas primarias que se celebran anualmente para la elección de los representantes del pueblo, examinarán el cuaderno (proposición de reforma) y decidirán si delegar o no el Poder Constituyente a la actual Legislatura. Si la mayoría se ha decidido negativamente, todo habrá concluido hasta dentro de diez años; si, por el contrario, la votación es afirmativa, la legislatura, revestida del Poder Constituyente, se limitará a legislar sobre el cuaderno de proposiciones, sin poder enmendarlas ni sustituirlas. Podrá, sin embargo, rechazarlas, en todo o en parte, publicando los motivos de tal rechazo». SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 430. En la descripción del procedimiento de reforma constitucional se reproduce el esquema del poder Legislativo: representativo pero de base democrática. El poder de reforma lo ejerce finalmente el Consejo pero previa delegación de las Asambleas primarias.

(37) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 429.

«Cada diez años, a partir del fin de siglo, ya no muy lejano, el Tribunal Constitucional hará imprimir su cuaderno o Proyecto de la Reforma del Acta Constitucional. Cuaderno que será el resultado de la selección de las ideas más útiles para la reforma de la Constitución recibidas los años precedentes» (38).

Sieyès concluye su impecable razonamiento con estas palabras: «No conozco nada más sencillo que este procedimiento de reforma constitucional; nada más propio que recoger la voluntad del pueblo sin separarla de la luz de los sabios» (39). Los sabios que aportan luz son, por tanto, los miembros del Tribunal. Esto confirma que en la concepción del abate, el Tribunal Constitucional es un órgano dotado de una auctoritas.

Junto a la protección de la Constitución, y la titularidad del derecho de iniciativa de reforma constitucional, Sieyès atribuye al Tribunal Constitucional una tercera e importante función: la defensa de los derechos del hombre.

### II.3. El Tribunal Constitucional como Tribunal de Derechos del Hombre

La tercera y última de las atribuciones que Sieyès asigna al Tribunal Constitucional es la relativa a su actuación como Tribunal de «equidad natural» o de derechos del hombre, en aquellos casos no previstos por el derecho positivo.

De lo que se trata es de «dotar a un juicio de equidad natural de toda la fuerza obligatoria que tienen las sentencias ordinarias de nuestros tribunales» (40). Juicios necesarios cuando la ley positiva o bien carece de respuesta, o en un caso concreto proporciona una manifiestamente contraria a los más elementales principios de justicia. Para ello hace falta establecer una magistratura diferente de la ordinaria, y el abate va a encontrar sus integrantes en el seno del Tribunal Constitucional. En su esquema, esta jurisdicción de equidad natural se compondría de una décima parte de los miembros del Tribunal Constitucional:

«No confiamos a la masa entera del Tribunal Constitucional esta tercera atribución. Postulamos, muy diferentemente, que se sortee anualmente una sección de una décima parte, al menos, de sus miembros, que se hallará exclusivamente encargada de las decisiones de justicia natural» (41).

La función principal de esta jurisdicción de equidad consistirá en el ejercicio del derecho de gracia. Se trata de una prerrogativa que en el Antiguo Régimen era privativa del Monarca, pero cuya necesidad se hacía sentir también en el sistema jurídico-político surgido de la Revolución:

(38) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 430.

(39) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 430.

(40) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 430.

(41) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 431.



«El derecho de gracia es necesario cuando resulta un deber, y en cuanto es un deber, debe cambiar de denominación: ya no se trata de gracia, sino de estricta justicia» (42).

Ahora bien, con esta jurisdicción no sólo se pretende evitar condenas injustas, sino también absoluciones contrarias a la Justicia. Esta doble dimensión de la jurisdicción de equidad que se atribuye a una sección del Tribunal Constitucional resulta clara:

«Resulta indispensable —advierde el abate— en una sociedad política que se dice libre y se considera ilustrada, instituir en algún lugar una instancia de jurisdicción puramente natural para delitos o crímenes para los que no se encuentra recursos en la competencia de las leyes positivas» (43).

Sieyès conecta así al Tribunal Constitucional con lo que considera es función principal del entero sistema político o Establecimiento Público: la libertad, esto es, los derechos del hombre. Con esta magistratura se pretende, en última instancia, perfeccionar la jurisdicción civil, para que los individuos a través de ella conozcan «la dicha de la libertad, gozando de sus derechos en perfecta seguridad» (44).

Se trata de una jurisdicción concebida como clave de bóveda del sistema de garantía de los derechos. Para esta sección del Tribunal Constitucional dedicada a ejercer esta magistratura el abate propone el nombre de «Tribunal de los Derechos del Hombre», «pues tal es el verdadero nombre del instrumento, tanto moral como político, que os propongo establecer, ya que todo el edificio constitucional se relaciona al cabo con los derechos del hombre» (45).

Ahora bien, de la misma forma que en relación a las anteriores funciones, Sieyès advertía la necesidad de limitar los poderes del Tribunal, también en esta última, y para evitar un riesgo de arbitrariedad, el abate cree necesario restringir las facultades del Tribunal de Derechos del Hombre, de forma que no pueda actuar de oficio, sino sólo a instancia de otro órgano, que habrá de ser un tribunal de la jurisdicción ordinaria.

«Tales son, pues —concluye el abate su brillante exposición— las tres funciones que integran la noción de Tribunal Constitucional (...) Desde los dos primeros puntos de vista, sirve a la Constitución; desde el tercero, a los derechos del hombre» (46).

---

(42) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 431: «¿Quién de vosotros, ciudadanos —se pregunta el abate ante la Convención para persuadirlos de la necesidad de prever esta jurisdicción de equidad— no se ha hallado en el caso de ver jueces situados en la espantosa alternativa de salvar a un culpable o, lo que es aun más grave, castigar a un inocente o defender la ley? Esta posición de un tribunal reducido a la elección entre lo arbitrario o lo injusto, ¿no atestigua la insuficiencia de la legislación y la existencia de ese vacío que yo propongo cubrir?».

(43) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. Pp. 431-432. La necesidad de esta jurisdicción se da en todas partes: «En ninguna parte la universalidad de los derechos ha sido puesta bajo una igual y entera protección de la Ley».

(44) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 432.

(45) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 432.

(46) SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre las atribuciones ...ob. cit. P. 433.

### III. El debate sobre la naturaleza representativa o judicial de la institución

La doctrina ha discutido ampliamente la cuestión de si el Tribunal Constitucional diseñado por el abate es un órgano de naturaleza representativa o judicial. Los defensores de la primera tesis, esto es, del carácter representativo de la institución, alegan su composición, esto es, la forma de designación de sus miembros. Todos ellos son elegidos en razón de su antigua condición de representantes de la nación francesa, y en el desempeño de su nueva función, son también representantes (47). Los defensores de la naturaleza judicial del órgano, justifican su tesis, en las funciones que ejerce y en la literalidad del proyecto que el abate redactó.

Probablemente esto es algo que al abate no le preocupó. Al fin y al cabo, para él, toda institución es representativa, por lo cual la que ahora nos ocupa no podría ser una excepción a ese principio general de su teoría política y constitucional (48). Sin embargo, considero que Sieyès, con independencia de la composición concreta del órgano, lo diseñó, básicamente, como un auténtico Tribunal de Derecho, esto es como un órgano jurisdiccional supremo, competente para actuar como «Tribunal de casación en el orden constitucional». Esto es evidente en la primera y tercera de las funciones analizadas. En relación a la segunda, se impone la tesis contraria.

A favor de la naturaleza judicial del Tribunal Constitucional diseñado por Sieyès cabe alegar los siguientes argumentos:

- a) El principio rogatorio incluido en el artículo XVII del proyecto y al que ya hemos hecho referencia.
- b) El hecho de que según disponía el artículo VII del proyecto: las decisiones del Tribunal Constitucional llevarán el nombre de sentencias
- c) El hecho de que la consecuencia o efecto jurídico de una sentencia que declare la inconstitucionalidad de un acto o norma, sea la nulidad de pleno derecho de esta, tal y como dispone el artículo VIII del proyecto.

El profesor Blanco Valdés defiende esta tesis. Según el Catedrático de Santiago de Compostela, los tres artículos citados del proyecto demuestran «con absoluta claridad (...) que en su concepción (la de Sieyès), el Tribunal Constitucional debía ser un órgano de naturaleza esencialmente jurisdiccional destinado a garantizar la supremacía del poder constituyente sobre el poder constituido: adelantándose en más de un siglo y medio en el proceso que conducirá finalmente en Francia al establecimiento de un

(47) La propuesta de artículo que envía tras el discurso del 2 de Termidor reza así: «Se constituirá, bajo el nombre de Tribunal Constitucional, un cuerpo de representantes en número de los 2/20 de la legislatura, con la misión especial de juzgar y pronunciarse sobre las denuncias de violación de la Constitución, dirigidas contra los decretos de la legislatura».

(48) Como es sabido, la representación es uno de los conceptos nucleares de la teoría política del abate. En los discursos que ahora comentamos también se hizo eco de ella. Al exponer su comprensión de la división de poderes dirá: «en modo alguno apunto a una posible superación del sistema representativo: más allá de éste no existe sino usurpación, superstición y locura (...) Es preciso que todos aquellos que ejercen una función pública para el pueblo, o bien sean sus representantes, si tienen esa misión, o bien usurpadores, si carecen de ella. En el seno de la sociedad todo es representación (...) La representación se confunde con la esencia misma de la vida social». SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre varios artículos de los Títulos IV...*ob. cit.* Pp. 400-401. De lo que se deduce que ninguna institución legítima puede dejar de ser representativa. Tampoco puede dejar de serlo el Tribunal Constitucional. Pero ello no quiere decir, en modo alguno, que la función que desempeña no pueda ser propiamente jurisdiccional.

sistema de control de constitucionalidad de la mano del vigente Consejo Constitucional» (49).

Por su parte, el profesor Maíz, uno de los más cualificados especialistas en el pensamiento y en la obra del abate, aunque subraya el carácter representativo del órgano, entre otras cosas porque como hemos dicho en la teoría de Sieyès todo es representación, insiste en su virtualidad para garantizar «la superioridad efectiva de la Constitución sobre las leyes ordinarias, esto es, su consideración como un texto jurídico y no mero documento político declarativo» (50).

Tal es pues el sentido y la función del Tribunal Constitucional, garantizar el carácter normativo del Texto Constitucional. Y en esto, Sieyès se adelantó más de un siglo a la genial construcción de Kelsen. Desde esta óptica, a nuestro juicio, el debate sobre la naturaleza representativa o jurisdiccional del órgano no tiene mayor relevancia (51).

#### IV. Las objeciones y el rechazo del proyecto

El extenso, riguroso y bien fundamentado discurso que Sieyès pronunció el 18 de Thermidor, para justificar la inclusión en el nuevo Texto Fundamental de un Tribunal Constitucional determinó que su propuesta fuera remitida a la Comisión de los Once —encargada de redactar el proyecto constitucional—, para su estudio y posterior presentación a la Convención.

Una semana después (24 y 25 de Thermidor, esto es, 11 y 12 de agosto), Berlier —en nombre de la Comisión de los Once— abrió el debate en la Convención. En su intervención, Berlier defendió la necesidad del establecimiento del Tribunal, y rechazó expresamente las dos principales objeciones que se habían planteado a la propuesta del abate: las referentes a la inutilidad y a la peligrosidad de la institución.

Para Berlier, la necesidad de un órgano que velase porque cada uno de los poderes se mantuviera dentro del ámbito de sus atribuciones era evidente, pues, «si uno se desviase rompería el equilibrio y sin una institución que, situada por encima de todas las demás, las volviese a colocar a todas en situación de armonía, yo no veo que nuestro sistema político esté garantizado» (52). La institución distaba mucho, pues, de ser inútil, tal y como sostenían algunos, puesto que ni la división bicameral de la Asamblea ni ninguna otra de las medidas incluidas en el proyecto podrían cumplir la función asignada al Tribunal.

Por otro lado, Berlier subrayó en su intervención la decisiva importancia del principio rogatorio, para rechazar que el Tribunal pudiera configurarse como una amenaza para la libertad: «Tanto el plan de Sieyès, como el nuevo proyecto de la Comisión, tienen en común que prohíben, por igual, al tribunal cualquier decisión espontánea. Esta

---

(49) BLANCO VALDÉS, R.: *El valor de la Constitución...ob. cit.* P. 344.

(50) MAÍZ R.: *Nación y Revolución. La teoría...ob. cit.* P. 203.

(51) Aunque es un debate que dista mucho de estar resuelto. Así, por razones diversas, destacados autores niegan a Sieyès el papel de creador del control de constitucionalidad de las leyes, y la tesis que en este trabajo se defiende: JAUME, L.: «Sieyès et le seus du Jury constitutionnaire: una reinterpetation» en *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, núm. 3, 2002. TROPER, M.: «Sieyès et le Jury constitutionnaire» en *La République*, Mélanges Pierre Avril, Montchrestien, Paris, 2002. Pp. 264-282.

(52) Esta y el resto de las intervenciones aquí citadas en, *Moniteur Universel*, Tomo XXV.

idea es primordial, y la institución del tribunal sería, quizás, sin esta condición, más funesta que inútil, porque se transformaría, o podría transformarse, según los temores expresados por muchos espíritus bondadosos, en ese coloso que amenazaría con arrasar todas las otras partes de la organización política».

Ahora bien, dicho esto, es preciso advertir que el proyecto de Tribunal elaborado por la Comisión de los Once era muy diferente del que había presentado, una semana antes, el abate. Las diferencias eran de tal calado que no es exagerado afirmar que el proyecto de Sieyès había quedado por completo desvirtuado y desnaturalizado por la Comisión. Por un lado, Berlier rechazó dos de las tres funciones que, como vimos, Sieyès asignó al Tribunal, la relativa a la elaboración de propuestas de reforma constitucional y la jurisdicción de equidad. Y, por otro, en relación a la única función que se mantenía en el proyecto de la Comisión de los Once, la de actuar como tribunal de casación en el orden constitucional, Berlier rechazó expresamente que en el ejercicio de ella, el Tribunal pudiera resolver una denuncia de la minoría contra la mayoría: «Me parece, por lo demás, una abstracción la idea de hacer intervenir la autoridad del tribunal en los casos en que se produzcan fuertes disensiones entre la mayoría de uno de los Consejos y una facción minoritaria (...) No convirtamos al Tribunal Constitucional en un prefecto incómodo, algunas veces ridículo, y que más frecuentemente aun se convertiría en opresor».

A esta intervención inicial de Berlier, siguieron las de Eschassériaux y Larevellière-Lépeaux. Ambas reflejaron una disconformidad de fondo con la propuesta de Sieyès. Eschassériaux rechazó la tercera de las funciones atribuidas a la institución puesto que un tribunal de equidad es «inútil en nuestro sistema de legislación civil y políticamente peligroso». Larevellière-Lépeaux, por su parte, rechazó con contundencia el proyecto del abate, y aceptó con resignación el de la Comisión: «Si la Comisión cree que debe admitirse un Tribunal Constitucional, me parece que el de la comisión es mucho más propio para el cumplimiento de su objeto». En todo caso, en su discurso no se explicitan las razones de tal afirmación.

En su conjunto, el grupo de diputados que intervinieron en contra del establecimiento de un Tribunal Constitucional, fue menor que el de los que se manifestaron a favor. Ahora bien, como bien ha advertido Blanco Valdés, «la falta de un auténtico interés por parte de estos últimos (...) contrastó con la agresividad de los primeros, cuyas argumentaciones no sólo superaron a las de aquellos en dureza y radicalidad, sino que acabaron por conectar con la ideología mayoritariamente proparlamentaria que dominaba la Convención» (53).

A pesar de las trágicas experiencias pasadas, esta ideología proparlamentaria cuyo principio fundamental era la defensa de la supremacía del parlamento, y en definitiva, la soberanía parlamentaria, es la que determinó no sólo el rotundo rechazo del proyecto de Tribunal Constitucional, sino el fracaso del constitucionalismo francés. La opinión dominante fue incapaz de comprender que la atribución de la soberanía a un poder constituido (aunque este fuera el Parlamento) resulta incompatible con la lógica del Estado Constitucional, —tal y como había sido formulada por el abate— porque impide distinguir el Poder Constituyente de los poderes constituidos.

Los convencionales, que eran reacios a asumir que el Parlamento pudiera llegar a ser una amenaza para la Constitución, y por ende, para la libertad, destacaron inme-

(53) BLANCO VALDÉS, R. *El valor de la Constitución...ob. cit.* P. 347.

diatamente la potencial amenaza y los peligros que se derivarían de la existencia de un órgano de defensa como el diseñado por el abate. Desde esta óptica, las intervenciones de Louvet y de Thibaudeau fueron decisivas para el resultado de la votación.

El abogado Pierre-Flore Louvet, diputado de la Somme, advirtió el peligro que suponía instaurar «un Tribunal Constitucional compuesto de 108 miembros irresponsables, sin vigilancia y sin contrapeso de ninguna clase». «No debéis dudar —advertía Louvet a los miembros de la Convención— que el cuerpo que se os propone instituir, muy pronto se considerará el primero de la República (...) La ambición puede deslizarse en ese cuerpo y a buen seguro que se deslizará allí infaliblemente, y quién podrá entonces calcular dónde se detendrán los intentos de un poder dotado del derecho de paralizar todas las leyes, todos los actos de ejecución, todas las partes de la administración pública (...) de un poder irresponsable que no tendrá sobre él a nadie para reprimirlo, a nadie a su lado para detenerlo».

Tras exponer de forma tan cruda y contundente los peligros que a su juicio se derivarían de instaurar el Tribunal Constitucional, Louvet rechaza también las razones que según sus partidarios justifican su creación. Para el diputado de la Somme, el proyecto constitucional de la Comisión contiene ya elementos suficientes para garantizar el equilibrio de los poderes sin que sea necesario recurrir a un órgano como el diseñado por el abate. De forma un tanto hiperbólica, Louvet llega a identificar la instauración de un Tribunal Constitucional con la ruina del Estado: «Yo no sé si estoy exagerando, pero me parece que esta institución que se propone como la clave de bóveda de todo el edificio social puede acabar por convertirse en el más útil instrumento para su destrucción total».

Finalmente, Louvet añadió una objeción más, que luego retomaría y desarrollaría Thibaudeau. La objeción con la que el diputado de la Somme concluyó su discurso era la siguiente: «Si se me objetase que es necesario un poder para vigilar de algún modo a los demás, y al que los ciudadanos lesionados pudiesen recurrir, yo preguntaría, por mi parte, quién ha de vigilar a ese poder y a quién podrán dirigirse las denuncias contra sus propios actos».

En todo caso, debemos al joven abogado Antoine Claire Thibaudeau, la más completa y mejor elaborada de cuantas intervenciones conformaron el frente antitribunal. En su discurso realizó una serie de afirmaciones y argumentaciones tendentes a evitar cualquier posible apoyo no sólo al proyecto presentado el 18 de Thermidor por el abate, sino incluso a la muy modesta y limitada propuesta defendida por Berlier el 24 del mismo mes.

El diputado que había sido testigo «de los innumerables males que trajo a Francia la confusión de todos los poderes» comenzó su intervención con una encendida defensa del principio de división de poderes, como garantía de la libertad: «Sólo la separación de poderes y su independencia constituyen la libertad. Es ésta una verdad tan aceptada que no es necesario proceder a demostrarla aquí». Ahora bien, para garantizar la división y contención de los poderes existen dos tipos de instrumentos: «Unos exteriores a los propios poderes, otros inherentes a los mismos. Entre los primeros pueden incluirse la apelación al pueblo y los censores, o cualquier otro cuerpo establecido para juzgar sobre las infracciones de la Constitución». Para Thibaudeau, el Tribunal Constitucional propuesto es un medio de defensa externo, situado fuera de la estructura orgánica que ejerce el poder legislativo del Estado, y respecto al cual el proyecto constitucional ya establece un equilibrio interno. Para el diputado los instrumentos que desde dentro de la

estructura del poder legislativo garantizan el adecuado equilibrio de los poderes son útiles y necesarios. Y estos están ya previstos en el Texto. Los instrumentos externos, por el contrario son peligrosos. Ese carácter externo del Tribunal propuesto por Sieyès es —según Thibaudeau— el que lo convierte en peligroso puesto que lo sitúa al margen de cualquier posible control: «Si el Tribunal Constitucional, cuyas funciones serán determinadas en su momento por la Constitución, sobrepasa sus límites, ¿quién reprimirá su usurpación? Yo os confieso que he intentado buscar una respuesta y que no he encontrado ninguna que me satisfaga».

Llegados a este punto, Thibaudeau admite que el Tribunal —como órgano irresponsable y no sujeto a control alguno— sólo podría ser admisible si estuviera integrado por personas «sin pasiones, sin prejuicios, y extraños a todos los partidos». Ahora bien, si tales personas existen —subraya el joven abogado con un escepticismo hasta cierto punto comprensible— ¿por qué no encomendarles también el ejercicio de los demás poderes del Estado? Si, por el contrario, los miembros del Tribunal habrán de ser «hombres tan susceptibles de todas las pasiones como los miembros de los dos Consejos y del Directorio» ¿quién los controlará? Y, en su caso, si alguien lo hiciera, ¿quién vigilará a estos controladores? Y es que, como agudamente observó el brillante abogado que era Thibaudeau, la necesidad de «esta vigilancia gradual se extendería hasta el infinito». Desde esta perspectiva, concluyó su argumentación con una metáfora cuyo destinatario último no era otro que el abate:

«Se dice que entre un pueblo de las Indias, la creencia popular consiste en pensar que el mundo está sostenido por un elefante, y este elefante por una tortuga; pero cuando uno pasa a preguntar sobre quién reposa la tortuga, la erudición desaparece».

A mayor abundamiento, Thibaudeau insistió en una de las cuestiones apuntadas ya en la intervención del diputado Louvet, la posibilidad de que el Tribunal acabara convertido en un instrumento de dominio de la minoría sobre la mayoría, o según su propia terminología, de las facciones sobre la Nación representada en el Parlamento: «Es la primera vez que se propone establecer una institución tan contraria a los principios, tan favorable a las facciones, tan destructiva del orden social; ella no podría convenir sino a un pueblo en el que se hubiera acordado que es la minoría quien tiene siempre razón y quien debe hacer la ley».

Con estas afirmaciones, Thibaudeau se hacía eco también de otra opinión dominante, según la cual el riesgo de que la mayoría oprimiera a la minoría era inexistente. Este peligro real y cierto estaba, como hemos visto, en la base de la propuesta del abate y en su concepción del Tribunal como una institución defensora de la minoría, y por ello mismo, contramayoritaria.

Los anteriores razonamientos condujeron a Thibaudeau a formular un rechazo radical y rotundo a cualquier propuesta de instaurar un Tribunal Constitucional. Su discurso revistió tintes apocalípticos al referirse a esta institución como un poder monstruoso y como un amo que encadenaría a los poderes para vigilarlos con mayor facilidad. Ahora bien, la contundencia de su crítica contrastó con la superficialidad de las soluciones que propuso como alternativas. En este sentido, se limitó a repetir los lugares comunes del discurso dominante durante todo el proceso constituyente de 1793, y sostuvo que «es correr detrás de una perfección quimérica querer darle guardianes a una Constitución y vigilantes a los poderes constituidos superiores». En línea con ello, defendió que «los más seguros y naturales guardianes de cualquier constitución son los cuerpos depositarios del poder y después la totalidad de los ciudadanos».

No hace falta insistir que ese discurso obviaba la problemática de la normatividad de la Constitución —que en última instancia estaba en la base de la propuesta del abate— y atribuía su defensa precisamente a aquellos que con sus actos podían violentarla: el Parlamento.

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que todas las anteriores consideraciones, y sobre todo la apelación a una de las cuestiones centrales de la teoría política moderna y que puede sintetizarse en el interrogante «¿Quis custodiet et ipsos custodes?» que podría proyectarse hasta el infinito sin obtener respuesta, determinó que la Convención en su sesión del 25 de Thermidor rechazara —y lo hiciera por unanimidad— la propuesta de instaurar un Tribunal Constitucional.

No creo que sea exagerado afirmar que ese día se decidió la suerte —o mejor dicho el fracaso— del constitucionalismo francés y europeo. El rechazo de la meritoria y sugerente propuesta del abate supuso el triunfo definitivo del principio básico del liberalismo revolucionario francés: la omnipotencia del poder legislativo. Como acertadamente destacó Carré de Malberg, es este concepto del poder absoluto del cuerpo legislativo, («El Parlamento adquiere el rango de soberano: es el soberano real» (54)) en tanto que representante de la voluntad general, el que, durante el periodo revolucionario, supuso el fracaso del proyecto de Tribunal Constitucional de Sieyès».

Algunos autores, como Baczko han apuntado que el fracaso no fue completo, y que aunque la Constitución del año III no recogiese la propuesta del abate, sí que se hizo eco de su preocupación fundamental por la necesidad de conservar las instituciones (55).

En nuestra opinión, el fracaso de Sieyès fue total en la medida en que durante todo el siglo XIX y buena parte del XX, la Constitución quedó indefensa, por la sencilla razón de que como el abate había advertido: «una ley cuya ejecución no está fundada más que sobre la buena voluntad, es como una casa cuyos suelos reposaran sobre las espaldas de aquellos que la habitan. Es inútil decir lo que sucederá con ella más tarde o más temprano». Efectivamente, el rechazo de la propuesta del abate por su incompatibilidad con el principio de soberanía parlamentaria hizo inviable en Francia la configuración de la Constitución como norma suprema. No es exagerado afirmar que no fue hasta el establecimiento del Consejo Constitucional por la Constitución de la V República (1958) cuando se sentaron las bases de la supremacía normativa del Texto Fundamental. Y hubo que esperar hasta 1971 para que el Consejo se erigiese en verdadero garante de la Constitución (y no sólo del respeto a la división de poderes entre el Gobierno y el Parlamento) y de la libertad.

En todo caso, Sieyès no se dio por rendido y, pocos años después de su fracaso, reformuló su propuesta en su proyecto constitucional del año VIII. La posición y las funciones básicas de defensa de la Constitución las desempeña en ese proyecto una institución que presenta diferencias notables con el Tribunal defendido en 1795. Se trata del denominado «Colegio de Conservadores». En este caso sería Napoleón, el titular de la espada al que ingenuamente apeló el abate para poner fin a la Revolución el que pondría fin al último intento del abate de Frejús de elaborar una Constitución para Francia.

---

(54) CARRE DE MALBERG, R. (1931): *La ley, expresión de la voluntad general. Estudio sobre el concepto de la ley en la Constitución de 1875*. Marcial Pons, Madrid, P. 41.

(55) BACZKO, B. : *Comment sortir de la Terreur. Thermidor et la Révolution*. Gallimard, Paris, 1989. p. 347.

## V. El colegio de conservadores

Efectivamente, cuatro años después de haber pronunciado el decisivo discurso que hemos analizado, —decisivo, insistimos, porque a pesar del rotundo rechazo de sus propuestas, se configura como el primer precedente teórico de los Tribunales Constitucionales— el abate, concibe un nuevo órgano: el Colegio de Conservadores. Su razón de ser es la misma que la del Tribunal Constitucional, defender el depósito constitucional, esto es ser guardián de la voluntad del Poder Constituyente. La institución se concibe como la clave de bóveda de un complejo edificio institucional diseñado por el abate y cuyos detalles exactos conocemos gracias a Boulay de la Meurthe (56).

El Colegio de Conservadores se concibe como una «magistratura constitucional» cuya principal misión es «la defensa de la Constitución en toda su pureza, ora decidiendo sobre las dificultades de aplicación y los conflictos de competencia, ora reprimiendo los atentados que aquella pudiera sufrir». Junto a esta función de defensa estricta, Sieyès atribuía al Colegio —de la misma forma que antes hizo en relación al Tribunal— la intervención en la reforma de la Constitución (57).

El Colegio se compondría de cien plazas, de las cuáles ochenta deberían estar siempre cubiertas (58). El Tribunal se componía de 108, número muy similar. Ahora bien, las diferencias entre ambos órganos son notables en lo que se refiere al estatuto de sus miembros y, por ende, al procedimiento de renovación de la institución. En el frustrado proyecto del abate, el Tribunal Constitucional se renovaba anualmente por tercios, pero tras un más detenido examen de la cuestión, aquel llega a la conclusión de que ello lo exponía «a la movilidad de las opiniones y a su sometimiento a las pasiones y movimientos de los partidos» (59).

Para evitar esos peligros, Sieyès defendió el carácter vitalicio de los miembros del Colegio de Conservadores, quienes se cooptarían ellos mismos entre «los notables de la lista nacional de elegibilidad» (60). El abate garantizaba así la independencia de sus miembros a través del carácter vitalicio de su mandato y de un estricto sistema de incompatibilidades. Los miembros del Colegio no podrían ni mantener, ni solicitar, ni obtener ningún otro puesto, incluso presentado su dimisión. Además de inamovibles, deberían ser asimismo inviolables (61).

(56) BOULAY DE LA MEURTHE: «La teoría constitucional de Sieyès», en SIEYES, E.: *Escritos y discursos de la Revolución* (edición, traducción y notas de Ramón Máiz), CEPC, Madrid, 2007. Pp. 439-463.

(57) BOULAY DE LA MEURTHE: «La teoría constitucional de Sieyès»...*ob. cit.* P. 457.

(58) Las veinte restantes permanecerían vacantes en un primer momento, con el fin de que los honorarios que les estuvieran destinados sirvieran para cubrir los gastos del establecimiento inicial y, sobre todo, se posibilitaran al Colegio las nominaciones extraordinarias. BOULAY DE LA MEURTHE: «La teoría constitucional de Sieyès»...*ob. cit.* P. 457.

(59) BOULAY DE LA MEURTHE: «La teoría constitucional de Sieyès»...*ob. cit.* P. 458.

(60) BOULAY DE LA MEURTHE: «La teoría constitucional de Sieyès»...*ob. cit.* P. 458. Lista nacional de elegibilidad, que como vamos a ver, era confeccionada por el propio Colegio.

(61) A ello se añadía una muy elevada retribución por sus servicios (cien mil francos mensuales). De lo que se trataba era de que el puesto de Conservador resultara tan gratificante e independiente para su titular que éste renunciara a cualquier otra ambición. BOULAY DE LA MEURTHE: «La teoría constitucional de Sieyès»...*ob. cit.* P. 460. Por otro lado, y por lo que se refiere a la elección del primer Colegio, Sieyès se limitó a señalar que ello requeriría «una elección extraordinaria que sería realizada por un solo hombre, considerado como legisla-



Desde esta óptica y para convertir al Colegio en «centro de estabilidad política» reforzó sus funciones en relación con las anteriormente previstas para el Tribunal. La estabilidad era necesaria —a la vista de la dramática experiencia revolucionaria— para la efectividad de la libertad. Así a las funciones de defensa constitucional, se añadieron otras funciones políticas de notable envergadura: a) el derecho de censura en la lista nacional de elegibles; b) la elección de los representantes del Cuerpo legislativo; c) el nombramiento y cese del Gran Elector; d) la facultad de «absorción» de cualquier funcionario público; e) la jefatura de la Guardia Nacional.

La primera función atribuida al Colegio era la depuración de la lista nacional de notables, compuesta por un número que oscilaría entre los 5400 y los 6000 ciudadanos, únicos elegibles para el desempeño de funciones nacionales.

La lista era confeccionada de la siguiente manera. De los 30 millones de individuos que habitaban entonces en Francia, descontando a mujeres, menores, y otros excluidos, el número de ciudadanos activos eran seis millones que se repartían en distritos municipales. En cada distrito los ciudadanos activos debían elegir a una décima parte de los mismos, los que gozaran de mayor confianza de todos, para conformar las listas municipales o de confianza en primer grado: así tenemos a los 600.000 ciudadanos más notables. A esta operación seguía una segunda en el ámbito de los departamentos para elaborar las listas departamentales o de confianza en segundo grado. Los inscritos en las listas municipales debían elegir a la décima parte de ellos para integrar las listas departamentales, en las que figuraban así unos 60.000 notables. Las listas municipales servían para elegir de entre ellos a todos los funcionarios locales y las listas departamentales para el mismo fin en ese otro ámbito territorial. Finalmente, y para proveer a cargos de nivel nacional era preciso configurar una tercera lista de elegibles. Para ello los notables departamentales elegirían a una décima parte de ellos, elaborando así una lista nacional de 6000 elegibles.

Para que esta última lista «alcanzara tal naturaleza y fuera publicada como nacional debería recibir tal carácter y publicación por parte del Colegio de Conservadores» (62). En este sentido el Colegio dispone de un «derecho de censura» destinado a depurar la lista, y eliminar de ella «los efectos de la intriga, la corrupción o el descuido», pudiendo así borrar de la lista hasta a un décimo de los en ella inscritos (63).

Tres grados de elegibilidad y tres listas que permiten cumplir uno de los principios políticos fundamentales en la teoría política del abate, que nadie sea revestido de una

---

dor constituyente, bien por un conjunto de electores con la misión especial de proceder a ello». BOULAY DE LA MEURTHE: «La teoría constitucional de Sieyès»...*ob. cit.* P. 463.

(62) BOULAY DE LA MEURTHE: «La teoría constitucional de Sieyès»...*ob. cit.* P. 445.

(63) Boulay de la Meurthe subraya el carácter democrático de la elección «¿Quién tiene derecho a elegir a estos hombres? El pueblo y solo el pueblo (...) corresponde al pueblo designar los hombres que poseen su más alta confianza para gestionar el interés común que los constituye en comunidad (...) Y aperebíos de la libertad de que goza el otorgamiento de la antedicha confianza: ésta no se encuentra restringida por ningún impedimento, ninguna condición de elegibilidad (...) Cuando en la discusión en el seno de las comisiones algunos exigieron listas de notabilidad reguladas sobre un listado de fortunas, Sieyès se opuso a ello frontalmente, afirmando que esta idea era aristocrática y que, por el contrario, la suya era la única auténticamente republicana, consiguiendo finalmente el asentimiento de la gran mayoría». BOULAY DE LA MEURTHE: «La teoría constitucional de Sieyès»...*ob. cit.* P. 446. Fácilmente se comprende la injusticia de atribuir al abate la defensa de un sufragio censitario al que siempre se opuso con firmeza. Cuestión distinta es que los efectos del sufragio universal inicial se vieran limitados por esta elección en triple grado, y por las facultades censoras atribuidas al colegio de conservadores.

función pública sin contar con la confianza declarada, manifiesta y constante de aquellos sobre los que ejerce tal función. Las funciones municipales sólo pueden ser desarrolladas por notables del ámbito municipal, las departamentales por notables del departamento, y finalmente, las funciones nacionales por notables nacionales.

Ahora bien, el segundo principio político del abate establecía que nadie debía ser nombrado funcionario por aquellos sobre los que va a ejercer autoridad (64). Para cumplir esto, los funcionarios municipales serían designados por los funcionarios departamentales, y estos, a su vez, por funcionarios nacionales. Ahora bien, ¿quién designaría a los funcionarios nacionales? Para dar respuesta a esta pregunta y cumplimiento al principio mencionado, el abate configura en la cúspide del sistema político dos potencias electorales: una para la designación de los representantes del Poder Legislativo y otra para los funcionarios del Poder Ejecutivo. La primera es justamente el Colegio de Conservadores, cuya segunda función, es, por tanto, elegir en el seno de la lista nacional, a los representantes del Cuerpo Legislativo.

Para la designación de los funcionarios nacionales del Poder Ejecutivo establece un sistema en cuya cúspide sitúa la figura del Gran Elector, magistrado de carácter vitalicio, cuyo estatuto precisa con detalle para evitar suspicacias (65). El Gran Elector sólo puede nombrar a dos altos cargos: los dos Jefes del Gobierno, denominados Cónsules, uno para asuntos exteriores y otro para política interior. Cada Cónsul nombraba como medios de gobierno a su Consejo de Estado y a sus ministros. Estos elegirían en las listas departamentales los funcionarios que requiriesen.

Ahora bien, la configuración del Gran Elector como un cargo vitalicio pero no hereditario obliga a plantearse como cuestión fundamental el procedimiento para su designación. Y para responder a la pregunta de quién habría de elegir al Gran Elector, Sieyès recurre, una vez más, al Colegio de Conservadores.

De esta forma, el Colegio asume la titularidad de una doble función electoral: la elección del Cuerpo Legislativo y la designación del Gran Elector. El abate justifica esta función del Colegio en la composición, ya explicada, de la institución: «En cuanto este Colegio está compuesto (...) por los ciudadanos más puros e ilustrados de la lista nacional de elegibles, la cual no constituía, a su vez, sino el resultado último de tres depuraciones sucesivas, debía ser considerado como un cuerpo verdaderamente representativo de toda Francia y el más capaz, por añadidura, de mantener su unidad y expresar una voluntad que no podría dejar de adecuarse al interés general» (66).

Sieyès rechaza —como ya hiciera anteriormente en su defensa del Tribunal Constitucional— que los amplios poderes conferidos al Colegio puedan convertirlo en

(64) La confianza viene de abajo y la autoridad de arriba.

(65) BOULAY DE LA MEURTHE: «La teoría constitucional de Sieyès»...*ob. cit.* P. 453: «No es un déspota, pues déspota es quien reúne en sus manos todos los poderes públicos, y el Gran Elector (...) no posee sino atribuciones regladas y limitadas». Establecido esto, sus funciones son decisivas para el buen funcionamiento del Estado: «El vértice, el magistrado supremo, o Gran Elector, ubicado en el lugar más alto del sistema a fin de observar en toda su extensión el horizonte político, disipar las brumas, y restablecer la necesaria serenidad. En efecto, sin ser por ello un rey, este magistrado vitalicio poseería, en su prerrogativa, la facultad de lograr todo el bien que se aguardaba de la monarquía. Su sola existencia aseguraría la unidad del Estado e impediría el nacimiento y peligrosidad de las ambiciones turbulentas, acallándolas con una sólo palabra». BOULAY DE LA MEURTHE: «La teoría constitucional de Sieyès»...*ob. cit.* P. 456.

(66) BOULAY DE LA MEURTHE: «La teoría constitucional de Sieyès»...*ob. cit.* P. 459-460.

un peligro para la propia Constitución. Y ello porque aunque es cierto que su autoridad se extiende a todo, «en todo encontraba, asimismo, un freno» (67): en el ámbito ejecutivo, su función se limita a la designación del Gran Elector; en el orden legislativo, el Colegio no puede tomar parte sino en el nombramiento de los diputados encargados de su ejercicio; en lo que se refiere a la represión de los atentados a la Constitución, tampoco puede actuar de oficio sino que se requiere una denuncia o queja del Gobierno o del tribunal.

Finalmente, el abate va a tribuir dos funciones más al Colegio. Funciones necesarias para que pueda garantizar la defensa de la Constitución contra todos sus potenciales enemigos, y para que esa defensa sea efectiva. El diseño político establecido por el abate permitía responder al peligro causado por «el ascendiente que pudiera ejercer sobre una multitud un ciudadano eminente por sus talentos y servicios a la nación» (68). Si el peligro reside en un general victorioso, el ministro que lo nombró puede cesarlo; si el peligro procediera del ministro, el Cónsul del que depende puede destituirlo; si el peligro viniera del Cónsul, el Gran Elector que lo designó puede en cualquier momento revocarlo; y, finalmente, si el peligro para la Constitución residiera en el propio Gran Elector, el Colegio de Conservadores tenía la facultad de «absorción», esto es de cesarlo.

Esta «facultad de absorción» que el abate atribuía al Colegio de Conservadores podía utilizarse «en todos aquellos casos cuyo ejercicio le pareciera necesario para la defensa de la Constitución y no solamente frente al Gran Elector, sino contra todo funcionario público que, por sus talentos o servicios, su popularidad o su ambición, resultare inquietante para el orden establecido» (69).

En la posibilidad de sancionar con el ostracismo a cualquier ciudadano residía el principal poder del Colegio. Y en este ámbito, además, se trata de un poder ilimitado habida cuenta que el Colegio puede ejercerlo por su propia iniciativa. Cualquier persona que rehusara obedecer al instante una orden de cese en la función pública correspondiente, —sea esta la que fuere— emitida por el Colegio, y cuantos se opusieran a ella, sería reo de alta traición.

Finalmente, y para que esta facultad fuese efectiva, el abate reserva para el Colegio la jefatura de la Guardia Nacional.

Este es el resumen de las ideas de Sieyès que nos transmitió Boulay de la Meurthe: «La garantía del orden social reside en el Establecimiento público; la garantía de la libertad civil radica en la verdadera división de poderes; y la garantía de estos poderes, unos frente a otros, hállase en el Colegio de los Conservadores, magistratura suprema y necesaria para la defensa de la Constitución» (70).

---

(67) BOULAY DE LA MEURTHE: «La teoría constitucional de Sieyès»...*ob. cit.* P. 461.

(68) «La historia le había enseñado —escribe Boulay de la Meurthe— que tales ciudadanos, devenidos en objeto de veneración generalizada y ciega, podrían abusar de ella en beneficio de su particular ambición, muy especialmente cuando ocupan un rango elevado en el Estado o bien desempeñan un mando militar importante». BOULAY DE LA MEURTHE: «La teoría constitucional de Sieyès»...*ob. cit.* P. 462.

(69) BOULAY DE LA MEURTHE: «La teoría constitucional de Sieyès»...*ob. cit.* P. 462.

(70) BOULAY DE LA MEURTHE: «La teoría constitucional de Sieyès»...*ob. cit.* P. 463. Junto a esta obra de Boulay de la Meurthe que hemos seguido en la exposición, otro amigo de Sieyès, PL. Roederer también recogió sus principales ideas y propuestas constitucionales de esta época. ROEDERER, PL.: *Le Gouvernement Représentatif*, en *Oeuvres du Comte P. L. Roederer*, Vol. IV. Paris, 1853-1859. Pp. 235 y ss.

De esta exposición se deduce con claridad que el Colegio de Conservadores es mucho más que un Tribunal Constitucional. Está concebido como un órgano de defensa jurídica y política —e incluso armada— del orden constitucional.

Por otro lado, en este nuevo y último diseño del edificio constitucional que el abate formuló, la figura del Gran Elector reviste una gran importancia. Se trata de un órgano unipersonal designado por el Colegio de Conservadores —que conserva en todo momento la potestad de cesarlo— y que puede ser considerado un precedente de las Jefaturas de Estado republicanas. El Gran Elector no es un Rey, sino una suerte de Presidente de la República, dotado de un poder neutro o moderador. En este, como en otros casos, corresponderá al más aventajado discípulo del abate, Benjamin Constant, el mérito de teorizar de forma magistral sobre este nuevo concepto: el poder neutro o moderador. Ahora bien, con independencia de que la construcción de Constant sirviera históricamente para legitimar la Restauración y atribuir dicho poder al Monarca, e integrarlo así en la arquitectura constitucional, —lo que nunca hubiera aceptado el abate— debemos reconocer que se trata del desarrollo de una fecunda idea alumbrada por Sieyès (71).

Esta comprensión del Gran Elector como un poder constituido y sometido al control del Colegio de Conservadores fue, en definitiva, la causa que determinó el fracaso de este último proyecto constitucional del abate. Este modelo político fue objeto de un contundente rechazo por parte de Napoleón Bonaparte. El general no estaba dispuesto, en modo alguno, a que su permanencia en la suprema magistratura unipersonal del Estado, se hiciera depender, en todo caso, de la voluntad del Colegio de Conservadores. Napoleón se oponía a cualquier diseño político en el que él no tuviera la última palabra, en el que su voluntad estuviera limitada materialmente (por el Texto Constitucional) y sus poderes controlados por otro órgano.

En este sentido, la ingenuidad del abate fue total. Mientras que él operaba con la lógica del constitucionalismo, que es la del control del poder y la de la garantía de la libertad, el General ansiaba el poder absoluto. De esta forma, el propósito de Sieyès de poner fin a la Revolución con una Constitución se vio frustrado. La Revolución concluyó con el establecimiento de un régimen autocrático que supuso la negación de todos los principios y valores que Sieyès defendió. No deja de ser paradójico que fuera precisamente Sieyès quien en su búsqueda de una espada para poner fin a la Revolución, abriera la puerta al régimen bonapartista.

El abate tardó en comprender la magnitud de su error. Y cuando lo hizo, tras exponer al General Bonaparte las líneas maestras de su modelo político y recibir una respuesta desdeñosa por las limitaciones impuestas al Gran Elector («será una sombra, pero la sombra descarnada de un Rey inoperante»), formuló estas premonitorias palabras a quien habría de convertirse en primer emperador de los franceses: «Entonces ¿queréis ser Rey?».

De esta forma, y como había ocurrido en 1791 y en 1795, también en 1799 las propuestas del abate fueron rechazadas y pronto cayeron en el olvido.

---

(71) Baste recordar que otra de las grandes contribuciones de Benjamin Constant a la Historia del Pensamiento Político, su celeberrima conferencia sobre La libertad de los antiguos y la libertad de los modernos, no contiene ninguna idea que no hubiera sido formulada y desarrollada ya por E. Sieyès.

## VI. Consideraciones finales

El Tribunal Constitucional defendido por Sieyès nos confirma los elementos esenciales de su teoría política.

- a) En primer lugar, la distinción esencial entre Poder Constituyente y poderes constituidos de la que deriva su concepción de la Constitución como norma jurídica —y no como un mero documento político— y como norma superior a la ley.
- b) En segundo lugar, su concepción de la Constitución como un límite a los poderes constituidos, y de manera singular, al Parlamento.
- c) En tercer lugar, la distinción entre el Poder Constituyente originario, titular de la soberanía y autor de la Constitución, que precede al Estado Constitucional y no forma parte de él, y el Poder constituyente instituido, como poder de interpretación y revisión de la Constitución.

Esto nos permite afirmar que Sieyès no fue sólo el creador del concepto de Poder Constituyente, al que consideró titular de la soberanía (nacional o popular (72)) y asignó la función de elaborar y aprobar la Constitución, sino el precursor del Estado Constitucional como síntesis de los principios de libertad y democracia.

En este sentido, no resulta exagerado concluir, con Pasquino, que Sieyès fue el inventor de la Constitución en cuanto se planteó el problema de su normatividad y la necesidad de garantizar su supralegalidad, a través del control de constitucionalidad de las leyes mediante un órgano específico: el Tribunal Constitucional. (73)

El propósito último del abate fue siempre juridificar la revolución, esto es concluir, y la única forma de hacerlo era institucionalizando el Poder Constituyente y evitando su conversión en un estado de insurrección permanente. Para lograr esto, el establecimiento de un órgano de defensa era imprescindible. Ahora bien, la lógica constitucional defendida por el abate era incompatible con el principio de soberanía parlamentaria.

La aceptación de un Tribunal Constitucional como el propuesto por Sieyès exigía, en definitiva, admitir que dentro del Estado Constitucional, no hay soberano alguno, ni el Rey, ni el Parlamento, ni tampoco el pueblo. Que en el Estado Constitucional, todos los poderes están regulados y limitados por la Constitución. «Los poderes ilimitados —advertía el abate— son un monstruo en política y un inmenso error por parte del pueblo francés que no debe volver a cometer en lo sucesivo». (74)

El Tribunal Constitucional de Sieyès fue concebido por ello como una institución contramayoritaria, y defensora de las minorías. El gran publicista de Fréjus planteó así

(72) Me he ocupado de esta cuestión en el marco también del proyecto de investigación mencionado en la nota inicial, en TAJADURA, J. «Soberanía nacional y soberanía popular en el lenguaje político de la Revolución Francesa» en *Constitución y Democracia. Ayer y Hoy. Libro Homenaje al profesor Antonio Torres del Moral*. Universia. Madrid, 2013

(73) PASQUINO, P.: *Sieyès et l'invention de la Constitution en France*, Odile Jacob, Paris, 1998. P. 12.

(74) «La soberanía del pueblo no es en absoluto ilimitada, y muchos sistemas predicados y magnificados no resultan a la postre sino concepciones monacales, funestos planes de re-total más que de républica, igualmente nefastos para la libertad». SIEYES, E.: «Opinión de Sieyès sobre varios artículos de los Títulos IV...ob. cit. P. 403. El concepto de Re-total es otro neologismo genial con el que se advierte de los peligros de un régimen democrático no liberal.

lo que resultó determinante en la concepción norteamericana sobre el valor de la Constitución: la cuestión de la necesaria protección de los derechos de las minorías.

Ahora bien, como hemos visto, en 1795, la Convención rechazó por unanimidad estos planteamientos. Thibaudeau —en uno de los debates más trascendentales de todo el período revolucionario, por sus consecuencias sobre el constitucionalismo francés y europeo— se opuso a Sieyès. Y la derrota de éste fue absoluta. Se impuso así el principio de soberanía parlamentaria.

El abate de Frejús fue plenamente consciente de que sin el establecimiento de un órgano de defensa de la Constitución, resultaba, y resulta, de todo punto imposible, garantizar jurídicamente la libertad. Sin embargo, la Revolución concluyó sin Constitución. Las ideas de Sieyès tardaron más de un siglo en germinar<sup>(75)</sup>. Hubo que esperar a 1920 a que por obra del insigne jurista vienes, Hans Kelsen se establecieran en Europa los primeros Tribunales Constitucionales (Austria y Checoslovaquia). Y en Francia, hubo que esperar a la Constitución de la V República (1958) para que, aunque fuera tímidamente, las ideas del abate sobre el guardián de la Constitución encontraran reflejo en el establecimiento de un Consejo Constitucional.

Trabajo recibido el 15 de mayo de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(75) En España, Ramón Salas en sus Lecciones de Derecho Público Constitucional, publicadas en 1821, al exponer la teoría de la división de poderes, incluye entre ellos un «poder conservador» indudablemente inspirado en los proyectos de Sieyès. SALAS, R.: Lecciones de Derecho Público Constitucional, CEC. Madrid, 1982.

**LABURPENA:** Lan honetan, Konstituzioa defendatzeko organo bat osatzearen beharri buruz Sieyès apaizak egindako hausnarketak azaldu dira. Sieyès botere eratzaileren eta botere eratuaren arteko bereizketaren —hortaz, konstituzionalismo garaikidearen— sortzaile intelektuala izan zen. Konstituzioa aldatzeko prozedura berezia ezartzeko beharra defendatzeaz gain —alderdi hori nabarmendu zuten beste idazle batzuek—, Konstituzioa defendatzeko organoa ere diseinatu zuen. Frantziako Iraultzan, Frejúsco apaizak soilik eman zuen horren berri. Konstituzioa defendatzeko organoa bere eredu politikoaren giltzarria da, baita botere eratzailera kontzeptuaren ondorio logikoa ere, botere horrek sortutako estatu konstituzionalaren oinarria delako. Behar hori Thermidorren 2an esandako hitzaldi garrantzitsu batean azaldu zuen lehen aldiz. Handik bi astera, III. urteko Thermidorren 18an, ideia bera garatu zuen Konbentzio Nazionalean eman zuen beste hitzaldi batean. Sieyèsek Konstituzioa nahitaez bete beharreko arau juridiko loteslea izateko «Konstituzioaren zaindaria» bat sortu behar zela planteatu zuen. Sieyès izan zen magistratura horren oinarritzko diseinua egiten lehena, zehaztasun tekniko eta xehetasun maila handiekin, bai osarari bai funtzioei zegokionez. Eta egun Europako Zuzenbide Konstituzionalaren ondare diren ideia asko aurreratu zituen. Nabarmenezkoa da Justizia Konstituzionala sortu zuela, hainbat helbururekin: gutxiengoak babesteko instituzioa, politika integratzeko organoa, konstituzioarekin lotutako gatazkak ebazteko instantzia gorena eta askatasun jurisdikzioa izatea.

**HITZ GAKOAK:** Sieyès. Justizia konstituzionala. Konstituzioaren defentsa. Botere konstituziogilea. Frantziako Iraultza.

**RESUMEN:** En este trabajo se exponen las reflexiones del abate Sieyès sobre la necesidad de configurar un órgano de defensa de la Constitución. Sieyès —creador intelectual de la distinción entre Poder Constituyente y poderes constituidos, y uno de los fundadores, por tanto, del constitucionalismo contemporáneo— no sólo defendió siempre la necesidad de establecer un procedimiento especial de reforma de la Constitución —aspecto este que fue destacado por otros autores— sino que llevó a cabo también el diseño de un órgano de defensa de la Constitución. En el contexto revolucionario francés, el abate de Frejús fue el único en advertirlo. El órgano de defensa de la Constitución se configura como la clave de bóveda de su modelo político y el corolario lógico del concepto de Poder Constituyente, como fundamento del Estado Constitucional, por él alumbrado. Esta necesidad la advirtió por vez primera en un importante discurso pronunciado el 2 de Termidor. Dos semanas después desarrolló su idea en otro discurso proferido en la Convención Nacional, concretamente el 18 de Thermidor del año III. En él, Sieyès se plantea la necesidad de crear un «guardián de la Constitución» para que esta pueda configurarse como una norma jurídica vinculante, y de obligatorio cumplimiento. Sieyès fue el primero en establecer con gran rigor técnico, y con un muy elevado nivel de detalle, el diseño básico de esa magistratura, tanto en lo que se refiere a su composición como a sus funciones. Y lo hizo anticipándose a muchas ideas que son hoy patrimonio común del Derecho Constitucional europeo. Entre ellas cabe destacar la configuración de la Justicia Constitucional como una institución protectora de las minorías, como un órgano de integración política, como la suprema instancia jurídico-política para la resolución de los conflictos constitucionales, y como una jurisdicción de la libertad.

**PALABRAS CLAVE:** Sieyès. Justicia Constitucional. Defensa de la Constitución. Poder Constituyente. Revolución francesa.

**ABSTRACT:** This work sets forth the critical thoughts of the Abate Sièyes regarding the need to set up a body for the protection of the Constitution. Sièyes —the intellectual author of the distinction between constituent power and constituted power, and one of the fathers of the contemporary constitutionalism—, did not only stand up for the need to establish a special procedure for the reform of the Constitution —a facet which was emphasized by another authors— but also he carried out the design of a body for the defense of the Constitution. In the framework of the revolutionary french context, the Abate from Frejús was the only one to notice it. The body for the defense of the Constitution was envisaged as the cornerstone of his political model and the logic corollary of the notion of constituent power, as the basis for the Constitutional state figured out by him. This necessity was noticed for the first time in an important speech pronounced the 2 of Thermidor. Two weeks later, he developed his idea in another speech issued before the National Convention, specifically the 18 of Thermidor of the third year. Sièyes sets the need to establish a «guardian for the Constitution» in order to become a binding legal rule of compulsory observance. Sièyes is the first one to establish with great technical rigour and with a high level of details, the basic design of that court both regarding its membership and its tasks. And he did it so foreseeing many ideas which are nowadays common ground for the European Constitutional law. Among them it can be emphasized the configuration of constitutional justice as a protective institution for minorities, as a body of political integration, as the supreme instance for the resolution of constitutional conflicts and as a jurisdiction for freedom.

**KEYWORDS:** Sièyes. Constitutional Justice. Defense of the Constitution. Constituent power. French revolution.



# Incidencia ambiental de incendios no forestales. Algunas pautas jurisprudenciales

Leopoldo Tolivar Alas

**Sumario:** I. Justificación de esta aportación.—II. Residuos acumulados y daños por su incendio.—III. Caminos públicos y deberes de mantenimiento.—IV. Efectos de un incendio que puede agravar una inundación.—V. La doctrina asentada en el orden civil.—VI. A modo de reflexión.

## I. Justificación de esta aportación

Dentro de una reciente línea de investigación de la que ya es fruto una monografía(1), vengo ahondando en una concepción y tratamiento unitario del fuego en el derecho, partiendo de sus dos caras tradicionales y antagónicas: la beneficiosa para la supervivencia y el desarrollo humano y la devastadora de vidas y haciendas, de lo natural y lo transformado. A los encasillamientos de los distintos órdenes en liza —los delitos o los seguros privados encuentran campo abierto ante las llamas—, se une, en el concreto aspecto de las responsabilidades de los poderes públicos, separaciones a veces artificiosas, que derivan de razones orgánicas y competenciales seculares, de las que es exponente primordial el calificativo de forestal, o no, de un incendio. Cuestión, además, de calificación no siempre uniforme en atención a la disparidad de las tipologías urbanísticas de cada territorio. En esta visión reduccionista y compartimentada ya habían reparado, lúcidamente, en los últimos años algunos autores. Así, es cierta la aseveración de AGUDO GONZÁLEZ de que los incendios requieren de un tratamiento jurídico integral ya que «las políticas contra incendios en nuestro país han sido tradicionalmente diseñadas desde una perspectiva reduccionista y reactiva», centralizándose el problema en la quema de bosques y excluyendo, por ello, un tratamiento igualmente profundo de «otras muchas manifestaciones de los grandes incendios que pueden afectar a cualquier tipo de espacio y de vegetación» (2). Y no sólo como indica dicho autor, porque además de las zonas forestales hayan de considerarse los pastos, el monte bajo, las tierras de labor o las turbas en el subsuelo, como ocurrió a finales de agosto de 2009 en Las Tablas de Daimiel(3), sino porque el daño

---

(1) *Los poderes públicos y el fuego. Una aproximación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

(2) AGUDO GONZÁLEZ, Jorge, «El derecho administrativo ante los incendios: una propuesta para un nuevo enfoque» en Ángel Menéndez Rexach, director y Ana de Marcos Fernández, coordinadora, *Protección civil y emergencias: régimen jurídico*, El Consultor, Madrid, 2011, pp. 370 y sig.

(3) *Ibidem*.

infligido por las llamas puede no distinguir de ámbitos rurales o urbanos y, de hecho, la historia nos evidencia que, en España, hasta 1876, los Ayuntamientos dispusieron también de importantes atribuciones en la vigilancia, prevención y extinción de incendios forestales, así como de castigo a quienes incurrieran en faltas relacionadas con el fuego extramuros.

También es de interés el juicio crítico de AGUDO GONZÁLEZ en el sentido de que las políticas públicas, incluidas las legislativas, se vienen ateniendo, fundamentalmente, a «la perspectiva extintiva» y, a lo sumo, también con criterios organizativos de personas y medios materiales, a las «medidas de carácter preventivo», sin perjuicio, en última instancia, de las de «carácter restaurador y compensatorio». Frente a esa limitada visión, el autor propone un nuevo enfoque que, evitando «la inflación y dispersión normativa», tome «en consideración cuestiones estructurales determinantes como las territoriales, socioeconómicas y medioambientales, que tienen una repercusión definitiva en la gestión de los incendios» (4). Todo ello sin minusvalorar, en efecto, como brillantemente sintetiza MORENO MOLINA, que «después de las actividades urbanas y agrícolas del hombre y junto a la contaminación atmosférica, el fuego es la perturbación más universal en la superficie terrestre y consume cada año enormes cantidades de biomasa vegetal» (5). Todo ello sin olvidar, como puede verse a lo largo de la codificación penal, la importancia del factor humano, del hecho habitacional ante la propagación de las llamas, pues la vida siempre será el bien jurídico protegido de más valor.

El siempre recordado Ramón MARTÍN MATEO, sintetizaba, tras un pormenorizado examen de la evolución conceptual del ambiente y su relación con el Derecho, que son «cuatro las acepciones más comúnmente aplicadas: la primera restringe su ámbito al entorno natural: agua, aire, ruido y vegetación; la segunda incluye otros elementos físicos y biológicos. Monumentos históricos, suelo, fauna; una tercera adiciona infraestructuras tipo vivienda, transportes, equipo sanitario y la más amplia finalmente integra factores culturales...» (6) Y aunque el añorado maestro se adscribía, incluso de forma más restrictiva, a la primera visión, reconocía y valoraba, sin salir de la doctrina española, a los partidarios de una visión más amplia del ambiente.

Los incendios también se prestan a ser estudiados de una forma más global o más compartimentada, al igual que los cuatro niveles de visión ambiental resumidos por MARTÍN MATEO a partir de la doctrina comparada. Puede verse y tratarse el fuego como devastador de la vegetación arbórea y arbustiva, como contaminante, en suelos calcinados de los acuíferos, como letal, en ocasiones, por el humo... o puede ensancharse su estudio jurídico desde la perspectiva de las recalificaciones, de la protección monumental y arquitectónica, de la defensa de las carreteras, de los vertederos, de instalaciones objetivamente peligrosas. Todo ello, en efecto, hasta una visión en la que la afectación de lo quemado incluye en su incidencia en generadores de

(4) *Op. ult. cit.*, pp. 371 a 375.

(5) MORENO MOLINA, José Antonio, «Defensa frente a los incendios forestales», en Luis Calvo Sánchez (coordinador), *Comentarios sistemáticos a la Ley 43/2003*, de 21 de noviembre, de Montes. Estudios de Derecho forestal estatal y autonómico, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2005, pp. 1041 a 1087.

(6) *Tratado de Derecho Ambiental*, I, Trivium, Madrid, 1991, p. 86.

energía, cables, antenas, repetidores, canalizaciones y, por ello en los servicios esenciales y en las redes de las que se sirven los servicios sanitarios o culturales.

En esta breve aportación, lejos de penetrar en los pilares del derecho ambiental, brillantemente estudiados por Demetrio LOPERENA ROTA (7) y la incidencia en los mismos del fuego, provocado o accidental, mostraré una ejemplificación de supuestos, con trascendencia jurisprudencial o al menos consultiva, en los que el entorno natural se ve directa o indirectamente afectado por un incendio que no casa, en absoluto, en la noción ya arraigada de forestal. Aunque se produzca o extienda por elementos vegetales. Casos que, en no pocas ocasiones, los tribunales, administrativos o civiles, observan desde la óptica de la responsabilidad extracontractual por daños ya que rara es la combustión indeseada o accidental que no los causa.

## II. Residuos acumulados y daños por su incendio

En materia de responsabilidad sobre almacenamiento y gestión de residuos son frecuentes las demandas de responsabilidad habida cuenta de la facilidad con la que, en contenedores o vertederos no debidamente vigilados, arden determinadas basuras que, curiosamente, pueden estar destinadas finalmente a la combustión, aunque programada en incineradoras. La STS de 20 de diciembre de 2006, que resolvió un recurso de casación en interés de ley interpuesto por el Ayuntamiento de Alicante contra sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, cuya impugnación rechaza al no haberse «acreditado el carácter gravemente dañoso y erróneo de la resolución recurrida (...), con condena en costas de la recurrente», examina la quema de un vehículo en la vía pública al hallarse ardiendo un contenedor.

La sentencia de instancia destacaba que las contestaciones a la demanda y los escritos de conclusiones del Ayuntamiento y de la codemandada habían soslayado la circunstancia, que considera esencial, de que, aún con la probable intervención de tercero o terceros sin identificar, el incendio no sólo se produjo en el contenedor sino que de éste se propagó a su entorno inmediato por el acopio de enseres abandonados desde tiempo indeterminado en la vía pública y, a su vez, sobre el vehículo propiedad del reclamante. La sentencia recurrida por esta vía excepcional partió del dato de que el resultado dañoso producido al vehículo propiedad del recurrente en instancia fue producido como consecuencia directa del incendio de un contenedor pero también de numerosos enseres (sillas, tablas de maderas...), acumulados en el lugar por circunstancias sin concretar, como expresó el informe de la policía local y, en términos similares, el del servicio de prevención de incendios, indicando que al acudir al lugar para extinguir el fuego se encontraron los funcionarios con «un incendio de gran virulencia y con gran generación de mobiliario abandonado cerca del contenedor».

Como recuerda el Tribunal Supremo, la Sala de instancia niega la alegada falta de vinculación entre el daño producido y la actuación del servicio de recogida de residuos sólidos, afirmando que «el daño antijurídico se produjo como consecuencia del funcionamiento de un servicio público de indudable competencia municipal, mínimo y obli-

---

(7) Entre otras muchas obras en *Los principios del Derecho ambiental*, Civitas, Madrid, 1998.

gatorio, establecido en el artículo 26 de la Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local sobre el servicio de recogida de residuos y limpieza viaria, cuya competencia cabe ligar con la de ordenación del tráfico de vehículos en las vías urbanas, afirmando que está también en la mano de la Administración prohibir el estacionamiento inmediato a los contenedores de basura de vehículos dada la eventualidad de que puedan quemarse».

El TS rechaza fijar doctrina en los términos instados por el Ayuntamiento recurrente «la Ley estatal 30/1992, de 26 noviembre, artículo 139, no ampara la responsabilidad patrimonial de la Administración municipal (...), ante los daños ocasionados, por el incendio de contenedor de basura y de los enseres abandonados junto a éste, provocado por tercero o terceros sin identificar, a las tres de la madrugada». Para el alto tribunal,

«...ha de tenerse en cuenta que la declaración que se nos solicita no solamente alude al incendio del contenedor como causa determinante del daño sufrido por el particular en el concreto supuesto enjuiciado por el Tribunal de instancia, sino que se refiere, también junto con el incendio de contenedores, al de los enseres abandonados junto a éstos sin que se haya ofrecido a esta Sala argumento con fuerza suficiente que justifique el grave daño, derivado de la reiteración de la producción del incendio de dichos enseres, que de ello se deriva para los intereses municipales; a no ser que entendamos que en la ciudad de Alicante resulta usual que exista ese amontonamiento de enseres en plena vía pública junto a los contenedores de basura, que son los que se ha argumentado que resultan objeto de reiterados incendios.

Por otro lado no conviene olvidar que el pronunciamiento del Tribunal de instancia aparece, esencialmente, fundamentado en el deficiente funcionamiento del servicio de recogida de residuos en las vías públicas que corresponde al Ayuntamiento y constituye, por tanto, ese acopio de enseres, al margen y fuera de los contenedores la causa determinante del incendio que, incluso, parece (...) que estaban incluso colocados /encima del vehículo del recurrente, con lo que el incendio de los mismos junto con los del contenedor determinó el del vehículo propiedad del reclamante; en definitiva y como informa el Ministerio Fiscal, no se aprecia en el presente caso la concurrencia del grave daño y carácter erróneo de la resolución objeto del recurso pues la recurrente solamente ha referido el daño a una supuesta reiteración de incendios (...) a consecuencia ciertamente del incivismo de los vecinos que tampoco se ha demostrado que haya sido objeto de sanción alguna por parte del Ayuntamiento a cargo del cual está la conservación expedita de la vía pública, lo que supone una necesaria falta de control de esa acumulación indebida de enseres, incluso encima del vehículo, con el grave daño que ello en sí mismo supone para la circulación y que debió de haber sido evitado por parte de los servicios municipales».

Si un simple contenedor y unos trastos abandonados en la vía pública pueden, en su ignición, ocasionar daños a terceros, potencialmente superiores han de ser los que

se causan al extenderse las llamas desde un vertedero. Situación que se examina en la STS de 28 de abril de 2010. Los hechos se desencadenan en un paraje donde se encuentra el vertedero propiedad de la Mancomunidad de Municipios Vega-Pinares, ente local asociativo que tenía entre sus fines la recogida, transporte, vertido y tratamiento de los residuos sólidos urbanos de todos los municipios mancomunados, pero escasamente controlado al haber venido produciendo combustiones incontroladas y no contar con vigilancia alguna. En julio de 1996 ese vertedero fue denunciado por agentes del SEPRONA con ocasión de infracciones de la antigua ley 81/1968 de incendios forestales, en aquel tiempo vigente (no guardar las distancias mínimas de 500 metros al monte arbolado y acumular basuras dentro de una masa forestal). Y en el mismo acto fue denunciado por infringir la ley 20/1986 de protección del medio Ambiente Atmosférico por hallarse ardiendo así como por su clandestinidad al carecer aquel vertedero de la necesaria autorización de la Comisión de Actividades Clasificadas. Un año después, en julio de 1997 fue denunciado nuevamente por encontrarse ardiendo y en

junio de 1998 fue nuevamente objeto de expediente sancionador, en esta ocasión por infringir la ley 6/1994, de Sanidad Animal, de la Junta de Castilla-León por el abandono de animales muertos.

El 2 de julio de 1999 se desató un incendio forestal, cuyo punto de inicio se produjo con toda probabilidad en el mencionado vertedero, existiendo en ese día dentro del mismo varios puntos de basura ardiendo, extendiéndose a la finca propiedad del recurrente, favorecido por el viento reinante. El fuego afectó a unas 150 hectáreas y los daños que sufrió la mencionada finca con ocasión del incendio forestal relatado afectaron a la caza, pastos, aprovechamientos resineros y pinos.

La Sala de instancia, como recuerda el TS, en este caso de responsabilidad concurrente (Ayuntamiento (8), Mancomunidad, Comunidad Autónoma), apreció

«el anormal funcionamiento de la gestión del vertedero, precisando las circunstancias concurrentes en la misma, calificando de antijurídico el daño sufrido por los recurrentes, que atribuye asimismo a la Junta de Castilla y León, en cuanto que la misma debe asumir su responsabilidad ya que, en el ejercicio de sus competencias sobre, medioambiente, ha contribuido a la causación de la lesión reclamada afirmando, como in-

---

(8) La sentencia también dirime una cuestión de indudable relevancia procedimental y garantista: «la Sala de instancia, y pese a considerar expresamente como demandado al Ayuntamiento de Villa de Coca, en providencia de 1 de octubre de 2002 no lo tuvo por parte en el procedimiento contencioso administrativo, lo que se reiteró en las actuaciones posteriores; y ello pese a que dicho Ayuntamiento de la Villa de Coca, en comunicación de 5 de febrero de 2003, remitió el expediente administrativo a la Sala (...). De todo ello se infiere que el citado Ayuntamiento de Coca no ha tenido la posibilidad de intervenir, ejercitando su derecho de defensa y, con ello, la tutela judicial ante el Tribunal de instancia, habiendo resuelto la Sala en la sentencia recurrida la pretensión indemnizatoria formulada por los recurrentes en los términos en que, con este defecto, había sido planteado procesalmente el debate, adoptando, los recurrentes, al igual que la Mancomunidad de Vega-Pinares una actitud puramente pasiva en relación con la omisión del derecho de defensa derivado de su no consideración como parte del Ayuntamiento de Coca « Y aunque «la entidad local debió ser considerada parte personada por el envío del expediente, según dispone el artículo 50.2 antes citado, lo que no se hizo por el Tribunal de instancia, ante cuya infracción no se interesó la correspondiente subsanación exigida por el artículo 88.1.c) de la Ley de la Jurisdicción, para que tal defecto procesal fuera apreciado en esta casación, y, en consecuencia, ello impide a la Sala pronunciarse sobre tal circunstancia y, desde luego, revocar la sentencia recurrida en los términos solicitados por el recurrente...»

cumplimientos, la falta de evitación de la reiteradas quemas, así como de la adopción de medidas necesarias coercitivas para que la mancomunidad realizase medidas precautorias concretas en relación con el vertedero; la omisión, abandono, incumplimiento de sus facultades de inspección; su conocimiento de la existencia y la ilegalidad del vertedero, y haberlo consentido sin exigir las medidas precautorias, que tampoco adoptó a pesar de las permanentes quemas producidas en el mismo, ni siquiera a través de las medidas correctoras correspondientes, apreciando, en definitiva, la existencia de una sucesión constante y reiterada de incumplimientos, dilatados a lo largo del tiempo, en la prevención de incendios forestales y omisión de la vigilancia en materia de residuos sólidos urbanos, concluyendo en la estimación de una notoria negligencia de dicha Comunidad Autónoma».

### III. Caminos públicos y deberes de mantenimiento

En materia de caminos públicos, el fuego también desencadena, en la casuística conocida, situaciones susceptibles de resarcimiento patrimonial. Un curioso dictamen del Consejo de Estado —el 547/2008, de 29 de mayo— analiza, poniendo muy alto al listón de los deberes de conservación e «in vigilando» de la Administración titular de una vía pecuaria. Concretamente, aborda los daños causados por la explosión de un bidón abandonado en uno de estos caminos de ganado. El supuesto fáctico parte de que, un menor de catorce años, se encontraba con dos amigos en una vía pecuaria a las afueras de Alpedrete (Madrid), cuando observó en torno a unos bidones un conato de incendio que un hombre trataba de sofocar con unos trapos. A pesar de que éste les sugirió que se marchasen, por encontrarse ya extinguido el fuego, los menores permanecieron en aquel lugar y, al advertir que todavía había algunas pequeñas llamas, intentaron apagarlas con un trozo de manguera. Pero, cuando ya abandonaban el lugar, uno de los bidones explotó y alcanzó al referido adolescente, causándole quemaduras de segundo y tercer grado en el 65% de su cuerpo. Como consecuencia de ello, el menor permaneció ingresado tres meses en la Unidad de Quemados del Hospital Universitario de La Paz (Madrid) (9) y hubo de someterse a ocho intervenciones quirúrgicas y a tratamiento ambulatorio de duración indefinida.

Denunciados los hechos ante la Guardia Civil por uno de los amigos que acompañaban a la víctima, se incoaron Diligencias Previas que dieron lugar a un procedimiento abreviado en el Juzgado de Instrucción n.º 2 de Collado Villalba, que no tardó en dictar auto de sobreseimiento provisional y archivo de la causa, con base en que, a pesar de ser los hechos investigados constitutivos de delito, no había autor conocido.

---

(9) La Unidad de Quemados del Hospital Universitario La Paz se puso en funcionamiento en el año 1965, siendo completamente reformada en 2006. Desde el 28 de noviembre de 2008, por designación del pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, es Centro de Referencia Nacional para el tratamiento de quemados críticos junto con la Unidad de Quemados del Hospital de Getafe. Esta unidad ofrece una asistencia sanitaria de alta especialización a pacientes llegados de toda España (más de 190 al año de fuera de Madrid y unos 50 de esta Comunidad). La propia información oficial sobre el centro, destaca el logro de supervivencia del 89,6% de los ingresados, pese al estado crítico en el que llegan numerosos pacientes.

Presentada reclamación de responsabilidad patrimonial en sede administrativa, el alto cuerpo consultivo,

«...en coherencia con una consolidada doctrina jurisprudencial, para que la conducta indebida o inadecuada del perjudicado pueda tener virtualidad, bien para enervar la relación de causalidad exigible —caso de ser la única causa directa y eficiente del evento dañoso—, bien para concurrir como concausa —caso de existir una pluralidad de causas con análoga influencia en la producción del daño—, se exige que tenga suficiente relevancia en el proceso generador del daño, y que su concurrencia conste de manera inequívoca en las actuaciones. Concretamente, para que pueda aplicarse la doctrina de la compensación de culpas, se exige —como afirma el dictamen 2.536/97, de 12 de junio—, que las causas concurrentes tengan un efecto condicionante del resultado dañoso, aunque fuere con distinta entidad, quedando excluida la responsabilidad administrativa cuando la culpa de la víctima es de tal magnitud que constituye una inequívoca situación creadora de un riesgo, que deviene ulteriormente decisiva en la causación del daño».

En el supuesto examinado, a criterio del Consejo de Estado que hace abstracción de todo realismo a la hora de tener presente cuál es el estado y el cuidado de la mayoría de las vías pecuarias en España, «tales requisitos no se dan», procediendo indemnizar los daños, ya que,

«...la única causa relevante y auténticamente desencadenante del resultado lesivo fue el defectuoso funcionamiento del servicio público, representado aquí por la existencia en la vía pecuaria de unos bidones con material inflamable. Es cierto que el reclamante tenía en el momento en que se produjeron los hechos 14 años y que no era, pues, un niño incapaz de conocer los peligros que un bidón en llamas puede entrañar. También lo es que pudo haber optado por dar aviso a los servicios de extinción de incendios y abandonar el lugar (...). Sin embargo, estas afirmaciones no eliminan ni atemperan la responsabilidad de la Administración titular de la vía pecuaria (10) y ello porque la concurrencia de culpas, cuando existe, se manifiesta en una posible interferencia en el proceso causal de la conducta de la propia víctima, conducta que, en este caso, ninguna incidencia tuvo en el hecho de que se produjera la explosión, pues esta se habría producido igualmente aun cuando el menor no hubiera tratado de sofocar las llamas (...). La actuación del reclamante no solo no es jurídicamente reprochable, sino que

---

(10) Véase la Ley 8/1998, de 15 de junio, de Vías Pecuarias de la Comunidad de Madrid, en cuyo artículo 4 se señala que «la actuación de la Comunidad de Madrid sobre las vías pecuarias que transcurran por su territorio perseguirá los fines previstos en el artículo 3 de la Ley [estatal] 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias, y en especial: a) Asegurar la adecuada conservación de las vías pecuarias de la Comunidad de Madrid y adoptar cuantas medidas para su restauración y protección adecuada sean necesarias...»

fue totalmente independiente del hecho lesivo, lo que impide considerar que sea susceptible de quebrar el nexo causal. En definitiva, no cabe apreciar la concurrencia de culpa del accidentado a que se refiere la propuesta de resolución y sí, por el contrario, identificar una omisión de la Comunidad de Madrid como única causa del accidente que dio lugar a la incoación del presente expediente».

La propuesta de resolución de la Administración autonómica que desautoriza el Consejo de Estado, hacía hincapié en la desconexión entre el mantenimiento de la vía —que, para su uso genuino, puede ser de tránsito ocasional o discontinuo— y la colocación o pérdida por un tercero, dolosa o irresponsablemente, de un bidón potencialmente incendiario. Igualmente, se entendía que la conducta *temeraria* del menor había incidido en el resultado dañoso produciéndose una desconexión causal con el funcionamiento de los servicios públicos.

En otro dictamen, el 1791/2010, de 21 de octubre, el Consejo analiza la etiología y consecuencias jurídicas de unos daños ocasionados en una finca que se incendia al propagarse, supuestamente, un fuego iniciado en zona de dominio público de una carretera, concretamente, en la vía de servicio de la autovía A-49, a su paso por el municipio de Espartinas (Sevilla). El reclamante, atribuye la lesión al incumplimiento por parte de la Administración titular de la carretera de la obligación de mantener desbrozada y limpia, sin hierbas silvestres secas, las cunetas, lo que, a su juicio, ratificado por un informe pericial de parte, provocó el incendio en el que ardieron 29 olivos. El Consejo recuerda que

«...la Administración pública tiene el deber de cuidar y mantener las carreteras abiertas a la circulación, y al uso que les es propio, así como los elementos unidos y anejos a dichas carreteras, como es el caso, aquí, del camino rural contiguo utilizado como vía de servicio, en condiciones tales que la seguridad de quienes las utilizan esté debidamente garantizada y evitando que su estado cause daños a terceros que no deban soportarlos».

Y aunque, apelando, en este supuesto, al realismo, advierte que, «para ponderar aquella medida ha de atenderse a unos parámetros razonables del deber de cuidado y vigilancia, a la vista tanto de los medios disponibles cuanto de las circunstancias concretas en que se haya producido la lesión en cuestión, así como, también, del comportamiento de quien reclama», sin embargo, pese a tratarse de un mero camino auxiliar, el órgano consultivo estatal, entiende que

«en el presente caso concurren los requisitos legales. Efectivamente, el incendio que dañó la finca del reclamante se origina en un camino rural aledaño a la autovía A-49, propiedad (*sic*) del Ministerio de Fomento y utilizado como vía de servicio, debido al mal estado de conservación del mismo (...); al estar lleno de matorros (...) el fuego originado fortuitamente en el camino se extendió con rapidez y facilidad a la finca colindante, la del reclamante, tal y como describe el atestado de la Guardia Civil y



destaca la propuesta de resolución (11). Procede, por tanto, estimar la reclamación y resarcir el daño ocasionado...»

Junto a esta preceptiva recomendación, el Consejo de Estado desliza otras de cumplimiento mediato cuando no pertenecientes al campo de lo deseable: este descuido dañino habrá de tenerse en cuenta «en el futuro, adoptando las medidas adecuadas para que ese tipo de situaciones no se vuelva a producir». Y, asimismo, reprocha que haya «habido una excesiva demora en la tramitación del procedimiento, imputable a un error mecánico (su archivo erróneo)», por lo que «convendría examinar los procedimientos utilizados a fin de, en lo posible, no dar lugar a estos errores».

El Dictamen es de 2010 pero se refiere a una situación sucedida con anterioridad cuando apenas se hacían sentir los efectos de la crisis sobre el estado de conservación y el mantenimiento de nuestra red de autovías.

Con anterioridad, el Consejo había dictaminado (12) sobre un accidente en carretera con resultado de incendio de camión, producido en el kilómetro 586 de la autovía A-2. El vehículo pesado no pudo evitar arrollar en la calzada un colchón que se quedó enganchado en los bajos del camión y, con el rozamiento, originó un fuego que causó el incendio de éste. En consecuencia, se solicitaba una indemnización —ya adelantada por la sociedad aseguradora—, por la pérdida del camión.

En este Dictamen de 2008, sin embargo, el Consejo de Estado, entiende que procede desestimar la reclamación:

«un análisis conjunto de las actuaciones obrantes en el expediente pone de manifiesto que no es dable (...), apreciar la existencia del nexo de causalidad requerido para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Y ello por cuanto la causa del accidente fue la existencia de un colchón en la calzada de la carretera, existencia fortuita, que implica la posible intervención de un tercero ajeno al servicio público».

Criterio que mal se compadece con el supuesto antes reseñado de la aparición de un bidón incendiario en una vía pecuaria y con la particularidad de que, la función de un transportista es circular por unas carreteras donde se confía en que no haya obstáculos inopinados; diversamente, un niño no tiene ningún deber ni laboral ni cívico de acercarse a una vía de ganado y rociar un recipiente que, además, ya estaba apagado. Pero prosigue el Consejo en este informe 1102/2008:

«Por lo demás, no es de apreciar culpa «in vigilando» de la empresa encargada de la conservación integral de la carretera y, en todo caso, no es razonable exigir una vigilancia tan intensa que, sin mediar lapso de tiempo no instantáneo o inmediato, cuide de que el tráfico de la calzada sea libre y expedito. El deber de vigilancia no puede exceder de lo que sea razonablemente exigible, sin que comprenda, por tanto, el supuesto

---

(11) En este caso proclive al resarcimiento.

(12) Referencia 1102/2008, de 11 de septiembre.

de caída de objetos de vehículos, que ocasionen perjuicios a los vehículos que sigan en el tráfico normal de la carretera».

Es decir, la empresa encargada del servicio de conservación no tiene por qué estar continuamente pendiente del abandono o caída de objetos en una vía de alta capacidad e intenso tráfico, pero la Administración tiene que vigilar constantemente que, en los caminos de ganado, no se dejen objetos inflamables o explosivos.

#### IV. Efectos de un incendio que puede agravar una inundación

Fuego y agua, como elementos antitéticos, a veces pueden aliarse para magnificar un daño. En el supuesto que se reseña a continuación, se alega el depósito de grandes cantidades de materia calcinada incide en el efecto dañoso de una inundación. Se trata de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Castilla y León, de 5 octubre de 2007, en cuyo Fundamento Cuarto, puede leerse:

«En el presente caso no se discute que la inundación de la urbanización actora el día 19 de septiembre de 1999 con ocasión de una tromba de agua —de la que se desconocen más datos— se debió al desbordamiento de un arroyo sin identificar situado por encima —sin que tampoco conste su distancia al complejo residencial— como consecuencia de la obstrucción de su canalización en el paso de un camino por las ramas, follaje, maleza, cenizas y, en general, por la acumulación de los restos provenientes de las quinientas hectáreas del Monte núm. 3 del Catálogo de U.P. de Arenas de San Pedro —cuya gestión y labores de limpieza corresponden a la Administración demandada— arrasadas por un incendio forestal acaecido el día 1 de septiembre anterior».

La demanda se desestima porque, en primer lugar «en modo alguno puede imputarse a la Administración demandada la falta de limpieza de la superficie de quinientas hectáreas de monte incendiado, que el informe pericial aportado por la actora considera como *causa principal* del siniestro, pues es física y materialmente imposible —y la propia actora lo reconoce— que una vez extinguido el incendio en su totalidad la Administración demandada pudiera acometer y finalizar en tan breve espacio de tiempo la labores de limpieza dirigidas a facilitar la regeneración del bosque». Esta regeneración implicaría múltiples acciones, incluida una adjudicación municipal; y básicamente, el nacimiento natural de nuevos pinitos, previas

«labores de semillado, señalamiento de la madera incendiada, adjudicación por parte del Ayuntamiento titular del monte de Arenas de San Pedro de la dicha madera, corta y aprovechamiento de los adjudicatarios de la madera, y limpieza de todos los restos fruto del aprovechamiento».

Tampoco admite en la sentencia no ya que los restos del incendio fueran la causa principal sino su mero carácter de agravante, pues en este caso,

«...respecto de lo que el mencionado informe pericial de la demanda califica como causa de *agravación del siniestro* —se refiere al previo incendio— sobre deficiencias y fuera de normativa de las canalizaciones transversales de paso de agua del camino, debemos destacar que no constando que la zona donde se encuentra ubicada la urbanización sea especialmente sensible al riesgo de inundación por lluvias pluviales, es decir, que se trate de una zona calificada como inundable [de acuerdo a la Ley de Aguas].

## V. La doctrina asentada en el orden civil

Como se viene señalando, el elemento vegetal, no necesariamente arbóreo ni aún menos forestal, es una frecuente fuente de propagación del fuego. Un medio de transmisión, a veces de escaso valor cuando se pierde por combustión, pero de cierto riesgo a efecto de eventuales daños a bienes de terceros. La probabilidad de una ignición de setos o arbustos decorativos o plantas de una urbanización, obviamente, no puede llevar a su prohibición propiciando por doquier un urbanismo de solo cemento ignífugo. El tema no es extraño a la doctrina legal en el orden civil, en materia de propagación de incendios y eventual responsabilidad aquiliana. Posición que se expuso brillantemente en la sentencia de 2 de julio de 2002 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres, que analizó el fuego que se propagó desde una finca colindante al aparcamiento de un hotel provocando el incendio de un vehículo. La sentencia analizó la relación de causalidad y el régimen de presunciones partiendo de que en materia de incendios, la jurisprudencia exige la prueba de las llamas causantes del daño, no la prueba —compleja y hasta normalmente imposible— de la causa concreta que causó el incendio. Por ello el nexo causal ha de establecerse entre el incendio y el daño y no respecto a la causa eficiente (y aún menos, la culpa) del incendio causante del daño.

En este caso, la demandante había exigido la indemnización de daños y perjuicios al propietario de una finca como consecuencia del incendio que se propagó desde dicho predio al aparcamiento de un hotel donde se hallaba aparcado correctamente el automóvil siniestrado. El demandado, por su parte, alegó la inexistencia del nexo causal y la Audiencia Provincial confirma la sentencia de primera instancia, estimatoria de la demanda, en virtud de una suerte de presunción del nexo causal, con apoyo en la jurisprudencia del TS que se sintetiza, como ya dijimos, en que, en materia de incendios, se exige la prueba del incendio causante del daño, no la prueba de su precisa causa. La Sala señala al respecto:

«es necesario partir de los siguientes hechos que resultan acreditados a la luz de las pruebas practicadas y la propia admisión de las partes. En tal sentido se pone de manifiesto y no se discute, que el día 6 de agosto de 2000 el vehículo (...) propiedad de la actora Hertz de España S.A. se encontraba estacionado en el aparcamiento propiedad del Hotel Río de Badajoz, próximo al pequeño muro que separa dicho estacionamiento con la finca rústica propiedad de la demandada. El muro de obra de fábrica

que separa ambas propiedades está constituido por una especie de jardinera donde se han plantado setos vivos, y por causas no determinadas se produjo un incendio en los pastos existentes en la finca propiedad de la demandada que se propagó a los setos que separan ambas fincas y de estos al vehículo propiedad de la actora que se encontraba correctamente estacionado, a consecuencia del cual se produjeron daños en el automóvil que resultó siniestro total».

Y prosigue esta sentencia de 2 de julio de 2002, de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Cáceres, ofreciendo un alarde sintético de la doctrina del Tribunal Supremo sobre daños por incendio

«A la luz de expresados hechos, que insistimos resultan plenamente acreditados y no se discuten, la cuestión planteada en el recurso es estrictamente jurídica, dirigida a determinar la responsabilidad de la demandada, como se declara en la sentencia de instancia, o si la responsabilidad debe recaer en otros intervinientes, para lo cual debemos examinar los requisitos de la acción ejercitada.

Han sido numerosas las ocasiones en que el Tribunal Supremo ha declarado la responsabilidad civil extracontractual como consecuencia de los daños causados por incendios cuyas causas no se pudieron concretar. Así ocurrió en la sentencia de 18 de febrero de 1991, donde, tratándose de un caso de incendio de una carpintería, apuntó que no es suficiente la producción de un daño para imputar la responsabilidad derivada al causante de la actividad de la cual ha dimanado ese efecto dañoso, esto es, la denominada responsabilidad por riesgo; en efecto, la Sala de instancia, con independencia de cuál fuera la causa inmediata del incendio, dejó constancia de que se produjo por haberse omitido por el titular de la empresa sus «deberes de seguridad para evitar un riesgo previsible». En definitiva, la responsabilidad del demandado se funda en no haber observado la diligencia que le era exigible atendida la naturaleza de la actividad desarrollada y correspondía a las circunstancias del lugar en que la misma se ejecutaba. En términos parecidos se pronuncian las SSTS de 17 de diciembre de 1985, 17 de febrero de 1986 y 29 de abril de 1988.

Por su parte, la sentencia de 23 de octubre de 1991, en un caso de incendio de una nave industrial que se propagó a otra próxima, sienta igual doctrina, al decir que como quiera que en la nave industrial primeramente incendiada se hallaban productos cuya peligrosidad consta, ha de admitirse que la actividad de la demandada creaba un riesgo, circunstancia que, si bien no debe conducir a la plena objetivación de su responsabilidad sí es determinante, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial —así, SSTS. de 27 de abril de 1981, 6 de julio de 1988, 31 de enero y 17 de noviembre de 1989, 28 de mayo de 1990 y 18 de febrero de 1991, de la inversión de la carga de la prueba en lo atinente a la diligencia exigible a quien produce el riesgo, para evitar sus eventuales consecuencias dañosas, lo cual responde también a la consideración de que se trata de hechos —en particular la adopción de medidas tendentes a eliminar los

efectos de la situación de peligro— que, por su especial naturaleza, ofrecen gran dificultad para su prueba, en su aspecto negativo, por quien ha sufrido el daño, y, por el contrario, son fácilmente susceptibles de la misma por el causante de aquél, todo lo cual ya fue reconocido jurisprudencialmente, con carácter general, en la STS de 17 de octubre de 1983».

En suma, apostillará esta sentencia de 2 de julio de 2002 de la Audiencia Provincial de Cáceres, en el concreto caso, está acreditada la creación del riesgo y no se ha demostrado la adopción de medidas eficaces para eliminar sus previsibles consecuencias, «esto es, el riesgo es evidente con el hecho de mantener en pleno mes de agosto la finca rústica abandonada, con abundantes pastos y maleza, a sabiendas de que la misma es colindante con edificaciones y con zonas urbanas, como es el complejo hotelero» en cuyo aparcamiento se encontraba correctamente estacionado el coche calcinado, no obstante lo cual, «la propietaria de la finca no adoptó ninguna medida para evitar los previsibles daños que el estado de la misma pudiera causar a terceras personas».

Y como dirá la STS de fecha 24 de enero de 2002, «la interpretación más moderna del artículo 1902 del Código civil que lo ha adaptado a la realidad social, pasó de la necesidad de la prueba de la culpa, a la inversión de la carga de la prueba y a la creciente objetivación, aplicando la doctrina del riesgo (la persona que provoca un riesgo que le reporta un beneficio, debe asumir la responsabilidad si causa un daño(13)), yendo a soluciones cuasi objetivas (se exige un «reproche culpabilístico» aunque sea mínimo(14)) o llegando a la objetivación (al entender que si se causa un daño, se causa con dolo o culpa, pues de no haberla, no habría causado el daño(15)). Y prosigue esta STS de 24 de enero de 2002:

«En el tema de incendios, la doctrina jurisprudencial, siguiendo las pautas expuestas, las aplica en el sentido de que exige la prueba del incendio causante del daño, no la prueba —normalmente imposible— de la causa concreta que causó el incendio; el nexos causal es, pues, entre el incendio y el daño, no respecto a la causa eficiente (ni mucho menos, la culpa) del incendio causante del daño. En tal sentido la STS de 22 de mayo de 1999 no enseña que «aquellos trabajos se desarrollaban en el ámbito empresarial de la recurrente (que era la empresa donde se produjo el incendio) por lo que a ella, y no obviamente a la actora, le hubiera correspondido la prueba de un suceso extraño a su empresa como causa del siniestro». Y la de 31 de enero de 2000 dice: «ha ocurrido el incendio dentro del círculo de su actividad empresarial sometido a su control y vigilancia y ajeno por supuesto al dañado y por ello debe responder» y añade, para el caso concreto, luego aplicable a todos los casos: «los actores, en suma, han de probar, y eso lo han hecho, que su chalet se ha

---

(13) Cita las sentencias de 5 de diciembre de 1995, 8 de octubre de 1996, 12 de julio de 1999 y 21 de marzo de 2000.

(14) Sentencias de 11 de mayo de 1996, 24 de abril de 1997, 30 de junio de 1998 y 18 de marzo de 1999.

(15) Sentencias de 23 de enero de 1996, 8 de octubre de 1996, 21 de enero de 2000 y 9 de octubre de 2000.

incendiado por la propagación del fuego iniciado dentro del centro de transformación, no lo que ha ocurrido en él para que se produzca.»

Finalmente, como declara la STS de 23 de mayo de 1990 «es bastante con conocer el lugar de titularidad del demandado en el que se origina el incendio sin que sea imprescindible conocer la causa que lo produjo, no siendo admisible la alegación de caso fortuito ya que aquí basta con que el perjudicado acredite el hecho que origino el daño, el resultado dañoso y el hecho causal entre ambos, produciéndose una inversión de la carga de la prueba con respecto al demandado y sin que se estime que concurre la diligencia debida por la simple observancia de disposiciones reglamentarias cuando es evidente que no han alcanzado el efecto pretendido, manifestándose como insuficientes y dando lugar al siniestro».

También el Tribunal da respuesta desestimatoria al motivo consistente en pretender atribuir la responsabilidad al propietario del vehículo por permitir que el fuego alcanzara al mismo y no haber hecho nada por evitarlo, «toda vez que dicha parte se había limitado a estacionar el automóvil en un lugar habilitado para ello, que no tuvo intervención alguna en el incendio causante de los daños y seguro que si no retiró el vehículo antes que le alcanzara el incendio sería porque no pudo hacerlo, pues en caso contrario, es obvio que el propietario no hubiera dejado que el vehículo se hubiera quemado».

Otra sentencia del TS, concretamente de la Sala Primera, de 27 de febrero de 2003, recuerda, ratificando, que en anterior pronunciamiento de la misma Sala (de 14 de enero de 2002) se aclaró, en principio, la evolución de la doctrina jurisprudencial sobre responsabilidad civil extracontractual que ya conocemos: en materia de incendios, se exige «la prueba del incendio causante del daño, no la prueba —normalmente imposible— de la causa concreta que causó el incendio; el nexos causal es, pues, entre el incendio y el daño, no respecto a la causa eficiente, ni mucho menos, la culpa del incendio causante del daño».

En fin, una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Decimocuarta, de 1 de diciembre de 2005, examina, una vez más, un supuesto de fuego desencadenado con intervención de un automóvil. La sentencia, aunque cambia el criterio sobre el cómputo de la prescripción del pronunciamiento de instancia, la ratifica en el fondo al desestimar el recurso en un largo litigio que partió de una primera demanda, también desestimada, al haberse planteado por los trámites del juicio verbal cuando la cuantía reclamada era superior a la fijada para tal procedimiento y no derivarse el accidente de un hecho de la circulación (16).

(16) En el mismo sentido, la STS, Sala Primera, de 10 de octubre de 2000, donde se señala que «el supuesto de hecho origen de esta litis fue el incendio del turismo LU-XXX-I, estacionado en la vía pública y cubierto con mantas y trapos viejos para evitar los efectos de las heladas (...) La explosión se produjo en la madrugada más o menos del día siguiente, alcanzando el fuego al vehículo LU-XXX-M, también estacionado, y a la casa cuyos balcones volaban sobre la calle. Nada de ello tiene que ver con la circulación de vehículos, no es un accidente surgido con ocasión de la circulación, por lo que está fuera de lugar acudir a su legislación específica para resolver el problema de la imputación de daños». La sentencia de instancia, confirmada, señalaba que «en el supuesto concreto que estamos analizando, el vehículo originador del fuego (...) se hallaba estacionado en una vía pública y cubierto por mantas y trapos viejos para preservarlo de las «heladas» que caían durante la noche; a lo largo de los diferentes procedimientos acumulados, no ha podido determinarse cuál ha sido la causa del origen del mentado fuego, e incluso, en las diferentes periciales practicadas, incluida la dictaminada como di-

El caso tiene un relativo interés para el Derecho Administrativo ya que el fuego se origina en un Renault que se encontraba estacionado en el centro penitenciario Madrid III sito en el término municipal de Valdemoro, y que comenzó a arder por la parte delantera del motor, extendiéndose el incendio a otros dos coches que se encontraban estacionados en ese lugar. No es, por poco, un incendio carcelario, tan habitual en los repertorios de jurisprudencia y doctrina consultiva, lo que habría tenido particulares aristas resarcitorias sobre todo si tenemos en cuenta, como recuerda la propia sentencia, «que el esposo de la dueña del coche era en aquel momento la máxima autoridad del centro penitenciario cuando ocurrieron los hechos».

Por tanto, excluido todo daño al edificio y a los internos, lo fundamental estriba en la confirmación de la decisión *a quo* que había absuelto a los demandados al considerar que no había hecho imputable a la dueña del vehículo sobre el que pudiera sustentarse la responsabilidad extracontractual, en cuanto que no podían determinarse las causas del incendio.

## VI. A modo de reflexión

La casuística de los incendios, de la que aquí se ha aportado una muy reducida muestra, evidencia que el fuego puede propagarse desde cualquier objeto o elemento, natural o artificial susceptible de incendiarse y, como es obvio, no distingue de fronteras ni delimitaciones urbanísticas o forestales. De la misma manera que unas chispas surgidas en el monte pueden acabar amenazador a los edificios de una población cercana, también puede producirse el fenómeno inverso. Y desde un ingenio como un vehículo o una máquina industrial pueden extenderse las llamas a un entorno vegetal, sea un monte, un parque o un simple parterre. Y a la inversa. El ejemplo de los automóviles, de los contenedores y vertederos o de las vías de circulación descuidadas es bien expresivo y justificador de ese propósito de reencauzar, con algunos criterios jurídicos comunes, la aparición de toda suerte de fuegos sin apegarse tanto en su tratamiento a la etiología de los mismos.

Trabajo recibido el 14 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

---

ligencia para mejor proveer, no puede apreciarse que la actitud del propietario del vehículo donde se originó haya sido negligente pues es del todo imprevisible que un vehículo, de otro lado en estado normal o usual de conservación y de no excesiva antigüedad, se incendie a consecuencia de un cortocircuito o de cualquier otro motivo que el sujeto ignoraba por completo, ya que en la conciencia y conocimiento de cualquier persona normal no es pensable siquiera que un vehículo en circunstancias de conservación también normales, pueda siquiera incendiarse, y mucho menos propagarse a otros bienes de ajena propiedad causando como consecuencia daños de la entidad de los indicados en los pleitos acumulados».

**LABURPENA:** Ikerketa-lerro berri baten ildoan, lan honetan ikuspegi globalago eta hain konpartimentatua ez den batetik aztertzen da sua, Zuzenbidearekin eta botere publikoekin dituen harremanetik. Ekarpen honetan, batez ere oinarri jurisprudenzialetik aztertzen da basokoak ez diren suteen eragina —sakon aztertu izan ditu doktrinak eta justifikatutako arreta eskaini izan die legegileak—, baina arreta juridiko berezia merezi dute, ez soilik mugatua kalte-eskubidera edo tribunal zibilen jarrera tinkora erantzukizunak objektibatzeke orduan, sutearen eta ondorioaren arteko kausalitatean zentratuta, eta ez sutearen arrazoian, hori jakitea sarritan ezinezkoa izaten omen delako.

Su hartu ohi duten objektuen artean daude administrazioaren elementuak eta ekipamenduak —adibidez, edukiontzia, ibilgailu publikoak edo hondakindegia—, bai eta errepide-ertz zaindu gabeak eta bideetako eta parterreetako sastrakak ere, eta horien ondorioak, batzuetan, ingurune naturalera zabaltzen dira. Ondoko lerroetan lagin moduan eskaintzen da kasu interesgarrien multzo bat, irizpide juridiko berdin batzuekin bideratu ahal izateko sute mota guztiak, hainbeste mugatu gabe haien etiologiara edo haien ondorio pribatu, administratibo edo penalerara.

**HITZ GAKOAK:** Ingurunea. Suteak. Kausalitatea. Erantzukizuna. Tratamendu berdina.

**RESUMEN:** El trabajo se inscribe en una reciente línea de investigación conducente a analizar desde una visión más global y menos compartimentada el fenómeno del fuego en su relación con el Derecho y los poderes públicos. En esta concreta aportación se examina, con base jurisprudencial fundamentalmente, la incidencia ambiental de fuegos no adjetivados como forestales —materia profusa y tradicionalmente estudiada por la doctrina y de justificada preocupación para el legislador—, pero que merecen una consideración jurídica peculiar, no limitada al derecho de daños o a la arraigada posición de los tribunales civiles a la hora de objetivar responsabilidades centrándose en la causalidad entre fuego y resultado y no en la causa del fuego, cuyo conocimiento —se dice— es muchas veces imposible.

Elementos y equipamientos administrativos como contenedores, vehículos públicos o vertederos aparecen, al igual que los márgenes descuidados de las carreteras y los matos de vías y parterres, entre los objetos más frecuentemente incendiables con consecuencias que, en ocasiones, trascienden hasta el medio natural. En las líneas que siguen se ofrece como muestra un conjunto de casos de interés que invitan, como se ha dicho, a reencauzar, con algunos criterios jurídicos comunes, la aparición de toda suerte de fuegos sin ceñirse tanto en su tratamiento a su etiología o a la repercusión privada, administrativa o penal de los mismos.

**PALABRAS CLAVE:** Ambiente. Incendios. Causalidad. Responsabilidad. Tratamiento común.

**ABSTRACT:** This work is part of a recent research trend that leads to analyze the phenomenon of fire and its relationship with Law and public authorities from a more comprehensive and less compartmentalized vision. This particular contribution studies with basis essentially on caselaw the environmental impact of those non forest fires —profuse issue which is traditionally studied by the scholars and of justified concern for the legislator— but that deserve a peculiar legal consideration not only restricted to tort law or to the so settled position by the civil courts when they establish the responsibilities focusing on the causality between fire and result and not on the cause of fire, whose knowledge —it is said— is often impossible.



Administrative components and equipments like dumpsters, public vehicles or garbage dumps are together with the neglected shoulders of the roads and the brushes of routes and flower beds are the more often sensitive to fire objects with consequences that sometimes go beyond the environment. The following offers as a proof a group of cases of interest which invite as it is been said to redirect, with some common legal criteria, the appearance of a whole sort of fires without not limiting their treatment to their etiology or to the private, administrative or criminal effects of them.

**KEYWORDS:** Environment. Fires. Causalities. Liability. Common treatment.



# El acceso a la vivienda y la nueva función social del derecho de propiedad

Joaquín Tornos Mas

**Sumario:** I. Introducción.—II. El marco constitucional y estatutario. III. La función social de la propiedad de las viviendas: su uso efectivo para fines residenciales.—IV. Las medidas imperativas para imponer la nueva función social del derecho de propiedad: expropiación, sanción, impuestos. IV.1. La expropiación de las viviendas desocupadas. IV.2. Las sanciones administrativas. IV.3. El impuesto sobre las viviendas desocupadas.—V. Conclusiones.

## I. Introducción

El derecho debe servir para ordenar la vida en sociedad de acuerdo con los valores de justicia y libertad, y también debe servir para atribuir a los poderes públicos los medios de actuación necesarios para alcanzar la satisfacción de estos valores.

En este modesto y breve trabajo, en merecido homenaje y recuerdo a un querido compañero y amigo, queremos poner en conexión esta consideración general con uno de los graves problemas sociales que afectan a nuestra sociedad, la falta de acceso a una vivienda digna por parte de muchos ciudadanos de nuestro Estado, lo que supone vulnerar el derecho a la dignidad humana cuyo reconocimiento constituye la base de nuestro modelo constitucional de convivencia.

La imposibilidad real de poder acceder a una vivienda digna se hace más sangrante si se tienen en cuenta los siguientes datos. Por un lado, sabemos que, por ejemplo en Cataluña, en el año 2012, 69,000 unidades de convivencia solicitaron una vivienda de protección oficial, que existían 80,000 viviendas nuevas pendientes de comercializar y 450,000 viviendas vacías (1). Al mismo tiempo, los desahucios por falta de pago de las hipotecas o de los alquileres alcanzaban cifras muy significativas y crecientes en el tiempo. Es decir, muchos ciudadanos no podían acceder a una vivienda, o eran desalojados de su vivienda, cuando al mismo tiempo existía un gran parque de viviendas construidas y no ocupadas.

Esta realidad contrasta, además, con el mandato constitucional establecido en el artículo 47 de la Constitución, según el cual «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación».

---

(1) Datos facilitados por la Agencia Catalana de la Vivienda en 2013.

Pues bien, ¿Cuál debe ser la respuesta normativa para que los poderes públicos puedan solventar de forma eficaz el problema de la falta de acceso a una vivienda?. Las últimas actuaciones impulsadas por algunas Comunidades Autónomas, a partir de una nueva concepción de la función social de la propiedad, ¿son una respuesta eficaz al problema existente?

El intento de dar respuesta a estas preguntas es el objetivo de este trabajo. Con esta finalidad nos centraremos en el contenido del derecho administrativo, como derecho que debe atribuir a la Administración los instrumentos de actuación necesarios y eficaces para poder hacer realidad las previsiones constitucionales y estatutarias, en este caso sobre el acceso a una vivienda digna. Ciertamente desde otras ramas del derecho, civil, mercantil y procesal, también se ha actuado. Así, tratando de proteger a los propietarios de viviendas frente a los procedimientos de desahucio(2), o articulando una protección especial a favor de los consumidores respecto de la adquisición o arrendamiento de una vivienda, como acto de consumo de especial relevancia en la vida de las personas(3). Actuaciones sin duda de gran interés pero que no serán objeto de nuestra atención.

## II. El marco constitucional y estatutario

La actuación normativa del legislador, fundamentalmente el autonómico ya que estamos ante un problema de su competencia, está determinada en primer lugar por lo que establezcan la norma constitucional y los Estatutos de Autonomía. En este sentido es necesario conocer si existe o no un derecho a la vivienda, y si este derecho tiene rango de derecho fundamental consagrado en la Constitución o se trata de un derecho estatutario reconocido en el texto estatutario.

Como vimos, el artículo 47 de la CE establece que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación». Por su parte, el artículo 26 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, que tomamos como ejemplo de norma estatutaria, establece que «las personas que no disponen de los recursos suficientes tienen derecho a acceder a una vivienda digna, para lo cual los poderes públicos deben establecer por ley un sistema de medidas que garantice este derecho, con las condiciones que la ley determine» (4). Más adelante, su artículo 47 dispone que «los poderes públicos deben facilitar el acceso a la vivienda mediante la generación de suelo y la promoción de vivienda pública y de vivienda protegida, con especial atención a los jóvenes y los colectivos más necesitados».

---

(2) Sobre las reformas llevadas a cabo recientemente en el mercado hipotecario con el fin de proteger a los ocupantes de viviendas, de entre la abundante bibliografía ya existente, vid, el reciente libro colectivo, dirigido por M. T. ALONSO PÉREZ, *Vivienda y crisis económica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014..

(3) En este sentido es de interés la ley aragonesa 16/2006 de 28 de diciembre de Protección y defensa de los consumidores y usuarios.

(4) Otros preceptos similares, en los que también se dirigen mandatos al legislador, se contienen en los artículos 19 del Estatuto de la Comunidad Valenciana, artículo 27 del Estatuto de las Islas Baleares, artículo 25 del Estatuto de Andalucía, artículo 27 del Estatuto de Aragón y artículo 17 del Estatuto de Castilla y León.

A nuestro entender los preceptos citados no configuran un verdadero derecho subjetivo a una vivienda digna. Un derecho subjetivo supone el reconocimiento en una norma de una acción para exigir de un tercero un comportamiento o una abstención, acción que además debe estar amparada por un tribunal que puede imponer al tercero la acción o la omisión que se reclama.

Pues bien, ni la norma constitucional ni la estatutaria reconocen a los ciudadanos españoles o catalanes la acción para exigir de la Administración una vivienda. Las normas citadas se han construido como principios rectores que deben guiar la actuación de los poderes públicos. Son por tanto mandatos de optimización. Ello no supone que carezcan de toda fuerza jurídica. Tienen fuerza jurídica en tanto vinculan al legislador, que no puede actuar en contra de este mandato, de este deber que se le impone de tratar de garantizar a los ciudadanos (o de manera más limitada a aquellos que están en situaciones de especial debilidad) una vivienda digna. Pero mientras no se produzca el desarrollo legal de la previsión constitucional, no hay título suficiente para exigir una prestación concreta por parte de la Administración. No se dan las notas de aplicabilidad y justiciabilidad inmediata que permitiría reconocer la existencia de un derecho subjetivo (STC 247/2007 de 12 de diciembre, FJ 13,B)(5).

Consecuentemente el legislador posee un amplio margen de discrecionalidad para actuar con el fin de lograr el fin que le impone la norma superior, sin que la falta del reconocimiento de un verdadero derecho subjetivo a una vivienda digna convierta la ley en inconstitucional.

El legislador estatal, en el artículo 4,a del RDL 2/2008 de 20 de junio, establece que «todos los ciudadanos tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna, adecuada y accesible, concebida con arreglo al principio de diseño para todas las personas, que constituya su domicilio libre de ruido o inmisiones contaminantes de cualquier tipo que superen los límites máximos admitidos por la legislación aplicable y en un medio ambiente y un paisaje adecuados». Pero la ley no contiene después los elementos necesarios para entender que existe un verdadero derecho subjetivo al acceso a la vivienda, ya que ni se determina quién será el titular del derecho, quién el obligado a garantizarlo, cuál será el contenido de esta prestación debida, y qué acción podrá utilizarse para exigir esta obligación de resultado.

El legislador autonómico, por su parte, tampoco ha construido verdaderos derechos subjetivos al acceso a la vivienda. Tal vez el único caso ha sido la ley de garantías en el acceso a la vivienda de Castilla la Mancha de 1 de febrero de 2011, que reconoce a todas las personas inscritas en el Registro de Demandantes de Vivienda con protección pública de Castilla la Mancha el derecho a una vivienda protegida y establece el mecanismo para hacer efectivo este derecho (6).

---

(5) Sobre el valor del artículo 47 de la CE, y la existencia o no de un derecho subjetivo al acceso a la vivienda, existe un amplio debate. Pueden consultarse al respecto los siguientes trabajos: GONZÁLEZ ORDOVÁS, *El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socio-económico complejo*, Dykinson, Zaragoza, 2013; LÓPEZ RAMÓN, F. Coordinador, *Construyendo el derecho a la vivienda*, Marcial Pons, Madrid, 2010; PONCE - SIBINA, Coordinadores, *El derecho a la vivienda en el siglo XXI: sus relaciones con la ordenación del territorio y el urbanismo*, Marcial Pons, 2008; TEJEDOR BIELSA, *Derecho a la vivienda y burbuja inmobiliaria ( de la propiedad al alquiler y la rehabilitación)*. La Ley, Madrid 2012; VAQUER CABALLERÍA, M. *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, Iustel, Madrid 2011.

(6) Sobre la normativa autonómica se puede consultar, VAQUER CABALLERÍA, op.cit. p.58 a 71. Si reconoce un verdadero derecho subjetivo la ley francesa 2007-2009 de 5 de marzo, del droit au logement opposable,

La falta del reconocimiento de verdaderos derechos subjetivos, y por tanto la inexistencia de acciones judiciales para exigir de la Administración el acceso a una vivienda digna, no significa que los mandatos constitucionales y estatutarios carezcan de fuerza normativa. Los legisladores autonómicos han podido no crear estos derechos, pero sí que han debido actuar para tratar de cumplir con los mandatos constitucionales y estatutarios a favor del acceso a una vivienda por parte de los ciudadanos. Con este fin se han articulado diversas políticas. Las administraciones han actuado a través de políticas de vivienda, desde las leyes de casas baratas a los planes actuales de vivienda, con técnicas de fomento entre las que cabe incluir la política de viviendas de protección oficial, e incluso con la iniciativa pública en la promoción y gestión de vivienda, en la medida en que la vivienda se considera un servicio económico de interés general(7).

Tradicionalmente las Administraciones han venido actuando mayoritariamente a través de medidas de fomento, que solían encuadrarse en planes de vivienda. Así, por ejemplo, el Plan por el derecho a la vivienda del Gobierno catalán, aprobado por Decreto 75/2014 de 27 de mayo. Este Plan afirma que tiene dos ejes de actuación. Por un lado el eje social que trata de facilitar el acceso a la vivienda de los ciudadanos y evitar la exclusión social residencial, incentivando la entrada en el mercado de alquiler de las viviendas desocupadas y, por otro, el eje económico, que trata de facilitar la recuperación económica del sector de la vivienda, incentivando la reactivación de la promoción de vivienda protegida y la rehabilitación de vivienda.

Pero lo que nos importa destacar, y por ello este va ser el objeto de nuestro trabajo, es que en los últimos años los poderes públicos han optado por introducir formas de actuación de carácter imperativo actuando sobre los propietarios de viviendas desocupadas a partir de un nuevo concepto de la función social de la propiedad. La grave crisis económica que padecemos desde el año 2008 se manifestó con particular crudeza en materia de vivienda. El acceso a la vivienda se hacía aún más difícil por la pérdida de recursos de las familias y la dificultad de acceder al crédito. Al mismo tiempo, muchos propietarios son desahuciados al no poder pagar sus hipotecas, y también los arrendatarios son desahuciados al no pagar sus alquileres.

Ante esta situación era necesario reaccionar. Algunas Comunidades Autónomas optaron por medidas de fuerte impacto mediático con las que poder ofrecer a sus ciudadanos la imagen de que se actuaba de forma diligente, contundente y eficaz. De esta forma se ponen en marcha políticas de naturaleza coactiva. Expropiar, sancionar, imponer impuestos. Veamos el fundamento y contenido de estas medidas.

### **III. La función social de la propiedad de las viviendas: su uso efectivo para fines residenciales**

Las nuevas políticas coactivas se han tratado de fundar en una nueva concepción de la función social del derecho de propiedad, nueva concepción que permita actuar sobre el derecho de propiedad de los propietarios que no destinan su vivienda al uso

---

DALO.

(7) La consideración de la vivienda como un servicio económico de interés general permite a los poderes públicos actuar en este sector de forma directa sin que ello suponga en todo caso una vulneración de las reglas de libre competencia. En este sentido, *vid.* la sentencia del TJUE de 8 de mayo de 2013, asuntos C-197/11 y C-203/11.

residencial. Imponiendo cargas sobre estos propietarios (impuestos, sanciones o la expropiación del uso de la vivienda), se pretende aportar al mercado de la vivienda más oferta, y por tanto, bajar los precios, o, como veremos en el caso de la expropiación, proteger temporalmente al propietario de una vivienda en proceso de desahucio por parte de una entidad financiera.

El artículo 33 de la Constitución, al reconocer como derecho fundamental el derecho a la propiedad privada, afirma que la función social de estos derechos debe limitar su contenido de acuerdo con las leyes. La Constitución recoge de este modo la idea de la función social de la propiedad procedente de la doctrina social de la Iglesia Católica, que construyó este principio no como un límite interno, ni como un contenido estructural del derecho de propiedad, sino como un deber moral, un límite externo, una templanza del derecho absoluto del propietario.

De esta forma la Constitución garantiza el derecho de propiedad en su contenido esencial, en aquello que permite su reconocibilidad (STC 37/1987), pero a su vez permite la modulación del contenido de las facultades del propietario a través de las leyes. De este modo el derecho de propiedad pasa tener el contenido que definen las leyes especiales, y este derecho se descompone en un conjunto de poderes, facultades, obligaciones y límites. El titular del derecho está obligado a actuar de conformidad con la finalidad que imponga el legislador.

Al mismo tiempo, como se ha dicho, al ubicar el derecho de propiedad en la sección segunda del capítulo segundo del Título primero de la Constitución, bajo el epígrafe «de los derechos y deberes de los ciudadanos», no se configura este derecho como un derecho fundamental de la persona, atribuyendo a este derecho una dimensión comunitaria. La propiedad es un derecho del ciudadano como miembro de la comunidad, no como persona individual. Al mismo tiempo se admite que hay propiedades con un mayor contenido social, como la agraria, la cultural...o la de la vivienda.

La referencia constitucional a la función social de la propiedad ha tenido reflejo en la doctrina del Tribunal Constitucional en dos importantes sentencias. La primera, la STC 36/1987 de 26 marzo 1987, dictada en relación a la ley andaluza de fincas manifiestamente mejorables, que imponía obligaciones de destino a los propietarios de finca rústica. El Tribunal reconoció la constitucionalidad de estas obligaciones y afirmó que «la función social es elemento estructural del derecho de la propiedad entendida no como un límite externo a la definición o contenido de la propiedad, sino como parte integrante del mismo derecho».

La segunda fue la STC 89/1994 de 17 de marzo de 1994, en la que se analizó la obligación de prórroga forzosa impuesta en los arrendamientos de propiedades urbanas. También en este caso el Tribunal reconoció la validez de esta obligación al entender que formaba parte de la función social de la propiedad urbana.

En definitiva, como se dijo hace ya algunos años por la profesora Imma Barral (8), la función social del derecho de propiedad puede manifestarse de tres modos diversos. Con la imposición de la obligación de ejecutar determinadas facultades al propietario, con la no atribución de determinadas facultades al propietario, o con la imposición de un conjunto de condiciones al ejercicio de las facultades del propietario.

---

(8) BARRAL, I. «Un nuevo concepto de propiedad: la función social como delimitadora del derecho», en vol. col *El sistema económico en la Constitución española*, Centro de estudios del Ministerio de Justicia, Madrid 1994, vol. II, p.639 y ss.

La novedad que se ha incorporado recientemente en algunas leyes autonómicas ha sido el establecer cómo contenido propio de la función social de la propiedad de las viviendas urbanas su destino a ser ocupadas, es decir, la vivienda construida debe ser destinada a vivienda por su propietario, lo que le obliga a ponerla en el mercado en condiciones de ser ocupada por un tercero. La vivienda, por tanto, no puede estar desocupada.

Esta nueva concepción de la función social de la propiedad urbana aparece en el artículo 5 de la ley catalana del derecho a la vivienda 18/2007. Este precepto establece lo siguiente:

«1. El ejercicio del derecho de propiedad debe cumplir su función social.

2. Existe incumplimiento de la función social de la propiedad de una vivienda o un edificio de viviendas en el supuesto de que:

- a) Los propietarios incumplan el deber de conservación y rehabilitación de la vivienda, siempre que ello suponga un riesgo para la seguridad de las personas y se les haya garantizado, si demuestran su necesidad, las ayudas públicas suficientes para hacer frente al coste de la conservación o rehabilitación de la vivienda.
- b) *La vivienda o el edificio de viviendas estén desocupados de forma permanente e injustificada.*
- c) La vivienda esté sobreocupada.
- d) No se destine, si es una vivienda de protección oficial, a residencia habitual y permanente de los propietarios.

3. Para garantizar el cumplimiento de la función social de la propiedad de una vivienda o un edificio de viviendas, las administraciones competentes en materia de vivienda deben arbitrar las vías positivas de fomento y concertación a las que se refiere el título III, y pueden establecer también otras medidas, incluidas las de carácter fiscal, que propicien el cumplimiento de dicha función social y penalicen su incumplimiento.

4. El departamento competente en materia de vivienda y las administraciones locales deben actuar coordinadamente en la delimitación y declaración de los ámbitos o las situaciones aisladas en que se produzca incumplimiento de la función social de la propiedad de una vivienda, y en la determinación y ejecución de las medidas legalmente establecidas que sea preciso adoptar».

Por su parte el Decreto ley 6/2013 de 9 abril de la Junta de Andalucía, en su exposición de motivos dice que «la función social de la vivienda configura el contenido esencial del derecho mediante la posibilidad de imponer deberes positivos a su titular que aseguren su uso efectivo para fines residenciales, entendiéndose que la aplicación de dicho contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales».

Finalmente citaremos la ley foral Navarra 24/2013 de 2 de julio, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra, que en su exposición de moti-



vos nos dice que «el artículo 33 de la Constitución consagra el derecho a la propiedad privada, estableciendo que se trata de un derecho cuyo contenido viene delimitado por su —función social—, que es básica para la generalización de los derechos sociales. La Constitución no tutela, por tanto, usos antisociales del derecho de propiedad. Este principio debe vincularse con el artículo 128 de la Carta Magna, según el cual —toda la riqueza del país en sus distintas formas, y sea cual fuere su titularidad, está subordinada al interés general—, y con el artículo 40, que establece que —los poderes públicos promoverán las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa—. Siendo, en este caso, finalidad propia de la vivienda la de propiciar la posibilidad de dar cumplimiento al derecho a disponer de un techo, bajo el que las personas puedan desarrollarse con normalidad dentro de la sociedad, su desocupación representa el mayor exponente del incumplimiento de la finalidad del bien y por tanto de su función social».

El propietario de una vivienda urbana está obligado, por tanto, a destinar su vivienda a fines residenciales, ya no posee la facultad de libre disposición, en el sentido de disponer sobre su uso de forma libre, ocupándola o manteniéndola desocupada. Una vivienda debe ser ocupada, y por tanto el poder público podrá ejercer su poder de imperio para forzar al propietario a que destine su vivienda al fin que le es inherente: ser residencia, dar satisfacción al derecho de acceso a una vivienda digna por parte de un tercero.

#### **IV. Las medidas imperativas para imponer la nueva función social del derecho de propiedad: expropiación, sanción, impuestos**

##### **IV.1. La expropiación de las viviendas desocupadas**

La medida más llamativa de las que han sido desarrolladas para imponer la nueva función social de la propiedad urbana ha sido la medida expropiatoria, en tanto supone en principio una intervención ablatoria que extingue el derecho de propiedad que tenía su titular sobre una vivienda. No obstante, hay que matizar el alcance de esta actividad expropiatoria tal y como ha sido regulada, ya que como veremos no comporta la extinción del derecho de propiedad sino la imposición de un arrendamiento forzoso.

Esta intervención expropiatoria sobre viviendas vacías se encuentra regulada (9) en la ley andaluza 4/2013 de 1 de octubre, ley que es fruto de la tramitación como ley del

---

(9) Con anterioridad la ley catalana del derecho a la vivienda 18/2007 de 28 de diciembre había introducido también la potestad de expropiar viviendas no ocupadas en los apartados 6 y 7 de su artículo 42. No obstante, estos párrafos fueron derogados por la ley 9/2011. Los párrafos derogados establecían que: «6. Una vez se hayan puesto a disposición de los propietarios todas las medidas de fomento que establecen los apartados anteriores, en los ámbitos declarados como ámbitos de demanda residencial fuerte y acreditada, la Administración puede declarar el incumplimiento de la función social de la propiedad y acordar el alquiler forzoso de la vivienda. La declaración del incumplimiento debe realizarse mediante un expediente contradictorio, de acuerdo con establecido por la normativa de procedimiento administrativo, en el cual deben detallarse las vías de fomento específicas que se hayan puesto a disposición de la propiedad para facilitarle el alquiler de la vivienda.

En el acuerdo de declaración debe advertirse asimismo que, una vez transcurridos dos años desde la notificación de la declaración, si no se ha corregido la situación de desocupación, por causa imputable a la propiedad, la Administración puede expropiar temporalmente el usufructo de la vivienda, por un periodo no superior a cinco años, para alquilarla a terceros.

Decreto Ley 6/2013 de 9 abril, así como en el Decreto andaluz 6/2013 de 9 abril. También la ley foral de Navarra 24/2013 de 2 de julio recoge, en términos muy similares, el ejercicio de la potestad expropiatoria sobre viviendas desocupadas. Los elementos básicos de la intervención expropiatoria que establecen estas normas son los siguientes (seguimos lo dispuesto en la ley andaluza)(10) .

La ley andaluza 4/2013 de 1 de octubre, ley de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda (ley que por otra parte como ya hemos dicho coincide de forma sustancial con la ley foral Navarra 24/2013) , afirma en su exposición de motivos que » la función social de la vivienda configura el contenido esencial del derecho mediante la posibilidad de imponer deberes positivos a su titular que aseguren su uso efectivo para fines residenciales, entendiendo que la fijación de dicho contenido esencial no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales. La función social de la vivienda, en suma, no es un límite externo a su definición o a su ejercicio, sino una parte integrante del derecho mismo». A ello se añade que » entre las distintas formas de desocupación de viviendas merece un mayor reproche la del conjunto de viviendas que son propiedad, en sus diferentes formas, de personas jurídicas, en especial entidades financieras y sus filiales inmobiliarias, entidades de gestión de activos, incluidos los procedentes de la reestructuración bancaria y entidades inmobiliarias».

De esta forma se sientan las bases de lo que después se regula en la disposición adicional primera: la expropiación temporal del uso de las viviendas en poder de entidades bancarias que se desocupen a través de un desahucio por impago de la hipoteca.

La citada disposición declara diversos supuestos como de interés social a efectos de expropiación:

«1. Se declara de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia social incurridas en procedimientos de desahucio por ejecución hipotecaria, a efectos de expropiación forzosa del uso de la vivienda objeto del mismo por un plazo máximo de tres años, a contar desde la fecha del lanzamiento acordado por el órgano jurisdiccional competente.

En los mismos términos, se declara de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas en especiales circunstancias de emergencia social que, como consecuencia de la ejecución de un aval que las mismas hayan prestado en orden a garantizar un crédito hipotecario,

7. El procedimiento de expropiación temporal del usufructo a que se refiere el apartado 6 debe ajustarse a lo establecido por la legislación urbanística y por la legislación de expropiación forzosa. En la determinación del precio justo de la expropiación deben deducirse los gastos asumidos por la Administración en la gestión y en las eventuales obras de mejora ejecutadas en la vivienda. La resolución que ponga fin al procedimiento debe determinar la forma en que los propietarios pueden recuperar el uso de la vivienda una vez transcurrido el plazo de expropiación temporal».

(10) Sobre el Decreto ley andaluz 6/2013 pueden consultarse: CARRASCO-LOZANO: «Decreto ley 6/2013 de 9 de abril para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda de Andalucía: una nota de urgencia», Centro de Estudios de Consumo, 2013; MARTÍN VALDIVIA, S. M.: «El Decreto ley andaluz de vivienda 6/2013 ¿Romanticismo, propaganda o función social legítima?», *Revista Aranzadi de Urbanismo y edificación*, n.º. 28, mayo-agosto 2013; DÍEZ CADÓRNIGA, J.: «El Decreto ley andaluz 6/2013 sobre viviendas: ¿un adecuado instrumento de política social?», *El Notariado del S. XXI*, n.º 52, 2013.

hayan de responder con su propia vivienda habitual, por encontrarse incurso en un procedimiento de ejecución o apremio instado por una entidad financiera, sus filiales inmobiliarias o entidad de gestión de activos.

Igualmente, se declara de interés social la cobertura de necesidad de vivienda de las personas dadas de alta en la Seguridad Social como autónomas o trabajadoras por cuenta propia que se encuentren en especiales circunstancias de emergencia social y cuya vivienda habitual constituya garantía de un préstamo bancario concedido para hacer frente al desempeño de su actividad profesional y se encuentren incurso en un procedimiento de ejecución o apremio instado por la entidad financiera concedente del crédito.

*2. Esta ley será de aplicación a las viviendas incurso en procedimientos de desahucio o apremio instado por entidades financieras, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, en los cuales resulte adjudicatario del remate una entidad financiera, o sus filiales inmobiliarias o entidades de gestión de activos, y todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en la normativa básica estatal».*

De este modo el incumplimiento de la función social de la vivienda (cuando deja de estar ocupada en virtud de un procedimiento de desahucio) se convierte en la razón de interés social que legitima la expropiación. Y como se encarga de destacar el apartado segundo antes citado, la norma sólo es aplicable cuando la vivienda pasa a ser propiedad de una entidad bancaria en razón de un procedimiento de desahucio.

Los beneficiarios de la expropiación son las personas que están en situación de especial debilidad, situación que se precisa en el apartado tres de la disposición adicional primera. Esta persona será la beneficiaria de la expropiación, y quedará obligada al pago a la Administración expropiante de una cantidad en concepto de contribución al pago del justiprecio en cuantía no superior al 25% de los ingresos de la unidad familiar que conviva en la misma ni superior a la cuantía del justiprecio.

El procedimiento expropiatorio se tramitará por el procedimiento de urgencia según lo establecido en la legislación expropiatoria, y la resolución sobre su inicio se comunicará al órgano judicial que esté conociendo del procedimiento de ejecución hipotecaria o apremio de que se trate.

Finalmente, no puede dejar de destacarse la cláusula de salvaguardia que se autoconcede la Administración. El apartado 14 dice que «en todo caso, lo establecido en esta disposición estará en función de las disponibilidades presupuestarias». Lo que diluye de forma importante el derecho del desahuciado a exigir que se lleve a cabo la expropiación del uso de la vivienda a la entidad bancaria para permitirle seguir disfrutando de la misma.

Lo dispuesto en la disposición adicional que acabamos de resumir suscita diversos tipos de dudas tanto sobre su corrección jurídica como sobre su oportunidad y eficacia.

Jurídicamente se ha discutido si estamos realmente ante una ocupación temporal por tres años de una propiedad bancaria, para permitir el uso al sujeto desahuciado (el beneficiario), o se trata de la expropiación parcial de una de las facultades que engloban el pleno dominio del propietario. El hecho de que lo que se impone es un límite temporal a la facultad de uso de la vivienda por parte de la entidad bancaria, y

que no existe un verdadero traspaso de la propiedad a un tercero, nos lleva a pensar que realmente estamos ante una ocupación temporal. Pero en este caso nos encontramos con el límite que la propia ley expropiatoria establece a las ocupaciones temporales, ya que prohíbe expresamente la de las viviendas (art. 109 de la LEF).

La remisión genérica a la normativa en materia expropiatoria tampoco encaja con la configuración de la figura del beneficiario, ya que las obligaciones que al mismo impone el artículo 5 del Decreto de 26 abril 1957 difieren mucho de las que establece la disposición adicional de la ley andaluza.

También debe mencionarse que no se ha podido recurrir al procedimiento especial contenido en la ley de expropiación forzosa por «incumplimiento de la función social de la propiedad», artículos 71 a 75, lo que no deja de ser paradójico.

Otras dudas afectan a la constitucionalidad de estas leyes autonómicas. El Estado las ha recurrido ante el Tribunal Constitucional alegando la aplicación del artículo 161.2 de la Constitución y obteniendo la suspensión de su eficacia, suspensión que ha sido ratificada en los autos del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 2014 respecto a la ley andaluza (11), y en el auto de 10 marzo 2014, respecto de la ley foral de Navarra.

Los motivos de impugnación son varios, algunos de orden sustantivo y otro de carácter competencial.

El Gobierno estima que esta normativa establece una discriminación arbitraria entre los propietarios de viviendas incurso en procedimientos de desahucio, ya que tan sólo se expropia el uso de la vivienda por tres años a los propietarios que sean entidades financieras. De este modo se vulneraría el principio de igualdad y no discriminación.

Por otro lado se cuestiona el título competencial. Para el Gobierno las leyes definen el contenido del derecho de propiedad, materia competencia del Estado según el artículo 149.1.18 de la CE, e introducen un trato desigual entre los ciudadanos españoles, en contra de lo dispuesto en el artículo 149.1.1 de la CE. Los argumentos son discutibles (12). El trato desigual afecta a sujetos claramente diferenciados, un propietario particular y una entidad financiera que, además, puede haber recibido ayudas estatales para evitar su crisis. La norma afecta al contenido del derecho de propiedad, pero no inciden en su núcleo esencial, y desde el punto de vista competencial, el legislador sectorial puede modular los límites del derecho de propiedad en ejercicio de sus propias competencias, sin que ello vulnere lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución. Finalmente, la igualdad de derechos básicos de todos los españoles no impide tratos diferenciados respecto al contenido de alguno de estos derechos en razón precisamente de las políticas prestacionales de las diferentes Comunidades Autónomas cuando éstas actúan en ejercicio de sus competencias materiales.

Los Autos por los que el Tribunal Constitucional mantiene la suspensión de las normas autonómicas impugnadas no aportan elementos significativos en relación a la

---

(11) Mediante el Auto de 22 octubre 2013 el Tribunal Constitucional declaró la desaparición sobrevenida del objeto en el incidente sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión del Decreto ley seis/2013 de 9 abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda, ya que dicho Decreto ley fue derogado por el legislador autonómico al aprobar la ley 4/2013 por la que se tramitó como ley el citado Decreto ley.

(12) Una voz crítica a los argumentos del Gobierno del Estado se encuentra en el trabajo de MOREU CARBONELL, E.: «Sanción y expropiación de viviendas deshabitadas por incumplimiento de su función social o en circunstancias de emergencia social», en la obra colectiva dirigida por M.T ALONSO PÉREZ, *Vivienda y crisis económica*, op. cit. p.387

constitucionalidad o no de las leyes impugnadas. Dada la función cautelar de estos Autos, mantener o no la suspensión de la norma impugnada durante la tramitación del recurso de inconstitucionalidad, los mismos se limitan a ponderar los intereses afectados, el público y el privado, así como los perjuicios de imposible difícil reparación que puedan derivarse del mantenimiento o levantamiento de la suspensión. Por tanto, no entran sobre la cuestión de fondo, la constitucionalidad o no de la norma impugnada. No obstante, los argumentos expuestos por las partes así como los razonamientos del Tribunal aportan algunos juicios de interés que merecen ser comentados.

Al tener que valorar en esta sede procesal los perjuicios que pueden derivarse de la aplicación de la norma impugnada, el abogado del Estado sostuvo, con apoyo en sendos informes del Ministerio de Economía y Competitividad, del Banco de España y de la SAREB, que las leyes impugnadas tenían un importante impacto negativo sobre los balances de las entidades que integran el sector financiero y el mercado hipotecario, impacto negativo que, se añadía, había sido ya advertido por la Comisión Europea.

De este modo, la discusión sobre el levantamiento o no de la suspensión se centró en esta cuestión de contenido económico. Las Comunidades Autónomas alegaron que estos perjuicios no estaban acreditados y que, por contra, la suspensión de la ley conllevaba un claro perjuicio para los intereses públicos que la norma legal trataba de defender.

El Tribunal Constitucional, retomando su doctrina general sobre la suspensión de normas que inciden en el sistema financiero, acuerda mantener la suspensión, al entender que los perjuicios de la aplicación de la ley sobre el sistema financiero son verosímiles. Además, el Tribunal añade que los perjuicios que pueden derivarse de la suspensión de la eficacia de la ley impugnada « resultan notablemente reducidos porque el Estado también ha dispuesto normas que atienden a estos intereses, no importando a los efectos de este incidente cautelar si tales medidas son o no constitucionales, pues el dato fáctico y real es que existen y que con su existencia disminuyen el menoscabo que para los intereses invocados por las partes que pretenden el levantamiento trae consigo el mantenimiento de la suspensión. Es el caso del Real Decreto ley 27/2012, de 15 noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección de los deudores hipotecarios (derogado tras ser tramitado como ley por la ley 12/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social), en el que se contempla, entre otras medidas, la suspensión inmediata y por un plazo de dos años de los desahucios de las familias que se encuentren en una situación de especial riesgo de exclusión. Además, con base en el mandato contenido en la disposición final primera del Real Decreto ley 27/2012, de 15 noviembre, el Gobierno y las entidades de crédito firmaron un convenio para la creación de un fondo social de viviendas, propio de las entidades, ofrecidas en régimen de alquiler social a personas en situación de especial vulnerabilidad que hubieran sido desalojadas de su vivienda habitual por el impago de un préstamo hipotecario».

Lo expuesto nos permite concluir que estas medidas de naturaleza expropiatoria plantean, desde la perspectiva de su justificación y eficacia, dudas sobre su contenido y eficacia. En primer lugar se hace presente la falta de coherencia con el fundamento jurídico último de estas normas. Si estas leyes se tratan de fundar en la nueva función social de la propiedad, para de este modo forzar el destino de todas las viviendas a servir de residencia de un núcleo familiar ¿por qué luego se limita la aplicación de las

medidas de expropiación temporal del uso de una propiedad al supuesto de las viviendas de las entidades bancarias que éstas han obtenido tras un proceso de desahucio? ¿Por qué no se incluyen también las viviendas de estas mismas entidades obtenidas por otros procedimientos? ¿O por qué no se incluye todo tipo de vivienda no destinada a su fin residencial, sea cual sea su propietario?. Lo cierto es que estas medidas tratan de fundarse de hecho de modo más directo en la singularidad del propietario, las entidades bancarias, a las que se identifica con entidades de interés general sujetas por ello a unas cargas singulares como contrapartida de sus beneficios singulares (el ser beneficiarias de operaciones de rescate con dinero público). Por otro lado, no se protege a todos los ciudadanos en su derecho de acceso a la vivienda, ya que estas medidas sólo contemplan la posición de determinados sujetos desahuciados.

En segundo lugar la aplicación práctica de estas medidas es muy compleja. Requiere precisar la situación jurídica de la propiedad cuyo uso temporal se quiere expropiar, también debe previamente determinarse la real situación del beneficiario, y finalmente, deberá procederse a tramitar un procedimiento expropiatorio. Por último sólo podrá recurrirse a estas medidas si existen recursos económicos suficientes.

La realidad ha demostrado que durante la vigencia de estas leyes fueron muy pocos los expedientes que se finalizaron. Por el contrario, la actuación a través de medidas de fomento, a las que aludía el Auto del Tribunal Constitucional antes citado, han dado mejores resultados.

Por todo ello, creemos que estamos ante normas que responden a la urgencia política, a la necesidad de tener que ofrecer respuestas rápidas a los ciudadanos a las reivindicaciones que están presentes en los medios (crisis del acceso a la vivienda, reclamaciones de plataformas antidesahucios...), urgencia que prevalece sobre la construcción pausada de la respuestas legales que deben adoptarse y a la preocupación esencial por la eficacia real de las medidas que se van a diseñar. Son ejemplos de lo que se ha dado en llamar «leyes manifiesto», leyes con las que conseguir un buen titular, pues tienen una buena venta en los medios de comunicación, aunque luego no se consigan los fines que se pretenden.

## IV.2. Las sanciones administrativas

La Administración también ha hecho uso de su potestad sancionadora con el fin de tratar de lograr que se cumpla la función social de las viviendas urbanas, es decir, que se destinen a ser utilizadas como residencia. Por ello se sanciona al propietario que mantiene su vivienda desocupada (13). Tomaremos como ejemplo para el examen del ejercicio de esta potestad sancionadora lo dispuesto en la ley catalana 18/2007 de 28 diciembre del derecho a la vivienda.

La ley catalana en su artículo 123,h tipifica como infracción muy grave el no cumplimiento de la función social de la propiedad por parte del propietario. El citado precepto establece que constituye una infracción muy grave el « mantener la desocupación de una vivienda, después de que la Administración haya adoptado las medidas establecidas por los apartados 1 a 5 del artículo 42 ». De este modo el tipo infractor

(13) *Vid.* al respecto, MOREU CARBONELL, E. *op. cit.* p. 389 a 396.

queda configurado por un concepto normativo, la desocupación de una vivienda, y por el cumplimiento previo por parte de la Administración de una serie de actuaciones previstas en la propia ley, las que se establecen en los apartados 1 a 5 del artículo 42.

El concepto de vivienda desocupada nos lo da la propia ley en su artículo 3, d. Es vivienda vacía «la vivienda que queda desocupada permanentemente, sin causa justificada, por un plazo de más de dos años. A tal efecto, son causas justificadas el traslado por razones laborales, el cambio de domicilio por una situación de dependencia, el abandono de la vivienda en una zona rural en proceso de pérdida de población y el hecho de que la propiedad de la vivienda sea objeto de un litigio judicial pendiente de resolución».

Si la vivienda se encuentra en esta situación, para que se conforme el tipo infractor debe concurrir otro elemento. Que la Administración haya llevado a cabo, previamente a esta situación de desocupación, las actuaciones de fomento a favor de la ocupación de la vivienda que se establecen en los números 1 a 5 del artículo 42. Es decir, si la Administración no ha hecho lo necesario para tratar de conseguir a través de medidas no coactivas que la vivienda se ocupe, no se podrá imputar al propietario que la vivienda siga desocupada. No existirá tipo infractor.

La sanción correspondiente a esta infracción, que se califica de muy grave, es una multa que puede llegar hasta a 900.000 euros, artículo 118,1. La cuantía concreta a aplicar se fijará atendiendo a los criterios de graduación que se establecen en el artículo 117 de la ley. La ley también prevé que se puedan establecer previamente, o paralelamente a la tramitación del procedimiento sancionador, medidas coercitivas para forzar al cumplimiento del deber de permitir ocupar la vivienda( artículo 113)(14).

Es especialmente significativo que al determinar los sujetos imputables por las infracciones tipificadas la ley catalana no establezca distinción entre personas físicas y jurídicas, ni entre tipos de personas jurídicas. Los sujetos responsables se enumeran en el artículo 126 en los términos siguientes: «1. Son responsables de las infracciones tipificadas por la presente ley y por las normas que la desarrollan las personas físicas o jurídicas que, por acción u omisión, hayan cometido los hechos constitutivos de la infracción.2. Si el cumplimiento de las obligaciones impuestas por las disposiciones legales en materia de vivienda corresponde a varias personas físicas o jurídicas conjuntamente, todas ellas responden de forma solidaria de las infracciones que cometan y de las sanciones que se les impongan.3. Si en la instrucción de un expediente sancionador no es posible delimitar las responsabilidades individuales, estas deben determinarse solidariamente. 4. Si la infracción administrativa se imputa a una persona jurídica, pueden ser consideradas responsables las personas físicas que integran los correspondientes organismos rectores o de dirección, de acuerdo con lo establecido en el correspondiente régimen jurídico».

De manera diferente, las leyes andaluza 4/2013 y la foral Navarra 24/2013, en sus artículos 53,1-a y 66,1, limitan la responsabilidad por la desocupación de las viviendas

---

(14) Por lo que se refiere a la competencia para imponer las sanciones, la ley catalana en sus artículos 130 y 131 atribuye la competencia para iniciar, tramitar los expedientes e imponer las sanciones a la Administración de la Generalidad y a los entes locales. La competencia sancionadora de los entes locales se limita a las sanciones de cuantía inferior a 25.000 euros. El artículo 131,2 establece que los expedientes tramitados por los entes locales cuya resolución por razón de la cuantía de la sanción corresponda a un órgano de la Generalidad deben ser enviados a éste una vez instruidos, con la propuesta de sanción de que se trate.

a las personas jurídicas. Límite que no nos parece muy razonable, si de nuevo recordamos que con este tipo infractor lo que se pretende proteger es el cumplimiento de la función social de la propiedad, lo que debería ser indiferente respecto de quien sea el propietario, una persona física o jurídica.

Este hecho ha sido alegado por el Gobierno en su recurso de inconstitucionalidad frente a las leyes andaluza y foral Navarra. De acuerdo con los dictámenes del Consejo de Estado se alega que la previsión legal discrimina arbitrariamente a las personas jurídicas respecto de las personas físicas, vulnerándose el principio de prohibición de arbitrariedad. Este trato diferenciado se trata de justificar en las exposiciones de motivos de las leyes impugnadas. Así, en la ley foral Navarra 24/2013 se dice que «entre las distintas formas de desocupación de viviendas merece un mayor reproche la del conjunto de viviendas que son propiedad, en sus diferentes formas, de personas jurídicas, en especial, entidades financieras y sus filiales inmobiliarias, entidades de gestión de activos, incluidos los procedentes de la reestructuración bancaria, y entidades inmobiliarias, siendo, además, supuestos de importancia cuantitativa. La notoriedad de la utilización de las viviendas como bien de inversión que se predica en las personas jurídicas, frente al natural ejercicio del derecho a la vivienda propio de las personas físicas sustancia, junto a otros de índole económica y social, un elemento diferenciador que cualifica el incumplimiento por las personas jurídicas titulares del deber de dar efectivo destino habitacional a las viviendas. Ello justifica el establecimiento de una acción pública de policía dirigida a estas viviendas desocupadas». Pero, ¿es cierto que las entidades financieras poseen las viviendas como bienes de inversión? Creo que cuando menos es discutible. Las entidades financieras desean desprenderse de sus parques de viviendas, pero eso sí, a un precio razonable. Pero no creo que pueda decirse que desean especular con estos bienes y que por ello sean más imputables que otra persona jurídica, o una persona física, que se dediquen al negocio inmobiliario.

Pues bien, de nuevo en relación con esta política coactiva, ahora de carácter sancionador, nos surgen dudas acerca de su funcionalidad, de su verdadera eficacia para conseguir los objetivos que dice perseguir el legislador. Las dudas nos surgen por la dificultad que encierra el poder determinar que se ha incurrido en el tipo infractor. Si tomamos el caso de la ley catalana, pero lo mismo ocurre en este punto en las leyes andaluza y foral navarra, no será fácil acreditar que la vivienda está desocupada por culpa del propietario. Se dice que la vivienda debe estar desocupada sin causa justificada. Y ¿cómo se demostrará que existen arrendatarios que están dispuestos a pagar un precio razonable?. ¿Cómo se acreditará la culpabilidad del propietario en relación al tipo infractor?. En el caso catalán, además el propietario podrá alegar que la Administración no ha llevado a cabo previamente las actuaciones de fomento que le exige la ley.

Por estas razones el Gobierno del Estado también ha alegado en sus recursos de inconstitucionalidad que las leyes se basan en una presunciones de no habitación que configuran un tipo infractor que no ofrece la mínima seguridad jurídica exigible, vulnerándose así el principio de tipicidad y el de presunción de inocencia.

También en este caso la ley parece responder a la función política de asegurar a los ciudadanos que se va a actuar de forma contundente contra los propietarios que no cumplan la función social de la propiedad, pero dudamos que la política sancionadora permita colocar en el mercado un gran número de viviendas, a pesar de la cuan-



tía que puede alcanzar la sanción. Habrá que ver cuantos expedientes finalizan, y cuantas multas se ingresan en las arcas públicas. Más difícil será valorar el efecto disuasorio, esto es, cuántas viviendas han llegado al mercado gracias a la amenaza de las sanciones.

### IV.3. El impuesto sobre las viviendas desocupadas

La tercera forma de actuación sustentada en la nueva concepción de la función social del derecho de propiedad, y en el ejercicio de medidas coactivas por parte de la Administración, es el recurso a la potestad tributaria. El ejemplo lo encontramos en este caso en el proyecto de ley aprobado por el Gobierno catalán el 15 julio 2014, por el que se crea el impuesto sobre los pisos vacíos.

El posible recurso a medidas de naturaleza tributaria se contempla ya en el artículo 72.4 del RDL 2/2004 de 5 de marzo, Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales. El citado precepto establece la posibilidad de que los entes locales apliquen un recargo del 50% de la cuota líquida del impuesto sobre bienes inmuebles a aquellos inmuebles de uso residencial que se encuentren desocupados con carácter permanente, de acuerdo con las condiciones que se establezcan reglamentariamente.

El problema es que la eficacia de la previsión legal requiere contar con el desarrollo reglamentario de lo que tan sólo se prevé genéricamente en el texto legal. Algunas sentencias han declarado que este desarrollo reglamentario está reservado a Real Decreto del Gobierno del Estado, sin que sea posible acudir directamente a una Ordenanza Local. Así, la sentencia del TSJ de Andalucía de 14 de enero de 2010, o la sentencia del TSJ de Cataluña de 22 de julio de 2011. Esta última sentencia afirma que «el único objeto de debate, por tanto, se reduce a decidir si la expresión «por cumplir las condiciones que se determinen reglamentariamente» remite a un Reglamento estatal o a una ordenanza municipal. En esta cuestión, debemos partir de que la Ley aplicada regula precisamente los tributos municipales, por lo que cuando quiere dejar margen a los Ayuntamientos para regular ciertos aspectos de tales tributos lo dice expresamente. Sin ir más lejos, el párrafo 2.º del mismo art. 72.4 dispone que «los ayuntamientos respectivos podrán incrementar los tipos fijados» en la ley, y remite directamente a la «ordenanza fiscal» la fijación del umbral del valor catastral a partir del cual pueden aplicarse los tipos incrementados que prevé. Y en otros muchos preceptos se repiten fórmulas semejantes con la misma finalidad (v. gr. arts. 20, 34, 62.3, 74, 87, 88.2, 95.6, 102.3, 103.2, 107.4, etc...). Por eso, cuando el TRLHL no alude expresamente a los Ayuntamientos o a las ordenanzas municipales para regular ciertas cuestiones de los tributos locales, sino que deja su desarrollo a un «reglamento», como hace en el art. 72.4.3.º (o en el art. 95.3, por poner otro ejemplo), debe entenderse que con ello se está remitiendo con precisión a las normas que aprueba el Gobierno central, pues sólo éstas reciben el nombre técnico de «reglamentos» (aparte de las que aprueban los Gobiernos autonómicos, por supuesto)».

La ley catalana del derecho a la vivienda 18/2007 de 28 de diciembre, en su disposición adicional cuarta, trató de impulsar la actuación del Gobierno del Estado estableciendo que « el Gobierno de la Generalitat debe impulsar las actuaciones necesarias para que el Gobierno del Estado apruebe el reglamento que permita hacer efectiva la

disposición de la ley del Estado 39/1988 reguladora de las haciendas locales, en lo que concierne al establecimiento por parte de los ayuntamientos de un posible recargo del impuesto sobre bienes inmuebles sobre las viviendas vacías o permanentemente desocupadas en un municipio respectivo. También pueden efectuarse bonificaciones a los propietarios de viviendas vacías que las pongan a disposición del mercado de alquiler».

Ante la inactividad del Gobierno del Estado para hacer realidad la previsión de la ley de haciendas locales, el Gobierno catalán decidió impulsar su propia política tributaria con el fin de crear un impuesto con fines no fiscales que gravara el incumplimiento de la función social de la vivienda y que tratara de favorecer la puesta en el mercado de un número significativo de viviendas desocupadas (15).

En la Memoria preliminar del Anteproyecto se pone de manifiesto que una parte importante del stock de viviendas no ocupadas está en manos de entidades financieras que, se afirma, no movilizan este stock a la velocidad necesaria para atender la demanda existente y en particular dar respuesta a las personas inscritas en el Registro de solicitantes de viviendas. Se llega a hablar de la «dejadez y desinterés de algunas de estas entidades financieras». Por ello, y ante la imposibilidad de incrementar los recursos para estimular la oferta de vivienda protegida o con alquiler social con las políticas clásicas, se opta por introducir una medida fiscal mediante un impuesto con fines no fiscales.

Con esta intervención, que debe completar las medidas de fomento, el Gobierno catalán prevé gravar con impuestos que tengan una cuota de entre 850 a €1750 los pisos vacíos en manos de entidades financieras (los cálculos se han hecho sobre estas propiedades, aunque la ley se refiere a propiedades de personas jurídicas en general) en los 72 municipios catalanes con más demanda social de vivienda, lo que se calcula puede afectar a unos 15,000 pisos, situados básicamente en el área metropolitana de Barcelona, Camp de Tarragona y las ciudades de Girona y Lleida.

El nuevo impuesto, según lo establecido en el Proyecto de Ley, se configura como un impuesto propio de naturaleza directa que grava el incumplimiento de la función social de la vivienda por el hecho de que ésta se encuentre habitualmente desocupada.

El hecho imponible se define en el artículo 4 en los términos siguientes: « La desocupación habitual de una vivienda por más de dos años sin causa justificada, en la medida en que ésta no ocupación afecta a la función social de la propiedad». El mismo precepto se encarga de fijar legalmente los conceptos de vivienda y vivienda ocupada, así como la forma de computar el plazo de los dos años de no ocupación. Particular importancia tiene el apartado quinto en el que se recogen una serie de supuestos de causas que justifican la desocupación, como listado de carácter abierto (16).

El sujeto pasivo, a título de contribuyente, son las personas jurídicas que sean propietarias de viviendas vacías sin causa justificada durante más de dos años, si bien se establecen algunas excepciones (las administraciones públicas y las entidades del ter-

---

(15) En la Memoria General del Proyecto de Ley se da cuenta de experiencias similares en países de nuestro entorno. Así, Francia, que en 1998 ya creó el impuesto sobre viviendas desocupadas, o los casos de Inglaterra, Gales o Dinamarca que cuentan con normas de contenido similar.

(16) Así, son causas justificadas de desocupación el que la propiedad este en litigio judicial, la necesidad justificada de tener que hacer obras de rehabilitación, la existencia de cláusulas contractuales en la constitución de la hipoteca que imposibiliten o hagan inviable el destino de la vivienda a un uso diferente del inicialmente previsto cuando se otorgó la financiación, o que la vivienda esté ocupada ilegalmente.

cer sector de la Red de Viviendas de Inserción Social). Otras excepciones afectan al tipo de vivienda, así, viviendas protegidas, las situadas en ámbitos de escasa demanda, las viviendas destinadas a usos regulados por la legislación turística o las de superficie de más de 120 m<sup>2</sup>.

En la Memoria General del Proyecto se justifica la no inclusión de las personas físicas del modo siguiente: «ya que se considera que el incumplimiento de la función social a que se refiere el hecho imponible no se da cuando el titular es una persona física». Argumento apodíctico ciertamente discutible.

La base imponible está constituida por el número total de viviendas sujetas al impuesto de que sea titular el sujeto pasivo, y el tipo de gravamen como ya hemos dicho oscila entre los 850 a 1750 euros.

El texto normativo prevé también un importante sistema de bonificaciones de la cuota en función del número de viviendas que el sujeto gravado vaya poniendo al alquiler asequible, bonificación que tiene carácter progresivo.

Pues bien, también en este caso la reforma legal que trata de aprobarse plantea dudas en cuanto a su eficacia y a su validez normativa.

La definición del hecho imponible, y el número de excepciones previstas, pueden generar una elevada conflictividad en el momento de querer exigir el impuesto. Se debatirá si concurren o no las causas justificativas de la no ocupación, se discutirá el cómputo de los dos años (se exige que el sujeto pasivo haya sido titular de forma continuada de los dos años de desocupación, con lo que bastará una transmisión para tener que iniciar un nuevo período).

Por otro lado, las cuantías no parecen disuasorias, o dicho de otro modo, con fuerza suficiente para forzar a poner una vivienda en alquiler.

Por otro lado concurren algunas dudas sobre la validez jurídica de la propuesta. Así, pueden surgir dudas acerca de si el nuevo impuesto incurre en la doble imposición prohibida por el artículo 6 de la LOFCA, al gravar hechos imponibles ya incluidos en el Impuesto sobre el Patrimonio, o en hechos imponibles establecidos en otros tributos locales, IBI, ICIO o IVTNU. Sobre esta cuestión se pronunció el Gabinete Jurídico de la Generalidad, mediante Informe de 10 enero 2014, Informe que se reproduce en la Memoria General del Proyecto de Ley.

Dicho informe concluye que el nuevo impuesto «plantea dificultades desde la óptica del artículo 6.3 de la LOFCA en razón de las condiciones materiales (que no de hecho imponible) con el recargo del IBI, dificultades que se agravan al no existir jurisprudencia constitucional sobre el alcance de la sustitución de impuestos locales por impuesto autonómico» (17).

La otra objeción hace referencia a la posible vulneración del principio de igualdad. ¿Por qué sólo se grava a las personas jurídicas? Ya vimos que la Memoria del Proyecto trata de justificar esta distinción con una afirmación, no con un argumento. La falta por tanto de argumentos cuestiona la validez de la norma. No vemos justificado el afirmar sin más que la función social de la propiedad no se ve vulnerada cuando la vivienda desocupada pertenece a una persona física.

---

(17) Esta objeción se trata de solventar con una disposición adicional en la que se prevé la compensación a favor de los ayuntamientos si llega a regularse el recargo sobre el IBI a favor de estos últimos.

## V. Conclusiones

El problema del acceso a la vivienda constituye hoy en nuestro país un problema de enorme importancia. El acceso a una vivienda digna es un elemento esencial de una vida digna y, por tanto, de la dignidad de las personas, derecho fundamental vertebrador de la convivencia social que garantiza nuestra Constitución.

Más allá del debate sobre si el acceso a la vivienda está configurado o no como un derecho subjetivo, «un droit oposable», en nuestra Constitución, Estatutos de Autonomía o leyes de desarrollo, lo cierto es que nuestro texto constitucional impone a todos los poderes públicos (legisladores y administraciones) el deber de llevar a cabo actuaciones normativas y administrativas eficaces con el fin de que todos los ciudadanos puedan acceder a una vivienda.

Las medidas que se instrumenten con esta finalidad deben analizarse desde la vertiente de su adecuación a derecho pero, también, desde la perspectiva de su eficacia.

En los últimos años hemos visto cómo el legislador ha dado un nuevo contenido a la función social de la propiedad con el fin de establecer un nuevo límite al ejercicio de las facultades dominicales del derecho de propiedad definidas en el artículo 541.1 del Código Civil. Ahora la función social incorpora una obligación de hacer, dar a la construcción un uso concreto, el servir de vivienda, el hacer posible que alguien resida de modo habitual. El propietario ya no puede disponer libremente de su propiedad, de su destino, ya que su propiedad (su vivienda urbana) debe servir como vivienda.

Pues bien, en este trabajo hemos querido analizar críticamente las medidas normativas articuladas con el fin de hacer realidad esta nueva función social de la propiedad a través de medidas de carácter coactivo: expropiación, sanción y medidas impositivas.

Como hemos tratado de demostrar estas medidas son respuestas políticas urgentes a la fuerte presión social que exige a los representantes políticos soluciones inmediatas. Pero más allá de ofrecer una rápida respuesta con medidas que parecen contundentes, creemos que son poco eficaces, ya que su implementación genera una enorme conflictividad y permite alcanzar escasos resultados prácticos. Ni las medidas correctivas son disuasorias, en el sentido de favorecer la voluntaria puesta en el mercado de las viviendas desocupadas, ni permiten imponer su cambio de destino (vía expropiación del uso), ni generan recursos con los que incrementar las políticas de fomento (recaudación vía sanción o impuestos).

Por ello nos parece más conveniente desarrollar políticas de fomento, planes de vivienda bien diseñados que puedan incorporar al sector privado en su ejecución, medidas a favor del alquiler.... Los acuerdos alcanzados con entidades bancarias para que éstas cedan a la Administración viviendas de su propiedad o las coloquen en alquiler social, son mucho más fructíferos que los intentos de sancionar o exigir el pago de impuestos.

No pretendemos negar el posible recurso las medidas coactivas aquí descritas. Pero si relativizar su utilidad, a pesar de que mediáticamente tengan mucho un gran impacto.

Trabajo recibido el 22 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Gure herrialdean arazo larria da etxebizitza eskuratzea, eta gainera etxebizitza huts asko egotearen kontraesana dago. Horren aurrean, autonomietako legegile batzuek hiri-jabetzaren gizarte-funtzioaren kontzeptu berrira jo dute, etxebizitza bertan bizitzeko izatera behartuz, eta jabeak ez luke izango hiri-jabetzaren erabilera librerik. Gizarte-funtzio berri hori betearazteko, bortxazko neurriak hartu dira. Adibidez, hipoteka-prozesuen ondorioz jabetza bat eskuratu duten banketxeen etxebizitzaren erabilera aldi baterako desjabetzea, edo zehapenak ezartzea edo helburu ez-fiskaleko zergak eskatzea etxebizitzak hutsik daudenean. Lan honetan modu kritikoa aztertzen dira jarduera horiek, haien balio juridikoa eta eraginkortasuna neurtuz.

**HITZ GAKOAK:** Jabetzaren gizarte-funtzioa. Etxebizitza. Etxebizitzaren erabilera aldi baterako desjabetzea. Zehapena. Etxebizitza hutsen gaineko zerga.

**RESUMEN:** El grave problema del acceso a la vivienda en nuestro país ofrece además la contradicción de contar con un abundante parque de viviendas desocupadas. Ante esta situación algunos legisladores autonómicos han recurrido a un nuevo concepto de la función social de la propiedad urbana, estableciendo como nueva obligación del propietario el destinar la vivienda a su uso residencial, de modo que el destino de la propiedad urbana queda fuera de la libre disposición del propietario. Para forzar el cumplimiento de esta nueva función social se ha recurrido a medidas de carácter coactivo. Así, la expropiación temporal del uso de las viviendas propiedad de entidades bancarias que hubieran accedido a dicha propiedad como consecuencia de procesos hipotecarios, o la imposición de sanciones o la exigencia de impuestos con fines no fiscales en los casos de mantener desocupadas las viviendas. El trabajo analiza críticamente estas actuaciones, examinando su validez jurídica y su eficacia.

**PALABRAS CLAVE:** Función social de la propiedad. Vivienda. Expropiación temporal del uso de la vivienda. Sanción. Impuesto sobre viviendas desocupadas.

**ABSTRACT:** The serious problem of access to housing in our country gives moreover the contradiction of having a plentiful stock of empty houses. In the face of this situation some autonomic legislators have resorted to a new concept of social function of urban housing establishing a new proprietor's duty to set aside the house for residential use so as to leave the destiny of the urban house out from the free use of the proprietor. In order to force the fulfillment of this new social function measures of coactive nature have been used. Hence, the interim expropriation of the use of houses owned by banking entities that had acquired them as consequence of mortgage procedures or the imposition of penalties or the request of levies with no tax purposes where the houses are unoccupied. This work analyzes these interventions studying their legal validity and efficacy.

**KEYWORDS:** Social function of property. Housing. Interim expropriation of the use of housing. Sanction. Levy over unoccupied dwelling



# Planificar la infraestructura verde urbana

Maite Uriarte Ricote

**Sumario:** I. Planteamiento.—II. Aceptación genérica de infraestructura verde y su aplicación al ámbito urbano.—III. Heterogeneidad funcional y objetivos.—IV. Previsiones comunitarias en materia de infraestructuras verdes.—V. Concreción en el ordenamiento jurídico interno.—VI. La capital vasca, adalid de las infraestructuras verdes urbanas. VI.1. Previsiones de ámbito autonómico. VI.2. El caso de Vitoria-Gasteiz.—VII. Recapitulación.—Bibliografía.

## I. Planteamiento

La protección y recuperación del rico capital natural de Europa, junto a la necesidad de volver a comunicar hábitats anteriormente desmembrados por las vías de transporte, la expansión urbana y la explotación intensiva de la tierra, justificaron la creación de la red europea de espacios naturales protegidos, Natura 2000, proyecto estrella de la UE y piedra angular de la infraestructura verde europea.

En este trabajo se trata de analizar la importancia que las citadas infraestructuras presentan para los entornos urbanos, por entender que es precisamente en las ciudades donde mejor se evidencia la confluencia de la dimensión ecológica, económica y social. La inquietud por la calidad medioambiental de las urbes se justifica, además, si atendemos al hecho de que en ellas vive el 60% de los europeos, y de que hace un tiempo que constituye una prioridad comunitaria, especialmente, desde la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una Estrategia temática para el medio ambiente urbano (1). Estudios más recientes muestran, asimismo, que las decisiones adoptadas por la población que en la actualidad vive mayoritariamente en ciudades, afectan a la capacidad de recuperación ecológica o resiliencia (2) de todo el planeta (3).

Las infraestructuras verdes de naturaleza urbana ofrecen oportunidades y generan nuevos contextos para que la ciudadanía participe en la administración de los servi-

---

(1) COM(2005) 718 final.

(2) El concepto de resiliencia se utiliza para entender y explicar las dinámicas socio-ecológicas en distintas partes del mundo. Véase, en este sentido, FOLKE, C. y otros, «Resilience thinking: integrating resilience, adaptability and transformability», *Ecology and Society*, 2010, 15: 20 (<http://www.ecologyandsociety.org/vol15/iss4/art20/>).

(3) SETO, K.C., FRAGKIAS, M., GÜNERALP, B., REILLY, MK., «A meta-analysis of global urban land expansion», *PLoS One*, Volume 6, Issue 8: e23777, 2011.

cios derivados de los ecosistemas que, a su vez, son consecuencia de los servicios de carácter socio-ecológico, de cuya configuración son responsables los poderes políticos. La complejidad inherente a una eficaz gestión de la biodiversidad mediante el diseño y aplicación de infraestructuras verdes urbanas requiere, como punto de partida, poner de relieve el papel otorgado a la planificación y gestión del uso del suelo, tarea que constituye el principal objeto de este trabajo.

## II. Aceptación genérica de infraestructura verde y su aplicación al ámbito urbano

La infraestructura verde, en su acepción más genérica ha sido definida como una red estratégicamente planificada de las áreas naturales y parcialmente naturales de alta calidad, diseñada y gestionada para ofrecer una amplia gama de servicios de los ecosistemas y proteger la biodiversidad, tanto en zonas rurales como urbanas (4). Su finalidad es, en consecuencia, el incremento de los citados servicios que no son otra cosa que los procesos mediante los cuales los ecosistemas y las especies mantienen y satisfacen la vida humana. En otras palabras, los servicios de los ecosistemas se traducen en los beneficios que las personas reciben de ellos, en cuya base se encuentra la biodiversidad y, aunque su listado es inmenso, pueden agruparse en distintas categorías en atención a las funciones que desempeñan (5).

Encontramos así, los servicios que cumplen funciones reguladoras en distintos ámbitos (en materia atmosférica, climática, hídrica, amortiguadora de perturbaciones, de sujeción y formación de suelo, de procesado de residuos, de polinización o de control biológico), funciones de hábitats (como la de refugio o criadero), funciones de producción (proporcionando comida, materias primas, recursos genéticos, medicinales, decorativos), funciones de información (estética, recreativa, artística, cultural e histórica, científica y educativa), y funciones de sustrato (vivienda, agricultura, conversión energética, minería, vertedero, transporte y facilidades turísticas) (6). En definitiva, bajo el concepto de infraestructura verde subyacen no sólo elementos naturales como parques, reservas forestales, setos, humedales o áreas marinas, sino también aquellos fabricados por las personas como, por ejemplo, los ecoductos (puentes verdes para el paso de la fauna sobre las autopistas) o los carriles bici, entre otros.

La degradación de los ecosistemas, apreciable en los radicales cambios acaecidos en el paisaje europeo debidos a la construcción de carreteras, de infraestructuras

---

(4) COMISIÓN EUROPEA, *Medio Ambiente para los europeos*, n.º 35, 2009, p. 11. Véase también, en este mismo sentido, la definición de NAUMANN, S., McKENNA D., KAPHENGST, T., en *Design, implementation and cost elements of Green Infrastructure projects. Final report*. Brussels: European Commission, 2011.

(5) Puede consultarse la definición de servicios de los ecosistemas ofrecida por la Organización Mundial de la Salud (<http://www.who.int/globalchange/ecosystems/es/>).

(6) Para una información completa, véase, *La Evaluación de los Ecosistemas del Milenio* (EM) y sus principales conclusiones en relación con los servicios de los ecosistemas: <http://www.millenniumassessment.org/es/About.html>.



energéticas y de la expansión urbana, ha supuesto una merma en la gama de los servicios ecosistémicos y en su calidad, menoscabo con evidentes consecuencias para la calidad de vida, la salud y, sin duda alguna, para la economía. La definición operativa de esta modalidad de infraestructura incorpora, en consecuencia, además de espacios verdes, espacios azules (ecosistemas acuáticos), así como otros elementos físicos de espacios terrestres (tanto rurales como urbanos) y marinos.

La infraestructura verde puede abarcar distintos ámbitos territoriales, desde el más amplio correspondiente a una región, pasando por el espacio local o municipal y descendiendo hasta una escala de barrio. Son estos dos últimos niveles de aplicación de esta técnica los que van a centrar nuestra atención, por su carácter novedoso y por la escasez de estudios doctrinales que analicen su aplicación y beneficios desde un punto de vista jurídico.

Cuando el ámbito territorial sobre el que se proyecta la infraestructura verde es la ciudad, se habla de infraestructura verde urbana, que se concibe como «una red interconectada y complementaria de espacios verdes urbanos que incluye a todos aquellos elementos destacados por su importancia ambiental, paisajística o patrimonial, así como a sus correspondientes procesos y flujos ecológicos». Es decir, la técnica que aquí se analiza, hace referencia a lo que tradicionalmente se han venido denominando como áreas o zonas verdes urbanas, pero que en los últimos tiempos ha sufrido un importante cambio por lo que respecta a su función. Estas zonas, sin perder su utilidad inicial puramente recreativa y paisajística, se han visto revalorizadas por convertirse en las principales «proveedoras de funciones y servicios socioecosistémicos», lo que implica que ofrecen beneficios importantes de carácter ambiental, social y económico (7). Partimos, en consecuencia, de constatar una importante evolución de los paisajes urbanos, de que su biodiversidad y heterogeneidad no debe considerarse exclusivamente en relación con las zonas periurbanas de influencia y de que su realidad actual, fruto de la complejidad de los cambios en el uso del suelo, en la gestión o de la opción por mantener unos hábitats y alterar otros, requiere una reflexión detenida del papel atribuible a las infraestructuras verdes en este contexto.

La doctrina ha identificado la accesibilidad, la continuidad y la seguridad como las tres condiciones inexcusables que debe cumplir toda infraestructura verde urbana (8). Con el primer requisito además de facilitar el acceso a los espacios verdes, se persigue evitar que se conviertan en barreras u obstáculos que dificulten el tránsito por la ciudad. Consecuencia de ello es la continuidad, que constituye la segunda condición sin la cual no cabría hablar de sistema de actividades peatonales. Se trata del elemento que le confiere unidad y que permite la movilidad por toda su extensión. Y, por último, el requisito de la seguridad proporciona un espacio para un desarrollo armonioso de las actividades de ocio, recreo y de los desplazamientos a pie, libre de las contingencias derivadas del tráfico rodado.

---

(7) AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ (Centro de Estudios Ambientales), *La Infraestructura verde Urbana de Vitoria-Gasteiz. Documento de Propuesta*, Febrero de 2014, p. 8.

(8) Véase, en concreto, SANZ FREIRE, R., *Los espacios verdes urbanos en A Coruña*, Instituto Universitario de Estudios e Desenvolvemento de Galicia, 2005, p. 13.

### III. Heterogeneidad funcional y objetivos

Desde un punto de vista funcional, las infraestructuras verdes en su acepción amplia cumplen cinco finalidades generales dependientes entre sí (9):

1. La protección de los ecosistemas y de la biodiversidad.
2. La mejora del funcionamiento del ecosistema y de sus servicios.
3. La promoción de la calidad de vida y de la salud.
4. El fomento de una economía verde mediante una gestión sostenible del suelo y del agua.

Si bien la valoración del grado de cumplimiento de algunos de estos aspectos resulta sencillo, en ciertos casos su evaluación se presenta como un proceso de elevada complejidad en la que es preciso considerar la combinación de elementos cuantitativos y cualitativos, de aportaciones provenientes de la ecología, pero también medidas políticas y, en especial, la participación de los interesados. En este sentido, a las cuatro funciones antes citadas es preciso añadir una más:

5. La apuesta por una planificación espacial integrada, basada en una identificación de las zonas en las que confluyan varias de las finalidades antes descritas, en el ámbito de una política territorial y urbanística que contemple la restauración del hábitat.

La aportación más ventajosa de las infraestructuras verdes es, sin duda, esta diversidad o heterogeneidad funcional presente incluso en sus contenidos más específicos como, por ejemplo, la instalación de un techo verde, que permite reducir la escorrentía de las aguas pluviales y su carga contaminante, al tiempo que reduce el calor urbano, mejora el aislamiento del edificio y proporciona una hábitat para las especies. Y es precisamente esta característica la que las distingue de las infraestructuras grises, fruto de las alternativas ofrecidas por la ingeniería civil convencional y diseñadas para cumplir una única función (el transporte o el drenaje del agua, por ejemplo), sin considerar la mejora ambiental en un contexto social y económico más amplio. Esta multifuncionalidad es, en definitiva, la característica más interesante de la infraestructura verde, pues permite su aplicación transversal como fundamento para el resto de políticas sectoriales y territoriales, como se detallará posteriormente.

Por otro lado, la Comisión Europea insta a asignar un valor económico a las diversas funciones que se llevan a cabo mediante la implantación de infraestructuras verdes (estimar el dinero ahorrado con la ejecución de una infraestructura verde que evita las inundaciones, o que reduce las emisiones de carbono, o calcular su contribución al aumento del turismo, por ejemplo) y a posibilitar su integración y viabilidad en el marco financiero (10). A pesar de reconocer la complejidad de valorar y cuantificar

---

(9) La calidad de vida de una zona costera, por ejemplo, tiene que ver con la capacidad de retención de las inundaciones por los humedales o sistemas de drenaje y estos, a su vez, dependen directamente de la prestación de servicios del ecosistema, como el suelo y la regulación del agua, cuya calidad estará en función de la biodiversidad y de la salud de dichos ecosistemas.

(10) Vid. EUROPEAN ENVIRONMENTAL AGENCY (EEA), *An experimental framework for ecosystem capital accounting in Europe*, EEA technical report No 13/2011 Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011.

en su totalidad estas iniciativas, desde la UE se han identificado tipos genéricos de costes y beneficios asociados a proyectos de infraestructuras verdes que han sido utilizados en análisis posteriores. A fecha de 2011 se habían revisado 90 proyectos cuyos costos se dividen entre:

- a) los gastos financieros, referidos a los recursos empleados en la creación, gestión y desarrollo de las infraestructuras verdes (costes laborales materiales, de energía, compra de terrenos etc.), el mantenimiento y evaluación de las mismas; y
- b) los denominados costos de oportunidad, que incluyen las pérdidas por los proyectos socioeconómicos no realizados (como por ejemplo, la regeneración o restauración de hábitats en tierras agrícolas productivas), y que son poco conocidos y difíciles de cuantificar.

No se puede obviar que en la práctica, las infraestructuras verdes se insertan a menudo en otros proyectos de arquitectura o planificación, como sucede con la revisión de un sistema de drenaje con objeto de hacerlo más sostenible, o con la introducción de ecoductos en una infraestructura gris de transporte previamente existente. En estos casos es necesario especificar y deslindar los costes específicos generados por la infraestructura verde a instalar de los atribuibles a la infraestructura gris en la que se implanta.

Por lo que respecta a los beneficios derivados de la implantación de infraestructuras verdes, en su mayoría se miden en términos cualitativos como, por ejemplo, el grado de protección de un hábitat o la mejora de su uso recreativo. El Grupo de Trabajo de Expertos de la UE ha identificado algunos indicadores específicos de beneficios, entre los que destacan los cambios en la amplitud y la mejora en la calidad de los hábitats, corredores, ecosistemas y espacios verdes, en la prestación de servicios de los ecosistemas (volumen de carbono almacenado, nivel de reducción de los riesgos de inundaciones, reducción de la erosión del suelo), o el impacto favorable de carácter socioeconómico (empleo y PIB) derivado de los citados servicios (11).

Asimismo, dicho grupo de trabajo ha esbozado los siguientes objetivos generales que deberían integrar una estrategia sobre infraestructuras verdes y que podrían servir de inspiración posteriormente para su aplicación de forma individualizada a cada proyecto:

1. Una conectividad espacial y funcional entre las áreas naturales y semi-naturales, la mejora de la permeabilidad del paisaje y la mitigación de su fragmentación, como medidas imprescindibles para mejorar, conservar y restaurar la biodiversidad.
2. La pervivencia de la diversidad de ecosistemas y servicios culturales requiere el mantenimiento, fortalecimiento y, cuando sea necesario, su restauración.
3. Reconocer el valor económico de los servicios de los ecosistemas e incrementarlo mediante la adopción de medidas que fortalezcan su funcionalidad.
4. Mejorar el vínculo social y cultural con la naturaleza y la biodiversidad.

---

(11) Véase, ECOLOGIC INSTITUTE, *Green infrastructure – Expert workshop. Summary of working groups*, Berlin, 2011.

5. Reducir al mínimo la dispersión urbana y sus efectos negativos sobre la biodiversidad, los servicios ecosistémicos y las condiciones de vida humanas.
6. Mitigar el cambio climático, adaptarse a él, aumentar la resiliencia y reducir la vulnerabilidad a los desastres naturales y a las islas de calor urbanas o islas térmicas.
7. Lograr una mejora en el uso del suelo en Europa, por tratarse de un recurso especialmente escaso.
8. Contribuir a mayores conexiones urbano-rurales, mediante la apuesta por sistemas de transporte sostenibles, el aprovisionamiento de espacios abiertos, la mejora de las zonas residenciales y el fortalecimiento del sentido de comunidad.

De forma más específica (aunque en algunos casos coincidente), las ventajas y beneficios que proporciona el desarrollo de infraestructuras verdes urbanas tienen que ver con aspectos estrechamente relacionados con la salud y la calidad de vida y, por ello, cada día más demandados. Por lo que respecta a la biodiversidad, las infraestructuras verdes urbanas propician el mantenimiento, la protección y la mejora de los hábitats naturales y la vida silvestre, e incrementan la biocapacidad. Los avances en los estándares ambientales se concretan en la mejora en la calidad del aire y del agua (por la reducción de las emisiones de carbono provenientes de vehículos motorizados, la prevención de inundaciones o el incremento de la recarga de agua de los acuíferos), en la habitabilidad de los lugares de residencia y trabajo (debida a la reducción térmica y de los niveles de ruido, así como a la disminución de las islas urbanas de calor), en la mejora y mantenimiento de los valores del suelo agrícola (por el aumento de su fertilidad y el control de su erosión), o en el acercamiento entre la producción y el consumo local de alimentos. Finalmente, los beneficios en relación con la salud y el bienestar se manifiestan en la conexión entre la urbano y lo rural, en la mejora de los valores estéticos, en el incremento de recursos para la práctica del deporte, del ocio, en la contemplación y el bienestar espiritual, así como en la generación de recursos para la formación y la educación, y aquellos que fomenten la implicación ciudadana y el sentimiento de pertinencia e identidad (12).

#### IV. Previsiones comunitarias en materia de infraestructuras verdes

Al margen de su inclusión en diversas referencias dispersas en documentos relativos, sobre todo, al cambio climático, la Comisión Europea realiza una apuesta decidida por el desarrollo de una infraestructura verde europea en la *Estrategia de la UE sobre la Biodiversidad hasta 2020*, adoptada el 3 de mayo de 2011 (13). En su Objetivo 2 centrado en el mantenimiento y restauración de los ecosistemas y sus servicios(14), dispone la

---

(12) Véase, POTOČNIK, J., *The Benefits of Green Infrastructure*, European Commission, Speech 13/888, 5 de noviembre de 2013 ([http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-13-880\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-880_en.htm)).

(13) Se trata de una nueva estrategia para detener la pérdida de biodiversidad. *Vid.*, [http://ec.europa.eu/environment/nature/info/pubs/docs/brochures/2020%20Biod%20brochure\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/info/pubs/docs/brochures/2020%20Biod%20brochure_es.pdf), p.2.

(14) Son seis los objetivos que la Comisión se marca para el 2020: 1) Plena aplicación de la Directivas de hábitats y aves; 2) Mantenimiento y restauración de los ecosistemas y sus servicios; 3) Mayor contribución de la agricultura y la silvicultura a la biodiversidad; 4) Uso sostenible de los recursos pesqueros; 5) Lucha contra las especies exóticas invasoras; 6) Contribución a la lucha contra la pérdida de biodiversidad en el mundo.

necesidad de promover dicha infraestructura a la vista de la grave fragmentación del territorio europeo y de la constatación de las importantes consecuencias económicas derivadas de la degradación de los ecosistemas, con apoyo en un estudio cofinanciado por la Comisión y llevado a cabo en el seno de la iniciativa de carácter global denominada *The Economics of Ecosystems & Biodiversity*(15). En concreto, la citada Estrategia sobre Biodiversidad prevé las siguientes actuaciones en orden al cumplimiento de su segundo objetivo:

1. El cartografiado y evaluación del estado de los ecosistemas y sus servicios por parte de los Estados miembros en sus respectivos territorios, con asistencia de la Comisión, no más tarde de 2014, junto al cálculo del valor económico de dichos servicios y la promoción de la integración de ese valor en los sistemas de contabilidad e información a nivel nacional y europeo, no más tarde de 2020.
2. La elaboración por parte de los Estados miembros y con la debida asistencia de la Comisión, de un marco estratégico para fijar las prioridades de restauración de ecosistemas a nivel subnacional, nacional y de la UE, antes de que finalice 2014.
3. La redacción de una estrategia en materia de infraestructura verde por la Comisión antes de concluir el año 2012, con el fin de fomentar su despliegue en las zonas urbanas y rurales de la UE, en la que se incluyan incentivos para fomentar una inversión temprana en proyectos de infraestructura verde y mantenimiento de servicios ecosistémicos como, por ejemplo, mediante un uso más selectivo de los flujos de financiación europea y las colaboraciones público-privadas.
4. La creación de una metodología por la Comisión, en colaboración con los Estados miembros, que sirva para evaluar en 2014 el efecto de los programas, planes y proyectos sobre biodiversidad financiados por la UE.
5. La presentación en 2015 de una iniciativa por parte de la Comisión, que evite la pérdida neta de ecosistemas y servicios ecosistémicos.

El mismo año en que la Comisión aprobó la citada *estrategia de la UE sobre la Biodiversidad hasta 2020*, la Agencia Ambiental Europea publicó un informe en el que profundizaba en el concepto de infraestructura verde y analizaba su integración en otros sectores políticos, al tiempo que ofrecía ejemplos válidos para su utilización en la planificación espacial de estas infraestructuras en el ámbito estatal y regional. Se trata del Informe Técnico aprobado en 2011 y denominado *Green Infrastructure and Territorial Cohesion. The concept of green infrastructure and its integration into policies using monitoring systems*(16), que puede considerarse el punto de partida y de apoyo para la ulterior elaboración de la *Estrategia Europea de Infraestructura Verde* de 6 de mayo de 2013 y titulada *Infraestructura verde: mejora del capital natural de Europa*(17), aprobada con unos meses de retraso si atendemos a la exigencia de que su publicación tuviera lugar antes de finalizar el año 2012. En este documento, los poderes públicos pueden

---

(15) *Vid.*, <http://www.teebweb.org/>.

(16) EEA Technical report /N.º 18/2011 (ISSN 1725-2237).

(17) COM(2013) 249final. Para una información técnica más detallada de la estrategia, puede consultarse el documento de trabajo de los servicios de la Comisión adoptado al mismo tiempo [SWD(2013) 155final].

encontrar unas referencias estables y contrastadas que les permitan esbozar los proyectos de infraestructuras verdes en las distintas escalas o ámbitos territoriales.

No obstante, el Comité de las Regiones en su Dictamen titulado *Infraestructura verde: mejora del capital natural de Europa*(18), destacó la urgente necesidad de concretar las propuestas presentadas por la Comisión en el citado Comunicado. A tal efecto, otorgó un importante protagonismo a los entes locales y regionales e instó su movilización en todas las políticas sectoriales afectadas, especialmente a través de su competencia en gestión territorial y urbanística. Especial interés presenta el requerimiento de incluir en la próxima revisión de la Directiva 2001/42/CE relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente, la referencia a la infraestructura verde como criterio adicional para determinar la probable importancia de dichos efectos. Asimismo, en aras a una efectiva inserción de la infraestructura verde en el marco de referencia para las ciudades sostenibles y en las diferentes políticas sectoriales de la UE, el Comité solicitó a la Comisión la elaboración, a la mayor brevedad posible, de unas guías concretas y fichas técnicas complementarias (19).

Quedaba pendiente, no obstante, la determinación de las modalidades de dicha integración, priorizar los acuerdos de asociación, así como los programas operativos de las financiaciones europeas en curso de definición para los fondos de cohesión y estructurales 2014-2020. En orden a cumplir este último propósito, el Comité de la Regiones manifestó la necesidad de supeditar más amplia e intensamente el diseño de los fondos europeos al factor ecológico (lo que denomina «ecocondicionalidad»), y de establecer un porcentaje determinado a detraer de todas las subvenciones europeas concedidas a la puesta en marcha de las infraestructuras grises, para robustecer un Fondo de Biodiversidad. En este sentido, y con apoyo en la acción 7b de la Estrategia de la UE sobre la Biodiversidad hasta 2020, relativa a la consecución de una «pérdida neta cero» de biodiversidad y de los servicios ecosistémicos, el Comité subrayó la necesidad de que, en caso de considerar «indispensable» la ejecución de una estructura gris (siempre tras el correspondiente estudio de todas las soluciones alternativas posibles basadas en la infraestructura verde), su ejecución evite al máximo su impacto residual y se establezcan las medidas compensatorias en términos ecológicos y territoriales.

La Comisión había anunciado su intención de aprobar para 2014, en colaboración con el Banco Europeo de Inversiones, un sistema especial de financiación comunitaria dirigido a los promotores de proyectos de infraestructura verde. Por el momento, y desde el punto de vista de la financiación de estas infraestructuras mediante el acceso a los distintos fondos europeos, contamos con el Reglamento (UE) n.º 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013 (20), que contiene dos previsiones de interés.

---

(18) Publicado el 5 de diciembre de 2013 (DOUE C356/08).

(19) Existía, sin embargo, una primera guía titulada «Guide to multi-benefit cohesion policy investments in nature and green infrastructure», European Union, 2013.

(20) Reglamento (UE) n.º 1303/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2013, por el que se establecen disposiciones comunes relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión, al Fondo Europeo Agrícola de Desarrollo Rural y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y por el que se establecen disposiciones generales relativas al Fondo Europeo de Desarrollo Regional, al Fondo Social Europeo, al Fondo de Cohesión y al Fondo Europeo Marítimo y de la Pesca, y se deroga el Reglamento (CE) n.º 1083/2006 del Consejo.

La primera, relativa al Programa de Medio Ambiente y Acción por el Clima (LIFE) (21) y al acervo en materia medioambiental, exige a los Estados miembros que fomenten y, en su caso y de conformidad con el artículo 4, velen por la complementariedad y la coordinación con dicho Programa, en particular en proyectos integrados en los ámbitos de la naturaleza, la biodiversidad, el agua, los residuos, el aire, la mitigación del cambio climático y la adaptación al mismo. Esta coordinación debe implementarse mediante medidas como el fomento de la financiación de actividades a través de los Fondos EIE, así como promoviendo la utilización de soluciones, métodos y planteamientos validados en el marco de LIFE, incluyendo, entre otras cosas, inversiones en *infraestructura ecológica*, eficiencia energética, innovación ecológica, soluciones basadas en ecosistemas y la adopción de tecnologías innovadoras en estos ámbitos (apartado 4.5.2). Además, también se prevé la financiación por parte de la UE de los costes de adquisición de tierras, en relación con los proyectos previstos en el Programa LIFE, siempre que la misma contribuya a mejorar, mantener y restaurar la integridad de la red Natura 2000 creada en virtud del artículo 3 de la Directiva 92/43/CEE, inclusive a través de la mejora de la conectividad mediante la creación de corredores, vías de acceso, u otros elementos de infraestructura ecológica (22).

La segunda mención de interés es la atinente a las actividades de cooperación y, en concreto, por lo que respecta a la contribución de los programas generales a las estrategias macrorregionales y de las cuencas marítimas, dispone que los Estados miembros promoverán, cuando proceda, la utilización de los Fondos EIE en el marco de las estrategias macrorregionales para la creación de los corredores de transporte europeos, incluidas —entre otras cuestiones—, las infraestructuras ecológicas (apartado 7.3.3).

## V. Concreción en el ordenamiento jurídico interno

La atención que la legislación ha prestado a las condiciones ambientales de las ciudades ha evolucionado cuantitativa y cualitativamente, en la medida en que factores como el aumento de la concentración de la población en las mismas, la movilidad o el consumo han ido paulatina y negativamente incidiendo en la calidad de vida de sus habitantes (23). Las primeras manifestaciones de dicha preocupación se reconocen en las normas de carácter higiénico-sanitario, consecuencia de la industrialización y de la emigración de la población rural a la ciudad y, especialmente, en las de regulación del ensanche (24) que comenzaron a aprobarse durante el siglo XIX y la primera

---

(21) Reglamento (UE) n.º 1293/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2013 relativo al establecimiento de un Programa de Medio Ambiente y Acción por el Clima (LIFE) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 614/2007.

(22) *Id.*, el art. 20.3.a) del Reglamento (UE) n.º 1293/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2013 relativo al establecimiento de un Programa de Medio Ambiente y Acción por el Clima (LIFE) y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 614/2007.

(23) Sobre dicha evolución, *vid.*, entre otros, GÓMEZ-FERRER MORANT, R., «En torno a los estándares urbanísticos», *REDA*, núm. 4, 1975; GRACIA HERRERO, F.J., *Régimen jurídico de las zonas verdes y de los espacios libres*, Colección: *La Práctica del Urbanismo* (n.º 3), La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2011.

(24) Fruto de la necesidad de buscar soluciones a los problemas derivados de la falta de espacio, así como de la pérdida del valor militar y de la función fiscal que hasta entonces poseían las murallas.

mitad del xx(25), y cuya concreción desde una perspectiva urbanística se produjo con la aprobación de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956.

Esta Ley que nació con vocación de integrar y sistematizar el Derecho urbanístico, en su afán por armonizar el ejercicio de las facultades inherentes a la propiedad privada con los intereses de la colectividad, constató que «la imposibilidad de disponer de terrenos amplios para destinarlos a espacios libres en interés del embellecimiento y de las condiciones sanitarias de los núcleos urbanos», era uno de los principales inconvenientes relativos al suelo que debía superar (26). Para ello, dispuso que la reparcelación —como técnica fundamental al servicio de una justa distribución de los beneficios y cargas derivados del planeamiento—, pudiera exigirse por cualquier propietario de terrenos destinados a viales o zonas verdes en desproporción con la superficie que le perteneciere respecto a la de otros y a la total del polígono, o cuando dichos terrenos fueran edificables en volumen inferior al general. Con esta medida se perseguía facilitar la acción urbanizadora que se veía obstaculizada por la resistencia de los propietarios de terrenos destinados a espacios libres, cuando consideraban que el valor de su suelo se había depreciado correlativamente al enriquecimiento de los demás propietarios circundantes.

La Ley de Suelo de 1956 también trató de reforzar el sistema de ejecución de los planes urbanísticos a través de la cesión de viales, instaurado por la precedente Ley de Ensanche, previendo la obligación de los propietarios de aportar los terrenos viales y las zonas verdes, así como de costear las obras de urbanización, en grado semejante al previsto para el sistema de cooperación, pero con la diferencia de que en la cesión de viales se contempló que dichos gastos fueran sufragados mediante contribuciones especiales (27).

Las previsiones de carácter general relativas a los sistemas generales de comunicación y sus zonas de protección, los espacios libres destinados a parques públicos y zonas verdes (en proporción no inferior a cinco metros cuadrados por habitante), así como el equipamiento comunitario y el destinado a centros públicos, se consideraron elementos determinantes del desarrollo urbano e integrantes de la estructura general y orgánica del territorio a definir por los Planes Generales Municipales de ordenación.

Esta remisión de la regulación de los espacios libres y zonas verdes al planeamiento urbanístico (28) en la Ley del Suelo de 1956, ha llevado a la doctrina a valorar

---

(25) Los precedentes de interés son la Ley de Ensanche de las poblaciones, de 29 de junio de 1864, 22 de diciembre de 1876 y 26 de julio de 1882 la Ley de Expropiación Forzosa, de 10 de enero de 1879, la Ley de Saneamiento y Reforma Interior de Grandes poblaciones, de 18 de marzo de 1895, el Estatuto Municipal, de 8 de marzo de 1924, la Ley de ordenación de Solares, de 15 de mayo de 1945, la Ley de Régimen Local de 1945 y el Texto Refundido de la Ley de Régimen Local, de 24 de junio de 1955. Véanse, ÁVILA ORIVE, J.L., *El suelo como elemento ambiental, Perspectiva territorial y urbanística*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1998, p. 147; BASSOLS COMA, M., *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español (1812-1956)*, Montecorvo, Madrid, 1973.

(26) *Vid.*, la Exposición de Motivos, apartado III. b) de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956.

(27) Exposición de Motivos, apartado IV. d) de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956.

(28) Véase, asimismo, el art. 3 g) de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956.



de forma crítica la ausencia de un tratamiento de fondo de la materia en el que se estableciera una extensión mínima de los citados espacios(29), la confianza excesiva en la bondad de los planificadores para crear lugares destinados al disfrute de la población y al embellecimiento de las ciudades(30), así como la ausencia de concreción de un régimen jurídico específico para cada tipo de uso que impedía la distinción entre dotaciones locales y sistemas generales(31).

La reforma de 1975(32) y la aprobación de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976(33) trajeron la incorporación al ordenamiento jurídico de los estándares urbanísticos, entendidos inicialmente como una «técnica de reducción de la discrecionalidad propia de la potestad de planeamiento a través de la fijación de unas reglas de fondo de carácter mínimo o máximo, que actúan como verdaderos límites legales a aquella potestad, y, por tanto, de las respectivas competencias asignadas a los distintos órganos»(34).

En el repaso que realiza A. ALONSO(35) del papel que cumplen los estándares como límites a la potestad de planeamiento urbanístico, encontramos una exposición clarificadora de sus antecedentes y de los intentos doctrinales por conceptualizar esta técnica, entre los que interesa destacar, a los efectos del presente análisis, las reflexiones de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ y de GARCÍA GARRO. El primero de estos autores atribuye a esta técnica un doble fundamento: «[p]or un lado, y de modo principal, el objetivo esencial de los mismos es que los ciudadanos alcancen un nivel y una calidad de vida adecuados mediante la implementación en la ciudad de infraestructuras, servicios públicos y equipamientos. Pero también limitando la densidad de viviendas —y/o la edificabilidad— y, por ende, de población que accederá a esas dotaciones e infraestructuras». Para el segundo autor, existe una relación directa entre las posibilidades de promoción social y el mayor grado de accesibilidad a las infraestructuras y equipamientos públicos, lo que obliga a una planificación ponderada de las necesidades sociales de los ciudadanos en cada momento y su evolución a la hora de establecer los estándares, valoración permitida por la ley, que se limita a establecer unos criterios que permiten planificar con una amplia discrecionalidad(36).

---

(29) GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*, Tecnos, Madrid, 1971, p. 39.

(30) PUCHALT RUIZ, M., «Notas de jurisprudencia y doctrina legal sobre zonas verdes y espacios libres», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 18, Sección Comentarios de jurisprudencia, Quincena del 30 Sep. al 14 Oct. 2012, Ref. 2055/2012, tomo 2, p. 1.

(31) RUIZ CHECA, A., «Dotaciones públicas, espacios libres y zonas verdes como factor de calidad de la ciudad», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 6, Sección Colaboraciones, Quincena del 30 Mar. al 14 Abr. 2011, Ref. 728/2011, tomo 1, p. 1.

(32) Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana.

(33) Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

(34) GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Ed. Civitas, Madrid, 1981.

(35) ALONSO, A., «Estándares urbanísticos como límites a la potestad de planeamiento urbanístico», *Práctica Urbanística*, n.º 109, Sección Instituciones comparadas, La Ley, noviembre 2011, p. 40.

(36) Véanse, respectivamente, GONZÁLEZ-VARAS, S., *Urbanismo y ordenación del territorio*, 4.ª edición, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007; GARCÍA GARRO, M. A.: «La dotación de plazas de aparcamiento», en *Práctica Urbanística*, núm. 86, La Ley, octubre de 2009.

De entre las abundantes y variadas previsiones en materia de estándares urbanísticos contenidas en la Ley del Suelo de 1976, destacan por su relación con la materia que aquí se analiza, la exigencia de que los planes parciales de ordenación, por lo que respecta al suelo urbanizable programado, contengan el señalamiento de reservas de terrenos para parques y jardines públicos, zonas deportivas públicas, de recreo y expansión, en proporción adecuada a las necesidades colectivas y, como mínimo, que la superficie destinada a dichas reservas sea de 18 metros cuadrados por vivienda o por cada cien metros cuadrados de edificación residencial en caso de no haberse fijado expresamente el número de viviendas que se pudieran construir. Se dispone, además, que con independencia del uso al que se destinen los terrenos y la edificación, el espacio reservado a dichos fines no podrá ser, en ningún caso, inferior al 10 por 100 de la superficie ordenada, reserva que deberá preverse al margen de las superficies del suelo destinado a tales usos que se establezca en el Plan General (37).

Especial importancia presenta la determinación del objeto de los Planes Especiales de reforma interior (PERI) para su aplicación en suelo urbano, por estar centrado en operaciones dirigidas a la descongestión, creación de dotaciones urbanísticas y equipamientos comunitarios, saneamiento de barrios insalubres, resolución de problemas de circulación o de estética y mejora del medio ambiente, de los servicios públicos u otros fines análogos. (38) Además de su objeto, la redacción de las bases del concurso para la formulación y ejecución de los PERI, requiere que en las mismas se concreten, como obligaciones de los adjudicatarios, entre otras, la cesión gratuita a la Entidad Local o, en su caso, a la Urbanística especial competente, de los terrenos destinados a viales, parques y jardines públicos y demás servicios y dotaciones de interés general, con arreglo a los porcentajes establecidos en la Ley, y la previsión y ejecución del equipamiento adecuado a las dimensiones y finalidad de la actuación que, cuando se trate de uso residencial, consistirá como mínimo en la creación de espacios verdes públicos y en la construcción de centros docentes, sociales y comerciales (39).

A lo anterior cabe añadir, que la Ley del Suelo de 1976 ha optado por considerar imprescriptible la acción que tiene como finalidad restablecer la legalidad urbanística cuando ha sido vulnerada por utilizar o edificar sobre el suelo que el planeamiento ha calificado como zona verde o espacio libre, sin haber obtenido la correspondiente licencia (40).

Esta técnica de la estandarización introducida por la reforma de 1975 y la Ley del Suelo de 1976, pensada como método para evitar la saturación de la edificabilidad mediante la exigencia de prever una ratio de zonas verdes y espacios libres, tanto en el planeamiento general como en el de desarrollo, resulta claramente insuficiente desde una perspectiva actual. Así lo ha entendido alguna doctrina al calificarla, con buen criterio, de «opción simplista y menor de edad», por tratarse de una fórmula que, lejos

---

(37) *Id.*, el art. 13 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

(38) Art. 23. 1 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

(39) Véase el art. 146.3, apartados a) y d) del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

(40) Art. 188 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

de apoyarse en criterios urbanísticos al ubicar las zonas verdes y los espacios libres, deviene impersonal y subordinada a la edificación (41). Al margen, por tanto, del criterio relativo a la reserva de una superficie mínima para zonas verdes, son muy escasas las menciones que podemos encontrar en la legislación urbanística relacionadas con la preservación de la biodiversidad. Además, resulta imprescindible relacionar el estándar como consideración de un mínimo con el tipo de superficie verde y con las condiciones de la misma, por ejemplo, con criterios de sostenibilidad relativos al consumo de agua, o al clima.

Actualmente, las funciones exigibles a los espacios verdes urbanos son más complejas por abarcar aspectos tanto ambientales (higienistas), como sociales, al tiempo que constituyen un sistema integrado, un canal alternativo para la movilidad y, en consecuencia, un elemento director de la ordenación de la ciudad (42).

En el Libro Blanco de la sostenibilidad en el planeamiento urbanístico español de 2010 (43), si bien no se emplea el concepto de infraestructura verde urbana, se aprecia con claridad la apuesta por superar la anterior noción de espacio verde. Este documento pone en evidencia las escasas menciones que la normativa urbanística contiene en materia de biodiversidad a la hora de regular el régimen del suelo urbano y considera que la introducción de diversidad tanto en edificios como en elementos vegetales, entre otras iniciativas similares, es el paso previo y necesario para afrontar la complejidad del diseño de las ciudades contemporáneas.

Superado, por tanto, el mero valor ornamental de lo verde y entendido éste en su acepción más amplia como «espacio no cementado», se ha evolucionado hacia el concepto de infraestructura verde urbana, que conserva ciertas características de naturalidad (sin que necesariamente tenga que contener césped o árboles) y que presenta tres componentes esenciales:

1. Se trata de auténticos equipamiento urbanos dirigidos al esparcimiento, la socialización, la realización del ejercicio físico o el contacto de la naturaleza con la población.
2. Su comportamiento es el de una verdadera infraestructura pero, a diferencia de la infraestructura gris, está compuesta de espacios verdes considerados de forma conjunta con otros espacios que cumplen finalidades semejantes o complementarias, como los espacios libres peatonales y los de carácter natural (playas urbanas, por ejemplo), que se encuentran al servicio del funcionamiento de aspectos concretos de la ciudad (44).
3. Posee una función ecológica que sirve para recordarnos aquello a lo que hemos renunciado al recluarnos en un hábitat distinto al natural, para incrementar la biodiversidad o para garantizar la continuidad y disponibilidad de la flora y de la fauna (45).

---

(41) *Vid.*, entre otros, PUCHALT, RUIZ, M., *ob. cit.*, p. 2.

(42) *Vid.*, SANZ FREIRE, R., *ob. cit.*, p. 9.

(43) Ministerio de Vivienda, Gobierno de España, Abril de 2010.

(44) Véase SANZ FREIRE, R., *ob.cit.*, p. 13.

(45) Véanse, las valiosas aportaciones a este concepto de FARIÑAS, J., «Infraestructura verde urbana», en El blog de José Fariñas, 2012, <http://elblogdefarina.blogspot.com.es/2012/06/infraestructura-verde-urbana.html?m=1>.

En consecuencia, la evolución hacia un diseño urbano más ecológico parece implicar el abandono de la perspectiva sectorial de relacionar «lo verde» en la ciudad con el forzado respeto a los estándares legales necesarios para preservar el suelo de una ocupación indiscriminada, y abrazar la idea de estructurar la planificación mediante un haz de conexiones verdes entre distintos espacios urbanos que constituya un *sistema* o *trama*(46) en sí misma. Es precisamente esta concepción la que caracteriza a la infraestructura verde urbana, en la medida en que subraya la conexión y continuidad entre los espacios que la componen, facilitando su fusión con el resto del tejido urbano, al tiempo que le otorga cohesión (47).

## VI. La capital vasca, adalid de las infraestructuras verdes urbanas

El desafío de mejorar la calidad medioambiental de nuestras ciudades compromete, necesariamente, la adopción de medidas en otros ámbitos administrativos más amplios. Es imprescindible, por tanto, repasar la reciente evolución del proceso territorial desarrollado en la CAPV y analizar el alcance y efectividad de la incorporación de criterios de sostenibilidad dirigidos a considerar la necesidad de infraestructuras verdes en su planeamiento integral, sin generar ficciones insalvables con el ámbito de decisión municipal.

### VI.1. Previsiones de ámbito autonómico

En el *Manual para la redacción del planeamiento urbanístico con criterios de sostenibilidad* que publicó el Gobierno vasco en 2005 (48), se abogó por la necesidad de otorgar el máximo protagonismo a la *trama* (49) de espacios públicos como pieza clave de la estructura urbana y la sostenibilidad social y ambiental de la ciudad. En dicho documento la escena urbana quedó definida como «la red de espacios no parcelados que interrelacionan las distintas zonas y estructuran la ciudad» y que comprende, la trama de viabilidad integral, la trama de espacios libres (a escala de barrio y

---

(46) Vid., BATLE Y DURANI, E., «El sistema de espacios libres urbanos», en *El paisaje y gestión del territorio: criterios paisajísticos en la ordenación del territorio y el urbanismo* (COOR.: MATA OLMO, R., TARROJA I COSCUELA, A.), 2006, pp. 103-112.

(47) «En el momento actual es necesario poner en cuestión las ideas tradicionales sobre zonas verdes que se entienden, en realidad, como zonas ajardinadas, para sustituirlas por las de redes de espacios libres. Además habría que dejar de considerar el sistema de espacios libres exclusivamente como un problema de equipamiento. Los espacios libres ya no sólo sirven para el ocio y el recreo de los ciudadanos. Los espacios libres deben contribuir (además, y en algunos casos de forma prioritaria) a la reducción de la huella del carbono producida por la ciudad. Se ha pasado de responsabilidad local a responsabilidad global y las consideraciones referentes a su estructura, organización y diseño, deben de incluir medidas en esta dirección para mitigar, por ejemplo, el cambio climático», *Libro Blanco de la Sostenibilidad en el Planeamiento Urbanístico Español*, Ministerio de Vivienda, Gobierno de España, Abril de 2010, p. 21.

(48) IHOBE, Sociedad Pública de Gestión Ambiental, Bilbao, 2005 (apartado 2.1.9, pp. 109 y ss.).

(49) El concepto de «trama» posee un carácter abierto, generalmente de dominio público, que recorre toda la ciudad de forma continua y sistemática, y se presenta en contraposición y como complementario al concepto de «zona», *ibidem*, p. 109.

municipal), las zonas verdes, y la trama de biodiversidad, siendo extensible al sistema de espacios parcelados y edificios de uso dotacional.

Especial interés reviste la consideración del espacio público como uno de los objetos centrales y como elemento ordenador del planeamiento general, en cuyo diseño deben necesariamente tenerse en cuenta aspectos como la integración en red, la diversidad, la adecuación climática, la estética y el acondicionamiento. La integración en red hace referencia al requisito de asegurar la accesibilidad, a permitir la viabilidad no motorizada a todos los puntos del municipio, así como a la imbricación con los equipamientos públicos (deportivos, culturales...). La diversidad, por su parte, supone la conjunción de distintos espacios de modo que se armonice el uso de las plazas pavimentadas de carácter multifuncional (en las que puedan celebrarse actos públicos y culturales), con áreas de vegetación.

La adecuación climática, se presenta como una cuestión clave en el configuración de los espacios públicos que, además, contribuye a la mejora de las condiciones de las viviendas. Los criterios de sostenibilidad por lo que respecta al consumo de materiales, recursos, etc., forman parte, junto con la imagen, de la estética del espacio público, en cuya definición debe considerarse en todo momento la participación ciudadana. Estos dos últimos aspectos se encuentran estrechamente relacionados con el acondicionamiento de las zonas de estancia mediante el uso de la ergonomía en el mobiliario, la previsión de zonas de juego o la iluminación adecuada ajustada a criterios de optimización de uso energético, entre otras medidas.

La integración natural en el espacio urbano exige que la dotación de zonas verdes se realice en una dimensión, calidad y accesibilidad adecuadas, considerando su distribución en tres escalas (el barrio, el núcleo urbano, y la zona periurbana), con una perspectiva de limitar en todo lo posible los niveles de intervención y artificialización, de extender el arbolado urbano a todo el conjunto, y favoreciendo la cohesión con los sistemas de recogida de pluviales y de redes específicas de riego con aguas de segunda calidad. En esta misma línea, se propuso la creación de corredores de biodiversidad que favorezcan la citada integración de lo verde, con un carácter continuo (factor clave, como se ha visto) en el fomento de la biodiversidad) y ligado a los itinerarios no motorizados, mediante el uso de elementos lineales como, por ejemplo, los cauces fluviales, las zonas húmedas o similares. Estos elementos naturales de carácter singular, junto con otros artificiales pero que cumplan una función singular (como sucede con los estanques), pueden servir igualmente a la misma finalidad.

El documento introdujo, asimismo, la creación de huertos de ocio como un tipo de equipamiento emergente, con una doble utilidad, natural y social, cuya implantación en espacios verdes interiores o en áreas periféricas de transición, debe realizarse estrictamente por el planeamiento para evitar ubicaciones inapropiadas en zonas inestables o insalubres. Entre los criterios de sostenibilidad del planeamiento urbanístico se encuentra también la denominada naturación urbana de cubiertas de edificios que, como se verá más adelante, contribuye a la gestión regional del agua, así como al aislamiento de la edificación.

La consideración de estos criterios de sostenibilidad es igualmente exigible en la elaboración del planeamiento de desarrollo (Planes Parciales, Planes Especiales de Reforma Interior e, incluso, Estudios de Detalle), en la medida en que aborda la califi-

cación de forma pormenorizada y aplicada a un ámbito concreto. Los planes especiales, pueden detenerse en aspectos como la protección del paisaje, las actuaciones aisladas en suelo no urbanizable, la movilidad sostenible, las aguas pluviales, el saneamiento acústico, la ordenación de antenas y repetidores de telefonía móvil, entre otros.

Mayor flexibilidad que los instrumentos de planeamiento citados, presenta la aprobación y revisión de ordenanzas municipales, por lo que se consideran una interesante vía complementaria para lograr el cumplimiento de objetivos de sostenibilidad tanto por la propia Administración, como por los particulares. La disponibilidad de estas normas se puede aprovechar para aconsejar que se regulen a través de estos instrumentos, la captación de energía solar térmica, los criterios bioclimáticos para la edificación, el alumbrado exterior, o las condiciones de tratamiento, mantenimiento y gestión de las zonas verdes, con un criterio de reducción del consumo de agua.

Por último, no puede quedar sin mención la importancia de que los proyectos de urbanización se adecuen a los criterios de sostenibilidad que se hayan previsto como determinaciones vinculantes en el planeamiento general o de desarrollo. Los proyectos de urbanización deberán prestar especial atención a las cuestiones relacionadas con el equilibrio en los movimientos de tierra, para minimizar la producción de residuos y potenciar el almacenaje y reutilización de la tierra vegetal sobrante, con el aprovechamiento de los materiales sobrantes de la construcción o demoliciones, con el uso de tratamientos no impermeables que aumenten la capacidad de filtrado natural del terreno, o con la optimización de la eficiencia de las redes de servicio técnico que ayude al ahorro energético, del agua potable o a la reducción de la contaminación lumínica. Son útiles, asimismo, para abordar las medidas de aprovechamiento del agua de lluvia mediante la conexión de sistemas de recogida, la reducción del calentamiento urbano, el tratamiento adecuado de la pavimentación en función de los usos, el cuidado del mobiliario urbano y la introducción de vegetación como factor de refrigeración, sombra, o protección acústica.

Posteriormente, el *Manual de Planeamiento Urbanístico en Euskadi para la mitigación y adaptación al Cambio Climático* publicado en 2102, ha vuelto a insistir en la necesidad de considerar la evolución en el tratamiento de los espacios libres hacia su configuración como infraestructuras verdes. El carácter infraestructural del espacio libre se perfila, por tanto, como solución ante la insuficiencia de los beneficios que se obtienen del incremento puntual de lo verde en la ciudad (50).

Teniendo en cuenta el actual marco normativo, es pertinente detenerse en la regulación contenida en el Decreto 90/2014 de 3 de junio, sobre protección, gestión y ordenación del paisaje en la ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, fruto del compromiso que el Gobierno autonómico adquirió el 21 de julio de 2009 de asumir los contenidos del Convenio Europeo del Paisaje (51) y afrontarlos desde sus ámbitos de responsabilidad. El desarrollo y ejecución de las determinaciones de este instrumento específicamente consagrado para impulsar políticas

---

(50) IHOBE, Sociedad Pública de Gestión Ambiental, *Manual de Planeamiento urbanístico en Euskadi para la mitigación y adaptación al cambio climático*, 2012, p. 32.

(51) Aprobado por el Consejo de Europa el 20 de octubre de 2000.

de mejora y protección del paisaje europeo, puede constituir una oportunidad para materializar la articulación normativa de las infraestructuras verdes urbanas en el ámbito autonómico. Su aprobación nace del convencimiento de que el paisaje entendido como «cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos(52)», cumple un papel decisivo en el bienestar individual y social. En este sentido, los objetivos y estrategias que se prevean en esta materia deberán articularse de modo que se logre compatibilizar la protección y puesta en valor del paisaje con el desarrollo urbano y socioeconómico, responsabilidad que las políticas autonómicas deberán abordar considerando el paisaje en los procesos de planificación territorial y, de forma específica, delimitando la infraestructura verde de cada Comunidad Autónoma.

Las Directrices de Ordenación Territorial de la Comunidad Autónoma del País Vasco(53) ya preveían el desarrollo y concreción mediante Planes Territoriales de lo relativo a la necesaria catalogación de las zonas visuales susceptibles de un tratamiento paisajístico especial, así como de la exigencia de un estudio específico para cualquier actuación que pudiera alterar el modelado de paisaje vigente. En este contexto, la reciente aprobación del Decreto 90/2014, de 3 de junio, sobre protección, gestión y ordenación del paisaje en la ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco, persigue otorgar coherencia y sistematizar dicha tarea de integrar el paisaje en la ordenación territorial. Para ello, identifica distintos instrumentos como los Catálogos del paisaje, las Determinaciones del paisaje, los Planes de acción del Paisaje y los Estudios de integración paisajística (a los que se suman las medidas de sensibilización, formación e investigación) y otorga especial relevancia a la participación de los agentes y de la ciudadanía interesada en su elaboración.

La articulación de estos instrumentos previstos para la protección, gestión y ordenación del paisaje en la CAPV, se asienta en los *Catálogos del paisaje*, cuyo contenido servirá de base para la redacción de las Determinaciones del paisaje. Se comienza por tanto con la tarea de catalogación en el ámbito de cada Área Funcional(54), cuyo objeto se concreta en:

- a) la identificación, delimitación, localización y valoración de cuencas visuales, texturas paisajísticas, áreas de especial interés, actividades, usos y procesos

---

(52) Véase el art. 1.a) del Convenio Europeo del Paisaje.

(53) Decreto 28/1997, de 11 de febrero.

(54) La CAPV está dividida en 14 Áreas Funcionales. Hasta la fecha (septiembre de 2014), el proceso de elaboración de los Catálogos y Determinaciones del paisaje se encuentra en su primera fase (iniciada en 2011), que comprende las Áreas Funcionales de Balmaseda-Zalla (Bizkaia), Laguardia (Araba) y Zarautz-Azpeitia (Gipuzkoa). La iniciativa para la formulación de los Catálogos corresponde indistintamente al Departamento del Gobierno vasco competente en materia de ordenación del territorio o a las Diputaciones forales, salvo en el caso de que el Catálogo se corresponda con un Área Funcional que incluya municipios de diferentes Territorios Históricos. En este supuesto la iniciativa se llevará a cabo siempre por el Gobierno vasco, de oficio o a instancia de las Diputaciones forales. También los municipios comprendidos en cada Área Funcional tienen atribuida la competencia para instar, mediante acuerdo motivado, el ejercicio de dicha iniciativa (art. 4.4 del Decreto 90/2014, de 3 de junio, sobre protección, gestión y ordenación del paisaje en la ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco).

con incidencia notoria en el paisaje, rutas y lugares desde los que se perciba el paisaje y Unidades de Paisaje (55);

- b) la definición de objetivos de calidad (56), las propuesta de medidas y acciones necesarias para alcanzarlos, así como las de los indicadores de carácter paisajístico que permitan evaluar la efectividad de las medidas y acciones que se establecen para su consecución.

Con los criterios extraídos de los Catálogos, se formularán las *Determinaciones del paisaje*, dirigidas a desarrollar los objetivos de calidad paisajística e identificar las medidas para su consecución, criterios que terminarán por incluirse al Plan Territorial Parcial. Esta incorporación se realizará con carácter de recomendación y como propuesta de actuación en relación con Estudios de integración paisajística o con *Planes de acción*, acompañados de un mapa resumen. Estos últimos instrumentos concretan las acciones a llevar a cabo en el marco de las actuaciones para la protección, gestión y ordenación del paisaje y los *Estudios de integración paisajística* por su parte, conforman la documentación técnica destinada a considerar las consecuencias que la ejecución de proyectos de obras y actividades tiene sobre el paisaje, así como a exponer los criterios y medidas adoptadas para la adecuada integración de las obras y actividades en el paisaje (57).

Todos los proyectos de obras o actividades de la competencia de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de las entidades del sector público que puedan tener un impacto significativo sobre el paisaje, deberán incorporar como documentación adicional, el correspondiente Estudio de integración paisajística, expresamente exigible en:

1. Por lo que respecta al suelo no urbanizable:

---

(55) Las *cuencas visuales* se definen como unidades territoriales relativamente homogéneas utilizando criterios de visibilidad a una determinada escala. Las *texturas paisajísticas*, por su parte, son las unidades territoriales relativamente homogéneas utilizando criterios de percepción para una determinada escala y grado de definición. Las *áreas de especial interés paisajístico* se identifica, en función de diversos criterios como su singularidad, fragilidad o representatividad como paisaje raro o amenazado, su deterioro o degradación, por tratarse de zonas muy visibles a la población, por contribuir de forma decisiva a conformar la identidad de un área funcional, por presentar cualidades sobresalientes en los aspectos perceptivos y estéticos, fruto de la especial interacción entre sus componentes naturales o humanos. Las *unidades de paisaje* hacen referencia a aquellos ámbitos paisajísticamente coherentes sobre los que pueda recaer, en parte o totalmente, un régimen específico de protección, gestión u ordenación del paisaje. Cada área Funcional se encuentra dividida en unidades de Paisaje [art. 4.2. a), b) y e) del Decreto 90/2014, de 3 de junio, sobre protección, gestión y ordenación del paisaje en la ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco].

(56) Los objetivos de calidad deben expresar las aspiraciones de la colectividad en cuanto a las características paisajísticas de su entorno [art. 4.2. f) del Decreto 90/2014, de 3 de junio, sobre protección, gestión y ordenación del paisaje en la ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco].

(57) En los Estudios de Integración paisajística se recogerán al menos: a) La descripción del estado del paisaje: principales componentes, valores paisajísticos, visibilidad y fragilidad. b) Las características del proyecto: emplazamiento e inserción, y documentos que definen el proyecto (alzados, secciones, plantas, volumetría, colores, materiales...). c) Los criterios y medidas de integración paisajística: impactos potenciales, análisis de alternativas, justificación de la solución adoptada, descripción de las medidas preventivas, correctivas y de compensación de impactos [art. 7.2 del Decreto 90/2014, de 3 de junio, sobre protección, gestión y ordenación del paisaje en la ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco].



- a) En las actuaciones dirigidas específicamente y con carácter exclusivo al establecimiento de dotaciones, equipamientos y actividades declarados de interés público por la legislación sectorial aplicable o por el planeamiento territorial, y que en todo caso sean además declaradas de interés público por resolución de la diputación foral correspondiente, previo trámite de información pública de veinte días.
  - b) En las obras previstas en el planeamiento territorial y urbanístico para el establecimiento de usos y servicios de prestación por parte de las Administraciones públicas.
  - c) En los caminos y las vías proyectadas y las infraestructuras o redes para su ejecución y mantenimiento, con arreglo al planeamiento territorial y urbanístico y conforme a la legislación sectorial pertinente.
2. En los supuestos en que así se requiera por el planeamiento territorial y urbanístico.
  3. En la realización de las infraestructuras de transporte o portuarias
  4. En las áreas o enclaves catalogados o inventariados por constituir parte del patrimonio histórico artístico, incluyéndose en su entorno.

Es imprescindible recordar que en los proyectos anteriormente referidos (que además están sujetos a Evaluación individualizada de impacto ambiental), el contenido del Estudio de integración paisajística se incluirá en el Estudio de impacto ambiental (58).

La primera iniciativa (y única por el momento) adoptada tras la reciente aprobación del Decreto, se ha dirigido a regular la concesión de subvenciones a los Ayuntamientos de la CAPV para que procedan a la elaboración de los Planes de acción del paisaje (59). Son precisamente estos instrumentos, pensados para dar cabida a las propuestas dirigidas a proteger, ordenar, mejorar y gestionar el paisaje, los que en breve protagonizarán la introducción de las infraestructuras verdes en el planeamiento territorial y urbanístico.

## VI.2. El caso de Vitoria-Gasteiz

Fruto del impulso de la Comisión Europea, se han comenzado a desarrollar diversas estrategias y proyectos de aplicación caracterizados por superar el tratamiento sectorial de lo ecológico y concebirlo como un componente estructural de la planificación. Una de las herramientas políticas diseñadas para afrontar este reto consiste en otorgar cada año un premio, el European Green Capital Award (EGCA), que reconoce los esfuerzos locales por mejorar el medio ambiente, la economía y la calidad de vida de las ciudades, y que se traduce en la nominación de una ciudad como Capital Verde Europea. Tras Estocolmo en 2010 y Hamburgo en 2011, Vitoria-Gasteiz fue designada Capital-Verde

---

(58) *Vid.*, el art. 73 del Decreto 90/2014, de 3 de junio, sobre protección, gestión y ordenación del paisaje en la ordenación del territorio de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

(59) Véase, la Orden de 24 de junio de 2014, de la Consejera de Medio Ambiente y Política Territorial, por la que se regula la concesión de subvenciones a los Ayuntamientos de la Comunidad Autónoma del País Vasco para la elaboración de Planes de acción del paisaje.

Europea 2012 por la Comisión Europea (60), seguida de Nantes en 2013, Copenhage en 2014, y Bristol y Ljubljana que lo han sido para 2015 y 2016, respectivamente. Este reconocimiento deriva del compromiso adquirido por Vitoria-Gasteiz con un modelo de ciudad y territorio más sostenible y que se inició con la firma de la Carta de Aalborg (61). Desde entonces, la ciudad se ha convertido en un laboratorio para el ensayo de metodologías y proyectos relacionados con las fórmulas de planificación y gestión que supongan un menor impacto ambiental. En este contexto, la potenciación de las infraestructuras verdes es una de las referencias clave que se presenta estrechamente unida al mantenimiento de una elevada cohesión social, el impulso de una economía verde, y el fomento de un intercambio de materia, energía e información entre la ciudad y su entorno natural, que persigue una relación más funcional con su territorio.

Comprobamos, por tanto, que la creación de un sistema de infraestructura verde urbana que incorpore la naturaleza a la ciudad y potencie los ciclos naturales en el interior de la misma, es uno de los retos preeminentes de este municipio, que pretende ofrecer una gran variedad de servicios ecosistémicos mediante el diseño de una red estratégicamente planificada de espacios naturales y seminaturales (bosques, ríos, parques, jardines, etc.), junto con otros elementos artificiales (ecoductos, tejados verdes, sistemas de drenaje sostenibles...).

Sirva como ejemplo, el proyecto de infraestructura verde urbana que persigue transformar varias arterias de la ciudad en corredores urbanos para lograr beneficios ambientales específicos, como un ahorro energético mediante la instalación de un nuevo sistema de iluminación, un aumento de la cobertura vegetal, el uso de una vegetación más adaptada y menos exigente en cuanto al riego, o el aumento de las áreas para peatones y bicicletas.

Destaca, la reforma de la Avenida Gasteiz, que se presenta como pieza de referencia para las demás arterias, e incluye una rehabilitación y ampliación del Palacio de Congresos Europa, que mejore su funcionalidad y confortabilidad, incremente su eficiencia en el uso de recursos y reduzca su huella ecológica. Las medidas de ambientalización de este edificio, pensadas para servir de referencia en la rehabilitación futura de otros edificios de la ciudad, se aplican no sólo en la fase de rehabilitación y de ampliación, sino también en la de uso del equipamiento, mediante una nueva planificación de los eventos o una gestión integral de la actividad congresal.

En la etapa de rehabilitación del Palacio se ha optado por crear un jardín vertical en la fachada de la Avenida Gasteiz, como medida que mejora el aislamiento acústico de

---

(60) Los puntos fuertes de la política ambiental que justificaron la nominación de Vitoria-Gasteiz como European Green Capital fueron, resumidamente: a) la protección de la biodiversidad y el patrimonio natural; b) la transformación de zonas degradadas en una infraestructura de alto valor ecológico y paisajístico accesible para la ciudadanía y denominada Anillo Verde; c) la mejora energética mediante el aumento de la eficiencia en edificios nuevos y reformados, así como la producción de energía renovable; d) las importantes mejoras en movilidad; e) los compromisos adquiridos de reducción de emisiones de carbono para 2020 y 2050; f) los resultados obtenidos en los valores de contaminación del aire; g) la óptima labor realizada en cierre de ciclos, mediante el alto índice de reciclaje y recuperación de residuos, y la reducción del consumo de agua doméstica; h) el empleo de las herramientas sociales (comunicación, educación, concienciación pública y participación) en la implementación de las políticas de sostenibilidad; i) el diseño de una exitosa red de proximidad, que distribuye los centros cívicos, equipamientos culturales, de relación con la Administración y similares por los distintos barrios. Para una información detallada de cada una de estas fortalezas, consúltese: [ec.europa.eu/environment/europeangreencapital/winning-cities/2012-vitoria-gasteiz/index.html](http://ec.europa.eu/environment/europeangreencapital/winning-cities/2012-vitoria-gasteiz/index.html).

(61) *Id.*, [http://ec.europa.eu/environment/urban/pdf/aalborg\\_charter.pdf](http://ec.europa.eu/environment/urban/pdf/aalborg_charter.pdf).

los edificios sobre los que se crea (en este caso el nivel de aislamiento se ha triplicado), prolonga su vida útil, reduce el consumo de energía, permite introducir vegetación en zonas urbanas con escasez de suelo disponible, y contribuye a una mejora de la calidad del aire, así como a la reducción del calentamiento global y de la isla térmica. En este caso, ofrece el valor añadido de tratarse del «primer jardín vertical que representa los ambientes ecológicos de la zona donde se ubica y que utiliza un 80% de especies autóctonas (62)».

La última iniciativa en la materia hasta la fecha es de julio de 2014, y se concreta en la aprobación por el Departamento de Medio Ambiente y Espacio Público de Vitoria-Gasteiz, de la Fase I del *Proyecto de Infraestructura Verde en el entorno de Lakuabizkarra* (63), justificado por la necesidad de interconectar espacios verdes y otros elementos naturales y seminaturales urbanos y periurbanos que cumplen una importante función de mejora de la calidad ambiental y de vertebración del territorio urbanizado.

## VII. Recapitulación

El futuro de la ordenación territorial y urbana exige una óptima adaptación de los instrumentos de planeamiento en aras a considerar la sostenibilidad medioambiental en su integridad. En nuestro contexto, ese proceso de adecuación pasa por superar la técnica de intervenir los procesos de edificación mediante las Categorías de ordenación del Medio Físico y otorgar protagonismo a los Planes Territoriales Parciales, que parecen los candidatos idóneos donde ubicar los sistemas o tramas de espacios públicos como agentes fundamentales de la estructura urbana y la sostenibilidad social y ambiental, en consonancia con los novedosos mecanismos integradores del paisaje.

## Bibliografía

- AGENCIA AMBIENTAL EUROPEA, *Green Infrastructure and Territorial Cohesion. The concept of green infrastructure and its integration into policies using monitoring system*, EEA Technical report /N.º 18/2011.
- ALONSO, A., «Estándares urbanísticos como límites a la potestad de planeamiento urbanístico», *Práctica Urbanística*, n.º 109, Sección Instituciones comparadas, La Ley, noviembre 2011.
- ÁVILA ORIVE, J.L., *El suelo como elemento ambiental, Perspectiva territorial y urbanística*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1998.
- AYUNTAMIENTO DE VITORIA-GASTEIZ (Centro de Estudios Ambientales), *La Infraestructura verde Urbana de Vitoria-Gasteiz. Documento de Propuesta*, Febrero de 2014.
- BASSOLS COMA, M., *Génesis y evolución del Derecho urbanístico español (1812-1956)*, Montecorvo, Madrid, 1973.
- BATLEY DURANI, E., «El sistema de espacios libres urbanos», en *El paisaje y gestión del territorio: criterios paisajísticos en la ordenación del territorio y el urbanismo* (COOR.: MATA OLMO, R., TARROJA I COSCUELA, A.), 2006, pp. 103-112.

---

(62) *Vid.*, <http://www.vitoria-gasteiz.org/wb021/http/contenidosEstaticos/adjuntos/es/51/12/55112.pdf>.

(63) En la Junta de Gobierno Local del 18 de julio de 2014, se ha aprobado el expediente de contratación de obras de dicha infraestructura verde.

- COMISIÓN EUROPEA, *Medio Ambiente para los europeos*, n.º 35, 2009.
- COMITÉ DE LAS REGIONES, *Infraestructura verde: mejora del capital natural de Europa*, 5 de diciembre de 2013 (DOUE C356/08).
- ECOLOGIC INSTITUTE, *Green infrastructure – Expert workshop. Summary of working groups*, Berlin, 2011.
- EUROPEAN ENVIRONMENTAL AGENCY (EEA), *An experimental framework for ecosystem capital accounting in Europe*, EEA technical report No 13/2011 Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011.
- FOLKE, C. y otros, «Resilience thinking: integrating resilience, adaptability and transformability», *Ecology and Society*, 2010, 15: 20.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y PAREJO ALFONSO, L.: *Lecciones de Derecho Urbanístico*, Ed. Civitas, Madrid, 1981.
- GARCÍA GARRO, M. A.: «La dotación de plazas de aparcamiento», en *Práctica Urbanística*, núm. 86, La Ley, octubre de 2009.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R.:  
—, *Las zonas verdes y espacios libres como problema jurídico*, Tecnos, Madrid, 1971.  
—, «En torno a los estándares urbanísticos», *REDA*, núm. 4, 1975.
- GONZÁLEZ-VARAS, S., *Urbanismo y ordenación del territorio*, 4.ª edición, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007.
- GRACIA HERRERO, F.J., *Régimen jurídico de las zonas verdes y de los espacios libres*, Colección: *La Práctica del Urbanismo* (n.º 3), La Ley, Grupo Wolters Kluwer, 2011.
- IHOBE, Sociedad Pública de Gestión Ambiental, *Manual de Planeamiento urbanístico en Euskadi para la mitigación y adaptación al cambio climático*, 2012.
- MINISTERIO DE VIVIENDA, *Libro Blanco de la Sostenibilidad en el Planeamiento Urbanístico Español*, Abril de 2010.
- NAUMANN, S., McKENNA D., KAPHENGST, T., en *Design, implementation and cost elements of Green Infrastructure projects. Final report*. Brussels: European Commission, 2011.
- POTOCNIK, J., *The Benefits of Green Infrastructure*, European Commission, Speech 13/888, 5 de noviembre de 2013.
- PUCHALT RUIZ, M., «Notas de jurisprudencia y doctrina legal sobre zonas verdes y espacios libres», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 18, Sección Comentarios de jurisprudencia, Quincena del 30 Sep. al 14 Oct. 2012, Ref. 2055/2012, tomo 2.
- RUIZ CHECA, A., «Dotaciones públicas, espacios libres y zonas verdes como factor de calidad de la ciudad», *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n.º 6, Sección Colaboraciones, Quincena del 30 Mar. al 14 Abr. 2011, Ref. 728/2011, tomo 1.
- SANZ FREIRE, R., *Los espacios verdes urbanos en A Coruña*, Instituto Universitario de Estudios e Desenvolvemento de Galicia, 2005.
- SETO, K.C., FRAGKIAS, M., GÜNERALP, B., REILLY, MK., «A meta-analysis of global urban land expansion», *PLoS One*, Volume 6, Issue 8: e23777, 2011.

Trabajo recibido el 20 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Hirietako ingurumen- eta gizarte-jasangarritasunerako esparru juridiko baten diseinuak beharrezkoa du azpiegitura berdeen proiektuak txertatzea lurralde- eta hiri-plangintzan, bai eta sektore-politikan ere.

**HITZ GAKOAK:** Azpiegitura berdea. Plangintza. Paisaia. Jasangarritasuna. Hiria.

**RESUMEN:** El diseño de un marco jurídico de referencia para la sostenibilidad medioambiental y social de las ciudades requiere la integración de los proyectos de infraestructuras verdes en la planificación territorial y urbana, así como en las distintas políticas sectoriales.

**PALABRAS CLAVE:** Infraestructura verde. Planeamiento. Paisaje. Sostenibilidad. Ciudad.

**ABSTRACT:** The design of the legal framework of reference for the environmental and social sustainability of cities requires the integration of green infrastructures projects into the territorial and urban planning as well as in different sectorial policies.

**KEYWORDS:** Green infrastructure. Planning. Landscape. Sustainability. City.



# ¿Gracia vs. Justicia? El control contencioso-administrativo del indulto a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013

Miren Jasone Urkola Iriarte

*Basoilarrak kantatzen dizü  
Iratiko soruan  
(antzinako kantu zuberotarra)*

**Sumario:** I. A modo de presentación.—II. Una sentencia sugerente.—III. La naturaleza jurídica del acto de concesión o denegación de indulto. III.1. Ejercicio del derecho de gracia por parte del Gobierno. III.2. Un acto de carácter individual —individualizado— y excepcional. III.3. El carácter discrecional de un acto no debido. III.4. Un acto de gobierno cuya consideración como acto político es irrelevante. III.5. Una actuación de naturaleza ajena al acto administrativo y al ejercicio de una potestad administrativa.—IV. El control en sede contencioso-administrativa de la concesión o denegación de un indulto. IV.1. La imposibilidad de valorar los aspectos sustantivos de la gracia. IV.2. El control de los elementos reglados. IV.2.1. El informe de conducta emitido por la Administración Penitenciaria. IV.2.2. El informe del Tribunal sentenciador sobre la concesión del indulto. IV.3. La desviación de poder no es susceptible de ser utilizada como técnica de control del fin en el ejercicio de la gracia de indulto. IV.4. El control de la motivación del ejercicio de la gracia de indulto. IV.4.1. La exigencia de motivación de los acuerdos de indulto. IV.4.2. El control de las razones de la concesión del indulto a través del principio de la interdicción de la arbitrariedad. IV.4.2.1. La necesaria especificación de las razones de justicia, equidad o utilidad pública que sustenten la decisión. IV.4.2.2. La lógica jurídica del proceso de decisión como parámetro exterior de contención de la arbitrariedad. IV.4.3. Consecuencias de la citada argumentación. IV.4.3.1. La elusión de la cuestión de inconstitucionalidad. IV.4.3.2. La invalidez de la decisión analizada. IV.4.4. La motivación en los supuestos de denegación. IV.5. La fijación en el fallo de un determinado plazo para la adopción por el Gobierno de una nueva decisión.—V. Comentario final.

## I. A modo de presentación

Nuestro recordado compañero Demetrio LOPERENA conjeturaba, irónicamente, en uno de sus trabajos, que *quizás alguien* se hubiera percatado de su dedicación preferente al Derecho Ambiental(1). Quienes participamos en sus cursos de Doctorado hace más de

---

(1) «Los derechos y los daños ambientales (STS, 25 de febrero de 2010, Sala 3.ª, Sección 3.ª, ponente José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat)», un trabajo redactado para la obra-homenaje de Tomás-Ramón FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que comienza con una de sus anécdotas preferidas de la época de doctorando —época que, en mi opinión, recordaba con un agrado no exento de cierto punto de nostalgia— [vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.

dos décadas pudimos observar que en el referido trabajo aflora nuevamente la *sustantividad* del art. 45 CE, una cuestión a cuya reflexión nos animaba entonces y sobre la cual se decantó resueltamente él mismo, en la controversia doctrinal que bullía por aquella época, a favor de considerar el derecho al medio ambiente como *derecho fundamental*(2). Al evocar retrospectivamente aquel debate, destaca que «curiosamente» no se extendió a la jurisprudencia, en la cual, asevera, «siempre se ha considerado un derecho» (3).

Es más, tal tratamiento judicial ha repercutido con posterioridad en ciertas decisiones del Ejecutivo, tales como los indultos parciales concedidos en 2012 a dos hosteleros condenados en calidad de autores de sendos *delitos* contra el «derecho fundamental al medio ambiente y la calidad de vida de las personas» (4).

---

y ALONSO GARCÍA, R. (Coord.), *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás Ramón Fernández*, vol. I, 1.ª edic., edit. Civitas, 2012, pp. 1509-1510].

(2) Vid. LOPERENA ROTA, D., *El derecho a un medio ambiente adecuado*, edit. Civitas, Madrid, 1996, pp. 46 y ss. Más adelante, precisaría su postura con la propuesta de una distinción entre el *derecho a un medio ambiente adecuado* —art. 45.1 CE, que, en principio, *no se ejercería frente al Estado*— y el *derecho a la protección* de un medio ambiente adecuado —art. 45.2 y 45.3 CE, que se ejercería *frente al Estado*—. A este respecto, la previsión del delito ecológico en un ordenamiento jurídico dado revelaría una protección de «un bien y un *derecho*» desligada de (o, cuando menos, no necesariamente ligada a) la acción protectora de la Administración pública (vid. *Los principios del Derecho Ambiental*, edit. Civitas, Madrid, 1998, pp. 54 y ss.).

(3) «Los derechos...», *ob. cit.*, p. 1516.

(4) Se trata de los Reales Decretos 1598/2012 y 1601/2012, ambos de 23 de noviembre (BOE núm. 297, de 11 de diciembre), que reducen la pena privativa de libertad impuesta, a cada uno, por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Granada en Sentencia de 15 de febrero de 2011, posteriormente confirmada en apelación por Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada (Sección 2.ª) de 16 de noviembre de 2011 (SAP GR 1823/2011). Las referencias jurisprudenciales recogidas en el presente trabajo, salvo en caso de cita textual, son las publicadas por el Repertorio Jurisprudencial del Consejo General del Poder Judicial.

El detalle no pasaría de ser simplemente anecdótico si no fuera porque, según un estudio elaborado por la Fundación Ciudadana CIVIO (<http://www.elindultometro.es/2013/06/30/relatividad.html>), los delitos ambientales figuran clasificados en segundo lugar entre los que en mayor porcentaje (con un 5,24%) han sido objeto de medidas de gracia en relación con condenas producidas entre los años 2007 y 2010. Se trataría de *una decena* del total de 191 personas que fueron condenadas en ese periodo por delitos «contra los recursos naturales y el medio ambiente», en concreto, «por provocar o realizar emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o ruidos». Por otra parte, cabe destacar que el BOE ha publicado, salvo error u omisión, *seis indultos* relativos a condenas dictadas entre 2011 y 2012 en relación con tal tipo de delitos (a los ya citados RRDD 1598/2012 y 1601/2012, se les suman los RRDD 1539/2012 y 1545/2012, de 8 de noviembre, y los RRDD 897/2013 y 851/2013, de 31 de octubre).

La pregunta que puede sugerir una primera lectura superficial de los citados datos es si la actuación del Ejecutivo permite aún calificar los preceptos tipificadores de los delitos contra el medio ambiente como «ejemplares muestras de preceptos floreros», aunque no exactamente por las razones en que se basara CASTELLS ARTECHE para utilizar la expresión en el Prólogo de una de las mencionadas publicaciones de LOPERENA (*El derecho...*, *ob. cit.*, p. 12). José Manuel CASTELLS se refería, en aquella ocasión, al art. 347.bis del Código Penal (CP), en su redacción de 1983, el cual, según sus palabras, carecía de contenido real en el momento de su ejecución práctica, a pesar de su «excelente contenido estético».

En el reverso de la misma moneda, cabe observar, no obstante, que la mitad de los indultos concedidos en el bienio 2011-2012 lo ha sido a propuesta del Tribunal sentenciador, con base en el art. 4.3 CP, lo que sugiere una severidad normativa excesiva o, cuando menos, una regulación inadecuada. El citado precepto permite, al Juez o Tribunal sentenciador, solicitar del Gobierno la concesión de indulto si, en atención a las circunstancias concretas del caso, estima que la pena resultante de la aplicación estricta de la normativa vigente puede resultar innecesaria o excesiva. La previsión se debe a una concepción del indulto como elemento corrector de la regulación penal, sustantiva y procesal, acorde a los principios generales del Derecho que la dirigen y sustentan (vid. GARCÍA MAHAMUT, R., *El indulto. Un análisis jurídico-constitucional*, edit. Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 237). Sin embargo, si el órgano judicial entiende, además, que la incriminación de una conducta es contraria a la Constitución, podría plantear cuestión de inconstitucionalidad (vid. AGUADO RENEDO, C., *Problemas constitucionales del ejercicio de la potestad de gracia*, edit. Civitas, 2001, p. 164).



Sin embargo, del texto de las mencionadas decisiones gubernamentales no trasciende el razonamiento que ha servido de base, ni al propio Gobierno en el momento de conceder el indulto, ni al Tribunal sentenciador (a la hora de efectuar su proposición o emitir el correspondiente informe). Por el contrario, se adecúan a la fórmula que ha venido reiterando invariablemente en las últimas décadas cada Real Decreto de concesión de indulto y que ha sufrido ligeras modificaciones a raíz, precisamente, de una resolución judicial que ha sido calificada de «importante y compleja» (CÓRDOBA RODA y TORNOS MAS (5)) e, incluso, de «auténtico *leading case*, que marca el final de una época y el principio de una nueva» (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (6)): se trata de una Sentencia adoptada, con fecha de 20 de noviembre de 2013, por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (STS 5997/2013).

## II. Una sentencia sugerente (7)

La decisión judicial en cuestión resuelve el recurso interpuesto en vía contencioso-administrativa contra el Real Decreto 1668/2012, de 7 de noviembre, que otorga un indulto parcial a una persona condenada por delito contra la seguridad del tráfico (8). Se trata del conocido y polémico «caso del kamikaze», apelativo extendido a pesar de que la Sentencia condenatoria adoptada por la Audiencia Provincial de Valencia no estime que el «perfil» del procesado responda al de un «conductor suicida», ni su conducta del atardecer del 1 de diciembre de 2003 parezca obedecer a un intento de suicidio (9).

Otorgada la gracia transcurridos escasos diez meses desde su ingreso en prisión, aquélla se traduce en la *conmutación de la parte aún pendiente de cumplimiento* de la pena *privativa de libertad de trece años* inicialmente impuesta *por otra pena de dos*

---

(5) Vid. CÓRDOBA RODA, J. y TORNOS MAS, J., «El indulto y el control judicial de su concesión», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1-2014, p. 76.

(6) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., «Sobre el control jurisdiccional de los Decretos de indulto», *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 194, 2014, p. 225.

(7) Me permito tomar prestada la expresión de LOPERENA ROTA (*vid.* «Una sentencia sugerente», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2013, pp. 11-15), aunque debo aclarar que mi referencia *se circunscribe al título*, pues la sentencia comentada en aquel caso no guarda relación directa con este tema.

(8) BOE núm. 5, de 5 de enero de 2013.

En la respuesta proporcionada a una pregunta parlamentaria por el Ministerio de Justicia (en la que se detalla por materia y año el número de indultos aprobados por el Gobierno desde el año 2001 hasta el 28 de febrero de 2014), se indica que, en relación con los delitos de seguridad vial, la medida de gracia se concede en cuatro casos entre 2008 y 2011 —0,11% de 3.511 solicitudes—, mientras que la *ratio* de concesiones se eleva en el periodo posterior —0,30% de 2625 solicitudes—, ya que en 2012 se duplica el número total de casos del cuatrienio anterior, paralizándose a partir de 2013 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, Serie D, núm. 454, de 8 de mayo de 2014, pp. 558-559).

(9) Por el contrario, la Audiencia Provincial lo define, precisamente, como «una persona que se nos presenta como un sujeto social y familiarmente integrado, que desarrolla una actividad profesional de responsabilidad y prestigio, siendo tenido por sus superiores, incluso tras los hechos hoy objeto de enjuiciamiento, como una persona responsable y digna de crédito» (SAP de Valencia 19/2011, de 17 de enero de 2011 —Secc. 4.ª; ponente: FERRER GUTIÉRREZ—, FJ 4.º).

*años de multa* (a satisfacer en cuotas diarias de seis euros (10)), a condición de que no vuelva a cometer delito doloso en un plazo de *cinco años* (11).

Interponen el recurso en vía contencioso-administrativa, los padres del joven fallecido en la colisión frontal provocada por el condenado (12). En el proceso comparece la Administración General del Estado, así como el indultado, partes demandada y co-demandada, respectivamente.

La demanda formalizada ante el Tribunal Supremo entiende necesaria una matización de la jurisprudencia emanada sobre la extensión del control de las decisiones de indulto, por haber sido formulada, fundamentalmente, a partir de supuestos de denegación (13). La parte recurrente solicita la anulación del indulto, entre otras variadas razones, por no haber sido motivado, lo cual lo haría incurrir en arbitrariedad —e inconstitucionalidad— (14). Pretende también que Tribunal plantee una *cuestión de inconstitucionalidad* en relación con el art. 30 de la Ley de Indulto (LI), pues duda de su adecuación a la CE por haber desaparecido de su redacción actual la mención expresa de la necesidad de motivación del Real Decreto de concesión (15).

De este modo, la Sala Tercera se enfrenta, en una nueva ocasión, a la siempre sugerente —y, tantas veces, en exceso polémica— cuestión del deslinde entre discrecionalidad y arbitrariedad y, por ende, de los límites del control contencioso-administrativo de las decisiones discrecionales adoptadas por los distintos poderes constitucionales.

La controversia suscitada en el seno del Pleno se refleja, por un lado, en la necesidad de sustitución del Magistrado Ponente por renuncia del inicialmente designado,

---

(10) «Poco más de cuatro mil euros», concreta FERNÁNDEZ ROGRÍGUEZ («Sobre...», *ob. cit.*, p. 215).

(11) La Audiencia Provincial rechaza que hubiera actuado bajo una crisis epiléptica (FJ 5.º) y aprecia la circunstancia atenuante analógica de dilaciones indebidas (FJ 7.º), condenándolo finalmente, como autor de un delito de conducción con grave desprecio para la vida de los demás, en concurso ideal con un delito de homicidio, un delito de lesiones, una falta de lesiones y una falta de daños, a la pena de trece años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio activo durante el tiempo de la condena, así como el abono de las correspondientes cantidades en vía de responsabilidad civil a los padres del conductor fallecido en colisión frontal, a su pareja —quien resultó, a su vez, lesionada el día de autos—, y a otros dos conductores a quienes también afecta la acción del condenado en otras colisiones «de menor entidad» (FJ 12.º) —además de daños materiales de los vehículos de ambos, las lesiones de uno de ellos—.

Interpuesto *recurso de casación*, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo lo *desestima íntegramente* (STS de 27 de diciembre de 2011), con expreso rechazo de sus alegaciones relativas al padecimiento de epilepsia. Tras la declaración de firmeza y ejecutoriedad de la resolución inicial mediante Auto de 23 de enero de 2012 dictado por la propia Sección 4.ª de la Audiencia Provincial (y denegada la suspensión de la misma, por la presentación de su solicitud de indulto, incluso tras el subsiguiente recurso de súplica), el condenado ingresa en prisión el día 2 de febrero de 2012.

(12) Recurso contencioso-administrativo 13/2013.

(13) Los recurrentes entendían que no era «exigible el mismo criterio en los supuestos de denegación, por estar ante un acto graciable y no reglado que no puede imponerse al Gobierno, que en los supuestos de concesión frente a la frontal oposición del tribunal sentenciador» (*vid.* Fundamento Jurídico —FJ— 5.º.e).

(14) En lo que a la «existencia de arbitrariedad en la concesión del indulto impugnado» se refiere, estima «necesario un control sobre el contenido discrecional del acto de concesión de indulto, por cuanto la discrecionalidad no implica una autorización al poder público para incumplir la obligación de motivación de dicho acto».

(15) Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la Gracia de Indulto (Gaceta de Madrid de 21 de junio de 1870). Tras ser derogada por Ley de 9 de agosto de 1973, se restableció su vigencia por Decreto-Ley de 12 de enero de 1874. Formalmente, la Ley de 1870 ha mantenido su vigencia desde entonces, aunque haya sido objeto de una modificación parcial por Ley 1/1988, de 14 de enero (BOE núm. 13, de 15 de enero), que, entre otros, afectó precisamente al citado art. 30. Aparentemente, sin embargo, la enmienda que dio origen al citado cambio no tenía otro propósito que el de la adecuación terminológica del precepto.

quien, por otro lado, formula uno de los dos votos particulares abiertamente discrepantes presentados, de entre un total de *siete votos particulares* (16).

Ahora bien, antes de analizar la argumentación relativa al alcance del control que la jurisdicción contencioso-administrativa puede ejercer en relación con el ejercicio del derecho de gracia, conviene reparar en la concreción que efectúa el Alto Tribunal —que le sirve de base para construir su posterior discurso— de la naturaleza de una institución que ha llegado a ser catalogada como «antinomía jurídica» (17).

### III. La naturaleza jurídica del acto de concesión o denegación de indulto

La premisa a partir de la cual procede la Sentencia al análisis de las alegaciones planteadas por la parte recurrente es la actual configuración constitucional del indulto, con base en los arts. 62.(i), 87.3 y 102.3 CE. Este anclaje constitucional acredita la vigencia de una institución que competiría en antigüedad con el propio delito (18).

---

(16) El Magistrado FERNÁNDEZ VALVERDE asume la redacción de la Sentencia, en lugar de LESMES SERRANO, quien, al no haber obtenido la mayoría del Pleno, convierte su ponencia inicial en Voto Particular (VP), al que se adhieren nueve magistrados más (ENRIQUE SANCHO, YAGÜE GIL, CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, DÍAZ DELGADO, OLEA GODOY, FONSECA-HERRERO RAIMUNDO, CÓRDOBA CASTROVERDE, CONDE MARTÍN DE HIJAS y MARTÍN TIMÓN). El segundo de los votos particulares (VVPP) discrepantes lo formula el magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ. En fin, los restantes VVPP, total o parcialmente concurrentes, son firmados por los magistrados ESPÍN TEMPLADO (con la adhesión de PICÓ LORENZO), BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, SUAY RINCÓN (con la adhesión de PERELLÓ DOMENECH) y PECES MORATE (con la adhesión de DE ORO-PULIDO Y LÓPEZ), todos ellos con la pretensión de clarificar su posición. Ciertamente, todo depende del color del cristal con el que se mire... VELASCO CABALLERO cuenta tres VVPP «formalmente concurrentes (esto es, están de acuerdo con el fallo, pero no necesariamente con toda su fundamentación)» y cuatro «discordantes (aunque en dos de ellos la discrepancia es modesta)» (vid. «El control del indulto: entre gobierno y justicia», *Revista de Jurisprudencia (RJ)*, núm. 1, de 1 de marzo de 2014 —fuente: [www.elderecho.com](http://www.elderecho.com)—).

A lo largo del presente trabajo se efectúan continuas referencias a los citados VVPP, puesto que nos sirven, no sólo para advertir en qué términos se ha librado el debate previo, sino también para evaluar la decisión judicial, en su calidad de precedente, constatar su dimensión y sus perspectivas de evolución (XIOL RÍOS, A., *El precedente judicial y otros estudios sobre el proceso administrativo*, edit. Centro de Estudios del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pp. 58-59). Vid. también, al respecto, EZQUIAGA GANUZAS, F.J., *El voto particular*, edit. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990 (obra que incluye un Estudio introductorio de Juan IGARTUA SALAVERRÍA titulado «Voto particular vs. Tesis de la única solución correcta»).

(17) LOZANO CUTANDA, B., «El indulto y la amnistía ante la Constitución», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Coord.), *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor García de Enterría*, Tomo II, edit. Civitas, Madrid, 1991, p. 1029.

DOVAL PAÍS y VIANA BALLESTER hablan, a su vez, de «extraño instituto jurídico» («El indulto, a revisión. Razones y propuesta para una modificación legislativa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 43, 2014, p. 40).

(18) Vid. HERRERO BERNABÉ, I., «Antecedentes históricos del indulto», *Revista de Derecho UNED*, núm. 10, 2012, p. 687.

Aunque DOVAL PAÍS y VIANA BALLESTER («El indulto...», *ob. cit.*, p. 40) tildan de «anacrónico» el derecho de gracia, según DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, lejos de constituir «una reliquia del pasado», el indulto «sigue teniendo sentido en un moderno Estado democrático de Derecho». Así lo demostraría, tal y como arguye en su Voto Particular, el reconocimiento del citado derecho de gracia «en la mayor parte de los ordenamientos occidentales» y, especialmente, en clara alusión a los postulados de IHERING, su potencial valor de «válvula de seguridad» ante posibles «consecuencias indeseables de una aplicación estricta de la ley», dada la «importante función» que puede llegar a asumir cuando consideraciones de interés general desligadas de la equidad o la justicia material «aconsejan la clemencia».

Pues bien, de acuerdo con la Sala, en su actual configuración constitucional, el indulto:

«(1) Constituye el ejercicio del derecho de gracia; (2) se trata de una actuación individual y excepcional del Gobierno; (3) se trata de un acto discrecional del Gobierno; (4) es irrelevante su consideración como acto político del Gobierno; y (5) no tiene, ni cuenta, con la naturaleza de acto administrativo» (FJ 6.º).

Ante todo, es importante destacar que este punto concita un *alto grado de consenso* en el seno del Pleno (19). La Sentencia perfila, consecutivamente, el alcance de cada uno de los citados rasgos, con apoyo en anteriores decisiones del propio Tribunal.

### III.1. Ejercicio del derecho de gracia por parte del Gobierno

La gracia ha sido recogida por el texto constitucional con terminología dispar («derecho de gracia», «prerrogativa de gracia», «prerrogativa real de gracia»), pero, en todo caso, como situación jurídica activa de titularidad pública, y, más específicamente, como *género* de situación jurídica activa que integra en su seno diversas especies (20). Algunas *especies* de gracia están directamente relacionadas con el *ius puniendi* estatal, como ocurre con el indulto particular (21). La propia normativa administrativa ha coadyuvado decididamente en la reducción del concepto a tal ámbito (22). Ahora bien, la citada relación no se presenta necesariamente en todas las especies de gracia (23).

Efectuada esta precisión, se ha de notar que las menciones que en este trabajo se efectúan de la gracia aluden a su concreta especie de *indulto particular*.

---

En tal sentido, el propio Tribunal Constitucional en su Auto 360/1990, de 5 de octubre, admite que «determinadas circunstancias fácticas pueden dar lugar a que, en ocasiones, las penas impuestas como consecuencia de un ilícito pierdan total o parcialmente su significado legal y constitucional. Precisamente para ello existe la figura del indulto que permite compatibilizar las exigencias de la justicia formal con las de la justicia material del caso» (FJ 5.º).

(19) Así lo constata el FJ 1.º del VP encabezado por LESMES SERRANO, anteriormente mencionado: «Ninguna duda suscitó a los Magistrados de la Sala que el indulto particular —denominado derecho de gracia por la propia Constitución (art. 62.i)— es un acto del Gobierno que se exterioriza por un Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, firmado por el Rey, con el refrendo del Ministro de Justicia y constituye una categoría de acto distinta del acto administrativo, lo que significa que el Gobierno actúa en este caso como órgano político stricto sensu, y no como cabeza de la Administración».

(20) *Vid.* GARCÍA MAHAMUT, *El indulto...*, *ob. cit.*, pp. 60 y ss.

(21) AGUADO RENEDO habla de una «renuncia voluntaria del Estado al *ius puniendi*» (*Problemas constitucionales...*, *ob. cit.*, pp. 49 y 201 y ss.). Este mismo autor nos ofrece un «concepto intuitivo» de la gracia, como «potestad de un órgano en cuya virtud puede beneficiar discrecionalmente a los individuos de las consecuencias desfavorables que les acarrea la aplicación de normas jurídicas» (*ob. cit.*, p. 44).

Para Eduardo DE URBANO CASTRILLO el indulto particular «representa un auténtico ejercicio de una especie de *ius non puniendi*» («El control jurisdiccional sobre la concesión de indultos», *RJ*, núm. 1, 2013).

(22) *Vid.* Orden de 10 de septiembre de 1993, por la que se dan instrucciones para la tramitación de indultos (BOE núm. 226, de 21 de septiembre de 1993) o Real Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueba determinadas normas procedimentales en materias de Justicia e Interior (BOE núm. 240, de 7 de octubre de 1994), cuyas previsiones se entienden incluidas en la excepción del apartado 2 del art. 43.1 LPC por el aptdo. 2.º de la DA 29.ª de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social (así como su Anexo II).

(23) Cabe mencionar, a modo de ejemplo, la concesión de títulos nobiliarios (*vid.* GARRIDO CUENCA, N., *El Acto de Gobierno. Un análisis en los ordenamientos francés y español*, edit. Cedex, Barcelona, 1998, p. 605).

La Sala Tercera considera que su ejercicio constituye una «facultad sustancialmente gubernamental», pues aunque el art. 62.(i) CE haya atribuido esta función a la Corona, la misma ha de adecuarse a lo establecido por la Ley de Indulto de 1870, según la cual la decisión de conceder o denegar un indulto corresponde, precisamente, al Gobierno, reunido en Consejo de Ministros (24).

RODRÍGUEZ-ZAPATA entiende que una lectura tal del ordenamiento resta relevancia a la intervención real en la gracia (25). Esa visión aflora nuevamente en la redacción, en calidad de Magistrado Ponente, de la Sentencia de 6 de junio de 2014, adoptada por la Sección 7.<sup>a</sup> de la misma Sala (STS 2224/2014), en recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la denegación de indulto, por parte del Consejo de Ministros, a una mujer condenada por los delitos de asesinato y lesiones, tras haber quemado vivo al violador de su hija (26). A esta postura cabe oponer, precisamente, que la legislación

---

(24) El punto 1.º de su FJ 6.º recuerda, así la definición de «indulto particular» proporcionada por la STS de 20 de febrero de 2013 (STS 546/2013, FJ 9.º) y la referencia al «derecho de gracia» que efectúa la STS de 3 de junio de 2003 (STS 3806/2003, FJ 2.º) en cuanto función que recuerda las facultades judiciales que antiguamente ostentó la Corona, pero que actualmente «debe llevarse a cabo con arreglo a la Ley». Pero especialmente la STS de 2 de diciembre de 2005 (STS 8303/2005), adoptada por el Pleno, que precisa lo siguiente en su FJ 10.º: «(...) de acuerdo con los principios que informan la Monarquía parlamentaria, esa potestad no es ejercida materialmente por el Jefe del Estado, sino por el Gobierno que es a quien la Ley a la que se remite ese precepto encomienda adoptar la decisión correspondiente».

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ puntualiza en su VP la interpretación que efectúa la Sentencia de la regulación constitucional del derecho de gracia, cuyo ejercicio —precisa— *no* formaría parte de un eventual *ámbito constitucionalmente reservado al Gobierno*, aunque actualmente quede atribuido legalmente al mismo. La CE no obstaculizaría una restricción legal del actual papel gubernamental y no cabe eliminar totalmente la participación gubernamental —debido a la necesidad de refrendo de los actos del Rey (art. 64 CE)—. Así pues, «nada impediría, por ejemplo, que la ley exigiera la previa autorización parlamentaria para otorgar determinados indultos».

(25) Y que, en su calidad de «excepción singular a la función jurisdiccional penal», la gracia constituye «una atribución constitucional del Rey como Jefe del Estado». En opinión del Magistrado —FJ 6.º de su VP— la interferencia que supone el indulto en las funciones constitucionalmente atribuidas a la jurisdicción penal se explica únicamente si el perdón queda en manos de la Corona. Una comprensión distinta, como «potestad sustancial del Gobierno» conduce a cuestionar la constitucionalidad del sistema previsto en la LI de 1870, y supone el riesgo de atribución o transferencia a las Comunidades Autónomas de una competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.5.ª CE).

En su opinión, la explicación del relieve formal de tal intervención —ni «secundaria ni constitucionalmente irrelevante»— se encuentra en la *teoría del acto compuesto* utilizada por el Tribunal Constitucional, con alusión expresa del FJ 4.º de la STC 16/1984, de 6 de febrero, y, por otra, del FJ 6.º de la STC 5/1987, de 27 de enero. Cabría puntualizar que lo establecido para los referidos asuntos no puede ser completamente extrapolable al supuesto que nos ocupa. Recuérdese que en ellos, junto con el nombramiento por parte del Rey del Jefe del Ejecutivo foral/autonómico correspondiente, concurre la decisión del respectivo órgano legislativo foral/autonómico y que, obviamente, el Tribunal considera que se trata de una materia *constitucional* (y *no* contencioso-administrativa, como parece defenderse en el presente caso, ya que el Magistrado no cuestiona la competencia de tal jurisdicción en el análisis del Real Decreto de concesión de indulto). En cualquier caso, su alusión a la teoría del acto compuesto evoca la idea de *acto de integración*, utilizada por AGUADO RENEDO (*Problemas...*, *ob. cit.*, p. 123).

En otro ámbito, también BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, aunque mantiene que se trata de una potestad gubernamental, coincide con RODRÍGUEZ-ZAPATA en que el derecho de gracia interfiere en el *principio de reserva de jurisdicción* y provoca la tensión del *principio de separación de poderes*, al tratarse de «una especie de revisión de pronunciamientos judiciales» o «inmisión del poder ejecutivo en la potestad que corresponde en exclusiva a los tribunales de justicia».

(26) En un primer momento, la Sección 7.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Alicante (sede de Elche) en Sentencia de 17 de julio de 2009 la condena, por hechos sucedidos en 2005, a la pena de ocho años y seis meses de prisión por el delito de asesinato y un año de prisión por el delito de lesiones dolosas. Posteriormente, la Sala Segunda del Tribunal Supremo reduce la condena, en casación, a cinco años de prisión por asesinato y seis meses de prisión por lesiones. Tras la solicitud de indulto presentada por su esposo y su hija, el Consejo de Ministros resuelve su denegación el 19 de abril de 2013.

En el FJ 5.º de la Sentencia de la Sala Tercera, RODRÍGUEZ-ZAPATA, afirma que «la potestad de mitigar la dureza de una condena, en todas las ocasiones en las que ello sea de razón, es atribuida normalmente a los

actualmente vigente no prevé intervención real alguna para los supuestos de denegación de indulto, en los cuales también se hace uso del derecho de gracia, y en cuyo caso el acuerdo de denegación no toma la forma de Real Decreto.

Sea como fuere, otro punto sobre el que parece que se repite el *consenso* en las deliberaciones del Pleno, es el necesario sometimiento al ordenamiento jurídico del ejercicio de la gracia, como cualquier otra situación de poder prevista en el mismo (27).

### III.2. Un acto de carácter individual —individualizado— y excepcional

Podría decirse que la *necesidad de individualización* es una característica ligada al carácter *particular* del indulto, mientras que la *excepcionalidad* es predicable de su naturaleza de manifestación del *derecho de gracia* (una especie de la misma).

El Alto Tribunal alerta sobre el riesgo de una reiteración de indultos individuales que pueda llegar a suponer un «perdón general» contrario al 62.(i) CE (28). Así, únicamente cabría concebir el indulto como «medida excepcional», más aún, «destinada a proveer situaciones igualmente excepcionales» (29). Ante tal afirmación, resulta imposible dejar

---

Jefes de Estado, dado que se sitúan en el vértice de todos los poderes en los que se divide la organización democrática de éste y pueden, como auténtica excepción a la cosa juzgada, intervenir mediante un acto extraordinario de perdón o de clemencia».

La propia Sentencia se hace eco de otra posterior solicitud de gracia, presentada pocas semanas después de la denegación objeto de recurso, pero con carácter previo a la resolución judicial, por un grupo de entidades y asociaciones, que, según la mujer condenada, refleja el «clamor popular» favorable al indulto.

(27) Según indica el VP encabezado por LESMES SERRANO, «(tampoco existió discrepancia (...) en que (...) los indultos deben concederse con arreglo a la ley, sin que el Gobierno pueda actuar *a legibus solutus*, con un poder ajurídico, pues debe hacerlo siempre con arreglo a la ley como manda la Constitución.(...) si se produce un desajuste o disconformidad con el marco taxativamente establecido en la Ley, se incurre en infracción del ordenamiento jurídico, al no admitir nuestra Constitución poderes inmunes al Derecho (art. 9.1 CE)». Insiste sobre ello el VP de BANDRÉS (FJ 1.º), en cuya opinión, del «propio designio objetivado del poder constituyente» deriva la imposibilidad de configurar una «potestad absoluta, omnimoda o ilimitada».

(28) RODRÍGUEZ-ZAPATA concibe el indulto como «algo excepcional», concedido «una tantum». Al hilo del repaso histórico que efectúa en su VP, opone a la regulación actual la del Real Decreto de 7 de diciembre de 1866, que consideraba «individual» incluso el indulto «con forma general o colectiva» cuando la gracia era otorgada en atención «a la conducta y hechos individuales de los penados».

(29) El punto 2.º del FJ 6.º de la Sentencia lo califica de «prerrogativa individual y excepcional» y, con alusión del VP formulado a la STS (Pleno) de 2 de diciembre de 2005 por SIEIRA MÍGUEZ, LECUMBERRI MARTI y ROBLES FERNÁNDEZ, al que también se adhirieron PECES MORATE y FRÍAS PONCE, explica su carácter extraordinario en su doble calidad de «residuo histórico del poder absoluto del Soberano» y de «excepción al principio de cumplimiento de las sentencias judiciales» (art. 118 CE). Cita nuevamente la STS de 20 de febrero de 2013 para remarcar la excepcionalidad del indulto, «potestad extraordinaria de intervención» de un poder estatal en el ámbito de competencia de otro poder estatal, por lo que admitida tal prerrogativa por la CE, su ejercicio «ha de estar rodeado de cautelas y límites, con objeto de procurar la menor perturbación posible para el orden jurídico». Así se hace eco de afirmaciones recogidas con anterioridad en un Auto de 18 de enero de 2001, de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo (ATS 9890/2001), que califica el indulto como «acto con rasgos de atipicidad en el marco del Estado constitucional de Derecho», por estimar que «comporta cierta derogación del principio de generalidad de la ley penal y de los de independencia y exclusividad de la jurisdicción».

A la derogación del primero de los principios citados parece referirse AGUADO RENELO cuando interpreta el indulto como «excepción de la aplicación de la norma en un caso concreto y particular», que *no* conlleva una derogación de la misma para el supuesto «*graciado*», en la medida en que, para la misma conducta, considerada *in genere* o en abstracto, continúa plenamente vigente la potestad jurisdiccional (*Problemas...*, *ob. cit.*, p. 178). GARCÍA MAHAMUT, por su parte, refleja la derogación del citado en último lugar, cuando afirma que se trata de «una intromisión del Poder Ejecutivo en el ámbito judicial» (*El indulto...*, *ob. cit.*, p. 32).

La *excepcionalidad de la decisión* también es subrayada por DE URBANO CASTRILLO, en cuanto supone el ejercicio del ya citado «*ius non puniendi*» («El control jurisdiccional...» *ob. cit.*, aptdo. II.2).

de recordar ocasiones en que, en una única sesión, el Consejo de Ministros ha llegado a acordar multitudinarias concesiones o denegaciones de indultos(30). Ahora bien, puntualiza que tampoco se trata de utilizar criterios «meramente cuantitativos» a la hora de determinar el carácter particular del indulto, sino que la individualización exigida de tal tipo de decisiones se refiere a las «circunstancias concurrentes» en cada concreta persona y situación(31).

### III.3. El carácter discrecional de un acto no debido

Reconoce la Sentencia que anteriores resoluciones de la propia Sala han llegado a clasificar el indulto como *acto graciable*, en calidad de categoría jurídica *distinta* de los *actos discrecionales*, y asume, incluso, la posibilidad de sostener la distinción en un plano dogmático(32). Sin embargo, en este caso, se decanta por subrayar preferentemente su *carácter discrecional*, con base en que el Gobierno, tras haberse verificado los requisitos procedimentales exigidos por la LI, «no se encuentra obligado» a conceder el indulto. Mantiene, incluso, que es en tal discrecionalidad donde «reside precisamente el núcleo de la gracia como *acto no debido*»(33). En última instancia, la cualidad discrecional «constituye la *ratio essendi* de la institución»(34). Es más, como

---

(30) A título de ejemplo, el día 1 de diciembre de 2000 llegan a concederse 1.443 indultos, cada uno a través del correspondiente Real Decreto. El Ministro de Justicia aclara, días más tarde, ante la Comisión de Justicia del Congreso, los *criterios* utilizados por el Gobierno para decidir su concesión, de entre más de 4.000 solicitudes con expedientes completamente finalizados (*vid. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, comisión de Justicia e Interior, núm. 121, de 13 de diciembre de 2000, p. 3501).

La Sentencia de 28 de mayo de 2013 (STS 2720/2013), por su parte, refleja el caso totalmente opuesto cuando apunta que el Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012 acuerda *denegar a 149 personas* el indulto solicitado (FJ 1.º).

(31) Aserto que confirma con la cita del inciso final del art. 25 LI, que precisa el contenido del informe previo del Tribunal sentenciador: «(...) y cualesquiera otros datos que puedan servir para el mejor esclarecimiento de los hechos, concluyendo por consignar su dictamen sobre la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia».

(32) También los VVPP acogen la idea del carácter graciable del indulto, definiéndolo como «no exigido por derecho alguno del indultado» (ESPÍN TEMPLADO), «libérrimo» o «que puede darse o negarse de manera libérrima» (DÍEZ-PICAZO) o acto «cuya concesión o denegación es libérrima para el poder público titular» de la prerrogativa (LESMESS), aunque muestran discrepancias entre sí, como se verá más adelante, acerca del tipo de control que puede llegar a ejercitarse sobre los mismos.

(33) Hay que entender en sus justos términos la aplicación en este ámbito de la conocida expresión de TOMÁS Y VALIENTE (*A orillas del Estado*, edit. Taurus, Madrid, 1996, p. 34), pues lo que el texto de la sentencia permite sugerir como «no debido» es el *sentido favorable a la concesión* de la decisión gubernamental. Sin embargo, desde el momento en que la solicitud de indulto se dirige a la Administración, ésta queda obligada a emitir una resolución, aunque sea desfavorable, como permite deducir la aplicación a los procedimientos de indulto la regulación jurídica del silencio (lo que confirma la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social).

(34) Predica esa condición de discrecionalidad (FJ 6.º, pto. 3.º) a pesar de su origen histórico, de su consideración como una de las funciones de la Corona [art. 62.i) CE], e, incluso, de la expresa alusión constitucional («semántica») a la prerrogativa de gracia (art. 87.3 CE).

AGUADO RENEADO afirma que la esencia de la gracia radica en su *discrecionalidad: a sensu contrario*, ello significaría que el Gobierno no está necesariamente obligado a concederla (*Problemas constitucionales...*, *ob. cit.*, pp. 44-45). En concreto, GARCÍA MAHAMUT ubica la decisión gubernamental en el ámbito de la *discrecionalidad política* (*El indulto...*, *ob. cit.*, p. 195).

habrá ocasión de comprobar seguidamente, el Tribunal estima que el Gobierno dispone de la «máxima discrecionalidad» en la adopción de este tipo de actos (35).

#### III.4. Un acto de gobierno cuya consideración como acto político es irrelevante

A diferencia de las precedentes Sentencias de 20 de febrero de 2013 y de 9 de mayo de 2013, ya citadas, cuyos FFJJ 8.º y 2.º, respectivamente, lo califican como acto del Gobierno incluido «entre los denominados tradicionalmente *actos políticos*», en opinión del Pleno carece de relevancia la consideración del indulto como acto político del Gobierno (36). A renglón seguido aclara, no obstante, que, de asumirse la utilización de tal concepto, su significado no se correspondería con la antigua *categoría legal* de los actos políticos de la Ley Jurisdiccional de 1956 (37). Muy al contrario, rei-

---

Cuestión distinta sería la posición del Monarca al respecto, para quien sí se trataría de un *acto debido*, pues la atribución constitucional es simbólica y quien realmente ejerce la potestad, como hemos visto, es el Gobierno: de ahí la necesidad de *refrendo* (vid. AGUADO RENEADO, *Problemas constitucionales...*, ob. cit., pp. 128-129). El propio refrendo constituye, en realidad, un nuevo acto de Gobierno (vid. GARCÍA MAHAMUT, *El indulto...*, ob. cit., p. 197).

(35) En palabras de ATIENZA RODRÍGUEZ, «la discrecionalidad es esencialmente una cuestión de grado», de modo que «entre los actos de discrecionalidad cero (o tendente a cero), esto es, los actos puramente reglados, y los de máxima discrecionalidad (...) existen muchos puntos intermedios» [vid. «Discrecionalidad y juicios comparativos» en GARCÍA DE ENTERRÍA y ALONSO GARCÍA (Coord.), *Administración...*, ob. cit., p. 567].

(36) Se basa, para ello, en los arts. 26.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, reguladora del Gobierno (LG) y 2.(a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJ). Respecto de este último precepto, afirma que «el legislador ha querido excluir toda posible discusión sobre una supuesta diferencia sustantiva entre los actos de las autoridades públicas sujetos al Derecho Administrativo y aquellos otros, difícilmente definibles, que no lo estarían y que, en consecuencia, quedarían excluidos de todo control por los Tribunales».

Juan José DÍEZ SÁNCHEZ afirma que la propia jurisprudencia ha sido constante en el tratamiento del derecho de gracia de indulto como «un típico acto de Gobierno» («El control jurisdiccional de los actos del Gobierno y de los Consejos de Gobierno», *Revista Jurídica de Castilla y León (RJCyL)*, núm. 26, 2012, p. 68).

GARRIDO CUENCA sitúa el «acto de gobierno» en la «línea de flotación del Derecho Administrativo» (*El Acto de Gobierno*, ob. cit., p. 39), al tiempo que lo define como «acto del Gobierno, en cuanto sujeto constitucional legitimado democráticamente y distinto de la Administración». La misma autora clasifica el ejercicio del derecho de gracia de indulto entre «los actos relativos a las relaciones entre órganos constitucionales» y recuerda que, según el ATC 360/1990, de 5 de octubre, no son fiscalizables sustancialmente por los órganos jurisdiccionales (ob. cit., p. 605). Sin embargo, cabe puntualizar que, en realidad, aunque es cierto que en la concesión del indulto intervienen dos órganos constitucionales (el Poder Ejecutivo y el Rey), la interferencia de la decisión gubernamental no se produce en relación con otro «órgano» constitucional, sino con las decisiones (jurisdiccionales) del Poder Judicial. Por lo cual, sería más preciso hablar, en su caso, de actos relativos a las *relaciones entre poderes constitucionales*.

(37) Recuerda en el punto 4.º de su FJ 6.º, que la esencialidad de la distinción entre una función de gobierno y una función administrativa, confiadas a los órganos del Poder Ejecutivo, se basaba en la definición de acto político que recogía, en su Exposición de Motivos, la LJ de 27 de diciembre de 1956, que dio pie a las excepciones de su art. 2.a), «que la jurisprudencia fue —por distintas vías— progresivamente reduciendo», con base en la propuesta doctrinal de indiferenciación material entre función de gobierno y función administrativa (vid. DEL SAZ CORDERO S., «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en la obra colectiva de Carmen CHINCHILLA MARÍN, Blanca LOZANO CUTANDA y Silvia DEL SAZ CORDERO, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, edit. Civitas, Madrid, 1992, p. 192), aún a pesar de posiciones doctrinales, como la de Antonio EMBID IRUJO, favorables a la distinción y, consecuentemente, a la exención de control judicial [vid. «La justiciabilidad de los actos de gobierno (de los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)», *Documentación Administrativa (DA)*, núm.



tera que los actos políticos «o de dirección política» en la actualidad son simplemente, decisiones para cuya adopción el ordenamiento jurídico atribuye al Ejecutivo «un amplísimo —máximo, si se quiere— margen de discrecionalidad» para la apreciación del «interés público», sin que ello los haga acreedores de «una distinta naturaleza» en relación con su control jurisdiccional, ni de una «denominación diferenciada» (38).

La postura del Pleno ha sido interpretada como una «minimización» por parte del Tribunal Supremo de la idea del acto político (39).

Y es que, paradójicamente, la desaparición del acto político como categoría legal, no ha conllevado su simultáneo eclipse, en su vertiente de *idea doctrinal* y de *concepto técnico* (40). De hecho, tres votos particulares insisten, con matizaciones, en la

---

220, 1989, pp. 60 y ss.; también en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (Coord.), *Estudios sobre...*, ob. cit., Tomo III, pp. 2734 y ss.).

Especialmente, con la entrada en vigor de la CE, pues la persistencia de la exención contradecía la «plena justiciabilidad de la actuación de los poderes públicos» y su tajante prohibición de la indefensión, por lo que, con base en la Disposición Derogatoria 3.ª CE, se llegó a entender derogado el art. 2.a) LJ («por todas, SSTS de 17 de diciembre de 1992, 29 de abril de 1993 y 6 de febrero de 1995»). DEL SAZ CORDERO explicaba la derogación en el efecto directo de la aplicación de los principios recogidos en los arts. 9.3, 24 y 106.1 CE, lo cual conllevaba la interpretación restrictiva del concepto de «acto político del Gobierno» por parte tanto del TS como del TC («Origen, desarrollo y plenitud de la jurisdicción administrativa», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (Dir.), *La protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. *Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez*, Tomo II, edit. Civitas, Madrid, 1993, p. 1284). Puede consultarse al respecto el análisis jurisprudencial de SÁIZ ARNAIZ en «Los actos políticos del Gobierno en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista Vasca de Administración Pública (HAEA-RVAP)*, núm. 34, 1994, pp. 225 y ss.

(38) En el citado Fundamento Jurídico, el Pleno los considera sujetos «a las reglas generales» de los actos administrativos discrecionales en cuando a su sometimiento al ordenamiento y a su control judicial.

(39) MANZANA LAGUARDA, R. S., «De nuevo los actos políticos como límites del control judicial de la actividad de la Administración», *Diario La Ley*, núm. 8355, 2014. A pesar de lo que podría sugerir su título, el citado artículo comenta el ATS de 2 de abril de 2014 (ponente: Rodríguez-Zapata Pérez) que *inadmite* el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Grupo Parlamentario de UPyD del Congreso y por su Portavoz contra tres actos de gobierno (los RRDD 920/2012 y 931/2013, ambos de 29 de noviembre, por los que se nombran Vocales del CGPJ a propuesta, respectivamente, del Congreso y del Senado, y el RD 979/2013, de 10 de diciembre, de nombramiento de Presidente del TS y del CGPJ). El Auto explica que los dos primeros suponen la finalización de un *procedimiento compuesto o complejo* de designación de altos cargos, entre cuyos actos de trámite se insertan actuaciones parlamentarias (no equiparables a una actividad materialmente administrativa de las mismas —art. 1.3.(a) LJ— y alega, al respecto, el *principio de unidad de doctrina* en relación con el anterior ATS de 24 de marzo de 2014. No excluye el Auto que, en relación con el nombramiento de Vocales del turno judicial del CGPJ, puedan suscitarse cuestiones analizables con base en el art. 1.3.(b) LJ, por vicios de formación de las candidaturas en el seno del poder judicial o en su transmisión a las Cámaras. El RD 979/2013 sí podría ser objeto de control judicial —art. 1.3.(b) LJ—, sin embargo, en este caso, decide la inadmisión por falta de legitimación.

(40) Vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, 3.ª edic., edit. Iustel, Madrid, 2011, p. 928.

La polémica sobre los actos políticos se suscita a partir del cruce de artículos efectuado, con ocasión del caducado Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1995, entre GARCÍA DE ENTERRÍA, por un lado, y, por el otro, LEGUINA VILLA, SÁNCHEZ MORÓN y ORTEGA ÁLVAREZ, quienes mantienen sus posturas tras la promulgación de la Ley 29/1998. LEGUINA interpreta que su art. 2.(a) se atiene a la doctrina jurisprudencial anterior y «no a una imaginaria extinción» de los actos políticos [vid. publicación colectiva dirigida por LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, edit. Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 55]. Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA predica su «definitiva erradicación» en el Prólogo de la 5.ª edición de *Democracia, jueces y control de la Administración* (edit. Civitas, Madrid, 2000, p. 9), donde sostiene que el art. 2 LJ no pretende limitar el control, sino prevenir un «control mínimo y siempre posible» (en el mismo sentido, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «La definitiva erradicación de los actos de Gobierno en nuestro Derecho», *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 126, 2000).

*índole política* de las decisiones adoptadas en ejercicio de esta prerrogativa de gracia (41).

Seguidamente veremos que la postura del Pleno en este punto va a ser objeto de matizaciones a la hora de poner en práctica su potestad de control.

### III.5. Una actuación de naturaleza ajena al acto administrativo y al ejercicio de una potestad administrativa

Como se ha apuntado, el Pleno afirma que los actos de gobierno pueden ser sometidos a control *de igual modo* que los actos administrativos discrecionales. No obstante, a renglón seguido *niega* categóricamente su naturaleza de *acto administrativo* o que se trate del *ejercicio de una potestad administrativa* (42). Consecuentemente, no cabe exigir de ellos los *requisitos* que para los «auténticos» actos administrativos establece la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (LPC) (43). Se limita así la exclusión de

---

Por lo demás, cabe remitirse a la síntesis del estado de la *doctrina de los actos políticos* tras la aprobación de la LJ, resultado de la jurisprudencia post-constitucional, tanto del TC como del TS de MUÑOZ MACHADO (*ob. cit.*, pp. 936-937).

Además de sus referencias cabe comentar que GONZÁLEZ FARIÑAS observa que, en la realidad jurídica, «calquera pode encontrarse facilmente co chamado «inencontrable» acto de goberno» («A fiscalización judicial do outorgamento de indulto» (Sentencia do Tribunal Supremo do 11 de decembro de 2002, Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª; Relator Exmo. Sr. D. Enrique Lecumberri Marti)), *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 33, 2003, p. 253) y NAVAS CASTILLO defiende su necesidad, aunque propugna una reformulación o revisión doctrinal («Veinticinco años de actos de Gobierno», *Revista de Derecho Político UNED*, núms. 58-59, 2003-2004, p. 638). También GONZÁLEZ PÉREZ afirma, en su glosa del art. 2 LJ, que «el acto, como tal, existe» [*Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, edit. Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 135].

(41) BANDRÉS se remite al VP que él mismo formuló a la ya mencionada STS 8303/2005, de 2 de diciembre de 2005, en el que expresara ya su «criterio sobre el carácter de acto político» acerca de este tipo de acuerdos, considerándolos «revisables por esta Sala».

También Díez-Picazo estima en su VP que se trata de un «instrumento de la política», por lo que «su ejercicio responde a valoraciones esencialmente políticas». Estima «*esencialmente correcta*» la idea de *acto político*, pero matiza que «los límites que la ley —o esta Sala, interpretando rectamente la ley— le imponga no pueden ser vistos como inaceptables intromisiones en la esfera constitucionalmente garantizada de atribuciones del Gobierno» (recordemos que lo ubica fuera de tal esfera).

Finalmente, el grupo encabezado por LESMES SERRANO lo califica de «*acto eminentemente político*», y recoge la definición que lo considera «una modalidad de ejercicio que el orden jurídico confiere expresa o implícitamente a los órganos constitucionales superiores que ejercen la función política, para que, mediante la apreciación subjetiva de los intereses públicos comprometidos, complete creativamente el ordenamiento seleccionando una alternativa entre otras igualmente válidas para el derecho».

(42) Postura defendida por GARCÍA SAN MARTÍN, quien considera el indulto como «acto eminentemente administrativo» (*El control jurisdiccional del indulto particular*, edit. Instituto Vasco de Derecho Procesal-IVADP, Donostia-San Sebastián, 2007, p. 109, entre otras) y seguida, en ocasiones, por la propia práctica administrativa y judicial, al admitir la interposición de recurso de reposición frente al acto de concesión [*vid.* STS de 3 de marzo de 2003 (STS 3806/2003)].

(43) Igual que lo hace la anterior STS de 23 de enero de 2013 (STS 296/2013).

El pto. 5.º de su FJ 6.º se remite a la Sentencia de 20 de febrero de 2013 (STS 546/2013), para confirmar que «no es el ejercicio de una potestad administrativa» e invoca, asimismo la Sentencia de 11 de diciembre de 2002 (STS 8308/2002) que *niega* su carácter de *acto administrativo*, incluso de *acto cuasi-reglado*, y lo considera un acto no sujeto al Derecho Administrativo ni controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa, «salvo cuando se incumplan los trámites establecidos para su adopción».

El propio TC se ha manifestado en ese sentido, cuando en su Sentencia 45/1990, de 15 de marzo, *niega* que toda actuación del Gobierno esté sometida al Derecho Administrativo (FJ 2.º) y en la posterior 196/1990, de 29 de noviembre, añade que cuando el Gobierno actúa como órgano político su actuación no puede calificarse como administrativa (FJ 5.º). *Vid.* el análisis que sobre las mismas efectúa COBREROS MENDAZONA en su artículo «Sobre el control de los actos políticos. Aportaciones a una cuestión abierta», *HAEA-RVAP*, núm. 31, pp. 161-178.

aplicabilidad que, en alguna ocasión, había llegado a proclamar el Alto Tribunal de la citada norma, en su totalidad, a los supuestos de indulto (44).

La cuestión estriba, entonces, en determinar si es trasladable a las decisiones adoptadas en ejercicio del derecho de gracia la extensa y controvertida producción doctrinal relativa al *control de la discrecionalidad administrativa* (y, si lo es, en qué grado) (45). Ahora bien, cabría diferenciar, al respecto, entre la propia decisión (de concesión o denegación) de indulto y los actos administrativos adoptados en el seno del Ministerio de Justicia al hilo del *iter* procedimental previo a la misma, pues la fiscalización de estos últimos, en principio, no se cuestiona (46). Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la estructura del expediente de indulto puede variar en función del tipo de iniciativa que haya dado lugar al mismo (47).

---

(44) La Sentencia de 3 de junio de 2003 —Sección 6.ª— (STS 3806/2003), lo entiende así, en su FJ 4.º, con ocasión de un recurso contencioso-administrativo planteado tras haberse entendido desestimado por silencio el recurso de reposición interpuesto contra un Acuerdo de Consejo de Ministros de denegación de indulto. La resolución interpreta que la LPC se circunscribe a la actuación administrativa del Consejo de Ministros, pero no se extiende a los casos de indulto, en que se ejerce una competencia atribuida por la LG, con regulación propia en la LI. En el mismo sentido, las SSTs de 10 de octubre de 2007 (STS 6699/2007, FJ. 2.º), y 24 de septiembre de 2010 (STS 4934/2010, FJ. 2.º), adoptadas por la misma Sección. Paradójicamente, la propia STS de 3 de junio de 2003 no llega a cuestionar de modo expreso la previa interposición de recurso de reposición, regulado también en la LPC. De hecho, el Fallo confirma tanto el Acuerdo del Gobierno como la denegación por silencio del citado recurso.

(45) Baste al respecto la remisión a la obra-homenaje al Profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, donde dan cumplida cuenta de la misma los trabajos de FONT I LLOVET y MIR PUIGELAT («Discrecionalidad administrativa y alcance del control judicial», *ob. cit.*, pp. 1152-1153), IGARTUA SALAVERRÍA («Control jurisdiccional de los nombramientos discrecionales del CGPJ: algunos extravíos argumentales en la Sala 3.ª del TS», *ob. cit.*, p. 1488) y LOZANO CUTANDA [«Principio de *«standsill»* versus discrecionalidad administrativa. Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 2011 (recurso de casación n.º 4045/2009, ponente: María del Pilar Teso Gamella)», *ob. cit.*, pp. 1548-1549]. En otro lugar de la misma publicación, y en un ejercicio retrospectivo, FERNÁNDEZ TORRES cree que, tras el tiempo transcurrido, aún «se precisa una teoría del control del poder discrecional que sea capaz de establecer los pilares conceptuales y constitucionales del mismo, que lo convierta en algo normal y ordinario, sin ataduras ni dependencias» («Arbitrariedad y discrecionalidad, dos décadas después», *ob. cit.*, p. 1146). En la misma dirección se manifiesta FERNÁNDEZ ESPINAR, en su trabajo «El control judicial de la discrecionalidad administrativa. La necesaria revisión de la construcción dogmática del mito de la discrecionalidad y su control» (*RJCyL*, núm. 26, 2012, pp. 211-258). FONT Y LLOVET y MIR PUIGELAT estiman, por su parte, que la discrecionalidad administrativa se entiende en la actualidad como un «instrumento perfectamente legítimo y necesario en muchas ocasiones para la satisfacción del interés general en un Estado social y Democrático de Derecho», un «instrumento conferido, modelado y limitado por el Derecho, cuyos últimos garantes —los jueces— deben velar por que no se emplee de forma arbitraria» (*vid.* «Discrecionalidad...» *ob. cit.*, pp. 1156).

En su Lección Jubilar, impartida en la Facultad de Derecho de Donostia-San Sebastián el día 12 de mayo de 2011, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ augura que «el control jurisdiccional del ejercicio del poder discrecional seguirá siendo una cuestión polémica y (...) generando vivos debates en el escenario académico y también en el político, como los ha generado en el pasado» (Lección publicada como *edición separada* por la citada Facultad en 2011 y posteriormente en «Sobre los límites constitucionales del poder discrecional», *RAP* núm. 87, 2012, p. 148).

(46) De hecho, en opinión de LINDE PANIAGUA, el art. 2.(a) LJ, lejos de prever un control adicional, supondría la confirmación del control contencioso-administrativo sobre el procedimiento regulado por la Ley 1870 y demás normas reglamentarias («El indulto como acto de administración de justicia y su judicialización. Problemas, límites y consecuencias», *Teoría y Realidad Constitucional UNED*, núm. 5, 2000, pp. 168-169). GARCÍA MAHAMUT denuncia, sin embargo, que el control jurídico de tales actos de trámite «se convierte, desde que existen, en papel mojado» (*ob. cit.*, p. 94).

(47) A la solicitud particular (presentada por la persona condenada, sus parientes u otra persona en su nombre) prevista en el art. 21 LI, se añaden la iniciativa judicial, fiscal, penitenciaria, del Jurado, e incluso, la gubernativa [*vid.* LLORCA ORTEGA, J., *La Ley de Indulto (Comentarios, Jurisprudencia, Formularios y notas para su reforma)*, 3.ª edic., edit. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 136 y ss].

#### IV. El control en sede contencioso-administrativa de la concesión o denegación de indulto

El Pleno del Tribunal Supremo asume, como en otras tantas ocasiones, que el control de la decisión del Gobierno sobre indulto, entra dentro del ámbito de este orden jurisdiccional [art. 2.(a) LJ] (48). De todos modos, considera necesario justificarse en el tenor de la Sentencia 6/2001, de 13 de junio, del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, que determina los límites entre los espacios correspondientes a las jurisdicciones contencioso-administrativa y penal (49).

Las partes demandada y codemandada no llegan a plantear en el presente caso objeción alguna referida a la *legitimación* de los recurrentes —padres de la víctima en el presente caso y, a su vez, *víctimas indirectas* del delito—. Tampoco lo han hecho en el recurso analizado por la posterior STS de 17 de marzo de 2014 (STS 847/2014), dictada por la Sección 6.<sup>a</sup>, ante un supuesto *relativamente* similar, en que la persona indultada ha sido condenada por la muerte en accidente de tráfico de sus tres acompañantes de vehículo (50). Cabe presumir que asumen automáticamente su participación en el proceso, en consonancia con la posición mantenida por la previa Sentencia de 20 de fe-

---

(48) Recoge en su FJ 7.<sup>o</sup> la relación completa de sentencias (32) dictadas por la Sala desde el año 2001, es decir, tras la entrada en vigor de la LJ. Sólo dos de ellas han sido dictadas por el Pleno (el resto, por la Sección Sexta) y únicamente cuatro lo han sido sobre Acuerdos de concesión de indulto. Razones de espacio aconsejar omitir en este momento las concretas referencias recogidas en el texto de la Sentencia.

GARCÍA MAHAMUT entiende que el control judicial de los indultos «*encuentra perfecto amparo legal en los arts. 26.1, 26.3 LG y 58.1 LOPJ*» (vid. *El indulto...*, ob. cit., pp. 240 y 263).

El VP de LESMES SERRANO destaca un nuevo punto de encuentro entre los Magistrados de la Sala: la atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa (en concreto, a la Sala 3.<sup>a</sup> del TS) del conocimiento de las cuestiones relativas a la concesión o denegación gubernamental de indultos particulares, dentro de los límites contemplados en el art. 2.a) LJ, al que remite el art. 26.3 LG.

(49) Sentencia dictada en el conflicto suscitado, entre la Sala Segunda del TS y el Ministerio de Justicia, a raíz de la aplicación del indulto concedido a un conocido Magistrado, y que reconoce al Gobierno la competencia sobre el alcance del indulto en relación con la pena ejecutada, y reserva al CGPJ las cuestiones relativas a su reintegro en la carrera judicial (BOE núm. 166, de 12 de julio de 2001).

Recuérdese que, del análisis conjunto de los preceptos constitucionales aplicables, la citada resolución extrae como conclusión (FJ. 3.<sup>o</sup>) que la *jurisdicción contencioso-administrativa* puede ejercitar un *control genérico* sobre el Real Decreto de concesión de indulto, derivado del principio de legalidad (art. 9.3 CE), del que queda excluida «la motivación discrecional que constituye la esencia del perdón» y debe desarrollarse de acuerdo con los principios de instancia de parte, audiencia del órgano autor del acto y de la persona indultada, aspectos de suma importancia al tratarse de un *acto declarativo de derechos*. Correspondería a la *jurisdicción penal* la aplicación del indulto (de acuerdo con el Preámbulo de la LJ, más como medio de mantener el prestigio de los tribunales que de control de legalidad). El propio FJ 3.<sup>o</sup> descarta, incluso, que el órgano penal, en caso de estimar que el indulto contradice una norma legal, deba proceder a la inaplicación prevista por el art. 6 LOPJ, la cual «se proyecta sobre normas y no sobre actos». De todos modos, su FJ 4.<sup>o</sup> reconoce que, con base en los principios de legalidad y oficialidad que rigen la jurisdicción penal y en el propio art. 117.3 CE, ha de admitirse un control de la aplicación del mismo «en determinados y concretos supuestos», ante «una manifiesta vulneración de la legalidad». Vid., al respecto, CARRILLO DONAIRE, J.A. y GUICHOT, E., «Alcance, límites y control de la prerrogativa de gracia (Consideraciones en torno al indulto de Gómez de Liaño)», *Revista Andaluza de Administración Pública (RAAP)*, núm. 42, 2001, pp. 233 y ss.; AGUADO RENEDEO, C., «Análisis (estrictamente jurídico) de un indulto conflictivo: el «caso Gómez de Liaño»» [*Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, núm. 63, 2001, pp. 299 y ss.]; o GARCÍA SAN MARTÍN, *El indulto...*, ob.cit., pp. 127 y ss.

(50) En el citado recurso se analizaba la concesión de un indulto parcial, mediante Real Decreto 1632/2012, de 30 de noviembre, a una persona condenada también por delito contra la seguridad del tráfico (en este caso, en concurso con tres delitos de homicidio imprudente), por hechos cometidos en 2008. La citada persona, que dispone de permiso de conducción desde pocas semanas antes, conduce sin seguro de responsabilidad y al triple de la velocidad permitida, cuando pierde el control del vehículo y choca contra un camión, lo que ocasiona las tres muertes, así como las lesiones del propio conductor.

brero de 2013, al aceptar la *legitimación activa de las víctimas*, fundada en un derecho o interés legítimo. Esta última resolución niega, a efectos de legitimación, la existencia de disociación alguna entre condena penal e indulto (51). No obstante, tal postura jurisprudencial no llega a obtener reflejo alguno en el *Proyecto de Ley del Estatuto de la Víctima del Delito*, aprobado por el Consejo de Ministros el 8 de agosto de 2014 (52).

Confirmadas tanto la jurisdicción como la legitimación de la parte recurrente, la cuestión estriba en «comprobar, una vez más, hasta dónde ha de llegar» el control judicial en el caso del indulto, en calidad de acto de máxima discrecionalidad (53). El TS

---

Son, nuevamente, las familias de los fallecidos quienes interponen recurso contencioso-administrativo contra el indulto parcial otorgado, que conmuta la pena privativa de libertad impuesta (de 3 años y 3 meses de prisión) por otra de 2 años de prisión, 15 días de trabajo en beneficio de la comunidad y un año de multa, a satisfacer en cuotas diarias de 2 euros, dejando subsistentes los demás pronunciamientos de la sentencia (pena accesoria de inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo y privación del permiso de conducción), a condición de no cometer delito doloso en el plazo de cuatro años.

(51) Recuérdese que, en ese concreto supuesto, los recurrentes han sido víctimas del delito de acusación falsa cuya condena es objeto de indulto parcial y pretenden que se mantenga a las personas indultadas apartadas de su actividad profesional bancaria, en cuyo ejercicio se ha cometido el citado delito.

La Sentencia de 20 de febrero de 2013 recuerda, en su FJ 7.º, la interpretación que la propia Sección efectúa en el Auto de 12 de junio de 2012, dictado en el mismo procedimiento contencioso en respuesta a una alegación previa, sobre la imposibilidad de negar la legitimación a quienes han intervenido tanto en el proceso penal como en el procedimiento preparatorio del ejercicio de la prerrogativa de gracia pues «tan concernidos están aquí sus intereses como lo estuvieron» en los anteriores.

Invoca, ese mismo FJ 7.º, la «consolidada jurisprudencia de este Tribunal» sobre la legitimación activa en sede contencioso-administrativa requerida con base en el art. 19.1.a) LJ, y, además de recordar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a la superación del interés directo exigido por el art. de la LJ de 1956 («entre otras SSTC 60/2001, de 29 de enero, 203/2002, de 28 de octubre, y 10/2003, de 20 de enero»), efectúa una cita expresa de la STC 52/2007, de 12 de marzo, cuyo FJ 3.º, manifiesta, entre otros aspectos, que en sede contencioso-administrativa el interés legítimo consiste en «la titularidad potencial de una ventaja o de una utilidad jurídica, no necesariamente de contenido patrimonial, por parte de quien ejercita la pretensión, que se materializaría de prosperar ésta. O, lo que es lo mismo, el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre, FJ 3, 173/2004, de 18 de octubre, FJ 3, y 73/2006, de 13 de marzo, FJ 4)».

En refuerzo de tal interpretación, la STS de 20 de febrero de 2013 acude, además, al principio *pro actione*, «expresión del derecho a la tutela judicial efectiva», la cual no conlleva «una relativización o devaluación de los presupuestos o requisitos procesales» establecidos por la LJ y argumenta que «si la víctima tiene interés en la condena también lo tiene en el perdón y en su contenido, pues si aquella satisface moralmente un interés personal que justifica la legitimación y así lo reconoce la Ley, el perdón no puede dejar de producir ese mismo efecto procesal por la razón contraria». Añade que «lo que no es ajeno a la víctima es que, ya que ha de aceptar el perdón público, éste se ajuste a lo previsto en la Ley (...), pues si se concede la gracia extramuros de la Ley, ese interés que justificó su presencia en el proceso penal sería completamente burlado. Precisamente ésta es la ventaja o utilidad jurídica potencial que justifica su presencia en este proceso y no tanto la voluntad de que se respete la ley».

Rechaza, pues, la solicitud de inadmisión «por rigorista y por cuanto revela una clara desproporción entre los fines que esta causa de inadmisión trata de preservar y el interés que habría de ser sacrificado de aquellos que fueron víctimas de un delito cuyos efectos han sido eliminados por el perdón».

Se trata, en opinión de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, de una argumentación «concluyente y que no deja resquicio alguno para la réplica» («Sobre el control...», *ob. cit.*, p. 215).

(52) El Proyecto de Ley carece de alusión específica a este tipo de legitimación entre los derechos que asisten a la misma. Por el contrario, sí recoge, en su art. 2.(b) el concepto de *víctima indirecta* (sobre el previo *Anteproyecto*, *vid.* LEAL MEDINA, J., «Régimen jurídico de la víctima del delito. Normativa presente y de futuro. Derechos en el proceso penal y en las leyes extraprocesales. Especial atención al Anteproyecto de Ley Orgánica del Estatuto de la víctima del delito», *Diario La Ley*, núm. 8287, 2014).

CÓRDOBA RODA y TORNOS MAS comparten plenamente el criterio jurisprudencial favorable a la legitimación de la víctima «o en su caso de sus causahabientes» («El indulto...», *ob. cit.*, p. 68).

El día 2 de septiembre de 2014, la Mesa de la Cámara encomienda su aprobación, con competencia legislativa plena, a la Comisión de Justicia (art. 149 de su Reglamento) y establece un plazo de 15 días hábiles, que finaliza el 23 de septiembre.

(53) En este sentido, el Pleno alude a la «importante tradición» de este orden jurisdiccional en orden a la reducción de las «inmunidades del poder público» [expresión expandida a partir de la famosa conferencia impar-

asume plenamente la protección que deriva del art. 24 CE para la persona legitimada ante una actuación del Poder Ejecutivo potencialmente contraria a la ley (54). La posibilidad de control queda fuera de duda. Cuestión distinta es la de su alcance real.

A este respecto, cabe apuntar que distintos Autos del propio Tribunal, dictados en piezas separadas de medidas cautelares y *cautelarísimas*, limitan la labor de la jurisdicción contencioso-administrativa a la constatación de cumplimiento por parte del acto gubernamental de «los aspectos formales que en cuanto a su elaboración son exigibles» (55) (últimamente, el término «elaboración» ha sido sustituido el por el de «adopción», ligero matiz que tal vez quepa explicar a partir de la posición que, como veremos a continuación, adopta el Pleno en la Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (56)).

La *doctrina general* extraída de las decisiones judiciales dictadas en relación con el indulto tras la entrada en vigor de la LJ de 1998, en los términos en que la sintetiza la mencionada resolución, incluye en el ámbito de aplicación del control contencioso-administrativo los *aspectos formales*, expresión que parece equiparar a los «*elementos reglados del procedimiento o de la gracia*» (57) (entre los cuales se encontraría —por

---

tida en 1962 en la Universidad de Barcelona —publicada ese mismo año en la *RAP*, núm. 38— por GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, edit. Civitas, Madrid, 3.ª edic., 1983, pp. 50 y ss., incluida también en *Democracia, Ley e inmunidades del Poder*, 2.ª edic., edit. Thomson Reuters, Madrid, 2011, pp. 57 y ss.]. La propia sentencia (FJ 6.º, pto. 4.º) se remite a la anteriormente mencionada STS (Pleno) de 2 de diciembre de 2005, que se refiere al art. 2.a) LJ como «*precepto legal (...) que recoge la jurisprudencia sentada por la Sala Tercera bajo la vigencia de la Ley de la Jurisdicción de 1956*».

El VP de SUAY RINCÓN, al que se adhiere la Magistrada PERELLÓ DOMENECH, precisa que no se pretende un «*traslado puro y simple*» de las técnicas de control de las potestades administrativas, ni de una equiparación de régimen jurídico entre tales potestades y la prerrogativa de gracia, sino «de avanzar en el largo e interminable proceso histórico de cierre del círculo de las inmunidades de los poderes públicos y de extender (...) la aplicación de los principios generales del Derecho y las exigencias (...) del Estado de Derecho a todos los ámbitos de la vida pública».

(54) Invoca en este sentido las Sentencias de 4 de abril de 1997 (SSTS 2359/1997, 2389/1997 y 2391/1997, FFJJ 7.º) y que ello había sido apuntado aún de manera más explícita en su ATS de 18 de enero de 1993.

(55) *Vid.* FJ 2.º del Auto de 22 de mayo de 2013 (ATS 4116/2013) que, se remite, a dos Autos de la Sección Sexta de 17 de septiembre de 2012, en los que se citan, a su vez, los de 25 de enero de 2006, 27 de noviembre de 2008 y 11 de diciembre de 2008. En el mismo sentido se expresan los posteriores Autos de 31 de enero de 2014 (ATS 390/2014), 26 de febrero de 2014 (ATS 1718/2014), 19 de marzo de 2014 (ATS 2442/2014) y 25 de abril de 2014 (ATS 3456/2014).

En este ámbito de las medidas cautelares, el Auto de 5 de junio de 2013 (ATS 6765/2013) puntualiza que la anterior jurisprudencia sobre la imposibilidad de suspensión de los actos de contenido negativo, como son los acuerdos de denegación de indulto (jurisprudencia reflejada por Josune PÉREZ ESTRADA, en relación con los actos administrativos, en *La tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo. Especial referencia a la relación medidas cautelares-ejecución provisional*, edit. Publicia, Berlín, 2013) «ha sido matizada, y en buena medida superada, en la actualidad». El FJ Único del citado Auto cita las STS de 10 de febrero de 2010 (FJ 6.º); 11 de julio de 2011 (FJ 7.º); 10 de octubre de 2011 (FJ 3.º); 27 de junio de 2012 (FJ 3.º y 4.º) y 18 de diciembre de 2012 (FJ 2.º), «que señalan, además, la dificultad de establecer una doctrina general aplicable a todos los casos y circunstancias, atendido el carácter casuístico de la materia».

Sobre las «*medidas cautelares de carácter urgente*» SANTAMARÍA PASTOR (en su opinión, «impropiamente» denominadas «cautelarísimas», «urgentísimas» o «provisionalísimas»), admite que la nueva redacción del art. 135 LJ (una «operación de «*restyling*»»), resuelve algunas de las dudas que planteaba en la práctica su redacción anterior, pero opina que hubiera sido necesaria una regulación más detallada y precisa [*vid.* «De nuevo sobre el arbitrio del legislador: las reformas del proceso contencioso-administrativo hechas por la Ley 37/2011, de 10 de octubre», en GARCÍA DE ENTERRÍA y ALONSO (Coord.), *Administración...*, ob. cit., p. 2159 y ss.].

(56) Auto de 2 de julio de 2014 (ATS 5728/2014), FJ 1.º.

(57) A pesar de la defectuosa redacción que emplea el FJ 7.º en este punto (*sic*): ««Que el control se concreta en los «*aspectos formales*», esto es, en los *elementos reglados*» del procedimiento o de «*la gracia*»».

citarlo así la jurisprudencia— la *solicitud*, por parte del Ministerio de Justicia, de los *informes preceptivos y no vinculantes*), mientras que quedarían fuera del mismo los *defectos de motivación* del indulto y la *valoración de los requisitos de carácter sustantivo*(58).

#### IV.1. La imposibilidad de valorar los aspectos sustantivos de la gracia

Queda fuera de toda duda para el Pleno (lo considera algo «*obvio*») que el control jurisdiccional no puede extenderse a la «decisión de indultar o no indultar», respecto de la cual no cuenta con ámbito de revisión jurisdiccional, pues constituye el «núcleo esencial de la gracia» (FJ 8.º) (59).

Junto a ese núcleo esencial *básico* desgajado del ámbito de control jurisdiccional, el Pleno añade la exclusión del control de la «valoración del *contenido de los requisitos formales*», una locución que introduce cierto grado de inseguridad, por tratarse de una expresión indudablemente distinta de la premisa de la que partía el propio Pleno (exclusión del control de la «valoración de los *requisitos de carácter sustantivo*»). La discrepancia semántica obliga a indagar cuáles son realmente los requisitos cuyo contenido *no* puede entrar a valorar.

En un principio, el Pleno parece equiparar tales «*requisitos formales*» a los «*informes reglados*» previstos en la Ley de Indulto (60). Más tarde, afirma que su ámbito de control se circunscribe a la comprobación de «*la concurrencia de los elementos preceptivos*», sean informes o no lo sean, sin que quepa la discusión de sus «*respectivos contenidos*» (61). No obstante, mantiene simultáneamente la imposibilidad de aden-

---

(58) Lo que viene expresando con reiteración, tal y como admite en su FJ 7.º, con cita de la STS de 29 de mayo de 2013 (STS 2296/2013). Remitiéndose a lo afirmado por las SSTs de 20 de febrero y 9 de mayo de 2013, recuerda que «los indultos son susceptibles de control jurisdiccional en cuanto a los límites y requisitos que deriven directamente de la Constitución o de la Ley».

CÓRDOBA RODA y TORNOS MAS infieren, por lo que se verá más adelante, que cuando la Sentencia habla de «defectos de motivación» se refiere a «que no se puede entrar a controlar el sentido de la motivación, pero sí si existe o no una motivación» (ob. cit., p. 69).

(59) Se trata del «núcleo duro de la discrecionalidad» con el que topa, en su avance, el control jurisdiccional: «el elemento volitivo que supone decidir ante un caso concreto otorgar o no la gracia» (CÓRDOBA RODA Y TORNOS MAS, «El indulto...», ob. cit., p. 67).

El VP de LESMES SERRANO alude al anteriormente citado Auto 360/1990, de 5 de octubre, del Tribunal Constitucional para justificar la inadmisibilidad de «una fiscalización in integrum y sin límite de ningún género, pues esta posición resultaría contraria también a la Constitución». En su FJ 2.º se remite a lo señalado en dicho Auto, que indica que la decisión (conceder o no conceder) no es fiscalizable sustancialmente por parte de los órganos jurisdiccionales, incluido el Tribunal Constitucional.

(60) Precisemos que la Ley alude a los informes del *Tribunal sentenciador* (arts. 23 y 25-27), del *Jefe del Establecimiento penitenciario*, del *Subdelegado del Gobierno*, del *Ministerio Fiscal* y de la *parte ofendida* (arts. 24 y 28). Tras su modificación parcial en 1988, que suprime las referencias contenidas al *Consejo de Estado* en los arts. 2, 11 y 29, mantiene aún la recogida en el art. 12 LI, para caso de conmutación en pena de distinta escala. Sin embargo, AGUADO RENEDO estima que «es del todo evidente» que «la voluntad del legislador es la contraria», y que tampoco tendría relevancia práctica alguna, puesto que la reforma elimina la previsión del art. 28 —versión anterior— de que el Ministro de Justicia se dirija a la correspondiente Sección del Consejo de Estado para recabar su informe. Añade que «no deja de ser un desliz del legislador que, junto con otros, no hace de esta reforma precisamente una obra maestra legislativa» (ob. cit., p. 161).

(61) Cabría pensar, al menos, en la orden del Gobierno de iniciar el expediente (art. 21 LI) o la decisión del Ministerio de Justicia de iniciar el expediente, si ha mediado solicitud de particular o propuesta del Tribunal sentenciador (art. 22 LI).

trarse «en las razones que se contengan en los diversos informes y actuaciones que consten en el expediente», sean o no preceptivos (62).

Por otra parte, los *elementos preceptivos* no se limitan necesariamente a aspectos procedimentales, sino que en la LI incluye previsiones relacionadas con su contenido sustantivo (la extensión de la gracia), cuyo control es innegable en su calidad de elementos reglados (de hecho así lo admite en la práctica de la Sala 2.<sup>a</sup> del TS (63)).

Cabe notar, incluso, que la Sala Tercera declara en sus Sentencias de 30 de enero y 6 de junio de 2014 la admisibilidad del recurso interpuesto ante la denegación de indulto por el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales (64). Consecuentemente, una eventual vulneración de derechos fundamentales podría permitir el control de aspectos sustantivos en sede contencioso-administrativa.

---

(62) La ya citada Orden del Ministerio de Justicia de 10 de septiembre de 1993 afirma, con base en la experiencia práctica, que el sentido favorable de los informes previstos por la LI «no resulta en todos los casos suficiente para la formación de criterios sobre la conveniencia o sobre la forma de la concesión de la gracia». Estima necesaria «una mayor flexibilidad» con el objeto de «complementarse la observación de la conducta del penado posterior a la ejecutoria». Para ello, otorga a la Subsecretaría de Justicia la posibilidad de decidir una ampliación de plazo, lo cual, además de la propia decisión de ampliación, conlleva, potencialmente, nuevos actos de comunicación (del Tribunal sentenciador, del solicitante o proponente, del Director del Establecimiento o del Subdelegado de Gobierno) acerca de circunstancias sobrevenidas que pudieren afectar a la decisión de concesión del indulto. LLORCA ORTEGA observa en la previsión una desconfianza respecto de dictámenes e informes, y estima que no se «arbitra un medio seguro de subsanación», pues la aportación de nuevos datos queda condicionada a la voluntad de autoridades, funcionarios y solicitantes. Añade que, unida al eventual efecto suspensivo de la solicitud de indulto, puede acarrear demoras considerables en la ejecución de las sentencias (*La Ley...*, *ob. cit.*, pp. 148-149).

(63) El ya citado Auto de 18 de enero de 2001, de la Sala 2.<sup>a</sup> del TS, estima que es absurdo mantener la imposibilidad de controlar un indulto que, por ejemplo, deje sin efecto la indemnización civil o las costas, excluidas de la gracia por los arts. 6 y 9 LI, porque tales preceptos no hayan previsto expresamente que su infracción es determinante de nulidad. La precisión, efectuada en el ámbito penal, en relación con las posibilidades de control del indulto en fase de ejecución por parte del Tribunal sentenciador [*vid. MAGRO SERVET, V.*, «Particularidades de la medida de gracia del indulto frente a las decisiones del poder judicial», *La Ley Penal*, núm. 103, 2014], resulta extensible al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, puesto que, a pesar de no ser aplicable el art. 62.1.(g) LPC, el supuesto sería susceptible de ser englobado en los supuestos del art. 62.1.(f) LPC.

(64) Posibilidad defendida ya por GARCÍA MAHAMUT, quien subraya específicamente la igualdad de trato ante situaciones idénticas (*El indulto...*, *ob. cit.*, p. 246).

En la Sentencia de 30 de enero, el TS rechaza las solicitudes de inadmisibilidad planteadas tanto por el Fiscal [quien invoca los AATC 360/1990 (FJ 5<sup>o</sup>) y 278/1997 (FJ Único)], como por el Abogado del Estado, pues, a pesar de no haberse impugnado la tramitación procedimental del indulto, el recurrente alega la violación de dos derechos fundamentales y ésta es, precisamente, una cuestión de fondo en la que, dado el carácter del procedimiento, estima que debe entrar. MANZANA LAGUARDA observa en la decisión judicial una lógica argumental «idéntica» a la seguida por la STC 196/1990, para negar la exención de control del acto político en relación con posibles vulneraciones de derechos fundamentales. Añade, por otra parte, que el argumento es predicable tanto de una resolución de concesión de indulto como de su denegación (*Vid.* «Control judicial del ejercicio del derecho de gracia: debe extenderse a la motivación en los supuestos de denegación del indulto», *Diario La Ley*, núm. 8355, 2014).

El supuesto de la Sentencia de 6 de junio presenta alguna diferencia. Aunque el TS también rechaza la petición de inadmisión del Abogado del Estado, se debe a no haberla presentado en el momento procesal oportuno. Sin embargo, recuerda la «reiterada, y decisiva (...) jurisprudencia de esta Sala [contenida, entre otras, en las sentencias de 21 de diciembre de 2007 (casación 7686/2005) y en las que en ella se citan; 15 de febrero de 2010 (casación 1608/2007) y 20 de diciembre de 2011 (casación 4911/2010)]» que, sobre el escrito de interposición de recurso en la vía especial de protección judicial de los derechos fundamentales, y de cara a su admisión, exige simplemente «la invocación de uno de ellos de los que sería titular el recurrente y (...) la imputación de su infracción a la concreta actuación administrativa impugnada, junto con un mínimo razonamiento que enlace ese resultado con ella», requisitos observados en el caso enjuiciado. Advierte igualmente que el trámite del art. 117.2 LJ no permite derivar un requisito adicional de fondo como «la superación de un juicio preliminar sobre la viabilidad de las pretensiones esgrimidas aunque, desde luego, si sea siempre posible la constatación de la material imposibilidad de que los actos impugnados, por su naturaleza, produzcan las vulneraciones denunciadas».



## IV.2. El control de los elementos reglados

La Sentencia recurre, en este ámbito, al «principio de configuración legislativa asequible» (65). El Pleno estima que el control jurisdiccional de los actos de Gobierno, en este caso de los indultos, ha de circunscribirse a los «límites o requisitos» previamente determinados por el legislador que puedan ser considerados «conceptos judicialmente asequibles» (66). Se trata de una técnica de control de creación jurisprudencial ante la cual también se ha manifestado la divergencia en las posiciones doctrinales (67).

---

(65) Vid. VP de XIOL RIOS a la STS de 4 de abril de 1997, quien duda que tal principio sea «en un caso de tanta trascendencia (...) una base suficientemente sólida y lo necesariamente extensa para asentar un control judicial riguroso sobre los actos políticos».

(66) La expresión alude, pues, a una técnica en la cual la intensidad del control judicial «depende de la densidad o predeterminación normativa de la decisión del ejecutivo que se trata de controlar» (vid. MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado...*, ob. cit., p. 936).

El VP de LESMES SERRANO los describe como «reglas y requisitos objetivos de obligatoria observancia que permiten una justificabilidad parcial de aquellos actos del Gobierno en los que éste no ejerce una función administrativa, como singularmente ocurre en los casos de ejercicio del derecho de gracia» (FJ 5.º). Lo que parece suscribir la concepción de «elementos reglados y como requisitos objetivos» de DIEZ SÁNCHEZ (ob. cit., p. 60).

GARCÍA DE ENTERRÍA, por el contrario, incluye en el concepto, además de los elementos reglados de la discrecionalidad, «la interpretación de los «conceptos jurídicos indeterminados» empleados por la Ley que ha definido la potestad de cuyo ejercicio se trata» (*Democracia, jueces...*, ob. cit., p. 10).

(67) Tras la aprobación de la LJ de 1998, PIÑAR MAÑAS echa en falta la incorporación, en su art. 2.(a) de esta técnica «moldeada por la jurisprudencia», pues la considera más apropiada para evitar confusiones con la «genuinamente administrativa técnica del «control de los elementos reglados»» [«Configuración constitucional del Gobierno y control jurisdiccional de sus actos», en ÁLVAREZ CONDE, E. (Dir.), *Administraciones públicas y Constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, edit. INAP, Madrid, 1998, p. 467]. Sin embargo, el concepto genera reticencias.

Tras haber sintetizado las líneas generales o de principio de la tesis del TS al respecto, con base en el ATS de 15 de enero de 1993 y las SSTs de 22 de enero de 1993 y 28 de junio de 1994, GARRIDO CUENCA concluye que «esta doctrina es sencillamente un invento o creación judicial sólo esgrimible en los casos que el juez estime oportuno», por lo que recalca que su juicio se ha de basar *exclusivamente* «en parámetros jurídicos» y no políticos (*El Acto de Gobierno*, ob. cit., pp. 635 y ss., 677, 698).

A partir de la aludida STS de 28 de junio de 1994, el Consejo de Estado, deduce, en su Dictamen de 29 de mayo de 1997 (exp. 1125/1997), que «en cada caso habrá de esclarecerse la aptitud jurisdiccional para la captación de los conceptos legales que puedan servir de medio de control, con indiferencia de la naturaleza objetiva del acto y que esta aptitud dependerá en gran medida de que las técnicas ofrecidas por la doctrina y la jurisprudencia hagan judicialmente asequibles dichos conceptos». Admite en los actos del Gobierno «aspectos que no son reductibles a proposiciones jurídicas», pero, en lo prescrito por el Derecho, los considera «susceptibles de análisis y enjuiciamiento según criterios y métodos jurídicos».

Alerta LÓPEZ GUERRA del «considerable margen de actuación» que la conjunción del mismo con el de «elemento reglado» confiere a los Tribunales, «de cuya auto-restricción dependerá a la postre el ámbito de libertad gubernamental» («El Gobierno y su regulación», *REDC*, núm. 70, 2004, p. 66).

Por su parte, ARIÑO ORTIZ califica de «contrasentido» la utilización de esta expresión como base de un control judicial «finalista», pues «en la norma no caben conceptos que no sean asequibles (...); lo contrario, lo inasequible o abstruso choca con la esencia misma del Derecho» (invoca el art. 3.1 CC) y, además, porque, según los arts. 117 y 24 CE, «por inasequibles o muy intrincados que sean los conceptos, siempre que conformen requisitos o límites normativos, habrán de ser interpretados y, por tanto, aplicados por los Tribunales» (Vid. «El control judicial de las entidades reguladoras. La necesaria expansión del Estado de Derecho», *RAP*, núm. 182, 2010, p. 26).

Finalmente, SÁNCHEZ MORÓN califica la técnica de «poco precisa» y justifica su aserto en la distinta respuesta proporcionada por el TS en «dos casos en teoría similares» por propio el Tribunal Supremo (STS de 4 de abril de 1997 y de 30 de enero de 1998), en la valoración de una posible afectación a la seguridad nacional por la negativa de desclasificación de documentos (*Derecho Administrativo. Parte General*, edit. Tecnos, Madrid, 2014, p. 542).

La decisión judicial equipara, en la práctica, tal control al de los *elementos reglados de los actos discrecionales*(68).

La propia Sentencia analiza *elementos reglados* previstos por la LI ante alegaciones de infracción, de diverso calado, planteadas por los recurrentes acerca de dos actos integrantes del *iter* procedimental previo a la decisión de concesión del indulto, sin que la postura unánime de los integrantes del Pleno deduzca la existencia de irregularidad invalidante alguna (69).

Conviene precisar que en el concreto supuesto de indulto *a instancia de particular*, la *fase de instrucción* del expediente previo es dirigida por el Tribunal sentenciador (70). Las dos actuaciones analizadas por el TS (que comparten su carácter de informe preceptivo pero no vinculante) se insertan en la citada fase de instrucción, pero difieren en cuanto a la posición que ocupan en la misma y al órgano (administrativo o judicial) que las emite. Debe destacarse este último aspecto, puesto que es la causa del tipo de alegación que se plantea en relación con cada una de ellas por la parte recurrente, así como del tipo de control que se permite ejercer el propio Tribunal.

#### IV.2.1. EL INFORME DE CONDUCTA EMITIDO POR LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA

En primer lugar (FJ 3.º), se analiza si se ha producido una vulneración del art. 24 LI, por haberse cometido una *infracción en el procedimiento* tramitado de cara a la conce-

---

(68) Vid. FJ 6.º, pto. 4.º. El VP encabezado por LESMES SERRANO, conviene en que son numerosos los *elementos reglados* contenidos en la Ley de Indulto incardinables en el art. 2.(a) LJ, «unos de naturaleza procedimental y otros de extensión de la gracia».

GONZÁLEZ FARIÑAS interpreta que en dos supuestos, relativos al indulto de iniciativa judicial (art. 4.3 CP), la dimensión del tiempo de pena condonado constituye un elemento reglado que «o titular da facultade de gracia non deberia, en xustiza, alterar». Cuando el Tribunal no puede aplicar una atenuante analógica, a pesar de observar una desproporción entre la gravedad de los hechos y la pena legalmente prevista, le cabe solicitar un indulto que redimensione la pena a lo que se entienda de justicia. También cuando aprecia la existencia de dilaciones indebidas que vulneran el derecho de la tutela judicial efectiva, que entiende que debe ser restaurado mediante el indulto («A fiscalización..., *ob. cit.*, p. 257-258). El autor se reafirma en su postura: «Sigo pensando que esa suestión xudicial de indulto, ás veces taxada precisamente na súa dimensión temporal, forma parte do núcleo regulado do acto, inmune por tanto à libérrima discrecionalidade gubernamental no outorgamento» [«A fiscalización xudicial do outorgamento de indulto (Sentencia do Tribunal Supremo do 27 de maio de 2003, Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª; Relator Exmo. Sr. D. Santiago Martínez-Vares García) (III)», *RGAP*, núm. 34, 2003, p. 211].

(69) Tampoco se manifiesta ninguna discrepancia al respecto en los VVPp. Incluso coinciden expresamente al respecto incluso los VVPP discrepantes de RODRÍGUEZ-ZAPATA (quien asume expresamente los FFJJ 3.º y 4.º de la Sentencia) y el encabezado de LESMES SERRANO, que especifica que la Sentencia «examina y rechaza acertadamente» las alegaciones planteadas por los recurrentes acerca de «la existencia de infracciones procedimentales» y «de extensión de la gracia en las conmutaciones parciales, como la aquí existente».

(70) Tras la *recepción de la solicitud* (bien directamente, bien por conducto del Tribunal sentenciador, del Director/a del Centro Penitenciario o de la Subdelegación del Gobierno de la provincia en que resida la persona condenada) y la *iniciación del procedimiento* por parte del Ministerio de Justicia (*fase de iniciación*), éste ha de remitirlo al Tribunal sentenciador al objeto de que instruya el expediente.

En esta *fase de instrucción*, el Tribunal ha de interesar informe de conducta del penado por parte del Director/a del Centro Penitenciario o de la Subdelegación de Gobierno (si la pena no consiste en privación de libertad), conceder audiencia de la víctima, solicitar dictamen del Ministerio Fiscal e incorporar cuantos datos necesite para emitir su propio informe. Hecho lo cual, debe enviarlo al Ministerio de Justicia, acompañado de la hoja histórico penal, testimonio de la sentencia y los documentos que «considere necesarios» para la justificación de los hechos (art. 26 LI).

La *fase de decisión* se produce fundamentalmente en el Ministerio de Justicia, donde, una vez estudiada la documentación en la Subsecretaría de Justicia, se formula la propuesta motivada de resolución que va a ser elevada al Consejo de Ministros, órgano que adopta la decisión final (vid. LLORCA ORTEGA, *La Ley...*, *ob. cit.*, pp. 135 y ss.).

sión del indulto, puesto que los recurrentes estiman que el *informe de conducta* del penado/a emitido por el Director del establecimiento en que se hallaba cumpliendo condena (*único informe favorable* a la concesión de la gracia contenido en el expediente de indulto) incurre en *falsedad* por omitir datos esenciales conocidos por el Ministerio del Interior. No obstante, el Pleno, tras analizar los hechos, decide *rechazar la pretensión de invalidez* planteada, por estimar que no queda acreditada la falsedad alegada (71).

Por lo que se refiere a otro tipo de actuaciones de la Administración penitenciaria relacionadas con expedientes de indulto, cabe recordar que, ante el recurso de amparo presentado por un recluso a raíz del acuerdo del Equipo Técnico del Centro Penitenciario de no proponer a la Junta de Tratamiento del mismo la tramitación del indulto particular que había solicitado, la STC 163/2002, de 16 de septiembre, confirma la necesidad de motivación del mismo, de acuerdo con el art. 54.1.(f) LPC (72).

#### IV.2.2. EL INFORME DEL TRIBUNAL SENTENCIADOR SOBRE LA CONCESIÓN DEL INDULTO

Seguidamente (FJ 4.º), procede a estudiar una posible vulneración del art. 12 LI, puesto que la parte recurrente interpreta que no cabe la conmutación de una pena de prisión por una pena de multa (en su opinión, una pena de «distinta escala gradual»), si no existen «méritos suficientes» a juicio del Tribunal sentenciador. Alega que, en este caso, el informe del citado órgano *manifiesta su oposición* al indulto (de hecho, la Sentencia llega a afirmar que se opone radicalmente) (73). A partir de un análisis

---

(71) En concreto, se achaca a la Administración haber ocultado la comisión por el solicitante de indulto de una sanción de tráfico mientras permanecía retenido cautelarmente su permiso de conducir. Sin embargo, al haberse verificado la posterior anulación de la sanción y consecuente devolución de su importe por la Agencia Tributaria, y constar en documento privado transmisión de la propiedad del vehículo por el indultado antes de la comisión de tal infracción de tráfico, no queda acreditado, en opinión del Tribunal, que fuera él quien condujera el vehículo en el momento de cometerse la infracción.

(72) Conviene precisar que, en este caso, se habla de un procedimiento de iniciativa penitenciaria, regulado en calidad de beneficio penitenciario por el art. 206 del Reglamento Penitenciario (RD 190/1996, de 9 de febrero —RP—), y cuya fase de iniciación tramita el Juez de Vigilancia Penitenciaria, a partir de la propuesta de la Junta de Tratamiento del Centro Penitenciario (vid. LLORCA ORTEGA, *La Ley...*, *ob. cit.*, pp. 154-155). El interno recurre ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, primero, y ante la Audiencia Provincial, después, porque, en su opinión, la negativa del Equipo Técnico carece de fundamentación, y pretende conocer qué condiciones son necesarias para entenderse cumplidos los requisitos del art. 206 RP, en orden a adecuar su conducta a las mismas. Al no recibir una respuesta favorable en vía judicial, recurre en amparo ante el TC, que entiende que la insuficiencia de motivación del Acuerdo del Equipo técnico no constituye una «vulneración autónoma de un derecho fundamental susceptible de amparo, por más que, en caso de verificarse, supusiese la infracción del art. 54.1.f de la Ley 30/1992 y, consiguientemente, la lesión de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE)» (FJ 1.º). La cuestión cambia, sin embargo, en relación con las posteriores decisiones judiciales (FJ 5.º), pues «el recurso al carácter potestativo o discrecional del acto administrativo impugnado para negar la posibilidad de su control jurisdiccional» no cabe como «fundamento razonable de la decisión judicial». Precisa que «la Administración ha de estar en todo momento en condiciones de explicar que no ha ejercido de forma arbitraria sus facultades discrecionales, de modo más riguroso si su actuación afecta a los derechos fundamentales, libertades públicas y valores constitucionales, y los órganos judiciales de revisar, cuando se les solicite, la legalidad y constitucionalidad» de la actuación administrativa. Finalmente, concede su amparo al recurrente y, tras anular las resoluciones judiciales impugnadas, retrotrae las actuaciones al momento anterior de la emisión del primero de los Autos del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria.

(73) Acerca del informe del Tribunal sentenciador, MAGRO SERVET lamenta que, a pesar de tratarse de un trámite «exigente», en la práctica resulte «superfluo» (vid. «Particularidades...», *ob. cit.*).

conjunto del precepto invocado con el art. 11 LI, el Pleno concreta los requisitos exigidos y los reinterpreta conforme al sistema penal vigente (74). Concluye, finalmente, que la falta de referencia a puntuales méritos, o a su suficiencia, en el informe del tribunal sentenciador no se traduce en vulneración de requisito reglado alguno y rechaza también esta alegación (75).

En la ya mencionada Sentencia de 17 de marzo de 2014, la Sección Sexta efectúa una lectura distinta del art. 12 LI y entiende, sin aludir a escalas graduales, que el precepto exige que el Tribunal sentenciador considere que hay «méritos suficientes» para que sea posible la conmutación parcial de la pena «por otra de inferior gravedad» (76). Ahora bien, sustrae del control jurisdiccional el *contenido sustantivo* de este tipo de informes (77).

En realidad, en esta última sentencia, el análisis principal se dirige a dilucidar si el informe ha sido emitido por el *órgano competente* (78). A tal objeto, procede a concretar el órgano que ha de ser considerado «*Tribunal sentenciador*» cuando el resultado de un posterior recurso de apelación ha sido la elevación de la pena inicialmente im-

---

(74) La Sala deduce que, sin la concurrencia en el informe del Tribunal sentenciador de razones de justicia, equidad o utilidad pública que justifiquen la concesión de un indulto total, el indulto sólo puede ser parcial y que éste debe consistir, preferentemente, en la conmutación en otra pena menos grave dentro de la misma escala gradual, pero que, en otro caso (conmutación en otra pena de distinta escala), se exige una triple condición: que existan méritos suficientes para ello; que lo exprese así el informe del Tribunal sentenciador; y que la persona penada se conforme con la conmutación. Observa, sin embargo, que las «escalas graduales» de la Ley de 1870, han desaparecido con la entrada en vigor del Código Penal de 1995, el cual, contempla una única escala (art. 70 CP), mientras que, a la hora de categorizar las penas dentro de la misma, el criterio exclusivo es su «mayor o menor gravedad». El Pleno entiende que una pretensión de «reviviscencia» de las escalas graduales, descontextualiza el sentido de la normativa de indulto en el marco penal vigente. Añade, «a efectos meramente dialécticos», que los anteriores Códigos Penales siempre han considerado la pena de multa como la última de cualquier escala gradual, por lo que también la conmutación discutida lo hubiera sido por la última pena de la escala correspondiente.

(75) Del VP de LESMES (FJ 7.º) se desprende que el Tribunal sentenciador informa «que no procede la concesión del indulto», con una «mera fórmula rituaría», carente de razonamiento alguno.

(76) Cabe puntualizar, por un lado, que la afirmación se efectúa con el objeto de reforzar el razonamiento de la especial importancia que ha de otorgarse al informe del tribunal sentenciador a la hora de decidir sobre la concesión o denegación del derecho de gracia y, por otro, la conmutación decidida es de distinto tipo (la pena de prisión inicial se conmuta por otra pena de prisión de menor duración, a la que se añaden trabajos en beneficio de la comunidad, además de la pena de multa).

(77) El FJ 4.º de esta Sentencia de 2014 subraya que el control jurisdiccional sobre los aspectos reglados del procedimiento no se extiende al contenido sustantivo de los informes emitidos por los órganos penales, «ni su parecer puede ser sustituido por el criterio de los afectados».

Recuérdese, no obstante, que el art. 25 LI regula detalladamente el *contenido* del informe del Tribunal sentenciador, donde debe hacer constar, entre otras cuestiones relativas a la persona penada, «su conducta posterior a la ejecutoria, y especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado, si hay o no parte ofendida, y si el indulto perjudica el derecho de tercero, y cualesquiera otros datos que puedan servir para el mejor esclarecimiento de los hechos, concluyendo por consignar su dictamen sobre la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia». Un informe que únicamente indica la improcedencia de la concesión, sin ninguna de las materias anteriores, infringe un elemento reglado de tipo sustantivo que puede ser controlado por el orden contencioso-administrativo.

(78) La Magistrada del Juzgado de lo Penal n.º 2 de Granada emite informe, fechado el 30 de julio de 2012, en el que estima procedente la concesión de un indulto parcial hasta la pena de dos años de prisión al objeto de que pueda ser suspendida la ejecución de la pena, condicionadamente a que durante ese tiempo no vuelva a cometer delito alguno. A juicio de la magistrada, dado su estado físico y psíquico, derivado de las lesiones sufridas del accidente, el ingreso en prisión nada aporta a su reinserción social como finalidad última de la pena.

puesta (79). La sentencia aclara que ha de ser el *órgano que eleva la pena* al estimar el recurso de apelación y no el que impone la pena inicial, como ocurre en el criterio analizado (80) (en realidad, simplemente traslada al supuesto de autos el criterio sostenido al respecto por la Sala Segunda del TS (81)). Admite que la irregularidad detectada no es imputable a la tramitación administrativa (82), aunque ello no altera su relevancia, pues, con independencia de su causa, «afecta a un elemento reglado del procedimiento que pudo tener influencia en la decisión adoptada». No obstante, la Sentencia estima que tal vicio no llega a implicar la nulidad absoluta (83). Por ello, anula el indulto concedido y ordena la retroacción de actuaciones para que pueda emitir su informe el órgano competente (84).

### **IV.3. La desviación de poder no es susceptible de ser utilizada como técnica de control del fin en el ejercicio de la gracia de indulto**

Ya se ha adelantado que la Sentencia de 20 de noviembre de 2013 niega la naturaleza de acto administrativo a las decisiones de concesión o denegación de indulto. A partir de tal premisa (su naturaleza ajena al acto administrativo) concluye la necesaria exclusión del control de la decisión recurrida desde el punto de vista de la *desviación de poder*, pues estriba la misma en el cotejo de la efectiva finalidad perseguida al ejercitar la *potestad*

---

(79) El art. 23 impone la remisión de las solicitudes de indulto a informe del Tribunal sentenciador y recordemos que el art. 25 regula el contenido de su informe. En el concreto caso, la Audiencia Provincial de Granada, estima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal, y eleva la pena inicialmente impuesta por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Granada.

(80) De acuerdo con su FJ 3.º, «es la pena y no el delito, o su calificación jurídica, lo que constituye el objeto del indulto (...) por lo que en los supuestos en los que la pena se eleve, por la estimación de un recurso ya sea este de apelación o de casación, es el Tribunal que agravó la pena impuesta el que ha de emitir este informe, pues está en mejores condiciones para dictaminar si procede conmutar total o parcialmente la pena (...), sin perjuicio de que pueda valerse de la colaboración del tribunal encargado de la ejecución de la sentencia para poder informar sobre alguno de los extremos».

(81) Como recuerda la Sentencia, los Acuerdos del Pleno no jurisdiccionales de la Sala Segunda de 20 de abril de 2001 y de 5 de abril de 2005, confirman la consideración del Tribunal Supremo como Tribunal sentenciador « cuando dicte segunda sentencia». Cita también los AATS de 25 de mayo de 2001, de 8 de junio de 2001, de 27 de junio de 2001, de 7 de enero de 2002 y de 19 de julio de 2011 en que la Sala 2.ª concreta el órgano ha de actuar como Tribunal sentenciador: (1) la Audiencia Provincial, cuando su sentencia haya sido confirmada en su totalidad en casación por el TS; y (2) el propio Tribunal Supremo, cuando la sentencia absolutoria del órgano judicial de instancia sea casada, anulada y sustituida por otra condenatoria; cuando sea casada y anulada, o modificada parcialmente, la sentencia condenatoria de instancia; y cuando sea el citado TS quien haya propuesto el indulto, con base en el art. 4.3 CP.

(82) El Ministerio de Justicia se dirige inicialmente a la Audiencia Provincial (órgano competente) y es ésta quien decide remitir el oficio al Juzgado de lo Penal que impuso inicialmente la pena.

(83) Su FJ 3.º recuerda, a tal efecto, la jurisprudencia mantenida de modo reiterado sobre el motivo de nulidad de pleno derecho previsto en el art. 62.1.e) LPC, que exige la ausencia total de procedimiento o de alguno de los trámites esenciales o fundamentales, de tal naturaleza que sea equiparable su ausencia a la del propio procedimiento, con cita de las SSTS de 5 de mayo de 2008 y de 9 de junio de 2011.

(84) «Todo ello sin perjuicio de mantener la validez del resto de los informes y de las actuaciones obrantes en el procedimiento, y para que una vez emitido dicho informe por el «tribunal sentenciador» competente se adopte por el Gobierno la decisión que estime oportuna sobre la concesión o denegación de la gracia solicitada y el alcance de la misma» (FJ. 3.º, inciso final).

*administrativa* con la finalidad legalmente atribuida (85). Por tanto, proclama la imposibilidad de invocar la desviación de poder como técnica de control del derecho de gracia.

En la Sentencia de 20 de febrero de 2013, el Tribunal Supremo ha sido, incluso, más explícito, al *negar* a la prerrogativa de indulto un hipotético *carácter de poder fiduciario* que tuviera como único fin legítimo la satisfacción de un interés legítimo previamente establecido por la ley (86). Su FJ 8.º aprecia una divergencia *sustantiva* del indulto con respecto a las potestades administrativas y sus «*singulares mecanismos de control*» (uno de los cuales es, obviamente, la desviación de poder) (87).

---

(85) En el pto. 5.º de su FJ 6.º recuerda que la Jurisprudencia ha venido aludiendo en este ámbito a la interpretación conjunta del art. 106 CE y del párr. 2.º del art. 70.2 LJ, citando, a estos efectos, «por todas, la clásica STS de 16 de marzo de 1999».

Sin embargo, cabe recordar que otra STS de 29 de mayo de 2001 (STS 4491/2001, Sección 6.ª) afirma que la desviación de poder del Derecho Administrativo es, en realidad, un *concepto de teoría general del derecho*, equivalente a lo que en otros ámbitos del ordenamiento se considera *fraude de ley*. Explica que tanto en el fraude de ley como en el abuso de poder, «el titular de la potestad —el poder público en el caso que nos ocupa— utiliza una determinada unidad jurídica, como puede ser la propia competencia, para fines distintos de los previstos en la ley», pero entre ellos se produce de manera más sutil y su apreciación o prueba resultan más difíciles, incluso imposibles, «lo que hace siempre inusuales las declaraciones de existencia de este vicio y, muy particularmente, en el ámbito contencioso-administrativo» (FJ 2.º).

En este sentido, SORO MATEO defiende que, si la Administración se apoya en el informe de una determinada institución consultiva a la hora de declarar un bien cultural, constituye *fraude de ley* basarse posteriormente en el informe desfavorable de una institución distinta para proceder a su desclasificación («La desclasificación de bienes culturales. Pérdida de valores, error o desviación de poder», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 41-42, 2013, p. 284).

Mucho se ha escrito sobre la desviación de poder desde el conocido trabajo de MARTÍN RETORTILLO BÁQUER (*RAP*, núm. 22, 1957) e incluso desde la reconocida obra de Carmen CHINCHILLA MARÍN, quien *descarta* la aplicación de la desviación de poder en relación con la actividad de los *órganos judiciales*, aunque concede que podrían incurrir en *delito de prevaricación*, así como en relación con la *actividad legislativa*, tanto del Poder Legislativo como de los órganos de gobierno, caso en que puede atribuirse a la *interdicción de la arbitrariedad* de los poderes públicos del art. 9.3 CE (*La desviación de poder*, 2.ª reimpr. de la 2.ª edic., edit. Civitas, Madrid, 2004, p. 72 y ss.). Sin embargo, salvo muy contadas excepciones, se ha centrado la técnica en el control de la *actividad administrativa* (TOSCANO ORTEGA habla de «desviación de poder legislativo», en su tesis doctoral *Límites constitucionales al contenido material de las Leyes de Presupuestos del Estado*, Barcelona, 2002, especialmente, pp. 186 y ss.).

Últimamente, PÉREZ MORENO ha propuesto distintas vías que permitirían su potenciación, pero entre ellas no se encuentra la de su extensión a potestades distintas de las administrativas (*vid.* PÉREZ MORENO, «El renacimiento de la desviación de poder», *RAAP*, núm. 86, 2013, pp. 196-223).

Cabe apuntar, no obstante, que, a diferencia del TEDH, que, en los escasos supuestos en que lo ha analizado en relación con el art. 18 CEDH, ha utilizado un *concepto restringido* del mismo, la jurisprudencia de la Unión Europea ha ido perfilando un *concepto propio* de desviación de poder (la referencia no es que se haya perseguido una finalidad *distinta* de la *específicamente prevista* para el uso de la potestad en cuestión, sino *distinta* de la *finalidad alegada* por el órgano actuante), y que *extiende* la aplicación de la técnica más allá de la actividad administrativa de las instituciones comunitarias (*también a la actividad normativa y judicial*), salvándose únicamente de su aplicación las decisiones de incoación de recursos por incumplimiento, adoptadas por la Comisión, en cuyo ámbito el Tribunal sí puede llegar a apreciar que los propios Estados han incurrido en desviación de poder (*vid.* BUSTILLO BOLADO, «La desviación de poder en el Derecho Comunitario y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *RAP*, núm. 188, 2012, pp. 65-97).

(86) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ afirma que «(t)odo poder público es, por definición, un poder fiduciario, funcional, que se otorga a un órgano o autoridad, no en su propio interés, sino en consideración a los intereses de otros y, en general, a los de la comunidad en su conjunto, a la que aquel órgano o autoridad debe dar cuenta, por lo tanto, de un modo u otro» (*Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, edit. Iustel, Madrid, 2005, p. 121). En un sentido similar, ATIENZA RODRÍGUEZ afirma que «(l)os poderes públicos son (a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con el poder de autonomía de los individuos), poderes finalistas, funcionales» («Discrecionalidad y juicios comparativos», *ob. cit.*, p. 566). Sin embargo ninguno de ellos relacionan necesariamente ese carácter con el control a través de la desviación de poder.

(87) El VP encabezado por LESMES SERRANO cita la mencionada resolución judicial, con la que también coincide en *negar* la posibilidad de control del indulto a través de la desviación de poder. Agrega, en su FJ 2.º,

En el caso de la Sentencia de 20 de noviembre de 2013, la totalidad de los votos particulares coincide con la mayoría del Pleno en negar al ejercicio de la gracia de indulto el carácter de potestad administrativa(88). Ciertamente, algunos de ellos apuntan determinadas *finalidades* a las que habría de tender el ejercicio la gracia de indulto, pero no en orden a posibilitar la fiscalización(89). Justamente por ello, un voto particular concreto tacha de *contradictoria* la posición de la mayoría en este punto(90).

Ahora bien, tal y como veremos a continuación, ha sido otro aspecto de la Sentencia el que ha despertado especialmente la atención doctrinal(91).

#### IV.4. El control de la motivación del ejercicio de la gracia de indulto

En la vida actual, la obligatoriedad de las decisiones públicas no se basa simplemente en la *legitimidad del título* en virtud del cual se asume el poder, sino que se requiere una añadida *legitimidad del ejercicio*, facilitada por la correspondiente motiva-

---

que con respecto a la prerrogativa de indulto «ni la Constitución ni la Ley fijan las metas a las que debe estar orientado el ejercicio del perdón, que es libérrimo». Insiste, más tarde, en su FJ 4.º, que aceptar que con el indulto se persiguen determinados fines públicos legalmente preestablecidos con carácter general, supondría «un apoderamiento general del Ejecutivo para corregir las decisiones del Poder Judicial», lo cual estima «constitucionalmente inadmisibles».

(88) Comparte, incluso, ese planteamiento el Magistrado DÍEZ-PICAZO, quien refiriéndose al ejercicio de las competencias constitucionales del Gobierno, ha sostenido con anterioridad que «se trata de competencias inspiradas por un celo específicamente político», cuyo fin «no viene reglado por el ordenamiento, sino que el propio ordenamiento configura esos actos como teleológicamente libres —a fin de permitir el juego político— y, por consiguiente, como insusceptibles de control causal o desviación de poder» (*vid.* también «La estructura del Gobierno en el Derecho español», DA, núm. 215, 1988, p. 46) y que, en su VP conceptúa el derecho de gracia como un «instrumento de la política» cuyo ejercicio «responde a valoraciones esencialmente políticas», aunque, como veremos, no duda en remitirse más tarde a la Ley 30/1992 a efectos del control de la motivación de indulto.

(89) Así, ESPÍN y PICÓ justifican la concesión del indulto «en la conveniencia de atemperar el rigor de la práctica». BANDRÉS, por su parte, opina que es el *fin de justicia* el que inspira la prerrogativa de gracia.

Considera DÍEZ-PICAZO que cabe pensar también que la clemencia basada en «otras consideraciones de interés general» (alude específicamente a «la necesidad de asegurarse la colaboración de confidentes en organizaciones criminales, o la de suavizar conflictos en las relaciones internacionales»).

A este respecto, cabe recordar que la STS de 2 de diciembre de 2005 *niega*, en su FJ 10.º, que la resolución de una solicitud de indulto pueda ser, en principio, «un acto idóneo para trazar la dirección política que la Constitución asigna al Gobierno». Admite pueda ser consecuencia de una determinada política criminal, pero *descarta* que tenga naturaleza de *acto de orientación política* (supuesto que la LG deja fuera del ámbito del «despacho ordinario de asuntos públicos» que corresponde a un Gobierno en funciones, que es, en realidad, el concepto analizado en el supuesto entonces enjuiciado).

DOVAL PAÍS y VIANA BALLESTER entienden que *no* es un *instrumento adecuado para la política criminal*, en el sentido de establecimiento de directrices de prevención y respuesta al delito («El indulto...», *ob. cit.*, p. 42). Sin embargo, GARCÍA SAN MARTÍN apunta que la posibilidad de «utilización política» de la clemencia, se puede manifestar en un doble sentido, y que la concesión puede ser utilizada por el poder político para *revalorizarse*, tanto cuando se otorga *en interés propio* (del mismo poder político) como *en interés ajeno o de la comunidad* (*vid. El control jurisdiccional...*, *ob. cit.*, p. 32).

(90) El VP encabezado por LESMES SERRANO observa una contradicción en «igualar, desde la perspectiva de control de los elementos reglados, el acto administrativo discrecional y el acto de ejercicio de la prerrogativa de gracia, para, inmediatamente, excluir como elemento reglado de control de la prerrogativa es (sic) la desviación de poder, por la imposibilidad de ser aplicado» (FJ 4.º).

(91) *Vid.* CÓRDOBA RODA y TORNOS MÁZ, «El indulto...», *ob. cit.*, pp. 68 y ss.; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Sobre el control...», *ob. cit.*, pp. 215 y ss.

ción(92). Sin embargo, el propósito de la motivación no se circunscribe a esa vertiente legitimadora, sino que desempeña otros cometidos, que son olvidados (postergados, al menos) cuando es conceptualizada como «mero imperativo legal» (93). Más aún cuando es concebida en calidad de «supuesta rival de la discrecionalidad» (94). En suma, la motivación ha de permitir conocer los elementos fácticos que han servido de base y cuál ha sido su interpretación jurídica en la correspondiente toma de decisión (95).

El inconveniente del Real Decreto 1668/2012 estriba en su adecuación a una fórmula-cliché habitualmente usada en los actos de concesión de indulto dictados hasta ese momento (96). Únicamente refiere haber «visto» el correspondiente expediente previo, de entre cuya documentación destaca el informe del Tribunal sentenciador y el del Ministerio Fiscal, que «se han considerado» a la hora de adoptar una decisión propuesta del Ministro de Justicia, tras la oportuna deliberación del Consejo de Ministros (97). Con ello, podría entenderse que el citado Real Decreto se remite a los citados informes en calidad de motivación *in allunde*, cuando, en este concreto caso, ambos han sido contrarios a la concesión. Por otra parte, aunque parece seguir la propuesta del Ministro, tampoco detalla que ésta se haya separado de aquéllos, ni menciona ninguna otra documentación del expediente para explicitar la base fáctica o argumental oportuna.

Vamos a ver seguidamente que, en un ámbito catalogable como «paradigmático de la auto-restricción» se produce ahora una *matización* de la doctrina jurisprudencial (98).

---

(92) BLANQUER CRIADO, D., «Discrecionalidad y responsabilidad en el ejercicio de la potestad reglamentaria», GARCÍA DE ENTERRÍA Y ALONSO (Coord.), *Administración...*, *ob. cit.*, pp. 710-711.

(93) «(C)omo si su misión esencial fuera la de estorbar», según IGARTUA SALAVERRÍA, quien, por contra, predica «la polivalente funcionalidad de la motivación». Podrían extenderse sin problemas a cualquier acto de gobierno las de transparencia del acto; de garantía de los derechos de las personas concernidas, de imparcialidad y de igualdad de trato; y de factibilidad de la tutela judicial efectiva y del control democrático [vid. «El informe de la Comisión de Calificación (Segunda anulación de otro nombramiento del CGPJ)», HAEA-RVAP, núm. 87-88, 2010, p. 576]. Por otra parte, las funciones de la motivación pueden diferir en función de sus destinatarios: la(s) persona(s) afectada(s) por la decisión, los tribunales de justicia o la opinión pública (vid. IGARTUA SALAVERRÍA, *La motivación en los nombramientos discrecionales*, edit. Thomson-Civitas, 2010, p. 147).

(94) ESPÍN TEMPLADO manifiesta en el VP que presenta a la STS de 23 de noviembre de 2009 que «a mayor detalle de la motivación, menor margen de elección», una argumentación que IGARTUA interpreta como supuesta rivalidad entre motivación y discrecionalidad, lo que «se revela como la reliquia de un recalcitante pasado que se resiste a reconocer precisamente en la racionalidad y en la transparencia la seña identitaria de la genuina discrecionalidad» («Control jurisdiccional de los nombramientos discrecionales del CGPJ: algunos extravíos argumentales en la Sala 3.<sup>a</sup> del TS», en GARCÍA DE ENTERRÍA Y ALONSO GARCÍA (Coord.), *Administración...*, *ob. cit.*, p. 1488-1489).

(95) IGARTUA SALAVERRÍA diferencia en la motivación un «estrato informativo», que consigna los elementos relevantes para la decisión, y un «estrato argumentativo», que justifica la valoración de los mismos con arreglo a criterios racionales prefijados (*La motivación...*, *ob. cit.*, pp. 330).

(96) Con independencia de los equipos de Gobierno, a partir de la CE seguido utilizando el mismo formato, ya utilizado en la época preconstitucional y mantenido tras la modificación efectuada en el art. 30 LI por la Ley 1/1988 hasta el momento de la adopción de la Sentencia de 20 de noviembre de 2013.

(97) Una deliberación «secretada», según dispone el art. 5.3 LG. Considera IGARTUA una «torpeza irredimible equiparar la motivación a la simple mención de una deliberación hermética en el Consejo de Ministros, de cuyo decurso nada se puede saber ya» (vid. *La motivación...*, *ob. cit.*, pp. 189).

Los VVPP de SALA SÁNCHEZ a las SSTs de 4 de abril de 1997 (SSTs 2389/1997; 2359/1997; 2391/1997), apuntan, en los correspondientes FFJJ 8.º, a que «el juicio de ponderación debe discurrir partiendo de la motivación expuesta en el acuerdo recurrido» (Vid. GARRIDO CUENCA, *El acto...*, *ob. cit.*, p. 698).

(98) DESDENTADO DAROCA, E., «El principio de interdicción de la arbitrariedad», en SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (Dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, edit. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2010, p. 188.



#### IV.4.1. LA EXIGENCIA DE MOTIVACIÓN DE LOS ACUERDOS DE INDULTO

Ya se ha avanzado que, de acuerdo con las premisas generales que el Tribunal Supremo extrae de la jurisprudencia posterior a la LJ (FJ 7.<sup>o</sup>), tampoco la aprobación de esta última ha conllevado, hasta ese momento, la extensión del control jurisdiccional a los defectos de motivación del indulto (99). A pesar de ello, ese predicado carácter innecesario de la motivación no ha sido compartido por la generalidad de la doctrina (100).

(99) Tal y como ha podido observarse en una cita anterior, la Sentencia de 5 de mayo de 2013 dictada por la Sección 6.<sup>a</sup>, sustrae en su FJ 3.<sup>o</sup> los defectos de motivación del posible control jurisdiccional contencioso-administrativo de los acuerdos de indulto, remitiéndose, a las Sentencias de 21 de febrero de 2005 (STS 1047/2005); 30 de septiembre de 2005 (STS 5782/2005); de 28 de abril de 2009 (STS 2307/2009); de 5 de mayo de 2009 (STS 2551/2009); de 7 de mayo de 2010 (STS 2195/2010); y de 23 de enero de 2013 (STS 296/2013), «así como las en ellas citadas».

Mientras en su redacción inicial el precepto dispone que la concesión de indulto ha de hacerse «en decreto motivado y acordado en Consejo de Ministros», tras la reforma operada en 1988 prevé que se haga «en Real Decreto». Aún vigente la LJ de 1956 y la exclusión de control del acto político, la jurisprudencia posterior a 1988 se atiene al *criterio de interpretación literal*. La línea se mantiene tras la aprobación de la Ley 29/1998, ante lo cual se ha llegado a advertir de que la falta de exigencia expresa de motivación de los indultos por la Ley de 1870 «provoca situaciones tan ridículas como el doble indult concedit a diversos Mossos d'Esquadra el 23 de noviembre de 2012 en contra dels informes el Tribunal sentenciador, del fiscal i de més de 200 jutges que van signar un comunicat lamentant la seva concessió» o los RRDD 1753/2011 y 1761/2011, de 25 de noviembre, que «el Tribunal Suprem també havia informat desfavorablement» (MALUENDA MARTÍNEZ «L'indult», *Món jurídic*, Revista del Il·lustre Colegio de Abogados de Barcelona, núm. 276, 2013, p. 13).

RODRÍGUEZ-ZAPATA piensa que el indulto ha sido siempre fruto de una «libre estimación subjetiva» y que para poder exigir su motivación sería necesario plantear previamente una cuestión de inconstitucionalidad sobre el art. 30 LI. Aboga por examinar el derecho de gracia «con una visión sustancialista» y explica que tradicionalmente (llega a citar a Séneca) se ha entendido que «el perdón es libre y se concede por razones de bondad y de equidad, no por formulismos legales».

(100) Extrae AGUADO RENEDO la necesidad de motivación de una interpretación a contrario del art. 120 CE, puesto que si el mismo exige que una resolución judicial sea motivada, también lo habrá de ser el acto que la deja, total o parcialmente, sin efecto (*Problemas...*, *ob. cit.*, p. 226).

Ante la exención operada en 1998, GARCÍA MAHAMUT se inclina, «(i)nccluso a riesgo de generar posiciones beligerantemente enfrentadas», a favor de la obligación de motivar, habida cuenta de la habilitación que otorgan, tanto el CP como la normativa penitenciaria, a determinados sujetos para solicitar el indulto si se cumplen una serie de requisitos y, sobre todo, porque así lo exigiría la discrecionalidad, desde un punto de vista material (*El indulto...*, *ob. cit.*, pp. 242 y ss.).

LLORCA ORTEGA, por su parte, ha mantenido que persiste la exigencia de motivación, derivada del art. 54.1.f) LPC (*La Ley de indulto*, 3.<sup>a</sup> edic., edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 150).

También GARCÍA SAN MARTÍN ofrece múltiples razones (algunas de las cuales han venido siendo rechazadas por la jurisprudencia) para argumentar una exigencia «tácita» de motivación. De entre tales razones, además de la aplicación subsidiaria del art. 54.1.f) LPC, cabe destacar ahora la aplicación supletoria de la normativa reguladora del derecho de petición (*El control jurisdiccional del indulto particular*, *ob. cit.*, p. 200 y ss.; *El indulto particular: tratamiento y control jurisdiccional*, *ob. cit.* pp. 72 y ss.).

La STS de 27 de mayo de 2003 distingue el derecho de gracia de indulto del derecho fundamental de petición (art. 29 CE), regulado por Ley 4/2001, de 12 de noviembre (LODP). GONZÁLEZ FARIÑAS intuye que pueda ser con el objeto de excluir, con carácter general, la exigencia de motivación. Ahora bien, en su opinión, el hecho de que el art. 54 LPC no sea aplicable a los actos de Gobierno, tampoco permite a éste tomar decisiones «huérfanas de toda motivación» («A fiscalización... (II)», *ob. cit.*, pp. 210-211). De hecho, la propia STS de 11 de diciembre de 2002, que niega su exigencia en el supuesto enjuiciado, admite simultáneamente, en su FJ 3.<sup>o</sup>, la conveniencia «de lege ferenda» de una motivación sucinta, en atención a la Resolución XXI del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 27 de septiembre de 1977, que recomienda que las legislaciones estatales integren como principio que «cuando un acto es susceptible de afectar a los derechos, libertades o intereses, el administrado deberá ser informado de los motivos sobre los que se funda» (*vid.* GONZÁLEZ FARIÑAS, «A fiscalización...», *ob. cit.*, p. 256). La exclusión de la aplicación de la normativa del derecho de petición es reiterada nuevamente por la STS de 3 de junio de 2003 (STS 3806/2003) en su FJ 2.<sup>o</sup>.

Afirma FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ que los argumentos a favor de la necesidad de motivación son «abrumadores» (sintoniza particularmente con las posiciones que al respecto manifiestan el VP de ESPÍN y PICÓ y el

Incluso algunos Votos Particulares concurrentes difieren de la posición del Pleno al respecto (101).

Nuevamente se plantea el problema del necesario y delicado *equilibrio* entre respeto al precedente y tutela judicial (102).

Siguiendo con la argumentación de la Sentencia, ésta recuerda que la jurisprudencia anterior se ha originado preferentemente en torno a supuestos de denegación de indultos, y evoca, por otra parte, la STS del propio Pleno de 2 de diciembre de 2005, cuyo FJ 10.º, en atención al «carácter particular y concreto» de las decisiones relativas a indulto, alude a los extremos «sobre los que debe extenderse», con base en la Exposición de Motivos de la LI, la motivación del Real Decreto de concesión (103).

A partir de estas premisas, la argumentación de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo sigue la técnica de la «interpretación principal» para la justificación de la exigencia (104).

---

de DÍEZ-PICAZO, resumidas en la nota siguiente). Por el contrario, considera que el «alegato formalista» de la inaplicabilidad de la Ley 30/1992 a las decisiones relativas a indulto constituye un «argumento de ínfima calidad» («Sobre el control...», *ob. cit.*, pp. 218-219).

(101) Analizados el texto de la LI y su «Exposición de Motivos» (la denominación se debe a la fecha en que se promulga la LI), la reforma operada en 1988 (cuyo objeto, según la enmienda que la origina, no es la desaparición tal exigencia, sino una mera adaptación terminológica) y las exigencias constitucionales, tanto el VP de ESPÍN y PICÓ, como el de BANDRÉS, estiman que la LI aún exige motivar los indultos. Según los primeros, habría «razones fundadas» en el texto de la LI para entender exigible la motivación, por lo que califican de «paradójico» deducir de la modificación de 1988 una interpretación más flexible y menos favorable a la interdicción constitucional de la arbitrariedad.

Por su parte, DÍEZ-PICAZO se muestra de acuerdo con la sentencia en que la LI no establece un deber general de motivación, lo cual no obsta, en su opinión, a que de otras fuentes se derive puntualmente el deber de motivar ciertos reales decretos en materia de indulto. Propone, por su parte, la aplicabilidad del 54.1.c) LPC. Según su argumentación, el precepto es aplicable al Consejo de Ministros cuando recaba un dictamen preceptivo antes de adoptar una decisión; aunque reconoce que los órganos que según la LI han de emitir informe no son *órganos consultivos*, y que los informes emitidos tampoco son *dictámenes*, cree que cabe incluirlos en la «ratio» del precepto, por ser órganos cuyo parecer ha de ser tenido en cuenta.

Justamente la posición antagónica a la que mantiene el VP de LESMES, que insiste en que el legislador no requiere tal motivación (aunque otorga que *de lege ferenda* pudiera hacerlo) y que la lectura que se hace de la Exposición de Motivos de la LI supone resucitar una norma ya derogada.

(102) MUÑOZ MACHADO y CARRO MARINA entienden que la vinculación de los tribunales con el precedente, «o, al menos por sus propias decisiones», viene exigida por los principios de seguridad jurídica, prohibición de arbitrariedad y predecibilidad de las decisiones judiciales, a los que agregan la prohibición de discriminación, cuya conjunción exige que, ante supuestos semejantes, los órganos judiciales no puedan apartarse de lo resuelto anteriormente, excepto ante un cambio de circunstancias o tras la admisión, oportunamente motivada, de la comisión de un error en aquella decisión que pudiese interesar como precedente, que procede rectificar» [«La eficacia de las sentencias no firmes (impugnación de una corriente jurisprudencial: desde la Sentencia de 17 de septiembre de 2008 a la de 10 de octubre de 2011), en GARCÍA DE ENTERRÍA y ALONSO (Coord.), *Administración...*, *ob. cit.*, p. 1822-1823].

(103) La sentencia se refiere a la que se ha denominado «motivación formal externa». En relación con la actividad administrativa, DESDENTADO DAROCA recalca el *carácter polisémico* de la palabra «motivación», que engloba dos aspectos que no siempre se presentan conjuntamente: la motivación *formal externa* (figura en la propia resolución) y la *motivación interna y ulterior* (puesta en conocimiento de los motivos al interesado por vías distintas: constancia en el expediente administrativo, alegación posterior en un trámite ad hoc o en vía de recurso administrativo o contencioso administrativo). La autora distingue el control de la *motivación* y el control de los *motivos* o de la *fundamentación* de las resoluciones administrativas. Cree que, en determinados casos, una obligación de motivar más limitada no debe impedir un adecuado control de arbitrariedad, para lo cual es imprescindible una adecuada interpretación de las reglas de la carga de la alegación y de la prueba (*vid.* «La motivación...», *ob. cit.*, pp. 97 y ss.; «El principio de interdicción de la arbitrariedad», *ob. cit.*, pp. 191-192).

(104) *Vid.* GARRIDO CUENCA, N., *El acto...*, *ob. cit.* p. 642.

La peculiaridad que presenta la citada técnica en el presente caso es que el principio de interdicción de la arbitrariedad, sobre cuya base se erige la argumentación del Pleno, ha sido explícitamente proclamado por el art. 9.3 CE (105).

#### IV.4.2. EL CONTROL DE LAS RAZONES DE LA CONCESIÓN DEL INDULTO A TRAVÉS DEL PRINCIPIO DE LA INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD

De entre la «constelación» de preceptos constitucionales en que cabe basar la pugna contra la arbitrariedad, ha sido calificado como «estrella polar» el principio recogido por el art. 9.3 CE (106). Se ha llegado, incluso, a sugerir que el control de la concesión del beneficio de la gracia constituye, probablemente, «el único caso» en el que el citado principio adopta una entidad propia, separada del principio de igualdad (107).

Así ocurre, al menos, en este supuesto. El Pleno (FJ 8.º) asevera que, desde la perspectiva del citado principio es, efectivamente, posible un control de las *razones* en las que se ha basado la concesión del indulto (108). Y lo hace tras haber predicado

---

(105) MARTÍN RETORTILLO, autor material, en calidad de Senador constituyente, de la enmienda que dio lugar a la introducción del citado principio en el art. 9.3 CE, concede [en «Eduardo García de Enterría 1923-2013», Revista Española de Derecho Administrativo (REDA), núm. 159, 2013, p. 15; tal como lo hiciera con anterioridad en *Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado*, edit. Alkal, Madrid, 1984, pp. 56 y ss.] la autoría «ideológica» de GARCÍA DE ENTERRÍA en alusión a «La interdicción de la arbitrariedad en la potestad reglamentaria» (RAP, núm. 30, 1959, pp. 131 y ss.). En el mismo sentido, MARTÍN REBOLLO, en «Eduardo García de Enterría, la vida y la obra (una aproximación a la obra del profesor García de Enterría a partir de dos de sus obras fundamentales), REDA, núm. 160, 2013].

(106) IGARTUA SALAVERRIA, «Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial», HAEA-RVAP, núm. 46, 1996, p. 97.

SÁNCHEZ MORÓN coincide en resaltar la importancia del citado principio como límite de la discrecionalidad administrativa, por su exigencia de fundamento de las decisiones en una *racionalidad intrínseca*. Observa, sin embargo, la problemática que plantea «determinar qué es lo racional en cada caso». Por otra parte, añade que este principio necesita ser integrado con el principio de proporcionalidad (que invalida también toda decisión desproporcionada). Sin embargo, alerta de que tampoco este test de proporcionalidad permite siempre «un resultado matemático o plenamente objetivo» («Legalidad, y sometimiento a la Ley y al Derecho», en SANTA-MARÍA PASTOR, *Los principios... ob. cit.*, pp. 69-70).

(107) AGUADO RENEDO tercia así en la discusión suscitada entre GARCÍA DE ENTERRÍA y RUBIO LLORENTE. Explica que, este caso, se predica una «presunción de corrección» de la decisión del Gobierno, presunción *iuris tantum* cuya destrucción, en su opinión, no se puede evitar más que a través de la adecuada motivación; a contrario, el único modo que cabe para destruirla es que un órgano judicial concluya su arbitrariedad por ausencia o insuficiencia de motivación. En un supuesto tal, el principio constituye el único criterio de referencia, sin *tertium comparationis* (*Problemas... ob. cit.*, p. 222).

De este modo, la infracción de la prohibición de arbitrariedad queda desconectada de la infracción del principio de igualdad, tanto en su *sentido amplio* (discriminación o desigualdad «*tout court*»), como en su *sentido estricto* o discriminación que afecta a determinados grupos o colectivos (*vid.* BARRÈRE UNZUETA, M.A., *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, 1.ª edic., edit. Civitas, Madrid, 1997, pp. 22-23).

(108) En cuanto a los VVPP, BANDRÉS afirma la validez del principio de interdicción de la arbitrariedad en el control de la concesión de indultos, aunque en estos casos no operaría del mismo modo que en el control de las potestades administrativas discrecionales. Ello no contradice, en su opinión, ni la posición mantenida por el TC ni por el TEDH. Menciona específicamente los AATC 360/1990, de 5 de octubre y 278/1997, de 16 de junio, y sus sentencias interpretativas del alcance de los arts. 24 y 106 CE, así como las SSTEDH de 21 de septiembre de 2004, 2 de septiembre de 1997 y 27 de abril de 2004, relativas al control de los actos de Gobierno derivado del art. 6 CEDH.

la vigencia de la postura jurisprudencial en relación con la no exigencia de motivación, a partir, sin embargo, de una precisión («en los términos exigidos para los actos administrativos») que resulta fundamental en la argumentación posterior (109).

Se ha señalado la equivalencia de las expresiones «*motivar*» y «*razonar*» (110). También la trascendencia de ofrecer una elaboración razonada como fuente de autoridad de la comunicación (111). Con independencia de cuál sea realmente la causa de la mencionada precisión del Pleno, ésta va a resultar significativa (112).

#### **IV.4.2.1. La necesaria especificación de las razones de justicia, equidad o utilidad pública que sustentan la decisión**

Mantiene el Pleno, como se ha avanzado, la imposibilidad de exigir una motivación «en el sentido técnico» del art. 54 LPC (113). Ahora bien, otorga que ello no resulta óbice para la fiscalización jurisdiccional, que ésta puede extenderse a la *no concurrencia de arbitrariedad* en la concesión. Una lectura conjunta de su art. 11 y de su Exposición de Motivos, le permite concluir que la Ley de 1870 sigue exigiendo la *especificación* y el conocimiento de las *razones de justicia, equidad o utilidad pública* en

---

SUAY RINCÓN, por su parte, afirma que la virtualidad del principio de interdicción de la arbitrariedad alcanza «a cualquier forma de manifestación del Poder», y lo conecta al *principio de responsabilidad*, también recogido en el art. 9 CE, pues considera que una lectura conjunta de ambos principios conduce a un *reforzamiento* de «su virtualidad mutua». Centrado ya en el propio principio de interdicción de la arbitrariedad, no observa problema alguno para considerarlo como elemento reglado, en el art. 9.3 CE. No obstante, tampoco descarta una fiscalización jurisdiccional en su calidad de principio general de Derecho, en cuyo caso, el control no coincidiría exactamente con el que se materializa sobre los actos administrativos discrecionales. Ahora bien, no cree que del razonamiento del Pleno se extraiga una rectificación doctrinal, sino que recalca que el TS no ha tenido ocasión de establecer pautas propias, para que «la práctica cotidiana del ejercicio de esta prerrogativa» pudiera ajustarse a las mismas.

(109) Dado el carácter heterogéneo de las potestades discrecionales, DESDENTADO DAROCA acepta la posibilidad de un diverso alcance en la motivación. Lo que considera «*ineludible*» es la observancia del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos («La motivación...», *ob. cit.*, p. 110).

(110) A IGARTUA SALAVERRÍA le llama la atención la desventolura y falta de precisión con que se manejan estos términos, junto con los de «*ponderar*» y «*valorar*» en alguna sentencia del Tribunal Supremo (*vid. La motivación...*, *ob. cit.*, pp. 176-177). Sin embargo, recuérdese la distinción entre control de la motivación y de la fundamentación que efectúa DESDENTADO («El principio...», *ob. cit.*, p. 191).

A propósito de la discrecionalidad administrativa, SÁNCHEZ MORÓN explica que la motivación es un elemento esencial de toda decisión discrecional y consiste en la expresión formal de las razones que la justifican. Su ausencia o notoria insuficiencia constituye un *indicio* de arbitrariedad: no significa, sin más, que la decisión sea arbitraria, pues los motivos reales pueden deducirse del expediente o ser explicados satisfactoriamente con posterioridad. Pero cuando, por falta de motivación o por sus deficiencias no es posible valorar si el uso de la discrecionalidad ha sido conforme a Derecho, la decisión debe ser anulada por carecer de un requisito esencial. En su opinión, la motivación debe ser adecuada a la naturaleza y características de cada tipo de decisión discrecional (*vid. «Legalidad...», ob. cit.*, p. 71).

(111) *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia...*, *ob. cit.*, 5.ª edic, pp. 158-159.

(112) Un planteamiento que se ha venido a calificar como «*overruling*» (RODRÍGUEZ-ZAPATA), «cambio jurisprudencial» (LESMESS) o «giro o novedad en la jurisprudencia de esta Sala» (DÍEZ-PICAZO). Este último insiste en que la Sentencia conlleva «una innegable modificación jurisprudencial», puesto que en la Sala Tercera los problemas relativos a la motivación no habían merecido hasta el momento la atención jurisprudencial. Entiende que la modificación jurisprudencial es algo «perfectamente legítimo» cuando se hace razonadamente y que la operada por la Sentencia no se refiere al criterio de fondo (limitar el control jurisdiccional a los elementos reglados).

(113) Recordemos que DÍEZ-PICAZO manifiesta la postura contraria en su VP

las que se apoya la concesión del indulto (114). Ciertamente, la referencia al art. 11 es utilizada por la Sentencia «de forma descontextualizada», pero de ello no deriva necesariamente una falta de exigencia de motivación por parte de la Ley de Indulto (115).

Entiende que, de acuerdo con esta última, la decisión gubernamental, adoptada previa cumplimentación del procedimiento legalmente establecido, debe revelar *necesariamente* las citadas *razones* de justicia, equidad o utilidad pública (116). Para poder descartar la existencia de arbitrariedad, el Tribunal debe apreciar si las indicadas razones cuentan con un «apoyo real reconocible» en la documentación que integra el expediente, aunque le está vedada la posibilidad de discutirlos (117).

La locución «razones de justicia, equidad o utilidad pública» engloba, al menos, tres conceptos de distinta entidad, que han sido objeto tradicional de estudio de la doctrina *iusadministrativista*: un valor superior del ordenamiento jurídico (la *justicia* (118)), un principio general de derecho (el *principio de equidad* (119)) y un concepto jurídico indeterminado, que se presenta en distintos sectores de la regulación administrativa, conectado directamente con el *principio de función social de los derechos* (la *utilidad pública*) (120). Sin embargo, la mencionada expresión se encuentra simultánea y estrechamente relacionada con el ámbito penal, cuya doctrina jurisprudencial uti-

---

(114) El Tribunal repara al respecto en el carácter contradictorio del texto legal tras la reforma efectuada en el art. 30 LI por la Ley de 1988, pues mientras desaparece la referencia a la motivación en este último precepto, la Exposición de Motivos sigue recalando su necesidad «a fin de que consten siempre las razones que le movieron a ejercer la prerrogativa constitucional». Ya se ha podido comprobar que existe diversidad de opiniones al respecto entre los VVPP.

(115) Como estima, por el contrario, VELASCO CABALLERO («El control...», *ob. cit.*). Habría que matizar que el citado precepto regula los supuestos de indulto total, y que, para el caso del indulto parcial debe ser interpretado conjuntamente con el siguiente art. 12, tal y como ha ocurrido (en relación con los «méritos suficientes» en el FJ 4.º. Por lo demás, se manifiestan en este sentido CÓRDOBA RODA y TORRÓS MÁZ, en cuya opinión lo contrario conlleva una interpretación ilógica y sin sentido del art. 12, pues cabría otorgar un indulto parcial sin «razón de ningún orden» (*ob. cit.*, p. 44).

(116) El Pleno explica que pueden deberse a causas de tipo penitenciario, personal, familiar, social, etc.

(117) Para la Sala, resulta obvio que el legislador pretende que las necesarias *razones de justicia, equidad o utilidad pública* puedan extraerse de la «tramitación documentada» (que contendrá informes preceptivos, alegaciones, certificaciones, aportaciones sobre la vida y conducta del indultado, etc.), ya que, de no ser así, «la absoluta inutilidad del expediente de indulto resultaría clamorosa» (FJ 8.º).

(118) Reconocido como *valor superior del ordenamiento jurídico* por el art. 1.1 CE, el término se usa también con acepciones distintas, aunque relacionadas de un modo u otro con aquel valor (*vid.* FERNÁNDEZ DE BUJÁN, F., «Análisis histórico y semántico, sobre Justicia, Derecho y Ley», en SANTAMARÍA PASTOR (Coord.), *Los principios...*, *ob. cit.*, pp. 1587 y ss.). Con anterioridad, LAVILLA ALSINA, L., «La Justicia como valor Constitucional», en *Arbor: ciencia, pensamiento y cultura*, núm. 691, 2003, pp. 1043-1057.

(119) *Vid.* RIVERO ISERN y FERNANDO PABLO, «Principio de equidad» [en SANTAMARÍA PASTOR (Coord.), *Los principios...*, *ob. cit.*, pp. 231 y ss.] y DE URBANO CASTRILLO, «El principio de equidad» [en SANTAMARÍA PASTOR (Coord.), *Los principios...*, *ob. cit.*, pp. 249 y ss.].

(120) El concepto de *utilidad pública* es analizado reiteradamente por la jurisprudencia contencioso-administrativa, dada con su previsión en distintos sectores del ordenamiento. La *función social de los derechos* incide a través del concepto de utilidad pública, en derechos de distinta naturaleza (derecho de asociación, derecho de fundación, derecho de propiedad y demás derechos reales, deporte...) y de modo muy diverso (en ocasiones, como elemento de expansión de concretas situaciones jurídicas y en otras, para justificar su limitación). *Vid.* AGOÚÉS MENDIZÁBAL, C., «La función social de los derechos; en especial, el derecho de propiedad», en SANTAMARÍA PASTOR (Coord.), *Los principios...*, *ob. cit.*, pp. 520 y ss.; también AGIRREAZKUEENAGA ZIGORRAGA, I., «Función social y perspectiva económica del deporte en el marco comunitario. Especial referencia a los casos Lehtonen y Deliège», *RAP*, núm. 52, 2000, pp. 109 y ss.

liza otro tipo de categorizaciones que necesariamente ha de tomar en consideración el órgano de lo contencioso-administrativo (121).

La Sentencia parece asumir, a estos efectos, la técnica de los *conceptos judicialmente asequibles*. Detecta la existencia en sede contencioso-administrativa de un ámbito «asequible» (entre la «intocable» decisión de concesión o denegación de indulto y las «indiscutibles» razones de justicia, equidad o utilidad pública), que el órgano judicial debe franquear con la ayuda de los *instrumentos de la lógica jurídica*, y en el que resulta «exigible» un proceso lógico, no arbitrario (122). Es decir, un desarrollo argumentativo lógico que le permita concluir que las razones esgrimidas «no son una construcción en el vacío» (123).

#### IV.4.2.2. *La lógica jurídica del proceso de decisión como parámetro exterior de contención de la arbitrariedad*

A tal efecto, el Tribunal se limita, en realidad, a aplicar, como manifestación del principio de arbitrariedad, la técnica del *test de racionalidad* (124). Explica la Sala que

---

(121) En el ámbito penal, «se corresponden obviamente a unos elementos valorativos expresados en la Ley, pues para determinar su significado es preciso efectuar un juicio de valor, de naturaleza no normativa». De modo que, para saber si existen, no resulta suficiente «una simple constatación objetiva, sino que se requiere la emisión de un juicio de valor similar por su naturaleza a la de los elementos valorativos de los tipos en Derecho Penal». En cualquier caso, CÓRDOBA RODA y TORNOS MÁS entienden que los tribunales pueden valorar la existencia de estas razones, requisito «de una importancia fundamental» (CÓRDOBA RODA y TORNOS MÁS, *ob. cit.*, p. 44 y 52-53).

(122) AGUADO RENEDO recuerda que, a la hora de referirse a la arbitrariedad, el TC utiliza la expresión «arbitrio ilegítimo», que se distingue del «arbitrio legítimo» o «discrecionalidad» (Problemas..., *ob. cit.*, p. 201). FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ utiliza la expresión «arbitrio» como equivalente al mencionado «arbitrio legítimo» y opuesto a «arbitrariedad» (*vid. Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, edit. Iustel, Madrid, 2004). A todas estas expresiones SANTAMARÍA PASTOR añade una última, la de «arbitrismo», aplicado a la actividad del Poder Legislativo y que se encontraría en un término medio entre el «arbitrio legítimo» y el «arbitrio ilegítimo» (*vid. «De nuevo...», ob. cit.*, p. 2147 y ss.).

(123) A tal objeto, el Tribunal ha de «*tener acceso*» a comprobar si la operación jurídica materializada por el Gobierno, en orden a manifestar —de acuerdo con el expediente— las mencionadas razones, lo ha logrado efectivamente «en el ámbito —jurisdiccionalmente asequible— de la lógica y la racionalidad jurídica». Ello siempre sobre bases jurídicamente sólidas, al objeto de evitar un *razonamiento arbitrario*. SANTAMARÍA PASTOR advierte el riesgo de tal cuando se argumenta «bajo la exclusiva autoridad de los principios» (*vid. Los principios..., ob. cit.*, p. 52).

(124) Una técnica aplicada en el control de las decisiones administrativas, por lo que no es extrapolable literalmente al ámbito de los actos de gobierno, dado el tenor del art. 2(a) LJ. Conviene, sin embargo, tener en cuenta las posiciones doctrinales al respecto.

Para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ este test constituye una vía «más aséptica y objetiva que la desviación de poder» (*De la arbitrariedad de la Administración*, 4.ª edic., edit. Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 208-209). Los requisitos que, según el citado autor, debe cumplir una decisión para superar el *test de racionalidad* son los siguientes: respetar los hechos debidamente probados; considerar todos los factores jurídicamente relevantes; abstenerse de introducir en la elaboración de la propia decisión de ningún otro factor; atribuir a cada factor el peso o valor que el ordenamiento jurídico le otorga; y, en caso de igualdad en el valor, expresar las razones de la opción, sin incurrir en errores lógicos. Además de los citados requisitos, según el autor, el *test de razonabilidad* exige coherencia, adecuación al fin de la norma y aptitud objetiva en orden a su satisfacción y proporcionalidad, a juicio de «*cualquier persona sensata*» (*vid. Del arbitrio y la arbitrariedad judicial*, edit. Iustel, Madrid, 2005, p. 126-127).

PAREJO ALFONSO precisa que esta regla ha de dirigirse, no a determinar la única solución justa, sino a precisar los límites externos («*marco*») del espacio de libre decisión sometido a control judicial, y que justifica, como máximo, la anulación de la misma, no su sustitución (*vid. Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, edit. Tecnos, 1993, p. 104). También SÁNCHEZ MORÓN insiste en que la aseveración de que la sustituibilidad judicial no se sostiene requiere un fundamento preciso (*Discrecionalidad administrativa y control judicial*, edit. Tecnos, Madrid, 1994, p. 33).

«si bien se observa, la arbitrariedad es la ausencia de racionalidad» (125). El principio del art. 9.3 CE exige que *todos* los actos del Poder Ejecutivo sean racionales (126).

El control que puede llevar a cabo en ese *espacio jurisdiccionalmente asequible*, debe ser, asegura el Tribunal Supremo, «*meramente externo*». Debe limitarse a la comprobación de si la decisión gubernamental dispone de un «*soporte fáctico suficiente*» que permita sostener, en un «proceso de lógica jurídica», las razones de justicia, equidad o utilidad pública cuya existencia exige el ordenamiento, según la interpretación anteriormente desarrollada (127). Dentro de tales parámetros, se entiende que cabe al órgano judicial, en su labor de control, analizar si la decisión gubernamental comete un error material patente, incurre en arbitrariedad o peca de una manifiesta irrazonabilidad lógica. Se le permite comprobar si la concreta decisión discrecional ha guardado una *coherencia lógica* con los hechos que constan en el expediente, en una especie de control casacional (128). Si, tras ese examen, al Tribunal le resulta patente la «incongruencia o discordancia» entre los hechos y las razones esgrimidas, el FJ 8.º de la Sentencia entiende que ha de estimar que la decisión gubernamental infringe el ordenamiento jurídico, y, de modo específico, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenido en el art. 9.3 CE (129).

---

A estos efectos, IGARTUA distingue un *componente decisional* y un *componente motivatorio*, de modo que un control anulatorio por carencia o defecto de motivación no impida que se pueda repetir la misma decisión, una vez subsanadas las carencias o deficiencias (*La motivación...*, *ob. cit.*, pp. 105-106).

(125) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ insiste en que el eje de la teoría del control de la discrecionalidad «no puede ser otro que el de la motivación de las decisiones discrecionales, una motivación que hay que entender como justificación de esas decisiones, como demostración de que no son (...) sino el resultado consciente de una elección racional, de una voluntad sostenida por razones objetivas, consistentes con la realidad y, por lo tanto, externamente verificables» («Sobre los límites...», *ob. cit.*, p. 146).

(126) El VP encabezado por LESMES observa dos contradicciones en la argumentación de la mayoría del Pleno, pues entiende que toma como punto de partida una diferenciación «meramente nominal» entre el «deber de motivar» y el «deber de especificar razones» (siendo exigible únicamente este último) y, que, por otra parte, pese a haberse ratificado la jurisprudencia anterior, se introduce un «nuevo elemento reglado de control», a partir de un precepto cuya vigencia no comparte.

VELASCO CABALLERO reprocha a la Sentencia la inaplicación del art. 3.3 de la Ley 1/1988, en cuanto a su eliminación del deber de motivación, un deber cuya deducción del art. 9.3 CE, en su opinión, no resulta posible *contra legem* («El control...», *ob. cit.*).

(127) CÓRDOBA RODA y TORNOS MÁS entienden que no basta con una simple constatación objetiva para confirmar la existencia de tales razones, requisito «de una importancia fundamental», sino que tal operación, además, «requiere un juicio de valor» (*ob. cit.*, *ob. cit.*, p. 44 y 52-53).

(128) Una vez verificada su realidad, los hechos no son susceptibles de revisión jurisdiccional.

(129) El Tribunal recurre a la cita de sentencias anteriores en relación con la interdicción de la arbitrariedad (SSTS de 22 de junio de 1982; de 27 de abril de 1983; de 15 de octubre de 1985; de 29 de noviembre de 1985; y de 7 de febrero de 1987), en las cuales, entre otros asuntos se subraya la *trascendencia del proceso lógico* que conduce a la decisión enjuiciada.

Ya en relación con el ejercicio del derecho de gracia, cita la STS de 20 de febrero de 2013, la cual afirma que «el indulto no es indiferente a la Ley, muy al contrario es un *quid aliud* respecto de la Ley y, por tanto, no puede ser ajeno a la fiscalización de los Tribunales, pues en un Estado constitucional como el nuestro, que se proclama de Derecho, no se puede admitir un poder público que en el ejercicio de sus potestades esté dispensado y sustraído a cualesquiera restricciones que pudieran derivar de la interpretación de la Ley por los Tribunales». Cabría puntualizar aquí que el Poder Legislativo sí disfruta de esa dispensa en relación con órganos judiciales, por lo que ha de interpretarse que el término «*Tribunales*» engloba también el *Tribunal Constitucional*.

Explica el Pleno que, si en el ámbito de los actos administrativos discrecionales, la *lógica jurídica del proceso de decisión* representa el «parámetro exterior de contención de la arbitrariedad» y se admite pacíficamente para las actuaciones administrativas que el art. 9.3 CE prohíbe la falta de sustento o fundamento jurídico objetivo de las mismas, *lo mismo* se debe requerir al ejercicio del derecho de gracia, siempre «en el marco de la mayor discrecionalidad de que la misma está investida» (130). No entra el Tribunal Supremo a valorar si la actuación analizada es o no razonable, es decir, a aplicar el «test de razonabilidad» (131).

Observemos en qué acaba finalmente la intrincada argumentación del Pleno.

#### IV.4.3. CONSECUENCIAS DE LA CITADA ARGUMENTACIÓN

A partir de las premisas precedentes, el Pleno pasa a analizar si el Real Decreto 1668/2012 aporta las exigidas *razones de justicia, equidad o utilidad pública*, y observa, en su FJ 9.º, que lo único que contiene, como ya se ha avanzado, es una «fórmula-tipo o *pass-partout*», lo cual difícilmente permite la individualización predicada por el Pleno de las

---

(130) En cuanto a la extensión de las razones, DÍEZ-PICAZO afirma la importancia de no limitarse a un razonamiento puramente formal. Recuerda que una «jurisprudencia clara y constante» expresa que la motivación no requiere necesariamente «una extensión o un formato predeterminados». Se remite a las decisiones adoptadas por el propio Tribunal Supremo en relación con nombramientos efectuados por el Consejo General del Poder Judicial, aun cuando la decisión en sí misma no fuera susceptible de control [SSTS (Pleno) de 27 de noviembre de 2007 y 7 de febrero de 2011, comentadas por IGARTUA SALAVERRIA, entre otras, en «Control jurisdiccional...», *ob. cit.*, pp. 1487 y ss.]. Por el contrario, el citado Magistrado observa la dificultad de aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad «en términos de razonamiento jurídico», en el control judicial de un acto graciable, una «decisión libérrima», por lo que, en este sentido, insiste en la especial necesidad del control social.

RODRÍGUEZ-ZAPATA ofrece un abanico de razones por las que disiente de la exigencia de «motivación o fundamentación formal» e intenta demostrar con ellas que es un requisito «pro futuro», surgido, no de la Ley, sino de la propia STS de 20 de noviembre de 2013. Se pregunta, además, si ello podría ser el punto de partida para la instauración de precedentes para la concesión o denegación de indultos en vía jurisdiccional, lo cual podría llegar a suponer la efectiva desaparición del derecho de gracia, y si la publicación de la motivación (posiblemente acompañada de datos de carácter personal y familiar) en el *BOE* no podría implicar la vulneración de «bienes de la personalidad y derechos fundamentales» de la persona indultada.

(131) También CÓRDOBA RODA y TORNOS MÁS recalcan que la Sentencia exige la motivación formal pero no se entra a analizar la razonabilidad material del acuerdo (*ob. cit.*, p. 75).

Por el contrario, el VP encabezado por LESMES SERRANO (FJ 5.º) cuestiona la interdicción de la arbitrariedad como técnica de fiscalización del indulto, pues entiende que el Pleno propone la práctica del «control de razonabilidad», lo cual significa renunciar a un *canon objetivo de enjuiciamiento*, fundado en criterios legales, y sustituirlo por otro basado en la «estimación subjetiva judicial». Una postura plenamente compartida por VELASCO CABALLERO (*vid.* «El control...», *ob. cit.*).

Acude también a criterios de razonabilidad el VP de DÍEZ-PICAZO que, en su opinión, ha de exigirse una motivación en un caso como el presente, «particularmente necesitado de una explicación», dada la enorme desproporción de entre las penas conmutadas, sin que se trasluzcan consideraciones políticas de interés general, y asimismo por la necesidad de transparencia.

SÁNCHEZ MORÓN ha sostenido la imposibilidad de tachar de arbitrario todo acto (administrativo) que presente «una justificación razonable», aunque sea mínima y aunque puedan imaginarse soluciones «más lógicas o más atendibles o preferibles por su racionalidad» (*Discrecionalidad...», ob. cit.*, p. 139).

Sin embargo, frente a la postura que defiende que a los Jueces no les es posible ejercer un *control sobre la razonabilidad* de una decisión política con base en *criterios extrajurídicos*, CÓRDOBA RODA y TORNOS MÁS otorgan, efectivamente, al órgano judicial tal posibilidad, máxime cuando, por ejemplo, con base en criterios jurídicos, cabría anular un indulto en cuyo expediente el informe del Tribunal sentenciador careciese del «requisito de la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes», citado expresamente por el art. 25 LI (*ob. cit.*, p. 53).



decisiones relativas a indulto(132). El Tribunal no acierta a descubrir en la misma las razones requeridas por el legislador como «determinantes» de la concesión del indulto. Añade que, al consistir la mención a dos informes contrarios, su «única fundamentación», le resulta imposible catalogarla en el ámbito de la *lógica jurídica*(133). En resumidas cuentas, estima que carece del elemento que se requeriría para poder excluir tal arbitrariedad(134).

La argumentación precedente permite al Tribunal decidir el asunto sin plantear previamente la cuestión de inconstitucionalidad solicitada e invalidar la decisión impugnada.

#### IV.4.3.1. La elusión de la cuestión de inconstitucionalidad

Aunque la parte recurrente solicita el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 30 LI (y dos de los Votos particulares entienden que así debiera haberlo hecho(135)), el problema de su compatibilidad con la Norma

---

(132) Se ha de recordar que no es sino la utilizada habitualmente en los reales decretos de concesión de indultos hasta ese momento. Una fórmula que, por cierto, la Sentencia recoge de modo expreso.

(133) Explica el FJ 9.º que el Ministerio Fiscal señala que «se opone a la concesión del indulto por la naturaleza y gravedad de los hechos, por la oposición de casi todos los perjudicados y por estimar que no concurren razones suficientes de justicia, equidad o conveniencia pública» y que el Tribunal sentenciador informa finalmente en el sentido de la improcedencia de la concesión.

(134) A este respecto, RODRÍGUEZ ZAPATA afirma que «lógicamente todos los Gobiernos, desde el año 1988, conocedores de la Ley y de nuestra jurisprudencia, no expresaban razones, no motivaban los indultos» y que «actuaban confiados en su recto proceder». Convendría puntualizar, no obstante, tal aserto, pues un somero repaso del *BOE* permite comprobar que la práctica a la que se refiere el VP existía ya con anterioridad a la reforma de 1988, y así lo recoge Díez-PICAZO cuando afirma que «tan es así que ni siquiera con anterioridad a 1988 (...) existía una práctica de motivar digna de tal nombre». Por otra parte, considera RODRÍGUEZ-ZAPATA no han sido tenidos en cuenta factores jurídicamente relevantes, como hubiera exigido el principio de interdicción de la arbitrariedad. Entiende que hubiera debido hacerse un distinto análisis de la cuestión. Expone que la Sentencia alude únicamente a dos informes que se posicionaron en contra mediante «meras fórmulas rituarías», sin mencionarse siquiera el «único informe razonado» del expediente, presentado por del Centro Penitenciario, favorable a la concesión «por considerarlo adecuado y conveniente para la reinserción social del penado» (principio que el art. 25.2 CE dirige «también al aplicador del Derecho» y que «debió de ser (sic) valorado de alguna manera»), así como tampoco la opinión «en los mismos términos» del educador social. Recuerda las dilaciones indebidas producidas en el proceso penal, y que, según el expediente, no consta «en todo ese tiempo» haya cometido infracción alguna, y sí que ha desarrollado «su vida familiar y profesional con normalidad, incluso de forma ejemplar».

Por otra parte, PECES MORATE y DE ORO-PULIDO entienden que cuando falta la motivación en una decisión como el derecho de gracia, es prácticamente imposible concluir si incurre o no en arbitrariedad.

(135) PECES MORATE y DE ORO-PULIDO entienden que la Sala hubiera debido oír, tanto a las partes como al Ministerio Fiscal, con objeto de plantear seguidamente cuestión de inconstitucionalidad del art. 30 de la LI, en su redacción actual. El VP comparte la tesis de los demandantes sobre la inconstitucionalidad del Real Decreto de concesión no motivado, por impedir o, «al menos» dificultar el control jurisdiccional de la interdicción de la arbitrariedad y observa, por lo demás, que la cuestión de inconstitucionalidad coadyuvaría a «esclarecer la doctrina constitucional» sobre el derecho de gracia.

Una postura compartida por el VP de RODRÍGUEZ-ZAPATA, que expresa su disenso respecto de la adopción de resolución sin previo planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad acerca del art. 30 LI. En su opinión, la Sala se aparta de la debida aplicación del sistema de fuentes del Derecho al exigir un requisito no recogido ni por la Ley ni por la jurisprudencia «*unánime*» de la Sala.

Sin embargo, tal y como precisa REBOLLO PUIG, incluso si se admite que se ha efectuado una interpretación conforme a un principio general de Derecho, como es el de la interdicción de la arbitrariedad, no existe incompatibilidad alguna entre tal tipo de interpretación y el art. 3.1 CC, que, además de mencionar el contexto de las normas, alude también al «*espíritu y finalidad*» de las mismas, lo que permite el acceso al correspondiente principio general de Derecho [vid. «Los principios generales del Derecho (atrevimiento atribuido sobre su concepto, funciones e inducción» en SANTAMARÍA PASTOR (Dir.), *Los principios...*, ob. cit., pp. 1546-1547].

Suprema es resuelto por la propia decisión judicial. En tal sentido, puede concepirse la resolución como una *sentencia interpretativa*. El Pleno trata, con mayor o menor acierto, de elaborar con su argumentación una *interpretación conforme* a la CE —*interpretación constitucionalmente orientada*— de la redacción actual del citado precepto (136). En realidad, no invoca *expresamente* el propio principio de interpretación conforme, sino que con la aplicación del criterio *sistemático* de interpretación obtiene una interpretación conforme (137).

Ciertamente, la cuestión de inconstitucionalidad hubiera coadyuvado a clarificar la doctrina constitucional sobre el derecho de gracia. No cabe olvidar que el propio TC ha estimado que una posible interpretación conforme tampoco constituye óbice para la admisión de una cuestión de inconstitucionalidad (138).

---

(136) GARCÍA DE ENTERRÍA defiende, no sólo la vinculación del principio de interpretación conforme a la CE a la totalidad de los Tribunales (y en toda su actuación), sino incluso la prohibición implícita de toda «construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales». De una lectura conjunta de los arts. 5.1 y 5.3 LOPJ extrae que la interpretación de una norma conforme a la CE exige la «acomodación» judicial de su contenido a los principios y preceptos constitucionales (*La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 4.ª edic., edit. Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 102 y ss., 313-314).

En la actualidad, el referido principio se subsume en el más amplio *principio de integración conforme*, como una modalidad del mismo o *subprincipio*. Sin embargo, su fundamentación dogmática aún no está asentada. En tal contexto, ARZOZ SANTISTEBAN defiende que el principio de interpretación conforme no es un criterio de interpretación más (posiblemente incluido en el *criterio sistemático de interpretación*), sino un criterio *sobre* interpretación, y, más en concreto, una *regla interpretativa prioritaria*, vinculante y que opera de *manera disyuntiva*, obligando a descartar aquellos sentidos incompatibles con la norma de interpretación, en este caso, la CE (vid. «Interpretación conforme», en SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, edit. La Ley, Las Rozas-Madrid, 2010, pp. 619 y ss.).

(137) Si bien el art. 30 LI no exige motivación, el Pleno parece concluir que el criterio literal utilizado hasta ese momento al respecto (sin que en previos los recursos analizados por el Alto Tribunal se haya planteado su inconstitucionalidad) *no supera la criba* del principio de interpretación conforme, y que cabe exigir un razonamiento a la decisión de concesión de indulto con base en otros preceptos de la misma disposición legal. *Lograda la interpretación conforme* a través del *criterio sistemático*, el Pleno descarta tácitamente el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Los VVPP de RODRÍGUEZ-ZAPATA, PECES y el encabezado por LESMES, sin embargo, mantienen el previo *criterio de interpretación literal* y entienden que la efectuada por el Pleno es una interpretación *contra legem*. El último de los mencionados VVPP denuncia la confección de un elemento reglado de nueva factura.

(138) Vid. SSTC 222/1992, de 11 de diciembre (FJ 2.º) y 126/1997, de 3 de julio (FJ 3.º).

Más recientemente, la STC 40/2014, de 11 de marzo (BOE núm. 87, de 10 de abril) recuerda en su FJ 2.º la anterior STC 105/1988, de 8 de junio, cuyo FJ 1 c), afirma que «el hecho de que sea posible una interpretación de la norma cuestionada que sea conforme con la Constitución, no permite considerar a la cuestión en sí misma como mal fundada» y ello porque el art. 163 CE y el art. 35 LOTC «se limitan a exigir, como único requisito de fondo, el que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, sin condicionar el planteamiento de la cuestión a la imposibilidad de la interpretación conforme con la Constitución». Aunque también el art. 5.3 LOPJ diga que «procederá el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, cuando por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional», el Tribunal entiende que «tal regla no puede entenderse como limitativa de los términos sobre el planteamiento de la cuestión contenidos en el art. 37 LOTC y ofrece únicamente a los Jueces y Tribunales la alternativa entre llevar a cabo la interpretación conforme con la Constitución o plantear la cuestión de inconstitucionalidad».

#### IV.4.3.2. La invalidez de la decisión analizada

La doctrina iusadministrativista ha estado dividida en relación con la naturaleza *formal* o *material* del requisito de motivación de los actos administrativos discrecionales (139). La jurisprudencia del TS descarta, tanto lo uno como lo otro, en relación con el indulto, hasta la Sentencia de 20 de noviembre de 2013, por estimar que no resultan de aplicación en este caso el requisito del art. 54 LPC dirigido a los actos administrativos discrecionales. Sin embargo, una vez establecida la exigencia de las razones de la concesión por parte del Pleno, no se especifica con nitidez la naturaleza del requisito, aunque, dada la consecuencia que anuda al vicio de su omisión, se deduce

---

(139) No obstante las posturas profundamente antagónicas manifestadas, principalmente por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y SÁNCHEZ MORÓN, en una discusión iniciada hace dos décadas largas y convertida en «*hot topic*» (IGARTUA SALAVERRÍA resume las diversas posiciones doctrinales en «Control...», *ob. cit.*, p. 1488) a los efectos que aquí importan, bastan las posturas actualmente defendidas por ambos.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ entiende la motivación de los actos discrecionales «como justificación de esas decisiones, como demostración de que no son (...), sino el resultado consciente de una elección racional, de una voluntad sostenida por razones objetivas, consistentes con la realidad y, por lo tanto, externamente verificables» («Sobre los...», *ob. cit.*, p. 146). Junto con GARCÍA DE ENTERRÍA entiende, en el caso de los actos administrativos, que lejos de tratarse de un requisito meramente formal, la motivación constituye un requisito de fondo («*interna corporis*, no *externa*»), ligada a la perfección del propio acto, más que a sus formas exteriores (*vid. Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, edit. Thomson-Civitas, Madrid, 16.ª edic, 2013, p. 592).

Por su parte, SÁNCHEZ MORÓN afirma que la *motivación* exterioriza los *motivos* o *razones* de la decisión, su fundamento (jurídico y no jurídico), lo que constituye el «verdadero requisito de fondo». Cuando el ordenamiento la exige, la motivación es un «requisito esencial», la vía para saber cuáles han sido tales «motivos o razones» y poder ejercitar el derecho de defensa. Afirma que aunque «un acto no motivado es, en apariencia, un acto arbitrario», la carencia puede ser subsanada por la Administración, también *a posteriori* (la jurisprudencia lo admite en vía de alzada o reposición «en ciertos casos, no en todos») siempre que ello no constituya una limitación de las posibilidades de defensa de la persona interesada (*vid. Derecho Administrativo, op. cit.*, p. 550).

Fuera ya del ámbito del Derecho Administrativo, IGARTUA SALAVERRÍA discierne (*La motivación...*, *ob. cit.*, pp. 92-94) la «omisión formal» (la decisión carece de cualquier tipo de motivación, sea descriptiva, sea justificatoria) de la «omisión material» (la motivación formalmente existente no describe o no justifica total o parcialmente los aspectos de la decisión que lo requieren), e, incluso, esta última de la «motivación insuficiente» (mientras la omisión respondería a un *criterio cuantitativo* —si se ha descrito y justificado *todo* lo que ha podido tener incidencia en la decisión adoptada—, la insuficiencia, por el contrario, obedecería a un *criterio cualitativo* —si se ha descrito suficientemente aquello que incide en la decisión adoptada—). Considera («Control...», *ob. cit.*, p. 1488-1489) que si se postula, de cara a la exclusión de la arbitrariedad, que los motivos puedan ser conocidos por constar *apud acta* —en el expediente administrativo— o ser reconstruidos en el proceso judicial, en realidad, nos encontramos ante una *motivación desplazada* (las razones no se muestran en el acto —«*su sitio*»—, sino en el expediente) o *motivación aplazada* (las razones no se facilitan a su tiempo).

Por su parte, IGARTUA SALAVERRÍA entiende que «no es lo mismo que la motivación sea un requisito exigible únicamente por medio de una norma y sin apoyo en principio jurídico alguno (en cuyo caso bien podría ser conceptualizada como requisito «formal») a que la motivación pueda ser requerida (incluso hasta sin previsión jurídica expresa) como una exigencia derivada de principios materiales que obligan a los poderes públicos a justificar sus propios actos» («Otra vez sobre nombramientos de altos cargos judiciales», *HAER-VAP*, núm. 80, 2008, p. 218). En cualquier caso, arguye que «*la motivación está para mostrarse*» (*La motivación...*, *ob. cit.*, p. 74). Coincide con GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en su consideración de elemento sustancial del acto. A la diferenciación entre «motivos» y «motivación», opone que sólo cuentan los «motivos» expresados o formulados, y que el lugar idóneo para reflejarlos es el espacio reservado a la «motivación». Alega que, del mismo modo que en literatura no cabe un «fondo» desvinculado de la «forma» de expresión, «tampoco en el mundo del Derecho (mundo de lo público y/o de lo publicado) puede haber motivos que no hayan sido expresados o —cuando menos— no deducibles indubitablemente (...) de elementos que consten siguiera en algún lugar y que serían la semilla reconocible de un discurso motivatorio», pues lo contrario podría generar la indefensión de las personas afectadas (*La motivación...*, *ob. cit.*, pp. 20 y ss).

que opta por su carácter de requisito formal(140). Tampoco los Votos Particulares exhiben un criterio unánime al respecto(141).

Sea como fuere, el Tribunal respeta la prohibición de sustitución en la concreción del contenido de los actos discrecionales, especialmente significativa en el ámbito del control de los actos de gobierno, establecida por el art. 71.2 LJ.

La Sentencia instituye, en relación con la motivación de la concesión del indulto, una línea argumentativa reafirmada, en calidad de *obiter dictum*, en decisiones posteriores del propio Tribunal, por lo que hay quien la considera ya «doctrina pacífica» (142).

No queda tan clara la cuestión referida a la motivación de los supuestos de denegación.

#### IV.4.4. LA MOTIVACIÓN EN LOS SUPUESTOS DE DENEGACIÓN

La decisión de denegación de indulto significa, *a priori*, que no ha habido interferencia del Poder Ejecutivo en las funciones del Poder Judicial. Dicho con otras pala-

---

(140) En este sentido se han pronunciado también CÓRDOBA RODA y TORNOS MÁS, quienes se preguntan, si, en un caso tal, el Gobierno otorga de nuevo el indulto, especificando las razones que se le exigen (cosa que posteriormente no ha sucedido en este concreto caso), el Tribunal hubiere podido, ante un potencial recurso, anular la decisión por *arbitrariedad* de las razones aportadas (ob. cit., pp. 75-76). El Pleno parece estimar, en este caso, que tal análisis queda fuera de sus atribuciones. Cabe pensar que, si ya ha considerado que se trata de un *requisito formal*, actuar en consecuencia significa devolver nuevamente la decisión al Gobierno (otra opción significaría ir en contra de sus propios actos). Lo cual, ciertamente, supondría el riesgo de entrar en un círculo vicioso... Si, hipotéticamente, la parte recurrente acude a la vía especial de protección de los derechos fundamentales, el art. 2.(a) LJ permitiría al órgano judicial analizar si realmente ha existido una infracción de ese tipo, y, si la ha habido, declarar la nulidad del acto, con base en el art. 62.1.(a) LPC.

La argumentación del Pleno no alude en ningún momento a una posible *indefensión* (aunque lo haga la parte recurrente en sus alegaciones), por lo que cabría concluir, de acuerdo con el apartado segundo del citado art. 63, que la *nulidad* declarada es consecuencia de considerarlo un elemento indispensable para que el indulto pueda alcanzar su fin. Tampoco es descartable que la razón última haya sido la imposibilidad, derivada de esa falta de motivación, de estimar si la decisión de fondo tiene o no visos de ser arbitraria (tarea en la que el propio Tribunal estima que no se puede embarcar).

Si, por el contrario, se entiende que se trata de un requisito de *tipo sustancial*, la anulación se engarza con el 63.1 LPC, dado que la falta de motivación convierte la decisión en *arbitraria*, con *infracción del art. 9.3 CE*. Dado que, según las posiciones que defienden el carácter sustancial de la motivación, ésta constituye un requisito que perfecciona el acto, la consecuencia correspondiente es su anulación *definitiva*, sin posible subsanación mediante retroacción de actuaciones.

En tal caso, cabe recordar, además, a CÓRDOBA RODA y TORNOS MÁS, quienes apuntan que, desde el punto de vista penal podría constituir un delito de prevaricación tipificado por el art. 404 CP (ob. cit., p. 50), de cuyo texto se extrae nuevamente la diferencia de tratamiento que las distintas Salas del Tribunal Supremo efectúan de un mismo concepto, en este caso, el de «resolución arbitraria» (el precepto habla de la resolución de un «asunto administrativo»). Con independencia de la puntualización, la consecuencia obvia de una sentencia condenatoria al respecto es la *nulidad de pleno derecho* de la concesión de indulto [art. 62.1.(d) LPC].

(141) RODRÍGUEZ-ZAPATA efectúa una lectura totalmente distinta en su VP y afirma que «la Sentencia considera que el indulto es arbitrario por motivos formales».

El Magistrado BANDRÉS manifiesta su conformidad con la decisión y recuerda que considera que la posibilidad de revisión, por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de las decisiones gubernamentales adoptadas en ejercicio de la prerrogativa de gracia, llega hasta la declaración de «su nulidad radical» en aquellas ocasiones en que «resulten contrarios al principio de interdicción de la arbitrariedad», un criterio ya avanzado en su VP a la ya mencionada STS de 2 de diciembre de 2005.

(142) Vid. MANZANA LAGUARDA, «Control judicial...», ob. cit.

bras, constituye la «normalidad» (143). Así parece asumirlo la jurisprudencia anterior a la Sentencia de 20 de noviembre de 2013 (144).

Como sabemos, en el caso analizado por esta última resolución judicial, la parte recurrente alega, entre otras, la infracción de los arts. 14 y 24 CE (y subraya que ambos son susceptibles de amparo), acerca de la cual no recoge análisis alguno la Sentencia del Pleno, que no llega a posicionarse al respecto (145). A título informativo, cabe apuntar que el recurso no se desarrolla conforme al procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, a diferencia de otros dos recursos resueltos con posterioridad por el TS.

En el siguiente caso relativo a la gracia de indulto, resuelto por la Sala 3.<sup>a</sup> del citado Tribunal, el análisis judicial parte de otro contexto. La recurrente no funda ya su pretensión en el incumplimiento de elementos reglados, sino que achaca a la falta de motivación del acuerdo de denegación la vulneración de dos derechos fundamentales (el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la igualdad) (146). La Sentencia de 30 de enero 2014 rechaza ambas alegaciones (147). En ella, la Sección 7.<sup>a</sup> recuerda una

---

(143) Vid. AGUADO RENEDO, *Problemas...*, *ob. cit.*, 230 y ss. Explica el autor que, al haber sido ya enjuiciada la acción por la jurisdicción penal, la condena, aún siendo un fallo desfavorable, satisface su derecho a la tutela judicial efectiva, sin que la aparición de nuevas circunstancias sean un imperativo a un ejercicio favorable de la gracia. Subraya este dato para distinguirlo de la normativa del derecho de petición. Aunque la Ley de indulto, no obliga, en caso de solicitud por el interesado, al acuse de recibo, el autor defiende que cabe inducir de su articulado (arts. 22 y ss.) un *derecho al procedimiento de solicitud*, pero no a la motivación de la denegación de indulto. Dicho lo cual, AGUADO observa que la *separación del precedente* sí podría justificar la necesidad de tal motivación, siempre teniendo en cuenta que el *principio de igualdad* opera en el marco de la legalidad y sin que, en su opinión constituya problema alguno la consecución del «*tertium comparationis*», a partir de la información publicada en los Reales Decretos de concesión de indulto. Defiende, así, la *objetivación del ejercicio de la gracia*, por cuando las decisiones del Gobierno determinan, de algún modo, la actuación de gobiernos de ideologías diferentes. Aunque haya sido prevista por la CE, en su opinión, la gracia debe ser interpretada restrictivamente, ejercida con carácter excepcional y empleada del modo más objetivo posible. Desde ese punto de vista, exige una argumentación *ad casum*, asignando al Gobierno la carga de la prueba de que su actuación no incurre en arbitrariedad.

(144) GONZÁLEZ FARIÑAS aventura que la tarea argumentativa desarrollada por la STS de 27 de mayo de 2003 con el objeto de diferenciar el derecho de gracia de indulto del derecho fundamental de petición regulado en el art. 29 CE (de la que ya se ha dado cuenta en una cita anterior), posiblemente desee destacar las *distintas posibilidades* que el ordenamiento jurídico ofrece en *relación con la impugnación de las decisiones denegatorias* (mientras la denegación de indulto puede ser recurrida, es más dudosa tal posibilidad en el caso del ejercicio del derecho de petición, si se tiene en cuenta el art. 12 LODP). Sin embargo, sospecha que *tal vez* el objeto de la distinción sea la exclusión de la exigencia de motivación para los supuestos de denegación de indulto, puesto que en el derecho de petición es necesario motivar tanto la declaración de inadmisibilidad (art. 9 LOPD) como la decisión de no acceder a lo pedido (art. 11.3 LOPD). El autor no comparte esa visión. Entiende que «(u)nhá cousa é que no se lles aplique ós actos do Goberno el art. 54 da LRX-PAC, e outra moi distinta é que tales decisións se poidan presentar orfas de toda motivación, o que dificultaría o control dos elementos regulados sobre os que, cando menos, sempre pode actua-lo Tribunal Contencioso» (vid. «A fiscalización...», *ob. cit.*, pp. 210-211).

(145) RODRÍGUEZ ZAPATA sí muestra su propio punto de vista al respecto. Acude a la jurisprudencia comparada, para justificar la inaplicabilidad del «*canon de la igualdad a los casos de indulto* porque *no hay, en materia de gracia, dos casos que sean iguales*», con cita «*por todas, de la Sentencia del TS de los Estados Unidos en el caso Schick v. Reed de 23 de diciembre de 1974 [419 U.S. 256 (1974)]*».

(146) Según confirma el FJ 2.º de la Sentencia, la recurrente, condenada por delito de asesinato, es incluida en un listado de indultos denegados, sin motivación alguna, pese a los informes favorables de la Audiencia Provincial de Alicante (Tribunal sentenciador) y del Centro Penitenciario y a haber aportado documentación favorable relativa a su trayectoria personal.

(147) Referencia: STS 540/2014.

En cuanto a la *tutela judicial efectiva*, a cuyos efectos la recurrente invoca los arts. 24 y 120 CE, interpreta que tal derecho se le otorga, precisamente con el acceso al proceso contencioso-administrativo y con la propia resolución judicial (FJ3.º). Por lo que al *derecho a la igualdad* respecta, la recurrente alega como término de

vez más la jurisprudencia anterior a la Sentencia de 20 de noviembre de 2013, producida básicamente sobre supuestos de denegación, y limita el planteamiento efectuado por a los casos de concesión de indulto, al considerar que la doctrina establecida por su inmediata predecesora no es aplicable a los supuestos de denegación, cuyo control ha sido negado reiteradamente por entender que no resulta afectado el principio de ejecutividad de las sentencias firmes (arts. 117-118 CE) y que, en última instancia, no existe un derecho subjetivo al indulto, sino tan sólo a su solicitud y a la obtención de una resolución no arbitraria (148) (FJ 6.º).

Pocos meses más tarde, la propia Sección resuelve por la misma vía especial un nuevo recurso contra otra denegación de indulto, cuya falta de motivación, en opinión de la recurrente, vulnera el derecho fundamental a la igualdad en la aplicación de la Ley y la interdicción de la arbitrariedad (149). Tras desestimar, su pretensión de plena jurisdicción, con base en que el control de la jurisdicción contencioso-administrativa se limita «*al procedimiento de gracia, pero no al resultado de ese mismo procedimiento*» (FJ 5.º), la ya citada STS de 6 de junio de 2014, decide otro tanto en relación con sus alegaciones vinculadas a los arts. 14 y 9.3 CE (150). En este último caso, reafirma, con cita de la previa STS de 30 de enero del mismo año, que el criterio de la necesidad de motivación formal de la concesión de indulto *no se extiende a los casos*

---

comparación el indulto enjuiciado, precisamente, por la Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Sin embargo, la Sección entiende que el *término de comparación no es válido*, pues son distintas las circunstancias personales, los delitos y el sentido de los informes emitidos en cada caso. *A fortiori*, declara que la propia naturaleza del indulto impide establecer juicio de ponderación alguno (FJ 5.º).

(148) IGARTUA explica que «una decisión es arbitraria, no porque en línea de principio no haya razones en su favor, sino porque quien la ha tomado no tiene razones para justificarla. De ahí que, a mi juicio, la presencia de la motivación y su hechura sea el elemento esencial para discriminar lo racional de lo arbitrario» (vid. «Discrecionalidad, arbitrariedad y control judicial», HAEA-RVAP, núm. 1996, p. 98).

(149) En este caso, la parte recurrente (condenada por delito de asesinato, en concurso ideal con un delito de lesiones con instrumento peligroso) observa, en relación con su denegación, que el expediente de indulto la recoge en una lista de indultos solicitados y no concedidos, sin motivación alguna, ni mayor evidencia de que haya sido objeto de debate en Consejo de Ministros. Por ello, invoca la Sentencia de 20 de noviembre de 2013 como término de comparación en relación con la infracción del principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos del art. 9.3 CE.

Argumenta que el acuerdo del Consejo de Ministros se separa de la «norma habitual» que considera los informes favorables del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal (en este caso lo son). Se remite al BOE para confirmar la concesión de indultos para «delitos graves de homicidio, asesinato, atentado, tráfico de drogas, con condenas incluso mayores y más graves» y cita específicamente determinadas concesiones (*mossos d'Esquadra, caso Treball*) en sentido contrario a la citada Sentencia, en relación con la cual la discriminación resulta, en su opinión, «de una evidencia palmaria».

(150) Actúa como Magistrado Ponente de la Sentencia RODRÍGUEZ-ZAPATA, reitera básicamente la postura manifestada en su VP a la Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Creo que es interesante observar que, en este caso, sólo tres de los magistrados integrantes de la Sección han suscrito la posición mayoritaria de la Sentencia de noviembre, mientras que los restantes —con inclusión de quien redacta la resolución— son suscriptores de VVPP presentados a la misma.

La Sección 7.ª recuerda, en su FJ 6.º, la doctrina del TC, que, entre otras, en el FJ 3.º de la Sentencia 51/2014, de 7 de abril, manifiesta que «uno de los presupuestos del juicio de igualdad radica en que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso». Mientras que «el único elemento de contraste» aportado por la recurrente es la existencia, en los tres supuestos mencionados, de oposición del Tribunal sentenciador, cuyo informe no es vinculante para el Gobierno. Por otra parte, en el caso analizado, el TS en casación ha reducido notablemente la pena. Se recalca especialmente, además, que la STS de 20 de noviembre de 2013 analiza una *concesión* y en el presente caso se trata de una *denegación*.

de denegación (FJ 7.º). Tampoco entra a valorar las razones de fondo de la denegación, ni las circunstancias concretas en las que insiste la recurrente (151) (FJ 8.º).

Ahora bien, la Magistrada PICÓ LORENZO presenta sendos Votos Particulares, en los que defiende que el TS hubiera debido declarar, en ambas resoluciones, que la exigencia de motivación de la Sentencia de 20 de noviembre se extiende *también a los supuestos de denegación* (152).

Como hemos visto, no llegan a tanto las dos resoluciones judiciales citadas, pero resultan de interés puesto que, con la admisión del recurso contra la denegación por procedimiento especial de derechos fundamentales, el Tribunal Supremo acepta el análisis de una posible vulneración de los mismos, aparte del cumplimiento de los *elementos reglados* de la gracia, en supuestos de *falta de motivación* (presumiblemente considerada como requisito *formal*) (153).

Ciertamente, en los supuestos de iniciativa particular cabe, *a priori*, objetar la *intrusión del Ejecutivo* en el ámbito del Poder Judicial (154). Sin embargo, resulta más dificultoso hablar en términos de *intrusión* cuando la propuesta de concesión de indulto parte del propio Poder Judicial (155).

---

(151) La Sección 7.ª considera que tal postura cumple los requisitos de *exhaustividad y congruencia* que se exigen de las resoluciones judiciales, pues aquellas afectan a la oportunidad de la medida de gracia, aspecto que queda fuera del alcance de la jurisdicción contencioso-administrativa.

(152) Sus VVPP recuerdan el Auto de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012, redactado por el Magistrado Perfecto ANDRÉS IBAÑEZ, que observa la dificultad de encaje del «cuestionado instituto del indulto» en el ordenamiento jurídico actual, «presidido por el imperativo de sujeción al derecho de todos los poderes, tanto en el orden procedimental como sustancial de sus actos; y, en consecuencia, por el deber de dar pública cuenta del porqué de los mismos» (FJ 2.º).

Insiste también en los presentes casos en que una interpretación que toma como base la voluntad de legislador de 1988 (repara que, frente a la «*mejor técnica legislativa*» predicable de los proyectos de ley, con base en el art. 22 de la Ley de Gobierno, que asegura su coherencia y congruencia, el art. 30 LJ es modificado debido a una proposición de ley) y la interpretación histórica abonan la necesidad de motivación, que, según observa, es posible también inferir del texto de la propia Sentencia de 20 de noviembre de 2013, puesto que afirma, en su FJ 8.º, que «sí puede controlarse el ejercicio del derecho de gracia desde la perspectiva de la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos» y que «por la misma Ley de Indulto se exige que del Acuerdo de indulto se desprendan las razones de justicia, equidad o utilidad pública». Añade que también la denegación es un acto de gobierno, lo cual es cierto.

En relación con el *canon de la igualdad*, rebate la postura de RODRÍGUEZ-ZAPATA (quien rechaza la aplicabilidad del canon de la igualdad, por exigir la gracia un tratamiento singularizado e individualizado) refiriéndose a la práctica habitual del Ministerio de Justicia de elevar conjuntamente más de un centenar de expedientes, cuya denegación acuerda el Gobierno sin individualización ninguna y sin que tampoco se atisbe si sus condiciones han sido o no homogéneas.

Cree que en el ejercicio de la gracia han de observarse también el *principio de proporcionalidad* y la *reinserción social*, y que la motivación es *especialmente necesaria* si la resolución se deniega tras informe favorable del Tribunal sentenciador, para poder conocer así las razones gubernamentales.

Por todo ello, entiende, finalmente, que el Tribunal hubiera debido anular las denegaciones. Cabe reparar en que la Magistrada utiliza expresamente la expresión «*Real Decreto*», cuando la práctica habitual de las denegaciones es un Acuerdo del Consejo de Ministros. Surge, entonces, la duda de si defiende que también las denegaciones habrían de ser publicadas en el *BOE*.

(153) MANZANA LAGUARDA entiende que la argumentación utilizada por el Tribunal Supremo al respecto es predicable igualmente a los supuestos de concesión («Control judicial...», *ob. cit.*).

(154) No obstante, también en relación con este tipo de iniciativa es posible que exista un *informe favorable* del Tribunal sentenciador, lo cual supone que entienda admisible (¿tal vez, deseable?), la supuesta «*intrusión*» gubernamental, que, en caso de que decida denegarse, sería conveniente justificar.

(155) Así ocurre, no sólo en el caso de la *iniciativa judicial*, que parte del Tribunal sentenciador (el art. 4.3 CP), sino también en el caso de la *iniciativa penitenciaria*, en que, aunque la iniciativa se gesta en el Centro Peni-

En cuanto a los supuestos de iniciativa particular, la ya aludida Orden de 10 de septiembre de 1993, extrae del art. 35.(i) LPC un «principio general de facilitación administrativa en el ejercicio de derechos y en la promoción de intereses legítimos por parte de los ciudadanos» aplicable en este ámbito, que abona también la necesidad de motivación de la decisión final, sea o no favorable a la solicitud de indulto (156).

#### **IV.5. La fijación en el fallo de un determinado plazo para la adopción por el Gobierno de una nueva decisión**

La imposibilidad de sustitución del Gobierno por parte del órgano judicial en la toma de la decisión final (otorgar o denegar la concesión) es indiscutida y unánimemente asumida por la STS de 20 de noviembre de 2013 (157). En consecuencia, el Pleno, tras concluir que su argumentación conlleva la anulación de la concesión del indulto, considera que el asunto debe ser devuelto al «órgano de procedencia», a los efectos de que, «en su caso y si a bien lo tiene», adopte la decisión «de indultar —que no podemos revisar—», y lo haga «en los términos expresados en el texto de la presente sentencia» (FJ 9.º) (158). Así, el Fallo, en su apartado 1.º, estima el recurso y anula el Real Decreto 1668/2012, pero remite la concreción de tales términos al párrafo final del FJ 7.º (159). Determinados Votos Particulares entienden que,

---

tenciario, corresponde al *Juzgado de Vigilancia Penitenciaria* dirigir formalmente la propuesta al Ministerio de Justicia (art. 206 RP). Recuérdese que la conveniencia de otorgar el indulto puede estar, incluso, contemplada en la propia sentencia condenatoria.

(156) A partir del citado principio, estima que la Real Orden de 24 de diciembre de 1914 (en cuanto imposibilita la tramitación de una nueva solicitud de indulto en el año siguiente a la emisión en sentido desfavorable de un mero acto de trámite) no se adecúa al *estatuto jurídico de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas*, por lo que procede su derogación.

La propia Orden arguye que la experiencia práctica demuestra la insuficiencia, en algunos expedientes, de la emisión de informes favorables «para la formación de criterios sobre la conveniencia o sobre la forma de la concesión de la gracia». Por esta causa, prevé la posibilidad de ampliación del plazo de tramitación (hasta seis meses), de lo cual ha de darse traslado al solicitante o proponente del indulto. Si, de acuerdo con el art. 54.1.(e) LPC, tal acuerdo de ampliación de plazos (mero acto de trámite) ha de ser motivado, ello constituye razón de más para justificar la necesidad de explicitación de las razones, tanto de la concesión como de la denegación.

(157) Una imposibilidad que deriva de la premisa de considerar que la decisión de indultar o de no hacerlo constituye el «*núcleo esencial*» de la gracia. AGUADO RENEDO defiende la inaplicabilidad a las decisiones adoptadas en el ejercicio de la gracia de técnicas iusadministrativistas elaboradas con objeto de reducir al máximo la discrecionalidad administrativa (*Problemas...*, *ob. cit.*, p. 212).

Ninguno de los VVPP expresan objeción alguna al respecto. Es más, del texto de la propia Sentencia cabe concluir también que otro de los asuntos en que no puede ser sustituido el Gobierno es *en establecer la motivación* que lo lleva a adoptar tal decisión. Nadie distinto de quien toma una decisión puede *determinar los motivos* en que se ha basado a la hora de hacerlo.

(158) En resumen, como sugiriera IGARTUA SALAVERRÍA, la sentencia no ordena «eso, no», sino que puntualiza que «eso, así no», algo muy distinto (*vid. La motivación...*, *ob. cit.*, p. 105).

(159) El concreto el apartado cita, a su vez, la STS de 2 de diciembre de 2005 que, a su vez, utiliza la Exposición de Motivos de la LI, para subrayar el peso que deben tener en la decisión gubernamental, en el caso del indulto particular «los hechos y circunstancias del caso concreto, sobre los que debe extenderse la motivación que ha de contener el Real Decreto en que se manifieste. Motivación que deberá contemplar, especialmente, las consecuencias que haya de producir bajo el aspecto de la justicia, de la equidad y de la conveniencia social, pues son extremos cuyo estudio impone la Ley. Por tanto, el indulto comporta una decisión circunscrita a un supuesto específico: el del reo al que se refiere, ya lo haya solicitado él o sean otros quienes lo hayan pedido en su nombre...».



con ello, el Tribunal incurre en *exceso de jurisdicción* e, incluso, en una *incongruencia interna* (160).

Por otra parte, decide otorgar, con cita expresa en los ap. 1 y 2 del art. 104 LJ, en relación con el 71.1.c) LJ, un *plazo de tres meses* al Gobierno para la ejecución de lo resuelto (FJ 10.º), tal y como recoge finalmente el Fallo, en su apartado 3.º (161).

Algún Voto Particular se pregunta el significado real de esta previsión (162). Pero, ante todo, se discute la validez de la base jurídica alegada por el Pleno (163).

---

(160) Para empezar, RODRÍGUEZ-ZAPATA entiende que la «Sala de lo contencioso-administrativo no puede otorgar medidas de gracia ni emplazar al Gobierno para que las otorgue». En su opinión, la Sala se ha apartado de la debida aplicación del sistema de fuentes del Derecho y se ha excedido en su jurisdicción, al anular una medida de gracia por un requisito no recogido ni por la Ley ni por la jurisprudencia «unánime de esta Sala».

Según la postura colectiva del VP de LESMES, la anulación de un indulto supone la sustitución del juicio del poder político encargado de apreciar la conveniencia de concederlo, o no, por la decisión judicial, que incurre, entonces, en exceso de jurisdicción. Alude al ATC de 5 de octubre de 1990 y al principio de división de poderes, para justificar que el art. 9.3 CE y el art. 24 CE no excluyen la existencia de actos de órganos constitucionales de máximo contenido político, no controlables respecto del fondo de la decisión en sede jurisdiccional, sino ante la instancia política correspondiente, pues ya se encuentran sometidos a al correspondiente «control social y político», que no debe ser asumido por los órganos judiciales aunque la decisión política «no les guste o venga precedida o provoque una gran alarma social», pues los eventuales excesos que pudiesen cometer serían difícilmente corregibles, y, en el caso del Tribunal Supremo, «cuando excepcionalmente proceda» a través del amparo constitucional.

PECES MORATE y DE ORO-PULIDO entienden que la Sentencia (cuyos primeros ocho Fundamentos Jurídicos comparten parcialmente) incurre en una *incongruencia interna*, pues tras, haber insistido en la *innecesariedad de motivación*, se remite, en su parte dispositiva a un texto en el que la «*motivación*» se exige de modo expreso. Por otra parte, también opinan que la Sala hubiera debido limitarse a emitir una resolución anulatoria, y dejar en manos de la *jurisdicción penal* lo referente al ingreso en prisión de la persona afectada, y en las del *Consejo de Ministros*, lo relativo a la conveniencia de concederle un nuevo indulto (eso sí, de *manera motivada*).

(161) Un plazo que comienza «a partir del acuse de recibo de su recepción por la Administración».

Sin entrar en el fondo de la cuestión procesal que se plantea, CÓRDOBA RODA y TORNOS MÁS aceptan, al respecto, la explicación proporcionada por el VP de DIEZ PICAZO («El indulto...», *ob. cit.*, p. 76). A juicio del Magistrado, se explica el sentido del Fallo en la «*innegable modificación jurisprudencial*» producida. Concede que se trata de una medida inusual, pero que también lo es la situación a la que ha de hacer frente, y que el art. 71.1.c) LJ deja margen para ello. Cree que es importante, en orden a la razonabilidad de la demora de la eficacia del Fallo, aceptar tal modificación jurisprudencial, pues la imprevisibilidad de ese deber de motivación implica que el vicio no es consecuencia de ignorancia o negligencia por parte del Gobierno, ni de los órganos o unidades administrativas dependientes. Añade que si el fallo estimatorio se limitase únicamente a dejar sin efecto el indulto, la Sentencia «*se expondría a ser tachada de desviarse del sistema de fuentes establecido*». Una objeción que, de todos modos, ya plantea RODRÍGUEZ ZAPATA, pero por otras razones.

(162) Según el VP de LESMES, no se llega a comprender bien el alcance del Fallo, pero duda que pueda llegar a corregir o mitigar, como pretende, los posibles efectos lesivos de la Sentencia en los derechos del indultado. En concreto, no quedaría claro el momento a partir del cual la anulación produce sus efectos, si el de la notificación de la sentencia o si queda sujeta a una «*condición suspensiva negativa*» que aplazaría su eficacia. Si se tratara de la sujeción a una *condición suspensiva negativa*, ésta permitiría, en caso de que en ese periodo de tiempo el Gobierno emitiese un nuevo Real Decreto razonado de concesión de indulto, evitar que la persona indultada quedara privada de libertad. A ello parece querer responder SUAY RINCÓN, cuando se inclina por la opción de considerar que se ha establecido un aplazamiento de la eficacia temporal de la sentencia. Así se ha interpretado también en la práctica.

(163) RODRÍGUEZ-ZAPATA entiende, además, que la posposición de la ejecución de la Sentencia se traduce, a su juicio, en una «medida de gracia» que interpreta como interferencia en el ámbito de la jurisdicción penal (equipara la medida al instituto que el Derecho anglosajón denomina «*reprieve*»), que, la LJ no permite a la jurisdicción contencioso-administrativa. Considera que los preceptos invocados por el FJ 10.º no resultan de aplicación. Menciona «por todas, sentencias de 29 de abril de 2009 (Casación 4089/2007) y de 24 de septiembre

Paradójicamente, tras haber argumentado acerca la necesidad de explicitación de las razones de la actuación gubernamental, la Sala no razona específicamente la opción concreta de tales preceptos. Ciertamente, la Sentencia hubiera debido ofrecer una motivación mayor sobre este concreto aspecto, dada la obligación explícitamente recogida en el art. 120.3 CE(164). Máxime, incluso, en un caso como el analizado, cuya resolución tiene una incidencia directa en la libertad de la persona indultada(165).

No cabe olvidar que, de acuerdo con el art. 33 LJ, el órgano judicial ha de juzgar «dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición»(166). En este caso, la parte recurrente formula

---

de 2008 (Casación 2114/2006) y de 7 de junio de 2005 (Casación 2492/2003)». Concluye que la Sala hubiera debido, sencilla y llanamente, desestimar el recurso (FJ 11.º).

También el grupo encabezado por LESMES SERRANO se plantea la validez del «sustento legal» invocado para el aplazamiento. Recuerda que, en este caso, el precepto aplicable sería el art. 71.1.(a), cuyo alcance se limita a la anulación, total o parcial o la orden de cesación o modificación de la actuación impugnada. Ahora bien, la sentencia relaciona el citado art. 104.2 con el art. 71.1.(c), que sólo resultaría aplicable a los actos o actuaciones debidas («jurídicamente obligatorias»),«nada más alejado de la esencia misma» de la concesión de un indulto. Por otro lado, no quedaría claro, para el caso de que el Gobierno dictara un nuevo acto razonado de concesión, si éste podría ser controlado por la vía de la arbitrariedad. Al estar en juego el ingreso en prisión de una persona, concluye que «tan singular pronunciamiento» requeriría «mayores precisiones y aclaraciones».

SUAY RINCON coincide con LESMES SERRANO en la dificultad de obtener una cobertura legal adecuada con la única invocación del art. 71 LJ. Argumenta que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva podría, tal vez, permitir la flexibilización de las previsiones de la LJ, pero no olvida la limitación que supone la pretensión de la parte recurrente. Opina que la decisión judicial podría basarse en un «amplio entendimiento» de las facultades de los órganos judiciales en orden a «la búsqueda de la solución justa en cada caso». Sin embargo, el problema es que la sentencia no ofrece razón alguna, de modo ni explícito, ni implícito, para extender el art. 71.1.(c) LJ «más allá de lo que resulta su ámbito propio y natural». Achaca, pues, un defecto de motivación a la propia resolución judicial.

PECES MORATE y DE ORO PULIDO observan que la «finalidad pretendida por el Pleno de la Sala» de evitar el inmediato ingreso en prisión del beneficiado por el indulto (aspecto que entienden reservado a la Jurisdicción Penal) «no autoriza a utilizar un precepto promulgado para otros fines».

(164) IGARTUA SALAVERRÍA estima que el precepto es de una «imperatividad pluscuamperfecta» (vid. *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 29). En el mismo sentido, se posiciona FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*, edit. Iustel, Madrid, 2005, pp. 121 y ss. Tal y como afirma NIETO GARCÍA, «no es suficiente la convicción del juez, sino que es preciso que, además, intente convencer a las partes» [(«Canon silogístico, canon de autoridad y canon factual (Sentencias del Tribunal Supremo de 28.2.2011 y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27.5.2009)», en la obra colectiva *Administración... ob. cit.*, p. 1849).

Subraya BERMEJO VERA que constituye una *conditio sine qua non* establecida directamente por la Constitución, que entronca con la racionalidad del ejercicio de la función jurisdiccional («El principio...», *ob. cit.*, p. 103). También COBREROS MENDEZONA recalca la relación del principio *iura novit curia* con «la interpretación y aplicación del Derecho como actividad necesariamente racional, motivada y no arbitraria, en el sentido de que los jueces deben resolver, precisa y exclusivamente, aplicando el Derecho (que los jueces naturalmente deben conocer) de manera argumentada y no de cualquier otra forma o, menos aún, recurriendo a cualquier otro criterio» («*iura novit curia*», en SANTAMARÍA PASTOR (Dir.), *Los principios... ob. cit.*, *ob. cit.*, p. 276).

(165) En tal sentido, la posterior Sentencia de 6 de junio de 2014, advierte, en su FJ 4.º, antes de entrar en la cuestión de fondo planteada que «las pretensiones que se formulan están relacionadas con derechos de la recurrente implicados en el cumplimiento de lo que resta de su condena e inciden en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, lo que exige de esta Sala una motivación y razonamiento especialmente reforzado [Conf., por todas, Sentencias de esta Sala de 23 de noviembre de 2001 (Casación 5441/1997) y del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 163/2002, de 16 de septiembre, FFJJ 5, 6 y Fallo]».

(166) La fundamentación que pretende desarrollarse a continuación valdría tanto si se mantiene que el objeto del proceso lo constituyen las pretensiones procesales que se ejercitan por la parte demandante y las que le

simplemente una *pretensión anulatoria*, mientras las partes demandada y codemandada solicitan la desestimación (en realidad, ello supone solicitar que el TS declare que el indulto es conforme a Derecho) (167). Por tanto, el juego combinado del *principio de congruencia* proclamado por el citado precepto, con la proscripción de indefensión y el principio *iura novit curia* podría abonar la interpretación efectuada por el Pleno (168).

Por otra parte, aunque la acción ejercitada por la parte recurrente con base en el art. 31.1 LJ, comúnmente suele ser *declarativa*, habría que reparar en que, en el presente caso, la anulación del Real Decreto acarrea la extinción de la situación jurídica individualizada creada por el mismo. La estimación de la pretensión constituye, *de facto*, una *decisión constitutiva*, cuyos efectos en relación con la libertad de la persona indultada trataría el Pleno de conciliar, con la aplicación del principio *favor libertatis* (169).

La exigencia de motivación (más concretamente, de *especificación de las razones de justicia, equidad o utilidad pública*), sin embargo, no era previsible por el Gobierno en el momento de la adopción del Real Decreto, como apunta algún Voto Particular, por lo que tal cambio de rumbo en relación con resoluciones judiciales precedentes, hubiera permitido justificar el fallo en el *principio de seguridad jurídica* (170).

En cualquier caso, de haber considerado que el fallo incurre en incongruencia *ultra o extra petita*, es posible que ni a la parte recurrente ni a la persona indultada les

---

opongan las partes demandadas (vid. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 13.ª edic., 2013, p. 627), como si se que el concepto «pretensión» se limita a la parte demandante (vid. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho...*, ob. cit., p. 888).

(167) Recuérdese, en cualquier caso, que la parte recurrente no sólo solicita que se anule el Real Decreto de concesión (Antecedente de Hecho 4.º), sino también el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 30 LI, tal y como puede comprobarse en el FJ 5.º de la Sentencia. Como hemos visto, el Tribunal concluye la constitucionalidad de la citada norma, pero, además anula el Real Decreto (desestimando la pretensión de nulidad derivada de la predicada inconstitucionalidad del citado art. 30). Se trata, en realidad, de una *estimación parcial*.

(168) Al respecto, puntualiza COBREROS MENDAZONA «que una cosa son las exigencias derivadas del principio de congruencia como manifestación del principio de disposición de las partes (lo que dependerá de la regulación que el legislador haga del proceso) y otra son las exigencias derivadas del derecho fundamental proclamado en el art. 24 CE; de manera que lo que el juez puede hacer depende del legislador, pero siempre tiene como límite a la Constitución (para salvaguardar de la indefensión) (...) A su vez, lo que el legislador puede limitar al juez (por un entendimiento muy extensivo del principio dispositivo) tiene también su límite último en la Constitución (para salvaguardar la tutela judicial efectiva). Estos márgenes son los que acotan el ámbito de posible aplicación del *iura novit curia*». («Lura...», ob. cit., pp. 294).

(169) Recuérdese el FJ 4.º de la STS de 06 de junio de 2014, recientemente citado.

Aunque el principio *favor libertatis* (extensamente desarrollado en el ámbito penal) no haya sido normativizado con carácter general en el ámbito del Derecho Administrativo, probablemente como consecuencia del art. 25.3 CE, FERNÁNDEZ VALVERDE observa que se encuentra presente también en éste, por su estrecha relación con otros principios más habituales en la normativa jurídico-administrativa, como los de *proporcionalidad, de ponderación y de precaución*. Así, el principio ha sido invocado por la jurisprudencia contencioso-administrativa en relación con los *derechos fundamentales* y, de modo específico, en la aplicación del derecho de asilo, bajo la denominación de principio *in dubio libertas*, cuando el TS entiende que se encuentra ante una *situación limitativa de la libertad* («El principio *favor libertatis*», en SANTAMARÍA PASTOR (Dir.), *Los principios...*, ob. cit., 799 y ss.).

(170) En un análisis de los estándares de seguridad jurídica en la aplicación judicial del Derecho, BERMEJO VERA asegura que «la interpretación expansiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en todas sus vertientes, sin formalismos enervantes, favorece también la efectividad del principio de seguridad jurídica. Sin tutela judicial efectiva, en el sentido sustantivo del concepto y no de la mera formalidad del acceso a los Tribunales, no hay verdadera protección de derechos e intereses y, consiguientemente, no hay seguridad jurídica» («El principio de seguridad jurídica», en SANTAMARÍA PASTOR (Dir.), *Los principios...*, ob. cit., pp. 101).

hubiese podido interesar plantear un *incidente de nulidad de actuaciones* contra la concreta resolución judicial (la primera, porque ha logrado ya la anulación del Real Decreto y la segunda porque, a pesar de ello, la Sentencia no llega a privarla de libertad) (171).

Por lo que se refiere a la alegación de *exceso de jurisdicción*, por corresponder a la jurisdicción penal lo relativo a la ejecución, no cabe ocultar que a este orden corresponde la ejecución del propio indulto. Sin embargo, la ejecución de la sentencia adoptada en sede contencioso-administrativa corresponde a los órganos de este mismo orden jurisdiccional, y en este caso concreto, al propio TS, el cual ha conocido del asunto en única instancia (art. 103.1 LJ) y que, en este sentido, no sólo el Ministerio de Justicia (incluso, el propio Gobierno), sino también el Tribunal sentenciador penal están obligados a prestar la colaboración requerida «para la debida y completa ejecución de lo resuelto» (art. 103.3 LJ).

Finalmente, aunque sólo sea para mostrar que no todas las opiniones han sido contrarias a la discutida previsión, queda añadir que la Magistrada PICÓ LORENZO, no sólo manifiesta su conformidad con el mismo, sino que defiende, en los Votos Particulares presentados a las Sentencias de 30 de enero y 6 de junio de 2014, que también hubiera debido otorgarse el mismo plazo temporal al Gobierno para motivar la denegación.

## V. Comentario final

Este trabajo ha pretendido ceñirse al concreto ámbito del control en sede contencioso-administrativa de la actuación del Gobierno en materia de indulto. Es evidente que éste no es el «*único*» control practicable sobre este tipo de decisiones gubernamentales, sino que es «*uno más*» de entre los potencialmente previstos al respecto por el ordenamiento jurídico, en sede judicial —recuérdese que también cabe el control penal—, constitucional o parlamentaria. A los citados *controles juridificados*, ejercitados por el resto de los poderes previstos en la CE y por el órgano encargado de controlar la aplicación de esta última, cabe añadir un *control no juridificado*, el *control social*, facilitado (mediatizado, incluso), entre otros, por el denominado *cuarto poder*.

Se ha analizado en los apartados precedentes el contenido de la STS de 20 de noviembre de 2013, al hilo de lo cual se ha procurado indicar la tendencia que se adivina de las posteriores resoluciones del Alto Tribunal en la materia. Las citadas decisiones judiciales reflejan, como ha podido constatarse, una variedad de problemas y matices que un trabajo de estas dimensiones no permite, en el mejor de los

---

(171) CARRASCO DURAN subraya la ineficacia del incidente de nulidad de actuaciones en la tutela de todos los derechos fundamentales y como filtro para el acceso al recurso de amparo (vjd. «La tutela de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones», *REDC*, núm. 95, 2012, pp. 65 y ss.).

Cabe apuntar que últimamente se ha producido una revisión de la doctrina constitucional sobre la necesidad de interposición de un incidente de nulidad de actuaciones, para poder considerar agotada la vía previa al recurso de amparo constitucional, pues la STC 216/2013, de 19 de diciembre, estima que no es necesario el citado incidente cuando el objeto del proceso consista en el estudio de la lesión directa del derecho fundamental que se considera vulnerado, consecuencia de la revocación de las sentencias de las instancias previas [vjd. GÓRRIZ GÓMEZ, B., «Modificación de la doctrina constitucional sobre la necesidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo (STC 216/2013, de 19 de diciembre)», *Diario La Ley*, núm. 8275, 2014].

casos, sino analizar superficialmente, y suscitan otra pléyade de cuestiones, de incluso mayor interés.

La primera conclusión que se extrae del antedicho análisis es que el tratamiento doctrinal (especialmente en el área del Derecho Administrativo) relativo a los actos de gobierno dictados en materia de indulto padece habitualmente de una carencia en su punto de partida, pues los diversos planteamientos delatan una atención prácticamente exclusiva los supuestos de *iniciativa particular*, olvidando que ésta es, conforme a la propia Ley de Indulto y la normativa penitenciaria, *sólo una* de las posibilidades de iniciativa del procedimiento. Un mismo tipo de acto de gobierno puede haber derivado de tramitaciones previas diversas, lo cual dificulta la construcción de criterios generales válidos, pues el juego de la relación entre los distintos poderes se desarrolla a partir de premisas distintas y es posible que problemas jurídicos que se suscitan ante tramitaciones derivadas de un tipo de iniciativa no se planteen en otros.

Aun tratándose de un acto del Gobierno, tanto la concesión como denegación de un indulto, requieren la toma en consideración de su específica y particular naturaleza.

La doctrina elaborada en este ámbito tras la modificación de la Ley de Indulto en 1988, mediatizada por el entonces vigente art. 2.(b) de la LJ de 1956, y, por otro, el carácter sesgado (debido, precisamente, a la citada doctrina) de las moderadas pretensiones que ha llegado a analizar, han llevado a la Sala Tercera del Tribunal Supremo a limitarse a estudiar alguno de los elementos reglados de la concesión o denegación de indulto, manteniendo prácticamente estáticas (bajo la óptica que las considera como «*acto no debido*») y de la inexistencia de un derecho a la obtención del indulto) sus posiciones durante un cuarto de siglo, sin que el tipo de iniciativa origen de la concesión o denegación del mismo haya contado al respecto.

Dejando de lado la necesidad de motivación, las pretensiones relativas a elementos reglados han sido analizadas principalmente como infracciones de procedimiento y rechazadas en su práctica totalidad. A este respecto, la STS de 20 de noviembre de 2013 supone un asentamiento de la práctica del control de los elementos reglados.

Tras el viraje que la misma resolución efectúa en relación con la anterior postura sobre la necesidad de motivación (172), el Tribunal Supremo comienza a admitir recursos planteados por la vía especial de protección jurisdiccional de derechos fundamentales, aunque las pretensiones, que alegan infracciones relacionadas con los mismos, han recibido la respuesta desfavorable de la Sala 3.<sup>a</sup>. En cualquier caso, la pura admisión a trámite de tales recursos ya constituye un elemento remarcable, no sólo porque supone la puesta en práctica del análisis de la protección de los derechos fundamentales en relación con estos concretos actos de gobierno, prevista en el art. 2.(a) LJ, sino también por ser ésta la vía que permite acceder a las personas interesadas al amparo del TC.

Queda inédita, en lo que se refiere a las resoluciones judiciales dictadas a partir de la vigencia del citado art. 2(a) LJ, la cuestión de la responsabilidad patrimonial por lesiones ocasionadas como consecuencia de las decisiones gubernamentales relativas

---

(172) Como advierte el VP liderado por LESMES SERRANO, la interpretación de la Sentencia refleja «cuando menos un criterio nuevo y supone sin duda un cambio jurisprudencial sustantivo», que a pesar de no tratarse «propriadamente» de un cambio normativo, exige ser «especialmente cauteloso cuando puede afectar en el caso que se juzga a determinados derechos del justiciable como aquí acontece».

a indulto en el ámbito de las concretas personas afectadas. Cuando el indulto se otorga en atención a las dilaciones indebidas producidas en el previo proceso, cabe anudar tal responsabilidad, evidentemente, al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (173). Sin embargo, cuando el nexos causal se liga directamente a la decisión gubernamental sobre indulto, no cabe ocultar que la determinación de la antijuridicidad del daño resulta realmente espinosa (174).

El mantenimiento o restauración del «delicado equilibrio de relación institucional entre poderes» en el que ha de basarse la gracia es una tarea que indudablemente corresponde al Tribunal Constitucional (STC 45/1990). Tampoco se cuestiona, por otra parte, que el Poder Ejecutivo ejerce un poder formalmente legítimo (175). La tarea de la jurisdicción contencioso-administrativa (en realidad, del Tribunal Supremo) es la de *controlar* en el concreto ámbito que le corresponde [es decir, dentro de los límites del art. 2.(a) LJ] que los actos de gobierno se atienen al ordenamiento jurídico.

Indudablemente, una adecuada «reconstrucción dogmática» del Poder Ejecutivo coadyuvaría a facilitar la labor del TS (176). Sin embargo, en tanto aquella se consume, la directa repercusión que las decisiones sobre derecho de gracia pueden llegar a tener sobre derechos fundamentales exige afinar la argumentación del control judicial.

Creo que este artículo deja entrever un largo recorrido dirigido a «convertir la metafísica en técnica» en materia de indulto y que posiblemente quede aún mucho más por recorrer (177).

El propio Demetrio LOPERENA comentó alguna vez que tenía por costumbre preguntar en sus clases el *porqué* de cada noción o institución, pues la indagación sobre

---

(173) Vid. COBREROS MENDAZONA, *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, edit, IVAP-Civitas, 1998, pp. 36 y ss.

(174) Recuérdese que la sentencia pone en práctica el *test de racionalidad*. Aunque con las necesarias reservas con que procede razonar en el campo del derecho de gracia, conviene aludir que, a efectos de la responsabilidad patrimonial derivada de la actividad administrativa, MUÑOZ GUIJOSA relaciona el margen de racionalidad y razonabilidad con el canon de juridicidad del daño (vid. «Reflexiones en torno a la doctrina de la racionalidad y razonabilidad de la conducta administrativa en la responsabilidad patrimonial por anulación de acto administrativo», en GARCÍA DE ENTERRÍA y ALONSO GARCÍA, *Administración...*, ob. cit. p. 1787).

(175) LEGUINA VILLA recuerda que «(e)n el marco de las lícitas opciones constitucionales, esta capacidad de transmutar en públicos los intereses sociales corresponde en primer término al legislador (al legislador estatal o autonómico, según el orden de distribución de competencias); y, en segundo lugar, de acuerdo con lo que las leyes dispongan, corresponde también a los órganos de gobierno en el ejercicio de la función de dirección política que les ha sido encomendada por el texto constitucional y los Estatutos de Autonomía. En ello radica la diferencia última entre Gobierno y Administración. El Gobierno recibe su legitimidad y sus poderes de los electores, lo que lo configura esencialmente como un órgano político que, con respeto a la Constitución y a las leyes, puede regirse lícitamente por concepciones ideológicas y directrices de partido», en «Algunas ideas sobre la Constitución y la huída del Derecho Administrativo», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 19, 1995, pp. 11-12).

(176) PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, 2.ª edic, edit. Ciudad Argentina, Buenos Aires-Madrid, 2003, pp. 145-146.

(177) GARCÍA ENTERRÍA estima que el papel del jurista en «el gran concierto de las ciencias sociales» es la «conversión de la metafísica en técnica» (en la archiconocida *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, edit. Civitas, p. 12).

sus razones y finalidades permitía inferir, en cadena, otras nociones e instituciones. Este trabajo ha intentado, al menos, analizar las razones del Tribunal Supremo (178): las que exige, las que aporta y las que hubiera podido ofrecer.

Trabajo recibido el 26 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

---

(178) En el mismo sentido, *vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., «Sobre el derecho y el quehacer de los juristas: dar y exigir razones», en LÓPEZ MENUDO, F. (Coord.), *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al Profesor Alfonso Pérez Moreno*, edit. Iustel, Madrid, 2011.

A propósito de las razones que ofrece últimamente el Gobierno a la hora de conceder los indultos, los acuerdos de concesión adoptados el día 11 de julio de 2014 (Reales Decretos 618/2014 a 621/2014), en comparación con otros acuerdos recientes (*vid.* RRDD 385/2014 a 392/2014, todos ellos de 30 de mayo de 2014) han incorporado, con independencia de haberse o no seguido la vía del art. 4.3 CP, un inciso que contiene una remisión específica a la documentación del expediente:

«Visto el expediente de indulto de (...) en el que se han considerado los informes del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal, estimando que, atendiendo a las circunstancias del/de la condenado/a y de acuerdo a la información que obra en el citado expediente, concurren razones de justicia y equidad, a propuesta del Ministro de Justicia y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día (...)».

**LABURPENA:** Auzitegi Gorenari indultu partzialaren gaian Gobernuak garatutako jardunaren izaera juridikoa zehazteko aukera eman dio bere Hirugarren Salaren Osokoak 2013ko azaroaren 20an adostutako Epaiak. Izaera juridiko hori oinarritzat harturik, administrazio-azien jurisdikzioak gara dezakeen kontrola aztertuko du ondoren: bereziki, elementu arautuen teknikaren bidez gauza dezakeena [LJren 2(a) art.]. Eremu honetan, Indultu Legeari buruz Auzitegi berak egin izan duen interpretazioa iragazi, eta joera berria ezarriko du, gai berean jarraian argitaratutako epaietan berretsia dirudiena.

**HITZ GAKOAK:** Grazia-eskubide. Gobernu-egintza. Motibazioa. Justizia, ekitate edo onura publikoko arrazoiak. Irizpidekotasuna. Arbitrariotasunaren debekua.

**RESUMEN:** La Sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2013 ofrece al Tribunal Supremo la oportunidad de precisar la naturaleza jurídica de la actuación del Gobierno en materia de indulto, para analizar posteriormente la extensión del control practicable en sede contencioso-administrativa, de modo especial, a través de la técnica de los elementos reglados [art. 2(a) LJ], un ámbito en el que tamiza la lectura de la Ley de Indulto que venía realizando el propio órgano judicial. Marca, así, una nueva tendencia que parece confirmada en sentencias posteriores.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de gracia. Acto de gobierno. Motivación. Razones de justicia, equidad o utilidad pública. Discrecionalidad. Interdicción de la arbitrariedad.

**ABSTRACT:** The judgment by the Third Section plenary of the of the Supreme Court from November 20th of 2013 gives the Supreme Court the chance to establish the legal nature of the Government action regarding the pardon, in order to analyze subsequently the extension of the control to be carried out by the contentious-administrative jurisdiction, specially by means of the technic of the regulated elements [art. 2(a) LJ], a field where it weights up the reading of the Act of Pardon that used to do the same judicial body. It marks therefore a new tendency that seems to be confirmed in later judgments.

**KEYWORDS:** Right to pardon. Act of government. Motivation. Reasons of justice, equity or public utility. Discretionality. Prohibition of arbitrariness



# Duplicidades, concurrencias e ineficiencias en el entramado institucional vasco

Iñigo Urrutia Libarona

**Sumario:** I. Introducción: objetivo y método.—II. Qué son las duplicidades. II. 1. Consideraciones generales sobre el concepto de duplicidad. II.2. El tratamiento de las duplicidades en la legislación.—III. Ámbitos críticos para las duplicidades e ineficiencias. III.1. La delimitación competencial. III.1.A. Vulnerabilidad de las competencias autonómicas. III.1.B. Articulación competencial interna y concurrencias. III.2. Capacidad de fomento en el desarrollo económico y social. III.3. Competencias municipales impropias y cláusulas universales de competencias. III.4. Sector público instrumental.—IV. Instrumentos de corrección.—V. Conclusiones y propuestas

## I. Introducción: objetivo y método

La crisis económica iniciada en 2008 ha marcado el pulso de los análisis sobre eventuales duplicidades y ha funcionado como motor de las reformas de la organización administrativa, especialmente en el ámbito de la Administración del Estado. El control del déficit público ha sido el *leitmotiv* de las reformas de la organización pública que comenzarían en 2010 (1), y que encontrarían una base más firme tras la modificación constitucional del artículo 135 CE en septiembre de 2011, en el que se establece la prohibición de que el Estado y las CCAA incurran en un déficit estructural superior al fijado por la UE (2),

---

(1) Con vistas a afrontar los problemas derivados de la crisis económica el Consejo de Política Fiscal y Financiera de de 22 de marzo de 2010 adoptó el Acuerdo Marco con las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía sobre sostenibilidad de las Finanzas Públicas para el período 2010-2013, plasmando compromisos de contención del déficit. Tales compromisos serían objeto de modificación en términos más restrictivos en la sesión del Consejo de 15 de junio de 2010, rebajando el déficit de las CCAA, y estableciendo medidas de reestructuración del sector público como forma de obtener ganancias de eficiencia, contención del gasto y ahorro. Véase el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

(2) Sobre el alcance de la reforma del artículo 135 CE, entre otros, BASSOLS COMA, M., «La reforma del artículo 135 CE y la constitucionalización de la estabilidad presupuestaria: el proceso parlamentario de elaboración de la reforma constitucional» *Revista Española de Derecho Administrativo* n.º 155, 2012, pp. 21-41. También en tono crítico ALBERTÍ ROVIRA, E., «La reforma del artículo 135 CE», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 93, 2011, p. 167 ss. y GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J., «La reforma del artículo 135 de la Constitución española», *Revista de Administración Pública*, n.º 187, 2012, p. 40. Véase también EMBID IRUJO, A., *La constitucionalización de la crisis económica*, lustel, Madrid, 2012, pp. 70 ss.

a la que seguirían intensas medidas de ajuste que alcanzarían al reparto competencial (3).

Desde un enfoque exclusivamente economicista (4) la hipótesis que se plantea es que el hecho de que dos o más Administraciones Públicas actúen sobre un mismo ámbito en concurrencia supone una duplicidad y, por tanto, una disfunción competencial que ha de ser enmendada ya que ello no resulta económicamente eficiente. Esta es la orientación que se aprecia tanto en el «Programa Nacional de Reformas de 2012», aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2012 (5), como en el Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) (6) de 19 de junio de 2013, que incluye un total de 217 propuestas de medidas, la mayoría de las cuales se dirigen a eliminar duplicidades con las Comunidades Autónomas (CCAA). Pese a la centralidad que ocupa el análisis y la detección de duplicidades en este informe, el concepto de duplicidad no se define en el mismo. El informe CORA parte del criterio «una administración una competencia» con lo que el concepto de duplicidad se ensancha de forma desmesurada, planteándose que por parte de órganos estatales se asuman funciones realizadas por órganos autonómicos (7).

---

(3) A ello me he referido en el trabajo «Crisis económica, estabilidad presupuestaria y recentralización de competencias» en Alba Nogueira Lopez (dir), *Los derechos sociales en la crisis: la crisis de los derechos sociales* (en prensa). Véase también VIVER PI-SUNYER, C., «El impacto de la crisis económica global en el sistema de descentralización política en España» *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals* n.º 13, 2011, pp. 146-185; VIVER PI-SUNYER, C. y MARTIN, G., «El proceso de recentralización del Estado de las autonomías» en *Informe IEB sobre Federalismo Fiscal '12*, Institut d'Economia de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 46; y ALBERTÍ ROVIRA, E., «El impacto de la crisis financiera en el estado autonómico español» *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 98, 2013, p. 69.

(4) Una crítica temprana a este planteamiento en LOPERENA ROTA, D., «Duplicidades e ineficiencias administrativas» *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º. 2, 2012, pp. 11 ss.

(5) El programa Nacional de Reformas de 2012, aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de abril de 2012, incluyó entre sus 5 ejes principales uno dirigido a la modernización de las Administraciones Públicas y de los servicios públicos, apuntando, entre otros medios, la eliminación de duplicidades y la clarificación de las competencias de las Administraciones Públicas. El Programa preveía ciertas medidas para la consecución de tal fin, como la racionalización del número de entidades locales y sus competencias, la supresión de estructuras existentes en las CCAA en la medida que supusieran duplicación de los existentes en el Estado y la simplificación de la organización de las oficinas comerciales y de promoción exterior (pp. 22 y 95). Previamente sería aprobada la Orden TAP/700/2011, de 17 de marzo, por el que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de marzo de 2011, por el que se aprueban los programas y políticas públicas objeto de evaluación por la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios en 2011, cuyo punto 4 dispuso que «La Agencia realizará un informe relativo a la eliminación de posibles duplicidades, solapamientos e ineficiencias del Estado Autonómico».

(6) La Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA) se creó mediante el Acuerdo del Consejo de Ministros de 26 de octubre de 2012. La CORA está adscrita al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a través de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas. Por su parte, el Real Decreto 479/2013, de 21 de junio, creó la oficina para la ejecución de la reforma de la Administración (OPERA), con el objetivo de velar por la ejecución de las medidas incluidas en el informe CORA, asumir su seguimiento, impulso, coordinación y evaluación permanente, así como formular nuevas propuestas. En el seno de la CORA se crearon cuatro subcomisiones: duplicidades administrativas, simplificación administrativa; gestión de servicios y medios comunes, cuyo objetivo es identificar las actividades de gestión que, por ser similares pueden desempeñarse de forma centralizada; y Administración Institucional que analiza los entes instrumentales y propone modificaciones generales y medidas singulares en este ámbito.

(7) *Vid.* Informe de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), de 19 de junio de 2013, p. 15 donde se especifica que: «este es el caso de las competencias atribuidas a los Tribunales de Cuentas, Agencias de Protección de Datos, Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, Tribunales Adminis-

Esta formulación resulta excesivamente lineal en la medida que, como veremos, las concurrencias funcionales son, en la gran mayoría de los casos, el resultado de una decisión constitucional, estatutaria o legal, lo que exige que desechemos la idea de que toda duplicidad ha de considerarse fruto de una disfunción competencial. En todo caso, el enfoque sustentado exclusivamente en la contención del gasto público plantea ciertas cuestiones que han de ser objeto de reflexión a fin de centrar adecuadamente el estudio que aquí nos proponemos realizar: en primer lugar, se parte de una hipótesis que condiciona el resultado, ya que en la medida que las duplicidades se valoren como algo negativo el resultado no puede ser otro que el desapoderamiento de ciertos poderes públicos con el fin de suprimir aquellas; en segundo lugar, si se asume el criterio de la economía de escala sin mayor corrección, surge el riesgo de la centralización en cadena y con él, el de la limitación de la autonomía y la democracia; y en tercer lugar, el planteamiento lleva a considerar otra cuestión importante, y es que la mayoría de los servicios a los que se achacan duplicidades tienen que ver, precisamente, con ámbitos de gestión de servicios asociados al Estado del bienestar (servicios sociales, sanidad, vivienda...), con lo que la acción anti-duplicidad plantea también el riesgo de afectar a la garantía de los derechos sociales.

El análisis de las propuestas del informe CORA lleva a considerar que la lucha contra las duplicidades se dirige exclusivamente a reducir el gasto público en el menor tiempo posible, lo que más que reformar supone adelgazar o reducir. Son ajustes y no reformas lo que se nos propone. El objetivo no es tanto lograr un nuevo modelo de Administración Pública más eficiente y colaborativo, más eficaz en definitiva(8), sino lograr una Administración más reducida sin la debida consideración al reparto competencial(9). En pos de una pretendida eficiencia solo se busca el ahorro, y a través del ahorro el recorte. Prácticamente todas las propuestas son reductivistas, pero reducir no es reformar. El resultado no puede ser otro que una minoración del conjunto del poder territorial y el debilitamiento de la Administración Pública, lo que a medio plazo aboca a una mayor ineficacia(10).

Si nos planteamos si este modelo resulta adecuado en nuestro caso, la respuesta sería a mi juicio negativa. El verdadero reto que se plantea a las Administraciones Públicas vascas no es tanto el de la reducción y el recorte sino el de ganar eficacia sobre la base del ejercicio leal del reparto competencial interno pero ejerciéndolo de forma más colaborativa. Sobre estas bases, el objetivo de este estudio es plantear ciertas reflexiones sobre las medidas que cabría articular a fin de que el funcionamiento de nuestro entramado institucional interno resulte más eficaz y eficiente. En

---

trativos de Recursos Contractuales, agencias de evaluación del ámbito universitario, agencias autonómicas de la energía, agencias de meteorología, órganos de inspección de aeropuertos, institutos de opinión, institutos o servicios cartográficos, órganos de defensa de la competencia, entre otros».

(8) *Vid.* QUESADA LUMBRERAS, J.E. «Las propuestas de reforma de las administraciones públicas» en F.A. Castillo Blanco (dir), *La reforma del sector público*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 2014, p. 60.

(9) Como luego se verá, la viabilidad jurídica de este planteamiento puede resultar diferente según se trate (o no) de CCAA sujetas a planes de ajuste y de estabilización. Se refiere al «mito de las duplicidades» tras el cual se esconde un interés en debilitar la autonomía de las CCAA y fortalecer el Estado central GARRIFO MAYOR, G., «La crisis económica y el mito de las duplicidades» *Revista española de la función consultiva* n.º 17, 2012, pp. 63-68.

(10) *Vid.* SANCHEZ MORON, M. «Ajustes y reformas en el empleo público: situación actual y perspectivas» en J.A. Fuentejara y J. Cantero (dir), *Crisis económica y función pública*, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 36-37.

otras palabras quisiéramos esbozar algunos desafíos a los que el proceso de institucionalización interna, siempre en constante evolución, ha de hacer frente desde la perspectiva funcional (funcionamiento administrativo) (11).

La reflexión que queremos plantear viene condicionada por su finalidad, a saber, que el entramado institucional vasco, en su conjunto, sirva con objetividad al interés general de procurar un desarrollo humano, personal y social, sostenible en los territorios vascos. La traslación de ese objetivo al plano organizativo debiera realizarse sobre la base de varias ideas fuerza: una visión centrada en la ciudadanía, lo que exige que las Administraciones actúen colaborativa y coordinadamente aprovechando la generación de sinergias y evitando solapamientos y duplicidades; la búsqueda de coherencia y la complementariedad a la hora de elaborar, aplicar y evaluar las políticas públicas de nuestros poderes públicos; el diseño de políticas más transparentes y participativas; la racionalización de estructuras y de procedimientos; una mejora en los servicios públicos optimizando la eficacia y eficiencia en la actividad pública, y minorando costes sin que ello conlleve la disminución en la calidad de los servicios prestados; y la consecución de los objetivos con el coste económico más racional, reforzando la colaboración y la coordinación interinstitucional.

Una vez aclarado cuál es el objetivo que nos planteamos, cerraremos el encuadramiento del estudio desde la perspectiva negativa. En primer lugar se ha de advertir que a través del análisis de las duplicidades e ineficacias no pretendemos plantear una reconsideración de nuestro entramado institucional desde la perspectiva subjetiva. Se trata de debates distintos y los procesos de discusión de los mismos también han de serlo. Tratar de modificar la estructura jurídico-institucional de la Comunidad Autónoma de Euskadi, vertebrada a través de tres niveles institucionales, tras el velo de la lucha contra las duplicidades e ineficiencias resultaría erróneo e, incluso, escasamente operativo para quien lo planteara así. Y es que, el consenso que existe sobre la superación de las ineficiencias no se traslada al relativo al modelo institucional, de ahí que al unir ambas cuestiones se corre el riesgo de obstaculizar los pasos para acometer lo primero. Nuestro modelo institucional no es un modelo inmutable, pero la eventual reconsideración del mismo exigiría unos consensos políticos y sociales que no se aprecian en la actualidad. Más al contrario, se trata de un modelo socialmente bien arraigado cuyos resultados en clave de bienestar y de desarrollo del país son contrastables. En todo caso, una tal reconsideración exigiría actuar sobre la base de cauces y procedimientos diferentes a los que conduce el análisis de las duplicidades y las ineficiencias.

En segundo lugar, también conviene advertir que analizar la cuestión de las duplicidades e ineficacias desde la exclusiva perspectiva de la eficiencia económica resultaría una visión parcial y pacata de la materia. La eficiencia en el uso de los recursos públicos es un principio que se ha de perseguir. Ahora bien, tras el debate de las duplicidades y de las ineficiencias también se encuentra la cuestión capital de la cali-

---

(11) Desde ese punto de vista, la clave se encontraría en hallar modelos de cooperación entre entidades territoriales mucho más funcionales y más eficientes que los que existen en la actualidad. La idea no es la de imponer un modelo de relación institucional basado en la imposición y la sumisión (o la mera ejecución de políticas ajenas al que parecemos estar abocados), sino establecer un marco de relaciones y unos instrumentos que faciliten la cooperación, las visiones compartidas de los problemas, el análisis, debate y estudio de las posibles vías de solución, la evaluación de las políticas, la eficiencia del uso de los recursos públicos a la hora de ejecutarlas y la mejora en la eficacia administrativa desde la perspectiva ciudadana.

dad y de la cualidad de la autonomía(12): la autonomía política de las CCAA, la garantía institucional de la foralidad(13) y la autonomía local. Y es que las duplicidades también plantean problemas importantes desde la perspectiva competencial. La falta de sistemas eficaces de control sobre el alcance de las competencias afecta al núcleo de la autonomía y a la calidad de la misma. Entendemos que lo determinante para valorar el grado y la calidad de la descentralización y el poder real de cada uno de los poderes públicos es la forma en la que se concreta jurídicamente. Al hilo de esta consideración no está de más apuntar que, en la actualidad, el elemento que mejor define y asegura la calidad de la autonomía (y quizás también de la soberanía) es la capacidad de entablar relaciones de cooperación con otros poderes públicos.

Finalmente resta apuntar que en esta reflexión no se parte de cero. Además de los dos informes sobre la materia redactados por impulso del Gobierno Vasco de los que nos serviremos en este estudio(14), se han planteado importantes iniciativas legislativas, básicas para nuestro autogobierno, que prevén cambios significativos en la institucionalización interna, en las formas de operar y en las relaciones entre Administraciones Públicas. Entre otros, nos referiremos al anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi(15) (que prevé modificaciones en la Ley de Territorios Históricos) y al Proyecto de Ley de la Administración Pública Vasca(16), que cuenta con previsiones sobre la colaboración y coordinación interadministrativas e introduce significativas novedades en cuanto a la composición y coherencia del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi(17) así como en relación con la planificación, ges-

---

(12) Sobre esta cuestión, VIVER PI-SUNYER, C. y MARTÍN, G., «El proceso de recentralización del Estado de las autonomías» en *Informe IEB sobre Federalismo Fiscal*'12, Institut d'Economia de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 45.

(13) Sobre la caracterización de los regímenes forales como garantías institucionales amparadas por la Constitución, véase STC 76/1988, de 26 de abril, FJ 4.

(14) El primero se redactó en el marco de la IX Legislatura, titulado «Informe sobre duplicidades e ineficiencias en las Administraciones Públicas Vascas» (septiembre de 2011). Este informe vendría a dar respuesta a la enmienda transaccional aprobada por el Parlamento Vasco en la que instaba al Gobierno a «remitir a la cámara, en un plazo no superior a 6 meses, un informe que analice las duplicidades a evitar y su impacto económico asociado en las administraciones públicas vascas, aplicando los criterios de austeridad, eficacia y eficiencia». Se trató de una iniciativa pionera en el Estado, aunque limitada al análisis de los solapamientos en la acción de la CAPV, de los TTHH y de las entidades Locales. El informe analizó trece políticas públicas.

El segundo informe se elaboró en la X Legislatura, titulado «Informe sobre Análisis y Funcionamiento Institucional en la Comunidad Autónoma de Euskadi» siendo redactado bajo la dirección del Departamento de Administración Pública y Justicia. El Informe sería aprobado por el Gobierno Vasco el 4 de febrero de 2014. Este informe analiza, contrasta y completa el documento sobre «duplicidades e ineficiencias» de la legislatura precedente. Se ha de destacar que este segundo informe no se ciñe al ámbito institucional interno de la CAPV, edificado sobre los tres niveles de gobierno a los que se circunscribía el anterior —instituciones comunes, forales y municipales—, sino que añade al estudio, también el nivel institucional de la Administración del Estado siguiendo el mandato del Parlamento Vasco (*Vid.* Proposición no de ley del Parlamento Vasco de 24 de enero de 2013).

(15) Las versiones del Anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi que se han utilizado son tanto la que lleva fecha de 1 de julio de 2014 (se trata de la versión sometida a información pública) como la posteriormente publicada en la web irekia ([https://www.irekia.euskadi.net/assets/attachments/704/Anteproyecto\\_de\\_Ley\\_Municipal\\_de\\_Euskadi.pdf?1289499082](https://www.irekia.euskadi.net/assets/attachments/704/Anteproyecto_de_Ley_Municipal_de_Euskadi.pdf?1289499082) último acceso 30 septiembre 2014).

(16) El Proyecto de Ley de la Administración Pública Vasca ha sido aprobado en Consejo de Gobierno Vasco el 16 de septiembre de 2014.

(17) Título II del Proyecto de Ley de la Administración Pública Vasca.

tión y evaluación de políticas públicas(18). También se han de destacar los estudios instados por el Gobierno Vasco y las Diputaciones Forales relativos al redimensionamiento de sus correspondientes sectores públicos(19), y los realizados por otras CCAA(20).

## II. Qué son las duplicidades

Una primera cuestión que conviene aclarar es qué hemos de entender por duplicidades. Comenzaremos con unas consideraciones generales para después analizar su tratamiento normativo.

### II.1. Consideraciones generales sobre el concepto de duplicidad

De acuerdo con el sentido del término duplicidad, debiéramos entender por duplicidad funcional administrativa la ejecución simultánea de una misma actividad, servicio o prestación realizada por dos o más Administraciones Públicas sobre el mismo espacio territorial y las mismas personas(21). Expresado de forma más precisa, se produce una duplicidad funcional cuando: a) dos o más entes territoriales (Estado, Comunidad Autónoma, Territorios Históricos, Municipios), b) ejercen las mismas funciones públicas, c) sobre las mismas materias competenciales, d) en un ámbito territorial coincidente o con relación a las mismas personas y e) con la finalidad de satisfacer la misma necesidad social.

Atendiendo al ámbito en el que se produce la concurrencia, pueden distinguirse, de un lado, las duplicidades normativas, que se originan cuando coexisten normas de distinta procedencia sobre las mismas materias y con aplicación sobre el mismo territorio (el ejemplo paradigmático lo constituyen las normas que desarrollan las competencias compartidas). De otro lado estarían las duplicidades ejecutivas que, a su vez, pueden ser funcionales (mismo tipo de servicios o de actividades prestadas a los mismos ciudadanos) u organizativas (a través de órganos a los que se encomiendan los mismos cometidos). A este último respecto interesa observar que, de acuerdo con la normativa, la duplicación de órganos administrativos dentro de una misma Administración Pública es jurídicamente posible siempre que se suprima o se restrinja

---

(18) Título III del Proyecto de Ley de la Administración Pública Vasca.

(19) Véase el Acuerdo por el que se aprueba la estrategia para el redimensionamiento y racionalización del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi (aprobado por el Gobierno Vasco, en sesión celebrada el día 30 de julio de 2013).

(20) Otras Comunidades Autónomas han analizado también la cuestión de las duplicidades funcionales y organizativas principalmente desde una perspectiva interna, aunque pocas han incluido el nivel representado por la Administración del Estado. Entre estas últimas destacaríamos el Informe «sobre las duplicidades funcionales y organizativas entre el Estado y la Generalitat de Catalunya: problemas competenciales y de eficiencia» redactado por el Instituto de Estudios Autonómicos de Cataluña en octubre de 2012.

(21) Esta es la definición que utilizó el Anteproyecto de Ley Municipal vasca sometido a información pública en su artículo 16.3; la versión posterior publicada en *Irekia* (cit. supra nota 15) omite toda definición de duplicidad.

previamente la competencia de los anteriormente existentes (22). En el ámbito de la Administración general vasca se prevé la traslación de este principio a la creación de entidades instrumentales (23).

Las duplicidades interadministrativas pueden explicarse por diversas causas, jurídicas y políticas. Desde la perspectiva jurídica, se ha de considerar que el Derecho positivo favorece la concurrencia competencial (posibilitando que sobre una misma materia diversos poderes públicos ejerzan distintas funciones públicas y potestades —normativas, de planificación, de prestación de servicios, de control...—) (24). Esta concurrencia competencial no merece en todo caso una valoración negativa, al posibilitar la toma en consideración de los intereses públicos que representan los distintos poderes públicos a través de su facultad de participación, exigiendo una actuación coordinada. Y también se explica por una tendencia de las Administraciones Públicas a prestar servicios o realizar actividades que beneficien a sus ciudadanos o tengan relevancia política o social, siempre que cuenten con capacidad de gasto suficiente y no haya límites competenciales que lo eviten (25). En todo caso, desde la perspectiva jurídica, duplicidad no implica normalmente disfunción, sino complementariedad entre varias Administraciones Públicas.

Las coordinadas desde las que se analizan las duplicidades en la actualidad tratan de circunscribirlas a defectos en la distribución de competencias, lo que no resulta jurídicamente correcto, ya que en ocasiones se producen como un efecto querido por el ordenamiento jurídico. Entendemos que un análisis certero de las duplicidades ha de enfocar la cuestión desde la perspectiva fáctica (la realización de actividades idénticas o similares), partiendo de lo cual habrá de realizarse la valoración correspondiente.

La valoración que cabe hacerse de las duplicidades puede resultar diferente desde la perspectiva jurídica y desde la perspectiva de la eficacia. Desde la perspectiva jurídica una duplicidad resultará reprochable o antijurídica si la actividad que ejerce uno de los entes (normativa o ejecutiva) se realiza careciendo del suficiente soporte competencial; no lo será, en cambio, cuando ambos actúen sobre la base de sus respectivas competencias. En este último caso se producirá una actividad en concurrencia que resultará competencialmente justificable o inocua, si bien, desde la perspectiva de la eficacia, la actuación en su conjunto pueda resultar ineficiente (26).

---

(22) Artículo 11.3 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

(23) Véase el Proyecto de Ley de la Administración Pública Vasca, artículo 35.3.

(24) Vid. por todos LASAGABASTER HERRARTE, I., «Relaciones intergubernamentales y federalismo cooperativo» *RVAP* n.º 41, 1995, pp. 203-220; C. VIVER PI-SUNYER, C., *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 35; JIMÉNEZ ASENSIO, R. «Distribución de competencias ejecutivas y sistema administrativo en la jurisprudencia constitucional» *REDC*, n.º. 42, 1994, p. 79.

(25) Vid. VELASCO CABALLERO, F., «Duplicidades funcionales de Comunidades Autónomas y entidades locales» *Anuario de Derecho Municipal*, n.º 5, 2011, pp. 21-60.

(26) No se ha de pasar por alto que la eficacia es también un principio constitucional. Vid. PAREJO ALFONSO, L., «La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública» Documentación administrativa n.º 218-219, 1989, pp. 15-66. La búsqueda de la eficacia y de la eficiencia resultan esenciales en el diseño de las acciones anti duplicidades e ineficiencias. En ese sentido, entiende PRIETO ROMERO que el término duplicidad debiera utilizarse para referir aquellas actividades en concurrencia cuando la propia concurrencia puede perjudicar la prestación del servicio o suponer un mayor gasto público sin que ello redunde en una mayor calidad del servicio (PRIETO ROMERO, C. «Las competencias municipales. Las competencias impropias y los servicios duplicados en la ciudad de Madrid» *Anuario de Derecho Municipal*, 2011, p. 111).

De forma inversa, desde el punto de vista de la eficacia, no debiera hablarse de duplicidades en los casos en que se produzca una correcta complementariedad en la acción pública ni en caso de acciones concertadas entre Administraciones al ejercer sus competencias; de igual forma, no se producirá duplicidad en los casos de ejercicio de una competencia por parte de un ente que es financiada por otro, debiendo en tales casos analizarse si quien la ejerce cuenta con suficiente amparo competencial (bien en norma o bien en acto traslativo de competencia).

El grado de ineficacia de la duplicidad, a su vez, podrá medirse en atención a las circunstancias que concurran en cada supuesto sobre la base de la mayor o menor identidad del *objeto* sobre el que se produce la concurrencia, de la diferente *naturaleza y alcance de los títulos competencias* que legitiman las intervenciones de distintos entes, de la mayor o menor identidad de los *sujetos beneficiarios*, de la mayor o menor identidad en la *intensidad* de las medidas o desde la perspectiva del *beneficio social* de las actividades duplicadas. Así, por ejemplo, las duplicidades normativas resultan más intensas cuando las normas de los dos entes presentan el mismo grado de desarrollo y detalle que en aquellos otros casos en los que sólo uno de los entes realiza desarrollos de detalle mientras que el otro se limita a fijar los criterios generales (27). Algo similar ocurrirá cuando el objeto sobre el que recaen las medidas se refieren a un mismo ámbito de competencia material y será menos intensa cuando las actuaciones se refieran a distintas submaterias dentro de las materias. Y de igual forma, la intensidad de la duplicidad también resultará mayor o menor si las medidas se aplican sobre ámbitos territoriales o subjetivos total o únicamente parcialmente coincidentes. Que la actividad duplicada suponga beneficios sociales añadidos, o no, también puede ser objeto de valoración.

La lectura de conjunto es que cuanto más amplio sea el concepto de duplicidad que adoptemos, más supuestos de duplicidad se detectarán y, con ello, el número de duplicidades jurídicamente irreprochables (o concurrencias) será mayor. Y es que desde la perspectiva jurídica el elemento cardinal no es tanto la concurrencia en la actuación como la existencia, o no, de soporte competencial. De no existir soporte competencial la duplicidad será antijurídica, debiendo decaer la actividad duplicada. De existir soporte competencial en los dos entes que actúan se producirá una actividad en concurrencia que, a su vez, podrá suponer (o no) una ineficiencia (28). De resultar una actuación ineficiente se exigirá un mayor esfuerzo en la colaboración interadministrativa analizando si los instrumentos creados para garantizar la coherencia en las actuaciones desarrolladas y la eficiencia en el gasto público resultan suficientemente operativos y eficaces, si han de establecerse otros nuevos o si debido a la imposibilidad de corrección sobre la base de esos principios, resulta conveniente actuar una redistribución competencial.

Y es que las ineficiencias o duplicidades no antijurídicas solo encontrarán cauce de superación a través de los siguientes tres mecanismos: mecanismos económicos (re-

---

(27) Desde la perspectiva competencial una duplicidad puede producirse incluso cuando los títulos de intervención son distintos o se actúe a través de distintas formas de actividad administrativa (como la de fomento) produciéndose una concurrencia no en todo caso antijurídica.

(28) En el caso de actuaciones en concurrencia con suficiente soporte competencial la premisa de inicio será que la voluntad del legislador es la actuación de ambas Administraciones, exigiéndose la articulación de los mecanismos de colaboración.



duciendo la capacidad de gasto de uno de los entes); mecanismos organizativos (a través de medidas de coordinación, de medidas de cooperación, o de traslación provisional en el ejercicio de las competencias —delegaciones, encomiendas...—), o a través de modificaciones normativas para incluir reservas funcionales o traslados competenciales permanentes entre Administraciones u órganos administrativos (desconcentración), según el caso.

Llegados a este punto, interesa observar que tanto el primer Informe del Gobierno Vasco sobre «duplicidades e ineficiencias en las Administraciones Públicas Vascas» de 2011 como el segundo informe sobre «Análisis y Funcionamiento Institucional en la Comunidad Autónoma de Euskadi» de 2014 contienen referencias sobre lo que ha de entenderse (o no) por duplicidades, aunque la perspectiva es muy diferente en uno y otro. Ambos coinciden en que la duplicidad jurídicamente inadmisibles es la que carece de soporte competencial, pero difieren en la consideración del fundamento competencial para entender si una actuación produce duplicidad o no. Así, el Informe sobre duplicidades de 2011 considera duplicidad «la actuación que una institución realiza sin amparo competencial expreso derivado de normativa básica o sectorial, interviniendo de forma individual o simultáneamente con otra u otras instituciones» (29); y añade a renglón seguido que «también se entenderán como duplicidades las actuaciones que realiza una institución amparándose exclusivamente en su normativa de organización, al mismo tiempo que otra u otras instituciones intervienen amparadas por normativa básica o sectorial, es decir, en concurrencia institucional controvertida» (30).

En esa definición el elemento determinante es el concreto título atributivo de competencia. De acuerdo con esa visión, no se producirá duplicidad si quien actúa lo hace sobre la base de una competencia expresa, derivada de normativa básica o sectorial, y no sobre la base de su normativa de organización (siempre que, en tal caso, el otro ente actúe competencias básicas o sectoriales). De no mediar un título competencial expreso de carácter básico o sectorial se produciría una duplicidad.

Esta visión no se comparte en el «Informe sobre Funcionamiento Institucional» de 2014 que no refiere la cualidad del título atributivo de competencias como elemento determinante. A nuestro juicio, jurídicamente esta segunda visión resulta más consistente que la primera, ya que el elemento determinante ha de ser la existencia de competencia o de capacidad de actuación y no la cualificación del título (31). Asimismo, han de distinguirse las duplicidades de otras figuras afines, como por ejemplo, en el ámbito municipal, las competencias distintas de las propias y las delegadas o las competencias complementarias (anteriormente llamadas impropias (32)) de las que se hablará, o la capacidad de actuación sobre la base de la actividad administrativa de fomento (33). Como luego se explicará, el hecho de que una Diputación

---

(29) Informe sobre Duplicidades e Ineficiencias en las Administraciones Públicas Vascas, cit. p. 11.

(30) *Ibid.*

(31) También en este sentido VELASCO CABALLERO, F., «Duplicidades funcionales de Comunidades Autónomas» cit. pp. 27-28.

(32) Sobre esta cuestión vid. GALÁN GALÁN, A., *La reordenación de las competencias locales: duplicidad de Administraciones y competencias impropias*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2013, pp. 84 y ss.

(33) Al respecto vid. ETXEBARRIA MONASTERIO, J.L. «Capacidad de fomento de las instituciones forales: sobre las presuntas duplicidades en el entramado institucional vasco» *Forum fiscal: revista tributaria de Álava, Bizkaia y Gipuzkoa* n.º 146, 2012, p. 23 ss.

Foral actúe la competencia de régimen provincial común sobre «cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas en este ámbito» (34) no supone, per se, que se produzca una duplicidad antijurídica, ni tan siquiera una duplicidad a combatir por resultar ineficiente, siempre que su actuación venga encuadrada dentro de los límites de la cooperación y respete las competencias de los demás entes, como el propio precepto exige.

## II.2. El tratamiento de las duplicidades en la legislación

El concepto de duplicidades no es ajeno a la legislación, donde encontramos referencias al mismo de forma asociada a ciertos principios de organización. Así, ya la propia Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), enlazaba la lucha contra las duplicidades con el principio de descentralización política, reconociendo en su exposición de motivos que «tras más de diecisiete años de andadura constitucional nos encontramos con que todavía no se ha ajustado la estructura administrativa de la Administración periférica del Estado al modelo autonómico. Por ello, resulta conveniente introducir en esta Ley el objetivo de la Administración única o común de forma que el protagonismo administrativo en el territorio autonómico lo tenga la administración autonómica, que también podrá asumir funciones administrativas correspondientes a materias de competencia exclusiva del Estado a partir de las técnicas del artículo 150.2 de la Constitución» para concluir que «esta adaptación de la actual Administración periférica a las exigencias del Estado autonómico debe permitir *eliminar posibles duplicidades* y conseguir una mejora en la calidad de los servicios que la Administración presta a los ciudadanos» (35). Esta primera orientación parte de las duplicidades como disfunciones del reparto competencial y la solución que se apuntaba se basaba en el federalismo de ejecución a través de la llamada «administración única» (36). Ya con una cierta perspectiva temporal podemos decir que el objetivo que se marcaba en esta ley estatal de evitar las duplicidades dando prioridad a la Administración autonómica ha quedado frustrado con relación a multitud de servicios aún prestados por el Estado.

Otras normas han relacionado el objetivo de eliminar las duplicidades con los principios generales de organización administrativa, como el de cooperación (en la Ley de

---

(34) Artículo 36.1.d Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL).

(35) Exposición de Motivos de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (cursiva añadida). El artículo 31, dedicado a la simplificación de los servicios periféricos, dispone que «La organización de la Administración periférica del Estado en las Comunidades Autónomas responderá a los principios de eficacia y de economía del gasto público, así como a la necesidad de evitar la duplicidad de estructuras administrativas, tanto en la propia Administración General del Estado como con otras Administraciones públicas. Consecuentemente, se suprimirán, refundirán o reestructurarán, previa consulta a los Delegados del Gobierno, los órganos cuya subsistencia resulte innecesaria a la vista de las competencias transferidas o delegada a las Comunidades Autónomas y, cuando proceda, atendiendo al marco competencial, a las Corporaciones locales, y de los medios y servicios traspasados a las mismas».

(36) Al respecto, JIMÉNEZ ASENSIO, R., *La Administración única en el Estado autonómico*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 60 ss.

la función estadística pública) (37), el de coordinación (en la Ley de evaluación ambiental) (38) el de simplificación (en la Ley de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas) (39) o el de competencia (en la Ley de seguridad privada) (40). También la legislación de la Comunidad Autónoma vasca se ha referido al objetivo de evitar las duplicidades con relación al principio de colaboración interadministrativa, vinculándolo a las funciones de multitud de órganos de colaboración y cooperación interorgánica e interinstitucional previstos en normas sectoriales (41).

Toda esta normativa enfoca la cuestión de las duplicidades como un efecto derivado de la falta de coordinación o de cooperación en el ejercicio de las competencias que corresponden a los diversos entes, proponiendo diversos instrumentos organizativos para evitarla.

No obstante, este primer enfoque normativo de las duplicidades ha dado paso, en una época relativamente reciente, a un enfoque más sustantivo de las duplicidades de forma asociada a la crisis económica. Las duplicidades han ganado sustantividad como elemento que ha de marcar no tanto un enfoque colaborativo, como un efecto obstativo o limitador en el ejercicio de las competencias reconocidas. Este es el caso de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, para justificar el establecimiento de un único superregulador, unificando la competencia de los anteriormente existentes (42), o el caso más claro de la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado cuyo artículo 7 define el «principio de simplificación de cargas» del siguiente modo: «la intervención de las distintas autoridades competentes garantizará que *no genera un exceso de regulación o duplicidades* y

---

(37) Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública, artículo 6 (sobre formulas de cooperación para evitar las duplicaciones en la recogidas de datos por parte de los servicios estadísticos).

(38) Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, disposición adicional cuarta (sobre relación de la evaluación ambiental con otras normas) y Disposición adicional quinta (Concurrencia y jerarquía de planes o programas).

(39) Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, cuya Disposición transitoria primera sobre el calendario para la realización del Informe de Evaluación de los Edificios, dispone que con el objeto de evitar duplicidades entre el informe y la Inspección Técnica de Edificios o instrumento de naturaleza análoga que pudiera existir en los Municipios o Comunidades Autónomas, el informe resultante de aquélla se integrará como parte del informe regulado por esta Ley, teniéndose éste último por producido, en todo caso, cuando el ya realizado haya tenido en cuenta exigencias derivadas de la normativa autonómica o local iguales o más exigentes a las establecidas por esta Ley.

(40) Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada, en cuya exposición de motivos se hace referencia a que la norma trata de clarificar el reparto de competencias estatales y autonómicas a fin de evitar interferencias y duplicidades.

(41) *Vid.* Ley 6/2003, de 22 de diciembre, de Estatuto de las Personas Consumidoras y Usuarías, cuyo artículo 67 regula la Comisión Coordinadora de Consumo de Euskadi, entre cuyas funciones está la de «establecer criterios para la utilización racional de los medios humanos y materiales disponibles, evitando duplicidades en las actuaciones de los servicios y formulando una política unitaria y coherente de consumo en la Comunidad Autónoma». Véase también la Ley 5/2012, de 23 de febrero, sobre Entidades de Previsión Social Voluntaria, artículo 74. La Ley 1/2007, de 22 de febrero, de Cooperación para el Desarrollo, en su artículo 15 que regula la Comisión Interinstitucional de Cooperación para el Desarrollo. La Ley 3/2011, de 13 de octubre, sobre Lanbide-Servicio Vasco de Empleo; o la Ley 5/2004, de 7 de mayo, de Ordenación Vitivinícola, entre otras.

(42) Se lee en la exposición de motivos de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que «cuanto mayor sea la proliferación de organismos con facultades de supervisión sobre la misma actividad, más intenso será el riesgo de encontrar duplicidades innecesarias en el control de cada operador y decisiones contradictorias en la misma materia». véase sobre la eliminación de competencias autonómicas en materia de fusiones y libre competencia, STC 108/2014.

que la concurrencia de varias autoridades en un procedimiento no implica mayores cargas administrativas para el operador que las que se generarían con la intervención de una única autoridad». En este caso, la duplicidad se relaciona con el «exceso de regulación» y el principio de simplificación se superpone al principio de competencia (en materia de mercado interior) introduciendo límites a la intervención normativa y ejecutiva, principalmente, de las administraciones autonómicas. No se busca la colaboración sino la supresión de lo que la norma entiende por «exceso de regulación» que, pese a resultar acorde al reparto competencial, se considera duplicidad (43). Se trata a nuestro juicio de un enfoque incorrecto porque, como antes se decía, las duplicidades no pueden analizarse de forma ajena al principio de competencia.

Este enfoque actual de las duplicidades se caracteriza por dos notas: en primer lugar, la duplicidad no se define en la normativa pero se plantea en el sentido más amplio posible. En segundo lugar, se abandona la orientación de la primera normativa que anudaba al objetivo de evitar las duplicidades la exigencia de fortalecer la colaboración interadministrativa al actuar competencias compartidas, sustituyéndola por un enfoque de las duplicidades como elemento que justificaría limitar el ejercicio de las competencias constitucionalmente reconocidas.

El entendimiento de la duplicidad como categoría, o como elemento delimitador de las competencias, se ha trasladado a la normativa sobre régimen local, que por su trascendencia comentaremos de forma singular en el siguiente epígrafe. Baste adelantar ahora que la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) se refiere a las duplicidades principalmente desde tres perspectivas: como fundamento para clarificar las competencias municipales, como límite a la asunción municipal de competencias distintas de las propias y de las delegadas, y como fundamento de la delegación de competencias a las entidades locales.

### III. Ámbitos críticos para las duplicidades e ineficiencias

En este epígrafe trataremos de identificar dónde se encuentran las duplicidades e ineficiencias y sus posibles causas, para, posteriormente, analizar los instrumentos jurídicos de que disponemos para evitarlas o encauzarlas valorando su efectividad y finalmente realizar propuestas. Entendemos que existen fundamentalmente cuatro ámbitos críticos en materia de duplicidades que se relacionan, en primer lugar, con el modelo de distribución competencial, en segundo lugar, con la capacidad de fomento de que disponen las Administraciones Públicas y su configuración legal, en tercer lugar, con la configuración de las cláusulas generales de competencias, en el ámbito local serían las facultades locales sobre las llamadas competencias distintas a las propias y a las delegadas (anteriormente llamadas impropias) y, en cuarto y último lugar estaría el ámbito de la Administración Institucional. Analizaremos las cuatro cuestiones por separado.

---

(43) Sobre esta cuestión URRUTIA LIBARONA, I., «Crisis económica, estabilidad presupuestaria y recentralización de competencias» en A. Nogueira Lopez (dir), *Los derechos sociales en la crisis: la crisis de los derechos sociales* (en prensa). También TORNOS MAS, J. «La ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado. En particular, el principio de eficacia» *REAF* n.º. 19, 2014, pp. 144-177.

### III.1. La delimitación competencial

Uno de los principios en los que se fundamenta la nueva reorientación organizativa es el de «una administración una competencia» que cita en varias ocasiones el Informe de la Comisión para la reforma de las Administraciones Públicas (CORA), de 21 de junio de 2013, y también el párrafo tercero de la exposición de motivos de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL) (44).

Esta idea de «una administración una competencia» no se acomoda a los principios de organización administrativa, y puede ser objeto de discusión, en la medida que la participación de diferentes niveles de gobierno en el diseño y en la ejecución de políticas públicas es consustancial en las estructuras descentralizadas (45). El sistema de reparto competencial configurado por la CE de 1978, trasladable con matizaciones al reparto interno entre la CAPV y los TTHH, no se basa en un sistema dual que reparte entre los niveles territoriales todas las funciones normativas y administrativas relativas a las materias competenciales. Por el contrario, una misma materia puede ser objeto de distribución funcional entre los diversos niveles territoriales. El reparto funcional supone la necesidad de actuar con lealtad institucional y en colaboración a fin de que cada nivel ejercite sus competencias respectivas asegurando, a su vez, la coherencia y la cohesión de la acción administrativa (46). El riesgo de eventuales ineficiencias y duplicidades que este sistema de reparto competencial pudiera provocar puede ser solventado a través de técnicas de interpretación jurídica que permiten deslindar los ámbitos funcionales de cada nivel de gobierno y técnicas de organización administrativa en la medida que la autonomía exige que las Administraciones Públicas estén abocadas a entenderse y a cooperar. Para analizar la calidad del sistema resulta esencial atender precisamente a esas tres cuestiones: en primer lugar, a la configuración jurídica del sistema de reparto competencial, en segundo lugar, a la lealtad institucional en lo que supone de respeto por las competencias ajenas y su consideración al ejercer las propias (47) y en tercer lugar, a los instrumentos de organización dirigidos a articular la

---

(44) Se lee en el preámbulo de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local que la reforma «persigue varios objetivos básicos: clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio «una Administración una competencia», racionalizar la estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas».

(45) Entre otros puede verse E. ARGULLOL MUGARDAS y C.I. VELASCO RICO *Instituciones y competencias en los estados descentralizados*, Instituto de Estudios Autonómicos, Barcelona, 2011, p. 38 ss.

(46) Véase el art. 4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, donde se recoge entre los principios de relación entre las administraciones públicas, la obligación de cada administración de respetar el ejercicio legítimo por las otras administraciones públicas de sus respectivas competencias.

(47) Sobre el principio de lealtad institucional, COBO OLIVERA, T., *El régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común*. El Consultor, Madrid, 2008, p. 73; GONZÁLEZ ALONSO, A., «La lealtad institucional como principio de relación entre las administraciones públicas» *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico* n.º 4, 2008, pp. 246 ss. Sobre las consecuencias jurídicas prácticas de este principio véase la STC 11/1986, de 28 de enero, FJ 5, relativa al deber de colaboración para la defensa de los productos con denominación de origen.

actuación de diferentes Administraciones Públicas para evitar disfunciones y optimizar las intervenciones, así como su verdadera funcionalidad práctica.

### III.1.A. VULNERABILIDAD DE LAS COMPETENCIAS AUTONÓMICAS

En el actual contexto de crisis económica se están produciendo mutaciones organizativas y competenciales de calado en el marco del paraguas que ofrecen las medidas anti-crisis. Mutaciones que, atendiendo a su alcance y efectos, no resultan inocuas por afectar a la capacidad autonómica de establecer políticas públicas sobre ámbitos esenciales del Estado del bienestar, repercutiendo en el progresivo debilitamiento de los derechos sociales cuya configuración y prestación corresponde principalmente a las Comunidades Autónomas (48). Las tendencias recentralizadoras por parte del Estado central no resultan novedosas por lo que no cabe relacionarlas unívocamente con los contextos de crisis económica (49). No obstante, en el actual contexto de la crisis observamos que el legislador estatal interviene decisivamente en la fijación y concreción de todas las políticas públicas, incluidas las políticas relativas a los ámbitos materiales en los que las Comunidades Autónomas tienen atribuidas competencias exclusivas de acuerdo con sus Estatutos.

En los ámbitos en los que la CAPV tiene competencias legislativas se producen duplicidades normativas por parte del Estado. Y esto ocurre tanto en los casos en los que la CAPV tiene competencia exclusiva como en los casos en que tienen competencias compartidas. Con relación al primer supuesto, el TC consideró en su sentencia n.º 31/2010 que el hecho de que el Estatuto atribuya a la CA la competencia exclusiva y defina la exclusividad en un sentido estricto, no impide que el Estado pueda también dictar la normación que el propio legislador estatal, con plena libertad, considere incluida en sus competencias estatales (50). De otro lado, se afirmaría que el Estatuto no puede concretar la forma y la extensión de la capacidad de intervención estatal, en especial no puede delimitar las bases estatales, para concluir que «si las bases son «principios» o «normación mínima» no es asunto a dilucidar en un Estatuto, sino sólo en la Constitución, vale decir: en la doctrina de este Tribunal que la interpreta» (51).

(48) Para una visión de conjunto GALLEGO CALDERÓN, R.; SUBIRATS I HUMET, J. y GOMÀ R. (coords.), *Estado de bienestar y comunidades autónomas: la descentralización de las políticas sociales en España*, Tecnos, Madrid, 2003, *in toto*. CANOSA USERA, R., «Derechos sociales y principios rectores en los Estatutos de autonomía. El modelo autonómico de Estado social» en GARCÍA FERNÁNDEZ, J.; GARCÍA RUIZ, J.L. (dir.); SÁNCHEZ NAVARRO, A.J. (coord.), *Constitución y desarrollo político: Estudios en homenaje al profesor Jorge de Esteban*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 673 ss. LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki «La Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: una reflexión desde la perspectiva competencial», *REAF*, n.º 4, 2007, pp. 129-158.

(49) *Vid.* VIVER PI-SUNYER, C. y MARTÍN, G., «El proceso de recentralización del Estado de las autonomías» en *Informe IEB sobre Federalismo Fiscal* 12, Institut d'Economia de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 46. Sobre la vulnerabilidad de las competencias autonómicas frente al uso de títulos culturales concurrentes o prevalentes del Estado, *vid.* AMOEDO SOUTO, C., «El derecho de acceso a la cultura en España: diagnóstico y propuestas de estrategia jurídica», *RVAP* n.º 99-100 (en prensa).

(50) Dijo el TC que las competencias declaradas exclusivas por los Estatutos no pueden impedir que el Estado penetre en sectores de esa misma materia en la que puedan también incidir competencias exclusivas estatales. STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 59.

(51) STC 31/2010, de 28 de junio FJ 60.

En definitiva, el legislador estatal ha visto confirmada su capacidad de disposición, podríamos decir que casi total, para determinar sus ámbitos de intervención, que únicamente dependen de la Constitución y de la doctrina del TC, y no tanto de los Estatutos de Autonomía (52). La configuración de la cualidad de la autonomía queda en manos del legislador estatal y, en consecuencia, la capacidad de establecer políticas públicas propias resulta mermada, sustituyéndose, en muchos casos, por una labor de ejecución de directrices de la UE y especialmente del Estado. Se trata de un ámbito abonado para la existencia de duplicidades y ello por varias razones:

1. En primer lugar, el legislador estatal interpreta sus títulos competenciales básicos y transversales de forma amplia, regulando de forma detallada y precisa muchos ámbitos de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Es el caso, entre otros, de la vivienda (regulada por el Estado sobre la base del art. 149.1.13 CE), el comercio y los horarios comerciales (también sobre la base del título estatal sobre bases y coordinación de la planificación general de la economía del 149.1.13), el libro, las bibliotecas, el cine, el turismo, el deporte, o la seguridad industrial sin tener ningún título competencial específico sobre estas materias. Esta forma de actuar limita, cuando no impide, la capacidad legislativa de las autonomías en todos esos ámbitos. Y es que, ante esta situación, las CCAA podrán o bien renunciar al ejercicio de sus competencias o bien ejercerlas duplicando la legislación básica o transversal del Estado, completando, si es posible, los espacios que ésta no cubre. Se trata de una situación que cronifica la duplicidad abocando a la conflictividad.
2. En segundo lugar, en el ámbito de las competencias autonómicas ejecutivas, el Estado no se abstiene de actuar, interviniendo mediante actuaciones materiales al amparo de competencias básicas o de coordinación (53).
3. En tercer lugar, el Estado central se sirve del «poder de gasto» para incidir sobre materias de competencia autonómica (54), articulándose a través de subvenciones no territorializadas sobre ámbitos de competencia autonómica o sobre las que el Estado no dispone de competencias exclusivas. Es el caso del llamado Plan E de inversiones y ayudas a los municipios, cuya segunda edición fue recurrida por las CCAA declarándose inconstitucional (55) o el caso de las subvenciones en el ámbito del turismo.

Con relación al régimen subvencional, la STC 130/2013 (sobre la Ley 38/2003 General de Subvenciones) ha reducido el ámbito de acción de las CCAA sobre la base de una lectura expansiva de las competencias sobre hacienda general

---

(52) VIVER PI-SUNYER, C. «El Tribunal Constitucional, ¿siempre, només...i indiscutable»? La funció constitucional dels estatuts en l'àmbit de la distribució de competències segons la STC 31/2010, *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, n.º 12, 2011, pp. 363-402.

(53) STC 133/1997, FJ 4, relativa a la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, sentencias 95/1986 y 152/1988 interpretando como leyes medida la normativa reguladora de medidas de fomento y apoyo al ejercicio de actividades económicas concretas; STC 188/1989, FJ 5, que acepta la regulación mediante reglamento de una medida de fomento del cultivo del maíz; entre otras.

(54) Sobre esta materia TORRES, A. *La proyección de la potestad subvencional sobre la distribución competencial*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 2011, in toto.

(55) *Vid.* STC 150/2012, de 5 de julio, que declara la inconstitucionalidad de diversos preceptos del Real Decreto-ley 13/2009, de 26 de octubre, por el que se crea el Fondo estatal para el empleo y la sostenibilidad local.

(art. 149.1.14), normativa básica del régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (art. 149.1.18) y de la nueva normativa en materia de estabilidad presupuestaria (art. 135). Esta Sentencia, por un lado, extiende el alcance del artículo 149.1.14 CE (hacienda general) al ámbito del gasto público cuando su doctrina anterior lo había limitado a los ingresos públicos de la Hacienda General del Estado y a los ingresos de las haciendas de las comunidades autónomas de régimen común regidas por el sistema LOFCA, de la que quedaban al margen las Haciendas Forales; y por otro lado, modifica la doctrina constitucional relativa a la delimitación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas en relación con el ejercicio de la potestad de fomento estatal cuando la Comunidad Autónoma tiene una competencia exclusiva sobre una materia y el Estado no invoca ningún título competencial, genérico o específico. En tal caso, de acuerdo con la doctrina tradicional<sup>(56)</sup> los fondos estatales se tenían que territorializar y no se reconocía ninguna capacidad de actuación al Estado. La sentencia 130/2013 declara, en cambio, que en este supuesto el Estado podrá regular los aspectos centrales del régimen subvencional (objeto y finalidad de las ayudas, beneficiarios, requisitos de acceso, etc.). Se reconoce, por lo tanto, una nueva capacidad normativa al Estado que la doctrina constitucional anterior no había admitido. La cuestión que ello plantea es que tal capacidad de regulación vincula ahora a recursos tributarios que el Estado no recauda, como ocurre con los recursos de las Diputaciones forales recaudados a través del concierto económico, desplazando el régimen subvencional interno hasta ahora aplicable<sup>(57)</sup>.

4. En cuarto lugar, se aprecian duplicidades organizativas a través de órganos dependientes de la Administración del Estado que se ocupan de materias cuya competencia ya se ha transferido, como sería el caso de la evaluación educativa, de la que luego se hablará, o de los jurados provinciales de expropiación dependientes de la Delegación del Gobierno, que conviven con los jurados territoriales de expropiación regulados por la normativa autonómica<sup>(58)</sup>. Y también merece ser mencionada la situación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado cuyo despliegue actual no se acomoda a las funciones que el Estatuto de Autonomía reconoce a la policía autonómica, siendo fuente de duplicidades, y cuyo repliegue resultaría acorde al principio de eficiencia.
5. Y en quinto lugar, la falta de traspaso de bienes y servicios asociados a competencias de titularidad autonómica también es fuente de duplicidades e ineficacias<sup>(59)</sup>.

(56) Doctrina firmemente asentada a partir de la STC 13/1992 de 6 febrero en la que se establecieron los supuestos de delimitación competencial en materia de subvenciones.

(57) Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco

(58) Actualmente DA 12.ª de la Ley 2/2006, de 30 de junio, de Suelo y Urbanismo del País Vasco. Véase, asimismo, los supuestos de duplicidad orgánica con la Administración del estado que se incluyen en el «Informe sobre Análisis y Funcionamiento Institucional en la Comunidad Autónoma de Euskadi» de 2014, *cit.*, que cita el caso de las Unidades de Coordinación contra la violencia sobre la Mujer, la unidad de derechos ciudadanos y seguridad ciudadana (en cuanto a los servicios relativos a procedimientos sancionadores y autorización en materia de seguridad privada que resultan transferibles).

(59) Sería el caso de la ejecución de la legislación estatal sobre productos farmacéuticos, algunas de cuyas funciones y servicios se prestan en la actualidad por la Delegación del Gobierno; también sería el



En estos casos ocurre también que como consecuencia de los procesos de negociación de los traspasos, las comisiones bilaterales han generado, a su vez, la atribución al Estado de nuevas funciones de coordinación o de supervisión de los organismos traspasados, o han previsto la creación de nuevos órganos de inspección o de alta inspección, lo que también ha sido una fuente importante de duplicidades (60). En ciertos casos las estructuras de la Administración periférica del Estado no se han adecuado a los traspasos (61).

Hemos de convenir con la opinión doctrinal de que «el sistema competencial español, por su propia naturaleza, tal como está diseñado por la Constitución y según la interpretación del mismo ha realizado el Tribunal Constitucional, constituye una fuente innata de duplicidades» (62). Duplicidades causadas por la indefinición constitucional de las competencias, por el uso extensivo de sus títulos transversales y básicos y por la inexistencia de competencias exclusivas autonómicas. En definitiva, el resultante de la configuración del actual reparto competencial es la vulnerabilidad de las competencias autonómicas y la conflictividad como efecto de su inestabilidad. Vulnerabilidad a la que ha de añadirse en época reciente un claro impulso a la centralización competencial, cuyo resultado ha sido calificado por algún autor como «estado de excepción competencial» que va más allá de la simple aplicación extensiva de algunas competencias estatales (63). Esta situación evidenciaría el agotamiento del actual Estado autonómico como marco para dar respuesta a la demanda de mayor autogobierno.

### III.1.B. ARTICULACIÓN COMPETENCIAL INTERNA Y CONCURRENCIAS

La situación antes descrita no es directamente trasladable al ámbito de la articulación competencial entre los poderes públicos territoriales vascos. En primer lugar, porque a diferencia de las relaciones entre el Estado y la CAPV, las relaciones entre la CAPV y los TTHH sí que cuentan con cierta atribución expresa de un núcleo de competencias intangibles garantizadas. Es el caso del denominado núcleo intangible del contenido del régimen foral (64), circunscrito a las competencias enumeradas por el

---

caso de los procedimientos sancionadores, otorgamiento de autorizaciones en materia de transportes y carreteras.

(60) *Vid.* CORRETTJA, M., «El sistema competencial español a la luz de la eficiencia: Indefinición, duplicidades, vulnerabilidad de las competencias autonómicas y conflictividad», *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 5, 2013, p. 41.

(61) En materia educativa algunos de los servicios prestados por la Delegación del Gobierno han quedado transferidos a la CAPV por Decreto 135/2011, de 28 de junio, por el que se aprueba el Acuerdo de la Comisión Mixta de Transferencias de 22 de junio de 2011, sobre ampliación de funciones y servicios traspasados a la Comunidad Autónoma del País Vasco por el Real Decreto 2808/1980, de 26 de septiembre en materia de enseñanza, como es el caso de las funciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros en enseñanzas no universitarias. Lo mismo cabría decir de otros servicios con presencia orgánica pero traspasados, como es el caso de las políticas activas de empleo (Decreto 289/2010) sobre traspaso de funciones y servicios a la Comunidad Autónoma del País Vasco en materia de ejecución de la legislación laboral) o de Inspección de trabajo y seguridad social (Decreto 243/2011, de 22 de noviembre).

(62) CORRETTJA TORRENS, M., «El sistema competencial español a la luz de la eficiencia...» *cit.* p. 38.

(63) ALBERTI ROVIRA, E., «El impacto de la crisis financiera en el estado autonómico español» *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 98, 2013, p. 82.

(64) STC 76/1988, de 26 de abril y STC 154/1988, de 21 de julio, entre otras.

artículo 37.3 del EAPV: organización, régimen y funcionamiento de sus propias instituciones; presupuestos; demarcaciones supramunicipales; régimen de los bienes provinciales y municipales; régimen electoral municipal y aquellas especificadas en el Estatuto (como es el caso, entre otras, de las referidas por el artículo 41 EAPV al régimen de concierto económico). En segundo lugar, en razón del particular sistema de gestión financiera y tributaria aplicado en los territorios forales (65), que posibilita un importante poder de gasto a las instituciones forales. Y en tercer lugar, debido a la particular naturaleza de los TTHH que se asientan sobre la base de la legitimidad democrática directa, a diferencia de las provincias, de las que también los separa la organización y las competencias.

Estos factores dotan al entramado institucional vasco de singularidad respecto del régimen general y dificultan o imposibilitan el recurso a medidas unilaterales de simplificación a fin de evitar duplicidades funcionales (sin perjuicio del recurso al principio de coordinación, sobre cuyo alcance se tratará posteriormente). La singularidad de la constitución institucional interna vasca exige que prestemos especial atención a las medidas de simplificación convencional o concertada a la hora de proponer medidas para evitar las concurrencias.

Como se sabe, las competencias forales se completan con lo previsto por la legislación que se dicte en desarrollo del Estatuto de Autonomía. De forma principal se ha de considerar la Ley del Parlamento Vasco 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos, la comúnmente denominada «Ley de Territorios Históricos» (LTH) (66). Esta norma establece la delimitación competencial entre ambos niveles institucionales, así como los principios que han de regir sus relaciones. La posición sustancial de los Territorios Históricos en el entramado institucional vasco se reconoce y garantiza también a través de la Comisión Arbitral, órgano de resolución de los conflictos entre ambos niveles institucionales (67).

El análisis empírico de las eventuales duplicidades y concurrencias de nuestro entramado institucional interno se realizó en el primer informe sobre Duplicidades e Ineficiencias en las Administraciones Públicas Vascas, de 2011. A este estudio siguió, como se sabe, un informe que complementa el anterior, incluyendo una perspectiva más normativa, titulado «Informe sobre Análisis y Funcionamiento Institucional en la

(65) De acuerdo con el sistema de concierto económico, las instituciones competentes de los TTHH se encuentran facultadas para mantener, establecer y regular, dentro de su territorio, el régimen tributario, atendiendo a la estructura general impositiva del Estado, a las normas que para la coordinación, armonización fiscal y colaboración con el Estado se contengan en el propio Concierto, y a las que dicte el Parlamento Vasco para idénticas finalidades dentro de la Comunidad Autónoma (art. 41.2.a) del Estatuto de Autonomía para el País Vasco).

(66) Esta Ley se ocupa de la distribución de competencias entre las Instituciones Centrales (Gobierno y Parlamento Vascos) y las de los Territorios Históricos (Diputaciones Forales y Juntas Generales). Además, el Concierto Económico, actualmente regulado por la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma de Euskadi, regula las relaciones de orden financiero y tributario del País Vasco con el Estado y es, por tanto, la columna vertebral del sistema de financiero y tributario vasco.

(67) Vid. LEGUINA VILLA, J., «La ley 13/1994, de 30 de junio, reguladora de la Comisión Arbitral y el artículo 39 del estatuto» *RVAP* n.º 41, 1995, pp. 251-260; COBREROS, E., *Escritos sobre la Comisión Arbitral*, IVAP, Oñati, 2009; GARCÍA URETA, A., *La Comisión Arbitral De País Vasco: Régimen Jurídico y Resoluciones (1999-2002)*. IVAP, 2003, 34 ss. Véase en sentido comparatista el trabajo de LASAGABASTER HERRARTE, I., «Consejos Insulares y Territorios Históricos» en BLASCO ESTEVE, A. (coord.), *Los Consejos Insulares*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 231-276.

Comunidad Autónoma de Euskadi» de 2014. Una vez analizado el estudio que realiza este segundo informe, sector por sector, surgen algunas reflexiones que procedemos a exponer a modo de valoración:

1. La verdadera causa de las ineficiencias detectadas no se encuentra en un defectuoso reparto competencial entre los poderes públicos vascos. Si acaso, quizás cabría plantear alguna reforma en los ámbitos de la política agraria y de la política de vivienda (68). En todo caso, el reparto competencial influye en la existencia de concurrencias competenciales pero entendemos que no son su factor esencial. Posiblemente, al analizar las causas del surgimiento de concurrencias, tanta o más trascendencia que el reparto competencial tenga la capacidad de gasto, unido a la inexistencia de normas competenciales que impidan el desarrollo de actividades a unos u otros poderes públicos (69).
2. Las duplicidades e ineficiencias no se muestran con la misma intensidad en todos los ámbitos de actividad administrativa ni en todas las políticas públicas. Existen ámbitos en los que no se plantean duplicidades ni ineficiencias o cuando se plantean resultan reconducibles a través de los instrumentos previstos en la normativa; ese sería el caso de las actividades de regulación, de ordenación y en las políticas de ingreso (70). Las concurrencias se plantean en otro tipo de actividades, principalmente vinculadas al fomento y al servicio público. Las prestaciones relacionadas con el Estado social o con la promoción económica resultan más propicias a las concurrencias, si bien, por su impacto sobre las condiciones de vida de la ciudadanía, suelen ser socialmente más aceptables siempre que las unas resulten complementarias a las otras. Y es que no todas las concurrencias e ineficiencias merecen la misma valoración en términos de interés general. Es decir, el hecho de que varios entes actúen en materia de políticas de empleo para jóvenes o impulsen políticas de emprendimiento puede merecer una valoración diferente desde la perspectiva de la eficiencia y desde la perspectiva del beneficio social que procuran, lo que no puede dejar de valorarse.
3. La necesidad de relaciones fluidas y efectivas entre ambos niveles en el ejercicio de sus respectivas competencias resulta esencial en el modelo de articulación interna del País Vasco, en la medida que éste se configura con carácter integrado o cooperativo. Ello es así debido tanto a su naturaleza institucional como a la creciente interrelación de las actividades de los diversos niveles que derivada de la propia y creciente complejidad social que hace que los ámbitos competencias actúen de forma entrelazada. Pese a que tanto el Estatuto como la LTH soportan el reparto competencial sobre la base de las materias competenciales y funciones normativas y ejecutivas, la evolución producida desde los años ochenta muestra que la acción pública más racionalizada y sistematizada actúa sobre la base de políticas públicas, de forma horizontal, abarcando diferentes materias competenciales. El reparto competencial determina que sean muchos los ámbitos de actuación compartida entre las distintas Administraciones Públicas vascas, produciéndose concurrencias entre ellas. Este efecto es propio del sistema de reparto

(68) *Informe sobre Análisis y Funcionamiento Institucional en la Comunidad Autónoma de Euskadi*, cit. p. 80.

(69) *Vid. VELASCO CABALLERO, F.*, «Duplicidades funcionales de Comunidades Autónomas...» cit. pp. 39 y 42.

(70) *Vid. LOPERENA ROTA, D.*, «Duplicidades e ineficiencias administrativas» cit. p. 13.

competencial utilizado y del sistema de relación interinstitucional que configuran el sistema institucional vasco como un sistema integrado y cooperativo, mucho más flexible que el modelo de relación Estado-CAPV. En clave de eficacia, la cuestión principal no es tanto una cuestión de los sujetos intervinientes como de la forma en la que ejercen sus competencias. De hecho el «Informe sobre Análisis y Funcionamiento Institucional en la Comunidad Autónoma de Euskadi» de 2014 evidencia que en muchas de las políticas sectoriales analizadas lo que falla son los instrumentos de planificación, de coordinación o de colaboración (71). La falta de una verdadera cultura colaborativa al actuar competencias propias es un problema al que ha de hacerse frente.

4. Al margen de la vertiente subjetiva, desde la perspectiva material la conclusión apuntaría a la misma dirección. La solución a las concurrencias e ineficiencias en nuestro entramado institucional interno no pasa tanto por una reformulación competencial general sino, más bien, por reforzar los mecanismos de coordinación, cooperación y colaboración para ganar eficiencia en el gasto público y eficacia en la ejecución de las políticas públicas. La necesidad de profundizar en la cultura cooperativa es el auténtico caballo de batalla a abordar (72). Entendemos que el reparto competencial no debe plantearse como obstáculo para un adecuado diseño estratégico de las distintas políticas públicas, sino como su presupuesto.

### III.2. Capacidad de fomento en el desarrollo económico y social

Un ámbito crítico para la existencia de concurrencias competenciales se produce mediante el juego conjunto de la capacidad financiera (poder de gasto) y la capacidad de fomento de que disponen, principalmente, las Instituciones Forales. Se ha de considerar que los Territorios Históricos disponen de altas competencias en materia de política de ingresos (art. 41 EAPV), lo que las dota de un poder de gasto considerable. A ello se ha de añadir las importantes competencias normativas y ejecutivas de que disponen en materia de políticas de gasto y que abarcan prácticamente todos los ámbitos del estado social (asistencia social, vivienda, igualdad, cultura, juventud...) que son los espacios más proclives para el surgimiento de concurrencias e ineficiencias. Recuérdense que las Instituciones Forales (a diferencia de las provincias) actúan sobre la base de la legitimidad democrática directa que les es propia, tratando de garantizar servicios y bienestar a la población de su territorio. Este enfoque hace que la actividad de los TTHH no se conciba con carácter subsidiario (como pudiera ocurrir con las provincias) sino con carácter principal, y en muchos casos exclusivo. A diferencia de las provincias, los TTHH cuenta con intereses territoriales sustantivamente distintos a los de los municipios (73). A ello se añade que, como prescribe el artículo 39 de la LBRL,

(71) *Informe sobre Análisis y Funcionamiento Institucional en la Comunidad Autónoma de Euskadi* cit. p. 93 y 101 (en materia de fomento económico), p. 106, 108 y 109 (en materia de turismo); en materia de agricultura pp. 110, 114, 116; en materia de servicios sociales pp. 124 y 126 especialmente; en materia de fomento al emprendimiento p. 143; en materia de vivienda p. 147; en materia educativa p. 157.

(72) *Informe sobre Análisis y Funcionamiento Institucional en la Comunidad Autónoma de Euskadi*, cit. p. 68.

(73) Sobre los intereses provinciales ZAFRA VICTOR, M. «Relaciones entre municipios y provincias» *Cuadernos de derecho local* n.º 29, 2012, p. 125.

los TTHH conservan su régimen particular (74), resultando de aplicación supletoria las disposiciones de aquella.

A este último respecto, pese a la preeminencia de su carácter foral (75), los TTHH también disponen de las competencias derivadas de la asunción en su organización de aquellas que corresponden a las Diputaciones provinciales (76). Pues bien, la LBRL, reformada también en esta materia por la LRSAL, ha fortalecido la posición de las provincias manteniendo algunas de las cláusulas competenciales generales anteriormente existentes y suprimiendo otras. Entre las que se mantienen hemos de destacar la relativa a «la cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y en la planificación en el territorio provincial, de acuerdo con las competencias de las demás Administraciones Públicas en este ámbito» (77).

Esta facultad de fomento del desarrollo económico y social se configura de forma amplia, abarcando prácticamente lo que en la anterior redacción alcanzaba la competencia general de fomento y la administración de los intereses peculiares de la provincia (78). Lo que esta cláusula viene a significar es que en el ámbito del desarrollo económico y social en el territorio provincial confluyen competencias de distintos entes; exigiéndose a las Instituciones Forales cuando actúan como Diputaciones Provinciales que respeten las competencias de las demás Administraciones (79). En este sentido, se ha de admitir que la posibilidad de actuación indistinta de diversos entes, sin que ello suponga invasión competencial.

---

(74) Vid CASTELLS ARTECHE, J.M., «Los regímenes especiales de la Comunidad Autónoma del País Vasco» en S. Muñoz Machado (coord), *Tratado de Derecho Municipal*, Iustel, 2011, pp. 4379 ss. y COBREROS MENDAZONA, E., «Artículo 39» en M. Rebollo y M. Izquierdo (coord), *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 907 ss.

(75) Véanse los comentarios a este respecto en RAZQUIZ LIZARRAGA, M.M. «La preeminencia del carácter de territorio foral en la naturaleza dual de los Territorios Históricos» *RIVAP* n.º 49, 1997, pp. 275 ss; véase también E. COBREROS «Artículo 39» *cit.* p. 919.

(76) Disposición adicional 2 apartado 2 LBRL. Téngase en cuenta que de acuerdo con el párrafo 4 de esa misma Disposición Adicional «cuando las Instituciones Forales de los Territorios Históricos realicen actividades en campos cuya titularidad competencial corresponde a la Administración del Estado o a la Comunidad Autónoma, les serán de aplicación las normas de esta Ley que disciplinen las relaciones de las Diputaciones provinciales con la Administración del Estado y la Administración Autónoma, en su caso, siempre y cuando dichas actividades las ejerciten en calidad de Diputaciones provinciales ordinarias, y no como Instituciones Forales de acuerdo con su régimen especial privativo, en cuyo caso solo serán de aplicación tales normas cuando desarrollen o apliquen la legislación básica del Estado o invadan las competencias de éste».

(77) Artículo 36.1.d LBRL. Sobre el alcance de esta cláusula, la Exposición de Motivos de la Ley 57/2003 estableció que «la atribución a las provincias de funciones en materia de cooperación en el fomento del desarrollo económico y social y de planificación estratégica en el territorio provincial, sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones públicas en este ámbito, es de particular relevancia, pues enlaza directamente con un conjunto de actividades de creciente importancia en los gobiernos locales contemporáneos, en el que las Diputaciones provinciales ya se han venido implicando de forma creciente durante los últimos años. Esta competencia provincial resulta especialmente necesaria en las zonas rurales, donde la puesta en práctica de las políticas de desarrollo local está produciendo excelentes resultados». La voluntad del legislador ha sido, sin duda, incrementar la acción provincial y el papel de la Provincia.

(78) Anterior artículo 36.1.e) derogado por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local.

(79) Vid. KONINCKX FRASQUET, A. y ALONSO MAS, M.J., «Las nuevas competencias de las diputaciones provinciales» en M.J. Domingo Zaballos (coord) *Reforma del régimen Local. La Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local: veintitrés estudios*. Aranzadi, Pamplona, p. 248.

El precepto fija su atención en las acciones de fomento y de planificación. Con relación a lo último se entiende que la planificación se conecta con la función coordinadora en sentido estricto (sin perjuicio de la autonomía reconocida a los municipios)(80). En todo caso, sobre la base de esta capacidad general de fomento se entiende que también los TTHH pueden realizar actividades en el ámbito social y económico sin necesidad de mayor o más específico título competencial, y sin que tales actividades supongan una duplicidad contraria a Derecho, siempre, claro está, que las mismas resulten acordes con las competencias de los demás entes y especialmente con las competencias sobre planificación y coordinación de las entidades de ámbito superior(81). Las actividades de fomento que entrasen en contradicción o dificultasen las actividades autonómicas resultarían duplicidades ilegítimas.

### III.3. Competencias municipales impropias y cláusulas universales de competencias

El tercer ámbito crítico en el que pueden tener lugar concurrencias competenciales se relaciona con la capacidad de intervención de las Administraciones Públicas sobre la base de las cláusulas generales o universales de competencias, que en el actual contexto de crisis económica se encuentran en claro retroceso también en los ordenamientos de nuestro entorno(82). En el ámbito municipal nos referiremos a las competencias distintas de las propias y de las delegadas.

El marco de las competencias municipales ha sido profundamente alterado por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL), que modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Con el objetivo declarado en su exposición de motivos de «clarificar las competencias municipales para evitar duplicidades con las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio «una Administración una competencia»»(83), la reforma reconduce la actividad municipal a las competencias identificadas como propias (art. 25.2 LBRL) eventualmente a las competencias delegadas (art. 7.4 LBRL), suprime la competencia complementaria general de los municipios (derogando el art. 28), y reduce algunas competencias sectoriales en materia de salud y asistencia social, entre otras(84).

(80) Al respecto GOZÁLEZ IGLESIAS, M.A. «Las provincias tras la modificación de la Ley de Bases del Régimen Local» en T. Quintana, *La reforma del régimen local*, cit. p. 277.

(81) Vid. CASTELLS ARTECHE, J.M. «Los regímenes especiales de la Comunidad Autónoma del País Vasco» cit. p. 2715.

(82) Vid. VERPEAUX, M. «Pavane pour une notion défunte : La clause de compétence générale » en *Revue Française de Droit Administratif* (3) 2014, p. 457 ss. ; MARCOU, G., «La réforme en cours des collectivités territoriales: quelles logiques?» *Cahiers français* 362, 2011, pp. 30-35.

(83) Párrafo 3 preámbulo LRSAL.

(84) Artículo 25.2 y Disposición Transitoria 1 y 2 de la LRSAL. La LRSAL traslada estas competencias a la administración autonómica, lo que resulta jurídicamente cuestionable, pues tal disposición realizada mediante ley estatal afecta a materias competenciales que no corresponden al Estado. La LRSAL también reduce algunos servicios mínimos obligatorios como por ejemplo, en los municipios de más de 20.000 habitantes «la prestación de servicios sociales» *in genere* (art. 26.1.c LBRL). Esto no es óbice para que la legislación autonómica restablezca tales servicios.

En la situación previa a la reforma, los municipios se encontraban autorizados a llevar a cabo actividades complementarias de las realizadas por otras Administraciones Públicas (en particular en los ámbitos de la educación, la cultura, la promoción de la mujer, la vivienda, la sanidad y la protección del medio ambiente) (85). El artículo 28 LBRL lo posibilitaba en un sentido garantizador de las prestaciones del «Estado social» allí donde la actividad de esas otras Administraciones (competentes) resultara insuficiente (86). Las prestaciones que pudieran realizar los municipios sobre esa base jurídica podían resultar concurrentes a las realizadas por los poderes públicos competentes (la CAPV o los TTHH), ahora bien, en la medida que encontraban fundamento legal en el art. 28 no debieran entenderse como duplicidades en el sentido aquí propuesto, exigiéndose una ejecución coordinada con las Administraciones competentes, tal y como la STC 214/1989 declararía (87). En todo caso, la verdadera cuestión que se planteaba con las «actividades complementarias» no era tanto que los municipios entraran en ámbitos de concurrencia de forma competitiva, sino, más bien, que las Administraciones competentes se servían del art. 28 LBRL para gestionar a través de los municipios, de forma indirecta, sus propias competencias, en el marco de convenios o de actividades subvencionadas pero, en todo caso, de forma acorde con el ordenamiento jurídico (88).

En la actualidad la situación es muy diferente debido a la reforma de la LRSAL, sobre la que se ha construido el anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi del que también interesa dar cuenta. Como se decía, la LRSAL ha suprimido el art. 28, precisamente, por considerarlo fuente de duplicidades. Ahora bien, la capacidad de los municipios de realizar actividades complementarias no ha sido completamente desterrada, ya que la reforma de la LBRL incluye entre los tipos de competencia municipal las llamadas «distintas de las propias y de las atribuidas por delegación» (actual art. 7.4) en virtud de las cuales tales actividades «complementarias» podrán continuar siendo desplegadas (89), si bien, con cautelas expresas para evitar las duplicidades como se verá seguidamente.

El art. 7.4 de la LBRL dispone que «las Entidades Locales solo podrán ejercer competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación cuando no se ponga en riesgo la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal, de acuerdo con los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera y *no se incurra en un supuesto de ejecución simultánea del mismo servicio público con otra Administración Pública*. A estos efectos, serán nece-

---

(85) Artículo 28 LBRL (hoy derogado). Véase el estudio de GALÁN GALÁN, A., *La reordenación de las competencias locales: duplicidad de Administraciones y competencias impropias*. Fundación democracia y Gobierno Local, 2012, pp. 56 ss.

(86) Vid. MIR i BAGÓ, J., *El sistema español de competencias locales*. Marcial Pons, Madrid, 1991, p. 314.

(87) STC 214/1989, de 21 de diciembre, FJ 12 donde se lee «este art. 28 se configura como una cláusula competencial genérica que, más allá de las competencias que por imperativo de los arts. 2.1 y 25 de la Ley, el legislador sectorial debe reconocer a las entidades municipales, habilita a los municipios para que puedan desarrollar actividades complementarias de las propias de otras Administraciones. Quiere decirse, pues, que esas «actividades complementarias» en forma alguna menoscaban o se configuran como un obstáculo a las competencias que corresponden al Estado o a las Comunidades Autónomas.»

(88) Sobre esta cuestión VELASCO CABALLERO, F., «Duplicidades funcionales...» *cit.* p. 25.

(89) Vid. F. VELASCO CABALLERO «Reforma de la Administración local: Una nueva distribución territorial del poder» F.A. Castillo Blanco (coord), *La reforma del sector público*. Instituto García Oviedo, Sevilla, 2014, p. 91.

sarios y vinculantes los informes previos de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la *inexistencia de duplicidades*, y de la Administración que tenga atribuida la tutela financiera sobre la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias» (90).

Al margen del interrogante relativo a si los controles previos que prevé ese artículo resultan acordes, o no, con la autonomía garantizada a los municipios, sobre lo que se plantean serías dudas debido a su carácter genérico y falta de determinación (91), la cuestión básica que plantea este precepto es que la eventual existencia de duplicidades (entendidas en sentido amplio) va a resultar una causa obstativa para el ejercicio por parte de los municipios de este tipo de actividades.

Esta nueva regulación fija el régimen jurídico que, con carácter básico, se ha de aplicar en todos los municipios. Ahora bien, tal régimen no impide a las CCAA aprobar leyes para establecer normas competenciales generales (clausulas universales) a favor de los municipios (92). Es decir, el régimen básico no impide que las CCAA ensanchen la autonomía local, incluyendo competencias distintas de las propias y de las atribuidas por delegación, respecto de las que, dicho sea de paso, también se plantean garantías anti duplicidades en la LRSAL (93). El problema en la CAPV es que aún no tenemos aprobada la Ley municipal de Euskadi, con lo que la derogación del art. 28 y la nueva redacción del art. 7.4 de la LBRL sí que pueden suponer problemas competenciales a los municipios, que quedarían en descubierto (sin competencia) con relación a las actividades complementarias que vienen ejerciendo (94). De ahí, también, la urgencia de aprobar la ley municipal vasca.

(90) Art 7.4 LBRL (cursiva añadida). El precepto se cierra añadiendo que «en todo caso, el ejercicio de estas competencias deberá realizarse en los términos previstos en la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas». El principio de coordinación estaría aquí presente.

(91) La autonomía garantizada por el artículo 137 CE impide que se establezcan controles *ex ante* y también controles de oportunidad sobre la actividad de las entidades locales. Cuando el precepto dice que se exige un informe previo de la Administración competente por razón de materia, en el que se señale la inexistencia de duplicidades, no queda claro sobre qué parámetro habrán de realizarse, ni qué se ha de entender por duplicidad, de tal forma que la Administración competente por razón de la materia tendrá un poder casi total de impedir con carácter previo que el municipio ejerza competencias complementarias.

(92) Si esto no se entendiera así, y dado que el artículo 28 LBRL ha sido derogado, la propia categoría de «competencias distintas a las propias y a las atribuidas por delegación» quedaría vacía de contenido y, con ello, el propio artículo 7.4 LBRL en su redacción actual.

(93) Con relación a las competencias propias, el párrafo 5 del artículo 25 LBRL dispone que la ley del Estado o de la CCAA que fije las competencias propias debe determinar, la competencia municipal propia de que se trate, «garantizando que no se produce una atribución simultánea de la misma competencia a otra Administración Pública». Y con relación a las competencias delegadas, el artículo 27.1(2) LBRL establece que uno de sus objetivos ha de ser contribuir a eliminar duplicidades administrativas. El planteamiento de las competencias delegadas es no tanto ampliar competencias municipales sino reducir costes a la Administración delegante.

(94) Se estima que la cláusula especial sobre régimen foral vasco contenida en la Disposición Final 8 del Texto Refundido de la Ley reguladora de las Haciendas locales, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (en su versión modificada por la LRSAL, artículo 2) no faculta a la CAPV para mantener las actividades complementarias, en la medida que se refiere expresamente a «atribuir competencias como propias a los municipios de sus respectivos territorios, con sujeción, en todo caso, a los criterios señalados en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 25 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local». No obstante, la conclusión puede ser distinta desde la perspectiva de la Disposición adicional primera de la LRSAL (Régimen aplicable a la Comunidad Autónoma del País Vasco) que establece la preferencia aplicativa de «las particularidades que resultan de la Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía para el País Vasco, de la disposición final tercera de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Esta-



El anteproyecto de Ley municipal de Euskadi, en su art. 32, ha incluido una cláusula universal de competencias municipales y actividades, servicios o prestaciones que no tengan el carácter de competencias propias, transferidas o delegadas. Dispone este precepto que «los municipios vascos sin perjuicio de las competencias que se prevén en el artículo siguiente, dispondrán de competencias para ejercer la iniciativa en la ordenación y gestión de cualesquiera otra, siempre que no esté atribuida expresamente a otro nivel de gobierno y contribuya a satisfacer las necesidades de la comunidad municipal». Los municipios vascos se verán habilitados para realizar prestaciones de carácter social o de otro tipo a condición de que no incurran en duplicidades.

El borrador del anteproyecto de Ley municipal de Euskadi sometido a información pública recogía una definición de duplicidad en los siguientes términos «la ejecución simultánea de una misma actividad, servicio o prestación realizada por dos o más administraciones públicas sobre el mismo espacio territorial y las mismas personas» (95). Se trataba de un concepto de duplicidad cuyo presupuesto es que la entidad local carezca de competencia, por estar ésta reservada expresamente por el ordenamiento jurídico a otro nivel de gobierno. Sin embargo, la última versión disponible del anteproyecto de Ley municipal ha suprimido toda referencia a las eventuales duplicidades como límites en el ejercicio de las competencias municipales distintas de las propias y de las delegadas o transferidas. La única referencia a las duplicidades contenida en el último borrador se contiene en el art. 33.2 relativo a las competencias propias, disponiendo «En los casos de concurrencia competencial se actuará bajo los principios de coordinación y colaboración, a fin de evitar duplicidades innecesarias y garantizar en todo caso el mejor y más eficaz servicio a la ciudadanía». La valoración positiva que merece la inclusión de esta cautela en el caso de las competencias propias no es trasladable al caso de la cláusula universal de competencia, en la que la referencia a las duplicidades ha sido eliminada del anteproyecto.

En todo caso, una cuestión clave para entender la funcionalidad de la cláusula universal de competencias es la relativa a la financiación de tales actividades o prestaciones. En principio, las competencias que ejerzan los municipios sobre la base de esta cláusula general han de financiarlas con cargo a sus propios recursos. Ahora bien, siempre que la actividad venga financiada por la Administración competente por razón de la materia o responda a políticas o programas impulsados por las mismas, no se producirá duplicidad en la medida que la financiación o el programa supone, de suyo, la consiguiente coordinación.

En definitiva, en lo que interesa al objetivo de este trabajo, el anteproyecto de Ley municipal de Euskadi incluye garantías suficientes para evitar las duplicidades en el ejercicio de la cláusula universal de competencia municipal, contribuyendo a su eliminación.

---

bilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, y de las demás normas que actualicen los derechos históricos de los territorios forales». La cuestión es que sobre la base de esa excepción cabría entender que aquellas normas que atribuyen competencias a los municipios sobre la base de una competencia exclusiva de la CAPV derivan de la singularidad del Estatuto de Gernika, aplicándose con preferencia por tanto. Véase la opinión de VELASCO CABALLERO, F., «Sobre la aplicación de la LRSAL en el País Vasco: El alcance de las cláusulas de excepción». Instituto de Derecho Local, p. 7-8.

(95) Artículo 16.3 del Anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi sometido a información pública (posteriormente suprimido).

### III.4. Sector público instrumental

Finalmente, un cuarto ámbito crítico para las concurrencias competenciales lo constituye el ámbito de la Administración institucional y el sector público instrumental (96). Nuestros tres niveles institucionales han desarrollado sus correspondientes sectores instrumentales, cuya fundamentación jurídica se encuentra en la potestad de autoorganización de que disponen para el desarrollo de sus competencias. Asimismo, disponen de potestad para organizar y modificar la forma de gestión de los servicios públicos que prestan, así como para el ejercicio de la iniciativa pública en la economía (97).

Las cuestiones polémicas que ha venido planteando el recurso a la Administración instrumental se relacionan con su justificación como medio para la mejor satisfacción del interés general, exigiendo que su creación venga justificada también en atención a su objeto, a la necesidad de personificación y, en ciertos casos, al recurso al derecho privado para satisfacer intereses públicos. Ha de tenerse en cuenta que la creación de este tipo de entidades supone una cierta pérdida de control de la actividad por parte de su Administración matriz, con la consiguiente pérdida de transparencia, factores que también han de ser valorados.

La organización instrumental ha sido objeto de las más intensas medidas de reordenación en el marco de las políticas de reducción del gasto público en el ámbito de la Administración del Estado (98) y también en el ámbito local. Con relación a este último, la LRSAL ha introducido dos tipos de medidas: ha modificado el régimen jurídico de los entes que forma parte del sector público local (99) limitando, asimismo, la discrecionalidad municipal para optar entre los diversos tipos al prestar servicios públicos, y se han previsto rígidas causas de extinción de este tipo de entidades. Así, la reforma ha modificado el artículo 85, en su apartado 2.º, estableciendo que «los

---

(96) Al respecto véase MONTOYA, E. «Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización» en J.R. Fuente, J. Gifreu y L. Casado (coord), *Estructuras administrativas y racionalización del gasto público. Problemas actuales de la expropiación forzosa. La reforma de los entes locales en Italia en el contexto de la crisis económica*. INAP, Madrid, 2012, pp. 15-115.

(97) Con relación a las entidades locales véase la STC 103/2013 de 25 de abril que resuelve la impugnación por vulneración de las competencias autonómicas del artículo 85.bis.1 LBRL diciendo que «El art. 85 bis.1 a) LBRL se limita a señalar que la creación de organismos autónomos y entidades públicas empresariales se acordará por el Pleno de la entidad también competente para aprobar sus Estatutos, quedando en sus manos la elección, a la vista de las reglas de organización que el legislador establece para las entidades instrumentales locales, entre las formas de gestión directa o indirecta a las que se refiere el art. 85.2 LBRL, y configurar el régimen de sus entidades instrumentales, dentro del marco legalmente establecido, mediante la aprobación de los estatutos» (FJ 4).

(98) En el ámbito de la Administración general del Estado, véase la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, que aprueba el Plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal. El Informe CORA también plantea multitud de medidas de reestructuración como la supresión de varios organismos autónomos, fusión de organismos autónomos para integrarse en otros existentes con fines más generales, fusión de entidades gestoras y servicios comunes de la seguridad social en una única entidad, supresión de las entidades mancomunadas de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, supresión de varios consorcios, supresión de fundaciones, fundaciones que dejan de ser públicas, cambios de protectorado, transformación en organismos públicos, sociedades mercantiles que se extinguen, organismos autónomos y agencias estatales que integran sus servicios comunes...

(99) Nueva redacción del art. 85 ter 2 LBRL; y Disposición Adicional 12.2 y 4 de la LBRL.

servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación». Los criterios de la sostenibilidad y de la eficiencia delimitan ahora la discrecionalidad de las entidades locales a la hora de establecer la forma de gestión de sus servicios públicos(100); asimismo, con relación a la gestión directa, las formas de gestión basadas en el derecho privado se configuran ahora con carácter subsidiario respecto de las formas basadas en el derecho público(101). Con relación al otro orden de medidas, es decir, a la extinción más o menos mediata de las entidades instrumentales, se han previsto medidas tales como nuevos límites a la creación de nuevos entes(102), una prohibición para las entidades locales sometidas a un plan económico financiero o a un plan de ajuste de constituir o participar en la constitución, directa o indirectamente, de nuevos organismos, entidades, sociedades, consorcios, fundaciones, unidades y demás entes durante el tiempo de vigencia de su plan(103), la disolución y liquidación de los entes del sector público que desarrollen actividades económicas y que se encuentren en situación de desequilibrio financiero(104), y la prohibición de crear por parte de los entes pertenecientes al sector público local nuevos entes instrumentales de segundo grado (holdings locales)(105). Este nuevo régimen hace surgir la duda relativa a la efectividad de la disolución de sociedades locales que gestionan servicios públicos obligatorios desde la perspectiva de los beneficios que pueden suponer a las finanzas municipales(106) o a la calidad de los servicios públicos(107).

También en el ámbito de la Administración de la CAPV la reordenación de su sector público se ha realizado a través de dos vías. De un lado, mediante la aprobación por parte del Gobierno Vasco el 30 de julio de 2013 de la Estrategia de Redimensionamiento

---

(100) Vid. MONTOYA, E. «Reestructuración de la administración instrumental y de estructuras asociativas: lecciones aprendidas y estrategias», en F.A. Castillo Blanco (dir), *La reforma del sector público*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 2014, p. 136.

(101) De acuerdo con la nueva redacción del art. 85.2 LBRL solo podrá hacerse uso de la entidad pública empresarial local y de la sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública, cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), es decir la gestión por la propia Entidad Local o la gestión mediante organismo autónomo local. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

(102) El artículo 57.3 LBRL establece la subsidiariedad en la constitución de consorcios frente a los convenios (en similar sentido art. 85.2 LBRL).

(103) DA 9.1 LBRL.

(104) DA 9.2 LBRL. Las entidades del sector público local que, desarrollando actividades económicas, se encuentren en desequilibrio financiero, dispondrán de un plazo de 2 meses para aprobar, previo informe del interventor, un plan de corrección de disco desequilibrio; de no cumplirse la corrección la entidad habrán de ser disueltas (siéndolo automáticamente el 1 de agosto de 2015).

(105) DA 9.3 y 4 LBRL.

(106) Vid. SANTIAGO IGLESIAS, D., «La transformación del sector empresarial local: prospectiva de las sociedades municipales en el actual contexto de crisis económica» *Anuario de Derecho Municipal 2012*, pp. 101-113.

(107) Vid. BOTO ALVAREZ, A., «Redimensionamiento del sector público local» en T. Quintana (dir) *La reforma del régimen local*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 512.

y Racionalización del Sector Público de la CAPV(108), que incluye varias líneas de actuación para racionalizar la estructura institucional(109). Y de otro lado, mediante la previsión de reformas normativas que tratan de introducir un mayor control y transparencia en la creación de este tipo de entes. El Proyecto de Ley de Administración Pública vasca prevé un Título segundo sobre «la composición y coherencia del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi» que responde a la necesidad de reordenar, clarificar y, eventualmente, redimensionar, el conjunto de entes públicos y privados vinculados de forma más o menos intensa a la Administración.

Con relación a la lucha contra las duplicidades el Proyecto de Ley de Administración Pública vasca incluye entre los principios generales de actuación de los sujetos integrantes del sector público, el principio de «coherencia» de acuerdo con el cuál, las Administraciones Públicas vascas han de promover un sistema público integrado que evite las duplicidades y reiteraciones innecesarias en la organización y actuación de sus respectivos sectores públicos» (110). Pese a que la opción del anteproyecto de Ley se centra exclusivamente en la organización del sector público autonómico, el principio de coherencia se concibe con carácter general, alcanzando a todas las Administraciones Públicas. En lo que hace propiamente al sector público de Euskadi, el principio de coherencia se plasma en ciertos aspectos de los que damos cuenta sintéticamente(111):

- La constitución de entidades con personalidad jurídica propia sólo procederá cuando el interés general a satisfacer o el servicio a prestar no pueda lograrse desde los órganos y servicios administrativos de la Administración en sentido estricto.
- La constitución de entidades que actúen sometidas al Derecho privado sólo puede llevarse a cabo cuando la iniciativa privada no garantice suficientemente el acceso a un servicio o prestación determinada.
- La Administración general y las entidades que integran el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi solamente constituirán nuevas entidades o participarán en otras ya existentes cuando el interés general no pueda satisfacerse eficaz y eficientemente a través de los recursos humanos, materiales y organizativos que en ese momento compongan el sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

(108) El documento trae causa de la aprobación por el Parlamento Vasco, en la sesión plenaria celebrada el día 7 de febrero de 2013, de la proposición no de ley 13/2013 en la que, entre otros aspectos, se instaba al Gobierno Vasco a «presentar, en este periodo de sesiones, una estrategia o plan para el redimensionamiento y la racionalización del sector público de la Comunidad Autónoma del País Vasco con el objetivo de reducir su estructura y gasto corriente, así como el número total de entidades, hasta su nivel óptimo con el objetivo fundamental de lograr una administración más eficiente, moderna y transparente.»

(109) Se prevé la reducción en un 20% de las estructuras organizativas del sector público instrumental y el aplanamiento y adelgazamiento en un 20% de sus estructuras directivas. Se contempla la disolución de la fundación Museo Vasco del Ferrocarril y se plantea reformular el consorcio Haurreskolak así como la liquidación de 2 sociedades, la integración de Zumaia Kirol Portua en Euskadiko Kirol Portua y la fusión de los tres parques tecnológicos y de los 12 industrialdeak. Asimismo se propone una importante variación en el número de entidades participadas que pasará de 123 a 88.

(110) Artículo 34.c del Proyecto de Ley de Administración Pública Vasca.

(111) Artículo 35 del Proyecto de Ley de Administración Pública Vasca.

- La creación de entidades que suponga duplicación de órganos de la Administración general o de entidades del sector público preexistentes, o de funciones ya atribuidas a órganos o entidades, implicará la necesaria reordenación de medios reduciendo, suprimiendo o transfiriendo aquellos que venían implicados en las funciones o competencias concernidas.

Además de estos principios, el Proyecto de Ley establece cautelas de aplicación en los procedimientos de creación de nuevas entidades. El procedimiento de elaboración de la norma de creación del nuevo ente habrá de acreditar, entre otros aspectos, su adecuación desde la perspectiva de la organización institucional del conjunto del Sector Público de la Comunidad Autónoma, garantizando la inexistencia de reiteraciones orgánicas o funcionales así como, en su caso, la adopción de las medidas de reestructuración y extinción de entidades preexistentes.

Con relación a aspectos vinculados a la transparencia, se prevé que la constitución de organismos autónomos y de entes públicos de derecho privado se realice mediante decreto, si bien se exige que se informe al Parlamento de tales constituciones (112). En igual sentido, la constitución de sociedades públicas, que tendrá carácter excepcional exigiéndose su justificación sobre la base de los criterios legales (113), requerirá que el Gobierno autorice mediante decreto su creación y la adquisición de participaciones por la Administración general o por alguna de las entidades pertenecientes al sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi. Y lo mismo para la constitución de fundaciones, que requerirá autorización del Gobierno que se otorgará mediante decreto (114). La norma crea el Registro de Entidades del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi en la que se inscribirán no solo la constitución de las entidades del sector público, la adquisición de la condición de entidad integrante del sector público, o la extinción de entidades pertenecientes al referido sector público, así como la exclusión de entidades del mismo que sea consecuencia de la reducción o retirada de la participación, sino también, en sección diferenciada, se habrán de inscribir las participaciones en entidades que no determinen su integración en el sector público de la Comunidad Autónoma, así como sus variaciones fundamentales (115).

De otro lado, la constitución de consorcios se concibe con carácter subsidiario, cuando la cooperación con otras Administraciones Públicas para la prestación de servicios no sea posible mediante la suscripción de convenios de colaboración de los que no se derive la creación de nuevas organizaciones o estructuras administrativas (116).

Finalmente, se prevé que el Gobierno mantenga la adecuación de la organización y estructura del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi a las finalida-

---

(112) Artículo 39.5 del Proyecto de Ley de Administración Pública Vasca.

(113) Artículo 40 del Proyecto de Ley de Administración Pública Vasca. La constitución o toma de participación en sociedades de capital por la Administración general de la Comunidad Autónoma de Euskadi o cualquiera de los entes de su sector público habrá de justificarse entre otras causas que procedan, en razones estratégicas determinantes para el sector económico en que actúe la sociedad o en su actuación como medio para garantizar la igualdad de la ciudadanía en el acceso a bienes y servicios en los que por diversas causas no exista oferta suficiente o adecuada de la iniciativa privada.

(114) Artículo 43 del Proyecto de Ley de Administración Pública Vasca.

(115) Artículo 51 del Proyecto de Ley de Administración Pública Vasca.

(116) Artículo 44 del Proyecto de Ley de Administración Pública Vasca.

des públicas que tienen encomendadas sus entidades, procediendo a la reestructuración organizativa del mismo, cuando así lo requieran el mantenimiento y el resultado de las evaluaciones de eficacia, de eficiencia y de conjunto que se regulan en la propia norma(117).

#### IV. Instrumentos de corrección

Una vez analizados los ámbitos críticos para las concurrencias y las causas jurídicas que las generan, procede analizar ahora los instrumentos de corrección de que disponemos para valorar su efectividad. De lo hasta ahora dicho podemos concluir que las concurrencias e ineficiencias ponen de manifiesto la carencia de procesos de planificación compartidos o integrados, lo que dificulta y, en ocasiones, impide la ejecución de políticas públicas coherentes. La cuestión que se plantea a continuación es analizar las técnicas previstas por nuestro ordenamiento jurídico dirigidas a asegurar la coherencia y cohesión de la acción administrativa. Se analizará su operatividad distinguiendo las políticas de ingreso y las de gasto, dando cuenta, asimismo, de las reformas legislativas previstas en lo que puedan significar avances en esta materia.

El ordenamiento jurídico vasco se ocupa de los principios y de las técnicas de relación interadministrativa en varias normas. Así, el EAPV y la LTH basan las relaciones entre ambos niveles institucionales en el principio de competencia, reconociendo un cierto contenido material a la garantía de la foralidad. Con carácter general, la LTH se refiere a los principios que han de regir, por un lado, las relaciones entre las Instituciones Comunes y las Forales, prescribiendo que se basarán en los principios de *colaboración* y *solidaridad*(118); de otro lado, establece que desde la perspectiva funcional «en el ejercicio de sus respectivas competencias, las Administraciones del País Vasco actuarán de acuerdo con los principios de *eficacia* y *coordinación*» (119). Y asimismo reconoce la *autonomía* de los municipios del País Vasco(120). El artículo 4 de la LTH establece el principio de *no discriminación* entre TTHH al reconocer o atribuir por parte de las Instituciones Comunes facultades y competencias. Y finalmente se regulan los instrumentos de colaboración entre ambos niveles institucionales y entre las Diputaciones, destacando los convenios de colaboración(121).

(117) Artículo 48 del Proyecto de Ley de Administración Pública Vasca. El art. 71 de la misma norma se ocupa de la evaluación de las entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi que se encuentran sujetas al análisis sobre el grado de cumplimiento de los objetivos y fines que propiciaron su creación o participación, así como sobre la relación entre los recursos utilizados y los logros conseguidos en su actividad.

(118) Artículo 2.1 LTH.

(119) Artículo 2.2 LTH (cursiva añadida).

(120) Artículo 3 LTH y artículo 1 del anteproyecto de Ley municipal de Euskadi.

(121) Véase el artículo 22.2 del Estatuto de Autonomía, que regula los convenios entre la CAPV y los TTHH. Interesa observar que el Estatuto únicamente prevé la firma de convenios de colaboración con los TTHH y no la de acuerdos de cooperación, que únicamente se prevén respecto de otras CCAA. La diferencia entre ambos tipos reside en su objeto y en el procedimiento, en cuanto que los primeros se firman para la gestión y prestación de servicios propios correspondientes a materias de su competencia, siendo necesaria la comunicación a las Cortes Generales, mientras que los acuerdos se firmarían para las restantes materias, exigiéndose la autorización de las Cortes Generales. Véase también el artículo 5 LTH que regula los convenios de prestación de servicios entre el Gobierno y una o varias Diputaciones, prescribiendo que regirá el control parlamentario que previene el art. 18.e de la Ley de Gobierno.

El Proyecto de Ley de Administración Pública Vasca se refiere a la cooperación entre la Administración general, los órganos forales y las entidades locales, configurándola con carácter voluntario, citando los siguientes instrumentos(122): consorcios, planes de actuación conjunta, delegaciones interadministrativas(123), encomiendas de gestión o convenios administrativos. En todo caso, con relación a los instrumentos se ha de decir que al margen de las fórmulas convencionales reguladas, caben otras muchas relaciones de carácter voluntario no formalizadas, sin que quepa entender que las que cita la legislación sean exhaustivas.

En definitiva, las relaciones interinstitucionales internas generales se han de regir por los principios de colaboración, solidaridad, eficacia y coordinación en el ejercicio de las competencias respectivas, no discriminación en la atribución de competencias y autonomía.

Con relación al principio de coordinación, se ha de decir que la Ley 7/1981, de 30 de junio, de Gobierno, en su artículo 53 hace referencia al mismo mencionando a los TTHH prescribiendo que «la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con responsabilidad jurídica única y su actuación se adecuará a los principios de objetividad, publicidad, eficacia, descentralización, descentración y coordinación entre sus órganos y, en todo caso, con los de los Territorios Históricos». No obstante se entiende que no se trata de la coordinación en sentido estricto; es decir, no se configura una facultad general de coordinación a favor de las Instituciones Comunes que limite o condicione el ejercicio de la autonomía de los TTHH a través de un poder de dirección atribuido a las primeras. También el artículo 7.2 del Proyecto de Ley de Administración Pública vasca se refiere a la coordinación con los órganos de los TTHH y de las administraciones locales, configurándose de forma similar(124).

En la medida que la coordinación en sentido estricto conlleva un cierto poder de dirección, las potestades de coordinación deben estar atribuidas por normas jurídicas con rango suficiente, sin que puedan presumirse(125). Pues bien, al analizar el reparto competencial contenido en la LTH las referencias a la coordinación sobre los TTHH únicamente se contienen con relación a las competencias forales en materia de carreteras (respecto del sometimiento a los Planes de carreteras)(126) y en materia de

---

(122) Artículo 27 del Proyecto de Ley de Administración Pública Vasca.

(123) El Proyecto de Ley de Administración Pública vasca prevé que la Administración general de la Comunidad Autónoma y los organismos públicos vinculados o dependientes de la misma puedan delegar funciones, por razones de eficacia o de una mejor gestión, en las Diputaciones Forales y en las entidades locales, para la realización de obras, ejecución de servicios y, en general, actividades de la competencia de aquéllos. Véase asimismo el artículo 13 de la Ley de Territorios Históricos cuyo párrafo 2 establece las facultades que se reserva el Gobierno en caso de delegaciones.

(124) El artículo 7.2 del Proyecto de Ley de Administración Pública Vasca prescribe que «la actuación de la Administración general se adecúa a los principios de legalidad, objetividad, transparencia, publicidad, eficacia y eficiencia. Como garantía de su observancia, la Administración general promoverá y realizará la coordinación entre sus órganos y, en todo caso, con los órganos de los Territorios Históricos y de las Administraciones locales».

(125) Entre otros BOUZZA ARIÑO, O., «Principio de coordinación» en J. A. Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo*, La Ley, 2010, pp. 921-944; ALBERTÍ ROVIRA, E., «La coordinación entre el Estado y las Comunidades Autónomas» *Documentación administrativa*, n.º 230-231, 1992, 49-74; SÁNCHEZ MORÓN, M., «La coordinación administrativa como concepto jurídico» *Documentación administrativa*, n.º 230-231, 1992, pp. 11-30.

(126) Artículo. 7.a.8 LTH.

transportes mecánicos por carretera(127). En lo relativo a las políticas públicas de gasto la operatividad del principio de coordinación en sentido estricto es limitada debido a la configuración institucional de los Territorios Históricos que la hace incompatible con restricción de la autonomía que implica la posición de supremacía consustancial a la coordinación.

Sin embargo, el principio de coordinación en sentido estricto cobra protagonismo en materia de políticas públicas de ingreso. En el ámbito de las políticas de ingreso, los principios de relación entre los poderes públicos han sido objeto de regulación específica en los artículos 14 y siguientes de la LTH, en desarrollo de lo dispuesto por el artículo 41.2.a) del Estatuto de Autonomía. Esta norma, tras reconocer la autonomía tributaria de los TTHH, la enmarca dentro de, entre otros parámetros, la facultad de coordinación y armonización tributaria que se reconoce al Parlamento Vasco. La LTH desarrolla este principio de coordinación normativa fiscal, imponiendo la regulación uniforme de los elementos sustanciales de los distintos impuestos(128), y también el de coordinación de la actividad financiera de los TTHH y de su sector público(129). Con el fin de hacer operativos los principios de coordinación fiscal y de coordinación financiera, se han creado varios instrumentos organizativos:

De un lado, el Consejo Vasco de de Finanzas Públicas, regulado en los artículos 28 y ss. de la LTH(130), cuyas funciones principales son las de determinar las aportaciones de los TTHH a la Hacienda General así como formular propuestas en materias relacionadas con la actividad económica, financiera y presupuestaria del sector público vasco que a juicio de este Consejo precise una actuación coordinada(131). Los acuerdos de este Consejo se adoptan por mayoría absoluta salvo en los asuntos que la propia ley exige una mayoría cualificada(132).

El anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi prevé una sustancial modificación en la composición y funciones del Consejo Vasco de Finanzas Públicas posibilitando la presencia en el mismo de la representación de los municipios vascos en la toma de decisiones que puedan afectar a ciertos aspectos de ese nivel de gobierno(133). De acuerdo con el anteproyecto, pese a que el párrafo 2 del art. 28 LTH que regula la composición del Consejo Vasco de Finanzas no se modifica(134), se prevé la incorporación al Consejo Vasco de Finanzas de tres representantes de los municipios vascos designa-

(127) Artículo 10 LTH.

(128) Artículo 14.3 LTH.

(129) Artículo 14.2 LTH.

(130) Vid. ARRATIBEL ARRONDO, J.A., «Análisis de la naturaleza jurídica del Consejo Vasco de Finanzas Públicas» en *Auditoría Pública* n.º 53 (2011), pp. 71-84, donde afirma que sus acuerdos son declaraciones sin valor jurídico directo, si bien en la medida que ejerce facultades de coordinación se dirigen a los respectivos poderes de gobierno con la finalidad de incorporar su contenido al ordenamiento jurídico financiero, mediante la creación, por aquellos, de las normas jurídicas que correspondan a su nivel competencial.

(131) Artículo. 28.a) y b) LTH.

(132) Vid. artículo 28.5 LTH.

(133) Vid. Disposición Final primera del Anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi, que modifica la LTH.

(134) Recuérdese que, según dispone el artículo 28.3 LTH, el Consejo Vasco de Finanzas Públicas se integra por seis miembros, tres designados por el Gobierno y los otros tres por las Diputaciones Forales a razón de uno por cada una de ellas.



dos por la asociación municipal más representativa(135). El régimen de adopción de acuerdos se configura de forma idéntica para todos los casos en que los representantes municipales intervengan con voz y voto, exigiéndose mayoría absoluta, siempre que dicha mayoría incluya al menos una persona representante de cada nivel institucional. En el resto de las materias, la representación municipal actuará solo con voz.

En segundo lugar estaría el Órgano de Coordinación Tributaria, creado mediante la Ley 3/1989, de 30 de mayo, de Armonización, Coordinación y Colaboración Fiscal, del que forman parte tres representantes del Gobierno Vasco y un representante de cada una de las Diputaciones Forales (136). Esta ley establece, asimismo, que en todo caso para la validez de sus acuerdos se necesitará mayoría absoluta. Entre sus objetivos se encuentra el de impulsar la coordinación y colaboración entre las Diputaciones Forales en el ejercicio de sus competencias tributarias en aras a lograr una mayor eficacia en la gestión tributaria y emitirá informe sobre los proyectos de disposiciones forales de carácter general relativos a materias que hayan sido objeto de armonización por ley del Parlamento Vasco(137).

Interesa destacar ahora que, con relación a las políticas de ingreso, el ordenamiento jurídico vasco ha articulado el principio de coordinación de manera efectiva a través de los instrumentos organizativos analizados y de otros mecanismos específicos previstos en la LTH, como los contemplados en el artículo 24(138), habiendo operado de forma razonablemente satisfactoria evitando duplicidades. En materia de políticas públicas de gasto, los instrumentos no han resultado de igual intensidad(139) y su efectividad depende de

---

(135) Apartado 3 de la Disposición Final primera del Anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi. En el último borrador se añade que las designaciones deberán recaer sobre miembros de las tres fuerzas políticas con mayor implantación en cuanto a número de votos en las elecciones municipales en la Comunidad Autónoma. Esta limitación podría entenderse desde la perspectiva del pluralismo, pero resulta difícilmente comprensible desde la perspectiva de la representatividad de las entidades locales, que resulta esencial en la composición de este órgano. Se ha de destacar, asimismo, que la representatividad territorial de los representantes municipales no se especifica, sin incluirse la necesidad de que pertenezcan a diferentes Territorios Históricos.

(136) Artículo 16.1 de la Ley 3/1989, de 30 de mayo, de Armonización, Coordinación y Colaboración Fiscal.

(137) Artículo 17.a) y b) de la Ley 3/1989, de 30 de mayo, de Armonización, Coordinación y Colaboración Fiscal.

(138) El artículo 24.2 LTH prevé que cuando corresponda a las Instituciones Comunes la facultad de planificación de la inversión pública en un servicio cuya competencia de ejecución corresponda a los órganos forales, estos vendrán obligados a ajustar su política de inversiones a las directrices y programas contenidos en los Presupuestos Generales dando cuanta al Gobierno para su traslado al Parlamento Vasco del desarrollo de su gestión. Se prevé asimismo que los presupuestos Generales del País Vasco contemplen transferencias condicionadas de fondos para la financiación por las Diputaciones Forales de inversiones o servicios en que la titularidad de la competencia corresponda al Gobierno; régimen que se hace extensivo a los casos en que se formalicen acuerdos entre ambos niveles de gobierno en materias en que la competencia corresponda a las Diputaciones. En tales casos se prevé la participación del Consejo Vasco de Finanzas Públicas.

(139) Con relación a las políticas de gasto, la colaboración interinstitucional se ha planteado a través de planes sectoriales, e instrumentos organizativos (órganos colegiados) previstos en la legislación sectorial, como sería el caso, del Consejo Consultivo de Turismo del País Vasco (Regulado en el Decreto 80/1992, de 31 de marzo, por el que se crea el Consejo Consultivo de Turismo del País Vasco, y que ha sido objeto de diversas modificaciones. Se trata de un órgano asesor que aglutina al Gobierno Vasco, las Diputaciones Forales, los Ayuntamientos de las tres capitales de la CAPV, Eudel, organizaciones sindicales, asociaciones sectoriales y de consumidores, Cámaras de Comercio etc.); en materia de políticas agrarias y alimentarias, del Consejo Agrario y Alimentario de Euskadi y de la Comisión de Política Agraria y Alimentaria (creadas por la Ley 17/2008, de 23 de diciembre, de Política Agraria y Alimentaria, artículos 92 y 93 respectivamente, configurándose como órgano donde se plasma la colaboración entre la Administración General de la CAPV y las Diputaciones Forales para elaborar los Programas plurianuales de Desarrollo rural); en materia educativa el recientemente constituido Consejo Vasco de Aprendizaje a lo Largo de la Vida, que se configura como un lugar de encuentro para detectar las necesidades de formación, coordinar la oferta de las distintas instituciones y agentes, públicos y privados, y evaluar los resultados y evitar duplicidades

la voluntad de las Administraciones competentes. En todo caso, la cooperación a través de entidades u órganos colegiados, que el Proyecto de Ley de Administración Pública prevé con carácter excepcional, previa acreditación de que las funciones que se le asignen no supondrán duplicidades(140), también presentan ciertas contrapartidas negativas ya que no favorecen la transparencia en la toma de decisiones. Y es que, al adoptarse las decisiones en el marco de los procesos de toma de decisión internos del propio órgano se desdibuja la responsabilidad que corresponde a cada entidad pública participante, dificultando el control de la ciudadanía respecto de sus cargos electos.

## V. Conclusiones y propuestas

Del análisis realizado cabe extraer ciertas consideraciones generales y propuestas que se exponen a continuación.

En primer lugar, conviene distinguir entre las duplicidades, concurrencias e ineficiencias ya que, tal y como se ha explicado, no todas ellas presentan caracteres semejantes ni igual grado de reprochabilidad desde la perspectiva jurídica. Asimismo, a la hora de afrontar las acciones para evitar las ineficiencias se ha de tener presente que no todas ellas presentan idénticos caracteres desde la perspectiva del interés general teniendo en cuenta su distinto alcance social. La valoración sobre el beneficio social de las actividades que dispensen varias Administraciones puede ser un factor a considerar, pudiendo proponerse intervenciones correctoras selectivas en atención a ese factor.

El análisis de las causas y ámbitos críticos para las duplicidades lleva a realizar varias consideraciones conclusivas, distinguiendo ámbitos. Al socaire de las medidas anti-crisis se aprecia una extensión de la intervención de la Administración del Estado sobre ámbitos de competencia autonómica, resultando un campo abonado para las duplicidades tanto normativas como ejecutivas. La extensión del contenido de la legislación básica y el recurso a cláusulas competenciales horizontales de contenido económico, unido a la introducción por vía legislativa de nuevos principios como el de eficacia territorial de las intervenciones administrativas con efectos sobre la unidad del mercado son una fuente innata de duplicidades. La configuración de la cualidad de la autonomía queda en manos del legislador estatal y, en consecuencia, la capacidad de establecer políticas públicas propias resulta mermada, sustituyéndose, en muchos casos, por una mera labor ejecutiva. La fragilidad actual del principio de competencia es la causa principal de las duplicidades con relación a la Administración del Estado.

La situación en el ámbito del entramado institucional interno en el País Vasco presenta singularidades propias(141), lo que exige un tratamiento también singular a la hora de realizar propuestas encaminadas a un funcionamiento conjunto más eficiente.

---

(Ley 1/2013, de 10 de octubre, de Aprendizaje a lo Largo de la Vida, artículo 46); el Consejo de Seguridad Pública de Euskadi (Previsto en el artículo 8 la Ley 15/2012, de 28 de junio, de Ordenación del Sistema de Seguridad Pública de Euskadi) o el Consejo Vasco de Atención Sociosanitaria (Creado mediante Decreto 69/2011, de 5 de abril. Dicho Consejo, como órgano que articula, a nivel autonómico, la cooperación y la coordinación entre el Sistema Vasco de Servicios Sociales y el Sistema Sanitario de Euskadi).

(140) Artículo 12 del Anteproyecto de ley de Administración Pública Vasca.

(141) *Vid.* LASAGABASTER HERRARTE, I., «Relaciones intergubernamentales y federalismo cooperativo» *RVAP* n.º 41, 1995, pp. 203-220.

Las cuestiones principales que aquí se plantean no se relacionan principalmente con un defectuoso reparto competencial entre los poderes públicos vascos, cuyo marco se cerrará con la aprobación de la ley municipal. El análisis de las causas de surgimiento de concurrencias lleva a considerar que el reparto competencial interno tiene una trascendencia mucho más relativa que los siguientes factores: la capacidad de gasto unido a la inexistencia de normas competenciales que limiten el desarrollo de actividades sobre la base de cláusulas competenciales universales y la falta de una verdadera cultura colaborativa al actuar competencias propias, lo que exige reforzar los mecanismos de coordinación, cooperación y colaboración para ganar eficiencia en el gasto público y eficacia en la ejecución de las políticas públicas.

Con relación a la primera de las causas detectadas, la cuestión que cabría plantear es si resultaría jurídicamente posible limitar la operatividad de las cláusulas universales de competencias de las que disponen las Diputaciones forales cuando actúan como Diputaciones provinciales y también los municipios (reconocidas en el actual artículo 7.4 de la LBRL reformado por la LRSAL) a fin de evitar duplicidades e ineficiencias.

Con relación a las Diputaciones, se ha de afirmar que las actividades que pueden desarrollar en el ámbito social y económico sobre la base de la cláusula general del artículo 36.1.d LBRL encuentran en las eventuales duplicidades una causa obstativa de primer orden, en la medida que tales intervenciones han de resultar adecuadas y acordes a las competencias de la CAPV y especialmente a las competencias sobre planificación y coordinación que les corresponden. A este respecto se ha de destacar que, sobre la base del artículo 10.25 del EAPV, las Instituciones Comunes se encuentran habilitadas para establecer políticas matrices, lo que se desarrolla en el artículo 22.3 de la LTH que, de una forma ciertamente amplia, las faculta para intervenir en cualquier sector de actividad y en todo tipo de actividad de contenido económico, social e incluso político (142). Sobre la base de la posición de liderazgo de las Instituciones Comunes fundamentada en sus competencias de planificación general, cabe plantear un sistema organizativo que ayudaría a evitar duplicidades, sobre cuyas características luego se tratará.

Con relación a los municipios, la reforma de la legislación básica operada por la LRSAL ha limitado la capacidad municipal de actuación sobre la base de las competencias «distintas de las propias y de las atribuidas por delegación» condicionándola a la acreditación de que no se producirán duplicidades (143). De igual forma, el anteproyecto de Ley municipal de Euskadi ha previsto una cláusula universal de competencias municipales y actividades, servicios o prestaciones que no tengan el carácter de competencias propias, transferidas o delegadas. Mientras que el borrador del anteproyecto sometido a información pública establecía expresamente la condición de que el ejercicio de tales competencias no incurra en duplicidades, el borrador del anteproyecto posterior omite tal referencia. De todas formas el problema que se plantea aquí no es tanto la falta de consideración del criterio de evitar duplicidades como los problemas jurídicos que surgen del sistema de control por afectar a la autonomía local.

---

(142) El precepto habilita al Gobierno vasco a realizar políticas de planificación, promoción y desarrollo económico, regionales o sectoriales de redistribución, personal y territorial, de la renta y riqueza en el ámbito del País Vasco y, en general, para la adopción de medidas tendentes a asegurar la estabilidad política y económica de la Comunidad Autónoma.

(143) Artículo 7.4 LBRL.

Si las garantías de las que se ha hablado no resultaran suficientes para reconducir eventuales ineficiencias, la cuestión que cabe plantear es si jurídicamente resultaría posible limitar el alcance de las competencias universales forales y municipales reconocidas por la legislación básica a través de una eventual intervención sectorial por parte de las Instituciones Comunes. Partiendo del hecho de que el núcleo de la foralidad y de la autonomía local no se basa en las competencias basadas en cláusulas universales (especialmente, las reconocidas a las provincias), y también del hecho de que el reconocimiento legislativo de tales competencias no puede afectar a las competencias autonómicas sectoriales establecidas estatutariamente, la respuesta al interrogante sería positiva. De todas formas, una limitación autonómica como sería el caso de una reserva a favor de la Administración de la CAPV de alguna actividad (sobre las que las Diputaciones carecen de competencias sustantivas y distintas a las competencias propias municipales) debiera realizarse de forma adecuada al principio de proporcionalidad y en todo caso a través de Ley.

La segunda causa principal de las ineficiencias se encuentra en la forma en que se ejercen las competencias respectivas. Si se parte de una visión de la Administración Pública al servicio de la ciudadanía y en la que el administrado se coloque en el centro de gravedad, el reto que se plantea no es tanto la reconsideración competencial como la integración en la prestación de los servicios en aquellos casos de políticas públicas que, por afectar intereses cuya garantía compete a distintos ámbitos territoriales, intervienen distintas Administraciones Públicas. El reto del proceso de institucionalización interna es lograr que el conjunto institucional actúe en red de manera eficaz. Teniendo en cuenta la funcionalidad distinta que presentan los principios de organización y, especialmente los de eficacia, coordinación y cooperación en el ámbito de las políticas de ingreso y en el ámbito de las políticas de gasto, cabe realizar una serie de propuestas con relación especialmente a estas últimas:

— *Mecanismos de planificación y evaluación conjunta de políticas públicas*

Respecto de aquellos casos en que concurren competencias sectoriales y territoriales, la planificación conjunta puede resultar una vía efectiva para limitar las ineficiencias. En este sentido, cabe valorar positivamente la propuesta contenida en el Informe sobre Análisis y Funcionamiento Institucional en la Comunidad Autónoma de Euskadi, de 2014, sobre la creación de un órgano multinivel, identificado como Consejo Vasco de Políticas Públicas, con configuraciones sectoriales en función de los asuntos a tratar (144). Sobre la base del principio de cooperación, un órgano de encuentro en el que participen los tres niveles institucionales puede resultar adecuado, sirviendo asimismo como instrumento para articular métodos consensuales en la propuesta de iniciativas legislativas y también para la detección o alerta temprana del ejercicio disfuncional de las competencias propias, que posibiliten activar los procesos que lo impidan. De esa forma se dotaría de mayor cohesión a la actuación de los distintos niveles institucionales vascos, incluyendo la evaluación de las políticas públicas en las que el análisis de las duplicidades ha de encontrar un lugar preferente, lo que solo puede hacerse contando con la participación de las diferentes instituciones a la hora

(144) *Informe sobre Análisis y Funcionamiento Institucional en la Comunidad Autónoma de Euskadi*, cit. p. 70.

de evaluarlas(145). La composición de este Consejo podría abrirse a otras realidades institucionales con el fin de mejorar la cohesión y la eficacia en la definición de políticas públicas de interés común. Piénsese en materias culturales y lingüísticas, en materias tributarias o en la planificación conjunta de los procesos de integración del Derecho de la UE desde una visión integrada o incluso en la planificación de la gestión conjunta de ayudas comunitarias con cargo a los fondos estructurales o de desarrollo regional. Para hacer frente a este tipo de retos cabría plantear la apertura del Consejo a la Comunidad Foral de Navarra y a los Territorios de Iparralde.

La elección del instrumento óptimo para llevar a cabo la articulación práctica de esta propuesta dependería especialmente de dos factores: del alcance de la colaboración pretendida (lo que repercutirá en su naturaleza y en los sistemas de adopción de acuerdos) y de su composición, resultando diferentes posibilidades según afecten exclusivamente a los territorios de la CAPV, a otras CCAA y a los territorios de Iparralde. Para el primer caso, podría pensarse en una eventual modificación estatutaria o simplemente en su previsión en un convenio de colaboración (146); para los siguientes casos cabría pensar en los instrumentos de relación convencional entre CCAA previstos en la legislación(147), en el recurso a los instrumentos contemplados por el Derecho de la UE sobre cooperación territorial(148) o en los regulados por el Derecho Internacional Público sobre cooperación transfronteriza(149).

Centrados en los niveles institucionales que conforman la CAPV, el Anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi ha previsto la constitución de diversas estructuras insti-

---

(145) El Proyecto de Ley de Administración Pública Vasca ha incluido multitud de previsiones relativas a la evaluación de las políticas públicas, incluyendo evaluaciones previas de impacto de proyectos de ley, planes estratégicos, actuaciones significativas y otras intervenciones públicas (art. 57 y ss.); evaluación de la gestión de las unidades organizativas (art. 60); evaluación de resultados e impactos acumulados de las políticas públicas (art. 62 y ss.), y publicidad de las evaluaciones (art. 69). Asimismo se prevén cauces de participación ciudadana en los procesos de evaluación (art. 86). En todo caso estas evaluaciones se enfocan desde la perspectiva de la Administración que las realiza y no desde una perspectiva global de las distintas Administraciones Públicas que puedan resultar competentes sectorial o territorialmente.

(146) *Vid.* artículo 22 del Estatuto de Autonomía y artículo 18.e) de la Ley 7/1981, de 30 de junio, sobre el Gobierno. Sobre su régimen RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., *Los Convenios y acuerdos en el Estatuto de Autonomía del País Vasco*, IVAP, Oñati, 1988, in toto.

(147) Entre otros, *vid.* RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M., *Los convenios entre Administraciones Públicas*. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1997, in toto. RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., «Las relaciones de la Comunidad Foral de Navarra con las Comunidades Autónomas: convenios y acuerdos de cooperación» *Revista Jurídica de Navarra* n.º 10, 1990, pp. 23-32.

(148) Sería el caso de la agrupación europea de cooperación territorial, regulada mediante Reglamento (CE) 1082/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre la agrupación europea de cooperación territorial (AECT).

(149) En el marco del Consejo de Europa, véase el Convenio-Marco Europeo sobre cooperación transfronteriza entre comunidades o autoridades territoriales, hecho en Madrid el 21 de mayo de 1980, que entró en vigor el 22 de diciembre de 1981 (suscrito por España el 1 de octubre de 1986 y ratificado el 10 de julio de 1990 —BOE del 16 de octubre de 1990). El correspondiente instrumento de ratificación fue depositado el 24 de agosto de 1990. Tres meses después de su depósito, el Convenio— Marco entró en vigor en España, concretamente el 25 de noviembre de 1990. El Tratado entre el Reino de España y la República Francesa sobre cooperación transfronteriza entre entidades territoriales se hace en Bayona el 10 de marzo de 1995, entrando en vigor el 24 de febrero de 1997 (BOE de 10 de marzo de 1997). *Vid.* MORATA, F.; LETAMENDIA, F.; DE CASTRO, J.L., *Cooperación transfronteriza comparada: Cataluña, Galicia, País Vasco*. Institut universitari d'Estudis Europeus, 2010, 196 p. FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, C., *La cooperación transfronteriza en el Pirineo: su gestión por las Comunidades Autónomas*. HAAE-IVAP, Oñati, 1990.

tucionales, destacando el Consejo Vasco de Políticas Públicas Locales, cuya composición se prevé de forma paritaria en el último borrador del anteproyecto (150). El Consejo se configura como una estructura institucional que tiene como función hacer efectivas las relaciones de cooperación institucional de los municipios vascos con las instituciones autonómicas y posibilitar la ponderación de los intereses municipales en la toma de decisiones a nivel autonómico, garantizando la autonomía local (151).

Algunas de las funciones previstas repercutirán positivamente en la evitación de ineficacias, como las siguientes (152): participar en la elaboración de iniciativas normativas autonómicas, así como en planes y programas, cuando afecten a las competencias locales propias, informando sobre el impacto que aquellos puedan ejercer sobre dichas competencias, y pudiendo emitir al respecto juicios basados en criterios de legalidad y oportunidad (45.a); formular propuestas, incluidas las de iniciativa legislativa, sobre todas aquellas materias que afecten a competencias propias de los municipios (45.b); promover la colaboración interadministrativa e intercambio de información entre la Administración de la Comunidad Autónoma y las Administraciones locales (45.c); debatir y poner en común de las diferentes políticas públicas de carácter sectorial que afecten a las competencias municipales y sus implicaciones en los diferentes niveles de gobierno (45.d); y promover sistemas de cooperación o, en su caso, de coordinación, para la gestión integrada de las políticas públicas por los diferentes niveles de gobierno (45.e).

Tales funciones resultan de interés para evitar duplicidades, a las que se ha de añadir la previsión también contenida en el Anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi sobre la creación de la Comisión Municipal de Políticas Públicas Locales de Euskadi, de composición estrictamente municipal, y que tiene por función principal actuar como mecanismo de alerta temprana examinando mediante un informe previo los Anteproyectos de Ley o de Decretos Legislativos y los Proyectos de reglamento, planes y programas que afecten específicamente a competencias propias de los municipios, con la finalidad de analizar la adecuación de tales anteproyectos o proyectos a la autonomía local (153). Sus funciones se limitan a «alertar» a esos niveles de gobierno de que en sus actuaciones normativas en trámite se puede estar vulnerando el principio de autonomía municipal.

Pese al avance en positivo que puede suponer esta nueva estructuración institucional en aras a evitar duplicidades e ineficiencias, surgen algunas cuestiones sobre las que interesa reparar. En primer lugar, se ha de destacar su ámbito subjetivo, que

---

(150) Artículo 44.3 del último borrador de Anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi. El borrador sometido a información pública preveía una composición tripartita formada por un número igual de vocales en representación del Gobierno Vasco, de las Diputaciones Forales y de los municipios vascos (art. 44.3). El último borrador prevé asimismo que el Reglamento del Consejo determine el número de vocales y la forma de designación de los mismos, si bien, las y los representantes municipales serán designados por la Asociación de Municipios Vascos más representativa, debiendo recaer sobre miembros de las tres fuerzas políticas con mayor implantación en cuanto a número de votos en las elecciones municipales de la Comunidad Autónoma que, en todo caso, tendrán que tener la condición de alcalde o alcaldesa o concejal o concejala. La previsión de la presencia de representantes de las tres fuerzas políticas con mayor implantación también en este Consejo hace surgir nuevamente varias cuestiones críticas, como la proporcionalidad de la representatividad de las entidades locales en el mismo o la falta de consideración a la cuestión territorial.

(151) Artículo 42 del Anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi.

(152) Artículo 45 del Anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi.

(153) Artículo 46 Anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi.

en el último borrador del Anteproyecto se limita a dos niveles institucionales: el autonómico y el local, mientras que en el borrador sometido a información pública preveía la participación de los tres ámbitos institucionales vascos, incluidas las Instituciones Forales. De igual forma, las funciones de alerta temprana que se reconocen a la Comisión Municipal de Políticas Públicas Locales de Euskadi se circunscriben a los procesos normativos que se lleven a cabo a iniciativa, exclusivamente, de la Administración General de la Comunidad Autónoma (154). Con relación a las Instituciones Forales el anteproyecto deja en manos de los órganos forales de los Territorios Históricos la eventual constitución de órganos territoriales que habiliten la participación de los municipios en cada uno de sus respectivos territorios, con objeto de garantizar, también en el ámbito de los TTHH, el reconocimiento y ponderación de los intereses municipales en los procesos de elaboración de Normas Forales, Decretos Forales, planes y programas que afecten a las competencias propias de los municipios de su territorio o planteen un ámbito de cooperación o de colaboración interinstitucional en determinadas políticas públicas (155).

Con esta previsión querría garantizarse el ámbito de autoorganización inherente a la foralidad, si bien si se repara en algunas de las funciones encomendadas al Consejo Vasco de Políticas Públicas Locales se aprecia que su ámbito excede de las relaciones bilaterales Comunidad Autónoma-Entidades Locales. Es el caso de los cometidos establecidos en los apartados d) y e) del artículo 45, «debatir y poner en común de las diferentes políticas públicas de carácter sectorial que afecten a las competencias municipales y sus implicaciones en los diferentes niveles de gobierno» y «promover sistemas de cooperación o, en su caso, de coordinación, para la gestión integrada de las políticas públicas por los diferentes niveles de gobierno».

En definitiva, pese a que el plano de los cometidos lleve a concluir la necesidad de una acción de colaboración, intercambio de información, cooperación, gestión integrada de políticas públicas a tres bandas (incluyendo los tres niveles institucionales), la composición del Consejo Vasco se fija con carácter limitado. El Consejo Vasco actuará en el caso de que exista algún interés municipal, pero no cuando los únicos entes competentes sean las Instituciones Comunes y las Forales (con ausencia de las municipales). La norma prevé la creación del Consejo Vasco de Políticas Públicas Locales, y no del Consejo Vasco de Políticas Públicas, lo que puede suponer una cierta insuficiencia en el planteamiento desde la perspectiva de las duplicidades.

Un planteamiento más integrador hubiera sido configurar el Consejo Vasco de una forma más general, sin vincularlo a os casos en que pueda quedar afecto el ámbito local de gobierno o la autonomía local, que se encuentran en el núcleo de la regulación prevista. De esa forma hubiera sido posible extender el marco de colaboración interadministrativa, el debate y puesta en común de las políticas sectoriales, y los instrumentos de gestión integrada también a las relaciones CAPV-TTHH. Quizás la manera óptima para conseguir una configuración tal del Consejo Vasco de Políticas Públicas no sea mediante su regulación en la Ley municipal, sino a través de una reforma directa, expresa y fundada de la Ley de Territorios Históricos, articulada a través de la propia Ley municipal (de igual forma que se prevé para el Consejo Vasco de Finanzas

---

(154) Artículo 80.1 Anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi.

(155) Artículo 42.2 Anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi.

Públicas(156)) o de la futura Ley de Administración Pública Vasca que podría haberse configurado con un ámbito aplicación más general, no exclusivamente centrado en el sector público de la Comunidad de Euskadi, fijando también ciertos principios o normas generales para todas las Administraciones Públicas vascas, sin perjuicio de las facultades de autoorganización que corresponden a las instituciones forales y a las locales vascas.

Para el caso de que el planteamiento aquí propuesto no fuera acogido, también cabría pensar en dotar de mayor protagonismo al propio Consejo Vasco de Finanzas Públicas, en cuya composición el anteproyecto de Ley municipal prevé la incorporación de representantes municipales (157), y cuyas funciones también incluyen la formulación de propuestas al Gobierno y Diputaciones sobre cualquier materia relacionada con la actividad económica, financiera y presupuestaria que, a juicio del propio Consejo, requieran una actuación coordinada(158). En la medida que las políticas de gasto también tienen una clara plasmación económica y presupuestaria, nada impediría que su actividad de coordinación también alcanzara a aquellas, caso de resultar justificado a fin de evitar duplicidades e ineficiencias.

— *Mecanismos de gestión integrada de políticas públicas y supresión de duplicidades por la vía convencional*

La gestión integrada de las políticas públicas, en particular, «promover sistemas de cooperación o, en su caso, de coordinación, para la gestión integrada de las políticas públicas por los diferentes niveles de gobierno» se configura, como se ha dicho, como una de las funciones del Consejo Vasco de Políticas Públicas Locales(159). Asimismo, la gestión integrada ha sido acogida como un criterio que debe plasmarse en el diseño organizativo de la Administración de la CAPV(160) resultando también el fundamento de los centros de gestión unificada previstos para el ámbito de la Administración general vasca(161).

Al margen de los procesos de planificación y de evaluación conjunta, la supresión de ineficiencias puede realizarse sin afectar a la distribución de competencias mediante procesos convencionales de carácter voluntario. Esto puede articularse jurídica-

(156) Vid. Disposición final primera del Anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi.

(157) *Ibid.*

(158) Artículo 28.b LTH.

(159) Artículo 45.e) del Anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi.

(160) Artículo 73.h del Proyecto de Ley de la Administración Pública Vasca, que exige «orientar la organización territorial a la prestación de servicios integrales de atención a la ciudadanía, que puedan gestionar programas multidepartamentales».

(161) El artículo 25 del Proyecto de Ley de la Administración Pública Vasca define los órganos de gestión unificada como órganos administrativos para la gestión unificada de aquellos procesos complejos en su tramitación o de gran incidencia económica o social. A estos efectos, se entiende por proceso la secuencia ordenada de trámites administrativos interrelacionados que son necesarios para dar respuesta o prestar servicios a los ciudadanos y ciudadanas, en los que, de acuerdo con la normativa reguladora, deban intervenir órganos o unidades administrativas de uno o varios departamentos. El anteproyecto prevé que la creación de los centros de gestión unificada se llevará a cabo por Decreto del Consejo de Gobierno, en el que se determinará su organización y las normas de funcionamiento que aseguren la coordinación y agilización de las actuaciones concurrentes de los órganos y unidades que deban intervenir en el proceso.



mente de diferentes maneras: en primer lugar puede pensarse en convenios que delimiten las funciones de cada nivel institucional, completando la falta de determinación de estándares en la legislación o en la normativa foral. Este sistema puede resultar efectivo para evitar duplicidades. Otra posibilidad sería a través de transferencias y delegaciones de competencias de las Instituciones Comunes a las Forales, que habrán de realizarse mediante Ley, a las que el artículo 12 de la LTH hace referencia, o a través de delegaciones de funciones para la gestión y prestación de servicios, mediante Decreto, reguladas en el art. 13 de la misma Ley(162). También el anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi prevé que mediante Ley del Parlamento Vasco, o por medio de Norma Foral, se pueda transferir a los municipios vascos competencias propias de la Comunidad Autónoma o del Territorio Histórico(163); y asimismo, la posibilidad de que ambas instituciones deleguen sus propias competencias en todos o a algunos de los municipios o entidades locales, sobre la base del principio de diferenciación (es decir, sin carácter general para todos)(164). Precisamente, el objetivo de evitar duplicidades debiera configurarse como el fundamento de las competencias delegadas de los municipios. Se prevé, asimismo, la cesión del uso de los medios materiales, las dotaciones económicas y financieras, así como, en su caso, la adscripción de los recursos humanos necesarios para su ejercicio(165). Esta previsión del anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi podría considerarse suficiente para colmar la reserva de ley que rige en materia de movilidad de funcionarios públicos (103.3 CE), posibilitando el traspaso obligatorio de funcionarios con el objetivo de eliminar duplicidades, que pasarían a la situación de «servicio en otras administraciones» regulada por el art. 88 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público(166).

En definitiva, y como valoración general, cabe decir que contamos con instrumentos suficientes para evitar las ineficiencias, que han resultado reforzados por los proyectos legislativos analizados, si bien su carácter voluntario traslada el debate final al interés en actuar la cooperación interadministrativa por parte de sus rectores.

Trabajo recibido el 17 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(162) En este caso, el Gobierno se reserva ciertas facultades como: dictar Reglamentos de ejecución, establecer directrices y elaborar programas de gestión, y recabar información sobre la gestión y formular requerimientos para subsanar las deficiencias que puedan observarse. Véase también artículo 30 del Proyecto de Ley de la Administración Pública Vasca. Para una visión general GALLEGO ANABITARTE, A., «Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda» *Revista de Administración Pública* n.º 122, 1990, pp. 7-102.

(163) Artículo 37 del Anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi. La Ley o Norma Foral ha de determinar el régimen jurídico de la transferencia y habrá de ir acompañada de una financiación suficiente para el correcto ejercicio de la misma. Las instituciones competentes de la Comunidad Autónoma o del Territorio Histórico podrán reservarse, cuando se estime oportuno y siempre a través de la Ley o Norma Foral que regule esa transferencia, facultades de ordenación, planificación, coordinación general y control.

(164) Artículo 38 del Anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi.

(165) Artículo 38.4 del Anteproyecto de Ley Municipal de Euskadi.

(166) Comparto la opinión de VELASCO CABALLERO, F., «Duplicidades funcionales...» p. 53-54.

**LABURPENA:** Lan honek hausnarketa batzuk jaso ditu gure erakunde sarearen funtzionamendua eraginkorragoa bihur dadin zenbait neurri aztertuz. Bikoizkeriaren kontzeptua argitze aldera konkurrentziak eta efizientzia eza desberdintzen dira, jokabide selektiboa planteatzen delarik horiei aurre egiteko. Bikoizketak sortzen diren eremu nagusien gaineko azterketa egin eta beren zergatiak aztertu ondoren, bikoizketak ekiditeko ditugun tresnak agertzen dira, nahikoak ote diren aztertuz eta proposamen berriak eginez. Lan honek zenbait lege proposamen berri aztertzen ditu (bereziki Euskadiko udal legea eta Erkidegoko Administrazioari buruzkoa) bereziki erreparatzu bikoizkerien aurka egiteko tresna eraginkorrik jaso ote dituzten.

**HITZ GAKOAK:** Bikoizketak. Efizientzia eza. Euskadiko udal legea. Lankidetzeta. Lurralde Historikoak.

**RESUMEN:** El trabajo parte de una clarificación del concepto de duplicidad funcional administrativa distinguiéndolo de las concurrencias y las ineficiencias, y plantea un enfoque selectivo a la hora de afrontarlas. Se analizan los ámbitos críticos para la aparición de duplicidades e ineficiencias y sus posibles causas, para, posteriormente, examinar los instrumentos jurídicos de que disponemos para evitarlas o encauzarlas valorando su efectividad en las políticas de ingreso y de gasto, y finalmente realizar propuestas. El trabajo analiza, asimismo, recientes iniciativas legislativas (ley municipal de Euskadi y ley de administración pública vasca) que prevén cambios significativos en la institucionalización interna y en las relaciones entre Administraciones Públicas, vascas valorando sus novedades e ineficiencias como instrumento para superar las duplicidades.

**PALABRAS CLAVE:** Duplicidades. Ineficiencias. Ley municipal de Euskadi. Colaboración. Territorios Históricos.

**ABSTRACT:** The paper tries to clarify the concept of functional administrative duplication, distinguishing it from the concurrences and the inefficiencies, and proposes a selective approach when addressing them. After identifying the critical areas for the occurrence of administrative duplications and inefficiencies, the paper examines the legal instruments available to avoid them assessing their effectiveness in income and spending public policies. The paper also analyzes recent legislative initiatives (the Municipality Law and the law on Basque public administration) which show significant changes in the internal institutionalization and government relations, assessing its innovations and shortcomings as a tool to overcome the administrative duplications

**KEYWORDS:** Duplication. Inefficiencies. Basque Municipality Law. Cooperation. Historical Territories.

# Algunas reflexiones en torno a la sentencia *Negrepointis-Giannisis contra Grecia* y la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras

Juan M. Velázquez Gardeta

**Sumario:** I. Reconocimiento de fuerza ejecutiva de las decisiones judiciales extranjeras y derecho al respeto a la vida privada y familiar.—II. Antecedentes de la sentencia *Negrepointis-Giannisis contra Grecia*. II.1. Asunto *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*. Reconocimiento de decisión extranjera con base en el respeto del derecho a la vida familiar y privada. II.2. Asunto *McDonald c. Francia*. El reconocimiento de la fuerza ejecutiva de la decisión extranjera basada en criterios de orden procesal.—III. El asunto *Negrepointis-Giannisis contra Grecia*. Una vía hacia el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras como derecho en sí mismo derivado del derecho a un proceso equitativo.

## I. Reconocimiento de fuerza ejecutiva de las decisiones judiciales extranjeras y derecho al respeto a la vida privada y familiar

Resulta evidente que las nuevas formas de vida familiar y la creciente interacción de los sujetos privados en el ámbito internacional constituyen un factor de complejidad al que el derecho internacional privado viene intentando dar solución al menos de forma teórica. Me atrevería a asegurar también que los problemas derivados de las relaciones familiares de carácter internacional son las que peor respuesta reciben por parte de los tribunales nacionales en términos de justicia material<sup>(1)</sup>. Una primera razón de esta decepcionante respuesta, son las diferentes concepciones sobre la familia en el derecho comparado, sobre la disolución del matrimonio, sobre la custodia de hijos, la filiación adoptiva, las nuevas formas de establecimiento de la filiación como la gestación por sustitución, etc... En segundo lugar, a la vez que la ausencia de unificación normativa, habría que destacar como elemento tradicionalmente negativo la discontinuidad de la eficacia de las decisiones judiciales. En una materia donde la rapidez y la uniformidad de las decisiones judiciales es clave y donde, además, las medidas ini-

---

(1) Dentro de la tradicional distinción entre justicia material y justicia formal (o meramente localizadora como crítica de la metodología impulsada por Savigny) destacaría el original análisis en términos de trastorno mental, en concreto de narcisismo, realizado por D.P. FERNÁNDEZ ARROYO en «El derecho internacional privado en el diván. Tribulaciones de un ser complejo», en *Derecho internacional privado y derecho de la integración (Libro homenaje a Roberto Ruíz Díaz Labrano)*, Asunción, CEDEP, 2013, p. 24.

cialmente dictadas por los jueces tienden a modificarse en atención a las circunstancias cambiantes de una familia cuando sus miembros residen en diferentes estados, los diferentes criterios de los jueces nacionales no ayudan a la realización de una justicia efectiva. Sin olvidar que, aunque los requisitos para el reconocimiento de la fuerza ejecutiva se han simplificado en algunas áreas como en la Unión Europea (UE) hasta hacer desaparecer un procedimiento específico de exequátur, algunos motivos de oposición difíciles de concretar como el orden público internacional del foro aún subsisten.

Todo ello ofrece un panorama poco alentador desde un punto de vista de la función social del derecho internacional privado y no ayudan a la aplicación de las normas por parte de los órganos judiciales.

Precisamente, un sistema de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras ágil y efectivo dotaría de sentido a un principio de la tutela judicial efectiva que se halla en muchas ocasiones limitado por estancos sistemas jurídicos nacionales. La frustración que el derecho internacional privado (dipr) genera encuentra su máxima expresión en los supuestos en que las decisiones judiciales que afectan a la familia sufren de una discontinuidad que las hace inefectivas en la práctica fuera de las fronteras del estado donde se dictaron.

Hay pocas materias donde los diferentes criterios de competencia judicial —sustentados en diferentes concepciones sociales y culturales sobre la familia— se manifiesten de una manera tan plausible y, en consecuencia, donde el *forum shopping* opere con desgraciada frecuencia más como un mero fraude de ley que como un arma lícita para un demandante honesto. Esta circunstancia hace, por ejemplo, que la repetición del proceso ante una jurisdicción nacional distinta a la que ya se pronunció sobre el supuesto de hecho, sin posibilidad de hacer valer como excepción el previo pronunciamiento judicial o, en una instancia anterior, una excepción de litispendencia o, en su caso de conexidad se de a menudo y genere graves perjuicios en los menores o en la parte más débil de la relación familiar.

Las soluciones no son fáciles aunque el panorama es menos sombrío en espacios de integración como la UE donde el Derecho de familia recibe una atención especial y donde la libre circulación de decisiones judiciales encuentra fundamentos legales para que sea una realidad (art. 81.3 TFUE (2)). La supresión del exequátur como formalidad necesaria para el reconocimiento de fuerza ejecutiva a una sentencia extranjera desaparece en el nuevo Reglamento (UE) 1215/2012 (3) aunque se mantienen los motivos

(2) Art. 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea:

«2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución;

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo. El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo»

(3) Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Texto refundido. DO n.º L 351, de 20 de diciembre de 2012; modif. Por Regl. 542/2014, DO n.º L 163, de 29 de mayo de 2014.

de oposición ejercitables por la persona contra la que se solicita la ejecución. No podía ser de otra forma si se trata de establecer un equilibrio entre los derechos de defensa y la tutela judicial efectiva de los derechos del demandante(4) especialmente después de decisiones del TJUE con tanta repercusión como la dictada, entre otras, en el asunto *Krombach*(5).

La tensión entre respeto a los derechos fundamentales —no estrictamente de carácter procesal o de defensa— y el reconocimiento de fuerza ejecutiva de sentencias extranjeras se ha seguido manifestando en los últimos tiempos. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha manifestado en general por una aplicación estricta de los criterios recogidos en los reglamentos UE que afectan al reconocimiento de decisiones judiciales. Resulta evidente así en casos como la sentencia *Aguirre Zárrega*(6) donde la aplicación de los motivos previstos en el art. 42 (7) del Reglamento (UE) 2201/2003 corresponde a juicio del Tribunal al juez de origen. En este caso además, el tribunal establece que el juez de destino no puede negarse a ejecutar la resolución del juez de origen ni siquiera basándose en el motivo de que el menor no fue

(4) Véase Juan M. Velázquez Gardeta, «La víctima de indefensión en el proceso civil internacional dentro de la Unión Europea», *Víctimas en distintos ámbitos del Derecho / Biktimak zuzenbidearen arlo desberdinetan*, I. Ordeñana (Dir.), Bilbao, UPV/EHU Servicio Editorial, pp. 223-248.

(5) STJUE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Dieter Krombach/André Bamberski*, Rec. 2000, p. 01935. FJ 37: «Sólo cabe aplicar la cláusula de orden público que figura en el artículo 27, número 1, del Convenio, en el caso de que el reconocimiento o la ejecución de la resolución dictada en otro Estado contratante choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental. Para respetar la prohibición de revisión en cuanto al fondo de la resolución extranjera, el menoscabo debería constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento.»

(6) STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-491/10 (PPU), Joseba Andoni Aguirre Zarraga / Simone Pelz, Rec. 2010, p.14247.

Véase nota de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del exequátur y derechos del niño a ser oído», *La Ley/Unión Europea*, n.º 7578, 28 de febrero de 2011, pp. 1-8; M. HERRANZ BALLESTEROS, «El control por el juez de origen de las decisiones dictadas en aplicación del artículo 42 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003: el asunto Aguirre Pelz», *Revista general de Derecho europeo*, n.º 25, 2011, pp. 1-39.

(7) «1. La restitución de un menor considerada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40, concedida en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada en el Estado miembro de origen de conformidad con el apartado 2.

Aunque el Derecho nacional no estipule la fuerza ejecutiva por ministerio de la ley, sin perjuicio de eventuales recursos, de las resoluciones judiciales que ordenan la restitución del menor a tenor del apartado 8 del artículo 11, el órgano jurisdiccional de origen podrá declarar ejecutiva la resolución.

2. El juez de origen que dictó la resolución mencionada en la letra b) del apartado 1 del artículo 40 emitirá el certificado previsto en el apartado 1 únicamente:

a) si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez;

b) si se ha dado a las partes posibilidad de audiencia, y

c) si el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980.

En caso de que el órgano jurisdiccional o cualquier otra autoridad tome medidas para garantizar la protección del menor tras su restitución al Estado de su residencia habitual, el certificado precisará los pormenores de dichas medidas.

El juez de origen expedirá el certificado de oficio y utilizará para ello el modelo de formulario que figura en el anexo IV (certificado relativo a la restitución del menor).

El certificado se redactará en la lengua de la resolución.»

oído, incluso aunque dicha alegación fuera cierta y el juez de origen no actuara correctamente (8).

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en *Povse c Austria*(9), rechaza la demanda, por falta de fundamento, de la madre que se opone a la ejecución de una resolución de un tribunal italiano que ordena la restitución de su hija a Italia, país de residencia del padre (10). El Tribunal considera que no ha habido injerencia de Austria en la vida privada y familiar y que el exequátur se basa en el art. 42 del Reglamento (UE) 2201/2003. Resulta de gran interés la reflexión que el Tribunal realiza sobre la interacción entre la normativa de la UE y el CEDH (11), teniendo en cuenta además lo establecido por el propio TUE en su art. 6.3 (12).

(8) En opinión del Abogado general el juez español actuó correctamente (FJ 106): «No obstante, el hecho de que, tras no comparecer Andrea y su madre, dictase su resolución definitiva disponiendo la restitución de la menor sin haber oído a esta última por videoconferencia ni haber intentado efectuar la audiencia en Alemania, desplazándose allí él mismo o delegando a estos efectos en las autoridades judiciales alemanas, entra en el ámbito de su facultad soberana de apreciación y no puede ser considerado una vulneración del derecho fundamental de la menor a haber tenido la posibilidad de ser oída.»

Véase M.ª Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «Una nueva fórmula para la supresión del exequátur en la reforma del reglamento de Bruselas I», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Marzo 2014, Vol. 6, N.º 1, pp. 330-347.

(9) Sentencia TEDH de 18 de junio de 2013, asunto n.º 3890/11 ([www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int)).

Véase FJ 64: «Ello implica que incumbe al juez que haya de resolver sobre la restitución del menor apreciar la oportunidad de tal audiencia, en la medida en que los conflictos que hacen necesaria una decisión en cuanto a la atribución de la custodia de un menor a uno de los progenitores, y las correspondientes tensiones, constituyen situaciones en las que la audiencia del menor, por cuanto requiere, llegado el caso, su presencia física ante el juez, puede resultar inapropiada, incluso perjudicial para la salud psíquica del menor, que a menudo se ve sometido a dichas tensiones y padece sus efectos dañinos. Así, aunque siga siendo un derecho del menor, la audiencia no puede constituir una obligación absoluta, sino que debe ser objeto de una apreciación en función de las exigencias ligadas al interés superior del menor en cada caso concreto, conforme al artículo 24, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales.»

(10) Previamente el TJUE se había manifestado sobre este mismo asunto —respondiendo a una cuestión prejudicial sobre si el juez del estado de acogida puede oponerse a la restitución del menor en atención a la modificación importante de las circunstancias de la vida de éste sin tener en cuenta la emisión por el juez de origen del correspondiente certificado de restitución— y estableciendo el criterio que se mantendría en *Aguirre Zárraga* unos meses después: «La ejecución de una resolución certificada no puede denegarse, en el Estado miembro de ejecución, por considerar que, debido a una modificación de las circunstancias acaecida tras haberse dictado, podría suponer un grave menoscabo del interés superior del menor. Tal modificación debe invocarse ante el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen, ante el cual deberá asimismo presentarse una eventual demanda de suspensión de la ejecución de su resolución.»

(11) En este sentido el tribunal considera que «Quant à la nécessité de l'ingérence, la Cour indique qu'il y a lieu de présumer qu'un Etat respecte les exigences de la Convention lorsqu'il se borne à exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à une organisation internationale qui offre une protection équivalente à celle assurée par la Convention. La Cour a estimé dans des affaires antérieures que l'Union européenne accorde en principe aux droits fondamentaux une protection équivalente à celle assurée par la Convention en ce qui concerne tant les garanties substantielles offertes que les mécanismes censés en contrôler le respect. Les Etats demeurent toutefois entièrement responsables au regard de la Convention de tous les actes ne relevant pas strictement de leurs obligations juridiques internationales, notamment lorsqu'ils ont exercé un pouvoir d'appréciation. Cette présomption peut être renversée dans le cadre d'une affaire donnée si on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste». Nota informativa sobre la jurisprudencia del tribunal, n.º 164. <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=002-7672>.

Véase también, manteniendo una posición crítica, R. Arenas García, «Povse v. Austria: Taking Direct Effect Seriously?», *Conflicts of Laws. Net, News and Views in Private International Law*, <http://conflictflaws.net/2013/povse-v-austria-taking-direct-effect-seriously/>

(12) «3. Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales»

Sin embargo, en el resto del mundo, sin necesidad de referirse a causas como el conflicto de civilizaciones, sino entre bloques con una tradición cultural familiar muy similar, los obstáculos al reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras o la mera discontinuidad en la producción de efectos de las mismas es una realidad que pone de manifiesto la peor cara de la tan traída relatividad<sup>(13)</sup> del *dipr*.

Las soluciones a estas situaciones indeseadas provienen en ocasiones de algunas instancias como el TEDH que cada vez se ve obligado a exponer con más frecuencia su criterio en materias propias del *dipr*, encarando en sus fundamentaciones conceptos clásicos de esta rama del derecho y reinterpretándolos en clave de subsanación de eventuales violaciones de derechos fundamentales.

Si una respuesta del TEDH a una posible violación del art. 8 por parte de un Estado viene además unida a una eventual injusta denegación de reconocimiento de una sentencia extranjera el asunto reviste un doble interés para los que nos dedicamos al derecho internacional privado. Este interés se redobra cuando ambos factores se dan en un caso concreto, eludiendo así las excesivamente teóricas reflexiones que tanto abundan en esta rama del derecho.

El TEDH ha debido afrontar en los últimos años las demandas por violación del art. 8 asumiendo los cambios legislativos que han acompañado los cambios sociales en el modelo familiar. Así por citar algunas cuestiones en las que el ámbito de aplicación material del CEDH ha evolucionado más notablemente serían la ruptura del concepto de matrimonio exclusivamente heterosexual, el aumento de las adopciones por parte de parejas homosexuales y monoparentales, la asimilación de los conceptos familiares de los países islámicos y la difícil cuestión de la filiación derivada de un contrato de maternidad subrogada.

Considero que la labor ha sido muy positiva y ha servido no solo para paliar las consecuencias de actitudes discriminatorias por parte de la mayoría de los estados sino para uniformizar criterios en esta cuestión.

En esta línea traemos aquí el análisis de la decisión dictada en el *asunto Negrepointis-Giannisis contra Grecia* que encuentra antecedentes similares en las dictadas en los asuntos *J. McDonald contra Francia* y *Wagner y J.M.W.L. contra Luxemburgo* respectivamente. No obstante, en la primera se abren posibilidades que no se vislumbraban de manera tan evidente en las anteriores en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras con fundamento en el derecho a la vida privada y familiar.

## II. Antecedentes de la sentencia *Negrepointis-Giannisis contra Grecia*

En resumen, la sentencia<sup>(14)</sup> declara que Grecia ha incurrido en violación de una serie de preceptos del CEDH: derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8); prohibición de la discriminación en el goce de los derechos (art. 14); derecho a un proceso equitativo (art. 6) y derecho a la protección de la propiedad (art.1 del Protocolo 1)

---

(13) A-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA, *Derecho internacional privado*, vol. I, Granada, Comares, 2013, 14.ª ed. p. 19 y ss.

(14) Sentencia de 3 de mayo de 2011, n.º 56759/08. Versión francesa.

al denegar los tribunales griegos el reconocimiento de una decisión de adopción dictada por los tribunales de los Estados Unidos.

El supuesto de hecho se trata de un monje griego (Michail-Timothéos Negrepontis), obispo de la iglesia ortodoxa en Detroit (EEUU) que adoptó a su sobrino mayor de edad (M. Nikolaros Giannisis) y residente en EEUU desde hacía tres años por motivo de estudios universitarios. El hijo adoptivo añadió el apellido de su padre adoptivo al suyo (Negrepontis-Giannisis), regresó a Grecia al término de sus estudios y mantuvo con su tío una relación propia de una filiación adoptiva durante 14 años durante los cuales tío y sobrino se fueron viendo en un país y en otro hasta que finalmente el primero se instaló en Grecia hasta su fallecimiento en diciembre de 1998. Negrepontis dejó a su muerte una fortuna considerable que hizo que se desatara un litigio sucesorio entre su sobrino-hijo adoptivo y los hermanos y hermanas del causante. En un inicio los tres hermanos y hermanas del causante obtuvieron un certificado de herederos emitido por el órgano correspondiente de su país, dos de ellos aceptaron la herencia (la madre de Giannisis no participó en las reclamaciones). Unos meses más tarde Giannisis obtuvo el reconocimiento de la decisión del tribunal de Detroit de su adopción por Negrepontis y a partir de ese momento produjo efectos en territorio de Grecia. El hermano y la hermana del causante se opusieron a dicha decisión que le situaba en la posición de ser el único heredero abintestato. La oposición se basó en que el causante no tenía capacidad de adoptar siendo monje ortodoxo y, por tanto, el reconocimiento de la adopción debía ser denegado en Grecia.

El Tribunal Supremo griego, en pleno, en sentencia de 2008, por dieciséis votos a favor y ocho en contra, decidió que el reconocimiento de la adopción por un monje ortodoxo realizada en el extranjero se opone al orden público griego (art. 33 del Código civil) y por tanto debe ser rechazado. Los motivos se encuentran, a juicio del tribunal, en determinados cánones apostólicos de los correspondientes concilios ecuménicos de la iglesia ortodoxa pero no en el derecho civil griego que nada dice al respecto como se encargan de recordar los jueces disidentes.

Al margen de las particularidades del supuesto de hecho y del interés del análisis de cada una de las alegaciones, nos interesa traer aquí la cuestión del reconocimiento de una decisión extranjera que es denegado por los tribunales griegos y que supone la raíz de que el demandante interponga la demanda ante el TEDH y que éste la acepte. Es cierto que anteriormente el Tribunal ya se había posicionado sobre el derecho al reconocimiento efectivo de una sentencia dictada por un tribunal nacional en el asunto *Hornsby contra Grecia* (15) pero dicha sentencia tiene algunas diferencias con

(15) Sentencia de 19 de marzo de 1997, n.º 18357/91. FJ 40: «40. La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle l'article 6 par. 1 (art. 6-1) garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil; il consacre de la sorte le «droit à un tribunal», dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir un tribunal en matière civile, constitue un aspect (arrêt *Philis c. Grèce* du 27 août 1991, série A no 209, p. 20, par. 59). Toutefois, ce droit serait illusoire si l'ordre juridique interne d'un Etat contractant permettait qu'une décision judiciaire définitive et obligatoire reste inopéante au détriment d'une partie. En effet, on ne comprendrait pas que l'article 6 par. 1 (art. 6-1) décrive en détail les garanties de procédure —équité, publicité et célérité— accordées aux parties et qu'il ne protège pas la mise en oeuvre des décisions judiciaires; si cet article (art. 6-1) devait passer pour concerner exclusivement l'accès au juge et le déroulement de l'instance, cela risquerait de créer des situations incompatibles avec le principe de la prééminence du droit que les Etats contractants se sont engagés à respecter en ratifiant la Convention (voir, mutatis mutandis, l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, série A no 18, pp. 16-18, paras. 34-36). L'exécution d'un jugement ou arrêt, de quelque juridiction que ce soit, doit donc être considéré comme fai-



la que aquí comentamos. Por un lado, estaría que en el caso que nos ocupa se trata de una decisión judicial dictada por un tribunal extranjero. Este motivo quizás no fuera tan determinante a efectos de extender lo establecido en *Hornsby* tal y como se vio en otras decisiones posteriores (*Vrbica contra Croacia* (16) o *Romanczyk contra Francia* (17)).

Lo que sí supone un paso adelante en el razonamiento del Tribunal es considerar el reconocimiento de decisiones extranjeras como un verdadero derecho fundamentado en el derecho a un proceso y sin necesidad de basarse además en otro de los derechos sustantivos recogidos en el CEDH (18). Este salto cualitativo se empieza a vislumbrar en el asunto *Wagner y J.M.W.L. contra Luxemburgo* (19) pero encuentra un mayor avance en la sentencia que nos ocupa y en alguna medida en la previa dictada en *McDonald contra Francia* (20).

## II.1. Asunto *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo*. Reconocimiento de decisión extranjera con base en el respeto del derecho a la vida familiar y privada

Una mujer soltera nacional de Luxemburgo y con residencia en ese país adopta en Perú, de acuerdo a las formalidades legales a una menor de nacionalidad peruana. El tribunal de familia correspondiente emite la correspondiente decisión donde queda patente el cumplimiento de todas las formalidades y requisitos necesarios y el establecimiento de la nueva relación materno-filial quedando constituida la adopción plena.

El problema surge al solicitar el reconocimiento en Luxemburgo de la sentencia peruana de adopción. De acuerdo a la interpretación que los tribunales nacionales realizan de las normas de conflicto del derecho internacional privado luxemburgués, la adopción constituida ante autoridad extranjera debe respetar en cuanto al fondo las normas de derecho civil del país del adoptante. Esta interpretación viene dada porque el art. 370 del código civil de Luxemburgo solo se refiere expresamente a los requisitos de forma, estableciendo como válidas aquellas adopciones concluidas en el extranjero ante las correspondientes autoridades competentes siempre que el procedimiento y las normas de dicho país hayan sido respetadas. Realiza a continuación una interpretación restrictiva y considera que los requisitos de fondo deben ser los establecidos en las normas civiles luxemburguesas y, en ese sentido, el art. 367 no permite la adopción plena a las personas solteras. Por esos motivos, el exequátur de la

---

sant partie 'ntégrante du «procès» au sens de l'article 6 (art. 6); la Cour l'a du reste déjà reconnu dans les affaires concernant la durée de la procédure (voir, en dernier lieu, les arrêts Di Pede c. Italie et Zappia c. Italie du 26 septembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-IV, pp. 1383-1384, paras. 20-24, et pp. 1410-1411, paras. 16-20, respectivement)».

(16) Sentencia de 1 de abril de 2010, n.º 32540/05.

(17) Sentencia de 18 de noviembre de 2010, n.º 7618/05.

(18) Véase P. KINSCH, «La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la convention européenne des droits de l'homme», *Revue critique de droit international privé*, 2011, pp. 817 y ss.

(19) Sentencia de 28 de junio de 2007, n.º 76240/01.

(20) Sentencia de 29 de abril de 2008, n.º 18648/04.

sentencia de adopción peruana es rechazado y el asunto se plantea ante el TEDH alegando por la demandante violación del derecho a un proceso equitativo (art. 6.1); del derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8.1) y una violación conjunta del art. 8 y del art. 14 (prohibición de discriminación).

Hay dos argumentos esgrimidos por el Tribunal sobre los que merece detenerse brevemente.

En primer lugar, el TEDH considera que los tribunales nacionales al analizar los motivos de rechazo al exequátur de la sentencia peruana no han comprobado la compatibilidad de la misma con el orden público internacional y con los convenios sobre adopción ratificados por Luxemburgo. Únicamente se han detenido a comprobar si se cumplían las normas de DIPr de ese país (art. 367 del Código civil) que establecen que las condiciones de la adopción deben regirse por la ley nacional del adoptante.

Por otra parte, el TEDH estima que la decisión de rechazo del exequátur no tiene en cuenta la realidad social de la situación. Considera que al no producirse el reconocimiento en Luxemburgo de la adopción plena constituida en Perú, el vínculo familiar entre la adoptante y la adoptada no puede desplegar efecto alguno y, por consiguiente, el menor no recibirá una adecuada protección jurídica, siendo imposible de esta manera su integración completa en la familia adoptiva. El TEDH considera que el interés del menor debe ser tenido en cuenta en primer lugar en estos asuntos y, por tanto, los jueces nacionales no pueden ignorar el estatus jurídico surgido válidamente en el extranjero y que se corresponde con los que se considera una vida familiar en el sentido del art. 8 del CEDH. Sin embargo, prosigue el TEDH, los jueces nacionales han denegado el exequátur, haciendo prevalecer las normas de conflicto luxemburguesas sobre la realidad social y la situación de las personas afectadas, para aplicar los límites que la ley luxemburguesa fija para la adopción plena.

El orden público internacional resulta un tema clásico en nuestra disciplina pero que sigue figurando entre los motivos de rechazo al reconocimiento de fuerza ejecutiva de las decisiones extranjeras en todos los convenios sobre cooperación judicial internacional y en las normas de la Unión Europea sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras (art. 34 Reglamento 44/2001 (21); art. 45. 1a) Reglamento 1215/2012; art. 23 Reglamento 2201/2003 (22); art. 24 Reglamento 4/2009 (23); art. 40 Reglamento 650/2012 (24) entre otros.). A pesar de ser uno de los conceptos que más repugna a los detractores del

---

(21) Reglamento (CE) N.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, *DO* n.º L 012 de enero de 2001.

(22) Reglamento (CE) N.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) N.º 1347/2000, *DO* n.º L 338, de 23 de diciembre de 2003.

(23) Reglamento (CE) N.º 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, *DO*, N.º L 7 de 10 de enero de 2009.

(24) Reglamento (UE) N.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, *DO* n.º 201, de 21 de julio de 2012.

sistema multilateralista clásico, sigue estando presente en el día a día del DIPr moderno (25).

No obstante, el TJUE ha ido clarificando de manera continuada y eficaz el concepto de orden público. Por un lado, está el orden público como conjunto de derechos de defensa del demandado en el proceso ante el juez de origen (26) y por otro, estaría el control de la aplicación de la ley en origen. En este último caso, al menos en el ámbito de aplicación del sistema Bruselas, no es posible el rechazo al exequátur invocando orden público porque el juez de origen aplicó una ley distinta a la que hubiera aplicado un juez del estado requerido en el mismo caso o, si aplicó una norma de DIPr distinta a la que hubiera aplicado un juez del Estado requerido (27).

Con el mismo resultado, anteponiendo el respeto de los derechos humanos al respeto del orden público internacional de un ordenamiento jurídico, se desenvuelve la labor del TEDH. Es decir, consiguiendo el mismo resultado que las decisiones del TJUE pero en vez de utilizar al orden público a las violaciones de derechos fundamentales, utilizándolo como «ariete» contra dichos obstáculos (28). Así se plantea la argumentación del TEDH en el caso *Wagner*.

En este sentido cabría referirnos a las recientes decisiones dictadas en los asuntos *Labassee c. Francia* (29) y *Mennesson c. Francia* (30) sobre la cuestión de la filiación de nacidos mediante gestación por sustitución. Al margen de lo que pueden suponer en el reconocimiento de estos modelos de filiación constituidas en el extranjero en países donde no se contemplan, como es el caso de España (31), nos sugieren una reflexión sobre el concepto de orden público internacional manejado por el TEDH.

---

(25) Véase por todos F.K. JUENGER, *Derecho internacional privado y justicia material*, (traducc: D.P. Fernández Arroyo / C. Fresnedo de Aguirre), México, Porrúa, 2006, p. 87: «La reserva de orden público pone de manifiesto un defecto estructural diferente, señaladamente, el fracaso del sistema para alcanzar soluciones aceptables».

(26) Véase la citada sentencia *Krombach* o la sentencia del 2 de abril de 2009, Marco Gambazzi contra DaimlerChrysler Canada Inc. y CIBC Mellon Trust Company, asunto C-394/07, Rec. 2009 I-02563.

(27) Véase Sentencia de 28 de abril de 2009, *Meletis Apostolides contra David Charles Orams y Linda Elisabeth Orams*, Asunto C-420/07, Rec.2009 I-03571, FJ 59: «Sólo cabe aplicar la cláusula de orden público que figura en el artículo 34, número 1, del Reglamento n.º 44/2001 en el caso de que el reconocimiento o la ejecución de la resolución dictada en otro Estado miembro choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental. Para respetar la prohibición de revisión en cuanto al fondo de la resolución extranjera, el menoscabo debería constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento».

(28) Véase S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?», [https://www.academia.edu/6232084/\\_Orden\\_publico\\_europeo\\_versus\\_orden\\_publico\\_internacional\\_de\\_cada\\_Estado](https://www.academia.edu/6232084/_Orden_publico_europeo_versus_orden_publico_internacional_de_cada_Estado).

(29) Sentencia de 26 de junio de 2014, n.º 65941/11.

(30) Sentencia de 26 de junio de 2014, n.º 65192/11. Véase sobre ambas sentencias el breve pero interesante comentario de P. de Miguel Asensio, «El reconocimiento en España de la filiación de nacidos mediante gestación por sustitución tras las sentencias Mennesson y Labasse del TEDH», <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/2014/06/el-reconocimiento-en-espana-de-la.html>

(31) Véase la secuencia de decisiones sobre el asunto (Res. DGRN de 18 de febrero de 2009.; Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 17 de septiembre de 2010, ratificada por la SAP de Valencia, Sección 10.ª, de 23 de noviembre de 2011) culminada con la sentencia del TS de 6 de febrero de 2014 (Aranzadi Westlaw, RJ 2014\833). Véase comentario de S. Álvarez González, próxima aparición en REDI, 2014-2, consultado en [https://www.academia.edu/8164007/Maternidad\\_subrogada\\_Tribunal\\_Supremo\\_espanol\\_2014](https://www.academia.edu/8164007/Maternidad_subrogada_Tribunal_Supremo_espanol_2014)

En definitiva, se abre la puerta a la inscripción registral de las filiaciones derivadas de una gestación por sustitución aunque en determinados países, como en España, los contratos de gestación por sustitución sean nulos y sigan siéndolo.

En el primer asunto, el TEDH reproduce en primer lugar (FJ 62) el argumento de la Corte de Casación francesa sobre la indisponibilidad de las cuestiones relativas al estado civil de las personas y por tanto de la imposibilidad de hacer valer en derecho francés un contrato de gestación por sustitución que se opone al orden público de ese país. Esta prohibición se fundamenta en la opción ética que el legislador ha hecho en la redacción de los artículos correspondientes del código civil (art. 16-7 y 16-9).

A continuación (FJ 63), el TEDH, sin poner en cuestión la excepción de orden público internacional como concepto propio del *dipr*, propone atenuarlo buscando un equilibrio entre el interés de la colectividad de tal forma que sus miembros acaten a una elección efectuada democráticamente en su propio seno y el interés del demandante —en este caso el interés superior del menor— a disfrutar plenamente del derecho a su vida privada y familiar.

En *Menesson*, el Tribunal realiza unas consideraciones idénticas por lo que se refiere al equilibrio entre orden público internacional de un concreto sistema jurídico como freno al reconocimiento de una decisión judicial extranjera y los derechos humanos de las partes implicadas (32).

En ambas sentencias el TEDH no considera que haya violación del art. 8 por lo que se refiere a la figura de los padres pero sí, por el contrario, en el caso de los hijos.

Sucede, es verdad, que la actuación del TEDH se circunscribe a supuestos singulares y su eficacia puede ser moderada en este sentido ya que sus sentencias son interpretables y estas interpretaciones pueden ser divergentes ya que la identidad de los casos no siempre es evidente, máxime cuando los tribunales nacionales se mantiene aferrados a sus convicciones sociales y culturales tan presentes en cuestiones como el derecho de familia.

En relación a la preeminencia del interés superior del menor y el derecho a la vida familiar es donde el TEDH encuentra el principal argumento para condenar el rechazo al *exequátur* de la sentencia peruana por parte de los tribunales luxemburgueses. Así, nos encontramos con una vía abierta al reconocimiento de decisiones extranjeras pero sustentadas en un derecho material y no como un derecho en sí mismo. Podríamos decir que se produce una obligación de reconocimiento de la sentencia extranjera pero entroncada con una dimensión social del Derecho internacional privado que busca armonizar las soluciones como un derecho fundamental y no tanto como una obligación de los estados.

Otra concepción diferente es la que aflora en el asunto *McDonald c. Francia*, en donde sin plantearse cuestiones relativas al orden público el TEDH apoya el rechazo a la ejecución de sentencia extranjera por parte de Francia en base a cuestiones de ca-

---

(32) En *Menesson* se parte del reconocimiento de una decisión del Tribunal Supremo de California que establece la relación de filiación de los futuros gemelos con el padre genético (donante de gametos) y la esposa de éste (*mère légale*) y no con la madre biológica (*mère porteuse*) y el marido de ésta. En *Labassee* se trata de una doble decisión del tribunal del estado de Minnesota. En la primera, se establece la renuncia de la madre biológica a todo derecho sobre el menor. Y, en una segunda decisión, se deja constancia de la paternidad biológica del demandante, acordándole la patria potestad y la autorización para viajar a Francia, sin establecer ningún derecho de visita con la madre biológica y su marido, renunciando éstos a cualquier derecho sobre el menor.

rácter procesal. No obstante, a pesar del resultado contrario al exequátur la doctrina del TEDH deja abierta la puerta para una asimilación de la fuerza ejecutiva entre las decisiones de los tribunales nacionales y extranjeros.

## **II.2. Asunto *McDonald c. Francia*. El reconocimiento de la fuerza ejecutiva de la decisión extranjera basada en criterios de orden procesal**

En este asunto el TEDH considera inadmisibile admitir a trámite una demanda que tiene su causa en el rechazo de un tribunal francés a conceder el exequátur de una decisión de un tribunal norteamericano. La causa es que la competencia judicial internacional de los tribunales norteamericanos encuentra su base en un criterio que contradice el art. 15 del código civil francés (33).

Un nacional norteamericano (Jackson McDonald) casado con una mujer de doble nacionalidad franco-norteamericana interpone ante los tribunales franceses una demanda de divorcio que no es satisfecha por considerar dichos tribunales que no se dan los motivos alegados por el demandante (violación grave y reiterada de los deberes del matrimonio haciendo intolerable la vida en común). Un año más tarde, el demandante decide interponer ante tribunales del estado de Florida (EEUU) una nueva demanda de divorcio que emite una sentencia de disolución del matrimonio a pesar de la excepción de incompetencia interpuesta por el abogado de la demandada.

Posteriormente McDonald solicita la ejecución ante los tribunales franceses de dicha decisión que es rechazada en virtud del art. 15 del código civil francés (34). Se trata de un artículo que recoge un foro exorbitante de competencia cuya aplicación ha sido desplazada por los diferentes acuerdos de cooperación judicial que ha firmado Francia con diferentes países y de la misma manera por el sistema instaurado por el Convenio de Bruselas de 1968 y el Reglamento 44/2001 y, en general, todo el sistema de competencia judicial internacional establecido en el ámbito de la UE. No obstante, dicho foro no se había desactivado en las relaciones bilaterales entre los dos países al no existir entre ellos tratado de cooperación judicial alguno y como alega el estado francés, no es menos exorbitante el criterio utilizado por la jurisdicción norteamericana al basar su competencia exclusivamente en la residencia temporal del demandante quien intenta —en un posible fraude de ley— eludir la jurisdicción francesa que había rechazado ya una previa demanda de divorcio presentada por el demandante.

Tras conocer los hechos expuestos no resulta tan llamativo que el TEDH apoye con su criterio el rechazo al reconocimiento de una decisión extranjera basándose en uno de los pocos criterios de competencia judicial considerados como exorbitantes aún en vigor en un estado de la UE (35). Resulta interesante que el TEDH recuerda que en los casos derivados de demandas individuales el Tribunal no tiene como tarea controlar en

---

(33) Un nacional francés podrá ser demandado ante un tribunal de Francia con base a obligaciones contraídas en país extranjero, incluso con un extranjero (Traducción propia)

(34) Art. 15: «Un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger» («Un Francés podrá ser demandado ante un tribunal de Francia por las obligaciones contraídas por él en país extranjero, incluso con un extranjero»). Traducción propia).

(35) Véase D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, «Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales», *Recueil des cours*, t. 323, 2006, p. 131.

abstracto la normativa en litigio sino que debe ceñirse al examen de los problemas derivados por el asunto en el que dicha normativa ha sido aplicada. En lo que aquí nos interesa el TEDH desarrolla lo que se ha venido en llamar por algunos como concepción procesalista del derecho al reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras frente a una aproximación más sustantivista basada en un derecho concreto como puede ser el derecho a la vida privada y familiar u otros(36). Es decir, en esta decisión el TEDH asimila las sentencias extranjeras a las dictadas por los tribunales nacionales y considera que la negativa a conceder el exequátur de la sentencia norteamericana ha supuesto una injerencia en el derecho a un proceso equitativo del demandante aunque deja claro que el demandante podría haber continuado con el proceso ante la jurisdicción francesa ante la que inició su solicitud de divorcio y que tras la decisión negativa a sus pretensiones bien pudo continuar con el proceso de apelación.

En definitiva, esta decisión prosigue un camino hacia la importante jurisprudencia generada por el TEDH para la consideración del reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras como un derecho en sí mismo que encontrará su máxima expresión en *Negrepontis-Giannisis*. Si bien, en *McDonald* el derecho al reconocimiento de una decisión judicial extranjera lo plantea aún el tribunal como corolario del derecho a un proceso equitativo del art. 6.1 CEDH.

### **III. El asunto *Negrepontis-Giannisis contra Grecia*. Una vía hacia el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras como derecho en sí mismo derivado del derecho a un proceso equitativo**

En primer lugar, el Tribunal reconoce que el art. 6.1 no impone una obligación a los Estados de reconocer incondicionalmente las decisiones de otros tribunales extranjeros, disponiendo los organismos judiciales del foro de un amplio margen de apreciación en lo que respecta a la interpretación del concepto de orden público.

En segundo lugar, en esta decisión el TEDH radicaliza lo establecido en las anteriores decisiones porque no se parte ni siquiera de una solicitud de exequátur por parte de los demandantes como en *Wagner* o *McDonald* (rechazada en ambos casos por los tribunales nacionales) sino de una solicitud por parte de uno de los herederos de que determinada decisión de los tribunales norteamericanos restableciendo la adopción por parte del causante no tuviera efecto de cosa juzgada en Grecia.

Como el propio Tribunal reconoce (FJ 90) la decisión de los tribunales griegos deja sin ninguna posibilidad de que prospere con éxito todo eventual proceso de exequátur. El art. 780 del código procesal griego establece nuevamente el orden público como obstáculo a la ejecución de decisiones judiciales extranjeras. La TEDH se encarga de recordar que la interpretación por los jueces griegos de la noción de orden público no puede realizarse de manera arbitraria o desproporcionada como sería el caso de oponer normas de naturaleza exclusivamente eclesíástica del siglo VII y IX sin que se pueda encontrar fundamento a esa prohibición en las normas actuales de derecho civil griego.

(36) Véase P. KINSCH, «La non-conformité du jugement étranger...», p. 818 y P. KINSCH, «Private International Law Topics Before The European Court Of Human Rights. Selected Judgments And Decisions (2010-2011)», *Yearbook of Private Internatio'al Law*, Vol. 13, 2011, pp. 44-45.

Por último, no se plantea un rechazo absoluto al principal obstáculo al reconocimiento de fuerza ejecutiva de decisiones extranjeras como es el orden público internacional pero se matiza y se suaviza contraponiéndole a otros valores y derechos(37). El TEDH no ataca la excepción de orden público pero se permite opinar sobre los criterios legales que le dan contenido a juicio de los tribunales griegos para terminar considerando que en este caso debe poder el derecho al reconocimiento de la decisión extranjera que supone además un cambio en el estatus personal del demandante.

Surge la duda, en este sentido de qué criterios mantendrá el TEDH en el futuro a la hora de equilibrar la noción de orden público y qué sistemas estatales quedarán afectados en unas concepciones tan arraigadas. Por poner un ejemplo(38), aunque provenga del TJUE, en el asunto *Sayn-Wittgestein*(39), el Tribunal prima los criterios del orden público austriaco para frenar el reconocimiento de un cambio de nombre de la interesada dado que en derecho austriaco no se reconocen títulos nobiliarios (40).

Es decir, el margen de apreciación por parte de las autoridades nacionales seguirá siendo difícil de mensurar por parte de tribunales supranacionales y el derecho al reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras seguirá encontrando eventual freno en la excepción de orden público al igual que sucede en el sistema de Bruselas.

En *Negrepointis*, el TEDH aúna los criterios de ambas decisiones (*Wagner y McDonald*) para establecer, sin necesidad de recurrir a criterios procesalistas o apo-

(37) FJ71: «La Cour attache beaucoup d'importance à la nature des règles sur lesquelles s'est fondée la formation plénière de la Cour de cassation pour déclarer que l'adoption par un mineur s'opposait à l'ordre public : le 6ème canon apostolique, le 3ème canon du Septième concile «cuménique», le 11ème canon du concile prime-second, le 3ème canon fondamental du 4ème concile «cuménique» de Chalcidone, les canons apostoliques 6, 81 et 83 et le 45ème canon du concile quinisexte. Comme le soutient le requérant, ces règles ne permettent pas que les moines assument des "soins séculiers" et à compter de leur tonsure, ils sont considérés comme des défunts et ils ne peuvent pas adopter.»

FJ 72. La Cour note que ces règles sont toutes de nature ecclésiastique et datent des septième et neuvième siècles. La formation plénière de la Cour de cassation fait application de ces règles, alors que l'article 3 de la loi 1250/1982 abrogeant l'article 1364 de l'ancien code civil grec qui interdisait aux moines de se marier, autorise désormais de manière expresse leur droit au mariage. Dans les travaux préparatoires de cette loi, il était mentionné que certains empêchements au mariage dont l'interdiction du mariage de moines, ne poursuivaient aucune nécessité sociale et ne pouvaient s'appliquer dans l'ordre juridique. La Cour note, en outre, qu'en l'espèce l'adoption est intervenue postérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi.»

(38) Véase P. KINSCH, «La non-conformité du jugement étranger...», p. 819.

(39) Sentencia de 22 de diciembre de 2010, asunto C-209/09.

(40) FJ 86: «El Tribunal de Justicia ha recordado reiteradamente que el concepto de orden público como justificación de una excepción a una libertad fundamental debe interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Unión Europea ... Por tanto, el orden público sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad»

FJ 87: «No es menos cierto que las circunstancias específicas que pueden justificar el recurso al concepto de orden público pueden variar de un Estado miembro a otro y de una época a otra. En consecuencia, a este respecto hay que reconocer a las autoridades nacionales competentes un margen de apreciación dentro de los límites impuestos por el Tratado»

FJ 94: «En estas condiciones, la negativa, por las autoridades de un Estado miembro, a reconocer, en todos sus elementos, el apellido de un nacional de dicho Estado, tal como ha sido determinado en un segundo Estado miembro, en el que reside el citado nacional, en el momento de su adopción en edad adulta por un nacional de ese segundo Estado miembro, porque dicho apellido incluye un título nobiliario no permitido en el primer Estado miembro con arreglo a su Derecho constitucional, no puede considerarse una medida que menoscaba de manera injustificada la libre circulación y la libre residencia de los ciudadanos de la Unión.»

yarse en el derecho a la vida privada o familiar, que el reconocimiento y ejecución efectiva de decisiones extranjeras es un derecho en sí mismo fundamentado en el art. 6.1 del CEDH(41).

No obstante, no se trataría de un derecho absoluto ni mucho menos y, todo hace suponer, que las jurisdicciones nacionales volverán (especialmente para decisiones excluidas del ámbito de aplicación territorial de las normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras de la UE) a oponer criterios de orden público llegado el caso para frenar la ejecución de determinadas decisiones extranjeras. Siendo el derecho de familia además proclive a ello dados los diferentes modelos y concepciones éticas, culturales, históricas, religiosas y sociales que impregnan las regulaciones nacionales sobre la familia y la vida privada de las personas.

La adhesión de la Unión Europea al CEDH supondría (al margen de su carácter de principios generales según establece el art. 6.3 TUE) un avance también en esta materia ya que ambos tribunales se convertirían en garantes de un derecho al reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras que cada vez toma más carta de naturaleza como derecho autónomo ligado al de un proceso equitativo. En este sentido el propio TEDH se convertiría en un máximo fiscalizador, también de la UE, en materia de derechos fundamentales, lo cual es una buena noticia en términos de garantía de derechos pero podría situar al TJUE en una nueva posición y pasar de ser controlador a controlado(42).

Trabajo recibido el 19 de septiembre de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

(41) En este sentido, hace suya la tesis de A. Bucher. Véase A. BUCHER, «La dimension sociale du droit international privé», *Recueil des cours*, t. 341, 2010, pp. 303 y ss.

(42) Véase J. Martín y Pérez de Nanclares, «La adhesión de la Unión Europea al CEDH: algo más que una cuestión meramente jurídica», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional / Working Papers on European Law and Regional Integration*, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR), n.º 14, 2012. P. 14: «[...]siempre existirá un cierto riesgo de 'efecto sandwich' en virtud del cual el TJUE podría verse doblemente escrutado: de un lado, por los tribunales constitucionales nacionales, siempre vigilantes al respecto por mor de la bien conocida jurisprudencia Solange para verificar que la jurisprudencia del TJUE en la materia sigue equivaliendo a los estándares mínimos exigidos por sus respectivas constituciones (con la Ley Fundamental de Bonn como referente más visible); y ahora también por el TEDH que verá incrementada y reforzada su función de control judicial externo de la Unión en materia de derechos humanos.»



**LABURPENA:** Giza Eskubideen Europako Auzitegiaren *Negrepontis-Giannisis vs. Grecia* epaiak atzerriko erabakiak libre zirkulatzeko bidea zabaldu du, prozesu zuzen bat izateko eskubidetik etorria, Giza Eskubideen Europako Hitzarmeneko 6.1 artikuluan aitortua. GEEA-ren jurisprudentzia-lerro horren eboluzioa abiatzen da *Wagner eta J.M.W.L. vs. Luxemburgo* eta *McDonald vs. Frantzia* erabakiekin, baina guk aipatzen duguna aurrerapausoa handia da, eskubidea ez zaiolako lotzen beste zuzenbide substantibo bati, eta berezko eskubidea dela planteatzen da. Gainera, ohar aipagarriak egiten dira atzerriko epai judizialak geldiarazteko ordena publikoko salbuespenari buruz, eta haien eragina leuntzen da. Oso interesgarria da EBko arautegien aplikazio-esparrutik ihes egiten duten erabakietan aplikatzeko, non exequaturra desagertzen den *ad hoc* prozedura gisa, baina eragindako alderdiak hura ez aitortzeko aukera mantentzen da. Ildo horretan, GEEAk *Negrepontis*-en erabilitako argudioak garrantzi berezikoak dira, kontuan hartuz GEEHk inspiratzen duela Batasuneko Zuzenbidea eta auzitegiak egiten duen artikuluen interpretazioa.

**HITZ GAKOAK:** Giza Eskubideen Europako Auzitegia. Bizitza pribaturako eta familiarerako eskubidea. Prozesu zuzen baterako eskubidea. Exequaturra. Nazioarteko ordena publikoko salbuespena.

**RESUMEN:** El Tribunal Europeo de Derechos Humanos abre en su sentencia *Negrepontis-Giannisis c. Grecia* una vía de ampliación de las posibilidades a la libre circulación de decisiones extranjeras como un derecho derivado del derecho a un proceso equitativo reconocido en el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La evolución de esta línea jurisprudencial del TEDH arranca con las decisiones *Wagner y J.M.W.L. c. Luxemburgo* y *McDonald c. Francia* pero en la que nos ocupa se produce un avance considerable porque no se ata el derecho al reconocimiento a otro derecho sustantivo sino que se plantea como un derecho en sí mismo. Además se establecen notables consideraciones en cuanto a la excepción de orden público como freno a la ejecución de decisiones judiciales extranjeras y se suaviza su efecto. Es especialmente interesante para su aplicación en aquellas decisiones que escapan del ámbito de aplicación de los correspondientes reglamentos de la UE donde desaparece el exequátur como procedimiento *ad hoc* pero se mantiene la posibilidad de oposición al reconocimiento por la parte afectada. En este sentido, los argumentos utilizados por el TEDH en *Negrepontis* son de especial relevancia, teniendo en cuenta el carácter inspirador del Derecho de la Unión que tiene el CEDH y por ende de la interpretación que dicho tribunal haga de su articulado.

**PALABRAS CLAVE:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Derecho a la vida privada y familiar. Derecho a un proceso equitativo. Exequátur. Excepción de orden público internacional.

**ABSTRACT:** The European Court of Human Rights in its judgment *Negrepontis-Giannisis v. Greece* opens the extension of the possibilities for a free movement of foreign decisions as a right derived from the right to a fair hearing of article 6.1 of the European Convention of Human Rights. The evolution of this case law trend of the ECHR begins with decisions *Wagner and J.M.W.L. v. Luxembourg* and *McDonald v. France* but in the judgment we are now analyzing a considerable development is made because the right to the recognition is not linked to other substantive right but it is considered as a right itself. Besides remarkable considerations are established as far as the exception to the public order is concerned as a brake to the execution of foreign judicial decisions and it softens

its effect. It is especially interesting for its application in those decisions that go beyond the scope of application of the corresponding regulations of the EU where the exequatur as an ad hoc procedure is missing but it maintains the possibility of opposition to the recognition by the affected party. In this sense, the reasoning of the ECHR in *Negreponitis* is of special relevance, taking into account the inspiring character of the European Law for the ECHR and hence the interpretation of that Tribunal of its articles.

**KEYWORDS:** European Court of Human Rights. Right to private and family life. Right to a fair hearing. Exequatur. International Public Order exception

# La formación de conceptos en el Derecho público: un comentario (1)

Marcos Vaquer Caballería

**Sumario:** I. Introducción: pensar sobre nosotros mismos sin darnos demasiada importancia.—II. Las fuentes de conocimiento. a) Los afluentes externos: el derecho comparado, el derecho unitario europeo y las restantes ciencias sociales. b) Los afluentes internos: los sectores de referencia.—III. Los métodos de conceptualización. a) La trasposición. b) La inducción.—IV. La consolidación de los conceptos. a) Verosimilitud y aceptación. El impacto y el acolitismo. b) La ideología subyacente y la intención lingüística. c) El juego de validaciones y refutaciones. —V. Final: ¿el declive de las grandes teorías?—VI. Bibliografía.

## I. Introducción: pensar sobre nosotros mismos sin darnos demasiada importancia

No tengo claro si, cuando los científicos sociales abordamos cuestiones epistemológicas, estamos mostrando madurez científica o, por el contrario, nuestro complejo de inferioridad(2). Sin embargo, me parece oportuno reflexionar sobre la formación de los conceptos en nuestro Derecho público porque hoy son problemáticas prácticamente todas las instituciones y los conceptos(3) que heredamos del Derecho administrativo de nuestros antepasados: desde la autorización al servicio público, pasando por el contrato administrativo, el recurso contencioso-administrativo y tantos otros. Solemos decir que

---

(1) Este texto tiene su origen en la ponencia presentada en el *III Seminario de Teoría y Método (STEM)*, celebrado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Castilla-La Mancha el 30 de mayo de 2014. Me parece adecuado traerlo aquí para recordar a Ramón Martín Mateo y Demetrio Loperena Rota, porque Martín Mateo fue un «ingeniero social» pionero en el diálogo —abierto pero riguroso— con otras ciencias que aquí se propone y Loperena nos dejó un rico legado de su gusto por los problemas teóricos y metodológicos en sus diversas contribuciones a la *Revista Aranzadi Doctrinal*.

(2) «No es poco librar al Derecho como ciencia de esa suerte de complejo de inferioridad que ha venido padeciendo desde que el mundo moderno perfeccionó las ciencias físicas o axiomáticas» (Eduardo García de Enterría, 1964: 22).

(3) La diferencia entre institución, tipo y concepto fue desarrollada en el Seminario a que he hecho referencia en la nota 1 por la ponencia «La formación de conceptos (dogmáticos) en el Derecho público» de Silvia Díez Sastre. Sólo para aclarar el alcance de este comentario y, por tanto, sin ánimo definitorio, considero resumidamente que las instituciones son realidades socialmente arraigadas y jurídicamente formalizadas, que a su vez organizan y condicionan la ordenación jurídica. Los tipos son modelos de la realidad, generados mediante la abstracción de una serie de atributos típica de ésta. Y los conceptos son unidades de pensamiento construidas mediante la abstracción de la realidad (lo que significa que, para mí, los tipos son una especie dentro del género conceptual y no algo distinto).

el Derecho administrativo es un «fenómeno histórico» en continua transformación (Santamaría Pastor, 2002: 43-45) porque la Administración es poder ejecutivo, es acción, y por ende el Derecho administrativo está «abierto a la innovación» (Hoffmann-Riem, 1994: 13) y el cambio le es «consustancial» (Parejo, 2012: 17)(4). Pero es que ha experimentado en nuestro país y en las últimas décadas al menos tres conmociones que han revolucionado su transformación: su constitucionalización a partir de 1978, su globalización acelerada desde nuestra adhesión a las Comunidades Europeas a partir de 1986 y su crítica desde el pensamiento neoliberal arribado a Europa asimismo a partir de la década de los 80(5); crítica que ha acabado por transformarse en crisis financiera y también institucional. El resultado está siendo una inquietante sensación de que «lo viejo no sirve y lo nuevo no acaba de nacer: lo propio de las situaciones de incertidumbre» (Jiménez-Blanco, 2014: 1152). No nos puede extrañar, en consecuencia, la ebullición de nuevos conceptos que se proponen como nuevos paradigmas, como tablas de salvación para una doctrina científica más bien atribulada y desorientada en la que me incluyo(6). Dónde se inspire y cómo se forme esta nueva generación de conceptos me parecen temas de debate transcendentales y oportunos.

Dicho esto, trataré de construir este comentario acerca de la formación de los conceptos siguiendo el curso lógico de la investigación científica: me detendré primero en las fuentes del conocimiento, en segundo lugar en los métodos de elaboración de los conceptos y, en tercer y último lugar, haré alguna reflexión sobre la decantación de esos conceptos como «paradigmas» de la «ciencia normal» (Kuhn, 1962-1975: 33-34)(7) hasta que son abandonados o desplazados por otros nuevos y se cierra su ciclo de vida.

(4) «Esta es la gloria y la servidumbre de nuestra disciplina, que no goza de secular placidez y que debe espolpear al legislador para acomodar el ordenamiento al flujo de los acontecimientos, cuando no a cambiar la propia dinámica de la Historia, y después recibir su obra, reajustar el sistema y aplaudir o discrepar dialécticamente, de los resultados del cambio» (Martín Mateo, 1999: 16).

(5) Este pensamiento no dirige su crítica sólo hacia ciertas formas desproporcionadas o injustificadas de intervención administrativa, como algunos quieren pensar, sino más bien hacia el Estado social como organización económica y el Derecho administrativo como expresión suya (gestor de derechos de prestación y promotor de la igualdad), de ahí que lo eleve a la categoría de factor re- o involucionario. Recordemos, por ejemplo, las acepciones que el concepto «Derecho administrativo» tenía para Friedrich Hayek. Las dos primeras, referidas respectivamente a la regulación de la actividad de las agencias del gobierno y de sus relaciones con los ciudadanos, no le ofrecían mayores problemas de legitimación. La cuestión surge en relación con su tercera acepción, la referida a «los poderes administrativos sobre las personas y la propiedad», que no consisten en reglas universales de conducta sino en medidas que persiguen resultados particulares, para lo que necesariamente implican discriminación y discrecionalidad. Y este sentido del Derecho administrativo implica, en opinión del autor, «un conflicto con el concepto de libertad bajo la ley» porque entiende, siguiendo a Carl Schmitt, que no puede haber igualdad ante una medida como hay igualdad ante la ley (F.A. Hayek, 1973-82: 137-139). Sobre la influencia ejercida por este pensamiento sobre la «causa general» abierta al Derecho administrativo, me permito remitir a Vaquer (2011: 124 ss.).

(6) El caso del recurso contencioso-administrativo es emblemático. Justo cuando creíamos consolidado el cambio de paradigma desde el recurso objetivo en defensa de la legalidad al concebido como ejercicio de un derecho subjetivo reaccional («y fundamental, nada menos»; García de Enterría, 2007: 125 ss.), la crisis sirve para reinstaurar limitaciones objetivas a su ejercicio —que nada tienen que ver con un ejercicio abusivo de dicho derecho y surten el efecto conjunto de impedir su ejercicio a las personas con menor capacidad económica— como la generalización del criterio del vencimiento para la condena en costas, la sujeción de la acción a las nuevas tasas judiciales o las desorbitadas barreras cuantitativas (cuantías mínimas para la apelación y la casación) y cualitativas (interés casacional, especial trascendencia constitucional) para los recursos contra los autos y sentencias.

(7) La teoría de Kuhn sobre la ciencia normal y las revoluciones científicas en ella operadas por los cambios de paradigma ya está ampliamente arraigada entre nosotros. Pueden verse, entre otros, Alejandro Nieto (2000: 22) o Eduardo García de Enterría (2007: 126).

## II. Las fuentes de conocimiento

Evidentemente, las fuentes primarias del conocimiento en la ciencia del Derecho son las fuentes de producción del ordenamiento jurídico: las normas escritas, la costumbre, los principios generales del Derecho y, con los límites de sobra conocidos y discutidos, la jurisprudencia. Pero a ellas se añaden otras fuentes de conocimiento, que podemos considerar secundarias, como la doctrina científica, o el Derecho internacional y comparado en tanto que referencia de contraste con el Derecho interno objeto de nuestro estudio.

De estas diversas fuentes del conocimiento me interesa destacar dos fenómenos emergentes y subrayados en las últimas décadas:

### a) Los afluentes externos: el derecho comparado, el derecho unitario europeo y las restantes ciencias sociales

Tanto el Derecho administrativo español como su ciencia llevan siglos abiertos a las influencias extranjeras. Primero el Derecho francés, después el alemán y el italiano (o el alemán a través del italiano(8)) y hoy también señaladamente el anglo-sajón (el inglés y, sobre todo, el norteamericano) han desplegado un influjo notable sobre los conceptos e instituciones del Derecho administrativo español. Los ejemplos sobran y han sido estudiados en abundancia(9). Desde nuestra adhesión a las Comunidades Europeas, esta apertura se ha ampliado por la propia fuerza del Derecho, al tener que trasponer a nuestro ordenamiento un acervo conformado principalmente con esas mismas corrientes. El resto lo están haciendo las nuevas tecnologías de la información, que deslocalizan las fuentes de conocimiento igualando su accesibilidad(10).

Mucho menor y más reciente ha sido la apertura del sistema del Derecho administrativo español contemporáneo a la influencia de otras ciencias sociales(11). En origen,

---

(8) Cuyos «padres fundadores», como Orlando o Santi Romano, están caracterizados por su «germanofilia», según Cassese (2010: 289).

(9) En relación con el Derecho administrativo como ciencia, es expresivo el indicio de que la *Revista de Administración Pública* tenga una sección fija y bastante nutrida de crónica extranjera (hoy dividida en dos: de la Unión Europea e Iberoamericana), lo que no es tan común en las revistas de otros países de nuestro entorno. Si tomamos la referencia de las revistas asociadas con la RAP dentro de la red europea *ius publicum*, observamos que la *Revue Française de Droit Administratif* tiene también una sección estable —aunque no tan nutrida— de *Droit administratif comparé et étranger*, que *Public Law* sólo eventualmente publica trabajos dentro de la sección *International survey*, y que tanto *Diritto amministrativo* como *Die Verwaltung* carecen de una sección homologable.

(10) Hace veinte años, uno tenía en su despacho la legislación nacional vigente, se desplazaba a la biblioteca para consultar la histórica y viajaba al extranjero para estudiar la comparada; hoy, todas ellas están disponibles a un solo *click* dondequiera que nos encontremos. Que la revolución de las TIC ha cambiado notablemente la forma de trabajar del jurista es algo que expuso agudamente Demetrio Loperena (2009).

(11) Para un desarrollo más extenso de estas ideas sobre las relaciones del Derecho con otras ciencias sociales y, en particular, con la economía, puede verse Vaquer (2011). Y aunque trato aquí exclusivamente de las ciencias sociales por razones evidentes de comunidad con la nuestra, el Derecho administrativo debe estar abierto también a las ciencias de la naturaleza. Así, por ejemplo, de ellas depende la interpretación y aplicación del concepto jurídico de sostenibilidad («sólo la Ciencia puede decirnos si tal actuación es sostenible o no»: Loperena, 2009) o del criterio legal de exclusión de la responsabilidad patrimonial por «hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos» (art. 141 LRJPAC).

la propia inmadurez e indefinición de las ciencias sociales hacía comunidad de ellas y en los tratados fundadores del Derecho administrativo español no se diferenciaban claramente el Derecho administrativo, la ciencia de la Administración y la economía política (12). Pero la poderosa influencia del liberalismo decimonónico alemán, que elaboró la doctrina del Estado de Derecho y desarrolló el método jurídico, ha propiciado después una cierta «hipóstasis de la legalidad, elevando a la categoría de esencia del sistema lo que no es más que un elemento del mismo» (Nieto, 1986: 162) (13). Su influencia sobre el Derecho público europeo se extendió durante la primera mitad del siglo xx y llegó también a España de la mano de Royo Villanova, Gascón y Marín o Fernández de Velasco (Gallego Anabitarte, 1999: 88-89) y a través de la doctrina francesa e italiana. Desde entonces, una de las características más destacadas de nuestra tradición científica ha sido su empeño por ceñir el Derecho administrativo a las pautas y los cánones metodológicos de la ciencia jurídica.

La emancipación de la ciencia jurídica ha favorecido su progreso y madurez, como también ha propiciado una cierta incomunicación respecto de las restantes ciencias sociales, con las que dialogaba de forma natural y fluida el Derecho administrativo fundado por nuestros liberales moderados a mediados del siglo xix. Alcanzado este objetivo emancipador y sin renunciar a él en absoluto, hace ya años que oímos voces renovadoras que reclaman la apertura del sistema a otras ciencias sociales que lo enriquezcan, como la economía, la sociología o las ciencias políticas y de la Administración (Nieto, 1975: 30, Martín Mateo, 1999: 70, Parejo, 2010: 971, 2012: 112-113).

La dogmática jurídica no puede cerrarse a las restantes ciencias sociales, que investigan y explican el comportamiento de los sujetos y las relaciones que el Derecho ordena. Pues no cabe ordenar, ni tampoco comprender y explicar la ordenación, sin aprehender primero su objeto, de modo que la ciencia del Derecho administrativo no puede pretender ser un sistema cerrado y autorreferencial. Según las sugerentes palabras de Hoffmann-Riem, sin conocer ni tratar el área de la realidad de la norma (*Realbereich*) en la dogmática y la práctica jurídicas, el Derecho queda en una construcción teórica, un «juego de bolas de cristal en una torre de marfil» (en Ruffert, 2007: 203). Y permanecer a salvo en la «ciudadela del Derecho», según una feliz metáfora de Andreas Helldrich (cit. *ibidem*: 206), protegidos por los fuertes muros trabajosamente construidos a lo largo de todo un siglo, ya no es una opción. Hace décadas que el *caballo de Troya* de otras ciencias sociales los ha traspasado (14). Así las cosas, parece que la opción meto-

---

(12) Uno de los primeros cultivadores en España no sólo del Derecho administrativo sino también de la Economía política fue Manuel Colmeiro, quien afirmaba: «la economía política ... es la ciencia de la administración pura» (1850-1995: 13), «la economía política es la ciencia que demuestra, y la administración el arte que aplica» (1870: 17).

(13) Según este autor, «la ideología liberal ha encontrado en el Derecho administrativo uno de sus últimos reductos y han sido los administrativistas quienes mejor han sabido afinar las técnicas de paralización del Estado, por muy paradójico que parezca. (...) Para remediar esta situación, el Derecho administrativo tiene que empezar por reconsiderar el estrecho ámbito en donde él mismo se ha encerrado al cabo de siglo y medio de individualismo jurídico» (Nieto, 1975: 22, 25).

(14) La economía, por ejemplo, lleva tiempo analizando y valorando el Derecho público sobre bases —por cierto— a veces dogmáticamente muy endebles pero sin que nadie les dé la debida contestación. El desdén manifestado por la ciencia económica hacia las instituciones ya ha sido denunciado desde esa misma orilla por Douglass C. North (1990: 3, 5), quien se ha propuesto construir «un marco analítico para integrar el análisis institucional en la economía y la historia económica» tendiendo puentes con las restantes ciencias sociales.

dológica del Derecho y su fortuna como ciencia social en el futuro dependen más bien de salir a campo abierto y saber dar «una respuesta competitiva» (Coase, 1978: 209).

No son muchos, todavía, los ejemplos de la apertura del Derecho administrativo contemporáneo español a las otras ciencias sociales, pero sí hay algunos notorios, como son el influjo desplegado desde la ciencia política y de la administración a través de las nociones de *gobernanza* o *buena administración*, el que la doctrina sociológica de la *sociedad del riesgo* ha tenido sobre la elaboración del principio de precaución, o el ejercido por la teoría económica de la *regulación* sobre nuestro Derecho público de la economía.

### **b) Los afluentes internos: los sectores de referencia**

De acuerdo con la conocida concepción del Derecho administrativo como sistema de Schmidt-Assmann (1998-2003: 11-12), «la recíproca interacción que, en el seno de la ciencia del Derecho administrativo, se produce entre la Parte general y la Parte especial garantiza al mismo tiempo que los principios, técnicas y teorías generales sepan adaptarse a la constante evolución del Derecho. El Derecho administrativo especial, con sus normas sectoriales, contiene modelos y soluciones para los conflictos y constelaciones de intereses que se hallan en juego en cada caso». De ahí que «el sistema del Derecho administrativo siempre se ha construido a través de un doble proceso deductivo e inductivo», de lo general a lo particular y de lo particular a lo general.

## **III. Los métodos de conceptualización**

No creo que exista un único método de conceptualización válido en la ciencia jurídica y desconozco si puede elaborarse una lista cerrada de ellos<sup>(15)</sup>. Sea por ignorancia o por relativismo, acojo la tesis de la «tolerancia metodológica» o el «pluralismo teórico» como mejor opción que la «metafísica dogmática» (Feyerabend, 1963-1976). Popper lo había dicho antes y más claro: «aunque hay un número indefinido de <<métodos>> diferentes, no tengo ningún interés en enumerarlos: me da lo mismo el método que pueda emplear un filósofo (o cualquier otra persona), con tal de que se las haya con un problema interesante y de que trate sinceramente de resolverlo» (Popper, 1958-1985: 17). Sobre esta base, me detengo a continuación en dos métodos de trabajo típicos o propios de la investigación con los materiales destacados en el apartado anterior, como serían, respectivamente, la trasposición para aprehender los afluentes externos y la inducción para elaborar conceptos generales a partir de los sectores de referencia.

### **a) La trasposición**

Decía más atrás que la ciencia del Derecho administrativo español lleva siglos abierta a las referencias jurídico-administrativas extranjeras (primero europeas, hoy

---

(15) De hecho, junto a los métodos clásicos de razonar el Derecho se nos proponen hoy otros arriesgados pero sugerentes, inspirados en las ciencias exactas y empíricas, como el (mal) llamado «análisis económico del Derecho» o la experimentación (Doménech, 2004).

además norteamericanas) y se ha abierto asimismo en las últimas décadas a la influencia de otras ciencias sociales. En este contexto, los mayores peligros de nuestra disciplina no creo que provengan ya tanto de la impermeabilidad como de la inundabilidad.

Todos estos aportes son potencialmente positivos. Pero plantean un problema metodológico crucial, que a veces obviamos por *novismo* (afán de innovación), y que ya he planteado en otro lugar con abuso manifiesto de la metáfora hidrológica: «El mayor riesgo de la apertura de la ciencia del Derecho a las ciencias sociales en una cultura jurídica globalizada es el de caer de forma acrítica en un sincretismo que acumule en aluvión tal cantidad de sedimentos de los diferentes afluentes abiertos (la economía, la sociología, la ciencia política; la doctrina francesa, alemana, italiana, norteamericana) que enturbie las aguas, complique el cauce con meandros sin fin o incluso lo ciegue por saturación. Es necesario abrirse a las ciencias y doctrinas vecinas, sin duda, pero también es preciso hacer una importante labor de depuración metodológica de los aportes recibidos para poder integrarlos sin violencia en el sistema.» (Vaquer, 2011: 130).

Una comunidad científica utiliza un lenguaje científico que la identifica, la cohesiona y hace posible el diálogo entre sus miembros. Tanto más progresará cuanto más cuidadosa sea con el rigor de dicho lenguaje y la significación de sus conceptos. Por eso, los conceptos traídos de otros ordenamientos jurídicos o de otras disciplinas científicas no pueden ser recibidos por el simple expediente de su traducción, sino que requieren un proceso de transposición, esto es, de traslación de un marco lógico a otro, que se plantee al menos las siguientes consideraciones:

- a) Vigencia. ¿Qué críticas ha recibido y qué grado de consenso genera el concepto en la comunidad de referencia?
- b) Significado. ¿Qué connotaciones tiene y qué premisas acompañan al concepto en su contexto de origen?, ¿son asumibles en el contexto de recepción? y, esto supuesto, ¿qué sentido cobra y qué utilidad tiene el concepto en este nuevo contexto?
- c) Correspondencia. ¿Existe ya algún concepto con el idéntico o análogo significado en el marco lógico al que se quiere trasladar? y, si así fuera, ¿qué utilidad tiene sustituirlo por el concepto propuesto?
- d) Significante. Por último, en su caso, ¿qué término o locución expresa de forma más precisa e inequívoca en el lenguaje de la comunidad receptora el concepto que se quiere introducir?

## b) La inducción

La elaboración de la teoría general del Derecho administrativo a partir de su parte especial convierte la selección de los sectores de referencia a tener en cuenta en una decisión metodológicamente crítica, «una cuestión capital» (Schmidt-Assmann, 1998-2003: 12). Porque según sean dichos sectores —y, en particular, si no son suficientemente representativos de la diversidad— pueden resultar sesgados los conceptos elaborados de modo inductivo a partir de ellos.

Comparemos brevemente los sectores de referencia utilizados por nuestros «padres fundadores» con los que predominan actualmente.



Cuando Posada Herrera (1843-1978: 42-48) se interrogó sobre las materias que comprenden la esfera del Derecho administrativo, respondió que la sociedad puede considerarse bajo dos conceptos: «como un todo, como un individuo o como un grande animal» y en función de «las obligaciones que tiene la sociedad con los diferentes miembros que la componen, o mejor dicho, las relaciones que tiene la sociedad con la marcha de esta sociedad misma, y con su propio desarrollo». El primer concepto, que podríamos denominar subjetivo, le llevó a estudiar primero la organización de las autoridades (nacionales y locales) y sus relaciones, después los medios para sostener el Estado (contribuciones, crédito público y deuda del estado) y para defenderlo (orden público interior y defensa exterior). El segundo concepto le introdujo en la consideración objetiva o material de la Administración, y respecto de ella propuso diferenciar tres tipos de funciones: «unas económicas, otras morales y otras tutelares». Respecto de las funciones económicas, Posada propuso estudiar la propiedad de los bienes (minas, aguas, pastos, montes, etc.), la protección a los ciudadanos contra el fraude en el tráfico mercantil (pesos y medidas, moneda, etc.), las infraestructuras de dicho tráfico (obras públicas, caminos, canales) y la protección de la libertad económica (patentes, aduanas). Entre las funciones morales, nuestro moderado incluía a la imprenta, la instrucción pública, las casas de corrección y el culto religioso. Y en el ramo de las funciones tutelares, el autor incluyó a la policía urbana, la salud pública y la beneficencia.

Este esquema de la disciplina guarda importantes similitudes con el propuesto por Manuel Colmeiro en su *Derecho administrativo español*. Después de dedicar su Libro II al Derecho administrativo en general, su Libro III se consagra al Derecho de la organización (lo que también llama «la *administración sugetiva*», *sic*) y el IV a la «materia administrativa» (o «la administración objetiva, es decir, la materia de sus actos»; 1850-1995: 280). Colmeiro nos propuso tres objetos o materias para el Derecho administrativo, «a saber, personas, cosas y juicios» (281). Según su construcción, los deberes y derechos de la administración en cuanto a las personas (Títulos I y II) implicaban al registro civil, la policía sanitaria, el orden público, la beneficencia pública, la instrucción pública, la libertad de imprenta, las elecciones políticas y el servicio militar. Los deberes y derechos de la administración en cuanto a las cosas (Títulos III y IV) conllevaban el estudio del dominio público, las obras públicas, los bienes del Estado, el dominio privado (agricultura, industria, comercio, moneda), la hacienda pública y la expropiación pública. Mientras que el Libro V de la obra está dedicado a los juicios materia del Derecho administrativo, esto es, la jurisdicción administrativa.

Siglo y medio después, con la erección y sucesivas crisis del Estado social de por medio, la actividad de las Administraciones se ha diversificado y ampliado enormemente y la mayoría de tratados y manuales del Derecho administrativo español renuncian al tratamiento del Derecho especial. Conservan el elemento subjetivo (organización) del sistema y también el objetivo o material en cuanto a los bienes (dominio público y patrimonio), pero renuncian a exponer sistemáticamente la actividad, más allá de su clasificación hecha siguiendo un criterio formal (intervención, fomento, servicio público, etc.), ya no material.

Hoy nadie está en condiciones de sistematizar con un mínimo rigor todos los sectores de actividad del Derecho administrativo. Las obras que siguen intentándolo son minoría y son indefectiblemente obras colectivas. Y eso dificulta sin duda rastrear cuáles estén siendo hoy los sectores de referencia tomados por nuestra doctrina científica.

Materia	Número de la revista (RAP / REDA)	N.º estudios
Defensa	174 / 110	2
Seguridad y orden público	178 / 120, 122, 140, 147, 148	6
Sanidad	155, 156, 179 / 116, 117, 117, 121, 125, 130, 140	11
Servicios sociales		
Educación	162, 174 / 109, 123, 137, 142	25
Cultura y lenguas	156 / 121, 128, 147	14
Deporte	174 / 123	
Urbanismo	169, 171, 173, 174, 181 / 130, 133, 136, 140	9
Medio ambiente	157, 160, 173, 174, 179 / 110, 119, 119, 124, 125, 129, 131, 134, 138, 140, 144, 145	17
Agricultura y ganadería		
Industria	158	4
Comercio, turismo y otros servicios	115, 143, 146	
Transportes y comunicaciones	160 / 118, 133, 134, 137	
Telecomunicaciones y audiovisual	171, 174 / 110, 113, 116, 117, 132, 134, 141, 141, 146	
Energía	163, 177, 180, 181	29
Crédito y finanzas	166, 178, 180, 183 / 110	
TOTAL	172 114, 135 163, 171, 176, 181	92

Una posible vía alternativa de aproximación puede consistir en revisar las materias estudiadas en nuestras publicaciones seriadas. Tomemos como ejemplos representativos las revistas generales abiertas, decanas y más canónicas de Derecho administrativo español: la *Revista de Administración Pública* y la *Revista Española de Derecho Administrativo*. Y repasemos los índices en la última década completa (años 2001-2010, números 154-183 y 109-148 respectivamente) de su sección «estudios». Las materias de la parte especial tratadas pueden esquematizarse en el cuadro-resumen de la página anterior.

Indudablemente, este ejercicio es bastante convencional y, por tanto, sus conclusiones son discutibles más allá de una aproximación indiciaria. Así, por ejemplo, hay trabajos sobre teoría general que guardan fuerte relación con algún sector (por ejemplo, gestión de riesgos o principio de precaución con industria, salud y medio ambiente), como también ocurre con trabajos sobre bienes públicos (por ejemplo, aguas o costas con medio ambiente) y, sin embargo, los he excluido del cuadro para incluir sólo los trabajos que son expresa y específicamente sectoriales.

Pero lo que interesa a los efectos de este trabajo no son las cifras concretas de estudios dedicados a uno u otro sector, sino las grandes tendencias. Esto supuesto y con las cautelas a que obliga la reducción de la muestra y las restricciones metodológicas comentadas, este ejercicio sobre la comparación de los sectores de referencia entre el Derecho administrativo de los liberales moderados y el actual nos permite extraer las siguientes conclusiones:

- Las materias de seguridad (interior y exterior) y orden público (incluyendo tráfico y extranjería) han perdido mucha atención científica (en la muestra: 8/92).
- También han perdido presencia y consideración los sectores de los servicios personales o de carácter social en su sentido más amplio (sanidad, servicios sociales *stricto sensu*, educación, cultura y deporte suman en total 25/92). Destaca además la distribución interior de este grupo: la gran mayoría de estudios se centran en la sanidad y, en menor medida, la educación, mientras que el ramo de la asistencia social o servicios sociales no despierta ninguna atención (16).
- Han experimentado un gran auge el Derecho urbanístico y, sobre todo, el ambiental (26/92).
- El Derecho administrativo económico concentra más de un tercio de los estudios (33/92), pero con un fuerte desplazamiento interno desde los sectores económicos tradicionales (agricultura y ganadería, industria, comercio y turismo suman sólo 4/92) hacia los servicios económicos en red, estratégicos o servicios de interés económico general (SIEG: 29/92).

Estas mismas conclusiones lucen con mayor nitidez si reducimos el tamaño de la muestra y sólo tomamos en consideración a la RAP: observamos escasa presencia de la seguridad y el orden público (2/36), pérdida de peso relativo del Derecho adminis-

---

(16) Pese a que reiteramos frecuentemente que el Derecho administrativo es Derecho constitucional concretado (Fritz Werner), cuando el Estado se proclama social desde el frontispicio mismo de la Constitución, la acción social del Estado despierta poco interés en la doctrina del Derecho público español, en particular del administrativo, salvadas algunas encomiables excepciones. El contraste es más clamoroso si se tiene presente que los clásicos de nuestro liberalismo moderado dedicaron uno o más capítulos —cuando no un entero libro, como hizo Posada Herrera— a la beneficencia, considerada entonces sector referencial del Derecho administrativo (Santiago Muñoz Machado y Marcos Vaquer, en Vaquer, 2002: 9, 19).

trativo social (8/36) y, por el contrario, auge del Derecho urbanístico y ambiental (10/36) y —dentro del dominante Derecho administrativo económico (16/36)— de los servicios económicos de interés general (15/36) en detrimento de los sectores económicos tradicionales (1/36). Una posible clave interpretativa de esta diferencia entre las fuentes podría ser generacional, si asumimos la hipótesis de que la nómina de la RAP ha concentrado tradicionalmente mayor proporción de autores *senior*, lo que a su vez podría ser relevante, porque suelen ser también los más citados por la doctrina y quienes firman los tratados y manuales de referencia.

Sin duda, es más fácil intuir que constatar las causas de estas tendencias históricas. Entre ellas, es fácil adivinar la influencia de las modas o la atracción por los sectores nuevos o más innovadores, pero también factores que tienen más que ver con el interés profesional que con la *curiositas* científica. Porque algunos de esos sectores que hoy preterimos están experimentando notables transformaciones que tienen un alto interés dogmático: las sanciones de tráfico ofrecen un campo abonado para el estudio de la potestad administrativa sancionadora y su encuentro con el Derecho penal; el Derecho de extranjería pone de actualidad el clásico conflicto entre orden público y libertades personales, que supone un reto para la concepción del Derecho administrativo como Derecho constitucional concretado; los servicios sociales, además de replantear ese mismo reto a la luz del Estado social, ofrecen un buen ejemplo del nuevo paradigma colaborativo de la Administración; y la agricultura es un sector económico en la vanguardia de la europeización y la globalización de nuestro Derecho administrativo.

En todo caso, la cuestión que había anticipado y creo que hay que plantearse es: estos corrimientos históricos entre los sectores de referencia, de ser ciertos, ¿afectan a los paradigmas científicos?, y en tal caso, ¿pueden sesgar a la ciencia normal o dominante en nuestra comunidad científica y transmitida en nuestras aulas?

En mi opinión así es. La ilustraré con el ejemplo del concepto de servicio público. La doctrina científica española dominante ha construido el concepto de servicio público a partir de la noción de monopolio y dentro del ámbito de los servicios de carácter territorial o convencionalmente llamados «económicos». En este marco conceptual, los servicios personales o convencionalmente llamados «sociales» quedaban marginados por no ser monopolísticos (17), pese a que se prestan en un régimen de Derecho administrativo (en concurrencia, pero no competencia con el sector privado) y a que acumulan la gran mayoría de los recursos humanos, materiales y financieros de la actividad prestacional del Estado. Llegada la liberalización de los servicios de interés económico general (SIEG) por efecto del Derecho comunitario europeo, este sesgo histórico reduccionista en la elaboración del concepto (18) llevó

---

(17) Ya Adolfo Posada (1897: 61-62) sostenía que «no debe considerarse como parte integrante de la actividad administrativa, por ejemplo, la educación nacional —instrucción pública—, la beneficencia, la sanidad, etc., etc. ... Un hospital no es un centro administrativo, sino benéfico» y «el acto —técnico especial— de enseñar» no es un acto administrativo. Un siglo después, Tomás-Ramón Fernández (1999: 60) afirma que «en este ámbito, la enseñanza, lo mismo que ocurre con los demás servicios llamados sociales, la declaración de servicio público sirve sólo para explicar y dar cobertura a la actividad prestacional directa de la Administración, pero nada más, porque esta declaración ha sido siempre compatible con el ejercicio por los particulares de idéntica actividad».

(18) Como ha afirmado Tomás-Ramón Fernández (1999: 62), «... nuestra sorpresa resulta sólo de una percepción incompleta y deformada de nuestra realidad. Estaba ahí, pero no lo veíamos porque mirábamos a través

a algunos a proclamar prematuramente la muerte del servicio público y a proponer darle «un digno entierro» (Gaspar Ariño, en Ariño, de la Cuétara y Martínez López-Muñiz, 1997: 23), mientras que otros afirman la sustitución del Estado prestacional por el Estado garante de la prestación, acogiendo una conocida fórmula alemana. En mi opinión, sin embargo, siguen vivos el servicio público y el Estado prestacional, aunque podamos discutir su retirada de algunos sectores y la consecuente oportunidad de subsumir a aquél dentro de una noción más amplia de «Estado garante de la prestación», capaz de reunir en su interior tanto a la actividad prestacional en los sectores que siguen siendo servicios públicos, como la actividad de regulación en los sectores liberalizados.

Pero esa no era aquí la cuestión. De lo que se trataba aquí era de la posible distorsión provocada en la doctrina del servicio público —o en otros conceptos— por una elección sesgada de los sectores de referencia.

#### **IV. La consolidación de los conceptos**

En la consolidación y/o el abandono de los conceptos por nuestra comunidad científica pueden apreciarse al menos tres órdenes de factores: interés, ideología y razón, que repasaré sucintamente.

##### **a) Verosimilitud y aceptación. El impacto y el acolitismo**

En un contexto de libertad científica entendida como un derecho fundamental del individuo, puedo afirmar que una teoría o un concepto no son verosímiles por el solo hecho de ser comúnmente aceptados por la comunidad científica: su validez depende de un juicio racional que es individual y libre de cada miembro de la comunidad científica. Esto supuesto, la general aceptación de un concepto o teoría, su inserción en la «ciencia normal», puede constituir un límite a mi libertad de cátedra —que es un derecho mucho más funcionalizado o delimitado por la función social que cumple al servicio de la educación— pero no a mi libertad científica.

Y así, por ejemplo, en uso de esta libertad sigo considerando —cuarenta años después— perfectamente válida y actual la concepción del Derecho administrativo sostenida por Alejandro Nieto en su seminal artículo «La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo» (1975), pese a haber tenido mucho menos impacto y aceptación que las concepciones individualistas a las que critica.

Paradójicamente, el Derecho administrativo se ha socializado en un sentido muy distinto al defendido por el autor: lo que se ha socializado es el Derecho administrativo de la ciencia, que ahora mide la calidad de una aportación científica por su impacto en la comunidad científica, a su vez mensurado en índices de citas. Así que la veracidad es cosa distinta de la aceptación por la comunidad, pero la calidad científica

---

de un modelo teórico, el servicio público, que era sólo eso y que no daba cuenta de la compleja realidad, sino sólo de una parte, de una pequeña parte de ella (los ferrocarriles, el transporte urbano y algunas cosas más) con cuyos elementos se había construido».

se mide por ella. Y eso hace que la ciencia normal no sólo sea un referente, sino también una vara de medir (19).

Esta reflexión nos traslada del plano de la libertad individual a la del consenso colectivo: ¿cómo se forman los paradigmas en las comunidades científicas?

La epistemología suele explicarse a partir de relaciones de razón, pero no es ajena a las relaciones de poder. El poder académico ha influido mucho en el desarrollo de las teorías científicas y más en el ámbito de las ciencias sociales y humanísticas. Todos sabemos que la batalla entre las escuelas de pensamiento no siempre se libra en el campo de la ideas.

A este respecto, no podemos olvidar además que la comunidad científica del Derecho administrativo en España es bastante cerrada. Lo es territorialmente porque estudia un Derecho positivo nacional y lo es institucionalmente porque su estudio se cultiva de forma casi exclusiva en la Universidad. Si a esta constatación le añadimos los hábitos propios de la Universidad española (selección por cooptación, endogamia, etc.), no nos puede extrañar que parte del éxito de los conceptos y teorías científicas se explique por la ley del acolitismo, que puede formularse así: cuantos más sean los investigadores en cuya carrera académica puedas influir, mayor será el impacto de las teorías que elabores y, en consecuencia, tanta mayor probabilidad de éxito tendrán.

En la actualidad, sin embargo, es de justicia reconocer que se han diluido los efectos de esta ley porque nuestra comunidad científica se ha ampliado, se ha pluralizado y se ha abierto al exterior por efecto de la globalización misma del Derecho administrativo. Estos fenómenos reducen felizmente la presión del *pensamiento de grupo* o *pensamiento coral* sobre la libertad científica.

## b) La ideología subyacente y la intención lingüística

El Derecho público en general y el administrativo en particular son eminentemente políticos, en cuanto tratan del orden jurídico de los poderes del Estado. Esto supuesto, nada hay de raro ni de perverso en que tras los conceptos de esta ciencia latan premisas de orden político: siempre y cuando sean *premisas* establecidas y reconocidas, no *prejuicios* ocultos bajo una apariencia científica.

Miguel Beltrán ya advirtió hace tiempo (1999) sobre esta apariencia de asepsia técnica de algunos conceptos y teorías que tienen un sustrato fuertemente ideológico que es preciso desvelar.

El sustrato ideológico o intencional a que me refiero puede rastrearse mediante un análisis lingüístico de los conceptos. Aunque debamos diferenciar entre signifi-cante y significado y podamos sostener, en términos abstractos, la independencia del

---

(19) En 2013, el biólogo Randy Schekman —que acababa de ser galardonado con el Premio Nobel de Medicina— publicó en *The Guardian* un artículo titulado «Por qué revistas como 'Nature', 'Science' y 'Cell' hacen daño a la ciencia» en el que denunciaba que la ciencia está desfigurada «por unos incentivos inadecuados» como el factor de impacto de las revistas, pues «se trata de una medida tremendamente viciada, que persigue algo que se ha convertido en un fin en sí mismo, y es tan perjudicial para la ciencia como la cultura de las primas lo es para la banca». Es decir, que no te juzgan por *qué* publicas, sino *dónde* publicas. Pero «lo que importa es la calidad de la labor científica, no el nombre de la revista», así que «la ciencia debe liberarse de la tiranía de las revistas de lujo» (cito por la traducción de *El País*, accesible en [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/11/actualidad/1386798478\\_265291.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/12/11/actualidad/1386798478_265291.html)).

significado respecto del significante, también es cierto que éste cumple una función orientadora hacia el significado, pues tiene un valor informativo y sugestivo que condiciona la recepción del concepto en la interacción social (20). Para ilustrarlo, basta constatar la función pragmática positiva de que se quiso dotar al concepto de «servicio público» por la doctrina que la ideó o la que rodea a las nociones de «sostenibilidad», «racionalización» o «simplificación administrativa» en nuestros días; así como la de signo negativo que evidentemente empapa las nociones de «intervención» o «carga administrativa» en el lenguaje de nuestra legislación más reciente, desde la Ley de Economía Sostenible a la de Garantía de la Unidad de Mercado.

### c) El juego de validaciones y refutaciones

Dejando de lado factores de psicología social como los expuestos en las letras anteriores, los conceptos se sujetan a un juego racional de validaciones y refutaciones de cuyo resultado depende su erección en paradigma y su mantenimiento o abandono como tal por la comunidad científica. Sólo que, en una ciencia tan histórica como la nuestra, es preciso introducir tres matices importantes:

- 1.º El abandono de un paradigma no siempre ni habitualmente supone cuestionar su validez, sino sólo su pérdida de eficacia. Es decir, que puede seguir siendo válido para explicar el Derecho administrativo de su tiempo, pero no sirve para explicar el Derecho administrativo que le ha sucedido en el tiempo.
- 2.º Las ciencias de la naturaleza suelen tratar fenómenos regidos por leyes inmutables, mientras que las ciencias sociales se ocupan de fenómenos y leyes variables. Los nuevos paradigmas jurídicos no sólo explican el Derecho dado, sino que también inspiran su transformación (21). Así que no sólo son efecto, sino también motor de la evolución del ordenamiento, porque en Derecho cambian tanto la ciencia como su objeto en un proceso de retroalimentación especialmente dinámico en el caso del Derecho administrativo, por la razón ya expuesta de su historicidad.
- 3.º Siendo dinámico el objeto de nuestro estudio, el nuevo paradigma emergente no siempre sustituye al anterior, sino que habitualmente lo complementa o lo

---

(20) Ulises ya se valió del uso racional del lenguaje para engañar a Polifemo al decirle «yo soy nadie»: sabía que Polifemo estaba sujeto al *fatum* que «era una misma cosa con la palabra dicha», por lo que «no conoce aún la distinción entre palabra y objeto. La palabra debe tener un poder inmediato sobre la cosa; expresión e intención confluyen. Pero la astucia consiste en aprovechar la distinción en su beneficio. Se aferra a la palabra a fin de transformar la cosa» (Horkheimer y Adorno, 1969-2003: 111). Todavía hoy el *logos* utiliza las palabras con fines sugestivos o fetichistas, porque «poder y conocimiento son sinónimos» y la ciencia es un ritual de dominación o avasallamiento que se vale del «poder social del lenguaje» (*ibid.*, 60, 65, 76). Y es que, según la concepción funcional de la lingüística, la formulación de los conceptos no sólo está gobernada por reglas estructurales (semántica, sintáctica, morfología y fonética), sino también por reglas pragmáticas (referidas al objeto y sobre todo al enfoque del discurso) que rigen los modelos de la interacción verbal como un instrumento de la interacción social (Dik, 1997: 2-4, 7-8, 310, 326).

(21) Recordemos además que es frecuente encargar a juristas académicos la redacción de los anteproyectos de leyes, nombrarlos altos cargos de las administraciones que las ejecutan o incorporarlos a los altos tribunales que las aplican, mientras que no se ha dado el caso de que ningún físico, químico o biólogo haya sido invitado a participar en la creación ni en la expansión del universo. Nosotros sí somos eventualmente invitados a pasar «a través del espejo» como Alicia y participar de ese extraño mundo que se parece tanto al nuestro pero en el que todo se hace al revés.

engloba. «En la ciencia jurídica ... no hay sustitución sino acumulación» (Nieto, 2000: 21).

Un ejemplo clásico lo tenemos en el fecundo debate ideológico entre la concepción del Derecho administrativo a partir del concepto de poder público de Hauriou y la sostenida a partir de la noción de servicio público de Duguit. Podemos defender que la concepción de Duguit se erigió como un nuevo paradigma, que sirvió para comprender y explicar el nuevo Derecho administrativo surgido bajo la égida del Estado social, pero eso no implica la falsación de la concepción de Hauriou, que era válida para explicar el Derecho administrativo de su tiempo y sigue siéndolo todavía para buena parte de las relaciones jurídico-administrativas en el nuestro.

Más ampliamente, José María Rodríguez de Santiago (2007: 60-62 y 91-94) ha contrapuesto la dogmática jurídico-administrativa del Estado (liberal) de Derecho a la del Estado social (22). La primera estaría vinculada con las formas propias de la Administración de intervención o de policía, con la doctrina del acto y el procedimiento y con la perspectiva del control judicial de la actuación administrativa, «paradigmas» que han permitido alcanzar un alto grado de precisión dogmática, pero a costa de dejar fuera de su análisis aquellos sectores que no «encajan» en los esquemas explicativos dominantes. «El modelo —dominado por la idea de la situación de tensión entre la libertad del individuo y las concretas intervenciones en ella del poder estatal— sigue siendo útil hoy, pero, sin duda, ya no es adecuado para la explicación de una parte sustancial de la actividad administrativa del Estado moderno». En el Estado social, (1.º) la Administración prestacional y reguladora (o garante de las prestaciones, si acogemos este concepto) eclipsa a la de intervención, (2.º) no desaparece el acto administrativo pero junto a él es preciso explicar la actuación material de la Administración (actos sanitarios, educativos, etc.) y los negocios jurídicos bilaterales con los que vincula a terceros (empresas, tercer sector) a la gestión de las prestaciones, (3.º) junto a la Administración directa jerárquica se sitúan nuevas formas organizativas en el sector público empresarial y fundacional y (4.º) la protección del ciudadano no sólo descansa en sus derechos reaccionales, sino que adopta instituciones de supervisión y tutela.

Se me dirá que esto es algo ya conocido, asumido y superado. Sin embargo, buena parte de los conceptos que manejamos en nuestro Derecho administrativo siguen enraizados en la concepción esquemática de la relación jurídico-administrativa como contraposición bipolar entre un individuo *a quo* (el solicitante en los procedimientos iniciados a instancia de parte) o *ad quem* (el destinatario de la resolución en los procedimientos iniciados de oficio) y la Administración pública. Este esquema desconoce que dicha relación es habitualmente más compleja, que puede consistir en relaciones de colaboración y no de confrontación de intereses y que suele afectar a más sujetos (personados o no en el procedimiento) e intereses que hay que ponderar y que pueden estar contrapuestos entre sí. Pensemos en las relaciones interadministrativas tan propias de un Estado compuesto como el nuestro (por ejemplo, cuando una Administración pública solicita algo de otra —como la autorización o

---

(22) No es el único, desde luego. Sólo en la literatura en español, también se han referido a estos «cambios de paradigma», por ejemplo, Ponce (2001: 30-33) en materia de procedimiento y Nieto (1975), Schmidt-Assmann (2003: 25-26) o Parejo (2012: 45-47, 110) en general, proponiendo completar o superar el Derecho administrativo defensivo o de libertad con un Derecho administrativo directivo o de eficacia y efectividad.



la concesión de una actividad o la adscripción o enajenación de un bien— no está ejerciendo un derecho sino una competencia al servicio del interés general) o aquellas en las que los sujetos privados afectados por un procedimiento tienen intereses contrapuestos entre sí (por ejemplo, los de los competidores del solicitante en un mismo mercado o de sus vecinos en torno a un mismo inmueble o actividad). Dos ejemplos de lo que digo son los pares de conceptos de «acto favorable/desfavorable» (*¿para quién?*) o de «silencio positivo/negativo» (*¿para quién?*) que sigue utilizando nuestra legislación con pretensión de validez general (arts. 43, 44, 103 y 105 LRJPAC) pese a que su aplicación es problemática fuera del esquema bipolar antes descrito.

En suma, el servicio público no sustituyó a la potestad ni ha sido sustituido por la regulación, el Estado garante de las prestaciones no ha sustituido al Estado prestacional, ni la precaución a la prevención, ni la ponderación a la subsunción, ni el derecho subjetivo reaccional al recurso objetivo (al que ganaba terreno hasta hace poco pero frente al que ha retrocedido últimamente), ni la concepción directiva del Derecho administrativo a la garantista y así *ad infinitum*.

Por último, si el Derecho administrativo tiende a aumentar y diversificar su campo de acción y si la transformación de la ciencia del Derecho administrativo no siempre opera por sustitución, sino las más de las veces por adición y superposición de conceptos e instituciones, entonces nuestra dogmática está caracterizada por una fuerte entropía (23), lo que introduce una reflexión final sobre el futuro de nuestra disciplina.

## V. Final: ¿El declive de las grandes teorías?

Si, por algún motivo inconcebible, los filósofos de la ciencia dedicaran un momento a reflexionar sobre la ciencia española del Derecho administrativo, probablemente Thomas Kuhn (1962-1965: 35-36) concluiría que es un campo científico que ha alcanzado madurez a partir de mediados del siglo pasado gracias a la generación de la RAP, constructora de sólidos paradigmas; pero Jean-François Lyotard (1997: xxiii-xxv) añadiría que en los últimos años —después de que nos hayan dejado López Rodó, Garrido Falla, Villar Palasí y García de Enterría— nos estamos adentrando en la condición postmoderna de una ciencia, caracterizada por «la incredulidad hacia las metanarrativas» legitimadoras, huérfana de «su gran héroe» y del consenso, lo que en su opinión es producto del propio progreso de la ciencia, porque el consenso violenta la heterogeneidad de los juegos del lenguaje y la invención siempre es hija de la disensión (24).

En un Estado social de Derecho como el nuestro, la progresiva complejidad de las relaciones socio-económicas deriva en una progresiva ampliación y diversificación del campo del Derecho administrativo. Y como los cambios de paradigma operan aquí por acumulación más que por sustitución, «el resultado inevitable [es] una saturación que

(23) Según el diccionario de la RAE, la entropía, en mecánica, es la medida del desorden de un sistema.

(24) «Sólo el pensamiento que se hace violencia a sí mismo es lo suficientemente duro para quebrar los mitos» (Horkheimer y Adorno, 1969-2003: 60).

impide —más que dificulta— el dominio técnico simultáneo de todos los saberes» (Nieto, 2000: 21). En la actualidad, es prácticamente imposible que cualquiera de los cultivadores del Derecho administrativo español domine todos los sectores de esta rama del ordenamiento: ¿Quién sabe de contratos y de función pública, de comitología de la Unión Europea y de mancomunidades de municipios, de extranjería y de tratamientos fitosanitarios, de supervisión financiera y de servicios sociales? En este contexto de desbordamiento temático, se realza más la importancia metodológica de seleccionar adecuadamente los sectores de referencia considerados para la elaboración de los conceptos generales.

A su vez, la diversidad temática acarrea de forma natural la diversidad conceptual e institucional. Los sectores del Derecho administrativo van construyendo paulatinamente sus instituciones propias o adaptando progresivamente las comunes a sus especialidades. Lo que desafía a su codificación (25) y, en consecuencia, también a su carácter sistemático. Esta huida del sistema de Derecho administrativo (Vaquer, 2001) dificulta construir o mantener conceptos unitarios: ¿Qué tienen en común la licencia de obras y la autorización para crear una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual?

La atomización y la diáspora de los sectores del Derecho administrativo sugieren plantear la siguiente cuestión: ¿es el fin de las grandes teorías? En mi opinión, no debe ser el fin de la unidad de la disciplina —de la que ya se desgajó hace unas décadas el Derecho financiero y tributario y podrían seguir haciéndolo otras ramas que también gozan de fuerte identidad y autonomía lógica— pero sí ciertamente dificulta la construcción de conceptos unitarios y teorías generales. La amplitud y diversidad de la disciplina puede afectar a la cohesión interna de las instituciones y los conceptos de su parte general, lo que obliga a adaptar su teorización pero no la niega.

Si puede seguir existiendo una ciencia del Derecho, seguirá pudiéndose aplicar en el ramo del Derecho administrativo, por amplio y diverso que éste sea. Y por extendida que esté la tendencia a descodificarse y huir del sistema sus instituciones, el empeño de la dogmática por reconstruir y mantener su comprensión unitaria en torno a conceptos, tipos, principios e instituciones generales sirve a la efectividad de la seguridad jurídica y a la realización de los mandatos contenidos en el Título IV de la Constitución española.

Pero va a ser una tarea mucho más difícil construir conceptos y teorías que reclaman para sí validez general en este Derecho administrativo descodificado. Son más necesarios que nunca, pero también más difíciles ahora.

---

(25) Ni siquiera la competencia del Estado para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas es un muro de contención para esta descodificación, desde el momento en que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha aceptado la posibilidad de bases sectoriales, es decir, diferentes para los diversos sectores de la actividad administrativa. Y tampoco ha servido de valladar frente a la «legislación motorizada» y las «leyes ómnibus» la supresión de las «leyes de acompañamiento» del ordenamiento estatal (criticadas con autoridad por García de Enterría, 1999), sino que siguen prodigándose, como acreditan la Ley de Economía Sostenible en la legislatura anterior (que reformó varias decenas de leyes) y en ésta la Ley de Rehabilitación, Regeneración y Renovación Urbana (que modifica a 16 leyes distintas) o el Decreto-Ley de Medidas Urgentes para el Crecimiento, la Competitividad y la Eficiencia (que ha modificado otras 26 leyes).

## VI. Bibliografía

- ARIÑO, Gaspar, DE LA CUÉTARA, Juan Miguel, y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1997). *El nuevo servicio público*. Madrid: Marcial Pons.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel (1999). *Reflexiones sobre el estado actual de algunas políticas públicas y de las formas clásicas de intervención administrativa en la economía*. Londres: Esperia.
- CASSESE, Sabino (2010). «El estado presente del Derecho administrativo italiano», *Revista de Administración Pública*, n.º 183.
- COASE, Ronald H. (1978). «Economics and contiguous disciplines», *The Journal of Legal Studies*, n.º 7.
- COLMEIRO, Manuel (1850-1995). *Derecho administrativo español*. Santiago de Compostela: Xunta de Galicia.
- (1870). *Principios de economía política*, 3.ª ed. Madrid: imprenta de Fermín Martínez.
- DIK, Simon C. (1997). *The theory of Functional Grammar. Part 1: The Structure of the clause*, 2.ª ed. Berlin/New York: Mouton de Gruyter.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2004). «Los experimentos jurídicos», *Revista de Administración Pública*, n.º 186.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1999). «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», *Revista de Administración Pública*, n.º 150.
- FEYERABEND, Paul (1963-1976). *Cómo ser un buen empirista. Defensa de la tolerancia en cuestiones epistemológicas*. Valencia: Universidad de Valencia.
- (1975-1981). *Tratado contra el método. Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*. Madrid: Tecnos.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (1999). «La influencia extranjera en el Derecho administrativo española desde 1950 a hoy», *Revista de Administración Pública*, n.º 150.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1964). *Prólogo a Viehweg, Theodor, Tópica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus.
- (1999). *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*. Madrid: Civitas.
- (2007). *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?* Madrid: Civitas.
- HAYEK, Friedrich A., (1973-1982). *Law, legislation and liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy*. London: Routledge.
- HOFFMANN-RIEM, W. y SCHMIDT-ASSMANN, E., eds. (1994). *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*. Baden-Baden: Nomos.
- HORKHEIMER, Max y ADORNO, Theodor W. (1969-2003). *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*. 5.ª ed. Madrid: Trotta.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio (2014). «La crisis de la deuda pública y la renovación de los conceptos del derecho publico: notas para un debate» en VV.AA., *Por el Derecho y la libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*. Vol. II. Madrid: Iustel.
- KUHN, Thomas S. (1962-1975). *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica.
- LAKATOS, Imre (1971-1993). *Historia de la ciencia y sus reconstrucciones racionales*. Madrid: Tecnos.
- LOPERENA ROTA, Demetrio (2009). «La ciencia y el Derecho», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 7.
- LYOTARD, Jean-François (1979-1984). *The postmodern condition: A report on knowledge*. Minneapolis: University of Minnesota.
- MARTÍN MATEO, Ramón (1999). *Manual de Derecho administrativo*. 20.ª ed. Madrid: Trivium.
- NIETO, Alejandro (1975). «La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo», *Revista de Administración Pública*, n.º 76.
- (1986). *La organización del desgobierno*. Barcelona: Ariel.
- (2000). *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel.

- NORTH, Douglass C. (1990). *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2010). *Problemas actuales del Derecho administrativo*, en Ruiz Ojeda, Alberto, et al., *El gobierno local. Estudios en homenaje al Profesor Luis Morell Ocaña*. Madrid: COSITEL/lustel.
- (2012). *Transformación y ¿reforma? Del Derecho administrativo en España*. Sevilla: Global Law Press/INAP.
- PONCE SOLÉ, Juli (2001). *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido: las bases constitucionales del procedimiento y del ejercicio de la discrecionalidad*. Barcelona: Lex Nova.
- (2010). *Derecho administrativo global: organización, procedimiento, control judicial*. Madrid: INAP/Marcial Pons.
- POPPER, Karl R. (1958-1985). *La lógica de la investigación científica*. Madrid: Tecnos.
- (1963-1983). *Conjeturas y refutaciones. El desarrollo del conocimiento científico*. Barcelona: Paidós.
- POSADA, Adolfo (1897). *Tratado de Derecho administrativo*, Tomo I. Madrid: Librería de Victoriano Suárez.
- POSADA HERRERA, José de (1843-1978). *Lecciones de administración*. Madrid: INAP.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María (2007). *La administración del Estado social*. Madrid: Marcial Pons.
- RUFFERT, Matthias, ed. (2007). *The transformation of administrative law in Europe. La mutation du droit administrative en Europe*. Munich: Sellier European Law Publishers.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2002). *Principios de Derecho administrativo*. Vol. I, 4.ª ed. Madrid: CEURA.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (1998-2003). *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*. Madrid: INAP/Marcial Pons.
- (2006). «La ciencia del Derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas», *Revista de Administración Pública*, n.º 171.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos (2001). «Una reflexión sobre huidas y persecuciones en el Derecho administrativo español», *Anuario de la Facultad de Ciencias Jurídicas*, Universidad de Antofagasta.
- (2002). *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*. Valencia, Tirant lo Blanch/Institut de Dret Públic.
- (2011). «El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, n.º 186.

Trabajo recibido el 15 de julio de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.

**LABURPENA:** Zuzenbide administratiboaren doktrina eztabaidatua izan da azken hamarkadetan haren konstituzionalizazioa, globalizazioa eta estatu sozialaren krisia direla eta. Ondorioz, kontzeptu berriak proposatzen dizkigute paradigma sortu berrien modura. Testuinguru horretan, artikulua modu kritikoan aztertzen du kontzeptu horien sorrera, ikerketa juridikoaren ibilbide logikoari jarraiki: erabilitako jakintza-iturrietatik hasi eta kontzeptuak eraikitze metodoetara eta horiek «zientzia normalaren» baitan sendotzeko moduetara arte.

**HITZ GAKOAK:** Zuzenbide publikoa. Kontzeptuak. Erreferentziazko sektoreak. Metodologia. Paradigma. Zientzia normala.

**RESUMEN:** La doctrina del derecho administrativo se debate en las últimas décadas por efecto de su constitucionalización, su globalización y la crisis del Estado social. Como consecuencia, nuevos conceptos se nos proponen como paradigmas emergentes. En este contexto, el artículo analiza de forma crítica la formación de estos conceptos siguiendo el curso lógico de la investigación jurídica: desde las fuentes del conocimiento utilizadas, a los métodos de construcción de conceptos y las formas en que éstos se consolidan dentro de la «ciencia normal».

**PALABRAS CLAVE:** Derecho público. Conceptos. Sectores de referencia. Metodología. Paradigma. Ciencia normal.

**ABSTRACT:** The doctrine of administrative law is under debate in recent decades as a result of its constitutionalisation, globalisation and the crisis of the «social state». As a consequence, new concepts are often proposed as emerging paradigms. In this context, this article analyzes the formation of these concepts following the logical course of legal research: from knowledge sources to concept-building methods and the ways in which they become part of the «normal science».

**KEY WORDS:** Public law. Concepts. Sectors of reference. Methodology. Paradigm. Normal science.



# Crónica





## El Parlamento Europeo: ¿esta vez es diferente?

David Ruano Delgado

Coincidiendo con la víspera de la campaña electoral que desembocaría en las elecciones al Parlamento Europeo celebradas en los Estados miembros de la Unión Europea entre los días 22 y 25 de mayo de 2014, se organizaron en el auditorio «Antonio Beristain» del Centro Carlos Santamaría de San Sebastián unas Jornadas que con el título «*El Parlamento Europeo: ¿esta vez es diferente?*»(1), pretendían acercar, tanto desde una perspectiva jurídica como política, el estado actual, funcionamiento y, en definitiva, los aspectos más prácticos y cercanos, a la vez que desconocidos por la mayor parte de la opinión pública, de la citada institución parlamentaria.

Las mencionadas Jornadas, desarrolladas concretamente de forma vespertina el jueves 8 de mayo, y en sesión de mañana y tarde durante el viernes 9 del citado mes, estuvieron dirigidas por Dña. Paz Andrés Sáenz de Santa María(2) y D. Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena(3), participando en las mismas ponentes de reconocido prestigio, especializados en los distintos aspectos relacionados con la temática tratada, así como juristas y personas de relevancia política que aportaron, respectivamente, su experiencia en la actividad parlamentaria europea desde sus ámbitos profesionales propios.

La inauguración de las Jornadas y presentación de la primera mesa, englobada dentro del primer panel de trabajo titulado «*El Parlamento Europeo: la historia de un éxito*», corrió a cargo del Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco, D. Gurutz Jáuregui Bereciartu, y en ella intervinieron tanto la codirectora de las Jornadas, Paz Andrés Sáenz de Santa María, el Catedrático de Matemática Aplicada y Director del Grupo de Investigación en Métodos Electorales de la Universidad de Granada, D. Victoriano Ramírez González, y la Profesora Titular de Derecho Internacional Público en la Universidad de La Rioja, Dña. Mariola Urrea Corres, cuyas ponencias se resumen a continuación.

En primer lugar, la Profesora Sáenz de Santa María, bajo el título «*2014 y más allá: logros y retos del Parlamento Europeo*», procedió a valorar la actividad de esta institución durante la VII Legislatura (2009-2014), recalcando la aplicación práctica del Tratado de Reforma de Lisboa en la actividad parlamentaria. En este sentido, además de citar los avances parlamentarios a la hora de firmar acuerdos interinstitucionales, o en materia de promoción del Espacio Único Europeo desde una perspectiva política y de la defensa del ordenamiento jurídico de la Unión mediante el ejercicio del control juris-

---

(1) Jornadas organizadas en el marco de la Unidad de Formación e Investigación —U.PV/E.H.U.— sobre «*Integración Política y Económica en la Unión Europea*» (UFI 11/05); del Grupo de Investigación del Sistema Universitario Vasco (GIC IT675-13) sobre «*Unión Europea y Derechos Fundamentales*» y del Plan de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad sobre «*La eficacia de los Derechos Fundamentales en la Unión Europea: cuestiones avanzadas*» (DER2011-25795). Con la colaboración de *europagune* y el Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP).

(2) Catedrática de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad de Oviedo.

(3) Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho de la Unión Europea en la Universidad del País Vasco.

diccional ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la ponente se refirió a los poderes reforzados del Parlamento, tales como los ejercidos en materia de negociación de acuerdos internacionales, así como en lo relativo a la aprobación del Presupuesto plurianual de la Unión.

Una vez analizados los efectos del procedimiento legislativo ordinario, tal y como es definido en el artículo 294 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el ámbito competencial del Parlamento Europeo, resaltó las tareas a las que se enfrentará esta institución en la VIII Legislatura entrante, que diferenciaba entre cuestiones generales y específicas(4), y priorizando la materialización de la disposición contemplada en el artículo 17.7 del Tratado de la Unión Europea, en virtud de la cual elegirá por mayoría cualificada al candidato propuesto por el Consejo Europeo a presidir la Comisión Europea, teniendo en cuenta esta última institución, en su propuesta, el resultado de las elecciones al Parlamento.

Por último, y a modo de conclusión, la ponente cerraba su intervención haciendo un balance positivo del papel desempeñado por el Parlamento Europeo durante el último lustro, aunque advirtiendo de algún sector doctrinal que ha venido en afirmar que esta institución ha adquirido más competencias de las que realmente puede gestionar. No obstante, la realidad indica que en el ámbito de la gobernanza económica, por ejemplo, el Parlamento de Estrasburgo ha defendido siempre la tesis integracionista frente a la intergubernamental, y que ha avanzado sustancialmente en la regulación de los derechos de los ciudadanos a escala europea, especialmente, en la materia concerniente a la protección de datos.

El sistema de reparto de los 751 escaños que, actualmente, conforman la cámara parlamentaria de la Unión Europea, fue explicado a continuación por D. Victoriano Ramírez González, quien partiendo de la premisa de que el reparto no es estrictamente proporcional, pues aunque se haga en función al número de habitantes de los Estados miembros, el mismo hay que hacerlo primando a los Estados miembros menos poblados, aportó una serie de propuestas que, basadas en métodos matemáticos, tenían como finalidad corregir las consecuentes injusticias derivadas del sistema electoral vigente, cumpliendo con lo establecido al respecto en el Tratado de Reforma de Lisboa.

Iniciando su ponencia titulada «*La distribución de los escaños del Parlamento Europeo*» con unos breves apuntes sobre el modo de repartir los 54 escaños que le corresponden al Estado español(5), advirtió sobre las características que presenta el sistema de reparto europeo, en base a las cuales se motiva la premisa a la que se ha hecho referencia en el párrafo anterior. En este sentido, el citado sistema se encuentra caracterizado por las siguientes notas:

---

(4) Entre las de carácter general citaba: a) Incremento de las relaciones con los parlamentos estatales; y b) Alcanzar un mayor protagonismo en la negociación de los acuerdos de gobernanza económica, donde la participación actual del Parlamento Europeo se canaliza mediante instrumentos de consultas. Por su parte dentro de las cuestiones específicas hacía referencia a: a) La concreción de los acuerdos interinstitucionales, así como su promoción, especialmente, del que se debe alcanzar con el Consejo Europeo; b) La actualización del acuerdo que, en tal sentido, se encuentra firmado con la Comisión Europea; y c) la revisión del Acuerdo Parlamento Europeo - Consejo en materia de Política Exterior y Seguridad y Defensa.

(5) Para los comicios europeos, el Estado español se configura en circunscripción única, correspondiéndole una representación de 54 escaños determinados según el método *d'Hondt* previsto en su legislación electoral interna, y sin que tenga lugar el establecimiento de una barrera electoral.

- Inexistencia de un método electoral común.
- Es el resultado de una serie de negociaciones y acuerdos de carácter político, que se complican debido al proceso de ampliación de la UE.

La última de las notas observadas derivaba en la necesidad de establecer limitaciones en el número de escaños a repartir, lo que se introdujo por primera vez en el Proyecto de Constitución Europea de 2004, dando lugar a una serie de iniciativas y trabajos posteriores, entre los que destacan el Informe «*Lamassoure-Severin*» de 2007 y el «*Compromiso de Cambridge*» aprobado el 7 de febrero de 2011 por la Comisión de Asuntos Constitucionales del Parlamento Europeo(6). Sin embargo, el ponente aludía a la falta de acuerdo existente al respecto y a las dificultades para alcanzarlo en base a los diversos métodos y propuestas analizadas durante su intervención, aunque dejaba ver una posibilidad de materializarlo, allá por el año 2016, partiendo del sistema establecido por el Tratado de Reforma de Lisboa(7).

De todos los métodos analizados, basados en el criterio de proporcionalidad decreciente, tales como los ya mencionados Informe «*Lamassoure-Severin*» y el «*Compromiso de Cambridge*», o la propuesta realizada por los eurodiputados Roberto Gualtieri y Rafal Trzaskowski, el interviniente hizo especial hincapié en aquellos que aplican el citado criterio con carácter previo al redondeo, y entre los cuales se encontraría uno de corte lineal, que no siendo acogido por el «*Compromiso de Cambridge*», sería, a su juicio, el más acertado. Dicho método consistiría en establecer una recta que uniese al Estado menos poblado (representado con 6 escaños) con el de mayor población (representado con 96 escaños), a lo largo de la cual irían incorporándose los demás Estados en función de su población, resultando un total de 719 parlamentarios, lo que solventaría la problemática aportada por los procesos de ampliación, al no llegar al límite máximo de 751 establecido por el Tratado de Lisboa.

Otra opción aportada por el ponente se basaría en un método uniforme, en virtud del cual se partiría de un reparto que atribuiría unos límites máximo y mínimo de representación, respectivamente, de 96 y 2 escaños a los Estados con mayor y menor población, y una cuota fija a los siete Estados más poblados, de forma que sobrarán 85 escaños, los cuales se repartirían añadiendo uno a partir del octavo Estado en población de manera sucesiva hasta que resten cuatro que, a su vez, se distribuirían entre los Estados menos poblados, dando lugar a un total de entre 749 y 751 parlamentarios.

En conclusión, estas dos últimas propuestas harían superar la injusta representación ostentada en la actualidad por países como España, Francia o Reino Unido, lo que lleva a plantearse que, de cara al futuro, se requiera precisar una nueva definición del criterio de proporcionalidad decreciente, así como de un nuevo método sencillo para distribuir los escaños en el Parlamento Europeo.

---

(6) De acuerdo con la intervención del ponente, el «*Compromiso de Cambridge*» redefinía el criterio de proporcionalidad decreciente y establecía una nueva fórmula matemática cuyo resultado dejaría al Parlamento Europeo de la siguiente forma: a) Dieciséis países pierden escaños; b) Cinco países —los más pequeños— mantienen los mismos escaños; y c) Seis países —los más grandes y Estonia— reciben escaños extra. Esta propuesta fue rechazada porque dieciocho Estados perderían representación, algunos de los cuales hasta cuatro o cinco escaños.

(7) Según el art. 14.2 TUE, para el Parlamento Europeo ningún Estado puede recibir más de 96 escaños, encontrándose los mismos mínimamente representados por seis. Así mismo, serán elegidos mediante un criterio de proporcionalidad decreciente.

Cerraba la mesa de intervenciones la Profesora Mariola Urrea Corres con su ponencia «*El Parlamento Europeo y la forma de gobierno de la UE. La función de control político*». En ella defendió al Parlamento Europeo como un auténtico parlamento a la luz de la evolución histórica experimentada por dicha institución, la cual ha ido proporcionándole las funciones propias por las que se caracteriza una cámara de esta naturaleza, tales como la función de legislador, la competencia para aprobar el presupuesto de la Unión y el ejercicio de un control político.

En relación a la última de las funciones indicadas, la ponente procedió a analizar la realidad práctica de su ejercicio por parte del Parlamento Europeo, sobre todo, a tenor de las disposiciones introducidas al efecto en el Derecho originario con la reforma acometida por el Tratado de Lisboa. En este sentido, prestó especial interés a las facultades y prerrogativas atribuidas al Parlamento con el propósito de ejercer un control político frente a la Comisión Europea (8), siempre partiendo de considerar a esta como el órgano de gobierno de la Unión.

El citado control se hace extensivo, igualmente, a las demás instituciones en el desarrollo de diversos ámbitos competenciales, destacando los relativos a la economía y a la política exterior por parte del Consejo y el Consejo Europeo. A juicio de la Profesora Urrea Corres, para estos ámbitos sería lo más acertado ejercer un control mixto junto a los Estados miembros, pues la legitimidad de esas dos instituciones radica en ellos.

La última de las instituciones citadas sobre las que el Parlamento Europeo ejerce un cierto control, fue la del Banco Central Europeo, pero aunque sea cierto que el Parlamento tenga atribuidas funciones con el objeto de recabar información, dicho ejercicio se ve influenciado por los principios de independencia y confidencialidad por los que se rige la institución con sede en Fráncfort.

La naturaleza parlamentaria de Estrasburgo y, en concreto, la función de control político, se ven reforzados por la estructura propia del Parlamento destinada al ejercicio de la misma, la cual se encuentra compuesta al efecto por las comisiones de control y por los grupos políticos. En tal sentido, la ponente se refirió, por un lado, a las comisiones permanentes de control político, dentro de las cuales destacó la Comisión de Control Presupuestario y la Comisión de Asuntos Jurídicos, y por otro, a las comisiones de investigación, cuyos efectos no trascienden más allá de la reprobación contenida en sus informes finales.

Antes de finalizar, trató el papel del Parlamento Europeo en los ámbitos de la reforma de los Tratados, el procedimiento de retirada de los Estados y en el mecanismo de cooperación reforzada. Así pues, en relación a la reforma de los Tratados, además de referirse a la técnica legislativa, citó los procedimientos de asunción de nuevas competencias y de retirada de las ya adquiridas, mientras que con respecto a los dos últimos, advirtió que el Parlamento Europeo debe, respectivamente, aprobar el tratado que finalmente se firme y el mecanismo que se adopte.

En conclusión, destacaba la ponente la seriedad con la que el Parlamento Europeo ha asumido las funciones de control, así como el reto para el futuro de firmar y negociar tratados de especial importancia, como es el Tratado de Estabilidad Económica.

---

(8) En este ámbito destacaba la ponente la técnica de la moción de censura que, en su opinión, se trata de un instrumento marginal dados los requisitos exigidos para su práctica y porque su efectividad se encontraba influenciada por el principio de colegialidad que inspira a la Comisión Europea.

Tras una pausa, se abrió la segunda mesa del primer panel de las Jornadas, presentada por su codirectora Paz Andrés Sáenz de Santa María, en la que intervinieron el Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad de Salamanca, D. José Martín y Pérez de Nanclares, así como la Catedrática de Relaciones Internacionales de la Universidad Autónoma de Barcelona, Dña. Esther Barbé, quienes pronunciaron las ponencias tituladas «*Los nuevos retos del Parlamento Europeo: especial referencia a su participación en la elección del presidente de la Comisión*» y «*El Parlamento Europeo y la Política Exterior de la UE*», respectivamente.

La intervención del Profesor Martín y Pérez de Nanclares se centró en el análisis de las novedades presentadas por estos comicios, los cuales son los primeros a celebrar tras la entrada en vigor del Tratado de Reforma de Lisboa. En este sentido, vino en definir como un *giro copernicano* el nuevo mecanismo de elección del presidente de la Comisión Europea, previsto en el artículo 17.7 TUE.

Tras ello, afirmaba el ponente que el estudio del Parlamento Europeo y de sus funciones, conllevaría a estudiar el espejo del proceso de integración política de la Unión Europea, de acuerdo con las características propias de apertura intrínseca y extrínseca del mismo(9). En este sentido, señaló de manera sucinta, la evolución de la institución objeto de análisis desde su constitución como una asamblea con funciones consultivas al uso en el seno de una organización internacional, definiéndola como un proceso *sui generis* al no concebirse como una asamblea general de una organización internacional en sentido estricto, siempre desde una perspectiva material.

Apreciaba, en relación con el procedimiento de codecisión, que este ya existía previamente al Tratado de Lisboa, pero no se concebía como procedimiento legislativo ordinario, lo que le llevaba a afirmar que el Parlamento Europeo fue el gran ganador de la reforma derivada de dicho Tratado. Así mismo, recalca que es la institución que más indirectamente ha influido en la creación del SEAE (Servicio Europeo de Acción Exterior), mediante la aprobación de su presupuesto.

En lo que respecta al tratamiento diferencial de estas elecciones en base a las funciones encomendadas al Parlamento Europeo para elegir al presidente de la Comisión, indicaba, desde una perspectiva jurídica, que si han de ser diferentes no deben serlo por ese motivo, remitiéndose a un estudio comparativo de lo dispuesto por el artículo 17.7 TUE y por el antiguo artículo 214.2 del Tratado de la Comunidad Europea, sobre la propuesta de elección de dicha personalidad y el procedimiento para realizarla, de acuerdo con el cual motivaba su opinión.

La apreciación anterior llevaba a plantearse si el Consejo Europeo tiene libertad para designar el candidato. En este sentido, el ponente deducía a la luz de una interpretación literal del artículo 17.7 TUE que dicha institución no tiene por qué proponer a aquel con mayor respaldo en el Parlamento Europeo, hasta el punto que advertía de la inexistencia de recurso alguno que tenga como objeto impugnar su decisión si esta llegara a ser contraria a las propuestas presentadas por el Parlamento.

Con respecto a la elección del Presidente y a sus poderes, indicaba que aquélla se produciría una vez se alcanzara la mayoría parlamentaria, para lo cual se repetirían las

---

(9) Ejemplificaba la naturaleza extrínseca del proceso de integración política con las repercusiones derivadas para este de la adhesión de la República de Croacia el pasado 1 de julio de 2013. Por su parte, la naturaleza intrínseca era concebida en el sentido de perfeccionamiento institucional, siendo el eje vertebrador del proceso de perfeccionamiento el Parlamento Europeo, a través de su evolución democrática.

votaciones de forma sucesiva hasta llegar a ella en el caso de no obtenerse. En cuanto a los poderes, recordaba que, aunque son realmente relevantes, los mismos no se caracterizan por la nota de la novedad.

A tenor de lo expuesto, el Profesor Martín y Pérez de Nanclares llegaba a las siguientes conclusiones:

- La participación del Parlamento Europeo en la elección del presidente de la Comisión es un avance relevante, pero no de la magnitud por la que se viene presentando. No obstante, con ello se produce un refuerzo de la legitimidad democrática y de la cooperación interinstitucional, especialmente en las relaciones entre el Parlamento y el Consejo Europeo.
- Este tipo de bases refuerza el objetivo de construir una opinión pública europea, sobre todo, con la obligación de realizar consultas.
- La eficacia de las mismas dependerá de cómo las personas obligadas a desempeñar esos puestos, ejerzan las potencialidades que se prevén en el Tratado de Lisboa.

La última de las ponencias que tuvieron lugar durante la jornada del jueves 8 de mayo fue pronunciada, tal y como ya se ha adelantado, por la Profesora Esther Barbé, quien analizó la Política Exterior de la Unión Europea partiendo del interrogante de si en ésta existe una actividad interparlamentaria en materia de Política Exterior de Seguridad Común y de Defensa.

Antes de aportar una respuesta al mismo, la interviniente introducía el escenario actual en esa materia, señalando que desde 2001, con la Declaración de Laeken, la Unión Europea ha pasado a convertirse en un actor internacional de importancia clave con sus misiones de carácter civil y militar. No obstante, definía la consecuente evolución como algo que empezó como un ejemplo de liderazgo, y que ha derivado en un estado de fatiga en el plano institucional.

Por su parte, el análisis de la función de control que el Parlamento Europeo ostenta en el citado ámbito, fue caracterizado por tres ideas que no dejaban claro, según la Profesora Barbé, si esta institución es titular de aquélla. Dichas ideas se traducían en las notas de eficacia, empoderamiento y paradoja:

- *Eficacia*. La ponente afirmaba que de ninguna manera se ha producido un fortalecimiento de las funciones del Parlamento Europeo a la vez del experimentado en materia de Política Exterior y Seguridad Común, a medida que se reformaban los Tratados. Una circunstancia que se debe al carácter intergubernamental de esta materia (10), y en relación a la cual la Unión Europea tiene serios problemas de percepción desde el exterior (11).

---

(10) Según la Profesora Barbé, aunque esa materia no se comunitariza, sí se «*Bruselaliza*», pues los Estados toman decisiones en el ámbito de la misma dentro de una «lógica europea». En consecuencia, no se negocia en este ámbito sobre legitimidad democrática, sino sobre *qué hacer*.

(11) Las grandes preocupaciones que tiene la Unión Europea en este ámbito se centran en conseguir presencia y visibilidad, lo que según la ponente, deja de lado al Parlamento Europeo por dos motivos: 1. Porque la realidad indica que en materia PESC el Parlamento es una molestia; y 2. Porque el principio de intergubernamentalidad en el que se inspira hace que la legitimidad de su control resida en los Estados miembros, dada la naturaleza de su competencia.

- *Empoderamiento*. Desde el punto de vista de lo dispuesto en la Declaración núm. 14 anexa a los Tratados, así como en el artículo 36 TUE, se advierten limitaciones importantes plasmadas, respectivamente, en que no se amplían las funciones del Parlamento Europeo en materia PESG, y en que el control que se ejerza en esta materia se traduce en consultas, informaciones, opiniones, al margen del control presupuestario que no se contempla en el mencionado artículo. No obstante, aun siendo escasos estos poderes, el Parlamento Europeo se ha «empoderado» mostrando una clara voluntad de trabajar y controlar ese ámbito, a través de una vía informal como es la firma de acuerdos interinstitucionales.
- *Paradoja*. Recordaba la ponente que anteriormente a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, existía la Unión Europea Occidental (UEO) con funciones en materia de Seguridad y Defensa. En este sentido, la extinción de esta organización el 30 de junio de 2011 (que contaba con Asamblea Parlamentaria propia en París), hizo que la Unión Europea se dotara de aquéllas, y que el Parlamento Europeo viera la oportunidad de desarrollar sus funciones en relación a dichos ámbitos. Sin embargo, el resultado fue la creación de una conferencia interparlamentaria que sigue el modelo de la COSAC (Conferencia de los Órganos Especializados en los Asuntos Comunitarios y Europeos de los Parlamentos de la Unión Europea), lo que ha fomentado, en cierta medida, una disfuncionalidad interparlamentaria, que lleva a la interviniente a concluir que con la UEO se desarrollaba con mayor eficacia una política de seguridad y defensa desde la óptica parlamentaria.

Durante la mañana del día siguiente, 9 de mayo, se desarrolló el segundo de los paneles de trabajo bajo el título «*El Parlamento Europeo y los Parlamentos Nacionales: conjugando legitimidades*», el cual se encontraba dividido en dos mesas, una de carácter técnico-jurídico y otra de análisis con la intervención de distintos letrados parlamentarios. Así pues, en la primera de ellas, presidida por la codirectora Paz Andrés Sáenz de Santa María, intervinieron la Profesora Asociada en el Área de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, Dña. Diane Fromage, y el Profesor responsable del mismo Área pero en la Universidad de Valladolid, Don Francisco Javier Matia Portilla.

La Profesora Fromage, profundizó en el respeto y control del principio de subsidiariedad a la luz del Tratado de Reforma de Lisboa en su ponencia «*Parlamento Europeo y Parlamentos nacionales después del Tratado de Lisboa ¿un acercamiento con potencial?*», donde afirmaba *ab initio* que la reforma acometida por el mismo en relación al papel del Parlamento Europeo y de los nacionales en el ámbito de la Unión Europea, ha contribuido a mejorar el *status* anterior, de forma que los últimos han pasado a ser considerados, junto al primero, los garantes democráticos de la Unión Europea.

En virtud de lo expuesto, la primera parte de su ponencia estuvo dedicada al análisis del respeto y control del principio de subsidiariedad que, según la ponente, ha experimentado una especial relevancia en el marco del Protocolo número 2 anexo a los Tratados(12). En este sentido, el citado instrumento jurídico vendría a estar inspirado

---

(12) Desde el punto de vista de la Profesora Fromage, el Parlamento Europeo ha reaccionado de una forma entusiasta ante las disposiciones contenidas en el citado Protocolo.

por los principios de cooperación y eficacia, donde de acuerdo con una interpretación doctrinal, se hallaría un papel protagonista del Parlamento Europeo. Así mismo, primaría el principio de igualdad en el ámbito de los mecanismos de cooperación expresamente previstos al efecto, lo que lleva a la interviniente a proponer lo siguiente:

- Mayor relación de los Parlamentos nacionales con el Parlamento Europeo, además de una cooperación interparlamentaria entre aquéllos sin la participación de este último.
- Incentivación de la Conferencia de Presidentes de Parlamentos Europeos (13).
- Modificación del Reglamento interno del Parlamento Europeo en relación con el principio de subsidiariedad.

Tras realizar un análisis del desarrollo del citado principio de igualdad en este ámbito, a través de la COSAC, citada en la ponencia de la Profesora Barbé, que le lleva a negar su eficacia en base a la poca frecuencia de sus encuentros y las dificultades que plantea por la posible prevalencia de los intereses ejecutivos, dado el perfil de sus integrantes, la ponente señala que el Parlamento Europeo ha afirmado su voluntad de aceptar una cooperación en materia sectorial.

Por su parte, en el marco del mecanismo de «*alerta temprana*», advertía que la buena disposición del Parlamento Europeo en este campo se explica por la posición favorable que actualmente ostenta en el marco del procedimiento legislativo. Sin embargo, reconocía que en las materias que no son de su competencia, este parlamento se muestra más reacio a colaborar con los parlamentos nacionales. Así mismo, criticaba la falta de transparencia del Parlamento Europeo en el ámbito del citado mecanismo, a pesar de haberse establecido un procedimiento de recepción y análisis de los dictámenes motivados remitidos por los parlamentos nacionales (14).

Durante la segunda parte de su intervención vino a tratar la aplicación del control del principio de subsidiariedad en materia de Política Exterior y Seguridad Común. Tras recordar que las facultades de control del Parlamento Europeo en este ámbito se encuentran limitadas por la naturaleza de esta política, comentada por la Profesora Barbé, la ponente analizó la representación del Parlamento Europeo y de los parlamentos nacionales en el seno de la Conferencia sectorial en dicha materia, así como la evolución y estado actual de su papel desarrollado en la misma (15).

Esto último hacía plantearse si pueden realmente cooperar en este ámbito. La respuesta aportada por la Profesora Fromage se basaba en que los parlamentos nacionales sí pueden ejercer funciones de control sobre sus representantes en el Consejo

---

(13) Convocada una vez al año, reúne a los presidentes de los parlamentos nacionales con el presidente del Parlamento Europeo. Se concibe como un foro de intercambio de opiniones, informaciones y experiencia con el objetivo de promover el papel de los parlamentos nacionales en el marco comunitario, a través de estudios o de acciones comunes relacionadas con la cooperación interparlamentaria o la organización de funciones parlamentarias.

(14) Fundamentaba dicha crítica en la falta de publicidad de las traducciones de esos dictámenes y de su tratamiento, realidad que contrastaba con el hecho de que el Parlamento Europeo está abierto, incluso más que la propia Comisión Europea, a colaborar con los parlamentos nacionales.

(15) En este sentido, destacaba la sobrerrepresentación del Parlamento Europeo en esa Conferencia, así como la creación de una conferencia permanente en esa materia debido a las críticas presentadas al respecto por varios parlamentos nacionales. Sin embargo, advertía de la decepción mostrada por algunos de estos últimos al ponerse de manifiesto la falta de voluntad del Parlamento Europeo de colaborar con aquéllos en este ámbito.



Europeo porque la legitimidad radica en aquéllos. Sin embargo, las funciones del Parlamento Europeo en tal sentido, se encuentran aún por definir.

Por último, la interviniente cerraba su ponencia afirmando que la efectividad de los foros de colaboración interparlamentaria analizados, dependerá del *status* institucional del Parlamento Europeo en los determinados ámbitos de actuación, y proponiendo un fortalecimiento de las relaciones entre los parlamentos nacionales con el objeto de evitar una posición dominante del Parlamento Europeo, sobre todo, en materia de subsidiariedad.

A continuación, el Profesor Francisco Javier Matia Portilla abarcó la cuestión de la legitimidad parlamentaria en la Unión Europea a través de su ponencia «*Legitimidad del Parlamento Europeo vs. Legitimidad del Parlamento Nacional*». De este modo, y con respecto al primero, advertía que el mismo se enmarca en una organización internacional sobre la que existían tres teorías acerca de su naturaleza jurídica (16).

En relación a lo anterior, con el objeto de reforzar la definición de la Unión Europea como una organización internacional, el ponente citaba a Carrillo Salcedo en el sentido de defender que en aquella subsiste el principio básico de la soberanía de los Estados, y ello, previamente a exponer la evolución histórica de las instituciones comunitarias desde la creación de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), para deducir que es el Consejo Europeo, es decir, los Gobiernos de los Estados miembros, los que ostentan el poder real de la Unión Europea en la actualidad. En este sentido, indicaba que, como muestra de lo anterior, se está produciendo últimamente un predominio de las tesis intergubernamentales en muchos de los ámbitos de importancia marcados por la agenda europea. Además, concluía parcialmente haciendo alusión a que el denominado «*déficit democrático*» es un término erróneo, ya que nunca existió, pues no se le puede reivindicar a una organización internacional.

Definir el lugar del Parlamento Europeo en la Unión Europea fue el propósito de la siguiente parte de su intervención, mediante un análisis del Tratado de Reforma de Lisboa en lo que a ello afectaba. Entendía así el ponente que el Parlamento Europeo representa a los ciudadanos de la Unión en base al principio de soberanía delegada, pero esto le hacía cuestionarse si realmente existe un *demos* europeo. Al margen de su legitimidad democrática, reconoció el ejercicio de la función presupuestaria conjuntamente con el Consejo y la elección del presidente de la Comisión Europea. Esta última la calificó como de relevante en el contexto de una organización internacional, pero opinaba que el Tratado de Lisboa no aportaba nada nuevo al respecto, excepto el hecho de tener en cuenta los resultados electorales al Parlamento Europeo.

A modo de conclusión parcial, sobre la legitimidad del Parlamento Europeo, reconocía el papel singular de este en el seno de una organización internacional, pero indicando que no ocupa una situación similar a la de los parlamentos nacionales en sus respectivos países.

Por su parte, y en lo relativo a la legitimidad de estos últimos, el ponente iniciaba su argumentación describiendo la evolución histórica del liberalismo parlamentario, para terminar distinguiendo sus caracteres de órgano y de institución, ambos presididos por el principio de reserva de ley.

---

(16) A la pregunta «¿Qué es la Unión Europea?», el ponente señalaba las ideas de Organización Internacional de Integración, Organización supranacional y Organización constitucional.

Sobre la base anterior, apreciaba que el proceso europeo de integración afectaba a un parlamento nacional en el sentido de reducir y limitar su actuación normativa, variando de contenido el principio de reserva de ley al que hacía referencia.

En cuanto al ámbito de la legitimidad compartida y control de los parlamentos nacionales en la Unión Europea, se centró en la importancia de esta última función mediante un análisis de la ejercida por la Comisión Mixta para la Unión Europea en el contexto parlamentario español. Concretamente, puso de manifiesto los que, a su juicio, son aspectos problemáticos que se derivan de la Ley 38/2010(17), y que parten de una deficiencia normativa de esta disposición, tales como la necesidad de repensar el control parlamentario y los relacionados con la falta de convicción con que se ejerce el mismo.

Concluía el Profesor Matia que la Ley 38/2010 no es técnicamente buena, por cuanto no deja claro cómo sería el control cuando el país ostentara la Presidencia de la Unión Europea o cuando un ministro en cuestión tenga especial interés en la aprobación de un determinado acto comunitario.

Tras una pausa de treinta minutos, se abrió la citada anteriormente mesa de análisis bajo el título «*La participación del Parlamento Nacional y de los parlamentos autonómicos en la práctica*», la cual estuvo presidida por la Profesora de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco, Dña. Ana Rosa González Murua, y en la que participaron, por orden de intervención, la Letrada Mayor de las Cortes de Castilla y León, Dña. Laura Seseña Santos, el Letrado del Parlament de Catalunya, D. Miquel Palomares Amat, el Letrado Mayor del Parlamento de Euskadi-Eusko Legebiltzarra, D. Eduardo Mancisidor Artaraz, y el Letrado del Congreso de los Diputados y Director de la Secretaría Técnica de la Junta Electoral Central, D. Manuel Delgado-Iribarren García-Campero.

Todos los ponentes mencionados aportaron su experiencia práctica en lo que se refiere a la forma de proceder en sus distintas cámaras parlamentarias con respecto al control del principio de subsidiariedad mediante la ejecución del mecanismo de «*alerta temprana*», así como una valoración sobre la eficacia de la CALRE (18) y de la Comisión Mixta, en el plano interno.

De las distintas intervenciones, resulta destacable la propuesta del Letrado Delgado-Iribarren de constituir un órgano especializado de control y coordinación semejante a los existentes en la mayoría de los parlamentos nacionales, así como la de crear un sistema de control a través de comisiones parlamentarias, y no de partidos políticos como ocurre actualmente en España.

Finalmente, la tarde del viernes tuvo como objeto de discusión el tercer panel de trabajo titulado «*El Parlamento Europeo: visiones desde la experiencia parlamentaria*», que organizado por una mesa de debate moderada por el Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco, D. Jokin Alberdi Bidaguren, contó con la presencia del Senador por el Partido Nacionalista Vasco, D. Iñaki Anasagasti Olabeaga, el Parlamentario vasco por el Partido Popular, D. Carmelo Barrio Baroja, el Eurodiputado por el Grupo de Los Verdes-Alianza Libre Europea, D. Iñaki Irazabalbeitia

---

(17) Ley 38/2010, de 20 de diciembre, de modificación de la Ley 8/1994, por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea, para reforzar las funciones asignadas a dicha Comisión Mixta (B.O.E. núm. 309, de 21 de diciembre de 2010, pp. 104943-104944).

(18) Conferencia de Asambleas Legislativas de las Regiones de Europa.

Fernández, el antiguo Diputado al Parlamento Europeo por el Partido Socialista Obrero Español, D. Manuel Medina Ortega, y por el Diputado por Convergència i Unió, D. Jordi Xuclà i Costa.

La construcción del debate giró en torno al planteamiento de una serie de cuestiones preparadas por los directores de las Jornadas, Juan Ignacio Ugartemendia y Paz Andrés Sáenz de Santa María, tales como ¿hasta dónde se produce la ascensión del Parlamento Europeo?; las relaciones con los parlamentos nacionales, ¿son suficientes o susceptibles de mejora?; ¿existen los partidos políticos europeos?; ¿cuáles son las perspectivas electorales para el 25 de mayo? Interrogantes, cuyas respuestas por parte de los integrantes de la mesa, desembocaban en otras materias relacionadas que, con su tratamiento, fomentaron ineludiblemente el interés de los asistentes hacia unas intervenciones de carácter político realizadas en clave europea.

Sería el mismo moderador de la última de las mesas, Profesor Alberdi, el encargado de clausurar unas Jornadas que, además de las intervenciones resumidas en la presente crónica, contaron con momentos interesantes de debate entre los asistentes y ponentes, quienes coincidieron en la oportunidad temporal de organizar aquéllas.

Trabajo recibido el 17 de junio de 2014.

Aceptado por el Consejo de Redacción el 10 de octubre de 2014.



# Bibliografía



MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés, *Algunas cuestiones sobre el desarrollo de la Constitución española de 1978*, Dykinson - Universidad de la Rioja, Madrid, 2014.

Cualquier análisis sobre el «desarrollo» de un Texto constitucional determinado reviste una extraordinaria importancia. En primer lugar, porque el análisis servirá para poner de manifiesto lo que podemos denominar «incumplimientos» de la Constitución por falta del debido desarrollo de algunas de sus disposiciones, siempre que esa ausencia las haya privado de eficacia y operatividad. Desde esta óptica, resulta obligado destacar la meritoria denuncia realizada en 1956 por el insigne jurista italiano P. Calamandrei, «La Constitución inactuada» (Tecnos, 2013), en el que advirtió del manifiesto incumplimiento de la Constitución italiana de 1947 por una mayoría de gobierno no comprometida, en modo alguno, con el desarrollo de los principios y valores de dicho Texto fundamental. En segundo lugar, estos análisis contribuyen a desvelar la importancia de la legislación (en nuestro caso, orgánica), como «complemento» (subordinado) de la Constitución en cuanto instrumentos decisivos de su desarrollo, y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como «juez del desarrollo constitucional».

Estas son las premisas que han llevado al profesor Muñoz Arnau a escribir la monografía que tengo el honor de comentar, en la que reúne un amplio elenco de cuestiones relacionadas con el desarrollo de la Constitución de 1978. Ahora bien, el profesor de la Universidad de la Rioja va a limitar el alcance de su investigación en el sentido de que va a reducir el significado de la idea de «desarrollo» a su sentido estrictamente técnico-jurídico.

La obra está estructurada en 6 capítulos. El primero de ellos tiene por objeto

precisar, desde un punto de vista conceptual, la idea misma de «desarrollo» de la Constitución. El autor distingue el concepto de desarrollo utilizado por la Ciencia Política y manejado por algunos constitucionalistas —entre los que destaca al profesor Lucas Verdú, por la influencia de sus planteamientos en una gran parte de la doctrina—, caracterizado por su dimensión axiológica o valorativa. El desarrollo de la Constitución se concibe así como un instrumento de cambio de las estructuras políticas y sociales heredadas. Frente a este concepto amplio, el autor opta por una idea de desarrollo diferente, y parte de la distinción «entre desarrollo y ejecución, categorías que pueden ser comprendidas mejor a partir de la idea más abarcadora y neutra de aplicación del derecho». Ello le permite distinguir entre la «aplicación simple» de la Constitución, y el «desarrollo» de la misma. A la primera pertenecen todas aquellas aplicaciones (en sentido kelseniano) que se agotan en sí mismas, o las que teniendo un contenido normativo «no tienen un carácter necesario para la implementación de la Constitución como norma». Normas de desarrollo son, por el contrario, «aquellas aplicaciones de la Constitución, de carácter normativo que resultan necesarias para su eficacia jurídica». Por último, el autor subraya las diferencias existentes entre las normas de desarrollo de la Constitución y las de desarrollo de la ley, habida cuenta «la libertad de determinación normativa que tiene el legislador frente a la posición condicionada de quien desarrolla la ley». En el contexto de este marco conceptual, es evidente que caben distintos «desarrollos» de la Constitución.

En el capítulo segundo, el autor expone las diferencias existentes entre el concepto de desarrollo y otras categorías como interpretación, reforma y mutación de la Constitución. «El desarrollo tiene

como límite la reforma» y ello porque «cualquier acción realizada en aplicación del Título X no es una forma de desarrollo sino de aplicación simple». Por la misma razón «la mutación en si, como alteración del significado de disposiciones constitucionales no es nunca desarrollo». La interpretación —como expondrá con detalle en el último capítulo— tampoco puede considerarse desarrollo de la Constitución.

Con estas premisas, el autor va a examinar en el muy amplio capítulo segundo los dos ámbitos en donde, verdadera y propiamente, cabe hablar de desarrollo de la Constitución: en relación con los derechos fundamentales y en relación con la construcción del Estado Autonómico. En ambos campos, la labor del legislador orgánico y del Tribunal Constitucional —como juez del desarrollo— ha resultado fundamental.

En relación con los derechos fundamentales, Muñoz Arnau se centra en la importancia que el desarrollo tiene como expresión de los fines constitucionales. En este sentido, el autor se aparta en cierta medida de la posición metodológica defendida en el capítulo primero puesto que enfocar el desarrollo desde la perspectiva de los fines, supone atribuir a aquel una dimensión axiológica aunque sólo sea porque los fines necesariamente expresan valores. Así, analiza con detalle las consecuencias que del artículo 10 (dignidad de la persona como fundamento del orden, y libre desarrollo de la personalidad como fin) se derivan para el desarrollo de la parte dogmática de la Constitución. Ello le obliga a plantearse una serie de interrogantes: ¿es necesario el desarrollo de los derechos fundamentales?, ¿qué es el desarrollo de los derechos fundamentales?, ¿qué límites y orientaciones existen para el desarrollo? Y ¿qué instrumentos normativos resultan aptos para este desarrollo? Es

interesante subrayar que el autor relativiza la importancia de la ley orgánica, esto es de la garantía del artículo 81, y subraya que la verdadera garantía reside en el 53. Muñoz Arnau confirma su juicio con datos extraídos de la praxis. «la vinculación entre derechos fundamentales y ley orgánica, es, de alguna manera adjetiva ( ) El artículo 81. 1 viene a concretar qué tipo de norma con fuerza de ley, entre las posibles, es la querida por el constituyente para la regulación de los derechos fundamentales ( ) pero lo radical es la exigencia del artículo 53. 1: necesidad de ley y respeto del contenido esencial. El carácter orgánico de la ley, desde esta perspectiva, resulta secundario. Las cosas no resultarían demasiado diferentes si no existieran las leyes orgánicas. ( ) El aserto de que el carácter orgánico de la ley proporciona más estabilidad no es cierto totalmente. Animo al lector a que repase el *BOE* y compruebe las veces que han sido modificadas algunas leyes orgánicas. Lo que da estabilidad a una norma no son los requisitos de mayorías cualificadas necesarios para su aprobación sino la conciencia de la importancia y el consenso sobre su contenido». Efectivamente, la reserva de ley orgánica no ha servido, en modo alguno, para garantizar la estabilidad del desarrollo de los derechos fundamentales. Lo ocurrido, por ejemplo, con el derecho a la educación, es buena prueba de ello.

Por otro lado, el autor defiende que el desarrollo de un derecho supone necesariamente su limitación (en sentido positivo). El desarrollo supone determinar el ámbito del derecho y por lo tanto sus límites: «Es natural que sea la ley, y en su ausencia el Tribunal Constitucional, si es requerido, el que delimite el contenido del derecho. Esa labor es imprescindible y no puede ser considerada como limitadora en el sentido negativo de la expresión». Muñoz Arnau ya se había ocupado



de esta concreta problemática en una anterior monografía. (Los límites de los derechos fundamentales en el Derecho Constitucional Español, Aranzadi, Pamplona, 1998). La posición del legislador orgánico y ordinario ante la Constitución es analizada con más detalle en el capítulo cuarto de la obra.

Una vez examinada la problemática referida al desarrollo de los Derechos Fundamentales, el autor se ocupa del desarrollo del Estado Autonómico y lo hace también de forma extensa y detallada. La tesis defendida por Muñoz Arnau es que el artículo 2 de la Constitución juega en este campo un papel similar al que el artículo 10 desempeñaba en el anterior. La unidad de la nación como fundamento del ordenamiento determina el desarrollo del Estado Autonómico, de la misma forma que la dignidad de la persona era crucial para el desarrollo de los derechos. El capítulo incluye una amplia exposición de los debates constituyentes y una pormenorizada descripción de la evolución normativa de nuestro modelo de organización territorial.

El capítulo tercero tiene por objeto exponer las consecuencias que de la propia estructura del Texto Constitucional se derivan para su desarrollo. «Únicamente pueden calificarse como normas de desarrollo las que cumpliendo la condición básica de ser normas de aplicación de la Constitución, la completan en su estructura normativa y contribuyen de manera decisiva a la operatividad del texto constitucional que de otra manera se vería impedida: 1) por la inexistencia de órganos y procedimientos constitucionales capaces de dar cumplimiento a las tareas constitucionalmente asignadas; 2) por la posible carencia de una determinación suficiente de la posición jurídica fundamental de los ciudadanos expresada en los derechos fundamentales que actúan como límite y guía a la acción de go-

bierno». Con esta premisa, el autor va a ir examinando los distintos Títulos de la Constitución y precisando los desarrollos que requieren, así como si estos han sido cumplidos y no. En relación con el desarrollo del Título II, de la Corona, discrepo de la consideración de que no quepa hablar de falta de desarrollo en relación a la no regulación de las abdicaciones y renunciaciones. Para Muñoz Arnau, «no tienen el carácter de desarrollo las leyes orgánicas que resuelvan las abdicaciones y renunciaciones y cualquier duda de hecho o de derecho que ocurra en el orden sucesorio puesto que están llamadas a resolver cuestiones puntuales que agotan la finalidad de la ley en cada caso». Siendo cierto lo anterior, se omite el hecho de que sí que tienen carácter de desarrollo, las leyes orgánicas que regulen, con carácter general, los procedimientos, efectos, condiciones y límites, de las abdicaciones y renunciaciones. Y de hecho, la falta de desarrollo constitucional del Título II es hoy un problema.

En los dos últimos capítulos de su monografía, de carácter descriptivo, el autor examina la praxis del desarrollo constitucional en España. Así en el capítulo quinto realiza un análisis pormenorizado de la tarea realizada por las distintas Legislaturas. Según el autor, «el tiempo del desarrollo constitucional se agota con el establecimiento de la primera regulación de la institución de que se trate: sea la regulación de un derecho o el establecimiento de un órgano constitucional con sus funciones correspondientes». Pero matiza esta afirmación puesto que caben modificaciones de esta regulación que supongan «cambios perfectivos», pero también son posibles «cambios alternativos». Y cuando «el cambio alternativo es profundo se podría hablar quizás de un nuevo desarrollo constitucional». Esos cambios obedecen al acceso al poder de mayorías de signo ideológico diferente.

Muñoz Arnau pone como ejemplos de nuevos desarrollos, las modificaciones introducidas en la regulación del Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, el Estado Autonómico, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, el derecho a la vida o el derecho a contraer matrimonio.

Tras el análisis cuantitativo y cualitativo de la labor de «desarrollo constitucional» desplegada por el legislador orgánico, Muñoz Arnau examina la tarea del Tribunal Constitucional como «juez del desarrollo constitucional». «Las sentencias del Tribunal Constitucional —escribe el profesor de la Universidad de la Rioja— en sí mismas no pueden constituir nunca desarrollo de la Constitución en el sentido en que he utilizado esa expresión a lo largo de este trabajo. El desarrollo necesita objetivarse en contenidos con existencia propia fuera del texto constitucional y con un sentido subordinado, no equiparable al texto constitucional. El desarrollo no puede ser uno de los contenidos posibles hallados en la norma constitucional en virtud la actividad interpretativa. Las sentencias que interpretan la Constitución son, si puede decirse así, Constitución pero no desarrollo de la misma. Y el TC en ningún caso puede ponerse en la posición del legislador, aunque en ocasiones sus decisiones orienten su actividad». Con estas premisas, y para concluir su trabajo, el autor se plantea el siguiente interrogante: «¿Ha sido conflictivo, desde el punto de vista jurídico, el desarrollo de la Constitución? Dar respuesta a esta pregunta exige el examen de la jurisprudencia constitucional recaída sobre la legislación de desarrollo». Este es el objeto del último capítulo de la obra que comentamos. Un exceso de decisiones del TC en este campo sería manifestación de que el desarrollo constitucional ha sido conflictivo. Pero no ha sido así. En 9 legislaturas el TC ha resuelto alrededor de 250 recur-

sos de inconstitucionalidad. A juicio del autor, no han sido demasiados. El porcentaje de verdaderas leyes de desarrollo impugnadas es bajo. Desde esta óptica, creo que el carácter pacífico y poco controvertido del desarrollo constitucional, advertido por el autor, es una de las principales conclusiones del estudio. Conclusión que debe ser subrayada por cuanto contrasta con la crispación y el sectarismo que caracteriza nuestra vida política. Como causas explicativas de la escasa conflictividad del desarrollo constitucional, Muñoz Arnau señala las siguientes: «Quizás haya influido el carácter abierto de la Constitución que ha permitido acoger como válidas leyes de orientación muy dispar y la existencia de un acuerdo básico entre las distintas fuerzas políticas en los grandes temas si exceptuamos las cuestiones que en el proceso constituyente resultaron ya problemáticas: la libertad de enseñanza, el derecho a la vida, y la organización territorial del Estado».

En definitiva, nos encontramos ante una monografía que aborda, con originalidad y rigor, un tema de indiscutible interés: la labor de desarrollo constitucional realizada por el legislador bajo el control del Tribunal Constitucional. Tarea que se centra, fundamentalmente, en dos ámbitos: los derechos fundamentales y el Estado Autonómico. La conclusión del autor es, como hemos visto, positiva, porque, a su juicio, y a la vista de datos objetivos, esa labor no ha resultado muy conflictiva. Naturalmente se podrá discrepar de ella, sobre todo, si analizamos las amplias repercusiones que tienen las excepciones advertidas por el autor; y si se compara esta situación con la de otros países de nuestro entorno en donde existe un consenso general tanto sobre la regulación del derecho a la vida, como sobre el modelo educativo o el sistema de organización territorial. Pero, con independencia de su conclusión, la forma de lle-

gar a ella reviste un gran interés y actualidad, porque examina, con detalle, el grado de disenso y de consenso subyacente en nuestro desarrollo constitucional.

Javier TAJADURA

FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, *Las concesiones administrativas de dominio público*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012.

El dominio público es uno de los elementos centrales del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y cuyos diferentes usos ya sean comunes o bajo intervención administrativa son objeto de importantes funciones sociales, económicas y ambientales. Sin embargo, no es lugar para exponer la naturaleza jurídica del demanio en sus más variadas formas, sus distintos usos por terceros y las potestades del titular del bien, entre las cuales sobresalen las relativas a su conservación, integridad y recuperación o la creación de reservas de dominio público, sobre las que nos es posible otorgar concesiones ni autorizaciones.

Sin olvidar las grandes aportaciones de las leyes decimonónicas de aguas, puertos u obras públicas a la teoría del dominio público, todas estas cuestiones han cobrado realce en nuestra etapa constitucional gracias al reconocimiento de su inembargabilidad, imprescriptibilidad e inalienabilidad, y a la sistematización normativa del conjunto del patrimonio público, no obstante su heterogeneidad, pues hablamos de ríos y humedales, minas, costas, carreteras, vías pecuarias o calles y plazas, por citar unos ejemplos, mediante la promulgación de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, la cual reconoce como uso prin-

cipal el uso común general frente al privativo y proclama la adecuación y suficiencia de los bienes ara servir al uso general. Esto último no es baladí, puesto que el otorgamiento continuado de concesiones a lo largo del tiempo y la ocupación irregular de grandes porciones de terrenos y bienes públicos ha sido y es constante, como muestra de algo quizás que corresponda a un «lejano y poco celoso propietario», según se ha expuesto gráficamente en alguna ocasión. Como ejemplos tenemos el caso de concesiones de aguas que siguen con el uso privativo a pesar de haber expirado sus concesiones hace años, que se añaden a las ya tradicionales ocupaciones de vías pecuarias y del dominio público marítimo-terrestre o a la instalación de no pocas explotaciones mineras sin la aquiescencia pública, resultado sin duda de fenómenos administrativos como la captura del regulador, la permisividad frente a modelos urbanísticos desbocados o la incapacidad ante la falta de libre competencia o incluso su promoción desde los mismos poderes públicos que han de velar por estos bienes, que de todo puede haber. Desde el punto de vista normativo ha habido importantes cambios y hemos de subrayar que en poco tiempo hemos presenciado la reforma de la Ley de Costas y la importante reforma del trasvase Tajo-Segura acudiendo a la modificación de la Ley de Impacto Ambiental, de evidente importancia para el asunto que nos ocupa con esta obra.

Por otra parte, las figuras jurídicas de la concesión y el dominio público han sido objeto de no pocos estudios en el último medio siglo, pero se echaba en falta desde hace años un estudio sistemático y actualizado del instituto de la concesión de dominio público que sobrepasase las distintas regulaciones sectoriales, algo que creo que el autor de esta monografía ha logrado con creces y, por

cierto, con una segunda edición que demuestra el interés por estos asuntos. La sistemática de la obra queda clara con el análisis del concepto y la naturaleza jurídica de la concesión de dominio público, por el cual se traen a colación los discutidos caracteres contractuales o su calificación como acto unilateral de la Administración titular del bien, así como el recurso a la ley como título habilitante, internándose a continuación en los vericuetos de la distinción entre autorización y concesión, algo que la propia normativa no ha ayudado en exceso a aclarar y que lleva de suyo consecuencias importantes como la creación o no de derechos subjetivos patrimoniales y, por tanto, el aumento de la capacidad económica de quien hace uso de los bienes públicos.

El estudio de los elementos de la concesión se detiene tanto en los requisitos exigidos para adquirir la condición de concesionario y en las características de la Administración concedente, con un especial detenimiento en el empleo de entes instrumentales e indirectos como es el caso de las Confederaciones Hidrográficas y las Autoridades Portuarias. El análisis del objeto material de la concesión también es muy preciso, pues incluye además del requisito de la demanialidad, que puede resultar obvio, las poco estudiadas concesiones que en todo o en parte se otorgan sobre bienes que no pertenecen al dominio público, junto con aquellas en las que se precisa distinguir entre concesión de dominio público y bien afectado a un servicio público. La causa de la concesión y el interés público las relacionamos con algo que hemos detallado al principio de esta nota bibliográfica, la vulneración de los fines públicos que en última instancia han de presidir todo otorgamiento privativo, intentando evitar el abuso del derecho, la petrificación en el tiempo de los derechos concesionales y la negativa a cualquier tipo de revisión concesional por

obra de la normal modificación normativa. La obra que comentamos avanza con el escrutinio del contenido concesional: su carácter subjetivo patrimonial, los deberes y cargas que implica, la eficacia frente a terceros, el carácter temporal intrínseco a toda concesión y la pervivencia de cláusulas de precario y su conflicto con el mismo concepto de la concesión.

El libro no acaba en el análisis descriptivo y estático de la figura concesional, sino que incluye cuestiones que no han merecido igual tratamiento por la doctrina. Así, desde el punto de vista dinámico del tráfico jurídico del que puede ser objeto una concesión, se incluye un amplio apartado, casi una cuarta parte del texto, al tráfico privado y a la extinción de las concesiones. De esta manera, nos podemos hacer una idea cabal de los límites a la libre disponibilidad concesional, una de las claves de la actual reforma de la Ley de Costas, las formas diversas del tráfico privado *inter vivos* o *mortis causa*, la constitución de gravámenes, la transmisión de la concesión aun antes de concederse por el titular público, la utilización de derechos de cobro y el espinoso asunto de la autorización administrativa en su caso, ya sea previa o posterior al negocio jurídico privado que transmite la concesión.

Junto a la en principio libre disposición el autor se presta al estudio, algo parco sin embargo, de la extinción de la concesión, cuya forma normal de llegar a su fin es por medio del transcurso del plazo otorgado en su día, objeto, de una interesantísima sentencia del Tribunal Supremo de octubre de 2012 en relación con las concesiones de aguas y su tratamiento por una reciente reforma del Reglamento del Dominio Público Hidráulico. A su vez, la extinción concesional tiene su importancia por los efectos de lo previsto en la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones

Públicas, es decir, dar prioridad a su eliminación, cuya razón de existir es del todo lógica, evitar que el dominio público se ocupe con construcciones abandonadas, de cuyos efectos se tenga que responsabilizar la Administración titular y no el antiguo concesionario, siendo el riesgo por ruina uno de los principales. Si lo dicho ocurre con toda normalidad en el ámbito privado mediante la inclusión de lo dicho en los contratos por los que se constituyen derechos de superficie sobre predio ajeno, con más razón aún si hablamos de bienes públicos, tal y como nos recuerda la sentencia a la que acabamos de referirnos y un imprescindible dictamen del Consejo de Estado emitido en 2010 acerca de la relación entre la caducidad de las concesiones y las cláusulas esenciales de las mismas.

En definitiva, tanto por lo exhaustivo y claro de su contenido como por la certeza e ilustrativa inclusión de la jurisprudencia y los dictámenes del Consejo de Estado más relevantes, creo que se trata de una obra del todo recomendable para cualquier práctico o estudioso del Derecho, no solo ya el Administrativo. Enhorabuena a su autor.

Pedro BRUFAO CURIEL

ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko, *El estatuto jurídico de la víctima en el derecho jurisdiccional penal español. Análisis lege data y lege ferenda a partir de la normativa europea en la materia*, IVAP, Oñati, 2014, 484 pp.

Fruto de la ayuda destinada al fomento de la investigación sobre temas relacionados con la Administración Pública, el Derecho Público o la Ciencia de la Administración, en el periodo 2012-2013, concedida por el IVAP a su

autor, Ixusko Ordeñana Gezuraga, profesor de Derecho Procesal de la UPV-EHU, acaba de ver la luz la obra *El estatuto jurídico de la Víctima en el Derecho Jurisdiccional penal español. Análisis lege data y lege ferenda a partir de la normativa europea en la materia*. Como ya hizo el IVAP, no podemos más que reconocer lo acertado del tema y su planteamiento. Es cierto, como manifiesta el autor, que, la crisis que vive actualmente el sistema penal, tanto en su vertiente sustantiva, como procesal, ha catapultado a la víctima y a todo lo atinente a ella, a un primer plano en cualquier debate social, en general, y jurídico, en particular. Consciente no sólo del olvido que padece la víctima en un entramado en el que el Estado se apodera del conflicto penal, monopolizando su tratamiento —centrado en el delincuente—, sino del sufrimiento adicional que en el ínterin se le causa (la denominada «victimización secundaria»), el procesalista convierte a aquélla en eje de su estudio, que, en último término, «pretende ofrecer una propuesta que mejore su situación en el sistema penal español».

El profesor, con una sistemática totalmente adecuada, que facilita, a nuestro juicio, la lectura parcial de la obra conforme al interés del lector, divide el trabajo en tres partes. En una primera, a la que denomina «la justicia española con ojos de víctima», mediante un análisis objetivo (*lege data*, califica el autor), justifica la necesidad de un estatuto jurídico de la víctima en el ordenamiento jurídico español. Para llegar a esta conclusión, el profesor Ordeñana realiza una radiografía exhaustiva y coherente de la situación vigente de la víctima en el Derecho español. Muestra la dispersión normativa en torno a la víctima y la falta de una definición de la misma, en un entramado normativo en el que, hasta hace poco, no se ha utilizado el propio término de víctima,

sustituido por otros, menos contundentes, como el de ofendido, agraviado o perjudicado. Especialmente plausible resulta, en las primeras páginas de la monografía, el análisis de la protección y garantías constitucionales de la víctima en el ordenamiento jurídico español (pp. 39-60). El autor, con base jurisprudencial y doctrinal, destaca que el derecho de acción o tutela judicial efectiva constitucionalizado en el art. 24 de la Constitución ampara no, únicamente, al autor del hecho punible, sino también, a la víctima. Es, sin duda, el fundamento para una variación legislativa en nuestro ordenamiento jurídico, que posibilita un cambio de timón en la materia. En su senda a demostrar la necesidad de un estatuto jurídico de la víctima en España, el autor justifica su investigación, mirando un poco a la historia, identificando tres etapas en la reacción social al conflicto penal («desde que el hombre es hombre y la mujer mujer, en cuanto siempre han existido actos o conductas más o menos violentas de unas personas hacia otras, siempre ha existido»): (a) la época de la justicia privada, en la que la víctima devenía eje de la reacción social al delito, (b) el desapoderamiento de la víctima, en la que el Estado adquiere el monopolio en el tratamiento del hecho delictivo, y (c) el resurgimiento de la víctima, última fase «en la que el conflicto penal no es únicamente una cuestión entre delincuente y Estado. Esa línea recta que unía hasta entonces a éstos, se convierte en triángulo, al sumársele otras dos líneas que unen al delincuente y a la comunidad con la víctima». El autor ubica, en esta última fase, la creación de la Victimología, ciencia que viene a devolver a la víctima el lugar que debe ocupar, tanto en el proceso penal, como en la sociedad, en general. Entendiendo, del mismo modo, acertadamente, que «en la actualidad, la jurisdicción es eje de la protección que el orde-

namiento jurídico le ofrece a la víctima», el profesor Ordeñana termina de establecer la base de su investigación convirtiendo, en núcleo de la misma, las posiciones que aquélla ofrece a la víctima: su personación como parte o su intervención en calidad de testigo (gráficamente, en términos psiquiátricos, habla de «bipolarización»). Partiendo de esta dicotomía, en las siguientes líneas, analiza el proceso penal vigente en España, desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito. Estimamos un valor de la obra —que hace de ella un referente en la materia— que no se limite al análisis general del proceso penal y su trascendencia o repercusión en la víctima, atendiendo, al mismo tiempo, a elementos claves para el verdadero amparo de ésta, como el coste del delito y la victimización, la información que recibe, su protección y asistencia. Especialmente plausible se nos antoja, en este punto, el análisis de la mediación penal que realiza el autor. Muestra, con contundencia, sus virtudes y taras, en general, para la sociedad, y en particular, para la víctima, al tiempo que atina al divisar su límite: «no se puede privatizar la resolución del conflicto penal, ni renunciar a la intervención penal del Estado».

Proclamada la necesidad de una norma concreta que, de manera sistemática, recoja todos los derechos y deberes de la víctima en el sistema penal, tras dibujar su realidad en el proceso penal español, el profesor, en la segunda parte de su investigación («En busca de referentes para la ordenación del estatuto de la víctima en el ordenamiento jurídico español: análisis de la normativa de la Unión Europea en la materia»), huyendo de la posibilidad de realizar un examen de Derecho comparado, acude a la Unión Europea en busca de referentes, al estimarla —con total acierto— «el ente supranacional que más influencia directa

tiene en el ordenamiento jurídico español». Mostrando grandes dotes pedagógicas, el autor examina, antes de ahondar en la Unión Europea, en la ordenación, sobre la materia, ofrecida por las Naciones Unidas y por el Consejo de Europa, considerándolos «el referente del referente». En lo sucesivo, siguiendo un hilo temporal, el profesor Ordeñana analiza, en 5 fases, la evolución en la protección de la víctima en la Unión Europea. Desgrana las distintas etapas con rigor científico, apoyándose en las distintas Resoluciones, Dictámenes, Decisiones Marco, Directivas y Reglamentos que han visto la luz en el ámbito del viejo continente. Combina el autor el análisis objetivo y subjetivo de cada una de estas etapas, evaluando, en su caso, su aportación a la mejora de la situación de la víctima. No se puede más que aplaudir el examen pormenorizado y completo que el profesor hace de la Decisión Marco del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal y de la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos. Esta última, junto a un compendio de normas que analiza detenidamente el autor en relación a víctimas concretas, constituyen la ordenación vigente en la materia.

En la tercera parte de la obra («A modo de conclusión: propuesta de un estatuto jurídico de la víctima para España a partir de la normativa de la Unión Europea»), culminando lo que verdaderamente debe ser una investigación jurídica, apoyándose en las dos anteriores —en la realidad jurídica que vive la víctima en España y el acervo comunitario en la materia— y cumpliendo el objetivo inicialmente planteado, el autor pre-

senta un estatuto jurídico de la víctima. Una vez más, y sin perjuicio de que todas sus propuestas no sean admisibles —sin duda, en cuanto tales, están siempre abiertas al debate— el autor hace muestra de sus dotes organizativas, sistematizando correctamente lo que podría ser el verdadero estatuto de la víctima en España (fundamento, objetivo, oportunidad, forma y contenido, diferenciando derechos y deberes).

Con todo, y como, en el prólogo de la obra, apunta el Catedrático de Derecho Procesal Iñaki Esparza Leibar, «el presente trabajo constituye una magna obra, referencia insoslayable, que ofrece un tratamiento integral y sistemático de la materia, que incluye propuestas concretas, bien sustentadas y formuladas, para abordar los abundantes retos pendientes. Nos hallamos ante una investigación que contempla y propugna un tratamiento normativo pormenorizado, que ofrezca una cumplida respuesta jurídica, también a las necesidades psicológicas específicas y características que la víctima, en su singularidad, presenta».

José Francisco ETXEBERRIA GURIDI

ORTIZ DE ZÁRATE TERCERO, Alberto, *Intraprendizaje público: Por una Administración Innovadora y Abierta*, Colección Innap Innova, Inap – Net Biblio. Madrid-A Coruña, 2013.

El libro materia de esta reseña se inscribe en la colección «Innap Innova», realizada a fin de divulgar el conocimiento de los estudios sobre Administración Pública que el INAP, dentro de su impulso más reciente, viene realizando como parte de su Plan Estratégico General, estimulando las sinergias que puedan generarse al aprovecharse la inteligencia colectiva.

De esta forma, expertos como Alberto Ortiz de Zárate, que cuentan con una notable trayectoria en el estudio y sobre todo en la aplicación del Gobierno Abierto, han sido convocados para esta reciente, novedosa producción bibliográfica, inscrita en un marco que, a través del «aprendizaje organizativo», pretende crear el escenario propicio para una buena administración.

De esta forma, Ortiz de Zárate nos muestra en este libro un panorama escrito «en positivo» (sin sacrificar una necesaria dosis de realismo) sobre el estado actual y perspectivas de eso que llama «intraemprendizaje» en el ámbito público.

El libro se abre con una introducción sugerente, que contrasta la visión y el entendimiento del emprendimiento en 2008 y a día de hoy. Parte de la premisa, acertada, de que toda innovación es social, porque está hecha por personas. Desafortunadamente estas se dividen (de momento) en tres «tribus»: en una, una élite tiene «licencia para innovar» (la tribu del diseño). En la segunda, otro grupo se limita a aplicar lo diseñado por otros (tribu de la fabricación) y una tercera simplemente usa los servicios y «sufr» (o goza) las consecuencias de las políticas públicas (tribu del consumo). Lo que Ortiz de Zárate propone, al hilo de lo que el Siglo XXI ofrece, es el fin de esa compartimentalización, borrando las fronteras que dividen a esas «tribus» e implicando a todos de manera integral en las labores de creación de valor público. Y esta unión se concretaría con una tercera tribu: «la tribu de la colaboración». Dentro de ella cobra vital importancia el rol del «trabajador público que innova desde el interior» y es sobre él y sus aportaciones sobre las que gira en torno este libro, que se divide en cuatro capítulos: «Intraemprendizaje en la Función Pública» (con enfoque en la prestación de servicios en la Administración Pública) «Reinventar la Administración» (con en-

foque hacia las perspectivas de cambio hacia una administración verdaderamente adaptada a las necesidades de las personas del momento actual). El tercero aborda 10 casos concretos/prácticos de intraemprendizaje público. Como cierre, un cuarto capítulo se ocupa de las perspectivas propias del «intraemprendizaje público», que implican necesariamente la «co-creación de valor público».

## I. Intraemprendizaje dentro de la base de la innovación pública

En este primer capítulo, el autor se encarga de delinear y presentar el concepto de «intraemprendizaje» (una palabra que suena poco común). ¿Qué es esto del «Intraemprendizaje»? El autor extrae la palabra del inglés «*intrapreneur*»: según el *American Heritage Institute*, vendría a referirse a aquél que pertenece a una gran corporación y que, desde adentro, toma la responsabilidad de transformar su idea en un producto útil asumiendo riesgos e innovando. En resumen: intraemprendedor (vocablo que aún no está en la RAE (1)) es el que innova al interior de una gran organización. Alerta que, sin embargo, no debemos caer en la tentación de considerar todo como innovación (alerta especialmente importante en estos tiempos, en la que la euforia por términos como «innovación» y la pasmosa facilidad con la que se habla de esto) desborda a veces la mesura y la precisión. De esta manera, acotando el posible mar conceptual, Alorza señala que puede haber «tipos de innovación», innovación sustantiva e innovación adjetiva.

Para el autor, la primera es sencillamente la innovación «*stricto sensu*», que se puede comercializar y medir a través

(1) <http://lema.rae.es/drae/?val=intraemprendedor>



de indicadores. El segundo caso supone un «estiramiento» del concepto mismo de innovación, que será por tanto cualquier actividad orientada a producir mejoras. Pero para el autor mejora e innovación no son lo mismo. La mejora no se caracteriza por ser disruptiva, sino que está inscrita en lo cotidiano. Sería como un simple rediseño, reingeniería de pasos cortos, «incremental». Crítica (crítica que comparto) el concepto laxo de innovación, que, en realidad, tiene notas diferenciales respecto de una simple «mejora». Básicamente, la auténtica innovación usa el error como materia prima y se caracteriza por la creatividad y el riesgo.

¿Y qué es el intraemprendizaje? Se trata de la actividad donde una persona (o un pequeño grupo) es autónoma e imagina nuevos productos / servicios / métodos haciendo lo posible por materializar esas ideas. Así, el intraemprendedor sería un «alma libre», no circunscrita a los departamentos i+D+I (que serían parte de lo que se ha denominado ya «tribu del diseño»). Enseguida, el autor se pregunta si, siendo la Administración Pública concebida como ese lugar lleno de papeles, de colas, de poco entusiasmo e instrucciones contradictorias (la imagen pública de la «mala administración» y la connotación negativa del término «burocracia») ¿es posible imaginar que la innovación/intraemprendizaje pueda tener cabida en la Administración Pública? Para el autor, a día de hoy sí se puede (cosa que hace cinco años no estaba tan claro). Y se hace otra pregunta de no menor calado: ¿La Administración Innovadora es Administración Inteligente? A fin de dar respuesta a estas cuestiones, el autor traza líneas claras entre lo que se ha de entender por innovación de mercado e innovación pública. Advierte de los peligros de trasladar de manera acrítica las prácticas de lo privado o del mercado a lo público y critica la visión del

*New Public Management* (NGP) de considerar al ciudadano como cliente, sin dejar de reconocer que esto ha producido mejoras en la calidad del servicio brindado por las administraciones públicas. El problema es el extremo, que retuerce la concepción del espacio público. Citando a autores como Metcalfe, Alorza apoya su aserto en ideas (bastante potentes) como la de este autor, que afirma que lo privado en lo público fomenta el aislacionismo y la no coordinación. En suma, una «visión egoísta» del management clásico. La complejidad del sector público, refiere, crea la paradoja de minimizar los riesgos y ser conservador, lo cual hace que no sea el entorno más favorable para la innovación. Crítico de la e-Administración, Alorza cuestiona, con la misma energía, la equiparación de la «modernización» con la Administración Electrónica. ¿Y esto por qué?: por el peligro que entraña el enfoque «tecnocentrista» de la modernización, que genera gastos millonarios en proyectos sin impacto. Las TICS *per se* no son, ni mucho menos, sinónimos de innovación. Para que lo sean, la digitalización debe ir acompañada de elementos como la reorganización, participación, entre otros que realmente introduzcan innovación.

¿Y por qué la innovación? Alorza cita varias razones. La más poderosa a nuestro juicio es la de participar en la construcción de una nueva Administración Pública. Concluye Alorza que el Gobierno Abierto es el «nuevo paradigma» de la Administración Pública, que se inscribe en el marco de la innovación pública a través de una apertura radical de su propia estructura. En este capítulo, el autor también se refiere al histórico y común rechazo al funcionario, en contraposición con un hecho innegable: una buena proporción de la «flor y nata» de las profesiones opuesta y gana plaza en la Administración Pública. Alerta sobre el

impacto de la desconfianza pública en el autoestima del trabajador público y puntualiza que el problema en las Administraciones Públicas no son las personas sino el sistema: un sistema de restricciones normativas no siempre comprensibles, frente a las cuales nace el «intraemprendedor» rodeado de un entorno jerárquico y rígido, con mecanismos de control «obsesivos». Pese a ello, es siempre posible «intraemprender». Enlaza el autor, de otra parte, la cultura de servicio público con la estabilidad del funcionario y dentro de un sistema que le «protege», por así decirlo, de los cambios de gobierno, cosa más arraigada en la Europa continental que en el mundo anglosajón, lo cual es valorado positivamente por el autor. En este capítulo, Alorza alude a las dimensiones del «capital humano» a las que se refiere Irizar en una obra sobre el mismo tema. Agregándole una dimensión más, se trata de 4 facetas, que se inscriben en el perfil del «intraemprendedor»:

- El capital intelectual (referido a la inteligencia y a la formación del sujeto).
- El capital psicológico (sugiriendo que determinadas características de personalidad contribuyen al intraemprendizaje y otras juegan en contra)
- El capital social (refiriéndose aquí a los grupos, sus dinámicas, la cultura organizacional, y sus narrativas específicas, que construyen determinadas «estructuras de red»): unas estructuras, más que otras, propician o no la cultura de la innovación, siendo la horizontalidad un factor positivo para ello —en contraposición a la jerarquía—.
- El capital moral: agregado de Alorza, que considera acertadamente que los valores son parte de

la estructura de una cultura organizacional. En la organización de la Administración Pública, los resultados se miden en términos de «bienestar público» y es allí donde los valores cumplen un papel fundamental. Los valores, dice Ortiz de Zárate, más que gestionarse se propician por medio de un líder. Sugiere el autor tomar en consideración ciertos valores, que apuntan a una Administración Innovadora: resaltamos de allí la «discrepancia», la «diversidad», el «entusiasmo».

Dentro de este contexto, el autor resalta el poder de la diversidad como factor clave en la innovación en un grupo humano.

El autor también estudia los niveles de formalidad / informalidad del intraemprendizaje. Hay innovadores «formales» (procedentes de la ya mencionada «tribu del diseño») y «radicales libres» dentro de las Administraciones Públicas, que pueden encontrarse con un muro por «invadir un espacio que no se le reconoce como propio». Sugiere que, frente a ellos (y a las ventajas que supone la «innovación informal») la Administración tenga dispuestas herramientas de gestión para darle un espacio a esta innovación informal, proponiendo la idea de las «estructuras intermedias». Es importante destacar los demás tipos de innovación existentes:

- Continua / esporádica
- Individual / grupal
- De producto /de proceso

## II. Hacia una reinención de la Administración

Este capítulo empieza con un interesante viaje en el tiempo, con perspectiva al año 2033. ¿Qué Administración

queremos para entonces, y cuán alcanzable es? Como punto de partida, repasa la serie de innovaciones tecnológicas que han cambiado nuestras vidas y en qué previsiones acertaron y en cuáles no las visiones futuristas de antaño (Blade Runner, por ejemplo, filmada en 1982, no preveía la existencia de móviles inteligentes en 2019, cosa que hoy en el año 2013 es una realidad). Volviendo al pasado, el paradigmático artículo de Larra es citado en este libro como ejemplo de «trauma fundacional de la modernización administrativa». Viéndolo en clave propositiva, Alorza traza líneas fundamentales de cómo *debe ser* la Administración del futuro. En ese debe ser se inscribe esa Administración sin burocracia innecesaria, donde no haga falta «volver mañana». El cambio hacia donde se oriente la Administración debe apuntar a una que sea eficiente y eficaz, definiendo eficiencia como la agilidad en la resolución de los asuntos y la sostenibilidad económica» y eficacia y efectividad como la utilidad y contribución al bienestar social.

De manera muy resumida (pero acertada), Alorza hace referencia a las innovaciones claves del siglo pasado y este siglo XXI, de donde destacamos lo más reciente:

- Años 80: Ordenador personal (PC)
- Años 90: Internet
- Años 00: Web Social y eAdministración
- Años 10: Ubicuidad del Smartphone

Pese a estas innovaciones, lamenta el autor que leer el artículo de Larra (de 1833) provoque aún en nuestros días una suerte de identificación y esté perfectamente inscrito en el ahora. Así, dentro de este orden de ideas, señala que el objetivo de la innovación «ha de ser que no se entienda el artículo de Larra». 2033,

en tal sentido, no es una fecha (tan) arbitraria como objetivo (se trata, ni más ni menos, del bicentenario del artículo de Larra antes citado).

Luego de ello el autor, en este capítulo, vuelve a poner a la eAdministración en su punto de mira. Las «multimillonarias inversiones» en este tema no han tenido el resultado esperado. La eAdministración «no ha suprimido trámites o pasos en la tramitación» y sólo habría «digitalizado». Así, sugiere no pensar en términos de tramitación, sino en términos de utilidad social, innovación y creación de valor público. El enfoque debe ir hacia la accesibilidad de la información más que hacia la tramitación por medios tecnológicos. En otras palabras, apuntar al reto del Open Government, que podría definirse de algún modo como «gobernanza electrónica», donde se empodera a la ciudadanía, con quien se comparte y colabora.

En cuanto a los valores de la nueva Administración, retorna Alorza al tema de la cultura organizacional. De manera más concreta y adaptada a este capítulo se pregunta: ¿cómo construimos esa cultura de innovación e intraemprendizaje? Aquí, el papel del líder es crucial, porque es el que recuerda cuál es la «visión» organizacional, que ha de ser emocionante, flexible y con valores y diversidad de enfoques. ¿Y cómo han de ser estos valores? Básicamente, deben «poseer energía», mover al debate y servir para el cambio. Dentro de los valores que favorecen el «cambio», se dedica un espacio al valor de la innovación y la intensidad, que en lo público adquieren un matiz particular al ligarse con las demandas ciudadanas.

En este sustancioso segundo capítulo, el autor cita a una pieza fundamental para el estudio (tradicional) de la Administración Pública: los estudios (e influencia) de Max Weber en la composición, estructura y relaciones de poder de

la Administración Pública. Recuerda que «burocracia» (despojada de su connotación negativa) es ni más ni menos el «tipo ideal» de la «administración eficiente weberiana». La burocracia es un modelo de organización basado en la racionalidad, que se caracteriza por:

- a. Estructura formal jerárquica
- b. Gestión basada en rutinas y normas
- c. Organización y especialización funcional
- d. Carácter formal de las comunicaciones (todo por escrito)
- e. Relaciones impersonales
- f. Profesionalización

Como no podría ser de otra manera, Alorza plantea repensar estos principios obsoletos ya para la «Administración Innovadora en red del siglo XXI». Y no se queda en la crítica: propone fórmulas nuevas, de modo ordenado en el texto bajo análisis y comentario.

En nuestros tiempos, de esta forma, la estructura óptima no es la jerarquía, puesto que la vida no es totalmente predecible. Además, existe en paralelo una estructura informal que, tal como afirma el autor, «resuelve problemas». La jerarquía, señala, muestra grandes limitaciones: dificulta el «intraemprendizaje» y limita la responsabilidad («que el jefe decida»). En fin, dentro del tono propositivo y activo de la obra, Alorza sugiere «pistas» para hallar un compromiso entre principios irrenunciables y democratización, en el marco del principio de jerarquía establecido por la normativa correspondiente. Propone también reducir el número de mandos intermedios para dar más autonomía a los equipos. Y también dotar al empleado público de una mezcla de actividades rutinarias con proyectos de innovación, evitando en todo momento que haga falta «mirar al superior jerárquico para saber por dónde caminar».

A continuación Alorza explora las denominadas «Comunidades de Práctica», escenarios de intraemprendizaje público que surgen en un contexto determinado y se caracterizan por crearse en tiempos cambiantes, organizar el conocimiento, generar entornos de confianza, trabajo en equipo y organización en red. Allí se comparten pasiones y hay un compromiso con el aprendizaje colectivo. Desde luego, señala el autor, estas pueden generarse en la Administración Pública(2). Es el talento aislado y desperdigado por las diferentes Administraciones Públicas, que encuentra voces (y oídos) afines fuera de las fronteras de su propia organización. No son, aclara el autor, equipos funcionales, sino que se suelen ubicar «al margen del organigrama».

En el libro se trazan líneas diferenciales entre lo que es un equipo de trabajo (formal, tradicional, organizacional) y una «comunidad de práctica». Puede ser de varios tipos (por ejemplo, de buenas prácticas o de apoyo mutuo) y su «compartir» de conocimiento está claramente ligado a la idea del «intraemprendizaje». A continuación, el autor apunta los problemas de la excesiva organización, esa basada en rutinas y normas conforme al principio estructural weberiano. Hay un exceso de pre-definiciones, de diseños previos, de exhaustividad, de aversión a la incertidumbre. Ante ello, se puede reaccionar a través de tres actitudes claramente diferenciadas: obediencia automática («porque siempre se ha hecho así»), con resistencia pasiva (a regañadientes, donde la Administración para la que se trabaja es un mundo de alienación y fantasía) y la resistencia activa (que es una reacción pro-

(2) Como ejemplo de ello, para unir a estas personas, recientemente se han implantado iniciativas diversas vía Redes Sociales (es el caso de Novagob, denominada «la Red Social de la Administración Pública»: <http://www.novagob.org/>)

pia de quien no se somete a las normas y las desafía). «De ellas depende todo el progreso», dice Alorza. Eso sí, esto no evita posibles frustraciones en función de cómo se acogen las nuevas ideas aportadas. Anota que «el sometimiento al imperio de la Ley», consagrado en las normas fundamentales, no justifica que se «reglamente tanto»: una «organización demasiado organizada» anula la iniciativa de las personas y, por tanto, «es contraria a la innovación».

Para «curarnos» de estos excesos el autor propone la devolución del poder a los equipos y permitir la experimentación, el ensayo y el error. Alerta sobre la «adhesión acrítica a los modelos de calidad» como fuente de sobreorganización. Debe entenderse al «sistema de calidad» como un compromiso entre «lo posible y lo ideal». No olvidando que la calidad debe estar al servicio de las personas y no al contrario. Sugiere que a la hora de evaluar o medir el desempeño debemos evitar caer en la «objetivización de las actuaciones humanas», y en la «competitividad» (en su sentido negativo): en la Administración Pública, por su naturaleza, el valor ha de ser compartir y no competir. Así, se ha de apelar a lo mejor de cada persona.

En fin, el Capítulo 2 termina con una advertencia de «no rutinizar la innovación». Recomienda ceñirse a metodologías ágiles de gestión de proyectos, que colocan a la colaboración por encima de todo, poniendo el énfasis en la simplicidad, la experimentación y la mejora continua. Esto se adapta más a la idea fundamental de la innovación y que muchos ponen en cuestión por su radicalidad, lo cual el autor atribuye a una falta de confianza. Se toma como ejemplo el plan de Innovación Pública del Gobierno Vasco (2011). El autor finalmente enfatiza que el cambio en las relaciones debe fundamentarse en la confianza: ci-

tando a Guy Hamel, «se controla mucho pero no hay tanta *accountability*». En este orden de ideas: «la confianza genera responsabilidad». En este punto Alorza destaca que lo mejor que puede hacer un político es «crear misión y sentimiento de equipo» en el funcionariado. Debemos abandonar el control obsesivo y devolver libertad para activar el espíritu intraempresarial. Pese a las limitaciones y burocratización anteriormente señaladas, el autor recuerda que la Administración Pública es un lugar propicio (frente a la empresa) para hacer nacer un nuevo estilo de relaciones: lo público elimina la tensión propiedad-trabajadores, no hay esa «competitividad angustiante», el sentimiento de pertenencia a la organización es alto y la Administración se compone de trabajadores del conocimiento que necesitan colaborar para crear valor. En suma, la innovación depende del «nivel de intraempresarialización y, por tanto, es necesario que en la Administración Pública se opere un cambio organizacional para allí crear espacios de innovación. Esta reinención requiere la adopción de nuevos valores: acción, libertad, confianza y red, frente a la tradicional planificación, organización, control y jerarquía.

### III. Ejemplos reales de intraempresarialización pública

En el tercer capítulo el autor recoge 10 casos verdaderos en los que (ya) se ha puesto en marcha el intraempresarialización pública. Casos que vienen de distintas administraciones públicas, de equipos formales-institucionales e informales. Unos rápidamente exitosos y otros que se han chocado con barreras. Pero el común denominador de todos ellos es la conciencia y entusiasmo por el cambio. El autor confía en que los investigadores

aporten nuevos casos de intraemprendizaje «al otro lado del Atlántico» (suponemos que se está refiriendo al continente americano, en cuyo caso, creo yo, existen matices variados que quedan pendientes de explorar)(3). De todos estos casos, destacamos:

- «*Compartim*: comunidades de práctica para el trabajo colaborativo en la *Generalitat de Catalunya*», buscando hacer más eficiente el trabajo de los empleados públicos. Iniciativa que fluye desde el Departamento de Justicia de la *Generalitat*, esta iniciativa formal se generó en el año 2005 (ver: <http://www.gencat.cat/justicia/compartim>) Esta plataforma interna tiene una serie de orientaciones entre las que destacamos el enfoque colaborativo, conectividad entre los miembros de la organización e intercambio de conocimiento.
- Plan de Innovación del Gobierno Vasco (2011-2013), con el objetivo de generar una «administración eficaz», donde eficacia significa oferta de servicios de calidad, apertura supone la promoción de la transparencia, colaboración y participación y eficiente significa adecuar la organización, simplificando procesos y actualizando la tecnología. Al respecto, ver: <http://www.pip.blog.euskadi.net>  
Nos cuenta el autor (uno de los impulsores del plan) que este se puso en marcha a través de un

blog y redes sociales, con talleres abiertos de innovación pública.

- Compras públicas eficaces: Comunidad creada por el Jefe de Contrataciones Públicas de la Diputación de Soria (<http://www.compraspublicaseficaces.com>) El objetivo fue automatizar el trabajo, objetivo que dio sus frutos: fue premiado como buena práctica. La iniciativa fue emprendida al hilo de la aparición de la Ley 30/2007 (Ley de Contratos del Sector Público). Este intraemprendedor trazó su camino a través del blog («Compras Públicas Eficaces»), creando una comunidad de prácticas virtual en torno a la contratación del Sector Público, la creación de la «Wikicontratación» (elaborando una «enciclopedia viva» sobre contratación pública).

También se citan casos personales, que se desarrollan dentro de la Universidad (como administración pública gestora del conocimiento) el caso de VISESA (políticas públicas de vivienda en el País Vasco) y el caso del Intraemprendizaje en el Servicio Andaluz de Salud, donde se genera gran innovación (<http://cuidadoras.net>). Destacando finalmente el caso del emprendizaje a través del blog, que el autor conjuntamente con Iñaki Ortiz, desarrolla a través de <http://eadminblog.net>, desde donde se fomenta un espacio de debate sobre la cosa pública a partir del año 2005 («la blogósfera pública»). ¿Por qué los blogs en lo público? Afirma el autor que: 1. Son un medio de información y conocimiento que mejora la eficacia, 2. Consolidan el conocimiento a través de la creación y difusión de textos, 3. Se explora en primera persona la web 2.0.

El libro, como colofón, estudia las perspectivas de expansión del intraemprendizaje, al exterior de la organización.

(3) En «Serpico» (1973), película basada en un caso real, un notable Al Pacino interpreta a un personaje que de alguna forma puede calificarse como «intraemprendedor». Así, de manera creativa y apasionada, Frank Serpico intenta introducir nuevas formas de gestión y combatir la corrupción en la policía de Nueva York, en un entorno administrativo presentado como renuente a la innovación.

Se anota que esto ha sido favorecido por el Internet: abriendo canales para ello en la Red. Distingue variedades de emprendizaje en el exterior, entre las que destacamos la colaboración interadministrativa (que ha de ser más ágil, más intensiva y espontánea), la docencia y la investigación y la web 2.0 Sugiere que la Administración Pública debe fomentar el emprendizaje externo de sus trabajadores. Apunta a que la Administración Pública, ahora, ya no caminará sola, porque la ciudadanía en red crea valor y colabora masivamente y dentro de ella hay personas preparadas. Una Administración enmarcada en el *Open Government* es responsable de fomentar contextos para fortalecer a la Sociedad Civil, estimulando emprendimiento social de sus ciudadanos. «Innovar juntos» es, pues, es el lema para enfrentar el futuro incierto que tenemos por delante. En resumen, finalmente, se destaca la importancia del «valor público», que según el autor es el que crean los Servicios Públicos que gestiona la Administración Pública pero también otros que pone en marcha la sociedad civil. «El Procomún» (bienes comunes) es, en este marco, el conjunto de bienes que pertenecen a todos: habla el autor aquí de una redefinición del concepto de propiedad. El papel de los trabajadores públicos en el mantenimiento del bienestar social y en la creación de valor público es crucial. El intraemprendedor público actúa con un doble rol: como ciudadano y a la vez como funcionario, y trabaja en el valor público como activista cívico. Y, dentro de todo este contexto, nos dice Alorza que «la Administración no debe fagocitar las iniciativas existentes», para poder fomentar el nacimiento de emprendedores sociales, comprometidos con el servicio público. En suma, la ciudadanía en red es la que crea valor para una Administración que «ya nunca caminará sola».

## Reflexión y conclusiones

Transmitiendo entusiasmo en todo momento, «Intraemprendizaje Público» es un libro de fácil lectura, estimulante y totalmente recomendable. Este entusiasmo no tiene por qué estar reñido con el rigor, la claridad en el enfoque y una (imprescindible) visión crítica: el texto bajo comentario, sin lugar a dudas, demuestra una excelente combinación de todo ello.

La obra es, así, rupturista y a la vez propositiva, y en ese marco invita a nuevas formas de (auto) gestionar la inteligencia en lo público, y describe las que ya se están poniendo en marcha. Es valioso, además, su análisis sobre lo público y lo privado, y el enfoque de valor(es) público(s), cuestiones que, indudablemente, generan el contexto adecuado para que germine esa «buena administración», derecho fundamental (establecido en la carta de Niza) y deber de los responsables públicos que no se produce en un abrir y cerrar de ojos, sino, más bien, con un compromiso de acción continua sobre la base de un verdadero cambio.

El libro es, por estas razones, de obligatoria consulta para aquellos interesados en profundizar su estudio de la innovación en las Administraciones Públicas, y también para quienes gestionan lo público, ya que es un golpe de inspiración para dotar de un mayor sentido a sus acciones dentro de la Administración, ya que, fuera de sus muros, existe un mundo en permanente cambio.

La innovación (y la «confianza radical» que propone el autor para «intraemprender» en la Administración) suponen, en suma, una ruptura con la idea burocrática (la burocracia radical), esa línea recta, ordenadora, cuya obsolescencia viene revelándose en un día a día lleno de desafíos que le van quedando grandes a la rigidez weberiana.

Alexandra MOLINA DIMITRIJEVICH

RODRÍGUEZ GURTUBAY, Alfredo. *Planificación de Recursos Humanos en las Administraciones Públicas. Gestión y desarrollo de personas en tiempos de austeridad*. Instituto Nacional de Administración Pública, 2013.

En el actual contexto económico, social e institucional se hace necesaria la adaptación de las estructuras para poder hacer frente a los compromisos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera establecidos por el gobierno pero prescritos y supervisados por Europa. Para ello, serán necesarios procesos de reforma, modernización, cambio e innovación. Para ser sinceros, se han llevado a cabo programas y medidas de reforma en las Administraciones Públicas con el fin de llevar a cabo los llamados procesos de racionalización y/o ajuste pero la mayoría esperan recoger sus frutos en el corto plazo a fin de dar cumplimiento a los dictados que nos llegan desde Europa relativos a la sostenibilidad y estabilidad financiera, no destinando los recursos necesarios para la planificación estratégica con un establecimiento de resultados a corto, medio y largo plazo que permitan adaptar nuestras organizaciones a los retos de futuro. Aparte de los problemas económico-financieros, en la esfera organizativa y de gestión y desarrollo de personas existe un conjunto de aspectos que debe ser reformado a través de medidas innovadoras y no cortoplacistas, las cuales se antojan ineficientes para la configuración de organizaciones competentes, inteligentes y eficientes.

A este respecto, el libro de Alfredo Rodríguez Gurtubay atiende como bien indica su título al estudio de la planificación de los Recursos Humanos en las Administraciones Públicas en tiempos de austeridad. Las duplicidades en los servicios públicos, la incorporación de las nue-

vas tecnologías en el sector público, la reconfiguración de la cartera de servicios o la racionalización de estructuras en el sector público son, entre otros, algunos de los aspectos a los que deben prestar atención las AAPP. El autor reflexiona en torno al papel que ha de jugar la Administración Pública para hacer frente a un escenario de austeridad e incertidumbre. Así pues, el autor lleva a cabo un diagnóstico de la situación actual de las Administraciones Públicas e identifica los principales déficits de su funcionamiento abogando por un replanteamiento integral de los instrumentos de gestión del personal y por una implantación de la planificación estratégica. En su análisis, subraya la importancia que tiene el uso estratégico de los instrumentos de planificación con la finalidad de redimensionar cuantitativa y cualitativamente los RRHH de cada administración. Para ello, es fundamental el análisis de los puestos de trabajo, la agrupación de puestos, el uso de la relación de puestos de trabajo (RPT) y el desarrollo normativo de las herramientas de gestión de personal en el marco del empleo público autonómico. También le concede la merecida importancia a la alineación que debe existir en la definición de la cartera de servicios con el dimensionamiento de las plantillas y los perfiles competenciales de las personas que integran el sector público haciendo uso de los instrumentos más idóneos para ello con el fin de satisfacer las demandas ciudadanas.

A continuación, para ir centrándonos en el contenido del libro, cabe decir que éste se divide en diez capítulos (De la función pública al empleo público. Reforma de las políticas de personal en el contexto de modernización de las Administraciones Públicas, incidencia del marco educativo y de la formación profesional sobre el sistema normativo del empleo público, planificación estratégica



y estructuración del empleo público, estructuración del personal, incidencia de la reforma de la educación y la formación en la legislación de empleo público, selección e ingreso al empleo público, carrera y desarrollo profesional, notas para la elaboración de leyes de empleo públicas autonómicas y al final del camino: reordenación del sector público en clave de recursos humanos). Cada capítulo analiza de un modo completo y detallado los principales objetos de estudio enunciados e incorpora referencias doctrinales y normativas que aportan una gran riqueza al trabajo.

En cuanto al contenido del libro de Rodríguez Gurtubay, en primer lugar, el lector tiene acceso al prólogo elaborado por Mariano Baena de Alcázar, uno de sus máximos referentes en la materia. Posteriormente, adentrándonos en el primer capítulo, el autor analiza el actual punto de inflexión en el cual nos encontramos inmersos debido a la participación en la esfera pública de un mayor número de sujetos, la cual cosa conlleva a un abandono de las formas tradicionales para dejar paso a una creciente complejidad institucional (actores públicos y privados), nuevos mecanismos de participación, instrumentos de poder y toma de decisiones. Las Administraciones públicas se enfrentan a un nuevo contexto de modernización e innovación en el que se interrelacionan diversos agentes económico-sociales con el objetivo de prestar unos servicios públicos eficientes y de calidad. De este modo, adquieren un papel destacado el desarrollo de nuevos modelos organizativos, la prestación de servicios a través de relaciones público-privadas, la simplificación administrativa, los procesos participativos impulsados por ciudadanos más exigentes con los servicios, la *accountability* o rendición de cuentas, el desarrollo de la administración electrónica, el desarrollo de perfiles

profesionales de los empleados públicos ajustado a las demandas ciudadanas, la implementación de la cultura de la calidad y la excelencia. Huelga decir que debido a su formación politológica, Rodríguez Gurtubay realiza un análisis muy enriquecedor sobre las consecuencias de la globalización, el cuestionamiento de lo público, el papel que deben desempeñar las Administraciones públicas y la decadencia de las ideologías.

El nuevo contexto ha dado lugar a un replanteamiento de las políticas de gestión y desarrollo de personas en las administraciones públicas con un enfoque más orientado a los resultados y a nuevos modelos de dirección aunque la clave radica en una planificación estratégica consensuada de RRHH compartida por los miembros de la organización. El autor hace referencia al surgimiento del *New Public Management* como alternativa a la gestión pública profesional a partir de la adopción de las técnicas y prácticas propias del sector privado y su aplicación al sector público. En este sentido, Rodríguez Gurtubay examina los aspectos favorables que supuso la emergencia de la Nueva Gestión Pública en el campo de la gestión pública, así como aquellos que no lo fueron tanto. De este modo, se le pueden atribuir logros como la mejora de la eficacia, la eficiencia, la productividad o la incorporación de sistemas organizativos más flexibles aunque su afán por conseguir una mejora de los resultados podría actuar en detrimento del interés general y transcurrido el paso de los años se han hecho manifiestas algunas de sus limitaciones. Actualmente, nos dirigimos hacia un cambio de paradigma como es la gobernanza pública. Todavía en el primer capítulo, el autor también nos da a conocer las principales tendencias actuales en las políticas de empleo público, haciendo referencia al gerencialismo público de los EEUU, a la adminis-

tración francesa como modelo a seguir por el resto de AAPP europeas y el *Civil Service Reform Plan* de la administración británica. Se pone de manifiesto, a pesar de las peculiaridades de cada modelo, el hecho de que todas ellas siguen una tendencia común en materia de planificación de RRHH y es la necesidad de satisfacer el incremento de las demandas y expectativas de los ciudadanos por parte de la Administración y el replanteamiento de los mecanismos para la provisión de puestos de trabajo en el empleo público.

Asimismo, a las AAPP se les plantean nuevos retos a la hora de seleccionar pero también de retener al personal más cualificado. Por ello, se fortalece la figura de los órganos selectivos, los incentivos que reciben los empleados públicos, la definición de itinerarios profesionales, la polivalencia de los empleados públicos, el replanteamiento del sistema de incompatibilidades y la importancia de la planificación y la (re)ordenación de los RRHH.

De otro lado, en el ámbito autonómico, se hace referencia al papel que juega el legislador a la hora de llevar a cabo el desarrollo normativo del EBEP en materia de empleo público aunque hay que decir que sus principales objetivos se han visto truncados por la situación de crisis económica. A pesar de las condiciones adversas, las leyes autonómicas de función pública deben contribuir al desarrollo de un nuevo escenario de empleo público multinivel, transversal, colaborativo, en red y capaz de hacer frente a las demandas presentes y futuras. Para ello es necesaria la optimización del personal, así como, la adquisición y desarrollo de las competencias profesionales.

En el segundo capítulo, el objeto de estudio es la formación y el sistema educativo estatal y su incidencia en el ejercicio práctico del EBEP. Más concreta-

mente, el autor centra su atención en la formación reglada, la formación continua y la formación ocupacional y sus impactos en el sistema de acceso a la función pública. En el capítulo que le sigue, se analiza el cambio que supone avanzar del pensamiento estratégico a la planificación estratégica de RRHH en el sector público poniendo en valor y aportando la importancia que le corresponde a la formación, la evaluación del desempeño, las competencias y la fidelización entre otros aspectos. Desde un punto de vista más amplio y ambicioso sin detenernos en la planificación de plantillas y el dimensionamiento sino contemplando la planificación estratégica como factor clave para aportar valor a la organización a través de la implicación, el compromiso, la motivación y la alineación de intereses de los miembros de la organización. El plan estratégico de RRHH supone un salto cualitativo que permitirá a las organizaciones ir más allá. En este sentido, el autor describe los principales objetivos y contenidos que ha de contener un plan estratégico ya que dicho instrumento de planificación busca optimizar las competencias del personal de la organización en un determinado espacio de tiempo para alcanzar los objetivos aprobados dentro de un plan general. Entre los principales aspectos a tener en cuenta a la hora de elaborar un plan según Rodríguez Gurtubay se encuentran la confección de los ejes estratégicos, los objetivos y las acciones de la organización teniendo en cuenta las propias particularidades de cada organización evitando planteamientos radicales, expectativas sobredimensionadas y un clima de conflicto interno (hay que buscar el consenso). En este capítulo también se hace un recorrido por la evolución en la planificación de los RRHH desde la figura de los planes de empleo y los objetivos del EBEP en cuanto a la

necesidad de planificar los RRHH en las AAPP. Por ello, cabe decir que los planes de empleo no fueron ideados como instrumentos de gestión y planificación de personal sino que surgieron como respuesta a un contexto económico adverso, teniendo muy poco recorrido y careciendo de continuidad. Actualmente, los planes de ordenación de RRHH se enmarcan dentro del contexto de planificación estratégica general de la organización con el objetivo de alcanzar una dirección de personas que pretende ser eficaz, eficiente, y coordinada. Por ello, Rodríguez Gurtubay estudia las principales herramientas y medidas recogidas en el EBEP para la planificación de RRHH, tarea que se vuelve fundamental para el correcto funcionamiento de las organizaciones y, para ello, nos recuerda que el EBEP enumera y deja abierto el listado de contenidos y medidas que pueden conformar el plan de recursos humanos aunque la redacción de un plan de estas características no es obligatorio. Para una buena elaboración es recomendable realizar un estudio de personal para efectuar un buen diagnóstico de la organización y poder planificar las medidas en materia de estructuras de puestos, movilidad, promoción interna, etc. El autor también estudia los instrumentos que sirven de ayuda en la planificación de los RRHH como son la relación de puestos de trabajo, el registro de personal y la oferta pública de empleo (OPE). En este último caso es importante tener en cuenta la tasa de reposición del 10% para determinados cuerpos o categorías profesionales recogidas en el RDL 20/2010.

En el cuarto capítulo el autor analiza el impacto del contexto de transformación que conlleva la globalización en cuanto a un aumento de las demandas políticas, económicas y sociales y su repercusión en la dirección de lo público y por consiguiente en el ámbito de perso-

nal. Este nuevo contexto hace que se analice qué perfiles competenciales, habilidades y conocimientos son requeridos para la cobertura de los puestos en la actualidad y en un futuro, puesto que la senda a seguir es la especialización, la polivalencia y la multidisciplinariedad. Al contrario de lo que sucedía anteriormente cuando la cobertura de puestos y la adecuación de personas a puestos se realizaban sobre suposiciones y con mucho desconocimiento. El autor destaca la importancia del puesto de trabajo como unidad organizativa básica de estructuración de la Administración y su acometido de definir las tareas, funciones, responsabilidades y funcionalidades que deberá asumir la persona que ocupe un determinado puesto de trabajo. En este capítulo nos explica las peculiaridades del análisis de puestos de trabajo y la descripción de puestos de trabajo como métodos utilizados para obtener información acerca de los puestos. También hace referencia al proceso de obtención de datos, la redacción de los datos y los conceptos clave para la elaboración de las monografías de puestos de trabajo o manual de funciones. En las monografías se recogerán las especificidades de las distintas dotaciones de cada puesto describiendo las funciones y tareas, así como el nivel de desarrollo de las mismas. Por último, el dimensionamiento de plantillas permitirá a la organización determinar el número adecuado de personas para conseguir los objetivos establecidos por la organización. Otro aspecto que se analiza en este capítulo es la gestión por competencias y sus beneficios en la selección, formación, carrera profesional y evaluación del desempeño, así como sus posibilidades y su valor añadido.

Por otro lado y debido a la importancia de analizar el sistema educativo y las titulaciones exigidas para el acceso y la provisión de puestos de trabajo en el em-

pleo público, Rodríguez Gurtubay dedica a este aspecto un capítulo del libro. Más específicamente, analiza los efectos de la ejecución de la Disposición Transitoria 3.ª del EBEP y las nuevas titulaciones de grado, así como sus efectos sobre el grupo B y los efectos de incluir en un mismo grupo de clasificación (grupo de clasificación A) los subgrupos A1 y A2. Las nuevas situaciones contextuales también nos llevan a un replanteamiento de los grupos de clasificación para adaptarlos a las demandas ciudadanas, ya que se requiere mayor especialización y un mayor número de efectivos en puestos más estratégicos de la organización.

Debido a los rápidos cambios en el contexto actual premia la capacidad de anticipación y en este sentido, la selección de personal se torna trascendental dentro de la política de RRHH de la organización para poder reclutar a aquellas personas más productivas, inteligentes e innovadoras. La Administración pública en este aspecto se encuentra limitada puesto que se encuentra sujeta a una serie de principios constitucionales aunque los expertos detectan algunas áreas de mejora como son la publicidad, la transparencia de las actas de los órganos de selección y la mejora de los órganos selectivos a través de la imparcialidad, profesionalidad, independencia y discrecionalidad técnica. Se cuestiona la completa efectividad de los órganos de selección y por último, la eficacia. Entre los principales aspectos que intervienen en los procesos selectivos de las AAPP se encuentran las siguientes áreas fundamentales: los requisitos del puesto, el perfil profesional requerido a los aspirantes, la confección racionalizada del proceso selectivo y la composición del órgano de selección. En el sexto capítulo encontramos propuestas del autor para llevar a cabo el cambio, la mejora o refuerzo de todos los aspectos anteriormente men-

cionados a partir de la identificación de los principales puntos críticos del EBEP a lo largo del proceso de selección, en las bases del proceso y los tipos de pruebas selectivas. Un ejemplo de dichas propuestas es la incorporación de un periodo de pruebas a través de la fase de formación y prácticas como una parte más del proceso selectivo. Todas las propuestas que se recogen en el presente capítulo se dirigen al hecho de adecuar las pruebas selectivas al mejor desempeño del puesto consiguiendo reclutar a los mejores aspirantes ajustándolos al perfil requerido para un puesto de trabajo determinado. El autor no incita a la regulación normativa o a las modificaciones en el actual articulado de las leyes de empleo público, simplemente, reivindica una mayor adecuación de las bases del proceso selectivo a los requerimientos diarios del ejercicio profesional de los puestos de trabajo y hacer un uso racional de las herramientas puestas a disposición de los responsables de RRHH por las leyes de empleo público. Asimismo, destaca el potencial que puede tener el proyecto EEES (Espacio Educativo Europeo Superior) a la hora de poder seleccionar personal nacional de otros Estados para cubrir áreas estratégicas del sector público que presentan déficit de personal en los últimos tiempos.

Por otro lado, en el capítulo séptimo, se examina la importancia que ha ido adquiriendo en el seno de la organización en los últimos tiempos la carrera y el desarrollo profesional, puesto que la mejora en este sentido revierte en el empleado y en la organización. En cuanto al primero, se trata de un derecho y por lo tanto la organización debe poner a su disposición los medios necesarios para ascender meritocráticamente y en cuanto a la dirección de la organización se implementa para motivar, fidelizar, mejorar la productividad, eficacia, eficien-

cia y profesionalizar al personal. Rodríguez Gurtubay pone en valor los beneficios positivos de dicho desarrollo, también contrapone la carrera vertical y horizontal y su respectiva relación con la evaluación del desempeño. En este capítulo, el autor nos aporta sus propuestas para el desarrollo del modelo de carrera profesional identificando los posibles aspectos vulnerables y presenta su propuesta de modelo, ya que existe falta de unanimidad en la doctrina y discrepancias de modelo, así como, falta de desarrollo legislativo autonómico en esta materia.

Rodríguez Gurtubay destaca las oportunidades que otorga la promoción profesional a los responsables de RRHH para cubrir puestos de trabajo vacantes más cualificados sin tener que recurrir a la oferta de empleo público y para reorientar colectivos de personal hacia otros puestos que requieren de un personal más cualificado. Los beneficios de la movilidad de puestos permitiendo la ubicación de las personas en los puestos de trabajo en función de las demandas organizativas dando lugar a una mejora del rendimiento y la productividad aunque es importante tener en cuenta la diferencia de procedimiento en función del personal funcionario o laboral a la hora de utilizar dicho instrumento de gestión, aspecto que tiene en cuenta el autor en su trabajo.

En lo referente a la elaboración de las leyes de empleo público autonómicas, en el octavo capítulo, podemos encontrar las aportaciones del autor y algunas consideraciones a tener en cuenta. Rodríguez Gurtubay, se muestra crítico con la inmovilidad en algunos casos a la espera del desarrollo legislativo de dichas leyes para poner en marcha muchas de las innovaciones instrumentales del empleo público. En este punto, será fundamental la capacidad del legislador auto-

nómico para incorporar los aspectos más innovadores del EBEP en lo referente a dirección pública profesional, planificación de RRHH, evaluación o carrera profesional entre otros aspectos. En cuanto a la nueva legislación autonómica de empleo público, el autor propone innovar en los sistemas de selección y formación, diseñar una carrera y desarrollo profesional flexible que pueda adaptarse a un cambio de contexto y circunstancias, mejorar los sistemas de provisión, materializar los procesos de movilidad, introducir medidas innovadoras en la carrera profesional y la evaluación del desempeño debido a que se podrían ver reflejadas en el sistema retributivo y reajustar las situaciones administrativas del personal para permitir redistribuciones y reasignaciones.

Posteriormente, en el noveno capítulo, el autor lleva a cabo un análisis de las principales causas que nos han conducido a la situación de crisis actual y puesto que invito al lector de esta reseña a la lectura del libro de Rodríguez Gurtubay no voy a desglosar aquí cada una de las medidas propuestas por el mismo para actuar en el actual contexto económico-social en materia de RRHH. En este sentido, simplemente le indicaré al lector que puede tener acceso a sus observaciones en lo relativo a la adecuación de la cartera de servicios públicos e incidencia en el dimensionamiento de plantillas, la racionalización de estructuras, las externalizaciones en el sector público, la renegociación de las condiciones laborales (pactos y acuerdos colectivos), reducciones, suspensiones y despidos de empleados públicos (análisis de las nuevas medidas recogidas en el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada).

Finalmente, en el último capítulo del libro y a partir de la contraposición de los datos extraídos de los análisis de los expertos se analizan las tendencias de los últimos años en el sector público en cuanto al número de contrataciones y por consiguiente, su dimensionamiento, la variable de salarios y costes, la productividad y el exceso de entes instrumentales. De dicho análisis se pueden extraer algunos de los factores que desencadenaron en una destrucción del empleo público a partir del año 2011, la falta de alineación en la planificación estratégica y la falta de incorporación de medidas innovadoras en materia de empleo público para hacer frente al nuevo panorama. Rodríguez Gurtubay es crítico con la falta de reacción y de anticipación en la adopción de medidas con respecto a la situación del sector público y con las reformas exprés llevadas a cabo y los efectos que ello conlleva. La reforma a golpe de decreto ley, la falta de reflexión y diagnóstico o el cortoplacismo y la no amplitud de miras.

A modo de conclusión hay que remarcar el buen análisis de Rodríguez Gurtubay sobre el análisis del contexto económico, social e institucional desde la década de los 80 y la evolución del funcionamiento de las organizaciones, así como, las causas y consecuencias del proceso de expansión del sector pú-

blico en los distintos niveles de gobierno y cómo se desarrollo todo este proceso. El libro también analiza con rigor y en profundidad los principales aspectos de la planificación de Recursos Humanos en las Administraciones públicas en tiempos de austeridad tal como predica su título. Rodríguez Gurtubay realiza un análisis completo y minucioso de cada uno de los objetos de estudio de los capítulos que conforman el libro. Asimismo, son múltiples las referencias académicas, doctrinales y normativas, así como, la bibliografía que recopila al final del libro para facilitar al lector la ampliación de información y contenidos en el ámbito de la gestión y desarrollo de personas.

Se trata de un trabajo de lectura obligada para todas aquellas personas que son responsables de la dirección, planificación y gestión de personas en nuestras administraciones públicas puesto que Rodríguez Gurtubay nos aporta una profunda reflexión del contexto actual de nuestras organizaciones, así como, un conjunto de propuestas y medidas innovadoras y muy interesantes encaminadas a mejorar la eficiencia y productividad de nuestras administraciones y poder hacer frente a las demandas (cada vez más exigentes) de los ciudadanos.

Estela RIBES CABALLER

Herri-Ardura  
laritzazko  
Euskal  
Aldizkaria

# REVISTA VASCA 99-100

DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



[www.ivap.euskadi.net/rvap](http://www.ivap.euskadi.net/rvap)

**IVAP**

HERRI ARDURALARITZAREN  
EUSKAL ERAKUNDEA

Erakunde Autonomiaduna  
Organismo Autónomo del



EUSKO JAURLARITZA  
GOBIERNO VASCO